

Til: Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet

Dato: 30. november 2016

Vedrørende forslag til endringer i håndhevingsapparatet på diskrimineringsområdet:

Høringsuttalelse fra

**Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)
ved Institutt for offentlige rett, Det juridiske fakultet, UiO.**

Vi viser til departementets høringsbrev med vedlegg av 19.10.2016 og avgir med dette følgende hørings svar.

1 Innledning

KVIBALD vil innledningsvis bemerke at høringsfristen på 6 uker var svært kort. Gitt forslaget omfang og kompleksitet, samt en rekke uklarheter vedrørende dets grunnleggende betydning for en mer effektiv og rettferdig gjennomføring av den materielle likestillings- og diskrimineringslovgivningen i Norge, burde høringsinstansene ha fått lenger tid til å komme med sine tilbakemeldinger.

KVIBALD ser positivt på BLDs forslag om å gi den nye nemnda kompetanse til å tilkjenne oppreisning i saker innenfor arbeidslivet og erstatning i enkle saksforhold. Dette vil utvilsomt styrke individvernet på diskrimineringsfeltet. Vi er imidlertid i tvil om det foreliggende reformforslag samlet sett vil føre til et styrket lavterskeltilbud til alle grupper som er omfattet av vernet. Dette har sammenheng med at forlaget på flere punkter innebærer en svekkelse av muligheten til å få håndhevet individuelle og strukturelle problemstillinger. Etter vår oppfatning er dessuten en rekke problemstillinger mangelfullt utredet.

KVIBALD vil i sin uttalelse ta utgangspunkt i følgende hensyn som håndhevingsapparatet på likestillings- og diskrimineringsfeltet skal ivareta:

- *Hensynet til reell likestilling* innebærer at håndhevingsapparatet må utformes slik at de nære sammenhenger mellom diskrimineringsvernets individuelle og strukturelle sider ikke tapes av syne, men løftes frem. Diskrimineringsvernets *individuelle side* handler om enkeltmenneskers mulighet til å få konstatert at man har blitt utsatt for direkte eller indirekte diskriminering, samt eventuell tilkjennelse av oppreisning og/eller erstatning. Diskrimineringsvernets *strukturelle side* handler om plikter for offentlige myndigheter, men også for ulike private aktører slik som arbeidsgivere, til å iverksette ulike positivt definerte tiltak som skal bidra til å forhindre eller minske forekomsten av diskriminering. Det kan dreie seg om aktivitetsplikter, redegjørelsesplikter, samt plikter til å ta skritt for å avskaffe bakenforliggende strukturer, fordommer og stereotypier som fører til diskriminering. Diskrimineringsregelverket som *helhet*, slik det er forankret i både nasjonale regler, EU/EØS-rett og i internasjonale menneskerettskonvensjoner, rommer både individuelle rettigheter og strukturelle

forpliktelser, herunder deres tette sammenheng. Endring av strukturer vil ofte kunne resultere i mindre diskriminering på individnivå.

- *Hensynet til tilgjengelighet* henger nøye sammen med kravet om reell likestilling. Håndhevingsapparatet må være utformet slik at individer, grupper, arbeidsgivere, ulike private og offentlige aktører mv., som diskrimineringsregelverket er aktuelt for, blir kjent med diskrimineringsvernets individuelle og strukturelle sider. Det må ikke være uforholdsmessig krevende, hverken økonomisk, praktisk eller tidsmessig, for et individ å få prøvd sin sak i håndhevingsapparatet. Videre må det foreligge en uavhengig instans hvor individer og grupper som mener det foreligge brudd på strukturelle forpliktelser kan henvende seg.
- *Hensynet til effektiv gjennomføring.* Sanksjonering av brudd på diskrimineringsvernet må være effektivt og ha en preventiv virkning. Det bør derfor ikke være uforholdsmessig krevende for individer som har vært utsatt for diskriminering å bli tilkjent oppreisning og/eller erstatning. Håndhevingsapparatet må i tillegg være strukturert slik at rettslige og faktiske barrierer som fører til diskriminering, det strukturelle vernet, kan bli fanget opp.
- *Hensynet til rettsriktige avgjørelser* går ut på at saksbehandlingen må være strukturert slik at håndhevingen skjer med utgangspunkt i riktigst mulig faktum. Ofte kan det være en ubalanse i maktforholdet mellom enkeltindivider og for eksempel en arbeidsgiver. Hensynet til rettsriktige avgjørelser taler for at håndhevingen må struktureres slik at individet får reell mulighet til å legge fram sin sak og ivareta sine interesser. Dette hensynet henger nært sammen med ivaretagelse av *hensynet til rettsikkerhet*. Hensynet til rettsriktige avgjørelser og rettsikkerhet har også betydning for de som anklages for å ha utsatt noen for diskriminering.

KVIBALD vil underveis knytte kommentarer til hvordan håndhevingen best kan ivareta disse overordnede hensynene, særlig i lys av relevante EU/EØS-rettslige og menneskerettslige forpliktelser. Organiseringen av håndhevingsapparatet på likestillings- og diskrimineringsfeltet er imidlertid et felt der Norge har betydelig grad av handlingsrom. KVIBALD vil rette særlig oppmerksomhet mot områder der forslaget innebærer en svekkelse sammenlignet med dagens situasjon. Dette henger sammen forslaget overordnede målsetting om å styrke håndhevingsapparatet. På enkelte områder mener vi også at forslaget fremstår som *rettslig* problematisk.

KVIBALD vil i punkt 2 komme med noen overordnede betraktninger vedrørende høringsforslaget konsekvenser og grunnpremisser, som vi mener gir grunn til bekymring. KVIBALD vil videre knytte kommentarer til følgende forslag:

- Foreslått sanksjonskompetanse for nemnda (punkt 3)
- Nemnda: sammensetning, kompetansekrav og saksbehandlingsrammer (punkt 4)

- Fjerning av lovhåndheveroppgaven fra ombudet (punkt 5)
- Nemndas kompetanse overfor andre offentlige myndigheter (punkt 6)
- Nærmere om LDOs veiledningsrolle (punkt 7)
- Særlig om ivaretagelse av vernet mot seksuell trakassering (punkt 8)
- Oversikt over konkrete anbefalinger (punkt 9)

2. Overordnet om høringsutkastets konsekvenser og grunnpremisser

Overordnet er det flere sider ved det fremlagte forslaget som volder særlig bekymring og som etter vår oppfatning er utilstrekkelig belyst i BLDs høringsnotat:

- KVIBALD er bekymret for at rammene som trekkes opp for den foreslåtte nye håndhevingsstrukturen kan føre til svekkelse av håndhevingsapparatet som et reelt lavterskeltilbud for individer. Dette må blant annet ses i sammenheng med at det foreslås innført et klagegebyr for saker som bringes inn for nemnda, og forslag om at saksbehandlingen hos nemnda som hovedregel skal være skriftlig. Vi er dessuten redd for at en total utskillelse av ombudets lovhåndheverrolle i kombinasjon med uklarhet knyttet til hva som skal være ombudets veiledningsfunksjon fremover, kan få som konsekvens at nemnda kan komme til å få en uoverkommelig saksmengde.
- KVIBALD frykter videre at forslaget om å fjerne ombudets lovhåndheverrolle og samtidig overføre en stor del av ombudets personale på rettighetsfeltet til den nye nemnda, vil medføre en betydelig svekkelse av ombudets veilednings-, dokumentasjons-, pådriver- og tilsynsarbeid. En svekking av ombudets innsikt i enkeltsaker vil gjøre det vanskeligere å identifisere sammenhenger mellom diskrimineringsregelverkets individuelle og strukturelle sider. Resultatet vil totalt sett kunne bli svekket ivaretagelse av diskrimineringsvernet i Norge.
- KVIBALD mener det er en fare for at forslaget vil kunne innebære at åpenbare diskrimineringsrettslige problemstillinger, både innen det offentlige og det private, ikke kan håndheves uten at individer selv fremsetter klager. Til nå har diskrimineringsvernet blitt videreutviklet blant annet ved at ombudet etter diskrimineringsombudsloven § 3 (4) har kunnet ta opp saker og avgi uttalelser på eget initiativ. I en del tilfeller er slike saker behandlet videre hos nemnda. ACE-saken, om diskriminerende læremidler i konservative kristne privatskoler, ville aldri blitt behandlet både hos ombudet og nemnda uten ombudets intervensjon. Vi kan ikke se at BLD har utredet spørsmålet om hvordan diskrimineringsrettslige problemstillinger skal kunne håndheves i den nye nemnda, i situasjoner der det ikke foreligger individuelle klager.
- KVIBALD mener en grunnleggende svakhet ved høringsutkastet er mangelen på utredning og analyse av ombudets og nemndas fremtidige rolle når det gjelder tilsyn med privat og offentlige aktørers plikt til å fremme likestilling, til å forebygge diskriminering og til (inntil videre) å redegjøre for situasjonen i egen virksomhet. Vi

