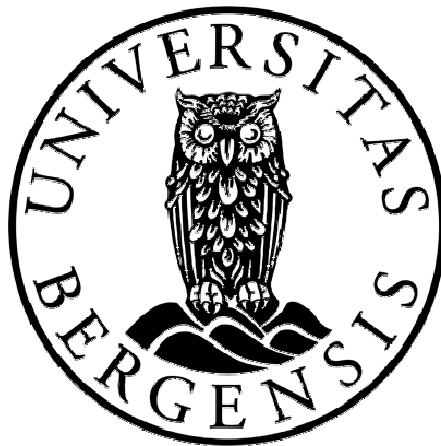


Handlaus gjæte

Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere

med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Tine Eidsvaag



Avhandling for graden philosophiae doctor (PhD)

ved Universitetet i Bergen

2. september 2008

Er du halt, kan du ride,
handlaus gjæte,
er du dauv, kan du duga i strid.

Blind er betre
enn brend å vera;
dauð mun ein lite duga.

(Håvamål, 71. strofe)

‘The handless can shepherd a crowd.’ Protection against the exclusion and discrimination of employees with health problems or functional impairments

This thesis deals with the labour law protection afforded by current Norwegian legislation against exclusion and discrimination on the basis of functional impairment and state of health.

This protection consists of several components: firstly, the requirements concerning the individual and general working environment are important as regards the extent to which employees with health problems or functional impairment can be employed. Secondly, the protection against dismissal on grounds of sickness absence or impaired working capacity due to medical reasons. Thirdly, there is protection throughout the employment period against discrimination on grounds of disability. Fourthly, restrictions on obtaining and using medical information in employment situations protect against such information being used as the basis for exclusion and discrimination.

These components have different provenances. The working environment requirements and the protection against unfair dismissal mainly arose through the development of national legislation. The anti-discrimination regulations represent a new perspective and are for the most part a consequence of corresponding regulations at EC level. The restrictions on the use of medical information are partly a result of EC legal regulations and partly a consequence of national initiatives.

Despite the fact that a great many of the regulations overlap with regard to the groups protected and the practical situations to which they apply, there is little coordination between them.

The thesis contains a legal history chapter (Chapter III), in which the author follows the development of legal requirements for the working environment, protection against unfair dismissal, various instruments aimed at promoting the employment of persons with functional impairments (including prohibition against discrimination) and the development of restrictions on the right to obtain and use medical information in an employment relationship.

The thesis also includes a general chapter (Chapter IV) which analyses and compares groups of persons who are covered by the protection and acts that are either proscribed or prescribed pursuant to the various regulations. Among other things, the prohibitions against direct and indirect discrimination of employees with disabilities are analysed.

Chapters V-VII of the thesis deal with protection from exclusion and discrimination at the appointment stage, during the employment period and on termination. In Chapter V (appointment), restrictions on the communication of medical information and the prohibition against discrimination on grounds of disability are central. In Chapter VI (the employment period), the duty to accommodate pursuant to working environment regulations is compared with the duty to accommodate pursuant to anti-discrimination regulations. Chapter VII (termination) discusses whether an employee can be dismissed as a direct or indirect consequence of difficulties at work relating to functional impairment or health problems.

Despite a great amount of legislative and other regulatory activity in the area of inclusive workplaces/discrimination protection during the last ten years, the practical results are meagre. Persons with functional impairments or health problems still have problems obtaining and keeping jobs, and the percentage of persons with self-assessed disabilities in employment has fallen slightly since 2001. Chapter VIII of the thesis considers the possible causes of this lack of concrete results and the potential that lies in more active use of discrimination protection regulations.

Forord

Denne avhandlingen har en lang historie bak seg. Da jeg på 1990-tallet arbeidet med en mindre avhandling om arbeidstakers rett til å nekte farlig arbeid, ble jeg oppmerksom på at helsefare i arbeidsmiljøet svært ofte er avhengig av arbeidstakers individuelle helsemessige sårbarhet. Planen for *denne* avhandlingen var å skrive om rettigheter og plikter ved arbeidstakers sykdom. Siden har rettsutviklingen ført til at det som skulle ha vært en avhandling om sykdom, mer og mer kom til å handle om vern mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Samtidig har arbeidsmiljøproblematikken hele tiden fulgt med på lasset. På sett og vis føler jeg at ringen er sluttet og at det overordnede emnet for mine arbeider hele tiden har vært forholdet mellom individer med ulike helse- og funksjonsmessige forutsetninger og omgivelser som er inkluderende eller utstøtende.

Rettsutviklingen på områdene inkluderende arbeidsliv og diskrimineringsvern for personer med funksjonsnedsettelse har fra slutten av 1990-tallet gått svært fort, og jeg har ofte hatt følelsen av å løpe etter og prøve å gripe halen på en galopperende hest. Ikke før har jeg fått revidert beskrivelsen av en rettstilstand, så endres det hele enda en gang. Da jeg startet arbeidet med avhandlingen, forelå ikke noe vern mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse i norsk arbeidsliv. Vernet mot diskriminering ble innført 2001, revidert og utvidet i 2004, revidert igjen i 2005 og går nå snart inn i sin fjerde fase ved diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008. Heller ikke denne loven forventes å få noe langt liv, ettersom det i 2009 skal fremlegges utkast til en samlet diskrimineringslov. På et eller annet tidspunkt var det likevel nødvendig å sette sluttstrek, om prosjektet overhodet skulle komme i havn. Jeg har valgt på sette foreløpig sluttstrek her, ved arbeidsmiljøloven av 2005 kapittel 13. På de fleste punkter har jeg imidlertid innarbeidet forslagene til – og til dels også den vedtatte – diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Mange personer har vært involvert i prosjektet i den lange tidsperioden det har pågått. Professor Ruth Nielsen var veileder for prosjektet i en kortere periode på 1990-tallet. Professor Kai Krüger holdt ut lenge og professor Gudrun Holgersen har vært med meg helt til slutt. Alle har gitt gode innspill og fortjener takk. For Kai og Gudrun gjelder i tillegg at de, etter at alle frister var gått ut og alle bevilgninger inndratt, fortsatte å lese og kommentere, mer og mindre av ”sitt hjertes godhet”, for å sitere Emil fra Lønneberget. En hjertelig takk til dem!

Det er mange andre som skal takkes. De vitenskapelige assistentene Linda Anita Haugen, Kim André Svenheim og Geir Fjelde Bjerga har lest korrektur, utarbeidet registre og kommet med konstruktive innspill. Vårt fantastiske bibliotekspersonale stiller alltid opp og Jørn Ruud finner

enhver kilde på rekordtid. Samme Jørn har også vært god å ha som klagemur når jeg har vært helt oppgitt over dette arbeidet som aldri ville gå i hop. Mange andre på fakultetet kunne også vært nevnt, både med hensyn til faglig og ikke minst menneskelig støtte.

Et doktorgradsprosjekt, og særlig et så langvarig som mitt, fordrer en tålmodig familie. Svært mye er satt på vent mens jeg stadig trengte nye utsettelse. Jeg vil takke særlig min far, min mann og mine etter hvert både halv- og helvoksne skjønne døtre for stor tålmodighet. Håper at vi etter hvert skal kunne ta igjen det forsømte!

Alle feil og mangler ved avhandlingen er mitt ansvar.

Bergen, august 2008.

Tine Eidsvaag.

FORORD	5
I INNLEDNING.	19
1. TEMA FOR AVHANDLINGEN.	19
1.1. Emne og bakgrunn	19
1.2. Noen avgrensninger og presiseringer.....	21
1.3. Sentrale begreper.....	23
1.4. Utviklingen av en sosial modell for funksjonshemming	26
2. BLIR ARBEIDSTAKERE MED FUNKSJONSNEDESETTELSER ELLER HELSEPROBLEMER UTSTØTT FRA ARBEIDSLIVET/UTSATT FOR DISKRIMINERING?.....	31
3. STRATEGIER MOT UTSTØTING OG DISKRIMINERING.....	37
3.1. Gulrot, pisk og overtalelse.....	37
3.2. Generelle og målrettede virkemidler.....	39
4. NORSK LOVREGULERING – OVERSIKT OG BAKGRUNN.	41
4.1. Utgangspunkt	41
4.2. Kontraktsvern.....	42
4.3. Diskrimineringsvern.....	43
4.4. Kravene til arbeidsmiljøet. Individuelle arbeidstidsrettigheter.....	45
4.5. Restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger.	47
4.6. Trygderettslig og arbeidsmarkedsrettslig regulering.	49
5. AVTALEVERKET OM INKLUDERENDE ARBEIDSLIV.	50
6. OVERORDNEDE HENSYN BAK REGULERINGENE.	51
6.1. Innledning.....	51
6.2. Rettferdighet	51
6.3. Frihet.....	55

6.4. Mangfold	56
6.5. Personvern/integritet	57
6.6. Økonomi	59
6.7. Rettssikkerhet	60
II RETTSKILDER OG METODE	62
1. DET NORSKE RETTSKILDEmaterialeT	62
2. FOLKERETTSlige KILDER	65
2.1. Innledning	65
2.2. Globale instrumenter. FN-systemet	65
2.2.1. Verdenserklæringen av 1948 og FN-SP/FN-ØSK av 1966.....	65
2.2.2. FNs Standardregler for like muligheter for mennesker med funksjonshemming fra 1993.....	68
2.2.3. FN-konvensjonen om rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse av 2006.....	69
2.2.4. ILO-regulering. Arbeidsmiljø, kontraktsvern, personvern, attføring, diskriminering.....	70
2.3. Regionale instrumenter: Europarådet	72
2.3.1. EMK 1950 Diskriminering og integritetsvern.....	72
2.3.2. ESP (revidert) 1996 Diskriminering og rettigheter i arbeidsforhold.....	74
2.3.3. Andre bindende og ikke-bindende instrumenter fra Europarådet.....	75
2.4. Folkerettslige krav til håndheving	77
3. EF-/EU-/EØS-RETTSlige KILDER	78
3.1 EF/EU. Menneskerettigheter, arbeidsmiljø, kontraktsvern, diskriminering, personvern	78
3.2. EØS-avtalen. Sosialpolitikk, materielle bestemmelser om arbeidsmiljø, arbeidsrett, likebehandling (av kjønn), personvern	83
3.3. EF- og EØS-rettslige krav til håndheving	84
3.3.1. Innledning. Nasjonalt anliggende, men lojalitetskrav.....	84
3.3.2. Tilsyn, samarbeid eller rettslig overprøving?.....	85
3.3.3. Bevisbyrde.....	87
3.3.4. Rettsmidler/sanksjoner.....	87
4. ENKELTE METODESPØRSMÅL	90
4.1. Almennelig rettsdogmatisk metode. Ulike tolkingsmodeller	90
4.2. Betydningen av norske forarbeider	93
4.3. Betydningen av norsk praksis	94
4.3.1. Rettspraksis.....	94
4.3.2. Forvaltnings- og ombudspraksis m.v.....	95
4.4. Betydningen av folkerettslige kilder	96
4.5. Betydningen av EU-/EF-/EØS-rettslige kilder	100
4.5.1. EØS-retten generelt.....	100

4.5.2. Sysselsettingsdirektivet er ikke del av EØS-avtalen. Årsak til og betydning av dette.	102
4.5.3. EF- og EFTA-domstolens avgjørelser om likebehandling av kjønn.	105
4.6. Utenlandsk nasjonal retts betydning.	105
5. DEN RETTSVITENSKAPELIGE FORSKNINGEN PÅ OMRÅDET.	106
III. HISTORISK UTVIKLING AV VERNET MOT UTSTØTING OG DISKRIMINERING... 109	
1. FORMÅL MED EN HISTORISK FREMSTILLING.	109
2. UTVIKLING AV ARBEIDSMILJØKRAV – FRA UTESTENGING TIL INKLUDERING.	111
2.1. Innledning. Krav til arbeidsmiljøet en grunnleggende forutsetning for inkluderende arbeidsliv.	111
2.2. Frem til første verdenskrig: Vern mot risiko, forbud mot sysselsetting av sårbare grupper.	111
2.3. Mellomkrigstiden – diskusjon om særvern (ved utestenging) av sårbare grupper.	113
2.4. Etterkrigstiden og avl. 1956 – bredere vern. Individuell arbeidsmiljøstandard.	115
2.5. Aml. 1977 – inkluderende generell standard for arbeidsmiljøet. Videreført i aml. 2005.	116
2.6. Oppsummering – arbeidsmiljø.	118
3. UTVIKLING AV KONTRAKTSVERN FOR PERSONER MED HELSEPROBLEMER ELLER FUNKSJONSNEDESETTELSE.	118
3.1. Innledning. Oppsigelsesvern ved sykefravær og plikt til tilrettelegging.	118
3.2. Før 1936 – oppsigelsesfrister, særvern under sykefravær for visse arbeidstakergrupper.	119
3.3. Arbeidervernloven av 1936 – generelt krav om saklig grunn.	120
3.4. Etterkrigsperioden. Avl. 1956 – generelt oppsigelsesvern under sykefravær, omplassering.	121
3.5. Aml. 1977 til i dag - oppsigelsesvern under sykefravær styrket, tilrettelegging for yrkeshemmede.	124
3.6. Oppsummering - kontraktsvern.	127
4. UTVIKLING AV TILTAK FOR Å LETTE INNGANGEN TIL ARBEIDSLIVET: FRA INDIVIDUELL KVALIFISERING TIL KRAV OM LIKEBEHANDLING.	128
4.1. Innledning. Tiltak for å fremme ansettelse av personer med yrkeshemming eller funksjonsnedsettelse.	128
4.2. Frem til 1970-tallet – kvotesystemer og attføring/arbeidsformidling.	128
4.3. 1977 til i dag. Videreutvikling av attføring/arbeidsformidling samt diskrimineringsvern ved ansettelse.	133
4.4. Oppsummering – tiltak for å fremme ansettelse.	136

5. UTVIKLING AV PERSONVERN I ARBEIDSFORHOLD – HELSEOPPLYSNINGER OG HELSEUNDERSØKELSER.	137
5.1. Innledning. Helseopplysninger og helseundersøkelser i arbeidsforhold.	137
5.2. Frem til annen verdenskrig. Taushetsplikt med unntak.	138
5.3. Etterkrigstiden frem til ca. 1980. Bedriftshelsetjeneste, taushetsplikt.	139
5.4. Utviklingen fra 1980-tallet til i dag. Direkte restriksjoner for innhenting av helseopplysninger.	142
5.5 Oppsummering - personvern.	145
IV VERN MOT UTSTØTING OG DISKRIMINERING ETTER NORSK RETT – GJENNOMGÅENDE PROBLEMSTILLINGER.	147
1. INNLEDNING.	147
2. DISKRIMINERINGSGRUNNLAG, PERSONER OG RELASJONER.	148
2.1. Utgangspunkt – helse- og funksjonsrelaterte begreper som rettsvilkår. Oversikt.	148
2.1.1. Begrepene som rettsvilkår.	148
2.1.2. Kilder til forståelsen av begrepene.	150
2.2. Egenskap eller relasjon?	151
2.2.1. Problemstilling: Individuelle særtrekk i møte med omgivelsenes fysiske, organisatoriske og holdningsmessige barrierer.	151
2.2.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.	152
2.2.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.	156
2.2.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.	158
2.2.5. Oppsummering og konklusjoner, egenskap eller relasjon.	159
2.3. Tilstandens art, omfang og varighet.	160
2.3.1. Problemstilling. Kvalifikasjonskrav til tilstanden.	160
2.3.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.	161
2.3.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.	171
2.3.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.	173
2.3.5. Oppsummering og konklusjoner, art, omfang og varighet.	175
2.4. Tilstandens realitet og aktualitet; antatt, fortidig og fremtidig.	176
2.4.1. Problemstilling. Krav om reell, aktuell tilstand?	176
2.4.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.	177
2.4.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.	180
2.4.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.	181
2.4.5. Oppsummering og konklusjoner, realitet og aktualitet.	183
2.5. Kobling til individet – nærståendes helsetilstand/funksjonsnedsettelse.	183
2.5.1. Problemstilling.	183
2.5.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.	183
2.5.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.	185
2.5.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.	185
2.5.5. Oppsummering og konklusjoner, nærstående.	185
2.6. Tilstandens årsak – fra yrkesskade til selvforskyldt.	186
2.6.1. Problemstilling: Vil tilstandens årsak ha betydning for vernet?	186
2.6.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.	186
2.6.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.	186

2.6.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.	187
2.6.5. Oppsummering og konklusjoner, årsak.	187
2.7. Oppsummering og konklusjoner – personer/relasjoner som omfattes.	187
3. RESTRIKSJONER FOR BEHANDLING AV HELSEOPPLYSNINGER OG DISKRIMINERINGSFORBUD.	188
3.1. Problemstilling: Hvilke handlinger er forbudt og hvilke er påbudt for å verne mot utstøting/diskriminering.	188
3.2. Restriksjoner for etterspørring/behandling av helseopplysninger.	189
3.2.1. Innledning. Hvilke handlinger er forbudt?	189
3.2.2. Bioteknologiloven § 5-8. Forbud mot å "be om, motta, besitte eller bruke" genetiske opplysninger om sykdomsrisiko.	189
3.2.3. Aml. § 9-3: Forbud mot å "innhente" helseopplysninger ved ansettelse.	192
3.2.4. Aml. § 9-4: Begrensninger i adgangen til å kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere.	193
3.2.5. Personopplysningslovens krav til "behandling" av helseopplysninger.	195
3.3. Forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.	198
3.3.1. Innledning og bakgrunn. Kilder til forståelse av diskrimineringsbegrepet.	198
3.3.2. Forbud mot direkte diskriminering.	202
3.3.2.1. Utgangspunkt og definisjoner.	202
3.3.2.2. Den diskriminerende handling/det diskriminerende forhold.	203
3.3.2.3. Handlingens/forholdets virkninger for en enkeltperson.	205
3.3.2.4. Sammenlikningspersonen.	211
3.3.2.5. Sammenlikningssituasjonen.	213
3.3.3. Forbud mot indirekte diskriminering.	216
3.3.3.1. Utgangspunkt og definisjoner.	216
3.3.3.2. Den diskriminerende handling/det diskriminerende forhold.	217
3.3.3.3. Handlingens/forholdets virkninger for en enkeltperson.	219
3.3.3.4. Sammenlikningssituasjonen. Sammenlikning mellom grupper?	221
3.3.4. Krav om tilrettelegging som del av forbudet mot diskriminering.	228
3.3.4.1. Utgangspunkt og problemstilling.	228
3.3.4.2. Tilrettelegging og forbudet mot direkte diskriminering. "Tilsvarende situasjon" etter pliktig tilrettelegging.	229
3.3.4.3. Tilrettelegging og forbudet mot indirekte diskriminering. Alternative veier til reell likebehandling?	231
3.3.4.4. Unnlatt tilrettelegging som selvstendig brudd på diskrimineringsforbudet.	233
3.3.5. Funksjonshemming og arbeidsutførelse.	234
3.3.5.1. Innledning og problemstilling videre.	234
3.3.5.2. Sikkerhet og helse.	241
3.3.5.3. Fleksibilitet mht. arbeidsoppgaver og arbeidstid.	243
3.3.5.4. Stabilitet/sykefravær.	245
3.3.5.5. Produktivitet/arbeidstempo.	247
3.3.5.6. Kvalifikasjoner og kvalitet på arbeidstilsen.	247
3.3.5.7. Pliktbrudd som skyldes en funksjonsnedsettelse.	248
3.3.5.8. Sammenfatning og konklusjoner.	249
3.3.6. Unntak og begrensninger i diskrimineringsforbudene.	250
3.3.6.1. Utgangspunkt – legitime grunner til å legge vekt på "funksjonshemming".	250
3.3.6.2. Adgang til å stille arbeidstaker dårligere – generelle unntak fra diskrimineringsforbudene.	251
3.3.6.3. Adgang til å stille arbeidstaker dårligere – begrensning i plikten til tilrettelegging.	258
3.3.6.4. Adgang til å stille arbeidstaker bedre – utgangspunkt: Er hjemmel nødvendig?	259
3.3.6.5. Funksjonsnedsettelse som kvalifikasjon. Andre saklige formål på arbeidsgiverside.	262
3.3.6.6. Positiv særbehandling.	263
3.3.7. Oppsummering – forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.	267

4. HÅNDHEVING AV DISKRIMINERINGS- OG KONTRAKTSVERN ETTER GJELDENE NORSK RETT.....	269
4.1. Innledning.....	269
4.2. Arbeidsmiljøssamarbeid og kollektivarbeidsrettslig håndheving. Søksmål for Arbeidsretten.....	270
4.3. Administrativ håndheving mv. – tilsyn, ombud, tvisteløsningsnemnd.....	272
4.3.1. Utgangspunkt – forskjellige typer organer.....	272
4.3.2. Diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda: Funksjonshemming.....	272
4.3.3. Arbeidstilsynet for arbeidsmiljø.....	274
4.3.4. Arbeids- og velferdsetaten for ”reduert arbeidsevne”.....	275
4.3.5. Datatilsynet/Personvernemnda for personopplysninger.....	276
4.3.6. Tvisteløsningsnemnd for arbeidstidsrettigheter.....	277
4.3.7. Spesielt for offentlig sektor – forvaltningsrettslig klageadgang og uttalelser fra Sivilombudsmannen.....	277
4.4. Søksmål for alminnelige domstoler.....	278
4.5. Bevissspørsmål.....	280
4.6. Rettsmidler og sanksjoner.....	283
4.6.1. Innledning.....	283
4.6.2. Straff.....	283
4.6.3. Ugyldighet/(gjen-)opprettelse.....	284
4.6.4. Økonomisk kompensasjon.....	286
V ANSETTELSE.....	293
1. INNLEDNING – SÆRLIGE PROBLEMER VED ANSETTELSE.....	293
2. FASER I EN ANSETTELSE – FRA UTLYSNING TIL TILTREDELSE.....	295
2.1. Innledning/problemstilling.....	295
2.2. Krav til utlysning(en).....	296
2.3. Søkerliste m.v.....	298
2.4. Intervju og referanser.....	298
2.5. Betinget/ubetinget tilbud.....	300
2.6. Tiltredelse.....	300
2.7. Oppsummering – ulike faser med varierende vern for arbeidssøker.....	301
3. KOMMUNIKASJON AV HELSEOPPLYSNINGER VED ANSETTELSE.....	301
3.1. Problemstilling. Opplysningsplikt og restriksjoner for kommunikasjon.....	301
3.2. Arbeidssøkers aktive opplysningsplikt om helseforhold og funksjonsnedsettelse ved ansettelse.....	303
3.2.1. Problemstilling.....	303
3.2.2. Hjemmel – ulovfestet prekontraktuell lojalitetsplikt.....	303
3.2.3. Objektive vilkår for opplysningsplikt.....	304
3.2.4. Subjektive vilkår for opplysningsplikt.....	307
3.2.4.1. Utgangspunkt.....	307

3.2.4.2. Kunnskap om helsetilstand.....	307
3.2.4.3. Kunnskap om tilstandens betydning for arbeidsforholdet.....	309
3.3. Begrensninger i arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger eller kreve medisinske undersøkelser ved ansettelse.....	309
3.3.1. Innledning – problemstilling.....	309
3.3.2. Begrepet ”helseopplysning”.....	311
3.3.3. Materielle vilkår for innhenting av helseopplysninger/krav om helseundersøkelse ved ansettelse.....	313
3.3.3.1 Nødvendighetskriteriet - generelt.....	313
3.3.3.2 Forholdsmessighetskriteriet - generelt.....	315
3.3.3.3. Spesielle forhold i stillingen: Risiko for sikkerhet eller helse.....	317
3.3.3.4. Stabilitet/sykefravær.....	321
3.3.3.5. Behov for individuell tilrettelegging.....	322
3.4. Forholdet mellom opplysningsplikt og etterspøringsforbud – rett til å lyve?.....	323
3.5. Oppsummering – kommunikasjon av helseopplysninger ved ansettelse.....	325
4. BEGRENSNINGER I ADGANG TIL Å VEKTLEGGE HELSETILSTAND ELLER FUNKSJONSNEDESETTELSE VED ANSETTELSE.....	326
4.1. Innledning.....	326
4.2. Krav til saklig valg ved ansettelse – utgangspunkt. Forholdet til standarden i aml. § 9-3 første ledd.....	327
4.3. Diskrimineringsforbud på grunn av ”funksjonshemming” ved ansettelse - utgangspunkt.....	329
4.4. Arbeidsgiver viser til forhold som har sammenheng med funksjonsnedsettelse/helseproblemer hos arbeidssøker. Legitim forskjellsbehandling.....	330
4.4.1. Utgangspunkt.....	330
4.4.2. Behov for individuell tilrettelegging - generelt.....	332
4.4.3. Fleksibilitet/begrensninger i forhold til arbeidsoppgaver og arbeidstid.....	334
4.4.4. Kvalifikasjoner/kvalitet.....	338
4.4.5. Produktivitet/arbeidstempo.....	339
4.4.6. Stabilitet/sykefravær.....	340
4.5. Arbeidsgiver viser til forhold uten sammenheng med funksjonsnedsettelse/helsetilstand. Opplysningsrett og beviskrav.....	343
4.5.1. Utgangspunkt.....	343
4.5.2. Rett til opplysninger.....	344
4.5.3. Bevis for diskriminering/usaklig vektlegging av helsetilstand ved ansettelse.....	349
4.5.4. Motbevis: Saklige utvelgelseskriterier/grunner til å ikke ansette søkeren med funksjonsnedsettelse/helseproblemer.....	352
4.6. Positiv vektlegging av negativ helsetilstand/funksjonsnedsettelser ved ansettelse.....	356
5. HÅNDHEVING AV RESTRIKSJONER FOR KOMMUNIKASJON OG LIKEBEHANDLINGSKRAV VED ANSETTELSE.....	359
5.1. Innledning. Særlige håndhevingsorganer, domstolsprøving.....	359
5.2. Ombud og tilsyn. Klage til overordnet forvaltningsorgan.....	359
5.3. Søksmål for alminnelige domstoler.....	363
5.4. Søksmål for Arbeidsretten.....	364
5.5. Rettsmidler/Sanksjoner.....	365

5.5.1. Straff.....	365
5.5.2. Ugyldighet – krav om stillingen?.....	366
5.5.3. Økonomisk kompensasjon.....	367
5.5.3.1. Innledning.....	367
5.5.3.2. Erstatning for økonomisk tap.....	367
5.5.3.3. Oppreisning for ikke-økonomisk tap.....	370
6. MIDLERTIDIG ANSETTELSE AV PERSONER MED HELSEPROBLEMER ELLER FUNKSJONSNEDESETTELSE.....	372
VI UNDER ARBEIDSFORHOLDET	377
1. INNLEDNING – SÆRLIGE PROBLEMSTILLINGER UNDER ARBEIDSFORHOLDET.	377
2. KRAV OM TILRETTELEGGING UNDER ARBEIDSFORHOLDET.	378
2.1. Innledning – tilretteleggingens betydning. Ulike hjemler for krav om tilrettelegging.	378
2.2. Formål/ambisjonsnivåer.	380
2.2.1. Tilrettelegging som vern mot helsefare.....	380
2.2.2. Tilrettelegging som vern mot utstøting.....	382
2.2.3. Tilrettelegging med formål likebehandling.....	384
2.3. Pliktens omfang – bredde og dybde.	385
2.3.1. Problemstilling – hvor langt rekker arbeidsgivers plikt til tilrettelegging?.....	385
2.3.2. Pliktens bredde – art tiltak.....	386
2.3.2.1. Innledning.....	386
2.3.2.2. Fysisk og teknisk tilrettelegging.....	386
2.3.2.3. Organisatorisk tilrettelegging, herunder arbeidstidsrettigheter.....	388
2.3.2.4. (Gjen-)opptrening og opplæringstiltak.....	396
2.3.2.5. Informasjons- og holdningsskapende tiltak.....	398
2.3.2.6. Bare på arbeid? Transport mellom hjem og arbeid.....	399
2.3.2.7. Bare i arbeid? Hjelpemidler brukt også privat.....	402
2.3.2.8. Krav om direkte virkning på arbeidsevne/arbeidsmulighet? Tilgang på velferdsgoder i arbeid.....	402
2.3.3. Pliktens dybde – offergrense for arbeidsgiver.....	404
2.3.3.1. Utgangspunkt. Økonomiske og praktiske ulemper for arbeidsgiver, tålegrense.....	404
2.3.3.2. Generelle grenser for kostnader?.....	411
2.3.3.3. Virksomhetens størrelse og økonomiske ressurser.....	413
2.3.3.4. Offentlige bidrag.....	415
2.3.3.5. Effektivitet.....	417
2.3.3.6. Ulemper for andre arbeidstakere.....	420
2.3.4. Valg mellom tiltak.....	424
2.3.4.1. Utgangspunkt – arbeidsgivers styringsrett.....	424
2.3.4.2. Generelle og individuelle tiltak.....	424
2.3.4.3. Gunstigste tiltak for arbeidstaker? (Prioritet for tilrettelegging i egen stilling?).....	426
2.3.4.4. Prioritet for helseproblemer eller funksjonsnedsettelse som er forårsaket av arbeidet?.....	428
2.3.4.5. Vektlegging av ansiennitet.....	431
2.4. Gjennomføring av tilrettelegging.....	432
2.4.1. Innledning.....	432
2.4.2. Plikt for arbeidsgiver.....	433
2.4.3. Medvirkningsplikt for arbeidstaker.....	433
2.4.3.1. Problemstilling og hensyn. Effektivitet vs. integritet og diskrimineringsvern. Forholdsmessighetskrav.....	433
2.4.3.2. Særlig om medvirkning til medisinske undersøkelser.....	436
2.4.3.3. Plikt til medvirkning under sykefravær, aml. § 2-3 jfr. § 4-6.....	439
2.4.3.4. Medvirkningsplikt etter aml. § 13-5.....	441

2.4.3.5. Sammenlikning mellom medvirkningsplikter i forhold til diskrimineringsvern og arbeidsmiljøkrav/kontraksvern.....	442
2.4.4. Gjennomføringsformer – samarbeid, tilsyn, ombud, tvisteløsning, søksmål.	442
2.4.4.1. Innledning	442
2.4.4.2. Vernesamarbeid og annet kollektivarbeidsrettslig samarbeid på arbeidsplassen	443
2.4.4.3. Tilsyn/ombud m.m.	445
2.4.4.4. Forenklet tvisteløsning.	448
2.4.4.5. Individuelt søksmål.	448
2.4.5. Krav om informasjon og innsyn.....	450
2.4.6. Bevisbyrde i saker om tilrettelegging.....	451
2.4.7. Rettsmidler/sanksjoner.....	453
2.4.7.1. Straffansvar for unnlatt tilrettelegging?.....	453
2.4.7.2. Naturaloppfyllelse av tilretteleggingsplikt?.....	454
2.4.7.3. Økonomisk kompensasjon for manglende tilrettelegging.	456
2.4.8. Egengjennomføring av tilrettelegging.....	458
2.5. Oppsummering og konklusjoner – tilrettelegging	460
3. LIKEBEHANDLINGSKRAV OG DISKRIMINERINGSVERN UNDER ARBEIDSFORHOLDET – ENKELTE EMNER.....	462
3.1. Fordeling av arbeidsoppgaver/omplussing.....	462
3.2. Lønn.....	465
VII OPPHØR.....	473
1. INNLEDNING – SÆRLIGE PROBLEMSTILLINGER VED OPPHØR.....	473
2. OPPHØR BEGRUNNET I ARBEIDSTAKERS FORHOLD.	478
2.1. Innledning – terskelkrav.....	478
2.2. Sikkerhet og helse: Tap av helsekrav for stilling	481
2.3. Begrensninger med hensyn til arbeidets kvalitet, produktivitet, arbeidstid eller arbeidsoppgaver.....	483
2.4. Begrensninger mht. stabil tilstedeværelse (sykefravær).....	486
2.4.1. Særvern under sykefravær – aml. § 15-8	486
2.4.1.1. Innledning – oversikt og bakgrunn.....	486
2.4.1.2. Begrepet ”arbeidsuførhet”.....	488
2.4.1.3. Varsels- og dokumentasjonsplikt som vilkår for særvern.	491
2.4.1.4. Kravet til årsakssammenheng	493
2.4.1.5. Verneperioden	497
2.4.2. Sykefravær utenfor verneperioden	501
2.5. Pliktbrudd mv. som opphørsgrunn.	502
2.5.1. Innledning.....	502
2.5.2. Pliktbrudd som er <i>forårsaket</i> av sykdom eller funksjonsnedsettelse.	503
2.5.3. Brudd på plikter i sammenheng med sykdom og funksjonsnedsettelse.	507
2.5.3.1. Opplysningssvikt om sykdom eller funksjonsnedsettelse ved ansettelse som grunnlag for opphør.....	507
2.5.3.2. Brudd på plikt til varsel og dokumentasjon av sykefravær.	510
2.5.3.3. Manglende medvirkning til tilrettelegging, behandling mv.	512
3 OPPHØR BEGRUNNET I VIRKSOMHETENS FORHOLD.....	517

3.1. Innledning – valgkriterier.....	517
3.2. Ansiennitet.....	519
3.3. Yrkesskade/yrkessykdom.....	525
3.4. Stabil tilstedeværelse/sykefravær.....	527
3.5. Fleksibilitet mht. arbeidsoppgaver og arbeidstid.....	532
3.6. Kvalifikasjoner/variasjoner i arbeidets kvalitet/produktivit.	533
3.7. Sosiale hensyn og positiv særbehandling.....	535
3.8. Plikten til å tilby annet passende arbeid.....	537
4. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON – MATERIELLE KRAV TIL OPPSIGELSE OG AVSKJED.....	540
5. OPPHØR UTEN OPPSIGELSE.....	543
6. HÅNDHEVING AV OPPSIGELSES- OG AVSKJEDSSAKER.....	544
6.1. Generelt – ulike håndhevingsmodeller. Domstolsprosess, ombud og klageordninger.....	544
6.2. Forhåndsdrøftelse, innsyn, begrunnelse, forhandlinger.....	546
6.3. Retten til å fortsette i stilling.....	547
6.4. Søksmålsfrister.....	550
6.5. Bevisspørsmål.....	552
6.6. Rettsmidler/Sanksjoner.....	555
6.6.1. Straffansvar?	555
6.6.2. Ugyldighet, stillingen tilbake.....	555
6.6.3. Erstatning.....	558
6.6.3.1 Innledning.....	558
6.6.3.2. Erstatning for økonomisk tap.....	559
6.6.3.3. Oppreisning for ikke-økonomisk tap.....	564
VIII AVSLUTNING, KONKLUSJONER OG FREMTIDSPERSPEKTIVER.....	567
1. VERNET MOT UTSTØTING OG DISKRIMINERING ETTER GJELDENE NORSK RETT.....	567
1.1. Innledning – hovedfunn.....	567
1.2. Kapittel III om historisk utvikling. Revolusjon(er) eller intet nytt under solen?	567
1.3. Kapittel IV om gjennomgående problemstillinger: Stor overlappning mht. persongrupper og situasjoner. Særtrekk ved diskrimineringsforbudet i forhold til funksjonshemming.....	568
1.4. Kapittel V om ansettelse: Kommunikasjon av personopplysninger. Vurdering av tilrettelegging. Bevisspørsmål.....	570

1.5. Kapittel VI om rettigheter og plikter under arbeidsforholdet: Lik tilretteleggingsplikt. Ulike gjennomføringsmåter.	573
1.6. Kapittel VII om opphør: Saklighetskrav og diskrimineringsforbud.	575
2. KONTRAKTSVERN OG DISKRIMINERINGSVERN: EN AVSLUTTENDE SAMMENLIKNING.	578
2.1. Utgangspunkt – ulikheter og modifikasjoner i ulikhetene.	578
2.2. Ideologisk begrunnelse – omsorg vs. likebehandling.	578
2.3. Persongruppe og formål med tilretteleggingsplikt.....	580
2.4. Gjennomføring – flere modeller. Ulikheter mht. arbeidstakers rettigheter og plikter.....	581
3. NYTT I DISKRIMINERINGS- OG TILGJENGELIGHETSLOVEN AV 2008.	581
4. HAR DISKRIMINERINGS- OG UTSTØTINGSVERNET EFFEKT? VEIEN VIDERE. .	585
KILDER	593

I INNLEDNING.

1. Tema for avhandlingen.

1.1. Emne og bakgrunn

Et inkluderende arbeidsliv og sysselsetting for alle som er i stand til og villige til å arbeide, er et høyt prioritert politisk mål. Til tross for dette møter personer med helseproblemer og funksjonsnedsettelse ofte vansker med å oppnå og beholde sysselsetting på det åpne arbeidsmarkedet. Det kan være flere årsaker til dette: Omgivelsene kan stille opp holdningsmessige barrierer i form av uvitenhet og fordommer på arbeidsgiverside eller fysiske/organisatoriske barrierer i form av arbeidsplasser og arbeidsvilkår tilpasset mennesker uten funksjonsnedsettelse. Helseproblemene eller funksjonsnedsettelsen kan også ha ført til redusert arbeidsevne for den enkelte, generelt eller i forhold til konkrete yrker eller arbeidsoppgaver. Svært ofte vil årsakene være sammensatte: Arbeidslivets krav er ikke i samsvar med personens individuelle forutsetninger.

Den enkelte arbeidsgiver er på sin side avhengig av å handle bedriftsøkonomisk rasjonelt. Mange trekk ved samfunnsutviklingen de siste ca 20 år har bidratt til at så vel offentlige som private virksomheter er blitt utsatt for økt konkurranse og har fått mindre økonomisk handlerom. Det kan da være avgjørende for virksomhetens overlevelse og suksess at hver enkelt arbeidstaker er stabil med hensyn til tilstedeværelse og fleksibel med hensyn til arbeidsoppgaver. Sykefravær kan medføre praktiske vansker og økonomiske kostnader for arbeidsgiver, og funksjonsnedsettelse kan i noen tilfeller gjøre en arbeidstaker mindre fleksibel i forhold til arbeidstid eller arbeidsoppgaver. Virksomheter med presset økonomi kan derfor ha et sterkt økonomisk insentiv til å velge bort arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

I avhandlingen vil jeg behandle det rettslige vernet mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Med ”*utstøting*” menes det forhold at personer som kunne ha fungert i et arbeidsforhold, eventuelt ved hjelp av rimelig tilrettelegging, ikke oppnår sysselsetting eller faller ut av arbeidslivet. Med ”*diskriminering*” menes dårligere behandling uten tilstrekkelig saklig grunn; enten dette skjer ved ansettelse, under arbeidsforholdet eller ved opphør.¹ Det *rettslige* vernet mot utstøting og diskriminering består i hovedsak av forbud mot at arbeidsgiver vektlegger helseproblemer eller funksjonsnedsettelse og påbud om at han tilrettelegger arbeidssituasjonen.

¹ Begrepene er nærmere presisert nedenfor under pkt. 1.3.

Avhandlingen anlegger i hovedsak et arbeidsrettslig perspektiv, der den prinsipielle problemstillingen er arbeidstakervernet. Et *vern* for arbeidssøkere og arbeidstakere forutsetter også *plikter* for potensielle og aktuelle arbeidsgivere: Dels innskrenkes arbeidsgivernes frihet til selv å velge sine medarbeidere og dels pålegges de direkte handleplikter i form av plikt til tilrettelegging. Handlepliktene kan innebære økonomiske og praktiske byrder for arbeidsgiverne, og innskrenkningen av valgfriheten kan vanskeliggjøre beslutninger som er rasjonelle ut fra et bedriftsøkonomisk synspunkt. Den type innskrenkninger i arbeidsgivers handlefrihet som avhandlingen omhandler er likevel uttrykk for et bevisst valg fra lovgivers side med formål å verne utsatte arbeidstakergrupper. Prioriteringen kommer blant annet til uttrykk i en uttalelse fra kommunalkomiteéns flertall i forbindelse med en endring av den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 § 55A annet ledd: ”[S]tyringsretten må begrenses i de tilfeller den kommer i strid med grunnleggende menneskerettigheter eller andre verdier som er viktige i samfunnet vårt”.²

Dette betyr likevel selvsagt ikke at arbeidsgivernes interesser er irrelevante ved den nærmere utformingen eller tolkningen av utstøtings- og diskrimineringsvernet. Den konkrete reguleringen er i stor grad utformet som interesseavveiningsstandarder, og arbeidsgivers plikt til tilrettelegging er begrenset blant annet ut fra virksomhetens økonomi.

Avhandlingens hovedfokus er på to ulike reguleringstyper; den tradisjonelle kontraktsvernreguleringen og den nyere diskrimineringsvernreguleringen.

Kontraktsvernregulering har som formål å verne mot at arbeidsgiver urettmessig bringer et arbeidsforhold til opphør. Virkemidlene er negativt sanksjonerte forbud og påbud rettet mot arbeidsgiver. Kontraktsvernreguleringen som har særskilt betydning for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse består av flere elementer: De viktigste elementene er særvernet mot oppsigelse under sykefravær etter arbeidsmiljøloven § 15-8 og det alminnelige kravet om saklig grunn for oppsigelse etter aml. § 15-7, kombinert med kravet om individuell tilrettelegging for at arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne” skal kunne få eller beholde et passende arbeid, aml. § 4-6.

Diskrimineringsvernregulering har til formål å sikre likebehandling. Virkemidlene er også her negativt sanksjonerte forbud og påbud rettet mot arbeidsgiver. Av særlig interesse er her forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, aml. § 13-1, samt plikten til individuell tilrettelegging for ”arbeidstaker med funksjonshemming”, aml. § 13-5.

De persongrupper som i praksis blir vernet av henholdsvis kontraktsvernreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen er ikke identiske. Likevel foreligger et relativt betydelig over-

² Innst. O. nr. 27 (1997-1998) s. 10. Uttalelsen gjaldt direkte innføringen av et forbud mot etnisk diskriminering ved ansettelse.

lappende område for kontrakts- og diskrimineringsvern. Det vil derfor være av interesse å sammenlikne de ulike typer reguleringer, med formål å analysere forskjeller i så vel ideologisk grunngeving som i praktisk utforming. Av denne grunn har jeg i stor utstrekning valgt å behandle kontraktsvernreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen parallelt i avhandlingen.

I tillegg vil restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger, bestemmelser om krav til arbeidsmiljøet og individuelle arbeidstidsrettigheter på helsemessig grunnlag bli tatt opp i den utstrekning de supplerer det arbeidsrettslige vernet mot utstøting og diskriminering.

Formålet med avhandlingen er å fremstille, analysere og vurdere det arbeidsrettslige vernet mot utstøting og diskriminering på grunnlag av funksjonsnedsettelse og helseproblemer. Hovedfokus vil være på gjeldende norsk rett, men ut fra et dynamisk perspektiv. Jeg vil gå inn på hvilke muligheter og risiki som ligger i utviklingen på dette området, blant annet sett i lys av utviklingen innen EF- og EU-retten og folkeretten. Særlig vil det være viktig å se på hva som skal til for å gjøre vernet operativt. I et arbeidsliv som stadig krever mer effektivitet av den enkelte kan det være en reell risiko for at diskriminerings- og kontraktsvern blir symbollovgivning eller skuebrød for lovgiver: De gir skinn av handling, men bidrar i praksis i liten grad til sysselsetting og likebehandling for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer.

1.2. Noen avgrensninger og presiseringer.

Avhandlingen tar opp stillingen for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse på det ordinære arbeidsmarkedet. Spesielle problemstillinger som gjelder vernet sysselsetting vil ikke bli tatt opp.

I forhold til kontraktsvernet har jeg i utgangspunktet valgt å holde meg til arbeidsmiljølovens regulering. Spesielle kontraktsvernbestemmelser i andre lover, slik som tjenestemannsloven og sjømannsloven, vil i liten utstrekning bli tatt opp.

I forhold til diskrimineringsvernet vil jeg i hovedsak ta opp forbudet mot direkte diskriminering, forbudet mot indirekte diskriminering, unntakene fra disse og plikten til tilrettelegging. Diskriminering i form av trakassering eller ved instruks vil ikke bli behandlet særskilt.

Adgangen til positiv særbehandling av personer med funksjonsnedsettelse utgjør ikke en del av deres vern mot utstøting og diskriminering i snever forstand. Imidlertid er positiv særbehandling et virkemiddel som kan styrke gruppens stilling på arbeidsmarkedet og dermed indirekte verne mot utstøting og diskriminering (negativ særbehandling) av denne gruppen. Av denne grunn, og av hensyn til fullstendighet i fremstillingen av diskrimineringsforbudet, vil jeg i en viss utstrekning ta opp adgangen til positiv særbehandling i avhandlingen.

Avhandlingen tar i hovedsak for seg forbud og påbud rettet mot arbeidsgiver, herunder blant annet forbud mot å innhente helseopplysninger som ikke er ”nødvendige”. Et motstykke er imidlertid at arbeidstaker kan ha plikt i forhold til å opplyse om relevante forhold knyttet til egen helsetilstand/funksjonsnedsettelse, samt medvirke til tilretteleggingstiltak. Å opplyse om og dokumentere egne helseforhold eller funksjonsnedsettelse hvor disse opplysninger er relevante og nødvendige for arbeidsgiver, kan utgjøre en prekontraktuell plikt for arbeidssøker og en kontraktsplikt for arbeidstaker. Slik opplysnings- og medvirkningsplikt for arbeidssøker og arbeidstaker er tatt opp flere steder i avhandlingen.³

I avhandlingen vil jeg i hovedsak konsentrere meg om negativt sanksjonerte plikter for arbeidsgiver. Virkemidler i form av positive økonomiske stimuli fra det offentliges side for å fremme sysselsetting for personer med funksjonsnedsettelse vil i utgangspunktet bare bli tatt opp i den utstrekning de har vesentlig rettslig eller praktisk betydning for det lovfestede diskriminerings- og utstøtingsvernet.⁴

Avhandlingen forholder seg i hovedsak til gjeldende rett pr. mai 2008. Ettersom rettstilstanden kan forventes å bli endret i løpet av kort tid, har jeg også gått relativt grundig inn på forslagene til – og delvis også på den vedtatte – diskriminerings- og tilgjengelighetsloven:

Syse-utvalget avgav 18. mai 2005 innstillingen NOU 2005: 8 ”Likeverd og tilgjengelighet. Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.” Her foreslås en lov mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne som skal gjelde på de fleste samfunnsområder. Samtidig vil arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming bli opphevd. Innstillingen er fulgt opp av Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven), avgitt 4. april 2008. Loven ble vedtatt 20. juni 2008⁵ og forventes å tre i kraft 1. januar 2009. Heller ikke diskriminerings- og tilgjengelighetsloven forventes å få noe langt liv. Graver-utvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 1. juni 2007 med formål å utarbeide forslag til en samlet diskrimineringslovgivning. Utvalget skal avlevere innstilling innen 1. juli 2009.⁶

³ Blant annet kap. V pkt. 3.2 om opplysningsplikt ved ansettelse, kap. VI pkt. 2.4.3 om medvirkningsplikt for arbeidstaker ved gjennomføring av tilrettelegging, kap. VII pkt. 2.4.1.3 om varsel- og dokumentasjonsplikt som vilkår for særvern under sykefravær og kap. VII pkt. 2.5.3 om brudd på arbeidstakers plikter i sammenheng med sykdom og funksjonsnedsettelse.

⁴ Se nærmere nedenfor under pkt. 3.1.

⁵ Lov av 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

⁶ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 72-73.

1.3. Sentrale begreper.

Avhandlingen tar for seg vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Med "utstøting" menes, jfr. innledningen, det forhold at arbeidstakere som kunne ha fungert i arbeidslivet, eventuelt ved hjelp av rimelig tilrettelegging, ikke oppnår sysselsetting eller faller ut av arbeidslivet. Når denne betegnelsen brukes, innebærer det at jeg går ut fra at forhold i arbeidslivet i praksis spiller en rolle for disse gruppenes muligheter for å oppnå og beholde sysselsetting på det ordinære arbeidsmarkedet. Antakelsen er at det blant uføretrygdede og arbeidsledige med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse finnes en (relativt betydelig) gruppe som ville ha kunnet delta i det ordinære lønnede arbeidsliv, dersom forholdene i arbeidslivet lå til rette for det. Disse hindres imidlertid i deltakelse, eller utstøtes, pga. ytre forhold.⁷ Personer som selv med rimelig tilrettelegging ikke vil være i stand til å levere en tilfredsstillende ytelse, er derimot arbeidsuføre, og blir ikke utsatt for utstøting.

Begrepet "utstøting" synes å ha blitt utviklet av sosiologer på 1960- og 1970-tallet og er i sosiologisk teori særlig blitt brukt for å forklare veksten i antallet uførepensjonerte. Halvorsen⁸ definerer med utgangspunkt i tidligere svenske teoretikere en "utstøtt" som en person som ikke kan "beholde eller (...) få arbeid på (...) det åpne arbeidsmarkedet." Brofoss og Eskeland⁹ bruker begrepet utstøting om tilfeller der folk – særlig de delvis arbeidsføre – blir "tvunget ut av arbeidslivet" samt om de tilfeller der "mange som søker arbeid ikke kan få det fordi høvelige arbeidsplasser ikke finnes".

Med "diskriminering" menes, jfr. innledningen, dårligere behandling som ikke er tilstrekkelig saklig begrunnet. Diskriminering på grunn av funksjonshemming kan blant annet bestå i direkte diskriminering, indirekte diskriminering og manglende individuell tilrettelegging. Diskriminering kan innebære at en arbeidstaker ikke oppnår eller ikke beholder arbeid, men også at hun på ulike måter kommer dårligere ut i et løpende arbeidsforhold. Diskrimineringsbegrepet i forhold til arbeidssøkere og arbeidstakere med funksjonsnedsettelse er tatt opp i detalj under kap. IV pkt. 3.3.

Avhandlingens viktigste og vanskeligste begreper er begreper som er relatert til en persons helsetilstand eller fysiske, psykiske eller kognitive funksjonsevne. Her er i praksis en rekke ulike begreper nyttet i norsk lovgivning så vel som på folkerettslig og EF-/EU-rettslig plan. Disse begreper blir imidlertid ikke brukt på noen konsekvent måte verken nasjonalt eller internasjonalt.

⁷ Bruk av betegnelsen "utstøting" innebærer derimot ikke noen moralsk stillingtagen. Den enkelte arbeidsgiver kan godt ha legitime grunner til å innrette virksomheten slik at han får mest mulig ut av sine arbeidstakere, for eksempel dersom det er økonomisk rasjonelt bare å ansette folk som kan jobbe heltid.

⁸ Halvorsen 1977 s. 17.

⁹ Brofoss og Eskeland 1975 s. 7.

Under dette avsnitt, pkt. 1.3, vil jeg kort presisere hvordan jeg vil bruke begrepene ”helseproblemer”, ”funksjonsnedsettelse”, ”funksjonshemming” og ”reduert arbeidsevne” i avhandlingen.

Under neste avsnitt, pkt. 1.4, vil jeg gi en mer utfyllende beskrivelse av hvordan forståelsen av hva som utgjør en *funksjonshemming* har utviklet seg fra en medisinsk/biologisk modell til en sosial modell, som tar hensyn til samfunnsskapede barrierer.

”Helseproblemer” er et begrep som ikke nyttes i lovgivningen. Slik jeg nytter begrepet, betegner det fysisk eller psykisk nedsatt funksjonsevne, *uten at det stilles nærmere krav til varighet eller omfang*. Begrepet rekker altså på en del områder lenger enn ”funksjonsnedsettelse”, se nedenfor. Videre er det ikke naturlig å karakterisere alle funksjonsnedsettelser som helserelaterte.

Heller ikke ”funksjonsnedsettelse” brukes i den mest sentrale lovgivning som avhandlingen tar sikte på å analysere.¹⁰ I avhandlingen vil jeg nytte ”funksjonsnedsettelse” som betegnelse på en individuell fysisk, psykisk eller kognitiv nedsettelse *av et visst omfang og en viss varighet*, og ”arbeidstaker med funksjonsnedsettelse” om en arbeidstaker som har en slik nedsettelse.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008 bruker ”nedsatt funksjonsevne”, et begrep forarbeidene gir uttrykk for er synonymt med ”funksjonsnedsettelse”.¹¹ Jeg er enig med at begrepene er synonyme, men foretrekker å bruke ”funksjonsnedsettelse”, fordi ”evne” i denne sammenheng kan være egnet til å gi inntrykk av det foreligger en permanent/uforanderlig individuell tilstand.

”Funksjonshemming” vil i avhandlingen bli brukt som *relasjonsbegrep*. Funksjonshemming oppstår hvor det foreligger en konflikt mellom individets fysiske, psykiske eller kognitive forutsetninger eller funksjonsnivå og omgivelsenes utforming eller krav til funksjon. Individets forutsetninger kan i det konkrete tilfellet være av større eller mindre betydning i forhold til omgivelsenes barrierer, for at konflikten ”funksjonshemming” skal oppstå.¹²

Ut fra en slik definisjon gir det mening å snakke om ”diskriminering på grunn av (...) funksjonshemming”, aml. § 13-1 første ledd. En person som blir utsatt for dårligere behandling som følge av at det foreligger en konflikt mellom individuelt funksjonsnivå og omgivelsenes krav, kan sies å bli utsatt for ”diskriminering på grunn av funksjonshemming”.¹³ Å bruke ”person” eller ”arbeidstaker” ”med funksjonshemming”, sml. aml. § 13-5, vil derimot ikke være korrekt når en definerer ”funksjonshemming” som et relasjonsbegrep.

¹⁰ ”Funksjonsnedsettelse” brukes i folketrygdløven kap. 8, 10 og 12 som delvilkår i forhold til ytelser ved uførhet. Jeg har ikke tatt utgangspunkt i folketrygdlovens begrep og tar ikke stilling til forholdet mellom folketrygdlovens begrep og avhandlingens begrep.

¹¹ NOU 2005: 8 s. 37 med videre henvisning til St.meld. nr. 40 (2002-2003) s. 10.

¹² Hvilken vekt en tillegger individuelle tilstander i forhold til omgivelsenes barrierer vil i stor utstrekning være basert på verdimeslige standpunkter, og lar seg vanskelig kvantifisere på en objektiv måte.

¹³ Det gir også mening å bruke ”funksjonshemmet” om en person som blir negativt rammet av omgivelsenes krav i forbindelse med eget fysisk, psykisk eller kognitivt funksjonsnivå, se også NOU 2001: 22 s. 17.

Jeg vil derfor i avhandlingen omtale diskrimineringsgrunnlaget etter aml. § 13-1 som ”funksjonshemming”, mens rettighetssubjektet for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. § 13-5 blir omtalt som arbeidssøker/arbeidstaker ”med funksjonsnedsettelse”.

Ettersom uttrykkene arbeidstaker/person ”med funksjonshemming” brukes i gjeldende lov, og i stor utstrekning også i offisielle dokumenter,¹⁴ har det vært vanskelig å holde en konsekvent linje i avhandlingens begrepsbruk. Det kan derfor forekomme at jeg i avhandlingen har brukt dette uttrykket også i betydningen person/arbeidstaker ”med funksjonsnedsettelse”, særlig hvor det ville bli for anstrengt eller for språklig kronglete å omskrive.

I avhandlingen vil jeg videre bruke begrepene ”reduert arbeidsevne” eventuelt ”nedsatt arbeidsevne” (på grunn av sykdom mv.), som betegnelse på en tilstand hvor arbeidstaker av helsemessige årsaker midlertidig eller varig ikke er i stand til å utføre vesentlige deler av sitt arbeid, eller hvor hun har eller kan forventes å få et meget stort sykefravær.

I aml. § 4-6 brukes begrepet ”reduert arbeidsevne” på en annen måte, som etter mitt skjønn er uheldig og misvisende. Det er riktignok slik at bestemmelsen i stor utstrekning brukes i forhold til sykmeldte, og her foreligger jo per definisjon (midlertidig) redusert arbeidsevne. Men ”reduert arbeidsevne”, slik begrepet vanligvis forstås, er ikke *nødvendig* for at det skal foreligge plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6: Det er tilstrekkelig at arbeidstaker har en midlertidig eller varig funksjonsnedsettelse, som, i kombinasjon med barrierer på arbeidsplassen, medfører vansker med å utføre arbeidet. Arbeidsgiver vil altså ha plikt til å tilrettelegge også etter aml. § 4-6 dersom en av hans arbeidstakere er avhengig av rullestol og virksomheten flytter til nye lokaler med fysiske barrierer. Når jeg drøfter bestemmelsen i aml. § 4-6 forholder jeg meg selvsagt til lovens begrep ”reduert arbeidsevne”. At ”reduert arbeidsevne” slik det brukes i aml. § 4-6 ikke er i samsvar med vanlig ordlydsforståelse av uttrykket, vil bli markert med anførselstegn.

For øvrig vil det ikke være vesentlig forskjell på hvordan begreper brukes generelt i avhandlingen og hvordan de brukes i de bestemmelser som avhandlingen tar sikte på å analysere.

”Helseopplysninger”, slik det brukes i aml. § 9-3, er et bredt begrep, som også vil omfatte opplysninger om en persons fysiske, psykiske eller kognitive funksjonsnedsettelser, selv om disse ikke med rimelighet kan betegnes som helserelaterete.¹⁵

”Arbeidstaker” og ”arbeidsgiver” brukes i gjengs arbeidsrettslig betydning, se her aml. § 1-8 første og annet ledd. ”Arbeidssøker” betegner en person som har gjort henvendelse til arbeidsgiver med formål å bli ansatt i en stilling eller et arbeid. I noen tilfeller brukes ”arbeidstaker” også som

¹⁴ Se for eksempel Statistisk Sentralbyrås publikasjoner ”Funksjonshemmede på arbeidsmarkedet”, hvor ”funksjonshemming” blir definert som ”fysiske eller psykiske helseproblemer av mer varig karakter som kan medføre begrensninger i det daglige liv. (...)”.

¹⁵ Begrepet er nærmere drøftet under kap. V pkt. 3.3.2.

fellesbetegnelse på arbeidssøker og arbeidstaker. Arbeidstaker i generell betydning benevnes som ”hun” og arbeidsgiver som ”han”.

1.4. Utviklingen av en sosial modell for funksjonshemming.

Nedenfor gis en oversikt over utviklingen av de begreper som er blitt brukt på folkerettslig og EF-/EU-rettslig plan så vel som på norsk plan; dels for å beskrive *konflikter* mellom individ og omgivelser som har sammenheng med fysisk, psykisk eller kognitivt funksjonsnivå og dels for å beskrive *mennesker* som blir rammet av slike konflikter. Innledningsvis bemerkes at begrepene ikke er brukt på noen konsekvent måte verken i Norge eller internasjonalt, og i noen tilfeller har begrepene også skiftet innhold over tid.

Formålet med fremstillingen vil være å vise at synet på hva som er *årsakene* til at mennesker med funksjonsnedsettelse opplever begrensninger i samfunns- og arbeidslivsdeltakelse har gjennomgått en utvikling de siste ca. 30-40 år. Mens fokus tidligere var på individets begrensninger, har en i løpet av denne perioden i stadig sterkere grad vektlagt omgivelsenes barrierer. Dette skiftet i synsvinkel eller fokus er viktig for å forstå hvorfor denne gruppen er blitt omfattet av forbud mot diskriminering. I tillegg kan skiftet i synsvinkel ha betydning for utformingen og tolkingen av konkrete diskrimineringsforbud.

Tradisjonelt har ”funksjonshemming” så vel i Norge som på internasjonalt plan vært sett på som en egenskap ved individet; en konsekvens av sykdom eller biologiske avvik. Dette kalles den medisinsk/biologiske modell for funksjonshemming.¹⁶ Hovedvirkemidlene for å styrke funksjonshemmedes stilling i arbeidslivet har, i tråd med dette, vært tiltak for å tilpasse individet til arbeidslivets krav, gjerne i form av (re-)habilitering.¹⁷

Denne medisinsk/biologiske forståelsen er særlig fra 1970-årene blitt utsatt for økende kritikk.¹⁸ Kritikerne har blant annet påpekt at spørsmålet om det foreligger en funksjonshemming ikke bare avhenger av personen og dennes egenskaper, men like mye av situasjonen og omgivelsenes innretning. For eksempel vil en blind person ikke være funksjonshemmet mens hun snakker i telefonen og en rullestolbruker fungerer på samme måte som gående i et miljø uten fysiske barrierer.

Verdens helseorganisasjons definisjoner fra 1980, ”International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps”, (WHO ICIDH 1980), anerkjenner prinsipielt omgivelsenes betydning for de vansker personer med funksjonsnedsettelse møter i samfunnet. ICIDH 1980

¹⁶ Se bl.a. NOU 2001: 22 Fra bruker til borger, En strategi for nedbygging av funksjonshemmende barrierer s. 14-17 og NOU 2005: 8 s. 36-37.

¹⁷ Se nærmere under kap. III pkt. 4.

¹⁸ Se nærmere fremstillingen i NOU 2001: 22 Fra bruker til borger s. 14-17. I forhold til amerikansk rett gir Feldblum 2000 en fremstilling av den historiske utviklingen av begrepet ”disability” etter amerikansk rett.

nytter tre begreper for å betegne ulike komponenter i relasjonen mellom individ og omgivelser: "Impairment" betegner selve den fysiske eller psykiske funksjonsnedsettelsen eller avviket; altså det medisinske/biologiske nivå. Et eksempel vil være en ryggmargsskade eller en skade på synsnerven. "Disability" betegner funksjonsnedsettelsens betydning for utøving av en aktivitet, altså det en på norsk kan betegne som manglende evne eller ferdighet. Det å ikke kunne gå eller se kan betegnes som en "disability". I hvor stor grad "impairment" medfører "disability" vil avhenge av om det er mulig å kompensere for funksjonsnedsettelsen ved individuelle hjelpemidler eller mobilisering av andre ressurser på individnivå. "Handicap" er betegnelsen for en manglende evne eller mulighet til å utføre en aktivitet, som i tillegg innebærer en hindring eller en ulempe for individet ved utøvelse av en sosial normalrolle. Om "disability" også fører til "handicap", kan avhenge av omgivelsenes innretning.

ICIDH 1980 er blitt mye brukt og henvist til i forbindelse med antidiskrimineringslovgivning.¹⁹ Samtidig er definisjonen også blitt kritisert for sin fokusering på individuelle forhold som årsak til funksjonshemming.²⁰

En annen definisjon som i det i stor grad er henvist til,²¹ er ILOs atferingskonvensjon (159) fra 1983. Her defineres "disabled person" som "an individual whose prospects of securing, retaining and advancing in suitable employment are substantially reduced as a result of a duly recognised physical or mental impairment." Definisjonen synes også her å fokusere på individuelle egenskaper som årsaksfaktorer. Den må likevel ses i lys av formålet, som er å avgrense en bestemt persongruppe som skal ha rett til yrkesrettet atfering.²²

FNs standardregler om like muligheter for mennesker med funksjonshemming fra 1993 nytter, i likhet med WHO ICIDH 1980 "disability" som individrettet og "handicap" som relasjonsbegrep. "Disability" omtales i forordet til standardreglene slik:

"The term "disability" summarizes a great number of different functional limitations occurring in any population in any country of the world. People may be disabled by physical, intellectual or sensory impairment, medical conditions or mental illness. Such impairments, conditions or illnesses may be permanent or transitory in nature."²³

"Handicap" defineres som

"the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others. It describes the encounter between the person with a disability and the environment. The purpose of this term is to emphasize the focus on the shortcomings in the environment and in many organized activities in society, for example,

¹⁹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

²⁰ Se nærmere NOU 2001: 22 s. 16.

²¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

²² Definisjonen på "disabled" i ILO-konvensjonen synes nærmest å tilsvare det en på norsk ville kalle "yrkeshemmet".

²³ Avsnitt 17.

information, communication and education, which prevent persons with disabilities from participating on equal terms.²⁴

Som nevnt er WHO's begrepsbruk i ICIDH 1980 kritisert for å fokusere for mye på individuelle årsaker til at en persons "disability" fører til "handicap". I den reviderte utgaven av WHO's klassifikasjon fra 2001, "International classification of Functioning, Disability and Health", (WHO ICF 2001), er det sentrale begrepet "functioning". Begrepet har ingen fullgod norsk oversettelse, men en kan konstruere begrepene "fungering" eller "funksjonsmulighet".²⁵ ICF 2001 opererer med tre nivåer for "human functioning"; det kroppslige, personen og den sosiale konteksten. "Disability" er et overgripende begrep som involverer begrensninger i individets funksjonsmulighet på ett eller flere av disse nivåene. Det kan foreligge en svekkelse, ("impairment"); en aktivitetsbegrensning, ("activity limitation") og/eller en deltakelsesbegrensning ("participation restriction"). "Impairment" defineres i ICF 2001 som problemer i kroppsfunksjon eller struktur, altså et biologisk/medisinsk forhold, som er knyttet til en del av individet. Aktivitetsbegrensning er vansker et individ kan ha med å utføre bestemte aktiviteter. Slik begrensning er en mulig individuell følge av funksjonsnedsettelsen, men trenger ikke nødvendigvis oppstå. Elementet er knyttet til individet som helhet, og til individets egenskaper. Deltakelsesbegrensning er ifølge ICF 2001 problemer et individ kan oppleve i sin livsutfoldelse. Samfunnets holdninger og det fysiske og sosiale miljø vil spille en viktig rolle for om en person med funksjonsnedsettelse, og eventuelt med aktivitetsbegrensning, opplever deltakelsesbegrensning.²⁶

FN-konvensjonen om rettigheter for mennesker med funksjonsnedsettelser av 2006²⁷ inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet "funksjonshemming". I fortalens avsnitt e anerkjenner partene at "disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others." Det gis altså generelt uttrykk for at omgivelsenes barrierer kan ha betydning for hva som anses som en "disability". Videre uttales i art. 1 om formål, stk. 2 at "[p]ersons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others."

Også på EF- og EU-plan har det funnet sted en utvikling fra et medisinsk/biologisk til et sosialt syn på årsakene til funksjonshemming.²⁸ Sysselsettingsdirektivet av 2000²⁹ anvender en

²⁴ Avsnitt 18.

²⁵ "Funksjonsevne" er mindre heldig fordi "evne" umiddelbart forstås som en egenskap ved individet.

²⁶ WHO International Classification of Functioning, Disability and Health, WHO ICF, 2001.

²⁷ FN-konvensjonen om rettigheter for personer med funksjonsnedsettelser av 13. desember 2006. (FN-PF 2006). Konvensjonen er signert, men ikke ratifisert av Norge.

²⁸ For en utfyllende gjennomgang av denne utviklingen frem til slutten av 1990-tallet, se Quinn 1999 s. 281-327.

sosial tilnærming. I forarbeidene til sysselsettingsdirektivet uttales blant annet at barrierer for adgangen til arbeidsmarkedet for personer med ”disabilities” (engelsk versjon) /”handicap” (dansk versjon), skal fjernes for å sikre likebehandling.³⁰ Sysselsettingsdirektivet av 2000 inneholder ingen legaldefinisjon av det engelske begrepet ”disability”/det danske begrepet ”handicap”, men dette synes å bli brukt i betydningen individuell funksjonsnedsettelse.

Parallelt med dette er det også i norske offentlige dokumenter fra de siste 25-30 år foregått en utvikling fra en individfokuset medisinsk/biologisk orientert tilnærming til begrepet ”funksjonshemming” til en tilnærming som tar høyde for omgivelsenes rolle.

I Stortingsmelding nr. 23 (1977-78) Funksjonshemmede i samfunnet, defineres ”funksjonshemmet” som en som på grunn av varig sykdom, skade eller lyte eller på grunn av avvik av sosial art er vesentlig hemmet i sin praktiske livsførsel i forhold til det samfunn som omgir ham.³¹ På samme måte som WHO’s ICIDH 1980 anerkjenner også denne definisjonen betydningen av samfunnets innretning, men fokuserer på individuelle forhold som årsaksfaktorer til funksjonshemming.

Seinere definisjoner går lenger i å se samfunnsskapt faktorer som (del-)årsak til funksjonshemming: I den første av regjeringens handlingsplaner for funksjonshemmede (1990-1993) er fokus flyttet fra person til relasjon: ”Funksjonshemming er et misforhold mellom individets forutsetninger og miljøets krav til funksjon på områder som er vesentlig for etablering av selvstendighet og sosial tilværelse”.³² St.meld. nr. 8 (1998-99), Om handlingsplan for funksjonshemma 1998-2001, definerer funksjonshemming noenlunde tilsvarende, men trekker i tillegg frem samfunnets krav: Funksjonshemming blir her definert som ”eit mishøve mellom individet sine føresetnader og krav frå miljøet og samfunnet si side til funksjon på område som er vesentlege for å etablere og halde ved lag eit sjølvstendig og sosialt tilvære”.

Manneråk-utvalgets innstilling, NOU 2001: 22,³³ gir i hovedsak sin tilslutning til en relasjonell og situasjonsbestemt forståelse av begrepet ”funksjonshemming”, men gir ikke noen direkte definisjon av dette begrepet. Utvalget definerer derimot *reduisert funksjonsevne* eller *funksjonsnedsettelse* som ”tap av, skade på eller avvik i en kroppsdel eller i en av kroppens psykologiske, fysiologiske eller biologiske funksjoner.” Videre uttaler utvalget at ”[f]unksjonshemmende forhold viser til et gap eller misforhold mellom forutsetningene til mennesker med redusert

²⁹ Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I det følgende vil jeg nytte den danske versjonen av direktivet hvor ikke annet fremgår.

³⁰ KOM (1999) 565 s. 3-4.

³¹ St.meld. nr. 23 (1977-78) s. 10.

³² Regjeringens handlingsplan for funksjonshemmede 1990-1993 (1989).

³³ NOU 2001: 22 Fra bruker til borger. En strategi for nedbygging av funksjonshemmende barrierer.

funksjonsevne og de krav miljøet og samfunnet stiller til funksjon på områder av vesentlig betydning for å etablere og opprettholde selvstendighet og en sosial tilværelse. Når betegnelsen *funksjonshemmet* brukes om personer vises det til de som får sin praktiske livsførsel vesentlig begrenset på grunn av gapet eller misforholdet mellom personens nedsatte funksjonsevne og miljøets/samfunnets krav.”³⁴

Stortingsmelding nr. 40 (2002-2003) definerer begrepet ”funksjonshemming” relasjonelt: ”Funksjonshemming oppstår når det foreligger et gap mellom individets forutsetninger og omgivelsenes utforming eller krav til funksjon.” ”Nedsatt funksjonsevne” defineres som ”tap av eller skade på en kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner.”³⁵ Syse-utvalgets innstilling fra 2005 slutter seg i hovedtrekk til disse definisjoner³⁶ med en viss presisering: ”Funksjonshemming kan oppstå i et individs møte med samfunnet, når individets deltakelse begrenses *og dette kan knyttes til nedsatt funksjonsevne.*”³⁷ ”Nedsatt funksjonsevne” foreligger etter Syse-utvalgets definisjon ”når en kroppsdel eller en av kroppens fysiske eller kognitive funksjoner er tapt, skadet eller på annen måte nedsatt.”³⁸ I utredningen tar en videre opp samfunnets ”funksjonshemmende barrierer”.³⁹

Vi kan altså oppsummere utviklingen av synet på funksjonshemming og politikken overfor mennesker med funksjonsnedsettelse med at det er skjedd en overgang fra et fokus på individets begrensninger til at fokus rettes mot omgivelsenes barrierer. Dette har som vist dannet bakteppe for at det på folkerettslig/EF-/EU-rettslig plan så vel som i Norge er vedtatt forbud mot diskriminering på grunnlag av funksjonshemming eller nedsatt funksjonsevne. Det fokus som er rettet mot omgivelsenes barrierer kan som nevnt innledningsvis under dette pkt. også få betydning for utformingen og tolkningen av disse forbudene. Blant annet kan et slikt fokus tilsi at det stilles svake krav til en funksjonsnedsettelses omfang eller varighet for å komme inn under vernet, så lenge det kan påvises at omgivelsenes barrierer rammer personer med denne type funksjonsnedsettelse. I tillegg kan det tilsi at arbeidsgiverne pålegges omfattende plikter til å fjerne disse presumptivt urettmessige barrierene ved generell eller individuell tilrettelegging. I hvilken utstrekning slike hensyn har fått konkret gjennomslag etter norsk gjeldende rett og etter den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, tas opp seinere i avhandlingen.⁴⁰

³⁴ NOU 2001: 22 s. 14-17.

³⁵ St.meld. nr. 40 (2002-2003) Nedbygging av funksjonshemmende barrierer. Strategier, mål og tiltak i politikken for personer med nedsatt funksjonsevne, s. 8.

³⁶ NOU 2005: 8 s. 37.

³⁷ Min kursiv. NOU 2005: 8 s. 38. Barne- og likestillingsdepartementet synes å legge en tilsvarende forståelse til grunn Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 92.

³⁸ NOU 2005: 8 s. 38. Lovens begrep utdypes videre på s. 160-167. Barne- og likestillingsdepartementet slutter seg i hovedsak til Syse-utvalgets forståelse, Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 90-94.

³⁹ NOU 2005: 8 bl.a. pkt. 10.2 om lovens formål, s. 157 flg. Uttrykket brukes også i den vedtatte diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, bl.a. formålsbestemmelsen i § 1.

⁴⁰ Se særlig kap. IV pkt. 2.2, 2.3 og 2.4 og kap. VI pkt. 2.2 og 2.3.

2. Blir arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer utstøtt fra arbeidslivet/utsatt for diskriminering?

Personer med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer har, som nevnt innledningsvis, vansker med å oppnå og beholde sysselsetting på det åpne arbeidsmarkedet. Det kan blant annet slås fast at antall uføretrygdede har økt sterkt de siste 25-30 år⁴¹ og at sysselsettingen blant personer med funksjonsnedsettelse er vesentlig lavere enn i befolkningen som helhet.⁴² Stor etterspørsel etter arbeidskraft på dagens arbeidsmarked har til nå ikke ført til lavere tilgang til uføreytelser eller økt sysselsetting for personer med funksjonsnedsettelse. Under dette punkt vil jeg ta opp i hvilken utstrekning denne utviklingen og denne tilstanden har sammenheng med utstøting eller diskriminering på arbeidsmarkedet.

Innledningsvis bør imidlertid understrekes at personer med funksjonsnedsettelse /helseproblemer på ingen måte er noen ensartet gruppe. En hovedgruppe er personer som har vært i arbeidslivet i mange år og som står i fare for å falle ut som følge av slitasje og redusert helsetilstand. En annen hovedgruppe er unge med funksjonsnedsettelse som har vansker med å oppnå ansettelse. Årsakene til at personene ikke får innpass/faller ut av arbeidslivet kan være forskjellige og det samme gjelder hvilke tiltak som er hensiktsmessige for å styrke deres stilling på arbeidsmarkedet.

I avsnittet tar jeg opp to hovedproblemstillinger: For det første om strukturelle endringer på arbeidsmarkedet har bidratt til økt uføretrygding de siste 25-30 år. For det annet om fysiske, organisatoriske eller holdningsmessige barrierer på arbeidsplassene/hos arbeidsgiverne utgjør en vesentlig årsak til at arbeidstakere med funksjonsnedsettelse ikke oppnår sysselsetting eller faller ut av arbeidslivet.

I tillegg vil jeg avslutningsvis kort gå inn på om det foreligger empirisk belegg for at det foregår diskriminering av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i et løpende arbeidsforhold.

Første hovedproblemstilling er altså om strukturelle forhold i arbeidslivet har bidratt til økt uføretrygding.

En kan som nevnt slå fast at antallet uføretrygdede har økt sterkt de siste 25-30 år. I 1980 var det ca 160.000 uføretrygdede,⁴³ i 1999 i underkant av 270.000 og ved utgangen av 2007 vel

⁴¹ Kilde: Nav Tall og analyse. For eldre tall, se bl.a. NOU 2000: 27, Sykefravær og uførepensjonering. Et inkluderende arbeidsliv. s. 12-13 og NOU 1990: 17 Uførepensjon, s. 34.

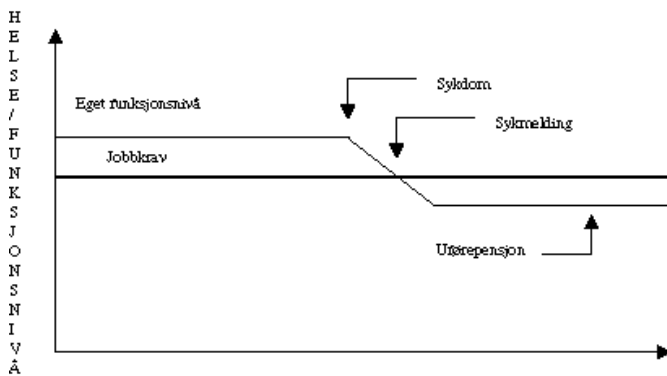
⁴² Den viktigste kilde til opplysninger om situasjonen for funksjonshemmede på arbeidsmarkedet er Statistisk Sentralbyrås tilleggsundersøkelser til Arbeidskraftundersøkelsen (AKU) 2000-2007.

⁴³ NOU 1990: 17 s. 34.

330.000.⁴⁴ Hvilken betydning endringer i arbeidslivets organisering har hatt for denne utviklingen, er likevel ikke gitt.⁴⁵

I Sandman-utvalgets innstilling fra 2000⁴⁶ presenteres to alternative årsaksforløp for å illustrere ulike typer faktorer som kan føre til uførepensjonering. Den tradisjonelle oppfatningen av hvordan uførhet oppstår, er at det inntrer en sykdom eller et helseproblem som reduserer personens funksjonsnivå. Dette er illustrert i figur 1:

Figur 1. Overgang til sykerollen på grunn av sykdom.



Et alternativt hendelsesforløp vil være at de ytre betingelsene for å være i arbeid endrer seg, for eksempel som resultat av en omstillingsprosess. Dette er illustrert i figur 2.⁴⁷

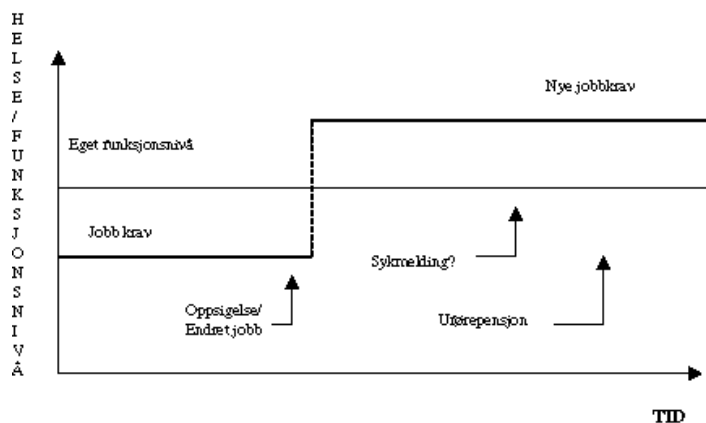
Figur 2. Overgang til sykerollen på grunn av økte jobbkrav:

⁴⁴ Dette inkluderer uførepensjon og tidsbegrenset uførestønad. Kilde: Nav. Tall og analyse.

⁴⁵ Alternative eller supplerende forklaringsmodeller kan være lettere tilgjengelig til trygdeytelser eller økt sykkelighet i befolkningen. Se bl.a. drøftelsen av årsaker til økt sykefravær og uføretilgang i Sandman-utvalgets innstilling (NOU 2000: 27) kap. 5. Pkt. 5.3 s. 56-65 gjelder forhold på arbeidsmarkedet og i arbeidslivet som forklaringsfaktor til blant annet tilgangen til uførepensjon.

⁴⁶ NOU 2000: 27 Sykefravær og uførepensjonering. Et inkluderende arbeidsliv.

⁴⁷ Begge figurer er hentet fra NOU 2000: 27 s. 65. Modellen er fra Westin (1980).



Er det så empirisk belegg for at omstillingsprosesser og økte jobbkraav har ført til utstøting av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse? Sandman-utvalget uttaler at det pr. 1999 finnes

”liten kunnskap om hvordan ”det nye arbeidslivet” kjennetegnet ved hurtige omstillinger, rask teknologisk utvikling, nye arbeidsformer, og en løsere og mer fleksibel tilknytning til arbeidsgiver og arbeidsstedet, påvirker forbruket av trygdeytelser. Forskingen tyder på at endringene har hatt en tosidig effekt. For mange har nye krav til kompetanse, kunnskap og effektivitet ført til en utfordrende og interessant arbeidssituasjon. Mens for andre har denne utviklingen ført til vansker med å mestre arbeidssituasjonen og resultert i at en er falt ut av arbeidsmarkedet.”⁴⁸

Vi vet imidlertid at det fra 1990-tallet er det skjedd store endringer på arbeidsmarkedet, særlig ved oppheving av tidligere offentlige monopoler og konkurranseutsetting av funksjoner fra så vel offentlige som private virksomheter.⁴⁹ Virksomhetene er blitt ”slankere”, noe som gjør dem avhengig av at de gjenværende arbeidstakere til enhver tid er i stand til å yte 100 %. Slike mindre og spesialiserte virksomheter vil også ha færre muligheter for omplassering av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse og helseproblemer. Dette er forhold som synes egnet til å føre til økt utstøting.⁵⁰

Samtidig er det et faktum at de største gruppene blant personer på tidsbegrenset uførestønad er personer med psykiske lidelser samt personer med sykdommer i muskel- og skjelettsystemet.⁵¹ Det er karakteristisk for slike lidelser at personens funksjonsevne i stor grad er avhengig av omgiv-

⁴⁸ NOU 2000: 27 s. 14.

⁴⁹ Se bl.a. NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalgets innstilling pkt. 5.3 s. 59 flg..

⁵⁰ Slik også Anvik m.fl., 2007 kap. 2.5 om Det nye arbeidslivet, med videre henvisninger til forskning på området.

⁵¹ Notat fra Arbeids- og velferdsdirektoratet av 24.4.2008 av Nina Viten. Pr. 31.12.2006 hadde 36,1 prosent av mottakerne av tidsbegrenset uførestønad diagnosen psykiske lidelser og adferdsforstyrrelser, og 31,5 prosent diagnosen sykdommer i muskel-skjelettsystemet og bindevev. Tidsbegrenset uførestønad nyttes hvor det ”etter en helhetsvurdering er sannsynlig at inntektsevnen kan bedres”, se ftrl. § 12-9 første ledd, altså hvor

elsenes innretning: Fysiske eller psykiske belastninger i arbeidsmiljøet innebærer særlige vansker for helsemessig sårbare arbeidstakere; og tilpasningstiltak kan gjøre en arbeidstaker i stand til å utføre arbeid til tross for helsemessig svakhet eller funksjonsnedsettelse.

Det synes altså sannsynlig at endringer i arbeidsmarkedets struktur og organisering har hatt en utstøtende effekt og bidratt til veksten i uførepensjonering.

Problemstilling to gjelder i hvilken grad fysiske, organisatoriske eller holdningsmessige *barrierer* på den enkelte arbeidsplass/hos den enkelte arbeidsgiver kan være årsak til at arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer ikke oppnår ansettelse eller faller ut av arbeidslivet. Fysiske barrierer kan bestå i manglende generell tilrettelegging av arbeidsplass eller arbeidsutstyr eller manglende individuell tilrettelegging for arbeidstakere med fysiske funksjonsnedsettelse. Organisatoriske barrierer kan blant annet bestå i manglende manglende individuell tilrettelegging av arbeidsoppgaver eller arbeidstid. Endelig kan holdningsmessige barrierer, herunder stereotype holdninger og manglende kunnskaper om de ressurser som disse gruppene besitter, føre til at personer med funksjonsnedsettelse ikke oppnår ansettelse.

Som nevnt innledningsvis er det et faktum at en mye mindre andel av personer med funksjonsnedsettelse er i arbeid enn hva som er tilfelle for befolkningen som helhet, og at de gunstige tilstandene på dagens arbeidsmarked til nå heller ikke har fått nevneverdig betydning for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.⁵² En tilleggsundersøkelse til Statistisk Sentralbyrås Arbeidskraftundersøkelse for annet kvartal 2007⁵³ viser at 45,3 % av personer med selvvalgt ”funksjonshemming”⁵⁴ i alderen 16-66 år var i inntektsgivende arbeid, mens dette gjaldt 74,8 % av arbeidsstyrken for øvrig. Andelen som er i inntektsgivende arbeid er gått noe ned siden første undersøkelse i 2000, både hva angår arbeidstakere med ”funksjonshemming” og befolkningen som helhet.⁵⁵ Personer med selvvalgt ”funksjonshemming” som er i arbeid, arbeider i tillegg gjennomsnittlig mindre enn andre: 48,3 % av de sysselsatte med funksjonshemming arbeidet deltid, sammenlignet med 26,6 % totalt.⁵⁶

Det er klart at hele denne forskjellen i sysselsetting ikke rimeligvis kan sies å ha sin årsak i barrierer på arbeidsmarkedet. En del av personene med funksjonsnedsettelse som står utenfor arbeidsmarkedet er arbeidsuføre og ville ikke kunne ha utført arbeid selv med svært omfattende tilrettelegging. Det interessante spørsmålet er hvor stor del av forskjellen som kunne vært utliknet

⁵² Se bl.a. Fossetøl og Widding 2007 s. 16-20 (s. 17).

⁵³ Olsen og Thi Van 2007.

⁵⁴ ”Funksjonshemming” var i undersøkelsen definert som ”fysiske eller psykiske helseproblemer av mer varig karakter som kan medføre begrensninger i det daglige liv”, med en viss eksemplifisering. Vel 15 % av de intervjuede i undersøkelsen oppgav å ha en funksjonshemming.

⁵⁵ I 2000-undersøkelsen oppgav 47 % av personene med selvvalgt ”funksjonshemming” å være i arbeid, mens dette gjaldt 77,4 % av befolkningen totalt, se Bø 2002 tabell A1.

⁵⁶ Olsen og Thi Van 2007 s. 15 og tabell A4.

ved hjelp av tiltak på etterspørselssiden; fysiske og organisatoriske tilretteleggingstiltak og tiltak for å endre arbeidsgivernes holdninger.

Av de ikke-sysselsatte med ”funksjonshemming” oppgav 17 % i 2007-undersøkelsen at de *ønsket* et inntektsgivende arbeid.⁵⁷ Av de 17 % som ønsket en jobb, var det likevel bare ca. 1/4 som oppfylte betingelsene for å bli regnet som arbeidsledige.⁵⁸ Arbeidsledigheten blant personer med ”funksjonshemming” var på sin side ikke vesentlig høyere enn for arbeidstakere flest; 2,4 % mot 2 % for arbeidstakere som helhet i 2007-undersøkelsen. Isolert sett kan dette tyde på at det ikke er vesentlig vanskeligere for personer med funksjonsnedsettelse å oppnå sysselsetting, enn for andre grupper.

Et spørsmål som har vært reist, er imidlertid om arbeidsledigheten for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse er underestimert i arbeidskraftundersøkelsene, på grunn av at vilkårene for å bli regnet som arbeidsledige systematisk forskjellsbehandler denne gruppen. Hansen og Svalund (2007) legger til grunn at det kan foreligge en stor skjult ledighet blant personer med funksjonsnedsettelse, ettersom det vil være vanskelig ”å finne ledige jobber hvor det samtidig er mulighet for, og vilje til, å tilpasse arbeidstid og arbeidssituasjon fra arbeidsgivernes side”.⁵⁹ Dette kan tyde på at det foreligger en større undersysselsetting blant de 17 % ikke-sysselsatte med ”funksjonshemming” som ønsker en jobb, enn det arbeidsledighetstallene gir inntrykk av.

Et videre spørsmål vil da være i hvilken utstrekning fjerning av fysiske, organisatoriske eller holdningsmessige barrierer på arbeidsplassene kan gi grunnlag for økt sysselsetting for denne gruppen.

Tallmaterialet fra Arbeidskraftundersøkelsen viser at det *har* foregått en økt satsing på tilretteleggingstiltak i de seinere år. 57 % av de ansatte med funksjonshemming oppgav i 2007-rapporten at de hadde fått tilrettelagt arbeidssituasjonen som følge av denne, en økning fra 44 % i 2002-rapporten.⁶⁰ 36 % hadde fått tilpasset arbeidsoppgavene, 26 % arbeidstiden og 28 % hadde fått arbeidsplassen fysisk tilrettelagt. Andelen som har fått arbeidsplassen fysisk tilrettelagt, er doblet fra 2002 til 2007.⁶¹ Det er nærliggende å tenke seg at denne økte satsingen på tilrettelegging på arbeidsplassene har sammenheng med Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv, som første gang ble inngått i 2001.⁶² Den dårlige nyheten er likevel at dette likevel ikke har innebåret

⁵⁷ Olsen og Thi Van 2007 s. 17.

⁵⁸ Olsen og Thi Van 2007 s. 17 med henvisning til tabell AI. Arbeidsledige i Arbeidskraftundersøkelsens forstand er ”personer uten inntektsgivende arbeid, men som forsøker å skaffe seg arbeid og kan begynne i arbeid straks”.

⁵⁹ Hansen og Svalund 2007 kap. 3 om Arbeid s. 40-57.

⁶⁰ Olsen og Thi Van 2007 s. 17.

⁶¹ Olsen og Thi Van 2007 tabell A12.

⁶² Se vedlegg nr. 1 til St.prp nr. 1 Tillegg nr. 1 (2001-2002)

noen økning i den generelle sysselsettingen blant personer med funksjonsnedsettelse.⁶³ Det synes videre som om tilretteleggingen i stor utstrekning har kommet allerede ansatte til gode, og at det stadig er svært vanskelig for arbeidssøkere å oppnå nødvendig tilrettelegging på arbeidsplassen.⁶⁴

At *holdningsmessige* barrierer kan ha betydning for arbeidsgivers tilbøyelighet til å ansette personer med funksjonsnedsettelse, gir en undersøkelse utført av Markeds- og mediainstituttet i 2006 klare indikasjoner på:⁶⁵ Et representativt utvalg norske arbeidsgivere ble spurt om hvor sannsynlig det var at de ville innkalle ulike grupper til intervju. Her svarte 37 % at de sannsynligvis ville innkalle en meget godt kvalifisert 35-årig rullestolbruker, herav 13 % ”meget sannsynlig” og 24 % ”ganske sannsynlig”. Bare 10 % ville sannsynligvis innkalle en meget godt kvalifisert 35-årig blind arbeidssøker med førerhund, herav 4 % ”meget sannsynlig” og 6 % ”ganske sannsynlig”. Når søkere med funksjonsnedsettelse ikke blir innkalt til intervju, har arbeidsgiver ikke mulighet til å avklare på en forsvarlig måte om funksjonsnedsettelsen faktisk har betydning for muligheten for å utføre arbeidet.⁶⁶

Vi kan oppsummere problemstilling 2 med at det foreligger indikasjoner på at fysiske, organisatoriske og holdningsmessige barrierer har en viss betydning for mulighetene på arbeidsmarkedet for personer med funksjonsnedsettelse. Det foreligger altså sannsynligvis en viss utstøtingseffekt, og tiltak for å fjerne disse barrierene kan da bidra til å gjøre det lettere for denne gruppen å få innpass på arbeidsmarkedet. Økningen av andelen som har fått tilrettelagt arbeidsplassen har likevel ikke til nå hatt nevneverdig innvirkning på andelen sysselsatte med funksjonsnedsettelse.

Det synes å være mindre forskning som gjelder den tredje problemstillingen, altså om arbeidstakere med funksjonsnedsettelse som er i et løpende arbeidsforhold, opplever diskriminering i arbeidet. En interessant holdningsundersøkelse om holdninger til HIV-smittede, blant annet i arbeidslivet, ble imidlertid publisert i juni 2008.⁶⁷ Her erklærte 60 % av de spurte⁶⁸ seg helt eller delvis enig i en påstand om at personer som er HIV-smittet må være forpliktet til å orientere arbeidsgiver og kolleger om sin HIV-status.⁶⁹ 50 % av de spurte var helt eller delvis enig i at personer som er HIV-smittede måtte akseptere at arbeidsgiver endret arbeidsoppgavene av

⁶³ Se ovenfor.

⁶⁴ Se bl.a. Hansen og Svalund 2007 s. 42.

⁶⁵ Telefonundersøkelse om betydning av nedsatt funksjonsevne ved ansettelse i arbeidslivet, 21. februar -3. mars 2006. Rapport utarbeidet for Nasjonalt dokumentasjonssenter for personer med nedsatt funksjonsevne av Erik Dalen 14. mars 2006.

⁶⁶ Se om undersøkelsen Statusrapport 2007 - Samfunnsutviklingen for personer med nedsatt funksjonsevne, fra Nasjonalt dokumentasjonssenter for personer med nedsatt funksjonsevne, kap. 3 om Arbeid s. 40-57 (s. 56-57)

⁶⁷ Mandal m.fl. 2008.

⁶⁸ Undersøkelsen er ikke spesielt rettet mot arbeidsgivere, en har spurt et representativt utvalg av befolkningen.

⁶⁹ Mandal m.fl. 2008 s. 34 tabell 6.2.

hensyn til de øvrige ansatte på arbeidsplassen.⁷⁰ I realiteten vil det i de færreste jobber foreligge objektive grunner til at arbeidsgiver eller kolleger skal informeres eller at arbeidsoppgaver skal endres av hensyn til øvrige ansatte. Selv om intervjuobjektene kan ha hatt ulike grunner til å svare som de gjør, kan svarene være en indikasjon på at åpne HIV-smittede stadig blir utsatt for fordommer og diskriminering på arbeidsplassen.

3. Strategier mot utstøting og diskriminering.

3.1. Gulrot, pisk og overtalelse.

Et overordnet mål for politikken overfor arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonshemming er å styrke deres sysselsetting på det ordinære arbeidsmarkedet. For å virkeliggjøre dette målet har myndighetene tatt i bruk et bredt spekter av rettslige og økonomiske virkemidler. Tre hovedstrategier peker seg ut; som jeg her vil kalle for ”gulrot”, ”pisk”, og ”overtalelse”:

”Gulroten” utgjøres av økonomiske stimuli og praktisk bistand til tilrettelegging:

Arbeidsgiver belønnes økonomisk eller lettes for økonomiske byrder forbundet med å ha ansatt arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Denne formen for virkemidler er etter norsk rett i hovedsak omfattet av trygderettslig og arbeidsmarkedsrettslig regulering.⁷¹

Økonomiske stimuli omfatter blant annet tilskudd for å kompensere for arbeidsgiverens økonomiske utlegg ved individuelle tilretteleggingstiltak. Videre kan det offentlige helt eller delvis kompensere for arbeidsgivers reduserte nytte av arbeidstaker i forbindelse med yrkeshemming eller redusert arbeidsevne.

Offentlige myndigheter vil også kunne benytte andre typer økonomiske virkemidler for å styrke sysselsettingen av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonshemming. For eksempel er det mulig å stille krav til arbeidsgiver som vilkår for å oppnå et annet gode, slik som offentlige kontrakter. Mulige ”sosiale klausuler” til fordel for slike grupper ved offentlige anbud kan være at virksomheten skal inngå Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv; at den skal ha ansatt en viss andel personer med funksjonsnedsettelse eller yrkeshemming eller at den ikke skal være dømt for overtredelse av arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering. De viktigste rettslige problemstillinger som reiser seg i forbindelse med slike reguleringer er om sosiale klausuler er i strid med EF-rettslige eller nasjonale konkurranseregler. Dette er imidlertid problemstillinger som ligger svært fjernt fra avhandlingens arbeidsrettslige hovedfokus. Jeg har valgt å ikke gå nærmere inn på slike anbuds- og konkurranserettslige virkemidler i avhandlingen. Avhandlingen vil heller ikke ta opp eventuelle skatterettslige virkemidler, selv om dette ligger nærmere avhandlingens problemstillinger.

Annen hovedstrategi, ”piskan” i systemet, utgjøres av direkte begrensninger i arbeidsgiverens valgfrihet og handlefrihet ellers. Disse begrensninger er etter gjeldende rett hjemlet i

⁷⁰ Mandal m.fl. 2008 s. 36 tabell 6.3.

⁷¹ Se nedenfor under pkt. 4.6.

arbeidsrettslig regulering, særlig arbeidsmiljøloven. Her settes *forbud* mot arbeidsgiverbeslutninger med visse begrunnelser eller virkninger, og det gis *påbud* om aktive tiltak for å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Overtredelse av forbud og påbud er belagt med negative sanksjoner. Begrensningene i arbeidsgivers beslutningsfrihet etter norsk rett omfatter blant annet forbud mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming, forbud mot oppsigelse på grunn av sykefravær i en bestemt verneperiode og krav om saklig grunnlag for oppsigelse. De aktive handlepliktene omfatter blant annet generelle og individuelle vernetiltak i arbeidsmiljøet; generell og individuell tilrettelegging for arbeidstakere med ”reduert arbeidsevne” og generell og individuell tilrettelegging for arbeidssøkere og arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Handlepliktene etter arbeidsmiljøloven kan utgjøre offentligrettslige plikter for arbeidsgiver, så vel som kontraktsplikter overfor arbeidstaker. I tillegg inngår de som et vesentlig element i forbudene: I svært mange tilfeller vil det være omfanget av arbeidsgivers plikt til tilrettelegging som skiller mellom urettmessig vektlegging av funksjonshemming og rettmessig vektlegging av manglende kvalifikasjoner/nedsatt arbeidsevne ved en arbeidsrettslig beslutning. Arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging vil også i praksis være avgjørende for om det foreligger tilstrekkelig saklig grunnlag for oppsigelse av arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne”.

Tredje hovedstrategi kan kalles ”overtalelse”: Gjennom opplysningstiltak og holdningsskapende arbeid skal arbeidsgiverne påvirkes til å gå den ”rette vei”; det vil si å velge å ansette og beholde flere personer med nedsatt funksjonsevne eller helseproblemer. Siktemålet er at arbeidsgivernes holdninger skal endres, slik at de i større grad ser ressursene til disse gruppene og de muligheter som foreligger; i stedet for problemer og økonomiske risiki.⁷² Slike tiltak kan være praktisk viktige, men innebærer i liten utstrekning rettslig regulering. Grensen mellom rettslige og ikke-rettslige virkemidler er likevel flytende: Holdningskampanjer og opplysningstiltak kan også inneholde ikke-bindende regulering av en viss rettslig betydning, slik som retningslinjer og ”god skikk”-håndbøker.⁷³

Disse tre hovedformer for virkemidler kan anvendes hver for seg, men vil i praksis ofte kombineres: Forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming følges opp med opplysningstiltak om de ressurser personer med funksjonsnedsettelse innehar og økonomisk bistand til tilrettelegging.

⁷² Et eksempel på holdningskampanje er Trygdeetatens kampanje fra 2004, som satte søkelyset på arbeidsevnen til personer med redusert funksjonsevne, se Rehabiliteringsmagasinet BRIS 2005:1 s. 31. Holdningskampanjer som virkemiddel er også omtalt i NOU 2001: 22 s. 286.

⁷³ På internasjonalt plan kan her vises til ILOs Code of practice ”Managing Disability in the Workplace” fra 2002.

Avhandlingen vil i særlig grad fokusere på myndighetsvirkemidler i form av negativt sanksjonerte forbud og (tilhørende) handleplikter for arbeidsgiver, altså ”pisken”. Hovedbegrunnelsen for dette er mer prinsipiell enn praktisk: Særlig diskrimineringsvernet for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse innebærer en prinsipiell nyorientering med hensyn til virkemidlene som brukes for å styrke disse personenes muligheter og stilling i arbeidslivet.

3.2. Generelle og målrettede virkemidler.

En annen måte å gruppere tiltak på, vil være å skille mellom generelle og målrettede virkemidler. Generelle virkemidler omfatter alle arbeidstakere,⁷⁴ men kan i praksis ha større betydning for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Målrettede tiltak omfatter derimot bare personer med helseproblemer eller nedsatt funksjonsevne (av et visst omfang).

Eksempler på generelle virkemidler er folketrygdlovens bestemmelser om sykepengar, ftrl. kap. 8, som innebærer at det offentlige tar en stor del av den økonomiske risikoen ved arbeidstakers sykdom. Det alminnelige kravet til saklig grunn for oppsigelse, aml. § 15-7, stiller generelle krav til art og omfang av omstendigheter som kan begrunne oppsigelse eller utvelgelse ved oppsigelse. Videre setter aml. kap. 10 generelle grenser for arbeidstidens omfang.

De generelle standardene, for eksempel til maksimalgrenser for arbeidstid, er i utgangspunktet tilpasset gjennomsnittsarbeiderens behov. Arbeidsmiljøloven inneholder i tillegg krav som går ut over dette, hvor den *generelle* standarden skal være tilpasset grupper av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Blant annet skal standarden for arbeidsmiljøet, aml. § 4-1 første ledd, også ta hensyn til mer sårbare grupper,⁷⁵ se også rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 6 nr. 2 bokstav h om at ”kollektive vernetiltak skal prioriteres fremfor individuelle”.⁷⁶ Videre inneholder loven generelle krav om tilrettelegging av arbeidsutstyr mv. for ”arbeidstakere med funksjonshemming”, aml. § 4-1 fjerde ledd.

”Universell utforming” er et nytt begrep som brukes for å betegne generelle standarder som tar hensyn til at menneskers individuelle forutsetninger er forskjellige.⁷⁷ Dtgl. § 9 annet ledd definerer begrepet som ”utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig.” Et prinsipp om universell utforming går altså lenger enn å sikre tilgjengelighet; det krever inkluderende og ikke segregerte

⁷⁴ Eventuelt alle personer i en viss situasjon eller rolle.

⁷⁵ Se nærmere kap. III pkt. 2.5 og kap. VI pkt. 2.2.1.

⁷⁶ Rdir.89/391/EØF av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen. Prinsippet i art. 6 nr. 2 bokstav h kan gi støtte til en prioritet for f.eks. generelle tiltak for å få ned luftforurensning fremfor å omplassere en enkelt arbeidstaker med astma.

⁷⁷ Se bl.a. St.meld. nr. 40 (2002-2003) s. 6.

løsninger.⁷⁸ Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven vil innebære at det blir stilt krav til universell utforming av offentlig og privat virksomhet rettet mot *allmennheten*, men ikke for arbeidsgiver som sådan i forhold til sine arbeidstakere.⁷⁹ Kravene til generell tilrettelegging i arbeidsmiljøloven vil derfor ikke bli opphevd ved diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. En annen sak er at kravene til universell utforming av virksomhet rettet mot allmennheten, dtgl. § 9 tredje ledd og de skjerpede kravene til universell utforming av bygninger, dtgl. § 10 og plan- og bygningsloven av 2008,⁸⁰ også i praksis vil komme *arbeidstakere* i disse virksomheter og bygninger til gode. Det samme gjelder kravene til universell utforming av IKT-utstyr, dtgl. § 11.

Eksempler på *målrettede* tiltak er bestemmelsene om individuell tilrettelegging for arbeidssøkere og arbeidstakere med ”funksjonshemming”, aml. § 13-5, og for arbeidstakere med ”reduert arbeidsevne”, aml. § 4-6. Bare personer som oppfyller spesielle helse- eller funksjonsmessige kriterier har krav på slik tilrettelegging. Også individuelle arbeidstidsrettigheter stiller krav om en individuell helsemessig begrunnelse, se bl.a. aml. § 10-2 annet og fjerde ledd. Videre er forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i aml. kap. 13 et målrettet tiltak som i praksis bare gir vern for personer med nedsatt funksjonsevne av et visst omfang. Når folketrygdloven gir anledning til unntak fra den alminnelige arbeidsgiverperioden for personer med stor risiko for sykefravær, ftrl. § 8-20, er dette også et eksempel på et målrettet tiltak som tar sikte på å hindre utstøting.

Problemet med målrettede ordninger er at det i praksis er vanskelig å treffe målet. For eksempel er grensen mellom ”funksjonshemming”, hvor arbeidssøker og arbeidstaker er beskyttet mot diskriminering og kan kreve tilrettelegging, og mindre uttalte helse- eller funksjonsproblemer som kan falle utenfor særvernet, svært uklare. Utenlandske diskrimineringslover som Americans with Disabilities Act 1990⁸¹ og den britiske Disability Discrimination Act fra 1995⁸² har i praksis vist seg mindre effektive enn forventet på grunn av at domstolene har anvendt en snever tolkning av diskrimineringsgrunnlaget.⁸³

Generelle ordninger har den fordel – sett fra arbeidstakerside – at grensen mellom ”normaltilstand” og funksjonsnedsettelse/reduert arbeidsevne ikke kommer på spissen. Det er ikke nødvendig å påvise at en har spesifikke individuelle kjennetegn for å være omfattet av det generelle vernet. Det helsemessige spekter av befolkningen som kan delta på det ordinære arbeidsmarkedet

⁷⁸ Se NOU 2005: 8 bl.a. s. 186.

⁷⁹ Norges Blindforbund gikk i sin høringsuttalelse inn for at plikten til universell utforming også skulle omfatte arbeidsgivere, Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 132, men departementet tok ikke opp dette forslaget, se proposisjonen s. 143.

⁸⁰ Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen), 27. juni 2008 nr. 71.

⁸¹ Americans with Disabilities Act, 26. juli 1990, (ADA 1990).

⁸² Disability Discrimination Act 1995 c. 50, (DDA 1995).

⁸³ Se Felddblum 2000 og Woodhams og Corby 2003. Se også NOU 2005: 8 s. 115.

blir bredere og arbeidslivet holder lettere en ”livsløpsstandard” dersom de generelle standardene for arbeidsmiljøet og kravene til fysisk tilgjengelighet på arbeidsplassen er på et nivå som virker inkluderende. Videre er det en fordel at kostnadene med universell utforming/generell tilrettelegging ikke vil knytte seg til den enkelte arbeidssøker eller arbeidstaker med funksjonsnedsettelse. Er bygningen allerede tilgjengelig for rullestolbrukere som følge av generelle krav, vil det være vesentlig praktisk enklere for arbeidsgiver å ansette nye arbeidstakere som er avhengig av rullestol. Tar det offentlige store deler av regningen ved arbeidstakers sykdom, vil variasjoner i utsikten til sykefravær ha mindre økonomisk betydning for den enkelte virksomheten. Arbeidsgiver vil da ikke ha det samme økonomiske insentiv til å fravelge arbeidssøkere eller kvitte seg med arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Ulempen med generelle ordninger er i første rekke kostnadene for arbeidsgiverne og/eller samfunnet. En generell standard for arbeidsmiljøpåvirkning som tar hensyn til de arbeidstakere som tåler minst, vil selvsagt være mer kostbar for virksomhetene enn et krav om individuell tilrettelegging (omplussing e.l.) for personer med lav helsemessig toleranseterskel. Funksjonsnedsettelse og helseproblemer kan være av svært forskjellig karakter, og generell tilrettelegging/universell utforming synes mest aktuelt for større grupper med fysiske funksjonsnedsettelse (særlig syns-, hørsels- eller bevegelseshemmede). Generell tilrettelegging av arbeidsplassen for personer med mer sammensatte eller psykiske funksjonsnedsettelse vil ofte være praktisk umulig.⁸⁴ Her kan individuelle løsninger være både nødvendig og hensiktsmessig. En målrettet skjerming av arbeidstakere med forhøyet risiko for sykefravær vil videre være vesentlig billigere for folketrygden enn en nedkorting av arbeidsgiverperioden for alle arbeidstakere.

Så vel generelle som målrettede virkemidler nyttes i praksis med formål å styrke sysselsettingen for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer, og jeg vil ta opp begge typer virkemidler i avhandlingen.

4. Norsk lovregulering – oversikt og bakgrunn.

4.1. Utgangspunkt.

Avhandlingens emne er arbeidstakers vern mot utstøting og diskriminering på grunn av helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, og den arbeidsrettslige kontraktsvernreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen vil, som jeg har vært inne på, stå i sentrum for avhandlingen. Men også kravene til arbeidsmiljøet, individuelle arbeidstidsrettigheter, kravene til innhenting og

⁸⁴ Se nærmere Skjerdal i NOU 2005: 8 s. 311 flg. om universell utforming i forhold til ulike typer funksjonsnedsettelse.

behandling av helseopplysninger og den trygderettslige reguleringen av økonomiske tilskudd vil i praksis være av betydning for disse arbeidstakergruppene vern mot utstøting og diskriminering. Under gis en kort presentasjon av den norske lovreguleringen på området og bakgrunnen for denne.

4.2. Kontraktsvern.

Kontraktsvernreguleringens viktigste elementer er, som jeg har vært inne på, det alminnelige kravet om saklig grunn for oppsigelse, aml. § 15-7; særvernet mot oppsigelse under og på grunn av sykefravær, aml. § 15-8; samt kravet om individuell tilrettelegging for arbeidstakere med ”reduert arbeidsevne” i aml. § 4-6.

Aml. § 4-6 er en bestemmelse som ikke bare får betydning i en situasjon hvor det er aktuelt å bringe kontrakten til opphør. Den er plassert i arbeidsmiljøkapitlet for å markere at arbeidsgivers plikter går ut over det å hindre oppsigelse.⁸⁵ Samtidig er aml. § 4-6 svært sentral i en oppsigelsessituasjon og kan derfor sies å utgjøre en vesentlig bestanddel av kontraktsvernreguleringen i forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Den presenteres derfor så vel under dette pkt. som under pkt. 4.4. som gjelder arbeidsmiljøkrav og individuelle arbeidstidsrettigheter.

Den norske kontraktsvernreguleringen har utviklet seg over en relativt lang tidsperiode.⁸⁶ Fra arbeidervernloven av 1936⁸⁷ § 33 har en i Norge hatt et alminnelig krav om saklig grunnlag for oppsigelse. Arbeidervernloven av 1956⁸⁸ § 43 videreførte og utviklet dette saklighetskravet. I tillegg inneholdt loven et spesifikt forbud mot oppsigelse på grunn av sykefravær i en viss verneperiode, avl. 1956 § 44, og samme bestemmelse omfattet også en nokså vagt utformet plikt til tilrettelegging. I tiden frem mot arbeidsmiljøloven av 1977⁸⁹ – og ved denne loven – ble så vel det alminnelige oppsigelsesvernet som særvernet under sykefravær utbygget. Kravet om saklig grunn var hjemlet i aml. 1977 § 60 og oppsigelsesvernet ved sykefravær i aml. 1977 § 64.

Tilretteleggingsbestemmelsen ble i 1977-loven flyttet fra bestemmelsen om oppsigelsesvern ved sykdom til arbeidsmiljøkapitlet, og videre klart skjerpet, aml. 1977 § 13 nr. 2. Målgruppen var den gang arbeidstakere som var ”blitt hemmet i sitt yrke som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l., (...)”; i paragrafens overskrift omtalt som ”yrkeshemmede”. I 2003 ble bestemmelsen endret slik at den skulle omfatte arbeidstakere som ”har fått midlertidig eller varig redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje eller lignende”; i paragrafens nye overskrift kalt ”arbeidstakere med redusert arbeidsevne”.

⁸⁵ Se Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 66-70, særlig s. 69.

⁸⁶ Se nærmere om den historiske utviklingen av kontraktsvernet kap. III pkt. 3.

⁸⁷ Lov om arbeidervern, 19. juni 1936 nr. 8, avl. 1936.

⁸⁸ Lov om arbeidervern, 17. desember 1956 nr. 2, avl. 1956.

⁸⁹ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., 4. februar 1977 nr. 4, aml. 1977.

Arbeidsmiljøloven av 2005 viderefører i hovedsak det alminnelige oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven av 1977, aml. § 15-7. Oppsigelsesvernet ved sykefravær blir også videreført, og delvis utvidet i tid, aml. § 15-8. Tilretteleggingsbestemmelsen i aml. § 4-6 viderefører aml. § 13 nr. 2 slik denne lød etter endringen av 2003.

Det alminnelige kravet om saklig grunn for oppsigelse og det spesielle forbudet mot oppsigelse under sykefravær håndheves privatrettslig, ved at den enkelte arbeidstaker reiser sak for alminnelige domstoler, aml. kap. 17. Ved denne prøvingen tar domstolen prejudisielt stilling til om arbeidsgiver har oppfylt sine plikter til individuell tilrettelegging, aml. § 4-6.

Den tradisjonelle kontraktsvernreguleringen, herunder det særlige oppsigelsesvernet ved sykefravær, det generelle saklighetskravet til oppsigelse og pliktene til tilrettelegging overfor arbeidstakere med helseproblemer, gjelder parallelt med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, se nedenfor. Disse begrensningene i arbeidsgivers styringsrett og handlefrihet har stadig praktisk betydning for arbeidstakere med helseproblemer som ikke kan karakteriseres som "funksjonshemming" i aml. kap. 13s forstand, og kan også gi ekstra beskyttelse for gruppen som kan påberope seg diskrimineringsforbudene i kap. 13. Jeg vil derfor i avhandlingen legge stor vekt på det vern for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse og helseproblemer som kan følge av kontraktsvernreguleringen.

4.3. Diskrimineringsvern.

Vernet mot diskriminering av arbeidssøkere og arbeidstakere med "funksjonshemming" er av nyere dato i norsk rett. Først i 2001 ble det vedtatt et direkte forbud mot diskriminering av arbeidssøker med funksjonshemming.⁹⁰ Foranledningen var et privat lovforslag fra to stortingsrepresentanter,⁹¹ og forbudet var den gang hjemlet i dagjeldende aml. 1977 § 55A annet ledd. I 2004 ble det så vedtatt et nytt generelt likebehandlingskapittel i arbeidsmiljøloven av 1977, kap. XA om "Likebehandling i arbeidslivet".⁹² Kravet om likebehandling gjaldt heretter ikke bare ved ansettelse, men under hele arbeidsforholdet. Kapitlet bygde på det EF-rettslige sysselsetningsdirektivet fra 2000,⁹³ og er med små endringer videreført i arbeidsmiljøloven av 2005 kap. 13 om "Vern mot diskriminering". Aml. kap. 13 innebærer at det er forbudt å diskriminere mot arbeidssøker eller arbeidstaker på grunn av funksjonshemming. Arbeidsgiver pålegges videre å foreta individuell tilrettelegging i forhold til arbeidssøker og arbeidstaker med "funksjonshemming", aml. § 13-5.

⁹⁰ Endringslov til aml. 1977 av 4. mai 2001 nr. 15 (i kraft 1. juli 2001).

⁹¹ Dok. nr. 8:25 (1999-2000) fra Karin Andersen og Ole Gunnar Ballo.

⁹² Endringslov til aml. 1977 av 26. mars 2004 nr. 15 (i kraft 1. mai 2004).

⁹³ Rdir.2000/78/EF av 27. november 2000.

De plikter diskrimineringsvernreguleringen pålegger arbeidsgiver, så vel diskrimineringsforbudet som plikten til tilrettelegging, korresponderer med privatrettslige rettigheter for arbeidssøker/arbeidstaker. Brudd på diskrimineringsforbudene gir arbeidstaker krav som denne kan fremme for domstolene. For diskrimineringsvernbestemmelsene er det videre fra 1. januar 2006 etablert et eget håndhevingsapparat, Likestillings- og diskrimineringsombudet (heretter kalt Diskrimineringsombudet eller bare Ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (heretter kalt Diskrimineringsnemnda eller bare Nemnda).⁹⁴ Diskrimineringsombudet kan aksjonere av eget tiltak eller etter henvendelse fra (blant annet) arbeidstaker.⁹⁵

Forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming har, som jeg har vært inne på, betydelig prinsipiell interesse, ettersom det innebærer plikt og rett til likebehandling i arbeidsforhold for en gruppe som tidligere ikke har vært vernet av et diskrimineringsforbud etter norsk rett. At arbeidstakere med funksjonsnedsettelse omfattes av et diskrimineringsforbud innebærer en prinsipiell anerkjennelse av at denne gruppens problemer på arbeidsmarkedet kan være utslag av diskriminering. Videre er plikten og retten til individuell tilrettelegging som supplement til (og element i) diskrimineringsforbudet en prinsipielt viktig nyskaping også på likestillingsområdet; tilsvarende eksplisitte plikter og rettigheter følger ikke av forbudene mot diskriminering på grunn av for eksempel kjønn eller etnisitet. Endelig vil det være av prinsipiell betydning at arbeidsgiver her, i motsetning til etter aml. kap. 4 og 10, også er pålagt å tilrettelegge i forhold til arbeidssøker med funksjonsnedsettelse.

Den praktiske betydningen av et forbud mot diskriminering – om et slikt forbud kan forventes å gi et vesentlig bidrag til at flere personer med funksjonsnedsettelse får innpass på det ordinære arbeidsmarkedet – er mer usikker. Reell likebehandling av denne gruppen vil ofte forutsette individuell tilrettelegging av arbeidssituasjonen, og slik tilrettelegging kan være kostnads-krevende for arbeidsgiver. Når det gjelder personer med kroniske sykdommer (fysiske eller psykiske), kan arbeidsgiver være i tvil om disse vil utgjøre stabil arbeidskraft, og dermed ønske å sikre seg ved å fravelge disse. Arbeidsgiver kan altså, som jeg var inne på innledningsvis, ha til dels sterke økonomiske insentiver til å søke å omgå et forbud mot diskriminering. Det kan derfor være en relativt stor risiko for at et forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming blir ”symbollovgivning”; lovbestemmelser som anerkjenner gruppens prinsipielle likeverd, men som i praksis ikke bedrer deres muligheter på arbeidsmarkedet.

⁹⁴ Se lov av 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven), Idol., som trådte i kraft 1.1.2006. Ombudet og Nemnda håndhever en rekke ulike lover og diskrimineringsgrunnlag, se diskrimineringsombudsloven, Idol. § 1.

⁹⁵ Idol. § 3 fjerde ledd.

Håndhevingsmulighetene vil her være viktige: Er sannsynligheten liten for at overtredelse får konsekvenser, kan forbudet få liten praktisk betydning. Terskelen for rettssaker i arbeidsforhold er høy – særlig for arbeidssøkere og personer som er i et løpende arbeidsforhold. Terskelen for å henvende seg til et eget håndhevingsapparat, slik som Diskrimineringsombudet, vil sannsynligvis være lavere. I hvilken utstrekning ombudet kan fange opp sakene vil likevel avhenge av organets ressurser og kompetanse. Ut fra Ombudets og Nemndas bemanning og ressurser ellers virker det lite sannsynlig at disse vil kunne foreta omfattende utredninger av tilretteleggingsmuligheter i enkelt-saker.⁹⁶

Dersom et forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i praksis skal bidra til økt sysselsetting for denne gruppen, må en kombinere dette med økonomiske stimuli, særlig i form av dekning av kostnader ved individuell tilrettelegging. Det synes for tiden å være stor politisk vilje til å dekke slike ekstrakostnader.⁹⁷ Gitt at dette blir fulgt opp, ser jeg ikke risikoen for ”symbollovgivning” som noen avgjørende innvending mot å legge stor vekt på forbudet mot diskriminering i avhandlingen.

En sentral problemstilling i forhold til diskrimineringsforbudet vil være grensen mellom ulovlig vektlegging av ”funksjonshemming” og lovlig vektlegging av manglende kvalifikasjoner og redusert arbeidsevne. Videre, og i sammenheng med dette, vil omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter stå svært sentralt for avhandlingen.

Som nevnt vil diskrimineringsvernet for arbeidstakere bli endret når den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven trer i kraft 1. januar 2009. Loven synes likevel ikke å innebære store realitetsendringer på arbeidslivets område. Diskrimineringsgrunnlaget blir noe utvidet, men dette gjelder i liten grad persongruppen som faller inn under arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging. Håndhevingssystemet vil ikke bli endret. For videre detaljer viser jeg til avhandlingens enkelte deler og den generelle fremstillingen under kap. VIII pkt. 3.

4.4. Kravene til arbeidsmiljøet. Individuelle arbeidstidsrettigheter.

Arbeidsmiljøreguleringen har som primært formål å verne arbeidstakernes sikkerhet og helse; ikke deres sysselsetting eller suksess i arbeidslivet. Likevel vil de generelle og individuelle kravene til arbeidsmiljøet som følger av arbeidsmiljøreguleringen ofte være avgjørende for om arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer kan utføre arbeid på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. Kravene til det generelle og individuelle arbeidsmiljøet ligger derfor i bunn for så vel kontraktsvern som diskrimineringsvern.

⁹⁶ Ifølge Årsrapport fra Likestillings- og diskrimineringsombudet fra 2007 hadde Ombudet 41 ansatte. Ombudet skal bidra til gjennomføring av en rekke lover som forbyr diskriminering på flere ulike grunnlag.

⁹⁷ Se blant annet familie- kultur- og administrasjonskomitéens uttalelse i Innst. O. nr. 71 (2004-2005) s. 26.

Kravene til arbeidsmiljøet har historisk gjennomgått flere stadier, fra krav om utelukkelse av mer sårbare arbeidstakere fra sysselsetting via generelle standarder tilpasset en gjennomsnittlig mannlig heltidsarbeiders behov; til en generell standard for arbeidsmiljøet med utgangspunkt i at mennesker er forskjellige.⁹⁸ Arbeidsmiljøloven av 1977 var prinsipielt nyskapende ettersom den etablerte en generell standard for arbeidsmiljøet som også tok hensyn til mer sårbare arbeidstakers behov. Standarden er videreført i aml. § 4-1, hvor det i tillegg er innebygget en utviklingsstandard for arbeidsmiljøet, aml. § 4-1 første ledd annet pkt: Kravene til arbeidsmiljøet skal utvikles og forbedres i samsvar med samfunnsutviklingen.

Kravene til arbeidsmiljøet består blant annet av generelle krav om grenser for belastninger, aml. § 4-1 første ledd, og generelle krav om tilrettelegging for arbeidstakere med ”funksjonshemming”, aml. § 4-1 fjerde ledd. Videre inneholder arbeidsmiljøreguleringen krav om individuell tilrettelegging av arbeidet i forhold til den enkelte arbeidstakers (blant annet) helsemessige forutsetninger, aml. § 4-2 annet ledd bokstav b. Som nevnt under pkt. 4.2. er aml. § 4-6 om individuell tilrettelegging for arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne” også en del av arbeidsmiljøreguleringen.

I tillegg gir arbeidsmiljølovens kap. 10 om arbeidstiden arbeidstaker rett til individuell tilpasning av arbeidstiden på – blant annet – helsemessig grunnlag. Formålet er å gjøre det enklere for personer med helseproblemer å fastholde ansettelsen, uten at dette innebærer uforvarselige helsemessige belastninger. Arbeidstaker med helseproblemer kan på dette grunnlag ha rett til redusert arbeidstid, aml. § 10-2 fjerde ledd; fritak fra nattarbeid, aml. § 10-2 annet ledd og fritak fra arbeid ut over avtalt arbeidstid, aml. § 10-6 åttende ledd.

Håndhevingen av arbeidsmiljøreguleringen er i utgangspunktet offentligrettslig: De generelle kravene til arbeidsmiljøet, plikten til individuelle vernetiltak og plikten til generell tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonshemming kan håndheves av Arbeidstilsynet.⁹⁹ Videre vil kravene kunne håndheves kollektivarbeidsrettslig ved organisert vernesamarbeid på arbeidsplassen.¹⁰⁰ Tradisjonelt har de plikter som følger av arbeidsmiljøreguleringen ikke vært ansett å medføre individuelle rettigheter for den enkelte arbeidstaker, men det er en utvikling mot at arbeidsmiljøkravene også inngår som kontraktsplikter.¹⁰¹

Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6 er underlagt en mer komplisert håndhevingsprosess. Så vel Arbeidstilsynet som NAV og det organiserte arbeidsmiljøsamrådet på den enkelte virksomhet er, eller kan være, involvert i gjennomføringen. Ingen av disse har likevel kompetanse til å pålegge arbeidsgiver å gjennomføre individuelle tilretteleggingstiltak etter

⁹⁸ Se nærmere om den historiske utviklingen av kravene til arbeidsmiljøet under kap. III pkt. 2.

⁹⁹ Se aml. § 18-6 første ledd (pålegg) og § 18-9 om samtykke ved oppføring av bygning mv.

¹⁰⁰ Se bl.a. aml. kap. 6 og 7.

¹⁰¹ Se nærmere Rt. 1997 s. 1506 Stryn Apotek.

bestemmelsen i aml. § 4-6. Den enkelte arbeidstaker har videre få formelle rettigheter i denne prosessen og i praksis dårlige muligheter til å få gjennomført tilrettelegging mens arbeidsforholdet består. Antakelig vil arbeidstaker etter bestemmelsen ha et direkte krav på tilrettelegging, som denne i prinsippet kan kreve gjennomført ved domstolene.¹⁰² En slik gjennomføringsprosedyre er imidlertid tids- og ressurskrevende, og derfor i regelen upraktisk.

Bestemmelser om individuelle arbeidstidsrettigheter på helsemessig grunnlag innebærer klart rettigheter for den enkelte arbeidstaker. Her foreligger en enklere gjennomføringsprosedyre: Disse sakene behandles av en særlig tvisteløsningsnemnd for arbeidstidsrettigheter, aml. § 10-13.¹⁰³ Krav om arbeidstidstilpasning kan også behandles av domstolene, men først etter at saken har vært tatt opp i tvisteløsningsnemnda, aml. § 17-2 annet ledd.

I avhandlingen tar jeg opp arbeidsmiljøreguleringen i den utstrekning den har vesentlig og direkte betydning for de aktuelle arbeidstakergruppene vern mot utstøting. Jeg tar også opp individuelle arbeidstidsrettigheter som tilretteleggingstiltak.

4.5. Restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger.

Videre setter lovgivningen skranker for arbeidsgivers adgang til innhenting og behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold. Disse skranker bidrar i praksis til, og vil dels også ha som formål å, verne mot utstøting og diskriminering på grunnlag av helseproblemer og funksjonsnedsettelse.

Bioteknologiloven¹⁰⁴ § 5-8, sammenholdt med § 5-1, inneholder et absolutt forbud mot bruk mv. av opplysninger om *genetisk risiko* for fremtidig sykdom som er fremkommet ved visse bestemte undersøkelsesmetoder. Forbudet får også anvendelse i arbeidsforhold. Ifølge bioteknologiloven § 1-1 annet, jfr. første ledd, er et formål med loven å hindre at medisinsk bruk av bioteknologi fører til diskriminering på grunnlag av arveanlegg.

Aml. § 9-3 forbyr innhenting av andre helseopplysninger ved ansettelse enn de som er ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.” Aml. § 9-4 regulerer når arbeidsgiver kan kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere. I forarbeidene til bestemmelsene er uttalt at ”formålet med en slik regulering vil være å hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet. Spørsmålet har således nær sammenheng med den særlige reguleringen om vern mot diskriminering i arbeidslivet (...).”¹⁰⁵

¹⁰² Se Rt. 1997 s. 1506 Stryn Apotek og kap. VI pkt. 2.4.4.5.

¹⁰³ Etter aml. 1977 hadde Arbeidstilsynet en noenlunde tilsvarende rolle som tvisteløsningsinstans etter aml. 1977 § 46A sjette ledd.

¹⁰⁴ Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) av 5. desember 2003 nr. 100, i kraft 1. januar 2005. Loven avløser den tidligere bioteknologiloven av 5. august 1994 nr. 56.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

Bestemmelsene må videre ses i sammenheng med personopplysningslovens¹⁰⁶ materielle krav til *behandling* av helseopplysninger, særlig popplyl. § 8 bokstav f om ”berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.” I forarbeidene til aml. kap. 9 er lagt til grunn at tolkingen av standarden for når et kontrolltiltak er legitimt etter aml. kap. 9 og standarden for når opplysningene kan behandles etter personopplysningsloven, skal harmoniseres.¹⁰⁷

Håndhevingen av disse restriksjoner for behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold varierer med den enkelte lov. Brudd på restriksjonene er i prinsippet straffbart etter så vel bioteknologiloven¹⁰⁸ som arbeidsmiljøloven,¹⁰⁹ men straffansvar synes lite praktisk. Verken Bioteknologinemnda eller Arbeidstilsynet har kompetanse til å gi pålegg i forhold til arbeidsgiver ved brudd på forbudene.¹¹⁰ Arbeidssøker eller arbeidstaker som mener seg krenket vil derfor i utgangspunktet være henvist til å kreve erstatning ved alminnelige domstoler. Verken bioteknologiloven eller arbeidsmiljøloven inneholder noen hjemmel for oppreisning for ikke-økonomisk tap, noe som kan begrense forbudenes praktiske betydning. Imidlertid vil brudd på ovennevnte restriksjoner for innhenting/bruk mv. ofte¹¹¹ også innebære brudd på personopplysningslovens restriksjoner for *behandling* av personopplysninger. Dette innebærer at personopplysningslovens håndhevingsystem kommer til anvendelse, se bl.a. popplyl. §§ 31 og 33 om melde- og konsesjonsplikt; § 46 om pålegg om at ulovlig behandling av personopplysninger opphører og § 49 om erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap.

Hvor stor praktisk betydning ovennevnte bestemmelser har for vernet mot utstøting og diskriminering, er vanskelig å vurdere. Generelt er restriksjoner for kommunikasjon av opplysninger vanskelig å håndheve, ettersom mye av informasjonsflyten i et arbeidsforhold er uformell. Reguleringen kan likevel ha en viss praktisk betydning, særlig som vern mot usaklig vektlegging av helsetilstand/funksjonsnedsettelse ved ansettelse. I avhandlingen vil jeg derfor ta opp ovennevnte restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger relativt inngående.

¹⁰⁶ Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven), 14. april 2000 nr. 31. Loven gjennomfører det EF-rettslige personverndirektivet, europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹⁰⁸ Bioteknologiloven § 7-5.

¹⁰⁹ Aml. § 19-1 første ledd.

¹¹⁰ Se motsetningsvis bioteknologiloven § 7-3 og aml. § 18-6 første ledd.

¹¹¹ Men ikke alltid, se popplyl. § 3 første ledd og nedenfor under kap. IV pkt. 3.2.5.

4.6. Trygderettslig og arbeidsmarkedsrettslig regulering.

Endelig vil trygde- og arbeidsmarkedsrettslig regulering fastsette vilkår for praktisk hjelp og økonomiske tilskudd til arbeidsgiver som tar inn eller beholder arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Tilskudd til konkrete tilretteleggingstiltak på arbeidsplassen kan gis i medhold av folketrygdloven,¹¹² se bl.a. ftrl. § 10-5 med forskrifter,¹¹³ og arbeidsmarkedsreguleringen, arbeidsmarkedsloven av 2004¹¹⁴ kapittel 5 med forskrifter.¹¹⁵

Videre inneholder så vel arbeidsmarkedsreguleringen som den trygderettslige reguleringen ordninger for tilskudd til dekning av lønnskostnader for arbeidstakere som utfører arbeid, men med redusert produktivitet. Blant annet kan det gis lønnstilskudd til arbeidsgiver som ansetter yrkeshemmet arbeidstaker.¹¹⁶ En annen form for lønnstilskudd er at folketrygden betaler sykepengers arbeidstaker er under aktivisering hos egen arbeidsgiver, ftrl. § 8-6 tredje ledd.

Gradert sykmelding, ftrl. § 8-13, og andre graderte ytelser ved delvis arbeidsuførhet¹¹⁷ innebærer ikke noen tilsvarende direkte subsidiering av arbeidsgiver. Arbeidsgiver betaler for perioder hvor arbeidstaker faktisk utfører arbeid, mens arbeidstaker får dekket deler av sitt livsopphold fra andre kilder. Slike ordninger er likevel av betydning for utstøttingsvernet fordi de kan gjøre det praktisk enklere for personer med helseproblemer å fastholde ansettelsen.

I tillegg vil omfanget av arbeidsgivers plikt til å betale arbeidstaker sykepengers under sykefravær – ”arbeidsgiverperioden” – ha stor betydning for hvilken konkret økonomisk belastning det innebærer å ha ansatte med økt risiko for sykefravær. Etter gjeldende regler betaler arbeidsgiver sykepengers med 100 % av lønn for de første 16 dager, ftrl. § 8-19 første ledd. Omfanget av denne plikten vil selvsagt også påvirke arbeidsgivernes evne og villighet til å ansette og beholde personer med kroniske sykdommer.¹¹⁸

Hvilken praktisk og økonomisk byrde det innebærer for arbeidsgiver å tilrettelegge, vil ha direkte rettslig betydning for omfanget av hans plikter etter så vel aml. § 4-6 som etter aml. § 13-5, og dermed for arbeidstakers vern etter kontraktsvern- og diskrimineringsvernreguleringen.

¹¹² Lov om folketrygd (folketrygdloven), 28. februar 1997 nr. 19.

¹¹³ For eksempel forskrift om stønad til hjelpemidler mv. til bedring av funksjonsevnen i arbeidslivet og i dagliglivet og til ombygging av maskiner på arbeidsplassen av 3. august 2005 nr. 843.

¹¹⁴ Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven), 10. desember 2004 nr. 76.

¹¹⁵ For eksempel forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember 2001 nr. 1544.

¹¹⁶ Forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember 2001 nr. 1544, med hjemmel i lov om arbeidsmarkeds-tjenester av 2004 kap. 2.

¹¹⁷ Se bl.a. ftrl. § 10-12 annet og tredje ledd og ftrl. § 12-11.

¹¹⁸ Skjermingsordninger for grupper med forhøyet risiko for sykefravær, ftrl. § 8-20 første ledd, kan i en viss utstrekning mildne ”utstøttingsvirkningen” av en generell arbeidsgiverperiode.

Den trygde- og arbeidsmarkedsrettslige reguleringen som hjemler vilkårene for økonomiske ytelser i forbindelse med sykdom eller funksjonshemming er svært praktisk viktig i forhold til de grupper avhandlingen omhandler, men den er også detaljert og utsatt for hyppige endringer. Jeg tar ikke sikte på å redegjøre i detalj for disse bestemmelse i avhandlingen. De utgjør et likevel praktisk viktig bakteppe for den arbeidsrettslige reguleringen, og vil bli presentert i denne forbindelse.

5. Avtaleverket om inkluderende arbeidsliv.

Et praktisk svært viktig tiltak for å verne mot utstøting på grunn av helseproblemer og styrke sysselsettingen for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse er avtaleverket om inkluderende arbeidsliv. Dette er ikke direkte lovregulert, men samvirker i praksis med lov- og forskriftsfestede ordninger, særlig plikten til å tilrettelegge for arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne” etter aml. § 4-6, samt forskrifter om økonomiske tilskudd til tilretteleggingstiltak.

”Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv” ble første gang inngått 3. oktober 2001, mellom regjeringen og partene i arbeidslivet.¹¹⁹ Avtalen ble fornyet 14. desember 2005 og någjeldende avtale gjelder fra 1. januar 2006 til 31. desember 2009.¹²⁰ Intensjonsavtalens delmål 1 er å redusere sykefraværet, blant annet for å unngå utstøting. Delmål 2 er å rekruttere flere personer med nedsatt funksjonsevne.¹²¹ En virksomhet kan velge å inngå ”Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv” med Arbeids- og velferdsetaten¹²² og får da nytte godt av flere offentlige tilskudd og støtteordninger enn virksomheter som står utenfor dette avtaleverket.¹²³ I fjerde kvartal 2007 arbeidet 55,4 % av de sysselsatte i virksomheter som hadde inngått ”Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv.”¹²⁴

I avhandlingen tar jeg ikke sikte på å gi noen generell fremstilling av ulike tiltak og ordninger som inngår som del av avtaleverket om inkluderende arbeidsliv. En avhandling som tar for seg arbeidstakernes vern mot utstøting og diskriminering uten å komme inn på dette avtaleverket, ville imidlertid bli ufullstendig. Jeg vil komme inn på dette avtaleverket særlig i forbindelse med fremstillingen av gjennomføring av plikten til individuell tilrettelegging, kap. VI pkt. 2.4.4.

¹¹⁹ Se vedlegg nr. 1 til St.prp nr. 1 Tillegg nr. 1 (2001-2002).

¹²⁰ Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv 2006-2009.

¹²¹ Se bl.a. Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv 2006-2009, tillegg av 6. juni 2006.

¹²² Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv, standardavtale som inngås mellom virksomheten og Arbeids- og velferdsetaten. Se Arbeids- og velferdsetatens internetthjemmesider.

¹²³ Blant annet tilretteleggingstilskudd og honorar til bedriftshelsetjeneste. En oversikt over Arbeids- og velferdsetatens virkemidler (både i og utenfor IA-virksomheter) gis i brosjyren Virkemidler for et mer inkluderende arbeidsliv, Nav 2008.

¹²⁴ Kilde: Arbeids- og velferdsetatens statistikker på nav.no.

6. Overordnede hensyn bak reguleringene.

6.1. Innledning.

Å øke deltakelsen og å styrke rettsstillingen på arbeidsmarkedet for grupper med redusert helsetilstand eller funksjonsnedsettelse anses ønskelig ut fra visse overordnede hensyn. Hensynene kan knytte seg til den enkelte arbeidstaker med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer (for eksempel individets frihet), eller til samfunnet som fellesskap (for eksempel mangfold og rettferdighet som grunnleggende samfunnsmessige verdier). Hensynene kan videre være av økonomisk eller ideell karakter. Å forstå hvilke hensyn som ligger bak reguleringene er viktig både for å forstå innholdet av reglene og for å vurdere om disse er hensiktsmessige for å fremme de overordnede hensyn. Under følgende punkter vil jeg derfor gjennomgå de viktigste overordnede hensyn som ligger bak de reguleringer avhandlingen tar opp til drøftelse.

6.2. Rettferdighet

Det viktigste overordnede hensyn bak reguleringer med formål å fremme like muligheter på arbeidsmarkedet vil være *rettferdighet* i vid betydning. Det oppfattes som rettferdig at alle som har evne til og ønske om å utføre et arbeid på det ordinære arbeidsmarkedet, også får muligheter for dette. Stengsler i form av holdningsmessige, fysiske og organisatoriske barrierer vil oppfattes som urettferdig i forhold til grupper og enkeltpersoner som rammes.

Et krav om likebehandling og like muligheter på arbeidsmarkedet er i første rekke begrunnet ut fra et prinsipp om fordelingsrettferdighet.¹²⁵ Dette bygger igjen på at muligheten for deltakelse på arbeidsmarkedet anses som et gode for den enkelte.¹²⁶ Fordelingsrettferdighet tilsier da at den enkelte distributør (her offentlige og private arbeidsgivere) pålegges plikt til rettferdig fordeling av de goder (her muligheter til å oppnå eller beholde en arbeidskontrakt samt fordeler i arbeidsforholdet) som han besitter.

Et prinsipp om fordelingsrettferdighet kan blant annet tilsi at alle gis lik eller forholdsmessig del av et begrenset gode. Herunder kan fordelingsrettferdighet blant annet begrunne krav om likelønn. Ved valg mellom flere søkere til en stilling eller flere arbeidstakere i en nedbemanningsprosess vil det derimot ikke være praktisk at alle får lik eller forholdsmessig andel av det distribuerte godet. Et krav om fordelingsrettferdighet i en tilsettings- eller nedbemanningsprosess må da konkretiseres på annen måte; ved at det stilles kvalitetskrav til kriteriene for utvelgelsen. Relevante

¹²⁵ Om begrepet fordelingsrettferdighet se Eckhoff 1971 s. 37 flg..

¹²⁶ Synet på arbeid som et gode kommer blant annet til uttrykk i Grunnloven § 110 første ledd og bestemmelsene om "rett til arbeid" i folkerettens sosiale konvensjoner, bl.a. FN-ØSK art. 6 og ESP 1996 part I prinsipp 1 og part II art. 1.

– og rettferdige – kriterier for utvelgelsen kan for eksempel være søkerens kvalifikasjoner,¹²⁷ og i en nedbemanningssituasjon også ansiennitet. Spesielle egenskaper eller kjennetegn ved ”mottakerne” bør derimot ikke få betydning med mindre disse særtrekk innvirker på evnen til eller muligheten for å utføre arbeidet.

Et prinsipp om fordelingsrettferdighet anvendt i arbeidsretten innebærer altså at det stilles krav om rettferdig eller lik behandling av forskjellige arbeidstakere. Men det sier ikke nødvendigvis hva slik rettferdig eller lik behandling nærmere innebærer. Vi kan konkretisere prinsippet i tre former eller stadier for lik behandling: Formell likebehandling, like muligheter og resultatlikhet.¹²⁸

Formell likebehandling innebærer at alle arbeidssøkere eller arbeidstakere – med eller uten funksjonsnedsettelse – skal bedømmes etter samme norm når de konkurrerer om et gode. Arbeidsgiver skal for eksempel ikke kunne forbigå en bedre kvalifisert søker ved ansettelse fordi han føler ubehag ved å forholde seg til personer med fysiske avvik. Et krav om formell likebehandling vil derimot ikke i seg selv hindre beslutninger til ulempe for personer med funksjonsnedsettelse som er begrunnet i manglende generell tilrettelegging av arbeidsplassen eller at arbeidstaker trenger individuell tilpasning for å utføre arbeidsoppgavene. Et slikt krav hindrer heller ikke at arbeidsgiver stiller unødvendig strenge krav til alle arbeidssøkere når det for eksempel gjelder fysisk eller psykisk funksjonsevne. En regel som bare påbyr formell likebehandling vil med andre ord ikke ta hensyn til menneskelig variasjon. Ofte vil den generelle og formelt nøytrale normen som anvendes overfor alle arbeidstakere være tilpasset flertallets forutsetninger, slik at personer som tilhører minoritetsgrupper på ulik måte kan komme dårligere ut.

Et krav om *like muligheter* innebærer et skritt videre: Her tas hensyn til at mennesker er forskjellige og stiller med ulike individuelle forutsetninger/rammes forskjellig av omgivelsenes innretning.

Like muligheter for mennesker med funksjonsnedsettelse kan fremmes på flere måter:

Et forbud mot indirekte diskriminering tar hensyn til at mennesker stiller med ulike forutsetninger: Formelt lik praksis og formelt like vilkår kan i realiteten få diskriminerende virkning for bestemte minoritetsgrupper. For eksempel vil et generelt krav om god skriftlig språkbeherskelse i praksis stille arbeidssøkere som er dyslektikere dårligere enn arbeidssøkere uten denne funksjonsnedsettelsen. Skal dyslektikere ha reelt like muligheter må kravene endres – generelt eller i forhold til denne gruppen.

¹²⁷ Se Eckhoff 1971 s. 46, om ”skikkethet” som kriterium ved fordelingsrettferdighet.

¹²⁸ Se nærmere om disse former anvendt i forhold til personer med funksjonsnedsettelse Waddington 1995 s. 60-66. Se også utredning fra det danske Institut for Menneskerettigheder, Kofod Olsen m. fl. (red.) 2005 s. 113-114. Utredningen opererer med ”formel lighet”, ”substantiel lighet” og ”resultatlighet”, hvor ”substantiel lighet” synes å tilsvare det jeg her kaller ”like muligheter”.

Videre kan like muligheter fremmes ved tiltak for å tilpasse omgivelsene eller arbeidsvilkårene til grupper eller individer med nedsatt funksjonsevne.

Generell tilrettelegging og ”universell utforming”¹²⁹ innebærer at det tas hensyn til variasjoner i menneskers funksjonsevne ved den generelle utforming av arbeidsplassen og arbeidsutstyret. For eksempel kan generelle krav til at arbeidsplassen skal være fysisk tilgjengelig også for orienterings- og bevegelsehemmede være nødvendig og hensiktsmessig for å fremme reelt like muligheter for disse gruppene.

Mens generell tilrettelegging innebærer tilpasning til grupper, vil individuell tilrettelegging innebære tilpasning til individets konkrete funksjonsnedsettelse. Spesialtilpasset arbeidsutstyr kan bidra til like muligheter for arbeidstakere med fysiske funksjonsnedsettelser og individuelle arbeidstidsordninger kan, i hvert fall i en viss utstrekning, sikre reelt like muligheter for arbeidstakere med kroniske sykdommer.

Resultatlikhet for personer med funksjonsnedsettelser på arbeidsmarkedet vil innebære at andelen av personer med funksjonsnedsettelser i arbeidslivet/på den enkelte arbeidsplass noenlunde tilsvarer andelen av (arbeidsføre) personer med funksjonsnedsettelser i samfunnet. Resultatlikhet setter altså likhet mellom grupper i sentrum.¹³⁰ Som vist under pkt. 2 har personer med funksjonsnedsettelser i dag en vesentlig lavere yrkesdeltakelse enn personer uten funksjonsnedsettelser. Resultatlikhet kan da fremmes ved at en arbeidsgiver i en konkret situasjon behandler arbeidssøkere eller arbeidstakere med funksjonsnedsettelser *bedre* enn arbeidssøkere eller arbeidstakere uten funksjonsnedsettelser.¹³¹ En arbeidssøker med funksjonsnedsettelse kan for eksempel bli ansatt til tross for at hun har dårligere kvalifikasjoner enn en søker uten funksjonsnedsettelse,¹³² eller arbeidsgiver kan velge å beholde en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse i en nedbemanningssituasjon til tross for dårligere kvalifikasjoner eller kortere ansiennitet. Videre kan resultatlikhet i forhold til sysselsetting fremmes ved ulike former for kvotesystemer.

Det vil selvsagt være flytende overganger mellom disse former for likebehandling. Tiltak for å kompensere for konkrete ulemper som følge av funksjonsnedsettelsen kan fremme så vel reelt like muligheter som resultatlikhet.

For eksempel vil Waddington (1995) inkludere i en ”like muligheter”-modell at arbeidsgiver tar hensyn til at personen med funksjonsnedsettelse på grunn av tidligere diskriminering ikke har

¹²⁹ Se om begrepet ovenfor under pkt. 3.2.

¹³⁰ Se nærmere Kofod Olsen m. fl. (red.) 2005 s. 113.

¹³¹ Waddington 1995 s. 64 legger til grunn at resultatlikhet anvendt i forhold til funksjonshemmede forutsetter at en ikke bare kompenserer for miljøets innvirkning på muligheten for å utføre et arbeid, men at det også kompenseres for konsekvensene av den individuelle tilstand.

¹³² Se for eksempel tjenestemannsforskriften § 9 annet ledd: ”Dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, kan slik søker tilsettes selv om det finnes bedre kvalifiserte søkere til stillingen.”

oppnådd samme kvalifikasjoner som vedkommende ville ha hatt uten funksjonsnedsettelsen. Også kompensatoriske tiltak fra det offentlige, for eksempel økonomiske tilskudd for å dekke konkrete kostnader i forbindelse med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse, kan ifølge Waddington være nødvendig for å fremme like muligheter.¹³³

Et grensetilfelle mellom tiltak for å fremme ”like muligheter” og tiltak for å fremme ”resultatlikhet” kan være at en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse anses likt kvalifisert med en annen søker, til tross for at det er visse av stillingens arbeidsoppgaver vedkommende som følge av funksjonsnedsettelsen ikke kan utføre: Å fordele enkelte av stillingens arbeidsoppgaver – for eksempel slike som krever fysisk styrke – til andre arbeidstakere, kan på den ene side ses på som et individuelt tilretteleggingstiltak. Det vil da sikre reelt like muligheter. På den annen side kan en også se evnen til å utføre (alle) stillingens arbeidsoppgaver som en relevant kvalifikasjon. Fra en slik synsvinkel vil likebehandling av en person med funksjonsnedsettelse som (bare) kan utføre stillingens vesentligste arbeidsoppgaver, anses som positiv særbehandling. Den generelle oppfatning etter gjeldende rett synes her å være at slike beslutninger ikke anses som positiv særbehandling, men at omfordeling av arbeidsoppgaver i en konkret stilling vil være et individuelt tilretteleggingstiltak som sikrer reelt like muligheter.¹³⁴

Kort oppsummert kan diskrimineringsvernreguleringen sies å fremme fordelingsrettferdighet i arbeidsforhold så vel i form av formell likhet (forbud mot direkte diskriminering), like muligheter (forbud mot indirekte diskriminering og plikt til tilrettelegging) som resultatlikhet (positiv særbehandling). Kontraksvernreguleringen fremmer også formell likhet (saklighetskrav i form av forbud mot utenforliggende hensyn), og like muligheter (tilretteleggingsplikt for arbeidstaker med ”reduisert arbeidsevne”).¹³⁵

Syse-utvalgets innstilling NOU 2005: 8 anser ”likeverd” som det grunnleggende hensyn i forhold til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Likeverd for mennesker med funksjonsnedsettelser forutsetter ”fravær av diskriminering, tilgjengelighet og et system av kompenserende individuelle rettigheter og ordninger”.¹³⁶ Alle disse elementer inngår prinsipielt i det brede fordelingsrettferdighetshensynet som er utledet ovenfor.

Rettferdighet kan videre også forstås som *likevektsrettferdighet*.¹³⁷ Dette innebærer krav om rettferdighet i en byttesituasjon. Likevektsrettferdighet ved utveksling av ytelser i et individuelt arbeidsforhold tilsier at det bør være balanse mellom arbeidsgivers og arbeidstakers ytelser.

¹³³ Waddington 1995 s. 62-63.

¹³⁴ Se nærmere nedenfor under kap. IV pkt. 3.3, særlig pkt. 3.3.2.5.

¹³⁵ Det kan diskuteres om kontraksvernreguleringen også fremmer resultatlikhet, ettersom arbeidsgiver faktisk er pålagt å ta sosiale hensyn til oppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold. Formålet med denne plikten er likevel ikke å fremme likhet mellom grupper, men å avverge spesielle ulemper for den enkelte arbeidstaker.

¹³⁶ NOU 2005: 8 s. 36.

¹³⁷ Se om Eckhoff 1971 bl.a. s. 38 om likevektsrettferdighet i en situasjon med utveksling av ytelser mellom to parter.

Det er ikke noen nødvendig motsetning mellom likevektsrettferdighet og krav om *formell* likebehandling i arbeidsforhold. Formell likebehandling innebærer bare at særlige kjennetegn ved personen ikke skal tillegges betydning så lenge de ikke har betydning for utførelsen av arbeidet. Krav om saklighet og formell likebehandling vil likevel ha som konsekvens at det blir praktisk vanskeligere for arbeidsgiver å variere lønn og arbeidsvilkår ut fra den enkelte arbeidstakers ytelse. Arbeidsgiver må for eksempel være i stand til å begrunne en forskjell i lønns- og arbeidsvilkår med argumenter som er uavhengig av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse. De administrative kostnadene med å begrunne en lønnsforskjell kan i seg selv bidra til at arbeidsgiver velger å benytte standardiserte og etterprøvbare kriterier ved lønnsfastsettelsen.

Et krav om *like muligheter* eller *resultatlikhet* vil derimot kunne bringe det konkrete bytteforholdet ut av balanse. Et likevektsrettferdighetsprinsipp kan tilsi at arbeidsgiver bør ha anledning til å legge vekt på kostnader med individuell tilrettelegging for en funksjonshemmet arbeidstaker, eller variasjoner i produktivitet som har forbindelse med helsetilstand. Likevektsrettferdighet vil derfor ikke nødvendigvis være til gunst for de arbeidstakergrupper avhandlingen omhandler.

6.3. Frihet.

”Frihet” er et begrep som nyttes i mange ulike betydninger. En betydning av begrepet kan være fravær av offentlige inngrep. En person med funksjonsnedsettelse vil etter dette være fri til å velge ulike arbeid eller yrker så lenge det ikke foreligger formelle krav til helsetilstand eller funksjonsevne for å kunne oppnå et slikt arbeid.¹³⁸

I forhold til de grupper avhandlingen omhandler, er imidlertid ikke slik formell valgfrihet tilstrekkelig. Det er også nødvendig for at det foreligger reelle muligheter for faktisk deltakelse. Diskrimineringsforbud rettet mot arbeidsgiver kan fremme reelle valgmuligheter og dermed reell *valgfrihet* på arbeidsmarkedet for den enkelte arbeidstaker med funksjonsnedsettelse.

Deltakelse på arbeidsmarkedet kan videre innebære *økonomisk frihet* for den enkelte person med funksjonsnedsettelse; herunder frihet fra fattigdom. Statistiske undersøkelser viser at mange personer med funksjonsnedsettelse som lever av trygdeytelser ligger like over fattigdomsgrensen. I tillegg kan de ha spesielle økonomiske problemer på grunn av merutgifter i forbindelse med

¹³⁸ Økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettskonvensjonsbestemmelser pålegger statene å respektere arbeidstakernes frihet til å *velge* arbeidsforhold, se FN-ØSK art. 6 nr. 1 og ESP (rev.) art. 1 nr. 1. Dette gjelder også FN-PF 2006 art. 27 nr. 1 hvor det heter at retten til arbeid omfatter ”the right to the opportunity to gain a living by work freely chosen or accepted”. Tolket i sammenheng med et forbud mot diskriminering må bestemmelsene også innebære et hinder for offentlig fastsatte helsekrav som ikke er tilstrekkelig saklig begrunnet.

funksjonsnedsettelsen.¹³⁹ Deltakelse i lønnet arbeid kan for den enkelte bety frihet i form av økt økonomisk spillerom, lettere tilgang til boligmarked o.l.

I tillegg til økonomisk frihet vil deltakelse på det ordinære arbeidsmarkedet fremme frihet i form av *selvrealisering* og deltakelse. Arbeidet som arena for mestring og selvrealisering fremheves ofte av personer med funksjonsnedsettelse som like viktig som den økonomiske uttellingen. ”Det har vært en beruselse å klare å jobbe”, uttaler en krykkebrukende lærer ifølge Manneråk-utvalgets innstilling.¹⁴⁰ Ifølge økonomen Richard Layard er deltakelse på arbeidsmarkedet en av syv viktige faktorer som bestemmer befolkningens selvrapporterte lykkfølelse.¹⁴¹ Selv om det selvsagt kan stilles spørsmål ved en slik kvantifisering av ulike ”lykke-faktorer”, er det ingen tvil om at det å være utenfor arbeidsmarkedet kan ha vesentlige negative konsekvenser for personlig velbefinnende: Mange undersøkelser tyder på at personer som står utenfor arbeidsmarkedet har dårligere psykisk helse enn personer som deltar.¹⁴²

Frihet kan videre innebære *bevegelsesfrihet*. Fjerning av fysiske barrierer på arbeidsplassen og i samfunnet ellers kan være nødvendig for å sikre bevegelsesfrihet også for orienterings- og bevegelseshemmede. Dessuten kan deltakelse i arbeid i seg selv innebære økt bevegelsesfrihet for den enkelte, for eksempel ved at personer som er i arbeid får økonomisk støtte til tilrettede arbeidsreiser. Tilgjengelighet, som Syse-utvalget fremhever som en vesentlig verdi,¹⁴³ fremmer også bevegelsesfrihet for personer med funksjonsnedsettelse.

Arbeidsgivers valg- og handlefrihet blir derimot begrenset gjennom forbud og påbud som tar sikte på å verne utsatte grupper mot utstøting. Påbud om generell og individuell tilrettelegging medfører handleplikter og kostnader for arbeidsgiver, som igjen kan begrense virksomhetens økonomiske handlefrihet. Forbud mot diskriminering i arbeidsforhold og mot usaklig oppsigelse vil innebære begrensninger i arbeidsgivers frihet til å treffe beslutninger ved ansettelse, under arbeidsforholdet og ved opphør. Risikoen for overprøving av beslutninger kan videre byråkratisere beslutningsprosessen, og kan også føre til usikkerhet og manglende handlekraft.

6.4. Mangfold.

I mange sammenhenger blir mangfold eller diversitet i arbeidslivet fremhevet som en egenverdi. Dette har særlig vært brukt som argument for at arbeidsgivere bør ha en etnisk sammensatt

¹³⁹ Se St.meld. nr. 6 (2002-2003) Tiltaksplan mot fattigdom s. 17 flg. Se også Handlingsplan mot fattigdom, Vedlegg til St.prp. nr. 1 (2006-2007) – Statsbudsjettet 2007, s. 8.

¹⁴⁰ NOU 2001: 22 s. 181.

¹⁴¹ Layard 2005, bl.a. s. 67-68 og s. 172-176.

¹⁴² Se bl.a. Schafft og Spjelkavik 2006.

¹⁴³ NOU 2005: 8 s. 40-41.

arbeidsstyrke.¹⁴⁴ Den bakenforliggende begrunnelse er at arbeidstakere med forskjellig etnisk og kulturell bakgrunn bidrar til å tilføre arbeidslivet forskjellige erfaringer og kompetanser. Også i forhold til de grupper av handlingen omhandler kan det argumenteres for at funksjonsmessig og helsemessig mangfold på arbeidsplassen kan gi grobunn for kreativitet og utvikling av forskjellige måter å delta og å utføre arbeidsoppgaver på. For eksempel vil personer med fysiske funksjonsnedsettelse ofte være nødt til å finne praktiske løsninger for å kompensere for dette, noe som kan utvikle en sans for praktiske løsninger også med hensyn til andre arbeidsoppgaver.¹⁴⁵

I tillegg vil økt arbeidsdeltakelse av personer med funksjonsnedsettelse selvsagt kunne bidra til nedbryting av fordommer både hos arbeidskolleger og hos kunder/publikum.

Endelig vil et arbeidsliv som legger til rette for mangfold med hensyn til arbeidsmetoder og arbeidstid, også bidra til å inkludere andre grupper som av ulike årsaker ikke lever opp til den tradisjonelle ”mannlig heltidsarbeider”-standard. Et arbeidsliv som er inkluderende i den forstand at det godtar og likestiller ulike måter å utføre arbeid på, vil lettere holde ”livsløpsstandard”, noe som også vil være til beste for for eksempel arbeidstakere med familieforpliktelser og eldre som ønsker lettere arbeid eller redusert arbeidstid.¹⁴⁶

6.5. Personvern/integritet.

Personvern hensyn tilsier at den enkelte, også arbeidssøkere og arbeidstakere, bør ha vern mot inngrep i sin private sfære. Innhenting og behandling av personopplysninger kan anses som inngrep i arbeidstakers personvern.¹⁴⁷ Dette gjelder i kvalifisert grad innhenting av opplysninger om en arbeidstakers helsetilstand.¹⁴⁸ I tillegg kan iverksetting av helseundersøkelser i arbeidsforhold innebære selvstendige inngrep i en arbeidstakers kroppslige integritet.

Den legislative begrunnelsen for personvernregler kan deles i tre:¹⁴⁹

Det *integritetsfokuserte* personvernet begrunner personvern ut fra den enkeltes grunnleggende ønske om og behov for å verne den private eller intime sfæren. Opplysninger om den enkeltes helsetilstand vil ofte oppleves som private og personlige, og etterspørring og kommunikasjon av disse kan utgjøre et inngrep i eller en krenkelse av personlig integritet.

¹⁴⁴ Se bl.a. Holgesen-utvalgets innstilling NOU 2002: 12, Rettslig vern mot etnisk diskriminering, pkt. 15.3.7.5, Innføring av en særskilt aktivitetsplikt for arbeidsgivere, s. 287-288. Se også St.meld. nr. 9 (2006-2007) Arbeid, velferd og inkludering, bl.a. s. 202.

¹⁴⁵ Se bl.a. artikkel i Dagbladet 26. november 2005: Er funksjonshemmede kjappere i hodet enn andre arbeidstakere?

¹⁴⁶ Fordelene andre grupper vil ha av et mer tilgjengelig samfunn er fremhevet i NOU 2005: 8, bl.a. s. 148 og s. 183.

¹⁴⁷ Se bl.a. Rt. 2001 s. 248, Strafferegistreringssaken.

¹⁴⁸ Se bl.a. popplyl. § 2 nr. 8 bokstav c som klassifiserer slike opplysninger som sensitive.

¹⁴⁹ Tredelingen er hentet fra NOU 1997: 19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysning, pkt. 3.3.

Inngrepet/integritetskrenkelsen vil kunne variere i omfang etter hvilken type helseforhold det gjelder. For eksempel vil opplysninger om HIV-smitte eller kjønnsykdom i særlig grad kunne virke stigmatiserende og opplysninger om genetiske forhold kan gi store mengder overskuddsinformasjon om så vel arbeidstaker selv som dennes familie.

Det *beslutningsorienterte* personvernet tar sikte på å trygge kvaliteten av de opplysninger som brukes i en beslutningsprosess. Dette tilsier blant annet at når personopplysninger brukes som grunnlag for arbeidsrettslige beslutninger, skal det sikres at disse er korrekte og relevante.¹⁵⁰ Personopplysningsloven inneholder en del bestemmelser som har som formål å kvalitetssikre de opplysninger som behandles, for eksempel ved av den registrerte gis rett til innsyn og korrigeringsrett av opplysninger som gjelder henne. Det kan innebære ulemper for personer med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse dersom arbeidsgiver bygger på uriktige eller misvisende opplysninger. Men det vil ikke nødvendigvis innebære noen fordel for arbeidssøker eller arbeidstaker at arbeidsgiver har full oversikt over hennes helsetilstand eller funksjonsevne.¹⁵¹

Det *maktorienterte* personvernet er begrunnet ut fra enkeltpersoners behov for vern mot at andre vesentlig styrker sin posisjon ved å ha tilgang til mye og betydningsfull personinformasjon. En arbeidsgivers kunnskap om helseproblemer eller funksjonshemming hos en arbeidssøker eller arbeidstaker vil ikke sette arbeidsgiver i en bedre rettslig posisjon: Det vil stadig være grenser for hva arbeidsgiver har rett til legge vekt på. Faktisk vil imidlertid arbeidsgiver kunne styrke sin posisjon på bekostning av for eksempel en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse, ettersom han har mulighet for å finne en annen begrunnelse for å foretrekke andre arbeidssøkere. I forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan arbeidsgiver også få styrket sin faktiske maktposisjon ved å få opplysninger om helsetilstanden eller funksjonsnedsettelsen. Dette vil kunne legge grunnlaget for uformelle beslutninger i arbeidsforholdet til skade for arbeidstaker. Selv om arbeidsgiver ikke skulle bruke sin faktiske maktposisjon, vil hans kunnskaper om arbeidstakernes helsetilstand kunne legge grunnlag for det Rasmussen (1997) kaller "forventningsmakt":¹⁵² Arbeidstakers handlinger kan bli styrt av mer eller mindre funderte forventninger om hvordan arbeidsgiver vil utnytte sin kunnskap.

I avhandlingen vil personvernreguleringen som nevnt tas opp i den utstrekning den har vesentlig praktisk betydning for vernet mot utstøting og diskriminering i arbeidsforhold. Dette innebærer at det i hovedsak er det maktorienterte personvernet som fokuseres. Forskjeller i

¹⁵⁰ Se nærmere NOU 1997: 19 pkt. 3.3.3. Det beslutningsfokuserede personvernet.

¹⁵¹ Også Rasmussen 1997 s. 64, er inne på at riktighet av opplysninger ikke nødvendigvis er noe gode i et personvernperspektiv.

¹⁵² Se nærmere om dette begrepet Rasmussen 1997 s. 61 flg.

opplysningenes sensitivitet (hvilken type helseopplysninger det er snakk om), kan likevel få konkret betydning for omfanget av arbeidstakers opplysningsplikt.¹⁵³

6.6. Økonomi.

Økonomiske hensyn omfatter så vel bedriftsøkonomiske som samfunnsøkonomiske hensyn. Disse hensyn er i en viss utstrekning interagerende: Bedriftsøkonomiske hensyn vil ha betydning for samfunnsøkonomien, ettersom ethvert samfunn vil være avhengig av virksomhetenes mulighet for verdiskapning. Motsatt vil bedriftenes rammevilkår selvsagt også avhenge av samfunnsøkonomiske forhold; et høyt antall personer på offentlige ytelser vil medføre belastninger for næringslivet i form av skatter og avgifter.

Den enkelte virksomhet vil likevel vanligvis ha interesse i færrest mulig restriksjoner for arbeidsgivers styringsrett, både hva angår beslutningskontroll og hva angår krav til vern og tilrettelegging i arbeidsmiljøet. Restriksjoner med hensyn til valget mellom arbeidssøkere, fordeling av arbeidsoppgaver samt valg mellom arbeidstakere i en nedbemanningssituasjon kan medføre ineffektivitet i beslutningsprosessene; noe som kan ha bedriftsøkonomisk uheldige virkninger. Særlig vil dette gjelde hvor restriksjonene er skjønsmessig utformet, slik som forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming og kravet om saklig grunnlag for oppsigelse. Økt byråkratisering av beslutningsprosessen ved ansettelse, under arbeidsforholdet og ved opphør kan også påføre virksomhetene kostnader.

Hensynet til rasjonell beslutningstaking tilsier at beslutninger er basert på det best mulig tilgjengelige faktagrunnlag. Dette hensyn tilsier at det ikke bør legges restriksjoner på virksomhetenes muligheter for å innhente og bruke opplysninger om arbeidssøkernes og arbeidstakernes helsetilstand eller funksjonsnedsettelse.

Der arbeidsgivers beslutning er basert på fordommer eller uvitenhet om funksjonsnedsettelsens konsekvenser for arbeidsevnen, vil en beslutning om å avvise en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse ikke være bedriftsøkonomisk rasjonell. Faren for slike ikke-rasjonelle beslutninger tilsier likevel ikke at direkte restriksjoner er ønskelige fra et arbeidsgiverståsted: Det vil klart være tilstrekkelig at myndighetene iverksetter opplysningstiltak; for eksempel om hva ulike funksjonsnedsettelse innebærer, hvilke tilretteleggingstiltak som foreligger og hvilke økonomiske støtteordninger som finnes.

Dersom det først skal legges restriksjoner på arbeidsgivernes styringsrett eller pålegges plikter til tilrettelegging, vil det fra et arbeidsgiverståsted være en fordel at disse ikke vrir konkurransen mellom virksomhetene. Slike restriksjoner bør i tilfelle omfatte alle virksomheter som den

¹⁵³ Se bl.a. kap. V pkt. 3.2 og 3.3 samt kap. VI pkt. 2.4.3.

enkelte arbeidsgiver konkurrerer med. For eksempel kan det norske generelle oppsigelsesvernet innebære en konkurranseulempe i forhold til land innen EU som ikke har et tilsvarende generelt vern. For norske arbeidsgivere kan det derfor være en fordel at det settes generelle grenser for arbeidsgivernes styringsrett og pålegges tilretteleggingstiltak på EU- eller internasjonalt plan, fremfor en ensidig norsk lovgivning.

Samfunnsøkonomisk vil det i utgangspunktet være gunstig at personer med funksjonshemninger og helseproblemer inkluderes i arbeidslivet. Det ”inkluderende arbeidsliv” er også et middel for å begrense folketrygdens utgifter.¹⁵⁴ Høy sysselsetting blant alle grupper som er i stand til å delta på arbeidsmarkedet vil også innebære økonomiske fordeler for det offentlige i form av økt skatteinnngang.¹⁵⁵ Tiltak som generell fysisk tilrettelegging og mulighet for deltidsstillinger kan dessuten som vist under pkt. 3.2 bidra til at andre grupper, som eldre og arbeidstakere med familieforpliktelser, beholder eller oppnår sysselsetting, og kan også på denne måten være samfunnsøkonomisk gunstig.

Det er likevel ikke gitt at individuell tilrettelegging av arbeidet for personer med svært store fysiske funksjonshemninger vil lønne seg samfunnsøkonomisk ut fra en tradisjonell kostnad/nyttevurdering. Uansett vil det være svært vanskelig å vurdere hvilke fordeler og kostnader som skal inndras i en slik vurdering.

Selv om et inkluderende arbeidsliv og høy sysselsetting generelt vil være samfunnsøkonomisk gunstig, er det heller ikke gitt at dette fremmes mest mulig effektivt ved lovfestede begrensninger i arbeidsgivers styringsrett. Den samfunnsøkonomiske gevinsten av et lovfestet diskrimineringsvern/positiv særbehandling av funksjonshemmede på arbeidsmarkedet har vært trukket i tvil av en del teoretikere.¹⁵⁶ Den samfunnsøkonomiske virkningen av et diskrimineringsforbud vil likevel uansett ikke være det viktigste argumentet for et slikt forbud.

6.7. Rettssikkerhet.

Rettssikkerhetshensyn, herunder hensynet til at den enkelte skal kunne forutberegne sin rettsstilling, taler for en klar og presis utforming av lovbestemmelser. Så vel det alminnelige oppsigelsesvernet som forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming og arbeidsgivers plikter til individuell tilrettelegging innebærer i utpreget grad bruk av rettslige standarder. For eksempel gir

¹⁵⁴ Se for eksempel Sandman-utvalgets innstilling NOU 2000: 27 pkt. 1.1. hvor det fremgår at bakgrunnen for at utvalget er nedsatt er at ”den sterke og bekymringsfulle økningen i sykefraværet og tilgangen på nye uførepensjonister skaper både velferdsmessige problemer [sic] og problemer med den budsjettmessige handlefriheten.”

¹⁵⁵ Se bl.a. regneeksempler utarbeidet av ECON på økonomiske gevinster for offentlige budsjetter ved at flere personer kommer i arbeid, gjengitt i Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 240. Eksemplene gjelder den økonomiske nytteverdien av universell utforming.

¹⁵⁶ Se Waddington 1995 s. 82 med videre henvisninger. Se også Syse-utvalgets vurderinger av den samfunnsøkonomiske nytten av diskrimineringsvern og universell utforming, NOU 2005: 8 s. 229-231.

det generelle kravet om "saklig grunn" i aml. § 15-7 og begrensningen i tilretteleggingsplikten i aml. § 13-5 når denne innebærer en "uforholdsmessig stor byrde" anvisning på brede, skjønnsmessige vurderinger.

Standardpreget lovgivning kan medføre rettsusikkerhet for så vel arbeidsgiver som arbeidstaker. Det kan i praksis være svært vanskelig for arbeidsgiver å vurdere hvor langt hans tilretteleggingsplikt går overfor arbeidssøkere med "funksjonshemming" og arbeidstakere med "funksjonshemming" eller "reduert arbeidsevne". Fra et arbeidsgiversynspunkt kan det være risiko forbundet med at særlige håndhevsorganer som Diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda ut fra en formålsfortolkning av uklare lovbestemmelser kan gå langt i å overprøve arbeidsgivers vurderinger.

På den annen side kan standardpreget lovgivning, kombinert med den skjønnsmessige kompetansen som ligger i arbeidsgivers styringsrett, også virke til ugunst for arbeidssøkere og arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Generelt vil maktbalansen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver forskyves i sistnevntes favør ved bruk av standardpreget lovgivning. Som jeg har vært inne på, kan terskelen for å gå til rettssak være høy, særlig for arbeidssøkere og for personer som er i et løpende arbeidsforhold. Tradisjonelt har norske domstoler også veket tilbake for å overprøve arbeidsgivers vurderinger av hvor langt skjønnsmessig utformede plikter rekker. Ofte har en nøyd seg med å kontrollere om arbeidsgivers saksbehandling har vært forsvarlig. En arbeidsgiver som kjenner systemet, og som opptrer formelt korrekt, vil da i praksis lett kunne omgå et forbud.

En lovregulering av vern mot utstøting og diskriminering kan altså medføre rettsusikkerhet for så vel arbeidsgiver som arbeidstaker. Det er likevel vanskelig å se at en helt kan unngå bruk av standarder i slik regulering. Så vel den konflikt mellom individ og omgivelser som utgjør "funksjonshemming" etter aml. kap. 13, eventuelt "reduert arbeidsevne" etter aml. § 4-6, som de praktiske løsningene på denne konflikten, i form av tilrettelegging av arbeidet, vil være svært forskjelligartede. Etter mitt skjønn er dette heller ikke noen avgjørende innvending mot lovgivningen.

II RETTSKILDER OG METODE.

1. Det norske rettskildematerialet.

Den mest sentrale norske rettskilde for så vel arbeidsmiljøkrav, kontraktsvern¹⁵⁷ og diskrimineringsvern vil være arbeidsmiljøloven av 2005. Personvern for arbeidstakerne i forbindelse med helseopplysninger og helseundersøkelser i arbeidsforhold vil også være regulert av arbeidsmiljøloven av 2005, men her vil i tillegg annen lovgivning være av betydning.

Den norske *arbeidsmiljøreguleringen* bygger på en lang tradisjon med stadig økende ambisjonsnivå hva angår det generelle og individuelle arbeidstakervernet. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 og tidligere lover er grundige. Vernebestemmelsene håndheves ved samarbeid internt på virksomhetene, samt av Arbeidstilsynet. Praksis publiseres i utgangspunktet ikke. Bestemmelsen om tilrettelegging for arbeidstaker med redusert arbeidsevne, aml. § 4-6, håndheves under arbeidsforholdet ved samarbeid mellom arbeidstaker, arbeidsgiver og Arbeids- og velferdsetaten. Også her er publisert praksis sparsom.¹⁵⁸

Det foreligger en begrenset strafferettspraksis som gjelder plikten til individuell tilrettelegging som vernetiltak, men publiserte avgjørelser tar ikke opp tilfeller hvor individuell tilrettelegging var påkrevd på grunnlag av helseforhold.¹⁵⁹ Manglende individuell tilrettelegging som har ført til tap for den enkelte arbeidstaker, kan i prinsippet også gi grunnlag for erstatningssøksmål, sml. Rt. 1997 s. 1506 Stryn Apotek. I praksis er likevel krav om individuell tilrettelegging, med få unntak, bare blitt tatt opp prejudisielt i saker som gjelder opphør av arbeidsforhold, se nedenfor.

Bestemmelser om *kontraktsvern* (det generelle saklighetskravet til oppsigelse kombinert med tilretteleggingsplikt for arbeidstakere med redusert arbeidsevne, samt særvernet mot oppsigelse pga. sykefravær) fikk i hovedsak sin utforming ved arbeidsmiljøloven av 1977.¹⁶⁰ Ved oppsigelse av arbeidstakere med helseproblemer vil det være sentralt for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7 om arbeidsgiver har oppfylt sine plikter til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6. Her

¹⁵⁷ Som nevnt under kap. I pkt. 1.2 vil jeg i liten utstrekning gå inn på særreglene om oppsigelsesvern i tjenestemannsloven av 1983 og sjømannsloven av 1975.

¹⁵⁸ Arbeids- og velferdsetaten har ikke kompetanse til å pålegge arbeidsgiver å iverksette konkrete tilretteleggingstiltak etter aml. § 4-6. Arbeidsgiver har plikt til å utarbeide og utlevere oppfølgingsplan ved sykefravær etter ftrl. § 25-2 annet ledd, og brudd på denne plikten kan håndheves av Arbeids- og velferdsetaten ved tvangsmulkt etter ftrl. § 25-3 fjerde ledd. Slik tvangsmulkt kan påklages og gjøres til gjenstand for rettslig overprøving. Publisert praksis på avhandlingens område foreligger ikke. Videre kan arbeidstaker som ikke oppfylder sine medvirkningsplikter under sykefravær etter ftrl. § 8-8, få avslag på videre sykepenger. Her foreligger et par avgjørelser fra Trygderetten som gjelder arbeidstakers medvirkningsplikt i forhold til sykepenger.

¹⁵⁹ Sml. for eksempel Rt. 1990 s. 1170, manglende erfaring, og Rt. 1982 s. 1022, ung alder.

¹⁶⁰ Se nærmere om den historiske utviklingen av kontraktsvern under kap. III pkt. 3.

foreligger grundige forarbeider og en omfattende rettspraksis i oppsigelsessaker.¹⁶¹ Særlig underrettsavgjørelsene er likevel i stor utstrekning konkret begrunnet, og gir derfor mindre veiledning med hensyn til prinsipielle spørsmål. Også i forhold til forbudet mot oppsigelse på grunn av sykefravær, aml. § 15-8, foreligger grundige forarbeider og en god del rettspraksis.¹⁶² Denne praksis utdyper særlig hva som nærmere ligger i kravet til årsakssammenheng mellom sykefraværet og oppsigelsen.

Den norske *diskrimineringsvern*reguleringen er relativt ny. Som jeg har vært inne på ble første forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming vedtatt i 2001 og forbudet ble revidert i 2004 og 2005. Lovteksten i aml. kap. 13 er relativt omfattende og gjennomarbeidet. Forarbeidene til de ulike endringslover er grundige, og spørsmålet om diskrimineringsvern og tilrettelegging for ”arbeidstaker med funksjonshemming” har vært gjenstand for relativt stor oppmerksomhet. Publisert rettspraksis er imidlertid svært begrenset og gir liten veiledning om prinsipielle spørsmål.¹⁶³ De spesielle håndhevingsorganene trådte først i funksjon 1. januar 2006. Også her er praksis hva angår diskriminering som følge av funksjonshemming svært begrenset.¹⁶⁴

Videre foreligger en del lovgivning og praksis som gjelder diskriminering på annet grunnlag enn funksjonshemming. For eksempel har forbudet i aml. kap. 13 mot *alders*diskriminering i noe større utstrekning vært prøvd for domstoler og håndhevingsorganer. Så vel forbudet mot diskriminering på grunnlag av *etnisitet* som forbudet mot diskriminering på grunnlag av *kjønn* er omfattet av særlover, henholdsvis diskrimineringsloven av 2005¹⁶⁵ og likestillingsloven av 1978.¹⁶⁶ Begge lover har omfattende forarbeider som blant annet bidrar til å avklare innholdet av diskrimineringsbegrepet. Det er sparsomt med rettspraksis, men en god del praksis fra Diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda og – i forhold til kjønn – også fra det tidligere Likestillingsombudet og Likestillingsklagenemnda. Videre har spørsmål om likebehandling av

¹⁶¹ Det er i hovedsak forarbeidene til aml. 1977 § 13 med seinere endringer som er interessante, og praksis gjelder også i stor utstrekning denne bestemmelsen.

¹⁶² Det er i hovedsak forarbeidene til aml. 1977 § 64 med seinere endringer som er interessante og rettspraksis dreier seg i hovedsak om denne bestemmelsen.

¹⁶³ Det foreligger ikke publiserte rettsavgjørelser etter aml. 2005 kap. 13 som gjelder diskriminering pga. funksjonshemming. Etter aml. kap. X A fra 2004 foreligger to publiserte avgjørelser; LE-2006-189239 som gjaldt ansettelse av synshemmet kvinne og LB-2007-893, som gjaldt oppsigelse av revisor med Chrons sykdom og depresjoner.

¹⁶⁴ Nemnda har bare tatt stilling til forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming i to saker, LDN-2007-21, som gjaldt tilrettelegging for arbeidstaker med AD/HD, og LDN-2008-3 som gjaldt lønns- og arbeidsvilkår samt påstått trakassering. Bare den første er prinsipiell. Ombudet mottok ifølge Praksis 2007 tre klagesaker i 2007, herav ble en avvist. I 2006 behandlet Ombudet en klagesak, se Praksis 2006. Videre har Ombudet behandlet 23 veiledningssaker i 2007 og åtte i 2003. I tillegg har Sivilombudsmannen i en sak, Somb-2003-18, uttalt seg om forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming ved ansettelse etter aml. 1977 § 55A.

¹⁶⁵ Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven), 3. juni 2005 nr.

33.

¹⁶⁶ Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven), 9. juni 1978 nr. 45.

kjønn vært relativt grundig behandlet i teorien.¹⁶⁷ Denne teori og praksis kan ha en viss overføringsverdi, med hensyn til konkrete tolkningsspørsmål. Likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering inneholder ikke noen eksplisitt tilretteleggingsplikt, men det kan, som vist tidligere, trekkes visse paralleller fra arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge for gravid arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven med forskrifter.

Den norske *personvernreguleringen* er spredt. Personopplysningsloven og personopplysningsforskriften setter strenge restriksjoner for visse typer *behandling* av helseopplysninger i arbeidsforhold. Forarbeidene er utfyllende, og tar i en viss utstrekning også opp spørsmål knyttet til personvern og arbeidsforhold.¹⁶⁸ Arbeidsmiljøloven inneholder videre en direkte regulering av arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse, aml. § 9-3, samt foreta helseundersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere, aml. § 9-4. Også her foreligger grundige forarbeider. I forarbeidene til aml. 2005 blir det uttalt at tolkingen av de materielle vilkårene for kontrolltiltak etter aml. kap. 9 og for behandling av personopplysninger fra slike tiltak, skal harmoniseres.¹⁶⁹ Publisert norsk praksis som gjelder de nye bestemmelsene om helseopplysninger og helseundersøkelser i arbeidsforhold er svært sparsom.¹⁷⁰ Forarbeidene til bioteknologilovens forbud mot bruk mv. av genetiske opplysninger, bioteknologiloven § 5-8 jfr. § 5-1, er også relativt omfattende og grundige.¹⁷¹ Det foreligger ikke publisert norsk rettspraksis som involverer spørsmålet om bruk av genetiske opplysninger i arbeidsforhold. Bioteknologinemnda kan gi generelle uttalelser om tolkingen av loven, se bioteknologiloven § 7-3 første ledd.¹⁷²

Det norske rettskildebildet er altså sammensatt, men preges generelt av grundige forarbeider; relativt gjennomarbeidet lovtekst og – delvis bortsett fra i oppsigelsessakene – lite autoritativ rettspraksis. Dette kan innebære usikkerhet så vel på arbeidstaker- som på arbeidsgiverside med hensyn til omfanget av arbeidsgivers plikter etter lovgivningen.

¹⁶⁷ Se bl.a. Holgersen 1984 og Vigerust 1998.

¹⁶⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 110-111.

¹⁶⁹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹⁷⁰ Se PVN-2005-6 Securitas, som gjaldt rusmiddeltesting i arbeidsforhold i forhold til personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven § 9-4. Videre er spørsmålet så vidt berørt i LG-2007-71870 som gjaldt oppsigelse.

¹⁷¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s.103-106 og særkommentaren til § 5-8 på s. 136. Se også NHOs høringsuttalelse på s. 104. Videre er spørsmålet om bruk av genetiske opplysninger i arbeidsforhold tatt opp i forarbeidene til bestemmelsenes forgjenger, bioteknologiloven av 1994 § 6-7 jfr. § 6-1, se bl.a. Ot.prp. nr. 37 (1993-1994) s. 33-39 og særkommentaren til bioteknologiloven § 6-7 på s. 56-57.

¹⁷² Bioteknologinemnda har avgitt en *høringsuttalelse* til NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet. Videre har nemnda avholdt et seminar i 2002, som resulterte i publikasjonen "Gentester i arbeidslivet" fra 2004. Ellers synes problemstillingen i liten utstrekning å ha vært tatt opp av Bioteknologinemnda.

2. Folkerettslige kilder.

2.1. Innledning.

Den norske arbeidsrettslige reguleringen har ikke utviklet seg i et nasjonalt vakuum. Dels utgjør den gjennomføring av Norges forpliktelser etter folkerettslige konvensjoner på området. Dels har folkerettslig regulering vært en inspirasjonskilde for norsk lovregulering, uten at det dreier seg om egentlige forpliktelser til å gjennomføre kravene. Folkerettslige reguleringer av betydning for avhandlingens emne gjelder krav om likebehandling/diskrimineringsvern, personvern, krav til arbeidsmiljø og arbeidsvilkår og krav om særlige tiltak for personer med funksjonsnedsettelse. Nedenfor vil jeg presentere de viktigste folkerettslige reguleringer som kan få betydning for arbeidstakeres vern mot utstøting og diskriminering på grunnlag av helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

2.2. Globale instrumenter. FN-systemet.

2.2.1. Verdenserklæringen av 1948 og FN-SP/FN-ØSK av 1966.

Ifølge Verdenserklæringen om menneskerettighetene fra 1948¹⁷³ art. 1 første pkt. har alle mennesker samme menneskerettigheter. Dette gjelder selvsagt også mennesker med funksjonsnedsettelse. Verdenserklæringen inneholder et aksessorisk diskrimineringsforbud i art. 2 og et krav om likhet for loven i art. 7. Forbudet i art. 2 oppregner en del diskrimineringsgrunner. Funksjonshemming/funksjonsnedsettelse er ikke spesielt nevnt, men vil omfattes av ”annet forhold”.¹⁷⁴

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter fra 1966¹⁷⁵ (FN-SP) inneholder flere diskrimineringsforbud:

Ifølge det aksessoriske diskrimineringsforbudet art. 2 skal statene respektere og sikre de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen, ”uten forskjellsbehandling av noe slag”. Videre inneholder FN-SP art. 26 et krav om likhet for loven/lik beskyttelse av loven og om at lovgivningen skal ”forby enhver form for forskjellsbehandling”.¹⁷⁶ FN-SP art 26 omfatter ikke bare rettigheter som omhandles i FN-SP, men ethvert område som er gjenstand for regulering eller beskyttelse av offentlige myndigheter. En følge av dette er at sivile og politiske rettigheter som ikke nevnes i kon-

¹⁷³ Verdenserklæringen om menneskerettighetene av 10. desember 1948.

¹⁷⁴ Se bl.a. General comment (5) (1994) til FN-ØSK para 5 og 6.

¹⁷⁵ Konvensjonen ble ratifisert av Norge 13. september 1972 og trådte i kraft 23. mars 1976. Det samme gjelder den valgfrie tilleggsprotokollen som gir individer klagerett.

¹⁷⁶ Det siteres her, og i det følgende, fra den norske oversettelsen, inntatt som vedlegg 6 til menneskerettsloven av 1999.

vensjonen, samt økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, også kan falle inn under bestemmelsen.¹⁷⁷

Art. 2 og 26 nevner eksplisitt en lang rekke forbudte diskrimineringsgrunner, men ikke funksjonsnedsettelse. Ingen av forbudene er uttømmende med hensyn til diskrimineringsgrunner. Det har foregått en utvikling mot å anse funksjonsnedsettelse som omfattet av diskrimineringsforbudene, selv om en ennå ikke har noen klar avgjørelse.

Menneskerettskomitéen har hatt til behandling to individuelle klager som omhandler diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse i arbeidslivet; Cziklin mot Canada, avgj. 1999,¹⁷⁸ og Nicolov mot Bulgaria, avgj. 2000,¹⁷⁹ men begge klagen ble avvist. I saken Hamilton mot Jamaica, avgj. 1999, ble det imidlertid i realiteten stilt krav om tilpasning av forholdene i fengselet til fanger med funksjonsnedsettelse.¹⁸⁰

I General comment (18) (1989) Non-discrimination uttaler Menneskerettskomitéen at rett til likebehandling ikke betyr identisk behandling og at likebehandlingsprinsippet noen ganger forutsetter "affirmative action".¹⁸¹ Andre General comments til FN-SP tar dessuten opp stillingen for mennesker med funksjonsnedsettelse mer spesifikt.¹⁸² Selv om FN-SP og FN-ØSK er to ulike instrumenter, vil det ha en viss betydning at diskriminering på grunn av funksjonshemming klart er omfattet av FN-ØSK, se nedenfor. At diskriminering på grunn av funksjonshemming omfattes av diskrimineringsforbudene i FN-SP, er videre lagt til grunn i juridisk teori.¹⁸³ Det skulle etter dette være klart at diskrimineringsforbudet i FN-SP i prinsippet også omfatter diskriminering på grunn av funksjonshemming.

I tillegg til diskrimineringsforbud inneholder FN-SP bestemmelser om personvern: Ifølge FN-SP art. 17 nr. 1 må ingen "utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat(...)liv".

¹⁷⁷ Se nærmere NOU 1993: 18 s. 128.

¹⁷⁸ 741/97, Michael Cziklin mot Canada, 27. juli 1999. Saken gjaldt påstått overtredelse av art. 26 om likhet for loven. Klager ble oppsagt fra privat jernbaneselskap fordi han ikke lenger fylte helsekravene. Klagen ble imidlertid avvist pga. at nasjonale rettsmidler ikke var uttømt.

¹⁷⁹ 824/98, Mr. N. M. Nicolov mot Bulgaria, 24. mars 2000. Saken gjaldt påstått overtredelse av art. 25 c om adgang til offentlig tjeneste og art. 26 om likhet for loven. Klager var blitt omplassert og seinere sagt opp på grunnlag av langvarig arbeidsuførhet. Nicolovs klage synes ikke primært basert på diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, men på diskriminering på grunnlag av politisk og moralsk overbevisning. Saken ble avvist ettersom kravene ble ansett som ubegrunnede.

¹⁸⁰ 616/95, Zephinah Hamilton mot Jamaica, 23. juli 1999. Saken gjaldt bl.a. overtredelse av art. 10 (1) ved at vilkårene i fengsel, pga. klagers funksjonsnedsettelse, utgjorde grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

¹⁸¹ Se General comment (18) (1989) til FN-SP (Non Discrimination) avsnitt 8-10.

¹⁸² Dette gjelder blant annet General comments (8) (1982) om personlig frihet og sikkerhet; (20) (1992) om tortur; og (25) (1996) om stemmerett.

¹⁸³ Quinn og Degener m.fl. 2002 s. 37 og Quinn 1995 s. 81. Se også Syse og Hotvedt 2007 s. 126.

Bestemmelsen må også kunne anvendes i forhold til helseopplysninger og helseundersøkelser i arbeidsforhold.¹⁸⁴

FN-SP forplikter som nevnt statene til å *respektere* konvensjonens rettigheter samt å *sikre* dem for alle uten diskriminering, FN-SP art. 2 nr. 1. I General comment (3) (1981) Implementation at the national level¹⁸⁵ er lagt til grunn at lovgivning i utgangspunktet ikke er nødvendig for å oppfylle sikringsplikten. Selv om art. 26 etter sin ordlyd kan synes å stille krav om at statene også forbyr usaklig forskjellsbehandling foretatt av private parter, er bestemmelsen ikke blitt tolket slik i praksis.¹⁸⁶

FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966 (FN-ØSK)¹⁸⁷ inneholder i art. 2 nr. 2 et ikke-uttømmende aksessorisk diskrimineringsforbud i forhold til de rettigheter konvensjonen verner. Mange av konvensjonens bestemmelser gjelder rettigheter i arbeidsforhold. Blant annet omfatter vernet, og dermed også diskrimineringsforbudet, ”retten til arbeid, som omfatter mulighet for enhver til å tjene sitt levebrød ved arbeid som han fritt har valgt eller godtatt”, art. 6 nr. 1. Videre stiller art. 7 krav til arbeidsmiljøet og til rettigheter i arbeidsforhold: Art. 7 bokstav a (i) inneholder et generelt krav om lik lønn for arbeid av lik verdi. Art. 7 bokstav b anerkjenner retten for enhver til trygge og sunne arbeidsforhold. Art. 7 bokstav c sikrer retten til rettferdige og gode arbeidsvilkår og ”samme mulighet for alle til å bli forfremmet i sitt arbeid til en passende høyere stilling uten hensyn til andre forhold enn ansiennitet og dyktighet.”

Ifølge General comment (5) (1994) Persons with disabilities¹⁸⁸ omfattes personer med funksjonsnedsettelse av det aksessoriske diskrimineringsforbudet i FN-ØSK art. 2 nr. 2. Kommentaren utdyper også innholdet av retten til arbeid i art. 6 og retten til rettferdige og gode arbeidsvilkår i art. 7 i forhold til denne gruppen.¹⁸⁹

Statenes gjennomføringsforpliktelse er beskrevet i FN-ØSK art. 2. Rettighetene er i hovedsak gjenstand for gradvis gjennomføring, se art. 2 nr. 1. Dette gjelder likevel ikke diskrimineringsforbudet i art. 2 nr. 2.¹⁹⁰ Art. 2 nr. 1 fremhever videre lovgivning som et egnet virkemiddel for gjennomføring. I General comment (3) (1990) “The nature of States parties obligations” uttaler Komitéen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter at ”in many instances legislation is

¹⁸⁴ Relevant praksis som gjelder helseopplysninger eller helseundersøkelser i arbeidsforhold synes ikke å foreligge. Jeg går ikke videre inn på denne bestemmelsen.

¹⁸⁵ General comment (3) (1981) til FN-SP, Implementation at the national level, Art. 2.

¹⁸⁶ Se sak 180/84, L.G. Danning mot Nederland, 9. april 1987, avsnitt 12.4 og Nielsen og Rehof 1998 s. 208.

¹⁸⁷ Konvensjonen ble ratifisert av Norge 12. september 1972 og trådte i kraft 3. januar 1976. Det siteres i det følgende fra den norske oversettelsen som er gjengitt som vedlegg 4 til menneskerettsloven av 1999.

¹⁸⁸ General comment (5) (1994) til FN-ØSK, Persons with Disabilities fra Komitéen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

¹⁸⁹ General comment (5) (1994) til FN-ØSK pkt. B avsnitt 20 flg.

¹⁹⁰ Se nærmere om statenes gjennomføringsforpliktelse etter FN-ØSK NOU 1993: 18 s. 124-125.

highly desirable and in some cases may even be indispensable” og nevner diskriminering som eksempel på et forhold som vanskelig kan bekjempes uten “a sound legislative foundation for the necessary measures.”¹⁹¹ Videre viser General comment (5) (1994) til viktigheten av at også private arbeidsgivere pålegges en plikt til likebehandling av personer med funksjonsnedsettelse.¹⁹² FN-ØSK innebærer derfor i det minste en sterk oppfordring til statene om å innføre lovforbud mot diskriminering på grunnlag av funksjonsnedsettelse i arbeidslivet.

2.2.2. FNs Standardregler for like muligheter for mennesker med funksjonshemming fra 1993.

FN vedtok i 1993 ikke-bindende standardregler for like muligheter for mennesker med funksjonshemming.¹⁹³ Standardreglene skal være retningsgivende for statenes politikk på området, men innebærer ikke rettigheter som kan påberopes av den enkelte. Imidlertid uttales i General comment (5) (1994) til FN-ØSK at Standardreglene utgjør en ”particularly valuable reference guide” for å fastslå statenes plikter etter denne konvensjonen,¹⁹⁴ noe som bidrar til å øke deres rettskildemessige betydning.¹⁹⁵

Regel 7 gjelder sysselsetting. Ifølge denne bør statene anerkjenne prinsippet om at mennesker med funksjonshemming må settes i stand til å utøve sine menneskerettigheter, særlig på sysselsettingsområdet. Lover og forskrifter må ikke diskriminere mot mennesker med funksjonshemninger eller innebære hindringer for deres sysselsetting, underpunkt 1. Statene bør aktivt støtte integreringen av funksjonshemmede på det åpne arbeidsmarkedet, underpunkt 2; bekjempe negative holdninger overfor og fordommer mot arbeidstakere med funksjonshemninger, underpunkt 4; samt skape gunstige vilkår for ansettelse når de opptrer som arbeidsgivere i den offentlige sektor, underpunkt 5. Statene, arbeidstakerorganisasjonene og arbeidsgiverne bør samarbeide for å sikre en rettferdig politikk når det gjelder ansettelser og arbeidsvilkår, underpunkt 6. Ifølge underpunkt 9 bør stater, arbeidstakerorganisasjoner og arbeidsgivere samarbeide med organisasjoner for funksjonshemmede i forhold til virkemidler for å skape arbeidsmuligheter, herunder fleksitid, deltidsarbeid, jobbdeling, egensysselsetting og ledsagerhjelp for personer med funksjonshemninger.

¹⁹¹ General comment (3) (1990) til FN-ØSK avsnitt 3.

¹⁹² General comment (5) (1994) til FN-ØSK avsnitt 11.

¹⁹³ Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. Standardregler for like muligheter for mennesker med funksjonshemming. Generalforsamlingsresolusjon 48/96 av 20. desember 1993.

¹⁹⁴ General comment (5) (1994) avsnitt 7 in fine.

¹⁹⁵ Se også FNs menneskerettighetskommisjons resolusjon 1998/31 pkt. 1, hvor kommisjonen uttaler at ”any discrimination or other negative differential treatment of persons with disabilities inconsistent with the United Nations Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities is an infringement of the human rights of persons with disabilities”.

2.2.3. FN-konvensjonen om rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse av 2006.

Ved generalforsamlingsresolusjon av 19. desember 2001¹⁹⁶ ble det etablert en ad hoc-komité med sikte på å utarbeide et utkast til en generell FN-konvensjon for personer med funksjonsnedsettelse. FN-konvensjonen om rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse (Convention on the Rights of Persons with Disabilities) ble vedtatt 6. desember 2006.¹⁹⁷ En valgfri tilleggsprotokoll¹⁹⁸ etablerer et klagesystem med adgang til individuelle og kollektive klager mot statene.

Art.1 første avsnitt i konvensjonen fastsetter dens formål til å fremme, verne og sikre full, effektiv og likeverdig nytelse av alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter for alle mennesker med funksjonsnedsettelse og å fremme respekt for deres iboende verdighet. Begrepet ”persons with disabilities” inkluderer i art. 1 annet ledd ”those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.” Det er ikke klart om dette også innebærer en definisjonsmessig avgrensning av begrepet.¹⁹⁹ Under art. 2 gis en definisjon av sentrale begreper som blant annet ”discrimination on the basis of disability” og ”reasonable accommodation”. De generelle prinsipper konvensjonen bygger på inkluderer etter art 3 blant annet ikke-diskriminering (bokstav b) og like muligheter (bokstav e) i tillegg til deltakelse og inkludering (bokstav c) og aksept av menneskelig mangfold (bokstav d). Art. 5, ”Equality and non-discrimination”, pålegger statene å forby diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne (avsnitt 2) og å sikre rimelig tilrettelegging (avsnitt 3). I tillegg inneholder utkastet en spesialbestemmelse om rettigheter i arbeidslivet, art. 27, som bl. a omfatter en plikt til å forby diskriminering (bokstav a), til å sikre rimelig tilrettelegging (bokstav i), til å ansette i offentlig sektor (bokstav g) og til å fremme ansettelser i privat sektor (bokstav h).

