



BARNE- OG FAMILIEDEPARTEMENTET
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Også sendt på e-post: postmottak@bfd.dep.no

BARNE- OG FAMILIEDEPARTEMENTET Handels- og servicenæringens ARKIVNR: 366.01 Hovedorganisasjon	KASS
10 SEPT 2005	
SAKSBEH:	SIGN.:
SAKSNR: 2005/01609	

- 042

Deres ref: 200501609

Oslo, 13. september 2005
Vår ref: Astrid M. Svele / DOK-2005-01926

FORSKRIFT OM ORGANISASJON OG VIRKSOMHET FOR LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSOMBUDET OG LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Det vises til Barne- og familiedepartementets høringsbrev av 14. juni 2005 med høringsfrist den 14. september 2005. Handels- og servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) gir med dette sitt hørings svar til forslaget til forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

HSH er en landsomfattende arbeidsgiver- og interesseorganisasjon for over 10 000 virksomheter og organisasjoner innen handels- og servicenæringen i privat sektor. Medlemmenes størrelser varierer fra enkeltmannsforetak til virksomheter med over 10 000 ansatte. HSH representerer virksomheter og organisasjoner som også har et stort spenn i tjenestoområde. HSH sektoren dekker alt fra helse, utdanning og kultur til handel, dagligvare og annen tjenesteytende virksomhet.

I det følgende redegjøres det først generelt for forslaget til forskrift, før enkelte utvalgte paragrafer i forskriften behandles nærmere.

I Generelt om forslaget til forskrift

HSH mener generelt at utkastet til forskrift ikke tilstrekkelig legger til rette for at ombudet og nemndas oppgaver skal kunne utføres ut fra et upartisk og uavhengig ståsted. Flere av forskriftens bestemmelser, særlig sett i lys av den fortolkning som fremkommer av kommentarene, gir føringer om at ombudet skal ha særskilt kontakt/samarbeid med interesseorganisasjoner som representerer enkeltgrupper. Et eksempel på dette er forskriftens § 2 med kommentarer.

HSH mener det er svært uheldig at det i forskriften etableres slike koblinger mellom ombudet og slike særskilte interessegrupper. Ettersom HSHs syn må det legges til rette for at ombudet kan og bør samarbeide med alle relevante samfunnsaktører, ikke bare de som skal ivareta minoritetsgruppers særinteresser.

HSH mener for øvrig at det hadde vært ønskelig at forslaget til utkast med kommentarer ble gjort mindre omfattende enn det utkastet legger opp til. Ved å knytte kommentarer til forskriften oppstår også et spørsmål om hvilke rettskildemessig status kommentarene skal ha. Dette bes avklart.

II Nærmere om utvalgte forslag til paragrafer med tilhørende kommentarer

§ 2 Veiledningsplikt

HSH er kritisk til de føringer for ombudets veiledningsplikt som fremkommer av utkastet § 2 og kommentarene til denne bestemmelsen.

I for eksempel forslaget til kommentarer til forskriftens § 2, nest siste avsnitt heter det; *"Veiledningsplikten avgrenses mot at ombudet ikke skal representere parten utad. Det vil si at ombudet ikke kan delta i møter med andre som partsrepresentant, eller utad opptre skriftlig på vegne av parten."* HSH er kjent med at denne forståelsen trolig er relatert til departementets uttalelser i Ot. prp. nr. 34 (2004-2005) på s. 64, men finner grunn til å gjøre departementet oppmerksom på at en slik forståelse av ombudets veiledningsplikt innebærer at ombudet ikke vil kunne opptre og oppfattes upartisk/nøytral i saker hvor ombudet også skal være håndhevingsorgan. En sak er at ombudet skal veilede i hvordan lovens regler er å forstå, en annen sak er at dette ikke skal kunne medføre at det holdes skjult for den innklagede at det er ombudet selv som "står bak" klagen og/eller klageren i den prosess som deretter føres for organet hva gjelder dets håndheverrolle.

HSH foreslår på ovennevnte grunnlag at kommentarene til § 2 endres slik at veiledning forutsetter åpenhet og informasjon til de berørte parter om ombudets bistand, og at det også legges til rette for at det er de reelle faktiske forhold som ombudet skal avdekke, ikke faktum basert på ensidig informasjon.