mener ombudets rolle som overvåker av dette og andre aspekter ved det strukturelle vernet, områder som ikke er gjenstand for individklager, bør klargjøres og styrkes både rettslig og ressursmessig. I særlig grad bør BLD klargjøre hvordan nemnda skal kunne håndheve brudd på aktivitetsplikten og redegjørelsesplikten, da dette er regler som er sentrale for å kunne endre diskriminerende strukturer. Dersom BLD opprettholder forslaget om å oppheve redegjørelsesplikten (et forslag som KVIBALD i forrige høring uttalte seg meget kritisk til), vil det bli særlig viktig at nemnda kan avsi vedtak om brudd på aktivitetsplikten.

BLD bygger sitt forslag til nytt håndhevingsystem på en rekke sviktende/diskutable premisser. KVIBALD vil sette fingeren på følgende forhold som vi mener gir et uheldig utgangspunkt:

- Departementets forslag bygger på antakelsen om at det er mulig å utvikle et styrket håndhevingsapparat innen rammen av eksisterende økonomiske og stillingsmessige ressurser. Hvilke konsekvenser flytting av stillinger fra ombudets rettighetsavdeling til den nye nemnda vil få for lavterskeltilbudet som helhet, er overhodet ikke utredet.
- En grunnpremiss i BLDs høringsforslag er at det i dag ikke foreligger en reell to-instansbehandling. I tillegg fremheves det at saksbehandlingstiden i dagens håndhevingsapparat er svært lang (notatet s. 7). Begge premisser må nyanseres. I et betydelig antall saker der ombudet avgir uttalelse om brudd på likestillings- og diskrimineringslovgivningen, blir sakene løst uten å bringes videre inn for nemnda.¹ Vi ser dermed at ombudet reelt sett – i svært mange tilfeller – fungerer som en meget effektiv førsteinstans. Spørsmålet om saksbehandlingstid kan heller ikke diskuteres på korrekt måte uten også å inkludere alle de sakene som avgjøres i minnelighet. KVIBALD mener det er problematisk at ombudets forutsetninger og muligheter til å ta vare på denne viktige funksjonen innen rammen av en utvidet veilederrolle overses og avfeies med henvisning til formelle betraktninger.
- Departementet legger til grunn at «en tydelig rolledeling» mellom håndhever- og pådriveroppgaver «vil gi bedret legitimitet og økt profesjonalitet både for pådriver- og lovhåndheverrollen» (notatet s. 24). Det er ingen dokumentasjon i BLDs høringsnotat som belyser hvorvidt det er faktiske problemer med at ombudet både er pådriver og lovhåndhever. Begrunnelsen for den foreslåtte utskillelsen av håndhevingsoppgavene er snarere at en sammenblanding av de to funksjonene er «prinsipielt uheldig» (notatet s. 7). Vi mener det er problematisk at LDO ser ut til å bli gjenstand for en inngripende reform kun med referanse til at dagens system «prinsipielt» er uheldig.

¹ I forbindelse med Likestillingsutvalgets utredning (NOU 2011: 18) gikk ombudet gjennom klagesakene for året 2008 og utarbeidet statistikk på forekomsten av frivillige løsninger i klagesaker der ombudet konkluderer med brudd. Av 83 brudd-saker ble 21 sendt til nemnda. Av de 62 gjenværende sakene fikk 39 en løsning, 12 var under forhandlinger, 5 ikke kjent og 5 ingen løsning. Av det kan man trekke den slutning at av de sakene som stoppet hos ombudet, var det kun 5 saker der det med sikkerhet kunne fastslås at det ikke ble en minnelig løsning, det vil si i kun 8 % av sakene.

- Etter KVIBALDs oppfatning bør håndhevingsapparatet på dette feltet først og fremst utformes med tanke på å imøtekomme behovene til de ulike individer og grupper som er omfattet av vernet, særlig de svakeste og mest marginaliserte. Håndhevingsapparatet må: 1) Være strukturert slik at individer får den nødvendige informasjon, veiledning og mulighet til å oppnå frivillige løsninger som omfatter økonomisk kompensasjon. 2) Være utformet slik at det blir mulig å avdekke og ta grep for å endre strukturelle barrierer som forhindrer likestilling. En endring av organiseringen – slik det her foreslås – kan ikke i seg selv gi «økt profesjonalitet» og legitimitet.
- KVIBALD etterlyser konkrete forslag som kan bidra til å styrke ombudets uavhengighet, profesjonalitet, legitimitet og autoritet. Det er etter vår oppfatning et skrikende behov for en lovfesting av ombudets oppgaver, særlig hennes tilsyn med det strukturelle diskrimineringsvernets ulike sider. Terminologien som brukes om dette ansvaret, i forskriften til diskrimineringsombudsloven betegnet som «pådriveransvar», er etter vår oppfatning egnet til å skape misforståelser vedrørende forholdet mellom juss og politikk, særlig når det gjelder det strukturelle diskrimineringsvernet. Dette fordi det strukturelle diskrimineringsvernet også rommer rettslige plikter. En lovfesting av ombudets funksjoner, herunder hennes rolle som overvåker av det strukturelle diskrimineringsvernet er en forutsetning for å gi hennes arbeid den nødvendige autoritet og legitimitet.

3 Foreslått sanksjonskompetanse for nemnda

BLD foreslår at den nye nemnda gis kompetanse til å tilkjenne oppreisning i saker innenfor arbeidslivet og erstatning i enkle saksforhold.

KVIBALD anser dette for en viktig og nødvendig styrking av det individuelle diskrimineringsvernet. Sanksjoner kan også ha en preventiv effekt, og kan således også bidra til å endre diskriminerende holdninger og strukturer. Norge har vært gjenstand for internasjonal kritikk fordi manglende sanksjonskompetanse hos nemnda har blitt ansett som utilstrekkelig for å gjennomføre diskrimineringsvernet på en effektiv måte.²

Spørsmålet om sanksjonskompetanse må ses i sammenheng med hvordan håndhevingen er lagt opp på diskrimineringsfeltet i Norge. Eksistensen av to parallelle «håndhevingsspor», et gratis lavterskeltilbud og adgang til domstolsbehandling, hvor økonomisk kompensasjon bare kan gis av domstolene, har ført til en utilfredsstillende situasjon. Det forhold at de aller fleste saker om diskriminering kanaliseres inn til ombudet og nemnda, som har en langt mer begrenset kompetanse enn domstolene, er problematisk sett opp mot EU/EØS-rettslige og menneskerettslige krav om at diskrimineringsregelverket skal håndheves og sanksjoneres effektivt. BLDs forslag bidrar etter vår oppfatning til å ivareta både *hensynet til effektiv gjennomføring* og *hensynet til reell likestilling*.

² European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) anbefalte i sin behandling av Norges 4. rapport å gi nemnda kompetanse til tilkjenne erstatning og oppreisning, jf. NOR-CbC-IV-2009-004-NOR.

4 Nemnda: sammensetning, kompetansekrav og saksbehandlingsrammer

Vi vil nedenfor knytte kommentarer til forslagene om nemndas sammensetning, kompetansekrav, innføring av gebyr og skriftlig saksbehandling.