En egen komité, The Committee on the Rights of Persons with Disabilities, konvensjonens art. 31, skal behandle rapporter fra statene, art. 36 jfr. art. 35, og individuelle klagesaker etter den valgfrie tilleggsprotokollen.

Konvensjonen og den valgfrie tilleggsprotokollen om klagerett trådte i kraft 3. mai 2008. Konvensjonen er signert av Norge 30. mars 2007, men ikke ratifisert pr. mai 2008. Protokollen om klageadgang er ikke signert av Norge pr. mai 2008.

¹⁹⁶ Generalforsamlingsresolusjon 56/168 av 19. desember 2001.

¹⁹⁷ Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Generalforsamlingsresolusjon 61/106 av 13. desember 2006.

¹⁹⁸ Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

¹⁹⁹ ”Inkluderer” kan i prinsippet forstås slik at dette *i hvert fall* omfattes. Videre er bestemmelsen plassert i form lsartikkelen, art. 1, ikke under definisjonene i art. 2. Syse og Hotvedt (2007) legger imidlertid til grunn at dette utgjør en definisjonsmessig avgrensning (s. 123).

2.2.4. ILO-regulering. Arbeidsmiljø, kontraktsvern, personvern, attføring, diskriminering.

ILO er FNs arbeidsorganisasjon. ILO har vedtatt mange konvensjoner på det arbeidsrettslige området. I tilknytning til hver konvensjon blir vanligvis også vedtatt en rekommandasjon. På noen områder foreligger også mer generelle uttalelser fra Ekspertkomitéen, General Surveys, om hvordan en bestemt konvensjon er å forstå. ILOs reguleringer av særskilt betydning for personer med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse omfatter arbeidsmiljø, kontraktsvern, personvern, attføring og diskrimineringsvern.

ILOs mest generelle arbeidsmiljøkonvensjon, C155 (1981) Occupational Safety and Health Convention,²⁰⁰ tar ikke eksplisitt opp spørsmålet om tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Konvensjonen gir imidlertid uttrykk for et generelt prinsipp om at arbeidet skal tilpasses arbeidstakernes fysiske og mentale forutsetninger, art. 5 bokstav b.

ILO-konvensjonen om oppsigelsesvern, C158 (1982) Termination of Employment Convention, inneholder blant annet et forbud mot oppsigelse på grunn av midlertidig sykefravær; "temporary absence from work because of illness or injury", art. 6 nr. 1. Det er opp til statene å definere hvor lang verneperioden skal være, art. 6 nr. 2.²⁰¹

ILO har også engasjert seg i spørsmål som gjelder personvern på arbeidsplassen, særlig med hensyn til innsamling og kommunikasjon av helseopplysninger: ILO-konvensjonen om bedriftshelsetjeneste, C161 (1985) Occupational Health Services Convention, regulerer spørsmål om helseundersøkelser og helseopplysninger på arbeidsplassen.²⁰² I den tilhørende rekommandasjonen, R171 (1985) Occupational Health Services Recommendation, uttales blant annet at "[p]rovisions should be adopted (...) to ensure that health surveillance is not used for discriminatory purposes or in any other manner prejudicial to [the workers'] interests."²⁰³ Videre har en ekspertkomité i 1998 utarbeidet tekniske og etiske retningslinjer for overvåking av arbeidstakernes helsetilstand.²⁰⁴ Også her understrekes flere steder at medisinske undersøkelser før og under ansettelsen ikke må bidra til utstøting av personer med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.²⁰⁵ En Code of practice som gjelder behandling av personopplysninger om arbeidsforhold,

²⁰⁰ Konvensjonen er ratifisert av Norge 26. juni 1982.

²⁰¹ Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge.

²⁰² Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge.

²⁰³ Rekommandasjonen pkt. B 11 (2).

²⁰⁴ ILO Technical and Ethical Guidelines for Workers' Health Surveillance, 1998.

²⁰⁵ Se bl.a. retningslinjenes pkt. 3.11.ii. om føransettelsesundersøkelser, hvor det understrekes at "there should be no discrimination against disabled or handicapped applicants who meet the requirements of a given job".

”Protection of workers’ personal data” fra 1997, stiller dessuten krav til behandling av blant annet helseopplysninger i arbeidsforhold.²⁰⁶

Ifølge ILOs attføringskonvensjon, C159 (1983) om yrkesrettet attføring og sysselsetting (funksjonshemmede)²⁰⁷ del II, art. 3, skal medlemsstatenes politikk ta sikte på å fremme sysselsettingsmuligheter for funksjonshemmede på det åpne arbeidsmarkedet. Politikken skal bygge på et prinsipp om *like muligheter* for funksjonshemmede arbeidstakere og arbeidstakere generelt, art. 4. Selv om konvensjonen ikke direkte krever at statene innfører noe diskrimineringsforbud eller kvotesystem for mennesker med funksjonsnedsettelse, fokuserer den altså diskrimineringsvern som et virkemiddel i arbeidet med å fremme sysselsetting for denne gruppen. ILOs attføringsrekommendasjon, R168 (1983) gir videre uttrykk for at personer med funksjonsnedsettelse bør nyte godt av like muligheter og lik behandling med hensyn til å få, beholde og avansere i arbeid.²⁰⁸

ILOs diskrimineringskonvensjon, C111 (1958) Discrimination (Employment and Occupation) Convention, omfatter etter art. 1 nr. 1 bokstav a syv oppregnede diskrimineringsgrunner.²⁰⁹ Funksjonshemming/funksjonsnedsettelse omfattes ikke, og oppregningen er i utgangspunktet uttømmende. Statene kan likevel etter prosedyren i art. 1 nr. 1 bokstav b bestemme at også forskjellsbehandling av andre grunner enn de oppregnede kan anses som diskriminering. Konvensjonen er ratifisert av Norge,²¹⁰ men bare i forhold til de sju obligatoriske diskrimineringsgrunnene. Det foreligger en rekommendasjon til konvensjonen, R111 Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958.

Den ikke-bindende ILO Code of practice ”Managing Disability in the Workplace” fra 2002 gir detaljerte og presise eksempler på ”god skikk” når det gjelder tilpasningstiltak for personer med funksjonsnedsettelse.²¹¹

ILOs *konvensjoner* legger plikter på statene, men omfatter etter sitt materielle innhold både privat og offentlig sektor. Statene har en viss positiv sikringsforpliktelse. Hvilke prosedyrer statene må følge for å oppfylle konvensjonene følger av den enkelte konvensjon, se f.eks. ILOs diskrimineringskonvensjon art. 3. ILOs konvensjoner håndheves ved rapportering, men det er også en viss adgang for organisasjoner til å inngi klager.²¹²

²⁰⁶ ILO Code of practice Protection of workers’ personal data, 1997.

²⁰⁷ Konvensjonen er ratifisert av Norge 13. august 1984. Det foreligger en General Survey fra 1998 som utdyper konvensjonens forpliktelser.

²⁰⁸ Del II avsnitt 7.

²⁰⁹ General Surveys fra 1988 og 1996 utdyper konvensjonens forpliktelser.

²¹⁰ 24. september 1959.

²¹¹ ILO Code of practice Managing disability in the Workplace, 2002.

²¹² Se nærmere Nielsen og Rehof 1998 s. 49 flg. om ILOs håndhevingssystem.

ILOs *rekommendasjoner* er ikke bindende for statene, men kan bidra til tolkingen av statenes plikter etter konvensjonene.

Codes of practice utgjør ikke-bindende regulering på lavere nivå. Betydningen av slike håndbøker utdypes i forordet til en slik "Code":

"[An] ILO Code of practice, (...) has no binding force, but rather makes recommendations. The code does not replace national laws, regulations, international labour standards or other accepted standards. It can be used in the development of legislation, regulations, collective agreements, work rules, policies and practical measures at enterprise level."²¹³

Poenget er med andre ord å gi konkrete og praktiske råd med hensyn til implementeringen av ILOs politikk på nasjonalt nivå.

2.3. Regionale instrumenter: Europarådet.

2.3.1. EMK 1950 Diskriminering og integritetsvern.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 1950s²¹⁴ bestemmelser av betydning for avhandlingens tema er i første rekke art. 14 om diskriminering samt art. 8 om vern av privatliv.

Diskrimineringsforbudet i art. 14 er aksessorisk, og verner bare mot diskriminering med hensyn til rettigheter og friheter "som er fastlagt i denne konvensjonen". Likevel kreves ikke at det er konstatert krenkelse av den enkelte rettighet for at diskrimineringsforbudet skal få anvendelse. Det er tilstrekkelig at sakens fakta faller inn under virkeområdet for den enkelte rettighet.²¹⁵

Funksjonsnedsettelse som diskrimineringsgrunn er ikke direkte nevnt i EMK art. 14, men forbudet er ikke-uttømmende med hensyn til diskrimineringsgrunner, og det er alminnelig antatt at det også dekker diskriminering på dette grunnlag.²¹⁶ EMD har imidlertid vært relativt tilbakeholden med å utlede positive plikter til tilrettelegging av diskrimineringsforbudet. Videre er statene innrømmet en vid skjønnsmessig margin i forhold til bruk av offentlige ressurser. Etersom personer med funksjonsnedsettelser ofte er avhengig av individuell tilrettelegging for å nyte de samme rettigheter som andre, har dette hittil bidratt til å begrense betydningen av EMK art. 14 for personer med funksjonsnedsettelser.²¹⁷

I Botta-saken fra 1998 avviste domstolen å anvende art. 8 om rett til privatliv på manglende tilgang for funksjonshemmede til private badestrender.²¹⁸ I Zehnalova og Zenal mot Tsjekkia fra 2002 fikk partene ikke medhold i

²¹³ Fra forordet til ILOs Code of practice Protection of workers' personal data 1997.

²¹⁴ Konvensjonen er ratifisert av Norge 15. januar 1952 og trådte i kraft 3. september 1953. Det siteres i det følgende fra den norske oversettelsen som er gjengitt som vedlegg 2 til menneskerettsloven av 1999.

²¹⁵ Se 8777/79, *Rasmussen mot Danmark*, 28. november 1984. Se også NOU 2005: 8 s. 85.

²¹⁶ Se bl.a. Emberland 2006 s. 197 flg., s. 212 og NOU 2005: 8 s. 85.

²¹⁷ Se for en nærmere analyse av EMDs praksis i forhold til personer med funksjonsnedsettelser Kofod Olsen m. fl. (red.) 2005 s. 119 flg.

²¹⁸ 21439/93, *Maurizio Botta mot Italia*, 24. februar 1998.

at deres rett til privatliv etter art. 8 var krenket ved at staten ikke hadde sørget for tilgjengelighet til offentlige bygninger.²¹⁹ Cohen-saken fra 1996 gjaldt busstransport for en elev med lærevansker til en skole langt borte fra hjemmet. Her fant kommisjonen at det ikke forelå relevant forskjellsbehandling, ettersom heller ikke elever uten lærevansker fikk dekket mer enn busstransport til nærmeste skole.²²⁰ I saken SP mot Storbritannia fra 1997, som gjaldt spesialundervisning for dyslektisk skoleelev, uttaler kommisjonen at myndighetene har en vid skjønsmessig kompetanse ved fordelingen av ressurser mellom barn med funksjonsnedsettelse.²²¹

Også her går imidlertid utviklingen mot at diskrimineringsforbudet kan innebære en plikt til tilrettelegging. I Thlimmenos-saken fra 2000 saken uttaler domstolen at retten til ikke-diskriminering også blir krenket ved at statene uten saklig grunn unnlater å behandle mennesker som er i forskjellige situasjoner forskjellig.²²² I Price-saken fra 2001, som gjaldt fengsling av en kvinne med funksjonsnedsettelse, legger domstolen i realiteten til grunn en plikt for statene til å tilrettelegge for funksjonshemmede fanger. Menneskerettsdomstolen la her til grunn at soningsforholdene på grunn av klagers funksjonsnedsettelse var slik at de utgjorde en krenkelse av art. 3 om tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling.²²³

En nyere protokoll nr. 12²²⁴ til EMK inneholder et generelt forbud mot diskriminering i forhold til "any right set forth by law". I forklaringene til denne protokollen gis uttrykk for at dette ikke-uttømmende diskrimineringsforbudet også omfatter funksjonshemming.²²⁵ Protokoll 12 er signert av Norge 15. januar 2003, men ennå ikke ratifisert.²²⁶

Etter EMK art. 8 første ledd har enhver rett til respekt for sitt privatliv. Annet ledd forbyr inngrep fra offentlig myndighet i utøvelsen av rettigheten unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn for visse spesielt angitte formål. Retten til privatliv etter EMK art. 8 kan være gjenstand for selvstendig krenkelse ved urettmessige helseundersøkelser eller

²¹⁹ 38621/97, *Jitka Zehnalová og Otto Zehnal* mot *Tsjekkia*, 14. mai 2002.

²²⁰ 25959/94, *Jeremy Harvey Cohen* mot *Storbritannia*, 28. februar 1996. Avgjørelsen gjaldt (blant annet) brudd på art. 2 i Protokoll 1 til konvensjonen (rett til utdanning) sett i forhold til art. 14 (diskrimineringsforbud) i konvensjonen.

²²¹ (Min kursiv). 28915/95, *SP* mot *Storbritannia*, 17. januar 1997.

²²² 34369/97, *Thlimmenos* mot *Hellas*, 6. april 2000, avsnitt 44. Thlimmenos ble nektet offentlig godkjenning som statsautorisert revisor fordi han var tidligere straffet. Grunnen til dette var imidlertid at han av religiøse grunner hadde nektet militærtjeneste. Retten fant at nektelsen utgjorde diskriminering på grunn av religiøs overbevisning, altså art. 14 sett i forhold til art. 9 om religionsfriheten.

²²³ 33394/96, *Adele Ursula Price* mot *Storbritannia*, 10. juli 2001, avsnitt 30.

²²⁴ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, av 4. november 2000.

²²⁵ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, pkt. 20.

²²⁶ Spørsmålet om Norge bør ratifisere protokoll 12 blir tatt opp av Graver-utvalget, som utarbeider forslag til ny samlet diskrimineringslov. Se nærmere om en del problemstillinger mht. ratifikasjonsspørsmålet NOU 2005: 8 s. 149-151.

urettmessig behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold. Her foreligger noe praksis fra menneskerettsorganene som gjelder inngrep i privatliv i arbeidsforhold.²²⁷

Pliktsubjekt etter EMK er statene. Etter konvensjonens art 1 skal disse "sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjonen." Det er lagt til grunn at konvensjonen kan innebære en forpliktelse for staten til å gripe inn mot privates krenkelser av andres menneskerettigheter.²²⁸ Statens forpliktelse til å gripe inn overfor privates krenkelser av menneskerettigheter er likevel begrenset.²²⁹

2.3.2. ESP (revidert) 1996 Diskriminering og rettigheter i arbeidsforhold.

Den reviderte europeiske sosialpakt, ESP 1996,²³⁰ inneholder et aksessorisk diskrimineringsforbud i del V art. E. Dette aksessoriske diskrimineringsforbudet omfatter blant annet retten til arbeid, art. 1,²³¹ retten til rettferdige arbeidsvilkår, art. 2,²³² og arbeidsmiljø, art. 3.²³³

Forbudet omfatter eksplisitt diskriminering pga. "health", et begrep som vil omfatte en del funksjonsnedsettelse.²³⁴ Videre er oppregningen av diskrimineringsgrunner ikke uttømmende, og samlekategorien "other status" vil også omfatte funksjonsnedsettelse som ikke kan relateres til helsetilstand, se Ekspertkomitéens uttalelse fra 2003 "International Association Autism-Europe against France".²³⁵ Her uttaler Ekspertkomitéen i tillegg at retten til ikke-diskriminering også kan innebære en plikt til å behandle ulike tilfeller ulikt.²³⁶ Dette innebærer blant annet at statene må tilrettelegge for mennesker med særlige behov.

Videre inneholder konvensjonen bestemmelser som mer direkte omhandler tilpasning av arbeidsplassen til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Art 15 nr. 2²³⁷ pålegger statene å fremme sysselsetting "through all measures tending to encourage employers to hire and keep in

²²⁷ 58341/00, *Hans Eigil Madsen mot Danmark*, 7. november 2002, gjaldt rusmiddeltesting. 9248/81, *Leander mot Sverige*, 26. mars 1987, gjaldt formidling av opplysninger fra et hemmelig politiregister som førte til at en person ikke ble ansatt. 62617/00, *Lynette Copland mot Storbritannia*, 3. april 2007, gjaldt blant annet krenkelse av art. 8 om privatliv ved overvåking av korrespondanse (e-mail). 20605/92, *Halford mot Storbritannia*, 25. juni 1997 gjaldt avlytting av jobbtelefon.

²²⁸ Se blant annet 39293/98, *Bernardo Fuentes Bobo mot Spania*, 29. februar 2000, avsnitt 38.

²²⁹ Se nærmere Aall 2007 s. 50-53.

²³⁰ Norge har ratifisert den reviderte ESP 7. mai 2001 og den trådte i kraft 1. juli 2001. Protokollen om organisasjonsklagerett er signert 20. mars 1997. Ratifikasjonen gjelder ikke alle konvensjonens bestemmelser, se nærmere nedenfor.

²³¹ Omfattes av ratifikasjonen.

²³² Omfattes delvis av ratifikasjonen.

²³³ Omfattes delvis av ratifikasjonen.

²³⁴ Se Digest of the case law of the ECSR 2006, s. 11.

²³⁵ Collective Complaint No. 13/2002 from the International Association Autism-Europe against France, avsnitt 51. Se også Digest of the case law of the ECSR, desember 2006, s. 163.

²³⁶ Collective Complaint No. 13/2002 from the International Association Autism-Europe against France, avsnitt 52.

²³⁷ Omfattet av ratifikasjonen.

employment persons with disabilities in the ordinary working environment and to adjust the working conditions to the needs of the disabled (...).”

ESP 1996 inneholder videre et generelt krav om saklig grunn for oppsigelse, art. 24 første ledd bokstav a.²³⁸ Denne stiller krav om vern for arbeidstakerne mot at arbeidsforholdet blir brakt til opphør uten ”valid reasons for such termination connected with their capacity or conduct(...)”. I vedlegget²³⁹ til konvensjonen finnes en ikke-uttømmende liste over forhold som ikke utgjør saklig grunn for opphør, deriblant ”temporary absence from work due to illness or injury”.

Pliktsubjekt etter konvensjonen er statene, men bestemmelsene omfatter også privat sektor. Statene har altså en viss plikt til å gripe inn for å sikre arbeidstakerrettigheter også i privat arbeidsliv. Hvilke plikter som konkret ligger på statene, følger av en tolkning av den enkelte bestemmelse. Ifølge art. 1 pkt. 2 skal statene ”protect effectively the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon”, noe som blant annet antas å innebære et krav om lovforbud mot diskriminering.²⁴⁰ Også plikten etter art. 15 pkt. 2 antas å kreve antidiskrimineringslovgivning.²⁴¹

2.3.3 Andre bindende og ikke-bindende instrumenter fra Europarådet.

Også andre av Europarådets konvensjoner samt rekommandasjoner og andre ikke-bindende instrumenter berører avhandlingens tema.

Europarådet vedtok i 1992 en rekommandasjon om en sammenhengende politikk for personer med funksjonsnedsettelse.²⁴² Pkt. VII gjelder sysselsetting. I pkt. 2, ”Employment in an ordinary working environment”, heter det at ”measures should be taken to avoid all discrimination in obtaining and keeping a job, and in remuneration and career prospects.”²⁴³

Europarådet har videre engasjert seg i personvernspørsmål og vedtatt bindende og ikke-bindende regulering på flere felter; generell regulering av personvernspørsmål ved elektronisk databehandling; spesiell regulering av helseopplysninger og enda mer spesiell regulering av genetiske helseopplysninger. I mange av disse instrumenter fremheves risikoen for utstøting og diskriminering i arbeidslivet som følge av helseopplysninger.

²³⁸ Omfattet av ratifikasjonen.

²³⁹ Ifølge art. N utgjør vedlegget en del av konvensjonen.

²⁴⁰ Se Digest of the case law of the ECSR 2006 s. 40.

²⁴¹ Se Digest of the case law of the ECSR 2006 s. 115.

²⁴² Recommendation No. R (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States on a Coherent Policy for People with Disabilities, av 9. april 1992.

²⁴³ Pkt. 2.2 tredje strekpunkt. Se nærmere om Europarådets øvrige arbeid for mennesker med funksjonsnedsettelse NOU 2005: 8 s. 89.

Europarådskonvensjonen om personopplysninger av 28. januar 1981²⁴⁴ tar sikte på å verne mot spredning og misbruk av personopplysninger. Formålet med konvensjonen er å beskytte individets friheter og rettigheter, spesielt retten til privatliv i forhold til automatisk databehandling. Det foreligger flere rekommandasjoner med tilknytning til konvensjonen, deriblant en som gjelder personopplysninger i arbeidsforhold, R (89) 2.²⁴⁵ Ifølge pkt. 10.2 i denne rekommandasjonen bør statene legge begrensninger på arbeidsgiverens rett til å kreve helseopplysninger eller helseundersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere. Slike opplysninger bør etter rekommandasjonen bare kunne kreves i særlig oppregnede tilfeller, bl.a. for å bedømme skikkethet for jobben, for forebyggende medisin eller for å bedømme om vedkommende har rett til sosiale goder. I forklaringene²⁴⁶ til rekommandasjonen henvises bl.a. til de utfordringer en står overfor i forbindelse med undersøkelser av genetisk risiko for sykdom og til de spesielle problemer som oppstår i forhold til AIDS.²⁴⁷ Videre foreligger en rekommandasjon fra 1992, R (92) 3, der medlemsstatene anbefales at fortsatt ansettelse ikke bør være betinget av genetiske undersøkelser.²⁴⁸ I 1997 ble også vedtatt en annen europarådsrekommandasjon som gjelder helseopplysninger mer generelt, Recommendation No. R (97) 5 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Medical Data.²⁴⁹ I forklaringene til denne rekommandasjonen tar en blant annet opp genetisk testing av arbeidssøkere.²⁵⁰

European Health Committee fremmet i 1999 forslag om felles europeiske retningslinjer for helseundersøkelser før ansettelse. Den uttalte hensikten var å trygge menneskerettighetene og forhindre diskriminering på grunn av helseforhold. Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt.²⁵¹

En konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin ble vedtatt 4. april 1997.²⁵² Denne forbyr i art. 11 enhver form for diskriminering av personer på grunnlag av genetisk arv. Art. 12

²⁴⁴ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981. Konvensjonen er ratifisert av Norge 20. februar 1984 og trådte i kraft 1. oktober 1985.

²⁴⁵ Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes.

²⁴⁶ Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes.

²⁴⁷ Avsnitt 74 og 75.

²⁴⁸ Recommendation No. R (92) 3 of the Committee of Ministers to Member States on Genetic Testing and Screening for Health Care Purposes, Principle 6 a.

²⁴⁹ Recommendation No. R (97) 5 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Medical Data.

²⁵⁰ Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (97) 5 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Medical Data, avsnitt 104.

²⁵¹ Medical examinations preceding employment or private insurance, a proposal for European Standards, se nærmere NOU 2001: 4 s. 56-57.

²⁵² Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine av 4. april 1997.

begrenser adgangen til å utføre prediktive genetiske undersøkelser: Slike tester skal bare utføres for medisinske formål. Konvensjonen er nylig ratifisert av Norge.²⁵³

Konvensjonene stiller krav til statene, men omfatter også privat sektor. Oppfyllelse av konvensjonene kan forutsette at statene iverksetter tiltak overfor private arbeidsgivere.

2.4. Folkerettslige krav til håndheving.

Internasjonale konvensjoner kan stille spesielle krav til håndheving og sanksjonering av den nasjonale reguleringen som er gitt for å implementere konvensjonene. Blant annet stilles krav om at individene skal gis rettigheter etter konvensjonene og adgang til å fremme disse ved nasjonale rettsinstanser. Videre stilles generelle krav til saksbehandlingen etter nasjonal rett, for eksempel til behandlingen av sivile tvister.

Ifølge FN-SP art. 2 nr. 3 forplikter statene seg til å sikre at den som mener seg krenket etter konvensjonen har et effektivt rettsmiddel, art. 2 nr. 3 bokstav a; at det skal være mulig å få sin sak avgjort av kompetent rettslig, administrativ eller legislativ myndighet, art. 2 nr. 3 bokstav b; og at de kompetente myndigheter skal fullbyrde rettsmidlet, art. 2 nr. 3 bokstav c. EMK art. 13 stiller krav om at den enkelte gis "effektive rettsmidler", i forhold til krenkelser av "rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon".²⁵⁴

Økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter har tradisjonelt vært ansett som mindre egnet for direkte rettslig anvendelse, blant annet på grunn av deres vaghet og statenes gradvise gjennomføringsforpliktelse. Imidlertid er det en utvikling mot at de i større utstrekning enn før anses som rettigheter som kan anvendes direkte.²⁵⁵ General comment (3) (1990) fra FN-Komiteén for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter anbefaler at den enkelte gis rettsmidler i forhold til de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter som etter de nasjonale rettsystemer blir ansett "justiciable", dvs egnet til direkte anvendelse. I tillegg gis en anbefaling av hvilke av konvensjonens rettigheter som etter Ekspertkomitéens mening kan fylle et slikt krav: Dette gjelder blant annet art 7 bokstav a underpkt. i, (lik lønn for arbeid av lik verdi). Som vi har sett, stiller også ESP krav om at statene sikrer retten til arbeid generelt og spesielt i forhold til funksjonshemmede. Det må legges til grunn at art. 1 nr. 2 om ikke-diskriminering i yrke og også art. 15 nr. 2 om

²⁵³ 13. oktober 2006 med ikrafttredelse 1. februar 2007.

²⁵⁴ Se nærmere om kravet Aall 2007 s. 67-71.

²⁵⁵ Se nærmere Scheinin 2001 s. 29 flg.

personer med funksjonsnedsettelse krever at den enkelte gis effektive rettsmidler.²⁵⁶ Krav om klagemuligheter følger videre direkte av bestemmelsen om oppsigelsesvern i art. 24.

I tillegg kan folkeretten stille krav til håndheving av rettigheter generelt, ikke bare i forhold til rettigheter som følger av konvensjonene. Etter EMK art. 6 annet ledd har enhver krav på rettferdig og offentlig rettergang ved en uavhengig og upartisk domstol ”for å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter”. Et liknende krav stilles i FN-SP art. 14 nr. 1 hvor det blant annet heter at ”[e]nhver har ved behandlingen av (...) spørsmål om hans rettigheter og forpliktelser i et tvistemål, rett til upartisk og offentlig rettergang ved en kompetent, uavhengig og upartisk domstol som er opprettet i henhold til lov.” Disse bestemmelsene vil i utgangspunktet også omfatte arbeidsrettslige rettigheter og plikter.²⁵⁷ Hva som utgjør en ”rettighet”, eventuelt en ”borgerlig rettighet” i arbeidsforhold er likevel ikke umiddelbart gitt, særlig hva angår generelle krav til arbeidsmiljø og tilgjengelighet.

3. EF-/EU-/EØS-rettslige kilder.

3.1 EF/EU. Menneskerettigheter, arbeidsmiljø, kontraktsvern, diskriminering, personvern.

De temaer avhandlingen omfatter, det arbeidsrettslige vernet mot utstøting og diskriminering på grunn av helsetilstand og funksjonshemming, har også i stadig større utstrekning vært gjenstand for oppmerksomhet innen EF- og EU-retten. For det første har en i EF- og EU-traktatene i stigende utstrekning henvist til menneskerettskonvensjoner, menneskerettigheter og grunnleggende prinsipper. For det annet er det utarbeidet traktathjemler for å vedta sekundærregulering om for eksempel likebehandling i arbeidslivet. For det tredje er slik sekundærlovgivning vedtatt, blant annet sysselsettingsdirektivet av 2000.²⁵⁸

Gjeldende EF-traktat²⁵⁹ art. 136 viser til den europeiske sosialpakten av 1961. Ifølge gjeldende EU-traktat²⁶⁰ art. 6 nr. 1 bygger unionen på prinsippene om ”respekt for menneskerettighetene og de grunnleggende frihedsrettigheter samt rettsstatsprinsippet, der alle er prinsipper, som medlemsstatene har til felles”. Videre skal Unionen respektere de grunnleggende rettigheter som

²⁵⁶ Se Digest of the case law of the ECSR 2006 s. 41 og s. 115. Kravet om effektive rettsmidler nevnes ikke direkte i kommentaren til art. 15 stk. 2, men det legges til grunn at statene plikter å forby diskriminering på grunn av funksjonshemming i arbeidslivet.

²⁵⁷ Med et mulig unntak for offentlig ansatte tjenestemenn i forhold til EMK art. 6, se Nielsen 2006 s. 399.

²⁵⁸ Rdir.2000/78/EF af 27. november 2000

²⁵⁹ Konsolideret utgave af Traktaten om oprettelse af de Europæiske Fællesskab. Det siteres i det følgende, hvor ikke annet fremgår, til den danske utgaven av traktaten.

²⁶⁰ Konsolideret utgave af Traktaten om den Europæiske Union. Det siteres i det følgende, hvor ikke annet fremgår, til den danske utgaven av traktaten.

garanteres i EMK, EU-traktaten art. 6 nr. 2.²⁶¹ Det ikke-bindende Charter om grunnleggende rettigheter fra 2000²⁶² inneholder en omfattende rettighetskatalog. EF-domstolen har i stigende grad trukket inn menneskerettigheter som en del av EF-rettens alminnelige rettsprinsipper, særlig EMK, men også FN-SP.²⁶³ Videre har EF-domstolen etter hvert også trukket inn sitt eget Charter om grunnleggende rettigheter.²⁶⁴

Ved Lisboa-traktaten av desember 2006 gjøres omfattende endringer i EF- og EU-traktaten,²⁶⁵ og Charteret om grunnleggende rettigheter er også revidert som følge av dette.²⁶⁶ Endringene styrker menneskerettighetenes stilling i EU ytterligere, og tar blant annet sikte på å gjøre det mulig for EU å tiltre den europeiske menneskerettskonvensjon.²⁶⁷ Det er pr. mai 2008 usikkert om og når endringene vil tre i kraft.

Nedenfor gis en oversikt over den EF-/EU-rettslige reguleringen på avhandlingens område. Fremstillingen er basert på gjeldende rett pr. mai 2008. I noen tilfeller er henvist til endringer som følge av Lisboa-traktaten.

Den gjeldende hjemmel for å vedta tiltak til forbedring av *arbeidsmiljøet*, er EF-traktaten art. 137(1)(a), som gjelder ”forbedring af især arbejdsmiljøet for at beskytte arbeidstagerne sikkerhed og sundhed”.²⁶⁸ EF-traktaten art. 137(2)(b) gir Rådet hjemmel til å gi direktiver om minstekrav til arbeidsmiljøet.

EF-retten inneholder en relativt omfattende regulering av krav til arbeidsmiljøet, hvor rammedirektivet om arbeidsmiljø av 1989 er det mest generelle.²⁶⁹ Av særlig interesse for avhandlingens tema er prinsippet om at arbeidet skal tilpasses menneskers ulike forutsetninger. Dette prinsippet fremkommer flere steder i direktivet: Artikkel 15 i gir arbeidsgiver plikt til å beskytte særlig følsomme risikogrupper mot farer som for dem er særlig alvorlige. Dette kan blant annet gjelde personer med visse grupper funksjonsnedsettelse, for eksempel personer med nedsatt immunforsvar. Artikkel 6 nr. 2 fastsetter at arbeidsgiver ved oppfyllelsen av sine plikter skal bygge på visse generelle prinsipper for forebygging, bl.a. bokstav d, herunder at ”arbeidet skal tilpasses

²⁶¹ Se for eksempel sak C-404/92 P, X mot kommisjonen, hvor domstolen under henvisning til EMK art. 8 la til grunn at en person som var midlertidig ansatt i kommisjonen hadde anledning til å motsette seg en HIV-test.

²⁶² Den Europæiske Unions Charter om Grunnleggende Rettigheder (2000/C 364/01). Det siteres i det følgende, hvor ikke annet fremgår, til den danske utgaven av charteret.

²⁶³ Se generelt om folkerettslige regler som del av EF- og EU-arbeidsretten Nielsen 2006 s. 76-77.

²⁶⁴ Se Unibet-saken, C-432/05, avgjørelse av 13. mars 2007, premiss 37.

²⁶⁵ Traktat om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, underskrevet i Lisboa den 13. desember 2007.

²⁶⁶ Se Den Europæiske Unions Charter om Grunnleggende Rettigheder (2007/C 303/01) og forklaringene til Charteret. (2007/C 303/02).

²⁶⁷ Se den reviderte EU-traktaten art. 6 nr. 2.

²⁶⁸ Ved Lisboa-traktatens (eventuelle) ikrafttredelse blir dette artikkel 153.

²⁶⁹ Rdir.89/391/EØF av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen. Det siteres her og i det følgende fra den norske utgaven av direktivet, når ikke annet fremgår av sammenhengen.

den enkelte, (...)”. Av art. 6 nr. 3 bokstav b følger videre at arbeidsgiver plikter å ”ta hensyn til en arbeidstakers kapasitet når det gjelder sikkerhet og helse, når arbeidstakeren gis en arbeidsoppgave”.

I tillegg til det generelle rammedirektivet om arbeidsmiljø, er det vedtatt flere særdirrektiver, og noen arbeidsmiljødirektiver som ikke er særdirrektiver til rammedirektivet. Av disse er to av særlig interesse for avhandlingens tema; arbeidstidsdirektivet av 2003²⁷⁰ og graviditetsdirektivet av 1992.²⁷¹

Arbeidstidsdirektivet, ERdir.2003/88/EF, inneholder bestemmelser om individuell omplassering som vernetiltak i arbeidsmiljøet. Etter arbeidstidsdirektivet art. 9 nr. 1 bokstav b skal medlemsstatene treffe de tiltak som er nødvendige for at nattarbeidere som ”lir av helseproblem som påviseleg har sammenheng med at dei utfører nattarbeid, om mogleg vert overførde til eit dagarbeid som dei er skikka til.”

Graviditet utgjør selvsagt ingen sykdom eller funksjonsnedsettelse. Graviditetsdirektivet av 1992 er likevel av interesse for avhandlingen fordi den praktiske situasjonen for gravide er delvis parallell til situasjonen for arbeidstakere med funksjonsnedsettelser. I begge tilfeller vil det ofte være nødvendig med individuell tilrettelegging for at arbeidstaker skal kunne fungere i et bestemt arbeid. Videre er graviditetsdirektivet nær knyttet til reguleringen av likebehandling av kjønn. Det er derfor mulig at de løsninger graviditetsdirektivet anviser – og den rettspraksis som foreligger i forhold til dette direktivet – kan gi grunnlag for analogislutninger også med hensyn til tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelser.²⁷² Fortalen til graviditetsdirektivet henviser til ovennevnte art. 15 i rammedirektivet om arbeidsmiljø, og slår fast at gravide arbeidstakere, arbeidstakere som nylig har født eller som ammer, må anses som en særskilt risikogruppe i mange henseender, og det må treffes tiltak med hensyn til disse arbeidstakeres sikkerhet og helse. Artikkel 5 presiserer arbeidsgivers plikt til tiltak og prioriterer mellom tiltakene.

Charteret om grunnleggende rettigheter av 2000 inneholder bestemmelser om arbeidstakers rett til ”sunde, sikre og værdige arbeidsforhold”, se art. 31 nr. 1.²⁷³

²⁷⁰ ERdir.2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstida. Arbeidstidsdirektivet er ikke et særdirektiv til rammedirektivet om arbeidsmiljø. Det siteres her og i det følgende fra den norske utgaven av direktivet, når ikke annet fremgår av sammenheng.

²⁷¹ Rdir.92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikkel 16 nr. 1 i direktiv 89/391/EØF). [Graviditetsdirektivet] Det siteres her og i det følgende fra den norske utgaven av direktivet, når ikke annet fremgår av sammenheng.

²⁷² Slik også Waddington og Hendriks 2002 s. 418-419.

²⁷³ Beholdt uendret i det reviderte Charteret av 2007.

Det er ingen generell og sammenhengende EF-rettslig regulering av vilkårene for at arbeidsgiver skal kunne bringe en arbeidskontrakt til opphør, og *oppsigelsesvernet* varierer fra land til land.

EF-traktatens art. 137 nr. 2 første ledd bokstav b, jfr. nr. 1 bokstav d, inneholder hjemmel for å vedta direktiver om ”beskyttelse af arbejdstagere ved ophævelse af en arbejdskontrakt”. Med hjemmel i denne bestemmelse er det vedtatt noen direktiver om oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold. EF-domstolen har lagt til grunn at direktivene som verner arbeidstaker ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, ikke tar sikte på å totalharmonisere oppsigelsesvernet.²⁷⁴ En har på EF-plan i liten grad beskjeftiget seg med oppsigelsesvern pga. arbeidstakers forhold. Kontraktsvern ved opphør begrunnet i arbeidstakers forhold kan likevel være regulert i form av forbud mot represalier,²⁷⁵ eller ved opphør som utgjør en diskriminerende handling, se bl.a. sysselsettingsdirektivet art. 3 nr. 1 bokstav c.²⁷⁶

Det foregår en viss utvikling mot en harmonisering av oppsigelsesvernet innen EU. Ifølge det ikke-bindende Charteret om grunnleggende rettigheter av 2000 art. 30 har ”[e]nhver arbejdstager (...) ret til beskyttelse mod ubegrundet opsigelse i overensstemmelse med fællesskabsretten og national lovgivning og praksis.”²⁷⁷ I forklaringene til Charterets bestemmelse henvises blant annet til ESP 1996 art. 24, se ovenfor.²⁷⁸

Ved Amsterdam-traktaten av juni 1997 ble det i EF-traktaten innført en kompetansehjemmel for Rådet til å treffe tiltak for å bekjempe *diskriminering* på flere grunnlag, blant annet funksjonsnedsettelse. EF-traktatens art. 13(1) lyder:

”Med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. (...)”²⁷⁹

Bindende regulering av diskrimineringsvern for personer med funksjonsnedsettelser ble vedtatt ved sysselsettingsdirektivet, Rdir.2000/78/EF. Direktivet inngår som en del av en handlingspakke mot diskriminering, som i tillegg inneholder et rådsdirektiv om etnisk diskrimi-

²⁷⁴ Se EF-domstolens sak 105/84 Danmols Inventar avsnitt 26 og sak C-343/98 Collino og Chiappero avsnitt 37 om virksomhetsoverføringsdirektivene. Noenlunde tilsvarende EF-domstolens sak C-449/93 Rockfon, avsnitt 21, som gjaldt direktivet om masseoppsigelser.

²⁷⁵ Se bl.a. rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 8 nr. 4 og sysselsettingsdirektivet art. 11.

²⁷⁶ Se også graviditetsdirektivets art. 10.

²⁷⁷ Bestemmelsen er beholdt uendret i det reviderte Charteret av 2007.

²⁷⁸ Udkast til Den Europæiske Union charter om grundlæggende rettigheder, Forklaringer til den fuldstændige tekst til chartret. Tilsvarende til revidert utgave, se Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder (2007/C 303/02).

²⁷⁹ Artikkel 13 i EF-traktaten vil, når Lisboa-traktaten eventuelt trer i kraft, bli erstattet av artikkel 19 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-traktaten).

nering, Rdir.2000/43/EF og et handlingsprogram om likebehandling, rådsavgjørelse 2000/750/EF.²⁸⁰

Formålet med sysselsettingsdirektivet er ifølge art. 1 å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene, gjennom å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av forskjellsbehandling i sysselsetting og yrke. Direktivets saklige virkeområde følger av art. 3. Av denne følger at hele det individuelle arbeidsforholdet – fra tilsetting til opphør – omfattes av likebehandlingsprinsippet.

Blant de forbudte diskrimineringsgrunner er ”handicap” (dansk versjon) eller ”disability” (engelsk versjon). Direktivet gir ingen legaldefinisjon på hva som menes med ”handicap” eller ”disability” men overlater heller ikke definisjonsmyndigheten eksplisitt til nasjonale myndigheter.²⁸¹ At begrepet er fellesskapsrettslig, er lagt til grunn i Chacón Navas-dommen fra 2006.²⁸² Sysselsettingsdirektivet pålegger statene å iverksette tiltak mot direkte og indirekte diskriminering; begreper som defineres i direktivets art. 2 nr. 2 bokstav a og b. Artikkel 5 supplerer med en plikt til individuell tilrettelegging for å fremme likebehandling. Art. 4 nr. 1 gjør unntak fra diskrimineringsforbudene for regulære og avgjørende ervervsmessige krav. Art. 7 presiserer at positiv særbehandling for å fremme reell likebehandling er tillatt. Kap. II (art. 9-14) inneholder krav til håndheving og sanksjoner.

Videre inneholder Charteret om grunnleggende rettigheter av 2000 et krav om likhet for loven, i art. 20, samt et forbud mot diskriminering på grunnlag av blant annet ”handicap” (dansk utgave) i art. 21 nr. 1.²⁸³

I den nye ”Traktat om den europeiske unions funksjonsmåte” (EUF-traktaten) er videre inntatt en ”mainstreaming”-bestemmelse i art. 10 om at Unionen “[v]ed utformningen og gjennomførelsen av sine politikker og aktiviteter tilstræber (...) at bekjempe enhver form for forskjellsbehandling på grund af (...) handicap (...).”

Det traktatmessige grunnlaget for å vedta tiltak om *personvern* er etter gjeldende rett EF-traktatens art. 95 om det indre marked.²⁸⁴

EFs personverndirektiv av 1995²⁸⁵ pålegger statene å sette grenser for visse typer behandling av personopplysninger, blant annet for arbeidsgiveres rett til å behandle personsopplysninger om arbeidstakerne. Ifølge art. 6 nr. 1 bokstav b skal personopplysninger bare ”innsamles til bestemte,

²⁸⁰ Rådets afgørelse 2000/750/EF af 27. november 2000 om Fællesskabets handlingsprogram for bekæmpelse af forskelsbehandling (2001-2006).

²⁸¹ Hosking 2006 s. 667-689 går inn på ulike definisjoner i noen av EUs medlemsland. Thüsing 2003 gir en oversikt over definisjoner av funksjonshemming i ulike europeiske land i tillegg til USA.

²⁸² Sak C-13/05, Sonia Chacón Navas mod Eures Colectividades SA, Domstolens Dom (Store Afdeling) af 11. juli 2006, avsnitt 39-43.

²⁸³ Disse bestemmelser er videreført uendret i det reviderte charteret av 2007.

²⁸⁴ Etter at Lisboatraktaten (eventuelt) trer i kraft vil dette være art. 114 i EUF-traktaten.

²⁸⁵ ERdir.95/46/EF. Det siteres her og i det følgende fra den norske utgaven, hvor ikke annet fremgår.

uttrykkelig angitte og berettigede formål samt at senere behandling ikke skal være uforenlig med disse formålene”. Det gjelder spesielt strenge krav til behandling av visse typer sensitive opplysninger, deriblant opplysninger om ”helse”, art. 8.

Problemstillingen helseopplysninger og diskriminering på grunnlag av helsetilstand har vært gjenstand for oppmerksomhet innen EU. Dette gjelder særlig opplysninger om, og diskriminering på grunnlag av arveanlegg. Det foreligger en “Resolution on the ethical and legal problems of genetic engineering”, vedtatt av Europaparlamentet i mars 1989, der parlamentet bl.a. understreker at “the weeding out of individual workers with a predisposition to illness must never be the alternative to the improvement of the working environment”, og dessuten “[c]alls for a statutory ban on the selection of workers on the basis of genetic criteria.”²⁸⁶ En er imidlertid ikke kommet frem til noen bindende regulering som spesielt gjelder genetiske opplysninger i arbeidsforhold.

Charteret om grunnleggende rettigheter av 2000 inneholder bestemmelser om rett til respekt for fysisk og psykisk integritet i art. 3 nr. 1, respekt for privatliv i art. 7 og beskyttelse av personopplysninger i art. 8.²⁸⁷

3.2. EØS-avtalen. Sosialpolitikk, materielle bestemmelser om arbeidsmiljø, arbeidsrett, likebehandling (av kjønn), personvern.

EØS-avtalen har et snevrere formål enn EF-traktaten, selv om det sosialpolitiske området også er med i EØS, jfr. bl.a. EØS-avtalens fortale, 22. avsnitt. Det fremgår av EØS art. 1 nr. 1 at (hoved-)formålet med EØS-avtalen er å fremme ”en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelse mellom avtalepartene.” De tiltak som er beskrevet i art. 1 nr. 2 bokstav f, deriblant samarbeid på området miljø og sosialpolitikk, er tiltak for å nå dette målet. Der de sosialpolitiske mål innen EF-retten er fremhevet som selvstendige formål for samarbeidet, som er likestilte med de mer snevre økonomiske mål, se EF-traktatens art. 2, synes altså EØS-samarbeidet om sosialpolitikken og miljøet i større grad begrunnet ut fra hensynet til handel og økonomiske forbindelser, og er i mindre grad fremhevet som noe formål i seg selv.²⁸⁸

Endringer i traktatgrunnlaget innen EU, med flere henvisninger til alminnelige menneskerettskonvensjoner og nye traktathjemler for sekundærlovgivning har ikke ført til tilsvarende endringer i EØS-retten. Charteret om grunnleggende rettigheter av 2000 får i utgangspunktet heller ingen virkning for EØS-avtalen. Likevel er EØS-avtalen en dynamisk avtale. Det følger av EØS-avtalen at en skal strebe ikke bare etter enhetlig lovgivning, men også etter enhetlig tolkning og

²⁸⁶ Resolution on the ethical and legal problems of genetic engineering 1989 fra Europaparlamentet, pkt. 13 og 14.

²⁸⁷ Bestemmelsene er beholdt uendret i det reviderte Charteret av 2007.

²⁸⁸ Se nærmere Nielsen 2006 s. 42-43 om formålene med den EF-arbeidsrettslige og arbeidsmiljørettslige reguleringen.

praktisering av avtalen, se bl.a. fortalens 16. avsnitt. EF-domstolens praksis på menneskerettsområdet kan dermed også påvirke tolkningen av norsk arbeidsrett.

EØS-avtalens del V kap. 1 gjelder sosialpolitikk.

Ifølge EØS-avtalens art. 67 skal avtalepartene bestrebe seg på å forbedre *arbeidsmiljøet* for å beskytte arbeidstakernes helse og sikkerhet, herunder gjennomføre de minimumsforskrifter som er omhandlet i vedlegg XVIII. Rammedirektivet om arbeidsmiljø av 1989²⁸⁹ med særdirrektiver, herunder graviditetsdirektivet av 1992,²⁹⁰ samt arbeidstidsdirektivet²⁹¹ er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XVIII.

Videre skal statene etter EØS-avtalens art. 68 gjennomføre de tiltak som er nødvendige for å sikre at avtalen virker tilfredsstillende på *arbeidsrettens* område. Vedlegg XVIII omfatter noen direktiver som gjelder vern av arbeidstakerne ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold.

EØS-avtalens art. 69 og 70 gjelder likelønn og *likebehandling* mellom kvinner og menn. Her er blant annet inntatt direktivet om likelønn fra 1975,²⁹² direktivet om likebehandling fra 1976,²⁹³ bevisbyrdedirektivet av 1997²⁹⁴ og endringsdirektivet til likebehandlingsdirektivet av 2002.²⁹⁵ Sysselsettingsdirektivet av 2000 er derimot ikke tatt inn i EØS-avtalens vedlegg, se nærmere nedenfor under pkt. 4.5.2.

Personverndirektivet av 1995 er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XI om telekommunikasjons-tjenester.²⁹⁶

Ikke-bindende rettsakter fra EF utgjør formelt ikke en del av EØS-avtalen, og trenger ikke gjennomføres i nasjonal rett i EFTA-landene.²⁹⁷

3.3. EF- og EØS-rettslige krav til håndheving.

3.3.1. Innledning. Nasjonalt anliggende, men lojalitetskrav.

Den tradisjonelle EF-rettslige tilnærming til spørsmålet om håndheving av de nasjonale bestemmelser som gjennomfører EF-retten, har vært at prosessregler er et nasjonalt anliggende.²⁹⁸ Det stilles sjelden krav om at de nasjonale bestemmelsene som gjennomfører EF-retten skal håndheves på bestemte måter eller undergis bestemte typer sanksjoner. Dette harmonerer godt med at direktiver –

²⁸⁹ Rdir.89/391/EØF av 12. juni 1989.

²⁹⁰ Rdir.92/85/EØF av 19. oktober 1992.

²⁹¹ Rdir.2003/88/EF av 4. november 2003.

²⁹² Rdir.75/117/EØF av 10. februar 1975.

²⁹³ Rdir.76/207/EØF av 9. februar 1976.

²⁹⁴ Rdir.97/80/EF av 15. desember 1997

²⁹⁵ Rdir.2002/73/EF av 23. september 2002.

²⁹⁶ ERdir. 95/46/EF av 24. oktober 1995.

²⁹⁷ Se EØS-avtalens art. 119, jfr. også art. 2 bokstav a.

²⁹⁸ Se Malmberg 2003 s. 43 flg.

som utgjør den altoverveiende reguleringsform på arbeidsrettens område – er bindende med hensyn til målsetting, men overlater til statene å bestemme metode for gjennomføringen.²⁹⁹

EF-retten stiller likevel visse generelle krav til håndhevingen ut fra hensynet til effektivitet og like konkurransevilkår. Ifølge EF-traktatens art. 10³⁰⁰ skal statene treffe ”alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner.” Av dette har EF-domstolen utledet et krav om at nasjonale reguleringer som gjennomfører EF-retten skal håndheves effektivt og likeverdig til andre nasjonale reguleringer på tilsvarende områder. Sanksjonene mot overtredelse skal stå i rimelig forhold til overtredelsen og samtidig være avskrekkende.³⁰¹

De regelsett avhandlingen omfatter, kan gjennomføres på forskjellig måte. Nedenfor tar jeg først opp de ulike typer prosesser/organer som bidrar til å gjennomføre arbeidsrettslige plikter på nasjonalt plan. Deretter tar jeg opp noen gjennomgående spørsmål med hensyn til håndheving; bevisbyrde og krav til sanksjoner.

3.3.2. Tilsyn, samarbeid eller rettslig overprøving?

Administrativt tilsyn er vanlig i forhold til håndheving av kravene til arbeidsmiljøet.³⁰²

Rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 4 nr. 1 stiller krav om at medlemsstatene skal sørge for ”nødvendig kontroll og tilsyn”. At det skal være et administrativt organ, synes forutsatt i art. 11 nr. 6, hvor det heter at arbeidstakerne eller deres representanter har rett til å klage³⁰³ ”til den myndighet som har ansvaret for sikkerhet og helse på arbeidsplassen”. Kravet om ”passende” tilsyn etter rammedirektivet om arbeidsmiljø art 16 nr. 3 får anvendelse også for særdirrektiver som graviditetsdirektivet, og gjøres i tillegg gjeldende for arbeidstidsdirektivet etter dettes art. 1 nr. 4.³⁰⁴ Sysselsettingsdirektivet krever ikke at det opprettes noe utenforstående tilsyn, men fremholder dette som ett av flere alternativer.³⁰⁵ Det forutsettes da at den enkelte arbeidstaker må gis partsrettigheter i forhold til tilsynet, se art. 9 nr. 1. Personverndirektivet krever derimot at det opprettes et tilsynsorgan, hvor enkeltpersoner har klagerett, se direktivets art. 28.

Det er i noen tilfeller åpnet for kollektivarbeidsrettslig håndheving av de bestemmelser som i nasjonal rett er gitt for å implementere direktivene, som supplement til eller som alternativ til hånd-

²⁹⁹ Se den gjeldende EF-traktatens art. 249 nr. 3. Sml. den reviderte EUF-traktaten art. 288 tredje ledd.

³⁰⁰ Sml. den reviderte EU-traktaten art. 4 nr. 3.

³⁰¹ Se nærmere Malmberg 2003 s. 43 flg. Spesielt i forhold til likebehandling av kjønn, se Nielsen 2006 s. 397-398.

³⁰² Se Malmberg 2003 s. 109 flg. og Nielsen 2006 s. 408.

³⁰³ Dette kan ikke forstås slik at det stilles krav om klageadgang/partsrettigheter for den enkelte arbeidstaker. Sml. den danske utgaven, som bruker ”henvende sig til den kompetente myndighed”.

³⁰⁴ ERdir.2003/88/EF.

³⁰⁵ Til sammenlikning krever likebehandlingsdirektivet art. 8a (etter endring av 2002, se Rdir.2002/73/EF) og direktivet om etnisk likebehandling (Rdir.2000/43/EF) art. 13 at det opprettes et utenforstående tilsyn.

heving fra den enkelte arbeidstakers side.³⁰⁶ For eksempel inneholder rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 11 krav om medbestemmelse for arbeidstakerne og/eller deres representanter i saker som gjelder arbeidsmiljøet, mens sysselsettingsdirektivet art. 13 nr. 1 pålegger statene å ”tilskynde til dialog mellom arbeidsmarkedets parter med henblik på at fremme likebehandling”. Det er dessuten en utvikling mot å trekke andre typer interesseorganisasjoner enn fagforeninger inn i håndhevelsen, se for eksempel sysselsettingsdirektivet art. 9 nr. 2. Interesseorganisasjoner er derimot ikke trukket inn i håndhevelsen etter personverndirektivet, sml. dettes art. kap. III.

En annen gjennomføringsmåte vil være at den enkelte arbeidstaker gis rettigheter som kan gjennomføres ved domstolene. Verken rammedirektivet om arbeidsmiljø eller arbeidstidsdirektivet krever eksplisitt at den enkelte arbeidstaker skal ha rett til domstoloverprøving i forhold til overtredelse av de nasjonale bestemmelser som er gitt til oppfølging av direktivene. Det har vært hevdet i juridisk teori at en slik rett kan følge av kravet til ”nødvendig kontroll” i art. 4 nr. 1.³⁰⁷ Det kan også nevnes at graviditetsdirektivet, som er et særdirktiv til rammedirektivet om arbeidsmiljø, inneholder en bestemmelse om individuell rett til prøving som synes å tilsvare bestemmelser i direktivene om likebehandling, jfr. art. 12. Graviditetsdirektivets bestemmelse kan ses på som et uttrykk for en utvikling i retning av at også kravene til arbeidsmiljøet kan ses på som individuelle rettigheter for arbeidstaker. Det er likevel ikke klart hvor langt denne utvikling er kommet innen EF-retten.

Sysselsettingsdirektivet synes i utgangspunktet å se domstolshåndheving og administrativ håndheving som alternativer, direktivets art. 9 nr. 1. Personverndirektivet krever derimot direkte at enhver som mener seg krenket etter direktivet, skal ha rett til domstolsbehandling av sitt krav, art. 22.

Charteret om grunnleggende rettigheter fra 2000 art. 47 første ledd stiller direkte krav om at ”[e]nhver, hvis rettigheter og friheter som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol (...).”³⁰⁸ I juridisk teori er lagt til grunn at denne bestemmelse innebærer et generelt krav om adgang til domstolsbehandling for disse rettigheter og friheter.³⁰⁹ Art. 47 annet ledd stiller videre krav om domstolsbehandling også av andre tvister.³¹⁰

³⁰⁶ Se om kollektivarbeidsrettslig gjennomføring av nasjonal implementert EF-arbeidsrett Malmberg 2003 s. 77 flg. ”Industrial relation processes”.

³⁰⁷ Nielsen 2006 s. 369 legger til grunn at ”[f]yldestgjørende kontroll i en EU-sammenheng er formentlig i sidste ende juridisk kontroll, men dette siges ikke særlig klart i rammedirektivet om arbeidsmiljø”.

³⁰⁸ Charteret er revidert 2007, denne bestemmelse er ikke endret. Ifølge forklaringene til Charteret, (2007/C 303/02), er denne basert på EMK art. 13, men går lengre, idet sikrer adgang til effektive retsmidler *for en domstol*.

³⁰⁹ Se Nielsen 2006 s. 402.

³¹⁰ Ifølge forklaringene til Charteret, Forklaringer til chartret om grundlæggende rettigheder (2007/C 303/02), er denne basert på EMK art. 6 stk. 1, men går lengre, idet den ikke bare gjelder borgerlige rettigheter.

3.3.3. Bevisbyrde.

Et utslag av kravet om effektiv håndheving er prinsippet om delt bevisbyrde. Sysselsettingsdirektivet art. 10 fastsetter prinsippet om delt bevisbyrde i saker som gjelder diskriminering på grunnlag av blant annet funksjonshemming.³¹¹ Bestemmelsen er praktisk sett likelydende til rasediskrimineringsdirektivets art. 8 og i tilsvarende i hovedsak også bevisbyrdedirektivet (likebehandling kjønn) art. 4. Ifølge personverndirektivet art. 23 kan medlemsstatene bestemme fritak fra erstatningsansvar for den registeransvarlige dersom han beviser at han ikke er skyld i den begivenhet som førte til skaden, direktivets art 23.

3.3.4. Rettsmidler/sanksjoner.

Med hjemmel i lojalitetsprinsippet i EF-traktatens art. 10 har EF-domstolen utviklet generelle krav til sanksjoner for brudd på de nasjonale bestemmelser som blir gitt for å implementere EF-retten i EU-landene. I Hellas-saken fra 1989 slås lojalitetsprinsippet fast som et overordnet prinsipp for statenes valg av sanksjoner.³¹² Hovedprinsippene er at sanksjonene skal være likeverdige dem som anvendes etter nasjonal rett,³¹³ de skal videre være effektive og avskrekkende samt stå i rimelig forhold til overtredelsen.³¹⁴

EF-domstolen har lagt til grunn at et krav om søksmålskompetanse i et direktiv, tolket i lys av EMK art. 6 og 13, også må innebære en rett for den enkelte til et effektivt rettsmiddel.³¹⁵

Spørsmålet om sanksjoner er også spesialregulert i den EF-rettslige sekundærlovgivningen:

Rammedirektivet om arbeidsmiljø, Rdir. 89/391/EØF inneholder ingen spesialregulering av sanksjoner overfor arbeidsgiver som bryter reglene. Imidlertid må kravet om tilsyn, art. 14, forutsette at dette tilsynet har tilgjengelig tilstrekkelige virkemidler for å håndheve de nasjonale bestemmelser som er gitt til gjennomføring av arbeidsmiljødirektivene. Heller ikke arbeidstidsdirektivet fastsetter spesielle sanksjoner. Graviditetsdirektivet inneholder en bestemmelse, art. 12, om forsvar av rettigheter etter direktivet, men ingen eksplisitt formulerte krav til sanksjoner. Ifølge sysselsettingsdirektivet art. 17 er medlemsstatene forpliktet til å fastsette sanksjoner og sikre iverksettelse av disse. Det er opp til statene å velge hvilke sanksjoner som skal gjelde for overtredelse av de nasjonale bestemmelsene som er vedtatt til gjennomføring av direktivet. De alminnelige krav til effektivitet, forholdsmessighet og avskrekkende virkning fremkommer her

³¹¹ Kravet til bevisbyrde utdypes i fortalens avsnitt 31.

³¹² Sak 68/88 Kommisjonen mot Hellas, dom av 21. september 1989, avsnitt 23.

³¹³ Sak 68/88 Kommisjonen mot Hellas, avsnitt 24. Se også sak C-382/92 Kommisjonen mot Storbritannia avsnitt 55. Ikke-diskrimineringsprinsippet fra Hellas-saken ble gjentatt i Draehmpaehl-saken, sak C-180/95, avsnitt 29.

³¹⁴ Se Nielsen 2006 s. 417 flg., Hellas-saken, sak 68/88 avsnitt 24 og sak C-382/92 Kommisjonen mot Storbritannia, avsnitt 55. Se også Dekker-saken, sak 177/88 premiss 23, Marshall II, sak C-271/91, avsnitt 24, og Draehmpaehl, sak C-180/95 avsnitt 25.

³¹⁵ Se sak 222/84 Johnston, avsnitt 18 og 19.

direkte av bestemmelsens ordlyd. Også personverndirektivet art. 24 overlater til medlemsstatene å fastsette sanksjoner for overtredelse av de nasjonale bestemmelser som vedtas for å gjennomføre direktivet. Her er det ikke angitt noen eksplisitte krav til sanksjonene. De alminnelige kravene om effektivitet, avskrekkende virkning og forholdsmessighet må likevel gjelde ut fra lojalitetsprinsippet.

Mulige nasjonale sanksjoner mot brudd på arbeidsmiljø-, kontraktsvern, diskrimineringsvern- eller personvernregulering kan være straff, gjenopprettelse/ugyldighet eller økonomisk kompensasjon.

Straff kreves ikke som sanksjon verken etter rammedirektivet om arbeidsmiljø, sysselsettingsdirektivet eller personverndirektivet. Straff kan være en hensiktsmessig reaksjon i forhold til overtredelse av arbeidsmiljøbestemmelser. Om denne sanksjonen vil være tilstrekkelig for å oppfylle EF-rettens krav, vil avhenge av effektiviteten i de nasjonale tilsynsorganer med hensyn til å avdekke brudd på arbeidsmiljøbestemmelser, i hvilken utstrekning slike forfølges strafferettslig, samt straffenivået. En formell mulighet for straff som sanksjon er ikke tilstrekkelig effektiv og avskrekkende dersom det i praksis ikke ilegges straffansvar for f.eks. manglende individuelle vernetiltak. Straffansvar kan også brukes på diskriminerings- og personvernområdet, men vil neppe i seg selv være tilstrekkelig som effektiv sanksjonering.

Et annet rettsmiddel kan være krav om *ugyldighet* eller *gjenopprettelse*. Det vil si at handlinger eller forhold som krenker de nasjonale bestemmelsene som gjennomfører EF-rettens krav, skal opphøre.³¹⁶

I forhold til arbeidsmiljøkravene må utgangspunktet klart være at de helseskadelige arbeidsforhold skal endres *in natura*. Hvis sanksjoneringen av slike krav skal være effektive, må nasjonale myndigheter ha kompetanse til å gi pålegg om naturaloppfyllelse av arbeidsmiljøkrav, for eksempel om individuell tilrettelegging for personer som er helsemessig særlig sårbare,³¹⁷ eller som har fått helseproblemer i forhold til nattarbeid.³¹⁸

Ifølge sysselsettingsdirektivet art. 16 skal statene sikre at slike bestemmelser i kontrakter, kollektivavtaler eller arbeidsreglementer, som strider mot likebehandlingsprinsippet, blir gjort eller kan erklæres ugyldige. Dette må blant annet innebære at den enkelte har krav på at en bestemmelse i den individuelle arbeidsavtalen som er i strid likebehandlingsprinsippet, skal erklæres ugyldig.

³¹⁶ Se nærmere Kirkøyen 2003 s. 10.

³¹⁷ Rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 6 annet ledd bokstav d.

³¹⁸ Arbeidstidsdirektivet (ERdir.2003/88/EF) art. 9 første ledd bokstav b. Sml. også graviditetsdirektivets art. 5.

Sett i sammenheng med art. 9 må dette blant annet innebære at den enkelte arbeidstaker med funksjonsnedsettelse må kunne kreve likelønn med sine ikke-funksjonshemmede kolleger.³¹⁹

Art. 16 omfatter ikke ensidige beslutninger fra arbeidsgivers side. Her har statene valgt mellom ulike sanksjoner, så lenge disse fyller de generelle kravene til effektivitet.

Det følger av Colson-saken fra 1984 at EF-retten ikke stiller krav om at brudd på diskrimineringsforbudet med hensyn til kjønn skal belegges med den sanksjon at arbeidsgiver plikter å ansette vedkommende.³²⁰ Det er antakelig heller ikke noe ubetinget krav etter likebehandlingsdirektivet (kjønn) at oppsigelser som er diskriminerende sanksjoneres med gjeninnsettelse. I Marshall II-saken fra 1991 legger EF-domstolen til grunn at effektiv sanksjonering i oppsigelsessaker enten krever gjeninnsettelse *eller* erstatning for det økonomiske tapet.³²¹ Tilsvarende vil da antakelig gjelde i forhold til sysselsettingsdirektivet.

Økonomisk kompensasjon kan etter forholdene utgjøre en sanksjon for brudd på nasjonale bestemmelser som gjennomfører EF-retten.

Rammedirektivet om arbeidsmiljø inneholder ingen spesialregulering av erstatningsansvar; heller ikke arbeidstidsdirektivet. Hvorvidt plikten til individuell tilrettelegging etter rammedirektivet om arbeidsmiljø/arbeidstidsdirektivet kan sanksjoneres ved erstatning, vil avhenge av om den anses å korrespondere med en tilsvarende individuell rettighet på arbeidstakers hånd. Erstatning for økonomisk/ikke-økonomisk tap *kan* utgjøre en sanksjon i forhold til brudd på diskrimineringsforbudet i sysselsettingsdirektivet, se dettes art. 17 annet pkt. Det følger videre direkte av personverndirektivet art. 23 stk. 1 at den som blir skadelidende som følge av behandling av personopplysninger i strid med nasjonale lover som gjennomfører direktivet, skal ha rett til erstatning for tapet.

Velger statene økonomiske sanksjoner som skadeserstatning for brudd på direktivet om likebehandling av kjønn, følger det av Dekker-saken,³²² som er fulgt opp av Draehmpaehl-saken,³²³ at det ikke kan stilles krav om at arbeidsgiver har handlet culpøst. Tilsvarende må legges til grunn etter sysselsettingsdirektivet. I forhold til personverndirektivet følger det direkte av art. 23 stk. 2 at statene kan velge skyldansvar med omvendt bevisbyrde.

Videre stiller EF-retten krav til utmålingen av den økonomiske kompensasjonen:

³¹⁹ Se for parallell problemstilling i forhold til likebehandling mellom kjønn Kirkøen 2003 s. 25 flg.

³²⁰ Sak 14/83 Colson, avsnitt 19.

³²¹ Sak C-271/91 Marshall II, avsnitt 25. I forhold til nasjonale rettssystemer hvor ugyldighet er mulig/hovedregelen, må kravet om at sanksjonene skal være likeverdige dem som kan idømmes etter nasjonal rett, føre til at det også foreligger et EF-rettslig krav om ugyldighet som sanksjon ved diskriminerende oppsigelser.

³²² Sak 177/88 Dekker, avsnitt 26.

³²³ Sak C-180/95 Draehmpaehl, avsnitt 22.

EF-domstolen har i Harz-saken lagt til grunn at for at skadeserstatning i saker som gjelder likebehandling av kjønn skal utgjøre en effektiv og avskrekkende sanksjon, må den ”i hvert fald (...) modsvare det lidte tab, og den skal derfor overstige en rent symbolsk erstatning, for eksempel alene godtgørelse af udgifterne i forbindelse med ansøgningen.”³²⁴ Ifølge Marshall II-saken fra 1991, må en for å oppfylle kravet om effektiv beskyttelse og avskrekkende sanksjoner, kunne ”tilkende en økonomisk erstatning for det påførte tab”.³²⁵ Tilsvarende må legges til grunn etter sysselsetningsdirektivet, samt annen EF-rett der det stilles krav om effektive og avskrekkende sanksjoner.

Der brudd på personverndirektivet har ført til tap for den opplysningene gjelder (her arbeidssøker eller arbeidstaker), skal denne etter art 23 nr. 1 ha ”ret til erstatning for den forvoldte skade fra den registeransvarlige” (her arbeidsgiver). Også denne må forstås slik at det er det fulle tapet som skal erstattes. Ettersom brudd på bestemmelser om behandling av personopplysninger ofte ikke fører til noe direkte økonomisk tap for den registrerte, må kravet om effektive sanksjoner her sannsynligvis innebære at det må foreligge hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap.

Med hensyn til håndhevingen av implementerte rettsakter gjelder stort sett det samme etter EØS-retten som etter EF- og EU-retten i medlemslandene.³²⁶ Lojalitetsgrunnsetningen i EF-traktatens art. 10 finner vi igjen i EØS-avtalens art. 3. Kravene til håndheving og sanksjoner er i stor utstrekning utviklet av EF-domstolen før undertegningen av EØS-avtalen, og gjelder da tilsvarende, se EØS-avtalens art. 6.

4. Enkelte metodespørsmål.

4.1. Alminnelig rettsdogmatisk metode. Ulike tolkingsmodeller.

I avhandlingen anvender jeg alminnelig rettsdogmatisk metode. Dette innebærer at jeg tar sikte på å finne den løsningen på rettsproblemer som innholdsmessig har de beste grunner for seg ut fra juridisk metode. Formålet er å avklare gjeldende norsk rett på et bestemt område; det arbeidsrettslige vernet mot diskriminering og utstøting som følge av helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Som vist under dette kapittel pkt. 1 er de problemstillinger avhandlingen omhandler, i stor utstrekning lovregulert. Den norske loven vil da være primært rettsgrunnlag³²⁷ for de krav

³²⁴ Sak 79/83 Harz, avsnitt 23.

³²⁵ Sak C-271/91 Marshall II, avsnitt 25 jfr. avsnitt 24.

³²⁶ Se nærmere om EØS-avtalens krav til effektiv sanksjonering av likebehandlingsreguleringen (kjønn) Kirkøen 2003.

³²⁷ Se om krav om rettsgrunnlag Nygaard 2004 særlig s. 62 flg. og om lov som primært rettsgrunnlag samme sted s. 102-103.

arbeidssøker eller arbeidstaker som mener seg utsatt for utstøting eller diskriminering, vil kunne rette mot arbeidsgiver.

Lovtekst, så vel som annet rettskildemateriale, kan tolkes ut fra ulike tolkingsmetoder eller -modeller. En kan blant annet anvende en normrasjonell tolkingsmodell, en formålsrasjonell tolkingsmodell eller en interesseavveiningsmodell. Nedenfor vil jeg gå gjennom disse modeller og se på i hvilken utstrekning disse kan og bør anvendes på det rettskildematerialet som analyseres i avhandlingen.

En *normrasjonell* tolkingsmodell innebærer at faktum subsumeres under normen på logisk vis. En slik modell kan anvendes der normen er så klar at det på logisk vis kan utvikles rettsvirkninger av den. En normrasjonell tolkingsmetode innebærer forutberegnelighet for pliktsubjektet. Metoden virker systembevarende, og gir lite rom for rettsutvikling. Forbudet mot oppsigelse under sykefravær er et eksempel på en norm som kan gi grunnlag for normrasjonelle eller subsumsjonslogiske slutninger. Det samme gjelder bioteknologilovens absolutte forbud mot bruk av enkelte typer genetiske opplysninger. Videre vil forbud mot direkte diskriminering ofte gi grunnlag for normrasjonelle slutninger. For eksempel er det klart at dårligere behandling av en arbeidssøker som er direkte og eksplisitt begrunnet i kjønn, er forbudt.³²⁸ Ved tolking av forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming vil en normrasjonell tolkningsmetode likevel sjelden gi klare svar. Spørsmålet om det foreligger diskriminering vil svært ofte avhenge av en skjønnsmessig vurdering av funksjonsnedsettelsens betydning for arbeidsevnen og arbeidsgivers plikt til tilrettelegging.

En *formålsrasjonell* eller teleologisk tolkingsmodell innebærer at rettsanvender legger vekt på formålet med reguleringen for å bestemme innholdet av de materielle regler. For eksempel kan en formålsrasjonell tolkning av forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming tilsi at en går langt i å statuere at det foreligger en tilsvarende situasjon, til tross for at det er visse av stillingens arbeidsoppgaver arbeidstakeren som følge av funksjonsnedsettelsen ikke kan utføre. En slik metode kan gi grunnlag for rettsutvikling. I forhold til arbeidsgiver kan imidlertid en formålsrasjonell tolkning av vage bestemmelser medføre rettsusikkerhet.

EF-domstolen³²⁹ og Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)³³⁰ har, i hvert fall på enkelte punkter, gått langt i formålsrasjonell tolking av bestemmelser som innebærer rettigheter for enkeltindivider.

³²⁸ EF-domstolen anvendte en normrasjonell argumentasjonsmåte i Kalanke-dommen, sak C-450/93, dom av 17. oktober 1995, der en ordning med positiv særbehandling ble underkjent som kjønnsdiskriminerende.

³²⁹ Nygaard 2004 s. 37 og Graver 2003 s. 468-489 (s. 483).

³³⁰ Nygaard 2004 s. 38 og Graver 2003 s. 468-489 (s. 479).

Den norske Høyesterett har tidligere i liten utstrekning henvist direkte til formålsbestemmelser og formålsbetraktninger ved tolkningen av arbeidsrettslige bestemmelser.³³¹ I noen nyere tilfeller har Høyesterett likevel statuert regler ut fra en formålsrasjonell lovtolkning.³³² Mer utbygde formålsbestemmelser i lovgivningen kan videre gi et signal fra lovgivers side om at kravene bør tolkes dynamisk. Formålsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven av 2005, § 1-1, omfatter så vel likebehandling (bokstav b) som inkluderende arbeidsliv (bokstav e), noe som kan få betydning for vernenivået etter arbeidsmiljølovens øvrige bestemmelser. Videre gir utviklingsstandarden for arbeidsmiljøet, aml. § 4-1 første ledd annet pkt., et klart signal om en dynamisk tolking av generelle og individuelle arbeidsmiljøkrav, med stadig strengere krav til blant annet tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer.

Særlige håndhevingsorganer vil antakelig i større grad enn domstolene være tilbøyelige til å anvende en formålsrasjonell, dynamisk lovtolkning. Diskrimineringsombudet, som trådte i funksjon 1. januar 2006, skal etter loven ivareta både en lovhåndhever- og en pådriverrolle.³³³ Denne dobbeltrollen kan føre til at Ombudet legger seg på en offensiv og formålsrasjonell lovtolkningsstrategi.³³⁴ Ombudet treffer imidlertid i liten grad bindende vedtak, og Nemnda, med avgjørelseskompetanse, har ikke den samme dobbeltrollen. Det er derfor ikke gitt at det er den formålsrasjonelle tolkningsstrategien som kommer til å sette den reelle standarden for diskrimineringsvernet i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelser.

En *interesseavveiningsmodell* innebærer at rettsanvender foretar en avveining mellom flere motstående, hver for seg berettigede, interesser. Selv om forbudene mot direkte diskriminering, som vist ovenfor, ofte gir grunnlag for normrasjonelle slutninger, bygger forbudet mot direkte diskriminering på grunn av funksjonshemming i stor utstrekning på rettslige standarder. Dette skyldes at omfanget av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging i mange tilfeller vil være det som skiller urettmessig vektlegging av funksjonshemming fra rettmessig vektlegging av nedsatt arbeidsevne. Plikten til individuell tilrettelegging beror på en klar interesseavveining, se aml. § 13-5 hvor dette er uttrykt med ”så langt det er mulig” og med mindre ”tiltakene innebærer en ufor-

³³¹ I Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, uttaler Høyesterett seg prinsipielt om at det er store betenkeligheter knyttet til å anerkjenne ubegrunnet smittefrykt som oppsigelsesgrunn, men bygger direkte resultatet på at det ikke er bevist at frykten ville føre til tap for restauranten.

³³² Se bl.a. Rt. 1991 s. 616 som gjaldt avskjæring av bevis ervervet ved hemmelig videoovervåking av arbeidsplass. Her tolker Høyesterett aml § 12 offensivt under henvisning til arbeidsmiljølovens formålparagraf (obiter dictum). I Rt. 2005 s. 826 avsnitt 29 viser Høyesterett til lovens formål – trygge tilsetningsforhold – som et argument for å anse en fast ansettelse med udefinert arbeidsmengde som en reell, og ulovlig, midlertidig tilsetning.

³³³ Se Idol. § 3 første og annet ledd samt bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 35-36.

³³⁴ Se for et eksempel på offensiv tolking Ombudets uttalelse av 17. april 2008, sak 06/1834, kjønnsdiskriminering mht. lønn i Harstad kommune. I forhold til forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming har Ombudet hittil ikke lagt seg på noen offensiv strategi, sml. sak 07/1075, hvor en mann med en funksjonshemmet datter ikke ble ansett vernet av diskrimineringsforbudet i aml. kap. 13.

holdsmessig [stor] byrde” for arbeidsgiver. Videre anvender arbeidsmiljølovens forbud mot indirekte diskriminering en interesseavveiningsstandard. Hensynet til de grupper som rammes uforholdsmessig av en tilsynelatende nøytral praksis m.m., skal veies mot arbeidsgivers interesse i å opprettholde denne praksis. Også bestemmelsene om kontraktsvern (det alminnelige saklighetskravet og plikten til individuell tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne) og bestemmelsene om integritetsvern i arbeidsforhold, bygger i stor utstrekning på interesseavveiningsstandarder.

Hvorvidt interesseavveiningsmodellen gir grunnlag for rettsutvikling, vil avhenge av hvilke interesser som i praksis får gjennomslag. En kan stille strenge eller mindre strenge krav til arbeidsgivers interesse i å opprettholde bestemmelser som får negativ betydning for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse etc.. Og en kan stille strenge eller mindre strenge krav til de forhold på arbeidsgiverside som kan begrunne unntak fra plikten til individuell tilrettelegging.

I avhandlingen vil jeg anvende en formålsrasjonell og dynamisk tolkingsmetode så langt dette er forsvarlig ut fra rettskildefaktorene. Dette innebærer at formålet med bestemmelsene – å verne mot utstøting og diskriminering – vil være viktig for mine standpunkter til hva som er gjeldende rett på dette området. Arbeidsgivers interesser vil likevel klart være relevante for hvilke plikter denne kan pålegges for eksempel til individuell tilrettelegging.

4.2. Betydningen av norske forarbeider.

Som vist under pkt. 1 har det rettsområdet avhandlingen omhandler vært gjenstand for hyppige lovendringer, og det foreligger omfattende forarbeider. Foruten å avklare lovenes generelle formål, tar forarbeidene standpunkt til konkrete tolkingsspørsmål.

Forarbeider har tradisjonelt vært en rettskildefaktor som har vært tillagt relativt stor vekt etter norsk rett.³³⁵ Norske forarbeid til lover som bygger på internasjonale konvensjoner/EØS-rett vil imidlertid ha mer begrenset betydning på grunn av hensynet til internasjonal harmonisering.³³⁶ For eksempel vil en norsk forarbeidsuttalelse som gir uttrykk for at en bestemmelse gir et mer begrenset vern enn det som kreves etter bindende folkerettslig/EØS-rettslig regulering, ha svært liten vekt.³³⁷ Kravene etter menneskerettskonvensjoner og EF-direktiver på det arbeidsrettslige området innebærer likevel i regelen en minimumsharmonisering. Hvor forarbeidsuttalelsen gir et

³³⁵ Se Eckhoff og Helgesen 2001 s. 70-74, og Nygaard 2004 s. 195 flg.

³³⁶ Se bl.a. Graver 2003 s. 474-475.

³³⁷ Se Graver 2003 s. 468-489, (s. 475).

lengregående vern enn det som kreves folkerettslig, vil den ha større vekt.³³⁸ Videre vil det ha betydning at EF-direktiver vil gi et visst spillerom for skjønn med hensyn til metodene for statenes implementering.³³⁹ Dette kan tilsi at uttalelser i forarbeidene til den norske gjennomføringsloven er relevante.

Dertil kommer at det i hvert fall foreløpig ikke foreligger noe særlig praksis fra internasjonale organer som kan avklare de spørsmål avhandlingen omfatter. Hensynet til forutberegnelighet for partene kan derfor tale for at norske rettsanvendere legger en viss vekt på uttalelser i norske forarbeider.

4.3. Betydningen av norsk praksis.

4.3.1. Rettspraksis.

Som vist under pkt. 1 har den store lovgivningsaktiviteten i forhold til diskriminering/personvern hittil resultert i svært lite rettspraksis på området. Hvor det finnes norsk rettspraksis, gjelder denne i stor utstrekning saker om kontraktsvern, herunder tilrettelegging for arbeidstakere med ”yrkeshemming” eller ”reduert arbeidsevne”. Her foreligger på sin side en god del avgjørelser, herunder noen høyesterettsavgjørelser og relativt mange underrettsavgjørelser.

Bruk av underrettspraksis for å avklare gjeldende rett reiser en del problemstillinger.³⁴⁰ Argumentene mot å behandle underrettspraksis er i hovedsak at disse vil kunne overprøves av Høyesterett, at de ofte er konkret begrunnet, samt at det kan være tilfeldig hva som er publisert.

Etter mitt syn må underrettspraksis i hvert fall kunne brukes som illustrasjon for praktiske problemstillinger. Videre kan en konkret underrettsavgjørelse ha betydning ved at dens argumenter og begrunnelse for den valgte løsningen er av god kvalitet. Publikasjonsargumentet vil etter hvert ha begrenset betydning i hvert fall hva angår lagmannsrettsavgjørelser, hvor alle dommer etter ca. 1995 er publisert på Lovdata. Høyesterett vil heller ikke kunne forventes å avgjøre alle tvilsspørsmål på dette området, og det kan ikke være hensiktsmessig å unnlate å foreta noen analyse av rettstilstanden på det grunnlag at det ikke foreligger autoritativ rettspraksis.³⁴¹ En avhandling som bare bygget på Høyesteretts materiale ville ikke avklart svært mange problemstillinger.³⁴² Hvor

³³⁸ For eksempel knytter norske forarbeider tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5 til tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 på områder hvor sistnevnte antakelig rekker noe videre enn det som er nødvendig etter sysselsettingsdirektivet. Her vil det ikke være noe i veien for å tillegge forarbeidsuttalelsene vekt.

³³⁹ Se EØS-avtalens art. 7 b som tilsvarer EF-traktatens art. 249 tredje ledd.

³⁴⁰ Se om bruk av underrettspraksis Nygaard 2004 s. 210-211, samt i forhold til juridiske avhandlinger Fanebust 2001, s. 49-52.

³⁴¹ Slik også Vigerust 1998 s. 74.

³⁴² Slik også Fanebust 2001 s. 52.

det foreligger en relativt klar linje i underrettspraksis, vil videre forutberegnelighetshensyn for partene tale for at en rettsanvender legger vekt på denne praksis.

I forhold til den nye diskrimineringsvernreguleringen foreligger som nevnt forsvinnende lite norsk rettspraksis. Norsk rettspraksis som gjelder tilrettelegging for å unngå oppsigelse har i utgangspunktet ingen vekt i forhold til diskrimineringsforbudet etter kapittel 13. Imidlertid kan rettspraksis også her være av betydning som illustrasjon på praktiske problemstillinger. Som jeg vil vise under kap. VI³⁴³ har lovgiver på visse punkter valgt å knytte omfanget av tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5 til tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6. Dette innebærer at plikten etter aml. § 13-5 ikke kan rekke kortere enn plikten etter § 4-6, og at praksis etter § 4-6 med forgjengere kan få betydning i den utstrekning den stiller minstekrav til tilrettelegging på dette spesielle området.

4.3.2. Forvaltnings- og ombudspraksis m.v.

De samme innvendinger som kan gjøres gjeldende i forhold til bruk av underrettspraksis, vil i stor utstrekning også kunne gjøres gjeldende i forhold til forvaltnings- og ombudspraksis.³⁴⁴ Domstolene vil kunne overprøve organenes praksis, publiseringen kan være tilfeldig og avgjørelsene kan være konkret begrunnet. For visse organer kan det være av betydning at disse ikke kan antas å være upartiske i en konflikt.

Slik praksis kan likevel selvsagt som et minimum ha betydning som illustrasjon av praktiske problemstillinger og i kraft av sin argumentasjonsverdi. Det vil også i regelen dreie seg om organer med høy faglig kompetanse på sitt område. Videre kan hensynet til likhet og forutberegnelighet for partene tilsi at en anvender det materialet som faktisk finnes, særlig hvor dette er publisert.

Den forvaltnings- og ombudspraksis som kan ha betydning på avhandlingens område, vil i første rekke være Sivilombudsmannens uttalelser, uttalelser og avgjørelser fra Diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda og det tidligere Likestillingsombudet og Likestillingsklagenemnda samt avgjørelser fra Tvisteløsningsnemnda for arbeidstidssaker.³⁴⁵

Sivilombudsmannens uttalelser er ikke bindende, men blir i praksis i stor utstrekning respektert av forvaltningen.³⁴⁶ Sivilombudsmannen har høy faglig kompetanse innen forvaltningsrett og uttalelsene er stort sett grundig begrunnede og har høy argumentasjonsverdi. Videre

³⁴³ Se særlig pkt. 2.3.2.3.

³⁴⁴ Se Nygaard 2004 s. 211-216 om praksis ved offentlige organ som tar stilling til konkrete rettsspørsmål og samme sted s. 216-218 om andre organ som tar standpunkt til privarrettslige tvister. Se Eckhoff og Helgesen 2001 s. 230 flg. blant annet om de særskilte klageinstanser, herunder Sivilombudsmannen.

³⁴⁵ Tidligere ble saker om rett til redusert arbeidstid mv. avgjort av Arbeidstilsynet, se tidligere aml. 1977 § 46A nr. 6.

³⁴⁶ Se Eckhoff og Helgesen 2001 s. 231-232.

publiseres alle uttalelser på Lovdata. Hvor slike uttalelser foreligger, vil de klart ha betydning i forhold til avklaring av gjeldende rett.

Også Diskrimineringsnemnda og Diskrimineringsombudet har høy faglig kompetanse på sitt område, som er diskrimineringslovgivningen.³⁴⁷ Saksbehandlingen for Ombudet og Nemnda er preget av kontradiksjon og uttalelser og avgjørelser er som hovedregel grundig begrunnede. Diskrimineringsnemnda kan fatte bindende avgjørelser, mens Ombudet som hovedregel bare kan avgi ikke-bindende uttalelser. Alle avgjørelser fra Diskrimineringsnemnda og den tidligere Likestillingsklagenemnda er publisert på Lovdata. En del avgjørelser fra Ombudet er presentert på dettes nettsider, samt i praksisrapporter og (tidligere) årsmeldinger. I avhandlingen vil jeg i første rekke trekke inn Nemndas avgjørelser. I forhold til forståelsen av diskrimineringsforbud og beviskrav trekker jeg også en del veksler på den tidligere Likestillingsklagenemndas praksis i forhold til diskriminering på grunn av kjønn, og da særlig praksis i forhold til gravide.

En særlig Tvisteløsningsnemnd³⁴⁸ avgjør saker om en bestemt type individuelt tilretteleggingstiltak, nemlig arbeidstidstilpasning. Helseforhold er ett av flere grunnlag for å kreve tilrettelegging av arbeidstiden, se aml. § 10-2 annet og fjerde ledd samt § 10-6 tiende ledd. Nemnda avgjør et sted mellom 50 og 100 saker pr. år, men bare et fåtall av dem gjelder arbeidstidstilpasning som følge av arbeidstakers egen helsetilstand. Jeg har vist til et par saker fra Tvisteløsningsnemnda, vesentlig som illustrasjon for aktuelle problemstillinger.

4.4. Betydningen av folkerettslige kilder.

Menneskerettsloven av 1999 inkorporerer bl.a. EMK 1950, FN-ØSK 1966 og FN-SP 1966. Konvensjonene gjelder som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge, mrl. § 2, og har ifølge mrl. § 3 forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning. Konvensjonenes bestemmelser kan da anvendes direkte av norske rettsanvendere, forutsatt at de er *egnet* til direkte anvendelse ("self executing"). Dette forutsetter blant annet at rettsanvendere må være i stand til å konkretisere de plikter og rettigheter traktatene skaper og at lovgivning ikke er nødvendig før individuelle rettigheter kan utledes av traktatteksten.³⁴⁹

Hvorvidt de inkorporerte konvensjonenes bestemmelser er tilstrekkelig presise til direkte anvendelse, vil variere:

³⁴⁷ Se nærmere Vigerust 1998 s. 74-75.

³⁴⁸ Se aml. § 17-2.

³⁴⁹ NOU 1993: 18 s. 104. Sml. også Transformasjonskomitéens drøftelse av hvilke konvensjoner som var egnet for inkorporering, NOU 1972: 16 s. 78-80. Dette avhang ifølge Transformasjonskomitéen for det første av hvem som var normadressater (individer eller stater), for det annet av regelens klarhet, om den direkte lot seg anvende av interne rettsanvendere.

Konvensjoner om sivile og politiske rettigheter tar i stor utstrekning sikte på å gi individer rettigheter. Bestemmelsene i EMK og FN-SP om diskriminering og personvern vil i stor utstrekning være så konkrete at nasjonale rettsanvendere kan anvende dem direkte.³⁵⁰

Konvensjoner om økonomiske og sosiale rettigheter må derimot ofte forstås slik at de stiller krav til statenes politikk, heller enn å utmeisle konkrete rettigheter for den enkelte. I hvilken utstrekning rettighetene kan realiseres, vil være avhengig av statenes ressurser. Som vi har sett, har statene en relativ vid skjønnsmessig margin i forhold til fordeling av knappe ressurser. Rettighetene er dessuten som hovedregel gjenstand for gradvis realisering, se FN-ØSK art. 2 nr. 2, noe som gjør dem vanskelig å anvende som grunnlag for individuelle rettigheter etter nasjonal rett. Dette gjelder likevel ikke konvensjonens diskrimineringsforbud.³⁵¹ I General comment (3) (1990) til FN-ØSK som gjelder statenes gjennomføringsforpliktelse, legger Komitéen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter til grunn at noen av rettighetene i konvensjonen kan være "self executing", herunder blant annet krav om lik lønn for likeverdig arbeid, art. 7(a)(1).³⁵² Menneskerettighetslovutvalget tar ikke eksplisitt stilling til enkeltbestemmelser, men bemerker likevel at "drøftelser og praksis i andre fora synes å bestyrke det syn Komitéen bygger på."³⁵³ FN-ØSKs likelønsbestemmelse er for øvrig påberopt i en sak for norsk rett, men ikke gjort til gjenstand for noen inngående prøving.³⁵⁴

Vi kan konkludere med at diskrimineringsforbud, enten disse følger av sivile/politiske eller økonomisk/sosiale/kulturelle konvensjoner, i prinsippet kan anvendes direkte. Dette gjelder også forbud mot diskriminering av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Imidlertid forutsetter et ikke-diskrimineringsprinsipp anvendt overfor personer med funksjonsnedsettelse også en rett til individuell tilrettelegging, noe som vil kreve ressurser. Spørsmålet om statenes tolkningsmargin i forhold til prioritering av knappe ressurser kan da lett komme på spissen.³⁵⁵ I odelstingsproposisjonen som lå til grunn for menneskerettsloven uttales videre at det ikke er meningen å forskyve maktbalansen mellom lovgiver og domstoler på dette området.³⁵⁶

Kan en arbeidssøker eller arbeidstaker påberope seg folkerettslige bestemmelser som *ikke er inkorporert*, direkte overfor en norsk offentlig eller privat arbeidsgiver?

³⁵⁰ Se NOU 1993: 18 pkt. 9.2.1.3, særlig s. 119 og s. 127-129, hvor en drøfter om konvensjonenes bestemmelser er egnet til inkorporasjon. EMK art. 8 er også anvendt direkte i en arbeidsrettslig tvist før inkorporasjonen, se den før omtalte Rt. 2001 s. 418.

³⁵¹ Se nærmere om dette NOU 1993: 18 s. 124, med videre henvisninger.

³⁵² General comment (3) (1990) til FN-ØSK pkt. 5.

³⁵³ NOU 1993: 18 pkt. 9.3.2.1, s. 125.

³⁵⁴ Se LF-2001-899 og nedenfor under kap. VI pkt. 3.2.

³⁵⁵ Se NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter pkt. 8.6 flg, særlig pkt. 8.6.3, s. 104 flg. Se også EMD-avgjørelse 28915/95, *SP mot Storbritannia*, 17. januar 1997.

³⁵⁶ Se Ot.prp. nr. 3 (1998-99) pkt. 7.4.3, s. 36-38.

I tysk og dansk rettsteori har en skilt mellom middelbar og umiddelbar direktevirkning og mellom horisontal og vertikal direktevirkning.³⁵⁷

Middelbar direktevirkning innebærer at en folkerettsregel får betydning for tolkningen av den interne rett, f.eks. via et alminnelig saklighetskrav til styringsrettsbeslutninger eller via generalklausuler som avtaleloven § 36. Denne ”middelbare” direktevirkning synes ikke å innebære noe annet enn en anvendelse av et alminnelig tolknings- og presumpsjonsprinsipp: Folkerettslige reguleringer som er bindende for Norge, men ikke er inkorporert, kan få betydning for tolkningen av norsk rett.³⁵⁸ Der norske rettskildefaktorer ikke gir noen entydig løsning, skal en norsk rettsanvender velge den løsning som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.³⁵⁹ Folkeretten er altså en relevant rettskildefaktor, som kommer inn i harmoniseringsomgangen. I Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen ambulanse) ble en ILO-konvensjon brukt som argument for en utvidende tolkning av aml. § 55A i en tvist mellom to private parter.³⁶⁰ Konkret kan dette for eksempel innebære at bestemmelser i ESP som Norge har erklært seg bundet av, som art. 15 nr. 2 om tilgang til arbeid for personer med funksjonsnedsettelse, kan være av betydning for tolkningen av det norske forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Umiddelbar direktevirkning har en folkerettsregel dersom den gir private rettigheter som kan påberopes direkte ved en nasjonal domstol. Den umiddelbare direktevirkningen kan være vertikal, dvs. at den private parten (her: arbeidstaker) kan påberope seg regelen direkte overfor offentlige myndigheter, eventuelt offentlig arbeidsgiver. Horisontal direktevirkning innebærer at en privat part (arbeidstaker) også kan påberope seg en folkerettsbestemmelse direkte overfor en privat arbeidsgiver.

En folkerettslig forpliktelse staten påtar seg i egenskap av stat, vil også binde den som arbeidsgiver.³⁶¹ Dette er blant annet lagt til grunn i Rt. 2001 s. 428, hvor Høyesterett fastslo at det forelå krenkelse av EMK art. 8 på grunn av uhjemlet innhenting av opplysninger fra straffe-registeret ved ansettelse.³⁶² Det samme må også gjelde for fylkeskommunale og kommunale arbeidsgivere.

³⁵⁷ Se nærmere Nielsen og Rehof 1998 s. 26 med videre henvisninger.

³⁵⁸ Se bl.a. Eckhoff og Helgesen 2001 s. 301-302 (Eckhoff).

³⁵⁹ Se bl.a. NOU 1993: 18 s. 70 og s. 74.

³⁶⁰ I Innst. O. nr. 27 (1997-98) s. 10 uttaler kommunalkomiteén at ”[a]rbeidsgivers styringsrett ”må begrenses i de tilfeller den kommer i strid med grunnleggende menneskerettigheter eller andre verdier som er viktige i samfunnet vårt”. ESP er blant annet trukket inn og vektlagt i Rt. 2001 s. 1413 som gjaldt organisasjonsfrihet.

³⁶¹ Se EMD-avgjørelse i sak 5614/72, *Svenska Lokmannaförbundet mot Sverige*, 6. februar 1976. Se også Opsahl 1977 s. 293-316, særlig s. 311-312, og Evju 1982 s. 32. I forhold til dansk rett se Nielsen og Rehof 1998 s. 24.

³⁶² Krenkelsen skjedde før EMK var inkorporert. Den ble reist (blant annet) mot Staten ved Justisdepartementet som ansettelsesmyndighet, og hadde altså (blant annet) et arbeidsrettslig grunnlag.

Neste problemstilling vil være hvorvidt folkeretten kan utgjøre et eget rettsgrunnlag for privates krav mot private,³⁶³ f.eks. slik at et folkerettslig diskrimineringsforbud som ikke er (korrekt) gjennomført vil kunne påberopes av en privat arbeidssøker mot en privat arbeidsgiver. En slik virkning er trolig avvist i Finanger I-saken, Rt. 2000 s. 1811.³⁶⁴

Konvensjoner som Norge *ikke* har ratifisert, vil i utgangspunktet selvsagt ikke få betydning for rettstilstanden. Slike konvensjoner kan imidlertid få betydning hvor det er vist til dem i forarbeidene til en norsk lovbestemmelse.³⁶⁵ I tillegg har en sett eksempler på en type analogisk anvendelse av menneskerettskonvensjoner: I Rt. 1984 s. 1359 (s. 1366) åpner Høyesterett for at FNs rasediskrimineringskonvensjon kan komme inn som tolkningsmoment i forhold til det norske strafferettslige vernet mot diskriminering av homofile. Etter et tilsvarende resonnement bør for eksempel diskrimineringsforbudet i ILO-konvensjon 111 kunne trekkes inn ved tolkningen av det norske forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, selv om konvensjonen i forhold til Norge ikke omfatter funksjonshemming. Videre kan folkerettslig regulering som ikke er bindende for Norge (på det området saken gjelder) få betydning fordi det er vist til den i forarbeidene til norsk lovgivning. For eksempel vises til ILO-konvensjon 111³⁶⁶ i forarbeidene til aml. 1977s likebehandlingskapittel av 2004, som er en forløper til aml. 2005 kap. 13. I avhandlingen har jeg trukket en del veksler på ILOs diskrimineringskonvensjon, særlig hva angår definisjonen av hva som utgjør ”diskriminering”.³⁶⁷

Betydningen av folkerettslig *ikke-bindende* regulering, som rekommandasjoner, resolusjoner, handlingsregler o.l., er omdiskutert. Ikke-bindende regulering nevnes ikke i art. 38 i statuttene for den internasjonale domstolen i Haag, og synes i liten grad trukket inn i den europeiske menneskerettsdomstolens praksis.³⁶⁸ Etter norsk rett har en imidlertid sett eksempler på at ikke-bindende folkerettslige instrumenter er trukket inn ved tolkningen av norsk rett. Dette gjelder i særlig grad der det er vist til instrumentene i forarbeidene til en norsk lovbestemmelse, se bl.a. Rt. 1992 s. 1039.³⁶⁹

³⁶³ Se generelt om problemstillingen NOU 1993: 18 s. 89-90.

³⁶⁴ Førstvoterende uttaler her som representant for flertallet (på s. 1829) at ”[d]en norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold”.

³⁶⁵ Se f.eks. NOU 2001: 4 s. 57-58 hvor det vises til ILO-konvensjonen om bedriftshelsetjeneste (i tillegg til andre, ikke-bindende ILO-regulering.)

³⁶⁶ Se f.eks. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) bl.a. s. 25 og s. 28.

³⁶⁷ Se kap. IV pkt. 3.3.

³⁶⁸ Se nærmere Rehof og Trier 1990 s. 81, note 56.

³⁶⁹ Saken gjaldt tolkningen av aml. § 67 om fortrinnsrett for arbeidstakere. Her var det i forarbeidene henvist til ILO-rekommandasjon R119 (1963) Termination of Employment Recommendation. HR fant rekommandasjonen relevant, men fant ikke å kunne gi den gjennomslagskraft, blant annet fordi den aktuelle formuleringen var for ubestemt til å tillegges vesentlig vekt.

FNs ikke-bindende Standardregler om like muligheter for mennesker med funksjons-
hemming fra 1993 vil, som jeg har vært inne på, kunne trekkes inn ved tolkningen av FN-ØSK, som
er gjort til norsk rett ved menneskerettsloven. Det er også henvist til FNs standardregler i
forarbeidene til (forløperne til) aml. kap. 13.³⁷⁰

ILOs Code of practice "Managing Disability in the Workplace" fra 2002, gir eksempler på
"god skikk" når det gjelder tilpasningstiltak.³⁷¹ I forhold til gjeldende norsk rett vil denne antakelig
først og fremst ha betydning fordi den illustrerer mulige løsninger og gir eksempler på praktiske
tilretteleggingstiltak.

Ikke-bindende instrumenter som gjelder personvern kan ha indirekte betydning for
tolkningen av norsk personvernrett, ettersom de tanker og idéer de bygger på, også har fått
gjennomslag i norsk lovgivning. Det kan også være henvist til de ikke-bindende instrumentene i
forarbeidene til norsk lovgivning.³⁷²

Hvorvidt en ratifikasjon av en folkerettslig konvensjon også fører til at norske retts-
anvendere er bundet av den *praksis* konvensjonenes håndhevingsorganer utvikler, har vært
gjenstand for diskusjon. Menneskerettslovutvalget uttalte at "det [lar] seg ikke gjøre å slå fast noen
almengyldig setning om den folkerettslige plikt til å følge konvensjonsorganenes tolkninger av en
konvensjon", men slår samtidig fast at "organenes avgjørelser og uttalelser normalt vil være
rettskildefaktorer av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene, også når tolkningen foretas
av nasjonale myndigheter".³⁷³ I plenumsavgjørelsen i Rt. 2000 s. 996 uttaler Høyesterett at "norske
domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD". Også
håndhevingsorganenes praksis vil altså som utgangspunkt være en rettskildefaktor av betydelig
vekt.³⁷⁴

4.5. Betydningen av EU-/EF-/EØS-rettslige kilder.

4.5.1. EØS-retten generelt.

Som vist under pkt. 4.4, følger det av alminnelig norsk rettskildelære at hensynet til Norges folke-
rettslige forpliktelser er en relevant tolkningsfaktor – norsk rett presumeres å stemme med folke-

³⁷⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 45 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

³⁷¹ ILO Code of practice Managing disability in the Workplace, 2002.

³⁷² Se for eksempel NOU 1997: 19 s. 37, hvor det vises til europarådsrekommendasjoner og NOU 2001: 4, s. 57-58, hvor det vises til ILO-rekommendasjonen om bedriftshelsetjeneste og tekniske og etiske retningslinjer for helseundersøkelser.

³⁷³ NOU 1993: 18 s. 89. Se også Innst. O. nr. 51 (1998-99) s. 6.

³⁷⁴ Se nærmere Graver 2003 s. 468 flg. (s. 476-477.) Graver vil imidlertid skille mellom praksis fra organer med kompetanse til å treffe bindende avgjørelser (som EMD) og praksis fra organer uten slik kompetanse (som ILOs organer.)

retten. I forbindelse med ratifikasjonen av EØS-avtalen og vedtakelsen av lovendringene som følge av denne ble det også henvist til presumpsjonsprinsippet.³⁷⁵ Ifølge EØS-lovens § 2 har videre bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, forrang foran motstridende norsk regulering.³⁷⁶ Forrangen gjelder så vel EØS-basert lovgivning som lovgivning der en har konstatert rettsharmoni, f.eks. i forhold til arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidsmiljøet.³⁷⁷

Et EF-direktiv som er folkerettslig bindende for Norge i.o.m. EØS-avtalen, slik som arbeidsmiljødirektivene og personverndirektivet, må på samme måte som annen folkerett få betydning for tolkningen av f.eks. et saklighetskrav eller en generalklausul i norsk rett. Hvor langt nasjonale rettsanvendere plikter å presse nasjonale rettskildefaktorer for å oppnå fellesskapskonform fortolkning, er ikke klart. Uttalelser i forarbeidene til EØS-loven tyder på at lovgiver har ment at domstolene bør gå ganske langt i så henseende.³⁷⁸ I Finanger I-saken, Rt. 2000 s. 1811, avstod imidlertid Høyesteretts flertall fra å sette til side en norsk lovbestemmelse som gav større adgang til unntak fra trafikksikringsdekningen enn det EFs trafikksikringsdirektiver tillot. Førstvoterende som representant for flertallet uttaler blant annet at ”ordlyden i [den norske bestemmelsen] setter etter min mening en grense for anvendelsen av presumpsjonsprinsippet.”

Norske domstoler er ikke pliktig til å forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen, og dens uttalelser i tolkningsspørsmål er heller ikke bindende, ODA art. 34. I Finanger-sak I, Rt. 2000 s. 1811, uttaler likevel førstvoterende, som representerer flertallet, at EFTA-domstolens uttalelser må tillegges ”vesentlig vekt”.³⁷⁹ Også EF-domstolens praksis på områder som omfattes av EØS-avtalen og dens vedlegg er en relevant rettskildefaktor for norske rettsanvendere. For EF-domstolens praksis før undertegningen av avtalen gjelder en særlig plikt etter EØS-avtalens art. 6.³⁸⁰ I forhold til *senere* praksis fra EF-domstolen følger det av EØS-avtalens fortale avsnitt 16 at partene skal tilstrebe lik fortolkning.³⁸¹ I praksis synes ikke Høyesterett å ha lagt særlig vekt på skillet mellom avgjørelser før og etter EØS-avtalens undertegning.³⁸² Det kan etter dette slås fast at

³⁷⁵ Se St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 319 og Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 3-4.

³⁷⁶ I forarbeidene til loven uttales at bestemmelsen ”vil neppe innebære noen særlig endring i forhold til det som uansett ville fulgt av ”presumpsjonsprinsippet”, Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 5.

³⁷⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 5.

³⁷⁸ Se Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 5.

³⁷⁹ Annenvoterende, som representerte mindretallet, var enig i at EFTA-domstolens uttalelse måtte tillegges ”betydelig vekt”.

³⁸⁰ Dvs. 2. mai 1992.

³⁸¹ Se også ODA art. 3 nr. 2 som foreskriver at EFTA-domstolen, når den gir rådgivende uttalelser etter ODA art. 34 i spørsmål som foreligger for nasjonale domstoler, skal ta hensyn til EF-domstolens avgjørelser av tilsvarende spørsmål.

³⁸² Se bl.a. Graver 2003 s. 468 flg. (s. 479.)

så vel EFTA-domstolens som EF-domstolens avgjørelser i utgangspunktet har stor vekt på EØS-avtalens område.

4.5.2. Sysselsettingsdirektivet er ikke del av EØS-avtalen. Årsak til og betydning av dette.

Sysselsettingsdirektivet er imidlertid ikke innlemmet i EØS-avtalen. Partene i EØS-komiteén³⁸³ kom ikke til enighet om å ta inn dette direktivet og direktivet om etnisk diskriminering. Under dette avsnitt går jeg kort inn på bakgrunnen for at direktivet ikke ble innlemmet og konsekvensene av dette.

Det følger av EØS-avtalens art. 102 pkt. 1 at EØS-komiteén ”skal (...) treffe beslutning om endring i et vedlegg til denne avtalen så nær som mulig i tid” etter at Fellesskapet har vedtatt nytt regelverk på EØS-avtalens virkeområde. Tross bestemmelsens ordlyd er det klart at EØS-komiteéns avgjørelser er politiske, og ikke kan overprøves rettslig.³⁸⁴ Ved enighet i EØS-komiteén kan en ekskludere rettsakter som faller innenfor EØS-avtalens virkeområde, og en kan inkludere rettsakter som faller utenfor.³⁸⁵

Hvorvidt direktivene og handlingsprogrammet *rettslig vurdert* faller innenfor eller utenfor EØS-avtalens virkeområde, har derfor først og fremst hatt betydning for den nasjonale stillingtagen forut for forhandlingene i EØS-komiteén, samt for forhandlingene internt i EØS-komiteén. Imidlertid kan spørsmålet også ha betydning for hvilket gjennomslag norske rettsanvendere bør gi rettsutviklingen innen EU; og da særlig EF-domstolens fremtidige tolkninger av rettsspørsmål på sysselsettingsdirektivets område. Dersom hele eller deler av sysselsettingsdirektivet faller inn under EØS-avtalens virkeområde, kan det hevdes at rettsutviklingen på dette området (eventuelt på de delområder som omfattes), bør gis sterkere gjennomslag. Jeg går derfor inn på en vurdering av hvorvidt sysselsettingsdirektivet, rettslig vurdert, helt eller delvis kan sies å falle inn under EØS-avtalens virkeområde.

EØS-avtalen inneholder ingen bestemmelse som svarer til EF-traktatens nye art. 13, som hjemler direktivene og handlingsprogrammet. EØS-avtalens del V kap. 1 om sosialpolitikk ”innenfor de fire friheter” dekker imidlertid arbeidsmiljørett, arbeidsrett og likestilling mellom kvinner og menn. Rettsakter som vedtas innenfor disse områder skal innlemmes i EØS-avtalens vedlegg XVIII.

³⁸³ Se EØS-avtalens del VII, kapittel 1, avsnitt 2.

³⁸⁴ Se Sejersted 1997 s. 43 flg, særlig s. 48-51.

³⁸⁵ For eksempler på begge problemstillinger, se Sejersted 1997 s. 43 flg., særlig s. 50.

Et første spørsmål kan være om direktivene faller helt utenfor EØS-avtalens kapittel om sosialpolitikk fordi de tar sikte på å verne ”nye grupper” mot forskjellsbehandling. På det tidspunkt EØS-avtalen ble inngått, inneholdt EF-retten bare bindende rettsakter mot diskriminering på grunnlag av kjønn og nasjonalitet. Diskriminering på grunnlag av rase, funksjonshemming, alder, religion og seksuell orientering var likevel ikke eksplisitt unntatt fra den sosialpolitiske reguleringen etter EØS-avtalen. Tvert imot uttrykte EFTA-landene ved inngåelsen av avtalen tilslutning til prinsippene i EFs sosiale charter fra 1989.³⁸⁶ I fortalen til dette charteret heter det (åttende avsnitt): ”[F]or at sikre en like behandling af alle er det nødvendig at bekæmpe alle former for forskelsbehandling på grundlag af køn, hudfarve, race, religiøs, politisk eller annen overbevisning (...)”. Selv om funksjonshemming ikke direkte nevnes i oppregningen, gir uttalelsen et signal om at en fra EFTA-landenes side var åpen for å utvide forbudene mot diskriminering til andre grupper. Det var først på 1990-tallet synspunkter om at manglende integrering for personer med funksjonsnedsettelse er et utslag av samfunnets diskriminering, for alvor fikk gjennomslag på EU-plan.³⁸⁷ Gruppens behov for særlige tiltak for å fremme yrkesmessig integrering er for øvrig anerkjent i det sosiale charterets pkt. 26.

Ved inngåelsen av EØS-avtalen var det videre en forutsetning at denne skulle være dynamisk. I løpet av de år denne avtalen har vært gjeldende, er mange rettsakter om ”nye” arbeidsrettslige emner tatt inn i EØS-avtalens vedlegg XVIII. Forbud mot diskriminering på grunnlag av rase, alder, seksuell orientering, religion og funksjonshemming bygger på mye av det samme idégrunnlag som forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, og representerer en naturlig utvikling mer enn en radikal utvidelse av området for den sosiale dimensjon. Konklusjonen blir derfor at direktivene ikke faller utenfor EØS-avtalens kapittel om sosialpolitikk på grunn av at formålet er å verne nye grupper mot diskriminering.

Direktivene må imidlertid også falle inn under det saklige virkeområdet til en av bestemmelsene i EØS-avtalens kapittel om sosialpolitikk. Den mest aktuelle bestemmelsen synes å være art. 68, som gjelder rettsakter ”på arbeidsrettens område”. *Innenfor* arbeidsrettens område faller direktivets art. 3 (1) a, om vilkår for adgang til ”lønnet beskæftigelse” og art 3 (1) c ”ansættelses- og arbeidsvilkår, herunder afskedigelse” *Utenfor* det en kan karakterisere som arbeidsrett faller vilkår for adgang til selvstendig erverv, (direktivets art. 3 (1) (a)) samt (muligens) adgang til yrkesmessig utdanning o.l. (direktivets art. 3 (1) (b)).

³⁸⁶ Fællesskabspagten af 9. december 1989 om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder. Se St.prp. nr. 100 (1991-1992) vedlegg 1 s. 4.

³⁸⁷ Se fremstillingen i Quinn 1999 s. 281 flg.

Ifølge EF-traktaten art. 137, som hjemler bestemmelser på det arbeidsrettslige området, stk. 5, gjelder denne ikke "lønforhold, organisationsret, strejkeret eller ret til lockout." Det ville altså ikke vært mulig å hjemle en generell likelønnsbestemmelse i art. 137. Noe tilsvarende eksplisitt unntak er ikke inntatt i EØS-avtalens art. 68. Imidlertid ble det ved inngåelsen av EØS-avtalen klart forutsatt at EF ikke hadde kompetanse til å vedta rettsakter på denne delen av det arbeidsrettslige området.³⁸⁸ Dette kan medføre at selv om lønnsforhold og medlemskap i arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, direktivets 3 (1) (c) og (d), kan karakteriseres som arbeidsrettslige, vil de likevel sannsynligvis falle utenfor det Norge var pliktig til å innlemme etter EØS-avtalens art. 68.

Oppsummeringsvis vil bestemmelsene i sysselsettingsdirektivet falle dels innenfor, dels utenfor EØS-avtalens virkeområde.

Hvilken faktisk og rettslig betydning har det så at direktivet ikke er tatt inn i EØS-avtalen?

Direktivet vil falle utenfor EFTA-domstolens kompetanse etter Overvåkings- og domstols-avtalen. Norge kan selvsagt ikke dømmes for traktatbrudd på grunn av feilaktig gjennomføring av direktivet, og EFTA-domstolen har heller ikke kompetanse til å uttale seg om tolkningen av dette.

De bestemmelser som blir gitt for å gjennomføre sysselsettingsdirektivet vil i utgangspunktet falle utenfor det "tolkingsdirektiv" som er angitt i EØS-avtalens fortale avsnitt 16. Heller ikke det alminnelige presumpsjonsprinsipp får anvendelse, ettersom det ikke dreier seg om en folkerettslig *forpliktelse* for Norge.³⁸⁹ Bestemmelsene som er gitt for å gjennomføre direktivet faller videre utenfor EØS-lovens bestemmelse om forrang, § 2.

Likevel kan lovbestemmelsernes formål og forhistorie tilsi at norske rettsanvendere tilstreber en tolkning som tilsvarer den som legges til grunn innen EU. Det er klart uttalt i forarbeidene til aml. 1977 kap. X A at en fra norsk side har ønsket å gjennomføre direktivets krav.³⁹⁰ I odeltingsinnstillingen uttaler flertallet i kommunalkomiteén at "norsk rett på dette området bør være fullt på høyde med det øvrige Europa, og at gjennomføringen av Rådskrav 2000/78/EF (...) inngår som et viktig element i arbeidet med å verne utsatte gruppers rettsstilling."³⁹¹

Selv om Norge ikke er folkerettslig bundet av direktivet, og da heller ikke av den praksis som EF-domstolen etter hvert kan forventes å utarbeide, vil denne praksis klart være relevant for tolkningen av det norske forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.³⁹²

³⁸⁸ Se St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 276 og EF-traktatens nåv. art. 137 nr. 6, som gir uttrykk for det som også tidligere ble ansett som gjeldende EF-rett.

³⁸⁹ Denne problemstillingen er så vidt jeg kan se ikke kommentert i forarbeidene til endringen av arbeidsmiljøloven.

³⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 12 flg.

³⁹¹ Innst. O. nr. 52 (2003-2004) s. 2.

³⁹² Tilsvarende Strand 2007 s. 137-138.

4.5.3. EF- og EFTA-domstolens avgjørelser om likebehandling av kjønn.

Verken EF-domstolens eller EFTA-domstolens praksis med hensyn til likebehandling av kjønn er bindende for norske rettsanvendere ved tolkingen av aml. kap. 13. Imidlertid kan EF-domstolens rettspraksis med hensyn til likebehandling av kjønn være retningsgivende i forhold til EF-domstolens praksis med hensyn til likebehandling på andre områder.³⁹³ Som vist ovenfor har den norske lovgiver ønsket et vern på sysselsettingsdirektivets område som minst er på høyde med vernet innen EU. I forarbeidene til aml. 1977s likebehandlingskapittel³⁹⁴ og i forarbeidene til aml. 2005 kap. 13³⁹⁵ vises i tillegg flere ganger direkte til EF-domstolens praksis hva angår kjønnsdiskriminering.

Det er særlig i forhold til innholdet av diskrimineringsforbudet at det kan være av interesse å trekke inn EF- og evt. også EFTA-domstolens praksis med hensyn til kjønn. Videre vil den faktiske situasjonen for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse på mange måter være parallell til situasjonen for gravide arbeidstaker. Fellestrekk er særlig at arbeidsgiver ofte må foreta tilpasninger i arbeidsmiljøet og på arbeidsplassen for å sikre reell likebehandling for disse gruppene. Graviditetsdirektivet inneholder så vel bestemmelser om individuell tilrettelegging, art. 5, som krav om oppsigelsesvern, art. 10, samtidig som det er nært knyttet opp mot reguleringen av likebehandling mht kjønn. Det vil derfor være av særlig interesse som grunnlag for analogislutninger. Det finnes imidlertid også forskjeller mellom situasjonen for gravide og for funksjonshemmede, særlig hva angår varigheten av behovet for tilpasning.³⁹⁶

Med disse forbehold kan det være naturlig å trekke noen veksler på EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis med hensyn til likebehandling av kjønn, ved tolkingen av arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering pga. "funksjonshemming".

4.6. Utenlandsk nasjonal retts betydning.

I utgangspunktet har utenlandsk nasjonal lov eller utenlandsk nasjonal rettspraksis svært begrenset vekt ved tolking av norsk lovgivning.³⁹⁷

³⁹³ Se bl.a. KOM(2004) 379 endelig, Grønbog fra kommisjonen om "Ligestilling og ikke-forskelsbehandling i den Europæiske Union", s. 10.

³⁹⁴ Se bl.a. NOU 2003: 2 s. 46 om EF-domstolens praksis med hensyn til unntak fra forbudet mot kjønnsdiskriminering; s. 47 der det uttales at EF-domstolens tolkning av direktivene 76/207/EØF og 75/117/EØF om likebehandling av menn og kvinner må ha betydning som rettskilde ved anvendelsen av art. 6 i sysselsettingsdirektivet, og pkt. 11.12.1 om sanksjoner, hvor det henvises til EF-domstolens praksis med hensyn til effektiv sanksjonering av direktivene om likebehandling av kjønn.

³⁹⁵ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327, spesialkommentaren til aml. § 13-3 første ledd.

³⁹⁶ Også Waddington og Hendriks 2002 s. 424 er inne på dette.

³⁹⁷ Se Nygaard 2004 s. 110. Nygaard holder likevel åpent at den utenlandske loven kan fungere som så vel tolkingsbidrag som støtteargument. Vigerust 1998 s. 70-71 legger til grunn at andre lands likestillingsrett kan tjene som kilde for tolkingen av den norske likestillingsloven, som eksempler på mulige løsninger og i kraft av sin argumentasjonsverdi.

Utenlandsk nasjonal lovgivning kan likevel ha større vekt dersom den gjennomfører traktatretten.³⁹⁸ For eksempel har Høyesterett i to avgjørelser som gjaldt EMKs forbud mot dobbeltstraff, vist til en svensk høyesterettsavgjørelse om samme tema.³⁹⁹ Også ved parallell gjennomføring av EF-direktiver vil utenlandsk lovgivers oppfatning av de EF-rettslige forpliktelser, og praksis etter de nasjonale bestemmelser som gjennomfører direktivet, kunne ha en viss betydning som bidrag til tolkingen av den norske loven. Her må en likevel være oppmerksom på forskjeller i rettssystem samt statenes frihet i forhold til implementering av direktiver, se EF-traktatens art. 249 tredje ledd/EØS-avtalens art. 7(b). Det vil videre være vanskelig å skaffe oversikt over utenlandsk praksis, og utvalget kan dermed bli skjevt og misvisende.

Utenlandsk rett kan få økt betydning for forståelsen av norsk rett ved at det er vist til denne i norske forarbeider. I forarbeidene til det norske forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming er det vist til forståelsen av uttrykket ”funktionshinder” i den svenske loven av 1999.⁴⁰⁰ Dette innebærer at en må kunne trekke en del veksler på den svenske lovens legaldefinisjon, uttalelser i svenske forarbeider og også svensk praksis med hensyn til forståelsen av diskrimineringsgrunnlaget.

Mer indirekte innflytelse har den amerikanske ADA 1990 hatt i forhold til plikten til individuell tilrettelegging. Denne har stått modell for sysselsettingsdirektivets art. 5⁴⁰¹ som igjen er implementert i norsk rett ved aml. § 13-5. Det kan derfor være grunnlag for å legge en viss – om enn svært begrenset – vekt på hvilke løsninger som er valgt etter amerikansk rett i forhold til omfanget av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging.⁴⁰²

Utenlandsk praksis på de områder avhandlingen omfatter, kan videre gi bidrag til eksemplifisering og i kraft av sin argumentasjonsverdi.

5. Den rettsvitenskapelige forskningen på området.

Det foreligger ingen samlet og oppdatert fremstilling av arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. Jeg har selv i 2002 publisert en kortere artikkel om forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i arbeidsmiljøloven av 1977.⁴⁰³ Aslak Syse og Marianne Jenum Hotvedt har i 2007 publisert en artikkel om diskrimineringsvern i et

³⁹⁸ Se Nygaard 2004 s. 220 flg.

³⁹⁹ Rt. 2001 s. 85 og Rt. 2002 s. 557.

⁴⁰⁰ Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder

⁴⁰¹ Se Waddington 2005 s. 125.

⁴⁰² Under kap. VI pkt. 2.3 om tilretteleggingspliktens omfang har jeg i en viss utstrekning vist til ADA 1990 med forskrifter og veiledninger. Hensikten er imidlertid først og fremst å vise eksempler på mulige løsninger.

⁴⁰³ Tine Eidsvaag, Vern mot diskriminering av funksjonshemmede arbeidstakere i et EØS-perspektiv, i Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard, 2002 s. 505-520.

menneskerettsperspektiv med særlig fokus på ”nedsatt funksjonsevne,⁴⁰⁴ som blant annet tar opp forståelsen av ”funksjonshemming” og diskrimineringsbegrepet.” En lengre, men delvis foreldt oversikt over rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse gir Aslak Syse i en bok fra 1997.⁴⁰⁵ Fremstillingen av gjeldende rett i Syse-utvalgets innstilling, NOU 2005: 8,⁴⁰⁶ bidrar også som rettslitteratur i forhold til avhandlingens tema. Videre har Stein Evju har tatt opp Chacón Navas-dommen og arbeidsmiljølovens kap. 13 i en artikkel fra 2006 som primært omhandler aldersdiskriminering.⁴⁰⁷

I tillegg foreligger flere norske avhandlinger som gjelder diskriminering på andre grunnlag etter norsk rett. Ronald Craig har behandlet etnisk diskriminering i en avhandling fra 2005. Han analyserer her forbudene mot direkte og indirekte diskriminering etter ulike menneskerettskonvensjoner, etter EF-retten og etter en del nasjonale rettsystemer, herunder også norsk rett.⁴⁰⁸ Videre har Elisabeth Vigerust i 1997 skrevet en avhandling om kjønnsdiskriminering i forbindelse med graviditet og omsorg for barn, som blant annet tar opp arbeidsgivers plikt til tilpasning overfor denne gruppen.⁴⁰⁹ Gudrun Holgersens avhandling fra 1984 tar blant annet opp likestillingslovens anvendelse i arbeidslivet.⁴¹⁰ Begrepene direkte og indirekte diskriminering er videre behandlet i artikler av Strand (2007)⁴¹¹ og Emberland (2006).⁴¹²

I forhold til kontraktsvern tar Arne Fanebust blant annet opp oppsigelsesvern og tilretteleggingsplikt ved sykdom i sin ”Oppsigelse i arbeidsforhold” fra 2001.⁴¹³ Jan Tormod Dege Arbeidsgivers styringsrett bind III⁴¹⁴ går også grundig inn på oppsigelsesvernet ved sykefravær. Personvern i arbeidsforhold i forhold til helseundersøkelser og kommunikasjon av helseopplysninger er tatt opp av Ørnulf Rasmussen i hans doktoravhandling fra 1994.⁴¹⁵

⁴⁰⁴ Aslak Syse og Marianne Jenum Hotvedt, Om diskrimineringsvern i et menneskerettsperspektiv – med fokus på diskrimineringsgrunnlaget ”nedsatt funksjonsevne”, i Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 2, 2007, s. 119-139.

⁴⁰⁵ Aslak Syse, Funksjonshemmedes rettigheter i velferds-Norge, 1997.

⁴⁰⁶ Se NOU 2005:8 særlig s. 47-50 og 72-73, men også andre spredte uttalelser.

⁴⁰⁷ Stein Evju, Aldersdiskriminering, likebehandling og pensjonsalder. Om Mangold, Chacón Navas – og arbeidsmiljølovens kap. 13, i Arbeidsrett nr. 3 (2006).

⁴⁰⁸ Se bokutgaven Systemic discrimination in employment and the promotion of ethnic equality, Ronald Craig 2007.

⁴⁰⁹ Se bokutgaven Arbeid, barn og likestilling, Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet, Elisabeth Vigerust 1998.

⁴¹⁰ Se bokutgaven Likestillingsloven: særlig om lovens anvendelse i utdanning og næringsliv, Gudrun Holgersen 1984.

⁴¹¹ Vibeke Blaker Strand, Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern? Lov og Rett nr. 3, 2007.

⁴¹² Marius Emberland, Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet, i Jussens Venner 2006 nr. 4.

⁴¹³ Arne Fanebust, Oppsigelse i arbeidsforhold: krav om "saklig grunn", forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet, 4. utgave 2001, se særlig s. 89 flg. og s. 193 flg.

⁴¹⁴ Jan Tormod Dege, Arbeidsgivers styringsrett, Bind III, 1997 s. 375-400.

⁴¹⁵ Se bokutgaven Ørnulf Rasmussen, Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet, 1997, særlig pkt. 5.2.5 om ”Bytteproblemer” og pkt. 7.3 om kommunikasjon med bedriftshelsetjenesten.

Av skandinaviske fremstillinger av forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i arbeidslivet, er Andreas Inghammars avhandling fra 2007 "Funktionshindrad – med rätt til arbete"⁴¹⁶ sentral. Inghammar foretar en komparativ analyse av svensk, tysk og engelsk rett i forhold til tre ulike problemområder; aktive tiltak, kontraktsvern og diskriminering. Videre foreligger en dansk utredning fra 2005 fra det danske Institut for Menneskerettigheder som blant annet tar for seg diskriminering av personer med funksjonsnedsettelse i arbeidslivet ut fra et menneskerettsperspektiv.⁴¹⁷ En eldre samlet fremstilling av rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse i et EF-rettslig perspektiv, gir Lisa Waddington, 1995.⁴¹⁸ Verket er fra før sysselsetningsdirektivet og drøfter blant annet den EF-rettslige hjemmelen for et slikt mulig direktiv og den rettsfilosofiske begrunnelse for et forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Kontraktsvernreguleringen varierer i de nordiske land, og svenske og danske avhandlinger innenfor denne del av avhandlingens tema kan derfor være av mer begrenset interesse.

Spørsmålet om integritetsvern i arbeidsforhold er tatt opp i en svensk doktoravhandling fra 2002 av Annamaria J. Westregård,⁴¹⁹ samt i en dansk avhandling av fra 2006 av Martin Gräs Lind.⁴²⁰ Disse avhandlinger drøfter blant annet betydningen av EMK art. 8⁴²¹ i arbeidsforhold, og tar opp arbeidsgivers adgang til å kreve helseundersøkelser etter henholdsvis svensk⁴²² og dansk⁴²³ rett.

⁴¹⁶ Andreas Inghammar, Funktionshindrad - med rätt till arbete? : en komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland, Lund 2007.

⁴¹⁷ Birgitte Kofod Olsen m.fl., (red.), Personer med funktionsnedsettelse i Danmark, 2005.

⁴¹⁸ Lisa Waddington, Disability, employment and European Community, 1995.

⁴¹⁹ Annamaria J. Westregård, Integritetsfrågor i arbetslivet, 2002.

⁴²⁰ Martin Gräs Lind, Medarbejderes integritetsbeskyttelse i dansk ret, 2006.

⁴²¹ Westregård 2002 s. 277-328 og Lind 2006 s. 27-30.

⁴²² Westregård 2002 særlig s. 336-346.

⁴²³ Lind 2006 særlig s. 102-112.

III. Historisk utvikling av vernet mot utstøting og diskriminering.

1. Formål med en historisk fremstilling

Dette kapitlet vil gi en fremstilling den historiske utviklingen av ulike regelsett av betydning for avhandlingens tema. Formålet vil være å gi en bedre forståelse for den faktiske og rettslige utvikling som ligger bak dagens regulering, og dermed også for dagens rettstilstand.

Fremstillingen vil i hovedsak ta for seg utviklingen av norsk rett. Folkerettslig regulering trekkes inn hvor den har påvirket norsk rett i vesentlig grad. I noen tilfeller trekker jeg også inn utenlandsk rett, for å illustrere mulige virkemidler.

Det vil i et historisk kapittel være naturlig å gå relativt bredt ut, for å sette avhandlingens tema i perspektiv. Jeg anlegger derfor for det første et noe bredere perspektiv med hensyn til *arten* av virkemidler som presenteres: Positive virkemidler i form av økonomiske ytelser fra det offentlige tas opp her i større utstrekning enn hva som vil være tilfellet i den rettsdogmatiske fremstillingen.⁴²⁴ Blant annet går jeg inn på utviklingen av tilskudd til lønns- og utgiftsdekning etter arbeidsmarkeds- og trygdelovgivningen. For det annet går jeg i en viss utstrekning inn på *andre grupper* s stilling: Kvinner, og særlig gravide kvinner, kan – i likhet med gruppene avhandlingen omhandler – falle utenfor den ”ung, frisk, mannlig heltidsarbeider”-modellen som tradisjonelt har satt standarden for kravene til arbeidsmiljøet. Debatten som historisk har vært ført om særvern i arbeidsmiljøet for kvinner, kan også gi perspektiver for avveiningen mellom helsevern og sysselsettingsvern for de grupper avhandlingen omhandler. For det tredje trekker jeg her i større grad paralleller til særregler for grupper som (helt eller delvis) faller utenfor arbeidsmiljøloven, særlig statsansatte og sjøfolk.⁴²⁵

Kapitlet følger flere utviklingslinjer, som likevel i stor utstrekning krysser og er avhengige av hverandre:

Første utviklingslinje, og den som går lengst tilbake i tid i norsk rett, gjelder kravene til arbeidsmiljøet. Disse tar sikte på å verne arbeidstakeres helsetilstand mot risiki eller belastninger i arbeidsmiljøet. En grunnleggende forutsetning for at en arbeidstaker kan sysselsettes, er at arbeidet ikke utsetter henne for uforsvarlig helserisiko. Særvern for antatt sårbare grupper kan imidlertid også utgjøre et hinder for sysselsetting. Utviklingen av arbeidsmiljøkravene har gått fra

⁴²⁴ Sml. kap. I pkt. 4.6.

⁴²⁵ Se for statsansattes vedkommende aml. § 1-2 tredje ledd og forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper av 16. desember 2005 nr. 1567 § 1. Sjøfolk er ikke omfattet av arbeidsmiljøloven, se aml. § 1-2 annet ledd bokstav a.

ekskludering ved særvern for enkeltgrupper til en generell inkluderende standard kombinert med et krav om individuell tilrettelegging. Utviklingen av kravene til arbeidsmiljøet tas opp under pkt. 2.

Annen utviklingslinje gjelder kontraktsvernet, altså vernet mot at en arbeidsgiver bringer arbeidsforholdet til opphør i forbindelse med en arbeidstakers helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Her følger vi i hovedsak to utviklingslinjer, særvern mot oppsigelse under sykefravær og det alminnelige oppsigelsesvernet. Særvernet mot oppsigelse pga. sykefravær er blitt utvidet blant annet med hensyn til hvilke grupper som omfattes; hvilke sykdommer som omfattes og verneperiodens lengde. Det alminnelige oppsigelsesvernet er blitt utviklet fra et forbud mot å ta utenforliggende hensyn til et substansielt saklighetskrav med islett av rimelighetsvurderinger. I tillegg er det i økende grad stilt krav om individuell tilrettelegging for å unngå oppsigelse. Utviklingen av kontraktsvernet tas opp under pkt. 3.

Tredje utviklingslinje gjelder tiltak for å lette inngangen til arbeidslivet for personer med helseproblemer eller funksjonsnedsettelser. Et mangfold av virkemidler er brukt og brukes for dette formålet. Tradisjonelt har virkemidlene omfattet tiltak for å tilpasse arbeidstaker til arbeidslivet (kvalifisering og habilitering) samt økonomiske tilskudd for å gjøre arbeidstaker attraktiv for en stilling. Disse virkemidler er stadig aktuelle. Et nyere virkemiddel er diskrimineringsforbud på grunnlag av funksjonshemming ved ansettelse, kombinert med et krav om individuell tilrettelegging. I tillegg er det offentliges rolle som arbeidsgiver for disse gruppene debattert gjennom etterkrigstiden, noe som har resultert i at hindringer for sysselsetting er fjernet og det er gitt en viss åpning for positiv særbehandling. Tiltak for å fremme sysselsetting tas opp under pkt. 4.

Fjerde og siste utviklingslinje gjelder restriksjoner for kommunikasjon og behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold. Her følger vi utviklingen av flere regelsett: Et viktig virkemiddel er restriksjoner for kommunikasjon av helseopplysninger i arbeidsforhold. Her tar jeg opp utviklingen av bestemmelsene om taushetsplikt for helsepersonell, særlig i forhold til bedriftshelsetjenestens rolle som sakkyndig for arbeidsgiver. En nyere utvikling er at det også settes restriksjoner for arbeidsgivers rett til å innhente opplysninger direkte fra arbeidssøker. Videre stilles i stadig sterkere grad restriksjoner for *behandling* av personopplysninger om arbeidstakere og arbeidssøkere. Restriksjoner for kommunikasjon og behandling av helseopplysninger tas opp under pkt. 5.

Jeg understreker at fremstillingen i det følgende er oversiktspreget og ikke tar sikte på å være uttømmende.

2. Utvikling av arbeidsmiljøkrav – fra utestenging til inkludering.

2.1. Innledning. Krav til arbeidsmiljøet en grunnleggende forutsetning for inkluderende arbeidsliv.

Krav som stilles til arbeidsmiljøet om vern mot risiko og belastninger, kan utgjøre et virkemiddel for inkludering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. En grunnleggende forutsetning for at disse⁴²⁶ skal kunne fungere i arbeid, er at arbeidet ikke utsetter dem for uforsvarlig risiko eller uforsvarlige belastninger. Krav til vern mot risiko og belastninger i arbeidsmiljøet kan imidlertid også innebære fare for utestenging av grupper som er mer helsemessig sårbare enn gjennomsnittsarbeideren. Vern av helsetilstand kan da true sysselsettingen. Under pkt. 2 presenterer jeg noe av den debatt som har vært ført om sysselsetting av antatt sårbare grupper. Debatten gir perspektiv på dagens debatt om sikkerhets- og arbeidsmiljøkrav som hinder for sysselsetting av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Fremstillingen under pkt. 2 følger flere utviklingslinjer. Hovedlinjene er:

1. Sysselsettingsforbud og andre særlige virkemidler i forhold til antatt sårbare grupper som (gravide) kvinner og mindreårige.
2. Utviklingen av en alminnelig standard for arbeidsmiljøet, arbeidervernlovenes generalklausuler.
3. Utviklingen av kravet til en individuell forsvarlighetsstandard og kravene til individuell tilrettelegging i arbeidsmiljøet.

2.2. Frem til første verdenskrig: Vern mot risiko, forbud mot sysselsetting av sårbare grupper.

Den visstnok første vernelovgivning for arbeidere ble vedtatt i England i 1788, med sikte på å forbedre arbeidsforholdene for barn som arbeidet som skorsteinsfeiere.⁴²⁷

I Norge gav Sundhedsloven av 16. mai 1860 "sundhedskommissionerne" adgang til å gripe inn mot helsefarlige forhold, herunder også arbeidsforhold. Den første mer generelle norske arbeidervernlov var Fabriktilsynsloven av 1892⁴²⁸ Generalklausulen for arbeidsmiljøet finner vi i § 4:

⁴²⁶ Så vel som andre arbeidstakere.

⁴²⁷ Se Waddington og Hendriks 2002 s. 416. Se også Hydén 1990 s. 177 flg. om andre tidlige lover mot barnarbeid.

⁴²⁸ Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m.v. av 27. Juni 1892 nr.1. Loven gjaldt for arbeid i "fabrikkmessig dreven Virksomhed", se § 1. Se for en oversikt over utviklingen av arbeidsmiljøkrav etter norsk rett også Fougner og Holo 2006 s. 17 flg.

”Arbeidsstederne (...) skal være saaledes indrettede og vedligeholdte, at Arbeidernes Sundhed, Liv og Lemmer er beskyttede saavidt gjørligt og paa hensigtsvarende Maade.”

I tillegg til sikkerhetsbestemmelser som gjaldt alle arbeidstakere, fantes spesielle restriksjoner for sysselsetting av visse grupper arbeidstakere, som ble ansett som spesielt helsemessig sårbare. Blant annet kunne barn og unge under 16 år bare anvendes til ”lettere Arbeider, som ikke skader deres Sundhed eller hemmer deres legemlige Udvikling.” For barn mellom 12 og 14 år krevdes legeattest for at ”deres Helbredstilstand ikke gjør dem uskikkede til det Arbeide, hvortil de bestemmes,” lovens § 17. Et (dispensabelt) forbud mot sysselsetting av barselskvinner fulgte av lovens § 21: ”Det maa ikke tillades Kvinder at Arbeide i de første 6 Uger efter deres Nedkomst.” Etter lovens §§ 22 og 23 gjaldt videre forbud mot barns og kvinners anvendelse til visse typer arbeid, som arbeid i gruver og arbeid med rensing av maskiner.

Fabrikktilsynsloven av 1892 ble avløst av fabrikktilsynsloven av 1909.⁴²⁹ Denne hadde et noe utvidet virkeområde i forhold til 1892-loven.⁴³⁰ Generalklausulen om arbeidsmiljøet, § 5, er praktisk talt identisk med 1892-lovens bestemmelse. Forbudene mot å nytte barn, ungdom og kvinner til visse typer arbeid synes videreført med hovedsaklig samme innhold som etter tidligere lov.⁴³¹ Loven viderefører i § 21 regelen om at barn mellom 12 og 14 år skal ha legeattest. En hjemmel for å forby sysselsetting av visse sårbare arbeidstakergrupper følger dessuten av § 29: Overfor enkelte anlegg eller beskjeftigelser, klasser av bedrifter m.m. ”som er forbundet med særskilt fare for sundhet, liv eller lemmer eller lettelig kan bevirke overanstrengelse” skulle det fastsettes skjerpede bestemmelser. Bl.a. kunne det nedlegges forbud mot anvendelse av barn, ungdom eller fruktsommelige kvinner.⁴³² Regelen om arbeidsforbud etter nedkomst ble videreført i 1909-lovens § 28 første ledd, denne gang uten dispensasjonsadgang.

Arbeiderbeskyttelsesloven av 1915⁴³³ hadde samme virkeområde som 1909-loven, lovens § 5. Generalklausulen, § 6, var identisk med 1909-lovens. Restriksjoner for sysselsetting av barn og fruktsommelige kvinner synes også videreført med vesentlig samme innhold som tidligere, jfr. bl.a. lovens § 18 som avløser 1909-lovens § 29. Det samme gjelder forbudene mot sysselsetting av kvinner og barn og unge til visse typer arbeid, se 1915-lovens §§ 19 og 20. Også kravet om legeattest for barn mellom 12 og 14 år, lovens § 34, synes å tilsvare tidligere lover. Forbudet mot sysselsetting i seks uker etter nedkomst er videreført i 1915-lovens § 33. I tillegg er kvinner gitt rett

⁴²⁹ Lov om tilsyn med arbeide i fabrikker mv., 10. september 1909 nr. 3.

⁴³⁰ Ifølge fabrikktilsynsloven av 1909 § 1 gjaldt loven bl.a. all industriell virksomhet hvor det ble nytt mekanisk drivkraft av en viss størrelse samt håndverkbedrifter med minst 5 arbeidere. I tillegg ble bedrifter som omfatter bygningsarbeider og de fleste typer anleggsarbeider lagt inn under loven.

⁴³¹ Fabrikktilsynsloven 1909 bl.a. §§ 17-19.

⁴³² Fabrikktilsynsloven av 1909 § 29 bokstav d og e.

⁴³³ Lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter av 18. september 1915.

til fritak fra arbeid de siste fire uker før barnet er ventet, og det gis rett til arbeidsfri for å amme, § 33 tredje ledd.

En interessant nyskaping i 1915-loven er ellers § 26 annet ledd. Arbeidstaker har rett til fritak fra overtidsarbeid dersom han ”ved lægeerklæring godtgjør, at hans helbred vil lide ved længere arbeidstid enn den for hans arbeide almindelige.” Dette synes å være det første eksempel på at arbeidstaker kan kreve tilrettelegging av arbeidstiden på individuelt helsemessig grunnlag. Så lenge det ikke fantes noe materielt oppsigelsesvern, se pkt. 3 nedenfor, har bestemmelsen nok likevel hatt begrenset betydning.

2.3. Mellomkrigstiden – diskusjon om særvern (ved utestenging) av sårbare grupper.

Den internasjonale arbeidsorganisasjon, ILO, ble etablert i 1919 i regi av Folkeforbundet. ILOs konvensjoner om arbeidervern har hatt stor betydning for utviklingen av norsk arbeidsmiljørett, selv om ikke alle er ratifisert av Norge. ILO arbeidet tidlig for særvern for barn, kvinner og unge arbeidstakere. F.eks. gjelder ILO-konvensjon C3⁴³⁴ fra stiftelsesåret 1919 vern av kvinner i forbindelse med svangerskap og fødsel. Artikkel 3 forbyr at kvinner arbeider de første seks uker etter nedkomsten, gir rett til fri fra arbeidet inntil seks uker før nedkomst ved legeerklæring, samt rett til fri en halv time to ganger om dagen for å amme sitt barn. ILO-konvensjon C4 (1919) om nattarbeid for kvinner⁴³⁵ forbød i artikkel 3 nattarbeid for alle kvinner. C5 (1919)⁴³⁶ setter minimumsalder for arbeid i industrien (14 år) og C6 (1919)⁴³⁷ forbyr (med visse unntak) nattarbeid for unge arbeidstakere under 18 år.

ILOs politikk i forhold til å etablere særvern for kvinner på grunnlag av antatt helsemessig sårbarhet, ble etter hvert utsatt for sterk kritikk, særlig fra skandinavisk hold.⁴³⁸ Grunnlaget for kritikken var at slike forbud bidro til å støtte kvinner ut av arbeidsmarkedet. Diskusjonen om det er behov for slikt særvern har i Norge særlig vært ført i forbindelse med revisjoner av arbeidervernlovgivningen. Argumentasjonen som her har vært fremført, har også interesse i forhold til særlige vernetiltak for personer med funksjonsnedsettelse.

I odelstingsproposisjonen til arbeidervernloven av 1936⁴³⁹ var det foreslått at Kongen skulle kunne kreve særtiltak eller forby sysselsetting av kvinner ”(n)år bedrift eller arbeid finnes å være

⁴³⁴ C3 (1919) Maternity Protection Convention. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge.

⁴³⁵ C4 (1919) (Shelved) Night Work (Women) Convention. Konvensjonen har ikke vært ratifisert av Norge.

⁴³⁶ Konvensjonen ble ratifisert av Norge 3.3.37, men er senere ”denounced.”

⁴³⁷ C6 (1919) Night Work of Young Persons (Industry) Convention. Ikke ratifisert av Norge.

⁴³⁸ Se bl. a. ”ILO og kvinner i arbeidslivet: nordiske synspunkter på likestilling.” av Det Nordiske ILO-utvalg (Nordisk utredningsserie; 1976:6)

⁴³⁹ Lov av 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern.

særlig anstrengende eller farlig for kvinners liv og helse”, utkastets § 25. I begrunnelsen for dette forslaget var det vist til drøftelsene på ILOs Washington-konferanse i 1919.⁴⁴⁰ Forslaget møtte imidlertid sterk motstand under stortingsbehandlingen. I innstillingen fra Socialkomitéen ville et mindretall forkaste dette forslaget. Mindretallet argumenterer med at de alminnelige bestemmelsene i loven bør være tilfredsstillende, også for kvinner:

”Vårt standpunkt er, at der hverken er behov for eller noen grunn til å innføre særregler for kvinners deltagelse i arbeidslivet. (Vi bortser her fra bestemmelsen i § 26, som angår morskapet). Loven har allerede i § 9 fullt ut betryggende bestemmelser angående særlig anstrengende eller farlige bedrifter, hvilke regler gjelder så vel kvinner som menn. § 25 er derfor helt overflødig. Men dernest åpnes § 25 ved bestemmelsen om, at kvinner kan forbys deltagelse i visse arbeidsgrene, adgang til vilkårlighet og utsjaltning av kvinner fra arbeidslivet. Der er intet vitenskapelig bevis ført for, at kvinner står i et annet forhold enn menn til arbeide av den i paragrafen nevnte art. Men særbestemmelsen for kvinner vil kunne medføre, at kvinner utelukkes fra arbeidsgrener, hvor det vil være urettferdig å berøve dem mulighet for konkurranse.”⁴⁴¹

I Odelstinget ble forslaget gjenstand for en omfattende debatt. Tilhengerne av forslaget argumenterte med at kvinner var mindre helsemessig motstandsdyktige enn menn. Fra Arbeiderpartiets representant K.F. Dahl ble det bl.a. fremholdt:

”Det lar sig virkelig ikke bestride at det er en liten forskjell mellem de to kjønn, en forskjell som bl.a. har gitt sig utslag deri at kvinnen stort sett og gjennomsnittlig (...) har en svakere legemsbygning, en mindre motstandsdyktig konstitusjon og en større mottagelighet for sykdomsspirer. Og derav blir det en logisk og uavviselig konsekvens at kvinnene for sin egen skyld og for samfundets skyld bør avholdes fra særlig anstrengende og farlig arbeid, fordi de i større grad enn mennene er utsatt for å ta skade derav. Det er sannelig intet nedverdiggende for kvinnene, setter intet mindreverdighetsstempel på dem om de nektes adgang til visse arbeider, som de på grunn av den naturlige kjønnsforskjell ikke kan utføre uten å løpe en langt større risiko for liv og helse enn deres mannlige kolleger.”⁴⁴²

I Odeltinget ble forslaget til § 25 likevel nedstemt med 57 mot 50 stemmer. Arbeidervernloven av 1936 inneholdt altså ikke noen særbestemmelser for kvinner, ut over de som gjaldt ved svangerskap og fødsel.

I Odelstingsproposisjonen var det videre foreslått å opprettholde det absolutte forbud mot arbeid i seks uker etter nedkomst, jfr. utkastets § 26.⁴⁴³ Dette ble imidlertid endret i komitéinnstillingen til en bør-regel, lovens § 25.⁴⁴⁴ Begrunnelsen var at ”efter det utvidede område som loven nu vil få kan det bli vanskelig å praktisere et slikt forbud”.⁴⁴⁵ Ellers utvidet arbeidervernloven av 1936 den tid en kvinnelig arbeidstaker kunne kreve fri fra arbeidet i forbindelse med nedkomst til seks

⁴⁴⁰ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 38-39. Spørsmålet om særvern for kvinner ble også drøftet i flertallsinnstillingen til lov om arbeidervern fra 1922 på s. 190 flg.. Se også Betsy Kjelsbergs argumentasjon mot et forbud mot nattarbeid for kvinner, samme sted s. 202 flg. Innstillingen er gjengitt som vedlegg til Ot.prp. nr. 31 (1935).

⁴⁴¹ Innst. O. VI - 1936 s. 20.

⁴⁴² Odelstingsforhandlinger 1936 s. 244.

⁴⁴³ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 39.

⁴⁴⁴ Avl. 1936 § 26 nr. 1 annet pkt.

⁴⁴⁵ Innst. O. VI - 1936.

uker før og seks uker etter nedkomst, jfr. lovens § 25. I tillegg kunne kvinnen, dersom hun ved legeattest kunne godtgjøre at hun led av en sykdom som følge av graviditet eller fødsel, kreve å være arbeidsfri i inntil ytterligere 6 uker. Ammeregelen ble beholdt, og presisert til å omfatte minst en halv time arbeidsfri to ganger daglig, avl. 1936 § 25 nr. 4.

Arbeidervernloven av 1936⁴⁴⁶ videreførte ellers i hovedsak den alminnelige standarden for arbeidsmiljøet. Kravet etter avl. 1936 § 6 nr. 1 første ledd første pkt. er at arbeiderne er ”vernet mot skade på liv og helse så godt og hensiktsmessig som det efter forholdene lar sig gjøre”. Spesielle tiltak, herunder legetilsyn, kunne etter § 9 påbys ”for bedrift eller arbeid som finnes å være særlig anstrengende eller særlig farlig for arbeidernes liv og helse”.⁴⁴⁷ Derimot synes 1915-lovens bestemmelse om rett til fritak fra overtid på individuelt helsemessig grunnlag ikke å være videreført, sml. 1936-lovens § 19.

Minstealder for sysselsetting ble - i samsvar med ILOs daværende holdning⁴⁴⁸ - satt til 15 år, men slik at barn mellom 12 og 15 år ble gitt adgang til enkelte sysselsettinger ”i den utstrekning som omsynet for deres helse, skolegang og moral gjør forsvarlig”, avl. 1936 § 27 nr. 2. Det absolutte krav om legeattest for barn er tatt ut av loven. Loven inneholder imidlertid en hjemmel for å påby legeundersøkelse av ungdom, for bedrift eller arbeid som finnes å være særlig anstrengende eller farlig for deres liv eller helse, se avl. 1936 § 28 annet ledd.

2.4. Etterkrigstiden og avl. 1956 – bredere vern. Individuell arbeidsmiljøstandard.

På Den Internasjonale Arbeidskonferansen i 1952 ble konvensjon C3 (1919) om kvinners anvendelse til arbeid før og etter nedkomsten, revidert, og en ny konvensjon C103 (1952) om mødrevern, vedtatt.⁴⁴⁹ Fra skandinavisk hold ble det gjort forgjeves forsøk på å få fjernet det absolutte forbud mot arbeid 6 uker etter nedkomsten for barselskvinner.⁴⁵⁰ Den nye konvensjonen inneholdt videre en ytterligere rett til fri i seks uker før eller etter nedkomst, samt en rett til fri ved sykdom som følge av svangerskap eller nedkomst.

⁴⁴⁶ Arbeidervernloven gjaldt etter § 1 enhver ”bedrift som sysselsetter arbeidstaker”, medmindre næringen var særlig unntatt. Offentlig forvaltning var likevel stadig unntatt fra virkeområdet, jfr. lovens § 1 nr. 1 annet ledd bokstav d.

⁴⁴⁷ Se nærmere nedenfor under pkt. 5 om helseundersøkelser.

⁴⁴⁸ Se bl.a. den senere C59 (1937) Minimum Age (Industry) Convention (Revised), rat. av Norge 20.8.38, seinere denounced.

⁴⁴⁹ C103 (1952) Maternity Protection Convention (Revised). Ikke ratifisert av Norge.

⁴⁵⁰ Se innstilling II om revisjon av visse deler av Arbeidervernloven, avgitt 30. november 1953, s. 29. Innstillingen er gjengitt som vedlegg til Ot.prp. nr. 8 (1956) Om lov om arbeidervern.

I Norge ble en ny arbeidervernlov vedtatt i 1956⁴⁵¹ med et utvidet virkeområde i forhold til 1936-loven. Loven viderefører i hovedsak den alminnelige forsvarlighetsstandarden fra tidligere arbeidervernloven, jfr. avl. 1956 § 5. En prinsipielt viktig nyskaping er § 5 annet ledd nr. 1 første pkt. om at det ”når arbeiderne settes til arbeid, [skal] tas omsyn til deres alder, kyndighet og forutsetninger ellers for å kunne utføre arbeidet på en sikkerhetsmessig forsvarlig måte”. Denne innbærer et krav om at arbeidsmiljøet skal være individuelt forsvarlig.⁴⁵²

Bestemmelsene om plikt og rett til arbeidsfri i forbindelse med fødsel og sykdom forårsaket av svangerskap eller fødsel, samt ved amming, ble beholdt i det vesentlige uendret, avl. 1956 § 31. Forbudet mot at kvinner arbeider de første seks uker etter nedkomst ble igjen gjort obligatorisk, som oppfølging av før nevnte ILO-konvensjon C103 (1952) om mødrevern. Også dette forslaget møtte motstand fra kvinneorganisasjonene, som mente at et absolutt forbud var diskriminerende.⁴⁵³ Bestemmelser om minstealder for sysselsetting synes opprettholdt i avl. 1956 kap. 5, med vesentlig samme innhold som tidligere. Ved avl. 1956 § 35 annet og tredje ledd ble det videre stilt krav om løpende helsekontroll for arbeidstakere under en 16 år.

2.5. Aml. 1977 – inkluderende generell standard for arbeidsmiljøet.

Videreført i aml. 2005.

Den alminnelige standarden for arbeidsmiljøet i avl. 1956 var blitt utsatt for sterk kritikk for å være for vag og for å ta for mye hensyn til arbeidsgiverens økonomiske interesser.⁴⁵⁴ Ved forberedelsen av arbeidsmiljøloven av 1977⁴⁵⁵ var det en uttalt målsetting at kravene skulle skjerpes.⁴⁵⁶ Den nye standarden fremkom i aml. 1977 § 7 nr. 1. Arbeidsmiljøet skulle være

”fullt forsvarlig ut fra både en enkeltvis og samlet vurdering av de faktorer i arbeidsmiljøet som kan ha innvirkning på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd”.

Det ble i tillegg forutsatt at den generelle arbeidsmiljøstandarden etter aml. 1977 § 7 nr. 1 skulle være så høy at også mindre helsemessig motstandsdyktige arbeidstakere - deriblant gravide kvinner - kan sysselsettes på en forsvarlig måte. Selv om loven inneholdt en hjemmel til å forby sysselsetting av særlig sårbare grupper, aml. 1977 § 7 nr. 2, understrekes i forarbeidene at forbudsadgangen skal være subsidiær i forhold til plikten til å innrette det alminnelige arbeidsmiljøet på en fullt forsvarlig måte:

⁴⁵¹ Lov om arbeidervern av 7. desember 1956 nr. 2.

⁴⁵² Derimot kreves ikke at den generelle standard for arbeidsmiljøet skal tilpasses de særlig sårbare. Se også Andersen 1967 s. 171 som uttaler at ”[e]n normalarbeidstid kan ikke avpasses etter behovene til dem som psykisk og fysisk er særlig ømfindtlige.”

⁴⁵³ Se Innstilling II om revisjon av visse deler av Arbeidervernloven av 30. november 1953 s. 29-30.

⁴⁵⁴ Se bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 24 og 27-28.

⁴⁵⁵ Også arbeidsmiljøloven av 1977 utvider virkeområdet for lovgivningen, se dennes § 1.

⁴⁵⁶ Se bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 26.

”Departementet vil (...) peke på at arbeidsmiljøloven tilstreber en vesentlig heving av den yrkeshygieneiske standard til fordel for alle arbeidstakere. Særregler av den art som her er nevnt, vil derfor bare komme på tale i tilfeller hvor det vil være uforsvarlig å utsette grupper av kvinnelige arbeidstakere for påvirkning som det vil være fullt forsvarlig å utsette andre arbeidstakere for.

(...)

I samsvar med lovens intensjoner vil en (...) primært måtte arbeide for at også gravide eller fertile kvinner skal ha et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, uansett hvor de sysselsettes. Særregler må bare bli aktuelt der hvor tilfredsstillende vern ikke kan oppnås på annen måte.”

Samme grunnholdning lå bak departementets vurdering av behovet for særregler for yrkeshemmede:

”Arbeidsmiljøloven er generell og gjelder for alle arbeidstakere i virksomheten, også for dem som har slike problemer som er nevnt foran og som til vanlig blir omtalt som yrkeshemmede. Mange av bestemmelsene i lovforslaget vil hver for seg gjøre det til en rettslig plikt å legge forholdene slik til rette i vanlige virksomheter, at yrkeshemmede lettere kan arbeide der. Dette gjelder bl.a. bestemmelsene om krav til arbeidsmiljøet, særlig reglene om arbeidsplassens utforming og innredning (§ 8) og reglene om tilrettelegging av arbeidet (§ 12).”

Utgangspunktet var altså at det generelle arbeidsmiljøet skulle tilpasses også mer sårbare grupper.

I tillegg hadde arbeidsgiver, på samme måte som etter avl. 1956, plikt til å sørge for et individuelt forsvarlig arbeidsmiljø, aml. 1977 § 14 annet ledd bokstav e.⁴⁵⁷ Arbeidsgiver pliktet etter denne bestemmelse å ”organisere og tilrettelegge arbeidet under hensyn til den enkelte arbeidstakers alder, kyndighet, arbeidsevne og øvrige forutsetninger.” I tillegg innførte aml. § 1977 en særbestemmelse i lovens arbeidsmiljøkapittel om *yrkeshemmede* arbeidstakere, aml. 1977 § 13. Aml. 1977 § 13 nr. 1 stilte generelle krav til det fysiske arbeidsmiljøet, særlig tilgjengelighet, uavhengig av om det fantes yrkeshemmede arbeidstakere i virksomheten.

”Atkomstveier, sanitæranlegg, tekniske innretninger og utstyr m.v. skal, så langt det er mulig og rimelig, være utformet og innrettet på en slik måte at yrkeshemmede kan arbeide i virksomheten.”

Aml. 1977 § 13 nr. 2 gav arbeidsgiver plikt til individuell tilrettelegging for yrkeshemmede som var blitt ansatt:

”Hvis en arbeidstaker er blitt hemmet i sitt yrke som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l., skal arbeidsgiveren, så langt det er mulig, iverksette de nødvendige tiltak for at arbeidstakeren skal kunne få eller beholde et høvelig arbeid. Arbeidstakeren skal fortrinnsvis gis anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid, eventuelt etter særskilt tilrettelegging av arbeidet, endringer i tekniske innretninger, gjennomgått attføring e.l.”

For øvrig videreførte aml. 1977 regelen om pliktig permisjon for kvinner de første seks uker etter nedkomst, aml. 1977 § 31 nr 1. Bestemmelsen er imidlertid gjort dispensabel og synes denne gang i liten grad å ha vært omstridt.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷

Seinere bokstav f.

⁴⁵⁸

Ammeregelen er videreført og noe utviklet i aml. 1977 § 33.

Arbeidsmiljøloven av 1977 gjeninnførte videre 1915-lovens rett til å fritak fra overtid av helsemessige grunner, aml. 1977 § 49 nr. 2.⁴⁵⁹ Ved en senere revisjon av loven i 1982 ble arbeidstaker med helseproblemer også gitt rett til, på visse vilkår, å få redusert sin arbeidstid, jfr. aml. § 46A.⁴⁶⁰

EØS-avtalen av 1992 (ikrafttrådt 1.1.1994) innebar at Norge forpliktet seg til å gjennomføre som minimumsregler de EF-rettsakter som var omfattet av EØS-avtalens vedlegg XVIII, deriblant rammedirektivet om arbeidsmiljø av 1989.⁴⁶¹ Rammedirektivets art. 6 nr. 2 gir ytterligere støtte for et krav om at arbeidsmiljøet skal være individuelt forsvarlig, se særlig bokstav d, og at den generelle vernestandarden skal være inkluderende, se særlig bokstav h.

Bestemmelsene om arbeidsmiljøet er i hovedsak videreført i arbeidsmiljøloven av 2005.

2.6. Oppsummering – arbeidsmiljø.

Eldre arbeidsmiljørettslig lovgivning var karakterisert ved at den generelle minstestandarden for arbeidsmiljøet var vag, og at særvern for antatt sårbare grupper ble fastsatt i form av forbud mot sysselsetting til visse typer arbeid. Fra kvinnesakshold ble ført en kamp mot særvern for kvinner generelt, og til dels også mot særlige restriksjoner i forhold til graviditet og fødsel. 1977-loven innfører en generell inkluderende minstestandard, på et nivå som skal innebære tilstrekkelig vern også for gravide kvinner og yrkeshemmede. Den generelle standarden vil også, i en viss utstrekning, omfatte tilrettelegging av arbeidsplassen for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. I tillegg stilles krav til et individuelt forsvarlig arbeidsmiljø og til tilrettelegging for yrkeshemmede, herunder sykmeldte, arbeidstakere. Disse standarder er i hovedsak videreført i 2005-loven.

3. Utvikling av kontraksvern for personer med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

3.1. Innledning. Oppsigelsesvern ved sykefravær og plikt til tilrettelegging.

Et arbeidsmiljømessig vern for særlige risikogrupper er lite verd dersom dette bare fører til at disse utestenges eller utstøtes fra arbeidsmarkedet. Skal det være noe poeng i slike bestemmelser, sett fra den helsemessig sårbare arbeidstakers side, må de ledsages av bestemmelser om oppsigelsesvern og

⁴⁵⁹ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 43-44.

⁴⁶⁰ Bestemmelsen tilføyd ved lov 17 des 1982 nr. 91. Se om bestemmelsen Ot.prp. nr. 3 (1982-1983). Om lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

⁴⁶¹ Rdir.89/391/EØF.

rett til omplassering. Under avsnitt 3 vil jeg ta opp den historiske utviklingen av vernet mot oppsigelse for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Arbeidstakere med helseproblemer kan vernes ved et *tidsbegrenset oppsigelsesforbud* under sykefravær. Et slikt forbud vil ofte ha som sitt primære formål å sikre arbeidstaker mot prosesser i en sårbar periode, men vil også innebære at det settes en minstestandard for hvilket fravær som gir grunnlag for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Videre kan et *generelt krav om saklig grunn for oppsigelse* verne arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, særlig der dette også innebærer en materiell minstestandard. Hvor oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold vil et generelt saklighetskrav innebære at bare sykdom av en viss negativ betydning for arbeidsevnen og av en viss varighet, kan utgjøre grunnlag for oppsigelse. Hvor oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold vil et krav til saklig valg begrense arbeidsgivers adgang til å legge negativ vekt på helseproblemer eller funksjonsnedsettelse ved utvelgelsen. I begge tilfeller vil arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging få betydning for om det foreligger grunnlag for å si opp en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

3.2. Før 1936 – oppsigelsesfrister, særvern under sykefravær for visse arbeidstakergrupper.

Et meget tidlig eksempel på at en embetsmann er blitt avsatt fra sin stilling på grunn av sykdom og smittefare, gir Diplomatarium Norvegicum fra 1300-tallet. Biskop Håkon meddeler her at han har avskjediget presten Bjarne, som er befengt med spedalskhet. Biskopen lover likevel å sørge for Bjarne, dersom om han lar seg avskjedige.⁴⁶²

Da den første arbeidervernlovgivningen ble vedtatt på 1800-tallet, var den materielle oppsigelsesretten som hovedregel fri, i Norge så vel som i de fleste andre land. De første arbeidervernlover inneholdt bare bestemmelser om *oppsigelsesfrister*.⁴⁶³

Enkelte arbeidstakergrupper hadde likevel et visst vern mot at arbeidsgiver brakte kontrakten til opphør pga. arbeidstakers sykdom. F.eks. gav fattiglovene av 1845, 1863 og 1900⁴⁶⁴ husbonden forpleiningsplikt overfor syke tjenere, noe som også er i samsvar med tidligere sedvane.⁴⁶⁵ Videre var det et vilkår for å heve en lærlingekontrakt at lærlingen ”blir varig uskikket til at fortsatte forholdet”, lov om haandverksnæring av 1913⁴⁶⁶ § 21. Lovens § 18 gav videre lærlingen rett til lønn og forpleining i inntil 4 uker ved sykdom. Etter tjenestemannsloven av 1918⁴⁶⁷ §

⁴⁶² Diplomatarium Norvegicum bIII s. 174.

⁴⁶³ Fabrikktilsynsloven av 1892 § 31 inneholdt en fravikelig 14 dagers frist, som ble opprettholdt i det vesentlige uforandret i fabrikktilsynsloven av 1909 § 32, 1. ledd og arbeiderbeskyttelsesloven av 1915 § 38 første ledd.

⁴⁶⁴ Lov om Fattigvæsenet, 20. september 1845 § 4, Lov om Fattigvæsenet i Kjøbstæderne, 6. juni 1863 § 6, Lov om Fattigvæsenet paa Landet, 6. juni 1863 § 6, samt Lov om Fattigvæsenet, 19. mai 1900 No. 1.

⁴⁶⁵ Berg 1930 s. 111.

⁴⁶⁶ Lov om haandverksnæring, 25. juli 1913 nr. 11.

⁴⁶⁷ Lov om offentlige tjenestemænd, 15. februar 1918 nr. 1.

22 kunne en offentlig tjenestemann avskjediges ”naar han viser sig at være varig uskikket til forsvarlig at utføre sit arbejde”. Tjenestemannen hadde da etter § 6 et ubetinget krav på tre måneders tjenestefrihet med lønn, slik at sykefravær inntil tre måneder ihvertfall ikke gav grunnlag for å terminere arbeidsforholdet.⁴⁶⁸ Rett til å gi syk sjømann avskjed fulgte av sjømannsloven av 1923⁴⁶⁹ § 32 første ledd. Vilkåret var at sjømannen var forhindret fra å utføre sitt arbeid ”i lengere tid”. En slik avskjedigelse utløste krav om hyre i en til tre måneder, sjømannslov 1923 § 32 annet ledd og § 4 første ledd.

Det var i denne fase i stor utstrekning fastsatt eksplisitte unntak fra opphørsvernet og retten til ytelser hvor sykdommen eller skaden var pådratt ved egen skyld eller fortiet ved ansettelsen, se lov om haandverksnæring 1913 § 8 bokstav e annet pkt. og sjømannslov 1923 §§ 4 annet ledd og 32 tredje ledd.⁴⁷⁰

3.3. Arbeidervernloven av 1936 – generelt krav om saklig grunn.

Forslag om et alminnelig materielt oppsigelsesvern ble tatt opp i odelstingsproposisjonen til avl. 1936,⁴⁷¹ utkastets § 34 nr. 3:

”Arbeider som i ett år har vært ansatt i samme bedrift, må ikke sies op med mindre opsigelsen har sin grunn i bedriftens forhold, og ikke er ubillig.”⁴⁷²

Kravet om at oppsigelsen ikke skulle være ubillig innebar ifølge departementet at arbeidsgiver også pliktet å ta sosiale hensyn ved en oppsigelse. Selv om en oppsigelse skulle være begrunnet i bedriftens forhold, ville den kunne fremstille seg som ubillig

”når der ved valget av de arbeidere som skal opsies, ikke er tatt tilbørlig sociale hensyn, f eks. til vedkommende arbeiders familieforhold eller til hans lange tjeneste i bedriften o.l.”⁴⁷³

Forslaget møtte imidlertid sterk motstand ved stortingsbehandlingen, noe som resulterte i at innstillingen på dette punkt ble sendt tilbake til Sosialkomitéen.⁴⁷⁴ Det borgerlige flertallet i Sosialkomitéen fremmet deretter det forslag som ble vedtatt til § 33 bokstav a første punktum.⁴⁷⁵

”Blir en arbeider som efter sitt fylte 21 år har minst 3 års sammenhengende tilsetning ved samme bedrift, opsagt fra denne stilling uten at opsigelsen har saklig grunn i bedriftsinnehaverens arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldes helt utenforliggende grunner, kan han kreve erstatning av arbeidsgiveren.(...)”.

⁴⁶⁸ Bestemmelsen gir også ansettelsesmyndigheten adgang til å innvilge ytterligere 9 måneders tjenestefri med redusert lønn.

⁴⁶⁹ Sjømannslov, 16. februar 1923 nr. 1.

⁴⁷⁰ Tjenestemannsloven av 1918 inneholder ikke eksplisitte unntak på dette grunnlag.

⁴⁷¹ Ot.prp. nr. 31 (1935).

⁴⁷² Min kursiv.

⁴⁷³ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 49.

⁴⁷⁴ Forhandlinger i Odelstinget 1936 s. 272 flg.

⁴⁷⁵ Tillegg 2 til Innst. O. VI. - 1936.

Med dette var det etablert et vern mot oppsigelse som skyldtes utenforliggende hensyn. Bestemmelsen gav imidlertid ingen materiell minstestandard med hensyn til hvor tungtveiende grunner som skulle til for å gå til oppsigelse. Den innebar videre ingen hjemmel for å sensurere en oppsigelse på grunnlag av de ulemper den måtte innebære for arbeidstakeren. Arbeidervernloven av 1936 inneholdt heller ikke noe spesialvern mot oppsigelse under sykefravær.

3.4. Etterkrigsperioden. Avl. 1956 – generelt oppsigelsesvern under sykefravær, omplassering.

Til dels hadde arbeidstakergrupper som var holdt utenfor arbeidervernloven av 1936 et bedre vern mot oppsigelse pga. sykdom enn de som var dekket av loven.

Sjømannsloven av 1953⁴⁷⁶ inneholdt noenlunde tilsvarende regler om opphør som følge av sykdom som etter 23-loven, sjømannslov 1953 § 32 jfr. § 28. Etter lærlingeloven av 1950⁴⁷⁷ gav langvarig sykdom eller skade som ville hindre opplæringen i mer enn tre måneder, arbeidsgiveren adgang til å heve en lærlingkontrakt, jfr. lovens § 13 nr. 2 bokstav b. Den midlertidige hushjelploven av 1948⁴⁷⁸ § 3, tredje ledd første pkt. satte forbud mot å si opp en hushjelp som var arbeidsufør på grunn av ”sjukdom eller ulykke som uten hennes skyld har rammet henne etter tilsettinga, før tidligst fire uker etter at arbeidsuførheten inntrådte.”⁴⁷⁹ 1948-loven ble avløst av lov om arbeidsvilkår for hushjelp av 31. mai 1963 nr. 3, som ikke gir noe materielt oppsigelsesforbud, men et krav om naturalytelser i inntil en måned etter arbeidsudyktigheten inntrådte, hushjelplov 1963⁴⁸⁰ § 16. Arbeidsavtalen kunne altså heves, men lønnsplikten besto i en viss periode. Det gjaldt stadig i stor utstrekning unntak for ”uverdige” sykdommer eller sykdommer som arbeidstaker led av ved ansettelse og som det derfor ikke ble ansett rimelig at arbeidsgiver skulle ha noen risiko for.⁴⁸¹

Ved forberedelsen av arbeidervernloven av 1956 ble spørsmål om oppsigelsesvern ved sykefravær og tilrettelegging for yrkeshemmede arbeidstakere drøftet i to ulike utvalgsinnstillinger. De bestemmelser som ble vedtatt, har dels sin bakgrunn i Innstilling II fra komitéen til utredning av

⁴⁷⁶ Sjømannslov av 17. juli 1953 nr. 25.

⁴⁷⁷ Lov om lærlinger i håndverk, industri, handel og kontorarbeid, 19. juli 1950 nr. 5.

⁴⁷⁸ Midlertidig lov om arbeidsforhold for hushjelp, 3. desember 1948 nr. 5.

⁴⁷⁹ Forbeholdet synes å innebære at hushjelpen ikke var vernet mot oppsigelse dersom sykdommen var oppstått før tilsetningsavtale, selv om hun ikke selv var klar over den.

⁴⁸⁰ Lov om arbeidsvilkår for hushjelp, 31. mai 1963 nr. 3.

⁴⁸¹ Se sjømannslov 1953 § 28 fjerde ledd om tap av hyrekrav ved sykdom som er svikaktig fortiet eller pådratt ved forsett eller grov skyld; lærlingelov 1950 § 8 nr. 6 annet pkt. om tap av krav på lønn under sykdom hvor lærlingen var syk ved tiltredelse eller seinere har pådratt seg sykdommen ved grov uaktsomhet; hushjelplov 1948 § 3 tredje ledd første pkt. hvor vilkåret for oppsigelsesvern er at sykdommen eller ulykken ”uten hennes skyld har rammet henne etter tilsettinga.” Hushjelploven av 1963 § 16 inneholder ikke noe tilsvarende eksplisitt unntak fra retten til naturalytelser og lønn. Det er imidlertid etter lovens § 20 første ledd nr. 1 en adgang til å heve avtalen ved svikaktig fortieelse, som vel også må omfatte svikaktig fortieelse av sykdom.

spørsmålet om sysselsetting av delvis arbeidsføre, avgitt 1952; Torp-komiteéns innstilling.⁴⁸² Dels har de bakgrunn i forslagene som ble fremsatt av komitéen til revisjon av arbeidervernloven, av 30. november 1953; Arbeidervernkomitéens innstilling.⁴⁸³

Torp-komiteéen var blitt nedsatt i 1947. Komiteéen tar blant annet opp spørsmålet om tiltak for at arbeidstakere som har utviklet helseproblemer skal kunne beholde arbeidet. I et eget avsnitt drøftes muligheten for *omplasseringer* innen bedriftene.⁴⁸⁴ Komiteéen viser til at en del arbeidsgivere - såvel private som offentlige - med hell har foretatt omplassering av arbeidstakere som pga. alder eller helsetilstand ikke lenger kan utføre det arbeid de tidligere har utført. En finner likevel ikke grunn for å foreslå noen lovfestet omplassingsrett for yrkeshemmede arbeidstakere:

”De fleste bedrifter vil dog ut fra moralske og humane hensyn så vidt mulig søke å skaffe sine skadde arbeidere passende arbeid, og det samme antas også i stor grad å være tilfelle ved større og varige handicap på grunn av sykdommer eller skader som ikke skyldes vedkommendes arbeid. Hvorvidt dette overhodet kan skje, vil i det enkelte tilfelle være avhengig av både skadens (sykdommens) art og (...) av de objektive omplassingsmuligheter. Noen generell plikt for arbeidsgiverne til fortsatt sysselsetting av yrkeshemmede kan derfor neppe komme på tale.

Komiteéen finner det imidlertid naturlig at den positive innstilling en har kunnet konstatere ved mange bedrifter også kommer til uttrykk i de lovbestemmelser en har på dette område. Den vil derfor henstille til Arbeidervernkomitéen av 1948 å drøfte hvorvidt de problemer som her er nevnt, eventuelt kan løses gjennom passende bestemmelser i arbeidervernloven.”⁴⁸⁵

Arbeidervernkomitéen viser i sin innstilling til Torp-komiteéen og slutter seg til at yrkerhemmede *bør* få komme tilbake når forholdene ligger til rette for det, men at arbeidsgiver ikke *bør* pålegges en absolutt plikt til å sysselsette yrkesvalghemmede.⁴⁸⁶ Dette er også fulgt opp i Ot.prp. nr. 8 (1956).⁴⁸⁷ Resultatet ble en temmelig vag bestemmelse om omplassering, avl. 1956 § 44 femte ledd:

”Hvis en arbeider er blitt hemmet i sitt yrke som følge av ulykke eller gjennomgått sykdom, skal arbeidsgiveren hvis arbeideren ber om det, undersøke om forholdene innenfor bedriften ligger til rette for å sette arbeideren i arbeid som han er faglig og medisinsk skikket til, eventuelt etter nødvendig eller passende omskoling.”

Ved arbeidervernloven av 1956 ble det videre innført en egen bestemmelse om vern mot oppsigelse av sykmeldt arbeidstaker, avl. 1956 § 44. Denne gav et oppsigelsesvern i minst tre måneder ved arbeidsuførhet som skyldtes sykdom, betinget av at arbeidstaker hadde minst to års sammenhengende tilsetting etter fylte 20 år, avl. 1956 § 44 første ledd. Hadde arbeidstaker ti års

⁴⁸² Innstilling II fra komitéen til utredning av spørsmålet om sysselsetting av delvis arbeidsføre, avgitt 31. mars 1952. Innstillingen er gjengitt som vedlegg til St.meld. nr. 48 (1953), Om kvalifisering og sysselsetting av delvis arbeidsføre, fra Kommunal- og arbeidsdepartementet.

⁴⁸³ Innstilling II om revisjon av visse deler av arbeidervernloven, avgitt 30. november 1953 av Arbeidervernkomitéen. Innstillingen er gjengitt som vedlegg til til Ot.prp. nr. 8 (1956).

⁴⁸⁴ Torp-komiteéns innstilling s. 59 ff.

⁴⁸⁵ Torp-komiteéns innstilling s. 61-62.

⁴⁸⁶ Arbeidervernkomitéens innstilling s. 43.

⁴⁸⁷ Ot.prp. nr. 8 (1956) s. 67.

sammenhengende tjeneste, gjaldt oppsigelsesvernet i inntil ett år, avl. 1956 § 44 tredje ledd. Også her gjaldt unntak hvor arbeidstaker hadde ”pådratt seg sykdommen ved forsett eller grov uaktsomhet, eller han ved svik har fortiet at han led av sykdommen da han ble tilsatt”, avl. 1956 § 44 første ledd i.f.. Videre kunne arbeidstaker sies opp dersom han ”på grunn av gjentatt sykefravær eller nedsatt arbeidsførhet som følge av sykdommen, er så lite skikket til å gjøre tjeneste i bedriften at oppsigelsen må anses rettmessig i forhold til § 43”.

Avl. 1956 utbygger og styrker også det alminnelige oppsigelsesvern, blant annet ved å lempe på kravene til ansettelsestid og å styrke sanksjonsmulighetene, se avl. 1956 § 43 nr. 1 første og annet ledd.

Med hensyn til utvelgelse av arbeidstakere ved oppsigelse på grunn av rasjonalisering eller driftsinnskrenkning, hadde Torp-komiteén argumentert for at en burde gjøre unntak fra det (ikke lovfestede) ansiennitetsprinsippet til fordel for ”arbeidere og funksjonærer som på grunn av forskjellige handicap er vesentlig hemmet i valg av arbeid, men gjør fyllest for seg i sine stillinger.”⁴⁸⁸ En argumenterte for at arbeidstakernes organisasjoner burde drive opplysningsvirksomhet med sikte på å få aksept for at det var riktig å fravike ansienniteten i slike tilfelle. Dette resulterte likevel ikke i noe forslag om at arbeidsgiver f.eks. pliktet å ta sosiale hensyn ved utvelgelsen av arbeidere ved oppsigelse pga. virksomhetens forhold.

Imidlertid hadde arbeidervernlovkomitéens mindretall i innstillingen av 1953 gjenopptatt forslaget fra 1935 om at en oppsigelse som hadde saklig grunn i bedriftsinnehaverens eller bedriftens forhold, likevel skulle være erstatningsbetingende dersom den virket ”åpenbart ubillig overfor arbeideren”.⁴⁸⁹ Mindretallet argumenterer med at en oppsigelse vil kunne ramme spesielt eldre arbeidstakere urimelig hardt.⁴⁹⁰ Dette forslaget ble ikke tatt opp i odelstingsproposisjonen, og den vedtatte avl. 1956 § 43 krevde bare at oppsigelsen har ”saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold”. Imidlertid uttaler departementet at en antar

”at det i praksis blir vist en viss toleranse overfor eldre veltjente arbeidere. (...) Departementet antar derfor at dette er et moment som kan komme med i vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet eller ikke.”⁴⁹¹

I Rt. 1966 s. 393 Papyrus-dommen bruker Høyesteretts flertall denne uttalelsen som delgrunnlag for å innfortolke et krav om rimelighet i det alminnelige kravet til saklig grunn etter avl. 1956 § 43. Saken gjaldt oppsigelse av en 48 år gammel regnskapssjef med 28 års ansiennitet i virksomheten. Oppsigelsen rammet ham særlig hardt, bl.a. fordi at han i tiden før oppsigelsen hadde

⁴⁸⁸ Torp-komiteéns innstilling s. 62.

⁴⁸⁹ Arbeidervernkomitéens innstilling s. 61.

⁴⁹⁰ Arbeidervernkomitéens innstilling s. 40-41.

⁴⁹¹ Ot.prp. nr. 8 (1956) s. 53.

lidd av en alvorlig sykdom, og ennå ikke var fullt restituert. Førstvoterende, som representerer flertallet, uttaler:

”Videre finner jeg grunn til å fremheve at dersom en oppsigelse har saklig grunn i bl.a. bedriftens forhold, har arbeideren etter loven ikke krav på erstatning selv om oppsigelsen virker urimelig overfor ham. Et forslag i den retning var fremsatt av arbeidervernkomitéens mindretall, men noen bestemmelse om dette ble ikke tatt inn i loven. *Til tross for at erstatning således ikke kan kreves bare på det grunnlag at den virker urimelig overfor arbeideren, må loven imidlertid etter min mening forstås slik at urimeligheten kan komme i betraktning som et moment ved den samlede vurdering av om en oppsigelse ikke har saklig grunn.* Jeg finner en viss støtte for dette standpunkt i lovens motiver.”⁴⁹²

Resultatet ble at oppsigelsen ble ansett usaklig og arbeidstakeren tilkjent erstatning. Med dette var det også etablert et visst krav om sosial rimelighet som del av det alminnelige saklighetskravet.

3.5. Aml. 1977 til i dag - oppsigelsesvern under sykefravær styrket, tilrettelegging for yrkeshemmede.

Kravet om opptjeningstid for oppsigelsesvern etter avl. 1956 § 43 ble opphevd ved endringslov av 7. mars 1975 nr. 4. Ved arbeidsmiljøloven av 1977 ble det alminnelige saklighetskravet til oppsigelse i hovedsak videreført, aml. 1977 § 60. Departementet uttaler likevel at

”forståelsen av hva som skal til for at en oppsigelse skal være saklig, ikke er statisk. Ser man på rettspraksis fra 1936 og fram til i dag, er det helt klart at det har skjedd en utvikling i retning av at det kreves sterkere grunner fra arbeidsgiverens side, for at en oppsigelse skal anses usaklig.⁴⁹³ Særlig har *rimelighetsvurderinger* i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet, og det legges større vekt på arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket ved arbeid i vedkommendes tjeneste.”⁴⁹⁴

Ved aml. 1977 ble dessuten innført en ny bestemmelse i § 60 nr. 2 annet ledd om at arbeidsgiveren ved oppsigelser som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonalisering så vidt mulig skal søke å finne annet passende arbeid til arbeidstakeren, samt at det ved slike oppsigelser skal foretas en avveining mellom virksomhetens behov for rasjonalisering og de ulemper som oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. Det fremgår av Arbeidsrettsrådets innstilling⁴⁹⁵ at en med dette har ment å lovfeste den rettoppfatning som Høyesterett gav uttrykk for i Rt. 1966 s. 393.

”Som nevnt har Høyesterett i relasjon til oppsigelser som følge av rasjonaliseringstiltak og bedriftsinnskrenkning gått inn for at rimelighetsmomentet kan tas i betraktning som et moment blant flere ved den samlede vurdering av om en oppsigelse har saklig grunn i arbeidsgiverens, arbeidstakerens eller bedriftens forhold.”⁴⁹⁶

⁴⁹² Min kursiv.

⁴⁹³ Her menes åpenbart ”saklig”.

⁴⁹⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72. Min kursiv.

⁴⁹⁵ Innstilling fra Arbeidsrettsrådet om oppsigelse og avskjed, inntatt som vedlegg II til Ot.prp. nr. 41 (1975-76).

⁴⁹⁶ Arbeidsrettsrådets innstilling s. 10.

Arbeidsrettsrådet synes altså her å åpne for at rimelighetsbetraktninger også skal ha betydning for spørsmålet om en oppsigelse er saklig begrunnet i *arbeidstakers forhold*, herunder redusert arbeidsevne. Det fremmes imidlertid ikke noe eksplisitt forslag om rimelighetssensur ved slike oppsigelser.

Arbeidsrettsrådet hadde videre foreslått at de tre unntakene fra oppsigelsesforbudet under sykefravær etter avl. 1956 § 44 ble opprettholdt.⁴⁹⁷ Departementet foreslår imidlertid alle disse tre unntak opphevd. I forhold til forsettlig pådratt sykdom og svikaktig fortielse er opphevelsen begrunnet med at bestemmelsene hadde hatt liten praktisk betydning, og at det var viktig å sikre arbeideren mot prosesser under sykefraværet. Om det foreslåtte unntaket for generelt redusert arbeidsevne uttaler departementet:

”Unntaket under c) åpner for svært skjønnsmessige vurderinger og betyr en kraftig uthuling av vernet. Det må også nevnes at reglene lett kan misbrukes, og setter arbeidsgiveren i en uforholdsmessig sterk posisjon i forhold til den arbeidsuføre arbeidstaker.”⁴⁹⁸

Kommunal- og miljøvernkomitéen var enig med departementet, og knyttet opphevelsen sammen med den nye bestemmelse i aml. § 13 nr. 2: Opprettholdelse av de unntaksbestemmelser ”som er inntatt i gjeldende arbeidervernlovs § 44 vil bryte både med den ånd og med den praksis man etterstreber i den nye lovens § 13”.⁴⁹⁹

Den vedtatte bestemmelse, aml. 1977 § 64, fastsatte et vern mot oppsigelse under og på grunn av sykefravær i inntil seks eller tolv måneder. Bestemmelsen stiller ikke minstekrav til ansettelsestid forut for sykefraværet, men ansettelsestid over fem år innebærer at arbeidstaker er vernet i tolv måneder.

I tillegg innebar aml. 1977 § 13 nr. 2, som vist tidligere, en omfattende plikt for arbeidsgiver til å tilrettelegge for at yrkeshemmet arbeidstaker skulle kunne ”få eller beholde et høvelig arbeid”. Hvorvidt arbeidsgiver hadde oppfylt sine plikter etter aml. 1977 § 13 nr. 2 fikk betydning for om det alminnelige saklighetskravet etter aml. 1977 § 60 var oppfylt.

Aml. § 13 ble endret i 2003 ved at begrepet ”yrkeshemmede arbeidstakere” ble byttet ut med ”arbeidstakere med redusert arbeidsevne”. Hensikten med endringen var å presisere at tilretteleggingsplikten *også* gjaldt under midlertidig sykefravær. Arbeidsmiljøloven av 2005 viderefører i hovedsak aml. 1977s bestemmelser om oppsigelsesvern og tilretteleggingsplikt, med den forskjell at verneperioden ved sykefravær settes til 12 måneder, uavhengig av ansettelsestid.

For øvrige grupper er det fra 1970-tallet skjedd en videreutvikling av oppsigelsesvilkårene og en harmonisering med arbeidsmiljøloven av 1977s system.

⁴⁹⁷ Arbeidsrettsrådets innstilling s. 13 og 16, utkastets § 45.

⁴⁹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 25.

⁴⁹⁹ Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 13.

Sjømannsloven av 1975⁵⁰⁰ inneholdt bestemmelser om skipsførers rett til å avskjedige en sjømann som ”på grunn av sykdom eller skade blir arbeidsufør over lengre tid, eller som lider av en sykdom som medfører fare for de andre som er om bord”, sjømannslov 1975 § 14. Etter avskjedigelsen hadde sjømannen rett til hyre i to eller tre måneder, §§ 28 nr. 2 og 34. Ved endringslov av 1985 innførte en imidlertid rederiansettelse for sjøfolk.⁵⁰¹ Oppsigelsesbestemmelsene ble nå stort sett utformet etter mønster fra arbeidsmiljølovens regler. Blant annet pliktet arbeidsgiver å iverksette tiltak for at yrkeshemmede sjøfolk skulle få eller beholde høvelig arbeid, sjømannslov § 27A. Bestemmelsen om oppsigelsesvern ved sykdom eller skade i § 14 er parallell til aml. 1977 § 64. Heller ikke her gjelder unntak for fortielser eller selvforskyldte sykdommer. Et alminnelig oppsigelsesvern, herunder krav om annet passende arbeid og ulempeavveining, ved oppsigelser som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonalisering, ble fastsatt i sjøml. § 19.

Tjenestemannsloven av 1977⁵⁰² avløste tjenestemannsloven av 1918. Et alminnelig saklighetskrav til oppsigelse fulgte av av tjml. 1977 § 6 første ledd, og et spesielt sterkt oppsigelsesvern for tjenestemenn med mer enn to års tjenestetid av tjml. 1977 § 9. Ifølge tjml. 1977 § 11 a kunne en tjenestemann gis avskjed når han ”på grunn av sykdom er varig uskikket til forsvarlig å utføre sin tjeneste.” Det tidsbegrensede forbud mot oppsigelse pga. sykefravær, aml. 1977 § 64, ble imidlertid gitt tilsvarende anvendelse, jfr. tjml. 1977 § 11, 2. ledd, og det ble videre lagt til grunn at det ikke ville være aktuelt med oppsigelse på grunnlag av sykefravær før etter to år.⁵⁰³ Tjenestemannsloven av 1977 ble avløst av tjenestemannsloven av 1983.⁵⁰⁴ Også her gjelder et alminnelig saklighetskrav for oppsigelse, tjml. 1983 § 9. 1. ledd, samt et særlig sterkt oppsigelsesvern for tjenestemenn med lengre ansettelsestid, tjml. 1983 § 10 nr. 1. Tjml. 1983 § 10 nr. 2 a regulerer oppsigelsesvilkårene ved sykdom: Tjenestemann kan sies opp med seks måneders frist når vedkommende på grunn av sykdom er varig uskikket til forsvarlig å utføre sin tjeneste. Heller ikke etter tjml. 1983 er det forutsatt at tjenestemannen skal kunne sies opp før etter to års sykefravær.⁵⁰⁵ En plikt til omplassering følger av tjml. 1983 § 13, såvel ved oppsigelse pga. virksomhetens forhold, som ved oppsigelse som er begrunnet i at vedkommende på grunn av sykdom er varig uskikket til forsvarlig å utføre sin tjeneste. Tjenestemann med minst ett års sammenhengende tjeneste skal ”om mulig tilbys annen passende stilling i virksomheten”.

⁵⁰⁰ Sjømannslov av 30. mai 1975 nr. 18.

⁵⁰¹ Endringslov av 31. mai 1985 nr. 37. Tidligere hadde disse som hovedregel forhyrt for hver reise, se Ot.prp. nr. 26 (1984-1985), bl.a. s. 6.

⁵⁰² Lov 10. juni 1977 nr. 65 om statens tjenestemenn.

⁵⁰³ Se Ot.prp. nr. 44 (1976-77) s. 26 og Fanebust 1987 s. 206.

⁵⁰⁴ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn.

⁵⁰⁵ Se Fanebust 1987 s. 206 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 72 (1981-82) s. 23.

3.6. Oppsummering - kontraktsvern.

Vernet mot at arbeidsgiver bringer kontrakten til opphør i forbindelse med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse hos arbeidstaker har historisk utviklet seg langs tre ulike linjer; særvern ved sykefravær, generelt oppsigelsesvern og krav om individuell tilrettelegging for at arbeidstaker skal kunne beholde arbeidet. Disse ulike regelsett har likevel klare forbindelseslinjer og anvendes i kombinasjon med hverandre.

Sykefravær som tegnet til å bli varig gav i en tidlig fase av utviklingen arbeidsgiver grunnlag for å heve arbeidsavtalen, for enkelte grupper kombinert med en viss omsorgs- eller lønnsplikt for arbeidsgiver i en begrenset periode. Det ble stilt krav om ansettelsestid, og sykdommer som arbeidstaker led av ved ansettelse eller som det av andre grunner ble ansett urimelig at arbeidsgiver skulle ha risikoen for, falt utenfor vernet. Vernet er her utviklet på flere områder: Kravene til opptjeningstid er minket og seinere bortfalt og verneperioden økt. Unntakene for sykdommer arbeidstaker led av ved ansettelsen og for selvforkyldte sykdommer er falt bort. Endelig er særvernet under sykefravær utvidet fra å omfatte spesielle grupper til å gjelde alle arbeidstakere. Vernet for arbeidstakere som faller utenfor arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler er deretter i stor utstrekning harmonisert med disse, likevel slik at vernet etter tjenestemannsloven stadig er noe sterkere enn etter arbeidsmiljøloven.

Det alminnelige oppsigelsesvernet har utviklet seg fra et forbud mot utenforliggende hensyn til en materiell minstestandard. Det stilles krav om tilstrekkelig saklig grunn, både ved oppsigelse som er begrunnet i arbeidstakers forhold og ved utvelgelsen av arbeidstakere ved oppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold. Oppsigelsesvernet inneholder også et visst krav til sosial rimelighet, ved at arbeidsgiverens interesse i oppsigelse skal avveies mot de ulemper denne påfører arbeidstakeren.

Et siste element i kontraktsvernreguleringen er plikten til tilrettelegging for at yrkeshemmede, seinere arbeidstakere med ”reduisert arbeidsevne”, skal kunne beholde sin tilknytning til virksomheten. Denne plikten er utviklet fra en vag bør-regel til en forholdsvis omfattende plikt til å vurdere og prøve ut ulike alternativer til oppsigelse.

4. Utvikling av tiltak for å lette inngangen til arbeidslivet: Fra individuell kvalifisering til krav om likebehandling.

4.1. Innledning. Tiltak for å fremme ansettelse av personer med yrkeshemming eller funksjonsnedsettelse.

Kontraksvern bidrar til at arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan beholde sin arbeidsmarkedstilknytning. Det hjelper imidlertid ikke personer som står utenfor arbeidsmarkedet til å oppnå sysselsetting. Dette avsnittet tar opp utviklingen av tiltak spesielt rettet mot å lette inngangen til arbeidsmarkedet for personer med funksjonsnedsettelse. Her foreligger et bredt spekter av virkemidler, som gjerne brukes i kombinasjon, og som vanskelig lar seg systematisere på en entydig måte. Nedenfor er tiltakene forsøksvis inndelt i tre hovedgrupper:

Den første gruppen tiltak er individrettede tiltak for kvalifisering og habilitering av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Tiltakene tar sikte på å tilpasse den enkelte til arbeidslivets krav, ved å gjøre vedkommende attraktiv for arbeidsmarkedet. Slike tiltak kan også være kombinert med økonomiske stimuli for arbeidsgivere som velger å ta inn arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

En annen gruppe tiltak tar sikte på å fjerne arbeidslivets barrierer for sysselsetting, altså å tilpasse arbeidslivet til mennesket. Dette kan for eksempel gjelde opplysningstiltak for å bryte ned holdningsmessige barrierer mot arbeidstakere med visse typer sykdommer, eller tekniske tilretteleggingstiltak for å fjerne fysiske barrierer på arbeidsplassen. Økonomiske tilskudd til dekning av utgifter i forbindelse med teknisk tilrettelegging vil også inngå som et ledd i å fjerne barrierer for sysselsettingen av disse gruppene.

En tredje gruppe tiltak griper direkte inn i beslutningsprosessen ved ansettelse. Kvotesystemer og ordninger med fortrinnsrett for visse erverv eller stillinger tar sikte på å fremme sysselsettingen for funksjonshemmede som gruppe, eventuelt for grupper av funksjonshemmede arbeidstakere. Et nyere virkemiddel er forbud mot diskriminering ved ansettelse, kombinert med en plikt til individuell tilrettelegging. Virkemidlet tar sikte på å motvirke at den enkelte kvalifiserte arbeidssøker med funksjonsnedsettelse blir satt utenfor konkurranse på urettmessig grunnlag.

4.2. Frem til 1970-tallet – kvotesystemer og attføring/arbeidsformidling.

En finner forholdsvis tidlige eksempler på lovregulering for å fremme sysselsettingen for personer med funksjonsnedsettelse i flere europeiske land. Disse tidlige tiltak omfattet gjerne spesielt ”verdige trengende”; særlig krigsveteraner og yrkesskadde. Virkemidlene var sammensatte. I

Storbritannia hadde en etter annen verdenskrig en ordning der visse yrker – heisførere og parkeringsvakter – var reservert yrkesvalghemmede.⁵⁰⁶ Videre innførte britene på denne tid kvotesystemer for funksjonshemmede arbeidstakere. Bl.a. innebar den britiske Disabled Persons (Employment) Act fra 1944 en plikt for bedrifter med minst 20 arbeidstakere til å sysselsette minst 3 % yrkesvalghemmede. Bedrifter som ikke fylte sin kvote hadde ikke adgang til å ansette andre uten etter særlig tillatelse. Det synes som om en fra det britiske arbeidsdepartementets side i tidlig etterkrigstid (1949) har ment at ordningen fungerte tilfredsstillende.⁵⁰⁷ I ettertid synes ordningen å ha vært vurdert mer negativt.⁵⁰⁸ I Forbundsrepublikken Tyskland opererte en i tidlig etterkrigstid med mange forskjellige kvotesystemer, som ble forsøkt harmonisert gjennom Scwerbeschädigungsgesetz av 16. juni 1953. Denne gjaldt krigsveteraner og ofre for arbeidsulykker, og kvoten ble satt til 10 % for offentlige og 6 % for private arbeidsgivere. Det viste seg imidlertid vanskelig å få fylt opp disse kvoter pga. mangel på kvalifiserte funksjonshemmede.⁵⁰⁹

ILO vedtok i etterkrigstiden en del konvensjoner og rekommandasjoner som hadde til hensikt å bedre sysselsettingsmulighetene for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Politikken var på dette tidspunkt i det vesentligste individrettet, fokus var på utdanning og yrkesmessig attføring, ikke diskrimineringsvern, se bl.a. R71 (1944) om overgang fra krig til fred⁵¹⁰ og R99 (1955) om yrkesrettet attføring.⁵¹¹ I 1975 fulgte en opp med R150 (1975)⁵¹², som heller ikke nevner diskrimineringsforbud som et anbefalt tiltak. ILOs diskrimineringskonvensjon C111 (1958) omfatter som vi har sett⁵¹³ i utgangspunktet ikke funksjonshemming.