§ 9 Oppnevning av nemndas medlemmer og varamedlemmer mv.

HSH har merket seg at det i diskrimineringsombudsloven § 5 ikke lenger er slik at arbeidslivets parter skal være representert i nemnda, jf. likestillingsloven § 10. HSH beklager dette. Det vises til Likestillingsombudets årsmelding for 2004 hvor det fremkommer at hovedvekten av saker for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling gjelder saker på arbeidslivets område, jf. også Ot. prp. nr. 34 (2004-2005) på s. 96. Det er ikke grunn til å anta at dette vil endre seg etter opprettelsen av den nye nemnda og de lovområder denne nemnda skal håndheve.

Å ha nemndsmedlemmer som har mer teoretisk enn praktisk erfaringsbakgrunn på arbeidslivets område, mener HSH gir liten nytteverdi i den type saker og problemstillinger som også den nye nemnda skal behandle. De erfaringer som man har med klagenemnda for likestilling er at deltagelse i nemnda fra arbeidslivets parter er viktig og praktisk nyttig fordi slike medlemmer ikke bare innehar spesialkunnskaper om tariffrettslige problemstillinger, men også har omfattende arbeidsrettslig erfaringsbakgrunn, herunder om de særlige dilemmaer og juridiske konfliktområder som er i ulike typer arbeidsforhold. At tariffparter gis uttalelsesrett i de saker som berører tariffavtaler iht. utkastet til forskrift § 12, vil således ikke være tilstrekkelig for å kunne sikre tilsvarende kunnskapsdekning i en ny nemnd.

Selv om det etter diskrimineringsombudsloven ikke er lovfestet at arbeidslivets parter skal være medlemmer i nemnda, åpner lovgivningen for at kongen fortsatt kan oppnevne slike

nemndsmedlemmer/varamedlemmer. HSH ønsker her en videreføring av dagens ordning, dvs. at både representanter for arbeidstaker- og arbeidsgiversiden, oppnevnes som medlemmer/varamedlemmer til den nye nemnda. Det vil imidlertid være svært uheldig om oppnevning skulle utelate én av sidene i arbeidslivet. Ved en videreføring av dagens ordning bør det tilstrebes at representanter for de to sidene i arbeidslivet fordeles slik at begge to sitter i den samme avdelingen, eventuelt i begge to avdelinger som nemnda skal organiseres i.

§ 12 Saksforberedelse

I forslaget til forskrift § 12 fjerde ledd første punktum gis tariffpartene anledning til å uttale seg dersom en sak nemnda får til behandling direkte eller indirekte berører en tariffavtale eller bestemmelser i denne. HSH støtter dette forslaget.

Under henvisning til tariffpartenes fortolkningsmonopol og for å sikre at nemnda praktiserer tariffavtalen i samsvar med tariffpartenes forståelse, skal det fremheves at det er helt nødvendig at tariffpartene har anledning til å uttale seg for nemnda. Det er videre helt nødvendig at begge tariffparter gis slik anledning til uttalelse. Det vil være svært uheldig om nemnda skulle fatte et vedtak som legger til grunn en omtvistet tariffforståelse. I slike tilfeller kreves det at Nemnda stanser den videre behandling av saken i påvente av at tariffpartene avklarer om tolkningsuenigheten vil bli brakt inn for Arbeidsretten etter diskrimineringsombudsloven § 10.

For å sikre tariffpartenes behov, kreves det i den forbindelse at nemnda i alle saker som direkte eller indirekte berører en tariffavtale, jf også diskrimineringsombudsloven § 10 første ledd og arbeidstvistloven § 6 nr. 1, skriftlig og umiddelbart informerer de sentrale tariffparter om den innkomne saken. Det er følgelig nødvendig at det i kommentarene til forskriften ikke bare presiseres at tariffpartene skal varsles, men også at slik varsling skal gjøres skriftlig og umiddelbart senest etter at klagen er innkommet til nemnda.