4.1 Sammensetning og kompetansekrav

Departementet foreslår at nemnda deles i tre avdelinger. Det foreslås å oppnevne tre ledere, og disse skal lede hver sin avdeling. Det foreslås å redusere antall medlemmer per avdeling fra fem til tre. Det skal stilles krav om at lederne både har dommerkompetanse og dommererfaring. Når det gjelder øvrige nemndsmedlemmer fremheves at det er «naturlig at også nemndas øvrige medlemmer i hovedsak har juridisk kompetanse.» Personer med annen fagbakgrunn «vil kunne vurderes for oppnevning til nemnda», men bør «i så fall ha særskilt relevant kompetanse i likestilling og ikke-diskriminering» (notatet s. 37). BLD fremhever at nemndas medlemmer bør utnevnes på bakgrunn av kompetanse, ikke som representanter enten for partene i arbeidslivet eller for andre interessegrupper (notatet s. 36).

KVIBALD er enig i at kompetanse bør være det avgjørende i forhold til hvem som oppnevnes som medlemmer i nemnda. Dette er viktig for å ivareta hensynet til objektivitet, upartiskhet, rettsriktige avgjørelser og rettssikkerhet. Krav til nemndsmedlemmers faglige og erfaringsmessige kompetanse er dessuten viktig for å ivareta rettssikkerheten i saker som omhandler ileggelse av oppreisning og/eller erstatning. KVIBALD er også enig i at det på likestillings- og diskrimineringsfeltet er behov for både samfunnsfaglig og juridisk kompetanse. Vi mener imidlertid at BLD i for liten grad fremhever behovet for jurister som har kompetanse i diskriminerings- og likestillingsrett. Vi er ikke enige i at det skal stilles et absolutt krav om at nemndsledere skal ha erfaring som dommere.

Diskriminerings- og likestillingsrett er et raskt voksende og svært krevende fagområde. Hyppigheten av lovreformer på dette feltet skaper en svært uoversiktlig rettskildesituasjon. Det er vanskelig å finne fram til relevante forarbeider, dommer og nemndsavgjørelser uten faglig innsikt i utviklingen på diskrimineringsrettsfeltet over tid. Nemnda må videre være i stand til å fortolke det nasjonale regelverket i tråd med både EU/EØS-rett og internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. Den tette sammenhengen mellom internasjonale og norske rettsregler som gjelder vern av ulike persongrupperes livs- og rettsforhold innen felter som arbeidsrett, utdanningsrett, helse rett, sosialrett eller trygderett, stiller omfattende kompetansekrav. Det er på denne bakgrunn viktig at den nye nemnda, for å sikre rettsriktige avgjørelser, også inneholder jurister med særskilt fagkompetanse og/eller praktisk erfaring innenfor likestillings- og diskrimineringsrett. Spesialistkompetanse innen likestillings- og diskrimineringsrett vil bidra til å få saksbehandlingstiden ned, særlig i vanskelige og kompliserte saker. Likestillings- og diskrimineringsrettslig spisskompetanse er også av betydning for nemndas rettslige legitimitet. I en situasjon hvor LDO, blant annet gjennom sin funksjon som konvensjonsovervåker, har opparbeidet en omfattende kompetanse i både norsk og internasjonal diskriminerings- og likestillingsrett, er det viktig å sikre at nemnda har en like sterk kompetanse som det lavere organ LDO.

Vi støtter utgangspunktet om at nemnda bør settes sammen slik at personer med ulik relevant bakgrunn kan utfylle hverandre enten det dreier seg om personer med ikke-juridisk bakgrunn som har kompetanse i likestilling og ikke-diskriminering, jurister med spesialistkompetanse i likestillings- og diskrimineringsrett, jurister med dommerkompetanse eller med dommerfaring. Vi kan imidlertid ikke se noen avgjørende grunn til at det skal stilles krav om at nemndslederne har dommererfaring. Et slikt krav innebærer at man stille strengere krav til å være nemndsledere her, enn til å være dommere i Høyesterett, se domstoloven § 54 (1) der det stilles følgende krav:

«Høyesterettsdommere, førstelagmenn og lagmenn må ha fylt 30 år og ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap.»

Vi er heller ikke kjent med at krav om dommererfaring foreligger for ledere i andre nemnder. I forbindelse med opprettelse av konkurranseklagenemnda, som trer i kraft våren 2017, het det for eksempel i NOU 2014:11 "Konkurranseklagenemnda – Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker" punkt 11.1:

«Det foreslås å lovfeste i § 3 annet ledd annet punktum at kompetansekravene for Konkurranseklagenemndas leder og nestleder bør tilsvare kravene i domstoloven § 54 første ledd: «Høyesterettsdommere, førstelagmenn og lagmenn må ha fylt 30 år og ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap.» Bakgrunnen for dette er at behandling av saker etter konkurranseloven i stor grad består av ren rettsanvendelse. Likheten med domstolenes virksomhet er svært stor. Nemnda skal vurdere bevis og anvende rettsregler på sakens faktum. Dette er oppgaver som etter sin art krever juridisk kompetanse.»

I den vedtatte lovteksten ble kravene i domstoloven kun gjort gjeldende for nemndas leder, se lov 15. april 2016 nr. 2 om endringer i konkurranseloven § 26 (2) 1. pkt. der det heter:

«Lederen skal ha kompetanse tilsvarende kravene etter domstoloven § 54 første ledd.»

Etter vår oppfatning bør kravene til diskrimineringsnemndas ledere ligge på samme linje som dette.

BLD begrunner kravet om dommererfaring med at «Nemnda skal i all hovedsak behandle enkeltsaker som består i ren bevisbedømmelse. Kravet til dommererfaring vil sikre erfaring med bevisbedømmelse.» (notatet s. 37). Til dette vil vi bemerke at selv om bevisbedømmelse kan være viktig i en del saker, er ikke en vurdering av de faktiske forhold nok for å ta stilling til om det foreligger diskriminering eller ikke. Det aktuelle regelverket må tolkes og det må foretas en subsumsjon der rettsregel og faktum bringes sammen.

Ettersom bare et fåtall likestillings- og diskrimineringssaker kommer opp for domstolene, vil det være få dommere som har praktisk erfaring med å tolke likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Å stille som absolutt krav at lederne skal ha dommerfaring – uten å fokusere på deres diskriminerings- og likestillingsrettslig kompetanse – kan også være problematisk sett opp mot at lederne forslås gitt økt kompetanse til å ta viktige avgjørelser

alene: det foreslås at enklere saker skal kunne behandles av nemndas ledere som ren kontorforretning, uten at saken behandles i full nemnd og stort sett uten klagemulighet. Dette dreier seg om avvísninger, henleggelses, retting av feil, samt vedtak om pålegg og om stansing. Kun vedtak om pålegg skal kunne påklages til nemnda. Videre er det nemndslederne alene som skal vurdere behovet for muntlige forhandlinger.

4.2 Saksbehandlingsrammer: gebyr og skriftlighet

BLD foreslår at det innføres et klagegebyr for saker som bringes inn for nemnda. Dersom saksbehandlingsgebyr ikke er innbetalt, skal saken avvíses. Det foreslås også at saksbehandlingen hos nemnda som hovedregel skal være skriftlig. Begge forslag innebærer en vesentlig endring sammenlignet med dagens rammer for håndheving av enkeltsaker: I dag er utgangspunktet at enhver person kan bringe en sak inn for ombudet, se diskrimineringsombudsloven § 3 (4) 2. pkt. Det foreligger ikke spesielle formkrav. Henvendelser kan skje enten muntlig eller skriftlig.³ Etter vår oppfatning svekker forslaget om innføring av rettsgebyr og skriftlig saksbehandling håndhevingsapparatets karakter av å være et lavterskeltilbud.

Formelt like regler kan slå ulikt ut i praksis. Innføring av klagegebyr, oppad begrenset til et halvt rettsgebyr (det vil si om lag 500 kr.), vil for noen kunne være en reell stengsel mot å få sin sak behandlet. I sin generelle kommentar nr. 33 om «women's access to justice» utdyper FNs kvinnekommisjon hva som ligger i kravet om at rettssystemet skal være tilgjengelig («accessible»):

“17. With regard to accessibility of justice systems, the Committee recommends that States parties:

(a) Remove economic barriers to justice by providing legal aid and ensure that fees for issuing and filing documents, as well as court costs, are reduced for women with low incomes and waived for women living in poverty”.