I Norge anså en det etter 2. verdenskrig som en moralsk forpliktelse for samfunnet å ta seg av dem som var blitt invalidisert som følge av sin innsats under krigen. Samtidig tilsa mangel på arbeidskraft at en også utnyttet arbeidsevnen til de delvis arbeidsføre. De virkemidler som ble satt inn var i første rekke utdanning, yrkesmessig attføring og arbeidsformidling.⁵¹⁴

Samfunnets ansvar for sysselsetting kom blant annet til uttrykk i en ny grunnlovsbestemmelse fra 1954. Grunnloven § 110 første avsnitt pålegger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at ”ethvert arbeidsdyktig Menneske kan skaffe sig Udkomme ved sitt Arbeide.” Forarbeidene til bestemmelsen understreker at bestemmelsen også gjelder ”de delvis arbeidsføre

⁵⁰⁶ Se Torp-komiteéns innstilling s. 41.

⁵⁰⁷ Torp-komiteéns innstilling s. 40.

⁵⁰⁸ Se Waddington 1995 s. 224-229.

⁵⁰⁹ Waddington 1995 s. 229 flg.

⁵¹⁰ R71 (1944) Employment (Transition from War to Peace) Recommendation, se blant annet rekommandasjonens pkt. X.

⁵¹¹ R 99 (1955) Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation.

⁵¹² R 150 (1975) Human Resources Development Recommendation.

⁵¹³ Kap. II pkt. 2.2.4.

⁵¹⁴ Se nærmere St.meld. nr. 33 (1950) Om Registreringssentralen for omskoling av delvis arbeidsføre, s. 1 flg.

som på grunn av medfødt skade eller som følge av ulykke ikke kan hevde seg i konkurransen med de fullt arbeidsføre”.⁵¹⁵ Det ble likevel samtidig fastslått at dette ikke innebar noe rettskrav for den enkelte på at myndighetene skaffer ham arbeid. Bestemmelsen hadde derfor først og fremst betydning som programmerklæring.

Som jeg var inne på under pkt. 3.4, ble Komitéen for utredning av spørsmålet om sysselsetting av delvis arbeidsføre, Torp-komitéen, nedsatt 1947. Torp-komitéens innstilling II fra 1952, ”Kvalifisering og sysselsetting av yrkesvalghemmet arbeidskraft”⁵¹⁶ inneholdt en grundig drøftelse av mulige tiltak for å bedre de yrkesvalghemmedes sysselsettingsmuligheter. Herunder tok komitéen blant annet opp fjerning av holdningsmessige barrierer på arbeidsplassen, kvotesystemer, offentlige arbeidsgiveres rolle og barrierer for sysselsettingen i offentlig sektor samt økonomiske stimuli for arbeidsgivere som tok inn yrkesvalghemmede. Innstillingen ble fulgt opp av St.meld. nr. 48 (1953) Om kvalifisering og sysselsetting av delvis arbeidsføre, som i hovedsak sluttet seg til Torp-komitéens forslag (og mangel på sådanne).⁵¹⁷

Torp-komitéens innstilling anså *opplysningsvirksomhet* som et svært viktig tiltak for å bedre sysselsettingsmulighetene med sikte på å få bukt med ”mangel på kjennskap om faktiske forhold eller endog direkte vrangforestillinger”. Holdningsmessige barrierer for sysselsetting av visse arbeidstakersgrupper måtte bekjempes. Ut fra komitéinnstillingen kan det se ut som om det like mye er arbeidskameratenes som arbeidsgivers holdninger som er problemet. Blant annet vises til at utplassering av klienter som har lidd av tuberkulose ofte blir vanskeliggjort av en ”overdreven smittefrykt blant de tidligere tilsatte arbeidstakere”.⁵¹⁸

Videre ble tiltak som særrettigheter i forhold til visse yrker eller erverv, samt kvotesystemer, drøftet. Komitéen drøftet, men avviste, muligheten for *reservering* av bestemte yrker, f.eks. parkeringsvakter, heisførere, billettører på sporvogner og busser, kinopersonale etc. Fordelen med slike ordninger ville ifølge komitéen være at de funksjonshemmede fikk et større antall plasser å velge mellom. Ulempen ville, stadig ifølge komitéen, være at disse yrker kunne få et slags mindre-verdighetsstempel, samt at dette skapte inntrykk av at det bare var disse typer arbeid som yrkesvalghemmede er skikket til å utføre.

Endelig drøftet komitéen innføring av et *kvotesystem* for yrkesvalghemmet arbeidskraft, etter britisk mønster. Fordelene med dette var, ifølge komitéen, at yrkesvalghemmede ut fra sine individuelle forutsetninger har samme evne til å utføre fullverdig arbeid som andre arbeidssøkere,

⁵¹⁵ Innst. S. nr. 220 (1954) s. 584.

⁵¹⁶ Innstilling II fra komitéen for utredning av spørsmålet om sysselsetting av delvis arbeidsføre: Kvalifisering og sysselsetting av yrkesvalghemmet arbeidskraft, avgitt 31. mars 1952. Gjengitt som vedlegg til Stortingsmelding 48 (1953) Om kvalifisering og sysselsetting av delvis arbeidsføre.

⁵¹⁷ Se St.meld. nr. 48 (1953) særlig s. 14-15.

⁵¹⁸ Torp-komitéens innstilling s. 42 flg.

og at det derfor ikke var noen tilfredsstillende løsning at de skulle være avhengig av velvillighet eller medlidenhet for å få slippe til på en arbeidsplass. Komitéen fant likevel flere svakheter med en kvoteordning: For det første faren for stigmatisering, ved at de yrkesvalghemmede ble skilt ut som en skarpt markert gruppe. For det annet fryktet en at en del arbeidsgivere ville føle seg oppfordret til å klassifisere personer som var fullt ut arbeidsføre til tross for sin funksjonshemming, som partielt arbeidsføre. Det ble videre anført at en risikerte å miste den positive innstilling mange arbeidsgivere hadde til de yrkesvalghemmede. Endelig ble det vist til at kvotesystemer vil forandre et stort kontrollapparat.⁵¹⁹ På denne bakgrunn avviste komitéen å innføre et kvotesystem. Et slikt forslag ble heller ikke fremmet i Stortingsmelding 48.⁵²⁰

I et eget avsnitt tok Torp-komitéen opp det offentliges rolle som arbeidsgiver for yrkesvalghemmede.⁵²¹ Her ble det pekt på at det offentlige på ingen måte hadde vært noen foregangsarbeidsgiver når det gjaldt å ta inn yrkesvalghemmede arbeidssøkere. En viktig årsak til dette synes å ha vært de gunstige pensjonsordninger i offentlig sektor. Risikoen for utbetalinger kunne føre til at en yrkesvalghemmet arbeidstaker ikke ville oppnå medlemsskap i Statens pensjonskasse eller en kommunal pensjonsordning. Selv om medlemsskap i en pensjonskasse ikke var noe direkte vilkår for ansettelse i offentlig sektor, synes dette i praksis å ha hindret ansettelse av yrkesvalghemmede. Torp-komitéen tilrådde at det ble innskjerpet ved ansettelse at søkerens helsetilstand skulle ses i relasjon til det arbeid som skulle utføres og ikke i relasjon til fiktive pensjonskasserekrav. Yrkesvalghemmede som faktisk var i stand til å fylle en stilling, måtte kunne komme i betraktning, selv om det skulle vise seg at de ikke kunne bli medlemmer av pensjonskassen.⁵²²

På dette området bidro Torp-komitéens innstilling til lovendringer. I 1957 ble lov om Statens pensjonskasse § 8 annet ledd endret, slik at den tidligere hjemmelen for å utelukke personer fra pensjonskassemedlemsskap, ble endret til en hjemmel for å bestemme inntil ti års karantenetid.⁵²³ Bestemmelsen ble endelig opphevet i 1972.⁵²⁴ I den forbindelse uttalte Sosialkomitéen at forslaget om å oppheve karantenebestemmelsene var ”i samsvar med den enstemmige oppfatning Stortinget har gitt uttrykk for når det gjelder beskjefligelse av delvis handicappede, og for at de skal ha samme rettigheter som andre arbeidstakere.” Opphevelsen av bestemmelsen fikk den betydning at det fra 1973 ikke lenger ble krevd generell helseattest ved tilsetning i statens tjeneste.⁵²⁵

⁵¹⁹ Torp-komitéens innstilling s. 40–41.

⁵²⁰ Se St.meld. nr. 48 (1953) s. 14–15.

⁵²¹ Torp-komitéens innstilling pkt. XII s. 44 flg.

⁵²² Torp-komitéens innstilling s. 46.

⁵²³ Lov av 31. mai 1957 nr. 2 om endringer i og tillegg til Lov om Statens Pensjonskasse av 28. juli 1949.

⁵²⁴ Lov av 15. desember 1972 nr. 86.

⁵²⁵ Rundskriv P-44/73 fra Forbruker- og administrasjonsdepartementet av 7. mai 1973.

Et spørsmål som har vært debattert under hele etterkrigstiden har vært i hvilken utstrekning det skal gis økonomiske tilskudd til arbeidsgivere som tar inn yrkeshemmede arbeidstakere. Slike tilskudd kan gis i form av dekning av direkte utgifter til tilrettelegging, men også i form av lønnstilskudd til arbeidsgiverne eller trygdeytelser til yrkeshemmede som kommer i stedet for ordinær lønn. Fra myndighetenes side har en vært skeptisk til lønnstilskudd eller trygdeytelser i stedet for lønn for personer som er i arbeid, på grunn av faren for misbruk. Slike ordninger kan føre til at arbeidstakere med arbeidsevne innen normalvariasjoner blir klassifisert som yrkeshemmede for at arbeidsgiver skal kunne slippe lønnskostnader.

Torp-komitéen foreslo imidlertid å gi anledning til tilskudd fra arbeidsløysetrygden til yrkesvalghemmede,⁵²⁶ som også kunne brukes ved arbeidstrening på ordinære arbeidsplasser.

Ifølge Lov om attføringshjelp 1960⁵²⁷ kunne en trygdet tilstås attføringspenger til *livsopphold* etter §§ 2-10 bl.a. i den tid han gjennomgikk ”attføring”, herunder også arbeidstrening i bedrift. Ved lovendring av 19. juni 1964 nr. 23 ble det i § 1 første ledd tilføyd et nytt pkt. 3, som bestemte at det også kunne ytes bidrag til nødvendige *utgifter* under attføring. Blant annet kunne det gis stønad til anskaffelse av spesielle tekniske hjelpemidler.⁵²⁸ Bestemmelser om attføring ble seinere tatt inn i folketryktdoven av 1966 kap. 5. Det fulgte av ftrl. 1966 § 5-3 første ledd bokstav b at attføringshjelp kunne ytes i form av ”tilskott til (...) arbeidstilvenning ved (...) bedrift.” I medhold av forskrift kunne det videre ytes tilskudd, lån eller garanti for lån til anskaffelse av tekniske hjelpemidler på arbeidsplassen.⁵²⁹

Lov om trygd mot arbeidsløyse av 1959⁵³⁰ § 5 bokstav e gav hjemmel for stønad til ”hjelp til leveveg”. Fra 1.2.67 ble det, i regi av arbeidsmarkedsetaten, etablert en forsøksordning med *tilskudd til arbeidslønnen* ved tilsetning av yrkesvalghemmede i vanlige bedrifter. Det ble forutsatt at den yrkesvalghemmede ble tilsatt på ordinær måte til tariffmessig lønn, og at han ikke ble oppsagt uten at det ble gitt en særskilt begrunnelse og et forhåndsvarsel til arbeidsformidlingen.⁵³¹

Ordningene for yrkesrettet og bedriftsintern attføring ble revidert i 1970-årene. I en delutredning av 1976 til Utredningsgruppen for folketrygden,⁵³² gis en beskrivelse av de ulike ordninger for yrkesrettet attføring som fantes på dette tidspunkt: For det første kunne det gis arbeidstilvenningstilskott, i form av lønnstilskudd i en begrenset periode til arbeidsgiver som tok

⁵²⁶ Torp-komitéens innstilling s. 71.

⁵²⁷ Lov om attføringshjelp av 22. januar 1960 nr. 2.

⁵²⁸ Sosialdepartementets forskrift av 14. september 1964 § 2 nr. 1 pkt. d.

⁵²⁹ Se også St.meld. nr. 88 (1966-67) om utviklingen av omsorgen for funksjonshemmede s. 34.

⁵³⁰ Lov av 28. mai 1959 nr. 4 om trygd mot arbeidsløyse.

⁵³¹ Kilde: St.meld. nr. 88 (1966-67) s. 34.

⁵³² Delutredning avgitt fra Knut Halvorsen 31. mai 1976 til Utredningsgruppen for folketrygden, Arbeidsgruppe A5. Delutredningen er gjengitt som vedlegg 2 til NOU 1976: 58 Attføringsarbeidet. Om målsetting og virkemidler.

inn yrkeshemmede arbeidstakere.⁵³³ For det annet kunne den yrkeshemmede tilstås attføringshjelp og attføringspenger under arbeidstilvenning i bedrift.⁵³⁴ For det tredje kunne arbeidstaker tilstås 50 % sykepenger selv om han jobbet full dag, dersom arbeidsgiver kunne godtgjøre at han bare leverte halv ytelse.⁵³⁵ Utredningen drøfter muligheten for permanente lønnstilskudd ut over dette, men en vil ikke gå inn for dette. Argumentene mot er (på samme måte som tidligere) faren for stigmatisering samt faren for at arbeidsgivere vil prøve å kategorisere funksjonshemmede arbeidstakere som gjør en fullverdig jobb, som yrkeshemmede.

I Stortingsmelding nr. 14 (1977-78)⁵³⁶ fra Kommunal- og arbeidsdepartementet om sysselsettingspolitikken ble det gjort rede for yrkesrettede tiltak overfor yrkeshemmede, deriblant subsidiering av lønn i form av graderte sykepenger, graderte attføringspenger og gradert uførepensjon. Sosialdepartementet fremla samtidig Stortingsmelding nr. 23 (1977-78) om funksjonshemmede i samfunnet, som tok opp noen av de samme problemstillingene.⁵³⁷

Vi kan oppsummere utviklingen av tiltak for å fremme sysselsetting for yrkeshemmede frem til 1977 slik: Kvotesystemer og reservering av yrker eller erverv er brukt i en viss utstrekning i noen europeiske land, men synes ikke å ha vært brukt i Norge. De viktigste tiltak for å fremme sysselsettingen av arbeidstakere med yrkeshemninger i Norge synes å ha vært yrkesrettet attføring og arbeidsformidling. I tillegg ble det, til tross for stadig uttalt frykt for misbruk, i økende grad utviklet ordninger med dekning av utgifter og også direkte lønnstilskudd til arbeidsgivere som tok inn yrkeshemmede arbeidstakere.

4.3. 1977 til i dag. Videreutvikling av attføring/arbeidsformidling samt diskrimineringsvern ved ansettelse.

Fra 1977 til i dag har en beholdt og videreutviklet tradisjonelle virkemidler (attføring, arbeidsformidling, økonomiske stimuli) for å styrke *yrkeshemmedes* muligheter for å oppnå ansettelse. Videre har en utviklet et nytt virkemiddel i norsk sammenheng – vern mot diskriminering på grunn av *funksjonshemming* ved ansettelse.

Støtteordninger ved nyansettelse av yrkeshemmede ble videreutviklet på 1980- og 1990-tallet. Stortingsmelding nr. 64 (1982-83) om arbeid for yrkeshemmede gir en beskrivelse av ulike

⁵³³ Det dreier seg her sannsynligvis om en forløper til forskrift om tilskott til arbeidstilvenning i forbindelse med yrkesmessig attføring av 8. juli 1977, gitt i medhold av ftrl. kap. 4.

⁵³⁴ Jfr. ftrl. 1966 § 5-3 bokstav b.

⁵³⁵ Jfr. ftrl. 1966 § 3-2, 3. ledd: "Er den trygdede bare delvis arbeidsufør, kan det ytes reduserte sykepenger. Departementet kan gi nærmere regler om dette."

⁵³⁶ St.meld. nr. 14 (1977-78) om sysselsettingspolitikken.

⁵³⁷ St.meld. nr. 23 (1977-78) Funksjonshemmede i samfunnet, kap. 8, Funksjonshemmede og arbeidslivet, s. 57 flg.

typer tilskuddsordninger på dette tidspunkt. Det ble bl.a. gitt støtte til ”enkeltarbeidsplasser” (ekstraordinære arbeidsplasser i offentlig sektor), samt arbeidstilvenningstilskudd ved nytilsetninger av yrkeshemmede.⁵³⁸ Disse ordninger – samt ”nytilsettingstilskudd for langtidsledige” – blir foreslått samordnet, og en skisserer også hovedprinsippene for et nytt samordnet arbeidstilvenningstilskudd. Dette bør som hovedregel dekke 75-80 %⁵³⁹ av lønnsutgiftene i en begrenset periode, og ta sikte på tilsetning på vanlige lønns- og arbeidsvilkår ut over tilskuddsperioden.

Fra 1994⁵⁴⁰ ble aktive virkemidler under *yrkesrettet attføring* samlet i arbeidsmarkedsetaten. Trygdeetaten vurderte imidlertid de medisinske vilkårene for yrkesrettet attføring, og innvilget rehabiliteringspenger i en avgrenset periode før attføringstiltak ble satt iverk.⁵⁴¹ Lønnsstilskudd ble og blir gitt dels i medhold av forskrifter med hjemmel i sysselsettingsloven av 1947 og den seinere arbeidsmarkedsloven av 2004 og dels i medhold av folketrygdloven av 1966 den seinere folketrygdloven av 1997.

Folketrygdloven av 1997 gav og gir også rett til ytelser til yrkeshemmede, deriblant yrkeshemmede arbeidssøkere. En rekke av ytelsene under rehabilitering og attføring tar sikte på å gjøre det mindre økonomisk byrdefullt for arbeidsgivere å ta inn yrkeshemmede arbeidssøkere. Dette gjelder bl.a. tilskott til lese- og sekretærhjelp for blinde og svaksynte i arbeid, ftrl. § 10-7, 1. ledd bokstav e og stønad til ombygging av maskiner og tilrettelegging av fysisk miljø på arbeidsplassen, ftrl. § 10-7, 2. ledd.

En ytterligere ”gulrot” for å få arbeidsgiver til å tilsette yrkeshemmede, har bestått i at disse i visse tilfeller fratas vanlig oppsigelsesvern. Ved endringslov av 7. juni 1985 nr. 57⁵⁴² ble det gjort unntak fra det alminnelige forbud mot midlertidig tilsetning i aml. 1977 § 58 nr. 7 for ekstraordinær tilsetning av ”deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med arbeidsmarkedsetaten”.

Ovennevnte tiltak er basert på frivillighet fra arbeidsgivers side. En annen utviklingslinje gjelder direkte inngrep i arbeidsgivers styringsrett ved ansettelse.

Ved arbeidsmiljøloven av 1977 innførte en i realiteten et visst vern mot diskriminering ved ansettelse, ved at arbeidsgiveren ble forbudt å spørre om – og dermed også legge vekt på – visse typer irrelevante forhold, som religiøs eller politisk oppfatning eller medlemskap i lønnskategorier og lønnsstakerorganisasjoner. Diskrimineringsforbudet inkluderte ikke eksplisitt helsetilstand eller

⁵³⁸ St.meld. nr. 64 (1982-83) om arbeid for yrkeshemmede s. 17-18.

⁵³⁹ 75-40% ifølge stortingsmeldingen, dette går jeg ut fra er en trykkfeil.

⁵⁴⁰ Jfr. lov av 11. juni 1993 nr. 84 om endringer i lov om folketrygd og visse andre lover.

⁵⁴¹ NAV-reformen samler etatene, se lov av 16. juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven).

⁵⁴² Se om bakgrunnen for dette Ot.prp. nr. 67 (1984-85) s. 5-6.

funksjonshemming. Kommunal- og miljøvernkomitéen valgte imidlertid i en annen sammenheng å uttale seg om bruk av helseundersøkelser ved ansettelse:

”Komitéen er (...) av den oppfatning at man for fremtiden må bli mer varsom med å underkaste den enkelte inngående helseundersøkelser før det foretas ansettelser dersom dette ikke er nødvendig for å beskytte arbeidstakeren mot risiko på grunn av arbeidets art. Særlig må dette etter *komitéens* mening gjelde arbeidstakere som søker stilling i offentlig virksomhet.”⁵⁴³

Komitéen viste til at konsekvensene av en helseundersøkelse kunne være at ”mennesker som ikke fyller maksimale helsekrav eller som har visse former for sykdom eller lyter blir støtt ut fra arbeidsmarkedet som følge av dette.”⁵⁴⁴ Denne uttalelsen var knyttet til oppsigelsesvernet ved sykdom, ikke til forbudet i aml. 1977 § 55A, men kunne likevel bære bud om at lovgiver ville se oppsigelsesvern og diskrimineringsvern ved ansettelse i sammenheng. Også uttalelser i forarbeidene til legeloven av 1980 tyder på at lovgiver på dette tidspunkt har ansett unødvendig strenge krav til helsetilstand eller funksjonsevne som illegitime:

”Det er yrker som stiller sterke krav til fysiske eller psykiske kvalifikasjoner, eller begge deler, og det er arbeid som stiller beskjedne krav. Hvor det ikke er nødvendig med særlige krav, vil man med rette anse det for utidig om en arbeidsgiver skulle prøve å sikre særlig sterke og friske arbeidstakere for å få større ytelser og mindre sykefravær enn normalt.”⁵⁴⁵

I St.meld. nr. 64 (1982-83) om arbeid for yrkeshemmede pekes igjen på *offentlige* arbeidsgiveres særlige ansvar for inntak av yrkeshemmede.⁵⁴⁶ Kommunal- og arbeidsdepartementet forutsetter at alle statlige arbeidsgivere legger forholdene til rette slik at yrkeshemmede får en ”reell mulighet til å konkurrere” om ordinære statsstillinger.⁵⁴⁷ En peker videre på muligheten for å gi fortrinnsrett til yrkeshemmede ved tilsetning i kommunale og fylkeskommunale stillinger.⁵⁴⁸

Tjenestemannsforskriften av 1983⁵⁴⁹ inneholdt og inneholder i sin § 9 et krav om å kalle inn minst en funksjonshemmet søker ”som er eller blir uten arbeid” til intervju. Dersom vedkommende var blitt oppsagt fra annen statlig stilling på grunn av tap av helsekrav, og dermed hadde fortrinnsrett etter tjml. § 13 nr. 4, skulle hun tilsettes fremfor bedre kvalifiserte søkere, tjmf. § 9 annet ledd jfr. § 7 nr. 7. Denne bestemmelsen ble endret i 1995,⁵⁵⁰ slik at også funksjonshemmet/yrkeshemmet søker *uten fortrinnsrett* etter tjenestemannsloven, kunne ansettes til foretrekkelig for bedre kvalifiserte søkere.

⁵⁴³ Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 13.

⁵⁴⁴ Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 13.

⁵⁴⁵ Ot.prp. nr. 1 (1979-80) Om lov om leger og tannleger s. 161.

⁵⁴⁶ St.meld. nr. 64 (1982-83) s. 34 flg.

⁵⁴⁷ St.meld. nr. 64 (1982-83) s. 36.

⁵⁴⁸ St.meld. nr. 64 (1982-83) s. 36 og 37.

⁵⁴⁹ Forskrift til lov om statens tjenestemann m.m. av 11. november 1983 nr. 1608.

⁵⁵⁰ Forskrift av 15. desember 1995 nr. 986 om endring av forskrift til lov om statens tjenestemann m.m.

Fra funksjonshemmedes organisasjoners side og fra politisk hold ble det på 1990-tallet arbeidet for å få et vern mot diskriminering pga. funksjonshemming ved ansettelse. Dette skjedde parallelt med, og ble delvis begrunnet med, at en innen EU arbeidet for å innlemme personer med funksjonsnedsettelse under EF-rettens diskrimineringsvern.

I 1998 ba et flertall i kommunalkomiteén⁵⁵¹ departementet om å vurdere et slikt diskrimineringsforbud, og en tilsvarende forespørsel ble seinere samme år fremsatt av en enstemmig sosialkomité.⁵⁵² Svaret på begge forespørslene kom i form av Stortingsmelding nr. 8 (1998-99) om handlingsplan for funksjonshemma 1998-2001, fra Sosial- og helsedepartementet.⁵⁵³ Departementet avviser her å innføre noe vern mot diskriminering på grunnlag av funksjonshemming - idet en viser til at "arbeidsgjevar sine plikter i § 13 i arbeidsmiljøloven i dag er tilstrekkeleg vidtrekkande."⁵⁵⁴ Seinere ble imidlertid lagt frem et privat lovforslag fra stortingsrepresentantene Karin Andersen og Olav Gunnar Ballo,⁵⁵⁵ som flertallet i kommunalkomiteén vedtok å oversende regjeringen.⁵⁵⁶ Forslaget resulterte i lov av 4. mai 2001 nr. 15 (i kraft 1. juli 2001) hvor aml. 1977 § 55A annet ledd ble endret slik at den forbød forskjellsbehandling på grunn av funksjonshemming *ved tilsetting*. Forbudet ble videreført ved vedtakelse av det alminnelige likebehandlingskapitlet i aml. 1977 i 2004⁵⁵⁷ og i aml. 2005 kap. 13.

4.4. Oppsummering – tiltak for å fremme ansettelse.

Et bredt spekter av virkemidler har vært utprøvd for å fremme sysselsettingen for arbeidstakere med funksjonsnedsettelser eller helseproblemer.

Kvotesystemer har ikke vært brukt i særlig utstrekning i Norge. Andre lands erfaringer med denne typen tiltak synes å ha vært blandede.

Systemer for yrkesrettet attføring er bygd ut, og det er, til tross for stadig fremhevet frykt for misbruk, utviklet relativt omfattende stønadsordninger for arbeidsgivere som tar inn arbeidstakere som er yrkeshemmede. For ytterligere å gjøre ansettelse attraktivt for arbeidsgiverne, er adgangen

⁵⁵¹ Innst. O. nr. 27 (1997-98) Innstilling fra kommunalkomiteén om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 29. januar 1998.

⁵⁵² Innst. S. nr. 114 (1997-98) (Resultater og erfaringer fra regjeringens handlingsplaner for funksjonshemmede og veien videre) av 5. mars 1998. (I forbindelse med behandlingen av St.meld. nr. 34 (1996-97) Resultater og erfaringer fra Regjeringens handlingsplaner for funksjonshemmede og veien videre.)

⁵⁵³ St.meld. nr. 8 (1998-99) Om handlingsplan for funksjonshemma 1998-2001.

⁵⁵⁴ Se St.meld. nr. 8 (1998-99) kap. 6, Handlingsplan for auka yrkesaktivitet for funksjonshemma, s. 36-37.

⁵⁵⁵ Dok. nr. 8: 25 (1999-2000) Forslag fra stortingsrepresentantene Karin Andersen og Olav Gunnar Ballo om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. endringer i § 55A slik at det blir forbud mot å diskriminere funksjonshemmede ved ansettelse m.v.

⁵⁵⁶ Innst. O. nr. 63 (1999-2000).

⁵⁵⁷ Endringslov av 26. mars 2004 nr. 15.

til lønnstilskudd også i stor utstrekning kombinert med en adgang til midlertidig tilsetning, altså fratakelse av oppsigelsesvern for personer som blir ansatt på slike vilkår.

Et nyere virkemiddel er forbud mot diskriminering på grunnlag av funksjonshemming ved ansettelse. Dette retter seg i utgangspunktet mot arbeidstakere som ikke er yrkeshemmede. Diskrimineringsvernet vil omfatte arbeidssøkere uten tilretteleggingsbehov og arbeidstakere som trenger noe individuell tilrettelegging for å kunne utføre et bestemt arbeid. Offentlige stønadsordninger kan også være aktuelle for, og omfatte, denne gruppen.

Det offentliges rolle som arbeidsgiver har vært trukket frem i debatten om mulige virkemidler. Debatten har blant annet ført til at en har fjernet visse barrierer for sysselsettingen (et allment krav om helseattest som vilkår for ansettelse i offentlig sektor). I tillegg innebærer tjenestemannsforskriften en mulighet for positiv særbehandling av funksjonshemmede/yrkeshemmede innen statlig sektor.

5. Utvikling av personvern i arbeidsforhold – helseopplysninger og helseundersøkelser.

5.1. Innledning. Helseopplysninger og helseundersøkelser i arbeidsforhold.

I de siste vel 100 år har arbeidsgivers interesse i å innhente og behandle opplysninger om arbeidssøkernes og arbeidstakernes helsetilstand stadig økt. Dels stilles stadig strengere offentligrettslige krav om overvåking av arbeidsmiljøets påvirkning av arbeidstakernes helsetilstand. Dels er arbeidsgiver pålagt økonomiske plikter og plikt til tilrettelegging ved arbeidstakers sykdom. Innhenting og behandling av helseopplysninger om arbeidssøkere og arbeidstakere skaper imidlertid utfordringer i forhold til disses personlige integritet. Videre er det en risiko for at innhentede helseopplysninger kan misbrukes, og føre til utstøting og diskriminering på grunnlag av helsetilstand. Dette har ført til at det også er utviklet restriksjoner for arbeidsgivers adgang til å innhente og behandle helseopplysninger i arbeidsforhold.

Under pkt. 5 vil jeg ta for meg utviklingen av ulike typer restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger. Her følger jeg flere utviklingsløp, som likevel har sammenheng med og som flettes inn i hverandre:

1. Utviklingen av regler om taushetsplikt for helsepersonell, med spesiell vekt på de særlige utfordringer som foreligger i arbeidsforhold. Dette gjelder blant annet bedriftshelsetjenestens adgang til å kommunisere opplysninger i egenskap av sakkyndig for arbeidsgiver, og særlige

problemstillinger knyttet til arbeidssøkers eller arbeidstakers samtykke til fritak fra helsepersonells taushetsplikt. Taushetsplikt for helsepersonell vil i hovedsak være regulert i *helsepersonellovgivningen*.

2. Utviklingen av direkte restriksjoner for arbeidsgivers adgang til å kreve helseundersøkelser og helseopplysninger i arbeidsforhold, som i hovedsak følger av *arbeidsrettslig lovgivning*.

3. Utviklingen av krav til behandling av personopplysninger i arbeidsforhold, regulert i *persondatalovgivningen*. Denne stiller materielle krav til hvilke personopplysninger som kan behandles, og krav til hvordan disse skal behandles.

4. Utviklingen av særlige kommunikasjonsrestriksjoner for genetiske opplysninger, regulert i *bioteknologilovgivningen*.

Temaet er mangslungent og sammensatt, og fremstillingen nedenfor er ikke uttømmende. Formålet vil være å gi en oversikt over debatten som har vært ført og bakgrunnen for de lovgivningsinitiativer som har vært tatt.

5.2. Frem til annen verdenskrig. Taushetsplikt med unntak.

Frem til ca. 1900 var området helseundersøkelser i arbeidsforhold stort sett uregulert. Krav til arbeidstakernes helsetilstand kunne være stilt for stillinger som hadde stor betydning for andre menneskers sikkerhet. Ut over dette var helseundersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere verken påbudt eller forbudt. Det var opp til arbeidsgiver om han ville kreve helseopplysninger eller legeattest ved ansettelse, eller kreve eller tilby legeundersøkelser under arbeidsforholdet. Arbeidsgivers faktiske interesse i å kreve legeundersøkelse ved ansettelse var også relativt begrenset, ettersom han i liten grad hadde betalingsplikt ved arbeidstakernes sykdom, og oppsigelsesretten var fri.

Fra slutten av 1800-tallet ble det imidlertid i økende grad stilt offentlige krav til legeundersøkelse av arbeidssøkere og arbeidstakere i medhold av arbeidervernlovgivningen. Dels ble det stilt krav om legeundersøkelse før ansettelse for visse grupper arbeidstakere og dels om regelmessige helsekontroller for visse typer særlig risikofylt arbeid,⁵⁵⁸ se bl.a. avl. 1936 § 9 første ledd. Bestemmelsen gav hjemmel for å påby at det i bedrift eller arbeid som finnes å være særlig anstrengende eller særlig farlig for arbeidstakernes liv og helse "skal føres regelvisst lægetilsyn med arbeidere".⁵⁵⁹ I tillegg ble det i økende grad stilt krav om melding til Arbeidstilsynet om

⁵⁵⁸ Se ovenfor under pkt. 2.2.

⁵⁵⁹ Se Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 118-19.

arbeidsulykker⁵⁶⁰ og seinere også yrkessykdommer, se for det siste avl. 1936 § 10 annet ledd. Opplysninger om arbeidstakernes helsetilstand ble altså i økende grad innsamlet og registrert.

Helsepersonells taushetsplikt ble først generelt regulert i straffeloven av 1902 § 144 og seinere også i legeloven av 1927 § 14.⁵⁶¹ Begge vek i utgangspunktet for samtykke fra den berettigede.⁵⁶² Det gjaldt på denne tid heller ingen direkte restriksjoner for at arbeidsgiver innhentet helseopplysninger direkte fra arbeidstaker eller stilte krav om helseundersøkelser. Arbeidsgiver kunne altså stille krav om kommunikasjon av helseopplysninger som vilkår for ansettelse, og også forhåndsavtale en vidtrekkende opplysningsplikt fra arbeidstakers side om helsetilstand under arbeidsforholdet. At en arbeidssøker eller arbeidstaker kan befinne seg i en faktisk tvangssituasjon når hun gir et slikt samtykke, synes ikke å ha vært problematisert i forbindelse med forberedelsen av legeloven av 1927.⁵⁶³

5.3. Etterkrigstiden frem til ca. 1980. Bedriftshelsetjeneste, taushetsplikt.

Denne perioden karakteriseres ved at det fra det offentliges side ble stilt stadig økende krav til legeundersøkelse av arbeidstakerne. Krav om legeundersøkelse for visse yrker og visse typer virksomheter ble videreført og utvidet, se bl.a. sjømannslov 1953 § 26 som ble avløst av sjømannslov 1975 § 26, og avl. 1956 § 8, som ble videreført ved aml. 1977 § 30. Det samme gjaldt meldeplikt og registreringsplikt for yrkesskader og yrkessykdommer, avl. 1956 § 17 nr. 1 og seinere aml. 1977 § 20. Etter 1977 § 16 nr. 1 femte ledd hadde arbeidstaker også plikt til å melde fra om arbeidsskader og sykdommer hun antok hadde sammenheng med arbeidet. Den individuelle arbeidsmiljøstandard i avl. 1956 § 5 og seinere aml. 1977 § 14 annet ledd bokstav e og plikten til individuell tilrettelegging for yrkeshemmede etter aml. 1977 § 13 nr. 2 forutsatte også at opplysninger om arbeidstakers helsetilstand ble behandlet internt i virksomheten.

Blant annet som følge av slike krav ble ordninger med bedriftshelsetjeneste kraftig utbygget i etterkrigstiden. Bedriftshelsetjenestens oppgaver var – og er – særlig helsekontroll av nyansatte arbeidstakere; målrettede eller selektive helseundersøkelser av arbeidstakere som er utsatt for særlig

⁵⁶⁰ Fabriktilsynsloven av 1892 § 16, fabrikktilsynsloven av 1909 § 20, arbeiderbeskyttelsesloven av 1915 § 22 og avl. 1936 § 10 første ledd.

⁵⁶¹ Lov om lægers rettigheter og plikter, 29. april 1927. Se nærmere Rasmussen 1997 s. 73 flg. om den historiske utviklingen av normer om taushetsplikt for leger.

⁵⁶² Se Rasmussen 1997 s. 224 flg.

⁵⁶³ Ot.prp. nr. 28 (1924) s. 20 viser til legelovutvalgets innstilling av juni 1921. Her er taushetsplikt tatt opp på s. 30-34, hvor det i stor utstrekning vises til drøftelsen i innstillingen fra Den kongelige lægelovkommission fra 1908, s. 64 flg.

helse­risiko i sitt arbeid; periodiske helsekontroller etter medisinsk vurdering samt medisinsk oppfølging ved hyppige eller langvarige sykefravær.⁵⁶⁴

I denne perioden begynte en imidlertid også å bli mer oppmerksom på de utfordringer behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold kan innebære i forhold til arbeidstakernes personvern.

Lunde-komiteén, som ble nedsatt i 1955 med formål å utrede spørsmål i tilknytning til legers taushetsplikt,⁵⁶⁵ drøftet blant annet daværende rettstilstand og praksis vedrørende krav om legeerklæring ved ansettelse. Komiteén opplyser at det på denne tid i regelen ble krevd helseattest ved ansettelse i det offentlige. I det private arbeidsliv ble det i regelen ikke krevd fremlagt helseattest, men ansettelsen ble ofte gjort avhengig av undersøkelse hos bedriftslegen. Komiteén fant intet å bemerke til en slik fremgangsmåte ut fra personvern­hensyn, forutsatt at medisinske opplysninger om sykdommer m.v. ikke ble meddelt bedriftsledelsen. Meddelelsen til bedriftsledelsen burde begrenses til en uttalelse om arbeidsevne, arbeidsplassering mv.⁵⁶⁶

De særlige problemer bedriftslegeordningen reiser mht. personvern og taushetsplikt, ble tatt opp flere steder i innstillingen. Blant annet drøftet komiteén i hvilken utstrekning bedriftslegen kunne gi opplysninger som sakkyndig for arbeidsgiver og i hvilken utstrekning opplysningsretten forutsatte samtykke fra arbeidstaker. Komiteén la til grunn at

”[e]n bedriftslege har plikt til å gi arbeidsgiveren opplysning om en arbeidstakers arbeidsevne og skikkethet for arbeidet, om overflytting til annet arbeid er nødvendig osv. Men han kan ikke uten vedkommendes samtykke gi arbeidsgiverens opplysninger om sykdommer (diagnoser) hos arbeidstakeren medmindre dette må anses nødvendig av sikkerhetshensyn eller lignende.”⁵⁶⁷

Det kunne dessuten ifølge komiteén være et praktisk problem at bedriftslegen i visse tilfeller opptrer som sakkyndig, i andre tilfeller som behandlende lege:

”Teoretisk skulle legen i sin virksomhet som sakkyndig ikke kunne bruke de opplysninger han har fått som behandlende lege. Men et slikt skille er ofte umulig å trekke. En bedriftslege f.eks. kan ikke ved vurdering av en arbeidstakers arbeidsførhet eller skikkethet for arbeidet se bort fra opplysninger han har fått gjennom en konsultasjon.”⁵⁶⁸

Komiteén foreslo en forskriftshjemmel for hvilke opplysninger legen kunne gi til pasientens arbeidsgiver, utkast til nytt fjerde ledd i legeloven 1927 § 14: En lege kunne

⁵⁶⁴ Se forskrift om bedriftshelsetjenesten, 26. oktober 1979, § 3 nr. 1 bokstav c.

⁵⁶⁵ Se Innstilling fra Komiteén til å utrede spørsmålet om legers taushetsplikt m.v., avgitt 20. april 1959.

⁵⁶⁶ Lunde-komiteéns innstilling s. 81. Komiteén opplyser på s. 55-56 at legeerklæringer som godtar at en sjømann er helsemessig skikket bare inneholder opplysninger om at sjømannen (a) ikke antas å ha noen sykdom eller fysisk eller psykisk lidelse som gjør ham uskikket til tjeneste eller som kan bringe de øvrige ombordværendes helse i fare, samt (b) at han har tilfredsstillende syn og hørsel for utførelse av det arbeid han er antatt til.

⁵⁶⁷ Lunde-komiteéns innstilling s. 33.

⁵⁶⁸ Lunde-komiteéns innstilling s. 33.

”i samsvar med forskrifter som Kongen utferdiger, gi(...) opplysninger som kreves ved tilsetning i annens tjeneste eller i forbindelse med spørsmålet om tjenestefrihet, avskjed eller oppsigelse på grunn av sykdom eller arbeidsuførhet.”⁵⁶⁹

Lunde-komiteéns innstilling førte ikke til lovgivning. På begynnelsen av 1970-tallet ble det imidlertid nedsatt et nytt utvalg for å utarbeide ny lov om leger og tannleger. Dette Legelov-utvalget avgav i 1975 innstilling; NOU 1976: 1 om legers og tannlegers rettigheter og plikter. Men hensyn til legers taushetsplikt viste Legelov-utvalget i stor utstrekning til drøftelser i Lunde-komiteéns innstilling.⁵⁷⁰

Også Legelov-utvalget tok opp de særskilte problemer som reiste seg hvor en lege opptrådte vekselvis som sakkyndig for arbeidsgiver og som behandlende lege.⁵⁷¹ En foreslo en spesiell regulering av omfanget av opplysningsretten hvor legen opptrer som sakkyndig.⁵⁷² Forslaget ble fulgt opp i legeloven av 1980 § 33 første ledd: Legen kunne som sakkyndig (bare) gi oppdragsgiver opplysning om ”forhold han har fått rede på under utførelsen av oppdraget som har betydning for dette”. Videre foreslo utvalget at legen skulle ha plikt til å gjøre pasienten oppmerksom på at han trådte som sakkyndig.⁵⁷³ Dette ble fulgt opp i legeloven av 1980 § 33 annet ledd.

Legelovutvalget tok videre opp problemstillinger knyttet til arbeidstakers samtykke til fritak fra taushetsplikt. Utvalget fant at det i praksis var lite av frivillighet ved arbeidstakerens samtykke, bl.a. fordi forhåndssamtykke ble gitt som en del av arbeidsavtalen lenge før sykdomstilfellet inntrådte, og at dette avtalepunktet ble viet liten oppmerksomhet.⁵⁷⁴ Verken utkastet⁵⁷⁵ eller den vedtatte loven inneholdt likevel noen eksplisitte begrensninger her, se legeloven av 1980 s. 31.

Utvalget foreslo videre, på samme måte som Lunde-komiteén, en hjemmel til å gi forskrifter om hvilke opplysninger som kunne kommuniseres til arbeidsgiver. Dette resulterte i legeloven 1980 § 35:

”Departementet kan gi nærmere forskrifter om opplysning fra lege til arbeidsgiver om arbeidstakers helse, sykdom, skade, uførhet eller død.”

Forskriftshjemmelen ble imidlertid aldri brukt.

Spørsmålet om det burde innføres direkte restriksjoner for arbeidsgiverens adgang til å kreve helseundersøkelser ved ansettelse, ble ikke tatt opp under forberedelsen av aml. 1977. Som nevnt under pkt. 4.3 valgte Kommunal- og miljøvernkomiteén å uttale at ”man for framtiden må bli mere varsom med å underkaste den enkelte inngående helseundersøkelser før det foretas ansettelse

⁵⁶⁹ Lunde-komiteéns innstilling s. 98.

⁵⁷⁰ Se NOU 1976: 1 Legers og tannlegers rettigheter og plikter s. 65 flg., særlig s. 67 flg.

⁵⁷¹ NOU 1976: 1 s. 89.

⁵⁷² NOU 1976: 1 s. 89 og utkastets § 15 fjerde ledd, gjengitt på s. 138.

⁵⁷³ NOU 1976: 1 s. 89. Utkastets § 15 fjerde ledd, se NOU 1976: 1 s. 138.

⁵⁷⁴ NOU 1976 1 s. 93.

⁵⁷⁵ Utkastets § 15 tredje ledd.

dersom dette ikke er nødvendig for å beskytte arbeidstakeren mot risiko på grunn av arbeidets art.⁵⁷⁶ Komitéens uttalelse ble likevel ikke i denne omgang fulgt opp med videre initiativer til lovgivning.

Et helt annet forhold som skapte utfordringer for personvern i arbeidslivet var utviklingen av elektronisk databehandling på 1960- og 1970-tallet. EDB gjorde det mulig å lagre, gjenfinne og kombinere et stort antall persondata. Utfordringene resulterte i lovgivning på et nytt felt; register- eller persondatalovgivning. Ifølge personregisterloven av 1978⁵⁷⁷ § 6 nr. 3 kunne sensitive opplysninger, herunder opplysninger om helseforhold, bare registreres dersom dette var ”nødvendig”. Etter lovens § 9 krevdes i utgangspunktet konsesjon dersom det skulle opprettes EDB-baserte personregistre eller manuelle registre med sensitive opplysninger. Ifølge personregisterforskriften⁵⁷⁸ § 3-3 ble personalregistre likevel unntatt fra konsesjonsplikt dersom de bare inneholdt visse spesielt oppregnede opplysninger. Om arbeidstakernes helseforhold kunne ”fravær dato, type fravær og varighet” registreres uten konsesjon. Det fulgte videre av forskriften at angivelse av sykdommens *art* ikke var tillatt registrert utover det som var pålagt ved aml. 1977 § 20, altså om sykdommen kunne antas å ha sin grunn i arbeidet eller forholdene på arbeidsplassen. Andre opplysninger kunne likevel registreres uten konsesjon dersom dette var pålagt i lov eller gjennom avtale mellom partene i arbeidslivet, personregisterforskriften § 3-3 tredje ledd.

5.4. Utviklingen fra 1980-tallet til i dag. Direkte restriksjoner for innhenting av helseopplysninger.

På 1980-tallet og seinere fortsatte utviklingen av kravene til helseundersøkelser på arbeidsplassen og bedriftshelsetjeneste. En var imidlertid nå i enda større grad oppmerksom på faren for at helseundersøkelser kan misbrukes til utstøting av sårbare arbeidstakere.

ILO-konvensjon C161 (1985)⁵⁷⁹ om bedriftshelsetjeneste art. 3 pålegger de ratifiserende stater ”gradvis å innføre bedriftshelsetjenester for alle arbeidstakere”. Oppgavene er beskrevet i art. 5: Blant annet skal bedriftshelsetjenesten overvåke arbeidstakernes helse i forhold til arbeidet, bokstav f; fremme tilpasning av arbeidet til arbeidstakeren, bokstav g; samt bidra til yrkesmessige atferingstiltak, bokstav h. Alle disse tiltak har den bivirkning at mengden personopplysninger om den enkelte arbeidstakers helsetilstand øker. I den tilhørende rekommandasjonen, R171 (1985) om

⁵⁷⁶ Problemstillingen er tatt opp ved drøftelsen av forbudet mot oppsigelse på grunn av sykefravær, Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 13.

⁵⁷⁷ Lov av 9. juni 1978 nr. 48 om personregistre m.m.. Se Ot.prp. nr. 2 (1977-1978) om lov om personregistre m.m..

⁵⁷⁸ Forskrift i medhold av lov om personregistre m.m. av 21.12.1979 nr. 22.

⁵⁷⁹ C161 (1985) Occupational Health Services Convention.

bedriftshelsetjeneste⁵⁸⁰ har en vært oppmerksom på de farer for utstøting av helsemessig sårbare arbeidstakere som denne overvåkingen fører til. Det heter i pkt. II 11 (2):

”Det bør vedtas bestemmelser som verner om arbeidstakernes privatliv og sikrer at helsekontroll ikke benyttes til forskjellsbehandling eller på annen måte er skadelig for deres interesser.”

ILO-konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men er delvis fulgt opp i NOU 1992: 2 Bedriftshelsetjenesten i fremtiden. Utvalget drøfter imidlertid liten utstrekning de særspørsmål som bedriftshelsetjenesteordningen reiser i forhold til helsepersonells taushetsplikt.⁵⁸¹ Generelt legger utvalget til grunn at bedriftslegen har taushetsplikt også overfor arbeidsgiver når det gjelder opplysninger som ikke er relevante for denne, og at medisinske diagnoser vanligvis ikke er relevante. Dersom bedriftslegen foretar helseundersøkelser ved nyansettelse av arbeidstakere til jobber med spesielle sikkerhetsmessige krav eller til jobber som representerer høy helserisiko, vil han likevel anses som sakkyndig for arbeidsgiver og i den forbindelse ha opplysningsrett og -plikt.⁵⁸²

Legeloven av 1980 ble avløst av helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64, som i hovedsak inneholder tilsvarende bestemmelser om taushetsplikt. Utgangspunktet er altså at helsepersonell, herunder bedriftshelsepersonell, har taushetsplikt om arbeidstakers helseforhold i forhold til dennes arbeidsgiver. Det gjelder likevel unntak bl.a. ved samtykke, hpl. § 22, for sakkyndigoppdrag, hpl. § 27, og ”når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig å gi opplysningene videre”, hpl. § 23 nr. 4. I tillegg videreføres en, noe innsnevret, hjemmel til å gi forskrifter om legens rett til å gi opplysninger til arbeidstaker. Forskriftshjemmelen omfatter nå bare opplysninger om ”arbeidstakerens skikkethet til et bestemt arbeid eller oppdrag”. Heller ikke denne er blitt fulgt opp med forskrifter.⁵⁸³ Bedriftshelsetjenestens særlige stilling tas opp i et særskilt avsnitt i odelstingsproposisjonen, uten at det her fremkommer noe særlig nytt.⁵⁸⁴

Derimot gikk Breistein-utvalget i NOU 2001: 4, Helseopplysninger i arbeidslivet, grundig inn på de særlige problemstillinger som knytter seg til taushetsplikt for bedriftshelsetjenesten.⁵⁸⁵ Blant annet uttalte utvalget at det i praksis ofte vil være uklart når bedriftshelsetjenesten opptrer som sakkyndig for arbeidsgiver, og derfor har opplysningsrett etter hpl. § 27.⁵⁸⁶ Breistein-utvalget viste til at kommunikasjon av opplysninger om sammenheng mellom arbeidsmiljø og helsetilstand på individnivå krevde samtykke fra denne etter aml. 1977 § 22. På denne bakgrunn foreslo utvalget

⁵⁸⁰ R171 (1985) Occupational Health Services Recommendation.

⁵⁸¹ Til tross for klare oppfordringer om dette fra legehøld, se nærmere Rasmussen 1997 s. 432.

⁵⁸² NOU 1992: 2 s. 43.

⁵⁸³ Pr. mai 2008.

⁵⁸⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven) på s. 90-92.

⁵⁸⁵ NOU 2001: 4 s. 67-71.

⁵⁸⁶ NOU 2001: 4 s. 69-70.

en særlig regulering av taushetsplikt for verne- og helsepersonell, utkastets aml. 1977 ny § 30E: Verne- og helsepersonell skulle kunne formidle informasjon *uten samtykke* ”når dette er nødvendig for å ivareta liv eller helse, eller slik opplysningsplikt framgår av lov eller forskrift.”⁵⁸⁷ Videre skulle de kunne videreformidle opplysninger *med samtykke* fra den enkelte arbeidstaker, der dette var nødvendig for individuell tilrettelegging etter aml. 1977 § 13 nr. 2 (yrkeshemmede) og aml. 1977 § 14 annet ledd bokstav f (individuelle vernetiltak.) Dette forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av Arbeidslivslovutvalget i forbindelse med forberedelsen av arbeidsmiljøloven av 2005.⁵⁸⁸

Breistein-utvalget hadde i sin innstilling i tillegg foreslått en generell regulering av materielle vilkår for å kreve *helseundersøkelser* og innhente *helseopplysninger* ved og under ansettelse, utkast til aml. 1977 §§ 30B og 30C.⁵⁸⁹ Helseopplysninger og helseundersøkelser skulle bare kunne kreves hvor vilkårene var oppfylt, og samtykke fra arbeidssøker eller arbeidstaker skulle ikke lenger være tilstrekkelig grunnlag for innhenting av helseopplysninger eller iverksetting av helseundersøkelser.⁵⁹⁰ Arbeidslivslovutvalget og departementet sluttet seg til Breistein-utvalget med hensyn til dette spørsmålet.⁵⁹¹ De materielle vilkårene ble i noe endret form vedtatt som aml. 2005 §§ 9-3 og 9-4.

Arbeidstakers og sykmeldende leges opplysningsplikt ved *sykefravær* ble regulert og utvidet som et ledd i oppfølgingen av Sandman-utvalgets innstilling fra 2000.⁵⁹² Sykmelding skulle heretter ta utgangspunkt i en funksjonsvurdering, se bl.a. ftrl. § 8-7 tredje ledd, og arbeidstaker pliktet å gi opplysninger til arbeidsgiveren og trygdekontoret om egen funksjonsevne, ftrl. § 8-8.⁵⁹³ Fra 2007 plikter arbeidstaker også å delta på dialogmøte for å avklare mulige tiltak for tilbakeføring til arbeid. Samlet vil disse endringer i praksis innebære at flere opplysninger om arbeidstakers helsetilstand vil tilflytte arbeidsgiver. Til dette kommer også at bedriftshelsetjenesten etter avtaleverket om inkluderende arbeidsliv har fått en mer sentral stilling i forhold til sykefravær-arbeidet,⁵⁹⁴ noe som ytterligere kan bidra til å forsterke problemene med informasjonsflyt.⁵⁹⁵

En ny type risiko for utstøting av arbeidstakere oppstod i og med utviklingen av bio- og genteknologien på 1980-tallet. For det første økte datamengden; genetiske undersøkelser gir mye overskuddsinformasjon, så vel om pasienten selv som om hans familie. For det annet vil genetiske

⁵⁸⁷ Se NOU 2001: 4 s. 105.

⁵⁸⁸ Se NOU 2004: 5 s. 440. Utvalget viser til at bestemmelser som i første rekke retter seg mot helsepersonell bør reguleres i helsepersonellovgivningen.

⁵⁸⁹ NOU 2001: 4 s. 104-105.

⁵⁹⁰ NOU 2001: 4 kap. 5, særlig s. 54.

⁵⁹¹ NOU 2004: 5 s. 441 og 442. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

⁵⁹² NOU 2000: 27, Sykefravær og uførepensjonering. Et inkluderende arbeidsliv.

⁵⁹³ Se endringslov av 22. mars 2002 nr. 7 og Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) s. 10.

⁵⁹⁴ Se bl.a. NOU 2004: 5 s. 198.

⁵⁹⁵ Se NOU 2004: 5 s. 207 (mindretallets uttalelse).

undersøkelser i langt større grad enn tradisjonelle medisinske undersøkelser gi grunnlag for å spå om en arbeidstaker i fremtiden vil utvikle sykdom. Dette innebar at genetiske undersøkelser kunne brukes til å utvelge arbeidssøkere med motstandsdyktige gener, fremfor å sørge for et arbeidsmiljø som tok vare på alle arbeidstakere.

Utviklingen innen genteknologien førte til lovgiverinitiativer på så vel nasjonalt som på internasjonalt plan.⁵⁹⁶ I Norge ledet denne utviklingen frem til vedtakelse av bioteknologiloven i 1994, som inneholdt et absolutt forbud mot etterspørsel og bruk av opplysninger om sykdomsdisposisjon som stammer fra genetiske undersøkelser, se bioteknologiloven 1994 § 6-7 jfr. § 6-1. Bioteknologiloven av 1994 ble avløst av bioteknologiloven av 2003 som opprettholder det generelle forbudet mot behandling av genetiske opplysninger om sykdomsrisiko, se nå bioteknologiloven av 2003 §§ 5-1 og 5-8. Jeg viser her til fremstillingen av gjeldende rett under kap. IV pkt. 3.2.2.

Endelig skjedde endringer av personregisterlovgivningen, ved at personopplysningsloven av 1978 ble avløst av personopplysningsloven av 2000. Denne loven bygger på EFs personverndirektiv av 1995.⁵⁹⁷ Loven stiller så vel materielle krav som krav til behandlingsmåten. Jeg viser her til fremstillingen av gjeldende rett under kap. IV pkt. 3.2.5.

5.5 Oppsummering - personvern.

Som vist under pkt. 5 har flere trekk ved samfunnsutviklingen generelt og den teknologiske utviklingen spesielt bidratt til økt datamengde og økt faktisk mulighet for å innhente og behandle opplysninger om arbeidstakernes helsetilstand.

Stadig sterkere krav til overvåking av arbeidsmiljøets innvirkning på arbeidstakernes helsetilstand, samt krav om verne- og tilretteleggingstiltak på individnivå, har ført til et økt behov for arbeidsgiver for å innhente og behandle opplysninger om den enkelte arbeidstakers helseforhold. Utviklingen av bioteknologien har ført til økt mulighet for å forutsi om en person kan forventes å utvikle sykdom i fremtiden. Endelig har den praktiske muligheten for behandling og sammenstilling av personopplysninger økt i og med utviklingen av elektronisk databehandling. Alle disse forhold medfører risiko for at helseopplysninger skal bli misbrukt til utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Ulike rettslige virkemidler er blitt utviklet og videreutviklet for å motvirke slik utstøting:

Kravene til helsepersonells taushetsplikt synes beholdt i det vesentlige uendret. Det er imidlertid i forbindelse med revisjoner av helsepersonellovgivningen presisert og innskjerpet hvilke

⁵⁹⁶ Se om det siste kap. II pkt. 2.3.3.

⁵⁹⁷ ERdir. 95/46/EF av 24. oktober 1995.

opplysninger som kan gis som ledd i et sakkyndigoppdrag uten samtykke fra den enkelte arbeidstaker. Videre er kravene til gyldig samtykke fra arbeidstakers side innskjerpet, og det stilles nå også materielle vilkår for arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger fra arbeidssøker i forbindelse med ansettelse. Slik sett har utviklingen gått i retning av strengere restriksjoner for kommunikasjon av helseopplysninger. Det foreligger imidlertid også en viss tendens i motsatt retning, ved at det settes økte krav til arbeidstakers (og sykmeldende leges) plikt til opplysning om funksjonsevne under sykefravær. Endelig har bioteknologilovgivningen og persondatalovgivningen ført til en innskjerping i forhold til hvilke opplysninger om arbeidstakerne som kan behandles, og *hvordan* de kan behandles.

IV VERN MOT UTSTØTING OG DISKRIMINERING ETTER NORSK RETT – GJENNOMGÅENDE PROBLEMSTILLINGER.

1. Innledning.

Under kapittel IV vil jeg drøfte og analysere noen gjennomgående problemstillinger i forhold til vernet mot utstøting og diskriminering: For det første hvilke personer/relasjoner som omfattes av vernet etter de ulike reguleringer. For det annet hvilke handlinger som er forbudt; eventuelt påbudt. For det tredje hvordan disse forbud/påbud håndheves.

Under kapitlets punkt 2 tar jeg opp avgrensningen av diskrimineringsgrunnet og av den persongruppe som kan påberope seg rett til individuell tilrettelegging etter utstøtings- og diskrimineringsvernet. Her vil jeg drøfte noen sentrale begreper; ”funksjonshemming” i gjeldende aml. kap. 13; ”nedsatt funksjonsevne” i den nå vedtatte diskriminerings- og tilgjengelighetsloven §§ 4 og 12; og ”reduert arbeidsevne” i aml. § 4-6. Formålet vil være å analysere og sammenlikne hvilke persongrupper som i praksis blir vernet av de ulike bestemmelsene.

Det ulovfestede forbudet mot vektlegging av helsetilstand som kan utledes av aml. § 9-3 kan samvirke med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming ved ansettelse, og bestemmelsen om særvern for sykmeldt arbeidstaker i aml. § 15-8 kan samvirke med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming ved opphør. Begrepene ”helseopplysning” og ”arbeidsuførhet” i nevnte bestemmelser tas imidlertid ikke opp her, men drøftes under avhandlingens spesielle del, kap. V og VII.

Under dette kapitlets pkt. 3 tar jeg opp generelle spørsmål som gjelder hvilke handlinger som er forbudt eller påbudt i forhold til de vernede arbeidssøkerne/arbeidstakerne. Noen av de forbud eller påbud som inngår i regelverket er likevel så nær knyttet til en bestemt fase av arbeidsforholdet at de tas opp under avhandlingens spesielle del:

Restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold gjelder dels ved ansettelse, dels under arbeidsforholdet. Generelle spørsmål som gjelder restriksjoner for behandling mv. av helseopplysninger, tas opp under pkt. 3.2 nedenfor. Spørsmål av spesiell betydning for enkelte faser av arbeidsforholdet tas derimot opp under avhandlingens spesielle del, kapittel V-VII.

Forbudene mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming etter aml. kap. 13, gjelder ved ansettelse og under hele arbeidsforholdet. Disse forbudene tas derfor opp i detalj i dette kapitels pkt. 3.3. Her tar jeg også opp forholdet mellom arbeidsgivers plikt til

individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5 og diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1. Hvor langt tilretteleggingsplikten rekker i de enkelte faser av arbeidsforholdet tas opp i avhandlingens spesielle del, kapittel V-VII.

Plikten til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6 drøftes i detalj under avhandlingens kapittel VI om rettsstillingen under arbeidsforholdet. Der foretar jeg også en fortløpende sammenlikning mellom plikten til tilrettelegging etter aml. § 4-6 og den tilsvarende plikten til tilrettelegging etter aml. § 13-5 (under arbeidsforholdet). Det alminnelige kravet om saklig grunn for *oppsigelse*, aml. § 15-7 og det spesielle forbudet mot oppsigelse under sykefravær, aml. § 15-8, drøftes under kap. VII om opphør.

Under dette kapittel pkt. 4 tar jeg opp enkelte generelle spørsmål som gjelder håndheving av bestemmelser som inngår i utstøtings- og diskrimineringsvernet.

2. Diskrimineringsgrunnlag, personer og relasjoner.

2.1. Utgangspunkt – helse- og funksjonsrelaterte begreper som rettsvilkår. Oversikt.

2.1.1. Begrepene som rettsvilkår.

Under pkt. 2 vil jeg analysere og sammenlikne noen begreper som relaterer seg til fysisk, psykisk eller kognitiv funksjonsevne. Disse begrepene inngår som rettsvilkår i bestemmelser som har som formål å verne arbeidstakere med funksjonsnedsettelse mot utstøting eller diskriminering. Begrepene tar dels sikte på å avgrense en bestemt persongruppe ut fra individuelle karakteristika, dels vil de betegne bestemte relasjoner mellom individet og omgivelsene og dels forhold som det er ulovlig for arbeidsgiver å legge vekt på.

De helse- og funksjonsmessige rettsvilkårene har ulik betydning i ulike bestemmelser. Et hovedskille går mellom forbud mot å vektlegge et spesielt forhold og påbud om aktiv tilrettelegging fra arbeidsgivers side. Det er ikke gitt at ett og samme begrep har samme betydning i en bestemmelse som forbyr at arbeidsgiver legger vekt på et bestemt forhold som i en bestemmelse som gir arbeidsgiver plikt til aktiv handling: Hvor en rettsregel pålegger en plikt til aktiv handling vil det være ofte nødvendig å avgrense en bestemt personkrets, mens det i forhold til forbud i regelen vil være tilstrekkelig å identifisere bestemte forhold som det er ulovlig å legge vekt på. Dette kan ha betydning for den konkrete avgrensningen av begrepene i forhold til forbuds- og påbudsregler.

I tillegg til å analysere og sammenlikne begreper etter gjeldende rett, arbeidsmiljøloven av 2005, går jeg også inn på tilsvarende begreper i den nå vedtatte diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, som fra 1. januar 2009 vil avløse bestemmelsene i aml. kap. 13 i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Et viktig formål med sammenlikningen vil være å avklare i hvilken utstrekning begrepene er overlappende, i den forstand at de i praksis verner de samme persongruppene i de samme situasjoner. For eksempel kan det være av interesse om en arbeidstaker med kronisk sykdom kan kreve tilrettelegging etter aml. § 4-6 og etter aml. § 13-5/dtgl. § 12.

Begrepene som analyseres og sammenliknes er:

1. "Funksjonshemming" i aml. § 13.

Arbeidsmiljøloven forbyr i § 13-1 første ledd diskriminering på grunnlag av "funksjonshemming" og påbyr i § 13-5 tilrettelegging for arbeidssøker og arbeidstaker med "funksjonshemming".

2. "Nedsatt funksjonsevne" etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven forbyr i § 4 diskriminering på grunnlag av "nedsatt funksjonsevne" og påbyr i § 12 første ledd individuell tilrettelegging for arbeidssøker eller arbeidstaker med "nedsatt funksjonsevne".

3. "Redusert arbeidsevne" etter aml. § 4-6.

Arbeidsgiver har etter aml. § 4-6 plikt til å tilrettelegge for arbeidstaker som har fått "reduisert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.".

Begrepene sammenliknes i forhold til visse parametre: For det første med hensyn til om de betegner individuelle karakteristika eller om de (også) betegner relasjoner mellom individ og omgivelser, se pkt. 2.2. Herunder tar jeg opp om det kan tenkes tilfeller hvor omgivelsenes fysiske, organisatoriske eller holdningsmessige barrierer er *tilstrekkelig* til at en person omfattes av vernet. Delvis beslektet med denne problemstillingen er spørsmålet om det stilles bestemte kvalifikasjonskrav til art, omfang og varighet av en individuell tilstand for at bestemmelsene skal komme til anvendelse, se nedenfor under pkt. 2.3. Videre drøftes om det etter de enkelte bestemmelser stilles krav om at den individuelle tilstanden skal være reell og aktuell, se nedenfor under pkt. 2.4. Tilstandens tilknytning til arbeidstakers person tas opp under pkt. 2.5: Gjelder forbudene mot å vektlegge/plikten til tilrettelegging bare arbeidstakers egen funksjonsnedsettelse/sykdom, eller omfattes også funksjonsnedsettelse/sykdom hos for eksempel arbeidstakers nære pårørende? Endelig tar jeg under pkt. 2.6 opp om årsaken til arbeidstakers tilstand kan ha betydning for diskrimineringsforbud og tilretteleggingsplikt. Her drøfter jeg blant annet om det skiller mellom

funksjonsnedsettelse som skyldes yrkesskade og andre funksjonsnedsettelser, samt om det har betydning for vernet om tilstanden er selvforstykket.

2.1.2. Kilder til forståelsen av begrepene.

De ulike helse- og funksjonsrelaterte begrepene som inngår som rettsvilkår i de reguleringer avhandlingen omhandler, har ulikt opphav og ulik forhistorie. Under dette punkt gir jeg en generell oversikt over kildene som har betydning for forståelsen av begrepene.

Begrepet ”funksjonshemming” i arbeidsmiljølovens kapittel 13 opptrer som forbudt diskrimineringsgrunn i aml. § 13-1 og som grunnlag for tilretteleggingsplikt i aml. § 13-5. Begrepet er ikke legaldefinert i loven. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven inneholder noen få uttalelser om begrepet, i forbindelse med tilretteleggingsplikten i aml. § 13-5.⁵⁹⁸ Videre fremgår generelt at diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 viderefører diskrimineringsforbudet i aml. 1977 § 54B nr. 1 og at tilretteleggingsplikten i aml. § 13-5 viderefører tilretteleggingsplikten i aml. 1977 § 54F.⁵⁹⁹ I forarbeidene til aml. 1977s likebehandlingskapittel, aml. 1977 kap. XA fra 2004, vises generelt til forarbeidene til endringsloven til aml. 1977 § 55A av 2001.⁶⁰⁰ Forarbeidene til *denne* endringsloven inneholder en grundig drøftelse av begrepet ”funksjonshemming”.⁶⁰¹ I odelstingsproposisjonen henvises blant annet til WHO’s definisjon fra 1980⁶⁰² samt definisjonene i FNs Standardregler av 1993,⁶⁰³ ILOs attføringskonvensjon av 1983⁶⁰⁴ og den svenske loven av 1999.⁶⁰⁵ Videre vises til en uttalelse i sysselsetningsdirektivets forarbeider.⁶⁰⁶ Endelig tar departementet stilling til visse konkrete avgrensningsspørsmål. Ut fra forhistorien til aml. kap. 13 må uttalelser om begrepet ”funksjonshemming” i forarbeidene til 2001-endringen av aml. 1977 § 55A, fortsatt ha relevans. Avklarende norsk praksis med hensyn til begrepets omfang foreligger i liten utstrekning.

Videre er det generelt av betydning at aml. 1977s likebehandlingskapittel, som aml. kap. 13 bygger på, hadde som formål å gjennomføre sysselsetningsdirektivet av 2000.⁶⁰⁷ Heller ikke sysselsetningsdirektivet inneholder noen legaldefinisjon av begrepet ”handicap” (dansk ver-

⁵⁹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328, særkommentaren til aml. § 13-5. Begrepet er også kort kommentert i forhold til aml. § 4-6, hvor det understrekes at ”reduert arbeidsevne” i aml. § 4-6 ikke er det samme som ”funksjonshemming”, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104 og s. 309.

⁵⁹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325 og s. 327.

⁶⁰⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 45. Utredningen knytter seg direkte til et forslag om å nytte ”varig redusert arbeidsevne” som vilkår for tilretteleggingsplikt; dette ble ikke vedtatt. I NOU 2003: 2 var ”funksjonshemming” foreslått som vilkår både i forhold til diskrimineringsforbud og tilretteleggingsplikt. Begrepet er kommentert bl.a. på s. 37, hvor det vises til drøftelsen i forarbeidene til endringsloven til aml. 1977 § 55A av 2001.

⁶⁰¹ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.2 s. 9-10.

⁶⁰² WHO ICIDH 1980.

⁶⁰³ FNs standardregler om like muligheter for mennesker med funksjonshemming 1993.

⁶⁰⁴ C159 (1983) Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention.

⁶⁰⁵ Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder

⁶⁰⁶ Se KOM (1999) 565 s. 9.

⁶⁰⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 12 flg.

sjon)"/"disability" (engelsk versjon). Det legges likevel til grunn at begrepet er fellesskapsrettslig, og EF-domstolen har tatt stilling til begrepet i to saker.⁶⁰⁸

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet "nedsatt funksjonsevne". Så vel utvalgsinnstillingen⁶⁰⁹ som odelstingsproposisjonen⁶¹⁰ drøfter begrepet grundig og går inn på konkrete avgrensningsspørsmål. Her foreligger av naturlige årsaker ingen praksis.

"[R]edusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l." er et vilkår for tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6. Forarbeidene til denne bestemmelse inneholder uttalelser om forskjellen mellom "reduert arbeidsevne" etter aml. § 4-6 og "funksjonshemming" etter aml. § 13-5.⁶¹¹ Videre fremgår det av forarbeidene at bestemmelsen viderefører aml. 1977 § 13 nr. 2.⁶¹² "Redusert arbeidsevne" ble introdusert som begrep i sistnevnte bestemmelse ved en endringslov av 2003.⁶¹³ Foranledningen til endringen var at det tidligere begrepet "yrkeshemming" etter departementets mening var uklart med hensyn til om det stiltes krav om varighet. Ved å endre "yrkeshemming" til "reduert arbeidsevne" ønsket en å presisere at bestemmelsen *også* gjaldt under kortvarig sykmelding.⁶¹⁴ Uttalelser om begrepet "yrkeshemming" i bestemmelsens opprinnelige forarbeider⁶¹⁵ og rettspraksis som gjelder det opprinnelige begrepet vil etter dette stadig ha relevans for tolkingen av "reduert arbeidsevne" i aml. § 4-6.

2.2. Egenskap eller relasjon?

2.2.1. Problemstilling: Individuelle særtrekk i møte med omgivelsenes fysiske, organisatoriske og holdningsmessige barrierer.

Vansker som oppstår for en arbeidstaker i arbeidslivet kan ha sin årsak i så vel særtrekk ved individet som barrierer i omgivelsene. Svært ofte vil vanskene skyldes at det foreligger en konflikt mellom individets forutsetninger og omgivelsenes krav.

Omgivelsene kan stille opp fysiske, organisatoriske og holdningsmessige barrierer som rammer personer i forbindelse med deres fysiske eller psykiske funksjonsnivå:

⁶⁰⁸ Sak C-13/05 Chacón Navas, som gjaldt en kvinne som var sagt opp som følge av langvarig sykefravær og sak C-203/06 Coleman, som gjaldt en kvinne som hevdet å ha blitt utsatt for direkte diskriminering og trakassering som følge av sitt barns funksjonsnedsettelse.

⁶⁰⁹ Se NOU 2005: 8 s. 36-39 om utvalgets generelle verdigrunnlag og begrepsforståelse, s. 160-167 om begrepet i forhold til diskrimineringsforbudet, og særkommentarene til utvalgsutkastets § 4 (s. 245) og § 10 (s. 255-256.)

⁶¹⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 84-94, særlig s. 90-94 og særkommentarene til utkastets § 4 (s. 251) og § 12 (s. 263-264).

⁶¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104.

⁶¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

⁶¹³ Lov 30. april 2003 nr. 27.

⁶¹⁴ Se Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 4.

⁶¹⁵ Se bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 68-70.

Fysiske barrierer omfatter blant annet arbeidsplasser som er fysisk vanskelig tilgjengelige samt fysiske arbeidsmiljøbelastninger. Disse barrierer kan skape problemer for mange arbeidstakere, men vil i særlig grad ramme arbeidstakere med fysiske funksjonsnedsettelse.

Organisatoriske barrierer kan blant annet omfatte lange og ubekvemme arbeidstider, psykiske arbeidsmiljøbelastninger som stress samt fastsatte krav til fysisk eller psykisk funksjonsnivå som vilkår for å kunne arbeide i en bestemt stilling eller i et bestemt yrke. Også disse barrierer kan skape problemer for en bredere krets arbeidstakere, men vil i særlig grad ramme arbeidstakere med fysiske eller psykiske funksjonsnedsettelse.

Holdningsmessige barrierer omfatter fordommer mot mennesker med bestemte fysiske, psykiske eller kognitive karakteristika. Både arbeidsgivers, andre arbeidstakers og publikums fordommer kan innebære barrierer for arbeidstakere med visse typer funksjonsnedsettelse. For eksempel kan ubegrunnet smittefrykt utgjøre en barriere for sysselsettingen av HIV-smittede.

Under pkt. 2.2. vil jeg ta opp begrepene "funksjonshemming", aml. kap. 13; "nedsatt funksjonsevne", diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008; og "reduert arbeidsevne", aml. § 4-6. Jeg vil drøfte i hvilken utstrekning de betegner egenskaper ved individet, og i hvilken utstrekning de betegner relasjoner mellom individ og omgivelser. Herunder vil jeg blant annet se på om barrierer i samfunnet eller på arbeidsplassen i det enkelte tilfelle kan være *tilstrekkelige* for at det skal foreligge "funksjonshemming", "nedsatt funksjonsevne", eller "reduert arbeidsevne". Dessuten drøftes om omgivelsenes barrierer i enkelte tilfeller kan påvirke minstekravene til hvilke fysiske, psykiske eller kognitive særtrekk som kvalifiserer for vern etter de ulike bestemmelser.

Problemstillingen som tas opp her vil ha sammenheng med spørsmålet om det stilles spesielle krav til *omfanget* av individets funksjonsnedsettelse for å kvalifisere for vern, se pkt. 2.3. Fokus under pkt. 2.2 vil imidlertid være på betydningen av omgivelsenes barrierer. Videre vil de problemstillinger som drøftes under pkt. 2.4, om antatt eller fortidig "funksjonshemming" mv. ha sammenheng med problemstillingen "holdningsmessige barrierer" som tas opp under dette punkt. Tilfeller hvor arbeidsgiver har tatt feil med hensyn til eksistensen eller omfanget av en funksjonsnedsettelse er tatt opp under pkt. 2.4. Tilfeller hvor arbeidssøker tidligere har hatt en funksjonsnedsettelse, for eksempel en psykisk sykdom, og arbeidsgiver avviser søker på grunnlag av frykt for at sykdommen skal blusse opp igjen, kunne vært tatt opp begge steder. Jeg har valgt å drøfte dette under pkt. 2.4 om krav til tilstandens realitet og aktualitet.

2.2.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.

Spørsmålet om det norske uttrykket "funksjonshemming" slik det forekommer i lovteksten, betegner særtrekk ved individet eller relasjonen mellom individ og omgivelser, er tatt opp i

forarbeidene aml. 1977s likebehandlingskapittel i 2004. Her uttaler departementet at "[n]år funksjonshemming oppstilles som grunnlag for forskjellsbehandling har departementet ikke ment å kun relatere dette til forholdet mellom fysisk/psykisk svekkelse og omgivelsene, men også til den fysiske eller psykiske svekkelse som sådan."⁶¹⁶ Begrepet har forutsetningsvis samme innhold i aml. 2005 kap. 13 som i aml. 1977 kap. X A.⁶¹⁷ Begrepet betegner altså *både* egenskap og relasjon. Hva innebærer dette i praksis?

Det følger av forarbeidsuttalelsen at det er *tilstrekkelig* for å komme inn under forbudet mot diskriminering at individet faktisk har en individuell funksjonsnedsettelse og at vedkommende i en konkret situasjon er blitt behandlet dårligere som følge av denne. Det kreves ikke i tillegg at funksjonsnedsettelsen har vesentlige konsekvenser for individets generelle deltakelse i samfunns- eller arbeidsliv.⁶¹⁸ En arbeidssøker som mener seg diskriminert mot på grunn av en funksjonsnedsettelse trenger heller ikke å påvise at hennes funksjonsnedsettelse tidligere har medført vansker i arbeidslivet, eventuelt at hun er generelt yrkeshemmet. En arbeidstaker som har en faktisk funksjonsnedsettelse har videre rett til tilrettelegging etter aml. § 13-5 uten at det stilles krav om at funksjonsnedsettelsen har ført til generelt redusert arbeidsevne. Det vil være tilstrekkelig at tilrettelegging i den gitte situasjon er nødvendig og hensiktsmessig for å sikre likebehandling.

I Chacón Navas-saken uttaler domstolen at begrepet "handicap" i sysselsettingsdirektivet skal "forstås således, at det omfatter en begrensning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, *der hindrer, at vedkommende kan delta i erhvervslivet.*"⁶¹⁹ Uttalelsen er påfallende ettersom EF-domstolen her ser ut til å ha definert inngangsvilkåret for diskrimineringsvern nærmest som yrkeshemming eller endatil arbeidsuførhet.⁶²⁰ Jeg går ut fra at dette ikke var intensjonen, og uttalelsen kan uansett ikke være negativt avgjørende for begrepets omfang etter norsk rett.

Videre legger forarbeidsuttalelsen til grunn at "funksjonshemming" i tillegg kan betegne "forholdet mellom fysisk/psykisk svekkelse og omgivelsene". Et spørsmål vil da være om dette har selvstendig betydning, slik at det fører flere personer/situasjoner inn under vernet mot diskriminering i aml. kap. 13, enn om "funksjonshemming" var blitt forstått bare som en egenskap ved individet.

Uttalelsen synes å forutsette at det i alle tilfelle må foreligge en fysisk/psykisk svekkelse hos den enkelte arbeidstaker. Barrierer i omgivelsene vil ikke i seg selv være tilstrekkelig for at det skal foreligge en "funksjonshemming".

⁶¹⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 31.

⁶¹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁶¹⁸ Sml. definisjonen i ILOs attføringskonvensjon fra 1983, som krever vesentlig reduserte sysselsettingsmuligheter.

⁶¹⁹ Avsnitt 43. Min kursiv.

⁶²⁰ Uttalelsen er generell og ikke knyttet til den situasjon som forelå i saken, midlertidig arbeidsuførhet som følge av sykdom.

Har arbeidstaker en konkret funksjonsnedsettelse og rammes av arbeidsplassens fysiske barrierer i forbindelse med dette, er det klart at en er innenfor området for kap. 13. En rullestolbruker som får problemer på jobb på grunn av at atkomsten er via trappe, vil klart være vernet av forbudet mot diskriminering/ha krav på individuell tilrettelegging etter diskrimineringskapitlet. En arbeidstaker uten funksjonsnedsettelser som ikke *ønsker* å bruke trapper vil på den annen side falle utenfor spesialvernet for arbeidstaker med ”funksjonshemming”.

Er arbeidet fysisk tungt eller arbeidsatmosfæren forurenset, vil det ofte foreligge en konflikt mellom individets forutsetninger og kravene på den enkelte arbeidsplass. Har arbeidstaker en kronisk sykdom som astma e.l., er det klart at hun vil kunne anses som arbeidstaker med ”funksjonshemming”, og kreve tilrettelegging/diskrimineringsvern etter aml. kap. 13. En arbeidstaker med gjennomsnittlig helsetilstand eller sårbarhet kan i utgangspunktet ikke påberope seg diskrimineringsvern/tilretteleggingsplikt etter aml. kap. 13 fordi om hun blir trøtt eller ikke makter å arbeide på dette spesielt belastende arbeidsstedet.

I slike tilfeller er det likevel vanskeligere å skille mellom ytre og indre faktorer. Negative arbeidsmiljøfaktorer som rammer personer med funksjonsnedsettelser, vil også ramme personer uten slike nedsettelser, bare ikke i samme grad. Ytre og indre faktorer vil videre i stor utstrekning interagere. En arbeidstaker kan, på grunn av arbeidsmiljøpåvirkning, over tid *utvikle* en langvarig funksjonsnedsettelse. Fra dette tidspunkt vil hun også falle inn under spesialvernet for arbeidstaker med funksjonshemming. Grensen mellom normalavvik i helsemessig motstandsdyktighet og sårbarhet som utgjør en ”funksjonshemming”, er flytende, og det kan derfor være uklart når arbeidstakers helsetilstand er blitt så mye dårligere at hun kommer inn under ”arbeidstaker med funksjonshemming”.

For organisatoriske barrierer må utgangspunktene være tilsvarende de fysiske: Dersom organisatoriske barrierer rammer en arbeidstaker med en allerede ervervet sykdom eller funksjonsnedsettelse, må vedkommende kunne påberope seg vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. Dette innebærer at en arbeidstaker med en synsnedsettelse som blir rammet av (unødig) strenge krav til godt syn, vil kunne hevde at dette innebærer diskriminering på grunn av funksjonshemming. Det samme gjelder for eksempel en rullestolbrukende søker til en stilling som gymnastikklærer, som blir rammet av et krav om at hun skal kunne løpe 100 meter på en viss tid. Søkere med normalvariasjoner i synsstyrke, eller som er i dårlig form fordi de ikke trener, faller derimot utenfor spesialvernet for ”arbeidstaker med funksjonshemming” etter aml. kap. 13. Også her kan det selvsagt oppstå grensetilfeller, og arbeidsmiljøbelastninger som skyldes organisatoriske forhold kan selvsagt også føre til funksjonsnedsettelser.

Den foreløpige konklusjonen vil altså være at barrierer i arbeidsmiljøet ikke er tilstrekkelig til å fastslå at det dreier seg om en "funksjonshemming".

At "funksjonshemming" skal forstås som relasjonsbegrep kan likevel ha selvstendig betydning dersom omgivelsenes fysiske eller organisatoriske barrierer påvirker *minstekravene* til hvilken svekkelse som er nødvendig for å kvalifisere for vern etter diskrimineringskapitlet. Vi kan for eksempel tenke oss at arbeidstaker leser litt dårligere eller har litt mindre muskelstyrke enn gjennomsnittsindividet. Samfunnet generelt, herunder arbeidslivet, kan stille strenge eller mindre strenge krav til leseferdighet og være mer eller mindre tilrettelagt for variasjoner i muskelstyrke. Det er da mulig at omgivelsenes krav kan få betydning for hvilke variasjoner i leseferdighet eller muskelstyrke som skaper slike praktiske vansker for et individ at vedkommende må anses å ha en "funksjonshemming" i kap. 13s forstand.

Ut fra de definisjoner som det (indirekte) er henvist til i forarbeidene til aml. kap. 13 synes det som om samfunnets generelle innretning også er ment å kunne påvirke minstekravene til hva som utgjør en "funksjonshemming" etter loven. Blant annet henviser WHO ICIDH 1980 i sin definisjon av "handicap" til vansker individet møter i en "sosial normalrolle". De krav som stilles generelt i samfunnet og i arbeidslivet, til forhold som leseferdigheter og muskelstyrke bør da også kunne ha betydning for hvilke avvik som anses som en "funksjonshemming" etter aml. kap. 13. Grensen mellom personer som er dårlige lesere og personer med så dårlig leseevne at de kommer inn under begrepet "arbeidstaker med funksjonshemming" i aml. kap. 13, vil da kunne avhenge av samfunnets og arbeidslivets generelle krav til leseferdigheter. Det samme gjelder grensen mellom mennesker med muskelstyrke i "nedre normalområde" og mennesker med så nedsatt muskelstyrke at det utgjør en funksjonshemming. Når utviklingen i samfunnet går mot at det stilles sterkere krav til leseferdighet og svakere krav til fysisk styrke, vil dette føre til at det kreves mindre avvik med hensyn til leseferdighet og større avvik med hensyn til muskelstyrke for at noe skal regnes som en "funksjonshemming".

Hvor langt en kan gå i å la samfunnets forutsetninger være avgjørende, er likevel usikkert. Normalvariasjoner i leseferdighet og muskelstyrke vil antakelig uansett ikke utgjøre noen "funksjonshemming" etter aml. kap. 13.⁶²¹

En person med fysiske eller psykiske svekkelser som av denne grunn rammes av omgivelsenes *holdningsmessige* barrierer, vil klart være omfattet av aml. kap. 13.⁶²² Dårligere behandling fra arbeidsgivers side som skyldes arbeidsgivers egne fordommer, andre arbeidstakers fordommer

⁶²¹ Jeg viser nærmere til det jeg har skrevet om krav til "omfang" i pkt. 2.3.2.

⁶²² Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 31-32 hvor det uttales at "[f]orbudet mot forskjellsbehandling pga. funksjonshemming skal også ramme rene fordommer mot personer med funksjonsnedsettelse."

eller publikums (eventuelt antatte) fordommer, vil, dersom det rammer en person med en funksjonsnedsettelse, kunne utgjøre diskriminering på grunn av funksjonshemming. En enkelt arbeidsgivers fordommer mot personer med fysiske eller psykiske særtrekk kan derimot i seg selv ikke være tilstrekkelig til å gjøre særtrekkene til en funksjonshemming. At en arbeidsgiver for eksempel avviser en arbeidssøker fordi han mener at personer med grønne øyne er løgnaktige, gjør ikke grønne øyne til en funksjonshemming i aml. kap. 13s forstand.

Omgivelsenes holdningsmessige barrierer må likevel på tilsvarende måte som fysiske /organisatoriske barrierer kunne få betydning for om minstekravet til fysisk eller psykisk svekkelse er oppfylt. For eksempel kan vi tenke oss at en arbeidstaker er blitt sterkt forbrent i en ulykke og derfor vansiret i ansiktet. Vansiringen påvirker ikke personens funksjonsnivå i snever forstand. Imidlertid blir arbeidstaker omplassert fra en utadrettet stilling fordi arbeidsgiver frykter at publikum/kunder vil reagere negativt på hennes utseende. Ettersom arbeidstakers utseendemessige karakteristika skyldes en fysisk skade, vil denne, i kombinasjon med omgivelsenes holdninger, antakelig være tilstrekkelig for å konstatere ”funksjonshemming” etter aml. kap. 13. Arbeidstaker vil da være vernet mot diskriminering og også ha krav på tilrettelegging, for eksempel i form av informasjons- og holdningsskapende tiltak.

Konklusjon: At ”funksjonshemming” defineres som et relasjonsbegrep kan bidra til økt forståelse av at de vansker en person kan møte, kan være forårsaket av omgivelsenes fysiske, psykiske og holdningsmessige barrierer. I begrenset utstrekning kan omgivelsenes krav også påvirke minstekravet til hvilke menneskelige variasjoner som utgjør en funksjonshemming etter aml. kap. 13. Men uansett vil det være nødvendig og tilstrekkelig at arbeidstaker har en (fysisk, psykisk eller kognitiv) funksjonsnedsettelse.⁶²³ Relasjonsbegrepet ”funksjonshemming” i kap. 13 ville altså kunne vært byttet ut med egenskapsbegrepet ”funksjonsnedsettelse” uten at dette ville medført nevneverdige endringer i de situasjoner som faller inn under loven.

2.2.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Ifølge diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første ledd er ”[d]irekte og indirekte diskriminering på grunnlag av *nedsatt funksjonsevne* (...) forbudt.” Arbeidsgiver har videre plikt til å tilrettelegge for arbeidstaker/arbeidssøker ”med nedsatt funksjonsevne”, dtgl. § 12 første ledd. Nedsatt funksjonsevne er et begrep som betegner individuelle karakteristika, og defineres i forarbeidene som ”tap av eller skade på en kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner”. Det uttales likevel at det ”[i] en juridisk sammenheng er (...) nødvendig å vurdere funksjonsnivå opp mot den

⁶²³ Med visse forbehold, se nedenfor under pkt. 2.4.2.

enkelte situasjon”,⁶²⁴ noe som kan tyde på at også ”nedsatt funksjonsevne” i en viss utstrekning skal forstås relasjonelt.

Nedsatt funksjonsevne er etter dette *tilstrekkelig* for å kunne diskrimineringsvern, det kreves ikke at dette påvirker arbeidstakers generelle muligheter for å oppnå arbeid eller hennes generelle arbeidsevne.

Vil nedsatt funksjonsevne være *nødvendig* for diskrimineringsvern og tilretteleggingsplikt?

Her kan en i utgangspunktet slå fast at det ikke er nødvendig at den som påberoper seg diskrimineringsforbudet faktisk har nedsatt funksjonsevne.⁶²⁵ Det uttales klart i forarbeidene at formålet med begrepet ikke er å avgrense en bestemt personkrets, men et bestemt diskrimineringsgrunnlag. Dette innebærer likevel ikke at ethvert misforhold mellom arbeidstakers funksjonsnivå og arbeidsplassens krav nødvendigvis har sammenheng med ”nedsatt funksjonsevne”.

At fysiske eller organisatoriske barrierer rammer en arbeidstaker i forbindelse med dennes helsetilstand eller funksjonsnivå kan ikke i seg selv være tilstrekkelig for å kvalifisere for ”nedsatt funksjonsevne”. For eksempel vil en arbeidstaker med gjennomsnittlig funksjonsnivå som blir stilt dårligere på grunn av at arbeidet stiller høye krav til fysisk eller psykisk funksjonsevne, ikke kunne påberope seg diskrimineringsvern etter loven. Derimot vil fysiske barrierer og arbeidsmiljøbelastninger som rammer personer med nedsatt funksjonsevne, f.eks. rullestolbrukere eller astmatikere, kunne utløse krav om individuell tilrettelegging, dtgl. § 12 første ledd. Det samme gjelder organisatoriske barrierer, slik som arbeidstider eller fastsatte minstekrav til helsetilstand eller funksjonsevne, i den utstrekning disse rammer personer med nedsatt funksjonsevne.

Heller ikke holdningsmessige barrierer er i seg selv tilstrekkelig for å kvalifisere for ”nedsatt funksjonsevne”. Det er altså i utgangspunktet ikke tilstrekkelig at en person er blitt behandlet dårligere på grunn av omgivelsenes reaksjoner på utseendemessige særtrekk. Ofte vil likevel slike særtrekk ha sin bakgrunn i nedsatt funksjonsevne, og derfor komme inn under vernet. Innstillingen åpner også for at utseendemessige særtrekk i enkelte tilfeller i seg selv kan kvalifisere til nedsatt funksjonsevne.⁶²⁶

Sammenlikner vi med diskrimineringsgrunnlaget etter aml. kap. 13, finner vi at det i hovedsak er de samme situasjoner som dekkes.

⁶²⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 90.

⁶²⁵ Se nærmere nedenfor under pkt. 2.4.3.

⁶²⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 92. Her nevnes brannskadet hud som eksempel.

2.2.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.

Har en arbeidstaker fått ”reduisert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.,” skal arbeidsgiver, så langt det er mulig, iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid, aml. § 4-6 første ledd.

”Redusert arbeidsevne” slik det nyttes i denne bestemmelsen er klart et relasjonsbegrep for så vidt som det beskriver et (mis-)forhold mellom personens helsetilstand/funksjonsevne og omgivelsenes krav. Her er det ikke samfunnets generelle krav til funksjon som er avgjørende, men kravene på den enkelte arbeidsplass. Det er altså ikke noe vilkår for plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6 at sykdommen/slitasjen medfører at arbeidstaker har problemer med å fungere i dagliglivet.

Ordlyden i aml. § 4-6 første ledd, ”reduisert arbeidsevne” som ”følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.” synes i stor grad å fokusere individuelle helsemessige forhold som den vesentligste årsak til vanskene arbeidstaker møter. Bestemmelsens kjerneområde er da også sykmeldte arbeidstakere.⁶²⁷ Dersom arbeidstaker har en sykdom som medfører generell ervervsmessig uførhet, vil dette klart falle inn under ”reduisert arbeidsevne”, og gi grunnlag for plikt til tilretteleggings-tiltak. Det er ikke i utgangspunktet noe krav om at fysiske, organisatoriske eller holdningsmessige barrierer på arbeidsplassen/i arbeidsforholdet har medvirket til problemene arbeidstaker møter i sitt arbeid. I praksis vil tilrettelegging likevel bare være hensiktsmessig der endring av arbeidsmiljø eller arbeidsvilkår kan forventes å *bedre* arbeidstakers muligheter til å utføre arbeidet.

Det er imidlertid ikke noe vilkår for tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6 at arbeidstakers individuelle tilstand er den eneste eller vesentligste årsaksfaktor til vanskene i arbeidet. Blant annet er det lagt til grunn at problemer i arbeidsforholdet som i hovedsak skyldes fysiske barrierer på arbeidsplassen (dørterskler, plassering av hyller etc.) kan utløse plikt til individuell tilrettelegging i forhold til bevegelsehemmede, selv om det umiddelbart virker lite naturlig å karakterisere slike problemer som ”reduisert arbeidsevne”.⁶²⁸ Videre vil organisatoriske barrierer på den enkelte arbeidsplass kunne påvirke hva som skal til for at det skal foreligge ”reduisert arbeidsevne”. Det kan være tilstrekkelig for å utløse plikt til tilrettelegging at vedkommende ikke fungerer i den stillingen hun har, når dette har sammenheng med helsetilstand eller funksjonsevne, se Rt. 1995 s. 227.⁶²⁹ Dette må også bety at dersom det stilles spesielt strenge krav til helsetilstand i den stilling/yrke arbeidstaker er ansatt i (for eksempel brannvesen, dykkere), og arbeidstaker på grunn av redusert helsetilstand eller funksjonsevne ikke lenger fyller disse kravene, vil den reduserte arbeidsevne i

⁶²⁷ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104.

⁶²⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

⁶²⁹ Arbeidstaker hadde utviklet stressbetinget eksem på grunn av mistriksel i jobben. Førstvoterende uttaler blant annet at “[s]elv om [arbeidstaker] ikke var yrkesvalghemmet i vanlig forstand (...) var han yrkeshemmet når det gjaldt stillingen som renovatør.”

denne konkrete stillingen utløse plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6. Her foreligger ”reduert arbeidsevne” i forhold til den enkelte stilling.

Redusert arbeidsevne skal etter dette forstås som reduserte *muligheter* for å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte, hvor dette har en viss sammenheng med individuell sykdom, skade e.l.. Fysiske belastninger i arbeidsmiljøet (som luftforurensning), som samvirker med individuell sykdom hos arbeidstaker (som astma), kan gi grunnlag for plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6. Det samme gjelder psykososiale arbeidsmiljøbelastninger (som stress) som samvirker med individuell psykisk sykdom hos arbeidstaker. Også holdningsmessige barrierer som samvirker med en (eventuelt antatt) funksjonsnedsettelse hos arbeidstaker kan gi grunnlag for plikt til tilrettelegging, for eksempel opplysningstiltak for å motvirke ubegrunnet smittefrykt.⁶³⁰

Sammenlikner vi med bestemmelsene om (tilrettelegging på grunnlag av) funksjonshemming/nedsatt funksjonsevne finner vi at det i det vesentligste er de samme relasjoner som omfattes. Også i forhold til ”reduert arbeidsevne” vil det være tilstrekkelig at det foreligger en funksjonsnedsettelse som får betydning for mulighetene for å utføre arbeidet. Fysiske, organisatoriske og holdningsmessige barrierer som samvirker med en konkret funksjonsnedsettelse vil kunne gi grunnlag for individuell tilretteleggingsplikt, mens bestemmelsen i utgangspunktet ikke vil omfatte tilfeller der fysiske, organisatoriske eller holdningsmessige barrierer rammer personer uten funksjonsnedsettelser. Bestemmelsen vil imidlertid antakelig i større utstrekning enn ”funksjonshemming”/”nedsatt funksjonsevne” omfatte tilfeller der arbeidsmiljøet/arbeidsvilkårene er den dominerende årsaksfaktor til konflikten mellom individ og omgivelser.

2.2.5. Oppsummering og konklusjoner, egenskap eller relasjon.

De omhandlede begrepene varierer med hensyn til hvilken vekt som legges på henholdsvis individuelle faktorer og faktorer i omgivelsene. Det vil likevel også være klare likhetstrekk.

Generelt omfatter begrepene et bredt spekter av relasjoner fra tilfeller der hovedårsaken til konflikten ligger i omgivelsene (fysiske, organisatoriske og holdningsmessige barrierer) til tilfeller der hovedårsaken ligger hos individet (generell arbeidsuførhet på grunn av sykdom). Det er forskjeller med hensyn til hvor sterke krav som stilles til den individuelle årsaksfaktor til konflikten. Det vil også være forskjeller med hensyn til hva som er den relevante ”omgivelseskomponenten”; samfunnets krav generelt, arbeidslivets generelle krav eller kravene/omgivelsene på den enkelte arbeidsplass.

Fysiske barrierer på arbeidsplassen som skaper vansker for den enkelte, vil ikke i seg selv være tilstrekkelig for å utløse plikt til individuell tilrettelegging på grunnlag av ”funksjons-

⁶³⁰ Se nærmere nedenfor under pkt. 2.4.4.

hemming”/”nedsatt funksjonsevne” eller ”reduert arbeidsevne”. Dersom barrierene samvirker med en funksjonsnedsettelse på arbeidstakerside, kan dette etter forholdene gi grunnlag for plikt til tilrettelegging/diskrimineringsvern. Fysiske *arbeidsmiljøbelastninger* er ikke alene tilstrekkelig, men kan over tid medføre slitasje/sykdom, evt. også en mer varig funksjonsnedsettelse.

Organisatoriske barrierer i arbeidet er heller ikke i seg selv tilstrekkelige for å komme inn under vernet, for eksempel der strenge krav til helsetilstand eller funksjonsevne rammer personer med helsetilstand/funksjonsnivå innenfor normalområdet. Men organisatoriske barrierer som rammer personer med funksjonsnedsettelser/sykdom/slitasje etc. kan gi grunnlag for tilretteleggingsplikt. Psykiske *arbeidsmiljøbelastninger* som følge av organisatoriske forhold (for eksempel en stressende arbeidssituasjon) vil også kunne forårsake midlertidige eller mer langvarige funksjonsnedsettelser som igjen kan gi grunnlag for vern.

Omgivelsenes (arbeidsgivers egne, øvrige arbeidstakeres, publikums eller kunders) *holdningsmessige barrierer* er heller ikke i seg selv tilstrekkelig til å utløse diskrimineringsvern, men kan samvirke med en konkret funksjonsnedsettelse hos arbeidstaker. Dette vil utløse diskrimineringsvern og tilretteleggingsplikt. Videre kan holdningsmessige barrierer i noen tilfeller påvirke selve minstekravet til hva som utgjør en ”funksjonshemming”/”nedsatt funksjonsevne” eller til at det skal foreligge ”reduert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.”.

2.3. Tilstandens art, omfang og varighet.

2.3.1. Problemstilling. Kvalifikasjonskrav til tilstanden.

En annen, men beslektet, problemstilling er om det stilles spesielle kvalifikasjonskrav til en tilstand for at den skal falle inn under de enkelte bestemmelsene.

For det første kan det være aktuelt å stille krav til *arten* av tilstanden, for eksempel slik at forbud mot diskriminering og krav om tilrettelegging bare gjelder tilstander av fysisk, psykisk eller kognitiv art, og ikke for eksempel sosiale problemer, rusmiddelmissbruk eller kriminalitet.

For det annet kan det være aktuelt å stille krav til *omfanget* av tilstanden, for eksempel slik at et bagatellmessig avvik fra gjennomsnittlig funksjonsnivå faller utenfor diskrimineringsvern eller tilretteleggingsplikt.

For det tredje kan det være aktuelt å stille krav om *varighet*, for eksempel slik at forbigående funksjonsnedsettelser faller utenfor vernet mot diskriminering.

2.3.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.

Som vist ovenfor under pkt. 2.2.2 inneholder begrepet ”funksjonshemming” så vel en individuell komponent som en omgivelseskomponent. Spørsmålet under dette punkt vil være hvilke krav som stilles til art, omfang eller varighet av den *individuelle* komponenten/egenskapen, for å kvalifisere for vern etter aml. kap. 13. Jeg tar først opp hvilke krav som stilles til tilstandens *art*, deretter om og i hvilken utstrekning det stilles krav til *omfang* og til slutt om det stilles krav til *varighet*.

Krav til tilstandens art.

Det er forutsatt forarbeidene til så vel aml. kap. 13 som dennes forgjengere at begrepet ”funksjonshemming” skal forstås bredt med hensyn til tilstandens **art**. Blant annet uttales i forarbeidene til aml. § 13-5 at begrepet ikke bare omfatter ”fysiske tilstander men også psykiske lidelser av varig karakter”.⁶³¹ I forarbeidene til 2001-endringen av aml. 1977 § 55A fremholdes i tillegg at det er viktig at forbudet ”omfatter usaklig forskjellsbehandling på grunn av flest mulig typer av funksjonshemming”.⁶³² Videre henvises til den svenske lovens begrep.⁶³³ Ifølge denne loven 2 § omfatter begrepet ”funksjonshinder” så vel ”fysiske, psykiske [som] begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga.”

Denne brede tolkningen av begrepet støttes også av 2001-forarbeidenes henvisning til internasjonale instrumenter som WHO ICIDH 1980 og FNs standardregler fra 1993. I WHO ICIDH 1980 inngår ”any loss or abnormality of psychological, physiological or anatomical structure or function” i definisjonen av ”impairment”.⁶³⁴ I innledningen til FNs Standardregler fra 1993 vises til ”physical, intellectual or sensory impairment, medical conditions or mental illness.”⁶³⁵

Det må etter dette kunne slås fast at arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel omfatter så vel fysiske som psykiske og kognitive funksjonsnedsettelse. Fysiske funksjonsnedsettelse kan for eksempel være bevegelseshemming, synshemming eller hørselshemming. Kognitiv funksjonsnedsettelse kan for eksempel være en følge av Downs syndrom. Så vel fysisk som psykisk sykdom vil dessuten falle inn under begrepet funksjonshemming, slik det brukes i aml. kap. 13, dersom sykdommen oppfyller kravene til omfang og varighet.

Stiller begrepet ”funksjonshemming” i arbeidsmiljølovens kap. 13 krav om at tilstanden skal omfattes av en klar og anerkjent medisinsk diagnose?

⁶³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

⁶³² Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

⁶³³ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

⁶³⁴ Den reviderte utgaven fra 2001, WHO ICF 2001, som det ikke vises til i forarbeidene til den norske loven, definerer impairments som ”problems in body function or structure such as a significant deviation or loss”.

⁶³⁵ Innledningen avsnitt 1.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 kommenterer ikke dette. I forarbeidene til likebehandlingskapitlet (2004) i aml. 1977 er to motstridende høringsuttalelser referert: Kommunenes sentralforbund mener at ”funksjonshemming må avgrenses til kun å omfatte de for arbeidsgiver kjente og konstaterbare funksjonshemminger. Et omfattende funksjonshemmingsbegrep vil kunne føre til at bevisbyrden som er tillagt arbeidsgiver blir umulig å oppfylle.” Norges Handikapforbund ønsker derimot ”en presisering i forarbeidene av at klare og anerkjente medisinske diagnoser ikke skal være en forutsetning for å bli betraktet som en person med funksjonsnedsettelse.” Begge høringsuttalelser siteres i odelstingsproposisjonen,⁶³⁶ uten at det tas direkte stilling til hvordan loven skal være å forstå på dette punkt.⁶³⁷ I forarbeidene henvises som nevnt til begrepet i den svenske 1999-loven, og i forarbeidene til *denne* loven tas det klart avstand fra et krav om klar og anerkjent diagnose.⁶³⁸

Arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel må da forstås slik at det ikke kan stilles krav om klare og anerkjente medisinske diagnoser for at det skal foreligge funksjonshemming. Det vil være tilstrekkelig med langvarige symptomer av fysisk eller psykisk karakter.

Dette innebærer likevel ikke at enhver tilstand som kan medføre vansker i arbeidslivet for den enkelte, nødvendigvis faller inn under begrepet funksjonshemming. En problemstilling vil være om diskrimineringsforbudet også verner personer med sosiale eller sosialmedisinske problemer som kriminalitet og rusmiddelmissbruk.

Problemstillingen synes ikke kommentert i forarbeidene til aml. kap. 13 eller aml. 1977 kap. X A. I forarbeidene til 2001-endringen i aml. 1977 § 55A uttales at ”rusmisbrukere og andre med sosialmedisinske problemer, eller personer med andre former for avvikende adferd eller reaksjonsmønster”, faller utenfor vernet. Begrunnelsen som gis er at disse er ”personer som kan forventes å få problemer med å holde på eller fungere tilfredsstillende i en hvilken som helst stilling”.⁶³⁹ I forarbeidene til den svenske loven er videre uttalt at rusmiddelmissbruk og sosiale problemer, herunder kriminalitet, ikke i seg selv er tilstrekkelig for at det skal foreligge et ”funksjonshinder”.⁶⁴⁰

⁶³⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 27.

⁶³⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 27.

⁶³⁸ SOU 1997:176 s. 106-107.

⁶³⁹ Etter min mening er begrunnelsen lite treffende. Hvorvidt en person har nedsatt arbeidsevne eller ikke bør ikke inngå i en vurdering av om hun fyller inngangsvilkårene etter kap. 13. Det må eventuelt tas opp i forhold til spørsmålet om det foreligger en ”tilsvarende situasjon”. Poenget må være at en må trekke en grense mot atferd som er viljesbestemt.

⁶⁴⁰ Regeringens proposition 1997/98:179 Lag om forbud mot diskriminering i arbeidslivet av personer med funksjonshinder, s. 34.

Det må etter dette legges til grunn av rusmiddelmisbruk eller sosiale problemer/kriminalitet ikke i seg selv er tilstrekkelig for å kvalifisere for ”funksjonshemming” etter aml. § 13.⁶⁴¹ Hvor det først foreligger en funksjonsnedsettelse, vil likevel atferdsproblemer som er et utslag av denne, falle inn under diskrimineringsvernet, se f eks LDN-2007-21 som gjaldt problematisk atferd på arbeidsplassen som følge av AD/HD.⁶⁴² Videre kan rusmiddelmisbruk mv. ha *ført til* en funksjonsnedsettelse, og arbeidstaker vil på dette grunnlag kunne påberope seg vernet etter aml. kap. 13.

Krav til funksjonsnedsettelsens omfang?

Annen hovedproblemstilling er om det i begrepet ”funksjonshemming”, slik det brukes i aml. kap. 13, ligger et krav om at den individuelle svekkelse er av et visst **omfang**.

Her vil jeg først ta opp om vernet mot diskriminering som følge av funksjonshemming også omfatter personer som befinner seg innenfor et ”gjennomsnittsområde” med hensyn til helsetilstand eller funksjonsnivå. Deretter vil jeg gå inn på om det stilles krav til vesentlighet enten til funksjonsnedsettelsen i seg selv eller til dens betydning for muligheten for å utøve en sosial normalrolle. Tredje underproblemstilling vil være om funksjonsnedsettelsen skal vurderes med eller uten kompenserende hjelpemidler. Fjerde underproblemstilling er om personer kan utelukkes fra vernet på grunn av at funksjonsnedsettelsen fører til generelt redusert arbeidsevne.

Første underproblemstilling er altså om en person som er blitt behandlet dårligere på grunn av funksjonsevne som ligger innenfor ”normalvariasjoner” kan påberope seg et forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Innledningsvis kan slås fast at det ikke er mulig å fastsette et generelt funksjonsnivå for en person på en endimensjonal skala. En person kan ha svært godt funksjonsnivå på de fleste områder, samtidig som hun har en klar funksjonsnedsettelse på et begrenset område. Dersom en person har klart nedsatt funksjonsevne på ett bestemt område, for eksempel hørsel, må dette være tilstrekkelig til å kvalifisere for vern etter aml. kap. 13.

Dersom arbeidsgiver har lagt vekt på funksjonsevne innenfor visse normalavvik, blir spørsmålet vanskeligere. For eksempel kan en flyger ha blitt avvist fordi vedkommende er moderat nærsynt, og derfor ikke kan oppfylle de svært strenge krav til synsevne som stilles til dette yrket. Eller arbeidsgiver har foretrukket en søker med svært lite sykefravær fremfor en annen med

⁶⁴¹ En viss illustrasjon av grensdragingen mellom funksjonshemminger og forhold av annen art kan britiske Disability Discrimination (Meaning of Disability) Regulations 1996 gi, selv om disse selvsagt ikke har direkte betydning etter norsk rett. Her unntas eksplisitt rusmiddelmisbruk, kleptomani, pyromani, tendenser til å begå overgrep etc. fra diskrimineringsforbudet.

⁶⁴² Se nærmere nedenfor under dette kapittel pkt. 3.3.5.

gjennomsnittlig fravær. Kan den moderat nærsynte eller personen med gjennomsnittsfraværet påberope seg forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i aml. § 13-1?

En naturlig språklig forståelse av begrepet "funksjonshemming" tilsier at det må stilles krav om at funksjonsevnen må være nedsatt i forhold til en gjennomsnittsperson. Det er diskriminering på grunnlag av "funksjonshemming" som forbys i aml. § 13-1, ikke diskriminering på grunnlag av "helsetilstand" eller "funksjonsevne". Henvisingene til internasjonale instrumenter i forarbeidene til 2001-lovendringen tyder også på at det stilles visse minstekrav til omfanget av funksjonsnedsettelsen eller til dens betydning for muligheten for å utføre en aktivitet. WHO's definisjon ICIDH 1980 stiller ikke kvantitative krav til "impairment" i seg selv,⁶⁴³ men for at "impairment" skal være årsak til "disability", må evnen til å utføre en aktivitet "in the manner or within the range considered normal for a human being" være begrenset. Det er altså ikke tilstrekkelig at funksjonsevnen er marginalt under gjennomsnittet, eller at en ikke tilfredsstiller de spesielle krav til helsetilstand eller funksjonsevne som stilles for et spesielt yrke.⁶⁴⁴

Flygeren som er avhengig av å bruke briller, er nok yrkeshemmet i forhold til flygeryrket, men ikke funksjonshemmet så lenge hans synsevne ligger innenfor en viss normalvariasjon. Hun vil derfor falle utenfor vernet etter aml. kap. 13. Og personen med utsikt til "normalt" sykefravær vil heller ikke av denne grunn være funksjonshemmet etter aml. kap. 13.⁶⁴⁵

Underproblemstilling nr. 2 vil være hvor strenge krav som stilles til omfanget av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse for at vedkommende skal være vernet av forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i kap. 13.

Forarbeidene til aml. kap. 13 inneholder ingen uttalelser som kan gi veiledning om hvor omfattende en funksjonsnedsettelse må være for å kvalifisere for tilretteleggingsplikt eller diskrimineringsvern.

FFO viste i forbindelse med forarbeidene til 2004-endringen av aml. 1977 til hvordan begrepet defineres i NOU 2001: 22 "Fra bruker til borger". I denne definisjonen stilles krav om vesentlige begrensninger, ikke til funksjonsnedsettelsen i seg selv, men til begrensningen i personens generelle livsførsel: "Når betegnelsen *funksjonshemmet* brukes om personer vises det til de som får sin praktiske livsførsel vesentlig begrenset på grunn av gapet eller misforholdet mellom personens nedsatte funksjonsevne og miljøets/samfunnets krav."⁶⁴⁶ Organisasjonen ønsket en til-

⁶⁴³ Det vises til "any loss or abnormality" i body structure m.m., se WHO ICIDH 1980 pkt. 3.2.

⁶⁴⁴ WHO ICIDH 1980 pkt. 3.2.

⁶⁴⁵ Her må gjøres et forbehold for tilstander som for tiden ikke gir vesentlige symptomer, men som i fremtiden kan utvikle seg til en "funksjonshemming", se nedenfor under pkt. 2.4.2.

⁶⁴⁶ NOU 2001: 22, pkt. 1.4.1 Begrepet funksjonshemming, s. 17.

svarende forståelse av begrepet funksjonshemming lagt til grunn for lovutkastet.⁶⁴⁷ Departementet tok likevel ikke direkte stilling til denne problemstillingen.

Av de internasjonale instrumenter det vises til i forarbeidene til 2001-endringen i aml. § 55A krever ILO-konvensjonen om atføring at individets muligheter skal være ”substantially reduced” som følge av funksjonsnedsettelsen, i forhold til ett viktig område; nemlig på arbeidsmarkedet, jfr art. 1 nr. 1. Dette kravet er imidlertid preget av at formålet med konvensjonen primært er å pålegge statene å utarbeide en habiliterings- og atføringspolitikk for de delvis arbeidsføre. De øvrige instrumenter det henvises til stiller ikke eksplisitte krav til omfang av verken ”impairment”,⁶⁴⁸ ”disability”⁶⁴⁹ eller handicap.⁶⁵⁰

I 2001-proposisjonen synes lagt til grunn at det ikke skal stilles særlig omfattende krav til graden av funksjonsnedsettelsen. Blant annet uttales at ”graden av funksjonshemming kan variere betydelig”.⁶⁵¹ Videre vises til Statistisk sentralbyrås levekårsundersøkelser, hvor det er lagt til grunn at ”mellom 17 og 20 prosent av befolkningen over 16 år har en eller annen form for funksjonshemming, som for eksempel nedsatt syn, nedsatt hørsel eller nedsatt bevegelsesevne”.⁶⁵² Prosentandelen det her vises til, kan tyde på at en har tatt utgangspunkt i ganske beskjedne krav om nedsatt funksjonsevne for å konstatere en funksjonshemming. Endelig henvises som nevnt tidligere til den svenske loven av 1999.⁶⁵³ Den svenske lovteksten inneholder intet krav om vesentlighet, verken til funksjonsnedsettelsen selv eller dens betydning for arbeidsevnen eller for innvirkningen på daglig livsførsel/mulighet for å inngå i en sosial normalrolle. Forarbeidene tar videre klart avstand fra et slikt krav.⁶⁵⁴

Også reelle hensyn tilsier at det ikke bør stilles strenge krav til funksjonsnedsettelsens omfang for å kvalifisere for vern. Blant annet vil det være av betydning at det er personer med funksjonsnedsettelse av mindre omfang som i størst grad kan nyttiggjøre seg vernet etter aml. kap. 13. Dersom en stiller strenge krav til funksjonsnedsettelse som minstekrav for diskrimineringsvern, vil

⁶⁴⁷ Høringsbrev av 13. februar 2003.

⁶⁴⁸ WHO ICIDH 1980 pkt. 3.2 definerer ”impairment” som: ”any loss or abnormality of psychological, physiological or anatomical structure or function.”

⁶⁴⁹ WHO ICIDH 1980 pkt. 3.2 definerer ”disability” som (...) any restriction or lack (resulting from an impairment) of ability to perform an activity in the manner or within the range considered normal for a human being. I innledningen til FNs standardregler av 1993 pkt. 17 heter det at “[t]he term ”disability” summarizes a great number of different functional limitations occurring in any population in any country of the world.”

⁶⁵⁰ WHO ICIDH 1980 pkt. 3.2 definerer ”handicap” som ”a disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual. ” I innledningen til FNs standardregler pkt. 18 heter det at “[t]he term ”handicap” means the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others.” Ingen av definisjonene synes å stille særlig strenge krav.

⁶⁵¹ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) 9.

⁶⁵² Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 7.

⁶⁵³ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

⁶⁵⁴ Regeringsproposisjon 1997-98:179 s. 33. Tilsvarende SOU 1997:176 s. 106.

diskrimineringsforbudet ”lekke i begge ender”: Personer med mindre uttalte funksjonsnedsettelse faller utenfor fordi de ikke er tilstrekkelig funksjonshemmede og personer med mer uttalte funksjonsnedsettelse faller utenfor fordi de ikke befinner seg i noen ”tilsvarende situasjon”.

Her kan til illustrasjon vises til at så vel den britiske Disability Discrimination Act fra 1995 (DDA 1995) som den amerikanske Americans with Disabilities Act fra 1990 (ADA 1990) krever at svekkelsen skal ha vesentlig betydning for den daglige livsførselen for å kvalifisere for vern. DDA 1995 Part I sec. 1 krever at tilstanden skal ha ”substantial (...) adverse effect” på personens evne til å utføre normale daglige aktiviteter. ADA 1990 Title I sec. 102 definerer ”disability” som ”impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual”. Dette har ført til at en rekke søksmål hvor arbeidsgiver vitterlig har lagt vekt på arbeidstakers nedsatte funksjonsevne, ikke har ført frem fordi funksjonsevnen ikke var tilstrekkelig nedsett.⁶⁵⁵

Konklusjonen må være at det etter arbeidsmiljølovens kap. 13 **ikke** kan stilles krav om vesentlig nedsett funksjonsevne eller til vesentlig innvirkning på daglig livsførsel. Dette innebærer at arbeidstaker som påviser at hun har vært satt ut av betraktning på grunn av en fysisk eller psykisk funksjonsnedsettelse, ikke trenger å påvise at nedsettelsen i seg selv er vesentlig eller påvise vesentlige utslag for den daglige livsførsel. Det kan heller ikke kreves at vedkommende arbeidstaker påviser at det foreligger en vesentlig begrensning av muligheten for å utøve en sosial normalrolle, og det er ikke nødvendig å påvise at det foreligger en mer generell yrkeshemming.

Likevel omfatter begrepet, som tidligere vist, ikke normalavvik. Det stilles visse minstekrav for at det overhodet skal foreligge en ”funksjonshemming”.

Tredje underproblemstilling i forhold til ”omfang” vil da være om dette minimumskravet skal vurderes med eller uten personlige hjelpemidler som kompenserer for nedsettelsen: Har en hørselshemmet eller synshemmet arbeidstaker vern etter arbeidsmiljølovens kap. 13 dersom vedkommende med høreapparat eller briller har hørsels- eller synsevne innenfor det normale? Og faller en person med kronisk sykdom utenfor vernet dersom hun er symptomfri på grunn av medikamenter?

Problemstillingen synes ikke tatt opp i forarbeidene verken til 2001-endringen i aml. § 55A eller til arbeidsmiljølovens likebehandlingskapittel av 2004 eller til 2005-loven. Heller ikke forarbeidene til den svenske loven synes å omtale problemstillingen.⁶⁵⁶

Et argument for å vurdere funksjonsnedsettelsen *etter at* en har tatt hensyn til den bedring som kan oppnås ved hjelp av personlige hjelpemidler, vil være at disse arbeidstakerne har mindre behov for vern. Ved ”korrigert” funksjonsevne innenfor det normale vil disse arbeidstakerne i mindre utstrekning være utsatt for utstøting. Videre bør arbeidsgiver ikke i medhold av aml. § 13-5 pålegges å skaffe tekniske hjelpemidler som samfunnet eller personen selv vil være nærmest til å

⁶⁵⁵ Se Feldblum 2000 og Woodhams og Corby 2003. Se også NOU 2005: 8 s. 115.

⁶⁵⁶ Ikke i SOU 1997:176 s. 104-108. Ikke i Regeringsproposisjon 1997/98:179 s. 31-34.

anskaffe. Funksjonshemming som et relativt og situasjonsavhengig begrep taler også for at en vurderer personens evner og ressurser slik de foreligger i den konkrete situasjon. Det kan endelig vises til at WHO ICIDH 1980s begrep ”disability” ikke omfatter tilfeller hvor det er mulig å kompensere for ”impairment” ved bruk av personlige hjelpemidler.

Der det er snakk om å utelukke personer fra diskrimineringsvernet fordi de ikke er tilstrekkelig ”hemmede”, har disse argumenter likevel begrenset vekt. Selv om det generelt henvises til WHO’s ICIDH 1980 i forarbeidene til 2001-lovendringen, har en ikke tatt stilling til om det er ”impairment” eller ”disability” som er avgjørende for om det foreligger ”funksjonshemming” etter aml. 1977 § 55A. Reelle hensyn tilsier videre at disse personer i utgangspunktet omfattes av diskrimineringsvernet. Dersom det først kan påvises at arbeidsgiver har lagt vekt på for eksempel en syns- eller hørselshemming av en viss størrelse, eventuelt en kronisk sykdom, bør det ikke utelukke vern etter diskrimineringskapitlet at denne faktisk er kompensert for ved hjelp av personlige hjelpemidler. Konklusjonen vil altså være at det, ved spørsmålet om det foreligger diskriminering på grunn av funksjonshemming etter aml. § 13-1, skal tas utgangspunkt i funksjonsnedsettelsen slik den foreligger uten kompenserende personlige hjelpemidler. Det er likevel ikke gitt at arbeidsgiver i medhold av aml. § 13-5 er forpliktet til å stille slike personlige hjelpemidler til rådighet.⁶⁵⁷

Fjerde underproblemstilling vil være om personer med nedsatt arbeidsevne av et visst omfang av denne grunn er *utestengt* fra vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Sysselsettingsdirektivet kan synes å åpne for en slik løsning når det i fortalen avsnitt 17 uttales at direktivet med forbehold om plikten til individuell tilrettelegging verken krever ”ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller utdanning af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.”

I forarbeidene til 2001-endringen av aml. § 55A viser departementet til sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 17, samt forarbeidene til direktivet og uttaler at ”[p]ersoner som vil ha begrenset yteevne i forhold til den angjeldende stilling selv ved rimelig grad av tilrettelegging av arbeidet fra arbeidsgivers side, bør etter departementets oppfatning ikke omfattes av diskrimineringsvernet for funksjonshemmede i denne sammenheng.”⁶⁵⁸ Uttalelsene er ikke gjentatt i forarbeidene til likebehandlingskapitlet av 2004 eller 2005-loven.⁶⁵⁹ Etter min mening bør de

⁶⁵⁷ Se nærmere drøftelsen under kap. VI pkt. 2.3.2.7.

⁶⁵⁸ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 10. Se KOM(1999)565 s. 9.

⁶⁵⁹ I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327 er uttalt at arbeidsgiver ikke har plikt til å sørge for opplæring mv. for personer som ikke er ”egnet til å inneha en bestemt stilling”. Videre følger det av særkommentaren til aml. § 4-6 (s. 309) at ”reduert arbeidsevne” ikke er en benevnelse eller karakterisering av ”funksjonshemmede”. Uttalelsen kan imidlertid ikke tas til inntekt for at personer som har redusert arbeidsevne nødvendigvis faller utenfor selve begrepet ”arbeidstaker med funksjonshemming”.

heller ikke legges til grunn for hvem som skal omfattes av vernet etter kap. 13 i arbeidsmiljøloven. Det kan ikke være rimelig å sette personer med redusert arbeidsevne helt utenfor diskrimineringsvernet. Dersom vedkommende arbeidssøker blir avvist på grunn av at hun har begrenset yteevne i forhold til stilling, selv etter pliktige tilretteleggingstiltak, vil det i de aller fleste tilfeller ikke foreligge noen "tilsvarende situasjon",⁶⁶⁰ og derfor ikke diskriminering. Men vedkommende person har likevel en "funksjonshemming" i lovens forstand, og må i utgangspunktet kunne påberope seg vernet mot diskriminering på grunn av denne. Videre kan uttalelsen i forarbeidene til 2001-lov-
endringen tolkes slik at det stilles krav om at personen etter tilretteleggingstiltak må kunne utføre *alle* stillingens funksjoner, ikke bare "de vesentligste", sml. sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 17. Som jeg vil vise nedenfor,⁶⁶¹ kan tilrettelegging også gå ut på at andre arbeidstakere skal utføre visse mindre vesentlige funksjoner som personen med funksjonshemming ikke makter. I hvilken grad det kan tas hensyn til evnen til å utføre mindre vesentlige funksjoner i vedkommende stilling er et skjønnsspørsmål.

Konklusjonen vil være at også personer med betydelige funksjonsnedsettelse og derav følgende redusert arbeidsevne, i utgangspunktet er omfattet av arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel. Begrenset yteevne i forhold til den enkelte stilling inngår i vurderingen av om det foreligger en tilsvarende situasjon.

Krav om varighet?

Tredje hovedproblemstilling vil være om det stilles krav til tilstandens varighet.

Et slikt krav kan ligge i en normal språklig forståelse av begrepet "funksjonshemming". Tilstander som er kortvarige vil falle utenfor en vanlig ordlydsforståelse av begrepet. Dette er videre klart presisert i forarbeidene til aml. kap. 13 og dens forgjengere.⁶⁶²

Dette reiser spørsmål om diskrimineringsforbudet også kan omfatte tilfeller hvor arbeidsgiver har brakt arbeidsforholdet til opphør som følge av sykefravær.

Det må logisk være kravet til *varighet* som er problematisk hvor en sykmeldt arbeidstaker påberoper seg vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. Det er klart at fysisk eller psykisk sykdom kan innebære en "funksjonshemming", kravet til problemenes *art* er altså oppfylt. Har sykdommen medført så omfattende begrensninger i arbeidstakers funksjonsevne at hun er blitt (midlertidig) arbeidsufør, er det klart at også kravene til *omfang* er oppfylt.

⁶⁶⁰ Jfr. definisjonen i forarbeidene til aml. § 13-1, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁶⁶¹ Blant annet under kap. VI pkt. 2.3.2.3.

⁶⁶² Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9 som viser til "begrensninger i funksjonsevnen som er av varig karakter." I særkommentaren til aml. 2005 § 13-5 heter det at "[n]år begrepet "funksjonshemming" benyttes i lovteksten skal dette tolkes slik at tilretteleggingsplikten etter § 13-5 omfatter arbeidssøkere og arbeidstakere med varig funksjonsnedsettelse", Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

EF-domstolens avgjørelse i Chacón Navas-saken fra 2006⁶⁶³ gjaldt en spansk kvinne som var blitt oppsagt på grunn av sykefravær (etter ca. 8 måneders sammenhengende fravær) og som hevdet at oppsigelsen var i strid med sysselsettingsdirektivets forbud mot diskriminering på grunn av "disability" (engelsk versjon) eller "handicap" (dansk versjon). Den foreleggende spanske domstol viste til effektivitetshensyn som grunn for å beskytte arbeidstaker ved sykdommer som *kan* medføre en uheldelig funksjonshemming: "En modsat opfattelse ville udhule indholdet af den beskyttelse, som lovgiver tilstræber, eftersom det således ville være muligt ukontrolleret at udvise forskelsbehandlende adfærd."⁶⁶⁴

Generaladvokaten legger i sin uttalelse til grunn at en må skille mellom det helseproblem som er årsak til "funksjonsnedsettelsen" (engelsk versjon "functional limitation")⁶⁶⁵ og "funksjonsnedsettelsen" ("that limitation") i seg selv. En sykdom som er årsak til en seinere funksjonshemming kan i prinsippet ikke likestilles med funksjonshemmingen i seg selv før det inntreng *langvarige eller permanente funksjonsnedsettelse*. Arbeidstakere som blir oppsagt under sykefravær vil derfor, for å påberope seg diskrimineringsvernet, måtte bevise at det er disse langvarige eller permanente funksjonsnedsettelse og ikke sykdommen i seg selv som er den egentlige grunn til oppsigelsen.⁶⁶⁶

EF-domstolens begrunnelse er mer kortfattet og forbeholden: Her heter at lovgiver bevisst har valgt et uttrykk som atskiller seg fra "sykdom". For å være omfattet av begrepet "handicap" skal begrensningen "muligvis" være av lang varighet. Videre uttaler domstolen at sysselsettingsdirektivet ikke inneholder noen angivelse av om arbeidstaker er beskyttet allerede når en sykdom inntreng. Endelig uttales at en person som blir oppsagt utelukkende på grunn av sykdom ikke er omfattet av direktivets generelle ramme.⁶⁶⁷

Domstolens avgjørelse er klar med hensyn til at sykefravær i seg selv ikke er tilstrekkelig for å oppnå beskyttelse etter sysselsettingsdirektivet. Det må altså stilles krav om at den aktuelle sykdom har medført funksjonsnedsettelse av en viss varighet. Hvor strenge minimumskrav til problemenes (sannsynlige) varighet som stilles for å komme inn under direktivbeskyttelsen, er derimot særdeles uklart etter avgjørelsen.

Norske forarbeider til aml. kap. 13 med forgjengere synes heller ikke å ta eksplisitt stilling til det nærmere innholdet av varighetskravet etter norsk rett.

⁶⁶³ Sak C-13/05 Sonia Chacón Navas v Eures Colectividades SA, EF-domstolens dom av 11. juli 2006.

⁶⁶⁴ Referert fra dommen avsnitt 23.

⁶⁶⁵ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat L.A. Geelhoed av 16. mars 2006 i sak C-13/05 Chacón Navas, avsnitt

77.

⁶⁶⁶ Generaladvokatens uttalelse avsnitt 77-80.

⁶⁶⁷ Dommens avsnitt 44-47.

Noen utgangspunkter må kunne fastslås: Kroniske og uhelbredelige tilstander og sykdommer som HIV-positivitet og multipel sklerose er livsvarige, og må selvsagt klart tilfredsstillende kravet til varighet.⁶⁶⁸ Videre må begrepet omfatte tilstander som i prinsippet kan helbredes, men som kan være langvarige og med en usikker prognose. I forarbeidene til 2001-endringen av aml. § 55A⁶⁶⁹ vises til FN's standardregler fra 1993, hvor det i innledningen vises til at "[s]uch impairments, conditions or illnesses⁶⁷⁰ may be permanent or transitory in nature."⁶⁷¹

I forarbeidene til 2001-endringen av aml. § 55A nevnes beinbrudd som et eksempel på en forbigående skade.⁶⁷² Dette indikerer at en skade som gir noen måneders nedsatt funksjonsevne ikke er tilstrekkelig. I forarbeidene til den svenske 1999-loven uttales generelt at "Begränsningar till följd av en skada eller en sjukdom som är av övergående natur omfattas (...) inte."⁶⁷³ På den annen side antar en at langvarig kreftsykdom kan komme inn under loven, uten at det antydes noe om hvor lenge arbeidstaker må ha vært/kan forventes å forbli syk.⁶⁷⁴

En funksjonsnedsettelse anses som varig (eller "long term") etter engelsk rett når den har vart eller kan forventes å vare i minst 12 måneder.⁶⁷⁵ Denne tolkningen er ikke en konsekvens av sysselsettingsdirektivet, og har derfor svært begrenset rettskildemessig betydning for tolkningen av arbeidsmiljøloven.

I mangel på klare rettskildefaktorer i forhold til det nærmere innholdet av varighetskravet kan en slik avgrensning gi en regel som er relativt grei å forholde seg til for så vel arbeidsgiver som arbeidstaker. Et mulig argument for å operere med en 12-måneders "tommelfingerregel" kan også være at dette markerer grensen for det særlige oppsigelsesvernet på grunn av sykefravær etter aml. § 15-8. I forarbeidene til aml. § 13-5 uttales at "[t]ilrettelegging for arbeidstakere med midlertidig redusert arbeidsevne (eksempelvis forbigående sykdomstilstander eller skader) reguleres av § 4-6". Selv om denne bestemmelse på ingen måte innebærer noen maksimalgrense for hvor lenge arbeidsgiver må tilrettelegge, kan sammenhengen mellom tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6 og oppsigelsesvern etter aml. § 15-8 *muligens* utgjøre et argument for å operere med en veiledende krav til varighet på 12 måneder for at det skal foreligge en "funksjonshemming" etter aml. kap. 13. En tilsvarende grense er antydnet i svensk teori.⁶⁷⁶

⁶⁶⁸ Disse omfattes for øvrig også før de har medført funksjonsnedsettelse av noe omfang, se pkt. 2.4.2.

⁶⁶⁹ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9 også gjengitt i Ot.prp. nr. 104 (2003-2004) s. 45.

⁶⁷⁰ (Som innebærer "disability".)

⁶⁷¹ Avsnitt 17.

⁶⁷² Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 10.

⁶⁷³ Regeringens proposition 1997/98:179 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder, kommentar til 2 §.

⁶⁷⁴ Samme sted.

⁶⁷⁵ Se Doyle 2005 s. 30 og DDA 1995 sch. 1 sec.1(1)(2)(1).

⁶⁷⁶ Inghammar 2007 s. 282.

Dette vil blant annet innebære at dersom arbeidssøker på jobbintervju har oppgitt å lide av en sykdom som har vart, eventuelt kan forventes å vare, over ett år, og hun av denne grunn blir fravalgt, kan arbeidsgiver ha gjort seg skyldig i brudd på diskrimineringsbestemmelsene.

Kravene til funksjonsnedsettelsens omfang og varighet må videre ses i sammenheng:

Noen kroniske sykdommer kan være symptomfrie i perioder, men gi seg periodevis utslag i nedsatt funksjonsevne. I en høringsuttalelse til den svenske loven anser Hörselsskadades Riksförbund det viktig ”att det tydligt framgår att sådana funktionshinder som är varaktiga men där besvären är fluktuerande omfattas av lagen.”⁶⁷⁷ Den svenske regjeringen kommenterer ikke dette i proposisjonen, men synes heller ikke å ta avstand fra det. Som vi har sett, stilles etter norsk rett (som bygger på den svenske loven) relativt små krav til omfanget av den nedsatte funksjonsevne. Dette tyder på at også kroniske sykdommer som gir seg periodevis utslag kan komme inn under begrepet funksjonshemming.

Oppsummering.

Vi kan altså oppsummere kravene til art, omfang og varighet av “funksjonshemming” etter aml. kap. 13 slik:

Begrepet omfatter tilstander som er av fysisk, psykisk eller kognitiv **art**. Sosiale problemer og kriminalitet faller i utgangspunktet utenfor diskrimineringsvern og tilretteleggingsplikt, med mindre disse er utslag av en funksjonsnedsettelse eller har ført til en funksjonsnedsettelse. Det stilles ikke særlig strenge krav til tilstandens **omfang**. Det er ikke nødvendig at tilstanden skal ha vesentlig betydning i forhold til dagligliv eller arbeidsliv. Normalvariasjoner i fysisk, psykisk eller kognitiv yteevne omfattes likevel ikke. Det stilles et visst krav til **varighet**. Som tommelfingerregel kan en her gå ut fra at tilstander som har vart eller kan forventes å vare i over et år, vil komme inn under diskrimineringsvern og tilretteleggingsplikt etter aml. kap. 13.

2.3.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Utvalgsinnstillingen og odelstingsproposisjonen til diskriminerings- og tilgjengelighetslov går grundig inn på kravene til tilstandens art, omfang og varighet for å kvalifisere for diskrimineringsgrunnlaget ”nedsatt funksjonsevne”.

Med hensyn til **art** uttales at ”nedsatt funksjonsevne kan være knyttet til fysiske, psykiske eller kognitive forhold” og at det vil omfatte ”en rekke svært ulike forhold”.⁶⁷⁸ I særkommentaren til dtgl. § 4 presiseres kravene til tilstandens art på denne måten:

⁶⁷⁷ Regeringens proposition 1997/98:179 s. 32.

⁶⁷⁸ NOU 2005: 8 s. 38 og s. 163.

”Nedsatt funksjonsevne omfatter fysiske, psykiske og kognitive funksjoner. Fysiske funksjoner er for eksempel bevegelses-, syns- eller hørselsfunksjon. Med nedsatt psykisk funksjonsevne menes sykdommer og tilstander som regnes som psykiske lidelser. Nedsatt kognitiv funksjonsevne innebærer redusert evne til mentale prosesser som hukommelse, språk, informasjonsbearbeidelse, problemløsning og ervervelse av kunnskap og erfaring.⁶⁷⁹

Rusmiddelavhengighet er prinsipielt omfattet, men det gjøres en avgrensning mot viljesbestemt atferd.⁶⁸⁰ Utseendemessige forhold, herunder overvekt, faller i utgangspunktet utenfor, men kan ha sammenheng med funksjonsnedsettelse eller gi grunnlag for antakelser om at en arbeidstaker har ”nedsatt funksjonsevne”. Unntaksvis kan utseendemessige forhold i seg selv gi grunnlag for å konstatere ”nedsatt funksjonsevne”.⁶⁸¹

Med hensyn til **omfang**, uttales i utvalgsinnstillingen og proposisjonen klart at en ikke vil stille minimumskrav i forhold til diskrimineringsforbudet. Problemstillingen omformuleres til et årsaks- og beviskrav: Dersom arbeidstakers funksjonsnedsettelse er liten, er det lite sannsynlig at det er denne som er årsak til at arbeidstaker er kommet dårlig ut i det konkrete tilfellet.⁶⁸² Ut fra departementets og utvalgets definisjon av ”nedsatt funksjonsevne” synes denne likevel ikke å dekke det ”gjennomsnittlige” funksjonsnivå.⁶⁸³ Omfanget av den nedsatte funksjonsevne vil dessuten ha betydning for hvor langt arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge.⁶⁸⁴

En har valgt heller ikke å stille minimumskrav til **varigheten** av den nedsatte funksjonsevne. Utvalget refererer blant annet til 12 måneders-kravet som følger av britisk lovgivning, for deretter å ta avstand fra et slikt krav. Utvalget, med tilslutning fra Barne- og likestillingsdepartementet, uttaler likevel at det i selve begrepet ”nedsatt funksjonsevne” ligger en avgrensning mot de helt kortvarige forhold.⁶⁸⁵ Her gis eksempler på en forbigående sykdom som influensa. Det kan etter dette synes som om utkastet stiller noe svakere krav til varighet enn det som er tilfellet etter gjeldende rett, som minstekrav til å vernes av diskrimineringsforbudet. Med hensyn til tilretteleggingsplikten uttales at varigheten av funksjonsnedsettelsen kan ha større betydning.⁶⁸⁶ Også i forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven synes forutsatt at det må gjøres en avgrensning mot situasjoner som *bare* reguleres av aml. § 4-6, og det uttales generelt at bestemmelsen ”må sees opp mot de øvrige reglene i arbeidsmiljøloven som regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og

⁶⁷⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 251. Forståelsen er i samsvar med Syse-utvalgets innstilling, se NOU 2005: 8 s. 245.

⁶⁸⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 92, tilsv. NOU 2005: 8 s. 164.

⁶⁸¹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 92, tilsv. NOU 2005: 8 s. 164-165.

⁶⁸² Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 91-92, tilsv. NOU 2005: 8 s. 163-164.

⁶⁸³ Se NOU 2005: 8 s. 163 hvor utvalget påpeker at ”enkelte svingninger i funksjonsevnen kan være av så forbigående karakter og/eller så bagatellmessige at det ikke er naturlig å bruke betegnelser som nedsatt funksjonsevne eller funksjonsnedsettelse”. Departementet slutter seg til dette, Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 92.

⁶⁸⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 91-92 og tilsv. NOU 2005: 8 s. 164.

⁶⁸⁵ NOU 2005: 8 s. 163-164. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 91-92.

⁶⁸⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 180 og s. 264 og tilsv. NOU 2005: 8 s. 193-194 og s. 255.

arbeidstaker.⁶⁸⁷ Dette tyder på at midlertidig sykdom (opp mot et par måneder) ikke vil utløse tilretteleggingsplikt etter dtgl. § 12 første ledd.

I forhold til gjeldende rett synes diskrimineringsforbudet og tilretteleggingsplikten som hovedregel å dekke samme *art* tilstander som etter aml. kap. 13. Det kan imidlertid være en viss utvidelse i og med at det så klart uttales at rusmiddelavhengighet kan innebære nedsatt funksjonsevne. Med hensyn til *omfang* kan det synes å være en viss utvidelse av de situasjoner som faller inn under diskrimineringsvernet, i forhold til gjeldende rett. Med hensyn til *varighet* er det etter utkastet klart at det ikke kan stilles krav om at den nedsatte funksjonsevne skal vare i minst 12 måneder. Her synes diskrimineringsvernet utvidet. Hvorvidt tilretteleggingsplikten også er utvidet, i forhold til kortvarige funksjonsnedsettelse, er noe mer usikkert. Men utkastet vil uansett bety at arbeidsgiver i flere situasjoner enn tidligere må *vurdere* om det er grunnlag for tilretteleggingsplikt etter diskrimineringsvernlovgivningen. Utkastets bestemmelse synes i tillegg å innebære en større grad av overlapping mellom situasjoner som omfattes av diskrimineringsvernreguleringens tilretteleggingsplikt og situasjoner som omfattes av aml. § 4-6.

2.3.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.

Ifølge aml. § 4-6 første ledd gjelder tilretteleggingsplikten overfor arbeidstaker som har fått redusert arbeidsevne ”som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.” Formuleringen ”eller liknende” indikerer at kravene til tilstandens **art** ikke er strenge. I forarbeidene til aml. § 4-6 uttales at ”[a]rbeidsevnen kan ha blitt redusert på grunn av fysiske, psykiske eller sosiale forhold, eller sammensatte forhold”.⁶⁸⁸ Det opprinnelige begrepet i aml. 1977 § 13 nr. 2 var ”yrkeshemming”. I den opprinnelige odeltingsproposisjonen til aml. 1977 omtaler departementet arbeidstakere med spesielle problemer i forhold til arbeidet, f.eks. med ”fysisk eller psykisk sykdom, skade, lyte, slitasje, personlige eller sosiale problemer ellers, virkning av aldring m.v.”, og det uttales at disse ”til vanlig [blir omtalt] som yrkeshemmede”. Videre uttales at situasjonen nå er den at ”psykiske, sosiale og sammensatte funksjonshemminger er kommet stadig mer i forgrunnen”. Samlet gav uttalelsene god dekning for en vid tolkning av begrepet yrkeshemming med hensyn til *arten* av problemene.⁶⁸⁹

I forarbeidene til endringsloven av 2003 fokuseres mye på ”sykmeldte”, dvs. arbeidstakere som oppfyller folketrygdlovens vilkår for sykmelding. Det er likevel ingen holdepunkter i for-

⁶⁸⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 264, særkommentar til utkastet § 12 første ledd.

⁶⁸⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104.

⁶⁸⁹ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 66-67.

arbeidene for at det med dette har vært meningen å innsnevre den gruppen som var dekket av aml. 1977 § 13 nr. 2 mht. problemenes art.⁶⁹⁰

Av samme forarbeider fremgår riktignok at det må ”trekkes en nedre grense mot ordinære variasjoner i arbeidsevne som skyldes andre forhold enn ulykke, sykdom, slitasje e.l., f.eks. ordinære kjønnsforskjeller eller forskjeller som skyldes ulik alder eller livsfase.”⁶⁹¹ Det gir likevel best sammenheng om denne uttalelsen forstås slik at den gjelder omfanget av problemene, ikke arten: ”Eller lignende” omfatter samme typer tilstander som tidligere, dvs. også sosialmedisinske forhold. Det er likevel klart at i tilfeller hvor arbeidstakers medisinske tilstand/funksjonshemming er lite fremtredende, kan det oppstå tvil om det er arbeidsevnen eller -viljen som er nedsatt.

Det vil altså ikke være noe krav for tilretteleggingsplikt at arbeidstaker oppfyller de strenge medisinske kriteriene for sykepenger etter folketrygdloven. Blant annet er det lagt til grunn at arbeidsgiver kan ha plikt til å tilrettelegge for arbeidstakere med rusmiddelproblemer.⁶⁹² Også her må det imidlertid foreligge en grense for hvilke forhold som ”likner” ulykke, sykdom eller slitasje. For eksempel kan ikke arbeidsgivers tilretteleggingsplikt omfatte valgt kriminell atferd.

Stilles krav til tilstandens **omfang**?

Etter ordlyden i aml. § 4-6 første ledd stilles bare krav om at arbeidstaker skal ha fått ”reduisert” arbeidsevne pga. sykdom, ulykke, slitasje e.l. Det stilles ikke noe krav til om at den tilstanden som forårsaket den reduserte arbeidsevnen i seg selv skal være av *alvorlig* karakter, eller at den skal føre til en vesentlig nedsettelse av arbeidsevnen. At ”slitasje” er et alternativ i § 4-6 tyder videre på at det ikke stilles strenge krav til helseproblemenes omfang. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 er det lagt til grunn at arbeidsgiver kan ha plikt til å tilrettelegge selv om arbeidstakers helseplager ennå ikke har ført til sykmelding.⁶⁹³ I praksis vil en arbeidstaker som ikke tåler belastningene i arbeidet ofte bli sykmeldt (eventuelt gradert) i en kortere eller lengre periode, og dette kan igjen utløse krav om at arbeidssituasjonen tilpasses, se også aml. § 4-6 tredje ledd og ftrl. § 8-7 syvende ledd.

⁶⁹⁰ Tvert imot understrekes i så vel Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8 som Innst. O. nr. 68 (2002-2003) s. 3 at en snever tolkning av begrepet yrkeshemmet ikke har vært lovgivers mening, og at en ved lovendringen ønsker å markere at bestemmelsen skal ha et ”vidt nedslagsfelt”.

⁶⁹¹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) pkt. 2.2.3 s. 3-5 om begrepet yrkeshemmet.

⁶⁹² Se bl.a. NAD 1981-83 s. 195 Frostating. Fanebust 2001 s. 90 synes å legge til grunn at utgangspunktet er at vanskene skal skyldes sykdom, men uttaler videre at det ”neppe [er] grunn til å trekke snevre grenser her”.

⁶⁹³ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69.

Den særlige tilretteleggingsplikten i aml. § 4-6 omfatter likevel ikke ”ordinære variasjoner i arbeidsevne”, jfr. sitatet ovenfor.⁶⁹⁴ Her er det den forutsetningsvis mindre omfattende bestemmelse i § 4-2 annet ledd bokstav b som danner grunnlag for plikt til tilrettelegging.⁶⁹⁵

Det er åpenbart at aml. § 4-6 ikke stiller krav om at den reduserte arbeidsevnen skal være av **varig** karakter. Hovedformålet med 2003-endringen av aml. 1977 § 13 var jo nettopp å gjøre det klart at plikten til tilrettelegging også gjelder for midlertidig sykmeldte. Det er også forutsatt i folketryktdloven at mulighetene for tilrettelegging skal vurderes allerede i forbindelse med et krav om sykmelding fra arbeidstakers side, se bl.a. ftrl. § 8-6 første ledd. Likevel er det klart at varigheten vil ha betydning for det konkrete omfanget av arbeidsgivers plikt til tilrettelegging.⁶⁹⁶

Sammenlikner vi arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6 med tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5 og dtgl. § 12 første ledd, ser vi at det tilsynelatende stilles mildere krav både med hensyn til tilstandens art, omfang og varighet. Dette utgangspunktet må likevel modifiseres: Aml. § 4-6 synes å omfatte sosiale problemer i større utstrekning enn de andre tilretteleggingsbestemmelsene, men kjerneområdet vil uansett være sykdom. Selv om det ikke stilles særlig strenge krav til omfang og i utgangspunktet ikke *noe* krav til varighet av problemene, vil arbeidsgivers plikter også her øke med omfang og varighet av arbeidstakerens vansker i arbeidet.

2.3.5. Oppsummering og konklusjoner, art, omfang og varighet.

Alle de ovenfor nevnte bestemmelser stiller krav til **arten** av de forhold som skal kvalifisere for anvendelse av forbud/påbud. Kjerneområdet er fysisk og psykisk funksjonsnedsettelse og sykdom, men det varierer hvor snevert/vidt dette defineres.

Krav til **omfanget** av tilstanden vil avhenge av hvilken rettsvirkning det er tale om. Hvor bestemmelsen gir vern mot at slike forhold vektlegges, vil det ikke være nødvendig å stille særlige krav til omfanget, se her diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første ledd, hvor kravene til omfang synes å være svært beskjedne. Hvor arbeidsgiver pålegges plikt til individuell tilrettelegging, se her blant annet aml. § 13-5, dtgl. § 12 første ledd og aml. § 4-6, kan omfanget av funksjonsnedsettelsen likevel ha betydning for hvor langt plikten rekker.

Det samme vil i utgangspunktet gjelde for krav om **varighet**. I forhold til forbud mot å legge vekt på en funksjonsnedsettelse, vil det ikke være nødvendig å stille strenge krav til varighet, se dtgl. § 4 første ledd, hvor det stilles svært beskjedne krav. Visse krav til varighet stilles likevel i

⁶⁹⁴ Se Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104. I tilfeller hvor arbeidet stiller spesielle helsekrav kan en arbeidstaker med gjennomsnittlig fysisk eller psykisk funksjonsnivå, likevel ha redusert arbeidsevne i forhold til sin stilling, se ovenfor under pkt. 2.2.4.

⁶⁹⁵ Se Jakhelln og Aune 2006 s. 193.

⁶⁹⁶ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104 hvor det uttales at ”varigheten av den reduserte arbeidsevnen [vil] være et sentralt moment ved vurderingen av arbeidsgivers plikter i det enkelte tilfellet.”

forhold til gjeldende diskrimineringsforbud, aml. § 13-1 første ledd. I forhold til tilretteleggingsplikter, aml. § 4-6, aml. § 13-5 og dtgl. § 12 første ledd, vil tilstandens varighet i praksis ha stor betydning.

2.4. Tilstandens realitet og aktualitet; antatt, fortidig og fremtidig.

2.4.1. Problemstilling. Krav om reell, aktuell tilstand?

En tredje problemstilling vil være om det stilles som krav etter de aktuelle bestemmelsene at arbeidstaker har en reell og aktuell funksjonsnedsettelse. Dette vedrører litt ulike situasjoner:

Det vi kan kalle ”antatt” funksjonsnedsettelse gjelder tilfeller hvor arbeidsgiver har vært i villfarelse om tilstandens eksistens, art eller omfang. Villfarelse om tilstandens *eksistens* foreligger der arbeidsgiver feilaktig har gått ut fra at arbeidstaker har en funksjonsnedsettelse. For eksempel kan arbeidsgiver ha mottatt opplysninger som i virkeligheten gjelder en annen person enn arbeidstaker. Eller arbeidstaker kan ha nektet å svare på spørsmål om helsetilstand og arbeidsgiver kan derfor ha gått ut fra at hun har ”noe å skjule”. Villfarelse om tilstandens *art* foreligger der arbeidsgiver feilaktig har gått ut fra at en reell tilstand hos arbeidstaker, for eksempel bærertilstand for genetisk sykdom, utgjør en funksjonsnedsettelse. Villfarelse om tilstandens *omfang* foreligger der arbeidstaker har en reell men marginal funksjonsnedsettelse, og arbeidsgiver har feilbedømt omfanget av denne.

”Fortidig” funksjonsnedsettelse gjelder tilfeller hvor arbeidsgiver har lagt vekt på en tilstand som har vært reell, men som nå er tilbakelagt. For eksempel kan arbeidstaker tidligere ha lidt av en sykdom, for eksempel en psykiatrisk lidelse eller en smittsom sykdom, som hun nå er friskmeldt fra.

”Fremtidig” funksjonsnedsettelse omfatter tilfeller hvor arbeidsgiver har lagt vekt på at arbeidstaker en gang i fremtiden kan *forventes/har økt risiko for* en gang i fremtiden å utvikle en funksjonsnedsettelse. Det foreligger altså en konkret reell tilstand, for eksempel genetisk disposisjon, smittestatus eller sykdom under utvikling, som for tiden ikke utgjør noen funksjonsnedsettelse, men som med en viss sannsynlighet kan antas å ville føre til funksjonsnedsettelse en gang i fremtiden.

2.4.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.

Vil diskrimineringsvernet i aml. kap. 13 også omfatte tilfeller hvor arbeidsgiver handler som han gjør på grunn av feilaktige antakelser om en arbeidstakers funksjonsnedsettelse?⁶⁹⁷

Aml. § 13-1 første ledd omfatter diskriminering på grunnlag av (blant annet) ”funksjonshemming”. Ordlyden er ikke klar, men åpner for at også tilfeller hvor arbeidsgiver feilaktig har antatt at arbeidstaker hadde en funksjonsnedsettelse, kan falle inn under forbudet.

I forarbeidene til 2001-endringen av aml. 1977 § 55A, har departementet likevel uttrykkelig avvist Norges Handikapforbunds uttalelse om at personer som arbeidsgiver *feilaktig antar* å være funksjonshemmet, skal omfattes av bestemmelsen. Det gis en relativt omfattende begrunnelse for dette:

”Det er usaklig forskjellsbehandling på grunn av reelle egenskaper ved arbeidssøkere § 55 A har til formål å motvirke. Det må dessuten bemerkes at i forhold til arbeidssøkere som ikke er funksjonshemmet og ikke omfattes av andre diskrimineringsgrunnlag i § 55 A, kan arbeidsgiver i utgangspunktet fritt velge hvem som skal ansettes. Å gi en person som feilaktig antas å være funksjonshemmet et slikt vern ville således kunne innebære at vedkommende ble bedre stilt enn hvis feiltagelsen ikke hadde skjedd, noe som i praksis ville kunne føre til urimelige resultater. Departementet antar dessuten at et diskrimineringsvern i slike tilfeller ville bli vanskelig å håndheve i praksis.”⁶⁹⁸

Uttalelsen synes delvis motstridende til uttalelser i samme proposisjon om at det norske begrepet ”funksjonshemming” skal omfatte en like bred krets som det svenske begrepet ”funksjonshinder”.⁶⁹⁹ I den svenske regeringsproposisjonen som lå til grunn for den svenske 1999-loven var det foreslått at de tilfeller der en arbeidssøker er blitt utelukket fordi arbeidsgiver feilaktig har antatt at vedkommende har et ”funksjonshinder”, skulle falle utenfor loven.⁷⁰⁰ Dette ble imidlertid endret under Riksdagsbehandlingen.⁷⁰¹ Den svenske loven omfatter altså tilfeller hvor arbeidsgiver feilaktig antar at arbeidssøker/arbeidstaker har en funksjonsnedsettelse.

Når uttalelsen i den norske odelstingsproposisjonen er så klar som den er, må dette likevel være avgjørende for rettstilstanden etter tidl. aml. 1977 § 55A. Forarbeidene til aml. 2005 kap. 13 viser til rettstilstanden etter aml. 1977s likebehandlingskapittel av 2004,⁷⁰² som igjen henviser til den drøftelse som ble foretatt av begrepet ”funksjonshemming” i forbindelse med endringsloven av

⁶⁹⁷ Det er ikke uvanlig at diskrimineringslover eksplisitt omfatter slike tilfeller, se bl.a. ADA 1990 Title I sec. 3 (2) (c), hvor begrepet “disability” blir definert som også å omfatte ”being regarded as having (..) an impairment”.

⁶⁹⁸ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 10. Det er ikke tatt avstand fra denne uttalelse i komiteinnstillingen, Innst. O. nr. 58 (2000-2001).

⁶⁹⁹ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

⁷⁰⁰ Regeringens proposition 1997/98: 179 s. 34.

⁷⁰¹ Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1998/99:AU4 Ny lagstiftning mot diskriminering i arbetslivet Avsnitt 3 Ändamål och vissa definitioner (s. 20 i pdf-utgave): ”Till skillnad från regeringen anser utskottet att lagen även skall omfatta en missgynnande behandling som har samband med ett felaktigt antagande från arbetsgivarens sida om att arbetstagaren har ett visst funktionshinder”.

⁷⁰² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

2001.⁷⁰³ Det må etter dette antas at dårligere behandling som følge av rene misforståelser om at arbeidstaker har en funksjonsnedsettelse, faller utenfor diskrimineringsvernet etter aml. § 13-1. Villfarelse med hensyn til tilstandens art synes også å falle utenfor diskrimineringsvernet.

I forarbeidene til aml. 1977s kap. XA uttales likevel at "[f]orbudet mot forskjellsbehandling pga. funksjonshemming skal også ramme rene fordommer mot personer med funksjonsnedsettelser."⁷⁰⁴ Denne uttalelsen må etter min oppfatning omfatte feilbedømming av en reell funksjonsnedsettelses omfang eller betydning for arbeidsevnen. Når ordlyden i aml. § 13-1 første ledd åpner for en slik tolkning, taler etter min mening de beste grunner for at slike tilfeller faller innenfor diskrimineringsforbudet.

Konklusjonen de lege lata vil altså være at forbudet mot diskriminering i aml. § 13-1 første ledd ikke rammer rene villfarelser, men at det vil omfatte arbeidsgivers feilbedømmelse av funksjonsnedsettelsens omfang og dens konsekvenser for arbeidsevnen.

Etter min mening er det uheldig at rene villfarelser fra arbeidsgivers side skal falle utenfor diskrimineringsforbudet. Dersom det kan påvises at arbeidsgiver faktisk har gått ut fra at en arbeidstaker har en funksjonsnedsettelse, og har behandlet vedkommende dårligere på grunn av dette, vil det ikke være urimelig å la slike tilfeller omfattes av vernet. Dette vil ikke, som departementet synes å mene, stille arbeidstaker som er utsatt for arbeidsgivers misforståelse *bedre*, men bare på linje med arbeidstakere som ikke er blitt rammet av tilsvarende misforståelser. I praksis vil det også være vanskelig å skille mellom tilfeller hvor arbeidsgiver feilaktig tror at vedkommende har en funksjonshemming og tilfeller der arbeidstaker feilbedømmer funksjonsnedsettelsens omfang eller konsekvenser for arbeidsevnen.

Videre kan arbeidsgiver som nevnt ha lagt vekt på fortidige funksjonsnedsettelser. For eksempel kan arbeidssøker tidligere ha vært innlagt på psykiatrisk sykehus på grunn av en langvarig lidelse som nå er helbredet. Arbeidsgiver kan ønske å legge vekt på slike forhold fordi han føler seg usikker på om arbeidssøker vil være stabil arbeidskraft.⁷⁰⁵

Problemstillingen synes ikke direkte kommentert i norske forarbeider. Uttalelsen i forarbeidene til 2001-lovendringen om at det bare er "reelle egenskaper ved arbeidssøkere" som omfattes, vil i prinsippet også ekskludere personer med fortidige funksjonsnedsettelser. Når det samme sted uttales at "[e]t diskrimineringsforbud bør (...) omfatte varig fysisk og psykisk funksjonshemming som skyldes en skade eller en sykdom som fantes ved fødselen, har oppstått

⁷⁰³ NOU 2003: 2 s. 37.

⁷⁰⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 31-32.

⁷⁰⁵ Her kan til illustrasjon vises til at flere utenlandske antidiskrimineringslover omfatter tilbakelagte funksjonshemminger. ADA 1990 Title 1 sec. 3(2)(B) omfatter også personer med "a record of such impairment". Det følger videre av DDA 1995 Part I sec. 2(1) at "[t]he provisions of this Part and Parts II and III apply in relation to a person who has had a disability as they apply in relation to a person who has that disability."

deretter eller kan forventes å oppstå” synes det heller ikke her forutsatt at vernet også skal gjelde tilbakelagte funksjonsnedsettelse.⁷⁰⁶

Personer med tilbakelagte funksjonshemninger var ikke omfattet i følge den svenske regjeringens forslag i proposisjonen: Her uttales direkte at ”[i]nte heller bör den som efter tillfrisknande eller rehabilitering upphör att vara funktionshindrad från den tidpunkten omfattas av lagen.”⁷⁰⁷ Arbetsmarknadsutskottet i den svenske Riksdagen tar ikke direkte avstand fra dette synspunktet i sitt ”betänkande”.⁷⁰⁸ Likevel uttaler utskottet at en mener at tilfeller som arbeidsgiver feilaktig anser som funksjonshemming skal komme inn under loven. De fleste tilfeller hvor arbeidsgiver tar hensyn til tidligere funksjonsnedsettelse, vil antakelig være fordi han er redd for at de stadig er aktuelle, eller kan slå ut. Slik sett synes det som om den svenske lovgivningen vil omfatte de praktisk viktigste tilfellene hvor arbeidsgiver tar hensyn til tilbakelagt funksjonshemming.

Dårligere behandling som skyldes tidligere funksjonsnedsettelse, som psykiatrisk sykehistorie, synes altså å ha falt utenfor vernet etter aml. 1977 tidlige § 55A. Dette synes heller ikke endret i aml. 1977s likebehandlingskapittel, kap. XA,⁷⁰⁹ som aml. 2005s diskrimineringskapittel, kap. 13, i sin tur bygger på. En arbeidssøker med en psykiatrisk sykehistorie som blir avvist fordi arbeidsgiver frykter tilbakefall kan etter dette ikke påberope seg vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. Avgrensningen synes ikke godt begrunnet.

Det følger derimot av forarbeidene til 2001-endringen i aml. § 55A at definisjonen også dekker nedsettelse som *kan forventes å oppstå*. Bl.a. omfatter vernet ”personer som er rammet av sykdom med progressivt forløp, i den forstand at helsetilstanden etter all sannsynlighet vil forverre seg og i fremtiden medføre begrensninger av personens funksjonsevne”, typisk HIV-positive.⁷¹⁰

Ordlyden i aml. § 13-1 første ledd åpner for en slik tolkning, og forarbeidene henviser som nevnt generelt til den tidlige rettstilstand. Det må derfor legges til grunn at dette omfattes av diskrimineringsforbudet etter gjeldende rett.

Hvor stor må sannsynligheten være for at tilstanden eller sykdommen i fremtiden skal føre til funksjonsnedsettelse, for at diskrimineringsforbudet skal komme til anvendelse?

⁷⁰⁶ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9.

⁷⁰⁷ Regeringens proposition 1997/98:179 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder s. 33.

⁷⁰⁸ Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1998/99:AU04 Ny lagstiftning mot diskriminering i arbetslivet. ”Definitionen av begreppet funktionshinder” s. 19-20 i pdf-utgave.

⁷⁰⁹ Uttalelsen om at fordommer mot personer med fysiske eller psykiske funksjonsnedsettelse omfattes av vernet, Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 31-32, synes heller ikke å endre på dette.

⁷¹⁰ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 9-10.

I forarbeidene ser en ut til å ha operert med et krav om høy sannsynlighet, jfr. formuleringen ”etter all sannsynlighet”.⁷¹¹ En arbeidssøker eller arbeidstaker som har fått konstatert HIV-positiv tilstand eller MS, vil klart kunne påberope seg vernet. Om tilfeller hvor personen bare har en økt risiko for sykdom faller innenfor, er mer usikkert. I svenske forarbeider har en lagt til grunn at personer som bare har anlegg for sykdom, faller utenfor vernet.⁷¹² Den norske lovgivningen er modellert over den svenske, og går da sannsynligvis heller ikke lenger på dette området. Økt risiko er altså ikke i seg selv tilstrekkelig, og diskriminering på grunnlag av genetisk anlegg for sykdom synes da som hovedregel å falle utenfor lovens diskrimineringsforbud. Slike forhold dekkes altså ikke av aml. kap. 13, og vernet mot diskriminering etter gjeldende rett må da eventuelt basere seg på aml. § 9-3 eller bioteknologiloven § 5-8 nr. 1.

Ovennevnte drøftelse gjelder diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 første ledd. Som hovedregel vil det ikke være nødvendig eller hensiktsmessig med individuell *tilrettelegging* i forhold til antatte, fortidige eller fremtidige funksjonsnedsettelse. Imidlertid kan informasjons- og holdningsskapende tiltak i konkrete tilfeller være nødvendige og hensiktsmessige. Dette kan for eksempel gjelde informasjonstiltak i forhold til andre arbeidstakere om en HIV-smittet arbeidstaker. Slike tiltak synes da å falle inn under aml. § 13-5 så langt diskrimineringsforbudet rekker.

2.4.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven tar et annet utgangspunkt enn aml. kap. 13. Ifølge dtgl. § 4 femte ledd omfatter forbudet i første ledd diskriminering på grunn av funksjonsevne som ”antas å være nedsatt, har vært nedsatt eller vil kunne bli nedsatt”.⁷¹³

”Antatt” funksjonsnedsettelse eksemplifiseres blant annet med at arbeidsgiver har antatt at en tilstand som overvekt har negativ betydning for arbeidsevnen.⁷¹⁴ Villfarelsen i eksemplet synes dels å gjelde tilstandens omfang, dels dens konsekvenser.

I eksemplet foreligger videre en *konkret* antakelse om at den aktuelle arbeidstakeren har en funksjonsnedsettelse. Et interessant spørsmål kan da være om brudd på etterspøringsforbudet etter aml. § 9-3 i seg selv vil være tilstrekkelig etablere en presumpsjon for at det foreligger diskriminering på grunn av ”antatt” nedsatt funksjonsevne, se dtgl. § 13. Uttalelser i proposisjonen

⁷¹¹ I de svenske forarbeidene, som de norske tydeligvis er modellert over, nyttes ”størsta sannolikhet”, se den svenske regerings proposition (1997-1998):179 s. 33.

⁷¹² Se den svenske regerings proposition (1997-1998):179, særmerknaden til 2 §, hvor en tilslutter seg Lagrådets uttalelse.

⁷¹³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 253.

⁷¹⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 93.

tyder på at generelle spørsmål ikke vil være tilstrekkelig for å etablere en slik presumpsjon.⁷¹⁵ Har derimot arbeidsgiver stilt mer inngående spørsmål til den enkelte, for eksempel på intervju, må dette etter forholdene kunne være tilstrekkelig.

Tilfeller hvor funksjonsevnen ”har vært nedsatt” eksemplifiseres blant annet ved overståtte psykiske lidelser og kreft.⁷¹⁶ Dessuten vises til tilfeller hvor arbeidsgiver har lagt vekt på tidligere høyt sykefravær.

Også her kan det oppstå spørsmål om brudd på etterspøringsforbudet i aml. § 9-3 i forhold til tidligere sykefravær kan etablere en presumpsjon for diskriminering. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

Endelig omfattes tilstander hvor funksjonsevnen ”vil kunne bli nedsatt”. Ordlyden indikerer at det ikke stilles særlig strenge krav til sannsynlighet for at tilstanden skal utvikle seg til en funksjonsnedsettelse.⁷¹⁷ I forarbeidene forutsettes at også diskriminering som er basert på genetiske opplysninger skal omfattes av vernet.⁷¹⁸

Plikten til tilrettelegging etter dtgl. § 12 første ledd omfatter på sin side bare arbeidstaker eller arbeidssøker ”med nedsatt funksjonsevne”.⁷¹⁹ Som vist under pkt. 2.4.2 vil det som hovedregel ikke være nødvendig og hensiktsmessig med tilrettelegging i forhold til funksjonsnedsettelser som ikke er reelle og aktuelle. I spesielle tilfeller kan imidlertid tilrettelegging på grunnlag av fortidig eller fremtidig funksjonsnedsettelse være hensiktsmessig, for eksempel informasjonstiltak for å motvirke ugrunnet smittefrykt i forhold til arbeidstakere som har hatt tuberkulose eller er symptomfrie HIV-smittede. Lovens ordlyd synes likevel ikke å omfatte slike situasjoner. Dtgl. § 4 femte ledd omfatter bare diskrimineringsforbudet i ”paragrafen her”, ikke diskrimineringsforbudet i § 12 siste, jfr. første, ledd. Løsningen støttes også av forarbeidene.⁷²⁰ Konklusjonen må da være at slike tilretteleggingstiltak faller utenfor arbeidsgivers plikter etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Avgrensningen synes ikke godt begrunnet.

2.4.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.

Arbeidsgiverens plikter etter aml. § 4-6 gjelder etter bestemmelsens ordlyd bare dersom den ansatte allerede ”har fått” redusert arbeidsevne som følge av sykdom, ulykke, slitasje e.l.. Antatt, fortidig eller fremtidig nedsatt funksjonsevne (blant annet psykiatrisk sykehistorie eller asymptomatisk HIV-infeksjon) vil vanligvis ikke ha betydning for arbeidsevnen i snever forstand.

⁷¹⁵ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 253 om betydningen av nærhet i relasjonen mellom funksjonsnedsettelsen og personen i forhold til årsaks- og beviskravet.

⁷¹⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 93.

⁷¹⁷ Så lenge diskrimineringsvernet også omfatter tilfeller hvor funksjonsevnen ”antas å være nedsatt”, vil det neppe ha betydning om det stilles krav til sannsynlighet i forhold til fremtidig nedsatt funksjonsevne.

⁷¹⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 93.

⁷¹⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 277.

⁷²⁰ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 94 hvor departementet uttaler at behovene for disse gruppene vil dekkes ved krav om universell utforming, og at det derfor ikke er nødvendig med bestemmelser om individuell tilrettelegging.

Imidlertid taler bestemmelsens forhistorie for en videre forståelse av begrepet. Særlig gjelder dette der forhold i arbeidsmiljøet medvirker til arbeidstakers vansker. I forarbeidene til den opprinnelige aml. 1977 § 13 nr. 2 legges stor vekt på hensynet til å forebygge yrkeshemninger.⁷²¹ Det er intet som tyder på at en ved lovendringen av 2003 på noen måte har ment innskrenke den gruppen som ble vernet av bestemmelsen. Den vide ordlyden – som også omfatter slitasje e.l. – er heller ikke til hinder for en slik forståelse. Dette må innebære at en arbeidstaker som er i ferd med å utvikle sykdom eller skade også kan kreve individuelle vernetiltak eller omplassering på et relativt tidlig stadium i prosessen.⁷²² Det vil ikke være nødvendig at vedkommende allerede er blitt arbeidsufør og derfor sykmeldt.

Som vist under pkt. 2.4.2, kan opplysnings- og holdningsskapende tiltak fra arbeidsgivers side være hensiktsmessige i forhold til arbeidstakere med fortidige eller (risiko for) fremtidige funksjonsnedsettelse. Spørsmålet om slike tiltak omfattes av arbeidsgivers plikter synes ikke å være tatt opp under forarbeidene til aml. § 4-6 eller forløperen aml. 1977 § 13 nr. 2. Noen klar rettsavgjørelse mht. om tilbakelagte eller fremtidige tilstander hos arbeidstaker er omfattet av bestemmelsene foreligger heller ikke.

Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, gjaldt avskjed av HIV-smittet barkeeper. Avskjeden var direkte begrunnet i omgivelsenes (reelt sett ubegrunnede) smittefrykt. Her påberopte arbeidstaker seg generelt prinsippene i aml. 1977 § 13, men Høyesterett tok ikke stilling til denne anførselsen.

Det finnes likevel uttalelser i forarbeidene til bestemmelsenes forløpere som viser til tiltak for å bekjempe holdningsmessige barrierer overfor personer med tilbakelagte sykdommer. I Innstilling II fra Komitéen for utredning av spørsmålet om sysselsetting av delvis arbeidsføre,⁷²³ ble arbeidsgivers (og arbeidstakernes) ansvar for bekjempelse av negative holdninger til sysselsetting av tidligere tuberkuløse, trukket frem. Innstillingen lå til grunn for bestemmelsen om omplassering i avl. 1956, som ble videreført og utbygget i aml. 1977 § 13. Selv om tilknytningen til aml. § 4-6 er relativt svak, viser dette at en ikke har vært helt fremmed for at slike informasjonstiltak kunne ligge innenfor arbeidsgivers plikter.

Min konklusjon vil derfor være at aml. § 4-6 også kan omfatte opplysnings- og holdningsskapende tiltak i forhold til arbeidstakere med tilbakelagte, eller utsikt til fremtidige, funksjonsnedsettelse.

⁷²¹ Se for eksempel Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69.

⁷²² Se også Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69 hvor det blant annet uttales at "arbeidsgiverens ansvar går videre enn til å tilpasse arbeidet for den enkelte som allerede er blitt yrkeshemmet."

⁷²³ Se nærmere kapittel III pkt. 4.2.

2.4.5. Oppsummering og konklusjoner, realitet og aktualitet.

I hvilken utstrekning de omhandlede helse- og funksjonsrelaterte begrepene stiller krav om reell og aktuell funksjonsnedsettelse, varierer.

I forhold til *diskrimineringsforbud* er det ikke nødvendig å stille krav om at arbeidstaker skal ha en reell og aktuell funksjonsnedsettelse. Det vil være tilstrekkelig at det kan påvises at arbeidsgiver har lagt vekt på ”funksjonshemming” eller ”nedsatt funksjonsevne” i det enkelte tilfellet. Til tross for dette er det klart forutsatt i forarbeidene at antatte og fortidige funksjonsnedsettelser faller utenfor vernet mot diskriminering etter aml. § 13-1. En del praktiske tilfeller av villfarelser på arbeidsgivers side synes likevel å omfattes av lovens forbud. Videre omfattes fremtidige funksjonsnedsettelser, gitt at sannsynligheten for at arbeidstaker skal utvikle en slik funksjonsnedsettelse, er høy. Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven omfattes så vel antatt, fortidig og fremtidig funksjonsnedsettelse av diskrimineringsforbudene.

I forhold til bestemmelser om *tilretteleggingsplikt* vil utgangspunktet være at bare reell og aktuell funksjonsnedsettelse gir grunnlag for plikt til tilrettelegging. Dette hindrer imidlertid ikke at tilrettelegging ved informasjons- og holdningsskapende tiltak kan være hensiktsmessig og også pliktig i forhold til visse tilfeller av fortidige og fremtidige funksjonsnedsettelser. Slike tiltak synes i prinsippet å kunne dekkes av både aml. § 4-6 og (delvis) aml. § 13-5, men av en eller annen grunn ikke av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd.

2.5. Kobling til individet – nærståendes helsetilstand/funksjonsnedsettelse.

2.5.1. Problemstilling.

En problemstilling vil være om vernet mot diskriminering også omfatter tilfeller hvor funksjonsnedsettelsen mv. ikke er knyttet til arbeidstaker selv, men til andre personer. For eksempel kan en arbeidssøker ha blitt avvist fordi hun har et barn med kronisk sykdom, og arbeidsgiver av den grunn frykter fravær. Det kan også bli spørsmål om arbeidsgiver er pliktig til å tilrettelegge i forhold til funksjonsnedsettelser hos arbeidstakers nærmeste.

2.5.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.

Når aml. § 13-1 første ledd nytter formuleringen ”på grunn av” ”funksjonshemming”, stilles det etter ordlyden ikke noe krav om at det nødvendigvis skal være arbeidstakers *egen* funksjonshem-

ming som er årsaken til den dårligere behandlingen.⁷²⁴ Spørsmålet om forskjellsbehandling på grunn av nærståendes funksjonshemming synes ikke kommentert i forarbeidene til bestemmelsen eller dennes forgjengere, og det er ikke noe som tyder på at problemstillingen overhodet har vært overveid. Heller ikke i forarbeidene til sysselsettingsdirektivet synes problemstillingen å være omtalt.⁷²⁵ Den svenske lovgivningen dekker ifølge forarbeidene også diskriminering som følge av arbeidstakers tilknytning til en annen person med bl.a. funksjonshemming.⁷²⁶ Imidlertid opererer denne lovgivningen med en mer åpen formulering av årsakskravet; det kreves bare at ”missgynnande *har samband med* funktionshinder”, 3 §.⁷²⁷

Utkastet til lov om etnisk diskriminering i NOU 2002: 12 definerte direkte diskriminering som dårligere behandling et individ ble utsatt for ”på grunn av *sin* etnisitet”, altså en annen og snevrere formulering enn aml. § 13-1 første ledd. Bestemmelsen ble endret i odeltingsproposisjonen for å klargjøre at en person også kan utsettes for diskriminering på grunn av andre, nærstående, personers etnisitet. Det er nå klart at diskrimineringsloven av 2005 også verner personer som blir utsatt for diskriminering på grunn av nærståendes etnisitet.⁷²⁸

Reelle hensyn kan tale for at også slike forhold omfattes av forbudet mot diskriminering: Det dekker et praktisk behov, og arbeidsmiljøloven inneholder allerede bestemmelser som gir arbeidstaker rettigheter på grunn av familiemedlemmers spesielle behov. Det innebærer altså ikke noe radikalt nytt at arbeidsgiver må ta hensyn til arbeidstakers familiære behov. Ettersom ordlyden i den norske bestemmelsen er åpen nok til å dekke dette, og forarbeidene ikke direkte tar avstand fra det, vil jeg konkludere med at det også foreligger diskriminering etter aml. § 13-1 første ledd dersom en arbeidstaker er blitt dårligere behandlet på grunn av nærståendes (særlig familiemedlemmers) funksjonsnedsettelse.

Diskrimineringsombudet har i sak 07/1075 avvist en klage som gjaldt diskriminering på grunn av omsorg for datter med funksjonshemming, på det grunnlag at saken falt utenfor aml. kap. 13. En av begrunnelsene for avvisningen var at verken den norske lovgiver eller EF-domstolen hadde tatt direkte stilling til problemstillingen. Etter dette tidspunkt har imidlertid avgjørelse falt i Coleman-saken, som gjaldt en kvinne som mente seg utsatt for direkte diskriminering som følge av omsorg for et barn med funksjonsnedsettelse. EF-domstolen la til grunn at forbudet mot direkte

⁷²⁴ Sml. DDA 1995 Part. II Sec. 3A(1)(a) som omfatter diskriminering ”for a reason which relates to *the disabled person's* disability” (min kursiv).

⁷²⁵ Se KOM(1999) 565 endelig og KOM(2000) 652 endelig.

⁷²⁶ Se Regeringens proposition 2002/2003:65 s. 91, hvoretter forbudet mot direkte diskriminering også omfatter tilfeller hvor ”en person diskrimineras på grund av att han eller hon har en anknytning till *någon annans* etniska tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuella läggning eller funktionshinder.” En har imidlertid ikke tatt stilling til om dette er noe som kreves etter sysselsettingsdirektivet.

⁷²⁷ Min kursiv.

⁷²⁸ Se Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 79.

diskriminering også verner mot dårligere behandling som følge av slike forhold.⁷²⁹ Denne avgjørelsen utgjør et ytterligere argument for at forbudet mot direkte diskriminering i aml. § 13-1 første ledd også omfatter diskriminering som følge av nærståendes funksjonsnedsettelse.

Bestemmelsen om tilrettelegging av arbeid i aml. § 13-5 gjelder etter sin ordlyd for ”arbeidstakere med funksjonshemming”, og gir ikke arbeidsgiver plikt til å tilrettelegge for arbeidstakere med funksjonshemmede familiemedlemmer.⁷³⁰

2.5.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er det klart at diskrimineringsvernet også dekker tilfeller hvor arbeidstaker er blitt diskriminert mot som følge av dennes forhold til en annen person med nedsatt funksjonsevne, dtgl. § 4 femte ledd.⁷³¹ Plikten til individuell tilrettelegging i arbeidsforhold omfatter derimot bare ”arbeidstaker eller arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne”, se dtgl. § 12 første ledd.

2.5.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.

Aml. § 4-6 krever etter sin ordlyd at arbeidstaker har fått redusert arbeidsevne på grunn av bl.a. ulykke eller sykdom. Det må klart legges til grunn at bestemmelsen bare omfatter tilfeller hvor ulykken eller sykdommen har rammet arbeidstaker personlig. En arbeidstaker med syke barn kan altså ikke kreve f.eks. redusert arbeidstid etter denne bestemmelse.⁷³²

2.5.5. Oppsummering og konklusjoner, nærstående.

Nedsatt funksjonsevne hos arbeidstakers nærstående dekkes i utgangspunktet av forbudene mot direkte diskriminering. Dette gjelder så vel etter aml. § 13-1 første ledd som etter dtgl. § 4. Det foreligger et reelt behov for beskyttelse i slike tilfeller. Derimot har arbeidsgiver som hovedregel ikke plikt til å tilrettelegge etter aml. § 4-6, aml. § 13-5 eller dtgl. § 12 hvor det er arbeidstakers nærstående som har nedsatt funksjonsevne eller helseproblemer.

⁷²⁹ Sak C-303/06 Coleman, avsnitt 56, dom av 17. juli 2008. Dommen er, med noen presiseringer, i samsvar med Generaladvokatens forslag av 31. januar 2008, se forslaget avsnitt 25.

⁷³⁰ Slik også SOU 2002:43 s. 285. EF-domstolen la i Coleman-saken til grunn at sysselsettingsdirektivets art. 5 bare omfatter tilrettelegging som følge av arbeidstakers egen funksjonsnedsettelse, se sak C-303/06, avsnitt 39.

⁷³¹ Se også Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 253 og tilsvarende NOU 2005: 8 s. 166.

⁷³² Slike forhold må evt. brukes til å kreve redusert arbeidstid etter § 10-2 fjerde ledd om ”sosiale eller andre vektige velferdsgrunner”.

2.6. Tilstandens årsak – fra yrkesskade til selvforskyldt.

2.6.1. Problemstilling: Vil tilstandens årsak ha betydning for vernet?

Årsakene til en arbeidstakers funksjonsnedsettelse eller helseproblemer kan variere. Funksjonsnedsettelsen kan være medfødt eller ervervet seinere for eksempel ved en ulykke.

Funksjonsnedsettelsen kan videre ha så vel indre som ytre årsaker, herunder også årsaker knyttet til arbeidsplassen. Problemstillingen under pkt. 2.5 vil være i hvilken utstrekning tilstandens årsak har betydning for om arbeidstakers vern etter de enkelte bestemmelsene.

2.6.2. Funksjonshemming, aml. kap. 13.

Vil årsaken til funksjonsnedsettelsen ha betydning for diskrimineringsvernet etter aml. § 13-1 første ledd eller tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5?

Vi kan innledningsvis slå fast at det etter aml. kap. 13 ikke stilles bestemte krav til årsaken til den aktuelle funksjonsnedsettelsen. Det understrekes i forarbeidene til aml. § 13-5 at tilretteleggingsplikten ikke bare omfatter ”de som har fått en funksjonshemming mens de har vært i en stilling, men også arbeidstakere som allerede har en funksjonshemming når de søker på en stilling, for eksempel personer med medfødt funksjonsnedsettelse.”⁷³³

Verken aml. § 13-5 med forarbeider eller sysselsettingsdirektivet med forarbeider gir noen indikasjoner på at det skal ha betydning for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt om arbeidstakers funksjonsnedsettelse har sin årsak i en yrkesskade. Formålet med diskrimineringsvernreguleringen er å verne mot forskjellsbehandling av personer med funksjonsnedsettelse, uansett art eller årsak til funksjonsnedsettelsen. Heller ikke vil det være av betydning om tilstanden er selvforskyldt, for eksempel hvor arbeidstaker sitter i rullestol som følge av egen kjøring i ruspåvirket tilstand.

Et annet forhold er imidlertid at manglende medvirkning til konkrete tilretteleggingstiltak vil kunne ha betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter.⁷³⁴

2.6.3. Nedsatt funksjonsevne, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Lovens begrep ”nedsatt funksjonsevne”, vil i hovedsak måtte tolkes på samme måte i forhold til tilstandens årsak. Det vil ikke ha betydning verken for diskrimineringsvern eller for tilretteleggingsplikt om tilstanden skyldes en yrkesskade, er medfødt eller har sin årsak i en (eventuelt selvforskyldt) ulykke. I odelstingsproposisjonen uttales blant annet at ”selvpåført nedsatt funksjonsevne er omfattet av diskrimineringsgrunnlaget. Det betyr for eksempel at skader etter

⁷³³ Dette er også i samsvar med det som gjaldt tidligere, se Ot. prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.2.

⁷³⁴ Se nærmere nedenfor under kap. VI pkt. 2.4.3.5.

idrett eller usunn livsstil ikke skal påvirke vurdering av den nedsatte funksjonsevnen og diskrimineringsspørsmålet.”⁷³⁵ Viljesbestemt atferd kan likevel falle utenfor selve begrepet nedsatt funksjonsevne.⁷³⁶ Også her vil manglende medvirkning til tilretteleggingstiltak få betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter.⁷³⁷

2.6.4. Redusert arbeidsevne, aml. § 4-6.

Også etter aml. § 4-6 er arbeidsgivers plikter i utgangspunktet uavhengig av den bakenforliggende årsak til arbeidstakers problemer. Dette understrekes i forarbeidene til aml. § 4-6⁷³⁸ Plikten omfatter så vel yrkesskader som fritidsskader og så vel yrkessykdommer som sykdommer med andre årsaker. Det var tidligere antatt at arbeidsgivers plikter var mer omfattende dersom yrkeshemmingen hadde sammenheng med arbeidsforholdene.⁷³⁹ Dette aspektet er imidlertid tonet ned ved seinere lovrevisjoner.⁷⁴⁰ Også redusert arbeidsevne som har sin årsak i selvforskyldt sykdom eller ulykke faller inn under arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Viljesbestemt atferd vil også her falle utenfor selve begrepet redusert arbeidsevne. Det nærmere omfanget av arbeidsgivers plikter til tilrettelegging kan dessuten avhenge av arbeidstakers medvirkning, i forhold til å gi opplysninger om behov for tilrettelegging og å medvirke til konkrete tilretteleggingstiltak.⁷⁴¹

2.6.5. Oppsummering og konklusjoner, årsak.

Vi kan oppsummere pkt. 2.6 med at de bakenforliggende årsakene til funksjonsnedsettelsen eller helseproblemene i hovedsak ikke vil være relevante for vernet. Viljesbestemt atferd vil imidlertid stadig være unntatt fra diskrimineringsforbud og tilretteleggingsplikt. Videre kan det ha betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt om arbeidstaker medvirker til tiltak for at hun skal kunne fungere tilfredsstillende i arbeid.

2.7. Oppsummering og konklusjoner – personer/relasjoner som omfattes.

Under pkt. 2 har jeg analysert og sammenliknet begreper som relaterer seg til helsetilstand eller funksjonsnedsettelse i forhold til ulike parametre.

De viktigste funnene har vært:

⁷³⁵ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 92.

⁷³⁶ NOU 2005: 8 s. 164, tilsv. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 92.

⁷³⁷ Bare direkte trukket frem i forhold til medansvar for *opplysning* om tilretteleggingsbehov, se her bl.a. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 183.

⁷³⁸ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309. Tilsvarende Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 70.

⁷³⁹ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 70.

⁷⁴⁰ Se nærmere drøftelsen nedenfor, under kap. VI pkt. 2.3.4.4.

⁷⁴¹ Se her nærmere drøftelser nedenfor, under kap. VI pkt. 2.4.3 og kap. VII pkt. 2.5.3.3.

1. Det er stor grad av overlapping mellom de enkelte bestemmelser med hensyn til hvilke persongrupper som i praksis vernes.

2. Forskjellig bakgrunn og lovhistorie for de ulike bestemmelsene kan gi forskjellige avgrensninger, som ikke alltid synes like gjennomtenkt.

3. De ulike funksjoner som et helse- eller funksjonsrelatert begrep brukes i, vil ha stor betydning for den konkrete avgrensningen. Det er ikke gitt at ett og samme begrep vil ha samme avgrensning i forhold til forbud mot vektlegging som i forhold til påbud om aktive tilretteleggingstiltak:

Hvor begrepet inngår som rettsvilkår i forbud mot at arbeidsgiver legger vekt på visse utenforliggende forhold, vil det ikke foreligge noe sterkt behov for å avgrense persongruppen som kan påberope seg det aktuelle grunnlaget. Et rent forbud mot vektlegging av et bestemt forhold vil som hovedregel ikke stille arbeidsgiver overfor kostbare, eller på annen måte belastende forpliktelser. Her vil begrepene ha et bredt nedslagsområde.

Aktive tiltak i form av individuell tilrettelegging vil ofte være byrdefulle for arbeidsgiver. Til dels vil tiltakene også medføre ulemper for andre arbeidstakere. Dette har ført til en snevrere avgrensning av persongruppen som kan stille krav om individuell tilrettelegging.⁷⁴²

3. Restriksjoner for behandling av helseopplysninger og diskrimineringsforbud.

3.1. Problemstilling: Hvilke handlinger er forbudt og hvilke er påbudt for å verne mot utstøting/diskriminering.

Vernet mot utstøting og diskriminering kan ta form av *forbud* mot å innhente opplysninger om og legge vekt på helsetilstand eller funksjonsnedsettelse, samt *påbud* om å tilrettelegge for en arbeidstakers funksjonsnedsettelse i den grad dette er nødvendig. Under pkt. 3 vil jeg ta opp generelle spørsmål som gjelder restriksjoner for behandling av helseopplysninger og forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Under pkt. 3.2 tar jeg opp fire ulike former for restriksjoner for kommunikasjon og behandling av helseopplysninger, som har som formål eller virkning å beskytte mot utstøting av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Av disse vil tre, personopplysningslovens bestemmelser, bioteknologiloven § 5-8, og aml. § 9-4 om helseundersøkelser, gjelde under hele arbeidsforholdet. En, aml. § 9-3, vil bare gjelde ved ansettelse. Sammenhengen

⁷⁴² Se tilsvarende i forhold til svensk rett Inghammar 2007 s. 374.

mellom denne bestemmelsen og de øvrige er imidlertid så sterk at jeg har valgt å ta opp hvilke handlinger bestemmelsen omfatter, her i avhandlingens generelle del. Hva arbeidsgiver konkret har rett til å innhente opplysninger om ved ansettelse, tas opp under kap. V.⁷⁴³

Under pkt. 3.3 nedenfor drøfter og analyserer jeg forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i aml. kap. 13.

Det alminnelige kravet om saklig grunn til oppsigelse, aml. § 15-7, og aml. § 15-8 om særvern mot oppsigelse på grunn av sykefravær vil ikke bli tatt opp her, men under kap. VI om opphør.⁷⁴⁴

3.2. Restriksjoner for etterspørring/behandling av helseopplysninger.

3.2.1. Innledning. Hvilke handlinger er forbudt?

Etter norsk rett foreligger som nevnt flere ulike lovfestede restriksjoner for arbeidsgivers innhenting og behandling av *opplysninger* som gjelder arbeidstakernes helsetilstand. Disse restriksjoner har blant annet til formål å verne arbeidstaker mot utstøting og diskriminering som følge av helsetilstand. Hvor strenge restriksjonene er, vil variere. Bioteknologilovens handlingsbeskrivelse er den mest vidtgående; her stilles et generelt forbud mot nær sagt enhver befatning med de opplysninger bestemmelsen omhandler. Aml. § 9-3 setter grenser for arbeidsgivers adgang til å ”innhente” helseopplysninger ved ansettelse, mens aml. § 9-4 regulerer arbeidsgivers adgang til å kreve ”medisinske undersøkelser” ved ansettelse og under arbeidsforholdet.

Personopplysningsloven setter grenser for visse former for ”behandling” av personopplysninger, herunder helseopplysninger. Loven stiller både materielle krav og krav til konsesjon/meldeplikt ved behandling av personopplysninger. Nedenfor vil jeg presentere de ulike bestemmelser for seg. Ettersom bestemmelsene for en del er overlappende, vil jeg også i en viss utstrekning gå inn på forholdet mellom dem.

3.2.2. Bioteknologiloven § 5-8. Forbud mot å ”be om, motta, besitte eller bruke” genetiske opplysninger om sykdomsrisiko.

Undersøkelser av menneskers arveanlegg for å vurdere risikoen for at de fremtiden vil bli rammet av arvelig sykdom, kan medføre fare for utstøting og diskriminering av personer på dette grunnlag, se bl.a. bioteknologiloven § 1-1 annet jfr. første ledd. Dette er bakgrunnen for det absolutte forbudet

⁷⁴³ Kap. V pkt. 3.3.

⁷⁴⁴ Se om begrunnelse for dette kap. IV pkt. 1.

mot bruk mv. av genetiske opplysninger om fremtidig sykdomsrisiko som nå følger av bioteknologiloven § 5-8 jfr. § 5-1 annet ledd bokstav b.⁷⁴⁵

Bioteknologilovens § 5-8 første og annet ledd lyder:

”Det er forbudt å be om, motta, besitte, eller bruke opplysninger om en annen person som er fremkommet ved genetiske undersøkelser som omfattes av § 5-1 annet ledd bokstav b, eller ved systematisk kartlegging av arvelig sykdom i en familie.

Det er forbudt å spørre om genetiske undersøkelser eller systematisk kartlegging av arvelig sykdom i en familie har vært utført.”

Bioteknologiloven § 5-1 annet ledd bokstav b omfatter ”genetiske presymptomatiske undersøkelser, genetiske prediktive undersøkelser og genetiske undersøkelser for å påvise eller utelukke bærertilstand for arvelige sykdommer som først viser seg i senere generasjoner”. Forbudet omfatter altså undersøkelser med formål å finne ut av om genetiske forhold hos undersøkelsespersonen innebærer økt risiko for sykdom for henne selv eller hennes etterkommere.

Forbudet omfatter derimot ikke genetiske undersøkelser for å stille sykdomsdiagnose, sml. lovens § 5-1 annet ledd bokstav a. Grensen mellom sykdom, bokstav a, og sykdomsanlegg, bokstav b, synes å gå ved om det foreligger symptomer i en slik grad at det er naturlig å karakterisere tilstanden som sykdom. Dersom en sykdom utvikler seg over et visst tidsrom, vil tilfeller hvor helsetilstanden og de umiddelbare utsikter for denne er god, men det er tale om en vurdering av en langsiktig helserisiko, være å anse som sykdomsanlegg.⁷⁴⁶

Bioteknologilovens restriksjoner omfatter ikke sykdomsrisiko som ikke skyldes arveanlegg, f.eks. sykdomsrisiko pga. HIV-positiv tilstand.⁷⁴⁷

Muligheten for å foreta genetiske undersøkelser som omhandlet i bioteknologiloven § 5-1 annet ledd bokstav b er i praksis svært begrenset i Norge, se bl.a. bioteknologiloven § 5-2. Imidlertid tilbys slike tester på Internett fra utenlandske firmaer for en relativt rimelig sum.⁷⁴⁸ At arbeidsgiver skulle be om at arbeidssøker eller arbeidstaker fremskaffer en slik test fremstår derfor ikke som helt upraktisk. Slike handlinger er selvsagt omfattet av lovens forbud.

I tillegg omfatter bioteknologilovens forbud opplysninger som er fremkommet ved ”systematisk kartlegging av arvelig sykdom i en familie”, § 5-8 første ledd annet alternativ. Dette

⁷⁴⁵ I spesialkommentaren til bestemmelsen vises blant annet til risikoen for at nåværende og fremtidige arbeidsgivere kan misbruke slike opplysninger, se Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 136.

⁷⁴⁶ Se også Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 93, særkommentaren til § 5-1 på s. 134. Sml. St.meld. nr. 25 (1992-93) s. 34-35 om bruk av genteknologi ved sykdomsdiagnostikk. Sml. også forarbeidene til den danske lov om bioteknologi, L 240 (Folketinget 1994-95), s. 10.

⁷⁴⁷ Dette vil omfattes av aml. § 9-3, se nedenfor.

⁷⁴⁸ Se Dagens Næringslivs bilag D2 av 23. mai 2008, ”Den forbudte koden”. Se også Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 89 om genetiske selvtester.

må i prinsippet også omfatte systematisk kartlegging som arbeidsgiver selv foretar ved spørsmålsstilling i en ansettelsessituasjon.⁷⁴⁹

Videre gjelder etterspøringsforbudet i bioteknologiloven spørsmål om genetiske undersøkelser eller systematisk kartlegging har vært foretatt, § 5-8 annet ledd. Hensikten er åpenbart å effektivisere forbudet mot etterspørring av opplysninger som omfattes av første ledd. Forbudet gjelder genetiske undersøkelser generelt, også genetiske undersøkelser for å stille sykdomsdiagnose. Men dette synes å ha mindre betydning så lenge forbudet ikke gjelder spørsmål om sykdomsdiagnose som sådan.

Genetisk sykdomsdisposisjon kan i enkelte arbeidsforhold være av stor betydning for om arbeidstakeren kan utføre sitt arbeid på en forsvarlig måte. Likevel er det klart ut fra loven at det ikke gjøres unntak fra forbudet i forhold til opplysninger om særlig relevante sykdomsanlegg. Spørsmålet er grundig drøftet i forarbeidene til 1994-loven:

Etikkutvalget, som regjeringen generelt tilslutter seg, bygger på at det ikke vil være legitimt å ta hensyn til om et sykdomsanlegg en gang i fremtiden vil kunne medføre høyt sykefravær, og det kan selvsagt da ikke innfortolkes noe unntak fra kommunikasjonsforbudet for slike sykdomsanlegg. Selv om både Etikkutvalget og regjeringen bygger på at det i utgangspunktet vil være legitimt å ta hensyn til visse sykdomsanlegg ved ansettelse av arbeidstakere til utsatt og farlig virksomhet, har en valgt å foreslå at kommunikasjonsforbudet skal gjelde også her. Dette begrunnes blant annet ut fra at arbeidstaker i disse tilfellene vil ha en egeninteresse i å unngå å utsette seg for skadelig påvirkning, og at hun selv må ha valget om han ønsker å ta jobben til tross for den risiko hun utsetter seg for.⁷⁵⁰

Forbudet mot etterspørring mv. av opplysninger om genetisk risiko for fremtidig sykdom gjelder til og med i stillinger der arbeidstaker har et særlig ansvar for andres sikkerhet, som flygere, lokførere m.m.⁷⁵¹ Dette innebærer at integritetshensyn på arbeidstakerside her er gitt forrang fremfor hensynet til den allmenne sikkerheten.

Her må en ha gått ut fra at sikkerheten for publikum skal ivaretas på andre måter. For det første kan tradisjonelle undersøkelsesmetoder gi en viss pekepinn om en person er disponert for f.eks. hjerte- og karsykdommer. For det annet kan en ønske en å stimulere til arbeidsrutiner der sikkerheten for publikum ikke er avhengig av ett menneskes helsetilstand. Bemanningsrutiner, elektroniske overvåkningssystemer og andre sikkerhetstiltak kan være alternativer til en utvelgelse av arbeidstakere på grunnlag av arveanlegg.

⁷⁴⁹ Hva som er å anse som systematisk kartlegging tas opp i Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 105-106. Problemstillingen synes likevel å være mer aktuell for forsikringselskaper enn for arbeidsgivere.

⁷⁵⁰ NOU 1991: 6 s. 132.

⁷⁵¹ Jfr. Ot.prp. nr. 37 (1993-94) s. 56-57.

