



Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Vår referanse: 20/01848-2
Arkivkode: X00 &00
Solfrid Vaage
Saksbehandler: Haukaas,
Deres referanse:
Dato: 15.10.2020

Høringsuttalelse - endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven – gjengjeldelse/varsling

1. Innledning

KS viser til Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturdepartementets forslag om å etablere et lavterskeltilbud for behandling av saker om brudd på gjengjeldelsesforbudet ved varsling etter arbeidsmiljøloven. Forslaget har høringsfrist 15. oktober 2020.

2. KS går imot en tvisteløsningsnemnd i varslingsaker

Hovedstyret i KS vedtok 23. august 2018 enstemmig at det ikke bør etableres en tvisteløsningsnemnd for varslingsaker. Det vises ellers til KS' hørings svar til Varslingsutvalgets utredning, jfr. NOU 2018:6 av 3. september 2018 (16/02227-9).

I tråd med våre vurderinger fra høsten 2018 opprettholdes standpunktet om at KS går imot forslaget om at det etableres en tvisteløsningsnemnd i varslingsaker. KS går således imot forslaget om at Diskrimineringsnemnda skal bli tillagt myndighet til å vurdere om gjengjeldelse har funnet sted og myndighet til å tilkjenne oppreisning og erstatning. KS mener dette av rettsikkerhetshensyn fortsatt bør avgjøres av domstolene. Videre kan ikke KS se at det er behov for et lavterskeltilbud for å ta stilling til tvist rundt varsling som trer i stedet for ordningen som følger av tvisteloven. Ved at denne type saker behandles etter tvisteloven vil partene ha større rådighet over saken, herunder om de ønsker å inngå minnelige løsninger. Det vises til at tvisteloven tilbyr bl.a. rettsmekling som løsningsalternativ. Rettsmekling er en viktig løsningsmekanisme hvor begge parter har et større eierskap til løsningen av den underliggende

tvisten, jfr. tvisteloven kapittel 8. Dette er ikke et alternativ etter nemndsbehandling som etter vår vurdering vil føre til en økning av antall saker og færre løsninger som «eies» av begge parter.

3. Varslingssakene bør fortsatt behandles av domstolene

3.1 Varslingssakene adskiller seg fra øvrige saker i nemnda

Varslingssaker er krevende, både faktisk og rettslig. Mange varslingssaker har sammensatte og komplekse saksforhold som krever omfattende umiddelbar bevisførsel. Disse adskiller seg ofte fra saker som nemnda håndterer, hvor bevistemaet er om en ellers diskriminerende handling skyldes et diskrimineringsgrunnlag eller noe annet. I varslingssaker er bevistemaet mer komplekst, både faktisk og rettslig.

Varslingsinstituttet påberopes ofte i saker hvor gjengjeldelse ikke har skjedd. Vi erfarer at varslingsinstituttet ofte brukes, også når varselet gjelder konflikter på arbeidsplassen, eget arbeidsforhold eller i saker med faglig uenighet. Dette vil ordinært etter regelverket ikke være varsling, men pretensjonen må prøves på bakgrunn av bevisene i saken. Ved etablering av et lavterskeltilbud frykter vi flere saker, og dette vil gjøre det det er utfordrende å utøve ledelse når varsling påberopes. Kommunene bruker allerede mye ressurser på å håndtere slike varslingssaker.

3.2 Tvistelovens system er best egnet til å løse varslingssakene

Rettssikkerhetshensyn taler for at gjengjeldelse etter varsling skal behandles av domstolene, det vil si at sakene behandles i henhold til tvisteloven supplert av de særskilte reglene som følger av arbeidsmiljøloven. Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven/diskrimineringsombudsloven og - forskrift er ikke like godt egnet til å ivareta rettssikkerheten til begge parter.

Først og fremst mener vi at tvistelovens system skaper trygghet for at varslingssaker behandles forsvarlig, hvor en dommer styrer saken og søker å finne en løsning på tvisten på et tidlig tidspunkt. Dersom minnelige løsninger ikke er mulig er det likevel nødvendig med en grundig behandling av slike tvister, blant annet grunnet at mange av sakene skyldes underliggende arbeidskonflikter eller et krevende psykososialt miljø med et sammensatt bevisbilde. Domstolenes ordning med rettsmekling bidrar også til å få raske løsninger i en del rettsvister, og bidrar i så fall til å løse den underliggende tvisten som ligger til grunn for varslingen.

Diskrimineringsnemnda har ikke en dommer som tidlig styrer saken og tar opp med advokatene at partene er tjent med å finne en løsning i planmøte. Ved nemndbehandling bringes slike saker

inn i et mer forvaltningsrettslig spor og saksbehandlingen vil mangle flere nyttige elementer som tvisteloven gir.