De mange problemer knyttet til å få håndhevet sine rettigheter når man er fattig, har dessuten vært tema for FNs spesialrapportør om «extreme poverty and human rights». I rapportørens 2012-rapport (fremlagt for FNs generalforsamling i dokument A/67/278) heter det blant annet:

«51. In addition to the costs of legal assistance (see paras. 60-67 below), there are numerous other costs associated with accessing justice which constitute a major barrier for the poor, who simply cannot afford those expenditures. Fees are encountered at every stage of the legal process, along with several indirect costs, such as for obtaining a legal document, witness costs, commissioning independent expertise, photocopies and phone calls. The cumulative impact of those costs is a crucial factor preventing the poor from accessing and benefiting from the justice system.»

³ Henvendelser kan skje enten muntlig eller skriftlig, jf. Forskrift (FOR-2013-12-18-1613) om organisasjon og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda § 3.

KVIBALD mener at innføring av rettsgebyr ikke i tilstrekkelig grad ivaretar *hensynet til tilgjengelighet*, ved at det svekker karakteren av nemnda som lavterskeltilbud for alle. Forslaget ivaretar heller ikke *hensynet til reell likestilling*, fordi det i praksis særlig vil innebære en hindring for personer som er fattige. Ordningen er dermed på kollisjonskurs med menneskerettslige standarder om at adgang til «justice» skal sikres for alle. Dersom BLD velger å gå videre med dette forslaget, vil det etter vår oppfatning være helt nødvendig å etablere en ordning der personer med særlig dårlig økonomi ikke trenger å betale rettsgebyr, slik at disse får en reell mulighet til å få sin sak behandlet av nemnda. Å unnlate dette vil kunne innebære brudd på forbudet mot indirekte diskriminering. Særlig vil gebyret kunne ramme personer utsatt for sammensatt diskriminering.

I dag skal nemndas behandling av saker som hovedregel skje ved muntlig forhandling (notatet s. 50). Dersom nemnda finner det nødvendig for sakens fulle opplysning, kan partene også bli innkalt. Sakens parter har også en ubetinget rett til å delta i forhandlingene for å gi eventuelle tilleggsopplysninger og besvare spørsmål fra nemnda. Departementet foreslår at saksbehandlingen i en ny nemnd som hovedregel skal være skriftlig, men at det skal åpnes for muntlig forhandling i saker der det er reelt behov for dette av hensyn til sakens opplysning.

KVIBALD mener at dette forslaget vil svekke individets mulighet til å ivareta sine interesser i håndhevingen av en sak. Hensynet til effektivitet og tidsbesparelse settes foran hensynet til ivaretagelse av *reell likestilling*, *hensynet til rettsriktige avgjørelser* og til *rettssikkerhet* for individet.

Hovedregelen om muntlig forhandling er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti. Slik umiddelbarhet kan være ekstra viktig på dette rettsområdet, ettersom fordommer og diskriminerende holdninger kan være avgjørende temaer når man skal vurdere hva som ligger bak forskjellsbehandling som har funnet sted. Denne typen bevisstemaer kan være lettere å få tak i gjennom muntlige spørsmål og svar, enn ved skriftlig behandling. At saker som hovedregel skal behandles skriftlig, vil innebære at individer må passe på at hele saken «tas med» i det skriftlige materialet, samt at sakens faktum beskrives på en måte som gjør det relevant opp mot diskriminerings- og likestillingslovgivningen. Dette vil være langt enklere å gjøre for en som er ressurssterk enn for en som er ressurs svak, blant annet ved at den ressurssterke kan velge å bruke advokat med kompetanse i diskriminerings- og likestillingsrett. At saker skal kunne henlegges eller avvises av nemndsleder som kontorforretning, uten klagemulighet for individene, bidrar ytterligere til å tydeliggjøre at det er fare for at den foreslåtte strukturen vil kunne resultere i at likestillings- og diskrimineringslovgivningen først og fremst får betydning for de ressurssterke. I tillegg er det ofte en maktubalanse mellom et enkeltindivid som mener seg diskriminert og for eksempel en arbeidsgiver. En hovedregel om skriftlig saksbehandling vil favorisere arbeidsgivere som oftere enn individene har ressurser til å bruke advokat.

Vår oppfatning er at hovedregelen om muntlig forhandling bør videreføres. Dersom forslaget om skriftlig saksbehandling likevel blir opprettholdt, må BLD tydeliggjøre hvilke tiltak som kan bidra til å avhjelpe situasjonen som oppstår. I høringsnotatet tydeliggjøres det at ombudet har adgang til å opptre som partshjelper etter tvisteloven § 15-7 (1) bokstav b) i saker for

domstolene. Høringsnotatet berører imidlertid ikke spørsmålet om ombudet også har adgang til å opptre som en hjelper for parten i forbindelse med at en sak bringes inn for nemnda. Behovet for fri rettshjelp på dette feltet – et spørsmål som blir ytterligere aktualisert gjennom en saksbehandlingsprosedyre som legger opp til skriftlighet – er ikke utredet i høringsnotatet. Disse spørsmålene bør åpenbart tas opp i forbindelse med arbeidet med lovproposisjonen.

5 Fjerning av lovhåndheveroppgaven fra ombudet

Ombudet har etter eksisterende lovgivning en lovhåndheverfunksjon (som omfatter det individuelle og visse aspekter ved det strukturelle vernet), en pådriverfunksjon (som inkluderer en kompetanserolle og en rolle som rettighetsveileder) og en internasjonal tilsynsfunksjon. BLD foreslår å flytte ombudets lovhåndheverfunksjon til nemnda, slik at dagens (reelle) to-instanssystem erstattes av en organisering der håndheving kun skjer i én instans; hos nemnda.

Departementets forslag om å flytte lovhåndheveroppgaven fra ombud til en ny nemnd er begrunnet i behovet for å styrke håndhevingsapparatets rettslige legitimitet og behovet for å effektivisere vernet gjennom kortere saksbehandlingstid. KVIBALD er enig i at kortere saksbehandlingstid, samt mulighet til å få tilkjent oppreisning og/eller erstatning hos nemnda, er forhold som vil kunne bidra til å styrke diskrimineringsvernet for enkeltindivider. Som påpekt tidligere, er det imidlertid vår oppfatning at den foreslåtte modellen ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til situasjonen til individer fra ressursvake grupper. Den foreslåtte modellen innebærer også en fare for at ombudet fratras kunnskap og informasjon om enkeltsaker. Ombudets dokumentasjons-, pådriver-, og tilsynsfunksjon vil dermed kunne svekkes ved at det blir vanskeligere å diagnostisere forhold som fører til sammensatt diskriminering, samt å identifisere sammenhenger mellom diskrimineringsregelverkets individuelle og strukturelle sider.⁴

KVIBALD er, i lys av de utredninger som er foretatt som grunnlag for håndhevingsreformen, i sterk tvil om fordelene ved innføringen av et skarpt skille mellom ombudets lovhåndhever- og pådriverfunksjoner overstiger de negative konsekvensene. Vi viser i denne sammenheng til Likestillingsutvalget (NOU 2011: 18, pkt. 8.4) og AFI-rapport 1/09 som begge understreker potensialet til rettslige, holdningsmessige og sosiale endringer som ombudets kombinerte rolle gir opphav til i dag. PwC-rapporten var, som følge av mandatet som var gitt, pålagt å utrede hvordan et håndhevingsystem som innfører et skille mellom ombudets lovhåndhever- og pådriverrolle kan gjennomføres organisatorisk og lovteknisk. PwC-utredningen inneholder ingen vurdering av hvilke negative konsekvenser innføring av et absolutt skille mellom lovhåndhever- og pådriverfunksjonen kan få, herunder hvordan *hensynet til reell likestilling*

⁴ Betydningen av innsyn i enkeltsakers bredere kontekst kommer særlig fram i ombudets praktiske og analytiske arbeid med håndteringen av sammensatt diskriminering. Ved slutten av 2013 gjennomførte Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) under ledelse av Ronald Craig en analyse av utvalgte saker for å vurdere ombudets interseksjonelle perspektiv i behandling av relevante klagesaker, LDO internt notat 2013. I 2015 utarbeidet LDO en omfattende analyse av positiv særbehandling som omfattet saker behandlet av ombud, nemnd, norske og internasjonale domstoler, http://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/diverse-pdf1/diverse-pdf/rapporter_analyser/rapport-om-positiv-sarbehandling-ldo-2015_til_pdf.pdf

kan bli svekket som følge av det blir vanskeligere å identifisere sammenhenger mellom diskrimineringsregelverkets individuelle og strukturelle sider.