Disse betraktninger er ikke gjentatt i forarbeidene til 2003-loven, men de er heller ikke tatt avstand fra, og det er ingenting som tyder på at en har tilsiktet noen realitetsendring her.⁷⁵²

3.2.3. Aml. § 9-3: Forbud mot å ”innhente” helseopplysninger ved ansettelse.

Et bredere forbud mot innhenting av helseopplysninger om arbeidssøkere følger av aml. § 9-3. Bestemmelsen, som var ny ved arbeidsmiljøloven av 2005, lyder:

”Innhenting av helseopplysninger ved ansettelse

- (1) Arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte.
- (2) Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om hvilke opplysninger som kan innhentes etter denne paragraf.”

Aml. § 9-3 er – bortsett fra forskriftshjemmelsen – identisk med Arbeidslivslovutvalgets utkast til aml. § 8-4 i NOU 2004: 5. Denne bygger igjen på Breistein-utvalgets innstilling, NOU 2001: 4, forslaget til ny § 30B i aml. 1977, som aldri ble vedtatt.⁷⁵³ Det materielle vilkåret for å kunne kreve helseopplysninger – ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen” – er identisk med Breistein-utvalgets forslag. Dette forslag synes igjen å være inspirert av den danske lov om bruk af helbredsoplysninger på arbeidsmarkedet fra 1996.⁷⁵⁴

Med ”helseopplysning” menes ifølge forarbeidene ”informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand.”⁷⁵⁵ Begrepet skal tolkes bredt og omfatter blant annet opplysninger om fysisk og psykisk sykdom eller funksjonsnedsettelse, opplysninger om helsetilstand innenfor normalområdet og opplysninger om særlig god helsetilstand. For videre detaljer vises til drøftelsen nedenfor under kap. V pkt. 3.3.2.

Hvilke handlinger er forbudt etter aml. § 9-3 første ledd?

I tillegg til direkte forespørsler til arbeidssøkere, bl. a. i utlysning, søknadsskjema eller på intervju, vil forbudet også omfatte ”andre tiltak” for å innhente helseopplysninger. Krav om at arbeidssøkere fremskaffer og fremviser legeerklæring vil selvsagt omfattes. Forbudet vil altså gjelde ved innhenting av opplysninger fra referanser, f. eks. dersom tidligere arbeidsgiver spørres om sykefravær.⁷⁵⁶ ”Tiltak” for å innhente opplysninger forutsetter imidlertid at arbeidsgiver har

⁷⁵² Forholdet kommenteres ikke i Ot.prp. nr. 64 (2002-2003). I Innst. O. nr. 16 (2003-2004) har en bare tatt opp forholdet til bank- og forsikrings tjenester, s. 38.

⁷⁵³ Se NOU 2001: 4 s. 104. Aml. § 9-3 er likevel ikke identisk med utkastet til aml. 1977 § 30B.

⁷⁵⁴ Se NOU 2001: 4 s. 59 flg. og lov om bruk af helbredsoplysninger m.v. på arbeidsmarkedet af 24. april 1996 nr. 286.

⁷⁵⁵ NOU 2004: 5 s. 547 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314.

⁷⁵⁶ Det vil ikke utvide arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger fra tidligere arbeidsgiver at arbeidssøker samtykker i dette, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

opptrådt aktivt. Forbudet vil derfor ikke omfatte helseopplysninger som avgis uoppfordret av arbeidssøker.⁷⁵⁷

Forbudet mot å innhente helseopplysninger vil i utgangspunktet ikke omfatte generelle spørsmål om fravær/perioder hvor arbeidssøker har vært borte fra arbeidslivet. For eksempel kan langvarig psykisk sykdom ha ført til at arbeidssøker har store hull i cv-en. Det kan ikke være tilstrekkelig for å bryte forbudet i aml. § 9-3 at arbeidsgiver spør arbeidssøker om hva hun har foretatt seg i slike perioder, selv om dette i praksis kan medføre et visst press for å avgis opplysninger om egen helsetilstand.

3.2.4. Aml. § 9-4: Begrensninger i adgangen til å kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere.

Medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere kan være nødvendig for å avklare om disse er helsemessig skikket for det aktuelle arbeidet. Slike undersøkelser kan imidlertid også medføre risiko for utstøting og diskriminering på grunnlag av helseopplysninger som fremkommer ved undersøkelsene. Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere er derfor begrenset etter aml. § 9-4.

Bestemmelsen, som var ny ved arbeidsmiljøloven av 2005, lyder:

”Medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere

(1) Arbeidsgiver kan bare kreve at medisinske undersøkelser skal foretas:

- a) når det følger av lov eller forskrift,
- b) ved stillinger som innebærer særlig risiko,
- c) når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse.

(2) Departementet kan gi forskrift om vilkårene for å kreve medisinske undersøkelser etter denne paragraf.”

Bestemmelsen er identisk med Arbeids- og sosialdepartementets utkast til § 9-4,⁷⁵⁸ og, bortsett fra forskriftshjemmelen og en språklig detalj, likelydende med Arbeidslivslovutvalgets innstilling til § 8-5.⁷⁵⁹ Bestemmelsens vilkår har sitt utspring i Breistein-utvalgets innstilling til ny aml. 1977 § 30C tredje ledd bokstav a-c.⁷⁶⁰ Disse vilkår skulle etter Breistein-utvalgets innstilling bare gjelde medisinske undersøkelser av arbeidstakere. Meningen synes å ha vært at medisinske undersøkelser av arbeidssøkere skulle være omfattet av det alminnelige kriteriet i den foreslåtte §

⁷⁵⁷ Om grensene for vektlegging av slike opplysninger, se kap. V pkt. 4.2.

⁷⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 354-355.

⁷⁵⁹ Se NOU 2004: 5 s. 511.

⁷⁶⁰ Se nærmere NOU 2001: 4 s. 104.

30B, helseopplysninger som er ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”⁷⁶¹

Hvilke handlinger omfattes av det implisitte forbudet i aml. § 9-4 første ledd?

Bestemmelsen regulerer tilfeller hvor arbeidsgiver ”krever” at medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere foretas. Arbeidsgiver vil aldri ha direkte krav på at en arbeidssøker gjennomgår en medisinsk undersøkelse. Bestemmelsen må omfatte tilfeller hvor arbeidsgiver direkte eller indirekte stiller dette som vilkår for å konkurrere om en stilling eller som vilkår for å bli ansatt.

Videre vil arbeidsgivers krav om medisinske undersøkelser av arbeidstakere omfattes. I Breistein-utvalgets innstilling var det foreslått at arbeidsgiver i tillegg kunne *tilby* medisinske undersøkelser av arbeidstakere, se forslag til aml. 1977 ny § 30C.⁷⁶² Dette forslaget ble imidlertid ikke tatt opp av Arbeidslivslovutvalget og kom heller ikke med i aml. 2005 § 9-4.⁷⁶³ Restriksjonene må da i utgangspunktet omfatte alle medisinske undersøkelser av arbeidstakere som foretas i arbeidsgivers interesse og på dennes initiativ.

Forbudets omfang må likevel avgrenses ut fra formålet med tiltaket: Aml. § 9-4 gjelder, ut fra sin plassering i loven, kontrolltiltak. Blant annet omfattes generelle helsekontroller med formål å overvåke arbeidsmiljøets innvirkning på arbeidstakernes helsetilstand. Videre må bestemmelsen omfatte undersøkelser av en enkelt arbeidstaker hvor formålet med undersøkelsen er å danne grunnlag for en arbeidsrettslig beslutning, slik som forfremmelse, omdisponering eller oppsigelse.⁷⁶⁴ At arbeidsgiver måtte tilby f.eks. behandling og operasjon ved private klinikker for sykmeldte arbeidstakere vil derimot falle utenfor restriksjonene etter aml. § 9-4.

Forbudet i § 9-4 gjelder ”medisinske undersøkelser”. En medisinsk ”undersøkelse” kan blant annet bestå i utvendige fysiske undersøkelser og i biologisk prøvetaking. Også en samtale med helsepersonell om fysiske eller psykiske sykdommer kan etter forholdene komme inn under begrepet medisinsk undersøkelse.⁷⁶⁵ ”Medisinske undersøkelser” omfatter undersøkelser som

⁷⁶¹ Breistein-utvalgets innstilling til ny aml. 1977 § 30B har som overskrift ”Helseopplysninger og medisinske undersøkelser ved ansettelse”, men omhandler ikke medisinske undersøkelser spesielt.

⁷⁶² NOU 2001: 4 s. 104.

⁷⁶³ Se NOU 2004: 5 s. 442-443. Begrunnelsen synes å være at de undersøkelser som det vil være lovlig å tilby, uansett er dekket av bestemmelsen om krav om medisinske undersøkelser. I tillegg kan det ha hatt betydning at samtykke ikke skal være selvstendig grunnlag for innhenting av helseopplysninger, se NOU 2004: 5 s. 441. Se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149 hvor departementet uttaler at ”[s]amtykke vil således ikke være et selvstendig grunnlag for gjennomføring av helsekontroll eller testing av arbeidstakere eller arbeidssøkere.”

⁷⁶⁴ Se NOU 2004: 5 s. 425. Se her til illustrasjon også LB-1999-03171 som gjaldt oppsigelse av en purser som hadde nektet å fremstille seg til legeundersøkelse for vurdering av om hun var skikket for flytjeneste.

⁷⁶⁵ Se NOU 2001: 4 s. 21, hvor det legges til grunn at ”[e]n medisinske [sic] undersøkelse kan omfatte en samtale om sykdom i familien, sosiale forhold, tidligere sykdommer, aktuelle symptomer og sykdommer (dvs. den direkte årsaken til undersøkelsen), kroppsfunksjoner og levevaner.” Se også Jakhelln og Aune 2006 s. 369 om begrepet ”medisinsk undersøkelse” i aml. § 9-4.

foretas av bedriftshelsetjenesten, men også tilfeller hvor arbeidssøker eller arbeidstaker blir bedt om å skaffe attest fra fastlegen på at hun har en tilfredsstillende helsetilstand.⁷⁶⁶ ”Medisinske” undersøkelser synes likevel bare å omfatte undersøkelser som foretas av medisinsk personell.⁷⁶⁷ § 9-4 kan derfor neppe omfatte krav om egenerklæringer om helsetilstand som arbeidsgiver selv eller rekrutteringsselskaper har utarbeidet, eller tilfeller hvor arbeidsgiver selv ber om opplysninger for å avklare arbeidssøkernes tilstand. Bestemmelsen vil heller ikke omfatte etterspørring av opplysninger om sykefravær fra tidligere arbeidsgivere mv.

Aml. §§ 9-4 og § 9-3 er delvis overlappende i en ansettelsessituasjon: Formålet med å kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere er at resultatene skal meddeles arbeidsgiver for å danne grunnlag for en beslutning om ansettelse. Krav om en medisinsk undersøkelse for å dokumentere at en er helsemessig skikket for stillingen vil derfor også kunne falle inn under aml. § 9-3 om ”andre tiltak” for å innhente helseopplysninger i forbindelse med ansettelse. Her må imidlertid aml. § 9-4 være *lex specialis*: Dersom undersøkelse av arbeidssøker er hjemlet i et av alternativene i aml. § 9-4, må arbeidsgiver også kunne etterspørre resultatet av denne undersøkelsen.

3.2.5. Personopplysningslovens krav til ”behandling” av helseopplysninger.

Også personopplysningslovens restriksjoner for behandling av personopplysninger vil kunne ha betydning for arbeidssøkers eller arbeidstakers vern mot utstøting eller diskriminering.

Personopplysningsloven begrenser ikke innhenting av helseopplysninger i seg selv, men stiller krav til *behandlingen* av slike opplysninger om arbeidssøkere og arbeidstakere. For de behandlingsmåter loven omfatter stilles materielle vilkår til hvilke typer opplysninger som kan behandles samt krav til konsesjon/melding til Datatilsynet som vilkår for å behandle opplysningene.

Nedenfor vil jeg først ta opp hvilke *behandlingsmåter* personopplysningsloven omfatter. Deretter vil jeg kort gå inn på hvilke helseopplysninger om arbeidssøkere og arbeidstakere som lovlig kan behandles etter personopplysninglovens *materielle* bestemmelser (særlig §§ 8, 9 og 11). Endelig vil jeg ta opp hvilke krav som stilles til konsesjons- og meldeplikt ved behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold.

Ifølge popplyl. § 3 første ledd bokstav a og b gjelder loven for ”behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler”, og ”annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister.” Personopplysningsloven

⁷⁶⁶ Se NOU 2001: 4 s. 22 hvor Breistein-utvalget definerer medisinske undersøkelser i arbeidslivet som undersøkelser som ”utføres på en arbeidstaker eller en arbeidssøker og [hvor] formålet med undersøkelsen er knyttet til arbeidet.”

⁷⁶⁷ Problemstillingen synes ikke tatt opp i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). I NOU 2001: 4 s. 20 uttaler Breistein-utvalget generelt at ”[m]edisinske undersøkelser gjøres for å fremskaffe helseopplysninger om den enkelte, og skal utføres av helsepersonell.”

definerer i § 2 *behandling* av personopplysninger som enhver *bruk* av personopplysninger, som f.eks. innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter. Dette begrepet er altså svært vidt.

Hva som utgjør behandling med elektroniske hjelpemidler er ikke definert i loven, og heller ikke i direktivet som loven bygger på.⁷⁶⁸ Ifølge forarbeidene til personopplysningsloven av 2000 vil behandling av personopplysninger i maskinlesbar form ”klart representere en elektronisk behandling.”⁷⁶⁹ Det vil altså være tilstrekkelig at en opplysning som angår en bestemt arbeidssøker eller arbeidstaker nedtegnes i et elektronisk dokument. Bakgrunnen for dette er at det i praksis er enkelt å gjenfinne personopplysninger i et dokument som er lagret elektronisk, selv om opplysningene ikke er ”lagret systematisk.”⁷⁷⁰

Personopplysningsloven vil i tillegg komme til anvendelse for manuell behandling av personopplysninger, ”når disse inngår eller skal inngå i et personregister”, popplyl. § 3 første ledd bokstav b. Personopplysningslovens definisjon av personregister er etter popplyl. § 2 nr. 3 ”registre, fortegnelser m.v. der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen.” Bestemmelsen gjennomfører og skal tolkes i samsvar med personverndirektivets art. 2 c, hvor et register defineres som ”enhver strukturert samling av personopplysninger som er tilgjengelig etter særlige kriterier (...)”. Registerbegrepet er altså svært bredt. Datatilsynet har i forhold til den tidligere personregisterloven lagt til grunn at det ligger i begrepet ”personregister” at det må dreie seg om en samling av opplysninger om et visst antall personer; opplysninger om to eller tre personer vil ikke utgjøre et personregister. Det er imidlertid uklart hvor den nedre grense går i forhold til antall registrerte.⁷⁷¹ Videre har Datatilsynet lagt til grunn at det ”ikke har noen betydning hvorvidt registeret skal være permanent eller midlertidig.”⁷⁷²

Personopplysninger som bare innhentes muntlig vil i utgangspunktet ikke være omfattet av personopplysningslovens bestemmelser. Selv om opplysningene noteres på papir, kan en stadig være utenfor lovens område. Dersom det systematisk innhentes helseopplysninger, for eksempel på et spørreskjema fra alle eller fra et større utvalg interessante arbeidssøkere, vil loven derimot komme til anvendelse selv om behandlingen ikke skjer elektronisk.

Det følger av aml. § 9-1 annet ledd at personopplysningsloven gjelder for ”arbeidsgivers behandling av opplysninger om arbeidstakere i forbindelse med kontrolltiltak med mindre annet er fastsatt i denne eller annen lov”.

⁷⁶⁸ ERdir. 95/46/EF av 24. oktober 1995.

⁷⁶⁹ NOU 1997: 19 s. 56. (Se mer om dette i SOU 1997: 39 side 343-345).

⁷⁷⁰ Jfr. NOU 1997: 19 s. 55 der det uttales at ”[k]ravet til systematikk har liten selvstendig betydning i relasjon til datamaskinbaserte systemer. Selv om systemet ikke er spesielt tilrettelagt for søk på enkeltpersoner, er det enkelt å foreta endringer slik at personer kan brukes som søkekriterier.”

⁷⁷¹ NOU 1997: 19 s. 55.

⁷⁷² Brev 11.8.1988 (88/1238-2 KBK/-) fra Datatilsynet til LOs juridiske kontor. Foranledningen til uttalelsen var en sak for Nedre Sunnmøre herredsrett av 7. juli 1988, gjengitt i Lov&Data nr. 16 – november 1988.

Innhenting av helseopplysninger etter aml. 9-3 og helseundersøkelser etter aml. § 9-4 utgjør etter lovens system ”kontrolltiltak”.⁷⁷³ Bestemmelsen kan imidlertid ikke forstås slik at det er meningen å utvide personopplysningslovens generelle virkeområde i forhold til hvilke *behandlingsmåter* som omfattes. Verken det forhold at arbeidsgiver etterspør helseopplysninger, aml. § 9-3, eller at han krever medisinske undersøkelser, aml. § 9-4, er i seg selv tilstrekkelig til at personopplysningsloven får anvendelse.⁷⁷⁴

Hvilke materielle vilkår stilles for behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven?

Ifølge popplyl. § 11 første ledd bokstav b skal personopplysninger ”bare nyttes til uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet”.

Personopplysninger som behandles må videre falle inn under minst ett av alternativene i popplyl. § 8. Sensitive personopplysninger, herunder opplysninger om ”helseforhold”, popplyl. § 2 nr. 8 bokstav c, må i tillegg falle inn under minst ett av vilkårene i popplyl. § 9.

Personopplysninger, herunder sensitive personopplysninger, kan etter popplyl. § 8 og § 9 første ledd bokstav a behandles dersom personen samtykker. Dette alternativet har imidlertid begrenset betydning i forhold til behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold, ettersom samtykke ikke utgjør noe selvstendig grunnlag for å innhente helseopplysninger eller kreve medisinske undersøkelser etter aml. §§ 9-3 og 9-4.⁷⁷⁵

Et mulig grunnlag for å behandle helseopplysninger i arbeidsforhold er popplyl. § 9 første ledd bokstav f. Etter denne kan sensitive opplysninger behandles dersom ”behandlingen er nødvendig for at den behandlingsansvarlige kan gjennomføre sine arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”. Behandlingen må i tillegg være hjemlet i popplyl. § 8. Her vil særlig bokstav f være aktuell. Denne gir hjemmel for behandling som ”er nødvendig for (...) at den behandlingsansvarlige (...) kan vareta en berettiget interesse, [hvor] hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen”.

I forarbeidene til aml. kap. 9 legger departementet til grunn at ”de arbeidsrettslige prinsipper, som foreslås kodifisert, langt på vei må sies å inneholde de samme personvernnormer som personopplysningsloven bygger på.” Videre vises spesielt til bestemmelsen i personopplysningsloven § 8 bokstav f.⁷⁷⁶ Praksis som gjelder denne bestemmelsen vil altså også ha betydning for interesseavveiningen etter aml. § 9-3 og § 9-4.⁷⁷⁷

⁷⁷³ Se også NOU 2004: 5 s. 424.

⁷⁷⁴ Slik også NOU 2004:5 s. 434.

⁷⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148 og s. 149.

⁷⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

⁷⁷⁷ Se nærmere om interesseavveiningen i forhold til ansettelse kap. V pkt. 3.3.

I tillegg til materielle krav til hvilke opplysninger som kan behandles, stiller personopplysningsloven som nevnt innledningsvis krav til konsesjon eller melding til Datatilsynet ved behandling av personopplysninger.

Ifølge popplyl. § 33 første ledd gjelder som utgangspunkt vilkår om *konsesjon* for behandling av sensitive personopplysninger. Unntak kan bestemmes i forskrift, popplyl. § 33 femte ledd. Etter popplyf.⁷⁷⁸ § 7-16 annet ledd kan sensitive opplysninger om ”nåværende eller tidligere ansatte, personale, representanter, innleid arbeidskraft samt søkere til en stilling” behandles uten konsesjon dersom ”den registrerte har samtykket i behandlingen eller behandlingen er fastsatt i lov, opplysningene er knyttet til arbeidsforholdet og personopplysningene behandles som ledd i personaladministrasjonen. Slik behandling av sensitive helseopplysninger er likevel underlagt *meldeplikt*, med mindre det dreier seg om ”nødvendige fraværsopplysninger og opplysninger som er registreringspliktige i henhold til lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. § 20,” popplyf. § 7-16 tredje ledd bokstav b eller ”opplysninger som er nødvendige for å tilrettelegge arbeidssituasjonen på grunn av helseforhold.”, popplyf. § 7-16 tredje ledd bokstav c. Dette innebærer at dersom arbeidsgiver i forbindelse med en ansettelsesprosess eller i forhold til arbeidstakere ønsker å behandle andre opplysninger om helseforhold enn de som omfattes av popplyf. bokstav b og c, vil han ha plikt til å melde behandlingen til Datatilsynet.

Personopplysningslovens krav til behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold er altså viktige både for den rettslige vurderingen av hvilke opplysninger som kan innhentes og behandles, og for den praktiske muligheten for håndheving av de øvrige restriksjonene for innhenting av helseopplysninger.⁷⁷⁹

3.3. Forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

3.3.1. Innledning og bakgrunn. Kilder til forståelse av diskrimineringsbegrepet.

Forbudene mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming, aml. § 13-1 første ledd, og påbudet om å tilrettelegge for arbeidstaker (herunder arbeidssøker) med funksjonsnedsettelse, aml. § 13-5, vil være sentrale for vernet mot utstøting og diskriminering. Forbudene og påbudet gjelder ved ansettelse og under hele arbeidsforholdet, aml. § 13-2 første ledd. Under pkt. 3.3 vil jeg drøfte og analysere forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming, og herunder se på forholdet mellom forbudene og plikten til individuell tilrettelegging.

⁷⁷⁸ Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften), 15. desember 2000 nr. 1265.
⁷⁷⁹ Se nærmere om Datatilsynets håndheving av lovens bestemmelser under pkt. 4.3.5 nedenfor.

Forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming omfatter forbud mot direkte diskriminering, forbud mot indirekte diskriminering og krav om individuell tilrettelegging, aml. § 13-1 første ledd og aml. § 13-5. I tillegg omfatter diskrimineringsbegrepet trakassering og instruks om å diskriminere, aml. § 13-1 annet ledd. De siste problemstillingene blir ikke tatt opp til inngående drøftelse i avhandlingen.

Forbud mot diskriminering pga. funksjonshemming ved ansettelse ble, som jeg har vært inne på, første gang innført i norsk rett ved endring av aml. 1977 § 55A i 2001. I aml. 1977 § 55A annet ledd annet og tredje pkt. ble ”forskjellsbehandling” definert som

”enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av (...) funksjonshemming. Ved vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av funksjonshemming, skal det tas hensyn til om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt arbeidsplassen for den funksjonshemmede.”

Uttalelser om hvordan begrepene direkte og indirekte ”forskjellsbehandling” skal forstås, finnes i forarbeidene til denne lovendringen og til en tidligere endring av aml. § 55A.⁷⁸⁰

Aml. 55A ble i 2004 opphevd og erstattet av aml. 1977 kap. XA. Forbudene mot direkte og indirekte ”forskjellsbehandling” gjaldt heretter under hele arbeidsforholdet, aml. 1977 § 54B nr. 1, jfr. § 54A nr. 2.

Direkte forskjellsbehandling var definert i aml. 1977 § 54C nr. 1 som det forhold

”at en person av grunner nevnt i §54 B nr. 1 behandles dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.”

Indirekte forskjellsbehandling var legaldefinert i aml. 1977 § 54C nr. 2 som

”enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i §54 B nr. 1, med mindre formålet er saklig, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige.”

Unntak fra forbudene mot diskriminering var hjemlet i aml. 1977 § 54D nr. 1:

”Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, rammes ikke av forbudet i § 54 B nr. 1.”

Unntaket gjaldt både i forhold til direkte og indirekte diskriminering, men på grunn av begrensningen i definisjonen av indirekte diskriminering, fikk det bare betydning for forbudet mot direkte diskriminering.

Plikten til å tilrettelegge ble denne gang hjemlet i en egen bestemmelse, aml. 1977 § 54F:

”Tilrettelegging av arbeid for arbeidstakere med funksjonshemming.

For å sikre likebehandling skal arbeidsgiver så langt det er mulig og rimelig tilrettelegge arbeidet for arbeidstakere med funksjonshemming. Arbeidsgiver plikter å iverksette tiltak slik at arbeidstakere med funk-

⁷⁸⁰

Se Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.3 (Diskriminerings-situasjonen) og Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) pkt. 8.7.3 (Diskriminerings-situasjonen).

sjonshemming kan få eller beholde arbeid, utføre og ha framgang i arbeidet og ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling, med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde.”

Forarbeidene til lovendringen av 2004 inneholder uttalelser om forståelsen av forbudene mot forskjellsbehandling, unntakene og tilretteleggingsplikten.⁷⁸¹

De tidligere legaldefinisjonene som fantes i aml. 1977 kap. XA er utelatt i aml. 2005 kap 13. Videre er betegnelsen på den urettmessige handlingen endret fra ”forskjellsbehandling” til ”diskriminering”. Av *forarbeidene* fremkommer at direkte og indirekte ”diskriminering” skal forstås på samme måte som etter legaldefinisjonene i aml. 1977 kap. X A:

”Med direkte diskriminering menes (...) at en person av grunner nevnt i § 13-1 behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon. Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 13-1.”⁷⁸²

Videre henvises til forarbeidene til aml. 1977 kap. XA. Disse forarbeider er derfor relevante for tolkningen av begrepet ”diskriminering” etter aml. kap. 13.⁷⁸³ I tillegg viderefører arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel også diskrimineringsforbudene til den tidligere aml. 1977 § 55A med endringer.⁷⁸⁴ Dette innebærer at også forarbeidene til denne bestemmelse kan være av betydning.

Unntakene fra forbudene mot direkte og indirekte diskriminering er stadig direkte lovhjemlet, i aml. § 13-3 første og annet ledd:

”Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering (...).”

Det samme gjelder plikten til tilrettelegging; nå heter det i aml. § 13-5:

”Særlig om tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonshemming

Arbeidsgiver skal så langt det er mulig iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker med funksjonshemming skal kunne få eller beholde arbeid, utføre og ha framgang i arbeidet og ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling. Dette gjelder ikke dersom tiltakene vil innebære en uforholdsmessig stor byrde for arbeidsgiver.”

Arbeidsmiljøloven kap. 13 bygger, via aml. 1977 kap. XA, på sysselsettingsdirektivet av 2000. Direktivet inneholder definisjoner av direkte ”forskjellsbehandling”, art. 2 stk 2 bokstav a og indirekte ”forskjellsbehandling”, art. 2 stk. 2 bokstav b. Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging

⁷⁸¹ Se bl.a. NOU 2003: 2 kap. 11 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) kap. 8.

⁷⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325, særkommentar til § 13-1.

⁷⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁷⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 49 s. 325 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 7.

reguleres i art. 5. Som jeg har vært inne på, er direktivet ikke folkerettslig bindende for Norge. Likevel har aml. kap. 13 som formål å gjennomføre direktivet,⁷⁸⁵ og dets definisjoner vil derfor ha betydning også for tolkningen av diskrimineringsforbudet /tilretteleggingsplikten etter norsk rett. Sysselsettingsdirektivets forarbeider⁷⁸⁶ og praksis fra EF-domstolen kan derfor være relevante for forståelsen av diskrimineringsforbud/tilretteleggingsplikt etter norsk rett.⁷⁸⁷

Definisjoner av diskriminering i folkerettslige instrumenter finnes i General comment (18) (1989) til FN-SP Non-discrimination;⁷⁸⁸ General comment (5) (1994) til FN-ØSK, Persons with disabilities;⁷⁸⁹ ILOs Diskrimineringskonvensjon 111 art. 1 (Non-discrimination);⁷⁹⁰ forklaring til EMK protokoll 12;⁷⁹¹ forklaring til den reviderte Europeiske Sosialpakt art. E,⁷⁹² samt i den nye FN-konvensjonen om rettigheter for mennesker med funksjonsnedsettelse av 2006 art. 2 stk. 3.

Disse definisjoner har forskjellig status i forhold til norsk rett: FN-SP og FN-ØSK er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven. De er altså både internrettslig og folkerettslig bindende. Også menneskerettsorganenes praksis, slik de bl.a. er uttrykt i General comments, vil være relevant for tolkingen av norsk rett.⁷⁹³ ESP er ratifisert⁷⁹⁴ av Norge og derfor folkerettslig bindende. Forklaringene til denne konvensjonen er ikke bindende, men en kilde til forståelse av konvensjonen.⁷⁹⁵ ILOs diskrimineringskonvensjon C-111 er ratifisert av Norge, men bare i forhold til de obligatoriske 7 diskrimineringsgrunner, ikke funksjonshemming. Høyesterett har likevel lagt til grunn at praksis med hensyn til en diskrimineringsgrunn kan få betydning også for tolkningen av norsk rett som gjelder andre diskrimineringsgrunner.⁷⁹⁶ EMK protokoll 12 er ennå ikke ratifisert av Norge, og forklaringene til protokollen har derfor bare betydning så langt de er uttrykk for alminnelig folkerett. Heller ikke FN-konvensjonen om rettigheter for funksjonshemmede av 2006 er pr. juni 2008 ratifisert av Norge, og denne definisjonen har derfor ikke direkte betydning for tolkningen av aml. kap. 13.

⁷⁸⁵ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 193, som viser til tidl. aml. 1977 kap. XA og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 7.

⁷⁸⁶ Se særlig KOM (1999) 565 av 29.11.1999 og KOM (2000) 652 av 12.10.2000. Generelt har forarbeid til direktiver liten vekt innenfor EF-retten, se Arnesen 2004 s. 213. De kan likevel bidra til opplysninger om bakgrunnen for direktivets bestemmelser.

⁷⁸⁷ Se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 326-327, hvor det henvises spesielt til EF-domstolens praksis hva angår unntak fra forbudet mot direkte diskriminering.

⁷⁸⁸ General comment (18) (1989) til FN-SP, se særlig avsnitt 7 og 8.

⁷⁸⁹ General comment (5) (1994) til FN-ØSK, se særlig pkt. III, avsnitt 15-18.

⁷⁹⁰ C111 (1958) Discrimination (Employment and Occupation) Convention. Se også General Survey 1996 Equality in Employment and Occupation, særlig Title I, Chapter 1 (B) og Chapter 3.

⁷⁹¹ Explanatory Report til protokoll 12 til EMK, se særlig avsnitt 18-19.

⁷⁹² Explanatory Report til den reviderte ESP 1996, særlig avsnitt 136.

⁷⁹³ Se f.eks. Rt. 2001 s. 1006 (KRL-dommen) hvor Høyesterett viste til General comment (18) (1989) til FN-SP.

⁷⁹⁴ Se kap. II pkt. 2.3.2 om hvilke artikler som omfattes av den norske ratifikasjonen.

⁷⁹⁵ Explanatory Report til den reviderte ESP 1996 avsnitt 6.

⁷⁹⁶ Se Rt. 1984 s. 1359 og kap. II pkt. 4.4.

Under dette kapittels pkt. 2.1.2 har vi sett at norske forarbeider henviser til den svenske Lag 1999:132 om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund af funktionshinder med hensyn til forståelsen av begrepet funksjonshemming. Tilsvarende direkte henvisninger foreligger ikke i forhold til diskrimineringsbegrepene. Så vel den svenske loven som arbeidsmiljølovens kap. 13 bygger imidlertid på sysselsettingsdirektivet, og en felles tolkning av slik parallell regulering kan være rasjonelt, idet dette blant annet kan bidra til forutsigbarhet og balanserte konkurranseforhold.⁷⁹⁷ Svenske forarbeider er dertil grundige og utfyllende. Jeg har derfor valgt å trekke en del veksler på svenske forarbeiders utledning av forbudene mot direkte og indirekte diskriminering.

Legaldefinisjonene av direkte og indirekte diskriminering er for øvrig tatt inn igjen i den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 annet og tredje ledd. Uttalelser i forarbeidene til denne loven som gjelder forståelsen av de nye bestemmelser, har ikke direkte betydning for forståelsen av begrepene etter gjeldende rett, aml. kap. 13. Men i den utstrekning Syse-utvalget eller Barne- og likestillingsdepartementet legger til grunn at foreslåtte diskrimineringsforbud er i samsvar med gjeldende rett, vil uttalelser om den nærmere tolkingen av disse kunne ha samme vekt som juridisk teori ellers. I det følgende vil jeg vise til uttalelser i forarbeidene til loven både som kilde til å fastslå gjeldende rett og – der andre løsninger er valgt – som sammenlikning og perspektiv på gjeldende rett.

3.3.2. Forbud mot direkte diskriminering.

3.3.2.1. Utgangspunkt og definisjoner.

Aml. § 13-1 første ledd forbyr ”[d]irekte (...) diskriminering på grunn av (...) funksjonshemming (...)”. I forarbeidene til aml. 2005 defineres som nevnt direkte diskriminering som det forhold

”at en person av grunner nevnt i § 13-1 [herunder ”funksjonshemming”, min anm.] behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.”⁷⁹⁸

Formuleringen bygger, via aml. 1977 § 54C nr. 1, på definisjonen i sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(a): Direkte ”forskelsbehandling” foreligger etter direktivet

”hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet”.

Tilsynelatende stiller altså definisjonen i arbeidsmiljølovens forarbeider tre vilkår; tilsvarende situasjon, dårligere behandling og årsakssammenheng. Disse er likevel innbyrdes avhengige: Dersom situasjonen ikke er ”tilsvarende” foreligger ikke ”dårligere behandling” og vektlegging av relevante forskjeller i kvalifikasjoner/arbeidsevne er noe prinsipielt annet enn

⁷⁹⁷ Se kap. II pkt. 4.6.

⁷⁹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

vektlegging av ”funksjonshemming”. Fremstillingen av hva som utgjør en ”tilsvarende situasjon”; hva som ligger i ”dårligere behandling” og når en person er blitt dårligere behandlet ”på grunn av funksjonshemming” må derfor i en viss utstrekning bli overlappende.

Diskriminerings- og tilgjengelighetslovens definisjon i § 4 annet ledd inneholder de samme tre elementer: ”Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.”

3.3.2.2. Den diskriminerende handling/det diskriminerende forhold.

Hvilke forhold eller *handlinger* fra en arbeidsgivers side kan utgjøre direkte diskriminering på grunn av funksjonshemming?

Arbeidsmiljølovens § 13-1 omhandler ifølge forarbeidsdefinisjonen det forhold at en person ”behandles” dårligere enn andre. Begrepet ”behandles” – som er identisk med det som brukes i sysselsettingsdirektivets art. 2(1) – er svært vidt, og det er også understreket i de norske forarbeidene at begrepet ikke skal oppfattes restriktivt.⁷⁹⁹ Det synes klart at uttrykket i utgangspunktet må omfatte en vid gruppe beslutninger, avtaler og faktiske handlinger.

Også folkerettslige kilder gir uttrykk for at et bredt spekter av handlinger/unnlattelser og beslutninger kan komme inn under definisjonen av direkte diskriminering. I General comment (5) (1994) til FN-ØSK ”People with disabilities” defineres ”disability-based discrimination” som ”any *distinction, exclusion, restriction or preference, or denial of reasonable accommodation* (...)”⁸⁰⁰ I ILOs diskrimineringskonvensjon 111 (1958) art. 1(1)(b) er den diskriminerende handling beskrevet som ”any *distinction, exclusion or preference*”. Den nye FN-konvensjonen av 2006 art. 2 stk. 3 bruker ”any *distinction, exclusion or restriction* (...) including *denial of reasonable accommodation*.”

Blant annet omfattes ensidige avgjørelser som arbeidsgiver tar i medhold av sin styringsrett, slik som ansettelse, omplassering og oppsigelse av forbudet mot direkte diskriminering etter aml. § 13-1. Det er ikke nødvendig at beslutningen ville ha falt inn under definisjonen av enkeltvedtak i fvl. § 2 annet ledd. Også mer uformelle avgjørelser kan anses som diskriminerende ”behandling”. Avtalte lønns- og arbeidsvilkår vil også kunne innebære en (diskriminerende) behandling av den enkelte arbeidstaker. Videre kan enkeltelementer i arbeidsgivers saksbehandling, som urettmessig behandling av opplysninger om en arbeidssøkers eller arbeidstakers funksjonsnedsettelse, etter forholdene utgjøre en diskriminerende handling, se nærmere nedenfor under pkt. 3.3.2.3.

Videre omfattes faktiske handlinger, altså handlinger som bygger på en menneskelig beslutning, men som ikke krever et spesielt kompetansegrunnlag. Kroneksemplet her er ”trakassering”, som også defineres som diskriminering etter særskilt bestemmelse i aml. § 13-1 annet ledd. Videre

⁷⁹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325 viser til Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3, se her særlig s. 35. Tilsvarende NOU 2003: 2 s. 40.

⁸⁰⁰ General comment (5) (1994) avsnitt 15.

kan en arbeidsgiver i praksis ha blokkert arbeidsmuligheten for rullestolbrukere ved å ta i bruk handikapptoalettet som lagerrom.

Handling omfatter også ”unnlattelse”. For eksempel kan unnlattelse av å kalle en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse inn til intervju anses om direkte diskriminering.⁸⁰¹ Det samme gjelder unnlattelse av å foreta pliktig individuell tilrettelegging, se nedenfor under pkt 3.3.4.4.

Derimot vil det ikke være tilstrekkelig at det foreligger en diskriminerende hensikt, forberedende handlinger som ikke får noen konkret virkning for arbeidstaker, faller utenfor forbudet.⁸⁰² Dersom en slik hensikt gir seg utslag i en instruks om å diskriminere, vil dette imidlertid kunne rammes av aml. § 13-2.

Arbeidsmiljølovens forarbeider tar ikke opp hvorvidt rene ytringer kan utgjøre direkte diskriminering. Det er klart at ytringer etter forholdene kan anses som ”trakassering” og derfor komme inn under definisjonen i aml. § 13-1 annet ledd. Men isolerte ytringer, for eksempel der arbeidsgiver gir uttrykk for tvil med hensyn til om en person med funksjonsnedsettelse vil klare et visst arbeid, vil antakelig falle utenfor fordi de ikke i seg selv stiller personen dårligere.⁸⁰³ Om et spørsmål om arbeidstaker har en funksjonsnedsettelse i seg selv kan bryte mot diskrimineringsforbudet, tas opp under pkt. 3.3.2.3 nedenfor.

Hensikt er heller ikke et nødvendig vilkår for å fastslå direkte diskriminering etter arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel.⁸⁰⁴ Direkte diskriminering kan blant annet foreligge selv om hensikten er god/paternalistisk, for eksempel der arbeidsgiver omplasserer en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse mot hennes vilje fordi han ønsker å verne henne mot risiko i arbeidsmiljøet.⁸⁰⁵

Videre kan det heller ikke stilles krav om at arbeidsgiver skal være bevisst at han har handlet ut fra denne årsaken.⁸⁰⁶ Selv om arbeidsgiver selv mener at han har valgt ut arbeidssøkerne ut fra en objektiv vurdering av kvalifikasjoner, kan han i realiteten ha handlet ut fra ubevisste fordommer. En mulig ubevisst fordom mot funksjonshemmede kan være at en hjerneskade som påvirker bevegelses- og taleevne, også påvirker intelligensen. Direkte diskriminering vil dessuten foreligge

⁸⁰¹ Se bl.a. NOU 2003: 2 s. 40 og den svenske Regeringens proposition 2002/2003:65 s. 87.

⁸⁰² Problemstillingen er ikke direkte kommentert i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325 eller i Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3 eller NOU 2003: 2 pkt. 11.4.2. Syse-utvalget legger i NOU 2005: 8 s. 168 til grunn at ”diskriminerende hensikt i seg selv ikke rammes av diskrimineringsforbudet.”

⁸⁰³ Slik også Syse-utvalgets innstilling, NOU 2005:8 s. 168, men her med en noe annen begrunnelse, nemlig hensynet til ytringsfriheten.

⁸⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325 som viser til Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3. Se her særlig s. 35. I NOU 2003: 2 s. 40 uttales både at den norske loven skal forstås på denne måte og at EF-retten forbyr at nasjonale myndigheter stiller krav om hensikt.

⁸⁰⁵ Tilsv. den svenske Regeringens proposition 2002/2003: 65 pkt. 9.2 (s. 90).

⁸⁰⁶ Slik også Syse-utvalgets innstilling NOU 2005: 8 s. 168. Tilsv. i forhold til kjønnsdiskriminering Holgersen 1984 s. 39, der hun tilslutter seg uttalelser i klagesak nr. 1/1982 for Klagenemnda for likestilling. Eksemplet som gis er en arbeidsgiver som handler ut fra en ubevisst forestilling om at menn har bedre lederegenskaper enn kvinner.

dersom arbeidsgiver fravelger arbeidssøkere med for eksempel smittsomme sykdommer eller fysiske avvik, fordi han frykter negative reaksjoner fra publikum, kunder eller andre arbeidstakere.⁸⁰⁷

3.3.2.3. Handlingens/forholdets virkninger for en enkeltperson.

I pkt. 3.3.2.2 ovenfor har jeg vært inne på at diskriminerende hensikt eller ytringer ikke i seg selv er tilstrekkelig for at forbudet mot direkte diskriminering er overtrådt. Det må i tillegg kunne konstateres en diskriminerende virkning. Ifølge definisjonen i forarbeidene til arbeidsmiljøloven må det foreligge en ”dårligere” behandling. Under dette avsnitt tar jeg opp det nærmere innholdet i dette kravet til negativ ”effekt”.

Selv om diskriminerende formål tilsynelatende er tilstrekkelig etter folkerettslige definisjoner, må det legges til grunn at diskriminerende virkning som hovedregel er både nødvendig og tilstrekkelig.⁸⁰⁸ I General comment (18) (1989) til FN-SP uttaler Menneskerettskomitéen at handlingen må ha ”the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.”⁸⁰⁹ I forhold til FN-ØSK bruker Komitéen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter en delvis tilsvarende formulering i General comment (5) (1994): Handlingen må ha ”the effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise of economic, social or cultural rights.”⁸¹⁰ ILOs diskrimineringskonvensjon C111 (1958) har en tilsvarende formulering i selve teksten; handlingene må ha ”the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment.” FN-konvensjonen om rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse av 2006 art. 2 stk. 3 viser til handlinger med “the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms (...)”.⁸¹¹ Felles for disse bestemmelser er at den negative virkningen består i en forringelse eller eliminering av anerkjennelse, nytelse eller bruk av visse rettigheter eller friheter på lik fot med andre.

Hvilke *typer* negative virkninger for arbeidstaker kan omfattes av et forbud mot direkte diskriminering?

Spørsmålet er ikke tatt opp særskilt i forarbeidene aml. § 13-1 eller bestemmelsens forjengere.⁸¹² Effektivitets- og bevis hensyn taler for at en er relativt liberal med hensyn til hva som kan utgjøre en dårligere behandling. På den annen side kan hensynet til arbeidsgiver tilsi at bagatellsaker ikke bør kunne tas opp rettslig eller behandles av diskrimineringsmyndighetene.

I forarbeidene til forbudet mot *indirekte* diskriminering i likebehandlingskapitlet av 2004 kommer departementet med uttalelser som kan tyde på at en subjektiv følelse av å ha blitt

⁸⁰⁷ Tilsv. den svenske Regeringens proposition 2002/03:65 pkt. 9.2. Sml. også Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, hvor en HIV-smittet bartender ble avskjediget pga. at arbeidsgiver fryktet for negative reaksjoner fra restaurantens kunder. Etter nåværende rettsstilstand ville dette kunne anses som direkte diskriminering pga. funksjonshemming.

⁸⁰⁸ Se Craig 2007 s. 70.

⁸⁰⁹ General comment (18) (1989) til FN-SP, Non-discrimination, pkt. 7.

⁸¹⁰ General comment (5) (1994) People with Disabilities, pkt. 15.

⁸¹¹ Alle kursiveringer er mine.

⁸¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2004) s. 325 henviser generelt til kommentarene i Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3. Problemstillingen er imidlertid ikke tatt opp her og heller ikke i Ot.prp. nr. 34 (2000-2001).

diskriminert mot skal utgjøre en tilstrekkelig negativ effekt. Etter min mening kan denne uttalelsen ikke legges til grunn for tolkningen av loven. Jeg viser til fremstillingen under pkt. 3.3.3.3 nedenfor om indirekte forskjellsbehandling.⁸¹³ Uttalelsen kan likevel tolkes som et uttrykk for at det skal legges til grunn en liberal tolking av kravet til negativ effekt.

I de svenske forarbeidene til endringen i Lag om forbud mot diskriminering i arbeidslivet på grund av funksjonshinder (endringslov som impementerer sysselsettingsdirektivet) legges opp til en vid tolking av hva som kan utgjøre et "missgynnande" eller en negativ effekt:

"Ett missgynnande innebär att en arbeidssökande, en arbetstagare, (...) försätts i et sämre läge eller går miste om en förbättring, en förmån, en serviceåtgärd eller liknande. En behandling är missgynnande om den kan sägas medföra en skada eller nackdel för den enskilda. Det som typisk sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande är missgynnande. Avgörande är att en negativ effekt inträder, inte vilken orsak som kan ligga bak missgynnande. (...) II Även obehag och personlig lidande på grund av mobbning eller andre trakasserier kan utgöra missgynnande."⁸¹⁴

Uttalelsen vil etter min mening også være dekkende for de krav som kan stilles etter norsk rett.

Handlinger som medfører *tap av rettslig status* i arbeidsforholdet, slik som oppsigelse, avskjed og degradering, vil klart ligge innenfor det som kan utgjøre en dårligere behandling etter forbudet mot direkte diskriminering i aml. § 13-1 første ledd. Slike beslutninger vil forringe en persons rettsstilling. For eksempel kan arbeidsgiver ha sagt opp en arbeidstaker med direkte begrunnelse i dennes funksjonsnedsettelse, eller valgt vedkommende ut ved en driftsinnskrenkning med samme begrunnelse.

Videre kan det foreligge dårligere behandling dersom en arbeidssøker eller arbeidstaker som en direkte følge av funksjonsnedsettelse går glipp av en *forbedring i sin rettsstilling*, for eksempel en ansettelse eller forfremmelse.

Økonomisk tap kan følge av forringet status (for eksempel oppsigelse eller omplassering til dårligere arbeidsvilkår), eventuelt at en går glipp av en forbedret status (for eksempel ansettelse eller forfremmelse til gunstigere arbeidsvilkår.) Dessuten kan en arbeidstaker gå glipp av et økonomisk gode fordi det stilles helsekrav, for eksempel dersom vedkommende nektes medlemskap i bedriftens pensjonsordning. Slike økonomiske tap og manglende tilgang til økonomiske goder kan utgjøre en dårligere behandling som utgjør direkte diskriminering etter aml. § 13-1 første ledd.

Også handlinger som er mindre inngripende kan etter forholdene utgjøre en dårligere behandling i strid med forbudet mot direkte diskriminering i aml. §13-1. Fordeling av arbeidsopp-

⁸¹³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36. Uttalelsen synes å være et svar på en høringsuttalelse fra KS, se s. 33.

⁸¹⁴ Regeringens proposition 2002/2003:65 s. 87.

gaver hører i utgangspunktet under arbeidsgivers styringsrett. Dersom arbeidstaker systematisk er blitt tildelt mindre interessante og kompetansegivende oppgaver enn andre på grunn av sin funksjonshemming, kan det imidlertid foreligge diskriminering, selv om fordelingen ikke har direkte økonomiske følger.

Hva med *personlig ubehag* som ikke gir seg direkte utslag for rettslig status i arbeidsforholdet eller økonomi? Et spesialtilfelle av handlinger som fører til personlig ubehag er regulert av aml. § 13-1 annet ledd: Trakassering som følge av blant annet funksjonshemming er å anse som forskjellsbehandling. Spørsmålet er om det bare er i trakasseringstilfellene at slikt personlig ubehag i seg selv kan utgjøre en relevant ulempe. For det første kan en tenke seg at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan føle personlig ubehag ved å møte negative, stereotype holdninger på arbeidsplassen, uten at dette kan defineres som trakassering. Det ville likevel etter min mening føre for langt å gjøre arbeidsgiver ansvarlig for slikt personlig ubehag utenom trakasseringstilfellene. Når en har en egen bestemmelse om trakassering, synes det også naturlig at den setter grenser for adgangen til å anse personlig ubehag som følge av ytringer og holdninger som diskriminering.

I utgangspunktet synes vilkåret om at arbeidstaker ”behandles dårligere” å tilsi at en viss negativ virkning for arbeidstaker må være inntruffet for at det skal være tale om diskriminering. Det er videre antatt at en diskriminerende hensikt ikke i seg selv er tilstrekkelig, se ovenfor. Men kan det likevel være tilstrekkelig med risiko for at arbeidstaker blir stilt dårligere en gang i fremtiden?

En del folkerettslige konvensjoner likestiller etter sin ordlyd tap av mulighet med tap av status. For eksempel følger det av ILOs diskrimineringskonvensjon art. 1(1)(a) at handlingen må ha “the effect of nullifying or impairing equality of *opportunity* or treatment in employment or occupation.”⁸¹⁵

Det er ulike former for risiki en som arbeidstaker kan være utsatt for i arbeidsforhold: Det mest konkrete er fysisk eller psykisk helserisiko i arbeidsmiljøet. Opplever en arbeidstaker helserisiko i sammenheng med sin funksjonsnedsettelse, har arbeidsgiver plikt til å iverksette tiltak for å motvirke dette. Manglende tilrettelegging for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan i seg selv anses som diskriminering, se nedenfor under pkt. 3.3.4.4. Det er ikke nødvendig at arbeidstaker er blitt fysisk eller psykisk skadd eller at vedkommende har lidd økonomisk tap som følge av den manglende tilretteleggingen. Psykiske belastninger som følge av individuell helsefare i arbeidsmiljøet må etter mitt skjønn kunne utgjøre tilstrekkelig negativ effekt dersom arbeidsgiver ikke følger opp med pliktige verne- eller tilretteleggingstiltak.

⁸¹⁵ Min kursiv. Sml. også ADA 1990 Title I sec 102 (b) (1) hvor det er tilstrekkelig at handlingen ”adversely affects the opportunities or status” til en arbeidstaker med funksjonshemming.

Omfattes risiko for tap av arbeidsrettslig status, slik som risiko for fremtidig oppsigelse? I hvert fall i klare tilfeller vil handlinger som medfører slik risiko anses som en "dårligere behandling". For eksempel vil en advarsel for påstått mislighold av arbeidsplikter, selv om den ikke gir seg økonomiske eller statusmessige utslag i nåtid, medføre økt risiko for en seinere oppsigelse eller avskjed. En advarsel må derfor klart kunne utgjøre en negativ effekt som etter forholdene kan utgjøre direkte diskriminering. En risiko for økonomisk tap i fremtiden, på grunnlag av feil beregning av lønnsansiennitet, må også kunne utgjøre en relevant ulempe som arbeidstaker kan påberope seg som brudd på diskrimineringsforbudet. I noen tilfeller kan en oppsplitting av virksomheten i mindre enheter medføre mindre ansettelsestrygghet. At arbeidstaker som følger av funksjonsnedsettelse blir overført til en del av virksomheten som skal utfisjoneres, bør derfor også kunne utgjøre en relevant ulempe i forhold til diskrimineringsforbudet.⁸¹⁶

Et beslektet spørsmål vil være om enkeltelementer i saksbehandlingen som leder til en arbeidsrettslig beslutning i seg selv kan utgjøre en diskriminerende handling, selv om beslutningen uansett ville blitt den samme. For eksempel kan arbeidsgiver i en ansettelsesprosess uberettiget ha stilt spørsmål om arbeidssøker har en funksjonsnedsettelse, eller stilt krav om legeattest. Dersom et slikt spørsmål eller krav i seg selv anses som en diskriminerende handling, kan denne handlingen i seg selv gi grunnlag for sanksjoner etter aml. § 13-9, selv om det ikke kan påvises at arbeidssøker faktisk er stilt dårligere ved selve beslutningen om ansettelse. Spørsmålet vil i første rekke være aktuelt hvor arbeidssøker uansett ikke ville fått stillingen fordi hun var dårligere kvalifisert enn den som ble ansatt.⁸¹⁷

Ordlyden i den norske forarbeidsdefinisjonen er ikke klar, men taler vel nærmest *mot* at slike handlinger omfattes. "Behandles dårligere" synes å stille krav om en faktisk merkbar virkning. Til tross for at en del utenlandske forbud mot diskriminering pga. funksjonshemming eksplisitt omfatter etterspørring av opplysninger,⁸¹⁸ synes problemstillingen overhodet ikke kommentert i norske forarbeider, noe som vel kan tale mot at slike tilfeller omfattes. At det foreligger et eget forbud i aml. § 9-3 første ledd om etterspørring av helseopplysninger, hvor brudd på forbudet *ikke* gir grunnlag for sanksjoner etter aml. § 13-9, kan muligens også være et argument mot at et spørsmål om funksjonsnedsettelse i seg selv utgjør en diskriminerende handling.

⁸¹⁶ Sml. Rt. 2000 s. 2058 hvor Høyesteretts flertall la til grunn at svekket ansettelsestrygghet kunne være et argument for at de ansatte i en virksomhetsoverdragelsessituasjon skulle kunne holde seg til sin tidligere arbeidsgiver.

⁸¹⁷ Eller hvor hun har faktisk har fått den, til tross for arbeidsgivers spørsmål.

⁸¹⁸ Se for eksempel ADA 1990 Title I sec. 102 (c) jfr. (a).

Forholdet til aml. § 9-3 om etterspørring av helseopplysninger synes ikke tatt opp av Syse-utvalget.⁸¹⁹ Syse-utvalget unnlater videre å fremme forslag som begrenser adgangen til å etterspørre opplysninger om funksjonsnedsettelse, sml. diskrimineringsloven § 7 (spørsmål om religiøs eller kulturell overbevisning) og aml. § 13-4 første ledd (spørsmål om seksuell og politisk orientering, medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner). Videre synes en å ha vært opptatt av samarbeid for tilrettelegging, noe som generelt vil tale for at arbeidssøker/arbeidstaker skal informere om funksjonsnedsettelsen.⁸²⁰

Hensynet til konsekvens og sammenheng kan imidlertid også tale *for* at slike spørsmål eller krav omfattes. Etterspøringsforbudet i tidligere aml. 1977 § 55A er av Høyesterett blitt tolket slik at det også innebærer et forbud mot å legge vekt på opplysningene. Begrunnelsen er formålet bak reglene samt effektivitetshensyn.⁸²¹ Motstykket ville være at et diskrimineringsforbud av effektivitetshensyn ble tolket slik at det også inneholder et forbud mot (urettmessige) spørsmål om den egenskap det er forbudt å vektlegge.

Hensynet til arbeidsgiver taler klart mot at et spørsmål eller et krav om helseundersøkelse forut for ansettelse i seg selv kan utgjøre en diskriminerende handling. Arbeidsgiver vil ofte ha bruk for disse opplysninger for å planlegge og iverksette tilrettelegging. Selv om det bare vil være uberettigede spørsmål som eventuelt utgjør diskriminering, kan det i praksis være vanskelig å trekke opp grensene mellom berettigede og uberettigede spørsmål om funksjonsnedsettelse. Imidlertid vil det være mulig å ta hensyn til slike forhold ved den konkrete utmålingen av oppreisning. Er arbeidsgivers forhold unnskyldelig, vil oppreisningssummen kunne settes lavt eller til null. At et uberettiget spørsmål i seg selv kan rammes, vil kunne virke preventivt og bidra til å bevisstgjøre arbeidsgiverne. En arbeidssøker med funksjonsnedsettelse kan ha en egeninteresse i å ikke bli stilt helt utenfor konkurranse, selv om hun ikke hadde vært den formelt sett best kvalifiserte.

EF-rettslige effektivitetskrav tilsier videre at også delhandlinger i en ansettelsesprosess kan utgjøre diskriminering. I forhold til arbeidssøkere synes Vigerust på denne bakgrunn å legge til grunn at forbudet mot kjønnsdiskriminering også kan omfatte spørsmål om graviditet.⁸²²

Sivilombudsmannen har antatt at gjengivelse av delvis uriktige opplysninger om en søkers funksjonsnedsettelse kunne utgjøre en selvstendig diskriminerende handling etter tidligere aml. 1977

⁸¹⁹ Arbeidsmiljøloven av 2005 forelå på dette tidspunktet bare som forslag, og aml. 1977, som utvalget forholder seg til, inneholder ikke noen tilsvarende bestemmelse. Heller ikke Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) tar imidlertid opp forholdet mellom aml. § 9-3 og diskrimineringsforbudet ved ansettelse.

⁸²⁰ Se bl.a. NOU 2005: 8 s. 194 om arbeidstakers medansvar for klarlegging av tilretteleggingsbehovet. Tilsvarende Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 175.

⁸²¹ Se Rt. 2001 s. 248 Olderdalen ambulansse, hvor Høyesterett bl.a. legger vekt på formålet med bestemmelsen, samt at arbeidsgivers krav er "er egnet til å få frem opplysninger om hvorvidt en søker er eller ikke er organisert".

⁸²² Vigerust 1998 s. 253-255.

§ 55A annet ledd.⁸²³ Jeg konkluderer etter dette med at spørsmål om en arbeidssøker har en funksjonsnedsettelse i prinsippet *kan* være tilstrekkelig for å bryte forbudet.

Diskrimineringsforbudet, slik det defineres i forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd stiller ikke noe eksplisitt krav om at den negative effekten skal være av en viss *størrelse*. Det er tilstrekkelig at arbeidstaker er blitt behandlet ”dårligere”. De fleste av språkversjonene av Sysselsettingsdirektivet bruker uttrykk som på norsk ville vært oversatt med ”mindre gunstig.” For eksempel brukes på dansk ”ringere”, på svensk ”mindre förmånligt”; på engelsk ”less favourably”; på tysk ”weniger günstige” og på italiensk ”meno favorevolmente”. Etter folkeretten er det tilstrekkelig at vedkommendes nytelse av eller utøvelse av visse rettigheter blir forringet, det er ikke nødvendig med noen vesentlig forringelse. Forarbeidene til bestemmelsens forgjenger i arbeidsmiljøloven av 1977 understreker også at vilkåret ”behandles dårligere” ikke må tolkes snevert, og at det ikke kreves at arbeidssøker eller arbeidstaker stilles kvalifisert dårligere enn den det sammenliknes med.⁸²⁴

Syse-utvalgets innstilling kommenterer bare kravet til omfang av den negative effekten i forhold til definisjonen av indirekte forskjellsbehandling. Bakgrunnen er at en har valgt å stille strengere krav til omfanget av den negative behandlingen utenfor arbeidslivet enn innenfor. Utvalget synes å ha lagt til grunn at kravet til negativ effekt skal forstås på samme måte som etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 54B nr. 1) (og dermed også aml. 2005 § 13-1 første ledd).⁸²⁵

Hvor intensiv prøvingen av forskjeller i behandling vil være, vil likevel avhenge av om en er på et klart regulert område eller på et område som tradisjonelt har vært fullt ut underlagt arbeidsgivers frie skjønn. På lønnsområdet vil det i liten grad være rom for avvik med hensyn til hvilke prinsipper lønnen beregnes etter, mens det i praksis vil være vanskelig å overprøve resultatet av forhandlinger om individuelle tillegg.⁸²⁶ I tilfeller der arbeidsgivers avgjørelse beror på svært skjønsmessige kriterier, slik som løpende fordeling av arbeidsoppgaver, må arbeidstaker antakelig vise til en skjevhet over tid som ikke er uvesentlig, for å få medhold i at (skjev-) fordelingen utgjør diskriminering.⁸²⁷

En beslektet problemstilling vil være om det kreves likebehandling på alle punkter eller om arbeidsgiver kan høres med at den ansatte som helhet kommer like godt ut, for eksempel ved at manglende tilgang på et ansettelsesrettslig gode kan oppveies av fortrinns- eller enerett til et annet. I

⁸²³ Se Somb-2003-18 hvor Sivilombudsmannen uttaler at det er ”uheldig at det for noen, men ikke for andre søkere til en stilling, gis opplysninger om søkerens funksjonsdyktighet når denne er uten betydning for søkerens evne til å fylle stillingen. Dette kan, etter omstendighetene, innebære en forskjellsbehandling av søkerne, i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd.”

⁸²⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁸²⁵ NOU 2005: 8 s. 170.

⁸²⁶ Sml. Rt. 1998 s. 607, uorganisert statstjenestemann som mente seg diskriminert mot ved lokale lønnsforhandlinger fikk ikke fremmet et søksmål. Se nærmere om avgjørelsen under kap. VI pkt. 3.2.

⁸²⁷ Se nærmere nedenfor under kap. VI pkt. 3.1.

regelen vil et krav om likebehandling forstås slik at det kreves likebehandling mht. hvert enkelt punkt i ansettelseskontrakten. Men det er ikke gitt at dette alltid vil være tilfellet. For eksempel kan arbeidsgiver i stedet for tilrettelagt deltakelse i felles opplæring tenkes å tilby en funksjonshemmet arbeidstaker individuell opplæring. Eller arbeidsgiver kan påberope seg at den ansatte med funksjonsnedsettelse har reservert parkering og derfor ikke trenger tilgang til en allmenn transportordning. Hvorvidt individuelle løsninger vil være tilstrekkelig for å tilfredsstille kravet om likebehandling, tas opp nedenfor, bl.a. under kap. VI pkt. 2.3.4.2.

Oppsummeringsvis vil forbudet mot direkte diskriminering omfatte mange typer ulemper for den enkelte arbeidstaker, og det stilles beskjedne krav til omfanget av ulempen.

3.3.2.4. Sammenlikningspersonen.

Direkte diskriminering forutsetter at en sammenlikner behandlingen av personen som mener seg diskriminert, med behandlingen av en *annen person*. I forarbeidsdefinisjonen betegnes sammenlikningspersonen(e) som "andre".⁸²⁸ Sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(1) sammenlikner behandlingen av personen med funksjonsnedsettelse med behandlingen av "en annen", eventuelt "en annen person". I den parallelle svenske Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder 3 § betegnes sammenlikningspersonen som "någon annan".

Til illustrasjon kan også vises til den britiske DDA 1995 part II sec 3A(1)(a), som er mer konkret. Sammenlikningspersonen(e) angis som "others to whom that reason does not or would not apply". Her sammenliknes altså behandlingen av personen med funksjonsnedsettelse med behandlingen av en person uten (denne bestemte) funksjonsnedsettelsen.

Det enkleste vil være de tilfeller der det foreligger en konkret, samtidig sammenlikningsperson uten funksjonsnedsettelse. For eksempel kan arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse og sammenlikningspersonen ha samme utdannelse, samme ansiennitet og utføre samme type arbeid for samme arbeidsgiver, men motta forskjellig lønn.

Også historiske sammenlikningspersoner omfattes klart av forarbeidsdefinisjonen: Direkte diskriminering kan også foreligge når en person behandles dårligere enn en annen "har blitt" behandlet.⁸²⁹ Dersom arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse får dårligere betalt enn sin forgjenger i samme stilling, kan dette utgjøre direkte diskriminering. Har arbeidsgiver tidligere konsekvent forfremmet arbeidstakere i denne type stilling etter et visst antall år, og arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse ikke har fått slik forfremmelse, må hun kunne sammenlikne seg med disse tidligere innehaverne av stillingen.

⁸²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁸²⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

Videre krever forarbeidsdefinisjonen såvel som sysselsettingsdirektivet at arbeidstaker skal kunne sammenlikne seg med en *hypotetisk* sammenlikningsperson. Dette uttrykkes på skandinaviske språk ved hjelp av første eller annen kondisjonalis; altså hvordan en annen person i en tilsvarende situasjon "ville bli" eller "ville (ha) blitt" behandlet.⁸³⁰ Arbeidstaker må da etablere en presumpsjon for hvordan arbeidsgiver ville ha handlet i en hypotetisk tilsvarende situasjon.

Innebærer dette også at arbeidstaker kan foreta en sammenlikning med seg selv som ikke-funksjonshemmet? En arbeidstaker som mens arbeidsforholdet løper har fått en funksjonsnedsettelse og etter dette fått en dårligere lønnsutvikling, kan mene at hun kommer dårligere ut enn hun *ville ha gjort* uten funksjonsnedsettelsen, og at dette innebærer diskriminering.

Forarbeidsdefinisjonen så vel som sysselsettingsdirektivet viser til "en annen", som i utgangspunktet synes å utelukke en sammenlikning med *personen selv* under andre omstendigheter. Men dersom en først kan foreta en sammenlikning med en hypotetisk person, må det logisk følge av dette at en også må kunne sammenlikne med seg selv som ikke-funksjonshemmet. (En ville uansett kunnet sammenlikne med en hypotetisk person som var helt lik en selv, bortsett fra funksjonsnedsettelsen.) Også folkerettens generelt utformede diskrimineringsforbud, hvor det bare kreves negativ effekt, støtter opp under en slik tolking.⁸³¹ Videre kan det trekkes paralleller fra likestillingslovens forbud mot direkte diskriminering pga. graviditet og fødsel, hvor direkte diskriminering foreligger dersom handlingen "setter en kvinne i en dårligere stilling enn *hun ellers ville ha vært* på grunn av graviditet eller fødsel", jfr. § 3 annet ledd nr. 2.⁸³²

Arbeidstaker må altså kunne sammenlikne seg med en hypotetisk person i tilsvarende situasjon, men uten funksjonsnedsettelse.

Kan sammenlikningspersonen også være en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse? Arbeidsgiver kan for eksempel ønske å forskjellsbehandle arbeidstakere etter hvilken type funksjonsnedsettelse de har, eller etter hva som er årsaken til deres funksjonsnedsettelse. Et eksempel på det første er at arbeidsgiver foretrekker en synshemmet arbeidssøker med dårligere kvalifikasjoner fremfor en rullestolbruker, fordi han ønsker å fremme sysselsetting for synshemmede. Et eksempel på det siste er at arbeidsgiver beholder en arbeidstaker som sitter i rullestol

⁸³⁰ Dansk direktivversjon "ville blive behandlet", svensk direktivversjon "skulle ha behandlats", svensk lovtekst "skulle ha behandlat", norsk lovtekst "ville blitt behandlet." Det samme synes å være tilfelle på engelsk "would be treated". Tysk nytter her konjunktiv "erfahren würde".

⁸³¹ Se ILOs diskrimineringskonvensjon C111 (1958) art. 1(1)(a) "any distinction, exclusion or preference (...) which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation."

⁸³² Min kursiv. Malmberg 2005 synes å legge til grunn at det ikke er nødvendig med noen sammenlikningsperson. Lerwall 2001 s. 162 tar dette opp som to ulike problemstillinger: For det første om det kan sammenliknes med en hypotetisk sammenlikningsperson av motsatt kjønn. For det annet om personen kan sammenliknes med seg selv gitt at en viss omstendighet, som graviditet eller kjønnskifte, ikke hadde vært til stede. Hun legger til grunn at EF-domstolen i saken P mot S (C-13/94) i realiteten sammenliknet situasjonen for P med og uten kjønnskifte.

på grunn av en yrkesskade fremfor en arbeidstaker som er avhengig av rullestol som følge av en medfødt funksjonsnedsettelse eller en fritidsskade.

I det første eksemplet over, altså hvor funksjonsnedsettelsene er av forskjellig art, vil det etter min mening være klart at rullestolbrukeren er blitt diskriminert på grunn av sin funksjonsnedsettelse.⁸³³

Det er mer uklart om det samme gjelder gjelder hvor funksjonsnedsettelsen er av samme art, men har forskjellig årsak. For eksempel kan en arbeidstaker ha en funksjonsnedsettelse som skyldes en yrkesskade, en annen kan ha en medfødt funksjonsnedsettelse. En arbeidstaker er da blitt diskriminert mot som følge av bestemte karakteristika i tilknytning til sin funksjonsnedsettelse. Den EF-rettslige bakgrunnen for aml. kap. 13 støtter etter min mening opp under at også slik forskjellig behandling kan anses som diskriminering. Blant annet viser sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 6 til Fellesskapspakten og arbeidstakernes grunnleggende rettigheter av 1989, hvor det i artikkel 26 første ledd erklæres at ”Enhver handicappet person skal – uanset årsagen til eller arten af handicappet - være berettiget til konkrete supplerende foranstaltninger med henblik på erhvervsmæssig og social integration.”

Jeg konkluderer altså med at det kan utgjøre diskriminering på grunn av funksjonshemming om arbeidsgiver forskjellsbehandler arbeidstakere med samme type funksjonsnedsettelse på grunnlag av årsaken til funksjonsnedsettelsen.⁸³⁴

Syse-utvalgets innstilling drøfter også hva som er den relevante sammenlikningspersonen i de tilfeller hvor en bestemt funksjonsnedsettelse medfører en bestemt atferd.⁸³⁵ Den relevante sammenlikningsperson vil ifølge utvalget ikke være en person med tilsvarende atferd som ikke skyldes funksjonsnedsettelse, men en person uten tilsvarende atferd. Jeg har valgt å ta opp denne problemstillingen under pkt. 3.3.5 om dårligere behandling grunnet ”utslag” av funksjonsnedsettelsen.

3.3.2.5. Sammenlikningssituasjonen.

Dersom det skal foreligge direkte diskriminering, må de situasjoner som de to arbeidstakerne eller arbeidssøkerne befinner seg i, være tilsvarende eller i hvert fall sammenlignbare. Definisjonen i forarbeidene til aml. § 13-1 krever at det foreligger en ”tilsvarende situasjon”, se også sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(a); ”tilsvarende situation”.

Hva er det som sammenliknes for å avgjøre om det foreligger en tilsvarende situasjon?

⁸³³ Tilsvarende er lagt til grunn i Syse-utvalgets innstilling NOU 2005: 8 s. 180. Tilsvarende i forhold til svensk rett Inghammar 2007 s. 285.

⁸³⁴ Spørsmålet om arbeidsgiver rettmessig kan behandle arbeidstakere forskjellig på grunnlag av slike forhold er tatt opp under kap. VI pkt. 2.3.4.4 om prioritering mellom tilretteleggingstiltak og kap. VII pkt. 3.3 om yrkesskade.

⁸³⁵ NOU 2005: 8 s. 169.

Dette vil selvsagt avhenge av hvilken type (be-)handling der er tale om. Ved ansettelse er det forutsatt at det må foretas en sammenlikning av de enkelte arbeidssøkeres kvalifikasjoner.⁸³⁶ I forhold til lønnsberegning må likestillingslovens prinsipper om lik lønn for arbeid av ”lik verdi” kunne være veiledende, sml. lstl. § 5 tredje ledd. Arbeidstaker med og uten funksjonsnedsettelse befinner seg altså i en ”tilsvarende situasjon” dersom de utfører arbeid av ”lik verdi”. Her vil en blant annet kunne sammenlikne kompetanse, anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold.⁸³⁷ Ved oppsigelser i forbindelse med nedbemanning kan det være naturlig å sammenlikne ansiennitet, kvalifikasjoner og delvis også fleksibilitet mht. utføring av forskjellige typer arbeidsoppgaver. Jeg kommer tilbake til dette under de spesielle delene av avhandlingen.

Har vi funnet ut hva det er som sammenliknes, blir neste problemstilling *hvor like* forholdene må være for at det skal foreligge en ”tilsvarende situasjon”.

Ordlyden i den nåværende forarbeidsdefinisjonen, ”tilsvarende”, kan synes å stille relativt strenge krav til likhet mellom situasjonene. Ordlyden er likevel ikke helt klar, ”til-svarende” betyr ikke ”identisk”. Bestemmelsen gjennomfører sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(a), hvor de ulike språkvarianter her synes å inneholde noen nyanser. Den danske versjonen nytter, på samme måte som den norske forarbeidsdefinisjonen, ”tilsvarende situation”. Den svenske, engelske, franske og den tyske versjonen bruker tilsynelatende noe bredere formuleringer som *comparable*, *jämförbar*,⁸³⁸ som nærmest kan oversettes med ”sammenlignbar”.

Ut fra forarbeidene til den tidligere bestemmelsen i aml. 1977 § 54C nr. 1 synes det som om det ikke er meningen å stille strenge krav til situasjonenes identitet. Blant annet uttales at ”sammenlikningen foretas med utgangspunkt i relativt likeartede situasjoner” samt at ”arbeidssøkerne skal ha like eller i hovedsak like kvalifikasjoner.”⁸³⁹ Disse uttalelser omfatter alle diskrimineringsgrunner, og er ikke spesielt relatert til funksjonshemming.

Særlig i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse vil det ofte være aktuelt at funksjonsnedsettelsen påvirker arbeidstakerens mulighet til å utføre arbeidet på ”standardmåten.” Dette kan kreve tilpasninger i arbeidsmiljøet, og i noen tilfeller vil arbeidstaker – til tross for tilpasninger – ikke være i stand til å utføre alle stillingens funksjoner. Spørsmålet vil da være om en til tross for dette kan si at det foreligge en ”tilsvarende situasjon”.

⁸³⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁸³⁷ Se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 165 som fremhever dette som de sentrale momenter med hensyn til om et arbeid har ”lik verdi” etter likestillingsloven.

⁸³⁸ Den franske utgaven nytter uttrykket ”situation comparable” og den tyske ”vergleichbaren Situation”. De italienske og spanske språkversjoner krever henholdsvis ”situazione analoga” og ”situación análoga”, som kan bety både lik og liknende.

⁸³⁹ NOU 2003: 2 s. 40 og noenlunde tilsvarende Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

Av sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 17 følger at "[m]ed forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse." Av dette kan vi lese at arbeidstaker – etter rimelige tilpasningstiltak – som et minstekrav må være i stand til å utføre *de vesentlige funksjoner* i stillingen, for å komme inn under direktivets vern.

Men vil utgangspunktet også være at det foreligger en tilsvarende situasjon dersom arbeidstaker etter pliktig tilrettelegging er i stand til å utføre stillingens vesentlige funksjoner, eller innebærer utsagnet bare at det aldri vil foreligge noen tilsvarende situasjon dersom hun ikke er i stand til dette?

Det forhold at også arbeidsmønstre og oppgavefordeling i fortalens pkt. 20 nevnes som eksempler på tiltak for å tilpasse arbeidsplassen til en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse, tilsier at det ikke kan stilles noe vilkår om en helt identisk situasjon. Det vil være glidende overganger mellom på den ene side tilretteleggingstiltak som nedsatt arbeidstid og omfordeling av arbeidsoppgaver, og på den annen side kvantitativt eller kvalitativt redusert arbeidsevne (mht. arbeidstid og arbeidsoppgaver), som i det konkrete tilfellet kan medføre at det ikke foreligger noen "tilsvarende situasjon".

Som jeg har vært inne på under pkt. 2.2.2 ovenfor, defineres funksjonshemming som en relasjon mellom individ og omgivelser. Hvorvidt et individ er funksjonshemmet i en konkret situasjon vil ofte avhenge av omgivelsenes, herunder arbeidsplassens innretning. Dette må innebære at hva som utgjør en "tilsvarende situasjon" i utgangspunktet må vurderes etter at omgivelsenes bidrag til relasjonen "funksjonshemming" er fratrukket. For eksempel må spørsmålet om det foreligger en tilsvarende situasjon vurderes ut fra et arbeidsmiljø som fyller lovbestemte minimumskrav, samt gitt at arbeidsgiver har oppfylt sin plikt til individuell tilrettelegging.

I svenske forarbeider har en uttalt seg spesielt om hva som utgjør en "jämförbar" situasjon i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. I forarbeidene til 2003-endringsloven som tar sikte på å implementere sysselsettingsdirektivet trekker den sakkyndige komitéen frem – og tilslutter seg – følgende uttalelse i forarbeidene til loven av 1999 om diskriminering på grunn av "funktionshinder":

"Andra diskrimineringsgrunder – kön, etnisk tillhörighet och sexuell läggning – påverkar typisk sett inte förmågan att utföra arbetet. Såvitt avser ett funktionshinder kan det dock vara fallet. För att avgöra om personerna befinner sig i likartade situationer måste därför först prövast om funktionshindret inverkar på förmågan att utföra arbetet – om den funktionshindrade kan utföra *de väsentligaste uppgifterna* av arbetet. Om funktionshindret inte påverkar

arbetsförmågan för arbetet (...) föreligger en likartad situation och ett missgynnande kan utgöra diskriminering. Är det å andre sida så att funktionshindret inverkar *menligt* på arbetsförmågan föreligger inte en likartad situation och därmed inte heller diskriminering.”⁸⁴⁰

Det fremgår her klart at spørsmålet om hva som innebærer en tilsvarende situasjon skal undergis en ”raus” vurdering når det gjelder personer med funksjonsnedsettelse, i hvert fall i tilfeller hvor personen er avskåret fra å utføre visse av stillingens funksjoner. Uttalelsene kan ha en viss overføringsverdi i forhold til norsk rett.

Konklusjonen vil være at dersom arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse – gitt et lovlig arbeidsmiljø og oppfylt pliktig individuell tilrettelegging – er i stand til å utføre stillingens vesentligste funksjoner, vil det som utgangspunkt foreligge en tilsvarende situasjon.⁸⁴¹ Jeg vil gå nærmere inn på forholdet mellom tilretteleggingsplikt og forbud mot direkte diskriminering nedenfor under pkt. 3.3.4.2.

Heller ikke etter den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven synes det å stilles strenge krav med hensyn til hva som utgjør en tilsvarende situasjon i de tilfeller hvor arbeidstaker pga. funksjonshemmingen ikke kan utføre alle stillingens funksjoner. I forarbeidene uttales at ”[h]va som utgjør en tilsvarende situasjon, må avgjøres konkret. Det kan ikke stilles krav om en helt lik situasjon. Også tilnærmet like situasjoner vil omfattes.”⁸⁴²

3.3.3. Forbud mot indirekte diskriminering.

3.3.3.1. Utgangspunkt og definisjoner.

Mens direkte diskriminering i en spissformulering fra EF-domstolen har vært uttrykt som ”å behandle like tilfeller forskjellig”, har indirekte forskjellsbehandling vært spissformulert til ”å behandle ulike tilfeller likt”.⁸⁴³ Kort uttrykt foreligger indirekte diskriminering dersom arbeidsgiver følger samme praksis o.l. i forhold til alle arbeidstakere eller arbeidssøkere, men hvor denne praksis i den sosiale virkelighet rammer personer som tilhører en vernet gruppe på en negativ måte.⁸⁴⁴ Det foreligger likevel ikke indirekte diskriminering dersom arbeidsgiver har tilstrekkelig saklig grunnlag for sin praksis. Under dette avsnittet vil jeg ta opp hva som skal til for å etablere et utgangspunkt eller en presumpsjon om at det foreligger indirekte diskriminering, slik at arbeidsgiver *skal* begrunne sin praksis ut fra saklige kriterier. Hva som skal til for at arbeidsgiver *kan* legitimere sin praksis, tas opp under pkt. 3.3.6 om unntak og begrensninger i diskriminerings-

⁸⁴⁰ Min kursiv.

⁸⁴¹ Gitt, selvfølgelig, at situasjonen på annen måte er analog, for eksempel at to arbeidssøkere har like kvalifikasjoner.

⁸⁴² NOU 2005: 8 s 169, og tilsvarende s. 246. Tilsvarende Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 100 og s. 252.

⁸⁴³ Se EF-domstolens avgjørelser i C-394/96 Brown (avsnitt 30) og C-342/93 Gillespie (avsnitt 16).

⁸⁴⁴ Uttrykket ”indirect discrimination” er visstnok først brukt i den britiske Sex Discrimination Act fra 1975. At formell likebehandling kan være diskriminerende ble imidlertid lagt til grunn allerede i den amerikanske høyesterettsdommen *Grigg v. Duke Power Co*, 401 US 424 (1971). Se nærmere om den historiske utviklingen av forbud mot indirekte diskriminering Craig 2007 s. 41-43.

forbudene. Begrensningen eller unntaket for saklig forskjellsbehandling må altså underforstås i det følgende, jeg kommer ikke til å presisere dette fortløpende.

Forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd definerer indirekte forskjellsbehandling som ”enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 13-1.” Videre vises til utfyllende kommentarer i forarbeidene til aml. 1977s likebehandlingskapittel fra 2004.⁸⁴⁵ Bestemmelsen bygger på sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(b) første ledd hvor det heter at indirekte diskriminering foreligger ”hvis en tilsynelatende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med (...) et bestemt handicap (...) særlig ufordelagtig i forhold til andre personer”.⁸⁴⁶

Også folkerettslige definisjoner kan ha betydning for å avklare innholdet av forbudet etter norsk rett.⁸⁴⁷ Verken FN-SP art. 2 og 26⁸⁴⁸ eller FN-ØSK art. 2(2) skiller i teksten mellom direkte og indirekte diskriminering, men begge antas å dekke indirekte diskriminering.⁸⁴⁹ Det samme gjelder ILO C111 (1958).⁸⁵⁰ Diskrimineringsforbudene i den nye FN-konvensjonen om rettigheter for mennesker med funksjonsnedsettelse av 2006 omfatter ”all forms of discrimination”, konvensjonens art. 2 stk. 3, uten å gi noen spesifikk definisjon av direkte og indirekte diskriminering.

3.3.3.2. Den diskriminerende handling/det diskriminerende forhold.

Hvilke handlinger eller forhold som kan innebære indirekte diskriminering defineres i forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd som ”bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse”.⁸⁵¹ Bestemmelsen bygger på sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(b) som omfatter ”bestemmelse, betingelse eller praksis”. Til sammenlikning bruker den svenske Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder formuleringen ”tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt”.⁸⁵² I tillegg kan nevnes at ILOs definisjon ifølge General Survey 1996 til C111 (1958) også omfatter ”situation”, noe som synes å referere til forhold som ikke er direkte utslag av menneskelige beslutninger.⁸⁵³

⁸⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325, som viser til Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3.

⁸⁴⁶ Bestemmelsen er på dette punkt helt parallell til art. 2(2)(b) i direktivet om etnisk diskriminering (2000/43) og også parallell til det reviderte direktivet om likestilling av kjønn, (2002/73) art. 2(2) strekpunkt 2, bortsett fra at sistnevnte bruker ”stiller” i stedet for ”vil stille”.

⁸⁴⁷ Se nærmere pkt. 3.3.1 innledningsvis og kap. II pkt. 4.4.

⁸⁴⁸ Se bl.a. General comment (18) (1989) til FN-SP Non-discrimination, avsnitt 8-10.

⁸⁴⁹ Se bl.a. Craig 2007 s. 67-69 (i forhold til FN-SP) og General comment (5) (1994) avsnitt 15 (i forhold til FN-ØSK).

⁸⁵⁰ Se ILOs General Survey 1996, Equality in Employment and Occupation, pkt. 26.

⁸⁵¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁸⁵² Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder 4 §.

⁸⁵³ ”Situation” er likevel ikke nevnt i selve konvensjonsteksten, sml. ILO C111 (1958) art. 1(1)(b).

Forbudet mot indirekte diskriminering etter aml. § 13-1 første ledd vil omfatte så vel avtalte vilkår, (slik som tariffavtalte kriterier for fastsettelse av lønn), som ensidig fastsatte bestemmelser fra arbeidsgiverens side, (for eksempel ordensregler på arbeidsplassen).

Bestemmelsen må videre forstås slik at den ikke bare gjelder bindende avtalevilkår, men at også utøvelse av styringsrettslig skjønn etter forholdene kan virke diskriminerende, jfr. bl.a. alternativet ”praksis”. Det kan for eksempel være i strid med diskrimineringsforbudet om arbeidsgiver stiller minimumskrav til visse kvalifikasjoner⁸⁵⁴ ved ansettelse, eller sier opp arbeidstaker med direkte begrunnelse i tap av disse kvalifikasjonene. Det kan imidlertid også være i strid med forbudet om arbeidsgiver bruker de angjeldende kvalifikasjoner som avveiningsmomenter ved ansettelse eller ved utvelgelse i en nedbemanningssituasjon.

Forbudet mot indirekte diskriminering vil i regelen være aktuelt der det foreligger en etablert generell praksis eller er fastsatt generelle kvalifikasjonskrav eller retningslinjer. For eksempel kan det være fastsatt generelle kvalifikasjonskrav i forbindelse med en ansettelse⁸⁵⁵ eller generelle avtalte/fastsatte retningslinjer i forbindelse med en nedbemanning.⁸⁵⁶ Imidlertid kan også en enkeltstående handling eller unnlattelse etter forarbeidsdefinisjonen være tilstrekkelig for å overtre forbudet mot indirekte diskriminering. Å karakterisere en enkeltstående handling eller unnlattelse som ”tilsynelatende nøytral” må forutsette en tenkt generalisering: Arbeidsgiver ville ha handlet på samme måte overfor en annen arbeidstaker i en tilsvarende situasjon. Jeg viser til det som skrives nedenfor under pkt. 3.3.3.4 om sammenlikningssituasjonen.

Videre vil forbudet mot indirekte diskriminering i stor utstrekning omfatte samme type handlinger som for direkte diskriminering, og jeg viser til denne drøftelsen, pkt. 3.3.2.2 ovenfor. En styringsrettsbeslutning/avtale om personlige lønnstillegg kan virke indirekte diskriminerende dersom de kriterier den bygger på, er uforholdsmessig vanskelig å oppfylle for personer med (en bestemt type) funksjonsnedsettelse. Videre kan faktiske handlinger som innkjøp og bruk av arbeidsredskaper som ikke er tilpasset personer med funksjonsnedsettelser, virke indirekte diskriminerende. Alternativet ”unnlattelse” kan for eksempel omfatte manglende generelle tiltak for å gjøre arbeidsplassen tilgjengelig for orienterings- og bevegelseshemmede.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ ...som, forutsetningsvis, er uforholdsmessig vanskelige å oppnå for en person med en bestemt type funksjonsnedsettelse...

⁸⁵⁵ Se her til illustrasjon Diskrimineringsombudets sak 06/1841 om krav om førerkort som vilkår for stilling.

⁸⁵⁶ Se aml. § 15-2 tredje ledd bokstav g.

⁸⁵⁷ Se tilsv. NOU 2005: 8 s. 171 hvor Syse-utvalget legger til grunn at “[m]anglende tilrettelegging for mennesker med nedsatt funksjonsevne kan sees som en form for indirekte diskriminering.” Tilsvarende Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 103.

Definisjonen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 tredje ledd er på dette punkt tilsvarende gjeldende rett på arbeidslivets område, og omfatter ”enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre.”⁸⁵⁸

3.3.3.3. Handlingens/forholdets virkninger for en enkeltperson.

På samme måte som for direkte diskriminering, må en person som skal kunne påberope seg brudd på forbudet mot indirekte diskriminering, faktisk komme dårligere ut; hun må altså rammes på en negativ måte av den tilsynelatende nøytrale praksis, handling m.m. I forarbeidene til § 13-1 første ledd uttrykkes dette ved at ”en person stilles dårligere enn andre” og i den svenske 4 § ved uttrykket ”missgynna en arbetssökare eller en arbetstagare”.

At en enkeltperson faktisk er blitt rammet, utgjør ikke noe absolutt vilkår for å konstatere at det foreligger indirekte diskriminering. På bakgrunn av formuleringen i sysselsettingsdirektivets art. 2(b) må det være tilstrekkelig at en generell bestemmelse er *egnet til* å stille en person dårligere som følge av bestemte karakteristika.⁸⁵⁹ For eksempel vil Diskrimineringsombudet kunne slå fast at en stillingsannonse er diskriminerende, og gi pålegg om endring av denne, selv om det ikke kan påvises at noen enkeltperson er kommet dårligere ut.⁸⁶⁰ At handlingen mv. har fått negativ virkning for en enkeltperson, vil imidlertid være et vilkår for at denne skal kunne kreve oppreisning eller erstatning etter aml. § 13-9 første og annet ledd.

Hvilke typer negative virkninger som er relevante, vil antakelig tilsvare hva som gjelder etter forbudet om direkte diskriminering. Blant annet kan en arbeidstaker ha blitt rammet av indirekte diskriminering ved at hun ikke er blitt ansatt, ved at hun er blitt dårligere lønnet eller ved at hun er utvalgt ved oppsigelse på grunnlag av kriterier som er indirekte diskriminerende. Jeg viser til det som er utledet om direkte diskriminering under pkt. 3.3.2.3 ovenfor.

Hvor *mye* kreves for at den enkelte arbeidssøker eller arbeidstaker skal kunne påberope seg at hun er stilt dårligere enn andre, og dermed utsatt for indirekte diskriminering? Forarbeidsdefinisjonens uttrykk ”stilles dårligere” synes ikke å stille særlige kvalifikasjonskrav til ulempen.

Språkversjonene av sysselsettingsdirektivet divergerer. Den danske versjonen krever at handlingen m.m. vil stille personer som tilhører en vernet gruppe ”særlig ufordelaktig”, og kan synes å stille krav om en klart svekket posisjon også for den enkelte. Den tyske språkversjonen synes derimot bare å stille krav om at denne ulempe i særlig stor grad rammer personer fra en vernet

⁸⁵⁸ Se NOU 2005: 8 s. 246 hvor det fremgår at bestemmelsen viderefører gjeldende rett på arbeidslivets område. Dette uttales ikke direkte i odelstingsproposisjonen, men det fremgår at det er standarden for indirekte diskriminering på arbeidslivets område som etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven skal gjelde generelt, se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 101-102.

⁸⁵⁹ Jfr. at den engelske versjonen av direktivets art. 2(b) nytter uttrykket ”would put”, som må oversettes til ”er egnet til å stille”. Se også Strand 2007 s. 131-153 (s. 145).

⁸⁶⁰ Tilsv. NOU 2005: 8 s. 171, hvor Syse-utvalget likevel legger til grunn at det ”først og fremst er anvendelsen av bestemmelsen, betingelsen mv. i forhold til en konkret person som vil kunne utgjøre diskriminering.”

gruppe, her brukes uttrykket ”in besonderer Weise benachteiligen können”.⁸⁶¹ Den engelske versjonen, ”a particular disadvantage” byr på en tredje variant, og synes nærmest å stille krav om ulemper av en spesiell art eller på et spesielt område.⁸⁶² Meningen synes likevel å være at den formelt nøytrale praksis m.m. må ramme en større andel av arbeidstakere i en vernet kategori/med en vernet egenskap enn det som er tilfelle for arbeidstakere flest, *ikke* å stille kvalifikasjonskrav til ulempen som rammer den enkelte.

Norske forarbeider taler videre klart mot at det stilles noe kvalifikasjonskrav til omfanget av de negative virkningene for den enkelte arbeidstaker. I forarbeidene til aml. 1977s likebehandlingskapittel refereres en uttalelse fra Kommunenes Sentralforbund om at en må begrense bruk av begrepet til situasjoner med objektivt konstaterbare virkninger og at arbeidsgiver ikke kan dømmes for indirekte diskriminering bare fordi arbeidstaker har en subjektivt lav terskel for å føle seg diskriminert.⁸⁶³ Departementet tar klart avstand fra KS’ uttalelse:

”Begrepet indirekte diskriminering forbeholdes ikke kun til situasjoner med *objektivt* konstaterbare virkninger, men omfatter også en persons subjektive oppfatning om at vedkommende har blitt utsatt for indirekte diskriminering.”⁸⁶⁴

Lest rett frem synes denne uttalelse likevel temmelig uforståelig. Det kan umulig være meningen at arbeidstakers subjektive oppfatning av at det foreligger indirekte diskriminering skal være ubetinget avgjørende for om en lovovertrødelse foreligger. Utsagnet må i hvert fall tolkes i den konteksten det står: Hvilke konkrete ulemper for den enkelte arbeidstaker som skal til for at vedkommende kan påberope seg forbudet mot indirekte diskriminering. Poenget synes da å være at en vil nedtone kravet til negative virkninger for den enkelte, så lenge det foreligger en generell praksis som er egnet til å gi negative virkninger for den gruppe vedkommende tilhører.⁸⁶⁵ Også annet enn inngripende styringsrettsbeslutninger som avskjed, oppsigelse og omplassering og klare økonomiske ulemper må altså kunne påberopes som indirekte diskriminering.

Konklusjonen vil altså være at det stilles relativt små krav til omfanget av den ulempen den enkelte arbeidstaker er blitt utsatt for.

Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 tredje ledd videreføres kravene til ulempe etter gjeldende rett på arbeidslivets område. Det er tilstrekkelig at en person ”stilles dårligere” på grunn av nedsatt funksjonsevne.

⁸⁶¹ Den svenske versjonen ”särskilt missgynnar” synes bare å stille krav om at kriteriet går ut over vesentlig flere fra den vernede gruppe enn fra kontrollgruppen.

⁸⁶² Den italienske versjon ”possono mettere in una posizione di particolare svantaggio”, synes å støtte opp under dette.

⁸⁶³ Gjengitt i Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3.4.2, s. 33.

⁸⁶⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.3.5.4, s. 36.

⁸⁶⁵ Min tolking svekkes likevel av at uttalelsen gjentas i Innst. O. nr. 52 (2003-2004) s. 8: ”Begrepet indirekte diskriminering omfatter også en persons subjektive oppfatning om at vedkommende har blitt utsatt for indirekte diskriminering.” Her er uttalelsen som en ser ikke en gang relatert til spørsmålet om virkninger. Etter min mening må komitéen her ha oversett konsekvensene av uttalelsen.

Departementet legger likevel til grunn at ”de helt marginale og i praksis ubetydelige ulemper, ikke vil oppfylle lovens vilkår om at personen må stilles ”dårligere””.⁸⁶⁶

3.3.3.4 Sammenlikningssituasjonen. Sammenlikning mellom grupper?

Under dette pkt. tar jeg opp om det er nødvendig for å konstatere indirekte diskriminering at det foreligger en rammet *gruppe* med samme eller liknende funksjonsnedsettelse. Videre blir spørsmålet hva som eventuelt er den relevante sammenlikningsgruppen og på hvilken arena sammenlikningen skal foretas.

Etter ordlyden i den tidligere legal-, nå forarbeidsdefinisjonen, synes det å være tilstrekkelig at en enkeltperson kommer dårligere ut på grunn av sin konkrete individuelle funksjonsnedsettelse. Definisjonen krever at en ”tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse (...) faktisk virker slik at *en person* stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 13–1.”⁸⁶⁷ Det er altså tilsynelatende tilstrekkelig at én person rammes, når dette har en viss sammenheng med vedkommendes funksjonsnedsettelse.⁸⁶⁸

Likevel kan bakgrunnen for instituttet ”indirekte diskriminering” tale mot en slik vid tolking. Forbud mot indirekte diskriminering har tradisjonelt tatt sikte på å verne mot *systematisk* diskriminering, altså diskriminering som rammer *grupper* i forbindelse med egenskaper som er typiske for denne gruppen.⁸⁶⁹ Vernet mot indirekte diskriminering har altså som sitt primære formål å rette opp i systematiske ulikheter mellom grupper. Det synes å være mindre grunn til å sensurere en generell og formelt nøytral praksis som mer tilfeldig rammer en person med en ”vernet” egenskap. Reelle hensyn kan videre tilsi at slike problemer bør løses ved individuell tilrettelegging, ikke ved endring av den generelle normen.

Skal forarbeidsdefinisjonen tolkes snevrere enn det ordlyden umiddelbart tilsier, må en ta utgangspunkt i kravet til årsakssammenheng: Er det individuelle årsaker til at personen kommer dårligere ut, vil en kunne argumentere for at det ikke er ”funksjonshemming” som er årsak til at formell likebehandling fører til reell ulikebehandling.

En slik tilnærming vil forutsette at årsaksfaktoren ”funksjonshemming” vurderes forskjellig ved direkte og indirekte diskriminering. Ved direkte diskriminering – ulik behandling av like tilfeller – må den dårligere behandlingen være en følge av personens individuelle, konkrete

⁸⁶⁶ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 101-102.

⁸⁶⁷ Min kursiv. Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁸⁶⁸ Tilsv. NOU 2005: 8 s. 171, hvor Syse-utvalget tar avstand fra et krav om negative virkninger for en større gruppe, og forutsetter at forbudet mot indirekte diskriminering også får anvendelse hvor grunnen til at den person settes i en dårligere stilling, er ”knyttet til den konkrete og individuelle funksjonsnedsettelsen som vedkommende har.” Direkte gjelder uttalelsen forslaget til ny lovgivning.

⁸⁶⁹ Se i forhold til indirekte kjønnsdiskriminering Lerwall 2001 s. 144-146 og for en kritikk av en slik gruppetenking i EF-retten Lundström 2000 s. 99 flg.

funksjonsnedsettelse. Ved indirekte diskriminering – lik behandling med ulik effekt – vil ”funksjonshemming” som årsaksfaktor i tillegg innebære et krav om typisitet eller normalkonsekvens: For personer med denne type funksjonsnedsettelse vil en formelt lik behandling *gjennomgående* føre til at disse kommer dårligere ut.

Forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd henviser som tidligere vist til forståelsen av begrepet indirekte diskriminering etter gjeldende rett.⁸⁷⁰ Forarbeidene til bestemmelsens forgjengere synes å ha lagt til grunn at indirekte diskriminering forutsetter en negativ effekt *for grupper*: I forarbeidene til aml. 1977 kap XA omtales indirekte diskriminering som en handling m.m. som i praksis får ”en uforholdsmessig stor negativ eller uønsket virkning for visse grupper”. Videre henvises til tidligere gjeldende rett etter aml. 1977 § 55A.⁸⁷¹ Kravet om gruppesammenlikning i forhold til funksjonshemmede kommer også frem i forarbeidene til 2001-endringen i aml. 1977 § 55A:

”I forhold til funksjonshemmede må det da vurderes hvordan det aktuelle kriteriet el. slår ut i forhold til en gruppe personer med en type funksjonshemming i forhold til en gruppe personer som ikke har denne funksjonshemmingen. Eventuelt kan man se på virkningen for funksjonshemmede generelt i forhold til personer som ikke har noen funksjonshemming.”⁸⁷²

I tillegg vises til at ”diskrimineringen gis uttrykk gjennom at en gruppe personer med et visst særpreg sammenliknet med andre har vanskeligere for å oppfylle det aktuelle kriteriet el.”⁸⁷³

Også sysselsettingsdirektivet synes å forutsette at det i utgangspunktet skal foretas en sammenlikning mellom grupper. Etter ordlyden i art. 2(2)(b) kreves at ”personer (...) med et bestemt handicap” stilles særlig ufordelaktig i forhold til ”andre personer”.⁸⁷⁴

En kan etter dette legge til grunn at sammenlikning mellom grupper i hvert fall er et relevant argument for å etablere et utgangspunkt om indirekte diskriminering. Jeg vil derfor først gå inn på hvilke grupper som i tilfelle er relevante å sammenlikne, før jeg seinere drøfter om det i enkelte tilfeller kan være tilstrekkelig at en enkeltperson rammes i forbindelse med sin individuelle funksjonsnedsettelse.

Dersom grupper skal sammenliknes, må en definere hvem som faller innenfor den rammede gruppen og hvem som utgjør den relevante sammenlikningsgruppen. Videre må en bestemme på hvilken arena sammenlikningen skal foregå (i praksis virksomhetsplan eller nasjonalt plan). Viser sammenlikningen at en gruppe med visse karakteristika regelmessig vil komme dårligere ut ved

⁸⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁸⁷¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36 henviser tidligere gjeldende rett samt Ot.prp. nr. 67 (1996-97) side 47.

⁸⁷² Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 11.

⁸⁷³ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 11. Også forarbeidene til den svenske Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder henviser til en sammenlikning mellom *grupper*, se bl.a. SOU 1997:176 s. 112-113.

⁸⁷⁴ Etter det opprinnelige forslaget til Sysselsettingsdirektiv art 2(2)(b) var det tilstrekkelig at en ”tilsynelatende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis *vil kunne berøre en eller flere personer*, på hvem en eller flere af de i artikkel 1 anførte grunde finder anvendelse, ufordelagtigt (...)”, KOM (1999) 565 s. 19. Min kursiv.

bruk av det formelt nøytrale kriteriet, i forhold til personer uten tilsvarende karakteristika, vil det være etablert et utgangspunkt om at bruk av kriteriet virker indirekte diskriminerende.

For noen kriterier kan det fastslås statistisk at de *generelt* rammer personer med funksjonsnedsettelse i større grad enn personer uten funksjonsnedsettelse.⁸⁷⁵ For eksempel kan det statistisk påvises at en større andel personer med funksjonsnedsettelse arbeider deltid i forhold til personer uten slike funksjonsnedsettelse.⁸⁷⁶ En deltidsarbeidende arbeidstaker med funksjonsnedsettelse som blir rammet av et krav om en viss minste arbeidstid for å oppnå et gode, vil altså kunne hevde at dette innebærer indirekte diskriminering pga. funksjonshemming.

Det kan likevel åpenbart ikke stilles som vilkår at kriteriet kan ramme personer med funksjonsnedsettelse generelt.⁸⁷⁷ Et slikt krav ville gi et svært ineffektivt vern. For eksempel vil personer med synshemminger rammes av et krav om førerkort, mens personer med allergier i regelen ikke vil gjøre det. Det må altså i hvert fall være tilstrekkelig at kriteriet rammer personer med en bestemt type funksjonsnedsettelse. Dette støttes også av ordlyden i sysselsettingsdirektivet art 2 (2)(b), som taler om personer med "et bestemt handicap".

Hvem som utgjør sammenlikningsgruppen uttrykkes i definisjonen i forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd kort og godt som "andre". Sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(b) forutsetter som nevnt en sammenlikning med "andre personer." Her er det svenske lovteksten mer utfyllende når det kreves at den enkelte stilles dårligere "jämfört med personer utan sådant funktionshinder".⁸⁷⁸ En må legge til grunn at direktivet, og også arbeidsmiljøloven, forutsetter sammenlikning mellom personer med og uten (en bestemt) funksjonsnedsettelse som befinner seg i en sammenlignbar situasjon. For eksempel kan et krav om at arbeidstaker må ha bestått en rettskrivingstest utestenge 80 % av dyslektikerne og 20 % av personer som ikke er dyslektikere. En dyslektiker som ikke har bestått testen kan da hevde at det vil utgjøre indirekte diskriminering å legge vekt på den.

Et annet spørsmål er på hvilken arena de ulike gruppene skal sammenliknes. Skal en sammenlikne personer med og uten en bestemt funksjonsnedsettelse hos den aktuelle arbeidsgiveren (på virksomhetsplan), eller skal en se på bruken av kriteriet på nasjonalt plan? I forlengelsen av dette blir problemstillingen om det kreves at kriteriet *faktisk* er brukt og at et større antall personer faktisk er rammet av kriteriet, eller om det er tilstrekkelig at en *eventuell* bruk av kriteriet på av nasjonalt plan *ville ha ført til* at et større antall arbeidstakere med denne bestemte funksjonsnedsettelse ville ha blitt rammet.

⁸⁷⁵ Se også sitatet fra Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 11 som er referert ovenfor.

⁸⁷⁶ Se kap. I pkt. 2.

⁸⁷⁷ Slik også Inghammar 2007 s. 289.

⁸⁷⁸ Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder 4 §. Se også sitatet fra forarbeidene til 2001-endingen av aml. 1977 § 55A, Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.3 s. 11, gjengitt ovenfor.

For å illustrere mulige arenaer for sammenlikning kan jeg vise til klagers argumentasjon i Likestillingsklagenemndas sak fra 2001 om de muslimske kvinnene med hijab.⁸⁷⁹ Saken gjaldt spørsmålet om et forbud mot hodeplagg som del av uniformskravene virket indirekte kjønnsdiskriminerende. Her ble det fra saksøkers side argumentert med kjønnskjev effekt på flere arenaer: For det første forelå en faktisk skjevfordeling hos den konkrete arbeidsgiver – her var det bare kvinner som ble rammet. For det annet forelå en faktisk skjev effekt på nasjonalt plan – flere kvinner enn menn hadde rapportert om vansker i arbeidslivet ved bruk av religiøse hodeplagg.⁸⁸⁰ For det tredje forelå en risiko for skjev effekt på nasjonalt plan – de som potensielt kunne rammes av tilsvarende forbud dersom dette ble utbredt hos arbeidsgiverne, var også i hovedsak kvinner. Den siste sammenlikningen gjaldt hovedsakelig hvor mange muslimer (hvor kvinner bruker hodeplagg) i forhold til hvor mange sikher og jøder (hvor menn bruker hodeplagg) det var på det norske arbeidsmarkedet.⁸⁸¹ Her argumenteres altså fra klagers side *både* med faktisk skjevfordeling hos den enkelte arbeidsgiver, faktisk skjevfordeling på nasjonalt plan og risiko for skjevfordeling på nasjonalt plan. Nemndas begrunnelse for resultatet (hvor klager fikk medhold) synes primært å gjelde risiko for skjevfordeling på nasjonalt plan.

Ordlyden i den nåværende forarbeidsdefinisjonen gir ikke svar på hva som er arena for sammenlikningen. Heller ikke forarbeidene går nærmere inn på dette spørsmålet.⁸⁸² Utgangspunktet dersom noen skal sammenliknes, må imidlertid logisk være at de befinner seg i en sammenliknbar situasjon. I forhold til direkte diskriminering vil sammenlikningen være begrenset til den enkelte arbeidsgiver.⁸⁸³ I forhold til indirekte diskriminering vil utgangspunktet også måtte være om det foreligger konkret, faktisk påvisbar skjev effekt hos den enkelte arbeidsgiver. Eksemplet som gis i forarbeidene er at det ”foreligger materiale som viser at det har vært funksjonshemmede søkere til flere stillinger i en virksomhet, men at disse aldri eller svært sjelden er blitt tilsatt fordi de ikke har oppfylt et visst kriterium (...).”⁸⁸⁴

Det kan imidlertid ikke være noe absolutt vilkår at kriteriet faktisk rammer flere med samme type funksjonsnedsettelse hos samme arbeidsgiver. Svært ofte vil det ikke engang være ansatt flere slike arbeidstakere hos denne arbeidsgiveren. Arbeidstaker kan videre være den eneste på sin arbeidsplass i den stilling hvor det er aktuelt å anvende et spesielt kriterium. Er arbeidsgivers handling utslag av regler og retningslinjer med anvendelse også utenfor den enkelte arbeidsplass,

⁸⁷⁹ LKN-2001-8.

⁸⁸⁰ Det var utelukkende kvinner som hadde henvendt seg til Senter mot etnisk diskriminering SMED som følge av slike vansker. Imidlertid er det kjent fra saker i pressen på 1980-tallet at mannlige sikher har møtt vansker i arbeidslivet i forbindelse med bruk av turban.

⁸⁸¹ Grovt forenklet, det er selvsagt ikke alle som tilhører disse gruppene som bruker eller ønsker å bruke religiøse hodeplagg.

⁸⁸² I Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 11 uttales generelt at ”[h]vilke grupper det er relevant å sammenligne må avgjøres konkret i det enkelte tilfelle.”

⁸⁸³ I og med at det som forbyr er den enkelte arbeidsgivers ulike behandling av like tilfeller. Se også EF-domstolens dom av 17. sep 2002 i sak C-320/00. Lawrence m.fl. Saken gjaldt kjønnsdiskriminering mht lønn.

⁸⁸⁴ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 11. Se også den svenske reg. prop. 1997/98:179 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder s. 43: ”I fråga om arbetstagare bör det många gånger vara riktigt att jämföra med arbetstagare i andra grupper hos arbetsgivaren.”

for eksempel tariffavtale eller generell bransjepraksis, må indirekte diskriminering kunne påvises uten at det foreligger flere rammede i den enkelte virksomhet.

Det kan heller ikke være nødvendig for saksøker å påvise at kriteriet faktisk brukes og har skjev effekt på nasjonalt plan. Dersom slik faktisk nasjonal skjeveffekt skal bevises, må dette være ved hjelp av statistikk. Om det skal kreves statistisk materiale vil etter direktivet være opp til nasjonale myndigheter å avgjøre, se bl.a. sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 15.⁸⁸⁵ I forarbeidene til den norske lov om *etnisk* diskriminering tar lovutvalget uttrykkelig avstand fra at det skulle være nødvendig med statistisk materiale for å etablere en presumpsjon for indirekte diskriminering.⁸⁸⁶ Tilsvarende uttalelser finnes ikke i forarbeidene til arbeidsmiljølovens kapittel 13 eller i forarbeidene til forgjengeren, aml. 1977 kap. XA. I mangel av uttalelser må en da gå ut fra det alminnelige prinsipp om fri bevisbedømmelse gjelder, og at statistisk materiale ikke utgjør noe absolutt krav.

Syse-utvalgets innstilling tar eksplisitt avstand fra et krav om statistisk bevis, ut fra konkrete vansker og prinsipielle betenkeligheter med å finne frem til relevante data. "Utvalget mener (...) at det *ikke skal kreves statistisk materiale* om at større eller mindre grupper av mennesker med nedsatt funksjonsevne kommer dårligere ut som følge av en bestemmelse, betingelse mv."⁸⁸⁷ Uttalelsen gjelder direkte forslaget til ny lovgivning.

Spørsmålet må etter dette være om det kreves at en *hypotetisk* bruk av tilsvarende kriterier i en nasjonal kontekst har potensiale til å ramme et større antall arbeidstakere med denne type funksjonsnedsettelse. I praksis vil dette innebære et *typisitetstkrav* – kriteriet mv. må ramme personen pga. egenskaper som er typiske for hennes funksjonsnedsettelse.

Tenker vi oss at arbeidsgiver stiller krav om førerkort for å inneha en viss stilling, vil et slikt krav ha en negativ effekt overfor synshemmede, ettersom andelen av synshemmede med førerkort er lavere enn for personer uten synshemminger. Vilkåret vil derimot ikke ha noen negativ effekt overfor hørselshemmede generelt, ettersom det ikke kan påvises at andelen av hørselshemmede med førerkort er lavere enn for personer uten hørselshemminger.⁸⁸⁸ En hørselshemmet som på grunn av sin hørselshemming har utviklet sterk sjenanse og derfor ikke har klart å gjennomføre kjøreopplæring, kan likevel individuelt rammes av et krav om førerkort som følge av sin funksjonsnedsettelse. Spørsmålet blir da om slik individuell effekt er tilstrekkelig for å etablere et utgangspunkt om indirekte diskriminering.

I forarbeidene til sysselsettingsdirektivet av 2000 uttales om forbudet mot indirekte diskriminering at en bygger på EF-domstolens praksis i saker som gjelder fri bevegelighet, særlig

⁸⁸⁵ I forarbeidene til sysselsettingsdirektivet, KOM (1999) 565, vises til praksis i saker som gjelder fri bevegelighet, ikke saker som gjelder kjønnsdiskriminering, se s. 8.

⁸⁸⁶ NOU 2002: 12 s. 242.

⁸⁸⁷ Min kursiv. NOU 2005: 8 s. 171. Tilsvarende (om enn noe indirekte) Ot. prp. nr. 44 (2007-2008) s. 104.

⁸⁸⁸ Dette er et tenkt eksempel, jeg kjenner ikke til statistikk på området.

O'Flynn-saken.⁸⁸⁹ Denne avgjørelsen synes å gi støtte til et typisitetskrav. Her la EF-domstolen til grunn at en nasjonal forskrift er indirekte diskriminerende hvis den "etter selve sin karakter er egnet til i høyere grad at berøre vandrende end indenlandske arbeidstagere og dermed risikerer navnlig at stille de vandrende arbeidstagere ringere."⁸⁹⁰ Dette utlegges i forarbeidene til sysselsettingsdirektivet slik at praksis m.m. vil være indirekte diskriminerende "hvis den i sig selv innebærer sandsynlighet for at kunne berøre en eller flere personer ufordelagtigt under henvisning til de i artikkel 1 anførte grunde."⁸⁹¹ Uttalelsenes formulering om at bestemmelsen "etter selve sin karakter"/"i sig selv" er egnet til å stille visse personer dårligere kan gi støtte til et krav om at denne risikoen skal være typisk.

Uttalelsene knytter seg riktignok ikke til den vedtatte tekst, men til et tidligere utkast. Formuleringen i det *vedtatte* forslag gir likevel sterkere støtte til et typisitetskrav enn forslaget. I det opprinnelige utkastet til definisjon art 2(2)(b) ble bare krevd at den tilsynelatende nøytrale praksis mv. "vil kunne berøre en eller flere personer, på hvem en eller flere af de i artikkel 1 anførte grunde finder anvendelse, ufordelagtigt".⁸⁹² Den vedtatte tekst er snevrere, her kreves at bestemmelsen m.m. "vil stille personer med (...) et bestemt handicap, (...) særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer".⁸⁹³

Det fremgår ikke av tilgjengelige forarbeider hva som var meningen med endringen. Det er mulig at den har sammenheng med at det samtidig ble vedtatt en begrensning i definisjonen av indirekte diskriminering, art. 2 (2)(b)(ii), hvoretter indirekte diskriminering ikke vil foreligge dersom "arbejdsgiveren (...) i medfør af den nationale lovgivning er nødt til at træffe passende foranstaltninger for så vidt angår personer med et bestemt handicap i henhold til principperne i artikkel 5 med henblik på at afhjælpe ufordelagtige virkninger af denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis." Nasjonalt fastsatt plikt til tilrettelegging kan altså komme i stedet for endring av den generelle normen. Endringen *kan* gi uttrykk for en forutsetning om at problemer som har forbindelse med individuelle funksjonsnedsettelse fortrinnsvis bør løses ved individuell tilrettelegging, ikke endring av normen.

Oppsummert synes ordlyden i den tidligere legal-/nå forarbeidsdefinisjonen ikke å stille noe krav om negativ gruppeeffekt etter norsk rett. Øvrige norske forarbeider og den EF-rettslige

⁸⁸⁹ KOM(1999) 565 endelig s. 8.

⁸⁹⁰ Sak C-237/94 John O'Flynn v Adjudication Officer, avgjørelse av 23. mai 1996, avsnitt 20.

⁸⁹¹ KOM(1999) 565 endelig s. 8.

⁸⁹² Min kursiv. KOM(1999) 565 endelig s. 19. Engelsk tekst "is liable to affect adversely a person or persons". Teksten er ikke endret i KOM (2000) 652.

⁸⁹³ Min kursiv. Engelsk versjon "would put persons having (...) a particular disability (...) at a particular disadvantage compared with other persons".

bakgrunnen gir et mer broket bilde. Samlet synes imidlertid bestemmelsens forhistorie å forutsette at den negative effekten må være utslag av en risiko som ikke er helt atypisk.

Reelle hensyn kan tale *mot* et typisitetstkrav i forhold til indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming. I forhold til kjønnsdiskriminering og diskriminering på grunnlag av statsborgerskap vil det – i hvert fall som den store hovedregel – ikke være vanskelig å avgrense de grupper som er gjenstand for sammenlikning. Personer med funksjonsnedsettelse utgjør imidlertid en uensartet gruppe, med svært forskjellige forutsetninger og behov. Det vil være vanskelig både å avgrense hvilken gruppe som skal utgjøre den ”rammede referansegruppe” og å finne ut hvor stor andel av denne som blir rammet av det aktuelle kriteriet. Det er på denne bakgrunn at Syse-utvalgets innstilling generelt avviser et krav om gruppeeffekt: ”I motsetning til kjønn, finnes mange ulike former for funksjonsnedsettelse, som også innbyrdes kan gi seg utslag på svært forskjellige måter. Grunnen til at en person settes i en dårligere stilling, kan være knyttet til den konkrete og individuelle funksjonsnedsettelsen som vedkommende har. Denne formen for diskriminering er derfor ikke egnet til gruppetenkning på samme måte som for kjønn.”⁸⁹⁴ Uttalelsen gjelder direkte forslaget til ny lovgivning, men argumentasjonen kan også ha overføringsverdi i forhold til gjeldende rett.⁸⁹⁵

Reelle hensyn kan imidlertid også tale *for* et typisitetstkrav. Som nevnt innledningsvis, vil det i praksis være umulig for arbeidsgiver å forutse om en formelt nøytral praksis m.m. vil føre til at en enkelt arbeidstaker stilles dårligere på grunn av dennes individuelle funksjonsnedsettelse. Det synes på denne bakgrunn urimelig at en slik handling/praksis skal kunne gi grunnlag for krav om oppreisning eller om generell endring av praksis. Derimot vil det være rimelig at den enkelte arbeidstaker i en slik situasjon skal kunne kreve individuell tilrettelegging, for eksempel i form av at en fraviker normen i det konkrete tilfellet. Et slikt krav om individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5 er imidlertid selvstendig og ikke avhengig av at man kan konstatere direkte eller indirekte diskriminering.

Vi kan sammenfatte drøftelsen under pkt. 3.3.3.4 slik: Indirekte diskriminering foreligger når arbeidsgiver anvender de samme kriterier på alle arbeidstakere innen samme kategori, men hvor disse kriterier i den praktiske virkelighet er egnet til å ramme en større andel av personer med (en bestemt) funksjonsnedsettelse enn personer uten (denne bestemte) funksjonsnedsettelsen. Det stilles etter gjeldende norsk rett et krav om at personen rammes ”på grunn av funksjonshemmingen”. Når handlingen ikke er direkte begrunnet ut fra funksjonsnedsettelsen, (direkte diskriminering) må

⁸⁹⁴ NOU 2005: 8 s. 171.

⁸⁹⁵ Den foreslåtte legaldefinisjonen av indirekte diskriminering i arbeidslivet i utkastet til diskriminerings- og tilgjengelighetslov § 4 fjerde ledd er i praksis identisk med definisjonen i forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 13-1 og Syse-utvalget legger til grunn at forslaget er i samsvar med gjeldende rett. Se NOU 2005: 8 s. 169-170.

kravet til årsakssammenheng i realiteten innebære et krav om typisitet, det vil si at denne type praksis generelt er egnet til å ramme personer med en bestemt form for funksjonsnedsettelse. Ellers vil en lett si at sammenhengen mellom funksjonsnedsettelsen og det forhold at denne konkrete personen rammes, er for avledet og tilfeldig. Ofte vil det være åpenbart at et visst krav - for eksempel til førerkort - er egnet til å ramme personer med en viss type funksjonshemming - for eksempel synshemmede. Det kan da ikke kreves statistikk som viser at dette kriteriet faktisk brukes på nasjonal basis og faktisk rammer mange synshemmede. I andre tilfeller kan sammenhengen mellom funksjonsnedsettelsen og den dårligere behandlingen være mindre åpenbar. Det vil da bero på en konkret vurdering hva som skal til for å etablere en presumpsjon for indirekte diskriminering.

3.3.4. Krav om tilrettelegging som del av forbudet mot diskriminering.

3.3.4.1. Utgangspunkt og problemstilling.

Funksjonshemming kan defineres som et manglende samsvar mellom individets forutsetninger og omgivelsenes krav.⁸⁹⁶ Dette viser et viktig poeng med hensyn til diskriminering på grunn av funksjonshemming: Dersom arbeidsmiljø og arbeidsvilkår er tilpasset forutsetningene til arbeidstakere uten funksjonsnedsettelser, vil formell likebehandling ikke være tilstrekkelig for å oppnå reell likebehandling. En endring av omgivelsenes innretning kan være nødvendig for at personer med funksjonsnedsettelser skal kunne konkurrere på reelt like vilkår.

Tiltak for å tilpasse arbeidssituasjonen til arbeidstakere med funksjonsnedsettelser kan blant annet omfatte teknisk tilrettelegging (f.eks. ombygging, hjelpemidler); organisatorisk tilrettelegging (f.eks. tilpassing av arbeidsoppgaver eller arbeidstid) samt i noen tilfeller også (gjen-)opptrenings- og (gjen-) opplæringstiltak. Arbeidsgiver kan også tilrettelegge for å motvirke vansker i arbeidet som skyldes fordommer hos arbeidskamerater/kunder/publikum.⁸⁹⁷ Det er altså *barrierene* i arbeidet; fysiske, holdningsmessige og organisatoriske, som fjernes ved tilrettelegging.⁸⁹⁸

Behov for tilrettelegging er typisk, men ikke eksklusivt, for arbeidstakere med funksjonsnedsettelser. Etter hvert som nye grupper har fått innpass på arbeidsmarkedet, har det vært nødvendig å endre arbeidslivets innretning for å legge til rette for disse. Da kvinner fikk innpass i yrker som tidligere i praksis hadde vært forbeholdt menn, var det for eksempel nødvendig å tilrettelegge toalett- og garderobefasiliteter. Etter hvert som nye religiøse grupper er kommet inn på det norske arbeidsmarkedet har det vært nødvendig at arbeidsgiver gir fri på andre religiøse høytids-

⁸⁹⁶ Se kapittel I pkt. 1.4 om funksjonshemming som relasjonsbegrep.

⁸⁹⁷ For en nærmere drøftelse av hvilke tiltak som kan være aktuelle, se kapittel VI pkt. 2.3.2 om tilretteleggingstiltak.

⁸⁹⁸ Se ovenfor under dette kapittel pkt. 2.2.

dager,⁸⁹⁹ tilpasser uniformsreglement til religiøse kleskoder, omfordeler arbeidsoppgaver som følge av religiøse tabuer etc. En plikt til å tilpasse arbeidssituasjon m.m. til ”nye” grupper har i disse tilfeller ofte vært begrunnet ut fra forbud mot indirekte diskriminering.⁹⁰⁰ Ettersom funksjonsnedsettelse er av svært forskjellig art og gruppen funksjonshemmede i liten utstrekning har felles karakteristika, vil generell (gruppe-)tilrettelegging ofte ikke være tilstrekkelig, og heller ikke praktisk mulig, for arbeidsgiver. Individuell tilpasning av arbeidet er ofte nødvendig og hensiktsmessig i forhold til disse arbeidstakerne.

Ifølge aml. § 13-5 skal arbeidsgiver ”så langt det er mulig iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker med funksjonshemming skal kunne få eller beholde arbeid, utføre og ha fremgang i arbeidet og ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling. Dette gjelder ikke dersom tiltakene vil innebære en uforholdsmessig stor byrde for arbeidsgiver.” Bestemmelsen bygger på sysselsetningsdirektivets art. 5, hvoretter arbeidsgiver for å sikre likebehandling skal foreta ”tilpasninger i rimelig omfang”, med mindre han ”derved pålægges en uforholdsmessig stor byrde.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven regulerer arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging i § 12 første ledd: ”Arbeidsgiver skal foreta rimelig individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å sikre at en arbeidstaker eller arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne kan få eller beholde arbeid, ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet på lik linje med andre.” Det følger av § 12 femte ledd at plikten ikke omfatter ”tilrettelegging som innebærer en uforholdsmessig byrde.”

Tilpasningsplikten bredde og dybde tas opp i detalj under avhandlingens kap. VI pkt. 2.3 om tilrettelegging under arbeidsforholdet, hvor den sammenliknes med tilretteleggingsplikten overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne etter aml. § 4-6. Noen spesialproblemstillinger ved ansettelse tas opp under kap. V pkt. 4.4.3 flg. Under dette pkt. vil jeg ta opp hvordan plikten til individuell tilrettelegging forholder seg til forbudene mot diskriminering på grunn av funksjonshemming; først om plikten til tilrettelegging *supplerer* forbudet mot direkte diskriminering; deretter om plikten *gjør unntak fra* forbudet mot indirekte diskriminering og til sist om unnlatt tilrettelegging i seg selv *utgjør* diskriminering på grunn av funksjonshemming.

3.3.4.2. Tilrettelegging og forbudet mot direkte diskriminering. ”Tilsvarende situasjon” etter pliktig tilrettelegging.

Forbudet mot direkte diskriminering gjelder dårligere behandling på grunn av funksjonshemming i en ”tilsvarende situasjon”, jfr. forarbeidsdefinisjonen.⁹⁰¹ Arbeidsgiver har etter aml. § 13-5 plikt til ”så langt det er mulig [å] iverksette nødvendige tiltak” bl.a. ”for at arbeidstaker med

⁸⁹⁹ Se f.eks. aml. § 10-10 femte ledd.

⁹⁰⁰ Se f.eks. LKN-2001-8 hvor et hotells uniformsreglement som ikke tillot hodeplagg ble ansett indirekte kjønnsdiskriminerende.

⁹⁰¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

funksjonshemming skal kunne få eller beholde arbeid, utføre og ha fremgang i arbeidet” med mindre ”tiltakene vil innebære en uforholdsmessig stor byrde for arbeidsgiver.” Denne plikten gjelder overfor arbeidssøker og gjennomgående under hele arbeidsforholdet. Hvilken betydning har plikten til tilrettelegging i forhold til forbudet mot direkte diskriminering?

I den tidligere aml. 1977 § 55A annet ledd in fine gikk det klart frem av lovteksten at plikten til tilrettelegging inngikk som en del av diskrimineringsforbudet: ”Ved vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av funksjonshemming, skal det tas hensyn til om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt arbeidsplassen for den funksjonshemmede.”⁹⁰² Aml. 1977 kap XA (2004) hadde ingen tilsvarende formulering, men det fremgikk av § 54F at arbeidsgiver skulle tilrettelegge ”[f]or å sikre likebehandling”.⁹⁰³ I 2005-loven § 13-5 er også denne henvisningen til likebehandlingsprinsippet tatt ut. Bestemmelsen bygger imidlertid på sysselsetningsdirektivet art 5, hvor tilpasningsplikten også knyttes til plikten til å sikre likebehandling, se art. 1. Vi har sett at forarbeidene til aml. § 13-1 første ledd, i samsvar med sysselsetningsdirektivets art. 2(2)(a), definerer direkte diskriminering som dårligere behandling i en ”tilsvarende situasjon”. Når formålet med tilpasningsplikten er å sikre likebehandling, synes det logisk at også pliktig individuell tilrettelegging går inn i vurderingen av hva som utgjør en ”tilsvarende situasjon.” Forbudet mot direkte diskriminering i aml. § 13-1 første ledd må altså forstås slik at plikten til individuell tilrettelegging får betydning for om det foreligger en ”tilsvarende situasjon”.⁹⁰⁴

Plikten til tilrettelegging utgjør altså et *supplement* til forbudet mot direkte diskriminering ved at den påfører arbeidsgiver ytterligere plikter. Selv om en arbeidstakers funksjonsnedsettelse i utgangspunktet medfører vansker med å utføre arbeidet, skal arbeidsgiver se bort fra dette så langt som pliktig tilrettelegging ville ha kompensert for denne påvirkningen. Kostnadene og ulempene med individuelle tilretteleggingstiltak opp til grensen for ”uforholdsmessig stor byrde” er da irrelevante ved en arbeidsrettslig avgjørelse.

Dette innebærer blant annet at en arbeidssøkers kvalifikasjoner for en stilling må vurderes uavhengig av kostnader til tilrettelegging, opp til grensen for ”uforholdsmessig stor byrde”. En arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan ikke anses på særvilkår dersom vedkommende ville kunne utføre en normal arbeidsinnsats ved pliktige individuelle tilretteleggingstiltak. Arbeidsgiver

⁹⁰² ”Forskjellsbehandling” omfatter både direkte og indirekte forskjellsbehandling. ”Forskjellsbehandling” i aml. 1977 tilsvarer ”diskriminering” i aml. 2005.

⁹⁰³ Min kursiv.

⁹⁰⁴ Denne koblingen fremgår klart av den svenske Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder 6 § om ”Stöd- och anpassningsåtgärder”: ”Diskrimineringsförbudet i 3 § [forbudet mot direkte diskriminering, min anm.] gäller, i de fall som anges i 5 §, även när arbetsgivaren genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder kan se till att den som har ett funktionshinder kommer i en jämförbar situation med personer utan sådant funktionshinder.” Se også Inghammar 2007 s. 294-296.

kan heller ikke fordele arbeidsoppgavene slik at arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse bare får rutineoppgaver, fordi han ikke ønsker å tilrettelegge for mer utfordrende arbeidsoppgaver.

Tilretteleggingskostnader kan heller ikke være grunnlag for å fravike ansiennitet i en oppsigelses- eller permitteringsituasjon.

Hva som utgjør en ”tilsvarende situasjon” vil også *begrenses* av tilretteleggingsplikten.

Dersom kostnadene og/eller ulempene ved å tilrettelegge overstiger det som anses som en ”uforholdsmessig stor byrde” vil arbeidsgiver kunne ta hensyn til dette. Det vil da ikke foreligge dårligere behandling i en ”tilsvarende situasjon”, og dermed heller ikke direkte diskriminering pga. funksjonshemming.

3.3.4.3. Tilrettelegging og forbudet mot indirekte diskriminering. Alternative veier til reell likebehandling?

I forhold til forbudet mot indirekte diskriminering synes problemstillingen å være en annen: Kan arbeidsgiver velge å tilrettelegge for den enkelte arbeidstaker som et *alternativ* til en generell endring av den norm/praksis som virker indirekte diskriminerende?

Vi kan for eksempel tenke oss en arbeidsplass som av hygieniske årsaker har forbud mot dyr i arbeidslokalene. Dette innebærer at blinde som er avhengige av førerhund stilles dårligere, og et slikt forbud vil derfor virke indirekte diskriminerende. Vi forutsetter videre at forbudet ikke kan legitimeres generelt i forhold til den rammede gruppen, se aml. § 13-3 annet ledd. Spørsmålet vil da være om arbeidsgiver vil ha plikt til å endre normen slik at det gjøres generelt unntak for førerhunder for blinde, eller om han kan opprettholde det generelle forbudet og nøye seg med å tilrettelegge for den konkrete arbeidssøker/arbeidstaker Kari Ås. Den praktiske forskjellen mellom endring av normen og individuell tilrettelegging vil være at generell endring av normen medfører gruppefordeler for andre blinde arbeidssøkere eller arbeidstakere. Disse vil kunne henvise til det generelle unntaket fra normen, og vil ikke være avhengig av å kreve individuell tilrettelegging.

Tilretteleggingsplikten omhandles i to artikler i sysselsettingsdirektivet. For det første har arbeidsgiver etter art. 5 plikt til tilrettelegging som er nødvendig for å sikre ”likebehandling” av personer med funksjonsnedsettelser. ”Likebehandling” defineres i art 2(1) som fravær av direkte og indirekte ”forskelsbehandling”. Her opptrer tilretteleggingsplikten tilsynelatende som et *supplement* til forbudet mot så vel direkte som indirekte diskriminering. For det annet gjøres det i art. 2(2)(b)(ii) *unntak* fra forbudet om indirekte diskriminering dersom det foreligger plikt til tilrettelegging etter nasjonal rett: Det foreligger ikke indirekte diskriminering etter direktivet dersom arbeidsgiveren ”i medfør af den nationale lovgivning er nødt til at træffe passende foranstaltninger for så vidt angår personer med et bestemt handicap i henhold til principperne i artikel 5”, for å

avhjelpe de ellers diskriminerende virkninger av en generell praksis. Dette forbeholdet kom inn svært seint i lovgivningsprosessen,⁹⁰⁵ og det fremgår ikke av tilgjengelige forarbeider til direktivet hva som er formålet med unntaket.

En følge av begrensningen i sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(b)(ii) synes å være at det ikke på EF-rettslig basis kan kreves noen generell endring av reglementer eller praksis i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Den praktiske begrunnelsen for dette er trolig at funksjonsnedsettelse er av så forskjellig karakter at det vil være faktisk umulig for arbeidsgivere å unngå at generell praksis etc. kan virke indirekte diskriminerende på personer med spesielle funksjonsnedsettelse. Det kan da virke urimelig for arbeidsgiver om han i alle slike tilfeller skal måtte påvise generelt at en bestemmelse er legitim etter sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(b)(i), for å unngå sanksjoner for brudd på forbudet mot indirekte forskjellsbehandling. Virkningen av forbeholdet er imidlertid at det EF-rettslige forbudet mot indirekte diskriminering i liten grad medfører gruppefordeler for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.⁹⁰⁶ Forbudet hindrer altså ikke en nasjonal lovgivning hvor det ikke er anledning til å sette til side en generell norm som virker indirekte diskriminerende, så lenge arbeidsgiverne etter den nasjonale lovgivningen har plikt til (og mulighet for) å tilrettelegge for den enkelte arbeidstaker.⁹⁰⁷

Ved den norske gjennomføringen har en imidlertid ikke tatt stilling til om individuell tilrettelegging kan være et alternativ til endring av den generelle normen. Problemstillingen kommenteres ikke i forarbeidene. Forbudet mot indirekte diskriminering, slik det fremgår av den norske forarbeidsdefinisjonen, gjør ikke noe unntak for tilfeller hvor arbeidsgiveren har plikt til å tilrettelegge eller har tilrettelagt. Videre slår aml. § 13-9 tredje ledd med bred penn fast at "[b]estemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter mv., som er i strid med bestemmelsene i dette kapittel, er ugyldige."

Prinsipielt innebærer altså ikke adgangen til individuell tilrettelegging noe unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering etter gjeldende norsk rett. En generell norm eller praksis mv. som blir anvendt av en arbeidsgiver, kan være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering selv om arbeidsgiver sørger for individuell tilrettelegging for de konkrete arbeidstakere som rammes. Det må da i utgangspunktet være anledning til å kreve normen satt til side.

I praksis kan det likevel være glidende overganger mellom individuell organisatorisk tilrettelegging og generell endring av norm eller praksis: En måte å endre normen på vil være å sette inn et generelt unntak for bestemte grupper av personer med funksjonsnedsettelse (for eksempel

⁹⁰⁵ Det er ikke med i det endelige forslaget av oktober 2000, KOM(2000) 652 endelig.

⁹⁰⁶ Se nærmere Whittle 2002 s. 303 flg. (s. 310-311) og Waddington og Hendriks 2002 s. 415-416.

⁹⁰⁷ Se for en kritikk av direktivets utforming på dette pkt. se Hosking 2006 s. 667-689 (s. 684).

slik at det er forbudt med dyr i arbeidslokalene med unntak av førerhunder for blinde). Er den potensielt rammede gruppe mindre eller vanskeligere å avgrense, kan det være aktuelt med en generell unntaksadgang i normen (for eksempel slik at det skal gjøres unntak der dette er nødvendig for å møte behovet til personer med funksjonsnedsettelse). I sistnevnte tilfelle vil den enkelte arbeidstaker måtte begrunne at hennes behov tilsier at vilkårene for unntak er oppfylt, og situasjonen vil da ikke være vesensforskjellig fra situasjonen hvor arbeidstaker er henvist til å kreve individuell tilrettelegging.

Spørsmålet må videre ses i sammenheng med håndhevingsadgangen. Forbudet mot indirekte diskriminering kan håndheves via/av Diskrimineringsombudet eller Diskrimineringsnemnda eller via domstolene. Nemnda kan i utgangspunktet gi pålegg om å endre en generell praksis som virker indirekte diskriminerende, ldogl. § 7 annet ledd første pkt. Om arbeidsgiver har plikt til eller har foretatt individuell tilrettelegging kan imidlertid få betydning for om et slikt vedtak i et konkret tilfelle er forholdsmessig.⁹⁰⁸ Vilkårene for at den enkelte arbeidstaker eller en interesseorganisasjon skal kunne kreve endring av en generell norm som virker indirekte diskriminerende tas opp under pkt. 4.4 nedenfor.

3.3.4.4. Unnlatt tilrettelegging som selvstendig brudd på diskrimineringsforbudet.

En tredje problemstilling vil være om unnlatt individuell tilrettelegging i seg selv utgjør diskriminering.

Verken ordlyden i aml. § 13-1 eller forarbeidsdefinisjonene av direkte og indirekte diskriminering gir noe klart svar på spørsmålet om unnlattelse av å tilrettelegge skal anses som diskriminering. Dette følger heller ikke av ordlyden i aml. § 13-5 eller sysselsettingsdirektivet.⁹⁰⁹ Den tidligere henvisning til at tilrettelegging har som formål å sikre "likebehandling", aml. 1977 § 54F, er ikke gjentatt i 2005-bestemmelsen. Det er likevel klart at formålet med tilretteleggingsbestemmelsen er å sikre likebehandling og det uttales videre i forarbeidene til aml. § 13-5 at det er meningen at unnlatt tilrettelegging skal anses som diskriminering.⁹¹⁰ Det er derfor klart at unnlattelse av å foreta pliktig individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5 i prinsippet kan utgjøre diskriminering på grunnlag av funksjonshemming.

Dette innebærer at rettsmidler og sanksjoner som gjelder for brudd på forbud mot diskriminering også kan gjøres gjeldende i forhold til en ren unnlattelse av å tilrettelegge. En

⁹⁰⁸ Se Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 70 og nærmere nedenfor under pkt. 4.3.2.

⁹⁰⁹ Waddington 2005 s. 121-122 legger til grunn at sysselsettingsdirektivet ikke krever at manglende tilrettelegging anses som diskriminering.

⁹¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327. Se også Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 71.

arbeidstaker med funksjonsnedsettelse vil kunne kreve oppreisning etter aml § 13-9 første ledd på grunnlag av unnlatt tilrettelegging og erstatning for økonomisk tap etter aml § 13-9 annet ledd på samme grunnlag. Videre vil Diskrimineringsnemnda ha kompetanse til å pålegge retting, se bl.a. Idol. § 7 annet ledd første pkt.⁹¹¹

I regelen vil det ta noe tid å vurdere og å gjennomføre individuelle tilretteleggingstiltak. Det kan derfor være vanskelig å avgjøre på hvilket tidspunkt diskrimineringsforbudet er overtrådt, og adgangen til å ilegge sanksjoner inntreffer. Arbeidsgivers passivitet kan også ha sammenheng med manglende medvirkning fra arbeidstakers side når det gjelder tilrettelegging. I et løpende arbeidsforhold vil det derfor neppe være aktuelt å ilegge sanksjoner før det foreligger en temmelig klar overskridelse av hva som kan anses for en rimelig tidsfrist for å vurdere og å iverksette tilpassningstiltak.

Også etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven vil manglende individuell tilrettelegging anses som diskriminering, se dtgl. § 12 sjette ledd.⁹¹² Syse-utvalget gikk inn for at den primære reaksjonsformen i forhold til manglende fysisk tilrettelegging skulle være retting, ikke oppreisning.⁹¹³ Dette ble imidlertid ikke fulgt opp av Barne- og likestillingsdepartementet.⁹¹⁴

3.3.5. Funksjonshemming og arbeidsutførelse.

3.3.5.1. Innledning og problemstilling videre.

I mange tilfeller vil en arbeidstakers funksjonsnedsettelse ikke påvirke hennes mulighet for å utføre arbeidsoppgavene i en bestemt stilling. Likevel er det typisk for diskrimineringsgrunnen ”funksjonshemming” i større grad enn for diskrimineringsgrunner som kjønn, etnisitet, seksuell orientering mv., at arbeidstakers individuelle karakteristika vil kunne påvirke hennes mulighet for å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. Under pkt. 3.3.5 vil jeg drøfte om og hvordan forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming kan anvendes på tilfeller hvor funksjonsnedsettelsen faktisk har eller kan forventes å ha negativ virkning for arbeidsutførelsen. Herunder vil jeg utvikle ulike modeller eller tilnæringsmåter som jeg så anvender på ulike praktiske typetilfeller. Hvor store vansker som *konkret* skal til for at det vil være legitimt å stille arbeidstaker dårligere vil ikke tas opp her, men nedenfor under pkt. 3.3.6.2/3.3.6.3 samt i avhandlingens spesielle del.

⁹¹¹ Sml. LDN-2007-21, hvor vedtaket gikk ut på at ”A har ikke oppfylt tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 13-5 overfor B.”

⁹¹² Se nærmere Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 186-187 og tilsv. NOU 2005: 8 s. 257.

⁹¹³ NOU 2005: 8 s. 248 og utkastet § 15 tredje ledd og § 16 første ledd.

⁹¹⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 226-227.

Problemstillingen vil være om dårligere behandling på grunn av slike reelle vansker i arbeidet som har sammenheng med en funksjonsnedsettelse omfattes av forbudet mot *direkte* diskriminering, av forbudet mot *indirekte* diskriminering, eller eventuelt faller helt *utenfor* diskrimineringsforbudene fordi det ikke foreligger årsakssammenheng mellom den dårligere behandlingen og diskrimineringsgrunnlaget ”funksjonshemming”.

Det er etter norsk rett i utgangspunktet ikke forskjeller i rettsvirkningene ved brudd på forbudene mot henholdsvis direkte og indirekte diskriminering, aml. § 13-9. Men det skal forutsetningsvis mer til for å legitimere direkte forskjellsbehandling, se nærmere nedenfor under pkt. 3.3.6.2. Det vil altså i utgangspunktet ha betydning om en handling eller en praksis blir karakterisert som direkte eller indirekte diskriminering.

Direkte diskriminering foreligger etter forarbeidsdefinisjonen dersom ”en person av grunner nevnt i § 13-1 behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.”⁹¹⁵ Spørsmålet om det foreligger en ”tilsvarende situasjon” skal – jfr. drøftelsen ovenfor under pkt. 3.3.4.2 – vurderes i forhold til hva som kan oppnås ved pliktig individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5. Forbudet begrenses videre av aml. § 13-3 første ledd: ”Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.”

Arbeidsmiljøloven stiller altså tilsynelatende flere kumulative vilkår for å konstatere direkte diskriminering: Det må foreligge en ”dårligere behandling” i en ”tilsvarende situasjon”; behandlingen må skyldes ”funksjonshemming” og den må ikke være ”nødvendig for utførelse av arbeid eller yrke” (mv.). I praksis vil vilkårene i stor utstrekning gli over i hverandre, som jeg viser nedenfor. Fokus for vurderingen kan likevel være forskjellig i forhold til om en primært ser dette som et spørsmål om årsakssammenheng; som et spørsmål om situasjonene er tilsvarende eller som et spørsmål om det foreligger et nødvendig yrkeskrav. I det første tilfellet vil fokus være på skillet mellom på den ene side ”funksjonshemming” og på den annen side arbeidsutførelse. Stilles spørsmålet om det foreligger en ”tilsvarende situasjon” vil fokus i realiteten rettes mot plikten til individuell tilrettelegging.⁹¹⁶ I forhold til unntaksbestemmelsen i § 13-3 første ledd vil fokus være på de generelle krav som kan stilles ut fra stillingens karakter.

I det følgende tar jeg først opp årsakskravet; deretter unntaket for nødvendige yrkeskrav; for til slutt å gå inn på tilsvarende situasjon/tilrettelegging.

⁹¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁹¹⁶ Se nærmere ovenfor under pkt. 3.3.2.5 om ”Sammenlikningssituasjonen” ved direkte diskriminering.

Første tilnæringsmåte i forhold til direkte diskriminering setter altså fokus på hva som er årsaken til den dårligere behandlingen. Forbudet i aml. § 13-1 første ledd omfatter diskriminering ”på grunn av (...) funksjonshemming”. Spørsmålet blir da om funksjonshemming som diskrimineringsgrunn også omfatter *utslag av* en arbeidstakers funksjonsnedsettelse.

Verken ordlyden i den norske lovteksten eller i sysselsettingsdirektivet gir noe klart svar her. Norske forarbeider tar heller ikke opp problemstillingen.

Et skarpt skille mellom ”funksjonshemming” på den ene side og vansker i arbeidet på den annen synes å være i samsvar med det syn som funksjonshemmedes organisasjoner har ønsket å fremme. En har ansett det viktig å markere at funksjonshemming/funksjonsnedsettelse er noe vesensforskjellig fra yrkeshemming/reduisert arbeidsevne.⁹¹⁷

Generaladvokatens uttalelse i Chacón Navas-saken fra 2006 kan synes å bygge på en slik tilnærming, når han skiller prinsipielt mellom sykdom (sykefravær) og funksjonsnedsettelse som *årsak* til en oppsigelse: ”En afskedigelse på grund af sygdom kan (...) kun være udtryk for en forbudt forskelsbehandling på grund af handicap i henhold til direktiv 2000/78, såfremt den berørte kan godtgøre, at det ikke er selve sygdommen, men derimod de langvarige eller permanente funktionsnedsættelser, der følger af sygdommen, der er den egentlige grund til afskedigelsen.”⁹¹⁸ EF-domstolen følger imidlertid ikke opp denne delen av argumentasjonen.⁹¹⁹

En slik tilnæringsmåte vil gi et godt vern mot diskriminering av personer med funksjonsnedsettelse som bygger på fordommer. Ettersom funksjonsnedsettelse ofte påvirker muligheten for å utføre arbeidet på ”standardmåten”, kan det være relativt enkelt for arbeidsgiver å begrunne en beslutning med ”vansker i arbeidet” i stedet for ”funksjonshemming”. Modellen vil derfor ikke gi et tilfredsstillende vern der funksjonsnedsettelsen faktisk påvirker arbeidsutførelsen.

Neste tilnæringsmåte tar det utgangspunkt at diskrimineringsgrunnen ”funksjonshemming” også omfatter tilfeller hvor arbeidstaker er stilt dårligere på grunn av *utslag av funksjonsnedsettelsen*. Slik vektlegging vil da bare være legitim dersom de strenge vilkårene for unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er oppfylt: Forskjellsbehandlingen må ha ”et saklig formål, ikke [være] uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og [være] nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, aml. § 13-3 første ledd.⁹²⁰

En slik tolking innebærer at vansker i arbeidet som har forbindelse med arbeidstakers funksjonsnedsettelse ikke kan behandles på samme måte som tilsvarende vansker som har andre årsaker (slik som kortvarig sykdom, omsorgsbyrde, familieforhold, kriminalitet etc.). Pliktbrudd,

⁹¹⁷ Se f.eks. drøftelsen og avvisningen av foreslåtte uttrykket ”varig redusert arbeidsevne” i Innst. O. nr.52 (2003-2004) s. 13-14. Se også høringsuttalelse fra Norges Handikapforbund av 10. juni 2004 til Arbeidslivslovutvalgets innstilling NOU 2004: 5.

⁹¹⁸ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat L.A. Geelhoed av 16. mars 2006 i sak C-13/05, avsnitt 80.

⁹¹⁹ Domstolens dom av 11. juli 2006 i sak C-13/05 Chacón Navas.

⁹²⁰ Sysselsettingsdirektivet art. 4(1), som ligger til grunn for lovens unntak, bruker uttrykket ”regulært og avgjørende erhvervmessigt krav”.

begrensninger mht. arbeidstid og arbeidsoppgaver eller økt risiko for sykefravær kan i utgangspunktet ikke vektlegges så lenge disse har forbindelse med arbeidstakers funksjonsnedsettelse. En arbeidstaker med slike behov eller problemer som har forbindelse med funksjonsnedsettelse, vil ikke bli sammenliknet med en arbeidstaker uten funksjonsnedsettelse og med tilsvarende vansker. Hun vil bli sammenliknet med en arbeidstaker uten funksjonsnedsettelse og uten tilsvarende vansker. En slik tilnærming innebærer at det kan være direkte diskriminerende å avvise en arbeidssøker som på grunn av funksjonsnedsettelse ikke kan utføre alle stillingens oppgaver, selv om det ville ha vært legitimt å ta hensyn til slike begrensninger i forhold til en arbeidssøker uten funksjonsnedsettelse. Arbeidssøker/arbeidstaker kan bare stilles dårligere dersom forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke” mv. Det er forutsatt at det stilles strenge krav for å legitimere direkte diskriminering.⁹²¹

Generaladvokaten i Chacón Navas-saken synes også å legge til grunn at vektlegging av utslag av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse i utgangspunktet dekkes av forbudet mot direkte diskriminering, og bare kan legitimeres dersom vilkårene i sysselsettingsdirektivets art. 4 nr. 1 er oppfylt. Under henvisning til denne bestemmelse uttaler han at en oppsigelse kan være saklig begrunnet ”hvis den pågældende funktionsnedsettelse – handicapet – gjør det umuligt eller i alvorlig grad begrenser udøvelsen af den pågældende beskæftigelse eller det pågældende erhverv.”⁹²² Heller ikke denne uttalelse ble imidlertid fulgt opp av EF-domstolen, som løste saken på annet grunnlag.

En prinsipiell innvending mot å likestille funksjonsnedsettelsens konsekvenser med funksjonshemmingen i seg selv som diskrimineringsgrunn, er at formålet med anti-diskrimineringslovgivningen er å sikre likebehandling av kvalifiserte funksjonshemmede, ikke å øke sysselsettingen for personer med funksjonsnedsettelse ut fra velferdshensyn.

En praktisk innvending er den snevre adgangen til unntak. Når det i forarbeidene til aml. § 13-3 første ledd uttales at det bare unntaksvis vil være legitimt med unntak fra forbudet mot direkte diskriminering,⁹²³ gir dette god mening i forhold til diskrimineringsgrunner som kjønn/etnisitet etc. Men i forhold til ”funksjonsevne”/”funksjonsmulighet” i *arbeid* synes det lite treffende. En plikt til å se bort fra vansker i arbeidet så lenge disse har forbindelse med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse, kan i praksis bli svært byrdefull for arbeidsgiver. En vil her heller ikke ha noe naturlig sluttidspunkt for arbeidsgivers forpliktelser, slik som en i hvert fall delvis har ved graviditet og fødselspermisjon.⁹²⁴ Problemet kan selvsagt løses ved en tolkning av aml. § 13-3 første ledd som åpner for større muligheter for unntak fra forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming enn fra

⁹²¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327 og nærmere nedenfor under pkt. 3.3.6.2.

⁹²² Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat L.A. Geelhoed av 16. mars 2006 i sak C-13/05, avsnitt 81. (Det henvises i note til sysselsettingsdirektivets art. 4 nr. 1.)

⁹²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327. Se også sysselsettingsdirektivets fortale pkt. 23, Grønnbok fra EU-kommisjonen KOM (2004) 379 s. 10, og denne avhandlings pkt. 3.3.5.3.

⁹²⁴ Se nedenfor under pkt. 3.3.5.4 og kap VII pkt. 2.4.1.5.

andre diskrimineringsforbud. En slik løsning forutsetter at en tolker bort klare forarbeidsuttalelser⁹²⁵ i forhold til dette spesielle diskrimineringsgrunnlaget.

Syse-utvalget synes å ha lagt til grunn en liknende modell, hvor vektlegging av utslag av funksjonsnedsettelsen skal regnes som direkte diskriminering, som bare kan legitimeres dersom de generelle vilkårene for unntak er oppfylt.⁹²⁶ Direkte gjelder drøftelsen forslaget til ny lovgivning, men utvalget legger også til grunn at forslaget til forbud mot direkte diskriminering med unntak tilsvarende rett på arbeidslivets område.⁹²⁷ Utvalget bekrefter videre at det gjelder svært strenge vilkår for å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering.⁹²⁸ Dette nyanseres imidlertid noe i tilfeller hvor en persons nedsatte funksjonsevne har betydning for hennes atferd.⁹²⁹

En tredje tilnæringsmåte tar samme utgangspunkt som over, nemlig at dårligere behandling som følge av vansker i arbeidet som har sammenheng med en funksjonsnedsettelse utgjør *direkte* diskriminering. Dette utgangspunktet modifiseres likevel ved at det i det konkrete tilfellet ikke nødvendigvis foreligger noen "tilsvarende situasjon" når funksjonsnedsettelsen har negativ betydning for arbeidsutførelsen. Hva som utgjør en "tilsvarende situasjon" må avgjøres på grunnlag av hva som kunne vært oppnådd ved pliktig generell eller individuell tilrettelegging, jfr. det som er utledet ovenfor under pkt. 3.3.2.5 og 3.3.4.2. Denne tilnæringsmåten setter altså fokus på plikten til tilrettelegging.

Tilnæringsmåten tar hensyn til at funksjonshemming er en sosial konstruksjon; et (manglende) samspill mellom individ og omgivelser. Personens funksjonsnedsettelse er ikke nødvendigvis eneste eller viktigste årsak til arbeidstakers vansker med å utføre arbeidet, selv om en person uten denne bestemte funksjonsnedsettelse ville ha kunnet utføre det. Arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse kan ut fra egne forutsetninger befinne seg i en tilsvarende situasjon som sammenlikningspersonen, men likevel bli hindret i å utføre arbeidet fordi det ikke er blitt tilrettelagt for henne.

Dette gir en mer fleksibel tilnærming enn om en bare skulle kunne ta hensyn til vansker i arbeidet dersom "fraværet" av slike vansker generelt er "nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke". Dersom funksjonsnedsettelsen – gitt pliktig tilrettelegging – stadig medfører vansker i arbeidet, vil det ikke foreligge noen tilsvarende situasjon. Arbeidsgiver vil da legitimt kunne legge vekt på disse vanskene. Vilåret om "tilsvarende situasjon" må likevel, som jeg har vært inne på,

⁹²⁵ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 40. Se også Grønnbok fra EU-kommisjonen KOM (2004) 379 s. 10.

⁹²⁶ Utvalget ser dette som et spørsmål om valg av sammenlikningsperson, se NOU 2005: 8 s. 169. Departementet slutter seg til utvalgets tilnærming på dette området, Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 252.

⁹²⁷ NOU 2005: 8 s. 168 og i forhold til unntaksadgangen s. 173.

⁹²⁸ NOU 2005: 8 s. 172-173.

⁹²⁹ NOU 2005: 8 s. 173-174.

tolkes med en viss margin. Det vil være tilstrekkelig at arbeidstaker kan utføre stillingens ”vesentlige oppgaver”.⁹³⁰

Ulempen med tilnæringsmåten er imidlertid også dens fleksibilitet. Dersom arbeidsgiver i det enkelte tilfellet skal kunne argumentere med at det på grunn av vanskene i arbeidet ikke foreligger ”en tilsvarende situasjon” vil dette i praksis medføre stort spillerom for skjønn og liten forutsigbarhet for arbeidstaker.

En prinsipiell innvending vil videre være at modellen relativiserer diskrimineringsvernet. Tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5 varierer i omfang etter virksomhetens størrelse og økonomiske ressurser. Lar en vansker i arbeidet som har forbindelse med funksjonsnedsettelse inngå i en skjønnsmessig vurdering av om det foreligger en ”tilsvarende situasjon” vil det ikke være nødvendig å påvise generelt at forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”. Det vil i stedet bli foretatt en konkret vurdering i forhold til plikten til tilrettelegging. Gitt at tilretteleggingsplikten er oppfylt står altså arbeidsgiver relativt fritt til å ta hensyn til vansker i arbeidet, selv om disse har sammenheng med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse. Men disse ulempene vil i praksis dempes ved at en opererer med en viss margin for hva som utgjør en ”tilsvarende situasjon”.

EF-domstolen ser ut til å bruke en liknende tilnærming i Chacón Navas-saken når den uttaler at ”[f]orbudet i artikkel 2, stk. 1, og artikkel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 mod forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med afskedigelse er til hinder for afskedigelse på grund af et handicap, hvis den henset til forpligtelsen til at foretage rimelige tilpasninger til fordel for handicappede ikke er berettiget i den omstændighed, at vedkommende ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med sin stilling.”⁹³¹ Den vesentligste problemstilling vil altså her være om pliktig tilrettelegging ville ha gjort arbeidstaker i stand til å utføre stillingens vesentligste funksjoner.

En siste tilnæringsmåte kan være at dårligere behandling som følge av vansker i arbeidet som har sammenheng med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse, vurderes som *indirekte* diskriminering: En arbeidsgiver anvender her samme norm for alle arbeidstakere i forhold til vektlegging av vansker i arbeidet, for eksempel slik at det blir lagt negativ vekt på begrensinger mht. arbeidsoppgaver. Denne formelt nøytrale norm har likevel i realiteten negativ effekt for arbeidstakere med bestemte typer funksjonsnedsettelse. En slik praksis vil da ikke være legitim med mindre den er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende, aml. § 13-3 annet ledd.

⁹³⁰ Se drøftelsen ovenfor under pkt. 3.3.2.5.

⁹³¹ Sak C-13/05 Chacón Navas avsnitt 52 annet strekpunkt og domskonklusjonens pkt. 2.

At vektlegging av vansker i arbeidet vurderes som indirekte diskriminering vil medføre at arbeidsgiver generelt må legitimere at forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og forholdsmessig. Fordi funksjonsnedsettelse er individuelle, vil det ofte være mest praktisk at de løses ved individuell tilrettelegging.⁹³² Det kan likevel være hensiktsmessig å anse slik vektlegging som indirekte diskriminering, særlig der det dreier seg om en generell praksis eller generelle kriterier som får betydning for flere arbeidstakere med samme type funksjonsnedsettelse.

De ulike modeller som er skissert ovenfor; direkte diskriminering med fokus på årsakssammenheng; direkte diskriminering med fokus på nødvendige og forholdsmessige yrkeskrav; direkte diskriminering med fokus på "tilsvarende situasjon"/tilrettelegging samt indirekte diskriminering med fokus på saklig/nødvendig/forholdsmessig praksis, er ikke nødvendigvis gjensidig utelukkende.⁹³³ I alle tilfeller vil det være spørsmål om å foreta en fornuftig avgrensning mot tilfeller hvor det vil være legitimt at arbeidsgiver vektlegger arbeidstakers (manglende) muligheter for å utføre stillingens arbeidsoppgaver på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. Forskjellen ligger i vektleggingen av de enkelte elementer og hva som skal legitimeres. For å legitimere forskjellsbehandling etter en "tilsvarende situasjon"-modell vil det være tilstrekkelig at arbeidsgiver viser til at funksjonsnedsettelsen i det konkrete tilfellet – etter pliktig tilrettelegging – stadig medfører vansker av en viss størrelse. For å legitimere forskjellsbehandling etter en "nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke"-modell, eventuelt i forhold til forbudet mot indirekte diskriminering, vil arbeidsgiver måtte vise til en generell vurdering, med fokus på stillingens krav. Videre kan det være forskjeller med hensyn til hvor *vektige* argumenter som skal til for å legitimere henholdsvis direkte og indirekte diskriminering.

Nedenfor under pkt. 3.3.5.2-3.3.5.7 vil jeg gå inn på seks typetilfeller hvor en arbeidstaker kan komme dårligere ut som følge av vansker som har sammenheng med hennes funksjonsnedsettelse. Jeg vil drøfte om – og i tilfelle på hvilke vilkår – slike tilfeller faller inn under forbudene mot direkte og indirekte diskriminering. Typetilfellene er følgende:

For det første kan en arbeidstakers funksjonsnedsettelse ha negativ virkning på *sikkerhet eller helse* for andre mennesker eller for arbeidstaker selv. Eksempler her kan være at en flyger er i psykisk ubalanse eller at en arbeidstaker som arbeider med kjemikalier er allergisk overfor visse typer kjemiske påvirkninger.

For det annet kan funksjonsnedsettelsen ha betydning for arbeidstakers *fleksibilitet* med hensyn til arbeidsoppgaver eller arbeidstid. Dette kan være tilfelle hvor en person på grunn av

⁹³² Om forholdet mellom forbudet mot indirekte diskriminering og tilrettelegging, se pkt. 3.3.4.3.

⁹³³ Se også NOU 2005: 8 s. 170 hvor Syse-utvalget antar at "enkelte handlinger og unnløtelser både kan regnes som direkte og indirekte diskriminering."

fysisk funksjonsnedsettelse ikke kan utføre manuelle arbeidsoppgaver, eller på grunn av psykisk sykdom ikke kan arbeide om natten.

For det tredje kan funksjonsnedsettelsen ha betydning for arbeidstakers *stabilitet*, altså i hvilken utstrekning arbeidsgiver kan stole på at arbeidstaker er disponibel for å utføre det avtalte arbeid til de avtalte tider. Praktiske eksempler her er at kroniske sykdommer eller tilstander som f.eks. leddgikt, også kan føre til økt risiko for sykefravær.

For det fjerde kan funksjonsnedsettelsen ha betydning for arbeidstakers *produktivitet*, for eksempel ved at den fører til redusert arbeidstempo. Både fysiske tilstander som muskelsykdommer og psykiske funksjonsnedsettelser kan føre til at arbeidstaker arbeider langsomt.

For det femte kan funksjonsnedsettelsen ha betydning for arbeidstakers *kvalifikasjoner* eller på *kvaliteten* av arbeidet. Eksempler her kan være en porselensmaler som skjelver på hånden pga. muskelsykdom eller en korrekturleser med dysleksi.

For det sjette kan funksjonsnedsettelsen føre til økt risiko for *pliktbrudd*. Psykiske sykdommer eller tilstander som ADHD kan være årsak til at arbeidstaker ikke utfører arbeidsoppgaver som hun blir pålagt, eller oppfører seg på en måte som belaster arbeidsmiljøet.

3.3.5.2. Sikkerhet og helse.

En arbeidstakers funksjonsnedsettelse kan som nevnt innebære risiko for andre menneskers eller arbeidstakers egen helsetilstand. Dette gjelder hvor utførelsen av arbeidet i stillingen kan skape risiko for kunder eller publikum: Fører arbeidstaker offentlige transportmidler som kan forårsake stor skade, slik som fly eller skinnegående transport; eller innebærer stillingen at hun har tilgang på våpen, kan det innebære risiko for andre mennesker dersom arbeidstaker er i psykisk ubalanse. Videre kan det forhold at arbeidet *ikke* blir utført som det skal, skape risiko, for eksempel dersom brannmannskaper eller redningspersonell ikke har et tilfredsstillende fysisk funksjonsnivå. Arbeidet kan også innebære risiko for ulykker for arbeidstaker selv og en funksjonsnedsettelse enten øke risikoen eller innebære at arbeidstaker ikke kan treffe tiltak for å motvirke den. For eksempel kan det skape risiko for en nordsjøarbeider dersom hun ikke kan forflytte seg hurtig for egen maskin ved en eventuell evakuering, eller for en arbeidstaker på en byggeplass at hun ikke kan høre alarmer. Arbeidet kan endelig innebære fysiske eller psykiske belastninger over tid samtidig som arbeidstakers funksjonsnedsettelse gjør denne mer utsatt for slike belastninger. For eksempel kan en arbeidstaker med astma være spesielt utsatt for luftforurensning på arbeidsplassen og en arbeidstaker med ryggplager være utsatt på en arbeidsplass hvor det er nødvendig med tunge løft.

Der en stilling innebærer risiko og arbeidstakernes helsetilstand/funksjonsevne påvirker risikoen, vil det ofte være fastsatt generelle minstekrav til helsetilstand eller funksjonsevne for å inneha stillingen. Slike krav kan blant annet være fastsatt i forskrift eller arbeidsreglement mv.

Slike generelle minstekrav til helsetilstand/funksjonsevne kan falle inn under definisjonen av indirekte diskriminering, som en ”tilsynelatende nøytral (...) betingelse (...) som faktisk virker slik at en person stilles dårligere” på grunn av ”funksjonshemming”⁹³⁴ De generelle kravene gjelder alle arbeidstakere, og kan også ramme personer uten funksjonsnedsettelse. Men for personer med bestemte typer funksjonsnedsettelse vil de være umulige eller uforholdsmessig vanskelige å oppfylle. De generelle kravene vil da måtte legitimeres etter aml. § 13-3 annet ledd.

Kan generelle krav av denne art *også* omfattes av forbudet mot direkte diskriminering?

Et krav til funksjonsevne eller helsetilstand i en stilling vil som vist ovenfor ikke utelukkende ramme personer med funksjonshemming. Det kan likevel argumenteres for at en norm hvor det stilles generelle krav til helsetilstand og funksjonsevne, i seg selv er direkte diskriminerende, fordi *normen* i seg selv er tilpasset en annen gruppe; mennesker uten funksjonsnedsettelse. Ut fra en slik synsvinkel vil en arbeidstaker med syns-, hørsels- eller bevegelsehemming bli behandlet ”dårligere enn andre” ved anvendelse av normen, jfr. forarbeidsdefinisjonen.

Til illustrasjon kan her vises til Meiorin-dommen fra kanadisk høyesterett.⁹³⁵ En kvinnelig brannvakt var blitt sagt opp fordi hun ikke fylte nye og strengere generelle helsekrav til stillingen. Saken gjaldt direkte spørsmålet om helsekrav i stilling utgjorde direkte og/eller indirekte *kjønns*diskriminering. Den kanadiske høyesterett fant at skillet mellom direkte og indirekte diskriminering i slike tilfeller er kunstig: Om det foreligger direkte eller indirekte diskriminering avhenger i stor grad av hvordan en velger å stille spørsmålet.⁹³⁶ Stilles krav til fysisk styrke for å fungere i et arbeidsforhold, vil kvinner gjennomgående komme dårligere ut som følge av at kvinner har annerledes fysikk enn menn. Dette kan karakteriseres som indirekte diskriminering fordi færre kvinner enn menn oppfyller slike krav til fysisk styrke m.v. Det kan imidlertid også være direkte diskriminerende at normen er tilpasset menns fysikk. Den kanadiske høyesterett løste denne gordiske knute ved å slå sammen forbudene mot direkte og indirekte diskriminering, og sette opp felles kriterier for unntak.⁹³⁷

Meiorin-dommen har selvsagt ingen direkte rettskildemessig vekt i forhold til norsk rett. Dens argumentasjon med hensyn til skillet mellom direkte og indirekte diskriminering kan likevel ha overføringsverdi. I forhold til personer med funksjonsnedsettelse vil det være enda sterkere sammenheng mellom diskrimineringsgrunnen ”funksjonshemming” og de krav som stilles til helsetilstand/funksjonsevne. Generelle krav til helsetilstand og/eller funksjonsevne rammer bare personer med helsetilstand/funksjonsevne under disse minstekrav. Selv om slike krav også kan

⁹³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s 325.

⁹³⁵ British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3

⁹³⁶ Avsnitt 27-29.

⁹³⁷ Avsnitt 54 flg.

ramme personer med gjennomsnittlig helsetilstand eller funksjonsevne på det aktuelle området, vil arbeidstaker med funksjonsnedsettelse rammes direkte som følge av normen. Hun må derfor sies å være dårligere behandlet på grunn av funksjonshemming. Forbudet mot direkte diskriminering bør da kunne anvendes også hvor arbeidstaker er stilt dårligere som følge av generelle krav til helsetilstand eller funksjonsevne.

Jeg konkluderer altså med at generelle krav til helsetilstand eller funksjonsevne i en stilling etter omstendighetene vil kunne rammes av så vel forbudet mot direkte som forbudet mot direkte diskriminering. Hvorvidt det vil være legitimt å stille en arbeidstaker dårligere som følge av slike krav, vil avhenge av om de generelle vilkårene for unntak i aml. §§ 13-3 første og annet ledd er oppfylt, se nedenfor under pkt. 3.3.6.2.

3.3.5.3. Fleksibilitet mht. arbeidsoppgaver og arbeidstid.

En arbeidstakers funksjonsnedsettelse kan videre føre til begrensninger med hensyn til hvilke typer arbeidsoppgaver arbeidstaker kan utføre. Typisk kan personer med fysiske funksjonsnedsettelser ha vansker med å utføre arbeidsoppgaver som forutsetter fysisk styrke eller bevegelighet. Videre kan en funksjonsnedsettelse innebære begrensninger med hensyn til arbeidstid. Et eksempel her kan være at en arbeidstaker med kronisk fysisk eller psykisk sykdom ikke klarer å arbeide full tid eller ikke er i stand til å arbeide om natten. Spørsmålet blir da om det kan utgjøre direkte og/eller indirekte diskriminering dersom arbeidstaker med funksjonsnedsettelse er blitt stilt dårligere som følge av slike begrensninger.

Jeg tar først opp betydningen av fleksibilitet/begrensninger med hensyn til *arbeidsoppgaver*.

At arbeidsgiver legger vekt på fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver/at arbeidstaker kan utføre alle de oppgaver som er tillagt stillingen, kan ses under synsvinkelen indirekte diskriminering. Arbeidsgiver stiller her samme krav til alle arbeidstakere om at de skal kunne utføre alle stillingens funksjoner/være fleksible mht. nye oppgaver, men dette fører i praksis til vansker for arbeidstakere med bestemte typer funksjonsnedsettelser. Arbeidsgiver må da kunne legitimere at bruken av et slikt kriterium er saklig, nødvendig og forholdsmessig, se aml. § 13-3 annet ledd. Bedriftsøkonomiske hensyn vil være relevante for denne avveiningen.⁹³⁸

Videre kan vektlegging av en konkret arbeidstakers manglende mulighet til å utføre visse typer arbeidsoppgaver ses på som direkte diskriminering. Spørsmålet vil da være om det, gitt pliktig tilrettelegging, kan sies å foreligge en ”tilsvarende situasjon”. Herunder vil det være tilstrekkelig om vedkommende, etter pliktig tilrettelegging, er i stand til å utføre stillingens *vesentlige* arbeidsoppgaver. *Uvesentlige* arbeidsoppgaver kan derfor, som organisatorisk

⁹³⁸ Se nedenfor under pkt. 3.3.6.2.

tilretteleggingstiltak, måtte allokere til andre. Det sentrale spørsmålet vil da være om omfordelingen av arbeidsoppgaver i det konkrete tilfellet innebærer en ”uforholdsmessig stor byrde” for arbeidsgiveren, jfr. aml. § 13-5. Gjør den ikke det, kan det foreligge en tilsvarende situasjon til tross for begrensningene med hensyn til arbeidsoppgaver.

I de fleste tilfeller vil en slik vurdering falle sammen med vurderingen av om forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke” og ”ikke uforholdsmessig inngripende”, aml. § 13-3 første ledd. Men det vil ikke være nødvendig for arbeidsgiver å vise at evnen til å utføre denne type arbeidsoppgaver generelt er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, dersom han i det konkrete tilfellet kan vise til at nødvendig individuell tilrettelegging ville ha medført en uforholdsmessig byrde. Dette innebærer at individuelle forhold på arbeidsgiverside, herunder særlig virksomhetens størrelse og økonomiske ressurser, vil være relevante for avveiningen.

Videre kan en funksjonsnedsettelse som nevnt ha betydning for arbeidstakers mulighet for å arbeide til de *tider* arbeidsgiveren ønsker.

Generelle arbeidstidsordninger anvendes likt overfor alle arbeidstakere, men kan i praksis stille personer med visse typer funksjonsnedsettelse dårligere enn andre. Slike generelle ordninger kan derfor virke indirekte diskriminerende i forhold til personer med visse typer funksjonsnedsettelse (leddgiktsrammede som bare kan arbeide deltid eller personer med psykisk betingede søvnproblemer som bare kan arbeide om dagen mv.). Dette gjelder for det første hvor det ikke gis anledning til deltidsstillinger. Videre kan dårligere behandling av arbeidstakere som *har* fått tilrettelagt arbeidstid, for eksempel lønnsmessig eller i en oppsigelsessituasjon, utgjøre indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming. I slike tilfeller blir spørsmålet om arbeidsgiver konkret kan legitimere den generelle praksisen etter aml. § 13-3 annet ledd.

Videre vil arbeidstaker som blir dårligere behandlet som følge av utslag av funksjonsnedsettelsen, som vist ovenfor, kunne påberope seg forbudet mot *direkte* diskriminering. Her vil vurderingstemaet være om det i det konkrete tilfellet til tross for arbeidstidsbegrensningene foreligger en ”tilsvarende situasjon”. Det kan det gjøre dersom arbeidstaker etter tilrettelegging opp til grensen for ”uforholdsmessig stor byrde” er i stand til å utføre stillingens ”vesentlige arbeidsoppgaver”. Det mest aktuelle tilretteleggingstiltaket vil være organisatorisk: Den arbeidstid som arbeidstaker som følge av sin funksjonsnedsettelse ikke kan utføre, må dekkes opp av andre ansatte eller ved nytilsetninger. Blant annet kan andre ansatte måtte gå hyppigere nattevakter dersom arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse blir fritatt. I slike tilfeller vil spørsmålet om tilretteleggingstiltakene medfører en ”uforholdsmessig stor byrde”, og spørsmålet om en er innenfor marginene for hva som utgjør en ”tilsvarende situasjon”, i praksis smelte sammen.

Har arbeidsgiver plikt til å tilrettelegge arbeidstiden, kan det utgjøre direkte diskriminering å legge negativ vekt på arbeidstidsbegrensninger som følge av en funksjonsnedsettelse, for eksempel ved utvelgelsen i forbindelse med nedbemanningsoppsigelse eller permittering. Kan arbeidsgiver derimot vise til at det vil innebære en uforholdsmessig byrde å tilrettelegge arbeidstiden for å møte den funksjonshemmede arbeidstakerens behov, vil det ikke utgjøre direkte diskriminering å legge vekt på dette. Det er da tilstrekkelig for å legitimere forskjellsbehandlingen å vise til konkrete forhold på den enkelte virksomheten (få ansatte, store belastninger for de øvrige ansatte, begrensede økonomiske ressurser osv.). Det er ikke nødvendig å vise generelt til at det vil være ”nødvendig for arbeid eller yrke” at arbeidstaker er i stand til å utføre skift- eller nattarbeid.

Konklusjonen blir at tilfeller hvor arbeidstaker er blitt stilt dårligere på grunn av at vedkommende ikke kan følge virksomhetens generelle arbeidstidsordning, etter forholdene kan falle inn under forbudene mot direkte som indirekte diskriminering. Konkrete økonomiske belastninger for arbeidsgiver vil i begge tilfeller kunne anføres som grunnlag for legitimering av en slik handling eller praksis.

3.3.5.4. Stabilitet/sykefravær.

En annen form for kvantitativ begrensning i arbeidstakers arbeidsevne foreligger der arbeidstaker som følge av funksjonsnedsettelse har økt risiko for sykefravær. Det foreligger altså begrensninger med hensyn til *stabil tilstedeværelse*.

Denne situasjonen skiller seg fra situasjonen under pkt. 3.3.5.3 først og fremst ved at den er mindre forutsigbar. Hvilket sykefravær en arbeidstaker kan forventes å ha i et konkret arbeidsforhold vil avhenge av mange faktorer, og vil i praksis være svært vanskelig å anslå. Her forutsettes imidlertid at det er fastslått eller uomtvistet at en arbeidstakers tilstand medfører risiko for økt sykefravær.

Spørsmålet vil da være om det kan falle inn under forbudene mot direkte og/eller indirekte diskriminering om arbeidsgiver legger negativ vekt på (utsikt til) sykefravær ved en arbeidsrettslig beslutning. For eksempel kan arbeidstaker ønske å ikke ansette en arbeidssøker på grunn av utsikt til høyt sykefravær eller å legge negativ vekt på stort sykefravær ved en nedbemanning.

Vi kan innledningsvis slå fast at periodevis arbeidsuførhet på grunn av sykdom ikke er tilstrekkelig for å kvalifisere for ”funksjonshemming” etter aml. kap. 13, se drøftelsen ovenfor under pkt. 2.4.2.⁹³⁹ Likevel er det klart at en kronisk eller langvarig sykdom *kan* innebære en funksjonshemming i aml. kap. 13s forstand samtidig som den medfører økt risiko for periodevis

⁹³⁹ Se også EF-domstolens avgjørelse i sak C-13/05 Chacón Navas, avsnitt 46. (Arbeidstaker hadde her vært sykmeldt i ca. 8 måneder da hun ble oppsagt.)

arbeidsuførhet.⁹⁴⁰ Dette kan for eksempel gjelde en kronisk betennelsessykdom som leddgikt. Sykefravær kan altså, på samme måte som begrensninger mht. arbeidstid og arbeidsoppgaver, være utslag av ”funksjonshemming”.

En praksis hvor sykefravær brukes som kriterium, for eksempel ved ansettelse eller i forhold til utvelgelse ved oppsigelse, vil ramme personer med kroniske sykdommer så vel som personer som har hatt stort sykefravær av mer tilfeldige årsaker. Andelen av personer med visse typer kroniske sykdommer som rammes av et slikt kriterium vil være større enn for personer uten slike sykdommer. Det foreligger da en presumpsjon for *indirekte* diskriminering, og arbeidsgiver må vise at vektleggingen er berettiget etter aml. § 13-3 annet ledd.

Videre blir spørsmålet om forbudet mot *direkte* diskriminering dekker tilfeller hvor arbeidssøker eller arbeidstaker er blitt stilt dårligere pga. (risiko for) sykefravær som skyldes en kronisk eller langvarig sykdom. En slik regel ville være i samsvar med det jeg tidligere har utledet om at vektlegging av *utslag* av en funksjonsnedsettelse i prinsippet er omfattet av forbudet mot direkte diskriminering på grunnlag av funksjonshemming. EF-domstolen har videre i Rentokil-saken lagt til grunn at oppsigelse på grunn av sykefravær som skyldes graviditet under svangerskapet var å anse som direkte kjønnsdiskriminering, ettersom sykdom utgjorde en iboende (eng. ”inherent”) risiko ved graviditet.⁹⁴¹ Tilsvarende vil det kunne hevdes at periodevis arbeidsuførhet utgjør en iboende risiko med visse typer funksjonsnedsettelser.

Det sier seg imidlertid selv at dette vernet ikke kan være absolutt. For det første må det være begrenset av kravet til at det, etter tilrettelegging, skal foreligge en ”tilsvarende situasjon”, se nærmere ovenfor under pkt. 3.3.2.5. For det annet kan den dårligere behandlingen være legitim fordi den er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke” mv., se aml. § 13-3 første ledd og nedenfor under pkt. 3.3.6.

Hva som utgjør en tilsvarende situasjon vil her som ellers måtte vurderes under forutsetning av at pliktige tilretteleggingstiltak er iverksatt. Herunder kan arbeidsgiver i medhold av aml. § 13-5 ha plikt til å tilrettelegge for å redusere risikoen for sykefravær og/eller for å redusere ulempene som følger av sykefraværet. Forbudet mot direkte diskriminering er likevel begrunnet i likestilling, ikke omsorgsforpliktelser. Dette vil begrense i hvilken utstrekning arbeidsgiver er forpliktet til å tåle økt risiko for sykefravær som følge av ”funksjonshemming”. Hvor arbeidstaker på grunn av

⁹⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 14 (mandatet). Videre uttales i Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.3 at det norske forbudet skal omfatte en like vid krets som den svenske loven. I forarbeidene til sistnevnte forutsettes klart at kroniske sykdommer kan innebære ”funksjonshinder”, se bl.a. SOU 1997:176 s. 107. Dette synes også forutsatt i Chacón Navas-saken, sak C-13/05, premiss 48-51.

⁹⁴¹ Sak C-394/96 Mary Brown mod Rentokil Ltd., dom av 30. juni 1998, avsnitt 24, jfr. avsnitt 22.

kronisk sykdom må forventes å ha et særlig stort sykefravær, vil det ikke foreligge noen ”tilsvarende situasjon”.

Alternativt kan en arbeidsgiver vise til at forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, etter aml. § 13-1 første ledd. Denne formuleringen synes å henvise til spesielle forhold ved stillingen og er i liten grad tilpasset situasjonen hvor arbeidstaker har generelt redusert arbeidsevne. Men i prinsippet vil en kunne hevde at det er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke” at en arbeidstaker er fullt ut arbeidsfør.⁹⁴² I tillegg kan dette unntaket få anvendelse hvor det foreligger spesielle forhold i den enkelte stilling som gjør at stabilitet med hensyn til tilstedeværelse er særlig viktig. For eksempel vil dette gjelde hvor arbeidstaker skal utføre vaktarbeid alene på et sted som er vanskelig tilgjengelig, slik at det er umulig å utskifte henne ved sykdom.

Som vist kan så vel forbudet mot direkte diskriminering og forbudet mot indirekte diskriminering i prinsippet anvendes der en arbeidssøker eller en arbeidstaker blir stilt dårligere i forbindelse med sykefravær som har sammenheng med en funksjonsnedsettelse. Dårligere behandling som følge av sykefravær kan likevel i konkrete tilfeller være legitimt selv om fraværet skyldes en funksjonsnedsettelse.

3.3.5.5. Produktivitet/arbeidstempo.

Videre kan en arbeidstakers fysiske eller psykiske funksjonsnedsettelse, som vist innledningsvis, ha negativ betydning for produktivitet og arbeidstempo. Arbeidsgiver kan ønske å bruke forskjeller i produktivitet som grunnlag for utvelgelse, f.eks. ved ansettelse, permittering eller oppsigelse. Er arbeidstakers nedsatte produktivitet et utslag av funksjonsnedsettelse, vil bruk av slike kriterier i forhold til henne i utgangspunktet komme inn under diskrimineringsvernet. I forhold til forbudet mot indirekte diskriminering vil problemstillingen være om vilkårene etter aml. § 13-3 annet ledd er oppfylt. I forhold til forbudet mot direkte diskriminering vil spørsmålet være om det, gitt pliktig tilrettelegging, foreligger en tilsvarende situasjon.

3.3.5.6. Kvalifikasjoner og kvalitet på arbeidsytelsen.

En arbeidstakers funksjonsnedsettelse vil videre kunne ha betydning for hennes kvalifikasjoner eller for kvaliteten på hennes arbeidstelser. For eksempel kan funksjonsnedsettelsen ha ført til at hun ikke har opparbeidet seg tilstrekkelige formelle kvalifikasjoner for stillingen, slik at hun ikke oppfyller bestemte minstekrav å bli ansatt, eller har forholdsvis dårligere kvalifikasjoner enn de andre søkerne eller kandidatene i en nedbemanningsprosess. Videre kan funksjonsnedsettelsen som

⁹⁴² Sml. formuleringen i aml. § 9-3 første ledd og dennes anvendelse på spørsmål om sykefravær, kap. V pkt. 3.3.2.4.

nevnt innledningsvis innebære nedsatt kvalitet på arbeidsytelsen, som porselensmaleren som skjelver på hånden eller korrekturleseren med dysleksi.

Det vil ofte være enkelt å skjelne mellom på den ene side manglende kvalifikasjoner og nedsatt kvalitet på arbeidet og på den annen side funksjonsnedsettelse som grunnlag for at arbeidstaker i det konkrete tilfelle er kommet dårligere ut. Det kan likevel være grunn til å behandle slike forhold på samme måte som begrensninger i arbeidsoppgaver eller arbeidstid mv.

Det *kan* være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering om arbeidsgiver legger vekt på kvalifikasjoner som vanskelig kan oppnås av arbeidstakere med bestemte typer funksjonsnedsettelser. Arbeidsgiver må da vise at det er nødvendig og forholdsmessig å nytte dette som kriterium, se nærmere nedenfor under pkt. 3.3.6.2.

Videre *kan* det være i strid med forbudet mot direkte diskriminering dersom de dårligere kvalifikasjonene eller den nedsatte kvaliteten på arbeidsytelsen skyldes en funksjonsnedsettelse, og pliktig tilrettelegging ville ha ført til en tilsvarende situasjon. En annen sak er at arbeidsgivers tilretteleggingsplikter her sannsynligvis vil være begrensede, se nærmere nedenfor under pkt. 3.3.6.3.

3.3.5.7. Pliktbrudd som skyldes en funksjonsnedsettelse.

En arbeidstakers funksjonsnedsettelse, særlig psykisk sykdom eller tilstander som ADHD, kan gi seg utslag i ordrenekt og samarbeidsvansker. Spørsmålet blir da om det utgjør diskriminering om arbeidsgiver reagerer negativt på slike pliktbrudd, for eksempel ved advarsler, oppsigelse eller avskjed.

Negative sanksjoner mot pliktbrudd i arbeidsforholdet som gjennomføres konsekvent i forhold til alle arbeidstakere, vil ramme personer med visse typer psykiske lidelser og tilstander som ADHD i større utstrekning enn personer uten denne type funksjonsnedsettelser, og vil derfor i prinsippet komme inn under forbudet mot indirekte diskriminering.

Videre vil negative sanksjoner som følge av pliktbrudd som er utslag av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse etter forholdene kunne komme inn under forbudet mot direkte diskriminering.⁹⁴³ I praksis vil vurderingstema da være om det i det konkrete tilfeller vil innebære en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver å tilrettelegge for arbeidstakers funksjonsnedsettelse.⁹⁴⁴

⁹⁴³ Slik også Syse-utvalgets innstilling, NOU 2005:8 s. 169.

⁹⁴⁴ I LDN-2007-21 var arbeidstaker blitt bedt om å si seg opp pga. samarbeidsproblemer. Problemene skyldtes imidlertid AD/HD, som arbeidsgiver var gjort oppmerksom på. Diskrimineringsnemnda fant at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt.

3.3.5.8. Sammenfatning og konklusjoner.

Med gjennomgangen over har jeg vist at funksjonshemming som diskrimineringsgrunn har særtrekk som gjør den vanskelig å innpasse i kategoriene direkte og indirekte diskriminering. Dette gjelder i særlig grad hvor arbeidstakers funksjonsnedsettelse påvirker hennes mulighet for å utføre arbeidet.

Jeg har utledet at forbudene mot direkte diskriminering (dårligere behandling i en tilsvarende situasjon på grunn av funksjonshemming) og indirekte diskriminering (formelt nøytral praksis mv. som rammer en person på grunn av dennes funksjonsnedsettelse) i stor utstrekning vil kunne anvendes på de samme handlinger.

I forhold til forbudet mot direkte diskriminering fant jeg at en ikke kan skille skarpt mellom tilfeller hvor arbeidsgiver har lagt vekt på funksjonsnedsettelsen som sådan og tilfeller hvor arbeidsgiver har lagt vekt på vansker i arbeidet som har sammenheng med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse. I utgangspunktet må dårligere behandling som følge av *utslag av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse* anses som dårligere behandling på grunn av "funksjonshemming" i forhold til forbudet mot direkte diskriminering. Dette innebærer at vansker i arbeidet som har forbindelse med en funksjonsnedsettelse ikke kan behandles på samme måte som tilsvarende vansker som har andre årsaker. Arbeidsgiver kan likevel ikke pålegges å se bort fra enhver slik vanskelighet fordi denne har forbindelse med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse.

Arbeidsgiver kan legitimere dårligere behandling som er begrunnet i utslag av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse på to måter: Han kan anføre at det ikke foreligger en "tilsvarende situasjon" eller han kan argumentere for at forskjellsbehandlingen er "nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke" mv., aml. § 13-3 første ledd.

Anfører arbeidsgiver at det ikke foreligger en "tilsvarende situasjon", må han vise at arbeidstaker ikke er i stand til å utføre stillingens "vesentlige oppgaver", og at pliktig tilrettelegging heller ikke ville ha satt henne i stand til dette. Eventuelt kan arbeidsgiver vise at tilrettelegging som ville ha skapt en "tilsvarende situasjon" vil medføre en "uforholdsmessig stor byrde". Argumentasjonen vil her vesentlig dreie seg om det *konkrete* tilfellet, omfanget av den enkelte arbeidstakers vansker i arbeidet og hva som kan gjøres for å avhjelpe disse. Også individuelle forhold på arbeidsgiverside, som virksomhetens størrelse og økonomiske ressurser, vil ha betydning for arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge, og dermed for muligheten for å skape en tilsvarende situasjon.

Videre kan arbeidsgiver argumentere for at "fravær av" slike vansker er "nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke", og ikke er "uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som

forskjellsbehandles”.⁹⁴⁵ Er den dårligere behandlingen ikke knyttet til en konkret vurdering av individuell arbeidsevne, men er et utslag av på forhånd fastsatte minstekrav til helsetilstand eller funksjonsevne for en stilling, synes det naturlig å vurdere om forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”. Argumentasjonen vil her måtte være *generell*, og dreie seg om hvilke vansker som vanligvis må tåles som følge av funksjonsnedsettelse i denne type stilling eller arbeidsforhold.

Hvor forbudet mot indirekte diskriminering kommer til anvendelse, vil arbeidsgiver kunne legitimere forskjellsbehandlingen ved å vise til at denne er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål og (...) ikke (...) uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.” Også dette er i utgangspunktet en generell vurdering. Imidlertid vil den enkelte virksomhetens ressurser kunne være av betydning for den nærmere interesseavveiningen.

Hva og hvor mye som konkret skal til for at arbeidsgiver legitimt skal kunne stille en arbeidstaker dårligere som følge av forhold som har forbindelse med funksjonsnedsettelse tas opp nedenfor, under pkt. 3.3.6.2-3.3.6.3.

3.3.6. Unntak og begrensninger i diskrimineringsforbudene.

3.3.6.1. Utgangspunkt – legitime grunner til å legge vekt på ”funksjonshemming”.

Forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming gir som vist ikke ubegrenset vern mot dårligere behandling på grunn av forhold som har sammenheng med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse. Det kan i visse tilfeller være legitimt å legge negativ vekt på slike forhold ved en arbeidsrettslig beslutning; å opprettholde en formelt nøytral praksis mv. som stiller arbeidstaker dårligere som følge av funksjonshemming, eller å unnlate å tilrettelegge for en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse.

Forskjellsbehandling på grunn av funksjonshemming vil i praksis ofte gå ut på at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse blir stilt *dårligere* enn andre. Hva som skal til for at det skal være legitimt at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse blir stilt dårligere, tas opp under pkt. 3.3.6.2 og 3.3.6.3 nedenfor. Dette vil dreie seg om tilfeller hvor funksjonsnedsettelsen, uansett tilrettelegging, kan antas å ha negativ virkning for muligheten til å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte eller hvor individuell tilrettelegging vil medføre en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver.

⁹⁴⁵ I tillegg må forskjellsbehandlingen ”ha et saklig formål”, noe som ikke synes å ha praktisk betydning ved siden av ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”.

Imidlertid kan det også være aktuelt at arbeidstaker blir stilt *bedre* som følge av egen funksjonsnedsettelse. Dette tas opp under pkt. 3.3.6.4 til 3.3.6.6. Det vil dels dreie seg om tilfeller hvor en bestemt funksjonsnedsettelse utgjør en nødvendig yrkeskvalifikasjon. Dels vil det dreie seg om positiv særbehandling, med formål å skape reell likebehandling.

3.3.6.2. Adgang til å stille arbeidstaker dårligere – generelle unntak fra diskrimineringsforbudene.

Som vi har sett under pkt. 3.3.5, har arbeidsgiver flere muligheter for å legitimere at en arbeidstaker er blitt stilt dårligere som følge av forhold som har sammenheng med en funksjonsnedsettelse. Han kan argumentere generelt med at forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og forholdsmessig etter aml § 13-3 første eller annet ledd. Eller han kan hevde at det i det konkrete tilfellet, på grunn av funksjonsnedsettelsens virkninger for arbeidsutførelsen, ikke foreligger en ”tilsvarende situasjon”. Under dette pkt. vil jeg presentere, analysere og sammenlikne de *generelle* unntakene fra forbudene mot direkte og indirekte diskriminering. Begrensningene i arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging tas opp nedenfor, under pkt. 3.3.6.3.

Forskjellsbehandling som er *direkte begrunnet* i funksjonshemming vil etter aml. § 13-3 første ledd være legitim dersom den ”har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og (...) er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”.⁹⁴⁶ Bestemmelsen gjennomfører unntaksadgangen etter sysselsettingsdirektivet art. 4 stk 1: Medlemsstatene kan bestemme at ”ulige behandling, som er baseret på en egenskap, der har forbindelse med en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde, ikke udgør forskelsbehandling, hvis den pågældende egenskap på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenheng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.”⁹⁴⁷

I norske forarbeider er det, under henvisning til EF-retten, lagt til grunn at adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er snever. Arbeids- og sosialdepartementet har i særkommentaren til aml. § 13-3 første ledd vist til EF-domstolens strenge praksis med hensyn til direkte kjønnsdiskriminering og lagt til grunn av ”[d]enne praksisen antas å være veiledende ved

⁹⁴⁶ Unntaket for nødvendige yrkeskvalifikasjoner i § 13-3 første ledd gjelder i prinsippet både direkte og indirekte diskriminering, men synes ikke å få betydning i forhold til indirekte diskriminering, ettersom det her gjelder mer omfattende unntak fra forbudet.

⁹⁴⁷ Merk forskjellen i terminologi mellom aml. kap. 13 og (den danske versjonen av) sysselsettingsdirektivet. Aml. kap. 13 bruker ”diskriminering” om det som i direktivet betegnes som ”forskelsbehandling”, og ”forskjellsbehandling” om det som i direktivet kalles ”ulige behandling”.

vurderingen av hva som utgjør forskjellsbehandling etter denne bestemmelsen. Dette innebærer at unntaket som utgangspunkt skal tolkes strengt.”⁹⁴⁸

I forhold til forbudet mot indirekte diskriminering vil det være tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål” og ikke er uforholdsmessig inngripende, aml. § 13-3 annet ledd. Unntaket er utslag av begrensningen i definisjonen av indirekte diskriminering i sysselsettingsdirektivet art. 2(2)(b)(i): Det foreligger ikke indirekte diskriminering dersom “den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.”⁹⁴⁹ I forarbeidene til aml. § 13-3 annet ledd uttaler Arbeids- og sosialdepartementet at loven her ”åpner (...) for en noe videre adgang til å gjøre unntak enn det som går frem av bestemmelsens første ledd” og at “[h]vor langt unntaket går, vil bli en skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfelle, sett på bakgrunn av det konkrete faktum i saken.”⁹⁵⁰

Er EF-domstolens praksis som gjelder legitimering av indirekte kjønnsdiskriminering relevant for tolkingen av aml. § 13-3 annet ledd?

Norske forarbeider henviser ikke til EF-domstolens praksis med hensyn til legitimering av indirekte kjønnsdiskriminering.⁹⁵¹ Sysselsettingsdirektivets forarbeider viser til EF-domstolens avgjørelser i saker som gjelder fri bevegelse/nasjonalitetsdiskriminering,⁹⁵² men ikke til praksis som gjelder indirekte kjønnsdiskriminering. Bakgrunnen for det siste synes imidlertid å være at en ikke ønsket å videreføre de krav med hensyn til statistisk materiale mv. som er stilt for å etablere et *utgangspunkt* om indirekte kjønnsdiskriminering.⁹⁵³ Det er derimot ikke tatt stilling til om praksis mht. hva som skal til for å *legitimere* indirekte diskriminering på grunnlag av kjønn bør være retningsgivende. Ordlyden i sysselsettingsdirektivets art. 2(2)(b)(i) synes videre modellert over EF-domstolens praksis i saker som gjelder legitimering av indirekte kjønnsdiskriminering. Jeg vil derfor gå ut fra at denne praksis også vil ha betydning for EF-domstolens praksis i forhold til sysselsettingsdirektivet, og dermed også for tolkingen av norsk rett på dette området.⁹⁵⁴

⁹⁴⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327. Forarbeidene til forgjengeren, aml. 1977 § 54D nr. 1, er enda tydeligere. I Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt 8.4.5.1 s. 40 uttaler departementet at ”unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet”.

⁹⁴⁹ Sysselsettingsdirektivet inneholder i tillegg en begrensning i omfanget av forbudet mot indirekte diskriminering, art. 2(2)(b)(ii), som ikke er kommet direkte til uttrykk i den norske lovteksten. Begrensningen er av en annen karakter enn begrensningen som følger av art. 2(2)(b)(i), og er tatt opp under pkt. 3.3.4.3.

⁹⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327.

⁹⁵¹ Kfr. særkommentaren til § 13-3 annet ledd i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36.

⁹⁵² KOM(1999) 565 endelig s. 8. Her vises eksplisitt til O’Flynn-saken, sak C-237/94.

⁹⁵³ Jfr. det som er utledet ovenfor under pkt. 3.3.3.4.

⁹⁵⁴ Hosking 2006 legger til grunn at denne praksis vil være relevant for EF-domstolen, (og kritiserer utformingen av sysselsettingsdirektivet på dette punkt), se s. 677-678.

Nedenfor vil jeg foreta en parallell gjennomgang av unntakene fra forbudene mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming. Jeg vil undersøke hvor det i praksis er samme vurderinger som foretas, og hvor vilkårene eventuelt er forskjellige. Jeg går først inn på kravene til saklig formål, deretter på kravene til nødvendighet og forholdsmessighet.

Forskjellsbehandlingen må både i forhold til § 13-3 første og annet ledd være nødvendig for å fremme et **saklig formål**. Når første ledd i tillegg krever at forskjellsbehandlingen skal være ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, synes dette å innebære en innsnevring av hvilke formål som kan begrunne unntak fra forbudet mot direkte diskriminering: Formålet må her være knyttet til selve utførelsen av arbeidet/yrket.

Vurderingen av hva som utgjør et saklig formål må, så vel etter første som etter annet ledd ta utgangspunkt i hva som utgjør arbeidsgivers legitime interesser i arbeidsforholdet. Det overordnede formål med en arbeidsavtale vil være at arbeidstaker skal utføre arbeidsoppgaver for arbeidsgiver. Arbeidsgiver har altså en berettiget interesse i at arbeidstaker er i stand til å utføre arbeidet på en måte som er forsvarlig (i forhold til andres og egen sikkerhet) og tilfredsstillende (i forhold til arbeidsgivers interesse i rasjonell produksjon). Krav som stilles med slike formål vil også falle inn under det spesielle formålet i første ledd, ”utøvelse av arbeid eller yrke”.

Krav som tar sikte på å verne *andre menneskers* sikkerhet og helse vil klart ha et saklig formål. Dette gjelder både arbeidskollegers og utenforståendes (kunders, klienters og publikums) sikkerhet. Herunder må det kunne stilles krav til så vel fysisk som psykisk helsetilstand eller funksjonsevne der dette er nødvendig av hensyn til andres sikkerhet. Lov- og forskriftsfestede krav til helsetilstand eller funksjonsevne gjelder bl.a. smittevern, næringsmiddelhygiene, trafikksikkerhet og andre sikkerhetssensitive oppgaver.⁹⁵⁵ Arbeidsgiver kan videre på eget initiativ stille krav til helsetilstand eller funksjonsevne av hensyn til andre menneskers sikkerhet. Av hensyn til pasientene kan det f.eks. være saklig å stille krav om at en sykepleier klarer å lese tilstrekkelig godt til ikke å forveksle medisiner.