I denne forbindelse vil HSH også påpeke at man ikke kan se at forskriften åpner for tilsvarende rettigheter for tariffpartene hva gjelder saker som ombudet behandler etter diskrimineringsombudsloven §§ 3 og 4. Under henvisning til de hensyn og behov som det er redegjort for ovenfor, ber HSH departementet gjøre de nødvendige endringer i forskriften, eventuelt ta initiativ til nødvendige endringer i diskrimineringsombudsloven. Dersom tilsvarende uttalelsesrett ikke gis i saker for ombudet, mener HSH det er nødvendig at ombudet fratras myndighet til å kunne treffe hastevedtak etter diskrimineringsombudsloven §§ 3 og 4, i de sakene som direkte eller indirekte kan berøre en tariffavtale.

Det er også et annet forhold som HSH ønsker å rette oppmerksomheten mot i forslaget til forskrift § 12. Dette gjelder forslaget til forskrift fjerde ledd annen setning om at også andre kan gis anledning til å uttale seg i en sak, dersom de må anses å ha særlig interesse i sakens utfall eller de antas å kunne bidra til sakens opplysning. Kommentarene til denne bestemmelsen mener HSH kan oppfattes som føringer overfor nemnda som kan svekke nemndas upartiske ståsted. Det vises her til kommentarene til § 12 nest siste avsnitt, hvor det heter; *"En kan blant annet tenke seg at særskilte interesseorganisasjoner kan ha slik interesse [i å uttale seg] eller kan belyse sakens problemstilling på generelt grunnlag."* Dette eksempelet kan gi inntrykk av at sakens parter ikke er likestilt hva gjelder mulighet for ekstern tilleggsstøtte under nemndas behandling, på tross av at forskriften har en nøytral utforming. Etter HSHs mening bør det derfor bare åpnes for slik adgang i de helt spesielle unntakstilfeller.

§ 13 Beramning av møter og møteinnkalling

Nemnda skal håndheve lover som har bevisbyrderegler som pålegger arbeidsgiver en i realiteten omvendt bevisbyrde, for eksempel likestillingsloven § 16 og diskrimineringsloven § 10. HSH mener det derfor er viktig at den part som pålegges slik bevisbyrde både gjøres oppmerksom på dette forhold, samt at parten er tilstede under nemndsbehandlingen, enten direkte eller via telefon. Det er følgelig ikke tilstrekkelig at partene bare gis anledning til å være tilstede, jf. utkastet til forskrift § 13 tredje ledd.

HSH er videre kjent med at arbeidsgivere som har klaget eller er innklaget for dagens Klagenemnd for likestilling, ikke har blitt kontaktet forut for at møtetidspunkt fastsettes i ens egen sak, samt at slik informasjon mottas kort tid forut for at møtet skal avholdes. Dette er svært uheldig, fordi det har vanskeliggjort både muligheten for å være tilstede under behandlingen av saken og fordi det kan begrense muligheten for å stille i nemnda med representant(er) som kjenner saken godt.

HSH finner derfor grunn til å be om at det i kommentarene til forskriften presiseres at sakens parter skal kontaktes i god tid forut for møteberamning for å avtale møtedato. (To ukers forhåndsvarsling om møtet er ikke tilstrekkelig, jf. § 13 femte ledd). Partene bør i den forbindelse også opplyses om nødvendigheten av å være tilstede under nemndsbehandlingen.

§ 17 Vedtak uten muntlig forhandling

Det følger av utkastet til forskrift § 17 tredje setning at en sak på visse vilkår kan avgjøres uten muntlig forhandling dersom partene ikke har innvendinger til dette. HSH forutsetter at avgjørelse om kun skriftlig behandling forutsetter at ingen av partene har slike innvendinger. Det forutsettes også at slik beslutning fra nemndas side fattes etter forutgående *skriftlig* informasjon og tilbakemelding fra partene om dette spørsmålet. Det bes om at dette klargjøres i forskriftens kommentarer.

I den grad departementet likevel mener at nemnda skal ha adgang til å fatte slik beslutning uten at begge parter er enige, er det nødvendig at departementet i kommentarene klargjør partenes mulighet for å kunne klage over beslutningen. Også dette forhold bes presisert i kommentarene til bestemmelsen.