KVBIALD mener det er fare for at foreliggende forslag kan komme til «å kaste barnet ut med badevannet». Ombudet har gjennom sin kompetanse til å komme med uttalelser av om det foreligger diskriminering i enkeltsaker, spilt en meget viktig rolle når det gjelder å påpeke strukturelle forhold (særlig rettslige strukturer og stereotypiske oppfatninger av de grupper som omfattes av vernet) som uthuler eller er i strid med diskrimineringsvernet. Ombudets uttalelser i enkeltsaker fra individer og i saker ombudet har tatt opp av eget initiativ etter diskrimineringsombudsloven § 3 (4), utgjør en bærebjelke i dagens håndheving både av det individuelle og av det strukturelle diskrimineringsvernet. Slike uttalelser er dessuten et viktig ledd i ombudets arbeid med å kartlegge og dokumentere forhold som fører til diskriminering.

For å konkretisere betydningen det har hatt at ombudet har kompetanse til å ta opp og avgi uttalelser i saker på eget initiativ, vil vi gi noen eksempler. Eksempelene er særlig relevante for å konkretisere ombudets rolle i å binde sammen det individuelle og strukturelle diskrimineringsvernet.

For det første har ombudets uttalelser flere ganger resultert i lov- og/eller forskriftsendringer.⁵ Ombudet har gjerne blitt gjort oppmerksom på problemstillinger gjennom at enkeltindivider eller organisasjoner har tatt kontakt. Dette var for eksempel tilfelle da Foreningen 2 Foreldre tok kontakt med ombudet og mente at det tidligere regelverket i barneloven om fradrag i barnebidragets størrelse som følge av samvær, var utformet på en måte som diskriminerte menn. Ombudet avga i 2005 en uttalelse der det ble konkludert med at regelverket var i strid med likestillingsloven.⁶ Konsekvensen ble at både barneloven og den relevante forskriften ble endret.⁷ I proposisjonen viste departementet uttrykkelig til ombudets uttalelse som en del av begrunnelsen for å endre det relevante regelverket.

Også ombudets uttalelse om at Folkeregisterets ulovfestede krav om fullstendig kjønnsbekreftende operasjon og sterilisering som vilkår for kjønnskifte, utgjorde indirekte diskriminering av transpersoner, har hatt betydning i lovendringssammenheng.⁸ Ombudets vurdering av denne praksisens usaklige, urimelige og unødvendig inngripende karakter overfor transpersoner, dannet utgangspunktet for Helse- og omsorgsdepartementets forslag til en ny lov om endring av juridisk kjønn som siden er vedtatt.⁹ Ombudets vurdering i denne

⁵ Se Vibeke Blaker Strand «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», s. 135-166 i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.) *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier* Gyldendal 2016, s. 152 flg.

⁶ Brev fra Likestillingsombudet til Barne- og familiedepartementet, 30. september 2005, 2286/2005/092 MS/BP.

⁷ Barneloven ble endret gjennom lov 12.12.2008 nr. 85 som trådte i kraft 01.01.2009. Forskriften ble endret ved forskrift 15.12.2008 nr. 1367, som også trådte i kraft 01.01.2009.

⁸ LDO 14/840 Diskriminering på grunn av kjønnsidentitet Om LDO og LDNs betydning for rettsutviklingen på dette feltet se Anne Hellum «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett», i Festkrift til Aslak Syse, Gyldendal 2016, s. 208-211.

⁹ Helse- og omsorgsdepartementet, *Høringsnotat: Forslag til lov om endring av juridisk kjønn*, 2015.

saken henger nøye sammen med dets rolle som pådriver for lesbiske, homofile, bifile, trans- og intersex (LHBTI) -personers diskrimineringsvern etter norsk og internasjonal rett.

I tillegg til at ombudets uttalelser i seg selv har ført til både lov- og forskriftsendringer, er det også sentralt at saker tatt opp på eget initiativ har blitt brakt videre inn for nemnda, som har fattet bindende vedtak i saken. Ved ombudets mulighet til å ta opp saker på eget initiativ, har nemnda behandlet saker som ikke nødvendigvis hadde blitt klaget inn for nemnda av enkeltpersoner. Dette har bidratt til å sikre et effektivt og reelt vern mot diskriminering i saker der det kanskje ikke er noe enkeltindivid som ønsker å ta belastningen med selv å bringe en sak inn for håndhevingsapparatet. Et eksempel er den banebrytende ACE-saken¹⁰, som omhandlet bruk av kjønnsdiskriminerende læremidler i konservative kristne privatskoler. Denne saken hadde antakelig ikke blitt brakt inn for nemnda uten at ombudet først hadde tatt den opp på eget initiativ. ACE-saken tydeliggjør et slags tomrom i det foreliggende forslaget: Hvordan skal man sikre at denne type saker fortsatt kan bli håndhevet? Hvordan kunne håndheve saker om diskriminering som er av stor prinsipiell betydning – slik som diskriminering i en religiøs privatskole – der det ikke er individer som klager, men der ombudet avdekker diskriminerende strukturer?

Vi ser av eksemplene at ombudets kompetanse til å ta opp enkeltsaker på eget initiativ etter diskrimineringsombudslovens § 3 (4) har hatt stor betydning i saker mot både offentlige myndigheter og private parter, der man ikke har noen konkret klager. En tilsvarende funksjon er, så vidt vi kan se, si ikke tillagt den nye nemnda. Akkurat her står vi derfor i fare for å miste en meget viktig del av muligheten til å få håndhevet det strukturelle diskrimineringsvernet. Det kan stilles spørsmål ved om forslaget – om det vedtas – blant annet bryter med statens forpliktelser etter FNS kvinneskreddiskrimineringskonvensjon artikkel 2 f) og artikkel 5 a) om at staten skal iverksette alle egnede tiltak for å endre eller oppheve diskriminerende praksiser og strukturer. Vi kan ikke se at BLD har problematisert dette spørsmålet nærmere. Problemstillingen må åpenbart drøftes nærmere i forbindelse med arbeidet med proposisjonen.

6 Nemndas kompetanse overfor andre offentlige myndigheter

BLD forslår at nemnda skal kunne treffe bindende vedtak overfor offentlige aktører i deres utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner. BLD slutter seg til Likestillingsutvalgets (NOU 2011: 18) vurdering om at det er urimelig at arbeidssøkere og arbeidstakere fra privat og offentlig sektor skal behandles forskjellig.

KVIBALD støtter dette forslaget fordi det bidrar til å ivareta hensynet til reell likestilling og et effektivt diskrimineringsvern. Vi er enige med departementet i at det ikke er saklig grunnlag for å opprettholde dagens forskjellsbehandling mellom offentlig og privat ansatte. Vi viser i den sammenheng til Norges forpliktelser etter FNs kvinneskreddiskrimineringskonvensjon, særlig statsforpliktelsen i artikkel 2 e, som både omfatter private og offentlige virksomheter.

¹⁰ LKN-2001-1.

Det heter i høringsnotatet at «ansettelser i domstolene i utgangspunktet er omfattet av nemndas kompetanse» (notatet s. 63). For tydelighetens skyld etterlyser vi en nærmere redegjørelse fra BLD om nemndas kompetanse til å fatte vedtak og/eller å avgi ikke-bindende uttalelser i saker som omhandler ansettelser i domstolene.