Videre kan det være stilt krav med sikte på å verne *arbeidstakers egen* sikkerhet eller helse. Arbeidsgiver har en lovfestet plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, aml. § 4-1 første ledd, herunder også en plikt til å organisere arbeidet slik at den enkelte arbeidstakers sikkerhet og helse blir ivaretatt, se også aml. § 4-2 annet ledd bokstav b.

⁹⁵⁵ For eksempler på slike krav se nedenfor under kap. V pkt. 3.3.3.3, kap. VI pkt. 2.4.3.2 og kap. VII pkt. 2.2. Se også oversikten i NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet, Vedlegg 1.

I utgangspunktet vil slike krav som stilles ut fra arbeidsmiljøhensyn være legitime, se også sysselsetningsdirektivets art. 7 stk. 2.⁹⁵⁶ Dette gjelder så vel etter første som etter annet ledd i aml. § 13-3. Imidlertid må vern av arbeidstakers sikkerhet og helse veies mot den utstøtende effekten slike krav kan ha. Syse-utvalget uttaler i forhold til utkastet til ny diskriminerings- og tilgjengelighetslov at ”det bør utvises tilbakeholdenhet med å akseptere paternalistiske eller overbeskyttende holdninger overfor mennesker med nedsatt funksjonsevne som saklige. Også mennesker med nedsatt funksjonsevne må i utgangspunktet kunne velge å utsette seg for ulike typer risikoer, på samme måte som andre.”⁹⁵⁷ Jeg er enig med Syse-utvalgets uttalelse hva angår realiteten, men begrunnelsen er etter min mening ikke helt treffende. Arbeidsmiljøregler er etter sin natur paternalistiske, og innebærer at arbeidstaker *ikke* kan velge hvilken risiko hun skal utsette seg for i arbeidsforholdet. Poenget må her være at arbeidsmiljøreglene ikke skal virke utstøtende overfor grupper av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.⁹⁵⁸ Et krav om likebehandling som også omfatter arbeidstakere med funksjonsnedsettelse må bl.a. innebære at det stilles strenge krav til vernetiltak i arbeidsmiljøet som alternativ til utstøtende helsekrav.

Kan arbeidsgiver stille krav til arbeidstakernes helsetilstand og funksjonsevne av hensyn til økonomisk vinning?

Slike krav vil kunne stilles dersom de også er ”nødvendig[e] for utøvelse av arbeid eller yrke”, jfr. aml. § 13-3 første ledd.⁹⁵⁹ Blant annet må det legitimt kunne legges vekt på om en søker til en stilling i et flyttebyrå er i stand til å løfte tunge ting, selv om dette vil utelukke personer med ulike muskelsykdommer. Ut over dette er det antatt at hensynet til arbeidsgivers økonomiske interesser ikke skal slå gjennom i forhold til forbudet mot direkte diskriminering.⁹⁶⁰ Et praktisk tilfelle kan være at arbeidsgiver blir påført et økonomisk tap som følge av publikums fordommer mot personer med visse typer funksjonsnedsettelse; eventuelt som følge av publikums ubegrunnede smittefrykt.⁹⁶¹ Hvor det ikke er noe i veien med arbeidstakers utførelse av arbeidet, kan økonomisk

⁹⁵⁶ I art. 7 stk. 2 første alternativ heter det at ”[f]or så vidt angår handicappede er prinsippet om likebehandling ikke til hinder for, at medlemsstatene opretholder eller vedtager bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhet på arbeidsplassen (...)”. Formålet med den særskilte unntaksadgangen på dette punkt er noe uklart. Unntaket – som kom inn seint i lovgivningsprosessen – inngår som en del av en bestemmelse som i første rekke hjemler tiltak for å styrke stillingen på arbeidsmarkedet for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, men dette alternativ synes altså primært å omfatte tiltak som stiller arbeidstakere med funksjonsnedsettelse *dårligere*. Også denne adgangen til å gjøre unntak fra det alminnelige likebehandlingskravet må begrenses av et alminnelig krav til nødvendighet og forholdsmessighet.

⁹⁵⁷ NOU 2005:8 s. 173. Tilsv. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 107.

⁹⁵⁸ Se nærmere kapittel III pkt. 2.

⁹⁵⁹ Og ikke uforholdsmessig inngripende, se nedenfor.

⁹⁶⁰ Dette kommer blant annet til uttrykk i en uttalelse i forarbeidene til aml. § 13-3 første ledds forgjenger: ”[F]orskjellsbehandling [vil] som hovedregel ikke være legitimt iht. §54D nr. 1, der eneste begrunnelse for forskjellsbehandling er at arbeidsgiver oppnår økonomisk vinning ved å forskjellsbehandle”, Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 40.

⁹⁶¹ Sml. Rt. 1988 s. 959, Henki-saken.

tap som skyldes kunders eller publikums fordommer som den altoverveiende hovedregel ikke gi grunnlag for å stille en arbeidstaker dårligere.

Krav som ikke er direkte knyttet til arbeidsutførelsen har tradisjonelt vært vurdert som indirekte diskriminerende. Dette gjelder for eksempel bruk av ansiennitet som kriterium ved nedbemanning, eller krav om en minste arbeidstid for å oppnå visse goder i arbeidsforholdet. Her vil arbeidsgiver i prinsippet kunne påberope seg bedriftsøkonomiske hensyn som relevante, se aml. § 13-3 annet ledd.

I tillegg til kravet om saklig formål, stiller så vel første som annet ledd i § 13-3 krav om at forskjellsbehandlingen skal være ”**nødvendig**” for å oppfylle formålet.⁹⁶² Arbeidsgiver må altså vurdere om formålet kan oppnås på en annen måte, som ikke, eller i hvert fall i mindre grad, går ut over arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.⁹⁶³ Tiltak i arbeidsmiljøet kan i noen tilfeller være et alternativ for å oppnå det saklige formålet. For eksempel kan hensynet til allergiske arbeidstakere eller til hygiene på arbeidsplassen ivaretas ved hyppigere rengjøring, slik at en kan tillate en synshemmet arbeidstaker å ha med førerhund på jobb. Generelle kontrollrutiner kan motvirke at sykepleierens dysleksi medfører fare for pasientene. Hvor individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5 kan gjøre arbeidstaker i stand til å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte, vil det heller ikke være grunnlag for å behandle henne dårligere på grunn av funksjonsnedsettelsen.

Endelig stilles krav til **forholdsmessighet** både etter første og annet ledd av aml. § 13-3: I begge tilfeller kreves at ”forskjellsbehandlingen” ”ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”. Et krav om forholdsmessighet innebærer en interesseavveining: Arbeidsgivers interesse i å anvende de kriteriene som fører til at personer med funksjonsnedsettelse blir stilt dårligere må veies mot ulempene for den enkelte arbeidstaker eller den gruppe hun tilhører.

De formål som er tatt opp ovenfor; andres sikkerhet og helse, arbeidstakers egen sikkerhet og helse samt arbeidsgivers interesse i at arbeidet blir utført på en regningssvarende måte, er hver for seg relevante og legitime typer hensyn. De ulike hensynstyper vil likevel ha ulik vekt. Det kan argumenteres for at hensynet til andres sikkerhet og helse har større vekt enn hensynet til arbeidstakers egen sikkerhet og helse, og at hensynene til sikkerhet og helse vil ha større vekt enn arbeidsgivers økonomiske interesse i en mest mulig effektiv produksjon.

I tillegg må en se på kriterienes egenvekt i det enkelte tilfelle: Hvor stor er egentlig risikoen for allergier hos andre personer ved at dyr oppholder seg på arbeidsplassen? Hvor viktig er hensynet til hygiene i arbeidsgivers bransje (dreier det seg om en slakterbutikk eller et kontorlokale?) og hvor

⁹⁶² I § 13-3 første ledd stilles krav om at forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, noe som må innebære at arbeidsutøvelse er det eneste saklige formål som anerkjennes.

⁹⁶³ Se her blant annet den svenske Regeringens proposition 2002/2003:65 s. 94.

stor hygienerisiko vil en førerhund innebære? Hvor stor er egentlig faren for at en sykepleiers dysleksi skal medføre risiko over pasientene? Og dersom en synshemmet lærer ikke kan være eksamensvakt, hvor viktig er denne delen av arbeidet i forhold til f.eks. undervisning?

Forholdsmessighetskravet i de generelle unntakene fokuserer likevel først og fremst på *arbeidstakernes* interesser. Forskjellsbehandlingen må ikke være ”uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som rammes”,⁹⁶⁴ se aml. § 13-3 første og annet ledd. ”Den” må her referere til den enkelte arbeidstakers interesse i likebehandling og vern mot utstøting. Ut fra forutberegnelighetshensyn kan det likevel ikke være en ren individuell behovsvurdering som er avgjørende. Skjønnnet må til en viss grad objektiviseres.

I forholdsmessighetsvurderingen må det også være relevant å se på hvor mye dårligere vedkommende arbeidstaker blir stilt i det konkrete tilfellet. For eksempel må generelle kriterier for oppsigelse (f.eks. at en tar hensyn til fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver) vurderes strengere enn tilgang til velferdstiltak (f.eks. manglende fysisk tilgjengelighet til feriehytter).

”De” kan rent språklig forstås som en konstatering av at flere personer kan rammes i samme sak. I så fall er alternativet imidlertid unødvendig. Når dette nevnes som alternativ, må det antakelig henvises til de utstøtende/diskriminerende virkninger for den *gruppe* funksjonshemmede som arbeidstakeren tilhører, f.eks. synshemmede.

Ett spørsmål blir da om det kan tas hensyn til den kvantitative utstøtende effekten, altså hvor mange som vil bli rammet av kriteriet.

For det første kan det her være variasjoner mht. om det dreier seg om et yrke som sysselsetter mange eller få arbeidstakere: Alle kan ikke bli jagerflygere og det vil derfor ikke være uforholdsmessig å stille strenge krav til synsevne i dette yrket. I andre tilfeller kan kravene ramme flere, for eksempel der det stilles strenge krav til beherskelse av skriftlig norsk i en stilling som saksbehandler. Dette er forhold som bør kunne tas i betraktning ved forholdsmessighetsvurderingen etter aml. §§ 13-3 første og annet ledd.

For det annet kan det være variasjoner på arbeidstakerside, med hensyn til om kriteriet rammer en stor gruppe funksjonshemmede, eller bare personer med et sjeldent syndrom. Likebehandlingshensyn tilsier at forholdsmessighetsvurderingen ikke bør være avhengig av størrelsen på den arbeidstakergruppe som rammes. På den annen side kan hevdes at interessene til personer med sjeldne funksjonsnedsettelse vil være tilfredsstillende ivaretatt ved individuell tilrettelegging. Det vil også være vanskelig å tilpasse generelle rutiner til svært spesielle behov. Jeg konkluderer altså med at også slike forhold vil kunne ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen.

⁹⁶⁴

Min kursiv.

Videre kan det formodentlig ha en viss betydning hvor vanskelige kriteriene er å oppnå for personer med en bestemt type funksjonsnedsettelse. Det vil for eksempel være umulig for synshemmede å kjøre bil, men ikke umulig for dyslektikere å oppnå visse minimumsferdigheter i skriftlig norsk.

Oppsummert kan det altså være grunnlag for unntak så vel fra forbudet mot direkte som fra forbudet mot indirekte diskriminering. De generelle unntakene er svært like og vilkårene for legitimering er i det vesentligste sammenfallende. Forskjellen er som vist at begrunnelsen for unntak fra direkte diskriminering må være knyttet direkte til arbeidsutførelsen, mens unntak fra indirekte diskriminering også kan forfølge andre saklige formål i arbeidsforholdet. Videre skal det i utgangspunktet mer vektige grunner til for å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering.

I forbindelse med behandlingen av arbeidsmiljøloven av 1977s likebehandlingskapittel foreslo Senter mot etnisk diskriminering en felles formulering av unntak og begrensninger når det gjaldt direkte og indirekte diskriminering. Departementet var imidlertid av den oppfatning at EF-retten ikke åpnet for slike generelle unntak, pga. den snevre adgangen til unntak fra forbudet mot direkte diskriminering.⁹⁶⁵ Heller ikke i aml. § 13-3 har en altså valgt å formulere en felles standard.

Ettersom det i svært mange tilfeller ikke er mulig å skille skarpt mellom direkte og indirekte diskriminering pga. ”funksjonshemming”, se ovenfor under pkt. 3.3.5, synes det heller ikke å være hensiktsmessig å skille skarpt mellom unntakene. Etter min mening må det her være grunnlag for å operere med en glideskala: Hvorvidt ”forskjellsbehandlingen” i et konkret tilfelle er legitim etter aml. § 13-3 første og annet ledd, kan da blant annet være avhengig av hvor nær knyttet begrunnelsen for forskjellsbehandlingen er til funksjonsnedsettelsen. Generelle krav til helsetilstand og funksjonsevne i stilling bør etter dette være gjenstand for en streng vurdering, mens generelle krav som mer indirekte rammer personer med funksjonsnedsettelse, slik som bruk av ansiennitet i en nedbemanningsprosess, kan være gjenstand for en mer lempelig vurdering. I praksis vil den sentrale vurderingen i begge tilfeller være om det foreligger et saklig formål samt om forskjellsbehandlingen er nødvendig og forholdsmessig, ikke om handlingen i utgangspunktet kan karakteriseres som direkte eller indirekte diskriminerende.

Diskrimineringsloven av 2005 opererer med en felles unntaksbestemmelse, § 4 fjerde ledd. En tilsvarende bestemmelse var foreslått av Syse-utvalget, se utkastet til diskriminerings- og tilgjengelighetslov § 4 femte ledd. Utvalget legger til grunn at det er ”de samme hensynene som gjør seg gjeldende, og de samme vurderingene som vil måtte foretas, både i forhold til direkte og indirekte diskriminering”.⁹⁶⁶ Barne- og likestillingsdepartementet og den vedtatte loven opererer også med en felles standard, men da slik at det også i forhold til indirekte diskriminering kreves

⁹⁶⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36.

⁹⁶⁶ NOU 2005: 8 s. 173.

at forskjellsbehandlingen skal være "nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke", dtgl. § 4 fjerde ledd annet punktum.⁹⁶⁷

3.3.6.3. Adgang til å stille arbeidstaker dårligere – begrensning i plikten til tilrettelegging.

Drøftelsen ovenfor gjaldt generelle unntak fra forbudene mot direkte og indirekte diskriminering, knyttet til de krav stillingen eller yrket stiller, eventuelt til andre saklige virksomhetsformål. Som vi har sett under pkt. 3.3.5, kan arbeidsgiver imidlertid også argumentere med at det i det konkrete tilfellet ikke forelå noen tilsvarende situasjon, fordi arbeidstakers funksjonsnedsettelse påvirket hennes mulighet for å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. Det sentrale vurderingstema vil da være hvor langt arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging rekker.

Aml. § 13-5 pålegger arbeidsgiver å tilrettelegge så langt det er "mulig" og ikke medfører en "uforholdsmessig stor byrde".⁹⁶⁸ Bestemmelsen gjennomfører sysselsetningsdirektivet art. 5: Arbeidsgiver plikter å foreta tilpasninger "i rimelig omfang", med mindre disse medfører en "uforholdsmessig stor byrde".

Begrensningen for uforholdsmessig byrde må omfatte så vel tilfeller hvor *virksomhetens* ressurser er begrensede som tilfeller hvor *arbeidstakers* funksjonsnedsettelse har svært omfattende virkninger for hennes mulighet til å utføre arbeidet.⁹⁶⁹

Begrensningen vil være aktuell der individuell tilrettelegging nok kan sette arbeidstaker i stand til å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte, men bare ved bruk av uforholdsmessig store ressurser. For eksempel kan det i og for seg være mulig for arbeidsgiver å tilrettelegge slik at en rullestolbruker skal kunne utføre stillasarbeid, men slik tilrettelegging vil være uforholdsmessig kostbar og tidkrevende. I andre tilfeller kan det være glidende overganger mellom plikt til å tilrettelegge og arbeidsgivers plikt til å tåle ulemper som følge av funksjonsnedsettelsen. Spørsmålet om arbeidsgivers tilrettelegging for en arbeidstaker som ikke kan arbeide nattskift vil medføre "en uforholdsmessig stor byrde" vil i praksis falle sammen med spørsmålet om det, gitt pliktig tilrettelegging, foreligger en "tilsvarende situasjon".

Det konkrete omfanget av arbeidsgiver plikt til individuell tilrettelegging tas opp under avhandlingens enkelte deler, se særlig kap. V pkt. 4.4 og kap. VI pkt. 2.3.3.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første jfr. femte ledd gir arbeidsgiver plikt til å foreta "rimelig individuell tilrettelegging" så langt dette ikke innebærer en "uforholdsmessig byrde".

⁹⁶⁷ Se nærmere nedenfor under kap. VIII pkt. 3.

⁹⁶⁸ Formuleringen "mulig" innebærer en skjerpelse av ordlyden i forhold til aml. 1977 § 54F som brukte formuleringen "mulig og rimelig". Dette innebærer likevel ikke noen realitetsendring, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327.

⁹⁶⁹ Se nærmere nedenfor under kap. VI pkt. 2.3.3.2 og 2.3.3.3.

3.3.6.4. Adgang til å stille arbeidstaker bedre – utgangspunkt: Er hjemmel nødvendig?

En arbeidsgiver kan også ønske å stille en arbeidstaker *bedre* enn andre som følge av hennes funksjonsnedsettelse. Det kan tenkes to begrunnelser for dette: For det første kan funksjonsnedsettelsen eller forhold i tilknytning til denne ses på som en kvalifikasjon for stillingen. For det andre kan arbeidsgiver praktisere positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Under pkt. 3.3.6.4-3.3.6.6 vil jeg gå inn på i hvilken utstrekning slike handlinger er legitime.

Et første spørsmål vil være hva som eventuelt setter grenser for at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse behandles bedre enn andre.

Dersom en arbeidstaker stilles bedre enn andre på grunn av funksjonsnedsettelse i en konkurransesituasjon vil dette også bety at disse andre stilles dårligere på grunn av ”mangel på” funksjonsnedsettelse. En slik dårligere behandling kan være i strid med et alminnelig saklighets- eller likebehandlingskrav i arbeidsforhold, dersom den ikke er tilstrekkelig saklig begrunnet. En person som *bare* er rammet av brudd på et alminnelig likebehandlingsprinsipp kan likevel ikke påberope seg særlige rettigheter eller anvende det særlige håndhevingsapparat som er knyttet til aml. kap. 13. Det kan altså være av interesse å se på om andre arbeidstakere også kan påberope seg at det utgjør brudd på forbudene mot *diskriminering* om en annen person er stilt bedre på grunn av vedkommendes funksjonsnedsettelse.

Jeg vil først se på forbudet mot *direkte diskriminering* kan påberopes av en arbeidstaker som er stilt dårligere på grunn av ”manglende” funksjonsnedsettelse.

Direkte diskriminering defineres i forarbeidene til aml. kap. 13, i samsvar med den tidligere legaldefinisjonen i aml. 1977, som dårligere behandling ”på grunn av” ”funksjonshemming”. Det stilles altså krav til årsakssammenheng mellom handlingen og ”funksjonshemming”, uten at det sies noe eksplisitt om hvilken person egenskapen/relasjonen ”funksjonshemming” må knyttes til.

Den mest nærliggende forståelse av ordlyden i den nåværende forarbeidsdefinisjonen vil etter min mening være at en person bare er blitt diskriminert på grunn av ”funksjonshemming” dersom vedkommende er blitt behandlet dårligere på grunn av at hun *har* (eventuelt kan forventes å utvikle eller hennes nærstående har) en funksjonsnedsettelse. Egenskapen eller relasjonen ”funksjonshemming” som årsaksfaktor har i disse tilfellene en eller annen tilknytning til personen som er blitt utsatt for den dårligere behandlingen. Det synes mindre naturlig å si at en person som er blitt behandlet dårligere på grunn av ”manglende” funksjonsnedsettelse er blitt utsatt for diskriminering på grunn av funksjonshemming. Likevel utelukker ikke ordlyden i og for seg at det også kan være

sammenlikningspersonens (den andres) funksjonsnedsettelse som er årsak til den negative særbehandlingen av en arbeidssøker eller arbeidstaker uten funksjonsnedsettelse.

Spørsmålet om diskrimineringsforbudet også omfattet diskriminering pga. ”manglende” funksjonsnedsettelse synes ikke å ha vært vurdert i den norske lovgivningsprosessen.

Ser en på øvrige diskrimineringsforbud, gjelder disse ikke bare til fordel for grupper som tradisjonelt har vært utsatt for negativ særbehandling. For eksempel kan en mann påberope et forbud mot kjønnsdiskriminering; en person fra en etnisk majoritetsgruppe kan påberope et forbud mot diskriminering pga. etnisitet og en heterofil person kan påberope et forbud mot diskriminering pga. seksuell orientering. Forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming er likevel ikke helt parallelt med øvrige forbud. Mens egenskaper som kjønn, etnisitet og seksuell orientering i prinsippet omfatter alle mennesker, vil ikke alle mennesker ha en ”funksjonshemming”. Et forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming er altså noe prinsipielt annet enn et forbud mot diskriminering på grunnlag av ”helsetilstand” eller fysisk eller psykisk ”funksjonsnivå”.

Det er også vanskelig å se at det er noe særlig praktisk behov for å verne arbeidstakere mot dårligere behandling fordi de *ikke* har en funksjonshemming. En slik tolkning av forbudet vil styrke posisjonen til en gruppe som står sterkt på arbeidsmarkedet på bekostning av en gruppe som står svakt.

Det kan likevel anføres prinsipielle argumenter for å tolke forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming på en slik måte at det i prinsippet kan favne alle mennesker: Den motsatte løsning kan sementere et syn på funksjonsnedsettelse som ubetinget negative tilstander. Hvis forbudet bare anses å verne personer som har en funksjonsnedsettelse, kan dette underbygge et skille mellom ”oss” og ”dem”; mellom majoritet og minoritet eller mellom ”normal” og ”avvikende”. Et forbud som i prinsippet verner alle, gir vern for forskjellighet og stempler ikke nødvendigvis avvik fra flertallsnormen som negative.

Utformingen av bestemmelsene om positiv særbehandling og nødvendige yrkeskvalifikasjoner tyder på at diskrimineringsforbudet i utgangspunktet også kan omfatte tilfeller hvor en person er stilt dårligere som følge av manglende funksjonshemming. I aml. § 13-6 heter det at ”[s]ærbehandling som bidrar til å fremme likebehandling er ikke i strid med *bestemmelsene i dette kapittel*”,⁹⁷⁰ aml. § 13-6 første pkt. Dersom diskrimineringsforbudet i utgangspunktet ikke dekket dette, ville det ikke være nødvendig med en slik formulering.⁹⁷¹ Videre følger det av unntaket i §

⁹⁷⁰ Min kursiv.

⁹⁷¹ Et mulig motargument kan være at det i særkommentaren til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328, uttales at positiv særbehandling kan utgjøre diskriminering av ”de øvrige gruppene som er beskyttet av loven”. Dette synes å henvise til spesifikke grupper som er omfattet av diskrimineringsforbud etter kap. 13. Videre er bestemmelsen generell, og positiv særbehandling på grunn av ”funksjonshemming” er ikke spesifikt tatt opp i forarbeidene.

13-3 første ledd at forskjellsbehandling som ”har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, *anses ikke som diskriminering etter loven her*”.⁹⁷² Dersom denne tolkes slik at den også regulerer muligheten for å anse ”funksjonshemming” som en kvalifikasjon, må det være fordi lovens forbud mot direkte diskriminering i utgangspunktet setter grenser for dette.

Det synes dessuten forutsatt at sysselsettingsdirektivets forbud mot direkte diskriminering er ment å omfatte diskriminering på grunn av ”manglende” funksjonsnedsettelse. I forbindelse med arbeidet med sysselsettingsdirektivet ble det uttrykt bekymring for at diskrimineringsforbudet skulle stenge for positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelser.⁹⁷³ I juridisk teori som gjelder sysselsettingsdirektivet har en også lagt til grunn at det vil være nødvendig med unntak fra diskrimineringsforbudet for å anse funksjonsnedsettelse som en *kvalifikasjon* for en stilling.⁹⁷⁴ Tilsvarende synes lagt til grunn i forarbeidene til den svenske implementeringsloven.⁹⁷⁵ Selv om sysselsettingsdirektivet ikke er EØS-rett, har det vært hensikten å gjennomføre direktivets bestemmelser etter norsk rett.

Jeg konkluderer etter dette med at personer uten funksjonsnedsettelse kan påberope seg forbudet mot direkte diskriminering i situasjoner hvor en annen person er blitt stilt *bedre* som følge av en funksjonsnedsettelse. Disse vil da kunne benytte seg av håndhevingsapparatet knyttet til kap. 13. Dersom en person er blitt foretrukket fordi hun har en bestemt type funksjonsnedsettelse, vil en person med en annen type funksjonsnedsettelse selvsagt også kunne påberope seg diskrimineringsforbudet.

Diskrimineringsombudet har hatt en veiledningssak som gjaldt en stillingsannonse som gav uttrykk for at personer med nedsatt funksjonsevne ville bli prioritert ved ellers like kvalifikasjoner. En person som ikke hadde nedsatt funksjonsevne mente at stillingsannonsen var diskriminerende overfor ham. Ombudet gav her en generell veiledning om innholdet i aml. § 13-6 og la til grunn at stillingsannonsen ikke var diskriminerende.⁹⁷⁶

Vil forbudet mot *indirekte diskriminering* omfatte tilfeller hvor en arbeidstaker er stilt dårligere fordi vedkommende ikke har en (bestemt) funksjonsnedsettelse?

Ifølge forarbeidsdefinisjonen omfatter indirekte diskriminering ”enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en

⁹⁷² Min kursiv.

⁹⁷³ Se nærmere Hosking 2006 s. 667 flg. (s. 678-680 og s. 688).

⁹⁷⁴ Se bl.a. Whittle 2002 s. 303 flg., (s. 319). Sml. Waddington 2005 s. 113-117. Ifølge Waddington kan det argumenteres både for og mot at sysselsettingsdirektivets forbud mot direkte diskriminering også omfatter personer som er blitt diskriminert på grunn av ”manglende” funksjonshemming. Etter det jeg kan se, konkluderer hun ikke i forhold til denne problemstillingen.

⁹⁷⁵ Se den svenske Regeringens proposition 2002/03:65 s. 186.

⁹⁷⁶ Sak 07/442 Positiv særbehandling av funksjonshemmede ved ansettelse. Referert i Praksis 2007, Diskrimineringsjuss i praksis, s. 69.

person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 13–1.”⁹⁷⁷ En av disse grunner er ”funksjonshemming”. Det fremgår ikke direkte av ordlyden i definisjonen at diskrimineringsgrunnlaget ”funksjonshemming” må knytte seg til den personen som er blitt stilt dårligere. Bestemmelsen må imidlertid tolkes på bakgrunn av sysselsettingsdirektivet, som i art. 2(2)(b) nytter formuleringen ”vil stille personer *med (...) et bestemt handicap*, (...) særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer.”⁹⁷⁸ Forbudet mot indirekte forskjellsbehandling kan derfor ikke ramme generelle kriterier som har uforholdsmessig negativ effekt for personer uten funksjonsnedsettelse. Det er likevel mulig at en arbeidstaker med en annen type funksjonsnedsettelse vil kunne rammes av slike formelt nøytrale bestemmelser etc. på grunn av sin funksjonsnedsettelse. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

3.3.6.5. Funksjonsnedsettelse som kvalifikasjon. Andre saklige formål på arbeidsgiverside.

Hvilken adgang er det for arbeidsgiver til å anse funksjonsnedsettelse som en kvalifikasjon for stillingen, eller for å stille krav til kvalifikasjoner som i praksis stiller personer med (bestemte typer) funksjonsnedsettelse bedre enn andre?

Det å *ha* en funksjonsnedsettelse kan i visse tilfelle være ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke” mv., jfr. aml. § 13-3 første ledd, tolket på bakgrunn av sysselsettingsdirektivet art. 4(1). Hvilke konkrete forhold som kan gi grunnlag for unntak etter EF-retten er ikke kommentert i forarbeidene til sysselsettingsdirektivet. En kan tenke seg at det av hensyn til kunstnerisk troverdighet kan være legitimt å søke etter en skuespiller med en bestemt funksjonsnedsettelse til en film- og teaterrolle. Det kan dessuten være legitimt å stille krav om en bestemt funksjonsnedsettelse til en person som skal være talsperson for en interesseorganisasjon for funksjonshemmede, av hensyn til ytre troverdighet og medlemmenes behov for identifikasjon.⁹⁷⁹ For eksempel kan personer med hørselshemming foretrekkes som talspersoner for en organisasjon for hørselshemmede. Det vil derimot neppe være adgang til å stille krav om hørselshemming for alle stillinger i organisasjonen, for eksempel fordi en finner det gunstig for arbeidsmiljøet å jobbe sammen med andre med felles livserfaringer. Unntaket for yrkeskvalifikasjoner omfatter ikke slike generelle begrunnelser, men må være forankret i konkrete forhold knyttet til den enkelte stilling.

⁹⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁹⁷⁸ Min kursiv.

⁹⁷⁹ Slik også den svenske Regeringens proposition 2002/2003:65 s. 186 og Whittle 2002 s. 303-326 (s. 319) som gir eksemplene ”disability officer or representative”. I forarbeidene til direktivet om etnisk likebehandling gis eksempler på stillinger hvor en yter ”personlig service til en specifik etnisk gruppe med det formål at fremme disses velfærd, og hvor denne service mest effektivt kan ydes af en person fra den pågældende etniske gruppe”, se KOM(1999) 566 endelig, s. 8. Slike hensyn kan også være relevante i forhold til personer med funksjonsnedsettelse.

Videre kan arbeidsgiver stille krav som indirekte rammer personer med *andre typer* funksjonsnedsettelse. For eksempel kan et krav om kjennskap til tegnspråk for hørselshemmede virke indirekte diskriminerende i forhold til synshemmede, som på grunn av *sin* funksjonsnedsettelse ikke vil være i stand til å benytte seg av denne type tegnspråk. Slike krav må oppfylle vilkårene i aml. § 13-3 annet ledd om saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet.

3.3.6.6. Positiv særbehandling.

Den annen hovedgruppe tilfeller hvor det kan være legitimt å behandle arbeidstaker bedre som følge av egen funksjonsnedsettelse, er positiv særbehandling. Positiv særbehandling kan for eksempel bestå i at arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse blir ansatt til tross for at andre søkere har bedre kvalifikasjoner, eller at slike arbeidstakere blir beholdt ved nedbemanning til tross for dårligere ansiennitet. Videre kan arbeidsgiver under arbeidsforholdet iverksette særlige tiltak for å fremme interessene til arbeidstakere med bestemte typer funksjonsnedsettelse. Etter gjeldende rett reguleres adgangen til positiv særbehandling av aml. § 13-6.

”Særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling er ikke i strid med bestemmelsene i dette kapittel. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd.”

Bestemmelsen har bakgrunn i sysselsettingsdirektivets art. 7(1), hvoretter medlemsstatene kan ”opretholde(...) eller vedtage(...) særforanstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til en eller flere af de i artikkel 1 anførte grunde” med det formål ”at sikre fuld ligestilling i arbeidslivet”.

Adgangen til positiv særbehandling har en annen begrunnelse enn adgangen til å legge vekt på ”funksjonshemming” som kvalifikasjon for stillingen. Når forhold som ellers er dekket av diskrimineringsforbud i enkelte tilfeller kan utgjøre kvalifikasjoner for en stilling, er det fordi de er nødvendige for å utføre en viss type arbeid. Unntaket er knyttet til stillingens art og er begrunnet i hensynet til arbeidsgiver. I regelen vil da enhver som måtte inneha denne stillingen også ha denne egenskap, for eksempel være kvinne, same eller hørselshemmet. Positiv særbehandling vil derimot i regelen begrunnes ut fra hensynet til den gruppe arbeidstakeren tilhører. Det sentrale formålet vil være å styrke stillingen til grupper som tradisjonelt har vært utsatt for utstøting og diskriminering, og positiv særbehandling har stort sett vært anvendt i forhold til slike grupper. Også hensynet til arbeidsgiver kan imidlertid begrunne positiv særbehandling, for eksempel der mangfold i arbeidsstyrken anses som en fordel for utførelsen av arbeidsgivers oppgaver.⁹⁸⁰

⁹⁸⁰ Her vil det være grensetilfeller mellom forskjellsbehandling som bygger på saklig grunn/nødvendige yrkeskrav og forskjellsbehandling som er begrunnet i positiv særbehandling. Sml. Justesens kriterier for positiv særbehandling i Justesen 2005 s.110 flg. (s. 125).

Rett til individuell tilrettelegging, aml. § 13-5, utgjør ikke positiv særbehandling, selv om dette er en særrett som tilkommer arbeidstaker med funksjonsnedsettelse.⁹⁸¹ Her er formålet at den negative virkningen av funksjonsnedsettelsen skal oppheves, slik at den funksjonshemmede skal kunne konkurrere på lik fot med andre. Noe skjematisk kan en si at der individuell tilrettelegging fremmer reelt like muligheter for enkeltindivider, vil positiv særbehandling fremme resultatlikhet mellom grupper. Her vil det likevel forekomme grensetilfeller: Omplussing av en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan anses som et individuelt tilretteleggingstiltak, men er omplussingen ledd i en rasjonaliseringsprosess hvor arbeidsgiver velger å beholde arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse fremfor andre arbeidstakere, kan dette utgjøre positiv særbehandling.

Hva skal til for at positiv særbehandling av arbeidstaker med funksjonsnedsettelser skal være legitim?

Her er ordlyden i aml. § 13-6 ikke særlig opplysende. Det er et absolutt vilkår at særbehandlingen bidrar til (reell) likebehandling. I forarbeidene til bestemmelsen uttales at bestemmelsen er en unntaksregel og skal tolkes snevert, fordi positiv særbehandling i praksis vil kunne medføre diskriminering av de øvrige gruppene som er beskyttet av loven.⁹⁸²

Den snevre adgangen til positiv særbehandling som kan leses ut av forarbeidene har bakgrunn i EF-rettens sterke vektlegging av formell likebehandling. EF-domstolen har blant annet vært svært restriktiv med hensyn til å tillate avvik fra formell likebehandling i forhold til kjønn.⁹⁸³ I en Grønnebok fra EF-kommisjonen fra mai 2004 viser kommisjonen til denne praksis og uttaler at "[d]enne retslære vil utvilsomt påvirke EF-domstolen, når den første gang skal udlægge direktiverne om etnisk ligestilling og likebehandling med hensyn til beskæftigelse."⁹⁸⁴ Selv om Kommisjonens etterfølgende uttalelser om forståelsen av et direktiv har svært begrenset vekt som rettskildefaktor for EF-domstolen, tilsier parallelliteten i reguleringen av forhold som kjønn/etnisitet/sekseuell orientering og livssyn at EF-domstolen vil trekke en snever grense for adgangen til positiv særbehandling også i forhold til sysselsettingsdirektivet.

Denne forutsetningen slår imidlertid ikke nødvendigvis til når det gjelder positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. I tillegg til den alminnelige bestemmelse om positiv særbehandling i art. 7 nr. 1 inneholder sysselsettingsdirektivet art. 7 nr. 2 en bestemmelse som bare gjelder funksjonshemming:

⁹⁸¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327. Tilsv. NOU 2005: 8 s. 95 (i forhold til sysselsettingsdirektivets art. 5).

⁹⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

⁹⁸³ Se bl.a. sak C-450/95, Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, dom av 17. oktober 1995.

⁹⁸⁴ KOM(2004) 379 endelig. Grønnebok fra kommisjonen om "Ligestilling og ikke-forskelsbehandling i den Europæiske Union" s. 10.

”For så vidt angår handicappede er prinsippet om likebehandling ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbeidsplassen, eller for foranstaltninger, der tager sigte på at oprette eller opretholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige integrasjon.”

Art. 7 nr. 2 kom inn seint i lovgivningsprosessen, og er blant annet ikke med i utkastet fra oktober 2000.⁹⁸⁵ Det fremgår ikke av tilgjengelige forarbeider til direktivet hva som var meningen med bestemmelsen. Arbeidslivslovutvalget synes å ha forstått bestemmelsen slik at denne bare omfatter tiltak som vedrører helse og sikkerhet.⁹⁸⁶ Ut fra ordlyden er imidlertid ”bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige integrasjon” et selvstendig alternativ. Det omfatter tiltak med integreringsformål generelt, ikke (bare) tiltak med formål vern mot belastninger i arbeidsmiljøet.⁹⁸⁷ Her må det også ha betydning av Sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 27 henviser til flere instrumenter som tar sikte på å fremme sysselsetting for personer med funksjonsnedsettelse, og som åpner for eller tilrår positiv særbehandling.⁹⁸⁸ Whittle (2002) uttaler at hensikten med bestemmelsen var å gjøre det klart den snevre adgangen til positiv særbehandling som EF-domstolen har etablert i forhold til kjønn, ikke vil gjøres gjeldende i forhold til funksjonshemming.⁹⁸⁹ Det må etter dette legges til grunn at EF-retten tillater positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i større utstrekning enn positiv særbehandling på grunnlag av kjønn.

Er adgangen til positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse etter norsk rett mer begrenset enn det EF-retten gir adgang til?⁹⁹⁰

Forarbeidene til den norske lovbestemmelsen tyder som vist på at adgangen til positiv særbehandling skal være underlagt strenge restriksjoner. I tillegg til uttalelser om at ”fordi bestemmelsen er en unntaksregel skal den tolkes snevert”, gir en uttrykk for at ”tiltak og lovgivning for å fremme enkeltgrupper bør bare forekomme der fordelene ved dette er større enn fordelene ved at

⁹⁸⁵ Kom (2000) 652.

⁹⁸⁶ NOU 2003: 2 s. 49: ”Når det gjelder funksjonshemmede kan medlemsstatene opprette eller opprettholde bestemmelser eller ordninger vedrørende helse og sikkerhet på arbeidsplassen, som har til hensikt å beskytte eller fremme deres integrasjon i arbeidslivet.” Bestemmelsen omtales ikke i Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) eller Ot.prp. nr. 49 (2004-2005).

⁹⁸⁷ De ulike språkversjonene av sysselsettingsdirektivet er noe ulikt utformet. Hovedinntrykket er likevel at det dreier seg om tiltak for å fremme sysselsetting for funksjonshemmede og ikke (bare) tiltak for å verne dem mot belastninger i arbeidsmiljøet.

⁹⁸⁸ Fortalens avsnitt 27 henviser til Rådets henstilling 86/379/EØF af 24. juli 1986 om beskæftigelsen af handicappede i Fællesskabet og Rådets resolution af 17. juni 1999 om lige beskæftigelsesmuligheder for mennesker med handicap. Sistnevnte viser igjen til blant annet ILO-konvensjon 159 og ILO-rekommandasjon 168 om atfering.

⁹⁸⁹ Whittle 2002 s. 303 flg., særlig s. 319-320. Ifølge Hosking 2006 s. 667 flg. (s. 679-680) var bakgrunnen at Nederland fryktet at EF-domstolens restriktive linje med hensyn til positiv særbehandling ville kunne hindre kvoteordninger og spesielle sysselsettingsprogrammer for personer med funksjonsnedsettelse.

⁹⁹⁰ Norge er som jeg har vært inne på (kap. II pkt. 4.5.2) ikke bundet av sysselsettingsdirektivet, men har likevel valgt å gjennomføre dette fullt ut.

alle skal behandles likt".⁹⁹¹ Uttalelsene er generelle og gjelder alle diskrimineringsgrunner, i utgangspunktet også diskriminering pga. funksjonshemming.

En har altså etter norsk har fått en hjemmel for positiv særbehandling for å fremme likestilling, aml. § 13-6, hvor ordlyden er ganske åpen, men hvor forarbeidene gir inntrykk av at det dreier seg om en snever unntaksregel. Dette synes i hvert fall delvis å bero på en misforståelse av hva EF-retten tillater når det gjelder positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Det er selvsagt ikke noe i veien for at Norge velger å vedta en likebehandlingsregel som er strengere og gir mindre rom for positiv særbehandling enn det som gjelder etter EF-retten. Forarbeidene tyder imidlertid ikke på at denne problemstillingen er gjennomtenkt. Det kan derfor være grunn til å se bort fra uttalelsene i forarbeidene om at det er en snever adgang til positiv særbehandling når det gjelder arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, og å tolke ordlyden på friere grunnlag. Også folkerettslig regulering kan være av betydning for tolkningen av norsk rett, og denne inneholder som vi har sett en vid adgang, og til dels også klare oppfordringer til, positiv særbehandling.⁹⁹² Jeg konkluderer derfor med at aml. § 13-6 åpner for positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i større utstrekning enn hva som ville vært legitimt for andre diskrimineringsgrunner.

Aml. § 13-6 er likevel en unntaksbestemmelse i forhold til hovedregelen om likebehandling. Dette innebærer blant annet at en må stille krav om forholdsmessighet mellom tiltaket som stiller personer med (bestemte) funksjonsnedsettelse bedre og hva som oppnås i forhold til reell likebehandling.⁹⁹³ Forholdsmessighetskravet vil først og fremst innebære begrensninger med hensyn til å velge ut grupper med bestemte funksjonsnedsettelse i forhold til personer med andre funksjonsnedsettelse. Det stilles likevel også et krav om forholdsmessighet for at en skal kunne fravike et alminnelig likebehandlingskrav i arbeidsforhold.⁹⁹⁴

Det følger videre av aml. § 13-6 annet pkt. at "[s]ærbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd." Ettersom forskjellen i sysselsettingsgrad mellom personer med og uten funksjonsnedsettelse i praksis er så stor, må det imidlertid også være grunnlag for varige ordninger.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven inneholder en bestemmelse om positiv særbehandling i § 5: "Særbehandling som bidrar til å fremme lovens formål, anses ikke som diskriminering etter loven her. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd." Bestemmelsen er i hovedsak tilsvarende formulert som gjeldende aml. § 13-6. Syse-utvalget legger til grunn at "[p]ositiv særbehandling i form av generelle, varige ordninger for mennesker med nedsatt funksjonsevne (...) i de fleste tilfeller [vil] være legitime. Ulikheter knyttet til nedsatt funksjonsevne vil

⁹⁹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

⁹⁹² Se bl.a. ILOs atferingskonvensjon C159 (1983) art. 4 annet ledd. Tilsv. FN-PF 2006 art. 5 avsnitt 4.

⁹⁹³ Se tilsvarende Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 124. Direkte gjelder uttalelsen forslaget til ny lovgivning, men det legges til grunn at dette er i samsvar med gjeldende rett.

⁹⁹⁴ Se nærmere under kap. VII pkt. 3.7.

ofte kreve løpende kompensering ettersom problemer som kan følge av nedsatt funksjonsevne, sjelden lar seg løse én gang for alle. Når positiv særbehandling på en egnet måte er rettet inn mot å kompensere for nedsatt funksjonsevne, vil særbehandlingen fremme like muligheter uavhengig av funksjonsevne og dermed være i tråd med lovens formål.⁹⁹⁵ Her synes Barne- og likestillingsdepartementet å ville trekke en snevrere grense for adgangen til positiv særbehandling på arbeidslivets område, når en uttaler at "[f]ordi bestemmelsen om positiv særbehandling er en unntaksregel, skal den tolkes snevert på arbeidslivets område."⁹⁹⁶ Etter min mening er departementet her unødvendig forsiktig.

3.3.7 Oppsummering – forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Under pkt. 3.3 har vi sett at forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming i arbeidsmiljølovens kap. 13 og dens forarbeider defineres på tilsvarende måte som forbudene mot diskriminering pga. f.eks. seksuell orientering og religion. De er også i hovedtrekk parallelle til likestillingslovens forbud mot diskriminering pga. kjønn og diskrimineringslovens forbud mot diskriminering pga. etnisitet mv. Diskrimineringsgrunnen "funksjonshemming" har likevel særtrekk som kompliserer anvendelsen av forbudene mot direkte og indirekte diskriminering. Omfanget av plikten til individuell tilrettelegging vil i svært mange tilfeller være det sentrale vurderingstema også med hensyn til hvor langt diskrimineringsforbudet rekker.

Forbudet mot direkte diskriminering pga. funksjonshemming omfatter "dårligere behandling" i en "tilsvarende situasjon", se pkt. 3.3.2. Forbudet kan dekke et bredt område av beslutninger og faktiske handlinger, og det stilles beskjedne krav til omfanget av den negative effekten som skal til for å konstatere at en arbeidstaker er blitt behandlet dårligere. Det stilles ikke krav om en konkret, samtidig sammenlikningsperson uten funksjonsnedsettelse. Ved vurderingen av om den enkelte er kommet dårligere ut på grunn av funksjonshemming, vil en bl.a. kunne sammenlikne personer med ulike typer funksjonsnedsettelse, og også foreta en sammenlikning med personen selv uten funksjonsnedsettelsen. Ved vurderingen av om det foreligger en tilsvarende situasjon, vil det i utgangspunktet være tilstrekkelig at arbeidstaker med funksjonshemming er i stand til å utføre stillingens *vesentligste* funksjoner.

Forbudet mot indirekte diskriminering pga. funksjonshemming omfatter formelt lik behandling med diskriminerende effekt, se pkt. 3.3.3. På samme måte som forbudet mot direkte diskriminering, omfatter også dette forbudet et bredt område av beslutninger og faktiske handlinger, og det stilles heller ikke her særlig strenge krav til omfanget av den negative effekten. Kravet til årsakssammenheng mellom "funksjonshemming" og den negative effekten vil klart være oppfylt der arbeidstaker stilles dårligere som følge av forhold/egenskaper som er typiske for personer med

⁹⁹⁵ NOU 2005: 8 s. 252.

⁹⁹⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 124.

denne type funksjonsnedsettelse, altså hvor det foreligger en negativ effekt for en *gruppe*. Det er derimot tvilsomt om forbudet rammer tilfeller hvor arbeidstaker rammes på en helt atypisk måte i sammenheng med sin funksjonsnedsettelse. Det synes å være mest hensiktsmessig at slike situasjoner løses ved individuell tilrettelegging fremfor en generell endring av normen.

Plikten til individuell tilrettelegging får betydning for innholdet av diskrimineringsforbudene, men utgjør i tillegg en selvstendig plikt. I forhold til forbudet mot direkte diskriminering vil spørsmålet om det foreligger en "tilsvarende situasjon" måtte vurderes ut fra hva som kan oppnås med pliktig individuell tilrettelegging. I forhold til forbudet mot indirekte diskriminering blir det spørsmål om individuell tilrettelegging kan være et alternativ til en generell endring av den norm som virker indirekte diskriminerende. I utgangspunktet skal en generell norm som virker diskriminerende, endres. Men i praksis vil det i disse tilfeller være glidende overganger mellom generelle unntak fra normen og individuell organisatorisk tilrettelegging. Manglende tilrettelegging kan endelig i seg selv utgjøre en diskriminerende unnløstelse.

Forbudet mot direkte og forbudet mot indirekte diskriminering utgjør i prinsippet to separate regelsett. I tilfeller hvor arbeidsgiver har lagt vekt på generelle arbeidsrelaterte krav eller hvor arbeidstakers funksjonsnedsettelse har betydning for arbeidsutførelsen, vil imidlertid begge forbud ofte kunne anvendes på samme saksforhold. For eksempel vil tilfeller hvor arbeidsgiver har lagt vekt på den enkelte arbeidstakers funksjonsevne i arbeidsforholdet (som fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver og stabilitet med hensyn til tilstedeværelse) kunne falle inn under forbudet mot *direkte* diskriminering, ettersom arbeidsgiver vektlegger konkrete utslag av arbeidstakers funksjonsnedsettelse. Men handlingen kan også omfattes av forbudet mot indirekte diskriminering, ettersom det foreligger en formelt nøytral praksis som hovedsakelig – men ikke eksklusivt – rammer personer med visse typer funksjonsnedsettelse. Videre vil generelle krav til fysisk styrke i et yrke kunne anses som *indirekte* diskriminerende ettersom kravet i større grad rammer personer med visse typer funksjonsnedsettelse enn personer uten funksjonsnedsettelse eller personer med andre typer funksjonsnedsettelse. Det vil imidlertid også kunne anses som *direkte* diskriminerende ettersom normen som sådan er tilpasset personer uten funksjonsnedsettelse.

Det vil i utgangspunktet ikke ha betydning for rettsvirkningene om det i et konkret tilfelle foreligger direkte eller indirekte diskriminering. Imidlertid stiller de generelle unntakene fra forbudene tilsynelatende forskjellige krav: Unntaket fra forbudet mot direkte diskriminering, aml. § 13-3 første ledd, gjelder bare når forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, mens indirekte forskjellsbehandling, aml. § 13-3 annet ledd, også kan forfølge andre saklige formål. Unntaket fra forbudet mot direkte diskriminering skal ifølge forarbeidene tolkes svært

restriktivt, mens det ikke gjelder noen tilsvarende tolkingsdirektiv i forhold til forbudet mot indirekte diskriminering.

I praksis vil det likevel også her være de samme hensyn og vurderinger som skal foretas. Det vil derfor antakelig ikke være nødvendig å foreta en klar grenseoppgang mellom direkte og indirekte diskriminering, som følge av tilsynelatende forskjeller i unntaksadgangen. Vurderingen vil i begge tilfeller være knyttet til om forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende. For vurderingen av om en handling som stiller en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse dårligere, likevel er legitim, vil det antakelig ha betydning hvor nært begrunnelsen er knyttet til vedkommendes funksjonsnedsettelse og hvor stor del av de som stilles dårligere pga. den formelt nøytrale norm mv. som har en funksjonsnedsettelse. Vurderingen bør imidlertid ta utgangspunkt i en glideskala, ikke en dikotomi.

Forskjellsbehandling på grunn av funksjonshemming vil i regelen gå ut på at en arbeidstaker stilles *dårligere* som følge av forhold som har sammenheng med egen funksjonsnedsettelse. Spørsmålet vil da – som nevnt ovenfor – være om forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er nødvendig og forholdsmessig. Men arbeidstaker kan også være stilt *bedre*, ved at funksjonsnedsettelsen anses som kvalifikasjon for stillingen eller fordi arbeidsgiver anvender positiv særbehandling. Spørsmålet blir da om det overhodet er nødvendig med unntak fra diskrimineringsforbudet i tilfeller hvor arbeidstaker er stilt bedre pga. forhold som har sammenheng med egen funksjonsnedsettelse. Jeg har utledet at forbudet mot direkte diskriminering på grunn av ”funksjonshemming” i utgangspunktet verner så vel personer som er blitt stilt dårligere på grunn av ”manglende” funksjonsnedsettelse som personer som er stilt dårligere som følge av ”feil” funksjonsnedsettelse. Adgangen til å anse funksjonsnedsettelse som en kvalifikasjon for stillingen synes ikke å reise særlige spørsmål i forhold til diskrimineringsgrunner som kjønn, etnisitet mv.. Men det synes å være større adgang til positiv særbehandling av personer med funksjonsnedsettelse enn hva som er tilfelle i forhold til andre diskrimineringsgrunnlag.

4. Håndheving av diskriminerings- og kontraktsvern etter gjeldende norsk rett.

4.1. Innledning.

Det foreligger tre hovedformer for gjennomføring av bestemmelser til vern mot utstøting og diskriminering i arbeidsforhold; kollektivarbeidsrettslig gjennomføring, administrativ håndheving (heunder ombudsordninger) og individuelt søksmål.

Arbeidsrettslige krav kan håndheves kollektivarbeidsrettslig ved samarbeid/konflikt-håndtering på arbeidsplassen. For eksempel kan arbeidsmiljøutvalget eller et eget attføringsutvalg behandle saker om yrkeshemmede arbeidstakere. Hvor et krav bygger på tariffavtale, kan det i siste instans tas opp for Arbeidsretten av tariffparten.

Videre kan kravene være gjenstand for administrativ håndheving. For eksempel vil Arbeids-tilsynet kunne gi pålegg til arbeidsgiver om å oppfylle arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidsmiljøet. Diskrimineringsombudet/Diskrimineringsnemnda kan vedta at det foreligger brudd på arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel, og gi pålegg om at et vedvarende diskriminerende forhold skal opphøre.

Kravene kan videre håndheves ved individuelt søksmål, for eksempel ved at den enkelte arbeidstaker krever en oppsigelse på grunn av redusert arbeidsevne kjent ugyldig.

En fjerde måte er at arbeidstaker selv tar seg til rette og gjennomfører sitt krav, for eksempel med å nekte å arbeide der hun blir omplassert. Jeg går ikke nærmere inn på denne problemstillingen her.⁹⁹⁷

Nedenfor gis en oversikt over fellesspørsmål med hensyn til håndhevingen av diskriminerings- og kontraktsvernet i arbeidsforhold etter norsk rett. Spørsmål som relaterer seg spesielt til ansettelse, situasjonen under arbeidsforholdet og oppsigelse, tas opp under henholdsvis kap. V, VI og VII.

4.2. Arbeidsmiljøsamarbeid og kollektivarbeidsrettslig håndheving. Søksmål for Arbeidsretten.

Arbeidsrettslige rettigheter og plikter kan håndheves ved samarbeid på den enkelte arbeidsplass, forhandling, drøfting og eventuelt søksmål fra arbeidstakerorganisasjonenes side. Et av formålene med arbeidsmiljøloven av 2005, på samme måte som etter aml. 1977, er ”å gi grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø i samarbeid med arbeidslivets parter”, aml. § 1-1 bokstav d. Arbeidsmiljøloven krever i utgangspunktet at det velges egne sikkerhetstillitsvalgte (verneombud) og at det etableres et eget samarbeidsorgan (arbeidsmiljøutvalget) på arbeidsplassen for å behandle arbeidsmiljøspørsmål, aml. kap. 6 og 7. Det er imidlertid også mulig å inkorporere dette i det alminnelige kollektive samarbeidssystem, se aml. § 6-1 femte ledd og § 7-1 femte ledd annet pkt.⁹⁹⁸

⁹⁹⁷ Problemstillingen er tatt opp under kap. VI pkt. 2.4.8 i forhold til tilrettelegging og under kap. VI pkt. 3.1 i forhold til omplassering som påstås å være usaklig/diskriminerende.

⁹⁹⁸ Jfr. forskrift om verneombud og arbeidsmiljøutvalg, 29. april 1977 nr. 7 § 12. Iflg. aml. § 20-2 skal forskrifter som er gitt i medhold av aml. 1977 gjelde inntil annet er bestemt.

Arbeidsmiljøutvalg skal etter aml. § 7-1 første ledd opprettes i virksomheter av en viss størrelse, med formål å virke for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Arbeidsmiljøutvalget, eller spesielle attføringsutvalg som er opprettet som underutvalg til dette, kan behandle spørsmål om arbeid for arbeidstakere med redusert arbeidsevne, se nå aml. § 7-2 tredje ledd og nærmere under kap. VI pkt. 2.4.4.2.

Tariffavtaler kan omfatte generelle bestemmelser om informasjon, drøfting og medvirkning ved tilsetning, fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår for den enkelte under arbeidsforholdet, og drøftelser forut for opphør av arbeidsforhold. Tariffavtaler kan videre inneholde bestemmelser om drøftelsesplikt ved kontrolltiltak generelt og helsekontroller/helseundersøkelser spesielt.⁹⁹⁹ Særlige samarbeidsordninger i forhold til arbeidstakere med yrkeshemming eller funksjonsnedsettelse kan også være fastsatt i tariffavtale.¹⁰⁰⁰

Oppstår en konkret tvist mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, kan de tillitsvalgte bistå med å løse denne. De tillitsvalgte har videre rett og plikt til å påse at rettigheter og plikter etter tariffavtale blir fulgt opp.¹⁰⁰¹ Tvister om tariffavtalens forståelse, herunder tariffavtalebestemmelser om individuelle rettigheter, vil en først prøve å løse ved forhandlinger, lokalt eller sentralt.¹⁰⁰² Dersom tvisten ikke lar seg løse ved forhandlinger, kan den av tariffparten bringes inn for Arbeidsretten, se arbtvl. § 7 nr. 2, jfr. 6 nr. 1. Inn under sak om tariffavtale kan etter arbtv. § 9 inndras ”krav, som utspringer av en arbeidsavtale, hvis kravet vil få sin umiddelbare avgjørelse ved dommen i hovedsaken.”

Videre kan en tariffpart etter arbtvl. § 7 nr. 2, jfr. § 6 nr. 1 reise søksmål om en tariffavtalebestemmelse er ugyldig på grunnlag av lovstrid, herunder strid mot forbudene mot direkte eller indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming i aml. § 13-1 første ledd.

Søksmål for Arbeidsretten av interesse for avhandlingens tema har blant annet gjeldt spørsmålet om arbeidsgivers vektlegging av helsetilstand ved ansettelse innebar brudd på kvalifikasjonsprinsippet i Hovedtariffavtalen i kommunesektoren § 2.2¹⁰⁰³ samt om fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen ved permittering av yrkeshemmet arbeidstaker utgjorde brudd på et

⁹⁹⁹ Se Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 pkt. 9-13 nr. 1 som hjemler plikt til å drøfte registrering og oppbevaring og bruk av personopplysninger med de tillitsvalgte og pkt. 9-13 nr. 2 om drøftelsesplikt ved kontrolltiltak. (Drøftelsesplikt ved kontrolltiltak er også lovfestet, se aml. § 9-2 første ledd.)

¹⁰⁰⁰ Se f.eks. Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 § 10-3, Verkstedsoverenskomsten 2008-2010 § 1.6 og Hovedavtalen i staten 2006-2008 § 25.

¹⁰⁰¹ Se bl.a. Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 § 6-5 nr. 2 og Hovedavtale KS 2006-2009 Del B § 3-2 bokstav b.

¹⁰⁰² Se bl.a. Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 pkt. 2-3 nr. 1 Hovedavtale KS 2006-2009 del A § 7-1 og

Hovedavtale Spekter 2008-2011 § 13.

¹⁰⁰³ Se for eksempel ARD 1972 s. 76 (målerkontrollør) og ARD 1975 s. 18 (brannkonstabel).

tariffestet ansiennitetsprinsipp.¹⁰⁰⁴ I tillegg har Arbeidsretten i flere saker tatt stilling til om en tariffavtale/tariffavtalebestemmelse var ugyldig pga. strid mot likestillingsloven.¹⁰⁰⁵

4.3. Administrativ håndheving mv. – tilsyn, ombud, tvisteløsningsnemnd.

4.3.1. Utgangspunkt – forskjellige typer organer.

Arbeidssøkers og arbeidstakers vern mot utstøting og diskriminering kan videre håndheves administrativt, ved at et utenforstående offentlig organ gir veiledning eller pålegg, eventuelt treffer avgjørelser i tvistesaker. Det kan dreie seg om forvaltningsorganer med større eller mindre uavhengighet eller ombudsordninger. Hvorvidt organene har plikt til å ta opp enkeltsaker etter henvendelse fra en arbeidssøker eller arbeidstaker som mener seg krenket, vil variere.

4.3.2. Diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda: Funksjonshemming.

Diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda er uavhengige forvaltningsorganer administrativt underordnet Barne- og likestillingsdepartementet, Idol. § 2 annet ledd og § 5 tredje ledd. Disse organer skal føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av bl.a. arbeidsmiljølovens kap. 13, Idol. § 1 annet ledd nr. 3.

På sitt område har Ombudet forvaltningsrettslig veiledningsplikt, Idol. § 3 siste ledd.

Diskrimineringsombudet kan ta opp saker av eget tiltak eller etter henvendelse fra andre, f.eks. fra en arbeidssøker eller arbeidstaker som mener seg diskriminert mot på grunn av funksjonshemming, Idol. § 3 fjerde ledd jfr. aml. § 13. Ombudet har plikt til å vurdere en sak som tas opp av en arbeidssøker eller arbeidstaker på et grunnlag som faller inn under Ombudets kompetanseområde, se forutsetningsvis Idol. § 3 femte ledd. Ombudet kan uttale seg om et forhold er i strid med aml. kap. 13, og skal søke å få til en frivillig ordning, Idol. § 3 tredje ledd. Får ikke Ombudet i stand en frivillig ordning, kan det bringe saken inn for Nemnda, Idol. § 3 tredje ledd siste pkt.

Nemnda kan treffe vedtak om at det foreligger brudd på aml. kap. 13, Idol. § 7 første ledd første pkt. Videre kan Nemnda gi pålegg om tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering opphører og for å hindre gjentakelse, Idol. § 7 annet ledd første pkt.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁴ ARD 1997 s. 201 Windy Boats (ansiennitet ved permittering).

¹⁰⁰⁵ Se f.eks. ARD 2002 s. 456.

¹⁰⁰⁶ Her, som ellers i forvaltningsretten, stilles et generelt krav om forholdsmessighet til pålegg, se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 70.

Som hovedregel er det bare *vedvarende* diskriminering som kan gi grunnlag for pålegg etter Idol. § 7 annet ledd første pkt. Nemnda kan derfor i utgangspunktet ikke gi pålegg om omgjøring av en enkeltstående arbeidsgiveravgjørelse som ansettelse, omplassering eller oppsigelse. Unnlattelse av å foreta individuell tilrettelegging vil derimot kunne utgjøre et vedvarende diskriminerende forhold som gir grunnlag for pålegg.¹⁰⁰⁷ Nemnda kan også gi pålegg om at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse skal ha samme arbeids- og lønnsvilkår som andre arbeidstakere i virksomheten.¹⁰⁰⁸

Hvor en generell norm virker indirekte diskriminerende overfor arbeidstakere med en bestemt funksjonsnedsettelse, må utgangspunktet være at Nemnda kan gi pålegg om generell endring av normen selv om arbeidsgiver har tilrettelagt for de konkrete arbeidstakere som ellers ville ha blitt rammet.¹⁰⁰⁹ Dette fordi det vil kunne utgjøre en ulempe for eventuelle nye arbeidstakere med samme type funksjonsnedsettelse å skulle kreve individuell tilrettelegging. Imidlertid vil det kunne ha betydning for om et pålegg er forholdsmessig om arbeidsgiver faktisk har tilrettelagt og erklærer seg villig til å tilrettelegge for eventuelle nye arbeidstakere med samme type funksjonsnedsettelse, se også Idol. § 7 annet ledd første pkt.

Er arbeidsgiver et forvaltningsorgan, er Nemndas kompetanse begrenset etter Idol. § 9. Nemnda kan blant annet ikke oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer, men skal i slike tilfeller gi uttalelse om det forhold som er brakt inn for Nemnda er i strid med aml. kap. 13.

Nemndas og Ombudets kompetanse til å vurdere om tariffavtalebestemmelser er i strid med aml. kap. 13 er også begrenset, Idol. § 10. Det vil være opp til Arbeidsretten å vurdere om bestemmelser i en tariffavtale er ugyldige pga. lovstrid, Idol. § 10 siste ledd og arbtv. § 7 /tjtv. § 24. Nemnda kan likevel gi en begrunnet uttalelse bl.a. om en bestemmelse i en tariffavtale som er brakt inn for Nemnda er i strid med aml. kap. 13, se Idol. § 10 annet ledd.

Verken Nemnda eller ombudet kan ilegge oppreisning eller erstatning for økonomisk tap, Idol. § 1 annet ledd bokstav c. Økonomisk kompensasjon til den krenkede må eventuelt ilegges av domstolene.

Ombudets og Nemndas saklige kompetanseområde følger og avgrenses av Idol. § 1. Organene har ikke kompetanse i forhold til brudd på andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven, slik som aml. § 9-3 (innhenting av helseopplysninger); § 9-4 (medisinske undersøkelser); § 4-6

¹⁰⁰⁷ Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 64 og 71 og nærmere nedenfor under kap. VI pkt. 2.4.4.3.

¹⁰⁰⁸ Se nedenfor under kap. VI pkt. 3.2.

¹⁰⁰⁹ Se ovenfor under pkt. 3.3.4.3 om forholdet mellom plikten til individuell tilrettelegging og forbudet mot indirekte diskriminering. Se også til illustrasjon LKN-2003-3 Braathens, hvor Likestillingsklagenemnda gav arbeidsgiver pålegg om å endre en generell kjønnsdiskriminerende praksis.

(tilrettelegging ved redusert arbeidsevne); eller bestemmelsene om arbeidstidsrettigheter på blant annet helsemessig grunnlag i aml. kap. 10. Personopplysningslovens bestemmelser om behandling av personopplysninger faller også utenfor Ombudets og Nemndas kompetanse. Dette innebærer at saker hvor en arbeidssøker eller arbeidstaker påberoper seg brudd på disse bestemmelser, ikke kan bringes inn for Ombudet eller Nemnda. Derimot kan en arbeidssøker eller arbeidstaker selvsagt påberope seg at forhold som omfattes av disse bestemmelsenes virkeområde innebærer brudd på bestemmelsene i aml. kap. 13. For eksempel kan en arbeidssøker hevde at innhenting og behandling av opplysninger om helsetilstand ved ansettelse innebærer diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Diskrimineringsnemnda har pr. mai 2008 avgjort to saker som gjelder diskriminering pga. funksjonshemming etter aml. kap. 13.¹⁰¹⁰

4.3.3. Arbeidstilsynet for arbeidsmiljø.

Arbeidstilsynet er en statlig etat, underlagt Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Arbeidstilsynets generelle kompetanse følger av aml. § 18-1 første ledd første pkt. Arbeidstilsynet fører tilsyn med at bestemmelsene i og i medhold av arbeidsmiljøloven blir overholdt. Dette innebærer at Arbeidstilsynet har tilsyns- og veiledningskompetanse og tilsyns- og veiledningsplikt¹⁰¹¹ i forhold til hele loven. Arbeidstilsynet kan videre håndheve enkelte av arbeidsmiljølovens bestemmelser ved pålegg, se aml. § 18-6. Den enkelte arbeidstaker har imidlertid ikke noe individuelt krav på at Arbeidstilsynet vurderer om det er grunnlag for å gi pålegg i en konkret sak.

Arbeidstilsynet har veilednings- og påleggskompetanse i forhold til hele kap. 4. Dette gjelder blant annet aml. § 4-1 fjerde ledd om plikt til generell tilrettelegging ”slik at arbeidstakere med funksjonshemming kan arbeide i virksomheten”. Videre kan Arbeidstilsynet gi pålegg om vernetiltak etter forskrifter med hjemmel i aml. § 4-1 femte ledd. Arbeidstilsynet påser at arbeidsgiver har rutiner for å følge opp sykefravær, men vil i praksis ikke gi pålegg om tilrettelegging i enkeltsaker etter aml. § 4-6.¹⁰¹²

Kap. 9 er i sin helhet unntatt fra Arbeidstilsynets påleggskompetanse, se aml. § 18-6 første ledd. Arbeidstilsynet kan gi veiledning om grensene for arbeidsgivers rett til å innhente

¹⁰¹⁰ LDN-21-2007 om manglende tilrettelegging i forhold til arbeidstaker med ADHD og LDN-2008-3 om diskriminering i forhold til lønns- og arbeidsvilkår.

¹⁰¹¹ Fvl. § 11.

¹⁰¹² Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 65-66 og Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 12.

helseopplysninger ved ansettelse, aml. § 9-3.¹⁰¹³ Videre veileder Arbeidstilsynet om adgangen til å kreve helseundersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere, aml. § 9-4.¹⁰¹⁴

Individuelle arbeidstidsrettigheter på helsemessig grunnlag, aml. §§ 10-2 annet og fjerde ledd samt § 10-6 fjerde ledd, er unntatt fra Arbeidstilsynets påleggskompetanse. Disse sakene behandles av Tvisteløsningsnemnda for arbeidstidssaker, se nedenfor.

Endelig er hele diskrimineringskapitlet, aml. kap. 13, unntatt fra Arbeidstilsynets påleggskompetanse. Arbeidstilsynet kan altså ikke gi pålegg om tilrettelegging etter aml. § 13-5¹⁰¹⁵ eller om opphør av diskriminerende arbeidsforhold etter aml. § 13-1.

4.3.4. Arbeids- og velferdsetaten for ”reduisert arbeidsevne”

Arbeids- og velferdsetaten er en statlig etat, underlagt Arbeids- og velferdsdirektoratet og Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Ifølge lov om Arbeids- og velferdsforvaltningen § 4 annet ledd skal Arbeids- og velferdsetaten, NAV, forvalte bl.a. folketryktdloven og andre lover hvor oppgaver er lagt til etaten. Etter bestemmelsens tredje ledd skal etaten blant annet ”gi råd og veiledning til arbeidsgivere og arbeidstakere for å hindre sykefravær og utstøting fra arbeidslivet.”

NAV skal altså veilede i enkeltsaker som gjelder tilrettelegging etter aml. § 4-6 for arbeidstaker med ”reduisert arbeidsevne”. Etter ftrl. § 25-2 annet ledd og aml. § 4-6 tredje ledd har arbeidsgiver plikt til å utarbeide oppfølgingsplan for sykmeldt arbeidstaker. NAV kan kreve at arbeidsgiver utleverer denne oppfølgingsplanen, ftrl. § 25-2 annet ledd. NAV har likevel ikke kompetanse til å pålegge arbeidsgiver å gjennomføre konkrete tilretteleggingstiltak som er nødvendig for å tilbakeføre arbeidstaker til arbeid.

Skulle arbeidstaker ikke medvirke til utarbeiding eller gjennomføring av oppfølgingsplaner, kan dette føre til at hun mister krav om sykepengene, ftrl. § 8-8 annet ledd. Sykepengene vil imidlertid ikke falle bort dersom arbeidstakers manglende aktivitet skyldes at arbeidsgiver ikke har oppfylt sin plikt til tilrettelegging.¹⁰¹⁶

Det er inngått en samarbeidsavtale mellom Direktoratet for Arbeids- og velferdsforvaltningen og Direktoratet for Arbeidstilsynet om kompetansefordelingen i forhold til tilrettelegging etter aml. § 4-6.¹⁰¹⁷

¹⁰¹³ Om forholdet mellom Arbeidstilsynets veiledningskompetanse i forhold til vilkårene for innhenting av helseopplysninger og Datatilsynets veiledningskompetanse i forhold til vilkårene for behandling av helseopplysninger, se kap. V pkt. 5.2.

¹⁰¹⁴ Se f.eks. Arbeidstilsynets generelle ”Veiledning om helseundersøkelse og fysiske tester for røyk- og kjemikaliedykkere” fra 2005.

¹⁰¹⁵ Se diskusjonen om dette i Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 31 flg. og s. 69.

¹⁰¹⁶ Om forholdet mellom kravet om ”arbeidsrelatert aktivitet” i ftrl. § 8-4 og arbeidsgivers plikt til tilrettelegging etter daværende aml. 1977 § 13 nr. 2, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

¹⁰¹⁷ Ifølge ”Sykefraværstrategi. Strategi og handlingsplan for Arbeids- og velferdsetatens innsats på sykefraværsoverrådet 2008 – 2010”. Se også St.meld. nr. 9 (2006-2007) Arbeid, velferd og inkludering s. 172.

4.3.5. Datatilsynet/Personvernemnda for personopplysninger.

Datatilsynet og Personvernemnda er ifølge popplyl. § 42 første ledd og 43 første ledd uavhengige forvaltningsorganer administrativt underlagt Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

Etter popplyl. § 42 tredje ledd skal Datatilsynet blant annet ”kontrollere at lover og forskrifter som gjelder for behandling av personopplysninger blir fulgt”;¹⁰¹⁸ ”behandle søknader om konsesjoner, motta meldinger og vurdere om det skal gis pålegg der loven gir hjemmel for dette”;¹⁰¹⁹ ”gi råd og veiledning i spørsmål om personvern og sikring av personopplysninger til dem som planlegger å behandle personopplysninger”¹⁰²⁰ og ”etter henvendelse eller av eget tiltak gi uttalelse i spørsmål om behandling av personopplysninger”.¹⁰²¹ Personvernemnda avgjør klager over Datatilsynets avgjørelser, se nærmere popplyl. § 43 første ledd.

Arbeidsgivers beslutninger mv. i forhold til den enkelte arbeidssøker eller arbeidstaker, ved inngåelse av arbeidsavtale, under arbeidsforholdet og ved opphør, vil nødvendigvis involvere behandling av personopplysninger. Blant annet kan arbeidsgiver innhente opplysninger om arbeidstakernes helsetilstand ved ansettelse, se bl.a. aml. § 9-3; utarbeide oppfølgingsplaner for sykmeldte etter aml. § 4-6 tredje ledd/ftrl. § 25-2 annet ledd, eller vurdere om det er grunnlag for å si opp arbeidstaker pga. sykefravær, se bl.a. aml. § 15-8. Personopplysningsloven kommer likevel bare til anvendelse for behandlingsmåter som er omfattet av loven. Muntlig innhenting av helseopplysninger ved ansettelse omfattes f.eks. ikke av personopplysningsloven.¹⁰²²

Der behandlingen er konsesjons- eller meldepliktig, popplyl. §§ 33 og 31, og dette blir overholdt av arbeidsgiver, vil Datatilsynet av eget tiltak vurdere om arbeidsgivers behandling av helseopplysninger om arbeidssøkere eller arbeidstakere er i strid med personopplysningsloven. Datatilsynet kan også gi råd og veiledning til arbeidsgiver som er i tvil om vilkårene for behandling av helseopplysninger om arbeidssøkere og arbeidstakere er oppfylt. Den enkelte arbeidssøker eller arbeidstaker som mener at behandling av personopplysninger er skjedd i strid med personopplysningsloven, kan også henvende seg til Datatilsynet. Datatilsynet må også ha veiledningsplikt i forhold til den enkelte registrerte, fvl. § 11.

Datatilsynet kan gi pålegg om at behandling av personopplysninger i strid med bestemmelser i eller i medhold av personopplysningsloven skal opphøre eller stille vilkår som må oppfylles for at behandlingen skal være i samsvar med loven, se popplyl. § 46. Datatilsynet kan selvstøtt ikke gi pålegg om omgjøring av arbeidsrettslige beslutninger som ansettelse, omplassering

¹⁰¹⁸ Popplyl. § 42 tredje ledd nr. 3.

¹⁰¹⁹ Popplyl. § 42 tredje ledd nr. 2.

¹⁰²⁰ Popplyl. § 42 tredje ledd nr. 6.

¹⁰²¹ Popplyl. § 42 tredje ledd nr. 7.

¹⁰²² Se nærmere ovenfor under dette kapitels pkt. 3.2.5.

eller oppsigelse, selv om disse skulle bygge på personopplysninger som er behandlet i strid med personopplysningsloven. Datatilsynet og Personvernemnda kan heller ikke ilegge erstatning for økonomisk tap eller oppreisning etter personopplysningsloven, kfr. popplyl. §§ 42 og 43.

4.3.6. Tvisteløsningsnemnd for arbeidstidsrettigheter.

En særskilt tvisteløsningsnemnd avgjør krav som gjelder individuelle arbeidstidsrettigheter; se hhv. aml. § 10-2 annet ledd (nattarbeid), § 10-2 fjerde ledd (reduert arbeidstid) og 10-6 tiende ledd (arbeid ut over avtalt arbeidstid). Tvisteløsningsnemnda er sammensatt av representanter oppnevnt etter forslag fra arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene, samt en jurist som leder.¹⁰²³ Tvisteløsningsnemndas oppgaver er tatt opp under kap. VI pkt. 2.4.4.4.

4.3.7. Spesielt for offentlig sektor – forvaltningsrettslig klageadgang og uttalelser fra Sivilombudsmannen.

Visse arbeidsrettslige beslutninger som treffes av offentlig arbeidsgiver er enkeltvedtak, se fvl. § 2 annet ledd. Dette gjelder vedtak om ansettelse, oppsigelse, suspensjon, avskjed, forflytting, ordensstraff eller pensjon. Enkeltvedtak kan påklages etter forvaltningsloven, men det er fastsatt viktige unntak fra klageadgangen ved en del "arbeidsrettslige" enkeltvedtak, jfr. fvl. § 3 annet ledd. Vedtak i ansettelsessaker er i alle tilfelle unntatt fra reglene om klage i fvl. §§ 28-34, om ikke vedkommende forvaltningsorgan bestemmer noe annet. Videre vil vedtak om oppsigelse eller avskjed som treffes av et kommunalt eller fylkeskommunalt organ, være unntatt fra reglene om klage i fvl. §§ 28-34. De vedtak som det vil være mulig å klage på innen kommunal sektor, vil etter dette være ordensstraff, pensjon, forflytting og suspensjon. Innen statlig sektor vil også et vedtak om oppsigelse og avskjed kunne påklages, tjml. § 19 nr. 1.

En arbeidstaker eller søker til en stilling i et forvaltningsorgan vil ha mulighet for å bringe saker som gjelder arbeidsforholdet inn for Stortingets ombudsmann for forvaltningen, Sivilombudsmannen. Sivilombudsmannen skal etter ombudsmannsloven § 3 "søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger." Ombudsmannen kan etter ombudsmannslovens § 10 annet ledd blant annet påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelig forhold i den offentlige forvaltning, herunder om saksbehandlingen i en ansettelses-, omplasserings- eller oppsigelsessak ikke har vært tilfredsstillende. Ombudsmannen avgjør om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling, ombudsmannsloven § 6 fjerde ledd. En arbeidstaker har altså ikke noen rett til å få en klage behandlet. Vedtak som klager kan få overprøvd hos et høyere forvaltningsorgan (se ovenfor), skal vanligvis ikke behandles, ombudsmannsinstruksen § 5 første

¹⁰²³

Forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven av 16. desember 2005 nr. 1569 § 1.

ledd. Saker som angår andre tilsynsorganer, herunder Diskrimineringsombudet, skal normalt henvises til eller forelegges for disse, ombudsmannsinstruksens § 5 annet ledd.¹⁰²⁴

Ombudsmannens uttalelser er ikke bindende, men blir i praksis i regelen fulgt.¹⁰²⁵

Det finnes en del ombudsmannspraksis som gjelder arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.¹⁰²⁶

4.4. Søksmål for alminnelige domstoler.

Endelig kan en arbeidstaker som mener seg utsatt for diskriminering eller utstøting som følge av funksjonshemming eller helseproblemer, reise søksmål mot arbeidsgiver for alminnelige domstoler. Etter tvisteloven § 1-3 må den som reiser saken ha et rettskrav og et reelt behov for å få avklart kravet i forhold til saksøkte. Bestemmelsen viderefører kravet om rettslig interesse i tidligere tvistemålslov § 54.¹⁰²⁷ Rettspraksis som gjelder denne bestemmelse vil derfor stadig ha interesse. Bestemmelsen skal tolkes på bakgrunn av EMK art. 6 nr. 1 om rett til domstolsbehandling av ”borgerlige rettigheter og plikter”.¹⁰²⁸ Videre kan folkerettslige og EF-rettslige instrumenter som verner mot diskriminering og utstøting på avhandlingens område, også stille krav til adgang til domstolsbehandling i forhold til rettigheter som er hjemlet i instrumentene.¹⁰²⁹

At det må foreligge et *rettskrav* etter tvl. § 1-3 innebærer at det må dreie seg om et krav som er underlagt rettslig regulering. En tvist om hvordan lønnen skal fastsettes i et arbeidsforhold er i utgangspunktet en interesseløst tvist, som ikke avgjøres av rettsregler, se Rt. 1998 s. 607.¹⁰³⁰

Arbeidstaker kan heller ikke reise sak om et krav som hun ikke har mulighet for å få dom for, se Rt. 1989 s. 1152.¹⁰³¹ Det må videre foreligge et rettskrav for den enkelte, noe som kan være problematisk dersom arbeidstaker påberoper seg bestemmelser som legger offentligrettslige plikter på arbeidsgiver.¹⁰³²

Videre må saksøker etter tvl. § 1-3, og i samsvar med praksis etter den tidligere tvistemåloven, påvise et *reelt behov* for å få avgjort kravet i forhold til saksøkte. Herunder legges vekt på

¹⁰²⁴ Se om forholdet mellom Likestillingsombudet og Sivilombudsmannen Stabel 1993 s. 62 flg.

¹⁰²⁵ Se bl.a. Eckhoff og Helgesen 2001 s. 231 og kap. II pkt. 4.3.2.

¹⁰²⁶ Se f.eks. Somb-2003-18 Opplysninger om søkers funksjonshemming tatt inn i søkerliste; Somb-1996-31, plikt til særskilt tilrettelegging for funksjonshemmet arbeidstaker ved omorganisering av virksomhet og Somb-1992-5, rettsstillingen for yrkeshemmet arbeidstaker - spørsmål om midlertidig ansettelse m.v.

¹⁰²⁷ Se bl.a. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363.

¹⁰²⁸ Se bl.a. Schei m.fl. 2007 bind 1 s. 39.

¹⁰²⁹ Se nærmere under kap. II pkt. 2.4 og 3.3.2.

¹⁰³⁰ En uorganisert arbeidstaker som mente seg dårligere behandlet ved lokale lønnsforhandlinger fikk ikke prøvd sitt krav. Høyesteretts flertall anså dette som en interesseløst tvist, ikke en rettsvist. Nærmere om denne under kap. VI pkt. 3.2.

¹⁰³¹ Påstanden her var at Staten skulle tilpliktes å tilsette saksøkeren i en bestemt stilling. Se nærmere nedenfor under kap. V pkt. 5.5.2.

¹⁰³² Se nærmere nedenfor under kap. VI pkt. 2.4.4.5.

hvilke virkninger en dom i saksøkers favør vil ha for henne, Rt. 1991 s. 1468.¹⁰³³ En ren prinsipiell interesse vil ikke gi grunnlag for søksmål. Saksøker må videre ha et aktuelt behov for avklaring, noe som innebærer at tiltak mv. som ikke er blitt gjennomført, i regelen ikke vil kunne danne grunnlag for søksmål.¹⁰³⁴ I Rt. 2001 s. 1413, Norsk Folkehjelp, bekrefter likevel Høyesterett en uttalelse fra en tidligere avgjørelse om at det ”på dette rettsfeltet [det arbeidsrettslige, min anm.] ikke er grunn til å stille for strenge krav til søksmålsinteressen - det behov for rettslig avklaring som må foreligge for at saken skal kunne fremmes. Den betydning retten til og muligheten for arbeid har for den enkelte, taler for dette.” Arbeidstaker fikk etter dette overprøvd en avtaleklausul om organisasjonsplikt, til tross for at den i praksis ikke var gjort gjeldende for ham, og til tross for at han hadde sluttet i virksomheten.¹⁰³⁵ Avgjørelsen tilsier at det ikke stilles strenge krav til aktuelt behov i saker som vedrører menneskerettigheter i arbeidsforhold.

Dersom en avgjørelse i arbeidstakers favør vil ha betydning for arbeidstakers økonomiske stilling, vil reelt behov etter tvl. § 1-3 i regelen anses å foreligge.¹⁰³⁶ Har arbeidstaker lidd et økonomisk tap som følge av arbeidsgivers handling, eller kan det foreligge grunnlag for oppreisning for ikke-økonomisk tap, vil det foreligge et reelt behov for å få avgjort saken. Hjemmel for oppreisning for ikke-økonomisk tap foreligger hvor arbeidstaker påberoper seg vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, se aml. § 13-9. Dette kan blant annet innebære at også enkeltelementer i ansettelses- og oppsigelsesprosessen samt fordeling av arbeidsoppgaver og lønnsvilkår vil kunne overprøves rettslig på det grunnlag at handlingene innebærer diskriminering på grunn av funksjonshemming. Videre inneholder personopplysningsloven en hjemmel for erstatning av ikke-økonomisk tap, popplyl. § 49, hvor arbeidsgiver urettmessig har behandlet helseopplysninger i strid med personopplysningsloven.

Hvor det ikke foreligger noen direkte hjemmel for ikke-økonomisk tap og arbeidstaker heller ikke pretenderer å ha lidd noe økonomisk tap, blir spørsmålet om arbeidstaker likevel kan ha et reelt behov for å få fastslått om en handling eller beslutning fra arbeidsgivers side var urettmessig. For eksempel kan en arbeidssøker ønske å få fastslått at arbeidsgivers krav om helseopplysninger eller helseundersøkelse innebar en krenkelse av hennes personvern. Søksmålsadgang i slike tilfeller tas opp under kap. V pkt. 5.3.

Et særskilt spørsmål vil være om en arbeidstaker i et løpende arbeidsforhold kan få fastslått at en generell norm er indirekte diskriminerende overfor personer med hennes type

¹⁰³³ Saken gjaldt et krav om å få kjent ugyldig et vedtak hvor en annen person var blitt ansatt i en vikarstilling, og hvor stillingen seinere var falt bort.

¹⁰³⁴ Se Rt. 1991 s. 1468, saksforhold gjengitt ovenfor.

¹⁰³⁵ Det var imidlertid en reell mulighet for at han igjen ville søke arbeid i virksomheten.

¹⁰³⁶ Se f.eks. Fougner 2007 s. 308.

funksjonsnedsettelse, så lenge arbeidsgiver har foretatt individuell tilrettelegging slik at hun ikke er blitt skadelidende. I utgangspunktet må dette være mulig, ettersom arbeidstaker, så lenge normen eksisterer, ikke kan være sikker på at unntaket vil bli opprettholdt.¹⁰³⁷ En slik dom vil likevel bare være bindende mellom partene, tvl. § 19-15 første ledd.

En annen mulighet for domstolsprøving vil være at en interesseorganisasjon for personer med en bestemt type funksjonsnedsettelse reiser søksmål for å få underkjent en generell norm som virker diskriminerende i forhold til mennesker med denne type funksjonsnedsettelse. Etter tvisteloven § 1-4 første ledd kan foreninger reise søksmål i eget navn om forhold det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt. For eksempel vil en organisasjon for mennesker med en bestemt type funksjonsnedsettelse kunne få prøvd for retten om fastsatte helsekrav til spesielle yrker virker direkte eller indirekte diskriminerende.¹⁰³⁸ Jeg går i liten grad inn på organisasjoners søksmålsadgang i denne avhandlingen.

4.5 Bevissspørsmål.

Hvilke bevisregler gjelder for de arbeidsrettslige tvister avhandlingen omhandler?

Spørsmålet om bevis er todelt. Første problemstilling gjelder hvem som har ansvar for å fremlegge tilstrekkelig dokumentasjon for at et bestemt faktum foreligger. Dette omtales gjerne som ”bevisføringsplikt”.¹⁰³⁹ Det andre er kravet til bevisets styrke, eller ”tvilsrisikoen”.¹⁰⁴⁰ Tvilsrisiko regulerer hvem av partene det skal gå ut over når spørsmålet om hva som er mest sannsynlig fortsatt fremstår som uklart etter at alle bevis er vurdert.

Aml. § 13-8 statuerer delt bevisbyrde for tvister som gjelder brudd på aml. kap. 13:

”Dersom arbeidstaker eller arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelse i dette kapittel, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering (...).”

Bestemmelsen, som bygger på sysselsettingsdirektivets art. 10,¹⁰⁴¹ omfatter så vel direkte som indirekte diskriminering, aml. § 13-1 første ledd; herunder også unnlatt tilrettelegging.

Hva innebærer regelen om delt bevisbyrde i aml. § 13-8 mht. bevisføringsbyrde og tvilsrisiko? Ordlyden i bestemmelsen er lite opplysende. Tilsynelatende sier den ikke mer enn det

¹⁰³⁷ Sml. Rt. 2001 s. 1413, Norsk Folkehjelp, hvor det ble tillagt vekt at Norsk Folkehjelp stadig opererte med organisasjonspliktlausuler i sine ansettelseskontrakter.

¹⁰³⁸ Se f.eks. Rt. 1986 s. 1250, Diakonhjemmets Sosialhøgskole, hvor Høyesterett fant at fagorganisasjoner som organiserte potensielle søkere til stillinger ved skolen hadde tilstrekkelig rettslig interesse til å prøve de personalpolitiske retningslinjenes forhold til aml. 1977 § 55A.

¹⁰³⁹ Se f.eks. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 52 og NOU 2005: 8 s. 71. Syse-utvalget omtaler dette også som ”bevisføringsansvar”, se NOU 2005: 8 s. 204, noe som etter min mening er en bedre betegnelse.

¹⁰⁴⁰ Se f.eks. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 52.

¹⁰⁴¹ Se også sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 31.

som ellers ville fulgt av et alminnelig prinsipp om fri bevisvurdering; dersom den ene part fremlegger opplysninger som gjør det mer sannsynlig at en omstendighet foreligger enn at den ikke foreligger, er det opp til motparten å legge frem opplysninger som tyder på det motsatte.

Syse-utvalget legger til grunn at EF-rettslige bestemmelser om bevisbyrde "primært" har betydning for bevisføringsansvaret.¹⁰⁴² Arbeidsgiver pålegges et større ansvar for å fremlegge bevismidler, dersom han skal fri seg fra en anklage om ulovlig diskriminering. Også Holgersen-utvalget, som foretar en relativt grundig gjennomgang av bevisspørsmål i etnisk diskrimineringssaker, legger til grunn at en regel om delt bevisbyrde kan få betydning for bevisføringsbyrden: Utvalget legger til grunn at en "uttrykkelig fastsettelse av at bevisbyrden skal være delt, vil innebære at saksøkte pålegges større formelt ansvar for å fremlegge bevis og sannsynliggjøre at det ikke har forekommet brudd på loven."¹⁰⁴³

Det overordnede bevistema etter aml. § 13-8 er om ulovlig diskriminering har skjedd. Bestemmelsen sier i utgangspunktet ikke noe om hvordan bevisføringsbyrden konkret skal fordeles mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, altså hvilke konkrete forhold som arbeidstaker må fremlegge bevismidler til støtte for for å etablere en presumpsjon om diskriminering og hvilke konkrete forhold arbeidsgiver må fremlegge bevismidler til støtte for for å motbevise at diskriminering foreligger. Spørsmålet om hva som i det konkrete tilfellet kan utgjøre støtte for en presumpsjon om diskriminering og motbevis, må løses konkret. I avhandlingen vil jeg ta dette opp under drøftelsen av de enkelte situasjoner som kan utgjøre diskriminering, se avhandlingens spesielle del, kap. V til VII.

Vil en regel om delt bevisbyrde også få betydning for tvilsrisikoen, slik at det i større grad skal gå ut over arbeidsgiver om rettsanvender er i tvil etter vurdering av bevisene?

I forbindelse med implementeringen av den svenske loven er det lagt til grunn at EF-retts krav også vil ha betydning for tvilsrisikoen. I utvalgsinnstillingen til den svenske loven som implementerte sysselsettingsdirektivet, SOU 2002: 43, var bestemmelsen i sysselsettingsdirektivets art. 10 foreslått implementert ved en generell regulering av bevisføringsbyrde i forhold til ulike typer diskriminering.¹⁰⁴⁴ Under den videre lovbehandlingen ble forslaget sterkt kritisert fordi det etter høringsinstansenes mening ikke gav uttrykk for mer enn det som ellers ville fulgt av alminnelig svensk sivilrett, og derfor ikke innebar den lettelse av kravet til bevis for diskriminering som EF-retten krevde.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴² NOU 2005: 8 s. 204.

¹⁰⁴³ NOU 2002: 12 s. 254.

¹⁰⁴⁴ Se SOU 2002: 43 kap. 11.

¹⁰⁴⁵ Se bl.a. uttalelse fra Juridiske fakultetsnämnden vid Stockholms Universitet i Regeringens proposition 2002/2003:65 s. 104.

I forarbeidene til aml. § 13-8 synes departementet å gå ut fra at aml. § 13-8 også har betydning for tvilsrisikoen:

”En arbeidstaker eller arbeidssøker som mener seg diskriminert og tar saken til domstolene, må således etablere en presumpsjon for diskriminering ved å vise til at det foreligger indikasjoner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling. Her er det altså ikke krav om sannsynlighetsovervekt. Dersom arbeidstaker klarer å etablere en slik presumpsjon påligger det arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted lovstridig diskriminering. Med sannsynliggjøre menes bevisovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet. Arbeidsgiver må altså bevise at det er større sannsynlighet for at arbeidstakeren *ikke* er diskriminert [sic] i strid med loven enn at arbeidstakeren *er* diskriminert i strid med loven.”¹⁰⁴⁶

Summen av at arbeidstaker ikke trenger å etablere sannsynlighetsovervekt for at det skal foreligge en presumpsjon for diskriminering og at arbeidsgiver må etablere sannsynlighetsovervekt for å motbevise presumpsjonen, synes å være at det, alle bevis vurdert, kreves mindre enn 50 % sannsynlighet for å slå fast at diskriminering har forekommet. Oppsummert vil den lovfestede bevisbyrderegelen innebære lettelse i hva som skal til for at arbeidstaker skal kunne etablere en presumpsjon for at det foreligger forskjellsbehandling. Den vil få betydning for så vel bevisføringsplikt som tvilsrisiko.

For brudd på andre bestemmelser, som forbud mot innhenting av helseopplysninger etter aml. § 9-3; plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6 samt for oppsigelsesbestemmelsene, er det ikke fastsatt tilsvarende eksplisitte bestemmelser om bevisbyrde.¹⁰⁴⁷ Her vil vanlige sivilprosessuelle regler om bevisføringsplikt og tvilsrisiko gjelde. Det vil i utgangspunktet være opp til partene å avgjøre hvilke beviser de vil føre, tvl. § 21-3, og bevisvurderingen er fri, tvl. § 21-2 første ledd. Det er lagt til grunn at dette innebærer at det i sivile saker er saksøkeren som har bevisbyrden, i utgangspunktet både bevisføringsplikt og tvilsrisiko.¹⁰⁴⁸ Hevder arbeidssøker eller arbeidstaker at det foreligger brudd på regler som skal verne mot utstøting på urettmessig grunnlag, må hun altså føre bevis for at arbeidsgiver har foretatt de aktuelle handlingene, for eksempel innhentet helseopplysninger eller sagt opp arbeidstaker. Krever arbeidsgivers handling en bestemt begrunnelse, slik som f.eks. innhenting av helseopplysninger ved ansettelse eller oppsigelse, vil det imidlertid være opp til arbeidsgiver å påvise at slike grunner foreligger. Det er også lagt til grunn at ved en asymmetrisk bevissituasjon, vil den som disponerer bevismidlene ha et større ansvar for sakens opplysning. I en arbeidsrettslig tvist vil det ofte være arbeidsgiver som disponerer over de bevismidler som finnes. Her kan det ha betydning at en part etter tvl. § 21-4 har en viss plikt til også å opplyse om bevis som er til motpartens fordel.

¹⁰⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328-329.

¹⁰⁴⁷ Med unntak av aml. § 15-8 annet ledd som tas opp under kap. VII pkt. 6.5.

¹⁰⁴⁸ Se NOU 2002: 12 pkt. 13.8 s. 253.

4.6 Rettsmidler og sanksjoner.

4.6.1. Innledning.

Brudd på bestemmelser til vern mot utstøting og diskriminering i arbeidslivet kan ha ulike rettsvirkninger. Vi kan skille mellom strafferettslige sanksjoner og sivilrettslige rettsmidler og sanksjoner. I forhold til sivilrettslig gjennomføring kan vi skille mellom krav om oppfyllelse og krav om økonomisk kompensasjon til den krenkede.

EMK stiller i art. 13 krav om at en person hvis rettigheter er fastlagt i konvensjonen, skal ha en effektiv prøvingsrett.¹⁰⁴⁹ Videre stiller EF-retten og EØS-retten krav til at sanksjoner mot brudd på de nasjonale rettsregler som gjennomfører EF-retten, skal være effektive, forholdsmessige og likeverdige dem som gjelder for tilsvarende rettsbrudd etter annen nasjonal rett.¹⁰⁵⁰ EF-domstolen har lagt til grunn at en bestemmelse om søksmålsrett i et direktiv, tolket i lys av EMK art. 6 og 13, også må innebære en rett til et effektivt rettsmiddel.¹⁰⁵¹

4.6.2. Straff.

Straff kan være en sanksjon mot brudd på bestemmelser som tar sikte på å verne en arbeidstaker mot utstøting og diskriminering. Som vist under kap. II pkt. 2.4 og pkt. 3.3.4, krever ingen av de aktuelle folkerettslige eller EF-rettslige instrumenter straff som sanksjon for brudd på de regler avhandlingen omhandler. Norsk rett hjemler likevel straffansvar i en del tilfeller.

Arbeidsmiljøloven § 19-1 om straffansvar for arbeidsgiver omfatter i prinsippet hele arbeidsmiljøloven med unntak av bestemmelser i kap. 14 og 15 om oppsigelsesvern, aml. § 19-1 fjerde ledd. Skyldkravet er uaktsomhet, aml. § 19-1 første ledd. Straffansvar følger direkte av loven, og er ikke avhengig av at Arbeidstilsynet har gitt pålegg eller overhodet har påleggskompetanse.¹⁰⁵² Blant annet vil brudd på arbeidsgivers generelle og individuelle tilretteleggingsplikter etter aml. § 4-2 nr. 2 bokstav b og § 4-6 omfattes.¹⁰⁵³ Videre vil brudd på bestemmelsene om kontrolltiltak i aml. kap. 9, herunder aml. §§ 9-3 og 9-4, være straffbare.¹⁰⁵⁴

Også overtredelse av diskrimineringskapitlet er i prinsippet straffbart etter den alminnelige straffehjemmelen i aml. § 19-1.¹⁰⁵⁵ I forarbeidene legges likevel til grunn at "effektive og virkningsfulle reaksjoner mot diskriminering i arbeidslivet først og fremst [vil] være sivilrettslig

¹⁰⁴⁹ Se nærmere kap. II pkt. 2.4.

¹⁰⁵⁰ Se nærmere kap. II pkt. 3.3.4.

¹⁰⁵¹ Se nærmere kap. II pkt. 3.3.4.

¹⁰⁵² Sml. aml. § 18-6 første ledd.

¹⁰⁵³ Se nærmere kap. VI pkt. 2.4.7.1 om straff for brudd på tilretteleggingsplikter. Publisert praksis som gjelder tilrettelegging pga. helsestilstand foreligger ikke.

¹⁰⁵⁴ Se nærmere kap. V pkt. 5.5.1. Publisert praksis foreligger ikke.

¹⁰⁵⁵ Se også Jakhelln 2006 s. 202.

basert.¹⁰⁵⁶ Straffansvarets rekkevidde er ikke endret ved arbeidsmiljøloven av 2005.¹⁰⁵⁷ Det vil altså si at overtredelse i prinsippet kan være straffbar, men at straff som sanksjon i praksis svært sjelden blir benyttet.¹⁰⁵⁸

Diskrimineringsombudsloven inneholder en straffehjemmel i § 13 for brudd på opplysningsplikten etter ldoL. § 11 (overfor Ombudet eller Nemnda) og for unnlatelse av å etterkomme pålegg fra Ombudet eller Nemnda.¹⁰⁵⁹

Ved brudd på aml. kap. 13 kan en altså i prinsippet ha dobbel straffehjemmel, slik at bruddet er straffbart etter aml. § 19-1 direkte, og brudd på pålegg fra Nemnda eller Ombudet om å bringe det diskriminerende forhold til opphør er straffbart etter ldoL. § 13 jfr. § 7 annet ledd.

Den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er ikke direkte straffbelagt. Straffehjemmel må da eventuelt søkes i diskrimineringsombudsloven, se ovenfor.¹⁰⁶⁰

Brudd på forbudet mot bruk av genetiske opplysninger i bioteknologiloven § 5-8 jfr. 5-1 er straffbelagt, bioteknologiloven § 7-5.¹⁰⁶¹ Det samme gjelder visse typer brudd på personopplysningsloven, herunder brudd på meldeplikt og behandling av personopplysninger uten konsesjon, popplyl. § 48.¹⁰⁶²

Oppsummert er straff etter norsk rett en lite brukt og lite praktisk sanksjon i forhold til vernet mot diskriminering og utstøting i arbeidsforhold.

4.6.3. Ugyldighet/(gjen-)opprettelse.

Videre blir spørsmålet om brudd på de bestemmelser avhandlingen omhandler gir arbeidstaker et krav på oppfyllelse, i betydningen at hun skal settes i den faktiske og/eller rettslige posisjon som hun ville ha vært i dersom arbeidsgiver hadde handlet rettmessig.

For det første gjelder spørsmålet om arbeidstaker har krav på *etablering/gjenetablering* av arbeidsforholdet som sådan, f.eks. krav på tilsetning eller stillingen tilbake ved oppsigelse. For det annet gjelder det om arbeidstaker har krav på *gjennomføring* av individuell tilrettelegging. For det tredje kan arbeidstakers krav på oppfyllelse innebære at en bestemmelse i en avtale, et reglement mv. *bortfaller* som ugyldig eller *endres*.

En arbeidssøker til en stilling har etter norsk rett ikke noe krav på å bli tilsatt i en stilling, se bl.a. Rt. 1989 s. 1152. Noe slikt krav følger heller ikke av aml. kap. 13. For videre detaljer viser jeg

¹⁰⁵⁶ NOU 2003: 2 s. 55.

¹⁰⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 294.

¹⁰⁵⁸ Publisert praksis etter aml. 1977s likebehandlingskapittel eller aml. kap. 13 foreligger ikke.

¹⁰⁵⁹ Publisert praksis foreligger heller ikke her.

¹⁰⁶⁰ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 17.

¹⁰⁶¹ Skyldkravet er forsett. Her foreligger ikke publisert praksis.

¹⁰⁶² Skyldkravet er grov uaktsomhet. Publisert praksis som gjelder behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold foreligger ikke.

til drøftelsen under kap. V pkt. 5.5.2. Med hensyn til oppsigelse er utgangspunktet det motsatte. En oppsigelse som er urettmessig, skal som hovedregel kjennes ugyldig. Arbeidstaker har krav på å få stillingen tilbake, se aml. § 15-12 første ledd. En dom om ugyldighet vil likevel ikke kunne tvangsfullbyrdes, se tvangsl. § 13-14 og nedenfor under kap. VII pkt. 6.6.2. Med hensyn til individuell tilrettelegging vil jeg under kap. VI vise at arbeidstaker har et individuelt krav på at dette gjennomføres, enten det gjelder tilrettelegging etter aml. § 13-5; etter aml. § 4-6 eller de individuelle arbeidstidsrettighetene i aml. kap. 10.¹⁰⁶³ Diskrimineringsnemnda kan pålegge arbeidsgiver å tilrettelegge for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse etter aml. § 13-5 jfr. Idol. § 7 annet ledd. Arbeidstaker kan videre kreve tilrettelegging for domstolene etter aml. § 13-5, aml. § 4-6 og arbeidstidsrettighetene i kap. 10.¹⁰⁶⁴ Også her kan det foreligge grenser for tvangsfullbyrdelse av kravene. Jeg viser til drøftelsen under kap. VI pkt. 2.4.7.2.

Neste spørsmål er om arbeidstaker kan kreve en ulovlig avtalebestemmelse satt til side eller endret. Her vil blant annet avtl. § 36 kunne gi grunnlag for krav om bortfall og endring av urimelige avtalevilkår. En arbeidstaker som mener seg diskriminert mot som følge av funksjonsnedsettelse kan i tillegg påberope seg aml. § 13-9 tredje ledd om ugyldighet for diskriminerende tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter mv.¹⁰⁶⁵ Ettersom avtl. § 36 også er anvendelig på diskriminerende avtaler,¹⁰⁶⁶ vil det også her foreligge hjemmel for et krav om *endring* av avtalen. En domstol er altså ikke nødvendigvis henvist til bare å kjenne avtaleklausulen ugyldig, men kan i prinsippet også utfylle avtalen. Dette må imidlertid forutsette at det er relativt klart hvordan det ikke-diskriminerende avtalevilkåret skal utformes.¹⁰⁶⁷

I forhold til generelle bestemmelser i vedtekter, reglementer mv., tilsier grunnleggende prinsipper om dommers rettskraft at en dom i en sivil sak bare får virkning mellom partene, se tvl. § 19-15 første ledd. En arbeidstaker vil altså bare kunne få dom for at en generell bestemmelse i et reglement eller en vedtekt er ugyldig i forhold til henne selv. Hun vil ikke kunne kreve bestemmelsen endret på generelt grunnlag.

En arbeidstaker kan videre reise sak for alminnelige domstoler hvor domstolen prejudisielt må stilling til om tariffavtalebestemmelser som regulerer hennes arbeidsforhold er i strid med lov, herunder aml. kap. 13.¹⁰⁶⁸ Arbeidstaker kan sannsynligvis reise slikt søksmål selv om Arbeidsretten

¹⁰⁶³ Se nærmere om dette kap. VI pkt. 2.4.6.2.

¹⁰⁶⁴ Her er det et vilkår for domstolsbehandling at saken først er behandlet i Tvisteløsningsnemnda, se aml. § 17-2 annet ledd.

¹⁰⁶⁵ Bestemmelsen gjennomfører sysselsettingsdirektivets art. 16 b. Den innebærer ingen automatisk nullitetsvirkning, se NOU 2003: 2 s. 58.

¹⁰⁶⁶ Se bl.a. NOU 1979: 32, Formuerettslig lempningsregel, s. 51 om forholdet mellom diskrimineringsforbud og avtaleloven § 36.

¹⁰⁶⁷ Se for en gjennomgang av avtl. § 36-praksis om endring Giertsen 2006 s. 228-229.

¹⁰⁶⁸ Se bl.a. Rt. 1994 s. 1505. Se også Vigerust 2003 s. 34-36.

tidligere har tatt stilling til spørsmålet om tariffavtalebestemmelsens gyldighet.¹⁰⁶⁹ En avgjørelse i en slik individuell tvist vil bare avgjøre spørsmålet om lovstrid i forhold til partene.¹⁰⁷⁰

Tariffparten kan etter arbtv. § 7 nr. 2 jfr. § 6 nr. 1 få dom for en bestemt forståelse av tariffavtalen, som gjelder i forhold til enhver individuell arbeidsavtale som bygger på tariffavtalen, arbtv. § 9 annet ledd.¹⁰⁷¹ Videre kan Arbeidsretten etter krav fra en tariffpart kjenne en tariffavtalebestemmelse ugyldig på grunnlag av at den strider mot diskrimineringslovgivningen.¹⁰⁷² Arbeidsrettens adgang til å supplere en tariffavtale, f.eks. ved å angi hvilken lønn arbeidstaker har rett til etter likebehandlingsprinsippet, antas å være begrenset.¹⁰⁷³

Aml. § 13-9 tredje ledd om ugyldighet for diskriminerende avtalevilkår mv. er i utgangspunktet ikke omfattet av Ombudets og Nemndas kompetanse, se Idol. § 1 annet ledd nr. 3. Imidlertid gir Idol. § 7 første ledd første pkt. Nemnda hjemmel for å vedta at en bestemmelse i en arbeidsavtale/vedtekt/reglement mv., er i strid med kap. 13. Ldol. § 7 annet ledd hjemler videre pålegg om å bringe et diskriminerende forhold til opphør.¹⁰⁷⁴ I forhold til avtalevilkår som følger av tariffavtaler er Nemndas kompetanse likevel begrenset etter Idol. § 10.¹⁰⁷⁵

4.6.4. Økonomisk kompensasjon.

Brudd på bestemmelser som verner mot utstøting og diskriminering i arbeidsforhold kan også sanksjoneres økonomisk; ved erstatning for økonomisk tap og/eller ved oppreisning for ikke-økonomisk tap. Begge erstatningsformer er dels begrunnet ut fra reparasjonshensyn, dels ut fra prevensjonshensyn,¹⁰⁷⁶ men slik at det preventive elementet i begrunnelsen er sterkere i forhold til oppreisning.¹⁰⁷⁷ Oppreisning for ikke-økonomisk tap krever spesialhjemmel etter norsk rett,¹⁰⁷⁸ mens erstatning for økonomisk tap kan ilegges av domstolene uten lovhjemmel.¹⁰⁷⁹

Nedenfor vil jeg først ta opp erstatning for økonomisk tap ved brudd på de bestemmelser avhandlingen omhandler. Deretter går jeg inn på oppreisning for ikke-økonomisk tap.

¹⁰⁶⁹ NOU 2003: 2 pkt. 11.12.3, s. 58.

Se tvl. § 19-15 første ledd og Vigerust 2003 s. 35.

¹⁰⁷¹ Se også Vigerust 2003 s. 36 flg.

¹⁰⁷² Se her til illustrasjon ARD 1990 s. 148 som gjaldt lønnsdiskriminering i forhold til kjønn, hvor bestemmelser i en tariffavtale for bioingeniører ble kjent ugyldige "for så vidt de gir [to kvinnelige bioingeniører] lavere lønn enn [tre mannlige avdelingsingeniører]".

¹⁰⁷³ Evju 1986 s. 17-18.

¹⁰⁷⁴ Til illustrasjon kan her vises til LKN-2001-8, hvor Likestillingsklagenemnda fant at et forbud mot hodeplagg i et uniformsreglement var i strid med likestillingsloven, noe som i realiteten må innebære at forbudet ikke lenger kan gjøres gjeldende av arbeidsgiver. I andre saker har Likestillingsklagenemnda slått fast at f.eks. lønnsvilkår er diskriminerende eller arbeidstidsberegning er skjedd på en diskriminerende måte, og deretter pålagt arbeidsgiver å bringe det diskriminerende forholdet til opphør, se hhv. LKN-2001-2 og LKN-2003-3.

¹⁰⁷⁵ Se nærmere ovenfor under pkt. 4.3.2 og nedenfor under kap. VI pkt. 3.2.

¹⁰⁷⁶ Se bl.a. Nygaard 2007 s. 19 flg.

¹⁰⁷⁷ Se bl.a. NOU 2005: 8 s. 212.

¹⁰⁷⁸ Se Rt. 1997 s. 1506 Stryn Apotek (s. 1517) og Nygaard 2007 s. 12.

¹⁰⁷⁹ Se Nygaard 2007 s. 12.

Ved brudd på arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel kan erstatning for økonomisk tap ifølge aml. § 13-9 annet ledd ilegges etter ”alminnelige regler”, dvs. alminnelig erstatningsrett. Dette innebærer et krav om uaktsomhet.¹⁰⁸⁰

Dersom arbeidssøker eller arbeidstaker kan påvise at hun er stilt økonomisk dårligere som følge av brudd på aml. §§ 9-3 eller 9-4, kan erstatning for økonomisk tap ilegges etter den ulovfestede skyldregelen. Er de innhentede helseopplysninger behandlet i strid med personopplysningsloven, kan hun også kreve erstatning for økonomisk tap etter popplyl. § 49, på grunnlag av skyldansvar med omvendt bevisbyrde.

Er arbeidsgiver et forvaltningsorgan kan dette være erstatningsansvarlig overfor arbeidssøker eller arbeidstaker for forvaltningsvedtak som er ugyldig i forhold til disse. Det er uenighet i teorien om ansvaret for økonomisk tap som følge av slike vedtak er objektivt eller subjektivt.¹⁰⁸¹

Hva innebærer et skyldkrav i forhold til diskriminering eller urettmessig utstøting som følge av helsetilstand eller funksjonsnedsettelse?

Den objektive normen er her overtrådt fordi kravet om forsvarlig handlemåte ikke er oppfylt, og spørsmålet vil da være om arbeidsgiver var i unnskyldelig faktisk eller rettslig villfarelse.¹⁰⁸²

Arbeidsgiver kan ha vært i *faktisk* villfarelse med hensyn til arbeidssøkers/arbeidstakers kvalifikasjoner eller hvilke kostnader det vil innebære å tilrettelegge. Her må det imidlertid stilles krav om en forsvarlig saksbehandling for at en slik faktisk villfarelse skal være unnskyldelig. Videre kan arbeidsgiver ha vært i unnskyldelig villfarelse ved brudd på forbudet mot indirekte diskriminering. Det kan i praksis være svært vanskelig for arbeidsgiver å forutse om en generell praksis i realiteten vil ramme mennesker med bestemte typer funksjonsnedsettelser.

Vil det være rom for *rettslig* villfarelse i forhold til overtredelse av de regler som gir vern mot diskriminering eller utstøting i arbeidforhold?

Villfarelse om reglenes eksistens, at det foreligger begrensninger mht. adgangen til å vektlegge helsetilstand eller funksjonshemming i arbeidforhold, vil aldri være unnskyldelig. Det som eventuelt kan være unnskyldelig, må være villfarelse om reglenes nærmere innhold. Så vel aml. §§ 9-3/9-4 som forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming i aml. kap. 13 er utpreget skjønnsmessige. Hvilke helseopplysninger som i en konkret tilfelle er nødvendig å innhente og det nærmere omfanget av arbeidsgivers plikt til tilrettelegging for arbeidstaker med

¹⁰⁸⁰ Se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 201 og s. 329 og Rt. 2001 s. 248, Olderdalen ambulanse.

¹⁰⁸¹ Se for en oversikt Eckhoff og Smith 2006 s. 468 flg. og Frihagen 1992 s. 187-189 som legger til grunn at ansvaret er objektivt. Slik også Bernt 1980 s. 607-624 og Halvorsen 1982 s. 55. Motsatt særlig Hagstrøm 1987 s. 41 flg. og Nygaard, 2007 s. 245-247, som legger til grunn at det i utgangspunktet kreves skyld.

¹⁰⁸² Se i forhold til det offentlige erstatningsansvar Eckhoff og Smith 2006 s. 469 flg.

funksjonsnedsettelse er ikke gitt. Når selve normen gir et så stort spillerom for skjønn, vil spørsmålet om det foreligger rettslig villfarelse vanskelig kunne skilles fra spørsmålet om rettsbrudd overhodet foreligger. I teorien har det vært lagt til grunn at subjektive elementer kan være innebygget i selve normen på en slik måte at dersom arbeidsgiver ikke er å bebreide, vil en konkludere med at det ikke foreligger rettsbrudd, på tross av at de hensyn som er vektlagt lå utenfor det som lovlig kunne hensyntas.¹⁰⁸³ Det kan være grunn til å anvende samme innfallsvinkel i forhold til forbud mot innhenting/vektlegging av helseopplysninger og forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

I saker som gjelder oppsigelse vil det være grunnlag for erstatning på objektivt grunnlag også for økonomisk tap, se bl.a. aml. § 15-12 annet ledd. Denne bestemmelsen er gitt tilsvarende anvendelse på en del andre opphørsmåter, se bl.a. § 15-14 fjerde ledd og § 14-11 annet ledd.

Det kan reises spørsmål om skyld som vilkår for erstatning for økonomisk tap i (de fleste) diskrimineringstilfellene er i samsvar med EF-rettens krav til effektiv håndheving.

Ved kjønnsdiskriminering har EF-domstolen antatt at et krav om effektiv sanksjonering innebærer at det ikke kan stilles krav om skyld for å få erstatning.¹⁰⁸⁴ I samsvar med dette gir likestillingsloven § 17 etter endring av 2002¹⁰⁸⁵ krav på erstatning også for økonomisk tap ”uten hensyn til arbeidsgivers skyld”. I forarbeidene til endringsloven er lagt til grunn at ”innføring av et objektivt ansvar for arbeidsgivere vil være nødvendig for å oppfylle våre forpliktelser i forhold til EØS-avtalen”.¹⁰⁸⁶

Hvilken løsning EF-domstolen har lagt til grunn i forhold til kjønnsdiskriminering er ikke umiddelbart avgjørende for arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel, blant annet fordi sysselsetningsdirektivet ikke er inntatt i EØS-avtalen. På den annen side er det klart at formålet med aml. 2005s diskrimineringskapittel var å oppfylle EF-rettens krav, også med hensyn til sanksjoner. Selv om oppreisning og erstatning for økonomisk tap må ses i sammenheng i forhold til det EF-rettslige effektivitetskravet, har oppreisning for ikke-økonomisk tap etter norsk rett ikke utgjort særlig høye beløp. Det kan derfor reises spørsmål om den norske rettstilstanden på dette punkt er i samsvar med EF-rettens krav til effektiv håndheving.¹⁰⁸⁷

Forutsetningen for at det skal gis kompensasjon for økonomisk tap som følge av et rettsbrudd, er selvsagt at slikt økonomisk tap foreligger. Arbeidsgivers rettsstridige handling må ha

¹⁰⁸³ Simonsen 1997 s. 262 antar at ansvar i den prekontraktuelle fase forutsetter uaktsomhet, også mht. den rettslige situasjon, men uttaler også: ”Man kan vanskelig tenke seg at en villfarelse om normene i den prekontraktuelle fase vil bli ansett som unnskyldelige etter en streng culpavurdering.”

¹⁰⁸⁴ Se avhandlingens kap. II pkt. 3.3.4 om EF-rettslige krav til sanksjoner, samt Dekker-saken, 177/88, avsnitt 25 og Draehmpaehl-saken, C-180/95, avsnitt 19.

¹⁰⁸⁵ Lov av 14. juni 2002 nr. 21 om endring av likestillingsloven.

¹⁰⁸⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

¹⁰⁸⁷ Spørsmålet er tatt opp av Likestillingsombudet under lovforarbeidet, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 201.

fått økonomiske konsekvenser for arbeidssøker eller arbeidstaker. Det må da påvises at denne ville ha kommet bedre ut økonomisk dersom arbeidsgiver ikke hadde foretatt den rettsstridige handlingen. Ville resultatet blitt det samme selv om arbeidsgiver hadde handlet rettmessig, vil det ikke foreligge noe økonomisk tap.

Utgangspunktet etter norsk erstatningsrett er at det fulle økonomiske tapet som er lidt ved en rettsstridig handling skal erstattes. Økonomisk tap ved ansettelse kan bl.a. være lidt fordi arbeidstaker urettmessig ble stilt utenfor konkurranse eller fordi hun gikk glipp av en bedre økonomisk posisjon ved å bli ansatt i stillingen. Under arbeidsforholdet kan økonomisk tap oppstå som følge av at arbeidstaker på grunn av manglende tilrettelegging ikke ble tilstrekkelig produktiv, ble sykmeldt, gikk glipp av karrieremuligheter og lignende. Ved oppsigelse vil det regelmessig oppstå økonomisk tap ved tap av stillingen, og det er også mulighet for følgetap ved at arbeidstaker faller helt ut av arbeidslivet. Økonomisk tap som følge av behandling av helseopplysninger i strid med personopplysningsloven kan oppstå dersom disse opplysninger anvendes som grunnlag for arbeidsrettsrettslige beslutninger. For øvrig vises til avhandlingens enkelte punkter med hensyn til hva som utgjør det økonomiske tapet.¹⁰⁸⁸

Som nevnt innledningsvis krever oppreisning for ikke-økonomisk tap spesialhjemmel i norsk rett. Oppreisning for ikke-økonomisk tap ved brudd på aml. kap. 13 er hjemlet i aml. § 13-9 første ledd:

”Den som er blitt diskriminert i strid med dette kapittel, kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig.”

Bestemmelsen omfatter så vel direkte som indirekte diskriminering. Den vil også omfatte unnlatt tilrettelegging i et løpende arbeidsforhold, ettersom unnlattelse av å tilrettelegge anses som diskriminering.

En spesialhjemmel for oppreisning for ikke-økonomisk tap i arbeidsforhold gir videre aml § 15-12 annet ledd om usaklig oppsigelse, som er gitt tilsvarende anvendelse ved flere andre former for urettmessig opphør.¹⁰⁸⁹ Høyesterett har lagt til grunn at denne ”neppe [kan] benyttes utenfor sitt område”, Rt. 1997 s. 1506.

Personopplysningsloven inneholder en egen oppreisningshjemmel i popplyl. § 49 tredje ledd siste pkt.¹⁰⁹⁰ En arbeidssøker eller arbeidstaker kan kreve oppreisning fra arbeidsgiver på det grunnlag at denne har behandlet opplysninger om helsetilstand eller funksjonsnedsettelse i strid med personopplysningsloven.

¹⁰⁸⁸ Se nærmere nedenfor under kap. V pkt. 5.5.3.2, kap. VI pkt. 2.4.7.3 og pkt. 3.1 og kap. VII pkt. 6.6.3.2.

¹⁰⁸⁹ Se bl.a. aml. § 15-14 fjerde ledd og aml. § 14-11 annet ledd.

¹⁰⁹⁰ Bestemmelsen gjennomfører personverndirektivets art. 23, se NOU 1997: 19 s. 122-124.

Det foreligger derimot ikke noen særhjemmel for oppreisning i forhold til brudd på forbudet mot å innhente unødvendige helseopplysninger ved ansettelse, aml. § 9-3, eller å foreta medisinske undersøkelser som ikke er hjemlet i § 9-4.¹⁰⁹¹

Innhenting av personopplysninger i strid med ovennevnte bestemmelser kan imidlertid utgjøre et urettmessig inngrep i arbeidssøkers eller arbeidstakers privatliv i strid med den inkorporerte EMK art. 8.¹⁰⁹² Et spørsmål kan da være om den inkorporerte EMK art. 13 kan utgjøre en selvstendig oppreisningshjemmel. EMK art. 13 stiller krav om at enhver hvis rettigheter i EMK er blitt krenket, skal ha tilgang til et effektivt rettsmiddel. Dersom bestemmelsene ikke på annen måte er effektivt sanksjonert, kan oppreisning være en forutsetning for slik effektiv sanksjonering.¹⁰⁹³ Som vist er bestemmelsene ikke underlagt Arbeidstilsynets påleggskompetanse, straffansvar synes lite praktisk og det vil ofte ikke foreligge økonomisk tap. Det kan derfor hevdes at adgang til oppreisning er nødvendig for å oppfylle EMK art. 13. I Rt. 2001 s. 428, Strafferegistreringssaken, som gjaldt uhjemlet innhenting av opplysninger om en arbeidssøker fra strafferegisteret, har Høyesterett forutsatt at EMK art. 13 kan utgjøre en selvstendig hjemmel for oppreisningserstatning, der dette er nødvendig for at arbeidstaker skal ha en effektiv prøving.

En arbeidstaker eller søker til stilling hos *offentlig* arbeidsgiver som er blitt utsatt for krenkelse av EMK art. 8 ved at arbeidsgiver har innhentet helseopplysninger eller krevd medisinske undersøkelser i strid med aml. §§ 9-3 og 9-4, vil etter dette kunne kreve oppreisning direkte av arbeidsgiver.¹⁰⁹⁴ Dette gjelder uavhengig av om arbeidsforholdene dekkes av offentligrettslige eller privatrettslige regler.¹⁰⁹⁵

Hvorvidt EMK art. 13 kan gi selvstendig oppreisningshjemmel i forhold til *privat* arbeidsgivers brudd på art. 8, er mer tvilsomt. EMK art. 8 kan i prinsippet anvendes i forhold til privates inngrep i retten til privatliv, i den forstand at staten har en positiv plikt til å motvirke privates brudd på konvensjonen.¹⁰⁹⁶ I juridisk litteratur er videre lagt til grunn at nasjonale domstoler kan sensurere avtaler mellom private parter i medhold av inkorporerte EMK-

¹⁰⁹¹ Skl. § 3-6 første ledd om krenking av "privatlivets fred" kan tilsynelatende gi hjemmel for oppreisning ved urettmessig innhenting av helseopplysninger/krav om helseundersøkelser. Bestemmelsens bakgrunn tilsier imidlertid at den bare hjemler krenking av privatlivets fred ved offentlig meddelelse, se Ot.prp. nr. 4 (1972-1973) s. 40 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 40 (1971-72). Bestemmelsen var påberopt for lagmannsretten i strafferegistreringssaken, LB-1998-3504, men ikke for Høyesterett, Rt. 2001 s. 428.

¹⁰⁹² Se her f.eks. Leander-saken, 9248/81, *Leander* mot *Sverige*, 26. mars 1987, avsnitt 48.

¹⁰⁹³ Se her Leander-saken avsnitt 77.

¹⁰⁹⁴ I Rt. 2001 s. 428, Strafferegistreringssaken, var sak reist mot Staten ved Justisdepartementet, som i dette tilfellet var både (potensiell) arbeidsgiver og registermyndighet. Av lagmannsrettens dom, LB-1998-3504, kan man lese at "[s]taten ved Justisdepartementet er saksøkt (...), dels som arbeidsgiver for B, og dels som organ begrunnet i mangelfull organisering og oppfølging av departementets håndtering av strafferegistreringsloven.

¹⁰⁹⁵ Se 5614/72, *Svenska Lokmannaförbundet* mot *Sverige*, 6. februar 1976, avsnitt 37.

¹⁰⁹⁶ Se bl.a. 6289/73 *Airey* mot *Irland*, 9 oktober 1989, avsnitt 32.

bestemmelser.¹⁰⁹⁷ Å anvende EMK art 13 som selvstendig oppreisningshjemmel ved personvern-krenkelser foretatt av private, innebærer imidlertid noe kvalitativt mer enn å sensurere private avtaler på grunnlag av de materielle bestemmelsene i konvensjonen. Det følger av EMK art. 1 sammenholdt med art. 34 at bare statene er ansvarlige for brudd på konvensjonen.¹⁰⁹⁸ At konvensjonen er inkorporert i norsk rett kan ikke endre dette. Jeg legger derfor til grunn at arbeidssøker/arbeidstaker ikke kan kreve oppreisning av privat arbeidsgiver etter den inkorporerte EMK art. 13.¹⁰⁹⁹

Hvilket skyldkrav gjelder for krav om oppreisning?

Oppreisning etter aml. § 13-9 første ledd og etter aml. § 15-12 annet ledd kan ilegges på objektivt grunnlag. Det er tilstrekkelig å vise at det foreligger en overtredelse av forbudet mot diskriminering eller at oppsigelsen er usaklig. Oppreisningshjemmelen i popplyl. § 49 tredje ledd siste pkt. er derimot basert på skyldansvar med omvendt bevisbyrde, popplyl. § 49 første ledd. Oppreisningskrav mot offentlig arbeidsgiver som er hjemlet i EMK art. 13 synes ikke å forutsette skyld.¹¹⁰⁰

Partenes forhold vil likevel kunne trekkes inn ved utmålingen av den ikke-økonomiske erstatningen. Oppreisningshjemmelen i popplyl § 49 tredje ledd annet pkt. er avhengig av en vurdering av om erstatning ”synes rimelig”. Herunder må også skyldforhold kunne tas i betraktning. Videre viser så vel aml. § 13-9 første ledd som aml. § 15-12 annet ledd til partenes forhold som et utmålingskriterium.

I forarbeidene til aml. § 13-9s forgjenger er lagt til grunn at domstolspraksis med hensyn til utmåling av erstatning for ikke-økonomisk tap ved oppsigelse og avskjed vil kunne gi ”en viss veiledning”.¹¹⁰¹ Etter norsk rettspraksis er imidlertid ikke de oppreisningsbeløp som utmåles ved oppsigelse særlig høye. Det er heller ikke gitt at oppreisning ilegges selv om oppsigelsen anses usaklig.¹¹⁰² I diskrimineringssaker vil det ofte ikke foreligge noe økonomisk tap. Dersom EF-rettens krav om effektive sanksjoner skal oppfylles, må det tas hensyn til at oppreisning ofte er eneste sanksjon i diskrimineringstilfellene.

¹⁰⁹⁷ Se Eggen 2002 s. 30 hva angår EMK art. 10, og Nielsen og Rehof 1998 s. 28 hva angår EMK art. 11.

¹⁰⁹⁸ Se også Mirmotahari 2007 s. 13 og s. 21.

¹⁰⁹⁹ Tilsv. Lind 2006 s. 28 som uttaler at ”[d]a der ikke [i konvensjonen, min anm.] er fastsat særlige sanksionsnormer i relasjon til forholdet mellom private, må overtredelse af normerne sanktioneres efter dansk rets almindelige regler i relation til forholdet mellem private”.

¹¹⁰⁰ Høyesterett synes å legge dette til grunn i strafferegistersaken, Rt. 2001 s. 428, selv om det i det konkrete tilfellet ikke ble ilagt oppreisning.

¹¹⁰¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53. Særkommentaren til aml. § 13-9 viser til tidligere rett, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329.

¹¹⁰² Se for en gjennomgang Skarning 2007 s. 171-186. Gjennomsnittlig oppreisningssum ved oppsigelse og avskjed ligger et sted mellom 50000 og 100000.

Ved oppsigelser som er diskriminerende vil det foreligge oppreisningshjemmel etter så vel aml. § 15-12 annet ledd og aml. § 13-9 første ledd. Hvorvidt dette bør få betydning for utmålingen av oppreisningen, er tatt opp under kap. VII pkt. 5.6.3.

Ifølge popplyl. § 49 tredje ledd annet pkt. kan den behandlingsansvarlige pålegges å betale slik oppreisning ”som synes rimelig”. Uttalelser i forarbeidene til loven tyder på at en ikke har ment at oppreisningssommene skulle være særlig høye.¹¹⁰³ I spesialkommentaren til bestemmelsen heter det bl.a. at det blant annet ”vil være naturlig å legge vekt på krenkelsens grovhet, utvist skyld, den behandlingsansvarliges økonomi og hvilke andre sanksjoner som rettes mot den behandlingsansvarlige. Det vil også være naturlig å legge vekt på i hvilken utstrekning krenkingen har ført til en berikelse for den behandlingsansvarlige.” Også her må det EF-rettslige kravet til effektiv håndhevelse være av betydning for tolkningen.¹¹⁰⁴ Det foreligger ikke publisert praksis som gjelder anvendelsen av popplyl. § 49 i forhold til helseopplysninger.¹¹⁰⁵

Oppsummering: Den praktisk viktigste sanksjon ved brudd på regler som direkte eller indirekte gir vern mot utstøting og diskriminering pga. helsetilstand eller funksjonsnedsettelse i arbeidsforhold, er økonomisk kompensasjon. Slik kompensasjon kan omfatte økonomisk og/eller ikke-økonomisk tap. Erstatning for økonomisk tap er dels hjemlet i ulovfestet rett, dels i lov. Oppreisning for ikke-økonomisk tap er hjemlet i lovgivning som gjennomfører EF-rettslige direktiver om diskrimineringsvern og personvern; i EMK art. 13 i forhold til offentlig arbeidsgiver samt ved de mest praktiske opphørssituasjoner. Det stilles i varierende grad krav til skyld på arbeidsgivers side som vilkår for økonomisk kompensasjon: Ansvarsgrunnlaget varierer fra rent objektivt ansvar (oppreisning i diskrimineringstilfellene og oppreisning samt erstatning for økonomisk tap ved opphør); via skyldansvar med omvendt bevisbyrde (oppreisning og erstatning for økonomisk tap ved behandling av personopplysninger i strid med personopplysningsloven) til vanlig skyldansvar (erstatning for økonomisk tap i diskrimineringstilfellene og ved innhenting av helseopplysninger/helseundersøkelser i strid med aml. kap. 9). Rettskildetypen er komplisert og ulikheten i ansvarsgrunnlag og adgang til dekning av ikke-økonomisk tap synes i liten grad reelt begrunnet.

¹¹⁰³ Se Ot.prp. nr. 92 (1998-99) kap. 14.6 s. 97 hvor Justisdepartementet viser til at oppreisningssommene i øvrige nordiske land har vært lave, og bl.a. på denne bakgrunn finner det forsvarlig med en oppreisningshjemmel.

¹¹⁰⁴ Se personverndirektivets art. 24, jfr. art. 23.

¹¹⁰⁵ I TOSLO-2006-87763 krevde en arbeidstaker blant annet oppreisning etter popplyl. § 49 på det grunnlag at arbeidsgiver skulle ha gått inn på hennes datalogg. Retten var enig i at popplyl. § 49 var anvendelig på et slikt forhold, jfr. aml. § 9-1 annet ledd, men fant at virksomhetens undersøkelser ikke var rettsstridige.

V ANSETTELSE

1. Innledning – særlige problemer ved ansettelse.

Denne delen av avhandlingen tar for seg særlige problemer som møter arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse ved ansettelse. For unge mennesker med funksjonsnedsettelser vil det største problemet i praksis ofte være å få innpass på arbeidsmarkedet, altså å få sjansen til å vise at en er i stand til å utføre et arbeid på ordinære vilkår. Den nye diskrimineringsvernreguleringens mest åpenlyse bidrag til å bedre stillingen på arbeidsmarkedet for denne gruppen er nettopp diskrimineringsvern og tilretteleggingsplikt *ved ansettelse*.

Det som særlig karakteriserer den *faktiske* situasjonen ved ansettelse, er usikkerhet. Partene, som skal inngå avtale om et langvarig samarbeidsforhold, vil ofte ikke ha tidligere kjennskap til hverandre. Inngås arbeidsavtale, vil dette innebære langvarige forpliktelser, som det, i hvert fall for arbeidsgiver, vil være vanskelig å avvikle. Arbeidsgiver vil i en slik situasjon ha et stort behov for opplysninger om personen som blir ansatt, særlig om forhold som kan ha betydning for arbeidskapasitet, stabilitet o.l., samt opplysninger som er nødvendige for å tilrettelegge arbeidssituasjonen. At arbeidssøker gir slike opplysninger til arbeidsgiver før ansettelse, er viktig så vel for praktisk tilrettelegging som for den videre tilliten i arbeidsforholdet. En omfattende adgang til etterspørring og behandling av denne type personopplysninger reiser likevel problemer i forhold til arbeidssøkers integritet, og skaper risiko for diskriminering og unødvendig utstøting av arbeidssøkere.

Et trekk ved den *rettslige* reguleringen av ansettelsessituasjonen er arbeidsgivers store spillerom for skjønn ved valget mellom søkere. Dette gjelder i særlig grad i privat sektor, men også ved offentlige ansettelser. Ikke bare formelle kvalifikasjoner, men også skjønnsmessige vurderinger av forhold som ”personlig egnethet”, kan være relevante for valget. Særlig i privat sektor vil ansettelsesprosessen ofte være lite formalisert, og dermed lite gjennomiktig. Dette skaper praktiske vansker for etterprøvingen av om arbeidsgiver har lagt vekt på utenforliggende forhold. En arbeidssøker som mener seg urettmessig forbigått som følge av forhold som helsetilstand eller funksjonsnedsettelse vil ofte ha vanskelig for å bevise at disse forhold er tillagt vekt.

De tiltak som er satt i verk for å fremme ansettelser av personer med helseproblemer på det ordinære arbeidsmarkedet, består av så vel negativt sanksjonerte forbud som positive virkemidler i form av økonomiske og praktiske bidrag fra det offentlige. Eksempler på det siste er lønnstilskudd til arbeidsgivere som velger å ta inn arbeidstakere med redusert eller varierende arbeidsevne. Videre kan det fremgå av tariffavtaler at partene skal arbeide for rekruttering av arbeidstakere med nedsatt

funksjonsevne,¹¹⁰⁶ og dette er ett av hovedmålene med intensjonsavtalen om inkluderende arbeidsliv.¹¹⁰⁷ Virksomheter kan videre ha egne prosjekter for rekruttering av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.¹¹⁰⁸ Slike ordninger bidrar sannsynligvis kvantitativt til langt flere ansettelser av personer med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer, enn hva som er tilfelle med diskrimineringsforbud og restriksjoner mot å innhente helseopplysninger ved ansettelse. I kapitlet om ansettelse, så vel som i avhandlingen generelt, har jeg likevel valgt å konsentrere meg om de prinsipielle problemstillingene omkring negativt sanksjonerte virkemidler.

Den videre oppbygning av kap. V vil være følgende:

Under pkt. 2 går jeg gjennom ulike faser av en ansettelsesprosess, og gir en kortfattet oversikt over regelverk som er av særlig interesse for arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Som nevnt ovenfor kan en ansettelsesprosess være svært uformell. Den vil likevel ofte gå gjennom visse *faser*, bl.a. med utlysning, søknader, intervju og tilbud om ansettelse. Ulike krav stilles til partene i ulike faser, særlig med hensyn til kommunikasjon og behandling av helseopplysninger.

Problemstillinger knyttet til *kommunikasjon* av helseopplysninger i en ansettelsessituasjon tas opp under pkt. 3. Funksjonsnedsettelse eller helseproblemer hos arbeidssøker kan være synlige eller på andre måter åpenbare for arbeidsgiver. Men dette vil ikke alltid være tilfellet. Hvor tilstanden ikke er åpenbar, oppstår spørsmålet om hvilken rett arbeidsgiver har til å bli opplyst om tilstanden før ansettelse. Arbeidsgiver kan ha en legitim interesse i å få opplysninger om arbeidssøkernes helsetilstand ved ansettelse. En slik interesse må likevel veies mot integritetshensyn på arbeidssøkerside samt risikoen for diskriminering og unødvendig utstøting. Under pkt. 3.2 tar jeg opp arbeidssøkers plikt til å gi slike opplysninger av eget tiltak. Motstykket, begrensninger i hva arbeidsgiver kan etterspørre eller på annen måte innhente av helseopplysninger om arbeidssøkerne, tas opp under pkt. 3.3.

Vern mot utstøting eller diskriminering kan også ta form av begrensninger i hvilke forhold som kan *vektlegges* ved ansettelse. Under pkt. 4 vil jeg drøfte begrensninger i arbeidsgivers adgang til å legge vekt på helseproblemer eller funksjonsnedsettelse hos arbeidssøkerne. Her tar jeg blant annet opp i hvilken utstrekning et alminnelig likebehandlingskrav ved ansettelse setter grenser for adgangen til å legge vekt på arbeidssøkernes helsetilstand, pkt. 4.2. Det eksplisitte forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming ved ansettelse tas opp under pkt. 4.3. Arbeidsgiver kan ha

¹¹⁰⁶ Se f.eks. Hovedavtalen i staten 2006-2008 § 20 nr. 1 jfr. § 19 nr. 1.

¹¹⁰⁷ Se Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv 2006-2009 pkt. 4, Tilleggsavtale av 6. juni 2006 pkt. 2 og Tillegg til tilleggsavtale av 15. mai 2007.

¹¹⁰⁸ Blant annet har Telenor Open Mind, og Abelia (NHOs forening for kunnskaps- og teknologibedrifter) prosjekter for rekruttering av personer med funksjonsnedsettelse.

vist til forhold i tilknytning til en arbeidssøkers funksjonsnedsettelse som grunnlag for å ikke ansette vedkommende. Hvorvidt forhold som har tilknytning til funksjonsnedsettelse legitimt kan vektlegges ved en ansettelsesbeslutning, tas opp under pkt. 4.4. Arbeidsgiver kan imidlertid også ha vist til forhold som ikke har tilknytning til en arbeidssøkers funksjonsnedsettelse, for eksempel at en annen arbeidssøker var bedre kvalifisert. Dette reiser spørsmål om hva som kreves av bevis for å fastslå at det foreligger diskriminering eller vektlegging av utenforliggende hensyn. Problemstillinger knyttet til innsynsrett for arbeidssøker i ansettelsesprosessen og beviskrav drøftes under pkt. 4.5.

Under pkt. 4.6 drøfter jeg arbeidsgivers adgang til å vektlegge funksjonsnedsettelse eller helseproblemer *positivt* i en ansettelsessituasjon, holdt opp mot så vel diskrimineringsforbudet som mot et alminnelig saklighets- og likebehandlingskrav.

Håndheving av restriksjonene for innhenting av helseopplysninger samt diskrimineringsforbud og likebehandlingskrav ved ansettelse, tas opp under pkt. 5. Her drøfter jeg også rettsvirkninger av brudd på reglene.

Under pkt. 6 tar jeg opp en del spørsmål knyttet til midlertidig ansettelse av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelser.

2. Faser i en ansettelse – fra utlysning til tiltredelse.

2.1. Innledning/problemstilling.

Som nevnt innledningsvis vil det variere sterkt hvor formalisert en ansettelsesprosess er. I det offentlige er ansettelse i prinsippet et enkeltvedtak, fvl. § 2 annet ledd, men med praktisk viktige spesialbestemmelser om saksforberedelse og klage/omgjøring etter fvl. § 3 annet ledd. Arbeidstakerorganisasjonene vil også i stor utstrekning delta i ansettelsesprosessen.¹¹⁰⁹ I privat sektor kan prosedyren være svært uformell: Privat arbeidsgiver kan for eksempel rekruttere egne lærlinger, eller ta inn folk som selv kontakter virksomheten. Ansettelse synes også i liten utstrekning å være en samarbeids- eller forhandlingssak i privat sektor.¹¹¹⁰ Mange private virksomheter vil imidlertid ofte *velge* å følge en mer formalisert prosedyre, med utlysning, søknader, intervjuer, innstilling og ansettelse. Videre vil en ansettelsesprosess nødvendigvis innebære behandling av personopplysninger. Personopplysningsloven kan da stille krav til hvordan opplysningene skal behandles, se bl.a. popplyl. kap. VI. Endelig vil forbudet mot diskriminering

¹¹⁰⁹ Se bl.a. kommuneloven § 25 nr. 1 og Hovedavtale KS 2006-2009 Del B § 4 og tjml. §§ 4 nr. 2 og 5 nr. 2.

¹¹¹⁰ Se til illustrasjon Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 § 9-5 som krever at tillitsvalgte orienteres om nyansettelser, men ikke nevner informasjon/drøftelser i forkant av prosessen.

også gjelde for enkeltelementer i en ansettelsesprosess.¹¹¹¹ Dette bidrar til å formalisere ansettelsesprosessen også hos private arbeidsgivere.

Under pkt. 2 vil jeg gå gjennom ulike faser i en ansettelsesprosess, og gi en oversikt over regelverk som har betydning i disse fasene. Formålet med gjennomgangen vil være å danne et bakgrunnstappe for den videre drøftelse av diskrimineringsvern og likebehandlingskrav ved ansettelse.

2.2. Krav til utlysning(en).

Første trinn i en ansettelsesprosess vil ofte være en offentlig utlysning av stillingen. Ifølge tjml. § 2 skal ledig embete eller stilling i staten som hovedregel kunngjøres offentlig, om ikke annet er fastsatt i forskrift, reglement eller tariffavtale.¹¹¹² Det gjelder ikke noe tilsvarende lovfestet krav om at kommunale stillinger skal utlyses, og heller ikke tariffavtalene på området innebærer noe slikt krav. Imidlertid vil kommunene i de fleste tilfeller utlyse stillinger offentlig, for å oppnå den best kvalifiserte søker, og utlysning vil i regelen være den fremgangsmåte som best ivaretar det forvaltningsrettslige likhetsprinsippet.¹¹¹³ For stillinger i privat sektor er det ikke noe lovfastsatt krav om utlysning, og om det skal foretas slik utlysning vil i stor grad være opp til arbeidsgivers skjønn.¹¹¹⁴

Hvilke krav stilles til en utlysning?

Her kan vi først se på hva som er forbudt å ta inn, og deretter hva som eventuelt er påbudt eller tilrådd:

Dersom spesielle forhold ved stillingen gjør at arbeidsgiver kan legge vekt på arbeidssøkerens helsetilstand eller funksjonsnedsettelse, kan dette selvsagt angis i utlysningen. Gir utlysningen uttrykk for at opplysninger om helsetilstand eller funksjonsnedsettelse vil bli krevd eller tillagt betydning, kan dette imidlertid innebære en selvstendig overtredelse av etterspøringsrestriksjonene eller diskrimineringsforbudene, se aml. § 9-3 første ledd og aml. § 13-2 første ledd bokstav a.¹¹¹⁵

Etter gjeldende rett er det ikke noe absolutt vilkår at eventuelle helsekrav eller krav til funksjonsevne fremgår av utlysningen.¹¹¹⁶ Et slikt krav, i forhold til helseopplysninger, var foreslått i

¹¹¹¹ Se bl.a. LDN-2006-19 og LKN-2000-2 og ovenfor under kap. IV pkt. 3.3.2.2. Se også bl.a. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

¹¹¹² Videre gjelder som hovedregel krav om utlysning etter universitets- og høyskoleloven § 6-3 om undervisnings- og forskerstillinger, og etter opplæringslovens § 10-4 for undervisnings- og rektorstillinger.

¹¹¹³ Se nærmere Engelsrud 2003 s. 49.

¹¹¹⁴ Sml. lov om arbeidsmarkedstjenester § 7.

¹¹¹⁵ En utlysning i strid med disse bestemmelser kan bl.a. være straffbart etter aml. § 19-1. Se nedenfor under pkt.

5.5.1.

¹¹¹⁶ I motsetning til krav til livssyn, fagforeningsmedlemskap eller homofili, sml. aml. § 13-4 annet ledd tredje pkt.

Breistein-utvalgets innstilling fra 2001.¹¹¹⁷ Forslaget ble imidlertid ikke videreført i Arbeidslivslov-utvalgets utkast eller i loven. Bakgrunnen synes å være at man antok at det på intervju kan oppstå tvil om en konkret arbeidstaker er i stand til å utføre arbeidet, selv om det ikke skulle dreie seg om en spesiell stilling med på forhånd definerte helsekrav.¹¹¹⁸

I staten følger det av Statens personalhåndbok 2008 pkt. 2.3.2.2 at det "bør opplyses i kunn-
gjøringen" hvilke krav som stilles til stillingsinnehaverens helse (dersom stillingen er av en slik art at det stilles helsekrav). Noen tilsvarende bør-regel følger ikke direkte av Hovedtariffavtalen i kommunesektoren pkt. 2.6.¹¹¹⁹

En utlysning hvor det ikke eksplisitt er stilt bestemte helsekrav vil som vi har sett ikke nød-
vendigvis hindre arbeidsgiver i å legge negativ vekt på helseproblemer, dersom slike forhold er
relevante for utførelsen av stillingens arbeidsoppgaver.

Videre kan utlysningen inneholde opplysninger som retter seg spesielt mot søkere med
funksjonsnedsettelse. Statens personalhåndbok 2008 tilrår at slike opplysninger tas inn i
utlysningen, for eksempel om hvor en skal henvende seg for å få oversikt over mulighetene for
tilrettelegging av arbeidsplassen.¹¹²⁰

Dersom arbeidsgiver har til hensikt å praktisere positiv særbehandling av søkere med
helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, må dette selvsagt også kunne angis i utlysningen, for
eksempel ved en henvisning til tjenestemannsforskriften § 9. En utlysning kan også inneholde
oppfordring til bestemte grupper om å søke, gjerne for å sikre mangfold i arbeidsstyrken. Innen
statlig sektor følger det av Hovedavtalen 2006-2008 § 20 jfr. § 19 at dersom mennesker som tilhører
visse grupper er "underrepresentert blant de ansatte i virksomheten eller i en bestemt stillings-
gruppe, bør arbeidsgiver i utlysningen oppfordre den underrepresenterte gruppen til å søke." Denne
muligheten har vært brukt i en viss utstrekning i forhold til kjønn og etniske minoriteter, men synes
generelt lite anvendt i forhold til mennesker med funksjonsnedsettelse. Mer indirekte oppfordringer
som at "arbeidsstyrken skal i størst mulig grad gjenspeile mangfoldet i befolkningen. Det er derfor
et personalpolitisk mål å rekruttere personer med nedsatt funksjonsevne" eller at arbeidsgiver "som
IA-virksomhet legger (...) vekt på å tilrettelegge arbeidsforholdene for personer med redusert
funksjonsevne", er likevel relativt vanlige.¹¹²¹

¹¹¹⁷ NOU 2001: 4, utkastet til ny aml. 1977 § 30B 1. ledd, 2. pkt..

¹¹¹⁸ Se NOU 2004: 5 s. 421-422, og tilsv. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

¹¹¹⁹ Hovedtariffavtale KS 2008-2010. Bestemmelsen gjelder helseopplysninger og henviser nå bare generelt til
aml. § 9-3.

¹¹²⁰ I Statens personalhåndbok 2008 pkt. 2.3.2.5 anbefales at følgende eller en liknende tekst tas inn i
stillingsannonser: "Forespørser om arbeidsmiljøet, arbeidsstedets fysiske beskaffenhet, helsetjeneste, fleksitid, deltid
o.l. kan rettes til telefonreferansen i annonsen."

¹¹²¹ Eksempelene er fra et søk på finn.no juli 2007.

2.3. Søkerliste m.v.

Vanligvis vil arbeidsgiver innledningsvis sortere søknadene og sette opp en liste over søkerens navn mv. og kvalifikasjoner. I det offentlige samler man opplysninger om søkerens navn og alder, samt fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i offentlig og privat virksomhet i en egen liste, kalt utvidet søkerliste.¹¹²² Utvidet søkerliste vil ikke inneholde opplysninger om helsetilstand eller funksjonsnedsettelse. I tillegg vil det ofte, så vel i privat som offentlig virksomhet, bli satt opp en liste over de best kvalifiserte søkere til en stilling, med angivelse av og vurdering av den enkeltes kvalifikasjoner i forhold til stillingens krav.¹¹²³

En liste over søkere til en stilling vil i praksis være omfattet av personopplysningsloven, popplyl. § 3 første ledd bokstav a og b. Slik behandling av personopplysninger vil utløse meldeplikt til Datatilsynet etter popplyl. § 31. Opplysninger om helseforhold, herunder om funksjonsnedsettelse, er videre definert som sensitive, popplyl. § 2 nr. 8 bokstav c, noe som i utgangspunktet utløser konsesjonsplikt, popplyl. § 33. Det eneste unntak fra konsesjons- og meldeplikt som synes å være aktuelt for arbeidssøkere er opplysninger som er "nødvendige for å tilrettelegge arbeidssituasjonen på grunn av helseforhold", popplyl. § 7-16 tredje ledd bokstav c. Unntaket må også omfatte opplysninger som er nødvendige for å tilrettelegge arbeidssituasjonen på grunn av "funksjonshemming" etter aml. § 13-5. Ut fra formålet må det også omfatte innhenting av opplysninger for å *vurdere om* individuell tilrettelegging er hensiktsmessig og om den vil innebære en uforholdsmessig byrde i det enkelte tilfellet. Behandling av slike opplysninger vil altså ikke utløse konsesjons- eller meldeplikt.

Forbudet mot diskriminering gjelder også mht. opplysninger som tas inn i søkerlisten, se Somb 2003-18.¹¹²⁴

2.4. Intervju og referanser.

Etter en foreløpig vurdering av søknadene vil ofte de mest interessante søkerne innkalles til konferanse/intervju.

Forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljølovens § 13-1 jfr. § 13-2, gjelder hele ansettelsesprosessen, noe som innebærer at også en beslutning om å ikke innkalle en søker til intervju på grunn av funksjonshemming kan være diskriminerende.¹¹²⁵ Tjenestemannsforskriften § 9 går lenger

¹¹²² Se forvaltningslovforskriften § 15.

¹¹²³ Se bl.a. forvaltningslovforskriftens § 19 som forutsetter at det gis en innstilling.

¹¹²⁴ Sivilombudsmannen kritiserte her at opplysninger om arbeidssøkers synshemming var tatt inn i søkerlisten, og antok at en slik oppføring etter omstendighetene ville kunne innebære diskriminering i strid med dagjeldende aml. § 55A annet ledd.

¹¹²⁵ Se bl.a. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35 og avhandlingens kapittel IV pkt. 3.3.2.2.

enn dette. For sitt område stiller den krav om at minst én funksjonshemmet eller yrkeshemmet arbeidssøker, som fyller minimumskvalifikasjonene til stillingen og som enten er eller blir uten arbeid, innkalles til konferanse før det gis innstilling.¹¹²⁶

Opplysninger om søkerens helsetilstand eller funksjonsnedsettelse kan tilflyte arbeidsgiver under intervjuet, enten tilstanden opplyses av arbeidssøker eller er åpenbar. Videre kan arbeidsgiver under intervjuet stille, og arbeidssøker svare på, spørsmål om generell helsetilstand eller om konkrete sykdommer. Arbeidsgiver kan videre være interessert i å få vite omfanget av arbeidssøkers sykefravær hos tidligere arbeidsgivere.

De lovfestede forbud mot etterspørring av helseopplysninger vil gjelde i en intervju-situasjon. Praktisk viktigst er aml. § 9-3s forbud mot å be om andre helseopplysninger enn de som er ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”. Videre kan etterspørring av opplysninger om søkerens funksjonsnedsettelse etter forholdene innebære diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Personopplysningsloven gjelder ikke direkte for personopplysninger som tilflyter arbeidsgiver muntlig på intervju, men kan sette begrensninger for den videre behandlingen av opplysningene.¹¹²⁷ Innenfor forvaltningen følger det av fvl. § 11d at nye opplysninger som fremkommer i løpet av et intervju, så langt som mulig skal nedtegnes eller protokolleres.¹¹²⁸ Dette innebærer i praksis at også personopplysningsloven kommer til anvendelse. For privat arbeidsgiver vil det derimot være mulig å komme utenom personopplysningslovens begrensninger ved å behandle personopplysninger som fremkommer på intervju, muntlig eller i form av håndskrevne notater. Notatene omfattes likevel av personopplysningsloven dersom de legges, eller skal legges, sammen med andre opplysninger om søkeren i et register.¹¹²⁹

Arbeidsgiver kan ønske å verifisere de opplysninger arbeidssøker gir på intervju, blant annet ved å ta kontakt med tidligere arbeidsgivere. Spørsmålet om tidligere arbeidsgiver kan gi ut opplysninger om arbeidstakers helsetilstand, sykefravær og behov for tilrettelegging reguleres av bestemmelser om taushetsplikt og behandling av personopplysninger. For helseopplysninger som er registrert av tidligere arbeidsgiver, kreves etter popplyl § 11 første ledd c, jfr. § 2 nr. 7, et nytt uttrykkelig samtykke dersom registrerte personopplysninger skal brukes til formål som er uforenlig med det opprinnelige formålet med innsamlingen. Tidligere arbeidsgiver og dennes representanter

¹¹²⁶ Hvem som er å anse som funksjonshemmet eller yrkeshemmet etter denne bestemmelse defineres i forskriften § 9 nr. 3 Denne definisjonen er på visse områder snevrere, på andre områder videre, enn persongruppen som er dekket av diskrimineringsforbudet. Som funksjonshemmet/yrkeshemmet anses søker som er registrert som yrkeshemmet i Arbeids- og velferdsetatens register, søker som har fullført attføring i Arbeids- og velferdsetatens regi i løpet av de siste 12 månedene før søknadstidspunktet og søker som oppbeholder hel eller gradert uførepensjon.

¹¹²⁷ Se popplyl. § 3 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 138.

¹¹²⁸ Se også forvaltningslovforskriften § 18.

¹¹²⁹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 138.

kan også på annet grunnlag ha taushetsplikt om arbeidstakers personlige forhold, se for eksempel fvl. § 13 og, for bedriftshelsetjenesten, taushetsplikt for helsepersonell. Gir arbeidssøker samtykke til at det innhentes opplysninger om for eksempel helsetilstand, sykefravær og behov for tilrettelegging, vil dette i utgangspunktet slå gjennom i forhold til taushetspliktsbegrensninger. Samtykke vil likevel ikke utgjøre selvstendig grunnlag for innhenting av opplysninger utenfor det som hjemles i aml. § 9-3 første ledd, se nærmere nedenfor.¹¹³⁰

2.5 Betinget/ubetinget tilbud.

Dersom det ut fra stillingens art stilles spesielle helsekrav, vil arbeidsgiver kunne velge å gi tilbud om ansettelse til en konkret arbeidssøker på vilkår av at vedkommende fremlegger tilfredsstillende helseattest. Klarer ikke arbeidssøker å skaffe tilfredsstillende helseattest, vil tilbudet om ansettelse falle bort, uten at arbeidsgiver trenger å gå til formell oppsigelse eller avskjed.

Et krav om helseattest kan i et konkret tilfelle være urettmessig fordi det faller utenfor aml. § 9-4 eller strider mot et forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. I saken om Olderdalen Ambulanse, Rt. 2001 s. 248, har Høyesterett lagt til grunn at arbeidstaker ikke kan kreve å bli ansatt i en stilling på det grunnlag at det er gitt et tilbud om ansettelse med en rettsstridig betingelse. Den aktuelle sanksjon vil være at arbeidssøker gis økonomisk kompensasjon, på linje med en ordinær urettmessig forbigåelse ved ansettelse.¹¹³¹

Har arbeidsgiver gitt et *ubetinget* tilbud om ansettelse, og det deretter *før eller ved tiltredelse* kommer opp opplysninger om helsetilstand eller funksjonshemming som utgjør en relevant bristende forutsetning for tilbudet, vil arbeidsgiver kunne trekke dette tilbake, jfr. Rt. 1988 s. 766¹¹³² som bekreftes av *obiter dictum* i Rt. 2004 s. 76.¹¹³³ Hadde arbeidsgiver ikke rett til å legge vekt på opplysningene eller opplysningssvikten, vil det imidlertid være inngått en gyldig avtale: Arbeidssøker må da ha rett til stillingen, ikke bare økonomisk kompensasjon.

2.6 Tiltredelse.

Det følger av Rt. 2004 s. 76 at arbeidsgiver *etter tiltredelse* ikke vil kunne hevde at arbeidsavtalen er ugyldig som følge av opplysningssvikt fra arbeidstakers side. Slik opplysningssvikt vil eventuelt måtte brukes som grunnlag for avskjed eller misligholdsoppsigelse.¹¹³⁴

¹¹³⁰ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

¹¹³¹ Se særlig s. 259-260.

¹¹³² Søker til en vikarstilling hadde ikke opplyst om at hun var gravid, og slik opplysningssvikt kunne være en relevant bristende forutsetning for arbeidstilbudet.

¹¹³³ Avsnitt 47.

¹¹³⁴ Avsnitt 49.

I forhold til arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan det likevel reise seg spesielle spørsmål med hensyn til hva som kan anses som "tiltredelse". Der arbeidstaker er ute av stand til å utføre arbeidsoppgavene på det avtalte tiltredelsestidspunktet, kan hun neppe sies å ha tiltrådt. Det samme må gjelde der arbeidstaker møter, men blir avvist av arbeidsgiver på grunn av manglende nødvendig helseattest. Dersom arbeidssøker har undersøkt at hun har en funksjonsnedsettelse som krever tilrettelegging, og derfor ikke er i stand til å utføre noe arbeid ved tiltredelsen, kan hun neppe sies å være tiltrådt.¹¹³⁵

Dersom arbeidstaker møter på jobb og utfører arbeid i en kort periode, for deretter å bli sykmeldt, vil hun da regnes for å ha tiltrådt, slik at arbeidsgiver eventuelt må gå til avskjed eller oppsigelse? Høyesterett har i Rt. 2004 s. 76 ikke villet ta stilling til "om det likevel her må gjelde et slags utvidet re integra-prinsipp for tilfeller hvor forholdet oppdages få dager etter at arbeidsforholdet er tiltrådt." Etter min mening bør det ikke være noe grunnlag for unntak her.¹¹³⁶

2.7. Oppsummering – ulike faser med varierende vern for arbeidssøker.

Ansettelsesprosessen karakteriseres altså ved at det i regelen foreligger flere faser, fra en helt ubestemt krets av mulige søkere via en innsnevring til utvelgelse, tilbud og tiltredelse. Arbeidsgivers legitime behov for opplysninger om arbeidssøkernes helseforhold eller funksjonsnedsettelse vil øke i løpet av utvelgelsesprosessen. Arbeidssøkers rettslige og faktiske vern mot at slike opplysninger urettmessig tillegges vekt, vil styrkes. Men det vil først være etter tiltredelse at arbeidstaker har fullt materielt og prosessuelt oppsigelsesvern. Dette kan ha betydning for på hvilket tidspunkt arbeidsgiver legitimt bør kunne etterspørre opplysninger om helsetilstand og funksjonsnedsettelse og for når det kan forventes at arbeidssøker gir opplysninger av eget tiltak.¹¹³⁷

3. Kommunikasjon av helseopplysninger ved ansettelse.

3.1. Problemstilling. Opplysningsplikt og restriksjoner for kommunikasjon.

I en ansettelsessituasjon vil arbeidsgiver ha en legitim interesse i informasjon om individuelle forhold hos arbeidssøkerne som har betydning for deres evne og mulighet for å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. Arbeidssøkernes helsetilstand eller funksjonsnedsettelse *kan* ha

¹¹³⁵ Om betydningen av tiltredelse i arbeidsforhold se Jakhelln 2006 s. 221 flg., særlig s 225 flg.. Sml. Dege 1997 bind III s. 375 som legger til grunn at oppsigelsesvernet under sykefravær også omfatter personer som var sykmeldt på tiltredelsestidspunktet.

¹¹³⁶ Arbeidsgiver vil uansett ikke være pliktig til å betale sykepenger, og vil ikke bli påført urimelige belastninger ved å måtte gå til formell avskjed eller oppsigelse.

¹¹³⁷ Se nedenfor under pkt. 3.3.3.1.

slik betydning, blant annet hvor det av sikkerhetsmessige grunner stilles krav til fysisk eller psykisk funksjonsevne i den bestemte stillingen; hvor arbeidssøker har behov for individuell tilrettelegging for å kunne utføre arbeid; hvor det er visse av stillingens arbeidsoppgaver arbeidssøker uansett ikke vil kunne utføre eller hvor arbeidssøker har generelt nedsatt arbeidsevne på grunn av sykdom. Arbeidsgiver kan altså ha en berettiget interesse i å bli informert om arbeidssøkers helsetilstand eller funksjonsevne for å kunne vurdere om og under hvilke forutsetninger vedkommende er skikket til stillingen.

Imidlertid er arbeidsgivers faktiske interesse i å avklare helsetilstand eller funksjonsevne ikke nødvendigvis begrenset til helsetilstand som er avgjørende for om arbeidssøker er skikket til stillingen. Arbeidsgiver kan også være interessert i å tillegge mindre forskjeller i helsetilstand betydning, for eksempel slik at han ønsker å plukke ut de arbeidssøkerne som er fysisk eller psykisk best rustet til å arbeide i et belastende arbeidsmiljø eller som generelt kan forventes å ha minst mulig sykefravær.

Arbeidsgivers interesse i å få opplysninger i en ansettelsessituasjon må altså avveies mot arbeidssøkers interesse i vern mot utstøting og diskriminering pga. helsetilstand eller funksjonsnedsettelse. Fordi et krav om opplysninger om helsetilstand eller funksjonsnedsettelse innebærer inngrep i arbeidssøkernes integritet eller personvern, vil også integritetshensyn være av betydning for denne avveiningen.

Ettersom ansettelse i de færreste tilfeller skjer uten intervju, synes problemstillingene opplysningsplikt og restriksjoner for kommunikasjon av helseopplysninger i praksis bare å være aktuelle for tilstander som ikke er synlige eller på annen måte åpenbare. For store grupper syns-, hørsels- og bevegelseshemmede vil spørsmålet om opplysningsplikt eller etterspøringsrett ved avtaleinngåelse antakelig sjelden komme opp. Opplysningssvikt kan imidlertid være aktuelt i forhold til kroniske fysiske og psykiske sykdommer og tilstander som dysleksi e.l. En arbeidssøker som har behov for tilrettelegging for å kunne utføre arbeidsoppgavene er i utgangspunktet heller ikke hjulpet ved restriksjoner for etterspørring av opplysninger. Har arbeidssøker behov for tilrettelegging kan det likevel ha betydning om opplysninger kan innhentes på et så tidlig tidspunkt at de kan brukes til uberettiget utsiling av søkere.

Nedenfor tar jeg først opp arbeidssøkers opplysningsplikt av eget tiltak i en ansettelsessituasjon, pkt. 3.2. Deretter går jeg under pkt. 3.3 inn på motstykket, arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger om arbeidssøkernes helsetilstand.

3.2. Arbeidssøkers aktive opplysningsplikt om helseforhold og funksjonsnedsettelse ved ansettelse.

3.2.1. Problemstilling.

Arbeidsgiver kan som nevnt ha en berettiget forventning om at arbeidssøker av eget tiltak opplyser om forhold som er relevante for avtaleinngåelsen. Under pkt. 3.2 vil jeg ta opp hvilke krav som stilles til at en arbeidssøker av eget tiltak opplyser om helsetilstand eller funksjonsnedsettelse før en ansettelsesbeslutning skjer.

Problemstillingen er her opplysningssvikt som vilkår for *avtalerettslig ugyldighet*.

Opplysningssvikt fra arbeidssøker kan innebære at arbeidsavtalen anses for ugyldig etter avtl. § 30 (svik), § 33 (strid mot redelighet og god tro), § 36 (urimelighet) eller den ulovfestede regel om bristende forutsetninger.

Opplysningssvikt fra arbeidssøker kan i tillegg gi grunnlag for avtalerettslige misligholdssanksjoner, særlig avskjed, aml. § 15-14, og oppsigelse pga. arbeidstakers forhold, aml. § 15-7.¹¹³⁸ De særlige problemstillinger som gjelder opprinnelig opplysningssvikt som grunnlag for avskjed eller oppsigelse tas opp under kap. VII pkt. 2.5.3.1. Også saker som gjelder oppsigelse eller avskjed på grunnlag av opprinnelig opplysningssvikt vil imidlertid bli brukt for å illustrere hvilke krav som stilles til opplysning om helsetilstand før ansettelse.

3.2.2. Hjemmel – ulovfestet prekontraktuell lojalitetsplikt.

Opplysningsplikt om egen helsetilstand ved ansettelse kan ses på som et spesielt utslag av en alminnelig ulovfestet prekontraktuell lojalitetsplikt.¹¹³⁹ I Rt. 1988 s. 766 har Høyesteretts kjeremålsutvalg lagt til grunn at opplysningssvikt ved avtaleinngåelse etter omstendighetene kan innebære at arbeidstaker ikke er ansatt i stillingen.

Det nærmere omfang av arbeidssøkers aktive opplysningsplikt om helseforhold ved ansettelse er ikke lovregulert i norsk rett. Utgangspunktet for en ulovfestet lojalitetsplikt er etter juridisk teori antatt å være den annen kontraktsparts ”berettigede forventninger”.¹¹⁴⁰ Det kan derfor være nærliggende å ta utgangspunkt i arbeidsgivers etterspøringsrett ved ansettelse, se særlig aml. § 9-3 første ledd. Opplysningsplikten vil da som utgangspunkt gjelde helseopplysninger som er ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”.

Dette vil også være i samsvar med systemet etter dansk rett. Etter helbredsopplysningsloven § 6 svarer det objektive innholdet i arbeidssøkers opplysningsplikt til arbeidsgiverens etterspøringsrett etter § 2: Så vel opplys-

¹¹³⁸ Se nærmere om opplysningssvikt som grunnlag for ulike rettsvirkninger Krüger 1989 s. 292 flg.

¹¹³⁹ Se nærmere om det rettslige grunnlaget for lojalitetsplikt ved avtaleinngåelse Simonsen 1997 s. 157 flg. og Nazarian 2007 s. 80 flg. Se også Dege 1995 s. 184 flg. som gjennomgår praksis med hensyn til opplysningsplikt ved ansettelse.

¹¹⁴⁰ Se Simonsen 1997 s. 171 flg., med videre henvisninger og Hov 2002 s. 45.

ningsplikt som etterspøringsrett gjelder sykdom eller symptomer på sykdom som vil ha ”væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde”.¹¹⁴¹

Det er likevel ikke gitt at området for opplysningsplikt og etterspøringsrett er helt sammenfallende:

Etterspøringsforbud er begrunnet så vel ut fra personvern hensyn som ut fra vern mot utstøting/diskriminering. Personvern hensyn kan tilsi at etterspøringsretten begrenses selv om det dreier seg om forhold som kunne vært relevante for arbeidsgivers avgjørelse. Arbeidsgiver kan f.eks. ikke stille generelle spørsmål om arbeidssøkers risiko for å utvikle sykdom i fremtiden.¹¹⁴² Opplysningsplikt vil i utgangspunktet også begrenses ut fra personvern hensyn. Men her vil arbeidssøker ha en alternativ handlemåte: Dersom hun selv er klar over at hennes individuelle helseforhold er slik at hun ikke bør ha en slik stilling, kan hun la være å søke. Dette kan i prinsippet tilsi at arbeidssøker med kunnskap om egne helseforhold kan ha en plikt til enten å avstå fra å søke eller til uopfordret å gi opplysninger om egen helsetilstand. Når hun med kunnskap om egne relevante helseforhold velger å gå inn i et arbeidsforhold, kan det hevdes at dette i seg selv kan utgjøre grunnlag for ugyldighet, se f.eks. avtl. § 33.¹¹⁴³

Videre er pliktsubjektene, og dermed perspektivet, forskjellig: Arbeidsgiver vil ha kunnskap om stillingens krav, men mindre kunnskap om individuelle forhold hos arbeidssøkerne. Hans etterspørring må da bygge på kunnskapen om stillingen, samt det inntrykk eller de opplysninger som den enkelte arbeidssøker gir i søknaden eller på intervju. Arbeidssøker vil på sin side ha kunnskaper om egen helsetilstand, men mindre om stillingens krav. Opplysningsplikt vil da forutsette at arbeidssøker hadde grunn til å tro at helsetilstanden hadde betydning for muligheten for å utføre stillingens arbeidsoppgaver.

3.2.3. Objektive vilkår for opplysningsplikt.

Hvilke helseforhold/funksjonsnedsettelse er omfattet av en arbeidssøkers aktive opplysningsplikt?

Avtalerettslig ugyldighet som følge av opprinnelig opplysningssvikt forutsetter at det dreier seg om *relevante* omstendigheter. Dette kommer direkte til uttrykk i avtl. § 30 annet ledd; ”omstendigheter som kan antages at ha hat betydning for viljeserklæringen”, men må også legges til grunn etter avtl. § 33. Etter den ulovfestede lære om bristende forutsetninger stilles krav om at

¹¹⁴¹ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven henvises generelt til den danske lovens bestemmelse om opplysningsplikt, men uten at en eksplisitt tilslutter seg denne. Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 137 og tilsv. NOU 2004: 5 s. 411 og NOU 2001: 4 s. 59.

¹¹⁴² Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

¹¹⁴³ Problemstillingen kan likevel synes noe upraktisk i denne sammenheng, ettersom risiko for fremtidig sykdom neppe vil oppdages før tiltredelse. I forhold til genetiske opplysninger om risiko for fremtidig sykdom vil arbeidsgiver uansett ikke kunne bruke opplysningene, se bioteknologiloven § 5-8.

forutsetningen skal være vesentlig.¹¹⁴⁴ Tilsvarende må gjelde dersom tilblivelsesmangler påberopes som grunnlag for ugyldighet etter avtl. § 36. Avtalerettslig ugyldighet på grunnlag av opplysningssvikt forutsetter altså som et minstekrav at det foreligger årsakssammenheng mellom fortienelsen og viljeserklæringen (ansettelsen). De fortiede helseopplysningene må ha vært av en slik karakter at de var avgjørende for arbeidsgivers beslutning. Fortielser av uvesentlige helseforhold vil altså i utgangspunktet ikke gi grunnlag for ugyldighet.

I Rt. 1988 s. 766 la Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at arbeidssøkers fortielse av omstendigheter som innebar at hun bare kunne arbeide ca. en måned av de fire måneder vikariatet varte, kunne utgjøre en relevant bristende forutsetning.

Det er likevel ikke tilstrekkelig for å gi grunnlag for ugyldighet at arbeidsgiver rent faktisk ville ha lagt avgjørende vekt på opplysningene. Utgangspunktet for arbeidssøkers opplysningsplikt ved ansettelse, vil som vist ovenfor være arbeidsgivers *berettigede* forventninger. Arbeidsgiver vil bare ha en berettiget forventning om å få opplysninger som han rettmessig kan legge vekt på i en ansettelsessituasjon.¹¹⁴⁵

En plikt for arbeidssøker til aktivt å gi helseopplysninger ved ansettelse, enten plikten er lovfestet eller baserer seg på ulovfestet rett, innebærer videre et inngrep i arbeidssøkers personvern. Arbeidssøkers aktive opplysningsplikt ved ansettelse begrenses også av denne grunn av et krav om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet.¹¹⁴⁶

Kravet om at opplysningene skal være *nødvendige* begrenser hvilke opplysninger som arbeidssøker kan forventes å opplyse om. Det kan for eksempel ikke anses som opplysningssvikt om arbeidssøker unnlater å opplyse om forhold som er åpenbare.

Videre må arbeidsgivers interesse i å få opplysningene være saklig og forholdsmessig. Disse vilkår glir over i hverandre, og jeg drøfter dem under ett for noen praktiske tilfeller. Jeg tar først opp opplysninger om helsemessig skikkethet for stillingen og deretter opplysninger om behov for individuell tilrettelegging.

Arbeidsgiver vil ha en berettiget forventning om å få opplyst om arbeidssøker er helsemessig skikket for stillingen. For eksempel kan kravene til lojalitet ved avtaleinngåelse tilsi at arbeidssøker opplyser om helseforhold som kan medføre risiko for andre menneskers sikkerhet og helse, som at hun lider av en sykdom som kan smitte ved utførelsen av arbeidsoppgavene. Videre er

¹¹⁴⁴ Se nærmere bl.a. Giertsen 2006 s. 177.

¹¹⁴⁵ I den danske landsrettsdommen som er gjengitt i U 1999.1927 Ø hadde arbeidstaker unnlatt å fylle ut en rubrikk i en ansettelsesblankett hvor det ble bedt om opplysninger om han led av en sykdom som hadde vesentlig betydning for hans mulighet for "at passe [sit] fremtidige arbejde". Da det kort tid etter kom frem at søkeren led av sklerose, ble ansettelsen trukket tilbake. Ettersom søkeren på ansettelsestidspunktet var fullt arbeidsfør var det ikke berettiget å legge vekt på opplysningene.

¹¹⁴⁶ Se i forhold til arbeidsgivers rett til å innhente helseopplysninger NOU 2001: 4 s. 13.

det en selvsagt vesentlig forutsetning for inngåelse av en arbeidsavtale at arbeidstaker er i stand til å utføre det arbeid avtalen gjelder. Arbeidssøker må derfor kunne forventes å opplyse om generelt nedsatt arbeidsevne av en viss grad. Å pålegge arbeidstaker aktiv opplysningsplikt i slike tilfeller vil heller ikke være uforholdsmessig.

I NAD 1984-85 s. 23 Hammerfest, hadde arbeidstaker unnlatt å opplyse at han var under attføring, da han ble ansatt som bestyrer for et fiskebruk. Retten fant at arbeidstaker "ble ansatt under bristende forutsetninger (...). Saksøkers dårlige helse bekreftes av at han har vært sykemeldt 7 måneder i 1983 på grunn av hofteplager."

Mulige ulemper for arbeidsgiver som følge av arbeidskollegers og publikums fordommer eller ubegrunnede smittefrykt¹¹⁴⁷ er derimot i utgangspunktet irrelevante, og omfattes ikke av arbeidssøkers aktive opplysningsplikt.¹¹⁴⁸

Integritetshensyn på arbeidssøkers side kan ha betydning for omfanget av hennes aktive opplysningsplikt. Herunder vil det ha betydning hvilken type helseopplysninger det er tale om.¹¹⁴⁹ Arbeidssøker vil for eksempel aldri ha opplysningsplikt om genetisk betinget risiko for å utvikle sykdom i fremtiden, sml. bioteknologiloven § 5-8 jfr. § 5-1. Videre kan det ha betydning om den aktuelle sykdom eller tilstand innebærer sosiale stigma. For eksempel vil psykisk sykdom i mange tilfeller være mer stigmatiserende enn fysisk, noe som også kan få betydning for opplysningsplikten. I forarbeidene til en endring i folketrygdloven er det uttalt at "[d]et er svært viktig at arbeidstakerens opplysningsplikt (...) ikke medfører utilbørlig press på arbeidstakeren om å utlevere forhold av privat art, for eksempel pågående utredning av alvorlig sykdom, psykiske kriser, komplikasjoner i forbindelse med abort/graviditet osv."¹¹⁵⁰ Uttalelsen gjelder opplysning om funksjonsevne i forbindelse med sykmelding, men helseopplysningens art vil på samme måte være relevant i forhold til den ulovfestede opplysningsplikt ved ansettelse.

Vil en arbeidssøker ha opplysningsplikt om behov for individuell tilrettelegging *før* beslutning om ansettelse er tatt?

For arbeidsgiver vil det være ønskelig å få slike opplysninger så tidlig som mulig for å få avklart hvordan tilretteleggingen praktisk skal skje samt hvilke muligheter som foreligger for praktisk hjelp og økonomisk støtte fra det offentlige. Dette synes å tilsa at arbeidssøker har opplysningsplikt om tilretteleggingsbehov på et så tidlig tidspunkt at det vil være mulig for arbeidsgiver å innhente nødvendige opplysninger og vurdere og også iverksette nødvendige tiltak. Jakhelln synes

¹¹⁴⁷ Dersom forholdet måtte bli kjent i ettertid.

¹¹⁴⁸ Se her bl.a. Rt. 1988 s. 959 Henki-saken, lagmannsrettens uttalelser gjengitt på s. 971. Anførselen om opplysningssvikt før ansettelse som grunnlag for avskjed eller oppsigelse var ikke opprettholdt for Høyesterett.

¹¹⁴⁹ Se også Arbeidslivslovutvalgets innstilling, hvor det – i forhold til etterspøringsretten – uttales at det legges vekt på "helseopplysningenes sensitivitet", NOU 2004: 5 s. 426. Uttalelsen er ikke gjentatt i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), men det tas heller ikke avstand fra den.

¹¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) s. 12.

på denne bakgrunn å legge til grunn at arbeidssøker *har* opplysningsplikt om behov for tilrettelegging før en ansettelsesbeslutning tas.¹¹⁵¹ Jeg er enig i at dette vil være utgangspunktet.

Forholdsmessighetskravet må imidlertid også få betydning for arbeidssøkers opplysningsplikt om behov for tilrettelegging. Herunder vil risikoen for utstøting og diskriminering være relevant. Hvorvidt det konkret vil stride mot et prekontraktuelt lojalitetsprinsipp å unnlate å informere om et slikt behov, vil avhenge av en interesseavveining. Risikoen for utstøting og diskriminering som følge av behovet for tilrettelegging må veies mot hvor store praktiske vansker det vil medføre for arbeidsgiver å først få beskjed om tilretteleggingsbehovet på et seinere tidspunkt.

3.2.4. Subjektive vilkår for opplysningsplikt.

3.2.4.1. Utgangspunkt.

Hvorvidt arbeidsgiver kan gjøre gjeldende ugyldighet som følge av manglende opplysning om helsetilstand og funksjonsnedsettelse, vil også avhenge av subjektive vilkår. Ugyldighet etter avtaleloven § 30 forutsetter svik, noe som innebærer at arbeidssøker bevisst har gitt uriktige opplysninger, eller bevisst fortiet opplysninger om forhold som hun måtte forstå var av avgjørende betydning. Avtaleloven § 33 om strid mot redelighet og god tro krever også etter sin ordlyd kunnskap om de relevante omstendigheter, men antas i tillegg å dekke uaktsomhet.¹¹⁵² Avtaleloven § 36 om urimelighet og den ulovfestede regel om bristende forutsetninger stiller i utgangspunktet ikke krav til subjektive forhold. Imidlertid vil opplysningssvikt også her ha betydning for hvorvidt det konkret foreligger urimelighet eller om opprinnelig uriktige forutsetninger er relevante. I Rt. 1988 s. 766 var det ikke graviditeten i seg selv som utgjorde den relevante bristende forutsetning, men den manglende opplysningen om at arbeidstaker bare ville kunne fungere i vikariatet i en av fire måneder.¹¹⁵³

3.2.4.2. Kunnskap om helsetilstand.

Det subjektive vilkåret gjelder for det første arbeidssøkers kunnskap om egen helsetilstand: Arbeidssøker vil kunne ha opplysningsplikt om sykdommer og sykdommer hun positivt kjenner til, sml. også den danske helbredsoplysningsloven § 6 ”bekendt med at lide af en sygdom”. Dersom arbeidssøker bevisst har gitt uriktige opplysninger om forhold som er avgjørende for ansettelse, kan

¹¹⁵¹ Jakhelln 2006 s. 199 sammenholdt med s. 198.

¹¹⁵² Se bl.a. Giertsen 2006 s. 161.

¹¹⁵³ S. 769.

dette gi grunnlag for ugyldighet.¹¹⁵⁴ Dette gjelder for eksempel dersom arbeidstaker har forfalsket legeerklæring, eller gitt bevisst uriktige opplysninger i forbindelse med utstedelse av slik erklæring.

Arbeidssøker kan videre ha kunnskap om å lide av en kronisk sykdom med usikker prognose. Her blir spørsmålet om det er lov å være optimistisk, slik at en arbeidssøker som tidligere har slitt med f.eks. psykisk sykdom som har ført til stort fravær, kan unnlate å gi opplysning om dette. Med hensyn til de subjektive krav vil det antakelig måtte legges inn en relativt betydelig skjønnsmargin for den sannsynlige utviklingen av fremtidig sykdom.¹¹⁵⁵

Vil arbeidssøker også ha plikt til å opplyse arbeidsgiver om *mistanke* om sykdom, herunder legeundersøkelser for å avdekke sykdom?

Den danske helbredsopplysningsloven § 6 likestiller med ”bekendt” (av å lide av en sykdom) det forhold at arbeidssøkeren har ”symptomer på en sykdom”. I Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, antok lagmannsretten at arbeidstaker ikke hadde plikt til å opplyse at han hadde vært til legeundersøkelse (hvor det var foretatt HIV-test) men begrunner dette dels ut fra at dette ikke hadde ”betydning for hans kvalifikasjoner for og evne til å utføre det arbeid han skal på en tilfredstillende måte”. HIV-smitten var derfor uansett ikke noen nødvendig opplysning. Mistanke om sykdom som er av helt avgjørende betydning for arbeidsforholdet bør i utgangspunktet kunne være tilstrekkelig for opplysningsplikt. Det samme gjelder trolig legeundersøkelser for å bekrefte eller avkrefte mistanke om slik sykdom.

Her kan blant annet vises til forskrift om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip, hvorefter arbeidstaker ”som har grunn til å anta at kravene til helseerklæring ikke lenger blir oppfylt, (...) uten ugrunnet opphold [skal] informere skipsfører eller rederi og konsultere sjømannslege.”¹¹⁵⁶ Denne meldeplikten synes også å innebære en viss undersøkelsesplikt ved symptomer.

Ovennevnte tilfelle gjelder stillinger hvor det i utgangspunktet stilles strenge helsekrav. I andre stillinger vil en arbeidssøker sjelden være forpliktet til å opplyse en potensiell arbeidsgiver om gjennomgåtte legeundersøkelser. For eksempel kan en arbeidssøker ikke være forpliktet til å fortelle at hun har vært til mammografi og blitt henvist til videre undersøkelse. En slik usikker helseopplysning vil ikke gi grunnlag for opplysningsplikt.

¹¹⁵⁴ Se her også Rt. 2004 s. 76 avsnitt 48. Saken gjaldt direkte avskjed på grunnlag av opprinnelig opplysningssvikt om manglende formelle kvalifikasjoner for stillingen.

¹¹⁵⁵ I LE-2002-299 uttaler lagmannsretten: ”Generelt må en som søker stilling være berettiget til å søke å fremstille seg på en mest mulig positiv måte, og det må i betydelig utstrekning være legitimt å unnlate å opplyse om negative forhold ved en selv så lenge det ikke blir spurt om dette, eller det for øvrig følger klart av situasjonen at det dreier seg om absolutte vilkår for ansettelse i stillingen.” (Saken gjaldt manglende opplysning om tidligere straffedommer.) At sykdomsutviklingen blir annerledes enn arbeidstaker hadde håpet på, vil vel først og fremst vise seg aktuelt hvor arbeidsforholdet har vart en stund, se nærmere nedenfor under kap. VII pkt. 2.5.3.

¹¹⁵⁶ Forskrift om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip av 19. oktober 2001 nr. 1309 § 5 femte ledd siste pkt.

3.2.4.3. Kunnskap om tilstandens betydning for arbeidsforholdet.

For det annet gjelder det subjektive vilkåret tilstandens *betydning for arbeidsforholdet*. Spørsmålet vil være om arbeidssøker burde forstått at hennes helsetilstand var av betydning i denne konkrete stillingen.

Det stilles krav til så vel arbeidsgiver som arbeidssøker om å avklare kvalifikasjoner, herunder helsemessige, ved ansettelse, sml. Rt. 2004 s. 76.¹¹⁵⁷ Hvor stillingen stiller bestemte helsekrav, vil det likevel i utgangspunktet være opp til arbeidsgiver å informere om dette.

I NAD 1988 s. 539 Gulating fant lagmannsretten at arbeidstaker ikke kunne bebreides for ikke å ha opplyst om leddgikt ved ansettelse, fordi hun var forespeilet kontorarbeid, og leddgikten ikke ville ha vært til hinder for dette arbeidet. I RG 1989 s. 787 Frostating fant lagmannsretten at en ingeniør ved et kommunalt kraftverk ikke kunne bebreides at han ikke hadde opplyst om sin epilepsi før ansettelse. "På grunn av den tekst annonsen hadde og de opplysninger A fikk om stillingen kan en ikke se at han hadde noen direkte foranledning til selv å redegjøre nærmere for at han led av epilepsi."¹¹⁵⁸

Hvor helsetilstanden innebærer generelt nedsatt arbeidsevne, må arbeidssøker derimot uansett forstå at dette vil ha betydning for arbeidsforholdet, se her saken i NAD 1984-85 s. 23 Hammerfest, gjengitt ovenfor.

3.3. Begrensninger i arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger eller kreve medisinske undersøkelser ved ansettelse.

3.3.1. Innledning – problemstilling.

Et virkemiddel for å unngå utstøting og diskriminering ved ansettelse er restriksjoner for innhenting eller annen behandling av opplysninger om arbeidssøkeres helsetilstand. Flere ulike regelsett setter restriksjoner for etterspørring og behandling av helseopplysninger i en ansettelsessituasjon. De mest generelle restriksjoner følger av aml. §§ 9-3 og 9-4.

Etter aml. § 9-3 er vilkåret for at arbeidsgiver skal kunne innhente helseopplysninger ved ansettelse at opplysningene er "nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen". Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere er videre særregulert i aml. § 9-4 første ledd bokstav a-c. Her viser bokstav a til annen lovgivning. Bokstav b og c inneholder materielle vilkår for å kreve medisinske undersøkelser.

Ettersom aml. §§ 9-3 og 9-4 i en viss utstrekning er overlappende, og ettersom så vel krav om medisinske undersøkelser som innhenting av helseopplysninger på annen måte vil innebære et

¹¹⁵⁷ Se særlig avsnitt 45, hvor Høyesterett finner at så vel arbeidstaker som arbeidsgiver kunne bebreides for at de manglende kvalifikasjoner ikke ble avklart før ansettelse.

¹¹⁵⁸ Begge saker gjelder oppsigelse.

inngrep i arbeidssøkers personvern, bør de ses i sammenheng. Under dette avsnitt vil jeg derfor foreta en felles drøftelse av de materielle vilkårene for å innhente helseopplysninger og å kreve medisinske undersøkelser ved ansettelse.¹¹⁵⁹

Standardene i aml. § 9-3 første ledd og § 9-4 vil minst innebære en kodifisering av de standarder som følger av ulovfestet personvern.¹¹⁶⁰ Dette innebærer at tidligere ulovfestet rett vil kunne ha betydning for avveiningen mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerinteresser, i hvert fall i den utstrekning den setter grenser for arbeidsgivers rett til å etterspørre helseopplysninger. Videre er det i forarbeidene til aml. kap. 9 forutsatt at tolkingen av arbeidsmiljølovens bestemmelser om kontrolltiltak og tolkingen av personopplysningslovens bestemmelser om det materielle behandlingsgrunnlaget, skal harmoniseres.¹¹⁶¹ Dette innebærer blant annet at praksis som gjelder interesseavveiningen etter popplyl. § 8 bokstav f, ”berettiget interesse” og ”hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen”, kan ha betydning for arbeidsgivers rett til innhenting av helseopplysninger etter aml. § 9-3 og krav om medisinske undersøkelser etter aml. § 9-4.¹¹⁶² Videre legges til grunn at det normalt vil foreligge behandlingsadgang etter personopplysningsloven for opplysninger innhentet ved lovlige kontrolltiltak etter aml. kap. 9.¹¹⁶³ Det kan likevel ikke tas for gitt at vurderingen etter den arbeidsrettslige og den personvernrettslige regelen alltid vil være den samme.¹¹⁶⁴

De mest utfyllende kommentarer både til tidligere ulovfestet rett og til hvordan aml. §§ 9-3 og 9-4 skal tolkes, finnes i Breistein-utvalgets innstilling. Det er likevel ikke gitt at disse uttalelsene kan tas som uttrykk for gjeldende rett. Arbeidslivslovutvalget synes gjennomgående å være noe kritiske til Breistein-utvalgets utledning av gjeldende ulovfestet rett, og å legge opp til en mer liberal og arbeidsgivervennlig tolkning av i hvert fall bestemmelsen i aml. § 9-3.¹¹⁶⁵ Blant annet tar Arbeidslivslovutvalget avstand fra Breistein-utvalgets uttalelse om at nødvendighetsvilkåret i § 9-3 skal tolkes snevert.¹¹⁶⁶ Arbeids- og sosialdepartementet synes å ha lagt seg på Arbeidslivslovutvalgets linje¹¹⁶⁷ og spørsmålet synes ikke å være kommentert ved den øvrige lovbehandlingen.¹¹⁶⁸ Uttalelser i Breistein-utvalgets innstilling er altså i utgangspunktet relevante, men gir ikke

¹¹⁵⁹ Hvilke handlinger som omfattes av restriksjonene i aml. § 9-3 og 9-4 er tatt opp i avhandlingens generelle del, kap. IV pkt. 3.2.3 og 3.2.4.

¹¹⁶⁰ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 143 og NOU 2001: 4 s. 13.

¹¹⁶¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹¹⁶² Se også PVN 2005-6 som gjaldt rusmiddelkontroll i arbeidsforhold.

¹¹⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹¹⁶⁵ Se bl.a. NOU 2004: 5 s. 426 i forhold til gjeldende rett og s. 441 i forhold til tolkingen av nødvendighetskravet.

¹¹⁶⁶ NOU 2004: 5 s. 441, sml. NOU 2001: 4 s. 106.

¹¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

¹¹⁶⁸ Se Innst. O. nr. 100 (2004-2005).

nødvendigvis uttrykk for lovgivers mening i forhold til aml. § 9-3. I forhold til de konkrete vilkårene for helseundersøkelser etter aml. § 9-4, synes Arbeidslivslovutvalget så vel som departementet likevel å ha lagt seg på samme tolking som Breistein-utvalget.¹¹⁶⁹ Blant annet uttales at nødvendighetskriteriet i bestemmelsens bokstav c skal tolkes snevert/strengt.¹¹⁷⁰ Breistein-utvalgets uttalelser vil derfor klart ha betydning for tolkingen av aml. § 9-4.

Bioteknologiloven § 5-8, sammenholdt med § 5-1 annet ledd bokstav b, innebærer et absolutt forbud mot å etterspørre opplysninger om genetisk betinget sykdomsrisiko, også ved ansettelse. Denne bestemmelsen er tatt opp under kap. IV pkt. 3.2.2, og jeg henviser generelt til behandlingen der. Noen spørsmål av spesiell betydning ved ansettelse tas opp nedenfor under pkt. 3.3.3. Videre kan diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 innebære restriksjoner for å etterspørre opplysninger om ”funksjonshemming” ved ansettelse. Jeg viser her til den alminnelige fremstillingen av diskrimineringsforbudet, kap. IV særlig pkt. 3.3.2.2. I hvilken utstrekning arbeidsgiver kan innhente opplysninger om behov for tilrettelegging ved ansettelse, tas opp her, under pkt. 3.3.3.5.

3.3.2. Begrepet ”helseopplysning”.

Aml. § 9-3 begrenser adgangen til å innhente ”helseopplysninger” ved ansettelse. Det vil derfor være nødvendig innledningsvis å gå inn på hva som utgjør en ”helseopplysning” etter denne bestemmelsen.

I forarbeidene til bestemmelsen vises til Breistein-utvalgets definisjon av helseopplysninger.¹¹⁷¹ Breistein-utvalgets innstilling viser videre til helseregisterloven og dennes forarbeider,¹¹⁷² som igjen viser til personopplysningslovens forståelse av opplysninger om ”helsetilstand”, popplyl. § 2 nr. 8 bokstav c. Begrepet er nærmere omtalt i forarbeidene til personopplysningsloven,¹¹⁷³ og disse uttalelser må også da ha relevans for forståelsen av aml. § 9-3.

Begrepet ”helseopplysning” skal oppfattes bredt med hensyn til *arten* av opplysningene. I forarbeidene til personopplysningsloven uttales at opplysninger om ”helseforhold” også omfatter opplysninger om ”en persons tidligere, nåværende og fremtidige fysiske eller psykiske tilstand, inkludert opplysninger om medisin og narkotikamisbruk.” Det er etter dette klart at opplysninger

¹¹⁶⁹ Se kommentarer til utkastet til aml. § 30C tredje ledd i NOU 2001: 4 s. 107, sammenholdt med NOU 2004: 5 s. 547 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314-315.

¹¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 315, NOU 2004: 5 s. 547 og NOU 2001: 4 s. 107.

¹¹⁷¹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314, særkommentaren til aml. § 9-3 og NOU 2001: 4 s. 104 og 106.

¹¹⁷² NOU 2001: 4 s. 21-22.

¹¹⁷³ Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 104, merknad til § 2. Personopplysningsloven bygger på det EF-rettslige personvern direktivet, ERdir.95/46/EF. Dette direktivet inneholder ingen legaldefinisjon av ”opplysninger om helse”, art. 8 stk. 1, men overlater heller ikke definisjonsmyndigheten eksplisitt til nasjonale myndigheter. Begrepet må antas å være fellesskapsrettslig.

om fysiske, psykiske eller kognitive funksjonsnedsettelse vil omfattes av restriksjonene for innhenting av ”helseopplysninger”. Videre uttales at også opplysninger om sosiale forhold kan falle inn under ”helseforhold”, dersom de sosiale forholdene påvirker helsen.¹¹⁷⁴ Restriksjonene for arbeidsgivers rett til å innhente helseopplysninger ved ansettelse omfatter altså også opplysninger om rusmiddelmissbruk og sosialmedisinske forhold. Videre omfattes opplysninger om tidligere sykefravær.¹¹⁷⁵

Begrepet ”helseopplysninger” i aml. § 9-3 stiller åpenbart ikke noe krav til at opplysningen skal gjelde nedsatt funksjonsevne av et visst *omfang*. ”Helse”-begrepet vil imidlertid innebære en viss avgrensning i forhold til opplysninger om ferdigheter og funksjonsnivå. Innhenting av opplysninger ved hjelp av ferdighets- eller personlighetstester antas i utgangspunktet å falle utenfor aml. §§ 9-3 og § 9-4.¹¹⁷⁶ Restriksjonene er videre ikke begrenset til opplysninger om tilstander som er *varige*, aml. § 9-3 må også omfatte opplysninger om kortvarig sykdom.

Restriksjonene i aml. § 9-3 omfatter i tillegg opplysninger om en persons tidligere og fremtidige fysiske eller psykiske tilstand, herunder også genetiske opplysninger.

Hvorvidt ”helseopplysninger” etter aml. § 9-3 også omfatter opplysninger som gjelder arbeidssøkers pårørende, er ikke gitt. Spørsmålet synes ikke kommentert i forarbeidene, og det er ingenting som tyder på at det overhodet er blitt overveid. Ordlyden omfatter likevel i prinsippet også tilfeller hvor det innhentes opplysninger om sykdom i arbeidssøkers familie. Som nevnt innledningsvis vil det ikke være helt upraktisk at opplysninger om pårørendes helsetilstand brukes som grunnlag for å utestenge en arbeidssøker. Det synes derfor også naturlig at dette omfattes av begrensningene i arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger etter aml. § 9-3.

Oppsummert er begrepet ”helseopplysning” i aml. § 9-3 svært omfattende. Det omfatter opplysninger om alle tilstander som utgjør en ”funksjonshemming” etter aml. kap. 13,¹¹⁷⁷ men rekker også lengre enn dette.

¹¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 104, særkommentar til popplyl. § 2 nr. 8 bokstav c.

¹¹⁷⁵ Dette var foreslått holdt utenfor etter Breistein-utvalgets forslag, (flertallsforslaget), NOU 2001: 4 s. 107, men er omfattet etter loven, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149. Se nærmere nedenfor under pkt. 3.3.3.4.

¹¹⁷⁶ Se NOU 2001: 4 s. 23 (personlighetstesting) og for tilsvarende problemstilling i forhold til dansk rett Lind 2006 s. 117-118.

¹¹⁷⁷ Sml. drøftelsen av ”funksjonshemming” som diskrimineringsgrunn etter aml. § 13-1, kap. IV pkt. 2.

3.3.3. Materielle vilkår for innhenting av helseopplysninger/krav om helseundersøkelse ved ansettelse.

3.3.3.1 Nødvendighetskriteriet - generelt.

Aml. § 9-3 første ledd stiller som vilkår for å innhente helseopplysninger at disse er ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppdragene som knytter seg til stillingen”. Formuleringen er ikke helt presis. Meningen må være at arbeidsgiver bare kan etterspørre eller innhente helseopplysninger som er nødvendige for å *vurdere* om arbeidssøker vil kunne utføre stillingens arbeidsoppgaver.

Nødvendighetskravet utgjør videre et generelt vilkår for inngrep i personlig integritet, og må derfor også få betydning for tolkingen av når det vil være berettiget å stille krav om og å iverksette medisinske undersøkelser.