3.3 Rettssikkerhetshensyn tilsier at varslingsaker skal behandles i domstolene

Det vises til Varslingsutvalgets utredning hvor utvalget pekte på behovet for mer omfattende bevisførsel i slike saker, og de uttalte at rettssikkerhetshensyn for alle parter kan derfor tale mot å etablere et lavterskeltilbud for slike saker.

Vi er enig med utvalgets mindretall, som skriver at *«disse sakene kan reise vanskelige bevisproblemer som domstolene gjennom sin umiddelbare bevisførsel er best egnet til å avgjøre»* og *«behovet for kontradiktorisk saksbehandling og hensynet til sakens opplysning er særlig viktig i saker om gjengjeldelse på grunn av varsling»*.

Nemndas saksbehandling er som hovedregel skriftlig, og sakene forberedes av nemndas sekretariat. Normalt vil nemndleder først lese sakens dokumenter når den skal vurderes avvist eller henlagt, eller når saken settes opp på et møte for behandling. I domstolene styres prosessen derimot av en dommer fra saken kommer inn og det tidlig avholdes planmøte hvor ulike problemstillinger blir løftet frem og bevisstgjort, bl.a. bevisføringen og rask avklaring av om rettsmekling er ønskelig.

Det at saksforberedelse skjer skriftlig, og uten at partene fullt ut har kontroll på sakens opplysning, kan begrense sakens opplysning. Videre er det, selv om nemnda i noen grad åpner for partsinnlegg, i liten grad lagt opp til muntlighet. Muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet er viktig for å opplyse sakene best mulig, og vi er tvilende til om nemndas saksbehandlingsregler tilstrekkelig vil ivareta retten til kontradiksjon i varslingsaker. Muntlige innlegg ved nemndsbehandling vil ikke erstatte tvistelovens bevisføringsregler med bl.a. krysseksaminasjon.

Det vises her til Prop. 80 L (2016-2017), hvor Barne- og likestillingsdepartementet skrev at *«hensynet til partenes rettsikkerhet kan isolert sett tale for at nemndas saksbehandling i stor grad bør være muntlig, i likhet med sivilprosessen»*, men at *«en utstrakt bruk av muntlighet vil imidlertid gå på bekostning av effektivitet og føre til at saksbehandlingstiden blir forlenget.»*

Vi mener at varslingssakene ut fra sin karakter må ivareta viktige rettssikkerhetshensyn, og at ønsket å etablere et lavterskeltilbud ikke bør gå på bekostning av viktige rettssikkerhetsprinsipper, som kontradiksjon og forsvarlig opplysning av saken.

Dersom det opprettes en nemnd, mener vi at det er nødvendig å innta i diskrimineringsombudsloven § 9 at partene har rett til muntlige forhandlinger i varslingssaker. Dette er ikke kommentert i kapittel 5, slik det fremgår i punkt 3.2. Vi mener det er nødvendig med større grad av muntlighet enn det som er praksis i nemnda i dag, hvor både parter og vitner forklarer seg. Det er ikke tilstrekkelig med partsinnlegg, slik ordningen er i dag.

3.4 Saksbehandlingstiden vil være lang, også i Diskrimineringsnemnda

Varslingsutvalget pekte på at de største svakhetene ved domstolsbehandling er at det kan ta lang tid og være kostbart for partene å få en avgjørelse i domstolene. Flertallet mente det bør etableres et lavterskeltilbud for tvisteløsning av saker om gjengjeldelse og brudd på aktivitetsplikten. Varslingsutvalget skriver under 12.5.5:

«Dess raskere en sak gripes fatt i, dess mindre er sjansen for at den eskalerer og blir til en konflikt som er umulig for partene å håndtere og leve med.»

Dette er vi enige i. Vi kan imidlertid ikke se at en løsning som skissert vil bidra til raskere løsninger og mindre eskalering, tvert imot.

På nettsidene til Diskrimineringsnemnda fremgår det for eksempel at gjennomsnittlig saksbehandlingstid på nemndsbehandlede saker er 359 dager pr 9. oktober 2020. Vi mener dette er en lang saksbehandlingstid i krevende saker for virksomheten. Mens sakene søkes løst i perioden mens sakene står for retten, vil sakene ha fokus på opplysning av sakens faktiske side, og lite annet, før saken avgjøres av nemnda. Videre kan nemndsavgjørelser bringes inn for domstolsbehandling og medføre at det tar ytterligere tid før saken får sin endelige løsning. I konfliktfylte saker vil dette lett skje, og gi et langt behandlingsløp uten at konflikten bringes over i et konstruktivt spor.

Vi kan ikke se at en løsning som foreslått av departementet vil avhjelpe dette.