Departementet foreslår av konstitusjonelle grunner at nemnda ikke skal ha kompetanse til å fatte vedtak som binder Stortinget, regjeringen eller departementene i saker som gjelder disse organenes arbeidsgiverfunksjoner. Høringsnotatet tydeliggjør (notatet s. 73-74) imidlertid at nemnda, som i dag, skal kunne avgi ikke-bindende uttalelser i slike tilfeller. KVIBALD vil understreke viktigheten av at nemnda kan avgi ikke-bindende uttalelser i slike tilfeller, slik at saker som berører Stortingets, regjeringens eller departementenes arbeidsgiverfunksjoner ikke blir områder som faller utenfor diskrimineringsvernets håndhevingsystem. Vi forstår BLD slik at nemnda i fremtiden, i en sak som for eksempel berører Sivilombudsmannens arbeidsgiverfunksjoner, har kompetanse til å avgi en ikke-bindende uttalelse av om likestillings- og diskrimineringslovgivningen er brutt. Slike saker skal derfor ikke avvises.¹¹ For å unngå uklarhet, bør nemndas kompetanse til å avsi ikke-bindende uttalelser tydeliggjøres i lovteksten.

BLD tar i høringsnotatet ikke stilling til spørsmålet om nemnda har eller bør ha myndighet til å avgi ikke-bindende uttalelser i saker som omhandler forholdet mellom likestillings- og diskrimineringslovgivningen og andre lover (notatet s. 64).

KVIBALD vil understreke betydningen av at dagens ordning, hvoretter LDN (frem til høsten 2015) har vært ansett å ha kompetanse til å avgi ikke-bindende uttalelser av om en lov er i strid med diskrimineringslovgivningen, opprettholdes og klargjøres. Denne adgangen forutsettes i forarbeidene til diskrimineringsombudsloven, er avklart gjennom uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, er lagt til grunn av nemnda i en rekke saker og siden fulgt opp av Justisdepartement og Stortinget ved inkorporasjon av FNs kvinnediskrimineringskonvensjon i menneskerettsloven.¹² KVIBALD mener at LDNs praksisendring, i form av avvisning av saker som gjelder mulig kollisjon mellom diskrimineringsvernet og annen lovgivning, bygger på en feilaktig tolkning av eksisterende rettskildemateriale.¹³ Tilnærmingen er også problematisk i lys av plikten til effektiv gjennomføring av det strukturelle diskrimineringsvernet

Etter KVIBALDs oppfatning er det svært viktig at BLD i proposisjonen – og eventuelt i lovteksten – tydeliggjør nemndas kompetanse til å uttale seg om en lov er i strid med likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Videre er det etter KVIBALDs oppfatning av grunnleggende betydning å fastholde og klargjøre at den nye nemnda, som et uavhengig overvåkingsorgan på diskrimineringsfeltet, både har rett og antakelig plikt til å påpeke

¹¹ Avvisning ble imidlertid foretatt i sak LDN-2015-2, 23. november 2015

¹² Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) s. 23.

¹³ Dette er ytterligere utdypet i Vibeke Blaker Strand «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», s. 135-166 i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.) *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier* Gyldendal 2016, se særlig s. 148 flg. Se for eksempel sakene 2014/73 og 2015/21.

diskriminerende strukturer som den blir klar over gjennom behandling av enkeltsaker.¹⁴ Dette hensynet er etter vår oppfatning særlig tungtveiende i saker hvor individets rett til likestilling og ikke-diskriminering kommer på kollisjonskurs med ulike former for offentlig myndighetsutøvelse. Gjennom den nye diskrimineringsbestemmelsen i Grunnloven § 98 er det tydeliggjort at forbudet mot diskriminering er en skranke for både lovgiver og andre offentlige myndigheter, se § 89 om domstolenes rett og plikt til «å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven». Bestemmelsen forsterker argumentet om at det bør synliggjøres at nemnda – som i praksis er det organ som kommer til å behandle flest enkeltsaker på dette feltet – skal påpeke diskriminerende strukturer som den avdekker. Dette er nødvendig for å sikre effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet.

7 Nærmere om LDOs veiledningsrolle

7.1 Kompetanse- og pådriver og rettighetsveiledning

Departementet forslår å videreføre ombudets kompetanse- og pådriverrolle. Ombudet skal ha ansvar for å arbeide mot diskriminering på strukturelt nivå, herunder ha et ansvar for å identifisere diskriminerende barrierer av rettslig og faktisk art. KVIBALD er, som påpekt ovenfor, bekymret for at en overføring av alle ombudets håndhevingsfunksjoner til en ny nemnd vil kunne svekke grunnlaget for ombudets evne til å håndheve det strukturelle diskrimineringsvernet. Departementets forslag om at ombudet fortsatt skal ha veiledning med arbeidsgivers aktivitetsplikt og forslaget om å videreføre ombudets rettighetsveiledning om diskrimineringslovgivningen, kan i noen grad bøte på dette. Dette vil imidlertid avhenge av at ombudet får beholde den nødvendige juridiske kompetanse.

7.2 Veiledning med arbeidsgivers aktivitetsplikt og opphevelse av redegjøringsplikten

Departementet foreslår å videreføre ordningen med at LDO gir veiledning vedrørende private og offentlige arbeidsgiveres aktivitetsplikt etter de fire diskrimineringslovene, herunder likestillingslovens §§ 15 og 25 som pålegger arbeidsgiver, organisasjonsledelse og ledelsen i utdanningsinstitusjoner å forebygge seksuell trakassering.

KVIBALD er enig med departementet i at LDO er bedre egnet for denne oppgaven enn Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir). Veiledning om gjennomføring av aktivitetsplikten er et rettslig anliggende som atskiller seg fra direktoratsoppgaver, som særlig har som siktemål å gjennomføre den til enhver tid sittende regjerings likestillings- og arbeidslivspolitikken. LDO er en uavhengig overvåkings- og pådriverinstans som gjennom årelang veiledning har den erfaring og kompetanse som er nødvendig for å skape sammenheng og balanse mellom rettslige råd til arbeidstakerne og arbeidsgiverne, som er diskrimineringsvernets rettighets- og pliktsubjekter.

¹⁴ Se særlig LDN-2006-9 sak 9B, brev fra nemndas leder 12. mai 2006 til BLD, se punkt 5.

KVIBALD er, som det framgår av vår uttalelse til forslag til samlet likestillings- og diskrimineringslov, meget bekymret for departementets forslag om å oppheve arbeidsgivers redegjøringsplikt.¹⁵ Forslaget om å avskaffe redegjøringsplikten innebærer at ombudets og nemndas kompetanse til å føre kontroll med gjennomføringen av aktivitetsplikten, herunder plikten til å jobbe aktivt og planmessig for å forebygge etnisk, kjønnsbasert og seksuell trakassering, opphører.¹⁶ Med dette fjernes det eneste eksisterende virkemiddel til å sørge for at private og offentlige arbeidsgiveres strukturelle forpliktelser overholdes. Ettersom brudd på disse strukturelle forpliktelsene ikke kan påklages av individer eller grupper, er det helt nødvendig med en uavhengig offentlig overvåkingsinstans som har kompetanse og kapasitet til å gjennomføre systematiske undersøkelser av pliktens gjennomføring. Ombudet har gjennom sin kombinerte veilednings-, dokumentasjons- og pådriverrolle særlige forutsetninger for å stå for overvåking av det strukturelle vernet. Et eksempel på vellykket gjennomføring av denne overvåkingsoppgaven er ombudets kontroll med et utvalg kommuners gjennomføring av redegjøringsplikten.¹⁷ Ombudets undersøkelse ga opphav til en rekke uttalelser om brudd på redegjøringsplikten etterfulgt av en serie nemndsvedtak. Undersøkelles- og intervensjonsprosessen munnet i sin tur ut i en generell veiledning om bedre gjennomføring av aktivitetsplikten.¹⁸

KVIBALD understreker at prinsippet om effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet gjelder både diskriminering på individuelt og strukturelt grunnlag. Departementets forslag om å oppheve arbeidsgivers redegjøringsplikt er etter vår vurdering vanskelig å forene med prinsippet om effektiv gjennomføring, samt med prinsippet om reell likestilling. Vi vil videre påpeke at plikten til effektiv gjennomføring av det strukturelle vernet stort sett ikke ble behandlet i PWC rapporten, bl.a. på grunn av det snevre utredningsmandatet.