Et krav om nødvendighet innebærer et vilkår om relevans. Arbeidsgiver må ha en saklig interesse i å få helseopplysningene. To formål synes her å være aktuelle: For det første kan slike opplysninger være nødvendige for å si ut de av arbeidssøkere som på grunn av sin helsetilstand ikke er i stand til å utføre arbeidsoppgavene på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. For det annet kan helseopplysninger være nødvendige for å iverksette individuelle tilretteleggingstiltak, slik at arbeidssøker skal bli i stand til å utføre arbeidsoppgavene ved eller snarest mulig etter tiltredelse.

Et vilkår om at helseopplysningen skal være nødvendig, vil videre måtte bety at den refererer seg til en aktuell helsetilstand, ikke til fremtidige risiki. Som jeg har vært inne på gjelder det etter bioteknologiloven et absolutt forbud mot å etterspørre opplysninger om genetisk betinget risiko for sykdom.¹¹⁷⁸ Men også ellers er risiko for fremtidig sykdom ansett som et i særlig grad irrelevant forhold.¹¹⁷⁹ Dette må blant annet innebære at det ikke vil være lovlig å spørre om en person pga. smittestatus kan forventes å ha stort sykefravær i fremtiden.¹¹⁸⁰

Nødvendighetskravet er knyttet til arbeidssøkers evne til og mulighet for ”å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”. Dette innebærer blant annet et krav til spesifisering av spørsmålsstillingen. Spørsmålene må knyttes til arbeidsevne, ikke til funksjonsevne generelt eller på andre livsområder.¹¹⁸¹ Å avkreve arbeidssøkere en erklæring som den følgende, vil klart stride mot aml. § 9-3 første ledd:

¹¹⁷⁸ Se for detaljer kap. IV pkt. 3.2.2.

¹¹⁷⁹ Se f.eks. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149 og NOU 2004: 5 s. 421.

¹¹⁸⁰ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

¹¹⁸¹ I NOU 2001: 4 s. 106 uttales at ”[d]et skal ikke være tillatt å spørre om opplysninger som etter sin art anses generelle.” Arbeidslivslovutvalgets innstilling er ikke fullt så klar, men utvalget sier seg enig med Breistein-utvalget i at det ikke skal være tillatt ”å stille generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer”, se NOU 2004: 5 s. 441. Tilsvarende også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

“Jeg erklærer med dette at jeg er frisk. Dette betyr at jeg pr. dato ikke er kjent med å ha noen alvorlige sykdommer. Med alvorlige sykdommer menes kroniske lidelser som vil føre til gjentatt bruk av sykemelding /egenmelding, smittsomme eller dødelige sykdommer.”¹¹⁸²

Kan nødvendighetskravet også sette grenser for *hvor mange* av arbeidssøkerne arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger fra, og på hvilket *tidspunkt* i ansettelsesprosessen opplysninger kan innhentes? Arbeidsgiver kan f.eks. ønske å innhente helseopplysninger om alle arbeidssøkere, å etterspørre slike opplysninger muntlig i forhold til den gruppen som er innkalt til intervju eller å ansette på betingelse av at arbeidstaker fyller visse minimumskrav. Dette vil også ha implikasjoner for hvordan helseopplysningene i praksis kan brukes. I det siste tilfellet (betinget ansettelse) kan kravene til helsetilstand bare brukes som minimumsvilkår eller terskelkrav. I de to første (innhenting fra alle eller fra søkere som er innkalt til intervju) vil det også være mulig å bruke variasjoner i helsetilstand som avveiningsmoment.

Ordlyden i aml. § 9-3 første ledd, ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”, synes å tilsi at helseopplysninger bare kan innhentes med det formål å avklare om arbeidssøkerne fyller minimumsvilkårene til helsetilstand for en bestemt stilling. Det kan da i hvert fall ikke være nødvendig å kreve helseopplysninger fra *alle* søkere til en stilling, for eksempel ved at alle blir bedt om å utfylle et helseskjema. Hvorvidt det kan være nødvendig for eksempel på intervju å spørre *flere* av søkerne, er mer uklart. Arbeidslivslovutvalget og departementet synes å ha gått ut fra at det ”relativt ofte” vil være aktuelt å avklare på intervju om en arbeidssøker er helsemessig skikket for stillingen, noe som skulle tilsi at kravet til nødvendighet ikke stenger for utspørring av flere kandidater, *før* det tas beslutning om ansettelse. Imidlertid synes det forutsatt at det bare skal være rettmessig å stille spørsmål for å avklare om minimumskravene til helsetilstand er oppfylt.¹¹⁸³ Spørsmål som tar sikte på å avklare variasjoner i helsetilstand ut over dette, vil ikke være tillatt.¹¹⁸⁴

Som jeg har vært inne på under pkt. 3.3.2, vil opplysninger fra personlighets- og evnetester i utgangspunktet falle utenfor begrepet helseopplysning i aml. § 9-3, og opplysninger om variasjoner med hensyn til slike forhold kan derfor innhentes med det formål å inngå som valgkriterier ved ansettelse.

Nødvendighetsvilkåret kan videre få betydning for på hvilket tidspunkt i ansettelsesprosessen en arbeidsgiver kan kreve medisinske undersøkelser. Som hovedregel vil det ikke være nødvendig å iverksette slike undersøkelser før arbeidssøker har mottatt et betinget jobbtilbud.

¹¹⁸² Egenerklæring avkrevd av restaurant, gjengitt i NOU 2001: 4 s. 39.

¹¹⁸³ NOU 2004: 5 s. 421 (spm. om arbeidssøker lider av en sykdom som er uforenlig med stillingen), tilsv. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

¹¹⁸⁴ Se tilsvarende etter dansk rett forarbeidene til den danske lov om brug af helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet. (L 13 (1995-96) de almindelige bemærkninger (s. 8)).

3.3.3.2 Forholdsmessighetskriteriet - generelt.

I motsetning til aml. § 9-1, inneholder ikke § 9-3 første ledd eller § 9-4 første ledd noe eksplisitt forholdsmessighetskrav. Å innhente helseopplysninger og kreve medisinske undersøkelser vil imidlertid innebære et inngrep i arbeidssøkers personvern, og slike inngrep er underlagt et klart forholdsmessighetskrav.¹¹⁸⁵ At det på dette området stilles krav til forholdsmessighet, er videre klart forutsatt i forarbeidene til aml. kap. 9.¹¹⁸⁶

Et forholdsmessighetskrav vil stille krav om at de interesser som arbeidsgiver anfører for å innhente opplysninger om arbeidssøkernes helsetilstand, må være tilstrekkelig tungtveiende i forhold til integritetshensyn på arbeidssøkerside. Det skal altså foretas en interesseavveining mellom arbeidsgivers interesse i å få avklart arbeidssøkers helsetilstand og arbeidssøkers interesse i personvern.

Hvor tungtveiende må arbeidsgivers interesser være?

Her foreligger delvis motstridende uttalelser i bestemmelsenens forarbeider.

Breistein-utvalget uttaler om den foreslåtte aml. 1977 § 30B at "[u]ttrykket "nødvendig" skal tolkes snevert." Utvalget legger til grunn at "den ulovfestede hovedregel er at en arbeidsgiver i sin alminnelighet ikke lovlig kan kreve helseopplysninger om eller helseundersøkelser på arbeidssøkende."¹¹⁸⁷ Videre heter det at "i praksis og lovgivning som regulerer medisinske undersøkelser, synes det å foreligge et vilkår om at bare helseopplysninger som er *avgjørende* for om vedkommende er "skikket" til å utføre den jobben han er satt til eller har søkt på som kan kreves dokumentert av arbeidsgiver."¹¹⁸⁸ Samlet gir uttalelsene uttrykk for at det etter utvalgets oppfatning gjelder et strengt nødvendighetskrav etter den daværende ulovfestede rettstilstand, og at utvalget med sitt forslag til kodifisering følger opp dette.

Arbeidslivslovutvalget synes delvis uenig i Breistein-utvalgets oppfatning av gjeldende ulovfestet rett mht. helseopplysninger og medisinske undersøkelser ved ansettelse. En antyder at den ulovfestede adgangen til å kreve helseopplysninger og medisinske undersøkelser må kunne strekke seg noe lenger enn forutsatt av Breistein-utvalget, men uten å gi noe konkret bud på hvor grensen går.¹¹⁸⁹ Arbeidslivslovutvalget, som Arbeids- og sosialdepartementet slutter seg til, tar avstand fra Breisteinutvalgets uttalelse om at nødvendighetskriteriet i § 9-3 første ledd skal tolkes snevert, men uttaler samtidig at det "ligger i kravet til nødvendighet at det kun er de strengt saklige

¹¹⁸⁵ Se (forutsetningsvis) Rt. 1999 s. 1944.

¹¹⁸⁶ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 140 og 143 (dagjeldende rett) og s. 143 flg. (forslaget). Tilsv. NOU 2004: 5 s. 426 og NOU 2001: 4 s. 13, 44 og 47.

¹¹⁸⁷ NOU 2001: 4 s. 43.

¹¹⁸⁸ NOU 2001: 4 s. 44. Min kursiv.

¹¹⁸⁹ NOU 2004: 5 s. 426.

formål som kan ivaretas.”¹¹⁹⁰ Samtidig forutsetter Arbeidslivslovutvalget at det relativt ofte vil være aktuelt å etterspørre opplysninger om arbeidssøker er helsemessig skikket for arbeidet.¹¹⁹¹

Departementet anser det ”viktig at skjønnstemaet gis en så romslig fortolkning at arbeidsgivers legitime behov blir ivaretatt”.¹¹⁹² I forhold til helsekontroller legger Arbeidslivslovutvalget og departementet til grunn at slike, fordi de innebærer inngrep i arbeidstakers integritet, ”bør (...) begrenses til det som er *strengt nødvendig* ut fra hensynet til virksomhetens behov.”¹¹⁹³

Forarbeidene til bestemmelsene synes altså noe uklare med hensyn til hvor sterke interesser som kreves på arbeidsgiverside for at det skal være legitimt å innhente helseopplysninger eller kreve medisinske undersøkelser ved ansettelse. Det synes likevel klart at arbeidsgivers interesser må være relativt tungtveiende for å slå gjennom i forhold til personvern hensyn på arbeidssøkerside.

Et forholdsmessighetskrav vil videre bety at variasjoner i interessene på arbeidssøkerside kan ha betydning. Ut fra dette kan det for eksempel ha betydning om den sykdom arbeidsgiver ønsker opplysninger om, er sosialt stigmatiserende, eller om de opplysninger som innhentes, vil gi tilleggsinformasjon om arbeidssøker selv eller dennes familie. Arbeidslivslovutvalget legger blant annet til grunn at ”helseopplysningens sensitivitet osv. vil (...) komme inn som moment(...) i vurderingen av kontrolltiltakets saklighet og forholdsmessighet.”¹¹⁹⁴ I forhold til krav om medisinske undersøkelser etter aml. § 9-4 må det også ha betydning hvor inngripende selve undersøkelsen er.

Den avveining som foretas mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser etter aml. §§ 9-3 og 9-4 vil ha klare likhetstrekk med den avveining som foretas etter aml. § 13-3 første ledd når det gjelder adgang til å legge vekt på ”funksjonshemming”. Forbudene mot innhenting av opplysninger mv. er likevel primært begrunnet ut fra integritets- og personvern hensyn, mens forbudet mot diskriminering primært er begrunnet ut fra hensynet til vern mot diskriminering eller utstøting. Dette kan innebære en viss forskjell i vurderingen, f.eks. slik at det i forhold til innhenting av helseopplysninger blir lagt mer vekt på om sykdommen eller tilstanden er sosialt stigmatiserende. Hensynet til konsekvens og sammenheng synes likevel å tilsi at standarden for etterspørring og vektlegging av opplysninger om helsetilstand normalt vil være den samme.

Nedenfor under pkt. 3.3.3.3 til 3.3.3.5 tar jeg opp ulike forhold som knytter seg til stillingen eller til den enkelte arbeidssøker og som kan begrunne at arbeidsgiver innhenter opplysninger om helsetilstand.

¹¹⁹⁰ NOU 2004: 5 s. 441, tilsv. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

¹¹⁹¹ NOU 2004: 5 s. 441.

¹¹⁹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

¹¹⁹³ NOU 2004: 5 s. 426. (Min kursiv.) Tilsv. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

¹¹⁹⁴ NOU 2004: 5 s. 426. Uttalelsen gjelder direkte tidligere gjeldende ulovfestet rett, men må også kunne få betydning for tolkingen av så vel aml. § 9-3 som § 9-4.

3.3.3.3. Spesielle forhold i stillingen: Risiko for sikkerhet eller helse.

Enkelte stillinger er av en slik art at de stiller spesielle krav til innehaverens fysiske eller psykiske helsetilstand. I slike tilfeller kan det være legitimt at arbeidsgiver innhenter opplysninger om arbeidssøkers helsetilstand eller stiller krav til medisinske undersøkelser for å avgjøre om vedkommende vil være i stand til å utføre stillingens arbeidsoppgaver på en forsvarlig og tilfredsstillende måte.

Det kan være legitimt å kreve helseundersøkelser eller innhente helseopplysninger i stillinger hvor det foreligger en reell risiko for personers liv eller helse eller for store materielle skader. Hvor stor risiko som skal til for å begrunne innhenting av helseopplysninger, er ikke umiddelbart gitt. Breistein-utvalget legger til grunn at adgangen til å innhente helseopplysninger bare gjelder ”stillinger som innbefatter stor risiko for arbeidstakeren selv eller omgivelsene”,¹¹⁹⁵ mens Arbeidslivslovutvalget, med tilslutning fra Arbeids- og sosialdepartementet, i utgangspunktet synes å innta en mer liberal og arbeidsgivervennlig holdning.¹¹⁹⁶

I Statens Personalhåndbok fra 2008 pkt. 2.3.2.2 ”Kunngjøringens innhold”, heter det at ”[e]n del stillinger i staten er av en slik art at de stiller spesielle krav til innehaverens helse. I slike tilfeller vil det være nødvendig at søkeren ved legettest dokumenterer at han/hun fyller de spesielle helsemessige krav, før tilsetning foretas.” Det fremgår ikke av SPH hvilke stillinger det siktes til. Hovedtariffavtalen for kommunesektoren pkt. 2.4 lød tidligere: ”Tilsetning av arbeidstakere kan for spesielle stillinger gjøres avhengig av at det fremlegges tilfredsstillende legettest.”¹¹⁹⁷ Kommunenes Sentralforbund var den gang av den oppfatning at det ”bare er adgang til å legge vekt på helseforhold for helt spesielle stillinger.”¹¹⁹⁸ I den nye bestemmelsen henvises bare generelt til aml. § 9-3. Det synes likevel ikke å ha vært meningen å liberalisere praksis, slik at ovennevnte uttalelse stadig bør kunne tas som uttrykk for arbeidsgivers oppfatning i kommunesektoren.

Ifølge aml. § 9-4 første ledd bokstav a kan arbeidsgiver beslutte helseundersøkelser av arbeidstakere (herunder arbeidssøkere) når dette følger av lov eller forskrift. Lov- og forskriftsbaserte krav til fysisk og/eller psykisk helsetilstand som er begrunnet i risiko for ulykker stilles blant annet til jernbanepersonell;¹¹⁹⁹ til sjøfolk;¹²⁰⁰ til flygende personell;¹²⁰¹ til brannmann-

¹¹⁹⁵ NOU 2001: 4 s. 43. Dette eksemplifiseres samme sted med at arbeidsgiverens virksomhet er pålagt et ”særlig strengt ansvar for sikkerhet, helse og miljø i lovgivningen, og hvor det eksisterer en risiko for (katastrofe) betydelig skade hvis sikkerheten ikke ivaretas.”

¹¹⁹⁶ NOU 2004: 5 s. 426. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148-149.

¹¹⁹⁷ Min kursiv.

¹¹⁹⁸ Se Kommunenes Sentralforbund 1997 s. 98 og s. 28.

¹¹⁹⁹ Se for eksempel forskrift om krav til helse for personell med arbeidsoppgaver av betydning for trafiksikkerheten ved jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (helsekravforskriften) av 18. desember 2002 nr. 1678.

¹²⁰⁰ Se skipssikkerhetsloven § 17 og forskrift av 19. oktober 2001 nr. 1309 om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip § 4 første ledd.

¹²⁰¹ Forskrift om gjennomføring av felleseuropeiske bestemmelser om medisinske krav for tjenestegjørende på luftfartøy, BSL JAR-FCL 3 (Flight Crew Licencing) av 5. juli 2006 nr. 887 amendment 4 av 31. januar 2005 nr. 215.

skaper¹²⁰² og til dykkere og personell på undervannsfarkost.¹²⁰³ Risikoen knytter seg i ovennevnte tilfeller til selve utførelsen av arbeidsoppgavene: En brannmann som ikke er i tilfredsstillende fysisk form kan ha vansker med å redde mennesker ut fra brennende bygninger. En annen form for risiko består der arbeidstaker lider av en smittefarlig sykdom og gjennom sitt arbeid kan smitte andre. Her kan smittevernloven gi hjemmel for helseundersøkelser. Blant annet kan helsepersonell undersøkes for antibiotikaresistente bakterier og lærere for tuberkulose.¹²⁰⁴ Avveiningen mellom arbeidsgivers og samfunnets interesser i kontrolltiltak og arbeidssøkers interesse i personvern er i disse tilfellene foretatt av lovgiver, noe som innebærer at domstolene i regelen vil være tilbakeholdne med å overprøve forholdsmessighetsvurderingen.¹²⁰⁵

Videre kan arbeidsgiver kreve helseundersøkelser ved ”stillinger som innebærer særlig risiko”, aml. § 9-4 første ledd bokstav b. Dette alternativet er i forarbeidene forklart slik at det gjelder ”stillinger der arbeidstakeren ofte har arbeidsoppgaver hvor konsekvensene av feil i utførelsen er særlig store, enten for arbeidstakeren selv, for tredjeperson eller har store samfunnsmessige konsekvenser, og hvor det derfor må stilles særlige krav til aktsomhet og oppmerksomhet.”¹²⁰⁶ Alternativet synes altså både å omfatte risiko for liv eller helse og risiko for store materielle skader. Breistein-utvalget viser til ”olje og offshore, luftfart, næringsmiddelindustri og rederivirksomhet” som eksempler på bransjer hvor det kan være legitimt å stille helsekrav, men legger også til grunn at det kan være ”flere bransjer som har en virksomhet som er spesielt utsatt for risikoer for alvorlige skader av ulike slag.”¹²⁰⁷ Forutsetningen for kreve helseundersøkelse må likevel være at det virkelig består en risiko av et visst omfang i den aktuelle stillingen. Arbeidsgiver vil ikke kunne kreve helseundersøkelse basert på publikums fordommer og ubegrunnede frykt, f.eks. mht. risiko for HIV-smitte.¹²⁰⁸

Aml. § 9-4 første ledd bokstav c inneholder en generell hjemmel for arbeidsgiver til å kreve helseundersøkelser dersom han ”finder det nødvendig for å verne liv eller helse”. Ifølge forarbeidene omfatter alternativet så vel arbeidstakerens egen som andre arbeidstakeres og tredje-

¹²⁰² Se f.eks. forskrift om vern mot eksponering for kjemikalier på arbeidsplassen (kjemikalieforskriften) av 30. april 2001 nr. 443 § 30 om helseundersøkelser for røyk- og kjemikaliedykkere.

¹²⁰³ Forskrift om dykking av 30. november 1990 nr. 944 § 21, Helsekrav. Se også forskrift om tjenestegjøring i internasjonale operasjoner av 10. desember 2004 nr. 1643 § 5, Helsemessige krav mv.

¹²⁰⁴ Se smittevernloven § 3-2 bokstav a og forskrift om forhåndsundersøkelse av arbeidstakere innen helsevesenet - antibiotikaresistente bakterier av 5. juli 1996 nr. 700 § 4. Se også forskrift om tuberkulosekontroll av 21. juni 2006 nr. 567 § 3-1 annet ledd.

¹²⁰⁵ Se bl.a. Rt. 1999 s. 1944. Det kan likevel ikke utelukkes at en forskrift om helsekrav kan underkjennes av domstolene på det grunnlag at den er uforholdsmessig inngripende. (Her synes forskrift om helseattest ved tilsetning i presteembeter og -stillinger av 19. juli 1948 nr. 1 å stå lagelig til for hogg.) Videre kan en forskrift om helsekrav være diskriminerende i forhold til personer med bestemte typer funksjonsnedsettelse, se nedenfor under pkt. 4.4.

¹²⁰⁶ NOU 2004: 5 s. 442 og tilsv. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149 og NOU 2001: 4 s. 107.

¹²⁰⁷ NOU 2001: 4 s. 48.

¹²⁰⁸ Se her også EF-domstolens avgjørelse i sak C-404/92 hvor domstolen legger til grunn at EMK art. 8 var til hinder for at Kommisjonen kunne avvise en arbeidssøker på grunnlag av at denne nektet å underkaste seg en HIV-test.

persons helsetilstand. Det følger likevel av forarbeidene at "[n]ødvendighetskriteriet skal tolkes strengt. Faren må være alvorlig og fremstå som konkret, nærliggende og sannsynlig."¹²⁰⁹ Bokstav c fremstår etter dette som et alternativ der det ikke foreligger lov- eller forskriftsfastsatte krav til helsetilstand, og stillingen ikke i seg selv "innebærer særlig risiko", men hvor det likevel kan oppstå konkrete situasjoner hvor medisinske undersøkelser er nødvendig for å verne liv eller helse. Det kan stilles spørsmål om hvor praktisk alternativet egentlig er i forhold til medisinske undersøkelser av arbeidssøkere.

Der risiko for *plutselig* skade ligger til grunn for arbeidsgivers ønske om opplysninger om arbeidssøkernes helsetilstand, se eksemplene ovenfor, synes det i praksis å være vilkårene i aml. § 9-4 første ledd som er avgjørende for adgangen til å innhente helseopplysninger ved ansettelse. Det vil ikke være noe poeng i å etterspørre opplysninger i slike tilfeller dersom en ikke kan kreve disse dokumentert ved legeattest. I slike tilfeller kan arbeidsgiver altså innhente helseopplysninger etter aml. § 9-3 hvis – og bare hvis – det foreligger hjemmel for medisinske undersøkelser etter aml. § 9-4.

I tillegg kan imidlertid arbeidsmiljøet by på fysiske og psykiske belastninger som kan skade arbeidstakernes helse *over tid*. Eksempler på det siste er at arbeidsatmosfæren i en fabrikkhall er forurenset eller at høyt arbeidstempo innebærer at arbeidstakerne er utsatt for stress. Vil mulighet for helseskader over tid, som følge av arbeidsmiljøbelastninger, gi grunnlag for krav om helseundersøkelser eller innhenting av helseopplysninger ved ansettelse?

Vi kan først slå fast at arbeidsgiver aldri kan kreve gjennomført genetiske undersøkelser for å avklare genetisk disposisjon for yrkessykdommer, og heller ikke etterspørre opplysninger fra slike tester, se bioteknologiloven § 5-8 første ledd jfr. § 5-1 annet ledd bokstav b.¹²¹⁰

Derimot synes det å være forutsatt i forarbeidene til aml. § 9-3 at det skal være mulig å etterspørre opplysninger om særlig sårbarhet overfor arbeidsmiljøpåvirkninger som stammer fra andre kilder.¹²¹¹ For eksempel vil det være rettmessig å spørre en søker til en stilling som baker eller konditor om vedkommende har hatt symptomer på melallergi eller en søker til en stilling i et flyttebyrå om vedkommende har hatt ryggproblemer.

I nødvendighetskravet etter aml. § 9-3 første ledd ligger likevel et vilkår om at arbeidsgiver må vurdere alternative muligheter, herunder tiltak for å begrense belastningene i arbeidsmiljøet.

¹²⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 315. Her følger altså Arbeids- og sosialdepartementet og Arbeidslivsløvutvalget (NOU 2004: 5 s. 442) opp uttalelsen fra Breistein-utvalget (NOU 2001: 4 s. 107).

¹²¹⁰ Se nærmere om problemstillingen Bioteknologinemndas høringsuttalelse vedrørende NOU 2001: 4

"Helseopplysninger i arbeidslivet" av 20. august 2001, s. 6-7.

¹²¹¹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

Etterspørring av opplysninger om og utvelgelse av arbeidstakere på det grunnlag at de kan tåle et *ulovlig* arbeidsmiljø, vil selvsagt være i strid med aml. § 9-3. Arbeidsgiver kan heller ikke spørre om arbeidssøkers evne til å tåle forurensning og andre fysiske eller psykiske belastninger fra et arbeidsmiljø som ikke oppfyller lovens krav. Arbeidsgiver vil derfor f.eks. ikke kunne spørre om arbeidssøker har en så god helse at hun er i stand til å arbeide ut over lovens maksimalgrenser for overtid etc. Ettersom arbeidsmiljøkravene ofte er skjønnsmessige, vil det likevel være vanskelig å skille mellom spørsmål om arbeidstaker er helsemessig skikket til å arbeide i et lovlig, men belastende, arbeidsmiljø, og spørsmål om arbeidstaker er i stand til å arbeide i et arbeidsmiljø som er ulovlig belastende.

Som vist tidligere¹²¹² inneholder forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 uttalelser som sterkt fremhever at det generelle arbeidsmiljøet ikke skal være utstøtende. Det kan også ha en viss betydning for tolkingen av aml. § 9-3 at ILOs tekniske og etiske retningslinjer for helsekontroller fra 1998 gir uttrykk for et prinsipp om at arbeidsmiljøet skal tilpasses arbeidssøker: Vurderingen av om arbeidssøker er skikket til arbeidet bør ta hensyn til "the possibility of improving the working conditions through ergonomic engineering, the innovative design of work processes and the elimination of occupationally hazardous agents, or through replacement or substitution of these with safer methods."¹²¹³ Også Breistein-utvalget synes å legge vekt på forbedring av det generelle arbeidsmiljøet som et alternativ til individuelle helseundersøkelser i arbeidsforhold.¹²¹⁴ Uttalelser i Arbeidslivslovutvalgets innstilling kan derimot muligens tas til inntekt for at arbeidsgiver kan ta arbeidsmiljøet for gitt og velge ut arbeidstakere som tåler dette: Her heter det bl.a. at "relevante helseopplysninger (...) må (...) kunne kreves fremlagt der det er nødvendig for å kunne fungere tilfredsstillende i stillingen *og i arbeidsmiljøet*".¹²¹⁵ Arbeids- og sosialdepartementet gjentar likevel ikke denne uttalelsen, og den bør etter min mening heller ikke følges. Den sterke vekt som ellers legges på et inkluderende arbeidsmiljø i arbeidsmiljøloven og dens forarbeider bør få betydning for i hvilken utstrekning det vil være legitimt å kreve opplysninger om arbeidssøkeres sårbarhet overfor arbeidsmiljøpåvirkninger. Adgangen til å etterspørre opplysninger om arbeidssøker er helsemessig skikket til å arbeide i et belastende arbeidsmiljø må derfor være begrenset.

Alternativene i aml. § 9-4 første ledd bokstav b og c, "stillinger som innebærer særlig risiko og "fare for liv eller helse", synes ut fra ordlyd og forarbeider ikke å omfatte tilfeller hvor risikoen består i arbeidsmiljøbelastninger over tid.

¹²¹² Se bl.a. kap. III pkt. 2.5.

¹²¹³ ILO Technical and Ethical Guidelines for Workers' Health Surveillance 1998 pkt. 3.11.iii. Breistein-utvalget henviser til disse retningslinjer i NOU 2001: 4 på s. 57-58.

¹²¹⁴ NOU 2001: 4 s. 83.

¹²¹⁵ Min kursiv. NOU 2004: 5 s. 426.

3.3.3.4. Stabilitet/sykefravær.

Selv om arbeidsmiljøet ikke er særskilt belastende, kan arbeidsgiver ha økonomisk interesse i å få avklart arbeidstakernes generelle risiko for sykefravær. Sykefravær hos arbeidstakerne kan medføre kostnader og ulemper for arbeidsgiver. Det vil derfor være i arbeidsgivers økonomiske interesse å velge ut arbeidstakere som kan forventes å ha et lavest mulig sykefravær. Her vil det ikke være mulig for arbeidsgiver å kreve helseundersøkelse etter noen av alternativene i aml. § 9-4 første ledd. Spørsmålet blir da om aml. § 9-3 likevel åpner for at arbeidsgiver kan stille spørsmål om arbeidssøker har generelt nedsatt arbeidsevne pga. sykdom.

Innhenting av opplysninger om tidligere sykefravær falt utenfor etterspøringsforbudet etter Breistein-utvalgets innstilling (flertallsforslaget).¹²¹⁶ Begrunnelsen var at "[s]like opplysninger kan være nødvendige for å vurdere arbeidssøkerens evne til å utføre arbeidet."¹²¹⁷ Det synes altså forutsatt at det i alminnelighet ville være legitimt å etterspørre slike opplysninger. Arbeidslivslovutvalget, som Arbeids- og sosialdepartementet fulgte, fant imidlertid at det i praksis ikke ville la seg gjøre å skille mellom opplysninger om sykefravær og opplysninger om fraværets årsak.¹²¹⁸ Aml. § 9-3 første ledd omfatter derfor i utgangspunktet også opplysninger om sykefravær. Dette innebærer at arbeidsgiver bare kan etterspørre opplysninger om sykefravær dersom disse opplysningene er "nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som er knyttet til stillingen".

Jakhelln 2006 uttaler generelt at det "ikke er adgang til å stille spørsmål om tidligere sykefravær".¹²¹⁹ Forarbeidsuttalelsen han viser til¹²²⁰ gir imidlertid ikke grunnlag for en så generell slutning. I Jakhelln og Aune 2006 heter det bare at "informasjon om tidligere sykefravær vil være opplysninger som også omfattes av begrensningen i § 9-3."¹²²¹

Vil opplysninger om tidligere sykefravær kunne være "nødvendige for å utføre (...) arbeidsoppgaver som er knyttet til stillingen"?

Ordlyden i aml. § 9-3 første ledd synes å peke mot evne til å utføre *konkrete* arbeidsoppgaver. Dersom arbeidssøker i og for seg kan utføre arbeidsoppgavene i stillingen i perioder, men på grunn av sykdom kan forventes å ha mye fravær, passer ordlyden dårlig. Ordlyden er imidlertid ikke entydig, og kan i prinsippet også omfatte helseopplysninger som på annen måte er nødvendig for å vurdere arbeidssøkers evne til å utføre arbeidet. Forarbeidenes understrekning av at det må være mulig å spørre om arbeidssøker er "skikket for" eller "lider av en sykdom som er uforenlig med stillingen" tilsier at arbeidsgiver kan iverksette tiltak for å få opplyst om arbeidssøkeren har

¹²¹⁶ Se NOU 2001: 4 s. 104.

¹²¹⁷ NOU 2001: 4 s. 107.

¹²¹⁸ NOU 2004: 5 s. 442, tilsv. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

¹²¹⁹ Jakhelln 2006 s. 205.

¹²²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

¹²²¹ Jakhelln og Aune 2006 s. 365.

generelt nedsatt arbeidsevne på grunn av sykdom.¹²²² En etterspørring må imidlertid ikke være vinklet generelt mot arbeidssøkers sykdomsforhold, men mot hennes arbeidsevne i forhold til stillingens krav.

I nødvendighetskravet må videre ligge et krav til forholdsmessighet mellom mål og middel.¹²²³ I regelen vil det ikke være forholdsmessig å kartlegge ”normalvariasjoner” i helse-tilstand, og dermed etterspørre generelle opplysninger om dette.¹²²⁴ Når en først kommer til at opplysninger om tidligere sykefravær skal omfattes av forbudet, må nødvendighetskriteriet innebære at det ikke kan stilles generelle spørsmål om tidligere sykefravær, og heller ikke kan innhentes generelle opplysninger fra tidligere arbeidsgivere om sykefravær (heller ikke etter samtykke fra arbeidssøker).

3.3.3.5. Behov for individuell tilrettelegging

Vil arbeidsgiver ha rett til å etterspørre eller på annen måte innhente opplysninger om behov for individuell tilrettelegging?

Det kan innledningsvis slås fast at ingen av alternativene i aml. § 9-4 første ledd direkte omfatter medisinske undersøkelser med det formål å vurdere om en arbeidssøker har behov for individuell tilrettelegging. Opplysninger om behov for tilrettelegging som følge av helseforhold eller funksjonsnedsettelse faller i utgangspunktet inn under aml. § 9-3 første ledds begrep ”helseopplysninger”.¹²²⁵ Slike opplysninger kan imidlertid være nødvendige for å vurdere om arbeidstaker vil være i stand til å utføre stillingens arbeidsoppgaver.¹²²⁶ Arbeidsgiver må derfor etter aml. § 9-3 kunne etterspørre opplysninger om tilrettelegging er *nødvendig*, (herunder om arbeidssøker har en funksjonsnedsettelse som krever tilrettelegging), opplysninger av betydning for om tilrettelegging er *hensiktsmessig* (om det vil sette arbeidssøker i stand til å utføre stillingens arbeidsoppgaver), samt opplysninger om hvilke *kostnader og ulemper* tilretteleggingen vil medføre. Videre må arbeidsgiver kunne etterspørre opplysninger om *hvordan* tilrettelegging mest hensiktsmessig kan skje, for å forberede og iverksette f.eks. fysisk eller teknisk tilrettelegging før tiltredelse.

¹²²² Se f.eks. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148-149.

¹²²³ Se nærmere ovenfor under pkt. 3.3.3.1 og 3.3.3.2.

¹²²⁴ Sml. her også forarbeidene til den danske helbredsopplysningsloven L 240 (1994-95) s. 8 (bemerkningene til § 1) hvor det sterkt fremheves at arbeidsgiver ikke skal kunne innhente opplysninger om normalvariasjoner i helsetilstand.

¹²²⁵ Se ovenfor under pkt. 3.3.2.

¹²²⁶ Se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148 hvor det uttales at arbeidsgiver må ”kunne stille spørsmål om forhold som vil kunne ha betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet og lignende”.

Som vi har sett, kan nødvendighetskriteriet i aml. § 9-3 også innebære begrensninger med hensyn til *når* arbeidsgiver kan etterspørre opplysninger.¹²²⁷ Jakhelln legger til grunn at slike opplysninger kan kreves allerede ved utlysningen av stillingen, og begrunner dette med at arbeidsgiver har behov for å vurdere hvilken innflytelse funksjonshemmingen har på arbeids-
evnen.¹²²⁸ Det kan selvsagt variere hvor lang tid det vil ta å foreta denne vurderingen og – eventuelt – å iverksette nødvendige og hensiktsmessige tilretteleggingstiltak. Etter min mening bør det normalt være tilstrekkelig at slike opplysninger innhentes på intervju. Dette kan likevel selvsagt ikke være til hinder for at det angis i utlysningen at søkere som har behov for tilrettelegging, kan henvende seg til arbeidsgiver for orientering om slike muligheter.¹²²⁹

3.4. Forholdet mellom opplysningsplikt og etterspøringsforbud – rett til å lyve?

Under pkt. 3.2 har jeg drøftet arbeidssøkers opplysningsplikt om helseforhold hun kjenner til og som arbeidsgiver har en berettiget interesse i å bli opplyst om. I tillegg til opplysningsplikt av eget tiltak, vil en alminnelig prekontraktuell lojalitetsplikt også innebære at arbeidssøker plikter å svare *riktig* på arbeidsgivers spørsmål som gjelder søkers helsetilstand. Utgangspunktet vil derfor være at bevisst uriktige opplysninger om egen helsetilstand som er gitt på direkte spørsmål fra arbeidsgiveren utgjør opplysningssvikt. Slik opplysningssvikt kan gi arbeidsgiver grunnlag for å få satt arbeidsavtalen til side som ugyldig, eventuelt for kontraktsrettslige misligholdssanksjoner. Problemstillingen under dette punkt er om det må gjøres unntak fra dette utgangspunktet for opplysninger som arbeidsgiver ikke har rett til å etterspørre.

Vi kan tenke oss at arbeidsgiver krever at arbeidssøkerne til en stilling skal avgi en egenerklæring om at de generelt er friske, ikke har vært sykmeldt de siste år eller ikke lider av bestemte sykdommer, se § 9-3 og fremstillingen ovenfor. Eller at de blir bedt om å fremskaffe legeattest i andre tilfeller enn det som hjemles i aml. § 9-4. Arbeidssøker vil i slike tilfeller alltid ha den mulighet for å nekte å svare på spørsmål om helseforhold eller å gjennomføre en medisinsk undersøkelse. Hun risikerer likevel da å bli stilt utenfor konkurranse på urettmessig grunnlag. Det kan derfor være fristende for arbeidssøker å gi positivt uriktige opplysninger om sine helseforhold, for å unngå å bli utestengt.

Opplysningsplikten skal som nevnt verne arbeidsgiverens *berettigede* forventninger, og en forventning om å få en opplysning som det er forbudt å spørre om eller å legge vekt på, er i

¹²²⁷ Se ovenfor under pkt. 3.3.3.1.

¹²²⁸ Jakhelln 2006 s. 198.

¹²²⁹ Se f.eks. Statens personalhåndbok 2008 pkt. 2.3.2.5 og ovenfor under pkt. 2.2.

utgangspunktet ikke berettiget. Spørsmålet vil da være om arbeidsgiver til tross for dette utgangspunktet kan påberope seg bevisst uriktige opplysninger om arbeidssøkers helsetilstand som ugyldighetsgrunn.

På den ene side taler hensynet til effektiviteten i diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 første ledd og det implisitte vektleggingsforbudet i aml. § 9-3 første ledd for at arbeidsgiver ikke bør kunne påberope seg slike uriktige svar (på urettmessige spørsmål) som ugyldighetsgrunn. Herunder vil det ha betydning at vernet mot urettmessig innhenting og vektlegging av helseopplysninger og forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming ved ansettelse i praksis er svakt sanksjonert.

EF-domstolen legger i sak C-109/00 *Tele Danmark* til grunn at forbudet mot kjønnsdiskriminering i likebehandlingsdirektivet sammenholdt med forbudet mot oppsigelse av gravide i svangerskapsdirektivet, er til hinder for å avskjedige en arbeidstaker som har fortiet graviditeten, selv om hun er ansatt for en bestemt periode og på grunn av graviditeten ikke kan arbeide vesentlige deler av denne perioden. Diskrimineringsforbudet blir her gitt forrang i forhold til opplysningsplikten. Saken gjelder ikke direkte løgn, men angår likevel et tilfelle av klart bevisst fortieelse av at arbeidssøker ikke ville kunne fungere i stillingen i en vesentlig del av ansettelsesperioden.

På den annen side tilsier hensynet til gjensidig *tillit* i et langvarig kontraktsforhold med omfattende og nært samarbeid mellom partene at arbeidsgiver skal kunne påberope seg direkte uriktige opplysninger.

Tillitshensynet ser ut til å ha vært avgjørende for Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1988 s. 766, saken om den gravide lærervikaren. Den bristende forutsetning ble her definert som det forhold at søkeren "ikke har opplyst at hun p g a svangerskap bare ville kunne fungere i stillingen i en måned". Det er altså opplysningssvikten som fremheves, ikke de objektive vanskene arbeidstakers fravær ville ha medført for arbeidsgiver.¹²³⁰ LB-1999-1774, som gjaldt oppsigelse på grunnlag av tillitssvikt, er i en viss utstrekning parallell. Arbeidstaker hadde løyet på direkte spørsmål om han var opphavsmann til en artikkel i *Alle Menn*. Medvirkningen til artikkelen utgjorde i seg selv neppe oppsigelsesgrunn, spørsmålet var om *løgnen* viste at arbeidstaker ikke var skikket for stillingen. Lagmannsrettens flertall fant her at oppsigelsen var gyldig, ettersom arbeidstaker hadde tapt den tillit som var nødvendig for stillingen.

Dersom arbeidsgiver ikke hadde noen legitim interesse i å kreve slike forhold opplyst kan en likevel hevde at det i utgangspunktet var arbeidsgiver som begikk et tillitsbrudd og at arbeidssøkers handling utgjør en berettiget reaksjon på dette.¹²³¹

I Olderdalen ambulanse-saken, Rt. 2001 s. 248, hadde arbeidstakerne vært ærlige om sine intensjoner om å fagorganisere seg, og fikk av den grunn ikke stillingene. Høyesterett uttaler (s. 259) "at dersom en arbeidstaker som allerede er ansatt, fagorganiserer seg, og dette blir brukt som begrunnelse for oppsigelse, kan det ikke være tvilsomt at oppsigelsen ordinært vil være usaklig".

¹²³⁰ Spørsmålet om det ville ha vært i strid med likestillingsloven å legge vekt på graviditeten var prosedert, men retten tok ikke stilling til denne problemstillingen.

¹²³¹ Mindretallet i LB-1999-1774 ser ut til å være inne på liknende tanker: Mindretallet la avgjørende vekt på at løgnen var fremprovosert av arbeidsgiver, arbeidstaker var stilt i en tvangssituasjon og arbeidsgiver hadde brutt saksbehandlingsregler ved ikke å informere arbeidstaker om emnet for møtet.

Det er likevel uklart om Høyesterett med dette har ment å gi uttrykk for at en direkte løgn om slike intensjoner aldri ville kunne vært påberopt av arbeidsgiver som tillitsbrudd.

Etter min mening tilsier hensynet til effektiviteten i vernet mot urettmessig vektlegging av helseopplysninger og vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming at en arbeidssøker som utgangspunkt vil ha rett til å lyve der arbeidsgiver etterspør opplysninger som han ikke har rett til å etterspørre eller vektlegge. Det kan likevel foreligge unntak fra dette utgangspunktet: Dette kan blant annet gjelde hvor det kan være tvil om arbeidsgiver har rett til å etterspørre opplysningene. Videre kan det være grunnlag for ugyldighet hvor arbeidssøker har gjort seg skyldig i et straffbart forhold, for eksempel i form av forfalskning av legeattest.

3.5. Oppsummering – kommunikasjon av helseopplysninger ved ansettelse.

Som jeg var inne på innledningsvis under pkt. 3.1, kan ulike interesser stå mot hverandre i en ansettelsessituasjon. Fra arbeidsgivers side vil det være ønskelig å få avklart om arbeidstaker er helsemessig skikket til det arbeid hun settes til, av hensyn til sikkerheten for publikum eller kunder, andre ansatte, arbeidstaker selv eller av hensyn til arbeidsgivers økonomi. Arbeidssøker kan være interessert i å holde helseopplysninger for seg selv, på grunn av personlig ubehag ved å utlevere sensitive opplysninger eller av frykt for at disse urettmessig skal bli vektlagt. Avveiningen mellom disse hensyn vil være avgjørende for så vel arbeidssøkers plikt til å oppgi som for arbeidsgivers rett til å innhente helseopplysninger ved ansettelse.

De objektive vilkår for opplysningsplikt og rett til innhenting av helseopplysninger vil i utgangspunktet være sammenfallende. Så vel opplysningsplikt som innhentingsrett vil avhenge av vilkårene for inngrep i arbeidssøkers personvern. Her stilles krav om at inngrep skal være saklig, nødvendig og forholdsmessig.

Opplysningsplikt og innhentingsrett forutsetter for det første at arbeidsgivers interesse i bruk av opplysningene er *saklig*. Hensynet til menneskers liv eller helse vil være saklige grunnlag for så vel opplysningsplikt som innhentingsrett. Videre vil det være relevant å få avklart om arbeidssøker er i stand til å utføre stillingens arbeidsoppgaver og ellers generelt er arbeidsfør. Har helseopplysningene ikke betydning for arbeidsutførelsen foreligger verken opplysningsplikt eller innhentingsrett.

Opplysningsplikt og innhentingsrett forutsetter videre at det er *nødvendig* for arbeidsgiver å få disse opplysningene. Dette kan blant annet få betydning for hvem arbeidsgiver kan etterspørre opplysninger fra, og for når opplysningsplikt eller innhentingsrett oppstår. Når arbeidsgiver har rett til å få de relevante opplysningene, vil avhenge av hvilken bruk han skal gjøre av dem. Dersom

opplysningene skal brukes til å avgjøre om arbeidssøker er skikket til stillingen, vil de antakelig kunne etterspørres under intervju, men først kunne kreves dokumentert ved legeattest etter at det er gitt betinget arbeidstilbud. Dersom opplysningene er nødvendige for å tilrettelegge, må de som utgangspunkt kunne kreves oppgitt i så god tid at arbeidsgiver kan iverksette de nødvendige tilpasninger av arbeidsplassen før eller ved tiltredelse.

Opplysningsplikt og innhentingsrett forutsetter videre at inngrepet i arbeidssøkers personvern ikke er *uforholdsmessig*. Det må altså foretas en avveining mellom arbeidsgivers interesse i å bli meddelt opplysningene og arbeidssøkers interesse i å holde dem for seg selv. Her vil det være forskjeller i vekten av arbeidsgivers interesser. Hensynet til sikkerhet og helse for publikum mv. vil veie tyngre enn arbeidsgivers økonomiske interesser. Denne delen av interesseavveiningen vil i stor utstrekning tilsvare interesseavveiningen hva angår unntak fra forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming.¹²³²

Spesielt for opplysningsplikt fra arbeidssøkers side stilles i tillegg *subjektive* krav – arbeidssøker må kjenne til eller burde kjenne til helsetilstanden og dens betydning for arbeid utførelsen. Dersom arbeidsgiver burde ha avklart hvilken helsetilstand som er nødvendig for å fungere i stillingen, vil han ikke kunne påberope seg at det foreligger opplysningssvikt fra arbeidssøkers side.

Dersom arbeidsgiver etterspør opplysninger om arbeidssøkers helsetilstand i større utstrekning enn det han har rett til, vil hensynet til effektiviteten i forbudet mot innhenting av helseopplysninger tilsi at arbeidssøker som hovedregel har rett til å lyve. Det kan likevel tenkes unntak fra dette utgangspunktet, for eksempel hvor arbeidssøkerens handling innebærer brudd på straffebestemmelser.

4. Begrensninger i adgang til å vektlegge helsetilstand eller funksjonsnedsettelse ved ansettelse.

4.1. Innledning.

Under pkt. 4 vil jeg ta opp hvilke begrensninger som foreligger for adgangen til å *vektlegge* helseforhold eller funksjonsnedsettelse i en ansettelsessituasjon.

Først tar jeg opp om det foreligger et alminnelig krav om likebehandling av arbeidssøkere ved ansettelse, som får betydning for arbeidsgivers adgang til å legge vekt på søkerens helsetilstand. Eksistensen og innholdet av et slikt likebehandlingskrav tas opp under pkt. 4.2. Deretter, under pkt.

¹²³²

Se nærmere ovenfor under kap. IV pkt. 3.3.6 og nedenfor under dette kapittel pkt. 4.4.

4.3, presenterer jeg det eksplisitte forbudet mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming ved ansettelse, aml. § 13-1 første ledd jfr. § 13-1 første ledd bokstav a.

Hvor en arbeidssøker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse ikke er blitt foretrukket ved en ansettelse, kan arbeidsgiver ha begrunnet dette med forhold som har sammenheng med funksjonsnedsettelsen eller helseproblemene. For eksempel kan arbeidsgiver ha vist til at nødvendig tilrettelegging ville være uforholdsmessig byrdefullt. Hvorvidt arbeidsgiver legitimt kan legge vekt på slike forhold i en ansettelsessituasjon, tas opp under pkt. 4.4. Arbeidsgiver kan imidlertid også ha vist til forhold som ikke har sammenheng med funksjonsnedsettelsen, som at den foretrukne søkeren var bedre kvalifisert enn søkeren med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. I en slik situasjon vil det sentrale spørsmålet være hva som kreves av bevis for å fastslå at det har forekommet urettmessig forskjellsbehandling. Dette tas opp under pkt. 4.5.

Adgang til positiv vektlegging av en arbeidssøkers funksjonsnedsettelse eller helseproblemer tas opp under pkt. 4.6.

4.2. Krav til saklig valg ved ansettelse – utgangspunkt. Forholdet til standarden i aml. § 9-3 første ledd.

Innen offentlig sektor gjelder et generelt ulovfestet likebehandlingskrav ved valget mellom arbeidssøkere.¹²³³ Kravet innebærer at valg mellom stillingssøkere i utgangspunktet skal bygge på kvalifikasjoner.¹²³⁴ Innen kommunal sektor gjelder i tillegg et tariffestet kvalifikasjonsprinsipp, Hovedtariffavtalen i kommunesektoren § 2.2.

Innen privat sektor har arbeidsgiver tradisjonelt hatt stor frihet til å velge mellom arbeidssøkere. Det har imidlertid foregått en utvikling mot flere og flere begrensninger i arbeidsgivers valgfrihet, også ved ansettelse, noe som i seg selv kan være et argument for at flere begrensninger kan innfortolkes på ulovfestet grunnlag.¹²³⁵ Personopplysningslovens generelle saklighetskrav og etterspøringsforbudet i aml. § 9-3 kan ses på som ledd i en utvikling mot et alminnelig saklighetskrav også for privat arbeidsgiver ved ansettelse. Også Kårstø-dommen, Rt. 2001 s. 418, hvor Høyesterett uttaler at det foreligger et generelt saklighetskrav til beslutninger arbeidsgiver tar ”i medhold av sin styringsrett”, trekker i denne retning, selv om kan være tvilsomt om uttalelsen er ment å omfatte ansettelsesbeslutninger. Jakhelln konkluderer på bakgrunn av

¹²³³ Se bl.a. Rt. 1988 s. 20, Rt. 1976 s. 614, Rt. 1968 s. 283, Jakhelln 2006 s. 56 og 215 og Engelsrud 2003 s. 64 flg..

¹²³⁴ Kvalifikasjonsprinsippet er også lovfestet i enkelte sektorer, se bl.a. opplæringsloven § 10-5.

¹²³⁵ Se bl.a. uttalelsen i Innst. O. nr. 27 (1997-98) s. 10 om at arbeidsgivers styringsrett ”må begrenses i de tilfeller den kommer i strid med grunnleggende menneskerettigheter eller andre verdier som er viktige i samfunnet vårt.”

rettsutviklingen at det ”nepe [er] for dristig å anta at det også gjelder et saklighetskrav ved valget mellom søkere ved ansettelse i privat virksomhet.¹²³⁶ Jeg er i utgangspunktet enig.

Et slikt alminnelig saklighetskrav kan likevel ikke innebære noe generelt krav om at valget skal bygge på kvalifikasjoner, slik som i offentlig sektor. Når det stilles et saklighetskrav til privat arbeidsgiver, må det være i form av forbud mot å legge negativ vekt på forhold som er irrelevante, herunder helseproblemer og funksjonsnedsettelse med begrenset betydning for arbeidsevnen. Det kan ikke innebære et forbud mot å legge positiv vekt på forhold som arbeidsgivers tidligere kjennskap til den foretrukne arbeidssøker, gjensidig sympati eller ønske om å hjelpe den foretrukne. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor under pkt. 4.5.4 og 4.6.

Neste spørsmål blir hvor langt et slikt offentligrettslig og privatrettslig saklighetskrav rekker i forhold til å legge vekt på arbeidssøkernes helsetilstand. Vil standarden etter aml. § 9-3 første ledd ”nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen” også være avgjørende for hvilke opplysninger som kan *vektlegges*?

Selv om aml. § 9-3 direkte retter seg mot innhenting av opplysninger, er det i forarbeidene uttalt at formålet med bestemmelsen er å verne mot utstøting på helsemessig grunnlag. Forarbeidene peker også på sammenhengen med diskrimineringsvernreguleringen.¹²³⁷ Høyesterett har i Rt. 2001 s. 248, Olderdalen ambulanse, lagt til grunn at etterspøringsforbudet i dagjeldende aml. 1977 § 55A også innebar et forbud mot å legge vekt på opplysningene om fagforeningsmedlemskap. Dette taler for at det også foreligger et (ulovfestet) forbud mot å *legge vekt på* andre helseopplysninger enn dem som omfattes av etterspøringsretten.

Vilkårene for innhenting av helseopplysninger etter aml. § 9-3 første ledd bør etter dette i utgangspunktet være avgjørende for i hvilken utstrekning det vil være anledning for arbeidsgiver å *legge negativ vekt* på slike opplysninger. Arbeidsgiver vil bare kunne legge vekt på slike innhentede opplysninger i den utstrekning disse er ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”. Dette innebærer som vi har sett ovenfor under pkt. 3.3.3 et relativt strengt krav til at helseproblemene skal ha spesiell relevans og vekt i forhold til den aktuelle stillingen.

En annen problemstilling er imidlertid om begrensningene etter aml. § 9-3 også er avgjørende der helseopplysningene er tilflytt arbeidsgiver på annen måte enn ved aktiv etterspørring eller innhenting. Arbeidssøker kan for eksempel ha avgitt opplysningene uoppfordret, helseproblemene kan være åpenbare eller arbeidsgiver kan ha forutgående kjennskap til arbeidssøkers helsetilstand.

Formålet med bestemmelsen, som er fremhevet i forarbeidene, vil tale for et tilsvarende vektleggingsforbud også her. I Olderdalen ambulanse-dommen, Rt. 2001 s. 248, la Høyesterett en

¹²³⁶ Jakhelln 2006 s. 56.

¹²³⁷ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148. I NOU 2004: 5 s. 547 tar Arbeidslivslovutvalget et visst forbehold her ved å uttale at “[k]onkret regulerer imidlertid bestemmelsen kun spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger i en ansettelsesprosess.” Dette forbeholdet er ikke gjentatt i odelstingsproposisjonen.

viss vekt på faren for omgåelse av etterspøringsforbudet, når arbeidsgiver stilte manglende fagorganisering som vilkår for ansettelse. Denne delen av Høyesteretts begrunnelse vil ikke være overførbar hvor opplysninger om arbeidssøkers helsetilstand gis uoppfordret eller arbeidsgiver kjenner dem fra før. Det kan derfor hevdes at arbeidsgiver bør stå friere til å legge vekt på helseopplysninger som ikke er aktivt innhentet.

Forskjellen på formuleringene i aml. § 9-3, ”innhente”, og bioteknologiloven § 5-8, ”bruke”, kan tyde på at det ikke nødvendigvis er noe forbud mot bruk av helseopplysninger som ikke er aktivt innhentet. Behandling av helseopplysninger som avgis uoppfordret vil heller ikke komme inn under konsesjonsplikten etter popplyl. § 33.¹²³⁸

Til tross for disse innvendinger taler etter min mening de beste grunner for at standarden etter aml. § 9-3 også gjelder for bruk av helseopplysninger som er oppgitt uoppfordret /er kjent for arbeidsgiver. Det kan være tilfeldig på hvilken måte en arbeidsgiver får opplysninger om arbeidssøkernes helseforhold. Personvern hensyn kan også gjøre seg gjeldende i forhold til *bruk* av helseopplysninger, uansett hvordan disse i det konkrete tilfelle er tilflytt arbeidsgiver.

Jeg konkluderer altså med at standarden i aml. § 9-3 vil være avgjørende for offentlig og privat arbeidsgivers rett til å vektlegge helseopplysninger negativt ved ansettelse, enten disse opplysninger er aktivt innhentet eller tilflytt arbeidsgiver på annen måte.¹²³⁹ Utgangspunktet vil da være at arbeidsgiver bare kan legge negativ vekt på helseproblemer hvor disse gjør arbeidstaker ute av stand til å utføre stillingens arbeidsoppgaver. Arbeidsgiver må imidlertid også kunne legge vekt på sannsynlig sykefravær som er så stort at arbeidstaker ikke kan anses å være skikket for stillingen.

4.3. Diskrimineringsforbud på grunn av ”funksjonshemming” ved ansettelse - utgangspunkt.

Arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd forbyr direkte og indirekte diskriminering pga. ”funksjonshemming”. Aml. § 13-5 gir arbeidsgiver plikt til å tilrettelegge. Forbudene og påbudet gjelder også ved ansettelse, aml. § 13-2 første ledd bokstav a. Diskrimineringsvernet vil omfatte

¹²³⁸ Unntaket gjelder bare dersom opplysningene er avgitt uoppfordret av den registrerte (her arbeidssøker) selv. Dersom arbeidsgiver på annen måte har fått kjennskap til arbeidssøkers helsetilstand, vil konsesjonsplikten stadig gjelde. Se Johansen m.fl., 2001, s. 241-242.

¹²³⁹ Somb-2007-24 kan tilsynelatende motsi en slik løsning, ettersom Sivilombudsmannen i det konkrete tilfellet la til grunn av aml. § 9-3 stengte for innhenting av opplysninger om en arbeidstakers sykefravær, samtidig som kommunen hadde rett til å legge vekt på sykefraværet. Saken gjaldt et tilfelle hvor en arbeidstaker søkte om utvidelse av en deltidsstilling, men hvor arbeidsgiver ikke anså henne skikket på grunn av høyt sykefravær. Sivilombudsmannen la imidlertid til grunn at kommunen, dersom den ville legge vekt på sykefraværet, skulle ha informert arbeidstaker om dette, slik at hun selv kunne velge om hun ville fortelle om årsakene til fraværet og utsiktene til bedring. Det vil ikke være noen vesensforskjell mellom å innhente opplysninger direkte fra arbeidstaker og å opplyse arbeidstaker om at sykefraværet vil bli tillagt vekt slik at hun kan velge om hun vil informere om det. Poenget må uansett være at arbeidsgiver bare kan legge vekt på helseproblemer av et visst *omfang*, og at standarden for hva som kan vektlegges her følger standarden for hva som kan etterspørres.

personer med varig funksjonsnedsettelse, herunder kronisk sykdom, av en viss alvorlighet, men ikke personer med forbigående sykdom eller med helsetilstand eller funksjonsevne innenfor normalområdet.¹²⁴⁰

Etter forarbeidsdefinisjonen vil *direkte* diskriminering si at ”en person av grunner nevnt i § 13-1 behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.”¹²⁴¹ Direkte diskriminering kan f.eks. foreligge dersom arbeidsgiver avviser arbeidssøker på grunn av fordommer mot personer med visse typer fysiske avvik. Påvirker funksjonsnedsettelsen i utgangspunktet arbeidsutførelsen, vil det likevel utgjøre diskriminering å ta hensyn til dette, dersom pliktige tilretteleggingstiltak ville skapt en ”tilsvarende situasjon”, jfr. aml. § 13-5.¹²⁴² Det vil likevel ikke foreligge direkte diskriminering dersom den ulike behandlingen ”har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og (...) er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, se aml. § 13-3 første ledd.

Etter forarbeidsdefinisjonen foreligger *indirekte* diskriminering dersom en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre på grunn av ”funksjonshemming”.¹²⁴³ Det vil likevel ikke foreligge diskriminering så lenge kravet er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål og (...) ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”, aml. § 13-3 annet ledd.

Som jeg har vært inne på i den generelle delen av avhandlingen,¹²⁴⁴ vil vurderingen av om det foreligger diskriminering på grunn av funksjonshemming i en konkret situasjon svært ofte avhenge av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging.

Diskrimineringsforbudets generelle innhold er tatt opp i detalj under kap. IV pkt. 3.3. Her vil jeg drøfte visse problemstillinger som har særlig interesse i en ansettelsessituasjon.

4.4. Arbeidsgiver viser til forhold som har sammenheng med funksjonsnedsettelse/helseproblemer hos arbeidssøker. Legitim forskjellsbehandling.

4.4.1. Utgangspunkt.

Arbeidsgiver kan ha vist til forhold som har sammenheng med en arbeidssøkers funksjonsnedsettelse eller helsetilstand som grunnlag for at arbeidssøkeren ikke ble ansatt. For eksempel kan

¹²⁴⁰ Se nærmere om begrepet ”funksjonshemming” i aml. kap. 13 avhandlingens kap. IV pkt. 2.

¹²⁴¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹²⁴² Se nærmere om forholdet mellom tilretteleggingsplikt og forbudet mot direkte diskriminering kap. IV pkt. 3.3.5.2.

¹²⁴³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹²⁴⁴ Se nærmere kap. IV pkt. 3.3.5

arbeidsgiver mene at arbeidssøkers bevegelseshemming gjør henne uegnet til å utføre den delen av stillingens arbeidsoppgaver som krever fysisk styrke eller bevegelighet. Eller arbeidsgiver kan være av den oppfatning av arbeidssøker kan forventes å ha et uakseptabelt stort sykefravær.

I den generelle delen av avhandlingen har jeg blant annet utledet at dersom en funksjonsnedsettelse påvirker arbeidstakers mulighet for å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte, kan dette føre til at det i det konkrete tilfellet ikke foreligger noen ”tilsvarende situasjon”. Dårligere behandling på dette grunnlag vil derfor heller ikke utgjøre diskriminering på grunn av funksjonshemming. Det sentrale vurderingstema vil i slike tilfeller svært ofte være omfanget av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging, teknisk eller organisatorisk.

Hvor arbeidssøker ikke har en ”funksjonshemming”, vil spørsmålet være om og når arbeidstaker kan vektlegge helseproblemer negativt. Vurderingstemaet vil her som vist under pkt. 4.2 være om en mer tilfredsstillende helsetilstand er ”nødvendig for å utføre de oppgaver som knytter seg til stillingen”. Arbeidsgiver vil ikke ha plikt til tilrettelegging overfor arbeidssøker med helseproblemer med mindre disse har ført til ”funksjonshemming” etter arbeidsmiljøloven § 13-5. Men det alminnelige likebehandlingskravet ved ansettelse tolket på bakgrunn av aml. § 9-3 innebærer at helsetilstanden må innvirke på arbeidsevnen i et visst omfang for at den skal kunne vektlegges.

Et generelt vilkår for å legge vekt på forhold som har sammenheng med en funksjonsnedsettelse eller helsetilstand, vil være at arbeidsgiver konkret undersøker om tilstanden har betydning for arbeidsutførelsen, og, dersom arbeidssøker har en ”funksjonshemming”, hvilke muligheter som finnes for å tilrettelegge. Det stilles altså krav til at arbeidsgivers saksbehandling har vært forsvarlig, herunder at han har innhentet tilstrekkelig med opplysninger om funksjonsnedsettelsens eller helsetilstandens konsekvenser for arbeidsutførelsen og de tilretteleggingsmuligheter som foreligger.

I forhold til det alminnelige forvaltningsrettslige saklighetskravet ved ansettelse kan her vises til Somb-2005-23, tilsetting av vaktmester; Somb-1995-8, HIV-positiv søker til sykepleierstilling; og Somb-1974-22, søker til en lærerstilling som ble tilsidesatt på grunnlag av betinget legeattest; hvor Sivilombudsmannen i alle tilfeller kritiserte at arbeidsgiver ikke hadde foretatt tilstrekkelige undersøkelser av helsetilstandens betydning for arbeidsevnen. ARD 1975 s. 18, brannkonstabel, psykisk helsetilstand, og ARD 1959 s. 189, eldre arbeider ved veganlegg, gjelder det tariffrettslige kravet til at tilsetting skal skje etter kvalifikasjoner; nåværende HTA kommune § 2-2. Også her ble stilt krav til forsvarlig undersøkelse. Til illustrasjon kan også vises til en dom fra den svenske Arbetsdomstolen, AD 2003 nr. 47, hvor en bedrift hadde unnlatt å ansette en diabetiker som driftsoperatør, som følge av antatt helsefare ved utførelsen av arbeidsoppgavene. Arbetsdomstolen fant at det forelå direkte diskriminering på grunn av funksjonshemming. Arbeidsgiver kunne ikke avvise en arbeidstaker med en slik generalisert begrunnelse, men måtte undersøke om den konkrete arbeidssøker var skikket for stillingen.

Nedenfor vil jeg gå gjennom ulike forhold som har sammenheng med en arbeidssøkers funksjonsnedsettelse eller helseproblemer og som kan tenkes påberopt av en arbeidsgiver i en ansettelsessituasjon. Jeg vil drøfte om disse kan begrunne at en søker avvises eller behandles dårligere ved ansettelse.

4.4.2. Behov for individuell tilrettelegging - generelt.

Kan arbeidsgiver legitimt legge vekt på en arbeidssøkers behov for individuell tilrettelegging for å kunne utføre arbeidet?

Som nevnt ovenfor, vil det alminnelige likebehandlingskravet ved ansettelse ikke omfatte noen plikt til individuell tilrettelegging. Dette innebærer at det ved vurderingen av om helsetilstanden innvirker på arbeidsevnen, ikke kan gis "fratrekk" for hva som kunne vært oppnådd ved individuell tilrettelegging. Dette utgangspunktet synes imidlertid å ha liten praktisk betydning. Hvor det foreligger en sykdom eller tilstand som gjør det nødvendig med tilrettelegging, vil denne tilstanden i de aller fleste tilfeller være å anse som en "funksjonshemming", og da vil krav om individuell tilrettelegging følge av aml. § 13-5.

Arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging overfor en konkret arbeidssøker med "funksjonshemming" innebærer at behov for slik tilrettelegging opp til terskelen for hva som utgjør en "uforholdsmessig stor byrde" ikke kan vektlegges i en ansettelsesvurdering.¹²⁴⁵

Situasjonen ved ansettelse er likevel spesiell i forhold til situasjonen ved tilrettelegging under arbeidsforholdet. I en ansettelsessituasjon er det, i hvert fall i første omgang, ikke snakk om konkret tilrettelegging. Det dreier seg om en hypotetisk vurdering av om tilrettelegging vil være nødvendig, hensiktsmessig og effektiv, samt om den vil innebære en uforholdsmessig byrde. I motsetning til under arbeidsforholdet har arbeidsgiver i en ansettelsessituasjon få muligheter for å prøve ut tilretteleggingstiltak før det blir avgjort om den funksjonshemmede arbeidssøkeren skal få stillingen.

Det stilles derfor i første omgang krav til arbeidsgivers saksbehandling, undersøkelse av behov, og samarbeid med arbeidssøker og med offentlige etater/organisasjoner som bistår med tilretteleggingsbehov. Til hjelp ved denne vurderingen kan arbeidsgiver blant annet innhente råd hos Diskrimineringsombudet, som kan gi veiledning om plikt til tilrettelegging etter aml. § 13-5. Arbeidstilsynet kan veilede om tekniske muligheter for tilrettelegging av arbeidsplassen og NAV

¹²⁴⁵

Se nærmere kap. IV pkt. 3.3.4.2.

kan blant annet gi veiledning om muligheter for støtte til ombygging av maskiner og utstyr på arbeidsplassen, samt utlån av hjelpemidler.¹²⁴⁶

Arbeidsgiver må vurdere om tilretteleggingstiltak er *nødvendige*. Dette forutsetter en dialog mellom arbeidssøker og arbeidsgiver, hvor arbeidssøker vil måtte gi opplysninger om funksjonsnedsettelsens art og arbeidsgiver om stillingens arbeidsoppgaver. Jeg viser til det som er skrevet om kommunikasjon av helseopplysninger under dette kapittel pkt. 3.2 og 3.3.

Videre må arbeidsgiver vurdere om tilretteleggingstiltak ville vært *effektive*, i den forstand at de ville kompensert for funksjonsnedsettelsens innvirkning på muligheten for å utføre arbeidet. For en rullestolbruker med kontorarbeid vil ofte fysisk tilrettelegging av arbeidssituasjonen være fullt ut effektivt. For en arbeidssøker med kronisk sykdom kan det være vanskeligere å vurdere om tilretteleggingstiltak som for eksempel fleksibel arbeidstid vil skape en "tilsvarende situasjon". Som nevnt er det tilstrekkelig at arbeidstaker etter tilretteleggingen kan utføre stillingens vesentligste funksjoner. Dette kan blant annet bety at arbeidsgiver må sette andre arbeidstakere til å utføre visse, mindre viktige typer arbeidsoppgaver, for eksempel der oppgaver som krever fysisk styrke eller bevegelse utgjør en mindre viktig del av arbeidsoppgavene.

Endelig må arbeidsgiver vurdere om tiltakene vil innebære en "*uforholdsmessig stor byrde*". Hvilken byrde tilretteleggingstiltakene innebærer vil blant annet avhenge av ulemper og kostnader ved tiltaket samt arbeidsgivers ressurser. Jeg viser her generelt til det som er skrevet under kap. VI pkt. 2.3, se her særlig pkt. 2.3.3 om "Pliktens dybde".

Det kan likevel reises spørsmål om vurderingen av hva som konkret innebærer en "*uforholdsmessig stor byrde*" kan stille seg forskjellig ved ansettelse enn under arbeidsforholdet, og da slik at arbeidsgivers plikt til tilrettelegging i forhold til en arbeidssøker er mindre omfattende enn overfor en arbeidstaker. Hensynet til rettferdighet ved utveksling av tjenester¹²⁴⁷ kan tilsi at arbeidsgiver har større tilretteleggingsplikt overfor arbeidstakere enn i forhold til arbeidssøkere. I forhold til kontraktsvernreguleringen, se nå aml. § 4-6 og § 15-7, har det tradisjonelt vært forutsatt at arbeidsgiver har større plikter overfor arbeidstaker som er blitt yrkeshemmet etter at de ble ansatt, og i særdeleshet overfor arbeidstakere som er blitt yrkeshemmet *som følge av arbeidet*.¹²⁴⁸

Ordlyden i aml. § 13-5, "*uforholdsmessig stor byrde*", gir anvisning på en skjønsmessig vurdering, og utelukker i seg selv ikke at det kan tas hensyn til om det er tale om tilrettelegging for

¹²⁴⁶ NAVs tiltak inkluderer blant annet et såkalt "Garanti for oppfølging"-kort samt en egen "Tilretteleggingsgaranti." Her garanteres blant annet oppfølging i forhold til hjelpemidler etc. Se NAVs brosjyre "Virkemidler for et mer inkluderende arbeidsliv" av januar 2008.

¹²⁴⁷ Se under kap. I pkt. 6.2.

¹²⁴⁸ Blant annet legges det til grunn i Ot.prp. nr. 3 (1975-76) (s. 70) at de plikter arbeidsgiver har overfor arbeidstakere som var yrkeshemmede ved ansettelse "må være mer begrenset enn for arbeidstakere som ved tilsetningen ikke var yrkeshemmet." Slik også Jakhelln 2006 s. 656. Betydningen av slike forhold er likevel blitt nedtonet i den seinere tid, se f.eks. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232.

en arbeidssøker eller for en yrkesskadet arbeidstaker med 20 års tjeneste. I forhold til § 13-5 er det likevel funksjonshemmingen som sådan og behovet for tilrettelegging i forbindelse med denne som utløser forpliktelser for arbeidsgiver. Det er ingen uttalelser i forarbeidene til § 13-5 eller dens forjengere som tilsier at vurderingen av om det foreligger en ”uforholdsmessig stor byrde” skal falle forskjellig ut for arbeidssøkere og arbeidstakere. Bestemmelsens EF-rettslige bakgrunn taler heller ikke for noe slikt skille.

Synet på funksjonshemming som et relasjonsbegrep innebærer dessuten et større fokus på omgivelsene som den *egentlige* årsak til funksjonshemminger: Dersom arbeidsgiver hadde skapt et inkluderende og universelt tilgjengelig arbeidsmiljø, ville det ikke være nødvendig med individuell tilrettelegging. Når arbeidsgiver tilrettelegger individuelt for en søker med funksjonshemming, kan det hevdes at han egentlig bare oppfyller generelle arbeidsmiljømessige plikter. På den annen side er det grenser for hvor langt en kan trekke dette synspunktet: Mennesker med funksjonsnedsettelse er en uensartet gruppe med forskjellige behov, og det vil ikke være praktisk mulig å ta hensyn til alle disse behov i den generelle utformingen av en arbeidsplass.

I og med at standarden ”uforholdsmessig stor byrde” er så skjønnsmessig, vil det etter min mening ikke være irrelevant å ta et visst hensyn til rettferdighet ved utveksling av tjenester ved vurderingen.¹²⁴⁹ Det er altså ikke gitt at standarden for hva som anses for å være en ”uforholdsmessig stor byrde” i forhold til tilrettelegging for en arbeidssøker er den samme som den som gjelder under arbeidsforholdet. Nedenfor vil jeg gå nærmere inn på tilfeller hvor det kan være forskjeller.

4.4.3. Fleksibilitet/begrensninger i forhold til arbeidsoppgaver og arbeidstid.

En arbeidssøker med funksjonsnedsettelse kan av denne grunn være mindre fleksibel i forhold til stillingens arbeidsoppgaver. For eksempel kan en arbeidssøker pga. fysisk funksjonsnedsettelse ikke være i stand til å utføre alle stillingens funksjoner, eller være mindre fleksibel i forhold til å veksle mellom intellektuelle og fysiske arbeidsoppgaver. Videre kan en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse ta forbehold med hensyn til arbeidstid, for eksempel kan arbeidssøker med leddgikt ønske å få redusert arbeidstid og arbeidstaker med psykisk sykdom ønske fritak fra nattarbeid.

Vil arbeidsgiver legitimt kunne avvise en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse på grunnlag av manglende fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver eller arbeidstid?

Som utledet under kap. IV pkt. 3.3.2.5 og 3.3.4.2 vil det avgjørende for om det foreligger diskriminering på grunn av funksjonshemming svært ofte være om det, gitt pliktige tilrette-

¹²⁴⁹ Sml. også de delvis parallelle problemstillinger som er tatt opp i kap. VI pkt. 2.3.4.4 og 2.3.4.5.

leggingstiltak, foreligger en ”tilsvarende situasjon”. Det vil være tilstrekkelig for å konstatere en ”tilsvarende situasjon”¹²⁵⁰ at arbeidssøker er i stand til å utføre stillingens vesentlige arbeidsoppgaver.

Dersom arbeidssøker ved hjelp av tekniske hjelpemidler eller en personlig assistent vil kunne utføre *alle* stillingens arbeidsoppgaver, vil situasjonen i de fleste tilfeller være rettslig uproblematisk. Slike hjelpemidler eller assistenter belastes ikke arbeidsgiver og denne type tilretteleggingstiltak vil derfor sjelden innebære noen uforholdsmessig byrde.

Er tekniske tiltak eller assistenter ikke tilgjengelige eller hensiktsmessige, vil spørsmålet være om arbeidsgiver har plikt til å iverksette organisatoriske tilretteleggingstiltak i form av omstrukturering av arbeidsoppgaver eller arbeidstid. I slike tilfeller vil det være glidende overgang mellom problemstillingene (1) om tilrettelegging innebærer en uforholdsmessig byrde, (2) om det foreligger en tilsvarende situasjon og (3) om arbeidssøker vil kunne utføre stillingens vesentlige arbeidsoppgaver. I drøftelsen nedenfor vil derfor disse problemstillinger tas opp samlet.

Jeg tar først opp arbeidsgivers plikt til å endre stillingens arbeidsoppgaver eller tåle at arbeidssøker ikke kan utføre alle arbeidsoppgaver i stillingen.

Det vil som nevnt være tilstrekkelig at funksjonshemmet arbeidssøker etter tilrettelegging vil kunne utføre stillingens *vesentligste* oppgaver. Organisatoriske tilretteleggingstiltak kan blant annet gå ut på at arbeidsgiver må omfordele mindre vesentlige arbeidsoppgaver. Det vil derfor ikke være anledning til å avvise en synshemmet søker til en lærerstilling fordi hun ikke kan kontrollere om elevene jukser under eksamen, eller en rullestolbrukende bibliotekar fordi hun ikke kan plassere bøkene på de øverste hyllene i biblioteket. For en stillarbeider vil derimot evnen til å klatre i stiger være nødvendig for å utføre stillingens vesentlige funksjoner, og det vil klart være relevant å legge vekt på denne evnen.

Vil arbeidsgivers plikt til organisatorisk tilrettelegging i form av omfordeling av arbeidsoppgaver være mindre omfattende i en ansettelsessituasjon enn den er under arbeidsforholdet?

I forarbeidene til aml. § 13-5 er lagt til grunn at bestemmelsen *i forhold til arbeidstakere* også omfatter tilrettelegging for ”andre typer arbeid i samme virksomhet”.¹²⁵¹ Her går aml. § 13-5 i hvert fall tilsynelatende lengre enn det som kreves etter sysselsettingsdirektivet, ettersom dette forutsetter at arbeidstaker etter pliktig tilrettelegging må være i stand til å utføre ”de væsentlige funksjoner i forbindelse med *den pågående stilling*”.¹²⁵² En rett til omplassering til ”andre typer

¹²⁵⁰ (Andre forhold like.)

¹²⁵¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

¹²⁵² Fortalens avsnitt 17. Min kursiv.

arbeid i samme virksomhet” for arbeidssøkere kan, i mangel av konkrete holdepunkter, ikke følge av aml. § 13-5. Arbeidsgiver kan videre ikke ha plikt til å omstrukturere arbeidsoppgaver i en slik grad at stillingen fremtrer som en annen enn den som arbeidssøker søkte på. Slik sett kan arbeidsgivers plikt til omplassering være mindre omfattende i forhold til arbeidssøkere enn i forhold til arbeidstakere. Det vil ikke utgjøre diskriminering om arbeidsgiver avviser en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse fordi det er en vesentlig andel av *stillingens* oppgaver som hun ikke vil kunne utføre, selv om det måtte være mulig å sysselsette henne i andre stillinger innen virksomheten.

Neste problemstilling er om arbeidsgiver har plikt til tilrettelegging av arbeidstiden i forhold til arbeidssøkere, og hvor langt denne tilretteleggingsplikten i tilfelle går. Slik tilrettelegging kan eventuelt bestå i en endring av arbeidstidens omfang (reduisert arbeidstid) eller plassering (fritak fra nattarbeid eller skiftordning).

For det første kan vi slå fast at arbeidsmiljølovens øvrige hjemler for tilrettelegging av arbeidstiden ikke hjemler plikt til tilrettelegging av arbeidstid i forhold til arbeidssøkere. Aml. § 4-6 og aml. § 10-2 annet og fjerde ledd, som innebærer svært omfattende plikter til tilrettelegging av arbeidstiden, får bare anvendelse overfor arbeidstakere.¹²⁵³ Heller ikke det alminnelige forbudet mot diskriminering av deltidsansatte, § 13-1 tredje ledd, synes etter sitt innhold å gi rettigheter for arbeidssøkere.¹²⁵⁴ En arbeidssøker kan altså ikke etter annen arbeidsrettslig regulering kreve å få arbeide dagtid eller deltid hos en arbeidsgiver som praktiserer natt-, skift- eller heltidsarbeid.

Spørsmålet vil da være om aml. § 13-5 omfatter tilrettelegging av arbeidstid for arbeidssøker med funksjonsnedsettelse, og hvor langt arbeidsgiver eventuelt har plikt til å tilrettelegge arbeidstiden etter denne bestemmelse.

Spørsmålet er ikke direkte tatt opp i forarbeidene til aml. § 13-5 eller dens forgjengere. Det er likevel klart at endringer i arbeidstiden vil falle inn under ordlyden i aml. § 13-5,¹²⁵⁵ og at dette i enkelte tilfeller kan utgjøre et hensiktsmessig tilretteleggingstiltak.

En del folkerettslige instrumenter trekker frem mulighet for deltid og fleksitid som et virkemiddel for å fremme like muligheter for mennesker med funksjonsnedsettelse i arbeidslivet. FNs standardregler om like muligheter for mennesker med funksjonsnedsettelse fra 1993, regel 7, fremhever mulighetene for ”flexible hours, part-time work” og ”job sharing.” ILOs atføringsrekommendasjon R 168 (1983) pkt. 11 k) er enda mer spesifikk når den omtaler ”provision of part-

¹²⁵³ I forarbeidene til tidligere aml. 1977 § 46A drøfter departementet om det bør innføres en rett til deltid for arbeidssøkere. Dette avvises imidlertid fordi det ville innebære et for stort inngrep i arbeidsgivers styringsrett, se Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 34. Videre drøftes, og avvises, et forslag om at arbeidsgiverne skal pålegges å ha et visst antall deltidsstillinger, Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 31-32. Heller ikke arbeidstidsdirektivet av 2003 (ERdir.2003/88/EF) art. 9 nr. 1 b om nattarbeideres rett til overgang til dagtid som følge av påviste helseproblemer, omfatter arbeidssøkere.

¹²⁵⁴ Aml. § 13-1 tredje ledd gir bestemmelsene i kap. 13 tilsvarende anvendelse for ”arbeidstaker som arbeider deltid”. (Min kursiv.)

¹²⁵⁵ Se nedenfor under kap. VI pkt. 2.3.2.3 om tilrettelegging av arbeidstiden under arbeidsforholdet.

time employment and other job arrangements, in accordance with the capabilities of the individual disabled person for whom full-time employment is not immediately, and may not ever be, practicable.” ILOs Code of practice 2002 trekker frem “flexibility of work schedules”.¹²⁵⁶ Dette er alle ikke-bindende instrumenter.¹²⁵⁷

Ut fra lovens ordlyd, bakgrunn og forarbeider, synes det rimelig å anta at plikten til tilrettelegging i forhold til arbeidssøker med funksjonsnedsettelse etter aml. § 13-5 i prinsippet også omfatter arbeidstidstilpasninger. Arbeidsgiver kan derfor være forpliktet til å tilrettelegge arbeidstiden i forhold til en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse så lenge dette i det konkrete tilfellet ikke utgjør noen ”uforholdsmessig stor byrde”. Slike arbeidstidstilpasninger i medhold av aml. § 13-5 kan i prinsippet også omfatte redusert arbeidstid og fritak fra nattarbeid eller skiftordninger.

Et annet spørsmål er imidlertid om vurderingen av hva som anses som en ”uforholdsmessig stor byrde” kan stille seg forskjellig i forhold til arbeidssøkere og arbeidstakere.

Det er ikke praktisk vanskeligere for arbeidsgiver å tilrettelegge for arbeidssøkere enn for arbeidstakere: Den faktiske byrden ved å tilrettelegge vil være den samme enten det dreier seg om arbeidssøkere eller arbeidstakere. Videre vil adgangen til deltid i praksis være svært viktig for å fremme sysselsetting for en del grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.¹²⁵⁸ Redusert arbeidstid er i praksis et svært viktig virkemiddel i forhold til at arbeidstakere som utvikler funksjonsnedsettelse og helseproblemer under arbeidsforholdet, skal kunne fastholde ansettelsen. Virkemidlet kan være like praktisk og viktig i forhold til arbeidssøkere som ønsker å komme inn på arbeidsmarkedet.

Et reelt argument for at plikt til tilrettelegging av arbeidstiden skal ha samme omfang for arbeidssøkere som for arbeidstakere vil være at arbeidssøker i praksis kan velge å ta jobben, for deretter etter kort tid å kreve redusert arbeidstid. Arbeidsgiver vil da ha en omfattende plikt til å tilrettelegge, med forutsetningsvis svært begrenset mulighet for å påberope seg opplysningssvikt om forholdet. En plikt som rekker like langt i forhold til arbeidssøkere og arbeidstakere vil hindre at arbeidssøker føler seg tvunget til å lyve, med påfølgende mulighet for mistillit og samarbeidsvansker mellom partene.

¹²⁵⁶ ILO Code of practice Managing disability in the workplace, 2002, pkt. 7.2.4.

¹²⁵⁷ FN-PF 2006 art. 27 nevner ikke arbeidstid direkte. “Reasonable accommodation” i art. 2 pkt. 4 er bredt beskrevet og kan i prinsippet også omfatte tilrettelegging av arbeidstid. Konvensjonen er pr. mai 2008 ikke ratifisert av Norge.

¹²⁵⁸ FFO understreker i en høringsuttalelse gjengitt i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 226 at ”en god og fleksibel tilgang til deltidsarbeid for en del mennesker med funksjonshemming og kronisk sykdom faktisk er en forutsetning for muligheter til yrkesdeltakelse”. Uttalelsen gjelder ikke aml. kap. 13, men forslaget om å lovfeste en fortrinnsrett for deltidsansatte ved utlysning av en ny stilling.

Et argument for at plikten til tilrettelegging av arbeidstid rekker kortere ved ansettelse vil være at arbeidsgivers styringsrett står sterkere i en slik situasjon.¹²⁵⁹ Hensynet til rettferdighet ved utveksling av tjenester kan videre tilsi at arbeidsgivers plikter overfor arbeidstakere er mer omfattende enn i forhold til arbeidssøkere.¹²⁶⁰ Hvor tilretteleggingsplikt i forhold til arbeidstakere er knyttet til arbeidsforholdet eller virksomheten, vil tilretteleggingsplikt i forhold til arbeidssøkere i større utstrekning være knyttet til den enkelte stillings innhold. Etter min mening bør det etter dette kunne ha en viss betydning for uforholdsmessighetsvurderingen etter aml. § 13-5 om kravet om tilrettelegging av arbeidstiden kommer fra en arbeidssøker eller en arbeidstaker.

Jeg konkluderer altså med at arbeidsgiver kan ha plikt til å tilrettelegge arbeidstiden i forhold til arbeidssøker med funksjonsnedsettelse etter aml. § 13-5. Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging overfor arbeidssøkere vil imidlertid være noe mer begrenset enn den tilsvarende (i praksis svært vidtgående) plikten til å tilrettelegge arbeidstiden for arbeidstakere.

4.4.4. Kvalifikasjoner/kvalitet.

Dersom helsetilstanden eller funksjonsnedsettelsen etter pliktig tilrettelegging må antas å føre til generelt nedsatt *kvalitet* på arbeidsytelsen, vil arbeidsgiver klart kunne vektlegge dette. Vi kan tenke oss en porselensmaler som skjelver på hånden som følge av muskelsykdom. Prinsippet om at kvalifikasjoner er viktigste kriterium for valg mellom arbeidssøkere tilsier nettopp at en vektlegger en arbeidssøkers evne til å utføre arbeidet, og dersom arbeidssøkers ytelse pga. hennes funksjonsnedsettelse eller helseproblemer vil ha lavere kvalitet enn andres, vil hun ikke være den best kvalifiserte.

Tilrettelegging vil som regel ikke ha betydning i slike tilfeller. Dersom arbeidsgiver skal ha plikt til tilrettelegging, må det forventes at tiltaket vil være fullt ut effektivt. Det kan her ikke legges inn noen margin for nedsatt kvalitet på arbeidsytelsen som har sammenheng med arbeidssøkers funksjonsnedsettelse. Det kan altså ikke være tilstrekkelig at arbeidssøker må antas å fylle minimumskravene til kvalitet på arbeidsytelsen.¹²⁶¹

¹²⁵⁹ Dette er blant annet trukket frem i forarbeidene til aml. 1977 § 46A som et argument mot at arbeidssøkere skulle kunne kreve redusert arbeidstid, se Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 34.

¹²⁶⁰ Se kap. I pkt. 6.2 om rettferdighet ved utveksling av tjenester og også kap. VI pkt. 2.3.4.5 om betydning av ansettelsestid i forhold til tilrettelegging under arbeidsforholdet.

¹²⁶¹ Motsatt hva som er tilfelle ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, hvor det må legges inn en vid margin for kvalitetssvikt som har sammenheng med helseforhold og funksjonsnedsettelse. Se nærmere om dette kap. VII pkt. 2.3.

4.4.5. Produktivitet/arbeidstempo.

Et annet praktisk tilfelle kan være at arbeidssøker som følge av fysisk eller kognitiv funksjonsnedsettelse kan forventes å arbeide langsomt. Hun trenger altså lengre tid enn andre på å utføre de samme arbeidsoppgavene. Spørsmålet vil da være om det vil være i strid med diskrimineringsvernet å vektlegge dette, herunder om arbeidsgiver kan være pliktig til å tilrettelegge etter aml. § 13-5.

Lavere produktivitet i en overgangsfase kan ha sammenheng med anskaffelse og tilpasning av hjelpemidler.¹²⁶² Dersom arbeidssøkers arbeidstempo kan økes ved hjelp av tekniske hjelpemidler, vil arbeidsgiver klart kunne ha en plikt til tilrettelegging.

I andre tilfeller kan arbeidssøker over tid forventes å ha lavere produktivitet, men arbeidsgiver blir likevel ikke økonomisk skadelidende, som følge av tilskudd fra det offentlige for å kompensere for den lavere produktiviteten. Kan slike situasjoner falle inn under diskrimineringsvernet ved ansettelse?

Nedenfor gis for oversiktens skyld først en kort presentasjon av de viktigste forskriftsfestede bistandsordningene som tar sikte på å kompensere for nedsatt produktivitet som følge av helseproblemer o.l.. Deretter går jeg inn på forholdet mellom disse ordningene og forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Ifølge forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember 2001 § 2-4 kan det gis lønns-tilskudd til arbeidsgivere som tar inn arbeidssøkere som har særlige vansker med å komme inn på arbeidsmarkedet. Arbeidsmarkedstiltakene retter seg mot ”yrkeshemmede”, noe som i forskriften § 1-2 bokstav c defineres som ”personer som har fått sin evne til å utføre inntektsgivende arbeid nedsatt, eller har fått sine muligheter til å velge yrke eller arbeidsplass vesentlig innskrenket. Årsaken til dette kan være sykdom, skade eller lyte.” Arbeidssøkerne skal tilsettes på ordinære lønns- og arbeidsvilkår, forskriften § 2-1, men med tidsbegrenset lønnstilskudd, forskriftens § 2-4, som skal kompensere for ”arbeidstakerens lavere produktivitet i denne perioden.” Fullt lønnstilskudd svarer til 50 % av lønnen i 18 måneder, forskriftens § 2-5.

Forskrift om tilskudd av lengre varighet for personer med redusert arbeidsevne som følge av lidelser med variabelt forløp av 23. juni 2000 retter seg mot personer som har variabel og redusert yteevne pga. lidelser med variable forløp, forskriftens § 2. Deltaker skal ha vanlig lønn, forskriftens § 5, og utføre ordinære oppgaver, forskriftens § 3. Tilskudd kan gis med 75 prosent av lønn de første 6 måneder og med 40, eventuelt 50 % av lønn i ytterligere fire år og seks måneder.

Forskrift om lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid av 14. desember 2001 retter seg som det fremgår mot uførepensjonister, se også forskriften § 2. Formålet

¹²⁶² Se her til illustrasjon NAD 1988 s. 1078 Drammen, blind annonseselger, hvor retten fant at den manglende omsetning for en stor del skyldtes forsinkelser med å få tilpasset datautstyr. Saken gjaldt oppsigelse.

er å integrere disse i ordinært arbeidsliv, forskriftens § 1. Tiltaksdeltaker skal ha ordinær lønn, forskriftens § 4. Tilskudd gis i form av lønnsrefusjon med inntil 50 % av lønnen i inntil tre år, forskriftens § 6 annet ledd første punktum. Det kan også gir tilskudd til tekniske tilretteleggingstiltak, forskriftens § 5 4. ledd.

Tilfeller som dekkes av disse tilskuddsordningene, bygger på at arbeidssøkerne har redusert arbeidsevne. I slike tilfeller vil det sjelden foreligge noen "tilsvarende situasjon", selv om arbeidsgiver vil ha krav på lønnstilskudd. Disse ordninger synes også basert på frivillighet fra arbeidsgivers side. Arbeidsgiver har derfor ikke noen "plikt" til å søke på slike tilskudd, og muligheten for tilskudd vil ikke gå inn i en vurdering av om det foreligger en "tilsvarende situasjon" etter diskrimineringsforbudet. Det foreligger også uttalelser i forarbeidene til 2001-endringen i tidligere aml. § 55A som kan tyde på at det var meningen å holde denne gruppen utenfor diskrimineringsvernet.¹²⁶³

Det kan likevel ikke utelukkes at det *kan* foreligge en tilsvarende situasjon, selv om arbeidstaker kan forventes å ha lavere produktivitet i en viss tilpasningsperiode. I tidligere underrettspraksis som gjelder oppsigelse er lagt til grunn at arbeidstaker med funksjonsnedsettelse må innrømmes noe ekstra tid til tilpasning, og at det ikke kan stilles samme krav til å være fullt ut produktiv fra første dag.¹²⁶⁴ At plikten til tilrettelegging etter aml. § 13-5 også gjelder overfor arbeidssøkere, kan tilsi at disse argumentene også kan ha overføringsverdi i en ansettelsessituasjon.

Det er videre viktig å være klar over at det forhold at en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse er karakterisert som yrkeshemmet i forhold til lønnstilskudd, kan være taktisk begrunnet. At det innvilges lønnstilskudd kan gjøre en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse mer attraktiv for arbeidsgivere som er usikker på funksjonsnedsettelsens virkning for arbeidsevnen. Dette bør derfor ikke være negativt avgjørende for om vedkommende har vern mot diskriminering.

4.4.6. Stabilitet/sykefravær.

Videre kan arbeidsgiver ha avvist en arbeidssøker ved ansettelse som følge av økt risiko for sykefravær. Spørsmålet blir da i hvilken utstrekning økt fraværskisiko kan utgjøre en legitim grunn for ikke å ansette arbeidssøker.

Risiko for fremtidig sykefravær er et forhold som i utgangspunktet vil være vanskelig å vurdere i en ansettelsessituasjon. Arbeidsgivers vurdering vil måtte bygge på opplysninger om (tidlig-

¹²⁶³ Se Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 10 hvor departementet uttaler at personer med begrenset yteevne ikke skal omfattes av diskrimineringsvernet.

¹²⁶⁴ Se f.eks. NAD 1988 s. 1078 Drammen, blind annonseselger, hvor retten generelt la til grunn at arbeidsgiver måtte akseptere at arbeidstaker som blind trengte noe lengre tid enn andre på å tilpasse seg arbeidet.

ere) sykefravær som blir innhentet i forbindelse med ansettelsen,¹²⁶⁵ på tidligere kjennskap til arbeidssøker eller på opplysninger som arbeidssøker uoppfordret gir i en ansettelsessituasjon.

At vurderingen i praksis er vanskelig kan på den ene side tale for at arbeidsgiver bør ha en viss skjønnsmargin før rettsstridsgrensen er overtrådt. På den annen side kan nettopp usikkerheten med hensyn til fremtidig utvikling, sammen med det forhold at også arbeidsmiljøfaktorer påvirker sykefraværet, tale for en snever adgang til å legge vekt på utsikt til sykefravær ved ansettelse.

Variasjoner i utsikt til sykefravær kan for det første være utslag av forhold som ikke kan karakteriseres som "funksjonshemming". Dette gjelder for eksempel variasjoner i sykefravær som har forbindelse med motivasjon for å arbeide når en er "litt dårlig". For det annet kan den økte risikoen for sykefravær ha sammenheng med en varig funksjonsnedsettelse. For eksempel kan kroniske betennelsestilstander som ulcerøs colitt og leddgikt i noen tilfeller medføre slik risiko. Hvor den økte risiko for fravær ikke har sammenheng med en varig funksjonsnedsettelse, vil adgangen til å legge vekt på dette avhenge av et alminnelig likebehandlingskrav ved ansettelse, tolket på bakgrunn av standarden i aml. § 9-3, se ovenfor under pkt. 4.2. Hvor den økte risiko knytter seg til en varig funksjonsnedsettelse, vil i tillegg diskrimineringsforbudene i aml. kap. 13 komme til anvendelse.

Det kan diskuteres hvor praktisk det egentlig er at arbeidsgiver kan legge til grunn at arbeidssøker har generelt økt risiko for sykefravær, samtidig som årsaken til dette ikke kan karakteriseres som en "funksjonshemming" etter aml. kap. 13. Dersom det først foreligger økt risiko for fremtidig sykefravær, vil tilstanden som forårsaker dette, i regelen falle inn under definisjonen av "funksjonshemming" etter kap. 13. Men en arbeidssøker kan *velge å* påberope det alminnelige saklighetskravet ved ansettelse, og det kan derfor ha en viss betydning om denne standarden går like langt som diskrimineringsforbudet.¹²⁶⁶

Hvor langt rekker arbeidsgivers adgang til å legge negativ vekt på risiko for sykefravær etter gjeldende norsk rett?

I juridisk teori som gjelder det alminnelige forvaltningsrettslige likebehandlingskravet ved ansettelse uttaler Debes (1989) at tilsettingsorganet vil kunne legge vekt på at en søker som ellers vil være aktuell "lider av en sykdom som vil umuliggjøre eller særlig vanskeliggjøre tjenesten."¹²⁶⁷ Bjørnaraa (2000) synes mer arbeidsgivervennlig når han legger til grunn at helseforhold normalt vil kunne være et relevant moment ved en tilsetning i staten, da dette vil inngå i kvalifikasjons-

¹²⁶⁵ I den utstrekning dette er legitimt etter aml. § 9-3 første ledd, se nærmere ovenfor under dette kap. pkt. 3.3.3.4.

¹²⁶⁶ Det er heller ikke alltid gitt at en arbeidssøker har interesse i å påberope seg at hun har en varig funksjonsnedsettelse. Hun kan blant annet mene at vanskene som har ført til sykefravær er forbigående, se her f.eks. Somb-2007-24, gjengitt nedenfor.

¹²⁶⁷ Debes 1989 s. 109. Se også uttalelse i Ot.prp. nr. 37 (1993-94) s. 34 om forholdet mellom det forvaltningsrettslige saklighetskravet ved ansettelse og adgangen til å legge vekt på helseopplysninger.

vurderingen. Hvor stor vekt helseforhold skal tillegges, må imidlertid vurderes konkret i forhold til den aktuelle stilling.¹²⁶⁸

I Somb 2007-24 fant Sivilombudsmannen at arbeidsgiver, en kommune, kunne legge vekt på et sykefravær som de siste årene hadde utgjort henholdsvis 21 %, 41 % og 44 %, i forbindelse med at en arbeidstaker søkte om utvidelse av en deltidsstilling. Et slikt fravær kunne innebære at hun ikke var skikket for stillingen (utvidelsen).¹²⁶⁹ I RG 2001 s. 1040 Hålogaland legger lagmannsretten til grunn at det var berettiget å legge vekt på et meget stort og uforutsigbart fravær for en søker til en lærerstilling. Dette inngikk etter lagmannsrettens mening i vurderingen av søkerens kvalifikasjoner etter opplæringslovens § 10-5. Lagmannsretten uttaler bl.a. at "[e]t sentralt element i arbeidsgivers vurdering vil være om vedkommende søker rent faktisk er istand til å utføre det arbeid som er tillagt stillingen. (...) Tilstedeværelse, kontinuitet og oppfølging i forhold til elevene, skolen og kollegiet fremstår som så sentrale elementer i utøvelse av læreryrket at en lærer, som har vist at han ikke makter å etterleve dette krav, må avfinne seg med ikke å bli innstilt eller tilsatt som lærer."

Det er altså lagt til grunn at forventet sykefravær *kan* inngå i kvalifikasjonsvurderingen i forhold til en offentlig stilling, men at dette konkret kan avhenge av så vel sykefraværets forventede størrelse som stillingens art.

I forhold til privat arbeidsgiver vil antakelig standarden etter aml. § 9-3 første ledd være avgjørende. Arbeidsgiver må kunne legge vekt på utsikt til sykefravær som er så stort at arbeidssøker ikke kan anses skikket for stillingen.¹²⁷⁰ Normalvariasjoner i sykefravær kan derimot ikke vektlegges. Standarden for hvilke avvik som kan vektlegges vil videre avhenge av stillingens art.

Et alminnelig likebehandlingskrav ved ansettelse, tolket på bakgrunn av aml. § 9-3 første ledd, innebærer ikke noen plikt til individuell tilrettelegging i forhold til arbeidssøkere. Arbeidssøker kan altså ikke i medhold av dette kreve f.eks. tilrettelagt arbeidstid, selv om et slikt tiltak vil kunne påvirke hennes sykefravær.

Derimot vil arbeidsgiver ha plikt til å tilrettelegge i forhold til en arbeidssøker med "funksjonshemming", jfr. aml. § 13-5. Arbeidsgiver vil da bare kunne ta hensyn til risikoen for sykefravær dersom risikoen innebærer at det ikke foreligger noen "tilsvarende situasjon" og pliktig tilrettelegging etter aml. § 13-5 heller ikke ville ha ført til et normalisert sykefravær.

Individuelle tekniske vernetiltak og hjelpemidler kan i visse tilfeller redusere sykefraværskrisikoen. Arbeidsgiver må ta dette i betraktning ved avgjørelsen av som det foreligger en tilsvarende situasjon. Videre kan risikoen for sykefravær kunne minske ved organisatoriske tilretteleggingstiltak som redusert eller fleksibel arbeidstid, fritak for visse fysisk eller psykisk

¹²⁶⁸ Bjørnaraa m.fl. 2000 s. 215-216.

¹²⁶⁹ Det ble videre lagt vekt på hensynet til de sårbare brukerne av bofellesskapet hvor hun arbeidet.

¹²⁷⁰ Se her til illustrasjon NAD 1984-1985 s. 23 Hammerfest om bestyreren på et fiskebruk som hadde unnlatt å opplyse om at han var under attføring. Nedsatt arbeidsevne av denne grad vil klart kunne vektlegges ved ansettelse.

belastende arbeidsoppgaver e.l.. Jeg viser til det som er skrevet ovenfor, under pkt. 4.4.4, om arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidsoppgaver og arbeidstid for arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse. Jeg fant der at arbeidsgiver har en viss, men begrenset, plikt til å tilrettelegge arbeidsoppgaver og arbeidstid i forhold til arbeidssøkere.

At arbeidsgiver søker om dekning av utgiftene til sykefravær for kronisk syke, jfr. ftrl. § 8-20 første ledd, vil ikke i seg selv redusere sykefraværet, men vil redusere de økonomiske byrdene ved fraværet. Kan slike ordninger føre til at det foreligger en "tilsvarende situasjon" til tross for at arbeidstaker stadig har vesentlig økt risiko for sykefravær?

Offentlige bidrag vil ha betydning for hvilken økonomisk byrde det vil utgjøre å tilrettelegge for en person med funksjonsnedsettelse. I forarbeidene til § 13-5 forutsettes videre at et viktig moment i vurderingen av om det foreligger en "uforholdsmessig stor byrde" er om "arbeidsgiver har benyttet de mulighetene trygden gir for dekning av utgifter til tilrettelegging."¹²⁷¹

Utgangspunktet vil antakelig likevel være at der en arbeidssøker kan forventes å ha så stort sykefravær at hun vil oppfylle kravene til tilskudd etter ftrl. § 8-20 første ledd, vil det ikke foreligge noen "tilsvarende situasjon". Selv om arbeidsgiver ikke blir belastet med større utgifter som følge av sykefraværet, vil de praktiske vanskene som følge av manglende forutsigbarhet i arbeidsutførelsen bestå. Hvorvidt arbeidssøker med økt risiko for sykefravær i et konkret tilfelle kan befinne seg i en "tilsvarende situasjon", vil likevel måtte bero på en vurdering etter aml. kapittel 13. Folketrygdlovens vilkår kan ikke være negativt avgjørende her.

Oppsummert vil arbeidsgiver ha rett til å ta hensyn til utsikt til sykefravær dersom dette innebærer at arbeidssøker har nedsatt arbeidsevne i stillingen. De materielle vilkårene for at arbeidsgiver legitimt skal kunne legge vekt på slik manglende stabilitet vil neppe være vesensforskjellige enten en bygger på et alminnelig likebehandlingskrav, tolket på bakgrunn av aml. § 9-3 første ledd, eller på forbudet mot direkte diskriminering på grunn av funksjonshemming i aml. § 13-1. Det kan likevel ha en viss betydning at arbeidssøker i medhold av aml. § 13-5 kan være forpliktet til individuell tilrettelegging av arbeidstid og arbeidsoppgaver.

4.5. Arbeidsgiver viser til forhold uten sammenheng med funksjonsnedsettelse/helsetilstand. Opplysningsrett og beviskrav.

4.5.1. Utgangspunkt.

Arbeidsgiver vil ikke alltid vise til arbeidstakers funksjonsnedsettelse eller helseproblemer som grunnlag for å unnlate å ansette vedkommende. Ofte vil det bare vises til at den foretrukne søker var

¹²⁷¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

bedre kvalifisert eller skikket for stillingen. Problemstillingen under pkt. 4.5 vil være hva som skal til for at en skal legge til grunn at det foreligger diskriminering på grunn av funksjonshemming eller urettmessig vektlegging av helsetilstand dersom arbeidsgiver hevder at det ikke er tatt hensyn til slike forhold.

Som nevnt innledningsvis vil en ansettelsesprosess være ugjennomsiktig for arbeidssøkerne, og det vil være vanskelig å etterprøve hva arbeidsgiver konkret har lagt vekt på. For at en arbeidssøker skal kunne vurdere om hun er blitt forbigått på helsemessig grunnlag, vil det være nødvendig å få ut informasjon om andre arbeidssøkere, samt informasjon om hvilke opplysninger arbeidsgiver har behandlet om arbeidssøker selv. Hvilke opplysninger en arbeidssøker kan kreve i forbindelse med en ansettelse, vil bli tatt opp under pkt. 4.5.2. Under pkt. 4.5.3 vil jeg ta opp hvilke krav som stilles til bevis for at det foreligger en urettmessig forbigåelse.

4.5.2. Rett til opplysninger.

Verken offentlig eller privat arbeidsgivers ansettelsesbeslutning er underlagt noen eksplisitt begrunnelsesplikt.¹²⁷² Det finnes imidlertid flere hjemler for at en arbeidssøker kan kreve opplysninger for å vurdere om vedkommende er forbigått på urettmessig grunnlag. Opplysninger om søkerens kvalifikasjoner m.v. ved ansettelse kan kreves etter aml. § 13-7 (i diskrimineringsaker) og/eller etter forvaltningslovforskriften kap. 5¹²⁷³ (der arbeidsgiver er et forvaltningsorgan). Videre gir personopplysningsloven rett til innsyn i hvilken type opplysninger som er behandlet (popplyl. § 18 første ledd bokstav d) samt om hvilke opplysninger som er registrert om søker selv (popplyl. § 18 annet ledd bokstav a.)

Aml. § 13-7 gir et mulig grunnlag for å kreve opplysninger i en ansettelsessak:

”Arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med bestemmelsene i dette kapittel, kan kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har.”

Arbeidsgivers plikter etter aml. § 13-7 omfatter opplysninger om den som er *ansatt i stillingen*. Arbeidssøkers rett til informasjon får derfor først anvendelse etter at beslutning om ansettelse er tatt. Bestemmelsen gir heller ikke rett til opplysning om andre søkere enn den som er blitt ansatt. Videre gjelder den bare ”klart konstaterbare kvalifikasjoner”, herunder formell utdanning og praksis. Vurderinger av f.eks. personlig egnethet for stillingen vil klart falle utenfor § 13-7.

Pliktsubjekt for opplysningsplikten etter aml. § 13-7 er arbeidsgiver. Bestemmelsen omfatter så vel privat som offentlig arbeidsgiver, men vil i praksis ikke ha betydning for offentlig arbeidsgiver, se nedenfor.

¹²⁷² Se for offentlig arbeidsgivers vedkommende unntaket i fvl. § 3 annet ledd annet punktum.
¹²⁷³ Forvaltningslovforskriften av 15. desember 2006 nr. 1456.

Rettighetssubjekt er ”arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med bestemmelsene i dette kapittel”. Dette reiser spørsmål om det er nødvendig for å få ut opplysninger at arbeidssøker har en funksjonsnedsettelse.

Lovens ordlyd taler mot at det kan stilles et slikt krav. Det er tilstrekkelig at arbeidssøker ”mener seg forbigått” i strid med bestemmelsene i kapitlet. Forarbeidene synes å forutsette at det bare er personer som har andre egenskaper enn den tilsatte som kan kreve opplysninger.¹²⁷⁴ Det er også et vilkår for å kreve opplysninger etter likestillingsloven § 4 tredje ledd at den tilsatte er av det annet kjønn. Funksjonshemming er likevel et begrep med mindre faste grenser enn kjønn. Personvern- og integritetssynspunkter tilsier at det i hvert fall ikke kan stilles krav om at arbeidssøker dokumenterer en faktisk funksjonsnedsettelse.¹²⁷⁵ En pretensjon må være tilstrekkelig, forutsatt at de fakta som fremføres, riktig forstått, innebærer at det foreligger en ”funksjonshemming” i kap. 13s forstand. En arbeidssøker vil altså ha rett til opplysninger etter aml. § 13-7 dersom hun pretenderer å være forbigått på grunnlag av en funksjonsnedsettelse av en viss art, et visst alvor og en viss varighet; men ikke dersom hun mener seg forbigått på grunnlag av valgt kriminell adferd, at hun ikke fyller særlig strenge helsekrav i stillingen, tidligere sykefravær som ikke skyldes kronisk sykdom e.l.

Forvaltningslovforskriften gir arbeidssøker til en stilling i *offentlig* virksomhet mer omfattende rettigheter. Ansettelse i et forvaltningsorgan utgjør et enkeltvedtak etter fvl. § 2 annet ledd. Saksbehandlingen er likevel unntatt fra den alminnelige retten til partsinnsyn etter fvl. § 18, se fvl. § 3 annet ledd første punktum og fvf. § 14 første ledd første pkt. En søker til stilling hos offentlig arbeidsgiver har i stedet rett til opplysninger etter fvf. kap. 5. Innsyn etter forvaltningslovforskriften kan kreves før tilsetning er foretatt og er ikke avhengig av at en arbeidssøker mener seg urettmessig forbigått på grunn av bestemte forhold.

Forvaltningslovforskriften kap. 5 gir krav om innsyn i opplysninger både om arbeidssøker selv og om andre søkere til stillingen. Arbeidssøker har rett til opplysninger om samtlige øvrige søkeres ”navn og alder og fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i offentlig og privat virksomhet” (utvidet søkerliste), fvf. § 15. For søkere som er innstilt til eller tilsatt i stillingen har arbeidssøker rett til å gjøre seg kjent med søknader (med vedlegg) samt deler av dokumenter som inneholder faktiske opplysninger om slike søkere, fvf. § 17. Videre har arbeidssøker krav på innsyn i opplysninger som arbeidsgiver har behandlet om henne selv. Denne innsynsretten omfatter

¹²⁷⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328 henviser til Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) pkt. 8.7.4, hvor det uttales at ”[d]et er en forutsetning at den som krever dokumentasjonen er av en annen etnisk opprinnelse m v enn den som har fått stillingen.” I Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.4 s. 12 synes departementet å forutsette at det bare er arbeidssøker som faktisk har en funksjonshemming som vil ha rett til opplysninger som nevnt. Dette sies likevel ikke klart.

¹²⁷⁵ Noenlunde tilsvarende NOU 2005: 8 s. 172 i forhold til hva som skal til for å etablere en presumpsjon for at diskriminering skyldes ”nedsatt funksjonsevne”.

”deler av et dokument som inneholder opplysninger (faktiske opplysninger og vurderinger) om parten selv” med unntak av *vurderinger* gjort bl.a. av tilsettingsorganet/innstillingsmyndigheten, særlige rådgivere eller tidligere arbeidsgivere, fvf. § 16. Opplysninger arbeidssøker har gitt på intervju og som er blitt nedtegnet, er også undergitt partsoffentlighet, fvf. § 18 første ledd, og i en viss utstrekning også det innstilte eller tilsatte søkere har uttalt på intervju, fvf. § 18 annet ledd.¹²⁷⁶

En tredje mulighet for innsyn gir personopplysningsloven. I en ansettelsesprosess vil arbeidsgiver med nødvendighet behandle personopplysninger om arbeidssøkerne. Dersom disse blir skrevet inn i et elektronisk dokument eller i et personregister (for eksempel en søkerliste), vil personopplysningsloven komme til anvendelse, se popplyl. § 3 første ledd bokstav a og b. Personopplysningsloven gir rett til innsyn i forhold til så vel privat som offentlig arbeidsgiver, popplyl. § 3. Innsynet er ikke avhengig av at arbeidssøker er blitt eller pretenderer å være blitt dårligere behandlet på grunnlag av helsetilstand eller funksjonsnedsettelse. Etter popplyl. § 18 annet ledd bokstav a har en person rett til innsyn i hvilke opplysninger om henne selv som behandles, herunder hva som eventuelt er registrert med hensyn til helsetilstand eller funksjonshemming. Arbeidssøker har videre rett til å kreve opplysning om hvilke typer personopplysninger som behandles, popplyl. § 18 første ledd bokstav d, for eksempel om arbeidsgiver har registrert helseopplysninger i forbindelse med en ansettelsesprosess. Ut over dette gir ikke personopplysningsloven rett til opplysninger om andre søkere til en stilling, selv om disse skulle være innstilt eller tilsatt.

Nedenfor gis en (noe forenklet) oversikt over arbeidssøkers rett til innsyn i en tilsettingssak.

Plikt- og rettighetssubjekt.	Opplysninger om arbeidssøker selv	Opplysninger om andre søkere
Aml. § 13-7		
Pliktsubjekt:		Opplysninger om den som er tilsatt:
Arbeidsgiver.		”utdanning, praksis og andre klart konstaterbare

¹²⁷⁶ Se også fvl. § 11d om plikt til å nedtegne nye opplysninger av betydning for en avgjørelse som måtte fremkomme blant annet under intervju. Se nærmere om partsoffentlighet i ansettelsessaker bl.a. Jakhelln 2006 s. 208-210 og Engelsrud 2003 s. 56 flg. (Begge tar opp den tidligere partsoffentlighetsforskriften.)

Rettighetssubjekt:

kvalifikasjoner for arbeidet”

Arbeidssøker som preten-
derer å være utsatt for
diskriminering pga.
funksjonshemming.

Forvaltningslovforskriften

Pliktsubjekt:

Arbeidsgiver som er et
forvaltningsorgan,
fvf. kap. 5.

Fvf. § 16 ”opplysninger
(faktiske opplysninger og
vurderinger) om parten selv”
med unntak av *vurderinger*
gitt bl.a. av innstillings-
myndigheten/tilsettings-
organet, særlige rådgivere
og tidligere arbeidsgivere.

Om alle søkerne:

Fvf. § 15 ”navn og alder og
fullstendige opplysninger om
deres utdanning og praksis i
offentlig og privat virksom-
het”.

Rettighetssubjekt:

Søkere til stilling i

”forvaltningsorgan”,

fvf. § 1.

Fvf. § 18 første ledd skriftlig
referat som gjengir hva
parten selv har sagt i intervju.

Om innstilte og tilsatte
søkere:

fvf. § 17 første ledd:
søknader med vedlegg.

fvf. § 17 annet ledd

deler av dokumenter som
inneholder faktiske
opplysninger

fvf. § 18 annet ledd –

faktiske opplysninger av betydning fremkommet på intervju.

Ikke krav om opplysninger om andre søkeres helseforhold, (med mindre av vesentlig betydning) fvf. § 14 første ledd annet pkt. jfr. fvl. § 19 annet ledd bokstav a.

Popplyl. § 18.

Pliktsubjekt:
Behandlingsansvarlig.

Opplysninger som er registrert om en selv, popplyl. 18 annet ledd bokstav b.

Opplysninger om hvilken type opplysninger som er registrert, popplyl. § 18 første ledd bokstav d.

Rettighetssubjekt:

Den registrerte

(popplyl. § 18 annet ledd)

Enhver

(popplyl. § 18 første ledd)

4.5.3. Bevis for diskriminering/usaklig vektlegging av helsetilstand ved ansettelse.

Generelle spørsmål som gjelder bevisbyrde er tatt opp i kap. IV pkt. 4.5. Her, under pkt. 4.5.3 tar jeg opp hva som skal til for å etablere en presumpsjon for usaklig forskjellsbehandling *ved ansettelse*. Hva som skal til for at arbeidsgiver skal motbevise en slik presumpsjon tas opp nedenfor, under pkt. 4.5.4.

For saker etter diskrimineringskapitlet, herunder krav som følge av diskriminering ved ansettelse, er bevisbyrden delt. Det følger av aml. § 13-8 at

”[d]ersom (...) arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelse i dette kapittel (...) må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering (...).”

I forarbeidene til aml. § 13-8 er lagt til grunn at arbeidssøker kan etablere en presumpsjon for diskriminering ved å ”vise til at det foreligger indikasjoner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling”. Videre vises til den tidligere aml. 1977 § 54 I.¹²⁷⁷ I forarbeidene til sistnevnte bestemmelse vises blant annet til forarbeidene til 2001-endringen i aml. 1977 § 55A samt forarbeidene til lstl. § 16.¹²⁷⁸ Særlig sistnevnte inneholder en bred drøftelse av hva som skal til for å etablere en presumpsjon for diskriminering ved ansettelse.¹²⁷⁹

På bakgrunn av ovennevnte forarbeidsuttalelser kan praksis som gjelder bevisbyrde i saker om kjønnsdiskriminering være relevant. Praksis som gjelder diskriminering som følge av graviditet og fødselspermisjon synes å være særlig relevante for diskriminering pga. funksjonshemming, på grunn av en viss grad av parallellitet i den praktiske situasjonen. Diskrimineringsnemnda har i LDN-2007-9 lagt til grunn at

”[f]or at det skal foreligge omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted en indirekte forskjellsbehandling i saken, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Dette må bero på en konkret vurdering. En påstand fra klager, eller den omstendighet at hun var i fødselspermisjon da tilsetningen skjedde, er ikke i seg selv nok til at bevisbyrden går over på innklagede. Klageren har i utgangspunktet bevisføringsrisikoen.”

Uttalelsen er i samsvar med tidligere praksis fra Nemnda¹²⁸⁰ og de standarder den setter, synes å ha gode grunner for seg, så vel i forhold til direkte som indirekte diskriminering. Det bør heller ikke være tilstrekkelig for å etablere en presumpsjon for diskriminering pga. funksjonshemming at arbeidssøker *har* en funksjonsnedsettelse, som arbeidsgiver er klar over. Det vil heller ikke være tilstrekkelig at arbeidsgiver har stilt spørsmål om, eller bemerket,

¹²⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

¹²⁷⁸ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 49. Bevisbyrdespørsmål er omhandlet i Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. s. 13-14.

¹²⁷⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90 flg.

¹²⁸⁰ Se LDN-2007-4, LDN-2007-1 og LDN-2006-26 (mindretallet).

funksjonsnedsettelsen.¹²⁸¹ Bemerkninger i ansettelsesprosessen eller uheldig behandling av opplysninger om arbeidstakers funksjonshemming, kan imidlertid i det konkrete tilfellet bidra til å etablere en presumpsjon for at det er lagt vekt på lovstridige forhold.

I Somb 2003-18 (behandling av synshemnets søknad om stilling som kirkeverge) kritiserte Sivilombudsmannen at opplysninger om en søkers synshemming var tatt inn i søkerlisten, særlig fordi funksjonshemmingen var blitt beskrevet på en uriktig og negativt forsterkende måte. En fremgangsmåte som her beskrevet vil også kunne bidra til å etablere en presumpsjon om diskriminering.

Arbeidsgiver kan også på annen måte ha gitt uttrykk for at funksjonsnedsettelsen faktisk er tillagt vekt. I LE-2006-189239 Synshemmet lektor, hadde arbeidsgivers advokat i brev direkte uttalt at "[e]n annen svakhet ved As søknad ligger i de problemer som i enkelte fag naturlig følger av synshemmingen hennes". Et slikt forhold vil klart kunne innebære en presumpsjon for diskriminering.¹²⁸²

I andre tilfeller vil imidlertid arbeidsgiver enten ikke gi noen begrunnelse i det hele tatt, eller bare vise til at en annen enn den funksjonshemmede var best kvalifisert ut fra en helhetsvurdering. Det er forutsatt at de opplysninger arbeidssøker kan kreve i medhold av aml. § 13-7 i prinsippet skal være tilstrekkelig til å etablere en presumpsjon for at det er lagt vekt på funksjonshemming ved ansettelse.¹²⁸³ Disse opplysninger gjelder altså klart konstaterbare kvalifikasjoner hos den som er blitt tilsatt. Dersom disse opplysninger, sammenholdt med opplysninger om den funksjonshemmede, tyder på at det er lagt vekt på funksjonsnedsettelsen, vil arbeidsgiver måtte vise til saklige grunner for å foretrekke søkeren som ble ansatt.¹²⁸⁴

Hvor mye skal til for at det er etablert en presumpsjon for diskriminering hvor arbeidsgiver hevder at det er lagt vekt på kvalifikasjoner? Er det nødvendig at den funksjonshemmede søkeren viser til at hun hadde bedre kvalifikasjoner enn den ansatte eller er det tilstrekkelig at hun hadde tilsvarende kvalifikasjoner?

Her gir forarbeidene et delvis motstridende bilde. I forarbeidene til 1977-lovens likebehandlingskapittel uttaler departementet at

"Når vedtak om ansettelse skal fattes, tar kravet om "tilsvarende situasjon" i første rekke sikte på at arbeidssøkerne skal ha *like eller i hovedsak like* kvalifikasjoner i form av for eksempel utdanning, erfaring m.v. Den av

¹²⁸¹ Slik også Vigerust 1998 s. 274 med hensyn til graviditet. I noen tilfeller kan enkeltelementer i ansettelsesprosessen, herunder spørsmål om funksjonshemming, utgjøre en selvstendig diskriminerende handling, se nærmere under kap. IV pkt. 3.3.2.2.

¹²⁸² Lagmannsretten bruker ikke "skjemaet" med bevis og motbevis, men vurderer samlet om det har foregått diskriminering.

¹²⁸³ Sml. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 116, særkommentaren til lsl. § 16.

¹²⁸⁴ Så vel offentlig som privat arbeidsgiver blir da i praksis pålagt en viss begrunnelsesplikt også for ansettelsesbeslutninger, se også Jakhelln 2006 s. 211.

arbeidssøkerne som har dårligere kvalifikasjoner enn de øvrige søkerne, vil ikke befinne seg i en "tilsvarende situasjon" som de andre søkerne. Dersom han eller hun ikke blir tilsatt vil ikke dette kunne anses som diskriminering."¹²⁸⁵

Videre viser departementet til forarbeidene til endringslov til likestillingsloven, hvor delt bevisbyrde ble innført, og uttaler:

"Bestemmelsen må på bakgrunn av forarbeidene (Ot.prp. nr. 34 (2000-2001)) sannsynligvis forstås slik at dersom en arbeidssøker uten noen av kjennetegnene i artikkel 1 blir ansatt foran en som har *samme eller tilsvarende kvalifikasjoner*, men er funksjonshemmet eller har en annen hudfarge, går en ut fra at funksjonshemmingen osv. har vært utslagsgivende med mindre arbeidsgiveren kan vise til andre saklige grunner for utvelgelsen."¹²⁸⁶

Det synes altså forutsatt i disse forarbeidene at det er tilstrekkelig for å etablere en presumpsjon for diskriminering at arbeidssøkeren med funksjonsnedsettelse har tilsvarende kvalifikasjoner som den som ble ansatt. I forarbeidene til likestillingslovens § 16, Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), som Arbeidslivslovutvalget også siterer fra, heter det imidlertid at

"[d]ersom arbeidsgiveren ikke klarer å gi en tilfredsstillende forklaring på hvorfor man har valgt å ansette en person med *dårligere formelle kvalifikasjoner* enn kvinnen, er det arbeidsgiveren som får avgjørelsen mot seg."¹²⁸⁷

Situasjonen i slike tilfeller vil gjerne være at flere søkere konkurrerer om samme stilling. Forbudet mot diskriminering gir da ikke noen prioritet for arbeidssøker med funksjonsnedsettelse. Det kan derfor hevdes at det ikke kan være tilstrekkelig til å etablere en presumpsjon for forskjellsbehandling at denne søkeren hadde "tilsvarende" kvalifikasjoner som den tilsatte. På den annen side vil jo arbeidsgiver også når søkerne står kvalifikasjonsmessig likt, ha foretatt et valg. Dette valget vil kunne begrunnes på ulikt vis. Står søkerne kvalifikasjonsmessig likt, vil det stilles små krav til vekten av arbeidsgivers argumenter for å velge den andre arbeidssøkeren. Argumenter knyttet til søkerens funksjonsnedsettelse vil likevel ikke være relevant. Jo større kvalifikasjonsforskjellen er i favør av søkeren med funksjonsnedsettelse, jo mer vektige saklige argumenter kreves for at arbeidsgiver skal kunne motbevise at han har lagt negativ vekt på funksjonshemmingen.

De beste grunner synes derfor å tilsi at bevisbyrden går over på arbeidsgiver dersom arbeidssøker med funksjonsnedsettelse var likt kvalifisert med den ansatte og arbeidsgiveren var klar over funksjonsnedsettelsen. Hvor likt søkerne står kvalifikasjonsmessig, vil likevel ha betydning for hvilke krav som stilles til arbeidsgivers motbevis.

Kravet om delt bevisbyrde omfatter ikke saker hvor arbeidstaker påberoper seg et alminnelig likebehandlingskrav ved ansettelse, tolket på bakgrunn av aml. § 9-3 første ledd. Her vil alminnelige bevisregler gjelde. Også etter vanlig sivilprosess er imidlertid bevisføringsbyrden delt i den forstand at dersom saksøker beviser at et bestemt forhold er mer sannsynlig enn alternativet, vil

¹²⁸⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35. Min kursiv.

¹²⁸⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s 48-49. Min kursiv.

¹²⁸⁷ Tilsvarende forarbeidene til lov mot etnisk diskriminering, NOU 2002: 12 s. 254, "vedkommende var den av søkerne som hadde den beste og mest relevante utdanning og arbeidserfaring".

saksøkte måtte føre beviser som reduserer sannsynligheten for dette.¹²⁸⁸ Ved en asymmetrisk bevis-situasjon, der en av partene i større grad har tilgang på bevisene, vil bevisbyrden ofte deles også etter ulovfestet rett.¹²⁸⁹ I en tilsetningssak vil bevissituasjonen ofte være asymmetrisk, på grunn av ansettelsesprosessens lukkede karakter og fordi arbeidsgiver i utgangspunktet har et vidt spillerom for skjønn. Det har, ut fra ovennevnte hensyn, vært ansett som et prinsipp innen likestillingsretten at dersom arbeidssøker kan påvise at menn og kvinner er blitt ulikt behandlet ved ansettelse, vil arbeidsgiver måtte bevise at forskjellsbehandlingen likevel bygger på saklige kriterier. Dette gjaldt også før bevisbyrderregelen i lstl. § 16 ble lovfestet.¹²⁹⁰ Et tilsvarende prinsipp kan derfor antakelig, ut fra de samme hensyn, stilles opp der det foreligger et ulovfestet forbud mot diskriminering pga. helsetilstand. Dette innebærer at dersom arbeidssøker kan vise til at helseopplysninger er innhentet i strid med aml. § 9-3 og at hun var likt eller bedre kvalifisert enn den ansatte, må arbeidsgiver bevise at ansettelsen ikke skyldes uberettiget vektlegging av helseforhold.

I offentlig sektor stilles på forvaltningsrettslig grunnlag krav om at arbeidsgiver nytter kriterier som er etterprøvbare. Blant annet må arbeidsgiver kunne vise hvilke kriterier som er nyttet ved utvelgelsen. Det stilles krav til undersøkelse av og dokumentasjon for at søkerens kvalifikasjoner er vurdert opp mot hverandre på en forsvarlig måte.

4.5.4. Motbevis: Saklige utvelgelseskriterier/grunner til å ikke ansette søkeren med funksjonsnedsettelse/helseproblemer.

At det er etablert en presumpsjon for at funksjonsnedsettelsen/helsetilstanden er vektlagt ved ansettelse, er selvsagt ikke ubetinget avgjørende, verken etter aml. § 13-8 eller etter vanlige bevisføringsprinsipper. Arbeidsgiver kan vise til saklige hensyn uten sammenheng med funksjonsnedsettelsen, som grunnlag for at den funksjonshemmede er kommet dårligere ut.

Kvalifikasjoner er i utgangspunktet et grunnlag for å foretrekke en annen arbeidssøker enn søkeren med funksjonsnedsettelse. Dette er i utgangspunktet nøytrale forhold som ikke er avhengig av funksjonshemming.

Kvalifikasjoner må likevel være vurdert på en ikke-diskriminerende måte for at arbeidsgiveren skal kunne fri seg fra et utgangspunkt om diskriminering.

Dette gjelder for det første de formelle kvalifikasjonene:

Ofte vil arbeidssøkere med særlig fysiske funksjonsnedsettelser ha høy formell utdanning i forhold til stillingens krav. Men en funksjonsnedsettelse *kan* også ha ført til at arbeidssøker har gjort

¹²⁸⁸ Se nærmere om generelle bevissspørsmål kap. IV pkt. 4.5.

¹²⁸⁹ Se bl.a. Lødrup 2005 s. 278.

¹²⁹⁰ Se her blant annet Holgersen 1984 s. 40 og de der nevnte saker.

det dårligere mht. formell utdanning. For eksempel kan en arbeidssøker med dysleksi ha gjort det dårligere på en teoretisk utdanning pga. lav lesehastighet. Det vil i slike tilfeller være umulig for arbeidsgiver å etterprøve om dårligere karakterer skyldes funksjonsnedsettelsen eller dårligere evner, eventuelt manglende innsats. En arbeidsgiver må derfor kunne basere utvelgelsen på karakterer fra utdanningsinstitusjonen.

Har funksjonsnedsettelsen ført til at arbeidssøker er blitt forsinket med utdannelsen, vil hun ha kortere praksis enn arbeidssøkere uten funksjonsnedsettelse. I tillegg er det ofte vanskeligere for ungdom med fysiske funksjonsnedsettelse å skaffe seg sommerjobb under studiene. Dette innebærer at vektlegging av arbeidspraksis ved ansettelse kan virke negativt for personer med funksjonsnedsettelse. Utgangspunktet må likevel være at vektlegging av praksis i arbeidslivet er legitim. Dersom denne skal veie opp for bedre teoretisk utdanning hos en nyutdannet søker med funksjonsnedsettelse, må arbeidsgiver likevel kunne vise at praksis faktisk er relevant for arbeidsutførelsen.

Også tillitsvern kan ha betydning som kvalifikasjoner i en ansettelsessituasjon. Disse viser at arbeidssøker er en engasjert og aktiv person. Å legge vekt på slike tillitsvern er i utgangspunktet nøytralt i forhold til funksjonsevne, det vil ikke ramme personer med funksjonsnedsettelse i større utstrekning enn andre. Arbeidssøker med funksjonsnedsettelse kan mene at hun er blitt hindret i å ha tillitsvern i at f.eks. lokaler o.l. ikke var tilrettelagt for personer med nedsatt funksjonsevne. Dette er likevel i utgangspunktet ikke noe som arbeidsgiveren har mulighet for å vurdere. Å ta hensyn til tillitsvern o.l. må derfor være saklig i en ansettelsessituasjon.

Ikke bare formelle kvalifikasjoner, men også uformelle, vil kunne ha betydning i en ansettelsessak. Personlig egnethet kan utgjøre et saklig kriterium ved valget mellom søkere til stillinger i det offentlige, se bl.a. Rt. 1988 s. 20 og Somb 2004-15.¹²⁹¹ I Ombudets og Nemndas praksis er også lagt til grunn at personlig egnethet vil være et saklig kriterium ved ansettelse.¹²⁹²

Personlig *manglende* egnethet hos søker med funksjonsnedsettelse kan etter forholdene være saklig å vektlegge.

Tidligere erfarte samarbeidsproblemer er i utgangspunktet klart relevante som grunnlag for ikke å tilsette en arbeidssøker, til tross for gode formelle kvalifikasjoner. I LE-2006-189239, synshemmet lektor, hadde søker tidligere hatt flere engasjementer ved skolen. Til tross for at arbeidssøker var klart bedre formelt kvalifisert enn de andre søkerne, fant retten bevist at det i realiteten var tidligere samarbeidsproblemer som var grunnen til at den synshemmede ikke hadde blitt tilbudt stillingen.

¹²⁹¹ Se også Engelsrud 2003 s. 68 flg.

¹²⁹² Se bl.a. LDN-2007-9.

I slike tilfeller må det likevel tas høyde for at samarbeidsproblemene rett og slett kan ha sammenheng med at arbeidstaker har måttet stå hardt på for å oppnå tilstrekkelig tilrettelegging for sin funksjonsnedsettelse.

I de fleste tilfeller vil arbeidsgiver likevel ikke ha slike erfaringer, og vil være henvist til å vurdere egnethet basert på det inntrykk søkerne gir på intervju, eventuelt sjekk av referanser fra tidligere arbeidsgivere. Slike vurderinger innebærer særlige fallgruber i forhold til arbeidssøkere med funksjonsnedsettelser. For eksempel kan intervjuer vektlegge kroppsspråk som et uttrykk for selvtillit, men uten å ha forutsetninger for å vurdere kroppsspråk for søkere med fysiske funksjonshemninger. Et fast blikk, som ofte tas som uttrykk for ærlighet og oppriktighet, vil ikke være lett å prestere for en synshemmet arbeidssøker.¹²⁹³ Videre kan fysiske vansker med å uttrykke seg muntlig på intervjuet av arbeidsgiver mer eller mindre ubevisst bli tatt som uttrykk for kognitive vanskeligheter.

Personlig egnethet for en stilling er et svært skjønnsmessig kriterium, som lett kan misbrukes i en ansettelsessituasjon. Hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringslovgivningen tilsier at avveiningskriteriene må være konkretiserte og etterprøvbare. Dette er også lagt til grunn som et krav i praksis. I LDN-2007-9 hadde kommunen

”utarbeidet skriftlig innstilling med begrunnelse for hvorfor C [den ansatte søker, min anm.] var godt personlig egnet til stillingen. Beskrivelsen er forholdsvis detaljert med henvisning til motivasjon, fleksibilitet, evne til omstilling og gode samarbeidsevner. Det er også lagt fram notater fra intervju der det gjennomgås flere sider av personlig egnethet. Videre er det gjort nedtegninger fra referanseinnhenting. Personlig egnethet ble også framhevet i utlysningstekstens krav til søkerne.”

Nemnda fant det etter dette sannsynliggjort at kommunen ikke hadde lagt vekt på kjønn ved ansettelsen.

Arbeidsgiver må kunne vise at personlig egnethet faktisk er vurdert i forhold til de aktuelle søkerne og vektlagt under ansettelsesprosessen. Momentet må ikke bare fremstå som en etterfølgende begrunnelse for resultatet. I LDN-2007-6 legger Diskrimineringsnemnda til grunn at ”i forhold til bevisbyrden må kravet være at vurderingen av slike egenskaper i noen grad er konkretisert, og at denne konkretiseringen går frem av saksdokumenter eller på annen måte som kan ettervises.” I det konkrete tilfellet fant flertallet i Diskrimineringsnemnda at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde i forhold til vektlegging av personlig egnethet:

”Det er heller ikke lagt fram tilstrekkelig bevis for Bs og intervjukandidatenes personlige egenskaper. Det foreligger ingen tidsnær dokumentasjon, for eksempel i form av skriftlige nedtegninger fra intervjugruppa. Det eneste

¹²⁹³

Se f.eks. intervjuguide for Universitetet i Bergen, sjekkliste pkt. h: ”Hadde kandidaten en god, naturlig øyekontakt?”

holdepunktet for at B i mindre grad enn de andre oppfylte kravene til personlig egnethet, er kommunens egen forklaring i klagen av 27. desember 2006, og først etter at Likestillings- og diskrimineringsombudet hadde ferdigbehandlet saken.”

Også i saker for Sivilombudsmannen er det blitt kritisert at offentlig arbeidsgiver ikke har innhentet tilstrekkelig informasjon for å foreta en sammenliknende vurdering av søkerens personlige egnethet for stillingen,¹²⁹⁴ ikke har forelagt innhentede negative opplysninger for søkeren til uttalelse¹²⁹⁵ og liknende.¹²⁹⁶

Videre kan arbeidsgiver anføre sosiale hensyn eller vennskap som grunnlag for å foretrekke søkere med dårligere kvalifikasjoner enn arbeidssøkeren med funksjonsnedsettelse. For eksempel kan den ansatte ha vært arbeidsledig, men arbeidssøkeren med funksjonsnedsettelse allerede hadde en godt lønnet stilling.

For offentlig arbeidsgiver innebærer det alminnelige saklighetskravet et krav om at utvelgelsen i utgangspunktet skal bygge på kvalifikasjoner. Kjennskap og vennskap er selvsagt ingen legitim utvelgelsesgrunn. I en viss utstrekning er det god tatt at offentlig arbeidsgiver har tatt sosiale hensyn ved ansettelse, dersom disse er reelle og tilstrekkelig tungtveiende. I Rt. 1976 s. 614, vaktmester, la Høyesterett til grunn at det ikke var utenforliggende å ta hensyn til den ene søkers sosiale behov hvor søkerne stod relativt likt kvalifikasjonsmessig. Dersom offentlig arbeidsgiver skal kunne legitimere at en arbeidssøker med sosiale problemer er blitt valgt ut til foretrengsel for en arbeidssøker med bedre kvalifikasjoner og funksjonsnedsettelse, vil det måtte stilles strenge krav til begrunnelsen.

Privat arbeidsgiver vil ikke være bundet av noe generelt kvalifikasjonsprinsipp,¹²⁹⁷ og vil i utgangspunktet kunne tilsette på grunnlag av vennskap med en bestemt søker eller ønske om å hjelpe denne. Dersom arbeidssøkeren med funksjonsnedsettelse kan vise til at hun hadde bedre formelle kvalifikasjoner enn den som ble ansatt, må imidlertid arbeidsgiver for å fri seg fra en påstand om diskriminering, legge frem beviser som gjør det sannsynlig at det virkelig er sosiale hensyn eller vennskap som er vektlagt.

¹²⁹⁴ Se her f.eks. Somb-2004-15, tilsetting av undervisningsinspektør, kritikk fordi kommunen ikke hadde innkalt den faglig sett beste søkeren til intervju, og derfor ikke hadde tilstrekkelige opplysninger for å vurdere dennes personlige egnethet for stillingen; Somb-2000-18, tilsetting av kontorsjef ved fylkeslegekontor, kritikk fordi arbeidsgiver hadde vurdert søker som ikke personlig egnet uten å innkalle vedkommende til intervju og Somb-1998-37, tilsetting av politifullmektig, kritikk av at arbeidsgiver ikke hadde innkalt en søker til intervju for å foreta en forsvarlig vurdering av kvalifikasjonene, herunder personlig skikkethet.

¹²⁹⁵ Se f.eks. Somb-2006-18, tilsetting av spesialsykepleier, hvor Sivilombudsmannen kritiserer at negative opplysninger om personlig skikkethet ikke var forelagt parten til uttalelse.

¹²⁹⁶ Se bl.a. Somb-2005-24, tilsetting av lærer, søker ble ikke ansett personlig egnet, Sivilombudsmannen kritiserer kommunen for manglende skriftlighet i saksbehandlingen; Somb-2000-20, tilsetting av lensmannsbetjent, Sivilombudsmannen kritiserer at politidistriktet hadde vurdert søkers personlige skikkethet for stillingen på et utilfredsstillende opplyst faktisk grunnlag og Somb-1993-1, tilsetting av lærer i yrkesfag, kritikk fordi arbeidsgiver bare hadde vurdert personlig egnethet i forhold til den tilsatte.

¹²⁹⁷ Se nærmere ovenfor under pkt. 4.2.

Arbeidsgiver kan anføre at han har foretrukket den andre søkeren på grunn av at vedkommende tilhører en gruppe som er underrepresentert i yrket eller på arbeidsplassen, for eksempel en underrepresentert etnisk minoritetsgruppe. Har arbeidssøkeren med funksjonsnedsettelse bedre formelle kvalifikasjoner enn den ansatte med minoritetsbakgrunn, må arbeidsgiver likevel bevise at det er lagt vekt på den valgte søkers etnisitet, ikke på den vrakede søkers funksjonsnedsettelse. Videre må arbeidsgiver vise at den positive særbehandlingen er forholdsmessig, aml. § 13-6.

4.6. Positiv vektlegging av negativ helsetilstand/funksjonsnedsettelse ved ansettelse.

Under de foregående pkt. har jeg tatt opp begrensninger i en arbeidsgivers adgang til å vektlegge funksjonsnedsettelse eller helseproblemer negativt ved ansettelse. Arbeidsgiver kan imidlertid også velge å legge positiv vekt på slike forhold. Det kan være flere ulike begrunnelser for dette:

Arbeidsgiver kan for det første anse en bestemt funksjonsnedsettelse som en *kvalifikasjon* for stillingen. Dette kan eksempelvis gjelde talspersoner for en interesseorganisasjon eller skuespillere med synlige fysiske karakteristika. Problemstillingen er tatt opp under kap. IV pkt. 3.3.6.5 og jeg henviser til denne behandlingen.

For det annet kan arbeidsgiver ønske å ansette en person med en funksjonsnedsettelse for å fremme likebehandling, se aml. § 13-6, altså å utjevne forskjeller mellom grupper med ulik posisjon på arbeidsmarkedet. Et liknende formål vil være å fremme mangfold i arbeidsstyrken hos arbeidsgiver.¹²⁹⁸ Positiv særbehandling for å fremme likebehandling på arbeidsmarkedet eller mangfold hos den enkelte arbeidsgiver er tatt opp generelt under kap. IV pkt. 3.3.6.6. Her vil jeg ta opp en del særspørsmål som knytter seg til en ansettelsessituasjon.

For det tredje kan en arbeidsgiver ønske å ta individuelle sosiale hensyn ved ansettelse, ved å ansette en person som pga. helseproblemer har vansker på arbeidsmarkedet. Også denne situasjonen vil bli tatt opp under dette punkt.

At en arbeidsgiver tar hensyn til en konkret arbeidssøkers sosiale behov for stillingen er i utgangspunktet ikke det samme som å praktisere positiv særbehandling. Det kan likevel i det konkrete tilfellet være vanskelig å skille mellom hensynet til utjevning mellom grupper og hensynet til den enkelte arbeidstaker som på grunn av helseproblemer eller funksjonsnedsettelse har problemer med å få innpass på arbeidsmarkedet. F.eks. bygger tjm.f. § 9 annet ledd dels på hensynet til utjevning mellom grupper, dels på individuelle behovshensyn, se nærmere nedenfor. Jeg har ikke skilt klart mellom positiv særbehandling og individuelle sosiale hensyn i drøftelsen nedenfor.

¹²⁹⁸ I slike tilfeller kan en også hevde at funksjonsnedsettelsen er en type kvalifikasjon for arbeidet, se nærmere om grensdragningen her kap. IV pkt. 3.3.6.6.

Vilkårene i aml. § 13-6 vil, som vist under kap. IV pkt. 3.3.6.6, være avgjørende for hvorvidt positiv særbehandling av personer med funksjonsnedsettelse er i strid med diskrimineringskapitlet. Aml. § 13-6 må også være veiledende i forhold til innholdet av alminnelige saklighets- og likebehandlingsnormer ved en ansettelse.

Hvilke grenser gjelder for positiv særbehandling ved ansettelse?

Ifølge aml. § 13-6 er "[s]ærbehandling som bidrar til å fremme likebehandling (...) ikke i strid med bestemmelsene i dette kapittel. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd." Det stilles i tillegg et forholdsmessighetskrav. Som vist under kap. IV pkt. 3.3.6.6, vil den restriktive holdning til positiv særbehandling som kommer frem i forarbeidene til diskrimineringskapitlet, neppe omfatte positiv særbehandling av arbeidssøkere med funksjonsnedsettelser. Forskjellen mellom sysselsettingsgraden for personer med og uten funksjonsnedsettelser er i praksis så stor at det ikke er noen grunn til å "frykte" at resultatlikhet skal bli oppnådd med det første.¹²⁹⁹

Hvor adgangen til positiv særbehandling er regulert i forskrift, tariffavtale eller ansettelsesreglement, vil det altså være lite betenkelig å tillate positiv særbehandling av arbeidssøkere med funksjonsnedsettelser.

Innen staten foreligger nå en særlig hjemmel for å foretrekke funksjonshemmede /yrkeshemmede, jfr. tjmf. § 9 annet ledd:

"Dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, kan slik søker tilsettes selv om det finnes bedre kvalifiserte søkere til stillingen."

Bestemmelsen gir statlig arbeidsgiver rett (ikke plikt) til å foretrekke en dårligere kvalifisert søker med funksjonshemming eller yrkeshemming. Adgangen gjelder ikke alle funksjonshemmede/yrkeshemmede, bare de som faller inn under paragrafens tredje ledd, det vil i praksis si registrerte yrkeshemmede. Videre er det et vilkår at arbeidssøker ikke er i arbeid, eller risikerer å miste arbeidet. Det kreves at arbeidssøkeren fyller minimumskvalifikasjonene for stillingen. Selv om tjmf. § 9 annet ledd åpner for positiv særbehandling av personer med dårligere kvalifikasjoner enn andre søkere, synes den ikke å gå lenger enn det aml. § 13-6 tillater i forhold til funksjonshemming.¹³⁰⁰

I tillegg kan positiv særbehandling av visse grupper ved ansettelse være regulert i reglement eller tariffavtale, sml. Statens Personalthåndbok 2008 pkt. 1.5, Hovedavtalen i staten § 21 pkt. 4, og Hovedtariffavtalen i kommunesektoren 2006-2008 § 2.2 annet ledd som gjelder kjønn. Jeg har ikke

¹²⁹⁹

Se bl.a. kap I pkt. 2.

¹³⁰⁰

Unntak kan selvsagt tenkes ved svært store forskjeller i kvalifikasjoner.

funnet slike reglementer eller tariffavtaler som direkte regulerer positiv særbehandling av arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse.

Dette reiser spørsmål om arbeidsgiver kan foretrekke en arbeidssøker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse i en ansettelsessituasjon uten at dette er hjemlet i generelle bestemmelser.

I forhold til offentlig arbeidsgiver er utgangspunktet som vist tidligere¹³⁰¹ at alminnelige saklighets- og likebehandlingsnormer tilsier at ansettelse skal bygge på kvalifikasjoner. Dette er bl.a. kommet til uttrykk i opplæringslovens § 10-5 og Hovedtariffavtalen i kommunesektoren § 2.2 første ledd. Tradisjonelt har det vært antatt at det gjelder snevre grenser for å ta konkrete sosiale hensyn ved ansettelser innenfor offentlig tjeneste.¹³⁰² Det er likevel en åpning for å ta sosiale hensyn, dersom disse er vektige og forskjellene i kvalifikasjoner er relativt små.¹³⁰³

I denne forbindelse bør det kunne ha en viss betydning at statlige og kommunale reglementer og tariffavtaler inneholder bestemmelser som tar sikte på å få ansatt flere personer med funksjonsnedsettelse, selv om disse ikke direkte hjemler positiv særbehandling av gruppen. Ifølge Statens personalhåndbok 2008 pkt. 1.4.1 er det et mål at statlige virksomheter skal ansette flere personer med nedsatt funksjonsevne. Hovedavtalen i staten 2008-2010 § 25 nr. 1 bokstav b inneholder en bestemmelse om tiltak for at ”yrkeshemmede (jf NOU 2001: 22)”¹³⁰⁴ skal kunne arbeide i virksomheten, jfr. § 25 nr. 2 om ansvar for å hindre forskjellsbehandling av denne gruppen. Ifølge HA Kommune Del B § 3-1 bokstav h skal arbeidsgiver i samarbeid med de tillitsvalgte prioritere tiltak for et inkluderende arbeidsliv. I tillegg er et av formålene med Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv 2006-2009 å få ansatt flere arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.¹³⁰⁵ Slike hensyn kan imidlertid bare få betydning hvor forskjellene i kvalifikasjoner er små. Hvor kvalifikasjonsforskjellene er av en viss størrelse og tjmf. § 9 ikke kommer til anvendelse, synes det å være lite rom for positiv særbehandling.

I forhold til *privat* arbeidsgiver vil et alminnelig arbeidsrettslig likebehandlingskrav ved ansettelse neppe i seg selv stenge for at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse foretrekkes på grunnlag av individuelle behov. Dersom en drosjeeier velger å ansette en kamerat med liten kjørefor erfaring og nerveproblemer til fortrenghet for en bedre kvalifisert og kjernesunn søker, er det liten grunn til at den kjernesunne skal ha noe som helst krav på dette grunnlag.

¹³⁰¹ Se pkt. 4.2.

¹³⁰² Se bl.a. Somb-1967-11 og Somb-1982-17. Engelsrud 2003 s. 75 legger til grunn at “[b]ehovshensyn må (...) bare representere de rene unntakstilfellene.” Fanebust 1987 s. 107 flg. synes på sin side relativt positiv til at det legges vekt på velferdshensyn ved ansettelse i offentlig tjeneste.

¹³⁰³ Se Somb-1967-11, Somb-1982-17 og Rt. 1976 s. 614, vaktmester.

¹³⁰⁴ Bestemmelsens henvisning til NOU 2001: 22 synes å innebære at ”yrkeshemmede” her skal forstås som personer med varige funksjonsnedsettelse, altså slik at det ikke er nødvendig med generelt nedsatt arbeidsevne eller generelle problemer på arbeidsmarkedet.

¹³⁰⁵ Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv 2006-2009, delmål 2.

5. Håndheving av restriksjoner for kommunikasjon og likebehandlingskrav ved ansettelse.

5.1. Innledning. Særlige håndhevingsorganer, domstolsprøving

En arbeidssøker som vil påberope seg brudd på restriksjoner for kommunikasjon av helseopplysninger eller likebehandlingskrav ved ansettelse, vil ha flere muligheter for å få gjennomført sine krav. For det første kan særlige håndhevingsorganer treffe vedtak eller gi uttalelse om at arbeidsgivers handlemåte er urettmessig. Disse organer vil ha kompetanse på ulike områder. Blant annet kan kompetansen avhenge av hvem som er arbeidsgiver eller av hvilket grunnlag arbeidssøker påberoper seg for at den dårligere behandlingen var urettmessig. Kompetansen til særskilte håndhevingsorganer tas opp under pkt. 5.2. Her er jeg også inne på muligheten for forvaltningsrettslig klage i en ansettelsessak. Videre kan ulike domstoler være kompetente i slike saker. Arbeidssøker selv vil kunne reise søksmål ved alminnelige domstoler. Dette tas opp under pkt. 5.3. Dersom behandlingen er i strid med tariffavtale, vil tariffparten også kunne reise søksmål for Arbeidsretten med påstand om tariffbrudd. Dette tas opp under pkt. 5.4. Under pkt. 5.5 tar jeg opp rettsmidler og sanksjoner.

5.2. Ombud og tilsyn. Klage til overordnet forvaltningsorgan.

Ifølge Idol. § 1 annet ledd nr. 3 skal Diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av arbeidsmiljøloven kapittel 13. En arbeidssøker som mener seg forbigått på grunn av funksjonshemming, vil kunne bringe sin sak inn for Ombudet etter lovens § 3 fjerde ledd. Ombudet skal etter § 3 tredje ledd gi uttalelse om et bestemt forhold er i strid med arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel. Herunder vil Ombudet kunne uttale seg om det er skjedd en forbigåelse av arbeidssøker med funksjonsnedsettelse i strid med arbeidsmiljølovens kap. 13 i en konkret ansettelsessak. Som del av denne vurderingen må Ombudet også kunne ta stilling til om arbeidsgiver hadde plikt til å tilrettelegge etter aml. § 13-5. Videre kan Ombudet uttale seg om enkeltelementer i ansettelsesprosessen, for eksempel unnlattelse av å innkalle en søker med funksjonsnedsettelse til intervju, er i strid med diskrimineringsforbudet.

Nemnda kan treffe vedtak om at det foreligger brudd på bestemmelsene i arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel, lovens § 7 første ledd, jfr. § 1 annet ledd nr. 3, for eksempel ved å slå fast at en arbeidssøker er forbigått i strid med aml. kap. 13. Videre kan Nemnda etter § 7 annet ledd "pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering (...) opphører og for å hindre gjentakelse." Nemnda kan etter dette gripe inn med pålegg i forhold til en

diskriminerende ansettelses*praksis*; for eksempel der det uten tilstrekkelig saklig grunnlag stilles helsekrav ved ansettelse og dette rammer arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse. Nemnda kan imidlertid ikke gi pålegg til arbeidsgiver om å ansette en forbigått arbeidssøker.¹³⁰⁶

I forarbeidene til diskrimineringsombudsloven er det lagt til grunn at Nemndas påleggs-kompetanse etter § 7 annet ledd også omfatter kompetanse til å gi pålegg om tilrettelegging etter daværende aml. 1977 § 54F, som tilsvarer aml. § 13-5. Begrunnelsen er at manglende tilrettelegging i seg selv ”kan være en diskriminerende unnløtelse, da den medfører at en arbeidstaker med funksjonshemming blir stilt i en mindre gunstig situasjon enn en funksjonsfrisk arbeidstaker.”¹³⁰⁷ Det synes imidlertid noe søkt å se manglende tilrettelegging som en selvstendig diskriminerende unnløtelse i forhold til arbeidssøker. En arbeidssøker som er blitt forbigått ved en konkret ansettelse fordi arbeidsgiver ikke mente han hadde plikt til individuell tilrettelegging, vil ikke være i en kontinuerlig diskriminerende situasjon, som Nemnda kan bringe til opphør ved et pålegg. Når Nemnda ikke kan gi pålegg om ansettelse av arbeidssøker med funksjonshemming, synes det ulogisk at den skal ha anledning til å gi pålegg om individuell tilrettelegging i en ansettelses-situasjon.

Nemnda kan heller ikke ilegge oppreisning og erstatning etter aml. § 13-9. Dette må avgjøres av domstolene, l.dol. § 1 annet ledd bokstav c.¹³⁰⁸

Verken Ombudet eller Nemnda har pr. juni 2008 behandlet klagesaker som gjelder forbigåelse ved ansettelse på grunn av funksjonshemming.¹³⁰⁹

Datatilsynet og Personvernemnda fører tilsyn med behandling av personopplysninger, se popplyl. kap. VIII. Det gjelder konsesjons- eller meldeplikt for all behandling av helseopplysninger (herunder opplysninger om funksjonsnedsettelse) som gjelder arbeidssøkerne og som faller inn under loven.¹³¹⁰ Eneste unntak fra meldeplikten som synes å være aktuelt for arbeidssøkere er opplysninger som er ”nødvendige for å tilrettelegge arbeidssituasjonen på grunn av helseforhold”, popplyf. § 7-16 tredje ledd bokstav c. Unntaket fra meldeplikten må også omfatte opplysninger som er nødvendige for å vurdere om tilrettelegging er nødvendig, hensiktsmessig og om den vil medføre en uforholdsmessig stor byrde etter aml. § 13-5.

Datatilsynet kan selvsagt ikke pålegge arbeidsgiver å ansette en arbeidssøker som er blitt forbigått som følge av urettmessig innhentede helseopplysninger, og kan heller ikke ilegge

¹³⁰⁶ Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 70.

¹³⁰⁷ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 71.

¹³⁰⁸ Se også Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 75.

¹³⁰⁹ Ombudets praksisrapporter fra 2006 og 2007 viser til en veiledningssak som gjaldt adgangen til positiv særbehandling på grunn av funksjonshemming, sak 07/442, og en veiledningssak som gjaldt krav til førerkort i tilknytning til utlyst stilling, sak 06/1841. Ingen slike klage- eller veiledningssaker fra 2008 er publisert på Ombudets hjemmesider pr. juni 2008.

¹³¹⁰ Se popplyl. § 3 og ovenfor under avhandlingens kap. IV pkt. 3.2.5 og 4.3.5.

erstatning eller oppreisning etter popplyl. § 49. Datatilsynet kan imidlertid gi pålegg om at ulovlig behandling av helseopplysninger om arbeidssøkere skal opphøre, se popplyl § 46. Dette kan være aktuelt hvor virksomheten rutinemessig behandler helseopplysninger om arbeidssøkerne.

Datatilsynet kan neppe i medhold av popplyl. § 46 gi pålegg om å trekke tilbake en stillingsannonse hvor det fremkommer at arbeidssøkerne vil bli avkrevd helseopplysninger ut over det som er tillatt etter aml. § 9-3. Kompetansen etter popplyl. § 46 omfatter pålegg om opphør av ”behandling” av personopplysninger i strid med personopplysningsloven, og en annonse representerer i seg selv ingen behandling av opplysninger. Dersom arbeidssøkerne i annonsen blir bedt om å oppgi helseopplysninger i selve søknaden, er det imidlertid mulig at pålegg (i praksis varsel om pålegg) vil kunne brukes allerede på dette stadium.¹³¹¹

Det fremgår indirekte av PVN 2005-6 at en arbeidsgiver etter tilsyn/uttalelse/varsel om pålegg fra Datatilsynet hadde endret et *søknadsskjema* hvor arbeidssøkerne skulle gi omfattende opplysninger om egen helsetilstand og sykefravær hos tidligere arbeidsgiver.

Datatilsynet vil i medhold av popplyl. § 42 nr. 7 kunne gi uttalelse i ”spørsmål om behandling av personopplysninger”, herunder også om vilkårene for å innhente helseopplysninger etter aml. § 9-3 er oppfylt.

Arbeidstilsynet fører etter aml. § 18-1 første ledd første pkt. tilsyn med at bestemmelsene gitt i og i medhold av arbeidsmiljøloven blir overholdt. Arbeidstilsynet har en alminnelig veiledningsplikt og uttalerett på hele arbeidsmiljølovens område, og vil herunder kunne uttale seg om spørsmål om helsetilstand er lovlig etter aml. 9-3 og om aml. § 9-4 hjemler helseundersøkelser. Arbeidstilsynet har gitt ut flere veiledninger om forskrifter som hjemler helseundersøkelser.

Arbeidstilsynets påleggskompetanse følger av aml. § 18-6 første ledd. Med hensyn til tilrettelegging vil Arbeidstilsynet klart ha påleggskompetanse i forhold til den generelle bestemmelsen i aml. § 4-1 fjerde ledd. De plikter denne bestemmelse pålegger arbeidsgiver, er imidlertid generelle og vil være uavhengige av om arbeidsgiver har en konkret orienterings- eller bevegelseshemmet arbeidssøker.¹³¹² Hele kap. 13 er unntatt fra Arbeidstilsynets påleggskompetanse. Tilsynet kan altså ikke gi pålegg om ny utlysning hvor en stillingsannonse er i strid med diskrimineringsforbudene i aml. §§ 13-1.¹³¹³ Videre er hele kapittel 9 unntatt fra påleggskompetansen. Arbeidstilsynet kan altså ikke gripe inn ved pålegg hvor arbeidsgiver innhenter opplysninger fra arbeidssøkerne i større utstrekning enn det som er lovlig etter aml. § 9-3

¹³¹¹ Jfr. den meget vide definisjonen av ”behandling” av personopplysninger i popplyl. § 2 nr. 2, som blant annet omfatter ”innsamling” av slike opplysninger.

¹³¹² Bestemmelsen må ses i sammenheng med aml. § 18-9. Bestemmelsen vil først og fremst bli håndhevet i forbindelse med nybygg og bygningsendringer.

¹³¹³ Det var antatt at Arbeidstilsynet hadde slik kompetanse hvor en stillingsutlysning var i strid med aml. 1977 § 55A, se Friberg m.fl. 1998 s. 383.

eller krever helseundersøkelser av arbeidssøkerne i større utstrekning enn det som hjemlet i aml. § 9-4.

I tillegg til disse tilsynsorganer som er kompetente både i forhold til offentlige og private arbeidsforhold, vil det være spesielle ordninger innenfor offentlig sektor. Sivilombudsmannen har tilsyns- og uttalelsekompentanse i forhold til offentlige arbeidsforhold, og vil kunne uttale seg om det i en ansettelsessak er tatt utenforliggende hensyn (myndighetsmisbruk), og også om kritikkverdige forhold ut over dette, jfr. ombudsmannslovens § 10. Sivilombudsmannen har i flere saker kritisert forvaltningsorganer for ikke å ha oppfylt sin undersøkelsesplikt før en har avvist arbeidssøkere på grunn av deres helsetilstand.¹³¹⁴ Sivilombudsmannen kan videre uttale seg om uheldig saksbehandling i tilsettingsprosessen, uavhengig av om det kan legges til grunn at dette har innvirket på resultatet.

I forvaltningen anses avgjørelse om ansettelse som et enkeltvedtak, fvl. § 2 annet ledd, første setning, men er som hovedregel unntatt fra reglene om klage, med mindre forvaltningsorganet bestemmer noe annet, fvl. § 3 annet ledd annet punktum. Dette innebærer at arbeidssøker som mener seg forbigått som hovedregel ikke har rett til å få avgjørelsen prøvd av overordnet forvaltningsorgan. Ansettelsesvedtakene er videre unntatt fra reglene om omgjøring av enkeltvedtak i fvl. § 35 tredje ledd, jfr. fvl. § 3 annet ledd annet pkt, om ikke vedkommende forvaltningsorgan bestemmer noe annet. Reglene om omgjøring i § 35 første og annet ledd gjelder derimot så lenge Kongen ikke har bestemt annet, jfr. fvl. 3 annet ledd første pkt. Det følger av fvl. § 35 første ledd bokstav a at forvaltningsorganet selv eller overordnet forvaltningsorgan kan omgjøre eget vedtak dersom det ikke er til skade for private parter, noe som vil være tilfelle dersom det ikke er ansatt noen i den stillingen den diskriminerte søkte på. I tillegg kan et vedtak omgjøres etter bokstav b så lenge den foretrukne stillingssøker ikke har fått underretning. Endelig kan et vedtak etter bokstav c omgjøres dersom det er ugyldig. Ulovlig diskriminering kan utgjøre myndighetsmisbruk, som igjen kan være en ugyldighetsgrunn. Dersom en annen person er ansatt i stillingen er det likevel ikke gitt at ansettelsesvedtaket anses som ugyldig i forhold til denne. Hensynet til den annen private part kan her tilsi at vedtaket opprettholdes, til tross for at det er tatt utenforliggende hensyn. Det synes forutsatt i teorien at dette også vil være hovedregelen.¹³¹⁵

¹³¹⁴ Se blant annet de saker som er nevnt under pkt. 4.4.1

¹³¹⁵ Se Eckhoff og Smith 2006 s. 457. Noenlunde tilsvarende Frihagen 1992 s. 244. Mindre restriktiv Tønder 1975 s. 83 flg, særlig s. 84.

5.3. Søksmål for alminnelige domstoler.

En arbeidssøker som mener seg dårligere behandlet ved ansettelse på grunn av funksjonshemming eller helseproblemer, kan reise sivil søksmål for alminnelige domstoler. Det er ikke noe vilkår at Ombudet eller Nemnda har behandlet saken.

Ifølge tvisteloven § 1-3 annet ledd, må den som reiser en sivil tvist "påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det."¹³¹⁶ Reelt behov vil normalt foreligge hvor arbeidsgiverens handlemåte har hatt økonomisk betydning for arbeidstaker, for eksempel hvor hun kan vise at hun ville ha blitt ansatt dersom arbeidsgiver hadde handlet rettmessig.¹³¹⁷ Videre vil en arbeidssøker ha reelt behov for å få behandlet et oppreisningskrav, se aml. § 13-9 første ledd og popplyl. § 49 tredje ledd. Dette kan blant annet innebære at enkelthandlinger i en ansettelsesprosess kan overprøves på det grunnlag at handlingene er i strid med diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1.

Ut over de tilfeller hvor det foreligger hjemmel for oppreisning, eller arbeidssøker har lidt et økonomisk tap, kan det også foreligge reelt behov for avklaring. En arbeidssøker som mener seg forbigått av offentlig arbeidsgiver på grunnlag av helsetilstand vil ha rettslig interesse i å få dom for ugyldighet, dersom hun reiser sak mot så vel offentlig arbeidsgiver som den foretrukne arbeidstaker med påstand om at ansettelsesvedtaket er ugyldig.¹³¹⁸ I forhold til privat arbeidsgiver vil en arbeidssøker derimot ikke kunne kreve en ansettelsesbeslutning kjent ugyldig. Hun må da påvise andre materielle rettslige virkninger av en dom i sin favør.¹³¹⁹ I Rt. 2001 s. 1413, Norsk Folkehjelp har Høyesterett likevel lagt til grunn at det på det arbeidsrettslige området ikke skal stilles strenge krav til søksmålsinteressen. I saker som gjelder urettmessig etterspørring av helseopplysninger ved ansettelse bør det kunne legges vekt på at innhenting av personopplysninger utgjør et inngrep i retten til privatliv, og at denne retten er menneskerettslig beskyttet. En arbeidssøker som er blitt avkrevd helseopplysninger i forbindelse med en ansettelse, bør derfor kunne få fastslått at arbeidsgiver har brutt aml. § 9-3, selv om hun ikke pretenderer å ha lidt noe økonomisk tap som følge av arbeidsgivers handlemåte.

De særlige prosessreglene i aml. § 17-3 og 17-4 kommer ikke til anvendelse for ansettelsessaker. Det foreligger heller ikke spesielle søksmålsfrister for krav som følge av diskriminering ved ansettelse, sml. aml. § 17-4. Et krav om erstatning eller oppreisning vil da kunne reises så lenge

¹³¹⁶ Bestemmelsen viderefører i hovedsak tvistemålslovens krav til rettslig interesse, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363.

¹³¹⁷ Se her til illustrasjon saksforholdet i Rt. 2001 s. 248, Olderdalen ambulanse, hvor arbeidstakerne hadde fått tilbud om ansettelse med en rettsstridig betingelse.

¹³¹⁸ Se Rt. 1991 s. 1468 (obiter dictum på s. 1473).

¹³¹⁹ Rt. 1991 s. 1468.

det ikke er foreldet, jfr. foreldelsesloven § 9, dvs. tre år etter at arbeidssøker fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige.

Domstolenes prøvelseskompetanse i forhold til arbeidsgivers ansettelsesbeslutning er begrenset. Retten kan i forhold til offentlig arbeidsgiver prøve om det foreligger saksbehandlingsfeil (særlig brudd på undersøkelsesplikt), samt om avgjørelsen bygger på utenforliggende hensyn.¹³²⁰ I forhold til privat arbeidsgiver må retten kunne prøve om avgjørelsen i realiteten bygger på hensyn som er ulovlige. Derimot kan domstolene ikke overprøve den konkrete vurderingen av hvilken arbeidssøker som er best egnet for stillingen.¹³²¹

5.4. Søksmål for Arbeidsretten.

Et alminnelig tariffrettslig saklighetskrav ved ansettelse, slik som etter Hovedtariffavtalen for kommunene § 2.2 første avsnitt, kan innebære at tariffparten på arbeidstakersiden kan bringe en konkret ansettelsessak inn for Arbeidsretten, dersom den mener helsetilstand eller funksjonshemming urettmessig er vektlagt i en ansettelsessak. Arbeidsretten har i noen tilfeller funnet ansettelser i kommunesektoren tariffstridige på grunnlag av urettmessig vektlegging av helsetilstand.¹³²²

Arbeidsretten har lagt til grunn at dens overprøvingskompetanse er begrenset, se ARD 1987 s. 9:

”Er en ansettelse motivert av usaklige eller utenforliggende hensyn, eller bygget på et skjønn som virker så åpenbart urimelig at det fremtrer som vilkårlig, vil dette være tariffstridig. (...) Arbeidsretten kan imidlertid ikke sette ansettelsesmyndighetens vurdering til side som tariffstridig alene av den grunn at retten er uenig i vurderingen eller finner den diskutabel.”¹³²³

Dersom tariffbestemmelser om positiv særbehandling foreligger, og tariffparten mener at adgangen til positiv særbehandling skulle vært brukt i en konkret ansettelsessak, vil den kunne anlegge sak mot arbeidsgiver med påstand om tariffbrudd. Arbeidsretten har likevel gitt uttrykk for at den vil være forsiktig med å overprøve ”manglende” bruk av positiv særbehandling. I ARD 1990 s. 87 la LO og Norsk Kommuneforbund ned påstand om at ansettelsen av den foretrukne mannen var tariffstridig, fordi søkerne stod kvalifikasjonsmessig likt, og arbeidsgiver da skulle ha nyttet kvoteringsregelen, se nåværende Hovedtariffavtalen i kommunesektoren § 2.2 annet ledd første pkt. Arbeidsretten uttaler:

¹³²⁰ Se bl.a. Fanebust 1987 s. 252. Spørsmålet om hva domstolene kan prøve i offentlige ansettelsessaker drøftes grundig av Tønder 1975 på s. 78-80.

¹³²¹ Se nærmere Jakhell 2006 s. 217.

¹³²² Se de avgjørelser som er tatt opp under pkt. 4.4.1.

¹³²³ I det konkrete tilfellet (som ikke gjaldt helseforhold) ble vedtak om ansettelse av avdelingsleder kjent tariffstridig, da det ikke var holdbart grunnlag for de oppfatninger om en søker som ansettelsesmyndigheten hadde bygget på.

”Det retten kan prøve, er at ansettelsesmyndigheten ved sitt valg har bygget på en ”saklig og samvittighetsfull” kvalifikasjonsvurdering, slik det også er uttrykt i tidligere rettspraksis. Vurderingen må ikke bygge på usaklige eller utenforliggende hensyn. I dette ligger også at det skjønn som utøves, må være saklig i den forstand at det bygger på et holdbart faktisk grunnlag, og at vurderingen har tilstrekkelig bredde og ikke er vilkårlig. Men Arbeidsretten kan ikke sette den vurdering som er foretatt, til side som tariffstridig alene av den grunn at retten er uenig i kvalifikasjonsvurderingen eller finner den diskutabel - og ei heller ut fra det syn at det for å fremme likestilling ville være ønskelig å ansette en kvinnelig søker.”

Den kommunale arbeidsgiveren ble frifunnet for tariffbrudd.

5.5. Rettsmidler/Sanksjoner.

5.5.1. Straff.

Som vi har sett under kap. IV pkt. 4.6.2, inneholder så vel arbeidsmiljøloven (§ 19-1) som diskrimineringsombudsloven (§ 13), personopplysningsloven (§ 48) og bioteknologiloven (§ 7-5) straffebestemmelser. Publisert praksis som gjelder straff på grunn av diskriminering pga. funksjonshemming eller innhenting/behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold foreligger ikke etter noen av bestemmelsene.

Straff kan i prinsippet ilegges ved brudd på diskrimineringsforbud ved ansettelse, se aml. § 19-1, jfr. kap. 13.¹³²⁴ Det er likevel forutsatt i forarbeidene at reaksjonene i forhold til brudd på diskrimineringsforbudet ”først og fremst [vil] være sivilrettslig basert”.¹³²⁵ Sivilrettslige sanksjoner som oppreisning synes å gi, i hvert fall mulighet for, en effektiv håndhevelse av forbudet mot diskriminering. Det synes derfor lite aktuelt å nytte straffehjemmelen i forhold til en konkret, diskriminerende, ansettelse.

Straff kan være mer aktuelt i forhold til innhenting og behandling av personopplysninger, og særlig i de tilfeller hvor det ikke foreligger andre effektive sanksjoner, slik som oppreisning.

En *utlysning* hvor arbeidsgiver gir uttrykk for at det vil bli stilt helsekrav utenfor det som kan hjemles i aml. § 9-3 vil være straffbelagt etter aml. § 19-1. Det samme gjelder i prinsippet annen innhenting av helseopplysninger i en ansettelsesprosess, bl.a. uhjemlede krav om medisinske undersøkelser. Straff som sanksjon synes her ikke helt upraktisk, sml. Rt. 1980 s. 598.¹³²⁶ Aml. § 9-3 inneholder ingen hjemmel for oppreisning, og økonomisk tap kan være vanskelig å bevise. Mulighet for straffansvar kan derfor være nødvendig for en effektiv håndheving av forbudet.

¹³²⁴ Se også Jakhelln 2006 s. 202.

¹³²⁵ NOU 2003: 2 s. 55.

¹³²⁶ En tannteknikermester var her ilagt en bot for en annonse i strid med forbudet mot å innhente opplysninger (om fagorganisering) i daværende aml. 1977 § 55A.

Videre kan straff være aktuelt dersom arbeidsgiver nekter å utlevere opplysninger om den ansatte arbeidssøkers kvalifikasjoner etter aml. § 13-7. Bestemmelsen er straffbar direkte etter aml. § 19-1.

Straffehjemmelen i popplyl. § 48 omfatter bl.a. brudd på meldeplikt samt behandling av personopplysninger, herunder helseopplysninger, uten nødvendig konsesjon. Straffehjemmelen i bioteknologiloven § 7-5 kan omfatte situasjoner hvor en arbeidsgiver stiller krav om innhenting av gentest som vilkår for ansettelse. Problemstillingene synes ikke helt upraktiske, men publisert praksis foreligger som nevnt ikke.

5.5.2. Ugyldighet – krav om stillingen?

Som vist under pkt. 5.2, vil ingen av de tilsynsorganer som håndhever utstøtings- eller diskrimineringsvern ved ansettelse, ha kompetanse til å gi pålegg om at en konkret arbeidssøker skal tilsettes i en stilling. Heller ikke domstolene kan uten særskilt hjemmel pålegge offentlig arbeidsgiver å tilsette en arbeidstaker, se Rt. 1989 s. 1152. Dette må gjelde desto mer i forhold til privat arbeidsgiver.¹³²⁷ I Rt. 2001 s. 418 Olderdalen ambulansela Høyesterett til grunn at forbigåelse i strid med aml. § 55A ikke gav grunnlag for et krav om tilsetting til tross for at tilbud om ansettelse var gitt, med en rettsstridig betingelse. Heller ikke det EF-rettslige kravet om effektive sanksjoner, som det vises til i forarbeidene til likebehandlingskapitlet av 2004, krever noen slik løsning, jfr. Colson/Kamann og Harz-sakene fra 1984.¹³²⁸

I forhold til offentlig arbeidsgiver kan den forbigåtte som vist reise sak med påstand om at ansettelsen utgjør et ugyldig enkeltvedtak. Er en annen ansatt i stillingen, kan den forbigåtte velge å gjøre den ansatte til part i søksmålet, og legge ned en generell påstand om at ansettelsen er ugyldig. Hensynet til den ansatte vil imidlertid i regelen tilsi at vedtaket får virkning til tross for at det er tatt utenforliggende hensyn.¹³²⁹ Den forbigåtte kan da velge å ikke gjøre den ansatte til part i saken, og påstanden kan da være at ansettelsesvedtaket kjennes ugyldig i forhold til den forbigåtte.

I private arbeidsforhold foreligger ikke noe rettslig grunnlag for å kreve selve handlingen (beslutning om å ikke ansette noen eller valg av en annen) kjent ugyldig. Avtaleloven § 36 kan ikke brukes på ensidige beslutninger om ikke-inngåelse av arbeidsavtaler¹³³⁰ og i forhold til arbeidsavtalen mellom den foretrukne og arbeidsgiver er den forbigåtte arbeidssøker en tredjemann som

¹³²⁷ Se Jakhell 2006 s. 215. For oppfatningen innenfor arbeidslivets organisasjoner se også protokoll av 29. september 1978 mellom LO og NAF (nå NHO) som gjaldt forståelsen av aml. 1977 § 55A: "De to organisasjonene er innforstått med at etter gjeldende rett er det ingen arbeidssøkere som uten særlig hjemmel (...) har noe rettskrav på å bli ansatt i private bedrifter."

¹³²⁸ EF-domstolens dommer i sak 14/83 Colson/Kamann avsnitt 19 og sak 79/83 Harz avsnitt 19.

¹³²⁹ Se bl.a. Eckhoff og Smith 2006 s. 457.

¹³³⁰ Se for en tilsvarende problemstilling i forhold til forsikringsavtaler Wilhelmsen 1995 s. 31-32.

ikke kan kreve avtalen mellom de to førstnevnte kjent ugyldig av hensyn til dens virkninger for seg selv. Heller ikke aml. § 13-9 nr. 3 som fastslår at "[b]estemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter mv., som er i strid med bestemmelsene i dette kapittel, er ugyldige", omfatter ensidige beslutninger om ikke å ansette en bestemt søker.

I noen tilfeller foreligger særskilte hjemler for krav om stillingen. En arbeidstaker som er forbigått i strid med reglene om fortrinnsrett, f.eks. fordi arbeidsgiver uriktig antok at hennes funksjonsnedsettelse gjorde at hun ikke var kvalifisert for stillingen, vil kunne kreve dom for ansettelse, se aml. § 14-4 første ledd jfr. § 14-2 (om fortrinnsrett for oppsagte) og § 14-3 (om fortrinnsrett for deltidsansatte til utvidet stilling). Jeg går ikke nærmere inn på dette.

5.5.3. Økonomisk kompensasjon.

5.5.3.1. Innledning.

En overtredelse av regler som skal sikre mot diskriminering og utstøting ved ansettelse, kan sanksjoneres ved økonomisk kompensasjon til den krenkede. En arbeidssøker som mener at hun er blitt diskriminert eller forbigått på urettmessig grunnlag ved ansettelse vil etter omstendighetene kunne kreve erstatning for økonomisk tap og/eller oppreisning for ikke-økonomisk tap.

Som vist under kap. IV pkt. 4.6.4, foreligger et mangfold av hjemler for erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap ved brudd på regler som verner mot utstøting og diskriminering pga. helsetilstand eller funksjonshemming i arbeidsforhold. Nedenfor under pkt. 5.5.3.2 og 5.5.3.3 vil jeg drøfte en arbeidssøkers rett til økonomisk kompensasjon ved brudd på slike regler i en ansettelsessituasjon.

5.5.3.2. Erstatning for økonomisk tap.

Ifølge aml. § 13-9 annet ledd kan erstatning for økonomisk tap "som følge av brudd på bestemmelsene i dette kapittel (...) kreves etter de alminnelige regler". Henvisningen til "alminnelige regler" innebærer at arbeidsgiver må ha handlet uaktsomt.¹³³¹ Rett til erstatning for økonomisk tap som følge av urettmessig innhenting av helseopplysninger og urettmessig vektlegging av helsetilstand ved ansettelse kan følge av alminnelige ulovfestede regler. Også her er skyldkravet uaktsomhet.

Dersom normene for hvilke personlige kjennetegn ved søkerne som legitimt kan vektlegges i en ansettelsessituasjon først er brutt, foreligger objektiv rettsstrid. Spørsmålet om arbeidsgiver har vist uaktsomhet vil da i praksis avhenge av om det foreligger unnskyldelig faktisk eller rettslig villfarelse.

¹³³¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329 og Rt. 2001 s. 418, Olderdalen ambulanse.

Unnskyldelig faktisk villfarelse i forhold til forbudet mot innhenting av helseopplysninger eller krav om helseundersøkelser ved ansettelse synes lite aktuelt. Arbeidsgiver har plikt til å ha oversikt over stillingens krav og de risiki som foreligger i arbeidsmiljøet. Ved brudd på forbudet mot direkte diskriminering kan arbeidsgiver ha feilvurdert arbeidssøkers kvalifikasjoner, funksjonsnedsettelsens innvirkning på arbeidsevnen eller de kostnader det vil innebære å tilrettelegge. Kravene til undersøkelse eller saksbehandling i en ansettelsesfase vil antakelig bety at slik faktisk villfarelse sjelden vil være unnskyldelig.

Generelt vil det være lite rom for unnskyldelig rettslig villfarelse ved tolking av lovregler.¹³³² Diskrimineringsforbudene i aml. § 13-1 første ledd, unntakene etter aml. § 13-3 første og annet ledd, plikten til tilrettelegging i aml. § 13-5 og vilkårene for innhenting av helseopplysninger i aml. § 9-3 bygger på utpreget skjønnsmessige normer, noe som kan tilsi at det legges inn en viss skjønnsmargin for arbeidsgiver ved tolkingen av forbud og plikter. Dette forutsetter imidlertid en forsvarlig saksbehandling fra arbeidsgivers side, også med hensyn til å avklare grensene for forbud og påbud.

Videre gir popplyl. § 49 krav om erstatning for økonomisk tap på grunnlag av at personopplysninger er behandlet i strid med lovens bestemmelser. Slikt tap kan være en følge av at arbeidsgiver har behandlet helseopplysninger om arbeidssøkerne uten at personopplysningslovens vilkår for behandling er oppfylt. Skyldkravet etter personopplysningsloven er skyldansvar med omvendt bevisbyrde. Den registeransvarlige arbeidsgiver vil være erstatningsansvarlig med mindre det godtgjøres at skaden ikke skyldes feil eller forsømmelse fra hans side. Det vil neppe være noe særlig rom for unnskyldelig rettslig villfarelse med hensyn til lovens materielle grenser for behandling av helseopplysninger.

Arbeidstvistlovens § 4 jfr. § 5 gir tariffparten rett til å kreve erstatning ved tariffbrudd. Herunder kan tariffparten også kreve økonomisk erstatning til den arbeidssøker som måtte være forbigått i strid med tariffavtale ved en ansettelse.¹³³³

Hvordan utmåles det økonomiske tapet ved ikke-ansettelse?

Økonomisk tap på grunn av diskriminering eller vektlegging av utenforliggende hensyn ved ansettelse, kan foreligge i to former: Enten ved at arbeidssøker ikke har fått en stilling hun ville ha fått uten vektleggingen. Eller, dersom hun uansett ikke ville fått stillingen, ved at hun har lidd et tap ved å bli stilt utenfor konkurranse.

¹³³² Se Nygaard 2007 s. 208-209 og i forhold til offentlig arbeidsgiver Eckhoff og Smith 2006 s. 469-471.

¹³³³ Se her til illustrasjon saksøkers påstand om erstatning til en arbeidssøker i ARD 1990 s. 87 (saken gjaldt manglende anvendelse av en tariffavtalebestemmelse om positiv særbehandling).

Dersom arbeidssøker kan vise at hun ville ha blitt ansatt dersom det forbudte forhold ikke var blitt vektlagt, synes utgangspunktet etter gjeldende rett å være at arbeidssøker har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen.

I Rt. 2001 s. 418 Olderdalen ambulanse var det klart at arbeidstakerne ville ha blitt ansatt dersom de ikke hadde gitt uttrykk for at de ville fagorganisere seg. Her uttaler Høyesterett at arbeidstakerne kunne ”kreve dekket sitt økonomiske tap ved ikke å få ansettelse.” Erstatningen settes deretter til kr. 100.000 for hver. Selv om utmålingen er svært skjønnsmessig, synes det klart at Høyesterett her har bygget på positiv kontraktsinteresse.

EF-domstolen har i saker som gjelder kjønnsdiskriminering ved ansettelse antatt at et krav om effektiv sanksjonering av likebehandlingskravet forutsetter at erstatning – dersom denne velges som sanksjon – ”i hvert fald skal modsvare det lidte tab, og den skal derfor overstige en rent symbolsk erstatning, for eksempel alene godtgørelse af udgifterne i forbindelse med ansøgningen.”¹³³⁴ Et tilsvarende krav må gjelde i forhold til nasjonale regler som gjennomfører sysselsettingsdirektivet.

Det må etter dette legges til grunn at en arbeidssøker som kan vise at hun ville ha fått stillingen dersom arbeidsgiver ikke hadde lagt negativ vekt på funksjonshemmingen, vil ha rett til erstatning for økonomisk tap basert på positiv kontraktsinteresse.

Samme prinsipp må antakelig legges til grunn i forhold til et alminnelig likebehandlingsprinsipp, tolket på bakgrunn av aml. § 9-3. Arbeidssøker som kan vise at hun på urettmessig måte er forbigått, vil ha krav på erstatning utmålt etter prinsippene om positiv kontraktsinteresse. I forhold til popplyl. § 49 blir spørsmålet om en arbeidssøkers tap ved ikke å bli ansatt er en påregnelig ”følge av at personopplysninger er behandlet i strid med bestemmelser i eller i medhold av loven”. Popplyl. § 49 må antas å dekke denne type interesse, og erstatning for økonomisk tap vil derfor kunne utmåles på dette grunnlag.¹³³⁵

Hvordan utmåles erstatningen for positiv kontraktsinteresse hvor en arbeidssøker er forbigått på urettmessig grunnlag?

Arbeidssøkers tap ved å ikke få stillingen skal i prinsippet erstattes fullt ut. Dette gjelder også fremtidig tap. Her tar Høyesterett i Olderdalen ambulanse-dommen utgangspunkt i ”hvor lang tidsperiode det måtte regnes med at de to [arbeidstakerne] ville være uten lønnet arbeid”.

Høyesterett utmåler så skjønnsmessig ca. 100.000, noe som tilsvarte 6-7 månedslønner. Høyesterett

¹³³⁴ Se Colson/Kamann-saken, sak 14/83, avgjørelse av 10. april 1984 (offentlig arbeidsgiver) og Harz-saken, sak 79/83, avgjørelse av 10. april 1984 (privat arbeidsgiver), begges premiss 23.

¹³³⁵ Praksis etter popplyl. § 49 er svært begrenset. I TOSLO-2006-87763 krevde en arbeidstaker erstatning blant annet på grunnlag av behandling av personopplysninger etter et arbeidsrettslig kontrolltiltak. Retten fant imidlertid at det arbeidsrettslige kontrolltiltaket og behandlingen av personopplysningene var berettiget, og unngikk derfor å ta stilling til erstatningskravet.

synes her å ha lagt en ganske streng påregnelighetsvurdering til grunn. Til sammenlikning hadde lagmannsretten utmålt henholdsvis 245.000 og 230.000 kr. for lidd tap, altså ca. 16 og ca. 15 månedslønner.¹³³⁶

Hvor arbeidssøker har en funksjonsnedsettelse, kan hun av den grunn ha vansker med å få annet arbeid. Dette kan innebære at det vil være påregnelig at hun vil lide et økonomisk tap i en lengre periode enn en person uten funksjonsnedsettelse ville gjort. I LE-2006-189239, synshemmet lektor, hadde saksøker krevd erstatning for lidd tap ved ikke å få stillingen og for fremtidig tap frem til pensjonsalder (19 år). Lagmannsretten fant at arbeidssøker ikke var blitt utsatt for diskriminering, og tok derfor ikke stilling til tapets størrelse. Påregnelighetssynspunkter må likevel innebære at det sjelden kan gis erstatning for fremtidig tap over flere år. For øvrig viser jeg til kap. VII pkt. 6.6.3.2 om tilsvarende problemstillinger ved oppsigelse.

En arbeidssøker som ikke ville ha fått stillingen har bare tapt en sjanse, for eksempel ved at hun ble satt utenfor konkurranse som følge av sin helsetilstand/funksjonsnedsettelse. For slike arbeidssøkere vil det direkte økonomiske tapet i regelen bare utgjøre utgiftene forbundet med søknaden, noe som ofte utgjør et svært beskjedent beløp. Her vil en erstatning for økonomisk tap utmålt etter prinsippene om negativ kontraktsinteresse ikke være tilstrekkelig til å tilfredsstille EF-rettens krav om effektive sanksjoner.

I Draehmpaehl-avgjørelsen fra 1997 legger EF-domstolen til grunn at et tak på erstatningen tilsvarende 3 måneders lønn i prinsippet vil være akseptabelt i forhold til arbeidssøkere som ikke ville ha fått stillingen, men dette forutsetter at "arbejdsgiveren beviser, at den ansatte ansøger var bedre kvalificeret, og ansøgeren derfor ikke ville have fået den ledige stilling, selv hvis der ikke var udøvet forskelsbehandling ved udvælgelsen."¹³³⁷

EF-domstolen skiller ikke klart mellom erstatning for økonomisk/ikke-økonomisk tap, men har som hovedprinsipp at erstatning som samlet sanksjon skal være effektiv og avskrekkende. Hvorvidt EF-domstolens krav om effektiv sanksjonering er oppfylt, vil derfor avhenge av hvilket nivå norske domstoler legger seg på med hensyn til oppreisning for ikke-økonomisk tap.

5.5.3.3. Oppreisning for ikke-økonomisk tap.

Erstatning for ikke-økonomisk tap (oppreisning) antas etter norsk rett å kreve særskilt hjemmel.¹³³⁸ Aktuelle hjemler for oppreisning ved ansettelse er aml. § 13-9 første ledd ved brudd på diskrimineringsforbudene i kap. 13; popplyl. § 49 første ledd ved behandling av personopplysninger

¹³³⁶ Jfr. opplysninger i lagmannsrettens dom, RG 2000 s. 1572.

¹³³⁷ Sak C-180/95 Draehmpaehl premiss 37.

¹³³⁸ Se Nygaard 2007 s. 12.

om arbeidssøkere i strid med personopplysningsloven og EMK art. 13 jfr. art. 8 ved offentlig arbeidsgivers inngrep i personvernet.¹³³⁹ Det stilles ikke krav om skyld etter aml. § 13-9 og antakelig heller ikke etter EMK art. 13.¹³⁴⁰ Ved brudd på personopplysningsloven gjelder skyldansvar med omvendt bevisbyrde, popplyl. § 49 første ledd.

Brudd på aml. §§ 9-3 og 9-4 gir ikke i seg selv grunnlag for oppreisning. EMK art. 13 i kombinasjon med art. 8 gir heller ikke selvstendig hjemmel for oppreisningskrav i forhold til privat arbeidsgiver.¹³⁴¹

Etter § 13-9 første ledd annet pkt. skal "[o]ppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig." Selv om oppreisning etter aml. § 13-9 første ledd ikke er avhengig av skyld, vil skyldforhold være av stor betydning for utmålingen av oppreisningserstatningen. I forarbeidene er lagt til grunn at det vil være skjerpene om arbeidsgiver har hatt til hensikt å diskriminere, men også at det skal tas hensyn til "særskilt formildende forhold ved arbeidsgivers situasjon".¹³⁴² I forarbeidene til bestemmelsen er videre uttalt at praksis med hensyn til erstatning for usaklig oppsigelse eller uhjemlet avskjed kan gi en "viss veiledning".¹³⁴³ De summer som utmåles for ikke-økonomisk tap ved usaklig oppsigelse eller uhjemlet avskjed har i praksis ikke vært særlig høye: En gjennomgang av oppsigelses- og avskjedssaker hvor det ble utmålt oppreisning, viser at det i avskjedssakene gjennomsnittlig ble utmålt 43.000 kroner i Høyesterett og 72.000 kroner i lagmannsrettene. I oppsigelsessakene ble det gjennomsnittlig utmålt 65.000 kroner i Høyesterett og 78.000 kroner i lagmannsrettene.¹³⁴⁴

Det foreligger ingen publisert praksis mht. utmåling av oppreisningserstatning ved brudd på forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming ved ansettelse. Ved tolkingen av aml. § 13-9 første ledd må det EF-rettslige kravet til effektive sanksjoner stå sentralt. Hvor arbeidssøker ikke har lidd noe økonomisk tap av betydning vil oppreisning ofte være den eneste praktiske sanksjon.

Ifølge popplyl. § 49 tredje ledd annet pkt. kan den behandlingsansvarlige pålegges å betale slik oppreisning "som synes rimelig". Den behandlingsansvarliges skyldforhold er forutsatt å ha vesentlig betydning for utmålingen av oppreisningssummen.¹³⁴⁵ Uttalelser i forarbeidene til loven synes å tilsi at en ikke har ment at oppreisningssummene skulle være særlig høye.¹³⁴⁶ Også her må

¹³³⁹ Se Rt. 2001 s. 418 Strafferegistreringssaken (s. 438) og nærmere ovenfor under kap. IV pkt. 4.6.4.

¹³⁴⁰ Se kap. IV pkt. 4.6.4.

¹³⁴¹ Se nærmere drøftelsen under kap. IV pkt. 4.6.4.

¹³⁴² Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329, særkommentaren til aml. § 13-9, henviser generelt til Ot.prp. nr. 104 (2002-2003).

¹³⁴³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53.

¹³⁴⁴ (Alt i omregnede 2006-kroner.) Se Skarning 2007 s. 171-186.

¹³⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 135, særkommentaren til § 49, og ovenfor under kap. IV pkt. 4.6.4.

¹³⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 92 (1998-99) s. 97, hvor Justisdepartementet viser til at oppreisningssummene i øvrige nordiske land har vært lave, og blant annet på denne bakgrunn finner det forsvarlig med en oppreisningshjemmel.

imidlertid det EF-rettslige kravet til effektiv håndheving være av betydning.¹³⁴⁷ Hvor det ikke kan påvises økonomisk tap som følge av den urettmessige behandlingen av helseopplysninger, kan oppreisning være nødvendig for en effektiv sanksjonering av restriksjonene. Det foreligger ikke publisert praksis etter popplyl. § 49 som gjelder urettmessig behandling av helseopplysninger i en ansettelsessituasjon.

Heller ikke i forhold til EMK art. 13 foreligger praksis som gjelder innhenting av helseopplysninger ved ansettelse. Også her må imidlertid skyldforhold være av betydning for fastsettelse av en eventuell oppreisningssum, se Rt. 2001 s. 428, Strafferegistreringssaken.¹³⁴⁸

6. Midlertidig ansettelse av personer med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Midlertidig tilsetning vil si at en person ansettes for en bestemt tidsperiode eller et bestemt oppdrag, og at arbeidsforholdet opphører ved tidsperiodens eller oppdragets slutt.¹³⁴⁹ Det kreves da ikke noen spesiell begrunnelse fra arbeidsgivers side for å avslutte arbeidsforholdet; arbeidstaker har altså intet materielt oppsigelsesvern. Den generelle adgangen til midlertidig tilsetning er, som følge av dette, svært begrenset, se aml. § 14-9.

Under dette pkt. vil jeg ta opp to problemstillinger: For det første om helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan gi særlig grunnlag for å ansette en arbeidstaker midlertidig. Herunder vil det være av særlig interesse å se på om en slik adgang kan stride mot forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming. For det annet tar jeg opp om en midlertidig tilsetning som er inngått for et bestemt tidsrom, med det formål at arbeidstaker skal kunne kvalifisere seg, kan kreves forlenget som følge av helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Aml. § 14-9 første ledd bokstav d hjemler midlertidig tilsetning for deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten. Slike arbeidsmarkedstiltak retter seg i stor grad mot personer som er yrkeshemmede, ofte i forbindelse med sykdom eller funksjonsnedsettelse. Nedenfor gis en oversikt over aktuelle forskriftshjemler for midlertidig tilsetning.

Forskrift om tilskudd av lengre varighet for personer med redusert arbeidsevne som følge av lidelser med variabelt forløp¹³⁵⁰ retter seg ifølge § 2 mot ”personer som har variabel og redusert

¹³⁴⁷ Se personverndirektivets art. 24, jfr. art. 23.

¹³⁴⁸ Her anså Høyesterett arbeidsgivers krenkelse av EMK art. 8 som unnskyldelig og utmålte ikke oppreisning etter EMK art. 13.

¹³⁴⁹ Se den forutsetningvise definisjonen i tidligere aml. 1977 § 58A nr. 1 første ledd.

¹³⁵⁰ Forskrift om tilskudd av lengre varighet for personer med redusert arbeidsevne som følge av lidelser med variabelt forløp av 23. juni 2000 nr. 682.

yteevne pga. lidelser med variable forløp, er uten utsikt til snarlig bedring, og som fortrinnsvis har gjennomført attføring etter folketrygdlovens kapittel 11". Deltaker kan etter forskriftens § 3 tilsettes *midlertidig i inntil ett år* dersom det er behov for å prøve ut hennes funksjonsevne. Forskrift om lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid¹³⁵¹ gir anledning til å ansette uførepensjonister *midlertidig i inntil ett år* dersom det er behov for å prøve ut deltakerens funksjonsevne, forskriftens § 3 annet ledd. Forskrift om uførepensjon brukt som lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid¹³⁵² § 5 annet ledd gir anledning til *midlertidig tilsetning i inntil tre år* for uførepensjonister som har fått innvilget uførepensjon etter reglene som gjaldt før 1. januar 2004. Forskrift om arbeidsmarkedstiltak¹³⁵³ § 1-7 gjør *et generelt unntak fra forbudet mot midlertidige ansettelser* i forbindelse med midlertidige sysselsettingstiltak og AMB (Arbeidsmarkedsbedrifter) fase 2. Forskriften og tiltakene retter seg blant annet mot yrkeshemmede, se forskriftens § 5-2 og § 9-2. "Yrkeshemmede" er i forskriftens § 1-2 bokstav c definert som " personer som har fått sin evne til å utføre inntektsgivende arbeid nedsatt, eller har fått sine muligheter til å velge yrke eller arbeidsplass vesentlig innskrenket" på grunn av blant annet "sykdom, skade eller lyte".

Vil disse forskriftshjemlene for midlertidig tilsetning kunne bryte med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i aml. § 13-1 første ledd?

De persongrupper som omfattes av adgangen til å tilsette midlertidig i aml. § 14-9 første ledd bokstav d jfr. forskriftene, er i det vesentligste personer med ulike former for varige funksjonsnedsettelse. Disse personene stilles dårligere enn andre, ettersom de fratras vanlig oppsigelsesvern. Forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming, aml. § 13-1 første ledd, vil da i utgangspunktet komme til anvendelse. Om adgangen til midlertidig tilsetning er i strid med forbudet mot indirekte diskriminering vil da avhenge av om forskjellsbehandlingen "er nødvendig for å oppnå et saklig formål og (...) ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandler", jfr. aml. § 13-3 annet ledd.

Formålet med adgangen til midlertidig tilsetning etter ovennevnte forskrifter er å lette inngangen på arbeidsmarkedet for disse gruppene. Dette er et saklig hensyn som i prinsippet også kan legitimere forskjellsbehandling etter EF-retten.¹³⁵⁴ Statene har videre etter EF-domstolens praksis et stort spillerom for skjønn i forhold til å fremme sosialpolitiske formål. Imidlertid må det

¹³⁵¹ Forskrift om lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid av 14. desember 2001 nr. 1458.

¹³⁵² Forskrift om uførepensjon brukt som lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid av 27. desember 2004 nr. 1838.