§ 19 Tvangsmulkt

I utkastet til forskrift åpnes det for at nemnda i enkelte tilfeller etter en konkret vurdering kan ilegge tvangsmulkt overfor den som ikke følger nemndas vedtak. HSH mener at myndigheten til å ilegge tvangsmulkt skal anvendes med forsiktighet, fordi saksbehandlingen for nemnda ikke er av en slik art at rettsikkerhetsprinsippene er godt ivaretatt forut for det vedtaket som nemnda har truffet. Det minnes her om at partene etter forslaget til forskrift ikke har møteplikt for nemnda, at det ikke er full bevisføring som for de ordinære domstoler og at partene for nemnda normalt ikke bistås av juridiske rådgivere/prosessfullmektiger. Tvangsmulkt er et meget inngripende vedtak overfor parten. Belastningen ved å ilegges tvangsmulkt, hensett til den nevnte kontekst som vedtaket er gjort under, må her veie tyngre enn preventive hensyn.

HSH vil i den forbindelse også vise til at vedtaket om tvangsmulkt vil være et særlig tvangsgrunnlag for utlegg, og at den som blir ilagt tvangsmulkt ikke har noen administrativ klageadgang, men kun kan få endret vedtaket om tvangsmulkt ved å reise søksmål for de

ordinære domstoler, jf. Ot. prp. nr. 34 (2004-2005) s. 71-72. Det vises også til Ot. prp. nr. 34 (2004-2005) hvor det på s. 71 presiseres; *"Nemnda vil da [dvs. dersom nemndas pålegg ikke er oppfylt innen fristen] måtte foreta en konkret vurdering og avveining med hensyn til om tvangsmulkt bør brukes i det enkelte tilfellet. Departementet viser til at det skal ligge en grundig saksbehandling til grunn for nemndas behandling av slike saker. Det er ingen automatikk i at tvangsmulkt skal brukes."*

Under henvisnings til de ovennevnte forhold går HSH følgelig imot at det i kommentarene til § 19 er foreslått presisert at adgangen til å ilegge tvangsmulkt skal benyttes *aktivt*. HSH kan ikke se en slik forståelse har dekning i lovens forarbeider og også rettsikkerhetshensyn taler mot en slik forståelse.

Videre mener HSH at de momenter som det forslås kan tillegges vekt ved vurderingen om ileggelse av tvangsmulkt, ikke bør inntas i kommentarene til § 19. Det følger av lovens ovenfor refererte forarbeider at nemnda skal foreta en konkret vurdering i den enkelte sak. Å eksemplifisere enkelte momenter, vil i en slik sammenheng derfor kunne virke begrensende i forhold til de rammer nemnda er gitt gjennom lovgivningen. HSH vil for øvrig også gjøre departementet oppmerksom på at momentet om at nemnda skal se hen til hvordan den diskriminerte part selv har opplevd krenkelsen er et forhold som ikke bør tillegges vekt. I så fall bør et moment for nemnda heller være om krenkelsen objektivt sett er av en slik art at tvangsmulkt bør ilegges. Å vektlegge en parts subjektive oppfattelse vil kunne medføre konstruerte forklaringer fra den krenkede. Særlig urettferdig vil dette kunne oppleves av den som ilegges tvangsmulkt siden bevisbyrden er "snudd" i denne typer saker.

§ 23 Underretning om nemndas vedtak

Det følger av første ledd i utkastet til § 23 at nemndas vedtak og uttalelser skal meddeles dem de retter seg mot samt ombudet. HSH ber om at det i kommentarene til denne bestemmelsen presiseres at dette omfatter tariffpartene i de saker som kommer inn under forskriften § 12 fjerde ledd første punktum.

III Avsluttende bemerkninger

HSH stiller seg til disposisjon dersom departementet ønsker å diskutere noen av de innspill HSH har kommet med, så vel som andre problemstillinger departementet måtte ønske nærmere belyst.

Vennlig hilsen

**HANDELS- OG SERVICENÆRINGENS
HOVEDORGANISASJON**

Kim Nordlie

Kim Nordlie
Direktør