7.3 Individuell rettighetsveiledning

Departementet foreslår at ombudet fortsatt skal kunne gi generell og individuell rettighetsveiledning. Dette omfatter råd til enkeltpersoner og virksomheter om hvilke rettigheter og plikter de har etter diskrimineringslovgivningen. Dette er en omfattende oppgave ettersom ombudet behandler ca. 1800 saker per år, hvorav en stor andel blir løst gjennom veiledning (utkastet s. 26). Det er i praksis en glidende overgang mellom ombudets veileder- og håndheverrolle. De fleste veiledningssakene som går over til å bli klagesaker, løses på frivillig grunnlag mellom partene. Ombudet opplyser at hittil i 2016 avsluttes 68 % av klagesakene hos ombudet, etter en saksbehandlingstid på 114 dager. Det opplyses videre at det i sakene der det oppnås enighet på frivillig grunnlag ofte også inngår en oppreisning.¹⁹

¹⁵ Høringsuttalelse fra Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD) ved Institutt for offentlige rett, UiO, til forslag til felles likestillings- og diskrimineringslov, pkt.6.3.

¹⁶ Vi mener god grunner taler for å anse tiltak mot seksuell trakassering som omfattet av arbeidsgivers aktivitetsplikt, se likestillingsloven § 23 som viser til at aktivitetsplikten blant annet omhandler «beskyttelse mot trakassering». Trakasseringsbestemmelsen – likestillingsloven § 8 – omhandler både trakassering på grunn av kjønn og seksuell trakassering.

¹⁷ Dette initiativet er beskrevet og vurdert i Anne Hellum «Mote et strukturelt diskrimineringsvern», i Diskriminerings- og likestillingsrett, Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red), Universitetsforlaget 2008, s.

¹⁸ *Veiledning til bedre redgjørelser for likestilling*, LDO 2008.

¹⁹ Opplysning fra Margrete Søbstad, LDO. Se LDO sak 15/911, 14/1269, 12/1764, 13/2274 og 14/2433, 14/1434, 15/721, 16/1352

Vi vil fremheve noen sentrale problemstillinger som alle handler om at det er stor uklarhet knyttet til hvordan LDOs veiledningsplikt skal utøves i fremover:

- 1) Høringsnotatet bidrar i liten grad til å få frem hvordan LDO og nemnda skal samarbeide dersom LDO har veiledet i et spørsmål som deretter klages inn for nemnda. I høringsnotatet understrekes det at LDOs veiledning må avgrenses mot å representere en part utad (utkastet s. 26). Hva som ligger i denne begrensningen utdypes imidlertid ikke. Departementet sier dessuten: «Departementet antar også at saksbehandlingstiden per sak i ny nemnd vil kunne øke noe som følge av at LDO (som «førsteinstans») ikke lenger skal kartlegge sakens faktum og innhente bidrag fra sakens parter i første instans.» (utkastet s. 38).

Departementet fremhever imidlertid også at veiledningsfunksjonen vil utgjøre et viktig empirisk grunnlag for ombudets dokumentasjons- og pådriveoppgaver. For at dette skal kunne skje, må imidlertid LDO gå relativt dypt inn i spørsmålene i en enkeltsak i forbindelse med sin veiledning. Sett opp mot målsettingen om økt effektivitet i håndhevingsapparatet, vil det etter vår oppfatning være lite hensiktsmessig om det materialet LDO har fremskaffet som ledd i å veilede i en enkeltsak overhodet ikke skal kunne komme nemnda til gode i en eventuell klagesak.

- 2) Ombudet skal etter diskrimineringsombudsloven § 3 (3) foreta en oppfølging av saker der det er avgitt uttalelse om lovbrudd. Det heter at: «Ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudet forelegge saken for nemnda til behandling etter § 6.» Noen tilsvarende oppfølgingsfunksjon er så vidt vi kan se ikke videreført i høringsutkastet, verken for nemnd eller ombud. Dette er nok et eksempel på at hensynet til reell likestilling svekkes ved at ombudets rolle beklippes uten å bli erstattet av en tilsvarende funksjon hos den nye nemnda.
- 3) KVIBALD er i tvil om den foreslåtte veiledningsordning vil fange opp de rettslige behovene til de mest ressursvake klagerne som på grunn av språkproblemer, manglende rettskunnskap eller forhold som sosial isolasjon og manglende organisasjonstilknytning, vil ha problemer med å utforme en skriftlig klage som inneholder den nødvendige dokumentasjon og argumentasjon. Det er etter vår oppfatning viktig at ombudets rettighetsveiledning utformes på en slik måte at denne gruppen klagere ikke bare får kunnskap om hvilke rettigheter de har, men også assistanse som gjør dem i stand til å fremme sin sak for nemnda. Høringsutkastet berører ikke dette viktige spørsmålet. Eksisterende lavterskeltilbud er gjennom sin kombinasjon av ombudets rolle som rettighetsveileder, lovhandhever og oppfølger godt egnet til å ivareta internasjonale forpliktelser om å sikre ressursvake grupper adgang til å få sin sak prøvd for en uavhengig rettsinstans.

- 4) KVIBALD mener at ombudets foreslåtte veiledningsfunksjon og adgang til å opptre som partshjelper i saker for domstolene vil være utilstrekkelig når det gjelder å sikre individer fra ressursvake grupper en reell rett til å få sin sak prøvd. En grunnleggende mangel ved høringsutkastet er at spørsmålet om ombudet skal ha partshjelperfunksjoner i individklagesaker som fremmes for den nye nemnda, ikke er utredet. Videre er innføring av en ordning med fri rettshjelp i diskrimineringsaker, både for nemnd og domstol, etter vår oppfatning nødvendig for å sikre at retten til å få sin sak prøvd blir realisert. Vi er overrasket over at foreliggende endringsforslag, som utvilsomt vil ramme individer fra ressursvake grupper, ikke berører rettshjelpstematikken. ECRI, som overvåker hvordan Europarådets medlemmer arbeider mot rasisme, anbefaler at diskriminerte som mangler tilstrekkelige ressurser til å fremme sin sak gis en lovfestet rett til fri rettshjelp.²⁰ Vi minner i denne sammenheng om at FNs kvinnekommisjon gjentakende ganger har understreket Norges forpliktelse til å sikre at innvandrerkvinner får samme adgang til beskyttelse mot diskriminering som etnisk norske kvinner og menn fra deres egen gruppe.²¹
- 5) Sist, men ikke minst er vi svært bekymret for at den planlagte overføring av juridiske stillinger fra ombud til den nye nemnda vil medføre redusert kapasitet til å forestå rettighetsveiledning.

7.4 Konvensjonstilsyn

Departementet foreslår at ombudet skal fortsette å føre tilsyn med nasjonal gjennomføring av FNs kvinnekommisjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon og FN-konvensjonen om mennesker med nedsatt funksjonsevne.

KVIBALD understreker statens plikt til å utvikle effektive og uavhengige mekanismer for å observere og overvåke forvaltningen gjennomføringen av konvensjonene. Paris-prinsippene stiller strenge krav til faglig kompetanse for de nasjonale menneskerettslige overvåkingsorganene. Vi mener hensynet til tilsynsfunksjonens kvalitet, autoritet og legitimitet taler for å legge disse prinsippene til grunn for ombudets tilsynsfunksjon selv om det ikke framgår direkte av forarbeidene til diskrimineringsombudsloven.²² Videre mener vi det er fare for at den planlagte overføringen av personell fra ombudets rettighetsavdeling, en

²⁰ ECRI General Policy Recommendation No.7: National legislation to combat racism and racial discrimination (2002), avsnitt V 26.

²¹ Disse anbefalingene er analysert av Tina Nordstrøm og Anne Hellum i «Innvandrerkvinner rett til rettighetsinnsamling: Fra internasjonale menneskerettigheter til norsk lovgivning, politikk og praksis», i *Like rettigheter og ulike liv*, Anne Hellum og Julia Kohler Olsen (red) Gyldendal 2014, s 357, flg.