¹³⁵³ Forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember 2001 nr. 1544.

¹³⁵⁴ Sak C-144/04 Mangold, dom av 22. november 2005, avsnitt 59-61. At hensynet til å fremme sysselsetting i prinsippet kan legitimere nasjonale bestemmelser som virker indirekte diskriminerende, er videre lagt til grunn i Seymour-Smith-dommen, sak C-167/97, se dennes avsnitt 71.

påvises konkret at tiltakene er nødvendige og hensiktsmessige for å fremme de sosiale formålene.¹³⁵⁵ I Mangold-dommen fant EF-domstolen at en tysk lovbestemmelse som innebar en helt generell adgang til midlertidig tilsetning av personer over 52 år, ikke var nødvendig og hensiktsmessig for å fremme sysselsetting av eldre arbeidstakere. Videre uttaler domstolen generelt at forholdsmessighetsprinsippet innebærer at ”enhver undtagelse til en individuell rettighet i videst mulig omfang både skal tilgodese de krav, der følger af likebehandlingsprinsippet, og det tilsigtede mål.¹³⁵⁶

Aml. § 14-9 første ledd bokstav d er likevel snevrere og mer målrettet enn den tyske lovbestemmelse som ble vurdert i Mangold-saken. Den norske lovbestemmelsen hjemler bare adgang til midlertidig ansettelse for personer som er på konkrete arbeidsmarkedstiltak. Felles for forskriftene som, kombinert med aml. § 14-9 første ledd bokstav d, gir hjemmel for midlertidig tilsetning, er at personene de omfatter, har *reduisert arbeidsevne* som følge av sykdom eller medfødt eller ervervet skade eller funksjonshemming.¹³⁵⁷ De må som hovedregel enten oppfylle eller ha oppfylt vilkårene for attføring eller for uførepensjon. Det er altså ikke tilstrekkelig at deltakerne har en funksjonsnedsettelse, og av denne grunn har behov for spesialtilpasning for å kunne fungere i et arbeidsforhold. Videre forutsetter adgangen til å avtale midlertidig tilsetning at det dreier seg om et tiltak i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten. Arbeidsgiver kan altså ikke tilsette midlertidig på eget initiativ, på det grunnlag at han mener det er behov for å prøve ut den funksjonshemmedes arbeidsevne. En slik adgang til midlertidig ansettelse synes å tilfredsstillte det EF-rettslige forholdsmessighetsprinsippet, og også forholdsmessighetskravet etter aml. § 13-3 annet ledd.

En tenkt generell hjemmel for midlertidig tilsetning på det grunnlag at arbeidstaker har en funksjonsnedsettelse, eventuelt har behov for individuell tilrettelegging, vil derimot være i strid med sysselsettingsdirektivets krav og forholdsmessighetskravet i aml. § 13-3 annet ledd.¹³⁵⁸

Skulle arbeidsgiver ha tidsbegrenset ansettelsen uten at det var grunnlag for dette, kan arbeidstaker benytte seg av virkemidlene og sanksjonene i aml. § 14-11 første ledd og kreve fast tilsetning. En arbeidstaker som mener seg dårligere behandlet som følge av funksjonshemming vil også kunne påberope seg aml. § 13-9 tredje ledd som fastsetter at ”[b]estemmelser i (...) arbeidsavtaler (...) som er i strid med bestemmelsene i dette kapittel, er ugyldige.” Dette synes også

¹³⁵⁵ Se bl.a. sak C-144/04 Mangold, dom av 22. november 2005, avsnitt 62.

¹³⁵⁶ Sak C-144/04 Mangold, dom av 22. november 2005, avsnitt 63-65.

¹³⁵⁷ Noen tiltak omfatter også andre grupper, som sosialt mistilpassede, men dette faller utenfor avhandlingens

tema.

¹³⁵⁸ Se bl.a. Mangold-dommen, sak C-144/04, avsnitt 65.

å gi grunnlag for å se bort fra klausulen om midlertidighet og gi dom for fast tilsetning.¹³⁵⁹ Videre kan erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap kreves etter aml. § 14-11 annet ledd og § 13-9 første og annet ledd. Oppreisning kan etter begge bestemmelser kreves på objektivt grunnlag. I forhold til økonomisk tap er det et krav etter § 13-9 annet ledd at arbeidsgiver har utvist skyld.¹³⁶⁰ Aml. § 14-11 annet ledd hjemler imidlertid erstatning også for økonomisk tap på objektivt grunnlag.

Den annen problemstilling jeg vil ta opp er om helseproblemer eller funksjonsnedsettelse gir grunnlag for krav om forlenging av tidsperioden i ulike typer kvalifiseringsstillinger.

Her finnes ulike typer midlertidige kvalifiseringsstillinger på ulike nivåer. Lærlingers arbeidsavtaler er etter opplæringsloven § 4-2 tredje ledd første pkt. tidsbegrenset til "læretida". Tjml. § 3 nr. 2 bokstav d og e hjemler midlertidig tilsetning for aspiranter og elever ved etatsskoler, samt i utdanningsstillinger. Som utdanningsstillinger regnes etter tjenestemannsforskriften § 3 nr. 3 bokstav D bl.a stipendiater, vitenskapelige assistenter, dommerfullmektiger, samt turnuskandidater og underordnede leger ved sykehusene og yrkeshygienisk institutt "når åremålsperioden ikke er lengre enn strengt nødvendig for den kvalifisering legen skal få." Videre hjemler universitets- og høyskoleloven § 6-4 første ledd åremålsansettelse av bl.a. stipendiater (bokstav g) og post doc-stillinger (bokstav f). Aml. § 14-9 tredje ledd inneholder videre en hjemmel for å inngå tariffavtale om midlertidig tilsetning for forskningsarbeid, og slike tariffavtaler kan også omfatte kvalifiseringsarbeid.

Hvorvidt problemer i arbeidet som har sammenheng med helsetilstand eller funksjonsnedsettelse gir grunnlag krav om å forlenge stillingen kan være spesialregulert.

Ifølge forskrift om ansettelsesvilkår for stillinger som postdoktor, stipendiat, vitenskapelig assistent og spesialistkandidat¹³⁶¹ § 2-3 første ledd skal "permisjoner de ansatte har krav på etter lov eller tariffavtale, ikke medregnes ved beregning av ansettelsesperioden." Dette gjelder også sykefravær av minst to ukers sammenhengende varighet, § 2-3 femte ledd. Videre gis forlengelse ved "reduert arbeidstid i henhold til arbeidsmiljølovens § 10-2 fjerde ledd på grunn av omsorg for barn og nær familie", forskriftens § 2-3 annet ledd. Redusert arbeidstid i medhold av andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven, for eksempel etter aml. § 10-2 annet ledd av "helsemessige grunner"; etter aml. § 4-6 første ledd på grunn av "reduert arbeidsevne" eller etter aml. § 13-5 på

¹³⁵⁹ Se for en noenlunde parallell problemstilling TSTVG-2005-75777: En (innfortolket) klausul i arbeidstakers arbeidsavtale satte en bestemt aldersgrense for fortsatt ansettelse i virksomheten. Denne klausulen ble imidlertid ansett ugyldig etter tidl. aml. 1977 § 54J nr. 3 fordi den stred mot forbudet mot aldersdiskriminering. Følgen var at arbeidstaker stadig ble ansett for å være ansatt i virksomheten.

¹³⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329.

¹³⁶¹ Forskrift om ansettelsesvilkår for stillinger som postdoktor, stipendiat, vitenskapelig assistent og spesialistkandidat av 31. januar 2006 nr. 102. Forskriften fastsatt med hjemmel i universitets- og høyskoleloven.

grunn av "funksjonshemming", gir ikke automatisk grunnlag for forlengelse. Det kan stilles spørsmål om en slik forskjellsbehandling er i samsvar med et alminnelig likebehandlingskrav eller med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. Imidlertid vil det etter forskriftens § 2-3 sjette ledd kunne gis "forlengelse av ansettelsesperioden for forhold som har vært til hinder for progresjonen i forskerutdanningen". Forutsatt at denne praktiseres slik at det tas hensyn også til helse- og funksjonsmessige årsaker til redusert arbeidstid, vil forskriften neppe være i strid med et alminnelig saklighetskrav eller forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.¹³⁶²

En lærling som viser seg å ha vansker med å nyttiggjøre seg læretiden, kan ha krav på spesialundervisning, opplæringsloven kap. 5. Læretiden kan herunder forlenges. Hvilken betydning dette har for arbeidsforholdet, synes ikke å være direkte regulert i loven.

¹³⁶²

Se Vigerust 1998 s. 360 for drøftelse av en delvis parallell problemstilling mht. fødselspermisjon.

VI UNDER ARBEIDSFORHOLDET

1. Innledning – særlige problemstillinger under arbeidsforholdet.

Dette kapitlet tar for seg rettsstillingen for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse under arbeidsforholdet.

Et sentralt utgangspunkt for rettsstillingen under arbeidsforholdet er at arbeidsgiver har styringsretten, dvs. retten til å lede, fordele, organisere og kontrollere arbeidet.¹³⁶³

Retten til å *organisere* arbeidet innebærer blant annet en rett til å ta beslutninger om arbeidslokaler og arbeidsutstyr. Denne retten er imidlertid begrenset av kravene til det generelle og individuelle arbeidsmiljøet. Ved inntrådte helseproblemer eller funksjonsnedsettelse hos en arbeidstaker har arbeidsgiver videre en aktiv plikt til å iverksette individuelle tilretteleggingstiltak.

Retten til å *fordele* arbeidet innebærer blant annet en rett til å omfordele arbeidsoppgaver og omplassere arbeidstakere på grunnlag av inntrådte vansker i arbeidet, også der disse vansker har forbindelse med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Denne retten er blant annet begrenset av diskrimineringsforbud og et alminnelig likebehandlingskrav i arbeidsforhold.

Arbeidsgivers primære interesse i et arbeidsforhold vil være at en arbeidstaker utfører arbeid i henhold til kontrakten. Herunder vil arbeidsgiver ha interesse i at arbeidstakerne er mest mulig produktive og at hver enkelt arbeidstaker er fleksibel mht. arbeidstid og arbeidsoppgaver. Arbeidsgivers interesse i effektiv produksjon tilsier at han bør ha stor frihet til ta hensyn til (også helsemessig betinget) arbeidsevne når han organiserer og fordeler arbeidet. I tillegg kan arbeidsgivers overordnede ansvar for arbeidsmiljøet tilsi at han bør kunne omfordele arbeidsoppgaver og omplassere en arbeidstaker som har fått en funksjonsnedsettelse, når funksjonsnedsettelsen innebærer en sikkerhetsrisiko i forhold til arbeidstakerens nåværende arbeidsoppgaver.

Den enkelte arbeidstakers primære interesse vil antakelig være å kunne utføre arbeid på en måte som ikke setter hennes liv eller helse i fare. Dette innebærer at arbeidstaker, hvor helsefare foreligger, ofte vil være interessert i en omfordeling av arbeidsoppgaver eller omplassering til annen stilling innen virksomheten som tilretteleggingstiltak. For eksempel kan en selger som har utviklet psykiske problemer eller høyt blodtrykk som følge av stress, ønske å bli omplassert til en mindre stressende administrativ stilling, eller en skiftarbeider med søvnproblemer ønske å bli overført til

¹³⁶³

Se bl.a. Andersen 1967 s. 149.

dagtid. I noen tilfeller kan arbeidstaker likevel motsette seg en endring av arbeidsoppgaver eller omplassering, f.eks. fordi dette innebærer redusert lønn eller reduserte karrieremuligheter.

Arbeidstaker kan også være av den oppfatning at hennes problemer med å utføre arbeidet skyldes mangler ved det generelle arbeidsmiljøet; at tiltak for å tilpasse arbeidssituasjonen ville gjort det mulig for henne å fungere i sin nåværende stilling, eller at helsetilstanden/funksjonsnedsettelsen faktisk ikke påvirker hennes muligheter for å utføre arbeidet.

Tilpasning av arbeidet til arbeidstakers funksjonsnedsettelse eller helseproblemer kan altså utgjøre så vel en plikt som en rett for arbeidsgiver. Hvor det er arbeidstaker som ønsker endring, vil hovedproblemstillingen være om arbeidsgiver har plikt til individuell tilrettelegging. Dette tas opp under pkt. 2. Hvor det er arbeidsgiver som ønsker endring og arbeidstaker motsetter seg dette, vil hovedproblemstillingen være om endringen innebærer brudd på diskrimineringsforbud eller likebehandlingskrav. Dette tas opp under pkt. 3.1.

Under pkt. 3.2 tar jeg kort opp krav om likebehandling i forhold til lønn.

2. Krav om tilrettelegging under arbeidsforholdet.

2.1. Innledning – tilretteleggingens betydning. Ulike hjemler for krav om tilrettelegging.

Som jeg har vært inne på, har de fysiske og organisatoriske forholdene i arbeidslivet stor betydning for muligheten en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelser har for å oppnå, beholde og ha fremgang i arbeidet. Et inkluderende arbeidsliv er et arbeidsliv som byr på sysselsettingsmuligheter for arbeidstakere med ulike helsemessige og funksjonsmessige forutsetninger. Omvendt vil et arbeidsliv som fysisk og organisatorisk er tilpasset de mest robuste, virke utstøtende overfor arbeidstakere med helseproblemer og/eller funksjonsnedsettelser.

Betydningen av arbeidslivets generelle vilkår og innretning fremheves i en rekke offentlige dokumenter som tar opp forholdene for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, både på nasjonalt og på internasjonalt plan. I Norge uttaler Manneråk-utvalget i 2001 at ”det ordinære arbeidsmarkedet ikke er tilrettelagt for arbeidstakere med nedsatt funksjonsnivå. Med mangelfull tilrettelegging i arbeidslivet menes at den fysiske utformingen av arbeidsplassen og dens utemiljø stort sett er tilpasset de optimalt fungerende.”¹³⁶⁴ Europakommisjonen viser i forarbeidene til sysselsettingsdirektivet til at ”forskelsbehandling kan bl.a. bestå i uhensigtsmessig indrattede og tilpassede arbeidspladser og arbejdssteder og en tilrettelæggelse af arbejdet, som ikke tager hensyn

¹³⁶⁴ NOU 2001: 22 s. 181.

til mennesker med handicap.”¹³⁶⁵ Og i General comment (5) (1994) til FN-ØSK fremhever Komitéen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter at “[i]t is very often the physical barriers that society has erected in areas such as transport, housing and the workplace which are then cited as the reason why persons with disabilities cannot be employed”.¹³⁶⁶

Det er karakteristisk for de ovenfor siterte utsagn at de legger stor vekt på omgivelsenes betydning for hvilke menneskelige variasjoner som medfører vansker med å fungere i arbeidslivet: Når individet ikke er i stand til å fungere i gitte omgivelser, er dette for en vesentlig del omgivelsenes ”feil”, og det er omgivelsene som må forandres.¹³⁶⁷ Tilnærmingen synes videre å innebære en prioritering av generelle krav til omgivelsene, slik som fjerning av dørterskler, rullestolramper m.m.. I praksis vil det likevel selvsagt ikke være realistisk å kreve generell tilrettelegging av enhver arbeidsplass for mennesker med alle mulige forskjellige helsemessige og funksjonsmessige forutsetninger. Også individuelle tilretteleggingstiltak kan være nødvendige og hensiktsmessige for å sikre like muligheter for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonshemminger.

Under pkt. 2 vil jeg ta opp arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge under arbeidsforholdet, generelt og i forhold til den enkelte arbeidstaker. Krav om tilrettelegging av arbeidsforhold og arbeidsvilkår finnes i ulike regelsett:

For det første vil de *generelle* kravene til arbeidsmiljøet ha betydning, se aml. § 4-1 flg.. At arbeidet ikke utsetter arbeidstakeren med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse for uforsvarlige belastninger, aml. § 4-1 første ledd, samt at arbeidsplassen er fysisk tilgjengelig for henne, aml. § 4-1 fjerde ledd, vil utgjøre grunnleggende forutsetninger for at hun skal kunne utføre og ha fremgang i et arbeid.

For det annet har arbeidsgiver plikt til *individuell* tilrettelegging i forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelser. Sentrale bestemmelser her er aml. § 4-6 som gjelder arbeidstakere med ”reduert arbeidsevne” som følge av ”ulykke, sykdom, slitasje e.l.” og aml. § 13-5 som gjelder ”arbeidstaker med funksjonshemming”. I tillegg vil retten til gradert sykmelding og andre graderte uføreytelser i praksis fungere som et individuelt tilretteleggingstiltak (reduert arbeidstid). Også individuelle arbeidstidsrettigheter på (blant annet) helsemessig grunnlag, aml. kap. 10, hører med til dette bildet.

Nedenfor vil jeg ta opp kravene til generell og individuell tilrettelegging som får betydning for arbeidstakers vern mot utstøting og diskriminering under arbeidsforholdet. Disse bestemmelser har ulikt formål eller ambisjonsnivå, se nedenfor under pkt. 2.2; ulikt omfang, pkt. 2.3, og fremfor

¹³⁶⁵ Kom (1999) 565 pkt. 2 (s. 4).

¹³⁶⁶ Avsnitt 22.

¹³⁶⁷ Se nærmere kap. I pkt. 1.4 om utviklingen av en sosial modell for funksjonshemming.

alt ulikt gjennomføringssystem, noe som tas opp under pkt. 2.4. Under pkt. 2.5 vil jeg oppsummere arbeidsgivers plikter til tilrettelegging av arbeidet og særlig sammenlikne retten til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6 og aml. § 13-5.

2.2. Formål/ambisjonsnivåer.

2.2.1. Tilrettelegging som vern mot helsefare.

De mest grunnleggende kravene til tilrettelegging gjelder vern av arbeidstakerne mot *helsefare* i arbeidsmiljøet.¹³⁶⁸ Lovgiver kan ha satt generelle grenser for belastninger (for eksempel grenseverdier for eksponering for kjemiske stoffer eller maksimalgrenser for arbeidstid) eller pålagt vernetiltak i forhold til arbeidstakergrupper som er spesielt sårbare (for eksempel slik at arbeidstakere med allergier skal omplasseres til et mindre forurenset arbeidsmiljø, eller at nattarbeidere som har utviklet helseplager skal omplasseres til dagtid).¹³⁶⁹ Krav om slike generelle og individuelle *vernetiltak* hjemles etter norsk rett i arbeidsmiljøloven med forskrifter.

Kjerneområdet for vernetiltak i arbeidsmiljøet vil være tiltak til vern mot akutt fysisk helsefare for en arbeidstaker. For eksempel kan en arbeidstaker med fysisk funksjonsnedsettelse være utsatt for særlig ulykkesrisiko. Men aml. kap. 4 omfatter også tiltak til vern av arbeidstakernes psykiske helse. Aktuelle tilretteleggingstiltak kan være omplassering til et mindre stressende arbeidsmiljø som følge av psykisk sårbarhet. Arbeidsmiljølovens krav om tiltak for å verne arbeidstakernes helse må videre klart omfatte tiltak for å forebygge skadelige langtidsvirkninger på helsen, se bl.a. aml. § 4-4 annet ledd første pkt.¹³⁷⁰ Arbeidsgiver kan for eksempel være pliktig til å skaffe arbeidsutstyr, som løfteinnretninger, for å sikre at en arbeidstaker med svak rygg ikke får belastningsskader.¹³⁷¹

Kravene til vern mot helsefare i arbeidsmiljøet vil på den ene side utgjøre en grunnleggende forutsetning for at en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse skal kunne utføre arbeid.¹³⁷² På den annen side kan kravene til vern mot ulykker og helsebelastninger i praksis hindre

¹³⁶⁸ Jeg understreker at det på ingen måte foreligger vanntette skott mellom tiltak med primært formål vern mot helsefare; tiltak med primært formål vern av sysselsettingen og tiltak med primært formål likebehandling. Når jeg i det følgende har valgt å skille, er dette bare av pedagogiske årsaker.

¹³⁶⁹ Se her også rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 15, som krever at "[r]isikogrupper som er særlig følsomme, skal vernes mot de farer som er spesielt alvorlige for dem."

¹³⁷⁰ Se også eksemplifiseringen i rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 6 nr. 2 bokstav d.

¹³⁷¹ Her vil det være en glidende overgang mot tiltak etter aml. § 4-6, som også omfatter tiltak for å verne arbeidstakers helse, men som jeg har valgt å behandle under pkt. 2.2.2 ettersom den har som primært formål å verne hennes sysselsetting.

¹³⁷² Se også KOM (1999) 565 s. 9 hvor det i kommentaren til sysselsetningsdirektivets art. 5 heter at "[d]enne bestemmelse skal supplere og skærpe den forpliktelse for arbeidsgiverne til at tilpasse arbeidsplassen til de handicappede arbeidstagerne, som er fastsat i rammedirektiv 89/391/EØF"

sysselsetting for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.¹³⁷³ Hvorvidt kravene til vern mot risiko i arbeidsmiljøet vil virke utstøtende eller inkluderende i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer vil avhenge av hvordan de utformes og hvilken generell standard som settes for arbeidsmiljøet.

Som tidligere vist, fastsetter aml. § 4-1 første ledd en generell forsvarlighetsstandard på et nivå som også skal virke inkluderende for mer sårbare arbeidstakergrupper. Dette kunne utledes av forarbeidene til aml. 1977 § 7 nr. 1,¹³⁷⁴ og støttes nå ytterligere av aml. 2005s formålsbestemmelse; se aml. § 1-1 bokstavene b (likebehandling) og e (inkluderende arbeidsliv). Av denne standarden kan utledes at det bare i spesielle tilfeller vil være rettmessig f.eks. å omplassere arbeidstaker til et mindre belastende/risikofyllt arbeid, dersom generelle vernetiltak ville ha satt henne i stand til å utføre sitt arbeid på en forsvarlig måte.¹³⁷⁵

Det er likevel begrenset hvor langt en i praksis kan gå mht. inkluderende generelle vernestandarder: Det kan i praksis bli uoverkommelig kostbart dersom de generelle kravene skal ta hensyn til behovene til enhver arbeidstaker med helseproblemer. Arbeidstaker kan være så ømfintlig at hun har problemer med å arbeide i et normalt arbeidsmiljø, eller det aktuelle arbeidet kan være av en slik art at det stiller visse krav til helsemessig robusthet. Ett sted på skalaen blir det da mindre naturlig å se arbeidstakers vansker som utslag av et generelt arbeidsmiljøproblem. Det kan da være legitimt å verne arbeidstakers helse (og sysselsetting) ved omplassering til et annet, mindre belastende arbeid.

En generell bestemmelse om individuell tilrettelegging som arbeidsmiljøtiltak finnes i aml. § 4-2 annet ledd bokstav b. Ifølge denne skal "arbeidet organiseres og tilrettelegges under hensyn til den enkelte arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger".¹³⁷⁶ Ifølge aml. § 4-1 femte ledd kan departementet videre gi forskrifter om begrensninger i sysselsettingen/omplasing for "visse grupper av arbeidstakere som i særlig grad kan være utsatt for ulykkes- eller helsefare". Forskrifter med hjemmel i denne bestemmelse gir i regelen arbeidsgiver plikt til omplassering av personer som på grunn av sin helsetilstand ikke kan utføre arbeidet.¹³⁷⁷ Endelig kan fritak fra

¹³⁷³ Se drøftelsen under kap. III pkt. 2 og Syse-utvalgets innstilling NOU 2005: 8 s. 173.

¹³⁷⁴ Se bl.a. kap. III pkt. 2.5.

¹³⁷⁵ Se også rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 6 nr. 2 bokstav h om at kollektive vernetiltak skal prioriteres foran individuelle. Bestemmelsen var ikke med i det opprinnelige forslaget til direktiv, COM (1988) 73, og bakgrunnen for bestemmelsen fremgår ikke av tilgjengelige forarbeider. Det ligger nær å anta at formålet bak bestemmelsen er å verne helsemessig sårbare arbeidstakere mot utstøting, ettersom kostnadene til vernetiltak ikke blir direkte knyttet opp mot denne konkrete arbeidstakeren.

¹³⁷⁶ Bestemmelsen skal tolkes i samsvar med rammedirektiver om arbeidsmiljø art. 6 nr. 2 bokstav d, som angir som ett av flere prinsipper for iverksetting av nødvendige tiltak for å sikre arbeidstakernes sikkerhet og helse at "arbeidet skal tilpasses den enkelte".

¹³⁷⁷ Se for eksempel kjemikalieforskriften § 34.

nattarbeid etter aml. § 10-2 annet ledd ses på som et vernetiltak hvor det er arbeidstakers helsetilstand som begrunner fritaket.¹³⁷⁸

2.2.2. Tilrettelegging som vern mot utstøting.

Neste ambisjonsnivå kan vi kalle vern mot *utstøting*. Dette er bestemmelser som primært har som formål å verne ansettelsesforholdet til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse og helseproblemer. Her vil det være en grunnleggende forutsetning at arbeidet ikke utsetter arbeidstakerne for (uforsvarlig) helsefare. Men dette er ikke tilstrekkelig. I tillegg skal arbeidstakeren gjennom tiltakene settes i stand til å levere en tilfredsstillende ytelse, slik at hun kan beholde sin tilknytning til virksomheten. Også tilrettelegging med dette formål vil etter gjeldende norsk rett i stor utstrekning være hjemlet i arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven inneholder visse krav om generell tilrettelegging, også ut over området for vernetiltak. Ifølge aml. § 4-1 fjerde ledd skal "[a]tkomstveier, sanitæranlegg, arbeidsutstyr mv. (...) så langt det er mulig og rimelig være utformet og innrettet slik at arbeidstakere med funksjonshemming kan arbeide i virksomheten." Bestemmelsen stiller krav til generell fysisk tilrettelegging av arbeidsplassen, og vil bidra til å gjøre det enklere for arbeidstakere med fysiske funksjonsnedsettelse å beholde sysselsettingen.

Den praktisk viktigste bestemmelse om individuell tilrettelegging med formål å verne arbeidstakers sysselsetting er aml. § 4-6. Bestemmelsen hjemler plikt til tilrettelegging for arbeidstaker med "redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l." Formålet med tiltakene er at "arbeidstakeren skal kunne beholde eller få et passende arbeid." Arbeidstakerne skal altså gjennom tilpasningsplikten settes i stand til å utføre et arbeid slik at hun kan beholde sin tilknytning til virksomheten.

Formålet går også lenger enn dette: I neste punktum presiseres formålet og plikten slik at arbeidstaker "fortrinnsvis [skal] gis anledning til å fortsette i sitt *vanlige* arbeid." Det er altså ikke nødvendigvis tilstrekkelig at arbeidstaker tilbys et hvilket som helst arbeid innen virksomheten.

På den annen side går formålet etter bestemmelsens ordlyd ikke så langt som til å sikre likebehandling mellom arbeidstakere med "redusert arbeidsevne" og andre arbeidstakere i alle situasjoner. Det mest ambisiøse formålet er å gi arbeidstaker anledning til å fortsette i sitt *vanlige* arbeid. Etter bestemmelsens ordlyd legges ikke opp til noen tilpasningsplikt med sikte på at arbeidstakeren med "redusert arbeidsevne" skal kunne gjøre karriere, for eksempel tiltak for å kvalifisere seg for mer utfordrende arbeidsoppgaver innen samme virksomhet.

¹³⁷⁸

Bestemmelsen gjennomfører arbeidstidsdirektivets (ERdir.2003/88/EF) art. 9 nr. 1 bokstav b, som klart er en bestemmelse med primært formål å verne arbeidstakers helse.

I noen tilfeller kan den eneste ”passende” stillingen som er ledig i virksomheten, være en stilling som er høyere lønnet eller på andre måter mer attraktiv enn den arbeidstaker hadde før. For eksempel kan vi tenke oss at arbeidstaker pga. inntrådt langvarig sykdom ikke lenger kan arbeide i produksjonen i en industribedrift, men at det finnes ledige stillinger på høyere nivå i administrasjonen, som arbeidstaker i prinsippet er kvalifisert for. Bestemmelsens ordlyd stenger ikke for at arbeidsgiver kan være pliktig til å omplassere en kvalifisert funksjonshemmet til slike stillinger, dersom dette er nødvendig for å beholde arbeid.¹³⁷⁹ En arbeidstaker med helseproblemer kan derimot ikke med hjemmel i aml. § 4-6 forlange å bli ”sparket oppover” dersom andre passende stillinger er tilgjengelige.

En bestemmelse som hjemler et bestemt tilretteleggingstiltak, nemlig arbeidstidsreduksjon, er aml. § 10-2 fjerde ledd. Ifølge bestemmelsen har en arbeidstaker som av blant annet helsemessige grunner har behov for å få redusert sin arbeidstid, rett til dette dersom arbeidstidsreduksjonen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Også denne bestemmelse har som formål å gjøre det lettere for arbeidstaker å fastholde ansettelsen. Det uttales i forarbeidene til bestemmelsens forgjenger at personer med dårlig helse lettere vil kunne tilpasse seg til de ulike krav som stilles (i yrkeslivet) dersom de gis rett til redusert arbeidstid.¹³⁸⁰ Bestemmelsen er imidlertid lite brukt hvor grunnlaget er arbeidstakers egne helseproblemer, ettersom den ikke gir rett til økonomisk kompensasjon for den reduserte arbeidstid.¹³⁸¹ Det vil i slike tilfeller i regelen være mer gunstig for arbeidstaker å få en gradert sykmelding.

Adgangen til gradert sykmelding reguleres av frtl. § 8-13.¹³⁸² Også denne ordningen har som formål å gjøre det lettere for arbeidstaker å beholde sysselsettingen. I Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til folketrygdloven kap. 8 uttales at hensikten med bestemmelsen er ”at medlemmet [skal] beholde sin tilknytning til arbeidslivet ved å utnytte restarbeidsevnen”, og det uttales videre at dersom en ”på et tidlig tidspunkt i sykmeldingsperioden kan få pasienten til å utnytte en restarbeidsevne via en gradert sykmelding, og derved [kan] bidra til at vedkommende opprettholder kontakten med arbeidsplassen, kan dette representere det avgjørende attføringstiltak.”¹³⁸³

¹³⁷⁹ Sml. plikten til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd første pkt., se nedenfor under kap. VII pkt. 3.8. Ifølge forskrift til tjenestemannsloven 11. november 1983 nr. 1608 § 7 nr. 1 kan fortrinnsrett ikke gjøres gjeldende i forhold til høyere lønte stillinger.

¹³⁸⁰ Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 20.

¹³⁸¹ Se nedenfor under pkt. 2.3.2.3.

¹³⁸² Gradert sykmelding legger ikke direkte plikter på arbeidsgiver til aktiv handling. Den innebærer imidlertid en plikt for arbeidsgiver til å tåle reduksjon av arbeidstakers arbeidstid så lenge den graderte sykmeldingen varer. Kombinert med oppsigelsesvernet i aml. § 15-8 innebærer dette i praksis et krav om tilrettelegging av arbeidstiden.

¹³⁸³ Rundskriv til folketrygdloven kap. 8 av 1. mai 1997 nr. 49. Min kursiv. Se også NOU 1990: 23 Sykelønnsordningen, s. 85-86.

Et liknende, men mer aktivt, virkemiddel er at det ytes sykepenger til arbeidstaker som er under aktivisering og arbeidstrening hos egen arbeidsgiver, se nå ftrl. § 8-6.¹³⁸⁴ Adgangen til slik ”aktiv” sykmelding ble innført ved lov av 11. juni 1993 nr. 104 om endringer i folketrygdloven av 1966 § 3-2. Formålet var og er at den sykmeldte skal beholde tilknytningen til arbeidsplassen, og dermed bedre settes i stand til å fastholde ansettelsesforholdet.¹³⁸⁵ Bestemmelsen ble videreført i ftrl. 1997 § 8-6, men omfanget av ordningen ble vesentlig begrenset ved en endringslov av 2004.¹³⁸⁶ Sykepenger under aktivisering/arbeidstrening kan etter ftrl. § 8-6 tredje ledd ytes inntil 4/8 uker, men i lengre tid dersom ”arbeidstrening eller annen tilrettelegging gjennom bedriftsinterne tiltak fortsatt er nødvendig og hensiktsmessig for at medlemmet skal kunne beholde arbeidet.” Aktiv sykmelding skal forbeholdes tilfeller der den sykmeldte er helt arbeidsufør i forhold til sine vanlige arbeidsoppgaver, ftrl. § 8-6 tredje ledd, men kan utføre andre arbeidsoppgaver innen virksomheten. Dersom den sykmeldte ”delvis kan utføre sine vanlige arbeidsoppgaver eller nye arbeidsoppgaver etter tilrettelegging gjennom bedriftsinterne tiltak”, skal det brukes gradert sykmelding, se ftrl. § 8-6 annet ledd.

2.2.3. Tilrettelegging med formål likebehandling.

Det tredje og høyeste ambisjonsnivå har bestemmelser som tar sikte på å sikre likebehandling. Her er det ikke tilstrekkelig at arbeidstaker gjennom tilpasningstiltakene vernes mot helsefare eller at hennes tilknytning til virksomheten blir opprettholdt. Likebehandling innebærer at den funksjonshemmede skal gis like muligheter som sine kolleger, også med hensyn til jobbutførelse og karrieremuligheter.

Plikt til tilpasningstiltak i forhold til arbeidstaker med ”funksjonshemming” er hjemlet i aml. § 13-5. Bestemmelsen er en videreføring av aml. 1977 § 54F hvor det eksplisitt var uttrykt at formålet med tilretteleggingen var ”å sikre likebehandling”.¹³⁸⁷ Den direkte henvisningen til likebehandlingsprinsippet er ikke videreført i aml. § 13-5, men det fremgår av forarbeidene at det ikke var meningen å gjøre noen endringer i realiteten her.¹³⁸⁸

¹³⁸⁴ I motsetning til gradert sykmelding kan dette ikke anses som et selvstendig (pliktig) tilretteleggingstiltak. Imidlertid vil slik ”aktiv” sykmelding forutsette at arbeidsgiver iverksetter arbeidstrening/bedriftsinterne tiltak etter aml. § 4-6. Arbeidstaker er under ”aktiv” sykmelding vernet mot oppsigelse etter aml. § 15-8. Jeg velger derfor å ta ordningen opp her.

¹³⁸⁵ Ot.prp. nr. 64 (1992-1993) s. 6.

¹³⁸⁶ Lov om endringer i folketrygdloven (regler om sykmelding mv.) av 18. juni 2004 nr. 41. En videre innskjerping av vilkårene skjedde ved lov om endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) av 23. februar 2007 nr. 10.

¹³⁸⁷ Denne bestemmelsen bygget igjen på sysselsettingsdirektivet art. 5, som gir plikt til tilpasning ”[m]ed henblikk på å sikre at prinsippet om likebehandling af handicappede overholdes”.

¹³⁸⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327.

Etter aml. § 13-5 vil arbeidsgiver for det første ha plikt til å iverksette tiltak for at arbeidstaker skal ”få eller beholde arbeid”. Videre vil tilpasningsplikten gjelde tiltak for at arbeidstaker skal kunne ”utføre” slikt arbeid. I og med at tilretteleggingsplikten har som formål å fremme reell likebehandling, må arbeidstaker i utgangspunktet minst ha krav på tilrettelegging i den stillingen hun har, dersom dette kan skje uten uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver. Det er altså ikke tilstrekkelig at arbeidstaker som tilretteleggingstiltak tilbys omplassering til annet arbeid i virksomheten.¹³⁸⁹

Tilpasningsplikten etter aml. § 13-5 har i tillegg som formål å sikre reelt like muligheter til ”fremgang i arbeidet”, noe som også må omfatte en normal karriereutvikling for arbeidstakeren. Arbeidsgivers plikter omfatter eksplisitt opplæringstiltak med sikte på at arbeidstakeren skal kunne kvalifisere seg til mer utfordrende arbeidsoppgaver. Et mulig tiltak kan være tilrettelagt undervisning for en syns- eller hørselshemmet arbeidstaker i forhold til opplæring i arbeidsgivers regi. Videre omfatter plikten annen kompetanseutvikling.

De tilpasningstiltak som hjemles i aml. § 13-5 tar ikke sikte på å sette arbeidstakeren med tilrettelegging i noen bedre arbeidsrettslig stilling enn arbeidstakere uten funksjonsnedsettelse.¹³⁹⁰ Tilpasning regnes ikke i seg selv som positiv særbehandling, og arbeidsgiver har heller ingen plikt til å tilrettelegge for å fremme positiv særbehandling av arbeidstaker med funksjonsnedsettelse.

I diskriminerings- og tilgjengelighetslovens bestemmelse om individuell tilrettelegging i arbeidsforhold er formålet gjeninntatt. Ifølge dtgl. § 12 første ledd har arbeidsgiver plikt til individuell tilrettelegging ”for å sikre at en arbeidstaker eller arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne kan få eller beholde arbeid, ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet på lik linje med andre.”

2.3. Pliktens omfang – bredde og dybde.

2.3.1. Problemstilling – hvor langt rekker arbeidsgivers plikt til tilrettelegging?

Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging av arbeidsplassen kan ikke være uten grenser. De ulike bestemmelser som hjemler plikt til tilrettelegging inneholder begrensninger både i forhold til hvilke typer tiltak som omfattes og i forhold til hvor omfattende og byrdefulle tiltak arbeidsgiver plikter å iverksette. I dette avsnittet vil jeg drøfte tilpasningspliktens omfang, nærmere bestemt dens ”bredde” og ”dybde”. Med ”bredde” mener jeg hvilken type eller art virkemidler som står til arbeidsgiverens rådighet og som det kreves at han skal bruke til fordel for den enkelte arbeidstaker. Med ”dybde” menes hvor store anstrengelser eller oppofrelser arbeidsgiveren må gjøre for å

¹³⁸⁹ Det eksplisitte kravet etter sysselsettingsdirektivet art. 5 er at arbeidstaker skal settes i stand til å ”udøve” ”beskæftigelse”; noe som synes mindre knyttet til bestemte stillinger. Ut fra formålet med denne bestemmelse må også denne i utgangspunktet stille krav om tilpasning i egen stilling.

¹³⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 45.

tilrettelegge arbeidet, generelt eller i forhold til den enkelte arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Til slutt tar jeg opp om det foreligger begrensninger i forhold til arbeidsgivers valg mellom ulike tilretteleggingstiltak.

2.3.2. Pliktens bredde – art tiltak.

2.3.2.1. Innledning.

Problemstillingen under dette avsnitt er hvilken *type* eller *art* virkemidler arbeidsgiveren har plikt til å sette inn i forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelser. Jeg vil drøfte og sammenlikne hvilke typer tiltak arbeidsgiver er forpliktet til å iverksette etter gjeldende rett, med særlig fokus på en sammenlikning mellom arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter henholdsvis aml. § 4-6 og aml. § 13-5.

De ulike hjemler for plikt til tilrettelegging spesifiserer på ulik måte hvilke typer tiltak de omfatter. En vanlig reguleringsteknikk er at formålet spesifiseres, før en angir en ikke-uttømmende liste over tiltak som *kan* være aktuelle.

Under de følgende avsnitt vil jeg først klassifisere de mest aktuelle tiltakene i fire hovedgrupper; fysisk/teknisk tilrettelegging, organisatorisk tilrettelegging, (re-)kvalifisering av arbeidstaker og informasjonstiltak, se pkt. 2.3.2.2-2.3.2.5. Jeg vil likevel understreke at det på ingen måte er vanntette skott mellom de ulike gruppene tilpasningstiltak, og de vil svært ofte kombineres.

Deretter vil jeg ta opp om det finnes noen tiltakstyper som faller utenfor fordi de ikke naturlig hører inn under arbeidsgiverens ansvars- og risikoområde. Både stedlige og saklige begrensninger kan være aktuelle, se nærmere nedenfor under pkt. 2.3.2.6-2.3.2.8.

2.3.2.2. Fysisk og teknisk tilrettelegging.

En viktig gruppe tiltak er fysisk og teknisk tilrettelegging av arbeidet for den enkelte arbeidstaker. Slike tiltak vil i regelen ta sikte på å kompensere for fysiske helseproblemer og funksjonshemminger. Tiltakene tar sikte på å endre/tilpasse de fysiske omgivelsene til den enkeltes helsetilstand eller funksjonsnedsettelse.¹³⁹¹

Aml. § 4-1 fjerde ledd stiller krav om at ”atkomstveier, sanitæranlegg, arbeidsutstyr mv.” så langt det er mulig og rimelig skal være innrettet slik at arbeidstakere med funksjonshemming kan arbeide i virksomheten. Bestemmelsen er relativt vag¹³⁹² og suppleres av byggverkforskriften. Av

¹³⁹¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 67.

¹³⁹² Kravene spesifiseres noe i forskrift om arbeidsplasser og arbeidslokaler av 16. februar 1995 nr. 170 § 26, men også denne bestemmelsen er svært generell: ”Ved utforming, dimensjonering og innredning av faste arbeidsplasser skal

sistnevnte følger blant annet at "[a]rbeidsbygning (...) skal utformes slik at det er mulig for orienterings- og bevegelsehemmede å arbeide i virksomhetene i bygningen, med mindre bygningen bare kan gi arbeidsplasser som er helt uegnet for orienterings- og bevegelsehemmede."¹³⁹³ Også aml. § 4-2 annet ledd bokstav b vil klart omfatte tekniske tiltak for å verne helse, sikkerhet og velferd.¹³⁹⁴

Aml. § 4-6 nevner eksplisitt "endringer i arbeidsutstyr" som eksempler på tiltak som kan være "nødvendige" for at arbeidstaker skal kunne beholde sitt arbeid. I forarbeidene til bestemmelsen nevnes som eksempler

"anskaffelse eller endringer av teknisk utstyr som arbeidstakeren bruker i sitt daglige arbeid, for eksempel verktøy, maskiner osv. (...)

endringer av arbeidsplassen: døråpninger, terskler, installering av heis, anskaffelse av rullestolrampe, flytting av dørhåndtak, lysbrytere, tilpasset skrivebord, stol osv."¹³⁹⁵

At teknisk tilrettelegging kan være sentralt for oppfyllelsen av arbeidsgivers plikter etter aml. § 4-6 (tidl. aml. 1977 § 13 nr. 2), har vært lagt til grunn i flere underrettsavgjørelser. Her nevnes to:

LE 1990 00478 gjaldt oppsigelse av en synshemmet arbeidstaker fra en vernet bedrift. Retten fant at oppsigelsen ikke var tilstrekkelig saklig begrunnet, bl.a. fordi hjelpemidler og tekniske hjelpetiltak bare i begrenset omfang var tatt i bruk. NAD 1988 s. 1308 Hålogaland gjaldt oppsigelse av sjåfør pga. virksomhetens forhold, men der ansienniteten var blitt fraveket pga. stort sykefravær. Her drøftes betydningen av at sykefraværet kunne vært redusert ved bruk av varmeapparat i bussen.

Fysisk og teknisk tilrettelegging er også sentralt i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Aml. § 13-5 gir ingen eksplisitt eksemplifisering av hvilke typer tiltak den omfatter. Ifølge forarbeidene vil den blant annet omfatte "[t]ilrettelegging (...) av fysisk karakter, for eksempel tilpasning av døråpninger og skrivepulver, installering av heis etc."¹³⁹⁶

I ILOs Code of practice 2002 nevnes muligheten for tilpasning av så vel arbeidsplassen som verktøy og (annet) utstyr.¹³⁹⁷

Vi kan slå fast at fysisk og teknisk tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsutstyr vil være et svært aktuelt tilretteleggingstiltak særlig for personer med fysiske funksjonsnedsettelse. Det synes i utgangspunktet ikke å være forskjell på de typer tiltak som hjemles i henholdsvis aml. §§ 4-6 og 13-5.

det tas hensyn til at yrkeshemmede skal kunne arbeide der. Dette gjelder spesielt dører, atkomstveier, trapper, dusjer, håndvasker og toaletter."

¹³⁹³ Forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK) av 22. januar 1997 nr. 33 § 10-31 nr. 2 første ledd annet pkt.

¹³⁹⁴ Se også rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 6 nr. 2 bokstav d som fremhever utforming av arbeidsplassen samt valg av arbeidsutstyr som tiltak for å tilpasse arbeidet til den enkelte.

¹³⁹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104.

¹³⁹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327-328.

¹³⁹⁷ ILO Code of practice Managing disability in the workplace 2002 pkt. 7.2 Adaptations.

2.3.2.3. Organisatorisk tilrettelegging, herunder arbeidstidsrettigheter.

Innledning.

Videre kan organisatoriske forhold i arbeidet ha betydning for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Dette gjelder for det første den generelle organiseringen av arbeidet, se særlig aml. § 4-1 annet ledd annet pkt. som stiller generelle krav til "[a]rbeidets organisering, tilrettelegging og ledelse, arbeidstidsordninger, teknologi, lønnsystemer mv." Videre setter arbeidstidskapitlet, aml. kap. 10, generelle grenser for arbeidstidens omfang og plassering. Disse standarder gjelder for alle arbeidstakere, men vil i praksis ha relativt størst betydning for arbeidstakere med fysiske eller psykiske helseproblemer.

For det annet kan individuelle organisatoriske tilretteleggingstiltak ha betydning for disse gruppenes muligheter til å utføre og ha fremgang i arbeidet. Aktuelle tiltak kan være endring av den enkeltes arbeidstid, av arbeidssted, av arbeidsmåte eller av arbeidsoppgaver på grunn av individuelle problemer med å utføre arbeidet.¹³⁹⁸ Slike tiltak kan være hensiktsmessige både for arbeidstakere med fysiske svekkelser (slitasje etc.) og for arbeidstakere med psykiske lidelser (stress, depresjon, angstproblemer etc.). Individuelle organisatoriske tilretteleggingstiltak kan ta sikte på å endre arbeids- og ansettelsesvilkårene slik at de tilpasses den enkelte arbeidstakers helsetilstand. Tiltakene kan imidlertid også bestå i eller inkludere at arbeidstaker overføres til annet arbeidssted eller gis andre arbeidsoppgaver innen virksomheten.

Begrepet "omplassering" blir i juridisk teori og praksis brukt i litt ulike betydninger for å betegne *organisatoriske endringer i den enkelte arbeidstakers arbeidsforhold som er av et visst omfang*. Det kan derfor være av interesse innledningsvis å avklare hvordan begrepet brukes i avhandlingen. Omplasseringsbegrepet kan dels nyttes i snever betydning, som uttrykk for endringer i arbeidstakerens arbeidssted. Dels kan det nyttes i videre betydning om (vesentlige) endringer i arbeids- og ansettelsesvilkårene, slik som arbeidssted, arbeidstid, arbeidsoppgaver o.l.. Her vil jeg bruke begrepet i denne siste – videre – betydningen. Begrepet brukes videre i juridisk teori ofte i motsetning til "oppsigelse": Endringer i arbeids- og ansettelsesvilkårene som er vesentlige, men som likevel ligger innenfor arbeidsavtalens ramme, karakteriseres som omplassering.¹³⁹⁹ Omplassering som tilpasningstiltak etter bl.a. arbeidsmiljøloven § 4-6 vil imidlertid også omfatte endringer som går ut over det arbeidsgiver ensidig kan beslutte i medhold av styringsretten, og som derfor må skje ved endringsoppsigelse og/eller avtale.¹⁴⁰⁰ Når jeg her nytter begrepet "omplassering", sikter

¹³⁹⁸ Se også eksemplifiseringen i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

¹³⁹⁹ Slik Fanebust 2001 s. 30-37. Se Iseskog 2005 særlig s. 10 og s. 97 flg.

¹⁴⁰⁰ Se her forutsetningsvis Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

jeg til endringer av et visst omfang i arbeidstakers arbeids- og ansettelsesvilkår, så vel innenfor som utenfor arbeidsavtalens ramme.

I det følgende vil jeg ta opp endringer av arbeidstid; av arbeidsmetoder (herunder assistanse fra andre personer); endringer av arbeidssted og endringer av arbeidsoppgaver. I forlengelsen av det siste går jeg inn på i hvilken utstrekning de ulike bestemmelser også hjemler plikt til omplassering ut over stillingens ramme, altså om og på hvilke vilkår arbeidsgiver plikter å tilby annet passende arbeid til arbeidstaker som ikke lenger kan fylle sin stilling.

Endring av arbeidstid.

Arbeidstidsendringer er et svært mye brukt tiltak i forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Det kan være aktuelt å redusere arbeidstidens *omfang* ved redusert daglig eller ukentlig arbeidstid. I tillegg kan en endre arbeidstidens *plassering*, fra nattarbeid eller skiftarbeid til ordinær dagtid.

Etter gjeldende norsk rett finnes svært mange og til dels overlappende hjemler for tilpasning av arbeidstiden. Aml. § 4-2 annet ledd bokstav b må kunne omfatte tilpasning av arbeidstiden som verne- og velferdstiltak. Arbeidstidskapitlet omfatter mer spesifikke tiltak på individuelt helsemessig grunnlag: Aml. § 10-6 tiende ledd gir arbeidstaker rett til fritak fra arbeid ut over avtalt arbeidstid. Aml. § 10-2 fjerde ledd gir rett til redusert arbeidstid, som kan ta form av nedsatt daglig eller ukentlig arbeidstid, men også av ”arbeidsfrie perioder”, permisjoner.¹⁴⁰¹ Her suppleres arbeidstidskapitlet videre med folketrygdlovens bestemmelser om hel og delvis sykmelding, som i praksis gir arbeidstaker rett til permisjon eller redusert arbeidstid i en begrenset periode på grunnlag av arbeidsuførhet.

Den mest generelle bestemmelse, som også i det vesentligste omfatter de øvrige, er likevel aml. § 4-6 første ledd. Her nevnes tilrettelegging av arbeidstiden eksplisitt i bestemmelsens annet punktum.

Denne henvisningen kom inn i bestemmelsen ved endringen i 2003. I de opprinnelige forarbeidene til aml. 1977 § 13 synes en nærmest å ha sett arbeidstidsreduksjon som en nødløsning der det ikke var mulig å tilpasse arbeidssituasjonen slik at arbeidstaker kunne fortsette i sin vanlige stilling, forutsetningsvis på heltid.¹⁴⁰² I forarbeidene til 2003-endringen av aml. 1977 § 13 synes holdningen å ha endret seg. Nå ser departementet endringer av arbeidstiden som et ”svært hensiktsmessig virkemiddel”, som hittil har vært benyttet i for liten grad. Bestemmelsen foreslås derfor

¹⁴⁰¹ Dette fremgår ikke direkte av aml. § 10-2 fjerde ledd, men synes å omfattes av ordlyden. Bestemmelsen refererer også aml. 1977 § 46A, hvor det eksplisitt fremgikk at loven omfattet permisjoner.

¹⁴⁰² Se Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69.

endret slik at virkemidlet nå nevnes direkte i bestemmelsen. Det fremgår ikke direkte av forarbeidene *hvorfor* en har ment at endringer i arbeidstiden er så hensiktsmessig, men ut fra sammenhengen synes tanken å være at det skal bli lettere å kombinere arbeid og trygd (som graderte sykepenger, graderte rehabiliteringspenger eller gradert uførepensjon.)¹⁴⁰³

I flere underrettsavgjørelser har retten pekt på muligheten for redusert arbeidstid, både som midlertidig og som permanent tilpasningstiltak:

NAD 1987 s. 1082, Holt herredsrett, gjaldt oppsigelse av sykmeldt arbeidstaker etter utløpet av verneperioden etter aml. 1977 § 64. Oppsigelsen ble kjent ugyldig, bl.a. på bakgrunn av at virksomheten hadde avslått arbeidstakers anmodning om å arbeide på halvdagsbasis. LE-1993-02176 gjaldt oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Selv om det generelt var grunnlag for oppsigelser, hadde ikke oppsigelsen tilstrekkelig saklig grunn i forhold til denne konkrete yrkesskadede arbeidstakeren. Lagmannsretten pekte bl.a. på at bedriften ville ha kunnet tilrettelegge arbeidstiden.¹⁴⁰⁴

I tillegg til redusert arbeidstid kan også endringer av arbeidstidens *plassering* være hensiktsmessig. Det er vel dokumentert at nattarbeid og uregelmessige arbeidstider kan gi helseplager.¹⁴⁰⁵ På denne bakgrunn har en etter norsk rett et generelt forbud mot nattarbeid, (med omfattende unntak), aml. § 10-11, og en generelt nedsatt alminnelig arbeidstid for skift- og turnusarbeidere, aml. § 10-4 femte og sjette ledd. Disse bestemmelsene innebærer ikke noe krav om å overføre arbeidstakere til ordinær dagtid på individuelt helsemessig grunnlag. En plikt til å endre arbeidstidens plassering kan likevel følge av § 4-2 annet ledd bokstav b og aml. § 4-6 første ledd,¹⁴⁰⁶ så vel for nattarbeidere som for skiftarbeidere med påviste helseplager. I tillegg gir aml. § 10-2 fjerde ledd en arbeidstaker en individuell rett til tilrettelegging i form av fritak for nattarbeid på individuelt helsemessig grunnlag.

LF-2002-00115 gjelder tilpasningsplikten etter daværende aml. 1977 § 13 nr. 2 i forhold til saklighetskravet ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Ansienniteten var blitt fraveket fordi arbeidstaker av helsemessige grunner ikke kunne arbeide nattskift. Lagmannsretten fant at dette i det konkrete tilfellet ikke var så tyngende for bedriften at det gav grunnlag for å fravike ansienniteten. I Tvisteløsningsnemndas sak 25/07 var det uomtvistet at arbeidstaker hadde rett til fritak for nattarbeid på helsemessig grunnlag, spørsmålet var hvilket arbeid kommunen var forpliktet til å gi henne på dagtid.

¹⁴⁰³ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8-9. Se også høringsuttalelser fra LO og Norsk Sykepleierforbund gjengitt i Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 5.

¹⁴⁰⁴ Det aktuelle tiltaket var her at arbeidstaker skulle kunne komme seinere på jobb, altså nærmest en fleksitidsordning.

¹⁴⁰⁵ Se bl.a. redegjørelsen i NOU 1992: 20, vedlegg 5, med videre henvisninger. Det er også fremhevet i fortalen til arbeidstidsdirektivet av 2003 (ERdir.2003/88/EF) avsnitt 7 at [f]orskinga har synt at menneskekroppen er meir følsam for uro i omgjevnadene og dessutan for visse slitsame former for organisering av arbeidet om natta, og at lange periodar med nattarbeid kan vere skadeleg for helsa til arbeidstakarane og kan setje tryggleiken deira og den allmenne tryggleiken på arbeidsplassen i fare.”

¹⁴⁰⁶ Tiltaket nevnes spesielt i forarbeidene til endringen av aml. 1977 § 13 nr. 2, Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

Aml. § 13-5 gir ikke eksplisitte eksempler på tilretteleggingstiltak. Det er likevel klart at også endringer i arbeidstiden vil komme inn under ordlyden i den norske bestemmelsen så vel som sysselsettingsdirektivet art. 5.¹⁴⁰⁷ Arbeidstidstilpasninger er videre nevnt som et mulig tiltak i forarbeidene til aml. § 13-5.¹⁴⁰⁸

Reduksjon av arbeidstiden som virkemiddel for tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelse er trukket frem i flere ikke-bindende folkerettslige instrumenter. ILO Code of practice 2002 omtaler "flexibility of work schedules".¹⁴⁰⁹ Også FNs standardsregler fra 1993, regel 7, fremhever mulighetene for "flexible hours, part-time work" og "job sharing."

Dette er tiltak som også må falle inn under arbeidsgivers plikter etter aml. § 13-5.

Endring av arbeidssted.

Videre kan endring av *arbeidssted* være et hensiktsmessig organisatorisk tilretteleggingstiltak. En mulighet er hjemmearbeid. En arbeidstaker som midlertidig eller permanent er ute av stand til å ta seg til og fra arbeidsplassen, kan i mange tilfeller utføre arbeid for arbeidsgiveren via hjemme-PC, som kobles opp mot virksomhetens nettverk. En slik ordning kan være hensiktsmessig for at arbeidstaker skal kunne beholde sitt arbeid og sin tilknytning til arbeidslivet. Muligheten til å arbeide hjemmefra synes ikke å være trukket frem i forarbeidene til aml. § 4-6 eller dens forgjengere. Heller ikke aml. § 13-5 eller dens forarbeider nevnte dette særskilt.¹⁴¹⁰ Adgang til å arbeide hjemmefra, der dette er praktisk mulig, omfattes imidlertid av ordlyden i begge disse bestemmelsene.

Fra et integreringssynspunkt vil arbeid hjemmefra være mindre heldig, ettersom arbeidstaker ikke i samme grad får ta del i det sosiale fellesskapet på arbeidsplassen. Men i særlige tilfeller må det kunne utgjøre et hensiktsmessig tilretteleggingstiltak.

I noen tilfeller kan det være nødvendig og hensiktsmessig å omplassere arbeidstakeren til annet arbeidssted fordi hennes nåværende arbeidssted innebærer en uforsvarlig arbeidsmiljømessig belastning for henne. Et eksempel vil være omplassering fra produksjonshall til administrasjonslokaler i en industribedrift. En slik omplassering vil i regelen kombineres med endrede arbeidsoppgaver, se nedenfor. Det er imidlertid også mulig å flytte en arbeidstaker fra et arbeidssted til et annet uten å endre arbeidsoppgavenes art. Et eksempel kan være en sykepleier ved et kommunalt aldershjem som har vært sykmeldt av psykiske årsaker, og der problemene skyldes en personalkonflikt. Her kan et mulig tilpasningstiltak være at arbeidstakeren blir omplassert til en tilsvarende stilling

¹⁴⁰⁷ Arbeidstidsendringer er ikke blant de tiltak som er trukket frem i sysselsettingsdirektivets fortale pkt. 20.

¹⁴⁰⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

¹⁴⁰⁹ ILO Code of practice Managing disability in the workplace 2002 pkt. 7.2.4.

¹⁴¹⁰ Det er heller ikke trukket frem i fortalen til sysselsettingsdirektivet.

ved et annet aldershjem i kommunen.¹⁴¹¹ Plikt til omplassering kan her følge av aml. § 4-6 og – i forhold til arbeidstaker med funksjonsnedsettelse – også av aml. § 13-5.

Muligheten for omplassering til annet arbeidssted har vært fremhevet i norsk underrettspraksis, særlig hvor det foreligger en personalkonflikt og arbeidstaker mener seg mobbet av arbeidskolleger eller overordnede. Arbeidstaker vil her ofte prinsipielt hevde at problemene har sin årsak i (det psykiske) arbeidsmiljøet, og at arbeidsgiver burde ha tilpasset hennes arbeidssituasjon ved å fjerne mobberne; subsidiært at det dårlige arbeidsmiljøet har gjort henne syk, og at arbeidsgiveren av denne grunn hadde plikt til å omplassere henne.

LB 1999 03171 gjaldt oppsigelse av en purser med psykiske problemer, bl.a. som følge av beskyldninger mot ledelsen. Arbeidstaker hevdet at omplassering burde vært forsøkt, men lagmannsretten fant at dette ikke ville bedret situasjonen. LE-1992-02745 gjaldt oppsigelse av en regnskapsmedarbeider i et fraktselskap på grunn av samarbeidsvansker. Arbeidstaker mente prinsipielt at det forelå en mobbesak, mens arbeidsgiver mente at hun var psykisk syk. Subsidiært hevdet arbeidstaker at hun i så tilfelle burde vært omplassert. Lagmannsretten fant imidlertid at omplassering ikke var mulig eller hensiktsmessig. LE-1989-00730 gjaldt oppsigelse pga. ordrenekt. Arbeidstaker var i konflikt med sin nærmeste overordnede, og hevdet at arbeidsgiver hadde misligholdt sine arbeidsmiljømessige forpliktelser ved å ikke la henne forholde seg til en annen i det daglige. Lagmannsretten fant at arbeidstaker ikke hadde vært utsatt for mobbing, og at oppsigelsen var saklig. NAD 1987 s. 289 Eidsivating gjaldt oppsigelse av ingeniør ved kommunalt kraftverk pga. samarbeidsvansker og ordrenekt. Arbeidsgiver hadde tilbudt omplassering, men tilbudet ble ikke akseptert innen svarfristen. Lagmannsretten fant her at E-verkets plikter etter aml. § 12, 13 og § 14 nr. 2 bokstav e (nåv. bokstav f) ikke var tilsidesatt.

Endring av arbeidsmetoder m.v.

Organisatoriske tilpasningstiltak kan også bestå i endringer i *måten* arbeidet utføres. Slike endringer kan være hensiktsmessige der arbeidstaker kan utføre stillingens oppgaver, men på en annen måte enn det arbeidstakere uten denne form for helseproblemer eller funksjonsnedsettelser. En døv arbeidstaker kan f.eks. være avskåret fra muntlig kommunikasjon med klienter, kunder og forretningsforbindelser, men være i stand til å kommunisere skriftlig, via brev og e-post. Et aktuelt organisatorisk tilpasningstiltak kan da være at arbeidet legges opp slik at det ikke blir nødvendig å nytte (ordinær) telefon. Er arbeidstakeren bevegelseshemmet eller har hun av psykiske årsaker problemer med å omgås mennesker, kan det være aktuelt med løsninger som video- eller telefonmøter, samt arbeid fra arbeidstakerens eget hjem.

Endringer av arbeidsmetoder vil omfattes av så vel aml. § 4-6 som § 13-5: I forarbeidene til aml. § 4-6 nevnes ”endringer i rutiner”.¹⁴¹² Rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 6 nr. 2 bokstav d fremhever endringer i ”arbeids- og produksjonsmetoder” som aktuelle individuelle tilpasningstiltak.

¹⁴¹¹ Primært skal arbeidsgiver selv søke å løse konflikten.

¹⁴¹² Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

Også tilpasningsbestemmelsen etter aml. § 13-5 omfatter etter sin ordlyd slike endringer, uten at dette er spesielt fremhevet i loven eller dens forarbeider. Sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 20 trekker imidlertid frem endring av ”arbeidsmønstre”.

ADA 1990 sec. 101 (9) (B) omtaler ”job restructuring” som et mulig tilpasningstiltak. Ifølge EEOCs veiledning til ADA inkluderer dette begrepet bl.a. ”modifications such as (...) altering (...) *how* a function, essential or marginal, is performed.”¹⁴¹³

Slike tiltak vil også omfattes av så vel aml. § 4-6 som aml. § 13-5.

Hjelp fra andre arbeidstakere kan være aktuelt ved mange typer funksjonsnedsettelse. I forarbeidene til aml. § 4-6 nevnes bl.a. ”aktiv medvirkning fra andre arbeidstakere.”¹⁴¹⁴ Slike tiltak omfattes også av ordlyden i aml. § 13-5. I noen tilfeller vil en annen ansatt uten spesiell kompetanse kunne bidra, for eksempel ved å hente ting til bevegelseshemmede. For noen typer funksjonsnedsettelse kan det være nødvendig at personen som assisterer arbeidstaker er spesialutdannet. Spesielt ansatte funksjonsassistenter kan gjøre det mulig for personer med omfattende fysiske funksjonsnedsettelse å fungere i et arbeidsforhold. Tolkehjelp kan sette hørselshemmede i stand til å fungere i et arbeidsforhold. Blinde og svaksynte kan ha nytte av lese- og sekretærhjelp og tolke- og ledsagerhjelp bidra til at døvblinde kan utføre et arbeid.¹⁴¹⁵

ILOs rekommendasjon R 168 (1983) pkt. 13 omfatter blant annet ”personal services to enable disabled persons to secure, retain and advance in suitable employment. Til illustrasjon kan også vises til at den amerikanske ADA 1990 Title I Sec. 101(9)(b) nevner ”the provision of qualified readers or interpreters”.

Assistanse i arbeidslivet kan også utføres av personlige assistenter som er tilknyttet den enkelte arbeidstaker med funksjonsnedsettelse, såkalt bruker- eller borgerstyrt personlig assistanse. Denne ordningen er et tiltak etter sosialtjenesteloven § 4-2 første ledd bokstav a. Ordningen utgjør i utgangspunktet ikke et tilretteleggingstiltak fra arbeidsgivers side. Assistenten vil ikke være ansatt hos arbeidsgiver, men av arbeidstaker selv, den enkelte kommune eller et andelslag.¹⁴¹⁶ Arbeidsgivers tilrettelegging vil da eventuelt bare bestå i mer begrensede tiltak for å gjøre det mulig for assistenten å assistere arbeidstaker på arbeidsplassen.

Endring av arbeidsoppgaver.

Endringer av arbeidsoppgaver kan være aktuelt dersom en arbeidstaker kan utføre visse av, men ikke alle, stillingens funksjoner. Slike endringer omfattes klart av aml. § 4-2 annet ledd bokstav b

¹⁴¹³ Equal Employment Opportunity Commission Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, 2002, avsnitt 15.

¹⁴¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

¹⁴¹⁵ Se bl.a. heftet Virkemidler for et mer inkluderende arbeidsliv, Arbeids- og velferdsdirektoratet, januar 2008, s.

11.

¹⁴¹⁶ Rundskriv I-20/2000 til lov om sosiale tjenester mv. Brukerstyrt personlig assistanse pkt. 5 Arbeidsgiveransvar.

dersom de er nødvendig av vernehensyn,¹⁴¹⁷ og av aml. § 4-6 dersom de er nødvendige for at arbeidstaker kan ”beholde eller få et passende arbeid.” Spesialtilpasning av stillingens arbeidsoppgaver vil også omfattes av aml. § 13-5.¹⁴¹⁸

Somb 1996-31 gjaldt en funksjonshemmet arbeidstaker som ikke fikk innplassering i ny stilling i forbindelse med omorganisering av det tidligere Televerket. Sivilombudsmannen uttalte bl.a. at plikten til å tilrettelegge etter daværende aml. 1977 § 13 nr. 2 kan ”innebære at arbeidsgiveren f.eks. kombinerer arbeidsoppgaver fra ulike arbeidsfelt i basisorganisasjonen og setter disse sammen spesielt for A.”

I ILOs Code of practice 2002 fremheves videre at arbeidsgiver kan “review the job description and make changes – for example by *deleting a part of the job* which the person is unable to perform and *replacing this with another task* or tasks.”¹⁴¹⁹ I den amerikanske ADA 1990 Title I Sec 101 (9)(a) nevnes “job restructuring” som et eksempel på “reasonable accommodation”. Ifølge EEOCs veiledning til ADA 1990 inkluderer tilpasning i form av “job restructuring” også “modifications such as reallocating or redistributing marginal job functions that an employee is unable to perform because of a disability.”¹⁴²⁰

Omfatter arbeidsgivers plikt til tilrettelegging også omplassering som går ut over den opprinnelige arbeidsavtalens ramme?

Vi kan tenke oss at arbeidstaker på grunn av inntrådt sykdom eller funksjonsnedsettelse ikke lenger er i stand til å utføre noe (eventuelt bare en liten del) av arbeidet hun ble tilsatt for. Kan arbeidsgiver være forpliktet til å tilby arbeidstaker helt andre arbeidsoppgaver eller en ledig stilling i virksomheten, som tilretteleggingstiltak? En slik omplasseringsplikt vil verne arbeidstakers tilknytning til virksomheten, uavhengig av om hun er arbeidsufør i forhold til den stillingen hun er ansatt i.

Det er helt klart at tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøreguleringen, herunder plikten til å tilrettelegge for arbeidstaker med redusert arbeidsevne, går så langt.

Omplassering til annet arbeid i virksomheten av vernehensyn omfattes blant annet av § 4-2 annet ledd bokstav b jfr. § 4-1. Med hjemmel i aml. § 4-1 femte ledd er gitt forskrifter om omplassering av særlig sårbare arbeidstakere i risikofylt arbeid.¹⁴²¹

¹⁴¹⁷ Merk at aml. § 4-2 annet ledd bokstav b vel går noe lenger mht. formål enn den tidligere aml. 1977 § 14 nr. 2 bokstav f.

¹⁴¹⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328 og sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 20.

¹⁴¹⁹ ILO Code of practice Managing disability in the workplace 2002, pkt. 7.2.3.

¹⁴²⁰ EEOC Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act 2002 avsnitt 15.

¹⁴²¹ Se blant annet kjemikalieforskriften av 30. april 2001 nr. 443 §§ 33, 34 og 35 og forskrift for arbeid med ioniserende stråling av 14. juni 1985 nr. 1157 § 5, 7. ledd. Selv om forbudene mot sysselsetting av arbeidstakere med visse typer lidelser i forskrift om asbest av 16. august 1991 nr. 600 § 9 og forskrift om dykking av 30. november 1990 nr. 944 § 21, 3. ledd ikke er kombinert med en eksplisitt plikt til omplassering, vil arbeidsgiver ha plikt til omplassering etter blant annet aml. § 4-6.

I tillegg kan arbeidsgiver ha plikt til å omplassere arbeidstakere etter aml. § 4-6, dersom dette er ”nødvendig” for å få et ”passende arbeid”.¹⁴²²

RG 1993 s. 665 Lofoten gjaldt oppsigelse av elektriker i et transportselskap. Oppsigelsen skyldtes virksomhetens forhold, men ansienniteten var fraveket på grunn av stort sykefravær. Herredsrettens flertall vurderte plikten til å tilby annet passende arbeid i sammenheng med plikten til å tilrettelegge for yrkeshemmede, og flertallet fant at arbeidsgiver ikke har oppfylt sin omplasseringsplikt. Også RG 1993 s. 158 Drammen gjaldt fravikelse av ansienniteten pga. sykefravær, men her fant byretten at arbeidsgiver hadde oppfylt sin plikt til å omplassere/tilby annet passende arbeid.

Arbeidsgivers plikter etter aml. § 4-6 går ikke så langt som til å opprette noen ny stilling for den yrkeshemmede arbeidstakeren.¹⁴²³ Høyesterett har videre lagt til grunn at det ikke kan kreves at arbeidsgiver går til endringsoppsigelse overfor andre arbeidstakere for å hjelpe den yrkeshemmede, Rt. 1995 s. 227.¹⁴²⁴ Dersom det finnes en ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov i virksomheten, og den ansatte med redusert arbeidsevne fyller minimumskvalifikasjonene, vil hun imidlertid ha rett til å bli tilbudt arbeidet selv om det ville vært mulig å få en bedre kvalifisert arbeidstaker ved nyansettelse.¹⁴²⁵ Arbeidsgiver må dessuten til en viss grad tåle at den reduserte arbeidsevnen gjør at arbeidstaker ikke vil være fullt ut effektiv i den nye stillingen.¹⁴²⁶

Neste problemstilling er om aml. § 13-5 innebærer tilsvarende plikter til omplassering. I tilfelle vil en arbeidstaker som ikke lenger kan utføre arbeid i sin tidligere stilling ha rett til å bli tilbudt en ledig stilling/et udekket arbeidsbehov selv om vedkommende ikke skulle være best kvalifisert i en konkurransesituasjon.

Aml. § 13-5 gjelder etter sin ordlyd ”nødvendige tiltak for at arbeidstaker med funksjonshemming skal kunne *få eller beholde arbeid*”.¹⁴²⁷ Selv om ordlyden etter aml. § 13-5 er vid, kan det ha betydning for tolkingen at diskrimineringsvernreguleringens primære formål er likebehandling av kvalifiserte personer med funksjonsnedsettelse, ikke omsorg for personer med redusert arbeidsevne. I forarbeidene til aml. § 13-5 uttales imidlertid at det, dersom det ikke er mulig å tilrettelegge i egen stilling, ”skal (...) legges til rette for at arbeidstakeren kan gjøre andre typer arbeid i samme virksomhet.”¹⁴²⁸ Det forhold at omplasseringsplikten ikke er knyttet til en bestemt ledig stilling (arbeidsgiver har plikt til å sette sammen arbeidsoppgaver), sammen med uttalelser i forarbeidene til § 13-5 som henviser til sammenhengen mellom denne og aml. § 4-6,¹⁴²⁹

¹⁴²² Se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105 og s. 309.

¹⁴²³ Se bl.a. de før refererte Somb-1996-31 og NAD 1987 s. 289 Eidsivating.

¹⁴²⁴ Se nærmere nedenfor under pkt. 2.3.3.6.

¹⁴²⁵ Se Fanebust 2001 s. 151-152 i forhold til plikten til å tilby annet passende arbeid. Plikten til omplassering etter aml. § 4-6 kan ikke rekke kortere enn denne.

¹⁴²⁶ Se Fanebust 2001 s. 152 i forhold til plikten til å tilby annet passende arbeid.

¹⁴²⁷ Min kursiv.

¹⁴²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328. Særkommentar til bestemmelsen.

¹⁴²⁹ Se blant annet Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

tyder på det her er parallellitet mellom bestemmelsene. Det synes derfor klart at også aml. § 13-5, i forhold til arbeidstakere,¹⁴³⁰ omfatter tilretteleggingstiltak i form av omplassering til annet arbeid i samme virksomhet. Arbeidstaker må videre ha krav på å bli tilbudt slikt arbeid dersom hun oppfyller minimumskvalifikasjonene for arbeidet, selv om hun ikke ville vært best kvalifisert i en konkurransesituasjon.¹⁴³¹ Tilretteleggingsplikten for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse går altså på dette punkt ut over det som er nødvendig for å sikre likebehandling på grunnlag av kvalifikasjoner.

Et tilsvarende prinsipp er for øvrig også lagt til grunn i en engelsk avgjørelse fra 2004, Archibald v Fife Council. House of Lords fant her at arbeidsgivers tilretteleggingsplikter etter DDA 1995 (i forhold til oppsigelse) ikke nødvendigvis var oppfylt dersom arbeidstaker måtte konkurrere på lik linje med andre om ledige stillinger i virksomheten.¹⁴³²

2.3.2.4. (Gjen-)opptrening og opplæringstiltak.

En tredje hovedgruppe tiltak er tiltak som tar sikte på å (re-)kvalifisere den enkelte arbeidstaker som har utviklet helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. (Gjen-)opptrening og opplæring kan være aktuelle som tilretteleggingstiltak for personer med så vel fysiske som psykiske helseproblemer eller funksjonsnedsettelser. Tiltakene tar sikte på å tilpasse mennesket til det arbeid som skal utføres.

Tema i det følgende er tilfeller hvor opplæring/opptrening i seg selv utgjør et tilretteleggingstiltak, eventuelt i kombinasjon med tekniske og organisatoriske tiltak; altså tilrettelegging *i form av* opplæring/opptrening. En prinsipielt annen situasjon oppstår der arbeidsgiver tilbyr kvalifiserende opplæring/kurs for alle arbeidstakerne, men den enkelte arbeidstaker som følge av funksjonsnedsettelse mv. trenger tilrettelegging for å følge opplæringen. Altså tilrettelegging *av* opplæring. Opplæringstiltak spesielt *rettet mot* arbeidstaker med funksjonsnedsettelse og opplæringstiltak spesielt *tilrettelagt for* arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan likevel i noen tilfeller i praksis være vanskelig å holde fra hverandre, og jeg kommer i noen grad også inn på det siste nedenfor.

Det er klart at tiltak for gjenopptrening og gjenopplæring i utgangspunktet kommer inn under arbeidsgivers plikter etter aml. § 4-6. Aml. § 4-6 første ledd nevner eksplisitt ”gjennomgått atføring” som et tiltak som kan gjøre arbeidstakeren i stand til å utføre sitt vanlige arbeid, og det er klart at dette også kan være et hensiktsmessig tiltak dersom formålet er at arbeidstaker skal omplasseres til annet arbeid i virksomheten. Forarbeidene til bestemmelsen omtaler videre ”trening, opplæring, omskolering” som mulige tilpasningstiltak.¹⁴³³

¹⁴³⁰ Sml. kap. V pkt. 4.4.3 om tilrettelegging av arbeidsoppgaver i forhold til arbeidssøkere.

¹⁴³¹ Omplasseringsplikten etter aml. § 13-5 vil også få betydning i forhold til valg mellom arbeidstakere i en nedbemanningssituasjon, se nærmere nedenfor under kap. VII pkt. 3.

¹⁴³² Archibald v Fife Council [2004] IRLR 651 HL. Se nærmere Inghammar 2007 s. 320-321.

¹⁴³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

Aml. § 4-6 første ledd gjelder tilrettelegging som er nødvendig for at arbeidstaker skal kunne "beholde eller få et passende arbeid", fortrinnsvis sitt eget. Gjenopptrening som er nødvendig for å (re-)kvalifisere seg for egen stilling, må derfor falle innenfor aml. § 4-6.

LG-2000-01060 gjaldt en salgskonsulent som var tilbudt aktiv sykmelding i en del av bedriften hvor han ikke kunne innpasses, men ikke i egen avdeling/eksisterende stilling. Oppsigelsen ble underkjent, fordi lagmannsretten mente at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sine plikter etter aml. 1977 § 13 nr. 2. TOSLO-2001-12802, oppsigelse av selger, er nokså parallell. Oppsigelsen ble ansett usaklig, bl.a. på bakgrunn at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sine plikter etter "aml. §13 nr. 2 om tilrettelegging av annet arbeid ved sykdom gjennom å nekte A å arbeide under aktiv sykemelding". I LB-2000-03513, som gjaldt oppsigelse av gokartkjører pga. sykefravær ut over verneperioden etter aml. 1977 § 64, hevdet arbeidstaker at han burde vært tilbudt arbeid under aktiv sykmelding som tilpasningstiltak, og fikk medhold av lagmannsrettens mindretall. Flertallet la imidlertid til grunn at det uansett ikke ville ha vært egnet arbeid til ham i virksomheten.¹⁴³⁴

Et annet spørsmål er om tilretteleggingsplikten også kan omfatte tilfeller hvor arbeidstaker ikke kan fortsette i egen stilling, men med opplæring vil kunne overta andre oppgaver i virksomheten. En plikt til omplassering til annet "passende" arbeid vil i utgangspunktet forutsette at arbeidstaker er faglig kvalifisert for den aktuelle stillingen eller de aktuelle arbeidsoppgavene.¹⁴³⁵ Reelle hensyn tilsier likevel at en viss, begrenset, plikt til opplæring bør kunne følge av aml. § 4-6, også ved omplassering til annet passende arbeid. Som vist er opplæringstiltak i utgangspunktet omfattet av bestemmelsen. Det er videre ingen ting i veien for å kombinere ulike typer tilretteleggingstiltak, og omplassering kombinert med opplæring kan i et konkret tilfelle være det som skal til for at arbeidstaker skal kunne fastholde ansettelsen. Jeg konkluderer derfor med at arbeidsgiver kan ha en viss, om enn begrenset, plikt til å sørge for opplæring i forbindelse med omplassering til annet arbeid etter aml. § 4-6.¹⁴³⁶

Aml. § 13-5 omfatter eksplisitt "tiltak for at arbeidstaker med funksjonshemming skal kunne (...) ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling".¹⁴³⁷ Bestemmelsen omfatter altså tilrettelegging av alminnelig opplæring og kompetanseutvikling. Et annet spørsmål vil imidlertid være om den omfatter tilrettelegging *i form av* opplæringstiltak, slik at arbeidstaker skal bli (re-)kvalifisert for den stillingen hun er tilsatt i, eller for annet arbeid innen virksomheten.

¹⁴³⁴ Tilretteleggingstiltak kan også omfatte permisjon i forbindelse med atferingstiltak utenfor virksomheten, se her til illustrasjon LF-1993-00611 som gjaldt en lektor i videregående skole som hadde hatt studiepermisjon som atferingstiltak over flere år.

¹⁴³⁵ Se Jakhelln og Aune 2006 s. 199. Tilsvarende i forhold til den parallelle problemstillingen etter svensk rett, Inghammar 2007 s. 134.

¹⁴³⁶ Slik også Fanebust 2001 s. 152 i forhold til plikten til å tilby annet passende arbeid. Tilsv. Inghammar 2007 s. 135 i forhold til det svenske oppsigelsesvernet.

¹⁴³⁷ Se også sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 20 som nevner "adgang til utdanning eller instruksjon" som mulige tilpasningstiltak.

Opptreningstiltak og opplæringstiltak med formål å rekvalifisere en arbeidstaker for egen stilling, må klart falle inn under aml. § 13-5. Hun har her i utgangspunktet hatt en stilling som hun var kvalifisert for, og opptrening/opplæring vil bidra til å gjenopprette hennes evne til å fungere i den aktuelle stillingen. Tilrettelegging i form av gjenopptrening mv. er her nødvendig og hensiktsmessig for at hun skal kunne ”beholde” og ”utføre” arbeid.

Det kan være mer tvilsomt om arbeidsgiver har plikt til å iverksette opplæringstiltak for å kvalifisere arbeidstaker for *annet arbeid* innenfor virksomheten, i tilfeller hvor hun ikke lenger kan utføre arbeid i sin egen stilling. Slike tiltak vil for så vidt kunne falle inn under ordlyden i aml. § 13-5, i og med at de kan være nødvendig for at arbeidstaker skal kunne ”få” arbeid. I særkommentaren til aml. § 13-5 heter det imidlertid at

”[t]ilretteleggingsplikten går (...) ikke så langt at arbeidsgiver må sørge for eksempel opplæring av en funksjonshemmet arbeidstaker som ikke har tilstrekkelig kompetanse eller på andre måter ikke er egnet til å inneha en stilling. Det er kun i den grad en arbeidstaker med funksjonshemming er kvalifisert til å inneha en bestemt stilling at tilretteleggingsplikten blir aktualisert.”¹⁴³⁸

Under pkt. 2.3.2.3 ovenfor så vi imidlertid at en slik begrensning ikke er konsekvent gjennomført etter norsk rett. Tilretteleggingsplikten omfatter, etter mønster fra aml. § 4-6, også omplassering til annet passende arbeid i virksomheten, uansett om det er mulig for arbeidsgiver å få andre, bedre kvalifiserte, personer til å utføre dette arbeidet. Den parallellitet mellom aml. § 13-5 og § 4-6 som det er lagt opp til i forarbeidene til arbeidsmiljøloven, tilsier at en viss, begrenset, opplæringsplikt i forhold til annet arbeid i virksomheten også kan følge av aml. § 13-5.

Oppsummert vil så vel aml. § 4-6 som aml. § 13-5 i prinsippet omfatte kvalifiseringstiltak som arbeidstrening og opplæring, der dette er nødvendig for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Dette gjelder klart i forhold til rekvalifisering i egen stilling, men arbeidsgiver kan også ha en viss begrenset plikt til opplæring til annet arbeid, der arbeidstaker ikke lenger vil kunne fungere i sin tidligere stilling. Aml. § 13-5 kan i tillegg omfatte spesialtiltak for at arbeidstaker med funksjonsnedsettelse skal kunne nyttiggjøre seg alminnelig personalopplæring som kvalifiserer for andre stillinger i virksomheten.

2.3.2.5. Informasjons- og holdningsskapende tiltak.

En fjerde tiltakstype kan være informasjonstiltak eller holdningsskapende tiltak for å fjerne holdningsmessige barrierer i omgivelsene. Slike tiltak vil særlig være aktuelt i forhold til smittsomme eller antatt smittsomme tilstander samt hvor en arbeidstakers funksjonsnedsettelse fører til atferdsmessige avvik. For eksempel kan det i forhold til HIV-smittede være hensiktsmessig med

¹⁴³⁸

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327.

tiltak for å informere om hvordan HIV smitter og ikke smitter. Har arbeidstaker en funksjonsnedsettelse som fører til atferdsmessige avvik kan det være aktuelt med informasjonstiltak i forhold til hva som er grunnen til atferden.

Tiltak for å informere om en konkret funksjonsnedsettelse og motvirke fordommer vil falle inn under ordlyden i så vel aml § 4-6 som aml. § 13-5. De kan være nødvendige for at en arbeidstaker skal kunne få, beholde, utføre og/eller ha fremgang i arbeid.

I LDN-2007-21 fant Diskrimineringsnemnda at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin plikt til tilrettelegging etter aml. 1977 § 55F i forhold til en arbeidstaker med AD/HD. Grunnlaget var blant annet at arbeidsgiver ikke hadde informert kollegene om "hva AD/HD innebærer, og følgene dette kan få for hans atferd."

Til illustrasjon kan også vises til to avgjørelser som direkte gjelder et alminnelig saklighetskrav i arbeidsforhold. I Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, ble avskjeden kjent ugyldig på det grunnlag at det verken var påvist reell smittefare eller at restauranten ville lide tap pga. publikums ubegrunnede smittefrykt. Arbeidstaker viste generelt til blant annet aml. 1977 § 13, men Høyesterett tok ikke eksplisitt opp spørsmålet om tilpasningstiltak. Det kunne imidlertid vært nærliggende å pålegge arbeidsgiver denne type tiltak. Oslo byretts dom av 2. juli 1997 gjaldt direkte det alminnelige saklighetskravet ved ansettelse i det offentlige. En HIV-smittet sykepleier krevde erstatning på det grunnlag at han mente seg forbigått ved ansettelse. Arbeidsgiver, et sykehus, hevdet at han ikke ville kunne fungere i stillingen pga. smittefrykt hos pasientene. Byretten la her til grunn at det offentlige – i sin dobbeltrolle som arbeidsgiver og helsemyndighet – måtte ha et særlig ansvar for å motvirke smittefrykt, og derfor ikke kunne legge negativ vekt på ubegrunnet smittefrykt fra publikums side. Byretten foreslo ikke direkte informasjonstiltak, og det er uklart hvorvidt dette ville vært hensiktsmessig i det konkrete tilfellet. Dersom en legger til grunn at offentlige først har et ansvar for å motvirke smittefrykt, kan det imidlertid være nærliggende at dette også skjer ved informasjonstiltak.

2.3.2.6. Bare på arbeid? Transport mellom hjem og arbeid.

En problemstilling kan være om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er stedlig begrenset, slik at den bare omfatter tiltak på arbeidsplassen og ikke for eksempel transport mellom hjem og arbeidssted.

Mulighet for transport til og fra arbeidsplassen er i praksis svært viktig særlig for orienterings- og bevegelsehemmede arbeidstakeres jobbmuligheter. Det fremheves blant annet i General comment (5) (1994) til FN-ØSK at samfunnets barrierer i forhold til transport hindrer retten til arbeid for mennesker med funksjonsnedsettelser.¹⁴³⁹ Det er likevel ikke gitt at det naturlig hører til arbeidsgivers plikter å sørge for slik transport.

Tradisjonelt er arbeidsgivers plikter i *arbeidsmiljøet* ikke ansett for å omfatte arbeidstakerens reise mellom hjem og arbeidssted. Dette fremgår ikke direkte av ordlyden i den nåværende arbeidsmiljøloven, se aml. § 3-2 om arbeidsgivers plikter. Bestemmelsen bygger imidlertid på den tidligere aml. 1977 § 14 første ledd, hvor arbeidsgiver hadde plikt til å påse at "virksomheten" er

¹⁴³⁹

General comment (5) (1994) til FN-ØSK, Persons with disabilities, avsnitt 23. Se også Syse og Hotvedt 2007 s. 127.

innrettet og at ”arbeidet” blir tilrettelagt i samsvar med loven. Etter norsk arbeidsrett har det også vært ansett som arbeidstakers – ikke arbeidsgivers – risiko at hun er i stand til å stille seg til arbeidsgiverens disposisjon på arbeidsstedet.¹⁴⁴⁰ Transporten mellom hjem og arbeid er som hovedregel heller ikke omfattet av bestemmelser om yrkesskadetrygd og yrkesskadeforsikring.¹⁴⁴¹ Utgangspunktet må derfor være at verken arbeidsmiljøreglene generelt eller aml. § 4-6 spesielt omfatter tiltak for å legge til rette for at en person med redusert arbeidsevne skal komme seg til og fra jobb. Dette vil være den enkelte arbeidstakers ansvar og risiko.

Heller ikke EF-retten krever at arbeidsgiver skal være ansvarlig for slik tilrettelegging, se bl.a. forslagene til ramedirektiv om arbeidsmiljø¹⁴⁴² art. 2, der ”occupational risk” defineres som ”any work-related situation liable to damage the physical or psychological safety and/or health of the worker, *excluding accidents on the way to and from work*.”¹⁴⁴³ I det vedtatte direktivet er denne definisjonen utelatt, men en tilsvarende begrensning synes å følge av det vedtatte direktivets art. 1(1), der det i den norske versjonen heter at ”[f]ormålet med dette direktiv er å iverksette tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen.”¹⁴⁴⁴ Så vel ordlyd som forarbeider synes å tilsi at pliktene bare gjelder i situasjoner der arbeidstakeren har stilt seg til arbeidsgivers disposisjon, og at reisen til og fra arbeidsplassen derfor faller utenfor arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter ramedirektivet om arbeidsmiljø.

Her finnes likevel unntak og grensetilfeller:

For det første må aml. § 4-6 klart omfatte tiltak for å gi den enkelte bevegelsehemmede arbeidstakeren tilgang til bygningen hvor arbeidet foregår, og det må også f.eks. kunne kreves at arbeidsgiveren setter av en reservert plass for en rullestolbrukende ansatt i virksomhetens garasjeanlegg eller parkeringsplass.¹⁴⁴⁵

For det annet kan arbeidsgiver ha organisert transporten fra hjemmet eller fra en spesiell oppsamlingsplass til arbeidsplassen. Her vil arbeidstakeren være dekket av yrkesskadetrygd og yrkesskadeforsikring,¹⁴⁴⁶ med den implisitte begrunnelse at arbeidsgiveren har innflytelse på risikoen. Tilsvarende argumentasjon kan nyttes i forhold til tiltaksplikt: Der arbeidsgiver har mulighet for å velge transportmiddel som er tilpasset f.eks. rullestolbrukere kan det være naturlig å kreve at han gjør det for å tilrettelegge for en arbeidstaker med nedsatt funksjonsevne. Etter min mening vil derfor transport i arbeidsgiverens regi kunne omfattes av tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6. Løsningen er imidlertid ikke helt klar.

¹⁴⁴⁰ Se om problemstillingen i forhold til opparbeiding av lønnskrav, Jakhell 2006 s. 325.

¹⁴⁴¹ Se bl.a. ftrl. § 13-6 fjerde ledd som er i samsvar med praksis etter folketrygdloven av 1966. Forarbeidene til yrkesskadeforsikringsloven § 10 om dekningsområdet henviser til folketrygdlovens bestemmelser, se Ot.prp. nr. 44 (1988-89) s. 89, kommentaren til § 10.

¹⁴⁴² COM(88)73 og COM(88)802.

¹⁴⁴³ Min kursiv.

¹⁴⁴⁴ Min kursiv. Den engelske versjonen nytter uttrykket ”*at work*”, en betegnelse som synes å være noe bredere.

¹⁴⁴⁵ Se også byggverkskriftens bestemmelser om tilgjengelighet for orienterings- og bevegelsehemmede til bl.a. arbeidsbygninger, særlig § 10-31 nr. 3.

¹⁴⁴⁶ Se ftrl. § 13-6 fjerde ledd og yrkesskadeforsikringsloven § 11.

Vil tiltak for å frakte arbeidstaker til og fra arbeidet omfattes av aml. § 13-5, tolket på bakgrunn av sysselsettingsdirektivet art. 5? Disse bestemmelsene nytter brede formuleringer. Arbeidsgiveren skal treffe *hensiktsmessige* tiltak/tiltak *slik at* en arbeidstaker med funksjonshemming skal ha mulighet for å beholde arbeidet mv.

I samsvar med alminnelige prinsipper om arbeidsgiverens plikter må tiltak for tilgang til selve bygningen også omfattes av aml. § 13-5. Plass i garasje eller parkeringsanlegg som virksomheten disponerer synes også klart å omfattes.¹⁴⁴⁷

Dersom arbeidsgiver organiserer transporten, vil dette kunne betraktes som en ytelse som ut fra et ikke-diskrimineringsprinsipp skal tilbys til så vel arbeidstakere med funksjonsnedsettelse som andre arbeidstakere. Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. § 13-5 må derfor klart innebære at arbeidsgiver, dersom han først velger eller har plikt til å organisere transporten, skal nytte et transportmiddel tilpasset arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.¹⁴⁴⁸

Utenom disse tilfeller synes aml. § 13-5 ikke å omfatte tiltak for å tilrettelegge transporten til og fra arbeidsplassen. Et forslag til rådsdirektiv fra 1990 "on minimum requirements to improve the mobility and the safe transport to work of workers with reduced mobility"¹⁴⁴⁹ tok sikte på å kreve tilrettelegging fra arbeidsgivers side, men bare for tilfeller der arbeidsgiveren hadde påtatt seg å sørge for transporten til og fra arbeid, se forslaget til art. 2(b) annet strekpunkt og fortalens pkt. 15. Forslaget ble endelig trukket tilbake i 2001 med den (standardiserte) begrunnelse "Kommissionen anvender en anden tilgang".¹⁴⁵⁰ Det er nærliggende å se tilbaketrekkingen i sammenheng med det vedtatte sysselsettingsdirektivet. Sammenhengen mellom arbeidsmiljødirektivet, det tilbaketrukte forslaget til mobilitetsfremmende tiltak og sysselsettingsdirektivet synes å tilsi at tiltak for å transportere *den enkelte* funksjonshemmede arbeidstaker til og fra arbeid faller *utenfor* arbeidsgiverens tilretteleggingsplikter etter sysselsettingsdirektivet art 5 og aml. § 13-5.¹⁴⁵¹

¹⁴⁴⁷ Sml. den amerikanske ADA 1990 TAM pkt. 3.5 som nevner "providing reserved parking for a person with a mobility impairment" som et mulig tilpasningstiltak.

¹⁴⁴⁸ Selvsagt under den forutsetning at tilretteleggingen ikke innebærer en uforholdsmessig byrde. Til illustrasjon kan også her vises til den amerikanske ADA 1990 TAM pkt. 3.3: "Reasonable accommodations must be provided to enable an employee with a disability to enjoy benefits and privileges of employments equal to those enjoyed by similarly situated nondisabled employees. // For example: Employees with disabilities must have equal access to (...) employer-provided services such as (...) transportation."

¹⁴⁴⁹ COM (1990) 588.

¹⁴⁵⁰ KOM (2001) 763 (01) s. 8 jfr. s. 2.

¹⁴⁵¹ Også General comment (5) (1994) til FN-ØSK, Persons with Disabilities pkt. 23 synes å indikere at det primært vil være det offentlige ansvar å tilrettelegge for transport til og fra arbeidsplassen for personer med funksjonsnedsettelse.

2.3.2.7. Bare i arbeid? Hjelpemidler brukt også privat.

Svært ofte vil personlige hjelpemidler som påvirker arbeidstakers evne til å utføre sine arbeidsoppgaver, i tillegg ha gunstig virkning for hennes evne til å klare oppgaver i dagliglivet. Eller arbeidstaker kan ha personlige hjelpemidler som også kan brukes i arbeidslivet. Det må da trekkes en grense mellom hjelpemidler som arbeidsgiver har plikt til å anskaffe og bekoste, og hjelpemidler som naturlig hører inn under arbeidstakerens eller samfunnets ansvar.

Som jeg tidligere i flere sammenhenger har vist, gjelder arbeidsgivers plikter etter aml. § 4-6 ikke bare når arbeidstakers helseproblemer skyldes arbeidsmiljøet. Likevel må arbeidsgiverens ansvar etter bestemmelsen naturlig begrenses til behov som er *en følge av at arbeidstaker er i arbeid*. I forarbeidene til aml. § 4-6 uttales at "[t]eknisk utstyr som arbeidstaker er avhengig av også utenfor arbeidssituasjonen [ikke] omfattes (...) av arbeidsgivers plikter etter bestemmelsen."¹⁴⁵² Dette synes å være en rimelig avgrensning.

Rekker diskrimineringsvernreguleringen videre her?

Ifølge aml. § 13-5 skal arbeidsgiveren iverksette tiltak "for at arbeidstaker med funksjonshemming skal kunne få eller beholde arbeid, utføre og ha fremgang i arbeidet". Det er ingenting i bestemmelsens ordlyd som avgrenser mot hjelpemidler arbeidstaker også har nytte av eller er avhengig av i dagliglivet. Likevel synes det også her naturlig at en avgrenser arbeidsgivers tilretteleggingsplikt mot hjelpemidler som arbeidstaker er avhengig av og benytter også i det daglige. Den parallellitet som er lagt opp til i forarbeidene mellom aml. § 4-6 og § 13-5 tilsier også at tilretteleggingsplikten i utgangspunktet dekker de samme typer tiltak.¹⁴⁵³

Det kan også nevnes at den amerikanske ADA 1990 ifølge Technical Assistance Manual forstås slik at "an employer [is not] obligated to provide personal use items, such as glasses or hearing aids, as accommodations" og videre at "[a]n employer is not required to provide an accommodation that is primarily for personal use."¹⁴⁵⁴

2.3.2.8. Krav om direkte virkning på arbeidsevne/arbeidsmulighet? Tilgang på velferdsgoder i arbeid.

I noen tilfeller vil tiltak kunne ha gunstig betydning for arbeidstaker, selv om de ikke påvirker hennes arbeidsevne eller arbeidsmulighet i snever forstand. Et eksempel på slike tiltak kan være prioritert tilgang til generelle velferdsgoder i arbeid, for eksempel plass i barnehage som arbeidsgiver driver. Vil plikten til tilrettelegging etter henholdsvis aml. § 4-6 og aml. § 13-5 også

¹⁴⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105. Uttalelsen er i samsvar med det som også tidligere er lagt til grunn, se Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 4.

¹⁴⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328 jfr. s. 104.

¹⁴⁵⁴ Se ADA 1990 TAM pkt. 3.4.

omfatte slike tiltak som bare indirekte letter arbeidstakers mulighet for å utøve og ha framgang i arbeidet?

I utgangspunktet stilles ikke krav verken i aml. § 4-6 første ledd eller i aml. § 13-5 om at tiltaket skal ta sikte på å bedre arbeidstakers evne til å utføre konkrete arbeidsoppgaver. Aml. § 4-6 omfatter tiltak som er ”nødvendig” for å ”beholde” arbeidet og aml. § 13-5 tiltak ”slik at” arbeidstaker kan ”utføre og ha framgang i” arbeidet. Dette er brede formuleringer, som i utgangspunktet selvsagt også omfatter tilpasning av ytre forhold for å gjøre det lettere for arbeidstakere med redusert arbeidsevne eller funksjonsnedsettelse å utføre arbeid.

En arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan ha nytte av begrensede velferdsgoder som også andre i bedriften ville hatt glede av, men hvor behovet er sterkere pga. helseproblemene eller funksjonsnedsettelsen. Et eksempel kan være prioritert plass i bedriftsbarnhagen for barn av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse mv.. Kan tildeling av slike begrensede velferdsgoder utgjøre et pliktig tilpasningstiltak i forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse?

Aml. § 4-6 omfatter ”nødvendige tiltak” for at arbeidstaker med redusert arbeidsevne skal kunne få eller beholde ”passende arbeid”. Det er uklart hvor strengt dette nødvendighetskriteriet er, men det synes ikke tilstrekkelig at tiltakene er hensiktsmessige for å fremme arbeidstakerens velferd, eller at de gjør det lettere for denne å kombinere arbeid og familieliv. Som hovedregel vil derfor prioritert tilgang til velferdstiltak som barnehageplass eller liknende falle utenfor det arbeidsgiveren plikter å tilby etter aml. § 4-6.

Aml. § 13-5 stiller ikke noe eksplisitt nødvendighetskrav. I formuleringen ”slik at” må imidlertid ligge et krav om at tiltaket i hvert fall må bidra til formålet, som er reell likebehandling i arbeidsforhold, jfr. sysselsettingsdirektivets art. 5. EF-domstolen har i saker som gjelder kjønnsdiskriminering ansett barnehageplass fra arbeidsgiver som ”arbejdsvilkår”, som arbeidsgiver i utgangspunktet må stille til rådighet på samme vilkår for mannlige og kvinnelige ansatte.¹⁴⁵⁵ Dette kan tilsi at arbeidsgiver også kan ha en plikt til tilrettelegge ”arbejdsvilkår” i forhold til arbeidstaker med funksjonsnedsettelse. Plikten rekker imidlertid neppe lenger enn at arbeidsgiver må tilrettelegge selve ytelsen, f.eks. tilgjengelighet og leverings- og hentetider i barnehagen. Å prioritere barn av arbeidstaker med funksjonsnedsettelse ved selve tilbudet av godet, synes det mer nærliggende å karakterisere som positiv særbehandling. Og dette faller utenfor arbeidsgivers *plikter* etter diskrimineringsvernreguleringen.

¹⁴⁵⁵

Sak C-476/99 Lommers, avsnitt 26.

2.3.3. Pliktens dybde – offergrense for arbeidsgiver.

2.3.3.1. Utgangspunkt. Økonomiske og praktiske ulemper for arbeidsgiver, tålegrense.

Arbeidsgiverens plikt til å tilpasse arbeidet til arbeidstakernes ulike helsemessige og funksjonsmessige forutsetninger kan ikke være uten grenser. Arbeidsgiver – enten denne er offentlig eller privat – er avhengig av å drive økonomisk rasjonelt. Generelle arbeidsmiljøtiltak og tiltak for individuell tilrettelegging av arbeidssituasjonen for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan trekke ressurser bort fra arbeidsgivers øvrige oppgaver. Under pkt. 2.3.3. tar jeg opp hvor langt arbeidsgiveren har plikt til å strekke seg etter de ulike hjemlene for krav om generell og individuell tilrettelegging. Jeg vil altså analysere og sammenligne tilretteleggingsplikten "dybde" etter ulike rettslige grunnlag. Herunder vil jeg først (under pkt. 2.3.3.1) generelt ta opp betydningen av ulemper på arbeidsgivers side; det vi kan kalle arbeidsgivers *tålegrense*. Viktige momenter ved den konkrete avveiningen drøftes så i detalj i de følgende punkter (2.3.3.2 til 2.3.3.6).

Det *generelle* kravet til arbeidsmiljøet etter norsk rett er at dette skal være "fullt forsvarlig", aml. § 4-1 første ledd.¹⁴⁵⁶ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 fremheves sterkt at den alminnelige forsvarlighetsstandard innebærer et minstekrav til alle virksomheter uten hensyn til økonomisk stilling.¹⁴⁵⁷ Virksomheter som ikke har økonomi til å stille til rådighet et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er altså ikke liv laga. Høyesterett har likevel i Rt. 1989 s. 329, Politimann i hundepatruljen, lagt til grunn at arbeidsgiver har adgang til å prioritere mellom hensynet til arbeidstakernes sikkerhet og hensynet til de oppgaver arbeidsgiver skal løse, og at tiltak til vern for arbeidstakerne ikke har noen absolutt førsteprioritet. Vi må likevel legge til grunn at nødvendige tiltak for vern av arbeidstakerne mot risiki og belastninger i arbeidsmiljøet vil kunne kreve betydelige økonomiske oppofrelser fra arbeidsgivers side.

I tillegg til en generell standard for arbeidsmiljøet, inneholder arbeidsmiljøloven en generell tilgjengelighetsstandard. Arbeidsgiver har etter aml. § 4-1 fjerde ledd plikt til å tilrettelegge arbeidsutstyr mv. "slik at arbeidstakere med funksjonshemming kan arbeide i virksomheten". Denne standarden tar tilsynelatende i mye større grad hensyn til arbeidsgivers økonomiske byrder

¹⁴⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 97 og særkommentaren på s. 307.

¹⁴⁵⁷ Se bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 26-30 og s. 103-104. Denne nedprioriteringen av økonomiske hensyns betydning på arbeidsmiljøområdet kommer også til uttrykk i det seinere rammedirektivet om arbeidsmiljø, se fortalens avsnitt 13.

ved å tilrettelegge: Arbeidsgivers plikter er avhengig av at tilrettelegging er ”mulig og rimelig”. Det følger likevel av forarbeidene at forbeholdet ”skal fortolkes strengt”.¹⁴⁵⁸

I tillegg foreligger som vi har sett svært mange ulike hjemler for *individuelle* tilretteleggingstiltak. Også her er omfanget av arbeidsgivers plikter tilsynelatende svært forskjellig etter de ulike bestemmelser. Generelt er det lagt til grunn at arbeidsgiveren i større grad har kontroll over – og derfor i større grad bør ha den økonomiske risikoen for – problemer som har sin primære årsak i arbeidsmiljøet enn problemer som har sin primære årsak i arbeidstakerens helsetilstand eller funksjonsnedsettelse. Dette tilsier at det vil være snevrere unntak fra plikten til tilrettelegging som individuelt vernetiltak enn fra plikten til tilrettelegging for å sikre likebehandling av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Utgangspunktet modifiseres likevel ved at det i praksis kan være vanskelig å skille mellom situasjonene: Hvor en arbeidstaker opplever vansker i arbeidet, vil årsaksforholdene i praksis svært ofte være sammensatte. Risikofaktorer, belastninger og fysiske hindringer i arbeidsmiljøet samvirker med helsemessig sårbarhet, sykdom og funksjonsnedsettelse hos den enkelte arbeidstaker.

Nedenfor vil jeg gå gjennom ulike hjemler for individuelle tilretteleggingstiltak og se på arbeidsgivers tålegrense for økonomiske og praktiske ulemper.

Aml. § 4-1 femte ledd gir hjemmel for å fastsette forskrifter om bl.a. ”omplassering” av ”visse grupper av arbeidstakere som i særlig grad kan være utsatt for ulykkes- eller helsefare”. Bestemmelsen må forstås slik at den henviser til aml. § 4-1 første ledd, og at den økonomiske faktor i prinsippet skal være underordnet.¹⁴⁵⁹ Forskriftsbestemmelsene kan blant annet gjelde arbeidstakere med bestemte typer funksjonsnedsettelser eller sykdommer. Med hjemmel i denne bestemmelse er det gitt ulike forskrifter om omplassering av utsatte arbeidstakere i spesielt belastende eller helsefarlig arbeid. Noen av forskriftene gir etter sin ordlyd uttrykk for at omplasseringsplikten er absolutt, andre krever bare omplassering ”så langt det er mulig”.

For eksempel krever kjemikalieforskriften¹⁴⁶⁰ § 35 omplassering i minst 3 måneder av arbeidstaker som arbeider med bly og blyforbindelser dersom et visst grensenivå for blyverdier i blodet overskrides. Dette synes å være et absolutt krav, i den forstand at arbeidsgiver har den fulle økonomiske risikoen for om arbeidstaker kan sysselsettes i denne perioden. Alminnelige prinsipper om vederlagsrisiko i kontraktsforhold tilsier at dersom vanskene skyldes arbeidsmiljøet, og det ikke finnes omplasseringsmuligheter, må arbeidsgiveren gi arbeidstaker permisjon med full lønn.¹⁴⁶¹ Ettersom det her dreier seg om midlertidige tiltak som følge av arbeidsmiljøpåvirkning gir det best

¹⁴⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 103 og 307.

¹⁴⁵⁹ Slike forskrifter må videre etter EØS-avtalen anses for å gjennomføre rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 15 om ”særlige risikogrupper”, og art. 6 nr. 2 bokstav d om individuell tilpasning, og skal tolkes i samsvar med disse.

¹⁴⁶⁰ Forskrift om vern mot eksponering for kjemikalier på arbeidsplassen (kjemikalieforskriften) av 30. april 2001 nr. 443.

¹⁴⁶¹ Det er selvsagt også mulig at arbeidstaker kan sykmeldes i denne perioden, men dette forutsetter av vilkårene etter folketrygdlovens kapittel 8 er oppfylt.

sammenheng at vansker som følger med slik omplassering/permisjon ikke kan gi grunnlag for oppsigelse. Kjemikalieforskriften § 34 gir anvisning på en mer betinget forpliktelse: Arbeidsgiver skal ”så langt det er mulig sørge for at arbeidstaker blir omplassert til annet arbeid i virksomheten der arbeidstakeren ikke blir utsatt for helsefarlig eksponering for kjemikalier, når dette er nødvendig av hensyn til arbeidstakers helse.” Uttrykket ”så langt det er mulig” tilsier at manglende omplasseringsmuligheter etter omstendighetene kan utgjøre saklig grunnlag for å si opp arbeidstaker.¹⁴⁶²

Også aml. § 4-2 annet ledd bokstav b hjemler rett til omplassering som vernetiltak. Også her skal den økonomiske faktor i prinsippet være underordnet.¹⁴⁶³ Den tilsvarende bestemmelsen i aml. 1977, § 14 annet ledd bokstav f, har vært påberopt av arbeidstaker i en del saker for lavere rettsinstanser. I praksis er det likevel liten grad skilt mellom tilrettelegging etter aml. 1977 § 14 annet ledd bokstav f som vernetiltak og tilrettelegging etter aml. 1977 § 13 nr. 2 som vern mot utstøting av yrkeshemmede. Ofte henvises generelt til begge bestemmelser, og jeg har ikke funnet avgjørelser der det uttales at det er forskjell på forpliktelsens dybde etter de to bestemmelsene.

NAD 1986 s. 426 Bergen gjaldt oppsigelse av kjelpasser begrunnet i virksomhetens forhold. Byretten uttaler at selv om arbeidstaker ”under hensyn til sin alder og de helsemessige problemer han har hatt og kan få, kanskje ikke kan utføre et hvilket som helst sjåførarbeid ved [virksomheten]” måtte arbeidsgiver ”i noen grad (...) ha plikt til å ta hensyn til dette etter arbeidsmiljøloven §14 annet ledd e.”¹⁴⁶⁴ Oppsigelsen ble etter dette ansett usaklig. NAD 1986 s. 245 Tromsø gjaldt oppsigelse av yrkeshemmet maskinfører som var under attføring som følge av at kommunen ikke lenger fikk statstilskudd til attføringsiltaket, og derfor ønsket å avslutte det. Byretten uttaler at ”[s]elv om Skjervøy kommune hadde en anstrengt økonomi, slik at den for å få satt opp et budsjett i balanse måtte utsette eller avstå fra mange viktige kommunale tiltak, innebærer ikke dette at kommunen kunne avbryte attføringsopplegget for A etter en økonomisk prioritering. Arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelsesvern, herunder reglene i §§13 nr. 2 og 14, 2. ledd e) gir ikke kommunen adgang til en økonomisk prioritering av sine oppgaver på fritt grunnlag.”¹⁴⁶⁵

I den mest generelle bestemmelsen om individuell tilrettelegging, aml. § 4-6, er omfanget av arbeidsgivers plikter angitt som ”så langt det er mulig”.¹⁴⁶⁶ Høyesterett har i Rt. 1995 s. 227 uttalt at ”arbeidsgiverens forpliktelser overfor den yrkeshemmede skal være betydelige.” Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til aml. § 4-6:

¹⁴⁶² Blir arbeidstaker sykmeldt som følge av belastningene, vil hun selvsagt ha vern mot oppsigelse etter aml. § 15-8.

¹⁴⁶³ Se aml. § 4-1 første ledd og art. 6 nr. 2 bokstav d i rammedirektivet om arbeidsmiljø om tilpassing av arbeidet til mennesket ”for å sikre arbeidstakernes sikkerhet og helse”.

¹⁴⁶⁴ Seinere aml. 1977 § 14 annet ledd bokstav f.

¹⁴⁶⁵ I RG 1985 s. 1064 Trondheim og i LE-1993-01601 var aml. 1977 § 14 annet ledd bokstav f påberopt, men retten tok ikke stilling til anførselene.

¹⁴⁶⁶ Denne tilsvarer standarden i aml. 1977 § 13 nr. 2 første punktum, og skal også forstås på samme måte, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309. I odelstingsproposisjonen til 1977-loven var formuleringen ”hvis forholdene ligger til rette for det”, Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 91. I innstillingen fra kommunal- og miljøvernkomiteén ble dette innskjerpet til ”så langt det er mulig”, Innst. O. nr. 10 (1976-77) s. 43.

”Tilretteleggingskravet er vidtrekkende, men ikke absolutt; det skal legges til rette ”så langt det er mulig”. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering, der virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre.”¹⁴⁶⁷

Den publiserte norske rettspraksis som finnes, gjelder i det alt vesentligste oppsigelsessaker. Av disse igjen gjelder det store flertall oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold. Spørsmålet om virksomheten ville vært påført urimelige økonomiske byrder ved å tilpasse til en arbeidstaker med helseproblemer er da gjerne blitt tatt opp i forbindelse med om arbeidstaker burde vært tilbudt ”annet passende arbeid”, aml. § 15-7 annet ledd første pkt. eller i forbindelse med ulempeavveiningen etter aml. § 15-7 annet ledd annet pkt.

RG 1997 s. 93 Agder gjaldt oppsigelse av yrkeshemmet som følge av virksomhetens forhold. Ved ulempeavveiningen ble det lagt vekt på at virksomheten var i en svært vanskelig økonomisk situasjon. Ved vurderingen av om bedriften hadde ”annet passende arbeid” å tilby, fant lagmannsretten at det ikke forelå slikt arbeid ”som måtte anses som nødvendig og økonomisk forsvarlig å få utført.” Oppsigelsen ble etter dette ansett saklig. Også i RG 1984 s. 616 Agder ble virksomhetens økonomi tillagt vekt ved ulempeavveiningen/krav om annet passende arbeid. Arbeidstaker var sykmeldt pga. en rygglidelse. Lagmannsretten antar ”at dersom [skipsverftet] hadde stått noe sterkere økonomisk, burde bedriften av sosiale grunner funnet en ordning slik at [arbeidstaker] kunne beholdes. Man legger imidlertid til grunn at bedriften var i en situasjon hvor rasjonalisering var uomgjengelig nødvendig, og at en avveining av bedriftens behov mot ulempene for [arbeidstaker] derfor i det foreliggende tilfelle må føre til at oppsigelsen av [arbeidstaker] var saklig.” I LB-2000-03656 var virksomhetens rasjonaliseringsbehov ikke akutt. Lagmannsretten uttaler bl.a. at den ”ikke finner at X AS økonomiske interesse i effektiv gjennomføring av rasjonaliseringstiltakene, (...) berettiget selskapet til å unnlate å oppfylle de krav arbeidsmiljøloven §13 nr. 2 fastsetter.” Oppsigelsen ble ansett usaklig. LF-2002-00115 gjaldt oppsigelse pga. virksomhetens forhold; ansienniteten var blitt fraveket fordi arbeidstaker av helsemessige grunner ikke kunne arbeide nattskift. Lagmannsretten fant at dette forholdet ikke var så tyngende for virksomheten at det gav grunnlag for å fravike ansienniteten.

Økonomiske forhold på arbeidsgiverside er altså i praksis tillagt en viss betydning for hans plikt til å tilrettelegge etter aml. § 4-6.¹⁴⁶⁸

Spesielt i forhold til tilrettelegging av arbeidstiden foreligger, som jeg tidligere har vært inne på, flere og overlappende grunnlag: Den generelle plikten til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6, individuelle arbeidstidsrettigheter etter aml. kap. 10 og retten til hel eller delvis sykmelding etter folketrygdloven kap. 8. Selv om bestemmelsene er overlappende, synes hensynet til arbeidsgiver i utgangspunktet å ha forskjellig vekt.

Reduksjon av arbeidstiden kan for det første være et pliktig tiltak etter aml. § 4-6. Her er det, spesielt i forhold til arbeidstidstilpasninger, forutsatt at arbeidsgivers plikter vil være svært omfattende. I forarbeidene til 2003-endringen av aml. 1977 § 13 nr. 2 vurderer departementet til og med å pålegge arbeidsgiver en absolutt plikt til slik tilrettelegging. En finner likevel ikke å ville gå

¹⁴⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309, særkommentar til bestemmelsen.
¹⁴⁶⁸ Se også nedenfor under pkt. 2.3.3.3.

så langt, fordi det ”vil være tilfeller der det oppstår betydelige problemer med å skaffe andre som kan overta arbeidet på den resttid som blir ledig.” Likevel understrekes at formuleringen ”så langt det er mulig” vil pålegge arbeidsgiver et vidtrekkende ansvar.¹⁴⁶⁹

For det annet kan arbeidstaker ha krav på redusert arbeidstid etter aml. § 10-2 fjerde ledd dersom dette kan gjennomføres ”uten vesentlig ulempe” for virksomheten. I praksis legges til grunn at det også her skal mye til for at arbeidsgiver skal kunne unnlate tilrettelegging. Tvisteløsningsnemnda har i en prinsipiell avgjørelse antatt at

”kravet til *vesentlig* ulempe innebærer (...) at det ikke er nok å påvise en *generell* ulempe, for eksempel ulempen ved å måtte omorganisere arbeidsoppgaver eller skaffe vikar. Men dersom reduksjon i arbeidstid må anses å medføre urimelig store praktiske konsekvenser for virksomheten, vil kravet til vesentlig ulempe normalt være oppfylt. (...) Arbeidsgiver er under enhver omstendighet forpliktet til å *forsøke* og [sic] legge forholdene til rette slik at ulempene blir minst mulig. Dette innebærer for eksempel at Arbeidsgiver må kunne dokumentere at det er gjort forsøk på å ansette/leie inn vikar og/eller at det er vurdert alternative måter å organisere arbeidet på.”¹⁴⁷⁰

Denne rettsoppfatning er i samsvar med tidligere praksis fra Arbeidstilsynet, i forhold til aml. 1977 § 46As krav om ”særlig ulempe”. Sammenhengen mellom bestemmelsene tilsier videre at arbeidsgiver i de tilfeller der *helsemessige* grunner påberopes har en plikt etter aml. § 10-2 fjerde ledd som noenlunde tilsvarende plikten etter aml. § 4-6.

For det tredje kan arbeidstaker bli delvis sykmeldt. Hun vil da ha et absolutt krav på reduksjon av arbeidstiden for det tidsrom sykmeldingen varer.¹⁴⁷¹ En gradert sykmelding etter ftrl. § 8-13 kan lett skape betydelige praktiske problemer for arbeidsgiver. Arbeidsgiver vil her måtte betale arbeidstaker lønn for den andelen av stillingen hun er i stand til å arbeide, og det kan være praktisk vanskelig å få sysselsatt arbeidstakeren på en fornuftig måte. Dette reiser spørsmål om det kan og skal tas hensyn til de vansker arbeidsgiveren blir påført ved selve *avgjørelsen* av om arbeidstaker skal gis gradert sykmelding.

I utgangspunktet er det etter ftrl. § 8-13 arbeidstakers ”evne(...) til å utføre inntektsgivende arbeid” som skal vurderes, ikke arbeidsgiverens muligheter for å sysselsette henne på en regningsvarende måte. Reelle hensyn kan tilsi at legen og trygdekontoret tar hensyn til om arbeidstaker faktisk er til nytte for arbeidsgiveren i en slik redusert ”stilling”. Av Arbeids- og velferdsetatens kommentarer til bestemmelsen fremgår videre at en i slike tilfeller forutsetter et ”samarbeid mellom lege, NAV lokalt og arbeidsgiver” for å ”utnytte den sykmeldtes restarbeidsevne.”¹⁴⁷² Et slikt samarbeid kunne blant annet ha som formål å ivareta arbeidsgiverens interesser. Ut fra bestemmelsens ordlyd synes det likevel ikke som om arbeidsgivers vansker med å skaffe regningsvarende

¹⁴⁶⁹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8-9.

¹⁴⁷⁰ Tvisteløsningsnemndas sak 21/2006.

¹⁴⁷¹ Jfr. at oppsigelsesvernet etter aml. § 15-8 også gjelder under gradert sykmelding.

¹⁴⁷² Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til folketrygdloven kap. 8, kommentaren til § 8-13.

deltidssysselsetting/deltidsvikar prinsipielt er relevante for avgjørelsen av om arbeidstaker skal gis gradert sykmelding.¹⁴⁷³ Løsningen her er imidlertid usikker.¹⁴⁷⁴

For andre typer arbeidstidtilpasninger er det fastsatt ulike standarder. Arbeidstaker som regelmessig arbeider om natten har rett til fritak for nattarbeid på helsemessig grunnlag dersom fritaket kan gjennomføres "uten vesentlig ulempe" for virksomheten; altså samme standard som etter § 10-2 fjerde ledd. Også her vil arbeidsgivers plikt til å tåle ulemper være betydelig.¹⁴⁷⁵ Arbeidstaker har i tillegg absolutt rett til fritak fra å utføre arbeid ut over avtalt arbeidstid når hun av helsemessige grunner ber om det, aml. § 10-6 tiende ledd første pkt. Her skal det altså overhodet ikke foretas noen interesseavveining.¹⁴⁷⁶

Plikten til individuelle tilretteleggingstiltak etter diskrimineringsvernreguleringen tar mer eksplisitt hensyn til arbeidsgiverens økonomiske interesser. Plikten etter aml. § 13-5 gjelder for tilrettelegging "så langt dette er mulig", med mindre "tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde."¹⁴⁷⁷ Tilsynelatende innebærer dette altså svakere krav enn etter aml. § 4-6. I forarbeidene til aml. § 13-5 synes en likevel å ha gått ut fra at formuleringen "uforholdsmessig stor byrde" tar sikte på å presisere uttrykket "så langt det er mulig": Det er bare det som er praktisk og økonomisk mulig å gjennomføre som arbeidsgiver har plikt til:

"[A]rbeidsgiver skal "så langt det er mulig" iverksette de nødvendige tiltak. Dette gir arbeidsgiver en utstrakt plikt til å sørge for at tiltak iverksettes. Loven opererer imidlertid med en begrensning i arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, ved ordlyden "med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig byrde". Utgangspunktet er således at arbeidsgiver har plikt til å gjøre det som er praktisk og økonomisk mulig."¹⁴⁷⁸

Samlet gir dette uttrykk for en rettstilstand hvor arbeidsgiver har en relativt vidtrekkende plikt til å tilrettelegge for den enkelte arbeidstaker med funksjonsnedsettelse, men hvor det skal foretas en interesseavveining, hvor også byrdene for arbeidsgiver er relevante. Parallelliteten og

¹⁴⁷³ I Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til folketryktdloven kap. 8 uttales at hensikten med bestemmelsen er "at medlemmet [skal] beholde sin tilknytning til arbeidslivet ved å utnytte restarbeidsevnen, dvs. ved å velge en lavere uføregrad enn 100 %." Dette kan tyde på at arbeidstaker i utgangspunktet har rett til å velge delvis sykmelding fremfor hel, selv om dette kan skape problemer for arbeidsgiveren.

¹⁴⁷⁴ Dege 1997 bind III s. 381 antar at arbeidsgiver ikke har plikt til å motta en arbeidstaker som er på delvis sykmelding hvor det ikke finnes arbeid.

¹⁴⁷⁵ Se bl.a. Tvisteløsningsnemndas vedtak i sak 51/2007 som gjaldt fritak for nattarbeid for eldre arbeidstaker som følge av søvnproblemer og fordøyelsesbesvær og sak 25/2007 som gjaldt hjelpepleiers rett til fritak fra nattarbeid av helsemessige årsaker.

¹⁴⁷⁶ Se også Tvisteløsningsnemndas sak 25/2006 som gjaldt en IT-medarbeiders fritak for "bakvakt" av på grunnlag av stressrelatert sykdom.

¹⁴⁷⁷ Formuleringen er skjerpet i forhold til tidligere aml. 1977 § 54F "mulig og rimelig" og ikke "uforholdsmessig stor byrde", men ifølge forarbeidene innebærer dette ingen realitetsendring, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327. Tidligere bestemmelse om tilpasning til funksjonshemmede arbeidssøkere, aml. 1977 § 55A annet ledd siste pkt. brukte kriteriene "mulig og rimelig", uten noen reservasjon for "uforholdsmessig stor byrde".

¹⁴⁷⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327-328.

krysshenvisingene i forarbeidene til henholdsvis aml. § 4-6 og aml. § 13-5 tyder videre på at en i utgangspunktet har villet legge seg på samme nivå hva angår forpliktelsens dybde.¹⁴⁷⁹

En spesiell problemstilling vil være hvordan plikten til individuell tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse forholder seg til arbeidsmiljøkravene. Vil det f.eks. kunne legges til grunn at arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljøbestemmelsene ”ligger i bunn”, slik at disse ikke skal telle med ved spørsmålet om tilretteleggingen utgjør en uforholdsmessig byrde?

Det følger av forarbeidene til sysselsettingsdirektivets art. 5 at ”denne bestemmelse skal supplere og skærpe den forpliktelse for arbeidsgiverne til at tilpasse arbeidsplassen til de handicappede arbeidstagere, som er fastsat i rammedirektiv 89/391/EØF.”¹⁴⁸⁰ Her siktes antakelig primært til rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 15 om særlige risikogrupper. I tillegg vil prinsippet om at arbeidet skal tilpasses mennesket, art. 6 nr. 2 bokstav d jfr. art. 6 nr. 1, få betydning for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Krav om generell og individuell tilrettelegging som er nødvendig for å verne den enkelte arbeidstakerens sikkerhet eller helse skal i prinsippet være uavhengig av virksomhetens størrelse og økonomiske ressurser, se ovenfor. Logisk kan dette også innebære at de økonomiske byrder som følger av tiltak på sikkerhets- og helseområdet ikke skal ”telle med” i den vurdering som gjøres mht. om de individuelle tiltakene for den enkelte arbeidstaker med funksjonsnedsettelse innebærer en uforholdsmessig byrde. Whittle trekker denne slutning:

”The duty to accommodate under the Framework Directive should not be confused with similar obligations that employers already have under existing European health and safety legislation. As such, the assessment of whether a disproportionate burden has been imposed must not take into account accommodations that the employer is otherwise obliged to provide in this regard.”¹⁴⁸¹

Mer enn et utgangspunkt kan dette likevel ikke bli, ettersom det er klart at utgiftene til pliktige generelle og individuelle arbeidsmiljøtiltak vil ha betydning for hva virksomheten har igjen av økonomiske ressurser å benytte på individuelle tilpasningstiltak etter likebehandlingsreguleringen. I praksis vil det dessuten være svært vanskelig å trekke noen skarp grense mellom individuelle *vernetiltak* og tiltak for å tilrettelegge for at arbeidstaker med funksjonsnedsettelse skal kunne utføre og ha fremgang i sitt arbeid.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 viderefører arbeidsgivers plikt til tilrettelegging etter aml. § 13-5. Bestemmelsen gir etter første ledd arbeidsgiver plikt til ”rimelig individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeids-

¹⁴⁷⁹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104-105, s. 309 og s. 328.

¹⁴⁸⁰ KOM(1999)565 endelig s. 9.

¹⁴⁸¹ Min kursiv. Whittle 2002 s. 303 flg. (s. 314).

oppgaver”. Forutsetningen er ifølge dtgl. § 12 femte ledd at tilretteleggingen ikke ”innebærer en uforholdsmessig byrde”. I forarbeidene til bestemmelsen er lagt til grunn at den viderefører gjeldende rett.¹⁴⁸²

Oppsummert vil det – selv om det tilsynelatende stilles svært forskjellige krav til arbeidsgivers plikt til å tåle økonomiske ulemper ved tilrettelegging – i de aller fleste tilfeller måtte foretas en konkret interesseavveining. Det er ikke gitt at denne i praksis blir vesentlig forskjellig etter arbeidsmiljøreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen. I utredningen nedenfor går jeg inn på ulike momenter av betydning for hvor langt arbeidsgivers plikter strekker seg. Her vil jeg i det vesentligste konsentrere meg om å sammenlikne arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter aml. §§ 4-6 og 13-5.

2.3.3.2. Generelle grenser for kostnader?

Et spørsmål kan være om det finnes noen *generelle* grenser for hvilke kostnader arbeidsgiveren er pliktig til å dekke for å tilpasse arbeidssituasjonen til den enkelte arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Slike grenser ville skape forutsigbarhet for arbeidsgiver med hensyn til hvilke forpliktelser tilretteleggingsplikten innebærer.

Det er klart at utgiftens størrelse vil ha konkret betydning for vurderingen etter så vel aml. § 4-6 (”så langt det er mulig”) som etter aml. § 13-5 (”så langt det er mulig” og ikke ”uforholdsmessig stor byrde”). Bestemmelsene gir imidlertid ikke anvisning på noen direkte grense for kostnader, verken beløpsmessig eller som en viss andel av virksomhetens ressurser.

Spørsmålet om beløpsgrense har vært tatt opp i forhold til aml. § 4-6s forgjenger, aml. 1977 § 13 nr. 2. I et tidligere rundskriv til ftrl. 10-7¹⁴⁸³ tok Rikstrygdeverket stilling til hvor stor del av utgiftene til tiltak for å bedre funksjonsevnen i arbeidslivet arbeidsgiver burde dekke som følge av sine plikter etter aml. 1977 § 13 nr. 2. Her het det bl.a. at det ikke kan gis stønad til individuelt tilpasset utstyr etc. hvis ”utgiftene med rimelighet bør kunne bæres av arbeidsgiveren.” Ved denne vurderingen skulle en bl.a. ta hensyn til utgiftens størrelse. Arbeidsgivers andel av disse utgiftene skulle likevel ikke overstige halvdelen av folketrygdens grunnbeløp (noe som pr. 1.5.08 utgjør 35.128 kr.) Uttalelsene kunne tas til inntekt for at en utgift på 1/2G i alminnelighet lå innenfor det arbeidsgiveren rimelig kunne forventes å bidra med i forhold til et konkret tilretteleggingstiltak etter aml. 1977 § 13 nr. 2. Noen stor rettskildemessig vekt i forhold til tolking av aml. 1977 § 13 nr. 2 hadde rundskrivet selvsagt ikke, men det kunne gi uttrykk for en rimelig praksis og angi en viss tommelfingerregel.

¹⁴⁸²

Ot. prp. nr. 44 (2007-2008) s. 176.

¹⁴⁸³

Rundskriv av 1. mai 1997 nr. 52 til ftrl. §10-7.

Arbeidsgivers egenandel ble så fjernet i 2004, for å lette inngangen til arbeidslivet for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.¹⁴⁸⁴ Opphevingen av arbeidsgivers egenandel kan selvsagt ikke tas som et uttrykk for at arbeidsgivers forpliktelser overfor den enkelte arbeidstaker med redusert arbeidsevne skal være mindre enn før. Det må antakelig også i forhold til aml. § 4-6 legges til grunn at utgifter på 30-40.000 normalt vil være innenfor en arbeidsgivers tålegrense.¹⁴⁸⁵ Ut over dette vil det måtte foretas en konkret vurdering. Dersom tilpasningstiltak som er nødvendige for at arbeidstaker skal fungere i arbeid krever så store ressurser at arbeidstakeren blir en ren tapspost for virksomheten, vil arbeidsgiver ikke være pliktig til å iverksette disse.

Her foreligger en del underrettspraksis, som imidlertid i stor utstrekning er konkret begrunnet. I RG 1985 s. 577 Tana og Varanger fant retten at den løsning som arbeidstaker hadde foreslått, med en nyansettelse på delelageret, ville medføre økte kostnader som det ikke kunne forlanges at bedriften skulle overta. Det dreide seg her om en økning av lønnskostnadene på 100.000 pr. år. Byretten var enig med bedriften i at en slik løsning ikke kunne forlanges, i hvert fall ikke i en mindre bedrift, som dette gjaldt. Heller ikke for større arbeidsgivere er forpliktelsene ubegrensede: I NAD 1981-83 s. 397 Kristiansand godtok byretten en oppsigelse fra Falconbridge Nikkelverk A/S. Den reelle oppsigelsesgrunn var arbeidstakers meget lave arbeidsinnsats. Bedriften hadde en rekke ganger forsøkt å omplassere saksøkeren, men denne klaget alltid over at arbeidet ble for tungt. Selv om Falconbridge hadde ca 1200 ansatte og et betydelig lønnsbudsjett, la retten til grunn at arbeidsgiver ikke hadde "noen absolutt plikt til å skaffe høvelig arbeid."

Aml. § 13-5 gir på sin side arbeidsgiver plikt til tilrettelegging "så langt det er mulig", med mindre "tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde". Formuleringen "uforholdsmessig stor byrde" synes å gi anvisning på en konkret individuell vurdering, ikke på en fast beløpsgrense. I forarbeidene til bestemmelsens forgjenger fra 2001, aml. 1977 § 55A,¹⁴⁸⁶ uttales at det bl.a. skal tas hensyn til "arbeidsgivers kostnader med tiltaket, [samt] denne kostnadens begrensning av andre aktiviteter i virksomheten". Videre vises til normen etter Rikstrygdeverkets rundskriv til frtl. § 10-7 og det uttales at "i de tilfeller hvor arbeidsgivers egenandel kun vil utgjøre ½ G må det legges til grunn at det som hovedregel må påløpe ytterligere omkostninger forbundet med tilretteleggingen for at økonomiske grunner skal kunne påberopes."¹⁴⁸⁷ I forhold til aml. § 13-5 har denne veiledende normen altså noe større rettskildemessig vekt. Det må legges til grunn at lovgiver med dette har gitt

¹⁴⁸⁴ Se Dok. nr. 8: 153 (2001-2002) Forslag fra stortingsrepresentantene Ola D. Gløtvold og Magnhild Meltveit Kleppa om å oppheve bedriftenes egenandel på 1/2 G på hjelpemidler ved tilrettelegging av arbeidsplasser, Innst. S. nr. 156 (2002-2003) og St.prp. nr. 1 (2003-2004) Statsbudsjettet (Forslag fra sosialdepartementet) bl.a. s. 19.

¹⁴⁸⁵ Her vil også parallelliteten mellom aml. § 13-5 og aml. § 4-6 ha betydning, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328, og nedenfor om grensen for kostnader etter aml. § 13-5.

¹⁴⁸⁶ Forarbeidene til aml. § 13-5 viser til forarbeidene til aml. 1977 § 54F, som igjen viser til forarbeidene til 2001- endringen av aml. § 55A, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327, Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 46 og NOU 2003: 2 s. 48 og 67.

¹⁴⁸⁷ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 12.

uttrykk for at utgifter av denne størrelse som hovedregel ikke kan sies å utgjøre noen uforholdsmessig byrde.¹⁴⁸⁸

Ut over dette er det vanskelig å gi noe klart svar på hvilke kostnader arbeidsgiver kan pålegges for å tilrettelegge for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse.

I vedlegget til det opprinnelige forslaget til Sysselsettingsdirektiv (Konsekvensanalyse)¹⁴⁸⁹ gjengis resultatene fra amerikanske spørreundersøkelser blant arbeidsgivere som hadde gjennomført tilpasningstiltak etter ADA 1990. Her oppgis at gjennomsnittlig omkostning for tilpasninger i 1995 var 992 USD, mens medianverdien var 200 USD. Imidlertid var dette bruttokostnader, ikke nettokostnader, ettersom tiltakene også hadde ført til innsparinger. Utredningen kan gi en viss anvisning på hvilke "normalkostnader" en har tenkt seg, men neppe særlig veiledning for hva som kan anses som "maksimalkostnader."

Den norske rettstilstanden på området kan da oppsummeres slik:

1. Det settes ikke klare grenser for hvilke utgifter arbeidsgiver må tåle for å tilrettelegge for en arbeidstaker med redusert arbeidsevne eller med funksjonsnedsettelse, verken absolutt eller i andel av omsetning, andel av arbeidstakers lønnskostnader eller liknende.
2. Normen for hvor store kostnader en arbeidsgiver kan forventes å tåle for å tilrettelegge for en arbeidstaker vil være relativt lik etter aml. § 4-6 og aml. § 13-5.
3. Halvparten av folketrygdens grunnbeløp, pr. 1.5.08 ca. 35.000, i direkte kostnader er vanligvis ikke tilstrekkelig til at arbeidsgivers "tålegrense" er overskredet etter noen av bestemmelsene.

At "de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen" er relevante for arbeidsgivers plikter til individuell tilrettelegging etter dtgl. § 12, følger direkte av bestemmelsens femte ledd siste pkt.. Forarbeidene til denne bestemmelsen gir ikke anvisning på konkrete beløpsgrenser for individuell tilrettelegging.¹⁴⁹⁰

2.3.3.3. Virksomhetens størrelse og økonomiske ressurser.

Virksomheter er av ulik størrelse og har (derfor) ulike økonomiske ressurser. I større virksomheter vil det ofte være praktisk lettere å iverksette generelle og individuelle vernetiltak i arbeidsmiljøet, og individuelle tilpasningstiltak ellers. Problemstillingen under dette avsnitt er hvilken betydning virksomhetens *størrelse* og økonomiske ressurser har for arbeidsgivers plikt til tilrettelegging.

Arbeidsmiljølovens krav til arbeidsmiljøet gjelder for enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, uansett størrelse, se aml. § 1-2 første ledd. Det er ikke i forarbeidene gitt noen indikasjoner på at det generelle kravet til vernnivå skal variere med virksomhetens størrelse.¹⁴⁹¹ I

¹⁴⁸⁸ I forarbeidene til aml. 2005 gis også uttrykk for at tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 har tilsvarende omfang som tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

¹⁴⁸⁹ "Forslagets konsekvenser for virksomhederne, herunder især små og mellemstore virksomheder (SMV)", KOM (1999) 565 s. 26 flg.

¹⁴⁹⁰ Sml. drøftelsen i NOU 2005: 8 s. 234 og s. 256 samt Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 176.

¹⁴⁹¹ I forarbeidene til ramedirektivet om arbeidsmiljø, COM (1988) 73 pkt. 4 s. 6, uttales også at "[t]he proposed measures are designed to protect workers in *all undertakings*, irrespective of the *size* of the undertaking. Provisions

praksis vil likevel økonomiske forhold sette grenser for plikten til *individuell* tilrettelegging, enten dette gjelder individuelle vernetiltak eller individuelle tilretteleggingstiltak for å gjøre arbeidstaker i stand til å utføre arbeidet. Dersom tilretteleggingen blir for byrdefull, det ikke finnes omplasseringsmuligheter og vanskene ikke kan forventes å gå over, vil arbeidstaker i siste instans kunne sies opp.

I forarbeidene til aml. § 4-6 uttales klart at det kan legges vekt på virksomhetens størrelse ved vurderingen av om individuell tilrettelegging er ”mulig”.¹⁴⁹²

I underrettspraksis er virksomhetens størrelse (antall ansatte) trukket inn som et moment i mange saker. For det første har det vært lagt vekt på at det dreide seg om en liten bedrift: LB-2000-03513 gjaldt oppsigelse av gokartkjører pga. sykefravær. Lagmannsrettens flertall uttaler at ”bedriftens størrelse [vil] være av betydning [for tilpasningsplikten, min anm.], idet det må legges vekt på at en mindre bedrift har begrensede muligheter for omplassering eller omlegging av arbeidsrutiner tilpasset en yrkeshemmet medarbeider.” Virksomheten hadde her ti fast ansatte samt en del ansatte i deltidsstilling, og flertallet fant at arbeidsgiver hadde gjort tilstrekkelig for å unngå oppsigelse. Også i RG 1985 s. 577 Tana og Varanger er bedriftens størrelse (ni ansatte) trukket frem som et argument *mot* en omfattende omplasseringsplikt. Motsatt stilles strengere krav til større virksomheter: I LE-1993-02176 uttaler lagmannsrettens flertall at ”Kvæerner er imidlertid en stor arbeidsplass, som i dag har ca 500 ansatte. Etter flertallets syn bør det være relativt enkelt for selskapet å legge forholdene bedre til rette, slik at A kan fungere mer tilfredsstillende i funksjonen på lageret.” I RG 1993 s. 665 Lofoten som gjaldt en bilelektriker som ble oppsagt av et busselskap fant rettens flertall at oppsigelsen var usaklig, fordi bedriften ikke hadde gjort tilstrekkelige anstrengelser for å omplassere arbeidstaker. Det ble bl.a. vist til at bedriften var relativt stor, med 120 ansatte. Somb 1996-31 gjaldt en funksjonshemmet arbeidstaker som ikke fikk innplassering i ny stilling i forbindelse med omorganisering av det tidligere Televerket. Sivilombudsmannen uttalte bl.a. at ”[n]ormalt må en stor arbeidsgiver anses for å ha plikt til å strekke seg lengre enn en mindre arbeidsgiver når det gjelder plikten til omplassering”.

Også etter aml. § 13-5 vil virksomhetens størrelse være relevant for plikten til tilrettelegging. Dette kommer blant annet klart til uttrykk i forarbeidene til bestemmelsen.¹⁴⁹³

Pliktsubjekt etter så vel aml. § 4-6 som etter aml. § 13-5 er ”arbeidsgiver”, se aml. § 4-6 første ledd første pkt og § 13-5 første pkt. Den praktiske betydningen av dette er at tilretteleggingsplikten som hovedregel vil følge den juridiske avgrensningen av ”virksomheten”. Hvor offentlig eller privat virksomhet oppsplittes til egne juridiske enheter, vil altså plikten til å tilrettelegge bare omfatte den enkelte enhet. Slik oppsplitting har de siste årene skjedd i stort

have been made for modulating the administrative constraints in certain cases, *while maintaining the same level of protection.*” Min kursiv.

¹⁴⁹² Se bl.a. særkommentaren til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

¹⁴⁹³ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328. Se også sysselsettingsdirektivets art. 5 og eksemplifiseringen av relevante momenter i fortalens avsnitt 21, som blant annet omfatter ”organisationens eller virksomhedens størrelse.”

omfang og tempo.¹⁴⁹⁴ Dette har svært store konsekvenser for i hvilken utstrekning tilrettelegging, særlig i form av omplassering, faktisk kan kreves.¹⁴⁹⁵

I odelstingsinnstillingen til aml. 2005 foreslo de rødgrønne partiene å utvide det alminnelige arbeidsgiverbegrepet til også å omfatte andre foretak som kan utøve bestemmende innflytelse over den som "har ansatt arbeidstaker i sin tjeneste", se forslag til aml. § 1-9 annet og følgende ledd.¹⁴⁹⁶ En slik generell utvidelse av arbeidsgiverbegrepet ville også fått innflytelse på kravene til tilrettelegging for arbeidstakere med helseproblemer og funksjonsnedsettelse.¹⁴⁹⁷ Forslaget er imidlertid hittil ikke fulgt opp av den rødgrønne regjeringen.

I dtgl. § 12 femte ledd trekkes "virksomhetens ressurser" frem som et vurderingsmoment i forhold til om den individuelle tilretteleggingen vil innebære en "uforholdsmessig byrde".

2.3.3.4. Offentlige bidrag.

Offentlige bidrag til tilretteleggingstiltak har stor praktisk betydning for arbeidsgivers mulighet og villighet til å iverksette tiltakene, og kan også tillegges rettslig betydning for omfanget av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging.

De generelle kravene til arbeidsmiljøet er det tradisjonelt ansett som arbeidsgiverens ansvar å bekoste etter norsk rett. Kravene til individuelle vernetiltak for den enkelte, spesielt sårbare, arbeidstaker vil i utgangspunktet også fullt ut være arbeidsgiverens risiko.¹⁴⁹⁸ Her vil det imidlertid i praksis være en glidende overgang mellom spesiell utsatthet for belastninger i arbeidsmiljøet og "nedsatt arbeidsevne" som følge av sykdom/funksjonsnedsettelse e.l.

Det offentlige vil imidlertid yte tilskudd til tilrettelegging som er nødvendig for at arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse skal kunne beholde arbeidet, altså tiltak etter så vel aml. § 4-6 som etter aml. § 13-5. Nedenfor gis en kort og ikke uttømmende oversikt over ordninger som administreres av Arbeids- og velferdsetaten, før jeg drøfter hvilken betydning disse har for arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging.¹⁴⁹⁹

NAVs tiltak som kan ha betydning for tilrettelegging for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan grovt deles i to undergrupper: For det første tilskudd til teknisk

¹⁴⁹⁴ Se nærmere ovenfor under kap. I pkt. 2.

¹⁴⁹⁵ Se også Arbeidstilsynets høringsuttalelse i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 103, som peker på utviklingen i arbeidslivet som årsak til at kravet om tilrettelegging ikke fungerer i praksis.

¹⁴⁹⁶ Se Innst. O. nr. 100 (2004-2005) s. 14-15.

¹⁴⁹⁷ Se også NOU 2004: 5 s. 148 flg., særlig s. 151 flg., for en drøftelse av virksomhets- og arbeidsgiverbegrepet og deres betydning for adgangen til oppsigelse.

¹⁴⁹⁸ Verken rammedirektivet om arbeidsmiljø, graviditetsdirektivet eller arbeidstidsdirektivet av 2003 gir noen indikasjoner på at offentlige bidrag skal ha betydning for arbeidsgiverens plikt til individuell tilrettelegging.

¹⁴⁹⁹ En bred oversikt over Arbeids- og velferdsetatens virkemidler for at en arbeidstaker med helseproblemer og/eller funksjonsnedsettelse skal kunne oppnå og beholde arbeid, gis i brosjyren "Virkemidler for et mer inkluderende arbeidsliv" fra januar 2008.

tilrettelegging og assistanse på arbeidsplassen. For det annet lønnstilskudd/mulighet for å kombinere trygdeytelser og arbeidsinntekt.

Tilskudd til teknisk tilrettelegging og assistanse er hjemlet i ftrl. § 10-7, jfr. § 10-5. Etter denne bestemmelse kan det blant annet gis stønad til ombygging av maskiner og tilrettelegging av fysisk miljø på arbeidsplassen;¹⁵⁰⁰ stønad til lese- og sekretærhjelp for blinde og svaksynte;¹⁵⁰¹ tolkehjelp for hørselshemmede;¹⁵⁰² tolke- og ledsagerhjelp for døvblinde;¹⁵⁰³ samt stønad til arbeidsreiser¹⁵⁰⁴ Videre kan NAV dekke utgifter til ”fysioterapeut eller ergoterapeut som foretar arbeidsplassbesøk og vurderer mulige tilretteleggingstiltak”.¹⁵⁰⁵ Tilskudd til tilretteleggingstiltak i IA-virksomheter kan også gis etter forskrift om tilretteleggingstilskudd av 2003.¹⁵⁰⁶ Direkte lønnstilskudd kan gis etter forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 2001¹⁵⁰⁷ og forskrift om tilskudd av lengre varighet for personer med redusert arbeidsevne av 2000.¹⁵⁰⁸ Ordningen med sykepenger under arbeidstrening/aktivisering, ftrl. § 8-6 tredje ledd, innebærer også et reelt tilskudd til arbeidsgiver, ettersom arbeidstaker i slike perioder vil utføre arbeid for arbeidsgiver, men få sykepenger i stedet for lønn.¹⁵⁰⁹

Hvilken betydning har så disse og liknende offentlige bidrag for arbeidsgiverens plikt til tilrettelegging?

Det er ikke uttalt direkte i forarbeidene til aml. 4-6¹⁵¹⁰ at offentlige tilskudd kan være av betydning for arbeidsgivers plikt til tilrettelegging, noe som muligens skyldes at en har sett dette som opplagt, eller at en har fokusert så mye på sykmeldte at spørsmålet om økonomisk støtte til tekniske tilretteleggingstiltak er kommet i bakgrunnen. Det var imidlertid klart forutsatt at offentlige tilskudd var av betydning for omfanget av omplasseringsplikten etter aml. 1977 § 13 nr. 2.

¹⁵⁰⁰ Ftrl. § 10-7 annet ledd og forskrift om stønad til hjelpemidler mv til bedring av funksjonsevnen i arbeidslivet og i dagliglivet og til ombygging av maskiner på arbeidsplassen av 15. april 1997 nr. 318.

¹⁵⁰¹ Ftrl. § 10-7 første ledd bokstav e og forskrift om stønad til lese- og sekretærhjelp for blinde og svaksynte av 15. april 1997 nr. 319.

¹⁵⁰² Ftrl. § 10-7 første ledd bokstav f og forskrift om stønad til tolkehjelp for hørselshemmede av 15. april 1997 nr. 320.

¹⁵⁰³ Ftrl. § 10-7 første ledd bokstav g og forskrift om stønad til tolke- og ledsagerhjelp for døvblinde av 15. april 1997 nr. 321.

¹⁵⁰⁴ Ftrl. § 10-7 fjerde og femte ledd.

¹⁵⁰⁵ Se Arbeids- og velferdsetatens brosjyre ”Virkemidler for et mer inkluderende arbeidsliv” fra januar 2008 s. 5.

¹⁵⁰⁶ Forskrift om tilretteleggingstilskudd av 19. desember 2003 nr. 1671. Formålet er ifølge forskriftens § 1 annet ledd å ”gi en tidsbegrenset kompensasjon for virksomhetens merutgifter/merinnsats i forbindelse med et konkret tilretteleggingstiltak.”

¹⁵⁰⁷ Forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember 2001 nr. 1544.

¹⁵⁰⁸ Forskrift om tilskudd av lengre varighet for personer med redusert arbeidsevne som følge av lidelser med variabelt forløp av 23. juni 2000 nr. 682.

¹⁵⁰⁹ Det er et vilkår etter bestemmelsen at arbeidstaker ikke kan utføre sitt vanlige arbeid, se ftrl. § 8-6 tredje ledd første pkt.

¹⁵¹⁰ Sml. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 103-105 og særkommentaren på s. 309.

RG 1993 s. 665 Lofoten, som gjaldt fravikelse av ansiennitet ved oppsigelse pga. sykefravær, kan her være illustrerende: Her uttaler rettens flertall at bedriftsøkonomiske hensyn hadde mindre vekt, ettersom bedriften ville kunne få dekket en stor del av den yrkeshemmede arbeidstakerens lønn ved hjelp av offentlige tilskuddsordninger.

I forarbeidene til aml. § 13-5 uttales direkte at et ”viktig moment i vurderingen er om arbeidsgiver har benyttet de mulighetene trygden gir for dekning av utgifter til tilrettelegging.”¹⁵¹¹

Tilsvarende fremheves i forarbeidene til dtgl. §12 første ledd at offentlige støtteordninger vil ha betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt.¹⁵¹²

2.3.3.5. Effektivitet.

I noen tilfeller vil engangstiltak fullt ut reparere funksjonsnedsettelsens eller den helsemessige svakhetens betydning for arbeidstakers mulighet til å utføre arbeidet. Dette kan for eksempel være tilfelle for en rullestolbruker i kontorstilling, hvor det eneste problemet er den fysiske tilgjengeligheten til arbeidsplassen. Når det f.eks. er installert rullestolsramper, vil rullestolbrukeren være like produktiv og fleksibel som sine kolleger. For personer med kroniske sykdommer som gir økt risiko for sykefravær, er ikke situasjonen fullt så enkel. Her vil det sjelden foreligge noe engangstiltak som fullt ut kan reparere helsetilstandens virkning på arbeidsevnen. I regelen må tiltak vedvare over tid; tiltakene medfører i seg selv ulemper for arbeidsgiveren, og arbeidstakeren vil i noen tilfelle – til tross for tilpasningstiltakene – stadig ha en viss grad av nedsatt arbeidsevne. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller være uvillig til å iverksette et tilretteleggingstiltak fordi det etter hans mening ikke vil være tilstrekkelig effektivt.

Et spørsmål kan da være hvilke krav som stilles til den forventede effekten av individuelle tilretteleggingstiltak for at arbeidsgiver skal være forpliktet til å prøve dem ut. Med andre ord: I hvilken utstrekning må tiltakene kunne forventes å øke arbeidstakers arbeidsevne etter aml. § 4-6 eller bidra til å skape en tilsvarende situasjon etter aml. § 13-5 jfr. § 13-1?

Et krav om at tiltaket skal være effektivt kan forstås på flere måter: Som et (minste-)krav om hensiktsmessighet; som et krav om forholdsmessighet mellom de ressurser som settes inn i tilpasningstiltaket og den økning i arbeidsevne/produktivitet som det resulterer i; som et absolutt krav om at arbeidstaker etter tilretteleggingen må ha oppnådd en viss minste arbeidsevne eller endelig som et krav om at arbeidstaker etter tilretteleggingen må være fullt ut konkurransedyktig, også i en ”fritt valg-situasjon”.

¹⁵¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328. Dette er i samsvar med tidligere aml 1977 § 54F, se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 46 med videre henvisning til sysselsettingsdirektivets art. 5. Av sistnevnte bestemmelse fremgår direkte at ”[h]vis denne byrde i tilstrækkelig omfang lettes gjennom foranstaltninger, der er normale elementer i den pågående medlemsstats handicapolitikk, anses den ikke for at være uforholdsmessig stor.”

¹⁵¹² NOU 2005: 8 s. 195.

Aml. § 4-6 første ledd gir arbeidsgiver plikt til å iverksette ”nødvendige” tiltak ”for at” arbeidstakeren skal kunne få eller beholde høvelig arbeid. Dette innebærer åpenbart et krav om at tiltakene skal være hensiktsmessige for å øke arbeidstakers mulighet for å utføre arbeidet.

LG-1994-01369 gjaldt oppsigelse av barnehageassistent som følge av alvorlige samarbeidsproblemer. Lagmannsretten fant at den løsning arbeidstaker hadde foreslått, med en omplassering til en annen avdeling, snarere ville øke problemene enn løse dem. Det foreslåtte tiltaket var altså ikke hensiktsmessig, og oppsigelsen ble ansett saklig begrunnet.

Videre er det klart at det stilles krav til forholdsmessighet mellom kostnadene med og effektene av tilretteleggingstiltaket. Blant annet uttales i forarbeidene at arbeidsgiver ikke plikter å sette inn omfattende tiltak i forhold til kortvarige sykmeldinger.¹⁵¹³

Visse minstekrav til tiltakenes sannsynlige effekt må også ligge implisitt i nødvendighetskriteriet. Arbeidstaker må, etter tiltakene, kunne utføre eget arbeid eller annet passende arbeid ut over en viss minstenorm.

RG 1985 s. 1064 Trondheim gjaldt en ekstremt nærsynt arbeidstaker som var tilsatt som hjelpemann i et rørleggerfirma. Her hadde virksomheten prøvd ulike former for tilrettelegging, uten at dette gav tilstrekkelig ”løft” i arbeidstakers arbeidsevne. Retten la til grunn at det ikke var mulig å finne regningssvarende oppgaver til ham.¹⁵¹⁴

Det er likevel ikke uten videre klart hvor strenge effektivitetskrav som kan stilles. Såkalt ”remplaseringsoppsigelse”, oppsigelse på det grunnlag at arbeidsgiveren har mulighet for å få en bedre arbeidstaker, anses ikke saklig etter norsk rett.¹⁵¹⁵ Arbeidsgiver kan altså ikke utskifte en eldre arbeidstaker med helseproblemer og stort sykefravær med en som er yngre og friskere, selv om dette ville vært økonomisk gunstig. Det kan da heller ikke være noe vilkår at tiltakene etter aml. § 4-6 ”lønner seg” i den forstand at arbeidstaker ville vært konkurransedyktig i en tenkt situasjon hvor arbeidsgiver hadde fritt valg mellom flere arbeidssøkere.

Aml. § 13-5 gir på sin side arbeidsgiver plikt til å iverksette ”nødvendige tiltak for at” arbeidstakere med funksjonsnedsettelse kan få eller beholde arbeid, utføre og ha fremgang i arbeidet m.m. Et visst krav om at tiltakene må være hensiktsmessige og effektive må da følge av ordlyden.¹⁵¹⁶ I forarbeidene til bestemmelsens forgjenger er videre direkte uttalt at det skal tas hensyn til ”i hvilken utstrekning det faktisk er mulig å gjennomføre tiltaket” samt ”i hvilken grad

¹⁵¹³ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104.

¹⁵¹⁴ Den absolutte grense for arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt går der arbeidstaker er blitt varig ufør: LF-1993-00611 gjaldt en lektor i videregående skole som hadde hatt studiepermisjon som attføringstiltak over en årrekke. Da han ble innvilget uførepensjon, opphørte arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, og oppsigelse på dette grunnlag ble ansett saklig begrunnet.

¹⁵¹⁵ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 132-134.

¹⁵¹⁶ Se også sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 20, som viser til *effektive* og praktiske foranstaltninger.

det aktuelle tiltaket kan forventes å redusere funksjonshemmingens begrensning på muligheten til å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene".¹⁵¹⁷

Hvilket krav til sannsynlig resultat av tiltakene må stilles etter aml. § 13-5? Er det tilstrekkelig at arbeidstaker etter tiltaket er i stand til å utføre stillingens vesentlige funksjoner, eller er det nødvendig at tiltaket er bedriftsøkonomisk lønnsomt i forhold til alternativet nyansettelse?

I sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 17 stilles implisitte krav til resultatet av en rimelig tilpasning: Direktivet innebærer ingen forpliktelser i forhold til en person som selv etter rimelig tilpasningstiltak ikke er "kompetent, egnet og disponibel til at utføre de væsentlige funksjoner i forbindelse med den pågående stilling".¹⁵¹⁸ Under kap. IV pkt. 3.3.2.5 har jeg utledet at det også er *tilstrekkelig*¹⁵¹⁹ for å konstatere en tilsvarende situasjon at arbeidstaker kan utføre stillingens vesentlig funksjoner. En arbeidstaker kan derfor ikke behandles dårligere på grunnlag av at hun ikke kan utføre alle stillingsfunksjoner, og det kan da heller ikke stilles krav til at tilretteleggingstiltak er fullt ut effektive i denne forstand.

Forarbeidene til sysselsettingsdirektivet tyder også på at en ved vurderingen av tiltakets effektivitet i forhold til arbeidstakere *ikke* skal ta hensyn til mulighetene for nyansettelse. I et vedlegg til det opprinnelige forslaget til direktiv, gjengis resultatene fra amerikanske spørreundersøkelser blant arbeidsgivere som hadde gjennomført tilpasningstiltak. Arbeidsgiverne mente å ha spart i gjennomsnitt 27 ganger så mye som omkostningene. Forhold som inngikk i denne besparelsen var bl.a. at en slapp å utdanne nye arbeidstakere, og ved at arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse økte sin produktivitet. Muligheten for å si opp arbeidstakerne med funksjonsnedsettelse og erstatte dem med nye, funksjonsfriske, inngår ikke i nytte-/kostnadsanalysen.¹⁵²⁰

Her kan også en trekke paralleller fra den amerikanske EEOCs forståelse av hva som utgjør "undue hardship" i forhold til ADA 1990. I EEOCs veiledning fremheves at en ikke kan basere seg på en vanlig nytte-kostnadsanalyse ved denne avgjørelsen: "Neither the statute nor the legislative history supports a cost-benefit analysis to determine whether a specific accommodation causes an undue hardship. Whether the cost of a reasonable accommodation imposes an undue hardship depends on the employer's resources, not on the individual's salary, position, or status (e.g., full-time versus part-time, salary versus hourly wage, permanent versus temporary)."¹⁵²¹

¹⁵¹⁷ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 11. Uttalelsen siteres også i Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 46.

¹⁵¹⁸ Se noenlunde tilsvarende NOU 2003: 2 s. 24 hvor en forutsetter at funksjonshemming "kan være en saklig grunn til oppsigelse dersom arbeidstakeren selv etter særskilt tilrettelegging fra arbeidsgivers side ikke er i stand til å utføre de funksjoner som tilligger stillingen på en tilfredsstillende måte." Utsagnet gjelder norsk rett før likebehandlingskapitlet i aml. 1977.

¹⁵¹⁹ Forutsatt, selvsagt, at situasjonen ellers er tilsvarende.

¹⁵²⁰ KOM (1999) 565 s. 26 flg. Forslagets konsekvenser for virksomhederne, herunder især små og mellomstore virksomheder (SMV).

¹⁵²¹ EEOC Enforcement Guidance 2002, avsnitt 45.

Konklusjonen vil være at det etter aml. § 13-5 må kunne stilles krav om at tilretteleggings-tiltakene er kostnadseffektive i den forstand at det foreligger et rimelig forhold mellom kostnadene og den økning i arbeidsgivers nytte av arbeidstakeren som kan oppnås. Det må også kunne stilles visse krav til resultatene av tiltakene, nemlig at arbeidstaker etter rimelig tilrettelegging må kunne utføre stillingens vesentlige funksjoner. Det kan imidlertid ikke stilles krav om at tiltakene ”lønner seg” i forhold til nyansettelse av en arbeidstaker uten helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Det synes altså ikke å være vesentlige forskjeller mellom aml. § 4-6 og aml. § 13-5 hva angår kravene til tiltakenes effektivitet.

Hvorvidt tiltak etter aml. § 4-6 eller aml. § 13-5 vil være effektive, kan være vanskelig å vurdere på det tidspunkt det er aktuelt å iverksette dem. Arbeidsgiver kan imidlertid ikke unnlate å iverksette tiltak på det grunnlag at han uten videre går ut fra at de vil være hensiktsløse. I praksis har det vært stilt relativt strenge krav til arbeidsgivers undersøkelsesplikt mht. å utrede mulige tiltak.

LE-1990-00478 gjaldt en synshemmet arbeidstaker som ble oppsagt fra en arbeidsmarkedsbedrift. Oppsigelsen ble underkjent, og lagmannsretten kritiserer bedriftens saksbehandling med hensyn til å vurdere tilrettelegging. ”Retten legger til grunn at tekniske hjelpetiltak vil kunne bedre (arbeidstakers) funksjonsevne. Hva som kan oppnås og hvilke kostnader det medfører, er ikke klarlagt. Men uten forsvarlig utredning av og forsøk med tekniske hjelpemidler, er så vel retten som bedriften avskåret fra å foreta en reell vurdering av yteevnen.”

Tilsvarende synspunkter må kunne legges til grunn etter aml. § 4-6 og aml. § 13-5.¹⁵²²

Ifølge dtgl. § 12 femte ledd skal det blant annet legges vekt på ”tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer” i forhold til spørsmålet om individuell tilrettelegging innebærer en uforholdsmessig byrde.

2.3.3.6. Ulemper for andre arbeidstakere.

I mange tilfeller vil tiltak til beste for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse også komme øvrige arbeidstakere i virksomheten til gode. Dette gjelder særlig generelle tiltak for å bedre arbeidsmiljøet og tilgjengelighet på arbeidsplassen. Individuelle tilpasningstiltak til fordel for en slik arbeidstaker kan imidlertid også føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne. For eksempel kan et tilpasningstiltak som innebærer at andre arbeidstakere skal overta de arbeidsoppgaver som arbeidstakeren med helseproblemer/funksjonsnedsettelse ikke tåler eller ikke makter føre til belastninger for disse, som i siste instans kan gå ut over *deres* helsetilstand. Kan arbeidsgiver da unnlate å tilrettelegge med den begrunnelse at tilretteleggingen vil føre til ulemper for de andre arbeidstakerne?

¹⁵²²

Se også LDN-2007-21, hvor Nemnda blant annet la til grunn at bedriften ikke hadde innhentet tilstrekkelig informasjon om AD/HD.

Hensynet til de øvrige arbeidstakerne er i ulik grad fremhevet i forarbeidene til de forskjellige hjemlene for tilretteleggingsplikt:

Et organisatorisk tilretteleggingstiltak som i kvalifisert grad kan skape vansker for de andre arbeidstakerne, er fritak fra nattarbeid. I forarbeidene til aml. § 10-2 annet ledd er det klart lagt til grunn at hensynet til de andre arbeidstakerne skal være relevant ved vurderingen av om det foreligger en ”vesentlig ulempe”.¹⁵²³

I Tvisteløsningsnemndas sak 21/2007 som gjaldt fritak fra nattarbeid, la nemnda til grunn at arbeidsgiver hadde oppfylt sine plikter til tilrettelegging ved å tilby arbeidstaker dagarbeid på andre institusjoner i kommunen. Hun hadde ikke noe ubetinget krav på å bli tilbudt dagarbeid på sin nåværende arbeidsplass, noe som forutsetningsvis ville ha ført til ulemper for de øvrige arbeidstakerne.

Tilsvarende må gjelde i forhold til retten til redusert arbeidstid etter aml. § 10-2 fjerde ledd.¹⁵²⁴

Hensynet til de øvrige arbeidstakerne er ikke trukket frem i særlig grad i forarbeidene til aml. § 4-6. Kravet om at de tillitsvalgte skal konsulteres i forbindelse med omplassering, aml. 4-6 annet ledd, er imidlertid blant annet begrunnet i ”hensynet til arbeidsstokken ellers”.¹⁵²⁵ Generelt er det klart at ulemper for de andre arbeidstakerne i prinsippet må være relevante for spørsmålet om arbeidsgiver har plikt til å iverksette tilretteleggingstiltak.

I saken som var oppe i Rt. 1995 s. 227 var det en klar interessekonflikt mellom den yrkeshemmede arbeidstakeren og de øvrige arbeidstakerne på arbeidsplassen: Arbeidstaker hadde utviklet eksem pga. stress og vantrivsel i jobben som hjelpemann på en kommunal renovasjonsbil. Dette førte igjen til at han etter hvert ble permanent sykmeldt. Arbeidstaker ønsket seg annet arbeid i kommunen, og arbeidsgiver spurte andre arbeidstakere om de ville bytte arbeid med ham, men med negativt resultat. Da arbeidstaker hadde vært sykmeldt en tid, ble han oppsagt. Han hevdet at kommunen hadde kunnet unngå oppsigelse ved å *pålegge* andre arbeidstakere å bytte arbeid med ham, og at dette lå innenfor arbeidsgiverens plikter etter aml. 1977 § 13 nr. 2. Om nødvendig burde kommunen gått til endringsoppsigelse av andre arbeidstakere, dersom dette var nødvendig for å fremtvinge et bytte. Arbeidstakeren fikk ikke medhold i Høyesterett. Førstvoterende, som resten av Høyesterett slutter seg til, uttaler om dette spørsmålet:

”Som nevnt av den ankende part, er det i forarbeidene til arbeidsmiljøloven klare indikasjoner på at arbeidsgiverens forpliktelser overfor den yrkeshemmede skal være betydelige. Dette går både på plikten til å

¹⁵²³ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 316, hvor departementet uttaler at det må ”legges vekt på om arbeidsgiver av hensyn til de øvrige ansatte kan omdisponere arbeidsstokken. Forslaget medfører ikke at arbeidsgiver har plikt til å opprette nye stillinger som det ikke er behov for eller si opp andre arbeidstakere for å ”finne plass til” vedkommende.” Se også KS’ og HSHs høringsuttalelser på s. 174.

¹⁵²⁴ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 316 som viser til praksis etter aml. 1977 § 46A. Se også Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 40.

¹⁵²⁵ Se forarbeidene til tilsvarende bestemmelse i aml. 1977 § 13 nr. 3, Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69.

tilrettelegge den yrkeshemmetes virksomhet slik at han kan fortsette i sitt vanlige arbeid, og på plikten til om nødvendig å skaffe ham annet arbeid. Det finnes imidlertid intet om hvordan man skal forholde seg hvis den yrkeshemmete bare kan hjelpes på bekostning av andre arbeidstakere. Jeg finner det for min del vanskelig å tolke § 13 nr 2 slik at andre arbeidstakeres rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmete. Noe slikt ville etter min mening ha krevet klar tale i lovtekst eller iallfall i forarbeider.¹⁵²⁶

Resultatet i saken synes rimelig, men resonnementet kan etter min mening kritiseres. Ved oppsigelser pga. virksomhetens forhold er det forutsatt at arbeidsgiver kan, og til en viss grad også skal, ta sosiale hensyn ved utvelgelsen, aml. § 15-7 annet ledd annet pkt. Det vil blant annet si at han kan ha plikt til å si opp andre arbeidstakere som vil få mindre ulemper ved oppsigelsen enn arbeidstakeren med helseproblemer.¹⁵²⁷ Sosiale forhold som følge av helseproblemer kan altså være et utvelgelsesmoment til gunst for den helsesvake ved oppsigelser pga. virksomhetens forhold – også på bekostning av andre arbeidstakeres rettigheter. Endringsoppsigelse er et mindre inngripende tiltak overfor en annen arbeidstaker enn en oppsigelse som innebærer opphør av arbeidsforholdet, noe som kan tilsi at omplassering av en person med helseproblemer bør kunne utgjøre saklig grunn for endringsoppsigelse. På den annen side kan det selvsagt være forskjell mellom å legge vekt på et forhold i en samlet vurdering (utvelgelse ved oppsigelse), og å la forholdet være selvstendig grunnlag for en rettsvirkning (endringsoppsigelse).

Førstvoterende tar ikke direkte stilling til om arbeidsgiver kan ha plikt til å omplassere andre arbeidstakere innenfor sin styringsrett, for å hjelpe den yrkeshemmede:

”Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis arbeidsgiveren innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmetes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske. Jeg tenker da på de tilfelle der arbeidskontrakten er slik utformet at den dekker begge stillingene.”¹⁵²⁸

Etter min mening må det være klart at arbeidsgiver i visse tilfeller kan ha en slik plikt. Aml. § 4-6 første ledd gir en fleksibel rettslig standard, og det er som nevnt forutsatt at arbeidsgivers forpliktelser overfor yrkeshemmede skal være betydelige. En omfordeling av arbeidsoppgaver er blant de tiltak som nevnes i forarbeidene, selv om det er klart at slike omfordelinger kan innebære belastninger på de øvrige arbeidstakere. En viss plikt til å omplassere andre arbeidstakere innenfor rammen av arbeidsgivers styringsrett må da også følge av aml. § 4-6. Jeg kan klart slutte meg til Frostating lagmannsretts uttalelse i LF-2002-00115 (Norplast):

”Når en bedrift har særlig plikt på seg til å tilrettelegge arbeidet slik at yrkeshemmede skal kunne beholde et høvelig arbeid, vil det ofte medføre konsekvenser for andre arbeidstakere. Det skulle derfor si seg selv at bedriften innenfor sin styringsrett kunne ha plikt til å endre arbeidsoppgavene for andre slik at [arbeidstaker] kunne fortsette.”

¹⁵²⁶ Rt. 1995 s. 227 (s. 232).

¹⁵²⁷ Se nærmere nedenfor under kap. VII pkt. 3.7.

¹⁵²⁸ Rt. 1995 s. 227 (s. 232).

Verken aml. § 13-5 eller forarbeidene nevner direkte hensynet til andre arbeidstakere.¹⁵²⁹ Med hensyn til andre spørsmål som gjelder forpliktelsens dybde, synes en som vist å lagt seg på samme nivå som etter aml. § 4-6.¹⁵³⁰ Etter min mening bør dette også gjelde betydningen av at de øvrige arbeidstakerne påføres ulemper. Slike ulemper er klart relevante ved spørsmålet om det foreligger en uforholdsmessig byrde, men arbeidsgiver kan ha plikt til for eksempel omplassering, omfordeling av arbeidsoppgaver og arbeidstidtilpasning selv om dette måtte innebære visse ulemper for de øvrige arbeidstakerne. Ulemper som skyldes fordommer, ubegrunnet smittefrykt eller misunnelse ved at arbeidstakere med funksjonsnedsettelse slipper å utføre visse fysisk krevende arbeidsoppgaver, kan ikke gå inn i denne vurderingen.

Heller ikke etter aml. § 13-5 kan arbeidsgiver være forpliktet til å gå til endringsoppsigelse overfor andre arbeidstakere for å tilrettelegge for en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse, sml. Rt. 1995 s. 227.

Til illustrasjon for relevansen av ulemper for andre arbeidstakere etter annen diskrimineringslovgivning, kan vises til den amerikanske ADA 1990. Etter ADA 1990 Title 1 sec 101(10)(B)(ii) skal det tas hensyn til "the impact of the accommodation on the operation of the facility that is making the accommodation." Ifølge Technical Assistance Manual omfatter dette blant annet tilfeller der "providing a particular accommodation would be unduly disruptive to (...) other employees."¹⁵³¹ Her nevnes som eksempel at en person med funksjonsnedsettelse krever varmere arbeidsklima og dette er til sjenanse for de øvrige arbeidstakerne, eller at det å restrukturere en stilling vil føre til større belastninger for de øvrige arbeidstakere. Negative reaksjoner fra de øvrige arbeidstakere fordi arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse har spesialtilpasset arbeidstid eller kan ta lengre pauser kan derimot ikke i seg selv medføre at det foreligger "undue hardship"; heller ikke øvrige ansattes fordommer eller ubegrunnede smittefrykt.¹⁵³² Det understrekes videre i TAM at "[a]n employer is not required to (...) to bump another employee from a job in order to provide reassignment as a reasonable accommodation."¹⁵³³

Ved at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse slipper å utføre en helsemessig belastende oppgave, vil vedkommende isolert sett få en fordel i forhold til andre arbeidstakere. Det er likevel klart at slike "fordeler" som følge av tilpasningstiltak overfor funksjonshemmede arbeidstakere ikke kan anses som positiv særbehandling av disse.¹⁵³⁴

Oppsummert kan et tiltak som er til fordel for en person med redusert arbeidsevne eller funksjonsnedsettelse i praksis være til ulempe for andre arbeidstakere. Dette gjelder i særlig grad organisatoriske tilretteleggingstiltak som omfordeling av arbeidsoppgaver, omplassering til annet

¹⁵²⁹ Dette nevnes verken i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327-328, i Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 46 eller i Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.3. Hensynet til de øvrige arbeidstakerne er heller ikke trukket frem i sysselsetningsdirektivets fortale avsnitt 21, men det tas heller ikke avstand fra at slike forhold kan inngå i vurderingen.

¹⁵³⁰ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

¹⁵³¹ Sml. også DDA 1995 title 2 sec 6(4) (c) hvor det det – ved avgjørelsen av om tiltak kan kreves – særlig skal tas hensyn til blant annet (...) the extent to which taking it would disrupt any of his activities".

¹⁵³² ADA 1990 TAM pkt. 3.9.

¹⁵³³ ADA 1990 TAM pkt. 3.10.5.

¹⁵³⁴ Jfr. bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 45.

arbeid eller reduksjon eller endring av arbeidstid. Arbeidsgiver kan påberope seg slike ulemper som argument mot tilretteleggingstiltak etter aml. § 4-6, § 10-2 annet og fjerde ledd og § 13-5.

Arbeidsgiver vil ikke ha plikt til å gå til endringsoppsigelse overfor andre arbeidstakere. Derimot kan arbeidsgivers plikter omfatte tiltak som innebærer omplassering av en annen ansatt innenfor styringsrettens grenser.

2.3.4. Valg mellom tiltak.

2.3.4.1. Utgangspunkt – arbeidsgivers styringsrett.

Hvor det foreligger flere mulige tiltak som kan gjøre arbeidstakeren i stand til å utføre arbeidet, vil utgangspunktet være at arbeidsgiver, i kraft av sin styringsrett, vil kunne velge mellom ulike tiltak. Under pkt. 2.3.4 er tema om det finnes begrensninger i denne valgretten. To hovedproblemstillinger drøftes: For det første tar jeg opp om arbeidsgiver kan ha plikt til å prioritere visse typer *tiltak* i forhold til andre tiltak. Herunder drøftes om generelle tiltak skal prioriteres fremfor individuelle (pkt. 2.3.4.2) og om arbeidsgiver plikter å velge det tiltaket som er gunstigst for arbeidstaker (pkt. 2.3.4.3). For det annet tar jeg opp om arbeidsgiver kan ha plikt til å prioritere visse grupper *arbeidstakere* ved tilretteleggingstiltak, for eksempel ved å gi prioritet for arbeidstakere med helseproblemer/funksjonsnedsettelse som er forårsaket av arbeidet (pkt. 2.3.4.4) eller for arbeidstakere med lang ansettelsestid (pkt. 2.3.4.5). I forhold til den siste hovedproblemstillingen tar jeg også opp i hvilken utstrekning arbeidsgiver har *rett* til å foreta en slik prioritering. Spørsmålet vil da være om en forskjellig behandling av ulike grupper personer med funksjonsnedsettelse kan være i strid med forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming.

2.3.4.2. Generelle og individuelle tiltak.

Generelle tiltak (som generelt bedre ventilasjon eller generell nedjustering av reolhøyden i et bibliotek) vil innebære fordeler for *grupper* av arbeidstakere med helseproblemer eller nedsatt funksjonsevne. Individuelle tiltak (som åndedrettsvern for en arbeidstaker med sykdommer i luftveiene eller omfordeling av arbeidsoppgaver slik at rullestolbrukeren ikke trenger å hente bøkene på øverste hylle) vil bare løse problemene for den enkelte. Dersom arbeidsgiver har plikt til å iverksette generelle tiltak vil dette også indirekte kunne verne den enkelte arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse mot utstøting, ettersom arbeidsgivers kostnader med tilrettelegging da ikke vil knytte seg direkte til den enkelte arbeidstaker med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer.

Problemstillingen under dette punkt vil være om arbeidsgiver har plikt til å iverksette generelle tiltak til fordel for alle eller en gruppe arbeidstakere, eller om han kan nøye seg med å tilrettelegge for den enkelte arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Når den generelle standarden for arbeidsmiljøet etter aml. § 4-1 første ledd skal settes etter de mer sårbare arbeidstakerne, innebærer dette som vi har sett under pkt. 2.2.1 ovenfor en prioritering av generelle *vernetiltak*.¹⁵³⁵ Det er bare i spesielle tilfeller, der generelle vernetiltak ikke vil være mulige eller effektive eller der de vil være uforholdsmessig kostbare, at arbeidsgiver kan velge individuelle tiltak som omplassering. Videre hjemler aml. § 4-1 fjerde ledd plikt til generell tilrettelegging med formål *tilgjengelighet*. Plikten konkretiseres blant annet gjennom byggverksforskriftens krav til arbeidsbygninger. Der disse gjøres gjeldende, som utgangspunkt ved nybygg og større ombygginger,¹⁵³⁶ innebærer de i utgangspunktet absolutte krav. Arbeidsgiver kan altså ikke komme utenom plikten ved å vise til at han har lagt til rette for, eller vil legge til rette for, konkrete arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Ovennevnte krav håndheves av Arbeidstilsynet, og den enkelte arbeidstaker har i utgangspunktet ikke noe krav på at arbeidsgiver iverksetter generelle vernetiltak eller generell tilrettelegging.¹⁵³⁷

Tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 er derimot individuell, den utløses av et konkret behov hos en konkret arbeidstaker, og gir ikke krav om en generell innretning av arbeidsplassen som tar hensyn til arbeidstakergrupper med "reduisert arbeidsevne". Arbeidstaker som er rullestolbruker må for eksempel sikres tilgang til kontor, møterom, toaletter og kantine, mens det ikke med hjemmel i aml. § 4-6 kan reises krav om tilgang til alle deler av arbeidsbygningen. Aml. § 13-5 gir arbeidsgiver plikt til "tiltak for at arbeidstaker med funksjonshemming kan få eller beholde arbeid, utføre og ha framgang i arbeidet". Også dette er åpenbart en plikt til individuell tilrettelegging.¹⁵³⁸ Den enkelte arbeidstaker kan kreve den individuelle tilrettelegging som er nødvendig for at hun skal kunne utføre og ha framgang i arbeidet m.v., men ikke generell tilrettelegging av arbeidsplassen ut over dette.

¹⁵³⁵ Se også rammedirektivet om arbeidsmiljø art 6 nr. 2 bokstav h: Kollektive vernetiltak skal prioriteres foran individuelle. Bakgrunnen for prinsippet fremgår ikke av tilgjengelige forarbeider, men det er naturlig å anta at en har lagt til grunn at individuelle vernetiltak for spesielt utsatte arbeidstakere øker risikoen for utstøting, se også ovenfor under pkt. 2.2.1.

¹⁵³⁶ Se aml. § 18-9 om plikten til å innhente Arbeidstilsynets samtykke ved visse typer bygningsmessig arbeid.

¹⁵³⁷ Sml. dtgl. § 9 fjerde ledd hvorefter brudd på plikten til generell tilrettelegging (universell utforming) skal regnes som diskriminering i forhold til en person som rammes, se nærmere Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 145-146 og NOU 2005: 8 s. 192-193. Arbeidsgiver er imidlertid ikke pålagt plikt til universell utforming av arbeidsplass, sml. dtgl. § 9 tredje ledd. Se også nedenfor under denne avhandlings kap. VI pkt. 2.4.4.5.

¹⁵³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327-328 om aml. § 13-5, sml. kommentarer til aml. § 4-1 fjerde ledd på s. 103-104 og s. 307. Heller ikke sysselsettingsdirektivets art. 5 omfatter generelle tilretteleggingstiltak.

2.3.4.3. Gunstigste tiltak for arbeidstaker? (Prioritet for tilrettelegging i egen stilling?)

En annen problemstilling er om arbeidsgiver er forpliktet til å velge det tiltak som er gunstigst, eller minst inngripende, for den enkelte arbeidstakeren. Et eksempel kan være at arbeidstaker ønsker å fortsette med det arbeid hun hadde før hun ble syk eller fikk en funksjonsnedsettelse, mens arbeidsgiver finner det mest hensiktsmessig å omplassere henne. Den første løsningen innebærer at arbeidet (eller rettene ”stillingen”) tilpasses mennesket, den andre at mennesket overføres til arbeid som hun er i stand til å utføre til tross for helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Vi legger videre til grunn at begge tiltak vil sette arbeidstaker i stand til å fortsette i virksomheten.

Et prinsipp om at arbeidet fortrinnsvis skal tilpasses mennesket, og ikke omvendt, finner vi i arbeidsmiljøreguleringen. Dette kommer blant annet til uttrykk i aml. § 4-2 annet ledd bokstav b, hvor det heter at arbeidet skal ”organiseres og tilrettelegges under hensyn til den enkelte arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger.” Bestemmelsen skal tolkes på bakgrunn av rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 6 nr. 2 bokstav d om at ”arbeidet skal tilpasses mennesket” og ILOs arbeidsmiljøkonvensjon C155 (1981) art. 5 bokstav b, som gir anvisning på ”adaptation of machinery, equipment, working time, organisation of work and work processes to the physical and mental capacities of the workers”¹⁵³⁹ Innenfor sitt område innebærer da aml. § 4-2 annet ledd bokstav b en innskrenkning i arbeidsgivers styringsrett, ved at den gir prioritet til tiltak som endrer arbeidsforholdene fremfor tiltak som tilpasser mennesket til arbeidsoppgavene.

Også aml. § 4-6 første ledd gir anvisning på en prioritering av tiltak som tilpasser arbeidet til mennesket. Her heter det at arbeidstaker ”fortrinnsvis” skal gis anledning til å fortsette i ”sitt vanlige arbeid”. Hvor streng denne prioriteringsregelen er, synes ikke kommentert i bestemmelsens forarbeider. Forarbeidene til aml. § 1977 § 13 nr. 2 støtter imidlertid opp om en ganske streng prioriteringsregel. Her er lagt til grunn at omplassering (bare) kan brukes dersom det vil kreve ”urimelig store omkostninger å sørge for at vedkommende får beholde sitt vanlige arbeid”.¹⁵⁴⁰

Noen tilsvarende eksplisitt prioritering følger ikke av bestemmelsen om fritak for nattarbeid, aml. § 10-2 annet ledd. I tilfeller hvor en arbeidstaker gis fritak for nattarbeid vil det ofte kunne oppstå problemer med å få turnus-/skiftplaner på arbeidsstedet til å ”gå opp”. I Tvisteløsningsnemndas sak 25/07 var det uomtvistet at arbeidstaker hadde rett til fritak for nattarbeid av helsemessige grunner. Spørsmålet var om hun hadde rett til å få tildelt dagarbeid på sin vanlige

¹⁵³⁹ ILOs arbeidsmiljøkonvensjon C155 (1981) Occupational Safety and Health Convention. Konvensjonen er ratifisert av Norge.

¹⁵⁴⁰ Se for eksempel Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69. Se også Innst. O. nr. 10 (1976-77) s. 43, hvor komitéen ”understreke[r] den plikt arbeidsgiveren har etter nr. 2, 3. setning”.

arbeidsplass, eller om kommunen hadde oppfylt sine plikter ved å tilby dagarbeid på andre institusjoner i samme kommune. Tvisteløsningsnemnda finner at arbeidstaker ikke har noe absolutt krav på dagarbeid på egen arbeidsplass. Arbeidsgiver kunne altså omdisponere i medhold av sin styringsrett og på bakgrunn av den situasjon som var oppstått som følge av at arbeidstaker ikke lenger kunne arbeide om natten.

Noen tilsvarende prioritering følger heller ikke direkte av ordlyden aml. § 13-5.¹⁵⁴¹ Likevel må det følge av formålet med tilpasningsplikten, å sikre likebehandling, at arbeidsgiveren ikke kan stå helt fritt ved valg av tiltak. Dersom ett mulig tiltak (f.eks. omplassering) innebærer større ulemper for arbeidstakeren enn et annet (f.eks. tilpasning av arbeidsutstyr), kan det etter omstendighetene innebære brudd på prinsippet om likebehandling at arbeidsgiveren velger det alternativet som er minst gunstig for arbeidstakeren. I regelen vil det å beholde sitt vanlige arbeid sikre likebehandling i større grad enn en omplassering til andre arbeidsoppgaver.

Her kan trekkes visse paralleller fra graviditetsdirektivets art. 5 om tilrettelegging for gravide, som klart prioriterer mellom ulike tilretteleggingstiltak.¹⁵⁴² Arbeidsgivers plikter vil primært gå ut på å endre den gravidens arbeidsforhold og/eller arbeidstid, bare hvis dette ikke er mulig eller ikke med rimelighet kan forlanges skal arbeidstaker overføres til andre arbeidsoppgaver. Direktivet kan derfor gi en viss støtte til en tilsvarende prioritering mellom typer tilpasningstiltak for å sikre likebehandling på grunnlag av funksjonsnedsettelse. På den annen side er tilretteleggingsbestemmelsen i sysselsettingsdirektivet annerledes utformet, og gir ikke direkte støtte til noen direkte innskrenkninger i arbeidsgivers valgrett.

Ut fra likebehandlingsprinsippet må det være grunnlag for å innfortolke en innskrenkning i arbeidsgivers frihet til valg mellom tiltak som går minst like langt som etter aml. § 4-6 første ledd. Konklusjonen blir at det også etter aml. § 13-5 gis prioritet til tiltak som tar sikte på å tilpasse arbeidstakers vanlige arbeid fremfor omplassering til nye arbeidsoppgaver. Arbeidstaker må her i prinsippet kunne påberope seg at en omplassering er diskriminerende fordi arbeidsgiver heller skulle ha iverksatt tiltak som gjorde det mulig for arbeidstaker å utføre sine tidligere arbeidsoppgaver.

Til illustrasjon kan også her vises til den amerikanske ADA 1990. Veiledningen til ADA 1990 understreker arbeidsgivers adgang til å velge mellom flere tilpasningstiltak:¹⁵⁴³ Forutsetningen for at arbeidsgiver skal kunne velge

¹⁵⁴¹ Heller ikke sysselsettingsdirektivets art. 5 gir eksplisitt uttrykk for noen slik prioritering.

¹⁵⁴² Rådsdirektiv 92/85/EØF. Dette direktivet omhandler primært vernetiltak for gravide, men inneholder også en bestemmelse om oppsigelsesvern, og er nært knyttet til reguleringen som gjelder likebehandling av kjønn.

¹⁵⁴³ I EEOCs Enforcement Guidance fra 2002 understrekes arbeidsgivers rett til å velge mellom ulike effektive tilretteleggingstiltak, herunder til å velge det som er minst kostbart eller byrdefullt for arbeidsgiver. Videre uttales at "[i]f more than one accommodation is effective, the preference of the individual with a disability should be given primary consideration. However, the employer providing the accommodation has the *ultimate discretion* to choose between effective accommodations."

et tilpasningstiltak, er likevel at det er effektivt i den forstand det sikrer arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse like muligheter. Dette vil ikke være tilfelle dersom tilpasningstiltaket medfører store ulemper for arbeidstaker. Technical Assistance Manual I gir anvisning på en viss prioritering av tiltak for å tilrettelegge arbeidstakers vanlige arbeid fremfor tiltak som innebærer en omplassering: "In general, the accommodation of reassignment should be considered only when an accommodation is not possible in an employee's present job, or when an accommodation in the employee's present job would cause an undue hardship. (...) Reassignment should be made to a position equivalent to the one presently held in terms of pay and other job status, if the individual is qualified for the position and if such a position is vacant or will be vacant within a reasonable amount of time."¹⁵⁴⁴

Oppsummert innebærer så vel aml. § 4-6 som aml. § 13-5 visse innskrenkninger når det gjelder arbeidsgivers rett til valg mellom tiltak: I forhold til aml. § 4-6 skal arbeidsgiver fortrinnsvis søke å tilrettelegge arbeidstakers egne arbeidsoppgaver. I forhold til aml. § 13-5 må tiltakene ikke være i strid med likebehandlingsprinsippet, noe som også kan innebære en viss prioritet for tilrettelegging av arbeidstakers vanlige arbeid.

2.3.4.4. Prioritet for helseproblemer eller funksjonsnedsettelse som er forårsaket av arbeidet?

Et spørsmål kan være om arbeidsgiver skal eller kan gi prioritet til tilrettelegging hvor arbeidstakers helseproblemer eller funksjonsnedsettelse er forårsaket av en arbeidsulykke eller av belastninger i arbeidsmiljøet over tid. Tradisjonelt har arbeidsgivers forpliktelser overfor yrkesskadde vært ansett som mer omfattende enn i forhold til andre arbeidstakere. Den bakenforliggende begrunnelsen for en slik særlig vidtgående plikt er hensynet til rettferdighet ved utveksling av ytelser:¹⁵⁴⁵ En yrkesskadet arbeidstaker har ofret sin helse i arbeidsgiverens tjeneste, noe som tilsier et særlig krav til gjenytelser fra arbeidsgiverens side.

Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging gjelder i prinsippet i forhold til enhver arbeidstaker med "reduert arbeidsevne", aml. § 4-6, eller "funksjonshemming", aml. § 13-5. Hvorvidt tilrettelegging er mulig og/eller innebærer en uforholdsmessig byrde, er i utgangspunktet en vurdering i forhold til den enkelte arbeidstaker. Har arbeidsgiver flere arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan det likevel i praksis bli spørsmål om fordeling av knappe ressurser: Tilrettelegging for den ene kan innebære at arbeidsgiver ikke har tilstrekkelige ressurser til å tilrettelegge for den andre. For eksempel kan arbeidsgiver ha to rullestolbrukere hvor den ene er skadd i en arbeidsulykke og den andre i en fritidsulykke. Begge vil kunne ha nytte av omplassering fra manuelt til administrativt arbeid, men omplassering av begge vil til sammen være uforholdsmessig byrdefullt for arbeidsgiver. Skal eller kan arbeidsgiver i slike tilfeller velge å

¹⁵⁴⁴ ADA 1990 TAM pkt. 3.10.5 om "reassignment" eller omplassering.
¹⁵⁴⁵ Se nærmere kap. I pkt. 6.2.

tilrettelegge for den yrkesskadde, på bekostning av tilrettelegging for den fritidsskadde arbeidstakeren?

I forarbeidene til aml. § 4-6s forgjenger, aml. 1977 § 13 nr. 2, er det klart forutsatt at arbeidsgivers plikter i forhold til yrkesskadde er mer vidtfavnende enn ellers. Selv om tilpasningsplikten ”i prinsippet [er] uavhengig av om yrkeshemmingen har sammenheng med arbeidsforholdene eller forsømmelser fra arbeidsgiverens side” understrekes at denne plikten er ”*særlig vidtgående* dersom en yrkeshemming har sammenheng med forholdene på arbeidsplassen”.¹⁵⁴⁶

Dette er også fulgt opp i norsk underrettspraksis.

RG 1993 s. 665 Lofoten gjaldt oppsigelse av en elektriker i et større transportselskap i forbindelse med omorganisering. Ansiennitetsprinsippet var fraveket, bl.a. under henvisning til stort sykefravær. Rettens flertall fant det tilstrekkelig sannsynliggjort at i hvert fall deler av arbeidstakers yrkeshemming skyldtes arbeidsforholdene (som belastet armene og ryggen), og dette forholdet tilsa en skjerpet plikt for arbeidsgiver til å finne alternative løsninger til oppsigelse. LE-1993-02176 gjaldt oppsigelse av en yrkesskadd arbeidstaker (sammen med 60 andre) som følge av rasjonalisering/driftsinnskrenkning. Ansiennitetsprinsippet var fulgt, men arbeidstaker hevdet at det ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til hans yrkesskade ved ulempeavveiningen etter aml. § 60 nr. 2 første ledd annet pkt.. I dette fikk han medhold av lagmannsrettens flertall. Også i LE-1992-01041, som gjaldt retten til å stå i stillingen, er ulempeavveiningen sentral. Lagmannsretten viser til at arbeidstaker ”som følge av den yrkesskade han er påført i bedriftens tjeneste [er] i en særlig utsatt situasjon”.

Det er vanskeligere å finne tilfeller der retten direkte uttaler at arbeidsgivers forpliktelser er mindre omfattende fordi det *ikke* foreligger noen yrkesskade.

I NAD 1986 s. 222 Bergen bemerket byretten bl.a. ”[s]om det fremgår av foranstående redegjørelse for sakens faktiske side, foreligger der i utgangspunktet ikke en yrkesskade. Det kan heller ikke konstateres at arbeidsgiveren ved sin opptreden har forvoldt noen ny skade eller hindret at den opprinnelige ble leget.” Oppsigelsen ble ansett gyldig, og det har nok hatt en viss betydning at skaden ikke hadde sammenheng med arbeidet. RG 1985 s. 577 Tana og Varanger gjaldt oppsigelse av deleekspeditør/kontorarbeider med leddgikt. Herredsretten viser til forarbeidsuttalelsen om at arbeidsgivers plikter er særlig vidtgående hvis yrkeshemmingen har sammenheng med arbeidsforholdene, for deretter å bemerke: ”I nærværende sak er det på det rene at arbeidstakerens sykdom ikke har sammenheng med arbeidssituasjonen.” Konkret fant retten at oppsigelsen var saklig begrunnet.

I forarbeidene til endringsloven i aml. 1977 § 13 nr. 2 fra 2003, hvor ”yrkeshemming” ble byttet ut med ”reduert arbeidsevne” gjentas ikke uttalelsen om at arbeidsgivers plikter er særlig omfattende hvor det er arbeidet som har skadet helsen.¹⁵⁴⁷ Det gjøres heller ikke i forarbeidene til aml. § 4-6, hvor det også understrekes at ”bestemmelsen gjelder uavhengig av om endringen i helsetilstand har sammenheng med arbeidsforholdene eller ikke”.¹⁵⁴⁸ Juridisk teori synes splittet

¹⁵⁴⁶ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 7. Min kursiv. Se også uttalelsen i Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72 (særkommentar til aml. 1977 § 60) om ”arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket ved arbeid i vedkommendes tjeneste.”

¹⁵⁴⁷ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

¹⁵⁴⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

med hensyn til om det stadig vil være et argument for mer vidtgående plikter at det dreier seg om en yrkesskade eller yrkessykdom.¹⁵⁴⁹ Etter min mening må den bakenforliggende begrunnelsen for et mer omfattende ansvar, se ovenfor, stadig ha betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter etter aml. § 4-6.

I motsetning til dette gir verken aml. § 13-5 med forarbeider eller sysselsettingsdirektivet art. 5 noen indikasjoner på at det skal ha betydning for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt om arbeidstakers funksjonsnedsettelse er oppstått under arbeid for vedkommende arbeidsgiver. Disse plikter har også et annet etisk/moralsk utgangspunkt enn tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6. Arbeidsgivers plikter etter aml. § 13-5 bygger på en menneskerettslig forankret rett til likebehandling som ikke skiller mellom art eller årsak til funksjonsnedsettelsen.¹⁵⁵⁰

Her kan en tvert imot spørre om en prioritering av tiltak for arbeidstakere som er yrkesskadde kan bryte med diskrimineringsforbudene etter aml. § 13-1 første ledd. Spørsmålet blir om arbeidsgiver, ved å prioritere tilrettelegging for yrkesskadde, diskriminerer mellom ulike grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse på grunnlag av funksjonsnedsettelsens årsak.

Under kap. IV pkt. 3.3.6.4 har jeg utledet at likhetsprinsippet også gjelder mellom ulike grupper personer med funksjonsnedsettelse. Dersom arbeidsgiver i en situasjon med knappe ressurser prioriterer tilrettelegging for yrkesskadde, kan dette stille personer med personer med medfødte skader og fritidsskader dårligere på grunnlag av (årsaken til) deres funksjonsnedsettelse. En slik praksis kan ikke legitimeres etter aml. § 13-6 om positiv særbehandling, ettersom yrkesskadde ikke har noen generelt svakere stilling på arbeidsmarkedet enn fritidsskadde eller personer med medfødte funksjonsnedsettelse. Ser en prioriteringen som direkte diskriminering av ikke-yrkesskadde, kan forskjellsbehandlingen heller ikke legitimeres etter aml. § 13-3 første ledd: Det er ikke ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke” at arbeidsgiver prioriterer omplassering av yrkesskadde.

Det vil likevel ofte være lite hensiktsmessig å spre knappe ressurser på flere arbeidstakere med omfattende tilretteleggingsbehov. Reelle hensyn tilsier at arbeidsgiver bør ha en viss skjønnsmessig adgang til å prioritere mellom flere berettigede behov. Da kan en enten legge inn en viss margin for hva som anses som ”dårligere behandling”,¹⁵⁵¹ eller se det slik at slik prioritering

¹⁵⁴⁹ Fougner og Holo 2006 s. 263-264 legger til grunn at arbeidsgivers plikter stadig vil være mer vidtgående i yrkesskadedetfellene. I kommentarutgaven til Jakhelln og Aune fra 2006 s. 199 uttales at "[i] prinsippet er det uten betydning om reduksjonen i arbeidsevnen har oppstått på grunn av arbeidet eller ikke."

¹⁵⁵⁰ F.eks. viser sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 6 til "Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder" fra 1989. I denne paktens punkt 26 heter det at "[e]nhver handicappet person skal - uanset årsagen til eller arten af handicappet - være berettiget til konkrete supplerende foranstaltninger med henblik på erhvervsmæssig og social integration." (Min kursiv.)