Diskrimineringsnemnda er nå en-instans, og behandler sakene i første og eneste instans fra 1. januar 2018. Dette medfører at nemnda har et større ansvar for sakens opplysning enn etter tidligere ordning, hvor nemnda var klageinstans. Videre har nemnda fått utvidet sitt saklige

virkeområde til å omfatte saker om seksuell trakassering fra 1. januar 2020. Endringene er omfattende. Vi mener at Diskrimineringsnemnda bør få tid til å innrette seg etter endringene, og evaluere dette før nemnda i betydelig grad får ytterligere utvidet sitt saklige virkeområde. Vi viser også til at det arbeides parallelt med å styrke domstolens stilling og kapasitet senest ved Regjeringens forslag om endringer i domstolstrukturen (Prop. 11 L (2020-2021)). Det er her særlig viktig å merke seg at enkeltforslag som bringer tvister inn i et forvaltningsspør ikke skjer ut fra en bevisst lovgivervilje, men på bakgrunn av en sektortenkning om at «sakstypen» må løses raskere og med lavere kostnader. Dette er en uheldig utvikling som på sikt svekker domstolens stilling, og dermed rettssikkerheten.

KS merker seg at forslaget ikke ventes å ha økonomiske og administrative konsekvenser, men at det er avsatt 3 millioner i statsbudsjettet for en nemndsløsning for gjengjeldelse etter varsling. Dersom Stortinget vedtar forslaget er det helt nødvendig at Diskrimineringsnemnda tilføres nødvendige ressurser til å håndtere eventuell pågang ifm. varslings saker slik at saksbehandlingstiden blir forsvarlig i varslings sakene.

3.5 Partenes kostnader ifm. behandling av varslingen

Videre skal partene bære egne kostnader etter nemndsordningen. Det vil medføre risiko for betydelige kostnader for partene. Det vil særlig være tilfellet for arbeidstaker som ikke er organisert og står uten rettshjelpstilbud. Etter tvistelovens system vil en varsler som vinner frem, normalt få dekket egne kostnader.

3.6 Unntak for stillingsvernsaker

KS mener sakstypen ikke egner seg for nemndsbehandling, også de sakene som ikke gjelder stillingsvern. Dersom det likevel skulle innføres en slik nemndsordning, støtter KS avgrensning mot stillingsvernssaker. Dette selv om det kan være en utfordrende grensegang, særlig i saker hvor det er spørsmål om arbeidsgiver har opptrådt med grunnlag i styringsretten, og hvor det pretenderes at handlingen er en endringsoppsigelse.

Også suspensjon bør unntas fra nemndas virkeområde i diskrimineringsombudsloven § 1 fjerde ledd. Dette er vurderinger som ikke er egnet for behandlinger i nemnda. Suspensjonsvedtak treffes dersom det er grunn til å anta at arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed etter § 15-14, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-13. Suspensjon skal normalt avgrenses til tre måneder. Både ut fra sakenes karakter samt saksbehandlingstid og arbeidsform i nemnda bør dette avgrenses mot nemndas virkeområde. Tilsvarende bør det avgrenses mot andre reaksjonsformer, som f. eks. bruk av advarsel.

Unntaket bør også fremgå av arbeidsmiljøloven § 2 A-8. Det er langt flere som forholder seg til arbeidsmiljøloven enn til diskrimineringsombudsloven, og dette er en sentral avgrensning av virkeområdet til nemnda.

3.7 Domstolene bør tilkjenne oppreisning og erstatning

KS går imot at nemnda skal ha kompetanse til å tilkjenne oppreisning og erstatning i enklere forhold. Dersom nemnda likevel gis slik myndighet, mener vi at det bør være sjablongmessig praksis i tråd med den praksis som er etablert i diskrimineringsaker, der beløpene i oppreisningssaker hovedsakelig ligger mellom 20 000 til 80 000 kroner. Større beløp enn dette bør behandles for domstolene.

KS er enig i begrensningen i å tilkjenne erstatning til «enkle saksforhold» også i varslingsaker i det dette ofte krever både spesiell kompetanse og mer omfattende bevisførsel for å ta stilling til.

4. Avsluttende merknader

KS går imot en nemndsbehandling i varslingsaker. Dersom det innføres en slik nemndsbehandling, bør den evalueres etter noen år. Det må også vurderes om Diskrimineringsnemnda har tilstrekkelig kompetanse og ressurser til å få tilført dette i dag.

Lasse Hansen
Administrerende direktør

Tor Allstrin
Områdedirektør

Mottakere: Kulturdepartementet - KUD
Arbeids- og sosialdepartementet - ASD
Kulturdepartementet - KUD

Kopi: Kommunal- og moderniseringsdepartementet - KMD