²² Spørsmålet er utredet i Anne Hellum og Else McClimans *Kartlegging av Likestillings- og diskrimineringsombudets tilsyn med FNs kvinnekommisjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon* En utredning foretatt av Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD), etter oppdrag fra Likestillingsutvalget, avgitt 5. juli 2011. Publisert i Kvinnerettslig skriftserie Nr 87/2011.
<http://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/87-hellum-mcclimans>. Dette er også forutsatt i forarbeidene til Lov 22 mai 2015 nr. 33 om nasjonal institusjon for menneskerettigheter.

avdeling som også er sentral i sammenheng med konvensjonstilsynet, vil kunne føre til en tømning av juridisk kompetanse og således underminere Paris-prinsippenes strenge faglighetskrav.

8 Særlig om ivaretagelse av vernet mot seksuell trakassering

Forbudet mot seksuell trakassering etter likestillingslovens § 8 håndheves etter eksisterende lovgivning av domstolene. LDO og LDN overvåker etter dagens lovgivning arbeidsgivers plikt til å «forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering i strid med § 8», se diskrimineringsombudsloven § 25 jf. § 26. LDO og LDNs indirekte kontroll med aktivitetsplikten gjennom redegjøringsplikten i § 24, utgjør et rettslig redskap med potensiale for å overvåke plikten til å forebygge seksuell trakassering.

Departementet foreslår, som tidligere påpekt, å oppheve arbeidsgivers redegjøringsplikt. I høringsutkastet foreslår departementet å videreføre dagens ordning med domstolsbehandling av saker som gjelder seksuell trakassering. Departementet anfører at seksuell trakassering er av en mer alvorlig karakter enn andre former for trakassering og diskriminering som nemnda har kompetanse til å behandle. Hensynet til rettssikkerheten til den som anklages for trakassering taler etter departementets oppfatning for domstolsbehandling. Departementet presiserer at ombudet vil kunne gi rettighetsveiledning og være partshjelper i saker om seksuell trakassering.

KVIBALD mener den glidende overgang mellom kjønnsmessig trakassering og seksuell trakassering taler for å gi nemnda kompetanse til å behandle denne typen saker. Videre mener vi gapet mellom den store faktiske forekomsten av seksuell trakassering, mangel på kontroll med at forebyggende tiltak finner sted og det svært lave antallet saker for domstolene, taler for at nemnda bør kunne håndheve disse sakene. Vi mener at rettssikkerheten til de involverte parter vil kunne ivaretas tilstrekkelig innenfor nemndstrukturen som er foreslått. Departementet kan vurdere å oppstille en rett for partene til muntlig behandling i slike saker, på samme måte som at det foreslås at partene skal ha en ubetinget rett til muntlig behandling i saker der det er reist krav om oppreisning. Vi minner om anmodningen fra FNs kvinnekommisjon i tilknytning til behandlingen av Norges 8. periodiske rapport hvor den anbefalte Norge å:

- a) Ytterligere styrke Likestillings- og diskrimineringsombudet, ved at det blir gitt tilstrekkelige menneskelige og tekniske ressurser og å vurdere å gi ombudet og nemnda adgang til å prøve saker som gjelder seksuell trakassering;
- b) Styrke evalueringen av tiltak som treffes for å forsikre seg om at slike tiltak oppfyller de målene som er satt.²³

²³ CEDAWC/NOR/CO/8, para 14.

Avslutningsvis vil vi framheve at hensynet til å styrke det strukturelle vernet mot seksuell trakassering taler for å opprettholde arbeidsgivers redegjøringsplikt. Redegjøringsplikten utgjør et verktøy som vil kunne styrke ombudets veiledningsarbeid på trakasseringfeltet.

9. Oversikt over konkrete anbefalinger

Vi støtter forslaget om at den nye nemnda gis kompetanse til å tilkjenne oppreisning i saker innenfor arbeidslivet og erstatning i enkle saksforhold.

Vi støtter også forslaget om at nemnda skal kunne treffe bindende vedtak overfor offentlige aktører i deres utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner.

Vi anbefaler dessuten:

Fra punkt 4: Nemnda: sammensetning, kompetansekrav og saksbehandlingsrammer

- Vi støtter utgangspunktet om at nemnda bør settes sammen slik at personer med ulik relevant bakgrunn kan utfylle hverandre enten det dreier seg om personer med ikke-juridisk bakgrunn som har kompetanse i likestilling og ikke-diskriminering, jurister med spesialistkompetanse i likestillings- og diskrimineringsrett, jurister med dommerkompetanse eller med dommerfaring.
- BLD fremhever i for liten grad behovet for jurister som har kompetanse i diskriminerings- og likestillingsrett.
- Vi er uenige i at det skal stilles et absolutt krav om at nemndsledere skal ha erfaring som dommere, selv om slik erfaring kan være nyttig.
- Innføring av klagegebyr er meget problematisk og kan i visse tilfeller innebære indirekte diskriminering. Dersom BLD velger å gå videre med dette forslaget, er det nødvendig å konstruere ordningen slik at personer med særlig dårlig økonomi likevel ikke trenger å betale gebyret.
- Hovedregelen om muntlig saksbehandling i nemnda bør videreføres.

Fra punkt 5: Fjerning av lovhåndheveroppgaven fra ombudet

- Departementet må utrede hvordan saker som tidligere har blitt tatt opp av ombudet på eget initiativ etter diskrimineringsombudsloven § 3 (4) nå skal kunne håndheves.
- Ombudets rolle som overvåker av det strukturelle diskrimineringsvern lovfestes.
- Ombudets kapasitet til å overvåke det strukturelle vernet må ikke svekkes gjennom fratakelse av stillinger.
- Ombudets synspunkter knyttet til at det foreligger diskriminering av strukturell art, tillates bragt inn som enkeltsaker for nemnda.

Fra punkt 6: Nemndas kompetanse overfor andre offentlige myndigheter

- Vi etterlyser at BLD tydeliggjør nemndas kompetanse til å fatte vedtak og/eller å avgi ikke-bindende uttalelser i saker som omhandler ansettelser i domstolene.
- Nemndas kompetanse til å avsi ikke-bindende uttalelse i saker som omhandler Stortingets, regjeringens eller departementenes arbeidsgiverfunksjoner bør tydeliggjøres i lovteksten.

- Nemndas kompetanse til å avgi ikke-bindende uttalelser i saker som omhandler forholdet mellom likestillings- og diskrimineringslovgivningen og andre lover bør tydeliggjøres i lovteksten.

Fra punkt 7: Nærmere om LDOs veiledningsrolle

- Arbeidsgiveres redegjørelsesplikt bør beholdes.
- Rammene for ombudets veiledningsplikt må tydeliggjøres, herunder hvordan ombudet og nemnda skal forholde seg til hverandres arbeid, dersom nemnda behandler saker der ombudet allerede har gitt konkret veiledning.
- Spørsmålet om hva som skal skje for å dekke opp for ombudets oppfølgingsfunksjon etter diskrimineringsombudsloven § 3 (3) jf. § 6, må utredes.
- De mest ressursvake klagerne må få assistanse som gjør dem i stand til å fremme sin sak for nemnda. Ombudet må tilføres tilstrekkelig med ressurser til å kunne yte slik bistand.
- BLD må utrede spørsmålet om ombudet skal ha partshjelperfunksjoner i individklagesaker som fremmes for den nye nemnda.
- Innføring av en ordning med fri rettshjelp i diskrimineringsaker, både for nemnd og domstol, må utredes.

Fra punkt 8: Særlig om ivaretagelse av vernet mot seksuell trakassering

- Den nye nemnda gis kompetanse til å behandle saker vedrørende seksuell trakassering.
- Departementet kan vurdere å oppstille en rett for partene til muntlig behandling i saker om seksuell trakassering.

For Avdeling for kvinnerett, barnerett, diskriminerings- og likestillingsrett,

30.11. 2016

Professor Anne Hellum (IOR)

Professor Vibeke Blaker Strand (IOR)