¹⁵⁵¹ Barne- og likestillingsdepartementet synes å ville gå ganske langt å relativisere vurderingen av hva som anses som "dårligere" behandling i forhold til om behandlingen er saklig begrunnet, se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 108.

utgjør indirekte diskriminering, som er legitimert dersom den er nødvendig for å fylle et saklig formål og ikke uforholdsmessig. Arbeidsgivers spesielle plikter overfor yrkesskadde vil etter min mening utgjøre et saklig formål (ut fra prinsippet om ytelse mot skade). Hvorvidt forskjellsbehandlingen er forholdsmessig, vil avhenge av en konkret vurdering.

2.3.4.5. Vektlegging av ansiennitet.

Et annet mulig valgkriterium hvor arbeidsgiver ikke har ressurser til å tilrettelegge for alle arbeidstakere, kan være ansiennitet. Begrunnelsen for å vektlegge *ansettelsestid* ved tilrettelegging er, på samme måte som for prioritering av yrkesskadde, hensynet til rettferdighet ved utveksling av tjenester. Et langt avtaleforhold styrker kravet til lojalitet fra arbeidsgivers side. Når arbeidstakeren har brukt tid og krefter til å utføre arbeid i arbeidsgiverens interesse, anses arbeidsgiver også å være forpliktet til å ivareta arbeidstakers interesser, f.eks. ved tiltak for å tilrettelegge arbeidssituasjonen.

Arbeidstakers plikter etter aml. § 4-6 er i prinsippet ikke avhengig av noen minste ansettelsestid, og gjelder også for arbeidstakere som var yrkeshemmede/hadde redusert arbeidsevne da de ble ansatt. I forarbeidene til den opprinnelige bestemmelsen i aml. 1977 § 13 nr. 2 er likevel lagt til grunn at de plikter en arbeidsgiver har overfor personer som var yrkeshemmede da de ble ansatt "må være mer begrenset enn for arbeidstakere som ved tilsetningen ikke var yrkeshemmet."¹⁵⁵² Videre tillegges arbeidstakers ansettelsestid betydning i oppsigelsessaker, hvor kravet til å finne alternative løsninger til oppsigelse vil øke jo lenger en arbeidstaker har vært ansatt. Det følger logisk av dette at også plikten til å tilrettelegge for å unngå oppsigelse av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer vil variere med ansettelsestid.

Aml. § 13-5 med forarbeider fremhever på sin side ikke ansiennitet som noe relevant hensyn i forhold til arbeidsgiverens plikt til tilrettelegging.¹⁵⁵³ Diskrimineringsvernreguleringen er, som jeg har vært inne på, begrunnet ut fra et menneskerettslig likebehandlingsprinsipp, altså fordelingsrettferdighet, ikke ut fra lojalitetsplikt i langvarige avtaleforhold eller rettferdighet ved utveksling av tjenester.¹⁵⁵⁴ Det avgjørende kriterium vil, uansett ansettelsestid, være om arbeidsgiver kan tilrettelegge overfor den enkelte uten at dette innebærer en "uforholdsmessig stor byrde". På den annen side utelukker ikke denne formuleringen at det tas hensyn til arbeidsgivers forpliktelser som følge av et langvarig avtaleforhold.

En praksis hvor ansettelsestid vektlegges ved tilrettelegging kan i praksis være til ulempe for visse grupper funksjonshemmede. For eksempel vil personer med store medfødte fysiske

¹⁵⁵² Direkte gjelder uttalelsen yrkeshemmede som blir tilsatt med "arbeidstilvenningstilskott" og deretter får tilbakefall. Det er vanskelig å se at dette har gitt seg utslag i rettspraksis.

¹⁵⁵³ Heller ikke sysselsettingsdirektivet eller dets forarbeider gir uttrykk for at slike forhold skal ha betydning.

¹⁵⁵⁴ Se avhandlingens kap. I pkt. 6.2.

funksjonsnedsettelse gjerne ha kortere ansettelsestid, på grunn av vansker med å få innpass på arbeidsmarkedet. Å prioritere arbeidstakere med lang ansettelsestid ved tilrettelegging, kan derfor i utgangspunktet innebære indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming. Spørsmålet vil da være om forskjellsbehandlingen kan legitimeres etter aml. § 13-3 annet ledd, altså om den er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål og (...) ikke er uforholdsmessig inngripende”. Etter mitt skjønn vil det i utgangspunktet være saklig å legge vekt på arbeidsgivers særlige forpliktelser overfor arbeidstakere med lang tids tjeneste og en viss prioritering kan være nødvendig for å oppnå dette. Det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt en slik prioritering er uforholdsmessig inngripende i forhold til for eksempel arbeidstakere med medfødte funksjonsnedsettelse. Arbeidsgiver må likevel, dersom ikke alle ansatte med funksjonsnedsettelse eller redusert arbeidsevne kan få tilrettelegging, ha en viss margin for slike prioriteringer.¹⁵⁵⁵

2.4. Gjennomføring av tilrettelegging

2.4.1. Innledning.

Tilpasningsplikt etter materielle lovbestemmelser er lite verd dersom det ikke finnes effektive gjennomføringsmekanismer. Under pkt. 2.4 vil jeg presentere prosessene for gjennomføring av arbeidsgivers plikter til tilrettelegging samt gå inn på sanksjoner for brudd på disse plikter. Hensikten med fremstillingen vil være å gi en oversikt over gjennomføringsmekanismene i forhold til ulike tilretteleggingsplikter og å sammenlikne disse. Av plass- og kapasitetshensyn vil fremstillingen bli relativt overfladisk, og ikke uttømmende.

Tilrettelegging som plikt for arbeidsgiver tas opp under pkt. 2.4.2. En hensiktsmessig individuell tilrettelegging forutsetter imidlertid også medvirkning fra arbeidstakers side, særlig ved å gi opplysninger om behov for tilrettelegging samt medvirke til utprøving av konkrete tiltak. Arbeidstakers medvirkningsplikt har i stor grad vært aksentuert i forhold til tilrettelegging etter aml. § 4-6, men i mindre grad i forhold til tilrettelegging etter aml. § 13-5. Under pkt. 2.4.3 vil jeg gå inn på og sammenlikne arbeidstakers medvirkningsplikt i forhold til ulike tilretteleggingsbestemmelser.

Under pkt. 2.4.4 går jeg inn på de tre ulike hovedgjennomføringsformer for arbeidsrettslige krav; kollektivarbeidsrettslig samarbeid; tilsyn/ombud og individuelt søksmål/forenklet tvisteløsning. Her gis en *kort* oversikt over hvilke gjennomføringsformer som er aktuelle i forhold til tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Under pkt. 2.4.5 tar jeg opp enkelte spørsmål som gjelder arbeidstakers krav på informasjon og innsyn og under pkt. 2.4.6 hvilke bevisbyrderegler som gjelder i forhold til ulike tilretteleggingskrav. Rettsmidler og sanksjoner i

¹⁵⁵⁵

Se nærmere om ansiennitet som kriterium ved oppsigelse kap. VII pkt. 3.2.

forhold til arbeidsgivers brudd på plikt til tilrettelegging tas opp under pkt. 2.4.7. Under pkt. 2.4.8 tar jeg opp om arbeidstaker i visse tilfeller selv kan gjennomføre et krav om individuell tilrettelegging av arbeidet.

2.4.2. Plikt for arbeidsgiver.

Utgangspunktet er at tilrettelegging av arbeidsplassen for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse utgjør en plikt for *arbeidsgiveren*. Ifølge aml. § 2-1 skal arbeidsgiveren sørge for at ”bestemmelsene gitt i og i medhold av denne lov blir overholdt”. Bestemmelsen omfatter så vel aml. § 4-1 fjerde ledd om generell tilrettelegging for arbeidstaker med funksjonshemming; aml. § 4-2 annet ledd bokstav b om individuell tilrettelegging ut fra den enkelte arbeidstakers forutsetninger; aml. § 4-6 om individuell tilrettelegging for arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne” som aml. § 13-5 om individuell tilrettelegging for arbeidstaker med ”funksjonshemming”.

I tillegg inneholder arbeidsmiljøloven bestemmelser som mer indirekte tar sikte på å sørge for atplikten til individuell tilpasning etter aml. § 4-6 blir fulgt opp av arbeidsgiveren. Blir en arbeidstaker sykmeldt har arbeidsgiver etter aml § 4-6 tredje ledd en absolutt plikt til å utarbeide individuell oppfølgingsplan. Og etter aml. § 3-1 annet ledd bokstav f¹⁵⁵⁶ skal arbeidsgiver sørge for systematisk arbeid med forebygging og oppfølging av sykefravær.

Krav om spesielle rutiner for oppfølging av plikt til individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5 følger ikke av arbeidsmiljøloven.¹⁵⁵⁷

2.4.3. Medvirkningsplikt for arbeidstaker.

2.4.3.1. Problemstilling og hensyn. Effektivitet vs. integritet og diskrimineringsvern. Forholdsmessighetskrav.

Individuell tilrettelegging er i de aller fleste tilfeller et gode for arbeidstaker. Hun får tilrettelagt sin arbeidssituasjon slik at hun kan utføre og ha fremgang i arbeidet. Arbeidstaker er derfor i utgangspunktet rettighetssubjekt, ikke pliktsubjekt, i forhold til bestemmelser som omhandler individuell tilrettelegging. Imidlertid vil effektiv individuell tilrettelegging i mange tilfeller være avhengig av aktiv medvirkning fra arbeidstakers side, og den nødvendige medvirkningen kan også innebære byrder for henne.

¹⁵⁵⁶ Tidl. aml. 1977 § 14 nr. 2 bokstav j. Ifølge forarbeidene innebærer denne bestemmelsen bare en presisering av gjeldende rett, se Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 7.

¹⁵⁵⁷ Dtl. § 3 hjemler en aktivitets- og rapporteringsplikt for (visse) arbeidsgivere mht. tiltak for å fremme lovens formål, se nærmere Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kap. 13.

For at hensiktsmessige tilretteleggingstiltak skal kunne iverksettes, vil det i regelen være nødvendig at arbeidstaker gir opplysninger om at hun har en sykdom eller funksjonsnedsettelse som medfører behov for tilrettelegging. Herunder kan det være nødvendig å fremskaffe grunnlagsmateriale for arbeidsgivers tilretteleggingstiltak, blant annet ved å gjennomgå medisinske undersøkelser og ved å gi opplysninger om funksjonsevne i arbeid under sykefravær. Å delta i helseundersøkelser eller gi opplysninger om funksjonsevne mv. kan imidlertid av arbeidstaker oppleves som problematisk i forhold til personlig integritet.

Dersom arbeidsgiver iverksetter tilretteleggingstiltak, kan dette forutsette at arbeidstaker medvirker ved aktiv handling. Denne vil typisk bestå i at hun deltar i gjenopptrenings- eller gjenopplæringstiltak, bruker hjelpemidler eller lar seg omplassere til annen stilling. Også medvirkning i form av aktiv deltakelse kan medføre byrder for arbeidstaker. Situasjonen kan også være at arbeidstaker mener det ikke er nødvendig med tiltak, eller at vanskene skulle vært løst ved generelle, ikke individuelle tiltak.

Problemstillingen under pkt. 2.4.3 er hvorvidt arbeidsgiver har plikt til å medvirke til individuelle tilretteleggingstiltak.

Medvirknings”plikt” er i denne sammenheng ikke noe entydig begrep. En *offentligrettslig* og straffbelagt *plikt* kan følge av arbeidsmiljøregler, se bl.a. aml. §§ 2-3 jfr. § 19-2. En *kontraksrettslig plikt* til å gi opplysninger eller bidra ved aktiv handling kan videre hjemles i en alminnelig lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Manglende medvirkning kan da i utgangspunktet gi grunnlag for misligholdssanksjoner som oppsigelse eller avskjed. Endelig kan medvirkning fra arbeidstakers side utgjøre en *forutsetning for arbeidsgivers plikter* i arbeidsforholdet. Omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter kan påvirkes av om arbeidstaker medvirker ved opplysning om behov eller ved samarbeid om tiltak. Alle disse former for medvirknings”plikt” vil tas opp i det følgende.¹⁵⁵⁸

En plikt til medvirkning til individuelle tilretteleggingstiltak kan innebære et inngrep i arbeidstakers fysiske og/eller psykiske integritet. Plikt til medvirkning i form av å fremskaffe og kommunisere opplysninger om helsetilstand eller funksjonsevne og gi opplysninger om egen funksjonsevne til arbeidsgiver, innebærer inngrep i arbeidstakers integritet i form av retten til å holde slike personlige opplysninger for seg selv. Er helseundersøkelser nødvendige for å fremskaffe slike opplysninger, vil medvirkningsplikt i tillegg kunne innebære et inngrep i individets fysiske

¹⁵⁵⁸

Et spesialtilfelle er at manglende varsel og dokumentasjon av sykefravær medfører at arbeidstaker faller utenfor særvernet mot oppsigelse i aml. § 15-8. Dette tas opp under kap. VII pkt. 2.4.1.2.

integritet.¹⁵⁵⁹ En plikt til medvirkning til individuelle rehabiliterings- og tilretteleggingstiltak vil videre begrense arbeidstakers selvbestemmelse.¹⁵⁶⁰

Inngrep i arbeidstakers fysiske eller psykiske integritet stiller krav om forholdsmessighet, se bl.a. EMK art. 8 annet ledd. Hvor tilretteleggingstiltak innebærer slike inngrep må det altså foretas en avveining mellom arbeidsgivers eller det offentliges interesse i tilrettelegging og arbeidstakers integritetsvern. Et krav om medvirkning til tiltak som kan stille en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse dårligere enn andre,¹⁵⁶¹ kan i tillegg være i strid med forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming. Også her stilles et krav om forholdsmessighet, se aml. §13-3 første og annet ledd. I forhold til diskrimineringsforbudet må det foretas en avveining mellom arbeidsgivers interesse i undersøkelsen eller tilretteleggingstiltaket og arbeidstakers vern mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Hensynet til *helse og sikkerhet for personer*, herunder publikum/kunder, arbeidskolleger og arbeidstaker selv, kan ha betydning for interesseavveiningen. Arbeidstaker kan for eksempel være i en stilling hvor hennes helsetilstand har betydning for andre menneskers sikkerhet. Her kan det å fremstille seg for helseundersøkelser og kommunisere resultatene fra disse være nødvendig for å avklare om arbeidstaker vil utgjøre en sikkerhetsrisiko i stillingen.¹⁵⁶² Videre kan arbeidsgiver, eventuelt offentlige myndigheter, ha *økonomiske interesser* i at tilrettelegging skjer. Arbeidsgiver kan ha økonomisk interesse i at arbeidstaker medvirker til tilrettelegging, for å unngå ulemper og kostnader med sykefravær og for å øke arbeidstakers produktivitet. Det offentliges økonomiske interesse vil være å begrense trygdeutgifter, for eksempel til sykepenger og ytelser under uførhet. På arbeidstakers side vil det blant annet kunne ha betydning om sykdommen det kreves opplysninger om innebærer sosiale stigma, eventuelt hvor inngripende de medisinske undersøkelser er.

Jeg viser ellers til den detaljerte drøftelsen under kap. V pkt. 3.3.3 om vilkårene for å innhente helseopplysninger eller kreve medisinske undersøkelser *ved ansettelse*. De momenter som der er trukket frem vil også ha overføringsverdi i forhold til plikt til å gi opplysninger om helseforhold eller fremstille seg for medisinske undersøkelser under ansettelsen.

Også i forhold til *rettsvirkningene* av manglende medvirkning vil en måtte innfortolke et forholdsmessighetsprinsipp. For at manglende medvirkning skal gi grunnlag for avskjed, må det foreligge grovt pliktbrudd, for eksempel fordi en manglende opplysning om nedsatt funksjonsevne

¹⁵⁵⁹ Se Eckhoff 1989 s. 152 om selvråderett over egen kropp som et uavhengelig gode.

¹⁵⁶⁰ Det er klart at arbeidsavtalen som sådan begrenser individets selvbestemmelse, uten at dette nødvendigvis utgjør noe inngrep i den enkeltes integritet. Individuelle rehabiliterings- og tilretteleggingstiltak som er begrunnet ut fra den enkeltes helsetilstand eller funksjonsnedsettelse vil imidlertid regelmessig involvere inngrep i arbeidstakers integritet.

¹⁵⁶¹ For eksempel en helseundersøkelse for å avgjøre om arbeidstaker er skikket til å fortsette i sin nåværende stilling eller må omplasseres til annet arbeid.

¹⁵⁶² Se f.eks. LB-1999-03171, purser i psykisk ubalanse, gjengitt nedenfor.

medfører stor og umiddelbar fare for andre menneskers sikkerhet. Det stilles også relativt store krav til at manglende medvirkning i seg selv skal gi grunnlag for misligholdsoppsigelse.¹⁵⁶³ Derimot vil omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt lettere påvirkes av hvor stor aktivitet arbeidstaker utviser for å oppnå individuell tilrettelegging.

Arbeidstakers plikt til medvirkning til tilretteleggingstiltak etter aml. § 4-6 under sykmelding er viet stor oppmerksomhet av lovgiver de seinere år. I motsetning til dette er en eventuell plikt til medvirkning overhodet ikke omtalt i forarbeidene til aml. § 13-5 eller dennes forgjengere.

Nedenfor gis en kort og oversiktspreget fremstilling av medvirkningskrav som stilles til arbeidstaker særlig i forbindelse med medisinske undersøkelser; medvirkningskrav under sykefravær etter aml. § 2-3, jfr. § 4-6, og medvirkningskrav i forhold til individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5.

2.4.3.2. Særlig om medvirkning til medisinske undersøkelser.

En arbeidstakers plikter kan som tidligere nevnt gå ut på å fremskaffe grunnlagsmateriale for å avgjøre hvorvidt hun er skikket til å utføre arbeidet. Dette gjøres ved medisinske *undersøkelser* av egen helsetilstand eller funksjonsevne og *kommunikasjon* av relevante opplysninger om denne til arbeidsgiver. Problemstillingen under dette punkt er om arbeidstaker har plikt til å la seg undersøke og til å samtykke til kommunikasjon av de relevante opplysningene.

Ved sykmelding gjelder spesielle krav til dokumentasjon av arbeidsuførhet/funksjonsevne ved legeerklæring. Krav om slik dokumentasjon og legeundersøkelser knyttet til slik legeerklæring er tatt opp nedenfor, under pkt. 2.4.3.3. Under dette pkt. tar jeg opp medvirkning til medisinske undersøkelser som ikke direkte er utløst av en arbeidstakers sykmelding.

Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser er regulert i aml. § 9-4.¹⁵⁶⁴ Medisinske undersøkelser kan være hjemlet i lov eller forskrift, aml. § 9-4 første ledd bokstav a. Videre vil det være adgang til å kreve medisinske undersøkelser hvor stillingen innebærer særlig risiko, aml. § 9-4 første ledd bokstav b eller hvor arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse, aml. § 9-4 bokstav c.¹⁵⁶⁵ Krav om medisinske undersøkelser og kommunikasjon av opplysninger fra slike vil, som tidligere vist, innebære inngrep i arbeidstakers integritet, og vil derfor være begrenset av et forholdsmessighetsprinsipp, se også aml. § 9-1.

I forhold til arbeidstakere med funksjonsnedsettelse vil et krav om medisinske undersøkelser i tillegg kunne utgjøre en diskriminerende handling. Helsekrav og helseundersøkelser som stiller en

¹⁵⁶³ Se nærmere nedenfor under avhandlingens kap. VII pkt. 2.5.3.

¹⁵⁶⁴ Hvilke undersøkelser bestemmelsen omfatter er tatt opp i den generelle delen, kap. IV pkt. 3.2.4.

¹⁵⁶⁵ Se om sistnevnte bestemmelse PVN-2005-6 om rusmiddeltesting av vektere.

arbeidstaker med funksjonsnedsettelse dårligere, vil ikke være legitime dersom de er ”uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles”, aml. §§ 13-3 annet og første ledd.¹⁵⁶⁶

Ordlyden i aml. § 9-4, ”kreve”, synes å tilsi at arbeidstaker vil være pliktig til å medvirke til medisinske undersøkelser som er hjemlet i bestemmelsen. Dette er også lagt til grunn i teorien.¹⁵⁶⁷ Arbeidstaker har altså som utgangspunkt en plikt til å la seg undersøke dersom vilkårene i aml. § 9-4 eller annen lovgivning først er oppfylt.¹⁵⁶⁸

Helseundersøkelser kan være nødvendig for å verne andre menneskers sikkerhet eller helse. Både aml. § 9-4 første ledd bokstav c (nødvendig for å verne liv eller helse), bokstav b (stillingen innebærer særlig risiko) og bokstav a (hjemlet i lov eller forskrift) kan omfatte helseundersøkelser med dette formål. Et krav om medvirkning vil da i utgangspunktet ikke innebære noe uforholdsmessig inngrep overfor arbeidstaker, verken i forhold til integritetsvern eller diskrimineringsvern.

Arbeidstaker har i prinsippet en straffbelagt plikt til å medvirke til arbeidsmiljøtiltak, aml. § 2-3 jfr. § 19-2, men straffansvar for å nekte å la seg undersøke synes lite aktuelt. Pliktbruddet vil imidlertid relativt lett kunne gi grunnlag for kontraktmessige sanksjoner som avskjed og misligholdsoppsigelse.

LB 1999-03171 gjaldt en purser som var blitt pålagt å la seg undersøke av bedriftshelsetjenesten på grunn av antatt psykisk ubalanse. Da hun nektet, ble hun tatt ut av flytjeneste og siden oppsagt. Arbeidsgivers krav om helseundersøkelse var etter lagmannsrettens mening berettiget, som følge av de strenge krav som stilles til flysikkerhet. Lagmannsretten la særlig vekt på at arbeidstaker ”nektet å medvirke til avklaring av spørsmålet om hennes skikkethet til tjeneste ombord i fly, som [arbeidsgiver] berettiget hadde reist spørsmål om.”

Helseundersøkelser kan videre være nødvendig for å avdekke om arbeidstakers egen helse vil være i fare.¹⁵⁶⁹ Alle alternativene i aml. § 9-4 første ledd kan i prinsippet også omfatte undersøkelser som er begrunnet ut fra helserisiko for den enkelte arbeidstaker. Et grunnleggende prinsipp innen norsk arbeidsmiljørett er videre at den enkelte arbeidstaker ikke kan disponere over arbeidsmiljøkravene og velge å utsette seg selv for risiko ut over arbeidsmiljølovens grenser. Som utgangspunkt vil det heller ikke innebære noe uforholdsmessig inngrep, verken i forhold til integritets- eller diskrimineringsvern, å kreve medvirkning til helseundersøkelser med formål å verne arbeidstakers egen helse.

¹⁵⁶⁶ Se nærmere om denne avveiningen under kap. IV pkt. 3.3.6.2.

¹⁵⁶⁷ Slik også Jakhelln og Aune 2006 s. 370.

¹⁵⁶⁸ Dette medfører selvsagt ikke at arbeidsgiver kan tvangsgjennomføre undersøkelsen, se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 150.

¹⁵⁶⁹ For eksempler, se kap. V pkt. 3.3.3.3.

En spesiell bestemmelse om helseundersøkelser på grunnlag av arbeidsmiljøbelastninger er aml. § 10-11 syvende ledd. Ifølge denne har arbeidsgiver plikt til å ”tilby” helseundersøkelser for nattarbeidere. Også denne bestemmelse er begrunnet ut fra arbeidsmiljøhensyn: Nattarbeid kan innebære ulykkesrisiko så vel som helseplager. Slik loven her er formulert, må det likevel i utgangspunktet være opp til arbeidstaker å avgjøre om hun vil delta i en slik helseundersøkelse.¹⁵⁷⁰ Faller tilfellet i tillegg inn under aml. § 9-4 b eller c, f.eks. fordi stillingen innebærer særlig risiko, kan arbeidstaker likevel være pliktig til å medvirke etter *denne* bestemmelse.

Arbeidstakers medvirkningsplikt til arbeidsmiljøtiltak, aml. § 2-3, er i prinsippet straffebelagt etter aml. 19-2 også hvor det bare er fare for arbeidstakers egen sikkerhet.¹⁵⁷¹ Imidlertid synes straffansvar for manglende medvirkning til medisinske undersøkelser i enda mindre grad å være aktuelt i slike tilfeller. I tillegg vil nektelse av å la seg undersøke i prinsippet kunne utløse kontraktsrettslige sanksjoner som oppsigelse eller avskjed. Terskelen vil antakelig være noe høyere enn i situasjoner hvor (også) andres liv eller helse er i fare.¹⁵⁷²

Hvor arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge for å gjøre det mulig for den enkelte arbeidstaker å *utføre* og *ha fremgang* i arbeid, aml. § 4-6 og aml. § 13-5, vil krav om medisinske undersøkelser ikke kunne hjemles i aml. § 9-4 første ledd bokstav b eller c. Spørsmålet vil da være om arbeidsgivers plikter til tilrettelegging etter aml. § 4-6 eller aml. § 13-5 i seg selv innebærer tilstrekkelig hjemmel til å kreve undersøkelser etter aml. § 9-4 første ledd bokstav a.

Arbeidslivslovutvalget la til grunn at arbeidsgivers plikter etter daværende aml. 1977 § 13 nr. 2 utgjorde tilstrekkelig lovhjemmel for nødvendige helseundersøkelser for ”eventuelt å kunne avdekke om arbeidsplassen kan tilrettelegges for ham eller henne, eller eventuelt for å omplassere vedkommende.”¹⁵⁷³ Departementet gjentar ikke uttalelsen, men tar heller ikke avstand fra den.¹⁵⁷⁴

Arbeidsmiljøloven synes altså å hvile på den forutsetning at arbeidstaker har plikt til å medvirke til helseundersøkelser som er nødvendig for tilrettelegging, herunder omplassering, etter aml. § 4-6. Som vist under pkt. 2.4.3.3 nedenfor, har arbeidstaker *under sykefravær* en omfattende plikt til å dokumentere arbeidsuførhet og funksjonsevne ved legeerklæring. Utenfor sykefraværstilfellene, f.eks. der arbeidstaker leverer arbeid av dårligere kvalitet, er det imidlertid ikke like klart at arbeidsgiver skal ha rett til å kreve helseundersøkelse. Arbeidsgivers alminnelige

¹⁵⁷⁰ Dersom arbeidstaker skal kreve individuelt fritak fra nattarbeid på helsemessig grunnlag, etter aml. § 10-2 annet ledd, vil hun imidlertid selvstøtt måtte dokumentere grunnlaget for dette kravet.

¹⁵⁷¹ Se Rt. 1984 s. 1003.

¹⁵⁷² Se nærmere drøftelsen under pkt. V pkt 3.3.3.

¹⁵⁷³ NOU 2004: 5 s. 442-443. Breistein-utvalget hadde foreslått at arbeidsgiver skulle kunne ”tilby” helseundersøkelser i slike tilfeller, se utkastet til aml. 1977 § 30C og NOU 2001: 4 s. 107.

¹⁵⁷⁴ Bestemmelsen er omtalt i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149-150 og i særkommentaren på s. 314-315.

plikt til individuell tilrettelegging etter § 4-6 utgjør etter min mening ikke et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag i forhold til lovkravet i aml. § 9-4 første ledd bokstav a.

Dette må innebære at en i hvert fall ikke kan se nektelse av å la seg undersøke som et selvstendig pliktbrudd. Derimot er det klart at omfanget av arbeidsgivers plikt til tilrettelegging her som ellers vil avhenge av hans mulighet for å få avklart hvilke tiltak som er nødvendige og hensiktsmessige.

Heller ikke arbeidsgivers plikter etter aml. § 13-5 kan utgjøre noen selvstendig hjemmel for å kreve helseundersøkelser etter aml. § 9-4 første ledd bokstav a, se nærmere nedenfor under pkt.

2.4.3.4.

Opplysninger om arbeidstakers helseforhold som stammer fra medisinske undersøkelser er i utgangspunktet underlagt taushetsplikt. Arbeidstakers plikt til å gjennomgå medisinske undersøkelser kan også inkludere en plikt til å samtykke til fritak fra helsepersonells taushetsplikt, helsepersonellovens § 22 første ledd. Jeg går ikke videre inn på denne problemstillingen.¹⁵⁷⁵

2.4.3.3. Plikt til medvirkning under sykefravær, aml. § 2-3 jfr. § 4-6.

Et praktisk viktig problemområde er sykmeldt arbeidstakers plikt til medvirkning til tiltak som skal føre henne tilbake i arbeidet. Disse plikter er sterkt utbygd i de seinere år gjennom flere lovendringer.¹⁵⁷⁶ Så vel folketrygdloven som arbeidsmiljøloven inneholder nå konkrete krav til arbeidstaker om å medvirke til utredning og gjennomføring av tiltak for å bedre arbeidsevnen, se bl.a. aml. § 2-3 annet ledd bokstav f og g og ftrl. §§ 8-8 og 8-7.

Arbeidstaker som er fraværende fra arbeid pga. sykdom, må dokumentere at fraværet er rettmessig, se aml. § 15-8 tredje ledd. Kravene til kontraktmessig varsel har nær sammenheng med vilkårene for sykepenger etter folketrygdloven:¹⁵⁷⁷ Arbeidstaker har rett til egenmelding om sykdom inntil 3 kalenderdager etter ftrl. § 8-24 fjerde ledd; men inntil 8 kalenderdager for virksomheter som er tilsluttet Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv.¹⁵⁷⁸ Deretter er det nødvendig med sykmelding fra lege, ftrl. § 8-24 femte ledd. I så vel egenmelding som sykmelding

¹⁵⁷⁵ Andre aktuelle hjemler for unntak fra taushetsplikt kan være at helsepersonell opptre som sakkyndige for arbeidsgiver, hpl. § 27 første ledd. For en mer utfyllende fremstilling av forholdet mellom kommunikasjon og integritetsrett, se NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet; Rasmussen 1997, pkt. 7.3, Kommunikasjon med bedriftshelsetjenesten, og Graver 1991 s. 94-105. Se også avhandlingens historiske kapittel, kap. III, pkt. 5.

¹⁵⁷⁶ Se bl.a. endringslov av 23. februar 2007 nr. 10 om dialogmøte og endringslov av 30. april 2003 nr. 27 (oppfølgingsplan). Videre er vilkårene for sykepenger etter folketrygdloven skjerpet, bl.a. ved innføring av et aktivitetskrav i ftrl. § 8-4 annet ledd ved endringslov til folketrygdloven av 18. juni 2004 nr. 41.

¹⁵⁷⁷ For detaljer om forholdet mellom vilkår for sykepenger og kravene til kontraktmessig varsel, se kap. VII pkt. 2.4.1.3 og pkt. 2.5.3.2.

¹⁵⁷⁸ Ifølge Arbeids- og velferdsetatens internetthjemmesider. Etatens hjemmesider opplyser videre at 55,4 % av de sysselsatte pr. fjerde kvartal 2007 arbeidet i en virksomhet som hadde inngått Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv.

skal gis opplysning om ”funksjonsevne”, dvs. evne til å utføre arbeidsoppgaver til tross for helseproblemene, ftrl. § 8-8.

Arbeidstakers plikt til å gi opplysninger om egen funksjonsevne eller samtykke i at legen gir slike opplysninger, innebærer ikke en plikt til å opplyse om diagnose eller sykdommens art (for eksempel fysisk eller psykisk). Det understrekes i forarbeidene til 2002-endringen av folketrygdloven at ”medlemmet ikke plikter å gi medisinske eller sensitive opplysninger, men skal opplyse om hva *han eller hun mener å kunne utføre av oppgaver*.”¹⁵⁷⁹

I tillegg må arbeidstakeren bidra med opplysninger av betydning for hva som kan gjøres for å øke hennes funksjonsevne i arbeid. Skyldes sykdommen eller skaden belastninger i arbeidet, vil funksjonsevnen ofte kunne økes ved at disse belastningene reduseres. I slike tilfeller kan opplysningsplikt også følge av aml. § 2-3 annet ledd bokstav e. Selv om sykdommen eller skaden ikke har sin årsak i arbeidsforholdene, kan tilrettelegging likevel være hensiktsmessig for å øke funksjonsevnen. Etter aml. § 2-3 annet ledd bokstav f skal en sykmeldt arbeidstaker ”medvirke ved utarbeiding (...) av oppfølgingsplaner” ved sykefravær. Arbeidstaker skal videre delta i dialogmøte med arbeidsgiver, aml. § 2-3 annet ledd bokstav g jfr. § 4-6 fjerde ledd. Arbeidstaker forutsettes også her å opplyse om sin arbeidsevne og også ellers delta aktivt.¹⁵⁸⁰

De økte kravene til arbeidstakers opplysningsplikt og deltakelse i utarbeiding av oppfølgingsplaner og dialogmøte skaper klare utfordringer i forhold til personvernet. I praksis vil det være svært vanskelig å unngå at nærmere opplysninger om sykdommens art kommer frem i en slik prosess. Gitt at formålet er å tilrettelegge for at arbeidstaker kommer tilbake i jobb, er kravene neppe uforholdsmessige. Men kravet om forholdsmessighet kan ha betydning for hvilke sanksjoner arbeidsgiver kan iverksette ved manglende oppfølging fra arbeidstakers side.¹⁵⁸¹

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 2-3 annet ledd bokstav f stiller også krav om medvirkning til ”gjennomføring” av oppfølgingsplanene. Medvirkning kan bl.a. bestå i å delta i opplæring og arbeidstrening i arbeidsgiverens regi.¹⁵⁸² Også her kan arbeidstakers integritet og selvbestem-

¹⁵⁷⁹ Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) s. 11. Slik også Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) pkt. 2.5.3 s. 10-11.

¹⁵⁸⁰ Ot.prp. nr. 6 (2006-2007) s. 9.

¹⁵⁸¹ Se nærmere under kap. VII pkt. 2.5.3.2.

¹⁵⁸² Bestemmelsen har sin parallell i ftrl. § 8-8 hvor det heter at arbeidstaker ”har plikt til å (...) bidra til at hensiktsmessige tiltak for å tilrettelegge arbeidet blir (...) iverksatt.” Manglende medvirkning kan føre til at retten til sykepenger faller bort. Det foreligger noe publisert trygderettspraksis etter denne bestemmelse. Se her bl.a. TRR-2006-01367 hvor sykepenger til 37 år gammel mann ble stoppet etter 8 uker fordi han ikke prøvde seg i arbeidsrelatert aktivitet. TRR-2006-00484 gjaldt en budbilsjåfør fikk stoppet sykepenger fordi han ikke hadde medvirket til behandling. I TRR- 2003-02513 fikk en sykmeldt kvinne stans i sykepenger bl.a. pga. manglende behandling. Trygderetten stadfestet vedtakene i alle tilfeller.

melsesrett være et relevant mothensyn. Dette understrekes i forarbeidene til så vel den opprinnelige aml. 1977 § 13 som i endringsloven av 2003.¹⁵⁸³

Det foreligger en del underrettspraksis som tar opp betydningen av arbeidstakers (manglende) medvirkning til tiltak for å tilrettelegge arbeidssituasjonen under sykefravær. Resultatet i disse sakene er ofte konkret begrunnet, og det er vanskelig å trekke noen eksakt grense for hvor langt arbeidstakers medvirkningsplikter strekker seg. Manglende medvirkning synes i liten grad å ha vært ansett som selvstendig mislighold, men er gitt betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter og dermed indirekte for oppsigelsesvernet.¹⁵⁸⁴

2.4.3.4. Medvirkningsplikt etter aml. § 13-5.

I motsetning til hva som gjelder for tilrettelegging etter aml. § 4-6, er spørsmålet om medvirkning fra arbeidstakers side ikke trukket frem i forarbeidene til aml. § 13-5 eller dennes forgjengere.¹⁵⁸⁵ Individuelle tilretteleggingstiltak etter aml. § 13-5 vil heller ikke *som sådan* omfattes av arbeidstakers medvirkningsplikter etter aml. § 2-3.¹⁵⁸⁶ Imidlertid vil den praktiske gjennomføringen av individuelle tilretteleggingstiltak i mange tilfeller være avhengig av samarbeid fra arbeidstakerens side. Dermed må manglende medvirkning logisk ha som følge at arbeidsgivers plikter til tilrettelegging begrenses. Dette vil i sin tur kunne føre til at det ikke foreligger noen "tilsvarende situasjon", og at tiltak som stiller arbeidstaker dårligere derfor kan være legitime. I siste ende vil arbeidstaker da kunne sies opp dersom hun ikke er kompetent, egnet eller disponibel til å utføre stillingens vesentlige arbeidsoppgaver.

Illustrerende for en mulig innfallsvinkel mht. manglende medvirkning til tilrettelegging er ADA Regulations sec. 1630(9)(d): "A qualified individual with a disability is not required to accept an accommodation, aid, service, opportunity or benefit which such qualified individual chooses not to accept. However, if such individual rejects a reasonable accommodation, aid, service, opportunity or benefit that is necessary to enable the individual to perform the essential functions of the position held or desired, and cannot, as a result of that rejection, perform the essential functions of the position, the individual will not be considered a qualified individual with a disability."

I forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er individets ansvar for klarlegging av tilretteleggingsbehovet overfor pliktsubjektet viet mer oppmerksomhet.¹⁵⁸⁷

¹⁵⁸³ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69 og Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 11. Problemstillingen synes derimot ikke kommentert i forarbeidene til aml. § 2-3 annet ledd, men denne henviser direkte til tidligere aml. 1977 § 16, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 305.

¹⁵⁸⁴ Jeg viser til fremstillingen under kap. VII pkt. 2.5.3.3.

¹⁵⁸⁵ Sml. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327-328, Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 43 og Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.3.

¹⁵⁸⁶ Dersom arbeidstakers funksjonsnedsettelse innebærer fare for andre menneskers eller arbeidstakers egen sikkerhet eller helse, kan arbeidstaker selvsagt være forpliktet til å varsle om dette med hjemmel i aml. § 2-3.

¹⁵⁸⁷ Se NOU 2005: 8 pkt. 10.12.5.2 Medansvar for klarlegging av tilretteleggingsbehovet, s. 194. Tilsvarende Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) pkt. 10.6.2.2 Medansvar for kartlegging av tilretteleggingsbehovet, s. 175.

2.4.3.5. Sammenlikning mellom medvirkningsplikter i forhold til diskrimineringsvern og arbeidsmiljøkrav/kontraktsvern.

Det er karakteristisk for arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljø-/kontraktsvernreguleringen at arbeidstaker har en utstrakt medvirkningsplikt, både i forhold til å opplyse om behov for tilrettelegging og i forhold til å medvirke til konkrete tiltak. Særlig gjelder dette hvor arbeidstakers helseproblemer skaper fare for andre menneskers liv eller helse. Videre har arbeidstaker en omfattende og detaljregulert plikt til medvirkning under sykefravær. Arbeidsmiljø- og sikkerhetshensyn og samfunnsøkonomiske hensyn har her i stor utstrekning fått gjennomslag i forhold til integritetshensyn på arbeidstakerside.

I diskrimineringsvernreguleringen er medvirkningsplikten mindre aksentuert. Denne reguleringen synes i større utstrekning å være dispositiv, og hensynet til individets integritet og selvbestemmelse teller tyngre enn økonomiske hensyn. Arbeidstaker kan unnlate å opplyse om tilretteleggingsbehov og å medvirke til tilretteleggingstiltak uten at dette anses som noe brudd på en arbeidsmiljø- eller kontraktsplikt. Det er likevel klart at opplysning om behov og medvirkning til konkrete tiltak kan ha betydning for det nærmere omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt.

I praksis vil situasjonene hvor det kan være aktuelt å kreve medvirkning ofte dekkes av så vel arbeidsmiljø- og kontraktsvernreguleringen som etter diskrimineringsvernreguleringen. Hvor arbeidstakers funksjonsnedsettelse fører til fare på arbeidsplassen eller hvor funksjonsnedsettelsen fører til arbeidsuførhet og sykmelding, vil arbeidstaker kunne ha plikt til medvirkning etter andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven.

2.4.4. Gjennomføringsformer – samarbeid, tilsyn, ombud, tvisteløsning, søksmål.

2.4.4.1. Innledning.

Krav om tilrettelegging håndheves på ulike måter. Vi kan skille mellom tre hovedformer: Kollektivarbeidsrettslig samarbeid (herunder vernesamarbeid) på arbeidsplassen, administrativt tilsyn (herunder ombudsordninger) og domstolshåndheving.¹⁵⁸⁸ I praksis vil prosessen med å få gjennomført tilrettelegging svært ofte inneholde elementer fra flere av disse.

For sykmeldte er fastsatt klare og detaljerte krav til rutiner etter aml. § 4-6 og folketrygdloven, eventuelt også avtaleverket i forhold til inkluderende arbeidsliv. Det offentligrettslige innslaget er her sterkt, med krav til blant annet oppfølgingsplan og dialogmøte. Hvor den reduserte

¹⁵⁸⁸

Se nærmere bl.a. Malmberg 2003 om disse hovedformene for håndheving av arbeidsrettslige krav.

arbeidsevne som gjør det nødvendig med tiltak etter aml. § 4-6 *ikke* har ført til sykmelding, eller hvor kravet om individuell tilrettelegging grunner seg på aml. kap. 10 eller § 13-5, vil oppfølgingen i større utstrekning være opp til partene.

Nedenfor vil jeg gi en kort oversikt over ulike gjennomføringsformer for krav om tilrettelegging på grunnlag av helseproblemer/funksjonsnedsettelse. Behandlingen er ikke uttømmende.

2.4.4.2. Vernesamarbeid og annet kollektivarbeidsrettslig samarbeid på arbeidsplassen

Som nevnt kan gjennomføring av et krav om individuell tilrettelegging skje ved samarbeid på arbeidsplassen. Både det lovfestede vernesamarbeidet og det i hovedsak tariffestede alminnelige samarbeidet på arbeidsplassen kan spille en rolle i saker som gjelder tilrettelegging.

Arbeidsmiljøutvalget, jfr. aml. § 7-1, *kan*, men behøver ikke, behandle spørsmål om arbeidstakere med redusert arbeidsevne, aml. § 7-2 tredje ledd.¹⁵⁸⁹ Det kan også oppnevnes egne, partssammensatte ”attføringsutvalg”, og da gjerne som underutvalg til arbeidsmiljøutvalget.¹⁵⁹⁰

Arbeidsmiljøutvalget kan treffe vedtak om at konkrete individuelle tilpasningstiltak skal gjennomføres, der dette er påkrevd for å verne liv eller helse, aml. § 7-4 femte ledd. Arbeidsmiljøutvalget vil f.eks. kunne pålegge arbeidsgiver å omplassere en konkret arbeidstaker etter forskrifter med hjemmel i aml. § 4-1 femte ledd, slik som kjemikalieforskriften eller forskrifter om arbeid med røntgenstråling eller cytostatika. Utvalget vil også kunne vedta tilpasningstiltak etter aml. § 4-2 annet ledd bokstav b i den utstrekning disse er ”påkrevd” for å verne liv eller helse. I de aller fleste saker som gjelder tilpasningstiltak etter aml. § 4-6, for å verne mot utstøting, vil imidlertid vilkårene etter aml. § 7-4 femte ledd ikke være oppfylt. Arbeidsmiljøutvalget vil da bare ha en rådgivende rolle i saker som gjelder tilrettelegging.

Kan arbeidsmiljøutvalg/attføringsutvalg behandle spørsmål i tilknytning til tilpasningstiltak for arbeidstakere med funksjonshemming etter aml. § 13-5? Spørsmålet synes ikke berørt i forarbeidene til aml. kap. 13 eller kapitlets forgjengere.¹⁵⁹¹ Etter sin ordlyd omfatter § 7-2 tredje ledd bare arbeidstakere med ” redusert arbeidsevne, jf. § 4-6”. Bestemmelsen må forstås slik at den

¹⁵⁸⁹ Det forutsettes i NOU 2001: 4 s. 65 at AMU kan drøfte enkeltsaker, men i anonymisert form.

¹⁵⁹⁰ Se forskrift om verneombud og arbeidsmiljøutvalg av 29. april 1977 nr. 7 § 7(2). Forskriften gjelder stadig etter arbeidsmiljøloven av 2005.

¹⁵⁹¹ Se NOU 2003: 2 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) samt Innst. O. nr. 52 (2003-2004).

bare omfatter tilfeller der arbeidsgivers plikter beror på aml. § 4-6, ikke tilfeller hvor arbeidsgivers plikter følger av aml. § 13-5.¹⁵⁹²

Ifølge forskrift om verneombud og arbeidsmiljøutvalg fra 1977 § 4 tredje ledd nr. 1 skal verneombudet, der virksomheten ikke har arbeidsmiljøutvalg, ”vurdere og avgi uttalelse om saker som er nevnt i arbeidsmiljøloven § 24 nr. 2”. Aml. 1977 § 24 nr. 2 annet ledd tilsvarer i hovedtrekk aml. 2005 § 7-2 tredje ledd hvor det heter at arbeidsmiljøutvalget kan ”behandle spørsmål om arbeidstakere med redusert arbeidsevne, jf. § 4-6.” Heller ikke denne uttaleretten synes å omfatte tilfeller hvor arbeidsgivers plikter beror på aml. § 13-5.

Har virksomheten tilknyttet bedriftshelsetjeneste, vil det inngå i dennes oppgaver å bistå ved ”bedriftsinternt attføringsarbeid”, forskrift om verne- og helsepersonale § 6(h).¹⁵⁹³ Bedriftshelsetjenestem vil ofte inneha en sentral rolle i arbeidet for oppfølging av sykefravær, sykmeldte, tilrettelegging for yrkeshemmede og bedriftsintern attføring, blant annet ved at de har oversikt over de eksterne hjelpetiltak som finnes.¹⁵⁹⁴ Tilrettelegging som hjemles i aml. § 13-5 kan neppe karakteriseres som ”bedriftsintern attføring” etter forskriften. Dette kan likevel ikke være til hinder for at bedriftshelsetjenesten involveres i konkrete saker som gjelder tilrettelegging for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse.

Videre er det i kollektive overenskomster forutsatt et samarbeid om tilretteleggingsspørsmål. Ifølge Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009 § 10-3 om ”Tiltak for yrkeshemmede” skal arbeidsgiver ”samarbeide om tiltak etter arbeidsmiljølovens § 4-6 nr. 1 med den yrkeshemmede og - hvis denne samtykker - med de tillitsvalgte og eventuelt attføringsutvalg i bedriften.” Samarbeidsplikten omfatter bare tiltak etter § 4-6 første ledd og ikke tiltak etter aml. § 13-5. Hovedavtalen gir altså ikke plikt til å samarbeide om tiltak for at arbeidstaker med funksjonsnedsettelse skal kunne ha fremgang i arbeidet. Videre følger av Verkstedsoverenskomsten 2008-2010 § 1.6 at partene skal drøfte arbeids-situasjonen for arbeidstakere med nedsatt helse og at disse blant annet kan fritas fra belastende arbeidsoppgaver. Heller ikke denne synes å omfatte tiltak med eksklusiv hjemmel i aml. § 13-5.

Hovedavtalen i staten 2006-2008 § 25 om ”tilretteleggingstiltak” pkt. 1 gir partene plikt til å drøfte tiltak for at arbeidstakere med midlertidig eller varig nedsatt funksjonsevne skal kunne få

¹⁵⁹² I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) ble foreslått at arbeidsmiljøutvalget også skulle behandle tiltak som kan gjøre virksomheten mer inkluderende for bl.a. arbeidstakere med funksjonshemming, utkastets § 7-3 tredje ledd bokstav b. Bestemmelsen falt ut i komitéinnstillingen, Innst. O. nr. 100 (2004-2005) se nærmere s. 58 (mindretallsforslag nr. 18) og s. 67-68. Den synes uansett å ha gjeldt generelle tiltak, ikke individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5.

¹⁵⁹³ Forskrift om verne- og helsepersonale av 21. april 1994 nr. 333. Forskriften gjelder stadig etter arbeidsmiljøloven av 2005. Aml. 2005 bruker betegnelsen ”bedriftshelsetjeneste”, jfr. aml. §3-3.

¹⁵⁹⁴ Se bl.a. mal for oppfølgingsplan under sykefravær på Arbeids- og velferdsetatens internetthjemmesider. Arbeidslivslovutvalget fremhever at bedriftshelsetjenesten ”i økende grad bør være en viktig ressurs i virksomhetenes arbeid med å tilrettelegge for og følge opp sykmeldte”, se NOU 2004: 5 s. 198.

eller beholde et høvelig arbeid.¹⁵⁹⁵ Ifølge bestemmelsens pkt. 2 har arbeidsgiver et særlig ansvar for å lede virksomheten på en slik måte at ikke uheldig forskjellsbehandling av slike arbeidstakere skjer. Tillitsvalgte har et særlig medvirkningsansvar. Sammenhengen mellom pkt. 1 og 2 kan muligens tilsi at drøftelsesplikten også omfatter tilrettelegging ut over det som er nødvendig for å få eller beholde et høvelig arbeid, altså også tilrettelegging med likestillingsformål.

Tillitsvalgte kan uansett bistå en arbeidstaker ved krav om tilrettelegging etter aml. § 4-6, aml. § 13-5 eller ved krav om redusert/endret arbeidstid etter aml. § 10-2 fjerde og annet ledd dersom arbeidstaker ønsker dette. Etter aml. § 4-6 annet ledd *skal* arbeidsgiveren ta vedkommende tillitsvalgte med på råd dersom det er aktuelt å overføre en arbeidstaker til annet arbeid, av hensyn også til de øvrige arbeidstakere som blir berørt av omplasseringen.¹⁵⁹⁶

Inngår virksomheten Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv, skal denne utarbeides i samråd med og tiltres av de tillitsvalgte/arbeidstakernes representanter. Det forutsettes også at de tillitsvalgte skal involveres i praktiseringen av avtalen.¹⁵⁹⁷

2.4.4.3. Tilsyn/ombud m.m.

En annen gjennomføringsmåte for tilrettelegging er *administrativt* tilsyn og kontroll. Dette kan være administrative ordninger uten direkte partsstatus eller klagerett for den enkelte arbeidstaker (Arbeidstilsynet for arbeidsmiljøtiltak og NAV for oppfølging av sykmeldte)¹⁵⁹⁸ eller ombudsordninger (Diskrimineringsnemnda/-ombudet), hvor den enkelte arbeidstaker har klagerett og partsstatus. Disse organer kan ha kompetanse til å gi pålegg på systemplan eller i konkrete saker, eller de kan ha en mer begrenset kompetanse, som veiledning i forhold til mulige tiltak.

Innledningsvis kan nevnes at hvor arbeidsgiver er et forvaltningsorgan, vil arbeidstaker ha mulighet for å klage til Sivilombudsmannen på det grunnlag at hun er blitt utsatt for urett fra forvaltningens side, se ombudsmannslovens § 6 første ledd.¹⁵⁹⁹ Ombudsmannen avgjør om han vil ta klagen under behandling, § 6 fjerde ledd. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

Nedenfor gis en kort presentasjon av Arbeidstilsynets, NAVs og Diskrimineringsnemndas/-ombudets kompetanse i forhold til ulike hjemler for plikt til individuell tilrettelegging.

¹⁵⁹⁵ Se Hovedavtalen i staten 2006-2008. Ifølge tilpasningsavtale til Hovedavtalen ved Universitetet i Oslo vil UiO "arbeide for å hindre diskriminering og/eller utstøting av arbeidstakere, innenfor de rammer som partene har nedfelt i universitetets IA-avtale."

¹⁵⁹⁶ Se bl.a. Fougner og Holo 2006 s. 267.

¹⁵⁹⁷ Se Samarbeidsavtalen pkt. 5 og nærmere nedenfor under pkt. 2.4.4.3.

¹⁵⁹⁸ Arbeidstaker har selvsagt partsstatus og klagemuligheter i forhold til sitt krav om sykepenger etter folketrygdloven. Arbeidstaker har imidlertid begrensede virkemidler for å få gjennomført tilrettelegging hvor NAV ikke følger opp manglende oppfølgingsplan eller manglende innkalling til dialogmøte.

¹⁵⁹⁹ En sak om tilrettelegging etter aml. 1977 § 13 nr. 2 ble behandlet i Somb-1996-31. Saken er tatt opp under pkt. 2.3.2.3.

Tilrettelegging som arbeidsmiljøkrav.

Arbeidstilsynets påleggskompetanse etter aml. § 18-6 omfatter individuelle tiltak i medhold av forskriftene til aml. § 4-1 femte ledd, for eksempel omplassering av arbeidstakere med for høyt blyinnhold i blodet etter kjemikalieforskriften § 35. Arbeidstilsynet må videre være kompetent til å gi pålegg om individuelle tilpasningstiltak etter aml. § 4-2 annet ledd bokstav b. Et pålegg om individuelle arbeidsmiljøtiltak vil være et enkeltvedtak som kan påklages av arbeidsgiver, jfr. forutsetningsvis aml. § 18-6 annet ledd tredje pkt. Den enkelte arbeidstaker kan derimot ikke kreve at Arbeidstilsynet gir pålegg om individuelle arbeidsmiljøtiltak.¹⁶⁰⁰

Tilrettelegging overfor arbeidstakere med ”reduisert arbeidsevne”.

Bestemmelsen om tilrettelegging/omklassering av arbeidstaker med redusert arbeidsevne i aml. § 4-6 er plassert i lovens kapittel om arbeidsmiljøet, og utgjør en arbeidsmiljømessig plikt for arbeidsgiver. Bestemmelsen omfattes i utgangspunktet av Arbeidstilsynets påleggskompetanse etter aml. § 18-6 første ledd. I medhold av aml. § 18-6 første ledd kan Arbeidstilsynet gi pålegg til virksomheter om å etablere generelle rutiner for oppfølging av sykmeldte, jfr. aml. § 3-1 annet ledd bokstav f.¹⁶⁰¹ Etter fast praksis gir Arbeidstilsynet imidlertid ikke pålegg i konkrete saker om tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne.¹⁶⁰²

Hvor arbeidstaker er sykmeldt, kan NAV etter ftrl. § 25-2 annet ledd kreve at arbeidsgiver *utleverer* den oppfølgingsplan han er pliktig til å utarbeide etter aml. § 4-6 tredje ledd. Krav om utlevering av oppfølgingsplan/innkalling til dialogmøte kan håndheves ved tvangsmulkt, jfr. ftrl. § 25-3 femte jfr. første ledd. NAV har imidlertid ikke kompetanse til å gi pålegg om at et konkret tilpasningstiltak skal iverksettes. NAVs rolle i enkeltsaker vil være å veilede, ikke å ta konkret stilling til hvilke tiltak arbeidsgiver plikter å iverksette.¹⁶⁰³

Etter gjeldende norsk rett påser altså offentlige myndigheter at det foreligger et system for oppfølging av sykmeldte og at det utarbeides konkrete oppfølgingsplaner for den enkelte sykmeldte arbeidstaker, men det gis ikke pålegg om at konkrete individuelle tiltak skal iverksettes. Det blir heller ikke truffet enkeltvedtak om arbeidsgivers konkrete plikt til tilrettelegging, og den enkelte arbeidstaker har heller ikke klagerett på manglende oppfølging fra NAVs side av hennes tilretteleggingssak. Den enkelte arbeidstaker har altså ikke etter aml. § 4-6 et rettskrav som kan håndheves via klage til administrative instanser.

¹⁶⁰⁰ Se bl.a. NOU 2003: 2 s. 42 og Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 85.

¹⁶⁰¹ Se nærmere Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 7.

¹⁶⁰² Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 12.

¹⁶⁰³ Se Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv pkt. 3.1, særlig bokstav e, og kommentarer til denne.

Tilrettelegging overfor arbeidstakere med ”funksjonshemming”.

Arbeidstilsynet har etter aml. § 18-6 første ledd påleggskompetanse i forhold til hele kap. 4, dvs. også den generelle bestemmelsen om tilrettelegging for ”arbeidstakere med funksjonshemming” i aml. § 4-1 fjerde ledd. Aml. § 13-5 om individuell tilrettelegging er derimot, i likhet med resten av kapittel 13, eksplisitt unntatt fra Arbeidstilsynets påleggskompetanse, se aml. § 18-6 første ledd.¹⁶⁰⁴

Heller ikke NAV vil ha kompetanse til å pålegge tilretteleggingstiltak etter aml. § 13-5. Dersom virksomheten har inngått Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv, følger det av avtalens pkt. 3.2.1. bokstav h at arbeidsgiver skal ”[l]egge til rette for arbeidstakere med redusert funksjonsevne”. NAV vil ha en alminnelig veiledningskompetanse i forhold til denne avtalen.¹⁶⁰⁵

Diskrimineringsnemnda, og i hastetilfeller også Diskrimineringsombudet, vil derimot ha kompetanse til å pålegge tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering opphører, Idol. § 7 annet ledd jfr. § 4. Ettersom manglende tilrettelegging i seg selv anses som diskriminering, vil påleggskompetansen også omfatte tilretteleggingstiltak etter aml. § 13-5.¹⁶⁰⁶

Diskrimineringsombudet har som hovedregel plikt til å behandle en sak som er brakt inn av en arbeidstaker som mener hun er blitt diskriminert ved manglende tilrettelegging, Idol. § 3 fjerde og femte ledd.

Diskrimineringsnemndas kompetanse omfatter i prinsippet også å pålegge arbeidsgiver å iverksette konkrete tilretteleggingstiltak. I praksis vil dette likevel være vanskelig: Ombudet og Nemnda vil ikke ha praktisk mulighet til å utrede konkrete saker, og arbeidsgiver vil uansett ha et vidt spillerom for skjønn med hensyn til valg mellom ulike tilretteleggingstiltak.¹⁶⁰⁷

En illustrasjon for spørsmål som kan oppstå, gir LDN-2007-21: Her fattet Diskrimineringsnemnda vedtak om at arbeidsgiver ikke hadde ”oppfylt tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 13-5 overfor [arbeidstaker]”. Av premissene for vedtaket følger at arbeidsgiver blant annet skulle ha samlet informasjon om tilstanden (AD/HD) og prøvd å løse samarbeidsproblemene mellom ham og arbeidskollegene, blant annet gjennom informasjonstiltak.¹⁶⁰⁸

Arbeidstidsrettighetene.

De individuelle arbeidstidsrettighetene i aml. 10-2 annet og fjerde ledd (fritak for nattarbeid, redusert arbeidstid) og i aml. § 10-6 tiende ledd (fritak fra arbeid ut over avtalt arbeidstid) er direkte unntatt fra Arbeidstilsynets påleggskompetanse, se aml. § 18-6 første ledd. Arbeidstilsynet vil imid-

¹⁶⁰⁴ I motsetning til hva som gjelder individuell tilrettelegging for gravide. Se ellers Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 69 om bakgrunnen for lovens ordning på dette pkt.

¹⁶⁰⁵ Se bl.a. Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv pkt. 3.1 bokstav c.

¹⁶⁰⁶ Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 71.

¹⁶⁰⁷ Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 64 hvor det forutsettes at Diskrimineringsombudets saksbehandling i tilretteleggingssaker skal være skriftlig og at en ikke skal drive oppsøkende virksomhet.

¹⁶⁰⁸ Det var her uansett ikke mulig å gi pålegg om konkrete tiltak, ettersom arbeidstaker hadde sluttet hos arbeidsgiver.

lertid kunne veilede om arbeidstakers rettigheter etter disse bestemmelsene, se aml. § 18-1.¹⁶⁰⁹

Verken NAV eller Diskrimineringsombudet/-nemnda har kompetanse til å gi pålegg til arbeidsgiver i medhold av disse bestemmelser, og de synes også å falle utenfor organenes veiledningskompetanse.¹⁶¹⁰

2.4.4.4. Forenklet tvisteløsning.

Saker om individuelle arbeidstidsrettigheter på helsemessig grunnlag; fritak fra nattarbeid etter aml. § 10-2 annet ledd, redusert arbeidstid etter § 10-2 fjerde ledd og fritak fra arbeid ut over avtalt arbeidstid etter § 10-6 tiende ledd skal etter arbeidsmiljøloven avgjøres av en egen tvisteløsningsnemnd, aml. §§ 10-13 og § 17-2.¹⁶¹¹ Den enkelte arbeidstaker, som har fått avslag på krav om redusert arbeidstid fra arbeidsgiveren, kan bringe kravet inn for Tvisteløsningsnemnda til avgjørelse. Det vil ikke være adgang til domstolsbehandling før Tvisteløsningsnemnda har avgjort saken, se aml. § 17-2 annet ledd første pkt. Nemnda kan treffe vedtak om reduksjonens omfang, ordningens gjennomføring og varighet. Et slikt vedtak kan ikke påklages, men kan bringes inn for domstolene etter aml. § 17-2 annet og tredje ledd.

2.4.4.5. Individuelt søksmål.

Endelig kan arbeidsgivers plikter til tilrettelegging eventuelt gjennomføres ved søksmål. Alminnelig domstolsbehandling er kostbart og tidkrevende, og vil av denne grunn sjelden utgjøre noen hensiktsmessig gjennomføringsmåte for krav om tilrettelegging i et løpende arbeidsforhold.

Problemstillingen er imidlertid ikke helt upraktisk, særlig ved langvarige konflikter. Jeg vil derfor gå inn på om arbeidstaker kan få dom for arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge.

Etter tvisteloven § 1-3 kan søksmål reises om ”rettskrav”, dersom saksøker påviser ”et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte”.

Kravene til arbeidsmiljøet er i utgangspunktet offentligrettslige, og tradisjonelt har det vært antatt at brudd på disse ikke kan danne grunnlag for søksmål fra den enkelte arbeidstaker.¹⁶¹² Her er det skjedd en utvikling mot at offentligrettslige arbeidsmiljøplikter også anses som kontraktsplikter for arbeidsgiver, se Rt. 1997 s. 1506 Stryn apotek, hvor Høyesterett fant det klart at ”de grunnleggende krav til arbeidsmiljøet i utgangspunktet inngår som en del av rettigheter og plikter i et arbeidsforhold i dag”. Saken gjaldt likevel brudd på arbeidsmiljøbestemmelser til vern for den enkelte (mobbing). I forhold til *generelle* arbeidsmiljøkrav, herunder plikten til generell

¹⁶⁰⁹ Arbeidstilsynet er sekretariat for Tvisteløsningsnemnda.

¹⁶¹⁰ Se lov om arbeids- og velferdsforvaltningen § 4 og ldo. § 1 annet ledd.

¹⁶¹¹ Se også ovenfor under kap. IV pkt. 4.3.6.

¹⁶¹² Se Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 13.

tilrettelegging etter aml. § 4-1 fjerde ledd, er det uklart om den enkelte arbeidstaker vil ha et rettskrav og et reelt behov for avklaring.¹⁶¹³

Aml. § 4-6 om individuell tilrettelegging for arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne” er i utgangspunktet også en offentligrettslig pliktbestemmelse.¹⁶¹⁴ Imidlertid stiller bestemmelsen, på samme måte som vernet mot trakassering, krav til det individuelle arbeidsmiljøet. Høyesteretts uttalelse i Rt. 1997 s. 1506 må da også få betydning for arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging i forhold til arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne”. Arbeidstaker må derfor ha et ”rettskrav” på tilrettelegging også etter aml. § 4-6.

Hvor arbeidstaker krever tilrettelegging i et bestående arbeidsforhold, må det også foreligge et ”reelt behov” for en avgjørelse. Det er i praksis stilt relativt beskjedne krav til aktualitet ved søksmål i arbeidsforhold, og individuell tilrettelegging vil i disse sakene være avgjørende for arbeidstakers mulighet for å utøve sin rett til arbeid.¹⁶¹⁵

I LB-1996-00778 krevde arbeidstaker – som i flere år hadde vært under attføring i annen stilling – midlertidig forføyning for retten til å gå tilbake til sin opprinnelige stilling som tannpleier. Ut fra de omstendigheter som refereres virker det som om hun ikke ville kunne gå tilbake til denne uten omfattende tilretteleggingstiltak. Retten tar først opp om et slikt krav uttømmende reguleres av adgangen til å kreve gjeninntredelse etter aml. § 61 nr. 4 tredje ledd, men finner at begjæringen må realitetsbehandles. Konkret finner lagmannsretten at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for midlertidig forføyning. Lagmannsretten må imidlertid ha lagt til grunn at arbeidstaker kunne ha en individuell rett til tilrettelegging i form av tilbakeføring til sin tidligere stilling.¹⁶¹⁶

Innebærer dette at det også kan kreves dom for at arbeidsgiver har plikt til å iverksette bestemte tilretteleggingstiltak? Et vilkår for å kreve dom for et rettskrav er at pliktene som følge av kravet er noenlunde presist angitt. Tilrettelegging kan ofte skje på alternative måter og arbeidsgiver har i kraft av styringsretten et visst skjønn med hensyn til valg mellom tiltak. Forutsatt at det vil være relativt klart hva som er det relevante tilretteleggingstiltaket, må det imidlertid kunne kreves dom for arbeidsgivers plikt til å iverksette dette.

Det er klart forutsatt i forarbeidene til aml. § 13-5 at arbeidstaker har en rett til individuell tilrettelegging og at manglende tilrettelegging i seg selv kan utgjøre en diskriminerende unn-

¹⁶¹³ Se nærmere Hov 2007 s. 122-123 om søksmål om plikt til å etterleve generelle offentligrettslige regler. Sml. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 fjerde ledd, som fastsetter at brudd på plikten til universell utforming kan regnes som diskriminering. Dette forutsetter imidlertid at en person kan vise til at hun er blitt stilt dårligere som følge av sin funksjonsnedsettelse, se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 146.

¹⁶¹⁴ Se bl.a. Malmberg 2003 pkt 4.1.3, National law on locus standi, s. 148 flg., særlig s. 149, om forholdet mellom offentligrettslige pliktregler og individuelle rettigheter i arbeidsretten.

¹⁶¹⁵ Se Rt. 2001 s. 1413 og ovenfor under kap. IV pkt. 4.4. hvor Høyesterett understreker at ”retten til arbeid [vil] være av den største betydning for den enkelte”.

¹⁶¹⁶ Saken var oppe for Høyesteretts kjæremålsutvalg, som bare tok stilling til lagmannsrettens uttalelse mht. vilkårene for midlertidig forføyning, Rt. 1996 s. 1084.

latelse.¹⁶¹⁷ Spørsmålet om ”reelt behov” og om det kan kreves bestemte tilretteleggingstiltak synes ikke å stille seg forskjellig etter aml. § 13-5 i forhold til aml. § 4-6.

2.4.5. Krav om informasjon og innsyn.

For å kunne ivareta sin interesse i individuell tilrettelegging vil arbeidstaker ofte være avhengig av opplysninger fra arbeidsgiver eller fra offentlige myndigheter. Det kan gjelde opplysninger om helsefare i arbeidsmiljøet, om konkrete muligheter for tilrettelegging eller omplassering og også om resultatene av helseundersøkelser i arbeidsgivers regi. I hvilken utstrekning ivaretas dette hensynet etter arbeidsmiljø-, kontraktsvern- og diskrimineringsvernsreguleringene?

I forhold til arbeidsmiljø vil det ofte være fastsatt at arbeidstakerne skal informeres om risiki i arbeidsmiljøet. Ifølge arbeidsmiljøloven § 3-2 første ledd bokstav a skal arbeidsgiver sørge for ”at arbeidstaker gjøres kjent med (...) helsefarer som kan være forbundet med arbeidet”. Også flere forskrifter med hjemmel i denne bestemmelse inneholder krav om at arbeidstakerne skal informeres om mulig helsefare.¹⁶¹⁸ Dette gjelder også hvor helsefaren er individuell. Foretas helseundersøkelser i arbeidsgivers regi har arbeidstaker videre selvsagt rett til å bli informert om personopplysninger som gjelder henne selv og som undersøkelsen registrerer.¹⁶¹⁹ Disse opplysninger kan arbeidstaker så nytte for å kreve tilrettelegging eller omplassering som individuelt vernetiltak.

Aml. § 4-6 inneholder ikke direkte bestemmelser om at en arbeidstaker med redusert arbeidsevne skal opplyses om *mulige tilpasningstiltak*, for eksempel om mulighet for fysisk tilrettelegging eller ledige stillinger i andre deler av virksomheten.¹⁶²⁰ Ved sykmelding skal oppfølgingsplaner utarbeides i samarbeid mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, se aml. § 4-6 tredje ledd. Videre skal arbeidsgiver innkalle til dialogmøte, aml. § 4-6 fjerde ledd. Av dette må også følge en viss informasjonsplikt overfor arbeidstaker mht. de muligheter som finnes for tilrettelegging, heunder omplassering, i virksomheten. Der tiltak for yrkeshemmede mv. er gjort til en forhandlings- eller samarbeidssak, vil arbeidsgiver dessuten måtte informere arbeidstakers tillitsvalgte om omplasseringsmuligheter i virksomheten.¹⁶²¹

¹⁶¹⁷ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327.

¹⁶¹⁸ Se bl.a. kjemikalieforskriften § 9 og forskrift om vern mot eksponering for biologiske faktorer (bakterier, virus, sopp m.m.) på arbeidsplassen av 19. desember 1997 nr. 1322 § 16.

¹⁶¹⁹ Se bl.a. pasientrettighetsloven § 5-1 og personopplysningsloven § 18.

¹⁶²⁰ Sml. aml. §§ 14-2 om fortrinnsrett for tidligere ansatte og 10-2 fjerde ledd tredje pkt. om fortrinnsrett for arbeidstaker på redusert tid, som begge vel må tolkes slik at de gir arbeidsgiver plikt til aktivt å informere om ledige stillinger.

¹⁶²¹ Se nærmere bl.a. de tariffavtaler som er henvist til ovenfor under pkt. 2.4.4.2.

Arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel inneholder ikke krav om opplysninger fra arbeidsgiver ut over det som følger av aml. § 13-7 ved ansettelse.¹⁶²² Arbeidstaker kan altså ikke med hjemmel i arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel kreve innsyn i hvilke tilpasningsmuligheter som finnes, for eksempel i form av ledige stillinger i virksomheten. Dersom arbeidstaker klager en sak om manglende tilrettelegging inn for Diskrimineringsombudet, vil dette kunne kreve opplysninger av arbeidsgiver etter ldo. § 11.

En generell plikt til å informere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten følger videre av aml. § 14-1.¹⁶²³ Denne gjelder likevel bare stillinger som er ledige - herunder også deltidsstillinger - ikke muligheter til å sette sammen en stilling, altså omorganiseringsmuligheter.

2.4.6. Bevisbyrde i saker om tilrettelegging.

Spørsmålet om tilretteleggingstiltak vil være effektive, rimelige, nødvendige og hensiktsmessige, vil ofte bero på en skjønnsmessig vurdering. Hvilke krav til bevis gjelder i forhold til plikt til individuell tilrettelegging?

For krav om tilrettelegging etter aml. § 4-6 er det ikke knyttet spesielle bevisregler. I forhold til sykmeldte vil arbeidsgiver som nevnt være pålagt å utarbeide en oppfølgingsplan, i samarbeid med arbeidstaker, se aml. § 4-6 tredje ledd, for å tilbakeføre arbeidstaker til arbeidet. Arbeidsgivers saksbehandling vil dermed bli mer gjennomiktig, og det vil i en viss utstrekning være mulig å etterprøve om mer kunne vært gjort for å tilrettelegge for arbeidstaker med redusert arbeidsevne.

Det foreligger lite praksis mht. ”rene” tilretteleggingssaker. Plikten til tilrettelegging etter aml. § 4-6 og forgjengeren blir i praksis tatt opp i forbindelse med saker om oppsigelse/ophør. Ser vi på (under-)rettspraksis som gjelder den tidligere aml. 1977 § 13 nr. 2 i en opphørssituasjon, synes domstolene å bygge på en ganske sammensatt vurdering, og en uttaler sjelden direkte at en part har bevis(førings)byrden for en bestemt omstendighet.

I LH-1993-00359 Hålogaland finner lagmannsrettens flertall det ”godtgjort at bedriften ikke har annet passende arbeid i virksomheten å tilby [arbeidstaker]”. Også i RG 1997 s. 93 Agder fant lagmannsretten bevist at bedriften ikke hadde annet passende arbeid å tilby, og uttaler videre at det ikke er ”ført bevis for at bedriftens vurdering av arbeidssituasjonen ikke er saklig”.¹⁶²⁴

Reelle hensyn tilsier at arbeidsgiveren vil være nærmest til å dokumentere at det er iverksatt tiltak for å utrede mulig tilrettelegging, og at arbeidstakeren har vært tatt med på råd i denne prosess-

¹⁶²² Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 48 hvor det blant annet presiseres at bestemmelsen ikke gjelder ”i forhold til interne forfremmelser som ikke er basert på en ansettelsesprosess.”

¹⁶²³ Av forarbeidene til forgjengeren i aml. 1977, § 55G, går frem at denne først og fremst ivaretar behovene til midlertidig ansatte og deltidsansatte, Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) pkt. 3. Den gjelder imidlertid overfor alle ansatte.

¹⁶²⁴ Selv om domstolene her eksplisitt uttaler seg om ”annet passende arbeid”, er det opplagning etter daværende aml. 1977 § 13 nr. 2 som står i sentrum for vurderingen.

sen. Arbeidsgiver vil videre som regel være nærmest til å påvise at tilpasningstiltakene ville ført til slike konkrete vansker for virksomheten at tilrettelegging ikke med rimelighet kunne forlanges, altså at tiltakene ikke ville vært (praktisk) mulige. Arbeidstaker vil ofte være nærmest til å påvise at de tilpasningstiltak hun mener burde vært iverksatt ville ha gjort det mulig for henne å utføre arbeidet på en forsvarlig og tilfredsstillende måte, altså at tiltakene ville vært *hensiktsmessige*.

Ifølge aml. § 13-5 har arbeidsgiver plikt til å tilrettelegge for å sikre mot diskriminering av arbeidstaker med funksjonshemming. Krav om tilrettelegging omfattes av den alminnelige regelen i aml. § 13-8 om delt bevisbyrde. Dersom arbeidstaker eller arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering (i form av manglende pliktig tilrettelegging), må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted diskriminering i strid med kapitlet. Bestemmelsen er imidlertid lite opplysende med hensyn til hvem som har bevisføringsbyrden for hvilke omstendigheter.

I forslaget til implementering av sysselsettingsdirektivet i SOU 2002:43 foreslo det svenske lovutvalget en særskilt definisjon av hva prinsippet om delt bevisbyrde innebærer på ulike områder. I forhold til tilpasningsplikten følger det av forslag til lov om diskriminering pga. "funksionshinder",¹⁶²⁵ utkastet til 7 kap. 6 § andra stycket:

"Den som anser sig ha blivit sämre behandlad än någon annan av skäl som har samband med funktionshinder skall visa att arbetsgivaren genom att vidta stöd- och anpassningsåtgärder kan skapa en situation för den missgynnande som är jämförbar med den för personer utan sådant funktionshinder. Det åligger då den som därigenom skall antas ha diskriminerats att visa att det inte skäligen kan krävas att sådana åtgärder vidtas."

Forslagene om å lovfeste prinsipper om bevisføringsplikt ble utsatt for sterk kritikk, og ikke vedtatt. Kritikken gjaldt imidlertid ikke den nærmere fordelingen av bevisføringsansvaret.¹⁶²⁶

Det svenske utkastet ville nok i de fleste tilfeller gi en løsning som er i samsvar med direktivet. Det kan imidlertid være betenkelig dersom en med dette gir arbeidstaker en omfattende undersøkelses- og dokumentasjonsplikt mht. hvilke løsninger som kan være aktuelle på den enkelte arbeidsplass. Arbeidstaker vil selvsagt være den som har best tilgang til informasjon om egen funksjonsnedsettelse, og delvis også om hva som skal til for å kompensere for denne. Imidlertid vil arbeidsgiver ofte ha bedre oversikt over hvilke muligheter som finnes til å tilpasse arbeidssituasjonen. Det kan derfor i det konkrete tilfellet være urimelig – og i strid med sysselsettingsdirektivets krav om effektive sanksjoner – å pålegge arbeidstakeren å bevise at de tiltak hun har foreslått, ville vært effektive.

¹⁶²⁵ Forslag til lag (2003:000) om förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder. Gjengitt i SOU 2002:43 s. 43 flg. særlig s. 45.

¹⁶²⁶ Forslaget ble utsatt for kritikk fordi det ikke var lagt opp til en lettelse med hensyn til tvilsrisikoen, se nærmere ovenfor i kap. IV pkt. 4.5.

Spørsmålet om bevisføringsbyrde med hensyn til om tilretteleggingstiltak ville vært hensiktsmessige/effektive mv., synes ikke tatt opp i den svært begrensede praksis som foreligger med hensyn til tilrettelegging etter aml. § 13-5 (og forgjengeren aml. 1977 § 54F). I LDN-2007-21 konstaterer Diskrimineringsnemnda at arbeidsgiver har brutt sin plikt ved ikke å prøve å tilrettelegge, men uten å ta stilling til om tiltakene ville ha vært effektive i den forstand at arbeidstaker kunne ha beholdt arbeidet.

I forhold til arbeidstidsrettigheter etter aml. § 10-2 annet og fjerde ledd vil vanlige bevisbyrderegler gjelde. Det vil være opp til arbeidstaker å dokumentere de helsemessige behov som gjør det nødvendig med nattarbeid/reduert arbeidstid. Arbeidsgiver må dokumentere at en arbeidstidsreduksjon for den enkelte ville ha ført til ”vesentlig ulempe” for virksomheten.

2.4.7. Rettsmidler/sanksjoner.

2.4.7.1. Straffansvar for unnlatt tilrettelegging?

Tradisjonelt har en i norsk rett anvendt straff som sanksjon mot brudd på arbeidsmiljøregler, men i liten grad i forhold til brudd på diskrimineringsvernregulering.

EF-retten krever ikke at straff anvendes som sanksjon for brudd på de nasjonale bestemmelser som er gitt for å implementere direktivene om arbeidsmiljø og likebehandling.¹⁶²⁷ Kravet om at det skal anvendes sanksjoner som er likeverdige dem som anvendes etter nasjonal rett for tilsvarende rettsbrudd, kan likevel innebære at en må bruke straff som sanksjon for brudd på arbeidsmiljøregler som gjennomfører EF-arbeidsmiljørett, så langt dette er en sanksjon som anvendes etter nasjonal rett for brudd på nasjonale arbeidsmiljøregler.

Etter norsk rett er arbeidsgiverens plikter etter arbeidsmiljøloven i prinsippet straffesanksjonerte, se aml. § 19-1, med eksplisitt unntak bare for ”reglene i kapittel 14 og 15 om oppsigelsesvern”, § 19-1 fjerde ledd. Straffansvar kan ilegges direkte ved overtredelse av lovens regler, det er ikke noe vilkår at det foreligger vedtak eller pålegg fra Arbeidstilsynet.

Hele arbeidsmiljølovens kapittel 4 er altså omfattet av straffehjemmelen i aml. § 19-1. Dette gjelder også kravene til generell tilrettelegging i nåværende aml. § 4-1 fjerde ledd. Verken denne eller bestemmelsens forgjenger, aml. 1977 § 13 nr. 1, har imidlertid resultert i publisert strafferettspraksis. Det finnes noen få publiserte eksempler på at arbeidsgiver er blitt idømt straff for brudd på den individuelle tilretteleggingsbestemmelsen i aml. 1977 § 14 nr. 2 bokstav f, som er noenlunde parallell med nåværende aml. § 4-2 annet ledd bokstav b. Ingen av disse har gjeldt tilrettelegging

¹⁶²⁷

Se nærmere kap. II pkt. 3.3.

som var nødvendig pga. helsetilstand.¹⁶²⁸ Publisert rettspraksis gir ingen eksempler på straffansvar for brudd på tilpasningsplikt verken etter aml. § 4-6 første ledd eller etter den tidligere aml. 1977 § 13 nr. 2.

Den alminnelige straffehjemmel i aml. § 19-1 omfatter også brudd på arbeidsgivers plikter etter kapittel 13, herunder § 13-5. Det synes likevel svært lite praktisk at brudd på tilretteleggingsplikt etter aml. § 13-5 skal være gjenstand for strafferettslig håndheving etter arbeidsmiljøloven. Her kan det ha betydning at det *i tillegg* finnes en straffehjemmel etter ldo. § 13, for den som unnlater å etterkomme pålegg fra Ombudet eller Nemnda. Heller ikke i forhold til denne bestemmelse foreligger imidlertid praksis som gjelder straffansvar.

Brudd på arbeidstidskapitlets bestemmelser er også omfattet av straffehjemmelen i aml. § 19-1, uten at det eksplisitt gjøres unntak for individuelle arbeidstidsrettigheter. Straffansvar synes også i slike tilfeller særdeles lite aktuelt.¹⁶²⁹

Straffansvar for arbeidsgiver er altså en lite aktuell sanksjon i forhold til brudd på individuelle tilretteleggingsplikter.

2.4.7.2. Naturaloppfyllelse av tilretteleggingsplikt?

Er det grunnlag for å kreve naturaloppfyllelse av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging?

Jeg har tidligere vist at arbeidsgivers plikt til tilrettelegging så vel etter aml. § 4-6 som etter § 13-5 korresponderer med en tilsvarende rettighet for arbeidstaker. Dette innebærer at arbeidstaker må kunne få dom for at arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge. Det vil også kunne kreves midlertidig forføyning dersom vilkårene for dette er til stede, se nå tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a eller b.

I LB-1996-00778 krevde en tannpleier som var under attføring i annen stilling midlertidig forføyning for at arbeidsgiver skulle pålegges å medvirke til at A ”umiddelbart gjeninntre i stillingen som tannpleier ved Ski tannhelsetjeneste, og lar henne fortsette i stillingen inntil søksmål om omplassering til sekretærstillingen er endelig avgjort av retten”. Lagmannsretten fant imidlertid at de alminnelige vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt.

Ifølge tvangsl. § 13-14 fjerde ledd kan ”løpende mulkt” ikke anvendes for å ”tvinge noen til å motta en som er ansatt” i ”tjeneste i arbeidsforhold.” Det er derfor antatt at tvangsmulkt etter bestemmelsens første ledd ikke kan anvendes overfor arbeidsgiver som ikke retter seg etter en avgjørelse om ugyldighet eller gjeninntredelse i en oppsigelsessak. Ordlyden i unntaksbestemmelsen er ikke klar med hensyn til om den også omfatter krav om individuell tilrettelegging i et

¹⁶²⁸ Se for eksempel Rt. 1990 s. 1170, manglende erfaring, og Rt. 1982 s. 1022, ung alder.

¹⁶²⁹ Publiserte strafferettslige avgjørelser foreligger heller ikke her. Heller ikke etter tidligere aml. 1977 § 46A foreligger slik publisert praksis.

løpende arbeidsforhold. Den mest nærliggende tolking synes likevel å være at et krav om tilrettelegging med formål å gjøre arbeidstaker i stand til å utføre arbeid faller innenfor unntaksbestemmelsen. De hensyn som har begrunnet unntaket, synes å gjøre seg gjeldende også i forhold til krav om tilrettelegging.¹⁶³⁰ Tilrettelegging i forhold til en arbeidstaker med redusert arbeidsevne eller funksjonsnedsettelse vil være minst like byrdefullt for arbeidsgiver som å ta inn igjen en arbeidstaker som er blitt urettmessig oppsagt.¹⁶³¹ Jeg legger derfor til grunn at et krav om individuell tilrettelegging ikke kan fullbyrdes ved tvangsmulkt etter tvangsl. § 13-14 første ledd.

Andre bestemmelser kan likevel gi grunnlag for tvangsmulkt i forhold til manglende individuell tilrettelegging: Som vist ovenfor under pkt. 2.4.4.3 har Arbeidstilsynet kompetanse til å gi pålegg om naturaloppfyllelse av generelle og individuelle *vernetiltak*, og manglende oppfyllelse av slike pålegg kan sanksjoneres med løpende tvangsmulkt etter aml. § 18-7. Tvangsmulkt kan også ilegges av Diskrimineringsnemnda for å sikre at et pålegg, for eksempel om tilrettelegging, blir oppfylt, ldo. § 8 jfr. § 7 annet ledd. Disse må være *lex specialis* i forhold til tvangsl. § 13-14.

En arbeidsgivers plikt til å utarbeide oppfølgingsplan og til å gjennomføre dialogmøte under sykefravær, ftrl. § 25-2 annet ledd, kan gjennomføres ved tvangsmulkt etter ftrl. § 25-3 femte ledd. En slik oppfølgingsplan må forutsette at arbeidsgiver vurderer mulige oppfølgings tiltak. Det vil likevel i praksis være vanskelig å overprøve arbeidsgivers vurdering av at tilrettelegging ikke er mulig. Folketrygdloven gir heller ikke hjemmel for at Arbeids- og velferdsetaten kan pålegge arbeidsgiver å iverksette konkrete tilretteleggingstiltak. Så lenge arbeidsgiver har opptrådt formelt korrekt ved å utarbeide oppfølgingsplan og gjennomføre dialogmøte, vil det altså ikke foreligge grunnlag for tvangsmulkt etter folketrygdloven.

De individuelle arbeidstidsrettighetene i aml. §§ 10-2 annet ledd og fjerde ledd og § 10-6 tiende ledd vil som nevnt tas opp i Tvisteløsningsnemnda, som fatter bindende vedtak om evt. endring av arbeidstid. Dersom arbeidsgiver er uenig i vedtaket, vil han kunne bringe det inn for domstolene, se forutsetningsvis aml. § 17-2 tredje ledd. Den ordning Tvisteløsningsnemnda har fastslått, skal da stå ved lag inntil spørsmålet er avgjort av en domstol, aml. § 17-2 annet ledd annet pkt.

¹⁶³⁰ Det har vært vanskelig å få noen nærmere veiledning om hva som egentlig er formålet med unntaket, i forhold til arbeidstakers krav mot arbeidsgiver. Den var foreslått opphevd i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991), men ble tatt inn igjen i komitéinnstillingen, Innst. O. nr. 72 (1991-1992). Begrunnelsen i komitéinnstillingen synes utelukkende å være knyttet arbeidstakers interesse i å unngå tvangsmulkt, Innst. O. nr. 72 (1991-1992) s. 37. Forarbeidene til tidligere tvangsfyllbyrdelseslov gir heller ingen veiledning. Sannsynligvis må unntaket være begrunnet ut fra at forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er personlig og at det derfor ikke er rimelig å kreve tvangsfyllbyrdelse.

¹⁶³¹ Se Rt. 1989 s. 361, obiter dictum s. 364, hvor kjæremålsutvalget legger til grunn at den tilsvarende unntakshjemmelen i den tidligere tvangsfyllbyrdelsesloven ville komme til anvendelse i forhold til krav om gjeninntredelse etter tidligere aml. 1977 § 61 nr. 4.

2.4.7.3. Økonomisk kompensasjon for manglende tilrettelegging.

I hvilken utstrekning kan arbeidstaker etter gjeldende norsk rett kreve erstatning for økonomisk eller ikke-økonomisk tap på grunnlag av manglende tilrettelegging?

Et særtilfelle er hvor arbeidstaker har lidd et tap som følge av fysisk eller psykisk skade som skyldes mangelfulle individuelle tilretteleggingstiltak.

Brudd på arbeidsmiljøbestemmelser, herunder manglende individuelle vernetiltak, kan føre til fysisk eller psykisk helseskade for arbeidstaker. Fysisk¹⁶³² skade og sykdom arbeidstaker pådrar seg i en arbeidssituasjon vil etter norsk rett i regelen være dekket av pliktig yrkesskadeforsikring, ysfl. §§ 10 og 11, uavhengig av om arbeidsgiver har utvist skyld (og også uavhengig av om det overhodet foreligger brudd på arbeidsmiljøregler). Arbeidsgiver er da ansvarsfri, ysfl. § 8 første ledd første punktum. For tilfeller som faller utenfor yrkesskadeforsikringen – særlig fysiske og psykiske belastningslidelser – gjelder alminnelige erstatningsregler, ysfl. § 8 første ledd annet punktum. Dette inkluderer både skyldansvar og ulovfestet objektivt ”risikoansvar”, se for eksempel Rt. 2001 s. 1646.¹⁶³³ Arbeidstaker kan for eksempel kreve erstatning for psykisk skade som følge av mobbing, på det grunnlag at arbeidsgiver skulle ha iverksatt individuelle vernetiltak.

Som hovedregel vil imidlertid ikke rene unnlater av å tilrettelegge arbeidssituasjonen forårsake verken fysisk eller psykisk skade. Likevel kan manglende tilrettelegging føre til økonomisk tap, for eksempel ved at arbeidstaker er blitt henvist til trygdeytelser som er lavere enn lønnen; ved at lønnen varierer etter produksjon eller ved at hun ikke har kunnet gjennomføre kompetansegivende opplæring som ville ha gitt henne høyere lønn.

Det foreligger lite rettspraksis som gjelder erstatning for manglende tilrettelegging utenfor oppsigelsestilfellene.

LH-1993-00359 Hålogaland gjaldt en arbeidstaker som hadde vært ansatt i Norsk Jernverk og tilhørende selskap siden 1964, og som i 1992 ble oppsagt. Lagmannsrettens flertall frifant bedriften for kravet om å kjenne oppsigelsen ugyldig, men dømte arbeidsgiver til å betale erstatning på grunn av (et tidligere) brudd på eget atferdsreglement. Grunnlaget var at arbeidstaker ikke var blitt tilbudt en stilling som vedkommende etter atferdsreglementet hadde fortrinnsrett til.

Det må i hvert fall være grunnlag for skyldansvar for arbeidsgiver for manglende oppfølging av arbeidstakere med redusert arbeidsevne, aml. § 4-6. Legger vi til grunn at kravene om tilrettelegging utgjør ”grunnleggende krav til arbeidsmiljøet” som er en del av rettigheter og plikter i kontraktsforholdet,¹⁶³⁴ vil manglende oppfølging også kunne utgjøre kontraktsbrudd fra arbeids-

¹⁶³² Prinsipielt dekker yrkesskadeforsikringsloven også psykisk sykdom som følge av forhold i arbeidet, men dette vil i praksis bare omfatte bare sjokkskader i forbindelse med arbeidsulykker, se Ot.prp. nr. 44 (1988-1989) pkt. 4.3 og RG 2003 s. 478 Agder.

¹⁶³³ Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde fått KOLS ved arbeid i industrihaller. Se også RG 1992 s. 58 Alstahaug, hvor NSB ble kjent ansvarlig for en arbeidstakers hørselsskade på grunnlag av ulovfestet objektivt ansvar for uforvarlig ordning.

¹⁶³⁴ Se Rt. 1997 s. 1506, Stryn Apotek og ovenfor under pkt. 2.4.4.5.

giverens side. Her vil ansvarsgrunnlaget normal være skyldansvar med omvendt bevisbyrde.¹⁶³⁵ Dersom normen først er overtrådt, vil arbeidsgiver altså måtte vise at han ikke kan klandres. Aml. § 13-9 annet ledd om erstatning for økonomisk tap etter diskrimineringskapitlet, viser til ”de alminnelige regler”, som antakelig vil gi en tilsvarende løsning.¹⁶³⁶

Utgangspunktet, her som ellers, vil være at arbeidstaker skal ha erstatning for det fulle økonomiske tapet som er lidd. Som nevnt ovenfor kan tap som følge av manglende tilrettelegging være lidt ved at arbeidstaker er blitt henvist til trygdeytelser som gir lavere uttelling enn lønnen. Hun må da kunne kreve erstattet differansen mellom lønnen og trygdeytelsene. Ved brudd på arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. § 13-5 må arbeidstaker også kunne kreve kompensasjon for manglende fremgang i arbeidet, altså tapte lønnstillegg mv.

Individuell tilrettelegging så vel etter aml. § 4-6 som etter aml. § 13-5 krever ofte utredning og utprøving av mulige løsninger. Erstatning for økonomisk tap må forutsette at arbeidsgiver har vist uforsvarlig passivitet med hensyn til å finne løsninger, og kan derfor som regel ikke kreves før det er gått en tid etter at arbeidstakers vansker i arbeidet oppstod. Videre må kravet om økonomisk tap som følge av manglende tilrettelegging kunne avgrenses etter vanlige påregnelighetsbetraktninger. Særlig kan dette være aktuelt dersom arbeidstaker som følge av den manglende tilretteleggingen er blitt varig uføretrygdet.

LB-2000-03656 gjaldt direkte oppsigelse pga. virksomhetens forhold, men må også kunne få betydning i forhold til påregnelig tap ved manglende tilrettelegging utenfor en oppsigelsessituasjon. Lagmannsretten la til grunn at oppsigelsen var usaklig bl.a. fordi arbeidsgiver burde fremsatt tilbud etter aml. 1977 § 13 nr. 2. Om påregnelig tap uttaler lagmannsretten at den finner ”at det i alle tilfelle vil være utenfor en rimelig og adekvat følge av oppsigelsen at A ikke kunne forutsettes å være i fullt arbeid i vært [sic] fall tre år etter oppsigelsen i mai 1999. At A eventuelt fortsatt vil være syk og ervervsufør fremstår som ekstraordinært i forhold til hva som med rimelighet kunne forventes ut fra selskapets opptreden overfor ham.”

Vil det være grunnlag for ikke-økonomisk tap som følge av manglende individuell tilrettelegging?

Som jeg har vært inne på tidligere,¹⁶³⁷ krever erstatning for ikke-økonomisk tap spesialhjemmel etter norsk rett. Den viktigste spesialhjemmel på arbeidsrettens område er aml. § 15-12 annet ledd om erstatning for usaklig oppsigelse. Denne kan imidlertid ”neppe benyttes utenfor sitt område”, Rt. 1997 s. 1506. Det kan da heller ikke være grunnlag for analogisk anvendelse ved brudd på plikten til tilrettelegging etter aml. § 4-6 i et løpende arbeidsforhold. Ifølge aml. § 13-9

¹⁶³⁵ Se Krüger 1989 s. 790.

¹⁶³⁶ Det er lagt til grunn at erstatning for økonomisk tap i diskrimineringsstilfellene forutsetter subjektiv skyld, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329. Her vil det imidlertid ifølge aml. § 13-8 være delt bevisbyrde i forhold til selve normbruddet. I forhold til aml. § 4-6 og aml. § 13-5 synes det å være de samme momenter som er av betydning med hensyn til om det foreligger et normbrudd som med hensyn til om arbeidsgiver kan bebreides normbruddet.

¹⁶³⁷ Se under kap. IV pkt. 4.6.4.

første ledd første pkt. kan derimot en arbeidstaker som er blitt ”diskriminert i strid med dette kapittel” ”kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld”. Denne oppreisningsbestemmelsen omfatter også unnlatt tilrettelegging etter aml. § 13-5. Det foreligger ikke publisert praksis som gjelder oppreisning etter denne bestemmelse eller forgjengeren aml. 1977 § 54J nr. 1.

I NOU 2005: 8 foreslår Syse-utvalget at oppreisning som hovedregel ikke skal kunne anvendes i forhold til diskriminering i form av manglende tilrettelegging under arbeidsforholdet, utkastet § 16 tredje ledd. Pålegg om tilrettelegging er her foreslått som den primære sanksjon. Forslaget er begrunnet i at tilrettelegging i seg selv er ressurskrevende og at en oppreisning til den krenkede vil kunne ta ressurser som burde vært brukt til dette. Forslaget er imidlertid ikke fulgt opp i odelstingsproposisjonen¹⁶³⁸ eller i den vedtatte loven.

2.4.8. Egengjennomføring av tilrettelegging.

En spesiell form for gjennomføring av et tilretteleggingstiltak er at arbeidstaker selv iverksetter tilpasning av sin arbeidssituasjon. I praksis vil slik ”egentilpasning” forutsette at det dreier seg om forhold arbeidstaker selv kan påvirke. Arbeidstaker kan for eksempel ikke gi seg selv nye arbeidsoppgaver eller kreve hjelp av arbeidskolleger til arbeidsoppgaver hun ikke selv makter. Derimot vil tiltak som som reduksjon av arbeidstid, nektelse av å utføre visse typer arbeid, endring av måten arbeidet utføres på o.l., ligge innenfor det arbeidstaker i praksis selv kan gjennomføre.

Det arbeidsrettslige utgangspunktet er likevel at arbeidsgiveren har styringsretten, som bl.a. innebærer å kunne gi instruksjoner om *hva* arbeidstaker skal gjøre og *hvordan* arbeidet skal utføres. Arbeidstakeren kan ikke nekte å utføre de arbeidsoppgaver hun blir pålagt innenfor arbeidsavtalens ramme, med mindre det foreligger et spesielt grunnlag for dette.¹⁶³⁹ En uberettiget arbeidsnektelse vil utgjøre mislighold av arbeidsavtalen. Arbeidstaker kan da bli møtt med sanksjoner som avskjed eller oppsigelse. Ved mer omfattende/vedvarende nektelser kan hun dessuten bli ansett for selv å ha brakt sitt arbeidsforhold til opphør.

Alminnelig norsk arbeids- og kontraktsrett gir arbeidstaker rett til å nekte å utføre et arbeid på det grunnlag at det medfører fare for liv eller helse. Det følger videre av arbeidsmiljøloven § 2-3 annet ledd bokstav c at arbeidstaker skal ”avbryte arbeidet dersom arbeidstaker mener at det ikke kan fortsette uten å medføre fare for liv eller helse.”¹⁶⁴⁰ Det er ingen begrensning i aml. § 2-3 annet ledd bokstav c mht. *årsak* til risikoen, og nektelsesretten må også gjelde i de tilfeller hvor individuell sårbarhet, sykdom eller funksjonshemming er en medvirkende årsak til helsefaren i arbeidsmiljøet.¹⁶⁴¹ Arbeidsgiveren kan derfor bli henvist til å iverksette generelle vernetiltak etter aml. § 4-1 flg. eller individuelle vernetiltak etter aml. § 4-2 annet ledd bokstav b som forutsetning

¹⁶³⁸ Se NOU 2005: 8 s. 216-217 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 226-227.

¹⁶³⁹ Se bl.a. Fougner 2007 s. 299.

¹⁶⁴⁰ Se også rammedirektivet om arbeidsmiljø art. 8 (4).

¹⁶⁴¹ Slik også Fougner og Holo 2006 s. 138.

for at arbeidstaker skal ha plikt til å vende tilbake til arbeidet. Det finnes likevel få saker hvor arbeidstaker har nektet å utføre arbeid under henvisning til individuell helsefare, og så vidt jeg kan se ingen hvor hun har fått medhold.¹⁶⁴²

Arbeidstakers rett til fritak for arbeid ut over avtalt arbeidstid, aml. § 10-6 tiende ledd, kan hun selv iverksette. Det stilles heller ikke krav om dokumentasjon i form av legeerklæring for enkeltstående nektelser.¹⁶⁴³ Arbeidstakers vurdering av om vilkårene for fritak var til stede er likevel ikke enerådende. Mener arbeidsgiver at det ikke var grunnlag for individuelt fritak, vil han kunne reagere med avtalerettslige sanksjoner, og overlate til arbeidstaker å reise sak for å prøve om disse er berettiget. Dersom den enkelte arbeidstakeren konsekvent nekter å arbeide ut over avtalt arbeidstid, er det også lagt til grunn at det vil være nødvendig med legeerklæring.¹⁶⁴⁴ Arbeidstaker er ikke gitt noen rett til selv å redusere sin arbeidstid etter aml. § 10-2 fjerde ledd eller gå over til dagarbeid etter aml. § 10-2 annet ledd. Dersom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke kommer til enighet, vil tvisten måtte bringes inn for Tvisteløsningsnemnda etter aml. § 10-13.

Ved sykdom kan arbeidstaker selv melde seg syk i inntil tre eller åtte dager, se frtl. § 8-24.¹⁶⁴⁵ I slike tilfeller vil arbeidstaker selv vurdere sin egen funksjonsevne. Egenmelding utgjør ikke noe endelig bevis for at arbeidstaker var arbeidsufør pga. sykdom, se Rt. 1986 s. 1429, men vil i praksis legges til grunn dersom arbeidsgiver ikke konkret kan påvise forhold som gjør dette lite trolig.¹⁶⁴⁶ Ut over disse tre/åtte dagene kreves sykmelding fra lege. Arbeidstaker kan ikke på egenhånd gjennomføre gradert eller aktiv sykmelding.

Aml. § 13-15 hjemler ikke noen rett til "egentilpassing" fra arbeidstakers side. Dersom arbeidsgiver ikke mener at han er pliktig til å tilrettelegge, må arbeidstaker bringe en sak om tilpassing inn for de særlige håndhevingsorganene eller for domstolene, se bl.a. aml. § 13-9.¹⁶⁴⁷ Loven og direktivet den bygger på krever ikke noen rett for arbeidstakerne til å nekte å utføre visse typer arbeid, og heller ikke noen beskyttelse mot negative sanksjoner som følge av en slik arbeidsnektelse, sml. tidl. aml. 1977 § 54G. Diskrimineringsvernreguleringen gir altså ikke arbeidstaker økte rettigheter når det gjelder selv å kunne gjennomføre tilretteleggingstiltak.

¹⁶⁴² Disse sakene gjelder stor sett arbeidstakere som er blitt omplassert, og så har nektet å arbeide på den nye, og påstått helsefarlige, avdelingen. Jeg viser til pkt. 3.1 om omplassering.

¹⁶⁴³ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 66 og Fougner og Holo 2006 s. 451.

¹⁶⁴⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 66. Sml. også Tvisteløsningsnemndas sak 25/06, hvor arbeidstaker fikk medhold i at han hadde krav på fritak for såkalte "bakvakter".

¹⁶⁴⁵ At egenmeldingsperioden vil være åtte dager for inkluderende arbeidslivsvirksomheter, fremkommer av Arbeids- og velferdsetatens internetthjemmesider.

¹⁶⁴⁶ I Rt. 1986 s. 1429 hadde lagmannsretten forutsatt at arbeidstakeren skal sannsynliggjøre at fraværet var lovlig. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler at "[b]estemmelsen i arbeidsmiljøloven § 66 nr. 3 er en unntaksregel, og lagmannsrettens utgangspunkt må derfor [min kursiv] anses riktig."

¹⁶⁴⁷ Dette er heller ikke i strid med sysselsettingsdirektivet art. 9, som krever at en arbeidstaker som mener seg diskriminert skal kunne "klage" til rettslige eller administrative organer. En legger altså opp til rettslig og/eller administrativ overprøving og ikke "egengjennomføring".

2.5. Oppsummering og konklusjoner – tilrettelegging.

Tilrettelegging av arbeidet er, som nevnt innledningsvis, av svært stor praktisk betydning for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Dette gjelder både generell og individuell tilrettelegging av arbeidsmiljø og arbeidsforhold. Under pkt. 2 har jeg i en viss utstrekning gått inn på generelle krav til arbeidsmiljø og tilgjengelighet, men fremstillingen har i hovedsak vært konsentrert om kravene til individuell tilrettelegging.

Som vist finnes mange og ulike hjemler for krav om individuell tilrettelegging som får betydning for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. De ulike hjemlene har ulikt ambisjonsnivå, ulikt omfang (bredde og dybde) og ulik gjennomføringsmåte.

Arbeidsmiljøreguleringen hjemler plikt til generelle og individuelle tiltak med formål å verne mot ulykkesrisiko eller belastninger i arbeidet. Aml. § 4-6 og arbeidstidsrettighetene omfatter denne dimensjonen, men har i tillegg som formål at arbeidstaker skal settes i stand til å utføre arbeid og dermed beholde sin tilknytning til virksomheten. Aml. § 13-5 gir hjemmel for krav om tilrettelegging også med det formål at arbeidstaker skal kunne ha fremgang i arbeidet og gjøre karriere.

Noen bestemmelser omfatter bare ett konkret tiltak. Dette gjelder for eksempel de spesielle bestemmelsene om arbeidstidstilpasninger. Andre hjemler, slik som aml. § 4-6 og § 13-5, er generelle i den forstand at de omfatter et bredt spekter av tiltakstyper. Det synes ikke å være vesentlige forskjeller med hensyn til hvilke tiltakstyper som omfattes av henholdsvis aml. § 4-6 og § 13-5. For eksempel må aml. § 13-5 omfatte plikt til omplassering hvor arbeidstaker som følge av inntrådt funksjonsnedsettelse ikke lenger kan fungere i den stillingen hun er ansatt i. Det er her interessant å merke seg at tiltakene etter aml. § 13-5 ikke bare omfatter den høyt kvalifiserte arbeidstaker på vei *opp* karrierestigen, men også arbeidstakere som på grunn av redusert arbeidsevne står i fare for å miste sitt arbeidsforhold.

Arbeidsgivers plikt til å tåle ulemper som følge av tilretteleggingstiltakene kan også variere. Arbeidstaker kan ha en absolutt rett til visse typer tilretteleggingstiltak så lenge de helsemessige vilkår er til stede. Dette gjelder for eksempel fritak for arbeid ut over avtalt arbeidstid. I de fleste tilfeller er det likevel gitt anvisning på en interesseavveining, hvor arbeidsgivers ulemper ved tilretteleggingstiltakene vil være relevante. Arbeidsgivers plikt til å tåle ulemper som følge av tilretteleggingstiltak synes etter ordlyden å gå lenger i forhold til aml. § 4-6, ”så langt det er mulig”, enn i forhold til aml. § 13-5, ”så langt det er mulig” med forbehold for ”uforholdsmessig stor byrde”. I forarbeidene har en likevel også her lagt seg på en parallell tolking av bestemmelsene.

De viktigste forskjeller mellom den tradisjonelle arbeidsmiljø- og kontraktsvernreguleringen og den nyere diskrimineringsvernreguleringen ligger imidlertid i gjennomføringsmåten.

Arbeidsmiljøreguleringen har et vesentlig sterkere offentligrettslig innslag enn diskrimineringsvernreguleringen. At den enkelte vernes mot belastninger i arbeidsmiljøet er et offentligrettslig krav som ikke kan disponeres bort av den enkelte arbeidstaker. Det samme gjelder arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6.

Et utslag av at offentligrettslige krav og interesser er relevante er at det stilles eksplisitte krav til medvirkning fra arbeidstakers side i forhold til tilrettelegging etter aml. § 4-6, særlig under sykmelding. Arbeidstaker har ingen tilsvarende lovfestet medvirkningsplikt etter aml. § 13-5 og betydningen av arbeidsgivers medvirkning er ikke trukket frem i forarbeidene til denne bestemmelsen. Det er likevel klart at manglende opplysning om behov for tilrettelegging eller manglende samarbeid ved iverksetting av tiltak vil ha betydning for omfanget av arbeidsgivers plikter også etter aml. § 13-5.

En praktisk viktig forskjell vil videre være at arbeidstaker med ”funksjonshemming” vil ha mulighet for å bringe et krav etter aml. § 13-5 inn for Diskrimineringsombudet. Diskrimineringsnemnda kan gi pålegg om tilrettelegging, ldo. § 7. Det foreligger altså her en klar individuell rettighet for arbeidstaker, som i tillegg kan håndheves på en enkel og billig måte. Et vesentlig ankepunkt mot aml. § 4-6 og den tidligere aml. 1977 § 13 nr. 2 har nettopp vært mangelen på praktiske håndhevingsmuligheter for den enkelte arbeidstaker, hvor arbeidsgiver ikke oppfylte sine plikter. Det er likevel klart at Ombudet med sine vel 40 ansatte til oppfølging av seks ulike diskrimineringsgrunnlag ikke har kapasitet eller mulighet for oppsøkende tilsyn eller å utrede mulige løsninger på arbeidsplassen.¹⁶⁴⁸ Pålegg om endringer på arbeidsplassen for å tilrettelegge for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse skiller seg i praksis fra og krever andre typer vurderinger og ekspertise enn for eksempel pålegg om å endre diskriminerende avtalte arbeidsvilkår.¹⁶⁴⁹ Det store gross av til dels kompliserte saker som gjelder individuell tilrettelegging i arbeidsforhold vil derfor stadig måtte bli behandlet utenfor det særlige håndhevingsapparatet for diskrimineringsaker.

¹⁶⁴⁸ Se også Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 64.

¹⁶⁴⁹ Dette trekkes blant annet i frem Sosialdepartementets høringsuttalelse gjengitt i Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 69. Departementet understreker videre ”at dette ikke kun handler om behov for bygningsteknisk kompetanse med [sic] også kompetanse innen arbeidshelse”.

3. Likebehandlingskrav og diskrimineringsvern under arbeidsforholdet – enkelte emner.

3.1. Fordeling av arbeidsoppgaver/omplussing.

Under dette avsnitt drøftes grenser for arbeidsgivers styringsrett i forhold til å endre arbeidsoppgavene til en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Fremstillingen avgrenses i utgangspunktet mot omfordeling av arbeidsoppgaver/omplussing som er ment å utgjøre et individuelt tilretteleggingstiltak.¹⁶⁵⁰ En tvist om arbeidsgivers endringskompetanse kan oppstå hvor en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse mener at arbeidsgiver har fordelt arbeidet slik at hun har fått de minst interessante og kompetansegivende oppgavene, eller at hun er blitt omplassert til dårligere arbeidsvilkår.

Det rettslige utgangspunktet vil være at arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan organisere og fordele arbeidet,¹⁶⁵¹ herunder *omorganisere* og *omfordele*. Arbeidsgiver kan i medhold av styringsretten ensidig frata og tildele en arbeidstaker arbeidsoppgaver, samt endre vedkommendes arbeidsvilkår, så lenge disse endringene ikke er så omfattende at de går ut over arbeidsavtalens ramme. Styringsretten er likevel i stigende utstrekning blitt begrenset, også med hensyn til beslutningenes materielle innhold. I Rt. 2001 s. 418, Kårstø, legger Høyesterett til grunn at styringsretten begrenses av ”mer allmenne saklighetsnormer”. Videre begrenses arbeidsgivers styringsrett av forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, aml. § 13-1.

Hvorvidt disse begrensningene også har praktisk betydning, vil avhenge av arbeidstakers mulighet for å få overprøvd om arbeidsgivers praksis eller enkeltbeslutninger er rettmessige. Slik overprøving kan blant annet skje ved sak for domstolene, i forhold til offentlig arbeidsgiver ved klage til Sivilombudsmannen, eller, hvor arbeidstaker påberoper seg brudd på aml. kap. 13, ved klage til Diskrimineringsombudet.¹⁶⁵² Videre kan det bli spørsmål om arbeidstaker kan nekte å utføre arbeidsoppgaver på det grunnlag at hun mener at (om-)fordelingen eller omplasseringen er usaklig eller diskriminerende.

Jeg tar først opp om arbeidstaker kan reise søksmål for domstolene i saker som gjelder fordeling av arbeidsoppgaver eller omplassing.

¹⁶⁵⁰ Spørsmålet om arbeidsgivers valg mellom ulike tilretteleggingstiltak er tatt opp ovenfor, under pkt. 2.3.4. Her er det likevel klart at problemstillingene lett vil gli over i hverandre.

¹⁶⁵¹ Se blant annet Andersen 1967 s. 149 og Jakhelln 2006 s. 48.

¹⁶⁵² Tvist om endringsbeslutning kan selvsagt også løses etter drøftelser mellom arbeidsgiver, arbeidstaker og tillitsvalgte. Tariffparten kan eventuelt påberope seg at en omplassing er i strid med en tariffavtale, se her til illustrasjon ARD 1986 s.165 Håkon Høst. Jeg går ikke nærmere inn på disse gjennomføringsmåter.

Arbeidstaker kan reise søksmål etter tvisteloven § 1-3 om ”rettskrav” dersom hun påviser et ”reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte”. Som jeg har vært inne på, er det stilt relativt beskjedne krav til et slikt behov i arbeidsrettslige tvister, se Rt. 2001 s. 1413. På bakgrunn av en gjennomgang av praksis legger Fougner til grunn at ”endringsbeslutning som pretenderes å ha økonomiske konsekvenser for arbeidstakeren (...) normalt [vil] kunne prøves for domstolene” samt at ”hvis endringsbeslutningen hviler på et påstått usaklig grunnlag, vil kravet til rettslig interesse normalt være oppfylt selv om en dom ikke vil få andre konsekvenser enn å få fastslått beslutningens rettsstridige grunnlag”.¹⁶⁵³ Intensiteten i domstolenes overprøving av styringsrettsbeslutninger vil likevel variere i forhold til hvor inngrepene en beslutning er.¹⁶⁵⁴

Endringer av arbeidstid, -sted eller -oppgaver av et visst omfang blir gjerne betegnet som en ”omplassering”.¹⁶⁵⁵ En arbeidstaker kan ha et reelt behov i å få fastslått at en omplassering bygger på et urettmessig grunnlag, for eksempel helseproblemer eller funksjonsnedsettelse uten virkning for arbeidsevnen. I HR-1999-00699k finner Kjæremålsutvalget riktignok ”ikke grunn til å gå nærmere inn på det mer generelle spørsmål om gyldigheten av en arbeidsgivers omplassering av en arbeidstaker fra en stilling til en annen i det hele tatt kan prøves av domstolene.”¹⁶⁵⁶

Rettmessigheten av en omplassering har likevel i praksis vært prøvd i flere tilfeller, se f.eks. Rt. 2004 s. 1588, hvor Høyesterett tar stilling til gyldigheten av en avtale om omplassering i forhold til avtl. § 36.¹⁶⁵⁷ Den liberale standard som er satt i Rt. 2001 s. 1413 må også få betydning for adgangen til å få avgjort om en omplasseringsbeslutning hviler på et urettmessig grunnlag. Det er åpenbart at en arbeidstaker kan fremme krav som følge av at en omplasseringsbeslutning er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, se aml. § 13-2 første ledd bokstav a. Det samme må imidlertid gjelde hvor arbeidstaker påberoper seg at en omplasseringsbeslutning innebærer brudd på et alminnelig likebehandlingsprinsipp i arbeidsforhold.

Den løpende fordeling av arbeidsoppgaver er i stor utstrekning underlagt arbeidsgivers skjønnsmessige kompetanse. Ett mulig grunnlag for rettslig overprøving er at ulikebehandlingen med hensyn til fordeling av arbeidsoppgaver går så langt at dette kan karakteriseres som mobbing/trakassering, jfr. aml. § 4-3 tredje ledd. I så fall kan arbeidstaker kreve erstatning for

¹⁶⁵³ Fougner 2007 s. 308-309. Fremstillingen bygger på tvml. § 54, men tvisteloven av 2005 § 1-3 viderefører i hovedsak rettstilstanden etter denne bestemmelse.

¹⁶⁵⁴ Se nærmere Jakhelln 2006 s. 63-64.

¹⁶⁵⁵ Se nærmere om begrepet ”omplassering” under pkt. 2.3.2.3 om organisatoriske tilpasningstiltak.

¹⁶⁵⁶ En fant at arbeidstaker i det konkrete tilfellet ikke hadde rettslig interesse fordi omplasseringen ikke var blitt gjennomført. Det fremgår videre av referatet at en erstatningssak arbeidstaker hadde anlagt på grunnlag av økonomisk tap lidt ved omplasseringen var blitt fremmet.

¹⁶⁵⁷ Her var imidlertid ikke påstått avvisning på det grunnlag at kommunen eventuelt ville ha kunnet beslutte omplassering ensidig. I RG 1989 s. 653 Eidsivating synes lagmannsretten å ha antatt at arbeidstaker i utgangspunktet hadde rettslig interesse i å få overprøvd et omplasseringsvedtak.

økonomisk tap hun har lidd som følge av trakasseringen.¹⁶⁵⁸ Videre kan manglende tildeling av arbeidsoppgaver gå så langt at dette i seg selv kan anses som en reell oppsigelse.¹⁶⁵⁹ Endelig kan arbeidstaker kunne reise sak på det grunnlag at arbeidsgivers løpende fordeling av arbeidsoppgaver stiller henne dårligere som følge av funksjonshemming, se aml. § 13-2 første ledd, jfr. § 13-1 første ledd.

Arbeidstaker som mener seg diskriminert *på grunn av funksjonshemming* ved den løpende fordelingen av arbeidsoppgaver eller ved en konkret omplassering kan i tillegg få prøvd dette for Diskrimineringsombudet, aml. § 13-2 første ledd og Idol. § 3 fjerde ledd og § 6.¹⁶⁶⁰ Ombudet har som hovedregel plikt til å behandle enhver klage som reises av part. Imidlertid kan Ombudet etter Idol. § 3 femte ledd tredje pkt. henlegge en sak dersom ”det ikke finner grunn for videre behandling”. Dette utgjør en mulighet for å henlegge saker som er for bagatellmessige til å følges opp.¹⁶⁶¹

Dersom fordelingen av arbeidet bygger på generelle kriterier som virker diskriminerende overfor arbeidstakere med funksjonsnedsettelse kan Diskrimineringsnemnda også ha grunnlag for å gi pålegg om å endre denne generelle praksisen eller disse generelle kriteriene, se Idol. § 7 annet ledd første pkt. Det er mer usikkert om Nemnda vil kunne gi pålegg om å omgjøre en konkret omplassering. Nemndas påleggskompetanse er begrenset ut fra et forholdsmessighetsprinsipp. I forarbeidene gis uttrykk for at ”pålegg primært vil være aktuelt å ilegge når det diskriminerende forholdet vedvarer, og ikke når det dreier seg om enkeltstående avsluttede tilfeller av diskriminering.”¹⁶⁶²

Er arbeidsgiver et forvaltningsorgan, vil en omplasseringsbeslutning kunne klages inn for Sivilombudsmannen, se ombudsmannsloven § 6.¹⁶⁶³

Hvilke prosessuelle rettigheter har arbeidstaker i saker som gjelder omfordeling av arbeidsoppgaver og omplassering?

Er arbeidsgiver et forvaltningsorgan, vil bestemmelser om partsinnsyn fvl. § 18 få anvendelse for (saksforberedelse ved) enkeltvedtak. Et enkeltvedtak som er truffet, skal også

¹⁶⁵⁸ Se her til illustrasjon TOSLO-2001-2713 som gjaldt krav etter skadeserstatningsloven som følge av påstått trakassering som blant annet bestod i fratakelse av arbeidsoppgaver.

¹⁶⁵⁹ Se her til illustrasjon TOSLO-2001-09502 NUPI hvor arbeidstaker pga. oppstått konflikt på arbeidsplassen over lengre tid overhodet ikke fikk tildelt arbeidsoppgaver. Dette ble av tingretten vurdert som en reell oppsigelse.

¹⁶⁶⁰ Se her til illustrasjon LKN-1990-12 hvor Klagenemnda for likestilling tok stilling til om arbeidsgiver hadde diskriminert en kvinne i forbindelse med fordeling av arbeidsoppgaver.

¹⁶⁶¹ Se Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 100. Se også Vigerust 1998 s. 341-342 om en mulig avgrensning mot bagatellmessige saker ved Likestillingsombudets håndheving av forbudet mot kjønnsdiskriminering.

¹⁶⁶² Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 70, hvor det blant annet vises til at Nemnda ikke kan gripe inn i en konkret ansettelses sak og pålegge arbeidsgiver å ansette en forbigått arbeidstaker. Det kan likevel hevdes at et pålegg om å omgjøre en konkret omplassering av en arbeidstaker vil være mindre inngripende i forhold til arbeidsgiver enn et pålegg om å ansette en arbeidssøker.

¹⁶⁶³ Relevant praksis synes ikke å foreligge.

begrunnes, fvl. § 24 første ledd.¹⁶⁶⁴ Beslutninger om omfordeling av arbeidet eller omplassering av arbeidstaker vil likevel ikke være enkeltvedtak, med mindre det dreier seg om en ”forflytting” av offentlig tjenestemann,¹⁶⁶⁵ eller en reell oppsigelse eller avskjed, fvl. § 2 annet ledd.

Arbeidstaker har ikke noe lovfestet krav på innsyn i saksbehandlingen hos privat arbeidsgiver. Arbeidsgivers styringsrettsbeslutninger under arbeidsforholdet, herunder om fordeling av arbeidet og omplassering, er heller ikke undergitt krav om begrunnelse etter arbeidsmiljøloven. Heller ikke aml. kap. 13 i arbeidsmiljøloven gir arbeidsgiver noen direkte opplysnings- eller begrunnelsesplikt ved beslutninger som tas under arbeidsforholdet.¹⁶⁶⁶ Blir arbeidstaker omplassert utenfor arbeidsavtalens ramme, vil imidlertid kravet om begrunnelse for oppsigelse komme til anvendelse. Hvor en sak er brakt inn for Diskrimineringsombudet eller Sivilombudsmannen vil disse instanser kunne kreve ytterligere opplysninger.¹⁶⁶⁷

Arbeidsgivers styringsrett innebærer at arbeidstaker som utgangspunkt ikke kan nekte å utføre de nye arbeidsoppgavene fordi hun mener at arbeidsgivers beslutninger bygger på usaklige hensyn/er diskriminerende.¹⁶⁶⁸

3.2. Lønn.

Under dette punkt vil jeg kort ta opp hvilke grenser et alminnelig likebehandlingskrav /forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming kan sette for lønnsfastsettelsen. Jeg understreker at fremstillingen er oversiktspreget og ikke uttømmende.

Forbudet mot lønnsdiskriminering i forhold til *kjønn* er tatt opp i norsk juridisk litteratur blant annet av Vigerust (2003),¹⁶⁶⁹ Holgersen (1998)¹⁶⁷⁰ og Holgersen (1984).¹⁶⁷¹ Forbudet mot lønnsdiskriminering i forhold til funksjonshemming reiser delvis de samme problemstillinger, f.eks. med hensyn til deltidsansattes stilling. Men i forhold til funksjonshemming vil det antakelig i større utstrekning være avtalt direkte lønnsforskjeller, basert på antatte og/eller reelle forskjeller i arbeidsevne.

¹⁶⁶⁴ Med mindre det er gjort unntak med hjemmel i fvl. § 3 annet ledd første punktum.

¹⁶⁶⁵ Forflytting innebærer pålegg om å utføre arbeid på nytt tjenestested for lengre tid slik at arbeidstaker må flytte eller blir påført vesentlige ulemper, se Fanebust 1987 s. 25-26. En omplassering fra ett arbeidssted til et annet vil innebære en forflytting dersom det er relativt stor geografisk avstand mellom tjenestestedene.

¹⁶⁶⁶ Se nærmere om begrunnelsen for dette Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.8. s. 48. Et forslag om rett til forhandlinger i saker som gjaldt forskjellsbehandling etter aml. 1977 kap XA ble fremmet av et flertall i kommunal-komiteén, men ikke vedtatt, se Innst. O. nr. 52 (2003-2004) s. 21, utkast til aml. § 54J.

¹⁶⁶⁷ Se henholdsvis ldo. § 11 og ombudsmannsloven § 7.

¹⁶⁶⁸ Se nærmere om den delvis parallelle problemstillingen med hensyn til egengjennomføring av tilretteleggingstiltak pkt. 2.4.8 ovenfor. Se også Fougner 2007 s. 299-300 om resignasjonsplikt for arbeidstaker i forhold til arbeidsgivers endringsbeslutning.

¹⁶⁶⁹ Elisabeth Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4 (2003) s. 1-49.

¹⁶⁷⁰ Gudrun Holgersen, Likestillingsloven og tariffavtaler, i Stat, politikk og folkestyre, Festskrift til Per Stavang 1998 s. 531 flg.

¹⁶⁷¹ Gudrun Holgersen, Likestillingsloven: særlig om lovens anvendelse i utdanning og næringsliv, 1984, s. 81 flg.

Etter gjeldende norsk rett foreligger flere mulige hjemmelsgrunnlag for krav om lik lønn for likt arbeid eller arbeid av lik verdi, som kan være av betydning for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Et arbeidstaker omfattet av tariffavtale, vil tariffrettslige *ufravikelighetsnormer* hindre at hun lønnes lavere enn tariff. Det vil ikke være adgang til å inngå avtaler om f.eks. lavere lønn som følge av redusert arbeidsevne med mindre tariffavtalen eksplisitt skulle hjemle dette. En organisert arbeidstaker vil kunne kreve lønn etter tariffavtalen selv om det skulle være inngått individuell avtale om lavere lønn, se arbtv. § 3 nr. 3 og tjvtl. § 13 nr. 1.

Et *alminnelig likelønnsprinsipp* hjemles i FN-ØSK art. 7 bokstav a, underpkt. i, hvor konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til "lik lønn for arbeid av lik verdi uten forskjellsbehandling av noe slag". Det aksessoriske diskrimineringsforbudet i FN-ØSK art. 2 nr. 2 i forhold til konvensjonens rettigheter omfatter blant annet arbeidstaker med funksjonshemming.¹⁶⁷² FN-ØSK er gjort til norsk lov ved mrl. § 2. Likelønnsprinsippet kan påberopes av den enkelte arbeidstaker, og avtl. § 36 kan gi grunnlag for krav om avtalerevisjon.¹⁶⁷³

Diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 første ledd gjelder også for lønns- og arbeidsvilkår, se § 13-2 første ledd bokstav c.¹⁶⁷⁴ Forbudet mot direkte diskriminering innebærer at en arbeidstaker ikke kan behandles dårligere enn en annen i en "tilsvarende situasjon" på grunn av funksjonshemming.¹⁶⁷⁵ Hva som er en "tilsvarende situasjon" må avgjøres på grunnlag av situasjonen etter at pliktige tilretteleggingstiltak etter aml. § 13-5 er iverksatt.¹⁶⁷⁶ Dette må blant annet innebære at arbeidsgiver ikke kan sette ned lønnen til arbeidstaker for å dekke kostnadene ved teknisk tilrettelegging. Videre følger det av forbudet mot indirekte diskriminering at formelt nøytrale kriterier som brukes ved lønnsfastsettelse, ikke i realiteten må diskriminere arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Avtalte lønnsvilkår i arbeids- eller tariffavtale som bryter med diskrimineringsforbudet vil være ugyldige etter aml. § 13-9 tredje ledd. Også her vil avtaleloven § 36 kunne gi hjemmel for et krav om avtalerevisjon.¹⁶⁷⁷

Hvordan en arbeidstakers lønn i praksis fastsettes, varierer: Lønnen kan følge fullt ut av reglement eller tariffavtalebestemmelser eller være fastsatt fullt ut individuelt. Mer vanlig er imidlertid at lønnen for den enkelte fastsettes ut fra en kombinasjon av disse faktorer: Arbeidstaker

¹⁶⁷² Se General comment (5) (1994) til FN-ØSK Persons with disabilities avsnitt 25 og FNs standardregler av 1993, regel 7, underpunkt 6.

¹⁶⁷³ Se bl.a. NOU 1979: 32 s. 51 om forholdet mellom diskrimineringsforbud og avtaleloven § 36. Tilsvarende Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36.

¹⁶⁷⁴ Se også sysselsettingsdirektivets art. 3 nr. 1 bokstav c.

¹⁶⁷⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹⁶⁷⁶ Se under kap. IV pkt. 3.3.4.2.

¹⁶⁷⁷ Slik også Vigerust 2003 s. 32-33. Standpunktet gjelder direkte tariffavtaler, men tilsvarende må gjelde lønnsvilkår i individuelle arbeidsavtaler.

innplasseres på et lønnstrinn/lønnskala e.l. som angir generelle minimumssatser, og deretter fastsettes individuelle personlige tillegg etter lokale forhandlinger. "Trenden i tiden" er at individuelle tillegg utgjør en økende andel av arbeidstakers lønn.

Lønnsforskjeller mellom arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse og andre arbeidstakere kan oppstå ved at det under henvisning til redusert arbeidsevne gjøres eksplisitt unntak fra generelt fastsatte lønnsvilkår. Videre kan en arbeidstaker på grunn av manglende tilrettelegging ha gått glipp av kompetansegivende kurs etc., som ville kvalifisert til høyere lønn. Generelle lønnsforskjeller kan også oppstå ved at arbeidstakere med helseproblemer/funksjonsnedsettelse i mindre utstrekning får gjennomslag for sine krav ved lokale lønnsforhandlinger eller ved individuelle forhandlinger utenfor tarifforhold. Videre kan lønnsvilkårene stille deltidsansatte dårligere enn heltidsansatte, noe som i særlig grad rammer arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Jeg vil først ta for meg tilfeller der det eksplisitt er avtalt at arbeidstaker skal ha lavere lønn, som følge av redusert arbeidsevne. Blant annet kan tariffavtaler inneholde adgang til å inngå individuelle avtaler med arbeidstakere på dette grunnlag.

I saken som var oppe i LF-1996-23, Cerebral Parese-foreningen, var det inngått arbeidsavtale om at en arbeidstaker med cerebral parese skulle arbeide full tid for halv lønn, samtidig som han oppebar 50 % uførepensjon. Arbeidstaker frasa seg imidlertid seinere uførepensjonen og krevde full lønn fra arbeidsgiver. Han påberopte seg prinsipalt at avtalen var i strid med ufrihetsprinsippet i arbtv. § 3 nr. 3, subsidiært at den var i strid med avtl. § 36.¹⁶⁷⁸ Han fikk ikke medhold i noen av disse grunnlagene. Retten la blant annet til grunn at det i arbeidslivet, såvel innenfor offentlig som privat sektor, i praksis inngås særavtaler som avviker fra normalavtalene, enten disse er basert på tariffavtaler eller individuelle arbeidsavtaler.¹⁶⁷⁹ Det var i dette tilfellet berettiget å inngå en arbeidsavtale med halv lønn for fulltidsarbeid, på grunnlag av arbeidstakers reduserte arbeidsevne.

Avgjørelsen er fra før diskrimineringsforbudet i kap 13/tidl. aml. 1977 kap. X A. I forhold til forbudet mot direkte diskriminering vil det i et tilsvarende tilfelle måtte vurderes om arbeidstaker var i en tilsvarende situasjon som en sammenlikningsperson i samme stilling uten funksjonsnedsettelse. Arbeidsgiver vil bryte forbudet mot direkte diskriminering dersom han for eksempel setter nedsatt lønn som vilkår for å inngå en arbeidsavtale med en arbeidstaker som har en

¹⁶⁷⁸ Saken gjaldt direkte oppsigelse som følge av at arbeidstaker ensidig nedsatte sin daglige arbeidstid, da han ikke fikk utbetalt lønn for hel stilling hos arbeidsgiver. Domstolen tok prejudisielt stilling til gyldigheten av arbeidsavtalens lønnsvilkår.

¹⁶⁷⁹ Det var her noe uklart om arbeidsgiver var bundet av tariffavtalens vilkår, men lagmannsretten tok ikke direkte stilling til dette.

funksjonsnedsettelse, men ikke har redusert arbeidsevne. Arbeidstaker vil da i medhold av aml. § 13-9 tredje ledd, jfr. avtl. § 36, kunne kreve oppjustert sin lønn. Dersom funksjonsnedsettelsen virkelig innebærer nedsatt arbeidsevne, vil det imidlertid ikke foreligge direkte diskriminering.

Videre kan arbeidstaker mene at hun har gått glipp av lønnsfordeler som følge av manglende tilrettelegging. Et eksempel kan være at hun ikke har hatt mulighet for å ta et bestemt kompetansegivende kurs fordi dette ikke var tilrettelagt for hennes funksjonsnedsettelse. Klarer arbeidstaker her å sannsynliggjøre at hun har gått glipp av en bestemt lønnsøkning som følge av diskriminering (herunder manglende tilrettelegging), må dette kunne gi grunnlag for krav om oppjustering.

I LDN-2008-3 hevdet arbeidstaker at hun, på grunn av blant annet funksjonshemming, var blitt diskriminert med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår. Det synes her klart at arbeidstaker hadde hatt en dårligere lønnsutvikling enn andre i sammenliknbare stillinger. Nemnda fant imidlertid ikke at arbeidstaker hadde lagt frem konkrete holdepunkter for at hennes dårlige lønnsutvikling hadde samband med funksjonshemming.

Arbeidstaker kan også mene at hun er blitt diskriminert ved lokale kollektive forhandlinger eller i en individuell forhandlingssituasjon. Et alminnelig likelønnsprinsipp samt forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming vil også sette grenser for lønnsfastsettelsen i en slik situasjon.¹⁶⁸⁰ Problemet er imidlertid at lønnsfastsettelse i svært mange tilfeller bygger på mange ulike, og ofte vanskelig overprøvbare faktorer.¹⁶⁸¹ Det kan derfor være praktisk vanskelig å påvise diskriminering i et system som bygger på at lønnen skal fastsettes på bakgrunn av individuelle prestasjoner mv. I forhold til kjønn har EF-domstolen lagt til grunn at en arbeidstaker kan etablere en presumpsjon for diskriminering ved statistiske bevis for at gjennomsnittslønnen for kvinnelige arbeidstakere er lavere enn for mannlige.¹⁶⁸² Slik statistikk lar seg vanskelig gjennomføre i forhold til funksjonsnedsettelser, ettersom disse er av så ulik art.

Endelig kan vilkår som stiller deltidsansatte dårligere enn heltidsansatte, bryte med forbudet mot indirekte diskriminering pga. funksjonshemming etter aml. § 13-1 første ledd. Som jeg har vært inne på,¹⁶⁸³ er arbeidstakere med funksjonsnedsettelser i større utstrekning enn andre arbeidstakere deltidsansatte. Slike vilkår må da, etter aml. § 13-3 annet ledd, være "nødvendig for å oppnå et saklig formål" og "ikke uforholdsmessig inngripende" for å være legitime.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸⁰ Se for tilsvarende problemstilling i forhold til kjønnsdiskriminering Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 61.

¹⁶⁸¹ Se f.eks. saksforholdet i Rt. 1998 s. 607 HKj., referert nedenfor.

¹⁶⁸² Se Danfoss-saken, sak 109/88, premiss 16.

¹⁶⁸³ Se kap. I pkt. 2.

¹⁶⁸⁴ Slike vilkår kan i tillegg være i strid med arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av deltid, aml. § 13-1 tredje ledd. Samme vilkår for legitimering gjelder her.

Her foreligger en del praksis fra EF-domstolen som gjelder indirekte *kjønnsdiskriminering* ved dårligere vilkår for deltidsansatte. Denne praksis vil også være veiledende i forhold til indirekte diskriminering pga. funksjonshemming.¹⁶⁸⁵

I sak 171/88 Rinner-Kühn fant EF-domstolen at en nasjonal lovgivning som stiller krav om en viss minste arbeidstid for å få rett til sykelønn fra arbeidsgiver, kunne være i strid med forbudet mot indirekte kjønnsdiskriminering. En generell henvisning til forskjeller i integrasjon i virksomheten eller økonomisk avhengighet var ikke tilstrekkelig til å legitimere forskjellsbehandlingen.¹⁶⁸⁶ I Nimz-saken, sak C-184/89, fant EF-domstolen at en tariffavtalebestemmelse hvor fulltidsansatte opparbeidet rett til opprykk i lønnsstrinn før deltidsansatte kunne virke indirekte (kjønns-)diskriminerende. Det var ikke tilstrekkelig til å legitimere ulikebehandlingen at arbeidsgiver viste til en generell antakelse om at fulltidsansatte hurtigere erverver kvalifikasjoner og ferdigheter i forbindelse med sine arbeidsoppgaver, eller at disse har større erfaring.¹⁶⁸⁷

Tilsvarende må antakelig legges til grunn i forhold til sysselsettingsdirektivet og i forhold til aml. § 13-3 annet ledd. Praksis etter sentrale norske tariffavtaler synes for øvrig å være at deltidsansatte som hovedregel opparbeider lønnsansiennitet med samme tidsintervaller som heltidsansatte.¹⁶⁸⁸

For å kunne vurdere om hun har vært utsatt for lønnsdiskriminering, vil arbeidstaker i regelen være avhengig av å få opplysninger om andre arbeidstakers lønnsvilkår. Dette reiser spørsmål om arbeidstaker selv eller de tillitsvalgte har rett til innsyn i andre arbeidstakers lønn.

Avgjørelser om lønns plassering er ikke enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og denne lovens regler om dokumentinnsyn og begrunnelsesplikt kommer derfor ikke til anvendelse.¹⁶⁸⁹ Offentlighetsloven § 3 kan gi grunnlag for innsyn i dokumenter som omhandler lønn i offentlig forvaltning, med mindre disse inneholder opplysninger som er taushetsbelagte etter fvl. § 13 første ledd nr. 1, ”noens personlige forhold”.¹⁶⁹⁰ Utenfor offentlig forvaltning vil lønnsopplysninger være (enda) mindre tilgjengelige. Arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel gir ikke arbeidsgiver noen opplysnings- eller begrunnelsesplikt i lønnsaker, sml. § 13-7. Det kan derfor være vanskelig for arbeidstaker å fremskaffe grunnlagsmateriale for å vurdere om hun er blitt diskriminert i forbindelse med lønnsfastsettelse.

¹⁶⁸⁵ Se nærmere under kap. II pkt. 4.5.3.

¹⁶⁸⁶ Sak 171/88, Rinner-Kühn, avsnitt 12 og 13.

¹⁶⁸⁷ Se sak C-184/89, Nimz, avsnitt 14 og 15.

¹⁶⁸⁸ Se f.eks. Hovedtariffavtale KS 2008-2010 pkt. 1.2 og pkt. 12-3 jfr. 12-1 og 12-2. (For ekstrahjelper/timelønte gjelder likevel krav om et visst minste gjennomsnitts timetall, se pkt. 12-4.)

¹⁶⁸⁹ Sml. fvl. § 2 tredje ledd og se bl.a. Somb-1993-29.

¹⁶⁹⁰ Sivilombudsmannen legger i en uttalelse, Somb-2001-76, til grunn at informasjon om den ansattes ”alminnelige lønns plassering, uten angivelse av inntekter fra overtid og eventuelle andre tillegg, (...) neppe [kan] anses som taushetsbelagt etter § 13 første ledd nr. 1. Dette kan stille seg annerledes der vedkommende tjenestemanns avlønning har vært gjenstand for forhandlinger og der forhandlingene og forhandlingsresultatet kan avsløre underliggende, klart følsomme opplysninger.”

En plikt for arbeidsgiver til å utlevere opplysninger om organiserte og uorganiserte arbeidstakeres lønnsforhold til de tillitvalgte kan være hjemlet i tariffavtale. Fagforeningen vil med hjemmel i slik tariffavtale kunne kreve innsyn i alle arbeidstakeres lønnsforhold dersom dette skjer på gruppenivå. Dersom lønnsopplysningene er knyttet til person, vil personopplysningslovens bestemmelser sette grenser for hvilke opplysninger som kan utleveres. Innsyn fra fagorganisasjonens side i konkrete saker hvor man mistenker brudd på et likelønns- eller ufrovikelighetsprinsipp, vil kunne ha grunnlag i popplyl. § 8 bokstav b. Utenfor slike tilfeller har Datatilsynet tidligere lagt til grunn at fagforeningers tilgang til slike personopplysninger krever samtykke fra den enkelte, popplyl. § 8 bokstav a. Tilsynet har imidlertid seinere godtatt at slike opplysninger kan utleveres med grunnlag i popplyl. § 8 bokstav f dersom den tillitsvalgte underskriver en taushetserklæring.¹⁶⁹¹

Hvor arbeidstaker bringer en sak om påstått lønnsdiskriminering inn for Diskrimineringsombudet eller Sivilombudsmannen, se nedenfor, vil disse instanser kunne kreve opplysninger fra arbeidsgiver i medhold av Idol. § 11 og ombudsmannsloven § 7.

En arbeidstaker som mener at hun er blitt utsatt for lønnsdiskriminering, har flere muligheter til å få overprøvd lønnsfastsettelsen. Arbeidstaker kan bringe saken inn for Sivilombudsmannen hvor arbeidsgiver er et forvaltningsorgan; for Diskrimineringsombudet på grunnlag av brudd på aml. kap. 13 og for alminnelige domstoler på grunnlag av brudd på et alminnelig likebehandlingsprinsipp eller aml. kap. 13. I tillegg kan tariffparten ta opp spørsmålet om gyldigheten av en tariffavtalebestemmelse for Arbeidsretten.

Sivilombudsmannen vil kunne uttale seg om offentlig arbeidsgiver har opptrådt i samsvar med god forvaltningspraksis ved lønnsforhandlingene, ombudsmannslovens § 6. Uttalelser som gjelder lønnsfastsettelse for arbeidstaker med funksjonshemming foreligger ikke.¹⁶⁹²

Dersom arbeidstaker påberoper seg brudd på aml. kap. 13, vil *Diskrimineringsombudet/nemnda* være kompetent, Idol. § 1 annet ledd nr. 3. Nemnda kan i medhold av Idol § 7 annet ledd pålegge en arbeidsgiver å avlønne to arbeidstakere likt ved brudd på forbudet mot lønnsdiskriminering av funksjonshemmede.¹⁶⁹³ Denne kompetansen har Nemnda også hvor arbeidsgiver er et forvaltningsorgan, kfr. Idol. § 9, ettersom avgjørelser om lønns plassering ikke er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Diskrimineringsmyndighetenes kompetanse i forhold til tariffavtalebestemmelser vil imidlertid være begrenset av Idol. § 10. Reiser en sak spørsmål om en tariffavtales eksistens, gyldighet eller forståelse, kan hver av partene i tariffavtalen få spørsmålet avgjort av Arbeidsretten,

¹⁶⁹¹ Datatilsynets brev av 19. februar 2004 til LO.

¹⁶⁹² Sivilombudsmannen har i flere saker uttalt seg om uorganiserte arbeidstakeres mulighet for å fremme krav i lokale lønnsforhandlinger, se her til illustrasjon Somb-2003-15.

¹⁶⁹³ Dette er klart lagt til grunn i Ot.prp. nr. 34 (2004-2005), bl.a. s. 102. Selv om hele § 13-9 (også tredje ledd) eksplisitt er unntatt fra Diskrimineringsombudets kompetanse etter Idol. § 1 annet ledd nr. 3, må § 7 annet ledd gi selvstendig hjemmel for et slikt pålegg.

Idol. § 10 første ledd. Nemnda kan likevel gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale som er brakt inn for Nemnda, er i strid med arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel, Idol. § 10 annet ledd.

Arbeidsretten er enekompetent i tvister som gjelder tariffavtalers forståelse og gyldighet, herunder om tariffavtalen strider mot lov, se arbtv. § 7 nr. 2, jfr. § 6 nr. 1. Etter aml. § 13-9 tredje ledd vil bestemmelse i en tariffavtale som er i strid med bestemmelsene i kapitlet, være ugyldig. *Arbeidsretten* vil kunne prøve om tariffavtalen i seg selv eller arbeidsgivers praktisering av denne strider mot forbudet mot lønnsdiskriminering i aml. § 13-1 første ledd jfr. § 13-2 første ledd bokstav c. Dette forutsetter imidlertid at en tariffpart reiser sak, arbtv. § 8. Forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming har ikke vært prøvd for *Arbeidsretten*.¹⁶⁹⁴

Søksmål for alminnelige domstoler forutsetter at det foreligger et rettskrav, noe som blant annet må forsette at virkningene av en dom i saksøkers favør er relativt avklart. Det har derfor vært antatt at arbeidstaker ikke har krav på dom for at lokale lønnsforhandlinger ville ha gitt et bestemt resultat. Et slikt krav vil ikke være egnet for rettslig behandling.

I Rt. 1998 s. 607 HKj, avviste Kjæremålsutvalgets flertall et søksmål med krav om innplassering i et bestemt lønnstrinn i staten. Flertallet tok ikke standpunkt til hvilke sanksjoner en arbeidstaker i staten kan ha dersom usaklige hensyn er lagt til grunn for resultatet av lokale lønnsforhandlinger, ut over at han ikke kan kreve plassering i et bestemt lønnstrinn.¹⁶⁹⁵

Et søksmål med krav om for eksempel oppreisning, aml. § 13-9 første ledd, på det grunnlag at arbeidstaker har vært diskriminert mot pga. funksjonshemming ved lønnsfastsettelsen, vil derimot utgjøre et rettskrav som må fremmes. Hvor det lar seg fastsette hvilken lønn arbeidstaker ville ha oppnådd dersom hun ikke var blitt diskriminert mot pga. funksjonshemming, vil hun også kunne kreve denne.¹⁶⁹⁶

Ovennevnte eksempler gjelder tilfeller hvor arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse er stilt *dårligere* enn andre. En annen problemstilling vil være om det vil stride mot et alminnelig likebehandlingskrav at slike arbeidstakere har fått avtalt *bedre* lønn enn andre i tilsvarende stillinger. Tariffavtalebestemmelser som gir arbeidstaker rett til å beholde sin tidligere lønn ved omplassering til lavere lønnet stilling som følge av sykdom er relativt vanlige.¹⁶⁹⁷ Som vist

¹⁶⁹⁴ Likestillingslovens forbud mot lønnsdiskriminering har vært tatt opp i noen få saker for *Arbeidsretten*, se ARD 2002 s. 456, ARD 1997 s. 253 og ARD 1990 s. 148 og Vigerust 2003. Spørsmålet om diskriminering av deltidsansatte var påberopt, men ikke tatt stilling til, i ARD 2008 s. 6.

¹⁶⁹⁵ Mindretallet mente at saken burde fremmes, ettersom arbeidstaker påberopte seg et rettslig grunnlag (utenforliggende hensyn) for sitt krav. Avgjørelsen har vært gjenstand for kritikk, se Hov 2007 s. 82-83 som slutter seg til mindretallets standpunkt.

¹⁶⁹⁶ Se avtaleloven § 36 og Vigerust 2003 s. 32-33.

¹⁶⁹⁷ Se f.eks. Hovedtariffavtale KS 2008-2010 Fellesbestemmelsene pkt. 3.4.1 og Hovedtariffavtalen i staten 2008-2010, Fellesbestemmelsene § 10 nr. 4.

under kap. IV pkt. 3.3.6.4 og 3.3.6.6 vil bestemmelsen om positiv særbehandling i aml. § 13-6 sette grenser for adgangen til å stille arbeidstaker bedre som følge av forhold som har sammenheng med en funksjonsnedsettelse. Slik særbehandling kan likevel neppe være i strid med diskrimineringsforbudet eller et alminnelig likebehandlingskrav, ettersom den bare bidrar til å holde arbeidstaker i samme posisjon som hun ville ha vært i dersom hun ikke hadde fått en funksjonsnedsettelse.

VII OPPHØR

1. Innledning – særlige problemstillinger ved opphør.

Helseproblemer og funksjonsnedsettelse kan i praksis innebære økt risiko for at en arbeidstaker mister sitt ansettelsesforhold. Dels kan arbeidsgiver tenkes å påberope vansker i arbeidet som har sammenheng med funksjonsnedsettelsen eller helseproblemene som selvstendig grunnlag for opphør. Dels kan slike forhold vektlegges negativt ved avgjørelsen av hvem som skal forlate bedriften i en nedbemanningssituasjon. Avhandlingens kapittel VII tar opp arbeidstakers vern mot opphør av arbeidsforhold, hvor opphøret er en direkte eller indirekte følge av helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Arbeidstaker med helseproblemer vernes av det alminnelige kravet til saklig grunn for oppsigelse, herunder plikten til tilrettelegging for arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne” pga. sykdom mv. Arbeidstaker som er sykmeldt har et særvern mot oppsigelse som følge av sykefravær i en viss verneperiode. Arbeidstaker med ”funksjonshemming” vil (i tillegg) vernes av forbudet mot direkte og indirekte diskriminering ved opphør. Det vil foreligge en betydelig overlapping både med hensyn til vernede grupper og med hensyn til de faktiske situasjoner som omfattes av de ulike regelsett. Det vil derfor være interessant å foreta en fortløpende sammenlikning av vernet etter den tradisjonelle kontraktsvernreguleringen og den nyere diskrimineringsvernreguleringen.

I forhold til *kontraktsvernet* er den viktigste bestemmelsen aml. § 15-7, hvor det heter at oppsigelse må ha saklig grunn i arbeidstakers eller virksomhetens forhold.¹⁶⁹⁸

Arbeidsgiver kan ha begrunnet en oppsigelse i *arbeidstakers* forhold, typisk med at den enkelte arbeidstakers helseproblemer eller funksjonsnedsettelse har negativ betydning for utførelsen av arbeidet. Tap av på forhånd fastsatte helsekrav, f.eks. til flygersertifikat, kan innebære at arbeidstaker ikke lenger er formelt kvalifisert for stillingen.¹⁶⁹⁹ Negativ helsetilstand kan ha betydning for kvaliteten av arbeidsprestasjonene, for muligheten til å utføre stillingens arbeidsoppgaver og delta i stillingens arbeidstidsordning.¹⁷⁰⁰ Videre kan negativ helsetilstand føre til sykefravær, og arbeidstakers manglende stabilitet mht. tilstedeværelse kan utgjøre en ulempe for virksomheten.¹⁷⁰¹ Endelig kan (særlig psykisk) sykdom i noen tilfeller medføre mislighold av arbeidstakers plikter i

¹⁶⁹⁸ Det tredje alternativet, ”arbeidsgivers forhold”, er lite aktuelt, og reiser ikke særlige problemstillinger i forhold til avhandlingens emne. Som nevnt innledningsvis, kap. I pkt. 1.2, vil jeg ikke gå spesifikt inn på tjenestemannslovens og sjømannslovens spesielle oppsigelsesbestemmelser.

¹⁶⁹⁹ Dette er tatt opp under pkt. 2.2 nedenfor.

¹⁷⁰⁰ Pkt. 2.3.

¹⁷⁰¹ Pkt. 2.4.

arbeidsforholdet.¹⁷⁰² Slike forhold er i utgangspunktet relevante som oppsigelsesgrunnlag.

Foreligger vesentlig mislighold, kan det i tillegg være grunnlag for avskjed, aml. § 15-14.

Det er likevel begrensninger i arbeidsgivers adgang til å nytte slike forhold som grunnlag for oppsigelse: De vansker arbeidsgiver påberoper seg må ha en viss vekt; herunder må arbeidsgiver vise at tilrettelegging etter aml. § 4-6 ikke ville ha redusert problemene til et akseptabelt nivå.

Under sykmelding har arbeidstaker som nevnt et særvern mot oppsigelse i en viss verneperiode, aml. § 15-8. I denne perioden kan heller ikke vansker som har sammenheng med den sykdom som førte til sykefraværet, være grunnlag for oppsigelse.

Arbeidsgiver kan også ha begrunnet oppsigelsen i *virksomhetens* forhold, slik som behov for rasjonalisering og nedbemanning. Også her stilles krav om at det foreligger saklig grunn, se aml. § 15-7 første ledd. Dette innebærer blant annet at det må foreligge saklig grunn overfor den enkelte arbeidstaker, noe som igjen medfører at arbeidsgiver må foreta et saklig valg mellom arbeidstakere som er aktuelle for oppsigelse. Valget kan bl.a. bygge på ansiennitet,¹⁷⁰³ kvalifikasjoner,¹⁷⁰⁴ fleksibilitet mht. arbeidsoppgaver og arbeidstid,¹⁷⁰⁵ stabilitet mht. tilstedeværelse¹⁷⁰⁶ og sosiale forhold.¹⁷⁰⁷

Selv om disse forhold er relevante, står arbeidsgiver ikke helt fritt til å legge vekt på dem i en valgsituasjon. For å legge negativ vekt på vansker i arbeidet som har sammenheng med helsetilstand må arbeidsgiver vise at han har prøvd å tilrettelegge etter aml. § 4-6. Denne plikten suppleres av en plikt til å tilby ”annet passende arbeid” i en oppsigelsessituasjon, aml. 15-7 annet ledd første pkt.¹⁷⁰⁸ Videre skal det foretas en interesseavveining mellom arbeidsgivers interesse i å avslutte arbeidsforholdet og arbeidstakers ulemper ved oppsigelsen, aml. § 15-7 annet ledd annet pkt.

I tillegg til kontraktsvernet, vil *forbudene mot diskriminering* pga. funksjonshemming også gjelde ved opphør, se aml. § 13-1 første ledd sammenholdt med aml. 13-2 første ledd bokstav d.

Direkte diskriminering vil si dårligere behandling i en tilsvarende situasjon pga. funksjonshemming,¹⁷⁰⁹ når forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig for arbeid eller yrke mv., se nærmere aml. § 13-3 første ledd. Under kap. IV pkt. 3.3.2.5 og 3.3.5 har jeg utledet at vansker i arbeidet, herunder begrensninger i arbeidsoppgaver og arbeidstid eller begrensninger i forhold til stabil tilstedeværelse, kan innebære at det ikke foreligger noen ”tilsvarende situasjon”. Det er likevel i

¹⁷⁰² Pkt. 2.5.

¹⁷⁰³ Se nærmere nedenfor under pkt. 3.2.

¹⁷⁰⁴ Pkt. 3.6.

¹⁷⁰⁵ Pkt. 3.5.

¹⁷⁰⁶ Pkt. 3.4.

¹⁷⁰⁷ Pkt. 3.7.

¹⁷⁰⁸ Pkt. 3.8.

¹⁷⁰⁹ Jfr. forarbeidsdefinisjonen i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

utgangspunktet tilstrekkelig for at en slik situasjon skal foreligge¹⁷¹⁰ at arbeidstaker, etter individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5, er kompetent, egnet og disponibel til å utføre stillingens *vesentlige* funksjoner.¹⁷¹¹

Indirekte diskriminering kan foreligge der tilsynelatende nøytrale kriterier mv. faktisk stiller en arbeidstaker dårligere fordi hun har en bestemt funksjonshemming.¹⁷¹² Har arbeidsgiver i en oppsigelsessituasjon lagt vekt på forhold som har med arbeidsutførelsen (slik som begrensninger mht. arbeidsoppgaver, arbeidstid eller stabil tilstedeværelse) vil slike kriterier ikke bare ramme arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Men kriteriene vil ofte ramme arbeidstakere med (bestemte typer) funksjonsnedsettelse i større utstrekning enn personer uten funksjonsnedsettelse. For å være legitim må forskjellsbehandlingen da være saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende, aml. § 13-3 annet ledd.

Som jeg har utledet under kap. IV, pkt. 3.3.5, er det flytende grenser mellom direkte og indirekte diskriminering i tilfeller hvor en arbeidstakers funksjonsnedsettelse har betydning for arbeidsutførelsen. Mange situasjoner vil kunne dekkes av begge forbud og det vil i mange tilfeller være hensiktsmessig å formulere en felles problemstilling med hensyn til hva som skal til for å legitimere slik forskjellsbehandling, se nærmere under kap. IV pkt. 3.3.6.2.

Kontraksvernreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen har, som vi har sett tidligere, forskjellig opphav, og regelsettene er i liten utstrekning tilpasset hverandre. Samtidig vil de ofte kunne anvendes på samme faktiske saksforhold. For eksempel kan det bli hevdet at en oppsigelse av en syk arbeidstaker er både usaklig og diskriminerende. Dette reiser spørsmål om hvordan saklighetskrav og diskrimineringsvern forholder seg til hverandre i en situasjon hvor arbeidsgiver har brakt arbeidsforholdet til opphør som direkte eller indirekte følge av arbeidstakers sykdom eller funksjonsnedsettelse.

For det første kan en spørre seg om skillet mellom oppsigelser som er begrunnet i arbeidstakers forhold og oppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold har noe å gjøre med skillet mellom direkte og indirekte diskriminering. En kunne tenke seg at tilfeller hvor arbeidstaker var blitt oppsagt pga. eget forhold ble vurdert etter forbudet mot direkte diskriminering, mens tilfeller hvor arbeidstaker var blitt oppsagt pga. virksomhetens forhold ble vurdert etter forbudet mot indirekte diskriminering.

Ofta vil det være hensiktsmessig å vurdere en oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold som en unik handling, hvor en spør seg om den funksjonshemmede arbeidstaker er blitt dårligere

¹⁷¹⁰ Gitt, selvsagt, at situasjonene også på andre punkter er sammenlignbare.

¹⁷¹¹ Se sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 17 og kap. IV pkt. 3.3.2.5.

¹⁷¹² Jfr. forarbeidsdefinisjonen i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

behandlet som følge av (utslag av) egen funksjonsnedsettelse, jfr. forarbeidsdefinisjonen av direkte diskriminering. Det interessante spørsmålet blir da om pliktig tilrettelegging ville gjort arbeidstaker kompetent, egnet og disponibel til å utføre stillingens vesentlige arbeidsoppgaver. Motsatt vil det ofte være hensiktsmessig å vurdere generelle kriterier brukt ved en nedbemanningsoppsigelse som en tilsynelatende nøytral praksis m.v. som faktisk virker slik at den stiller arbeidstakere med funksjonsnedsettelse dårligere som følge av funksjonsnedsettelsen, jfr. forarbeidsdefinisjonen av indirekte diskriminering.

Det er likevel mulig å vurdere en oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold som indirekte diskriminerende. Ofte kan en legge til grunn at arbeidsgiver *ville ha behandlet* en arbeidstaker med tilsvarende vansker som ikke skyldes funksjonshemming, på samme måte. For eksempel kan det i prinsippet utgjøre indirekte diskriminering dersom arbeidsgiver konsekvent sier opp arbeidstakere etter en viss sykefraværperiode.¹⁷¹³ Og det er mulig å nytte forbudet mot direkte diskriminering både i forhold til generelle kriterier som brukes ved nedbemanning og i forhold til konkrete avvik fra generelle kriterier (f.eks. hvor det er tatt hensyn til nedsatt arbeidsevne som skyldes funksjonsnedsettelse).¹⁷¹⁴

For det annet kan en sammenlikne hvem som omfattes av vernet. Det alminnelige saklighetskravet omfatter alle arbeidstakere, men den særlige plikten til tilrettelegging gjelder arbeidstaker med ”reduisert arbeidsevne” pga. sykdom mv. Særvernet under sykefravær gjelder for arbeidstaker som er ”arbeidsufør” pga. sykdom. I begge tilfeller stilles krav til helseproblemenes art og omfang, men ikke minimumskrav til varighet.¹⁷¹⁵ Diskrimineringsforbudene gjelder ”funksjonshemming”, dvs. at det stilles krav til art, omfang og varighet av den funksjonsnedsettelse som er en (del-)årsak til vanskene i arbeidet. Midlertidig arbeidsuførhet pga. sykdom er ikke tilstrekkelig til å komme inn under diskrimineringsvernet,¹⁷¹⁶ og sykdom er heller ikke likestilt diskrimineringsgrunn etter sysselsettingsdirektivet¹⁷¹⁷ eller aml. kap. 13. Langvarig sykdom kan likevel *føre til* så vel ”funksjonshemming” som vansker i arbeidet. I praksis vil mange som risikerer å bli oppsagt i forbindelse med helseproblemer falle inn under så vel vernet mot utstøting som forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming.

For det tredje kan en sammenlikne de materielle kravene: Et krav om saklig grunn for oppsigelse inneholder et krav til *relevans*, altså at de forhold som påberopes, skal ha betydning for

¹⁷¹³ Se kap. IV pkt. 3.3.5.4.

¹⁷¹⁴ Se kap. IV pkt. 3.3.5.6.

¹⁷¹⁵ Se kap. IV pkt. 2.3.4 og nedenfor under dette kapittel pkt. 2.4.1.2.

¹⁷¹⁶ Sak C-13/05 Chacón Navas avsnitt 47 og domskonklusjonens pkt. 1. Se også avhandlingens kap. IV pkt. 2.3.2.

¹⁷¹⁷ Sak C-13/05 Chacón Navas avsnitt 57 og domskonklusjonens pkt. 3.

arbeidsforholdet.¹⁷¹⁸ Videre kreves at de momenter som påberopes skal ha en viss *vekt*, slik at det skal foreligge tilstrekkelig grunn for oppsigelse.¹⁷¹⁹ I det siste ligger et krav om at det må være *forholdsmessighet* mellom vanskene i arbeidet og den reaksjon (avskjed, oppsigelse eller utvelgelse ved oppsigelse) som arbeidsgiver velger. Endelig tas hensyn til konkret *rimelighet*, det skal foretas en avveining mellom arbeidsgivers interesse i å avslutte arbeidsforholdet og arbeidstakers ulemper ved oppsigelsen.¹⁷²⁰

Forbudene mot diskriminering innebærer, i likhet med saklighetskravet, et krav om at de argumenter som fremføres for å stille arbeidstaker med funksjonsnedsettelse dårligere, skal være *relevante*.¹⁷²¹ At en arbeidstaker får en funksjonsnedsettelse er i seg selv ikke relevant som grunnlag for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Vansker i arbeidet kan imidlertid være relevante, selv om disse har forbindelse med funksjonsnedsettelsen.¹⁷²² Videre må den dårligere behandlingen være *nødvendig*¹⁷²³ for å oppnå formålet. Endelig må behandlingen være *forholdsmessig*,¹⁷²⁴ dvs at de argumenter arbeidsgiver fremfører for handlingen som stiller arbeidstaker dårligere, må avveies mot arbeidstakers interesse i å unngå forskjellsbehandling.

Ikke alle usaklige oppsigelser av arbeidstaker med funksjonsnedsettelse er diskriminerende. For eksempel kan oppsigelsen være motivert av personkonflikter som ikke har noe med arbeidstakers funksjonsnedsettelse å gjøre. Det er vanskeligere å tenke seg at en oppsigelse som er diskriminerende, ikke samtidig er usaklig. I utgangspunktet vil en egenskap som er omfattet av et diskrimineringsforbud, være irrelevant som grunnlag for oppsigelse. Hvorvidt interesseavveiningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker alltid vil falle ut på samme måte i forhold til saklighetskrav og diskrimineringsvern, er likevel usikkert.

For det fjerde kan en sammenlikne håndhevingsmåten: Oppsigelsesvernet håndheves av den enkelte arbeidstaker for alminnelige domstoler, ved en oppsigelsessak etter aml. kap. 17. Her gjelder spesielle (korte) søksmålsfrister og særlige prosessuelle rettigheter (særlig retten til å fortsette i stilling). Den primære rettsvirkning er ugyldighet; i tillegg er det hjemmel for

¹⁷¹⁸ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 57 flg.

¹⁷¹⁹ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 76 flg.

¹⁷²⁰ Lovfestet i forhold til oppsigelse pga. virksomhetens forhold, aml. § 15-7 annet ledd annet pkt., men også antatt å gjelde i forhold til oppsigelse som er begrunnet i redusert arbeidsevne som følge av sykdom mv.. Se nærmere under pkt. 2.1 nedenfor.

¹⁷²¹ Se aml. § 13-3 første og annet ledd, vilkårene om "saklig formål", hva angår de generelle unntakene.

¹⁷²² Det kan være saklig å legge vekt på slike vansker dersom forskjellsbehandlingen er "nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke", aml. § 13-3 første ledd og avhandlingens kap. IV pkt. 3.3.6.2. At arbeidstaker har vansker med å utføre visse arbeidsoppgaver kan videre innebære at det ikke foreligger noen "tilsvarende situasjon", se forarbeidsdefinisjonen av "direkte diskriminering" og avhandlingens kap. IV pkt. 3.3.2.5.

¹⁷²³ Se aml. § 13-3 første og annet ledd, hhv. "nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke" og "nødvendig for å oppnå et saklig formål".

¹⁷²⁴ Se aml. § 13-3 første og annet ledd, felles formulering "ikke (...) uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles".

økonomiske sanksjoner. Diskrimineringsvernet, også ved oppsigelse, kan håndheves ved at arbeidstaker tar saken opp med Diskrimineringsombudet/Diskrimineringsnemnda. Alternativt kan arbeidstaker også her reise sak for alminnelige domstoler etter aml. kap. 17. Her gjelder vanlige søksmålsfrister. Sanksjonene er primært økonomiske, aml. § 13-9. En arbeidstaker som mener seg utsatt for diskriminering pga. funksjonshemming ved opphør, kan i tillegg velge å ta opp krav som følge av diskrimineringen som del av en oppsigelsessak etter aml. kap. 17.¹⁷²⁵

Tema i dette kapittel er *opphør* av arbeidsforhold. Omplussing som tilretteleggingstiltak er tatt opp under kap. VI pkt. 2.3.2.3, selv om denne går ut over arbeidsavtalens grenser og dermed utgjør en ”endringsoppsigelse”. Det vil likevel være flytende grenser mellom endringsoppsigelse i tilretteleggingsøyemed og tilbud om ”annet passende arbeid” etter aml. § 15-7 annet ledd første pkt., som tas opp nedenfor under dette kapittel pkt. 3. Videre tar jeg i første rekke opp opphør *ved oppsigelse* fra arbeidsgiverens side. Avskjed blir ikke tatt opp som egen problemstilling, men jeg er inne på dette under pkt. 2.5 som gjelder pliktbrudd som grunnlag for opphør. Under pkt. 5 går jeg kort inn på om arbeidsforholdet kan falle bort uten oppsigelse som følge av forhold som har sammenheng med arbeidstakers helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

I fremstillingen under vil jeg i hovedsak følge systematikken fra kontraktsvernreguleringen. Dette fordi dette vernet er godt utbygd, og antakelig fortsatt i stor utstrekning vil være det foretrukne i oppsigelsestilfellene.¹⁷²⁶ Dette innebærer at jeg først drøfter oppsigelser som er begrunnet i arbeidstakers forhold, pkt. 2, og deretter oppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold, pkt. 3. Under hvert punkt vil jeg ta opp hvordan slike oppsigelser forholder seg til diskrimineringsforbudene.

2. Opphør begrunnet i arbeidstakers forhold.

2.1. Innledning – terskelkrav.

Oppsigelse kan etter aml. § 15-7 første ledd være saklig begrunnet i arbeidstakers forhold, herunder også forhold som har sammenheng med helsetilstand og funksjonsevne. Det kreves ikke at arbeidstaker kan bebreides de forhold som førte til oppsigelsen.¹⁷²⁷

En arbeidstakers individuelle egenskaper og forhold må imidlertid være *relevante* for arbeidsforholdet for å kunne brukes som grunnlag for oppsigelse etter aml. § 15-7 første ledd.¹⁷²⁸ Helse-tilstand eller funksjonsnedsettelse som sådan er utenforliggende når de ikke har betydning for

¹⁷²⁵ Se nedenfor under dette kapittel pkt. 6.1.

¹⁷²⁶ Se for tilsvarende problemstilling Vigerust 1998, s. 388-389.

¹⁷²⁷ Se nærmere Fanebust 2001 s. 187 flg.

¹⁷²⁸ Se Fanebust 2001 s. 66 flg.

arbeidstakers mulighet for å utføre arbeidet, og en oppsigelse på dette grunnlag vil være usaklig.¹⁷²⁹ En oppsigelse som er begrunnet i funksjonsnedsettelse uten relevans for arbeidsutførelsen vil i tillegg utgjøre direkte diskriminering pga. funksjonshemming etter aml. § 13-1 første ledd jfr. § 13-2 bokstav d.

Det vil altså være i strid med så vel det alminnelige saklighetskravet som forbudet mot diskriminering dersom oppsigelsen begrunnes i arbeidsgivers egne fordommer mot personer med visse sykdommer eller funksjonshemminger. En oppsigelse pga. HIV-smitte som bygger på at arbeidsgiver ser slik smitte som utslag av umoralsk livsførsel, vil være både usaklig og diskriminerende.¹⁷³⁰ Som hovedregel vil også vanskeligheter som skyldes arbeidskollegers eller publikums fordommer være utenforliggende. I Henki-saken uttaler Høyesterett at "[d]et er store betenkeligheter ved å anerkjenne en ubegrunnet smittefrykt som grunnlag for oppsigelse."¹⁷³¹ Selv om Høyesterett i og for seg åpner for at risiko for økonomisk tap som følge av slik frykt kan være grunnlag for oppsigelse, settes i realiteten svært strenge krav til arbeidsgivers beviser. Vansker som skyldes arbeidskollegers eller publikums fordommer overfor en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse vil heller ikke tilfredsstillende kravene i aml. § 13-3 første ledd om at forskjellsbehandlingen må være "nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke".

Kravet om relevans, så vel i forhold til oppsigelsesvern som i forhold til diskrimineringsvern, betyr i tillegg at en arbeidsgiver ikke kan operere med skjematisk begrunnelse for en oppsigelse.¹⁷³² Han vil måtte foreta en forsvarlig undersøkelse og vurdering av om arbeidstakers sykdom eller funksjonsnedsettelse faktisk har betydning for arbeidsutførelsen. For eksempel må arbeidsgiver, før han kan si opp en arbeidstaker med epilepsi, undersøke om epilepsien har konkret sikkerhetsmessig betydning for utførelsen av den stillingen arbeidstaker innehar.¹⁷³³

Et krav om saklig grunn i arbeidstakers forhold innebærer også et krav om at de forhold som påberopes til støtte for oppsigelsen, må ha en viss *vekt*. Uvesentlige vansker med arbeidsutførelsen skal det altså ses bort fra. Spørsmålet vil være om arbeidstakers prestasjoner er under en kritisk grense.¹⁷³⁴

¹⁷²⁹ Selv om Arbeidslivslovutvalget i NOU 2003: 2 s. 28 tilsynelatende har ansett "funksjonshemming" som oppsigelsesgrunn, fremgår det av sammenhengen at det er funksjonsnedsettelsens konsekvenser som eventuelt er relevante.

¹⁷³⁰ HIV-positiv tilstand regnes som funksjonshemming, se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 10.

¹⁷³¹ Rt. 1988 s. 959 (s. 966).

¹⁷³² Sml. her også Mangold-saken, C-144/04, premiss 65, hvor EF-domstolen la til grunn at det ikke var tilstrekkelig med en skjematisk begrunnelse for å gjøre unntak fra oppsigelsesvern for personer over en viss alder.

¹⁷³³ Se Fanebust 2001 s. 82 flg. nærmere nedenfor under pkt. 6.2.

¹⁷³⁴ Se Fanebust 2001 s. 132-134.

Det er klart at det ikke utgjør tilstrekkelig saklig grunn til oppsigelse etter aml. § 15-7 første ledd at en virksomhet har mulighet for å få en bedre kvalifisert arbeidstaker i den oppsagtes sted.¹⁷³⁵ På tilsvarende måte vil det ikke i seg selv være tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse at en virksomhet har mulighet for å få tilsatt en arbeidstaker med mindre sykefravær eller større fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver.

Hvor mye som skal til av vansker i arbeidet for at det skal foreligge saklig grunnlag for oppsigelse er ikke nærmere definert i arbeidsmiljøloven. Som jeg tidligere har vært inne på inneholdt avl. 1956 et unntak fra det tidsbegrensede oppsigelsesforbudet ved sykefravær i § 44 fjerde ledd.¹⁷³⁶ Oppsigelsesforbudet gjaldt ikke dersom arbeidstaker pga. ”gjentatt sykefravær eller nedsatt arbeidsførhet som følge av sykdommen, er så *lite skikket* til å gjøre tjeneste i bedriften at oppsigelsen må anses rettmessig i forhold til [det alminnelige saklighetskravet i] § 43.” Dette unntaket ble opphevd ved aml. 1977, noe som direkte bare får virkning for oppsigelser som skjer under sykefraværet. Opphevelsen bærer likevel også bud om en strengere vurdering av slike oppsigelser.¹⁷³⁷ Ligger arbeidstakers prestasjoner markert under gjennomsnittet, og dette ikke kan avhjelpest ved tilpasningstiltak, vil det likevel i regelen foreligge tilstrekkelig saklig grunnlag for oppsigelse, se RG 1985 s. 1064 Trondheim og fremstillingen nedenfor under pkt. 2.3.

I forhold til forbudet mot direkte diskriminering har jeg under kap. IV pkt. 3.3.5 vist at vansker i arbeidet som har sammenheng med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse kan innebære at det ikke foreligger noen ”tilsvarende situasjon”, og at dårligere behandling på grunnlag av slike vansker ikke nødvendigvis er i strid med diskrimineringsforbudet. Vilkåret om ”tilsvarende situasjon” må likevel tolkes med en viss margin hvor funksjonsnedsettelsen påvirker arbeidstakers mulighet til å utføre deler av arbeidsoppgavene. I Chacón Navas-dommen fra 2006 legger EF-domstolen til grunn at det er et vilkår for å si opp en arbeidstaker pga. funksjonshemming at hun ”ikke er kompetent, egnet og disponibel til at utføre de væsentlige funksjoner i forbindelse med sin stilling.”¹⁷³⁸ Tilsvarende må legges til grunn i forhold til diskrimineringsforbudet etter norsk rett.¹⁷³⁹

Arbeidsgiver har plikt til tilrettelegging for arbeidstaker med ”reduisert arbeidsevne” etter aml. § 4-6. Dersom pliktig tilrettelegging ville eliminert arbeidstakers vansker med å utføre arbeidet eller redusert dem til et akseptabelt nivå, vil det ikke foreligge saklig grunnlag for oppsigelse etter

¹⁷³⁵ Se bl.a. RG 1956 s. 281 Frostating og Fougner og Holo 2006 s. 789 flg.

¹⁷³⁶ Se nærmere om denne bestemmelse og opphevelsen av den kap. III pkt. 3.5.

¹⁷³⁷ Se Kommunal- og miljøvernkomitéens uttalelse i Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 13 som viser til ”den ånd og praksis som en etterstreber i aml. [1977] § 13”.

¹⁷³⁸ Sak C-13/05 Chacón Navas, avsnitt 52 annet strekpunkt og domskonklusjonens pkt. 2.

¹⁷³⁹ Se nærmere kap. IV pkt. 3.3.2.5.

aml. § 15-7 første ledd.¹⁷⁴⁰ Videre vil plikten til tilrettelegging etter aml. § 13-5 gå inn i vurderingen av om en oppsigelse er i strid med forbudet mot direkte diskriminering etter aml. § 13-1 første ledd.¹⁷⁴¹ I Chacón Navas-dommen viser EF-domstolen til ”forpligtelsen til at foretage rimelige tilpasninger til fordel for handicappede” som en del av vurderingen av om en oppsigelse på grunn av funksjonshemming vil innebære direkte diskriminering.¹⁷⁴² Plikten til tilrettelegging etter aml. § 13-5 vil videre få betydning for spørsmålet om en oppsigelse har saklig grunn etter aml. § 15-7 første ledd.

Vil det også stilles krav om at en oppsigelse som er begrunnet i arbeidstakers sykdom eller funksjonsnedsettelse er *rimelig*, slik at ulemper arbeidstaker vil få som følge av oppsigelsen inngår i saklighetsvurderingen? En slik ulempeavveining er lovfestet i forhold til oppsigelse som skyldes virksomhetens forhold, aml. § 15-7 annet ledd annet pkt. Også der oppsigelse er begrunnet i arbeidstakers forhold antas det imidlertid å inngå i saklighetsvurderingen hvilke ulemper oppsigelsen vil medføre for arbeidstaker.¹⁷⁴³ Noen slik vurdering av skadevirkningene for arbeidstaker inngår derimot ikke som en del av forbudet mot direkte diskriminering. De konkrete ulemper arbeidstaker vil få som følge av en oppsigelse vil altså i utgangspunktet ikke være relevante for spørsmålet om oppsigelsen er diskriminerende.¹⁷⁴⁴

Nedenfor vil jeg gå inn på ulike typetilfeller hvor konkrete vansker i arbeidet som har forbindelse med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan påberopes som oppsigelsesgrunn.

2.2. Sikkerhet og helse: Tap av helsekrav for stilling

Som vist tidligere kan hensynet til sikkerhet og helse innebære at det er stilt opp generelle helsekrav for å inneha en bestemt stilling.¹⁷⁴⁵ Etter norsk rett stilles slike krav bl.a. til flygere, politifolk, brannmannskaper og offshorearbeidere. At arbeidstaker fyller helsekravene til stillingen må dokumenteres ved legeattest, helsesertifikat o.l. Det at arbeidstaker ikke lenger oppfyller generelle helsekrav som er satt for stillingen, kan i prinsippet kunne utgjøre oppsigelsesgrunn, se bl.a. RG 1996 s. 1662 Gulating.

Tap av helsesertifikat o.l. vil imidlertid ikke alltid utgjøre tilstrekkelig saklig grunnlag for oppsigelse. For det første må det forutsettes at tapet er endelig eller av lengre varighet, sml. bl.a. RG 1997 s. 667 Gulating. Videre kan plikten til tilrettelegging for arbeidstaker med ”reduert

¹⁷⁴⁰ Se Fanebust 2001 s. 198 som legger til grunn at ”[s]aklighetsvernet har etter dette liten praktisk betydning ved siden av omplasseringsplikten.”

¹⁷⁴¹ Se kap. IV pkt. 3.3.4.2.

¹⁷⁴² Sak C-13/05 Chacón Navas, premiss 52 annet strekpunkt og domskonklusjonens pkt. 2.

¹⁷⁴³ Se nærmere Fanebust 2001 s. 88 med videre henvisninger, samt s. 95 flg.

¹⁷⁴⁴ Se nærmere om diskrimineringsforbudets ”mangler” i forhold til å sikre sosial rimelighet Craig, 2007, s. 40.

¹⁷⁴⁵ Se nærmere bl.a. kap IV pkt. 3.3.5.2 og kap. V pkt. 3.3.3.3.

arbeidsevne” være aktuell. Arbeidsgivers plikter etter aml. § 4-6 omfatter for det første tiltak for at arbeidstaker skal kunne ”beholde” arbeidet. Kan tilrettelegging føre til at arbeidstaker igjen oppfyller helsekravene som er satt for hennes stilling, vil arbeidsgiver kunne ha plikt til å iverksette slike tiltak etter aml. § 4-6. Men slike tiltak synes umiddelbart mindre aktuelle; arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge arbeidet, ikke til å drive medisinsk behandling av arbeidstaker. Plikten etter aml. § 4-6 gjelder videre tiltak for at arbeidstaker skal kunne ”få et passende arbeid”, og dette omfatter også omplassering i annen stilling, hvor det ikke stilles tilsvarende helsekrav.¹⁷⁴⁶

I norsk underrettspraksis synes tap av helsekrav i liten grad påberopt som selvstendig grunnlag for oppsigelse. RG 1997 s. 667 Gulating (nordsjøarbeider) gjaldt oppsigelse under sykefravær. Arbeidstakers helsesertifikat var midlertidig inndratt pga. sykdom. Her fant retten at det ikke ”skal være avgjørende for oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven §64 at der i noen yrker er en ordning med et slikt formelt dokument som en helseattest” og viste til at ”[a]ttesten tjener kontrollformål som er utenforliggende i forhold til oppsigelsesvernet”. Oppsigelsen ble ansett usaklig fordi den var i strid med aml. 1977 § 64. I RG 1988 s. 735 Nordre Sunnmøre var oppsigelsen, i tillegg til samarbeidsproblemer, begrunnet med at flygeren hadde fått inndratt sitt helsesertifikat og derfor ikke kunne fly for selskapet. Retten fant dette momentet avgjørende for at oppsigelsen var tilstrekkelig saklig begrunnet. Det var ikke annet arbeid i selskapet som flygeren kunne utføre, og omplassering var derfor ikke mulig. I LB 1999-03171 var oppsigelsen av en purser direkte begrunnet i mislighold og dessuten antatt psykisk ubalanse, som etter arbeidsgivers mening medførte tvil om vedkommende var skikket til lufttjeneste. Arbeidstaker nektet å fremstille seg til sakkyndig vurdering. Lagmannsretten fant at omplassering ikke ville være hensiktsmessig, pga. konflikten. Oppsigelsen ble på denne bakgrunn ansett saklig begrunnet. I RG 1996 s. 1662 Gulating ble oppsigelse av nordsjøarbeider pga. tap av helsesertifikat samt brudd på AKAN-retningslinjer godkjent. Helsesertifikatet var trukket tilbake pga. alkoholbruk og retten fant at ”tap av sertifikatet i utgangspunktet [var] tilstrekkelig til å begrunne oppsigelse, da dette var en forutsetning for A for å utføre det arbeid han var ansatt til å utføre.” Plikten til omplassering etter daværende aml. 1977 § 13 nr. 2 var etter rettens mening ikke aktuell da hans alkoholbruk ikke var å anse som sykdom.¹⁷⁴⁷ I RG 1989 s. 787 Frostating var en ingeniør ved et kommunalt elektrisitetsverk blitt oppsagt på det grunnlag at epileptiske anfall som måtte inntreffe under arbeidet kunne være farlig for ham selv og føre til stor materiell skade. Konkret fant lagmannsretten at oppsigelsen var saklig begrunnet og at kommunen/E-verket ikke hadde plikt til å omplassere ingeniøren i en annen stilling.

Dersom arbeidstaker taper helsesertifikat som er nødvendig for en stilling vil hun i regelen ikke lenger være ”kompetent” til å utføre stillingens ”vesentlige funksjoner”, og oppsigelse vil derfor ikke være i strid med forbudet mot direkte diskriminering pga. funksjonshemming, jfr. Chacón Navas-dommen.¹⁷⁴⁸

Imidlertid må arbeidstaker også etter aml. § 13-5 ha rett til omplassering til annet arbeid innen virksomheten, som ikke stiller tilsvarende helsekrav. Aml. § 13-5s ordlyd er vid nok til å dekke slik omplassering, jfr. ”få eller beholde arbeid”. Det er også forutsatt i bestemmelsens

¹⁷⁴⁶ Se nærmere under kap. VI pkt. 2.3.2.3 om organisatorisk tilrettelegging.

¹⁷⁴⁷ Her er retten etter min mening for kategorisk. Daværende aml. 1977 § 13 nr. 2 gav et bredere vern enn bare for ”sykdom” i snever forstand.

¹⁷⁴⁸ C-13/05 Chacón Navas premiss premiss 52 annet strekpunkt og domskonklusjonens pkt. 2.

forarbeider at det, dersom det ikke er mulig å tilrettelegge i egen stilling, om mulig skal ”legges til rette for at arbeidstakeren kan gjøre andre typer arbeid i samme virksomhet.”¹⁷⁴⁹

Diskrimineringslovgivningen vil i tillegg kunne innebære en sensur av slike generelle helsekrav. Hvorvidt helsekravene generelt er legitime, vil måtte vurderes i forhold til de generelle unntakene fra forbudene mot direkte og indirekte diskriminering, aml. § 13-3 første og annet ledd. Kravene må ha et saklig formål, være nødvendige og ikke uforholdsmessig inngripende.¹⁷⁵⁰

2.3. Begrensninger med hensyn til arbeidets kvalitet, produktivitet, arbeidstid eller arbeidsoppgaver.

Helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan innebære begrensninger med hensyn til kvaliteten av de arbeidsytelser som leveres. Videre kan arbeidstaker få problemer med å utføre visse av stillingens arbeidsoppgaver; å arbeide heltid eller å følge virksomhetens skiftplan. Helseproblemer eller funksjonsnedsettelser kan endelig innebære at arbeidstaker blir mindre produktiv eller at det arbeid hun utfører er av lavere kvalitet enn tidligere. Forhold som kan knyttes til arbeidstakers person, og som innebærer at arbeidsgivers nytte av arbeidsforholdet begrenses, er i utgangspunktet relevant som oppsigelsesgrunnlag etter aml. § 15-7 første ledd, ”arbeidstakers forhold”.¹⁷⁵¹

Aml. § 4-6 gir likevel arbeidsgiver plikt til å tilrettelegge for at arbeidstaker med ”reduert arbeidsevne” på grunn av sykdom mv. skal kunne ”beholde eller få et passende arbeid” i virksomheten. Bestemmelsen omfatter så vel teknisk og fysisk tilrettelegging som organisatorisk tilrettelegging. Blant annet kan arbeidsgiver ha plikt til å tilpasse arbeidsutstyr. Videre kan arbeidsoppgaver omfordes, og arbeidstaker kan få redusert arbeidstid eller fritak fra skift- og nattarbeid etter denne bestemmelse og særhjemlene om arbeidstidstilpasning. Dersom vanskene kunne vært brakt ned på et akseptabelt nivå ved hjelp av individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6, vil oppsigelsen ikke være saklig. Den publiserte rettspraksis som foreligger, synes å legge til grunn et ganske strengt krav til tilrettelegging fra arbeidsgivers side for å unngå oppsigelse.

I Rt. 1995 s. 227, Langtidssykmeldt renovasjonsarbeider, uttaler Høyesterett at ”forarbeidene til arbeidsmiljøloven [inneholder] klare indikasjoner på at arbeidsgiverens forpliktelser overfor den yrkeshemmete skal være betydelige. Dette går både på plikten til å tilrettelegge den yrkeshemmetes virksomhet slik at han kan fortsette i sitt vanlige arbeid, og på plikten til om nødvendig å skaffe ham annet arbeid.” Konkret fant Høyesterett likevel her at arbeidsgiver hadde oppfylt sine plikter, og oppsigelsen ble ansett saklig begrunnet. LE-1990-478 gjaldt en 25 år gammel, halvt uføretrygdet, sterkt synshemmet mann som ble oppsagt fra arbeidsmarkedsbedrift på grunn av nedsatt yteevne. Oppsigelsen ble kjent ugyldig, blant annet fordi bedriften hadde unnlatt å foreta tilstrekkelig utredning av

¹⁷⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328. Se også kap. VI pkt. 2.3.2.3 om organisatorisk tilrettelegging.

¹⁷⁵⁰ Jeg viser til drøftelsen under kap. IV pkt. 3.3.6.2.

¹⁷⁵¹ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 187.

mulighetene for tekniske hjelpetiltak.¹⁷⁵² I NAD 1988 s. 1078 Drammen ble oppsigelse av en blind annonseselger ansett usaklig. Oppsigelsen var begrunnet i utilstrekkelig omsetning og for stor belastning for kontorpersonalet. Retten fant imidlertid at den manglende omsetning for en stor del skyldtes forsinkelser med å få tilpasset datautstyr. Arbeidsgiver måtte akseptere at arbeidstaker som blind trengte noe lengre tid enn andre på å tilpasse seg arbeidet. Det merarbeid hans funksjonshemming medførte for de øvrige ansatte ble tillagt mindre vekt, da dette var noe bedriften i en viss utstrekning måtte ansees for å ha akseptert. Oppsigelsen ble ansett usaklig.

Dersom tilretteleggingstiltak ikke er praktisk/økonomisk mulige, eller ikke ville vært hensiktsmessige, blir spørsmålet hvor mye som skal til av nedsatt kvalitet på arbeidsytelsen for å kvalifisere for oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold. Utgangspunktet er at det ikke er grunnlag for ”remplaseringsoppsigelse”, dvs. oppsigelse med den begrunnelse at det er mulig å få en bedre kvalifisert arbeidstaker. Ligger arbeidstakers prestasjoner *markert* under gjennomsnittet, og dette ikke kan avhjelpes ved tilpasningstiltak, kan det derimot foreligge tilstrekkelig saklig grunnlag for oppsigelse.¹⁷⁵³

Et illustrerende eksempel gir RG 1985 s. 1064 Trondheim. Avgjørelsen gjaldt en synshemmet arbeidstaker som var blitt ansatt i et rørleggerfirma, i de første seks måneder med arbeidstilvenningstilskudd fra arbeidsformidlingen. Etter tre år ble han oppsagt med den begrunnelse at hans arbeidsinnsats var blitt dårligere og at han på byggeplassene representerte en fare for seg selv og andre arbeidere. Byretten fant oppsigelsen saklig begrunnet. Det uttales at ”[b]are en forholdsvis liten svikt i forhold til normal arbeidsytelse ville (...) ikke ha kunnet bli godtatt som saklig grunn til oppsigelse, men retten finner at avviket i dette tilfellet er større enn det bedriften hadde lov til å håpe og forvente at [arbeidstaker] skulle kunne utvikle seg til. Det må legges til grunn at det overhodet ikke er regningsssvarende for bedriften å ha [arbeidstaker] ansatt på vanlige tariffvilkår, og at man nå ikke har mulighet for å finne egnete arbeidsoppgaver for ham.”

En oppsigelse som er begrunnet i den enkelte arbeidstakers ”funksjonshemming”, vil i utgangspunktet være direkte diskriminerende etter aml. § 13-1 første ledd, jfr. § 13-2 første ledd bokstav d. Ifølge Chacón Navas-dommen stenger forbudet mot direkte diskriminering for oppsigelse så lenge denne ikke er begrunnet i at arbeidstaker etter pliktig tilrettelegging stadig ikke er ”kompetent, egnet og disponibel til at utføre de væsentlige funksjoner i forbindelse med sin stilling”.¹⁷⁵⁴ Forutsetningsvis vil da en oppsigelse som er (reelt) begrunnet i manglende kompetanse, manglende egnethet eller at arbeidstaker ikke er disponibel, *ikke* være i strid med diskrimineringsforbudet. Vurderingen av om arbeidstaker er kompetent m.v. skal skje etter at det er tatt hensyn til pliktige individuelle tilretteleggingstiltak, se for norsk retts vedkommende aml. § 13-5. Dersom det er manglende pliktig tilrettelegging som er årsaken til at arbeidsprestasjonene er mangelfulle, vil en oppsigelse på dette grunnlag være direkte diskriminerende. Plikten til *individuell*

¹⁷⁵² Se også de avgjørelser som er referert under kap. VI pkt. 2.3.

¹⁷⁵³ Fanebust 2001 s. 256 legger til grunn at det må foreligge en ”dugelighetssvikt som ligger markert under det en arbeidsgiver bør kunne regne med”.

¹⁷⁵⁴ C-13/05 Chacón Navas avsnitt 52 annet strekpunkt og domskonklusjonens pkt. 2.

tilrettelegging etter aml. § 13-5 vil ha som primært formål å sikre likebehandling av kompetente arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, ikke å sikre sosial rimelighet for arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Men, som vi har sett, har en i forarbeidene i stor grad knyttet tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5 til standarden i aml. § 4-6, noe tilsier at aml. § 13-5 i en oppsigelsessituasjon vil kunne gå like langt som denne.¹⁷⁵⁵

Et spørsmål vil være om det også etter diskrimineringsforbudet stilles krav om en *vesentlig* reduksjon i arbeidstakers arbeidsevne som vilkår for oppsigelse pga. arbeidstakers forhold.

Som nevnt er det tilstrekkelig at arbeidstaker etter tilrettelegging kan utføre stillingens vesentlige funksjoner.¹⁷⁵⁶ I relasjon til *arbeidsoppgaver* vil det altså stilles et vesentlighetskrav: Det vil ikke være tilstrekkelig for oppsigelse at det foreligger mindre vesentlige arbeidsoppgaver som arbeidstaker ikke kan utføre tilfredsstillende som følge av sin funksjonsnedsettelse. Slike oppgaver vil, som et tilretteleggingstiltak, måtte allokere til andre arbeidstakere.

Trenger arbeidstaker tilrettelagt *arbeidstid* som følge av funksjonsnedsettelsen, vil problemstillingen om oppsigelsen er diskriminerende, i praksis falle sammen med problemstillingen om det vil innebære en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver å tilrettelegge arbeidstiden.¹⁷⁵⁷ Dersom slik tilrettelegging ikke innebærer noen uforholdsmessig byrde, vil den nedsatte arbeidstid/manglende mulighet til å arbeide skift etc. heller ikke utgjøre oppsigelsesgrunnlag. Er derimot tilretteleggingen så omfattende at den ikke kan gjennomføres uten uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver, vil han kunne hevde at arbeidstaker ikke er "disponibel" i forhold til stillingens vesentlige funksjoner.

Det er noe mer uklart hvorvidt forbudet mot direkte diskriminering stiller noe vesentlighetskrav i forhold til redusert *produktivitet eller kvalitet* på arbeidstakelsen. I Chacón Navas-dommen legger EF-domstolen imidlertid til grunn at det er et vilkår for oppsigelse at arbeidstaker ikke lenger er kompetent til å utføre stillingens vesentlige funksjoner. Dette tyder på at det er tilstrekkelig at arbeidstaker etter tilrettelegging er kompetent til å utføre den kvalitets- og produktivitetsmessige minimumsytelsen for stillingen. En oppsigelse som er begrunnet i mindre kvalitets- og produktivetsreduksjoner som følge av arbeidstakers funksjonsnedsettelse vil altså være i strid med diskrimineringsforbudet.¹⁷⁵⁸

Oppsummert: Plikten til individuell tilrettelegging for å forhindre oppsigelse vil ikke gå lenger etter aml. § 13-5 enn etter aml. § 4-6, men heller ikke kortere. Den norske oppsig-

¹⁷⁵⁵ Se kap. VI pkt. 2.3.

¹⁷⁵⁶ Se kap. IV pkt. 3.3.2.5.

¹⁷⁵⁷ Se kap. IV pkt. 3.3.5.3.

¹⁷⁵⁸ Vilråene for å ta hensyn til kvalitets- og produktivitetssvikt vil her altså være strengere enn i forhold til ansettelse, se kap. V pkt. 4.4.4 og 4.4.5 og for utvelgelse ved nedbemanningsoppsigelse, se nedenfor under dette kapittel pkt. 3.6.

elsesvernreguleringen inneholder allerede et krav til at vansker i arbeidet må være av en viss størrelse for at oppsigelse skal være saklig begrunnet i arbeidstakers forhold. Den standard som Chacón Navas-dommen setter for oppsigelse som følge av funksjonsnedsettelse, synes ikke å gå lenger enn dette. Forbudet mot direkte diskriminering pga. funksjonshemming synes da ikke å innebære noe ekstra vern i tilfeller hvor funksjonsnedsettelsen, etter pliktig tilrettelegging, innvirker negativt på utførelsen av arbeidet.

2.4. Begrensninger mht. stabil tilstedeværelse (sykefravær).

2.4.1. Særvern under sykefravær – aml. § 15-8

2.4.1.1. Innledning – oversikt og bakgrunn.

Som jeg var inne på under pkt. 2.1 vil vansker med å utføre arbeidet som følge av sykdom eller funksjonsnedsettelse i utgangspunktet kunne utgjøre saklig grunnlag for oppsigelse, dersom vanskene ikke kan avhjelpes ved pliktig individuell tilrettelegging. Forbudet mot oppsigelse på grunn av sykefravær i en viss periode, aml. § 15-8, innebærer et generelt unntak fra dette utgangspunktet. Forbudet tar sikte på å hindre at sykefravær av kortere varighet brukes som grunnlag for opphør av arbeidsforholdet. Et annet formål er å beskytte arbeidstaker mot den særlige belastning det utgjør å bli oppsagt på et tidspunkt hvor hun er i en sårbar posisjon.

Ifølge arbeidsmiljøloven § 15-8 første ledd kan arbeidstaker ”som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom (...) ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte.” Bestemmelsen gir altså et tidsbegrenset vern mot oppsigelse under og på grunn av sykefravær i en viss verneperiode. Forutsetningen for at oppsigelsesforbudet skal komme til anvendelse er at arbeidstaker varsler og dokumenterer at fraværet skyldes sykdom.¹⁷⁵⁹ Dersom aml. § 15-8 kommer til anvendelse, gjelder et spesielt beviskrav. Oppsigelse som skjer i den ”vernede periode”, skal anses å skyldes sykefraværet med mindre annet gjøres ”overveiende sannsynlig”.¹⁷⁶⁰ Videre begynner søksmålsfristen først å løpe fra utløpet av verneperioden.¹⁷⁶¹

Bestemmelsen i § 15-8 er en videreføring av aml. 1977 § 64, og er i stor utstrekning identisk med denne, men med den forskjell at den generelle verneperioden er utvidet til 12 måneder. Aml. 1977 § 64 ble endret ved lov av 2003 for å gjøre det klart at den også gjaldt ved gradert og aktiv

¹⁷⁵⁹ Se aml. § 15-8 tredje ledd og nedenfor under pkt. 2.4.1.3.

¹⁷⁶⁰ Se aml. § 15-8 annet ledd og nedenfor under pkt. 6.5.

¹⁷⁶¹ Se aml. § 17-5 første ledd og nedenfor under pkt. 6.4.

sykmelding.¹⁷⁶² For øvrig er de medisinske og ervervsmessige vilkår i utgangspunktet de samme som etter den opprinnelige aml. 1977 § 64. Som jeg vil vise nedenfor er imidlertid kravene til sykmelding etter folketrygdloven vesentlig innskjerpet ved en lovendring i 1993, noe som også vil ha betydning for vernet etter aml. § 15-8. Forarbeidene til aml. § 15-8 er svært knappe og viser i stor grad til aml. § 1977 § 64.¹⁷⁶³ Forarbeidene til denne er på sin side relativt omfattende,¹⁷⁶⁴ og det samme gjelder praksis etter aml. 1977 § 64. Det foreligger også etter hvert noe norsk praksis som gjelder aml. § 15-8.

ESP 1996 inneholder et forbud mot oppsigelse på grunnlag av ”temporary absence” på grunn av sykdom i art. 24a, jfr. vedlegg N.¹⁷⁶⁵ Forbudet er bindende for Norge, men forpliktelsene er lite konkrete.

EU/EF-retten inneholder ikke noe bindende krav til vern mot oppsigelse på grunn av sykefravær.¹⁷⁶⁶ EF-domstolen har i Chacón Navas-dommen lagt til grunn at sykdom som har ført til sykefravær (som i denne saken hadde vart ca. 8 måneder før arbeidstaker ble oppsagt) ikke nødvendigvis utgjør en funksjonsnedsettelse som faller inn under sysselsettingsdirektivets område. Domstolen legger til grunn at begrepet sykdom ikke umiddelbart kan sidestilles med begrepet funksjonsnedsettelse. En arbeidstaker som blir arbeidsufør på grunn av sykdom er altså ikke fra første stund vernet av sysselsettingsdirektivet. Sysselsettingsdirektivet kan heller ikke tolkes analogisk slik at sykdom omfattes.¹⁷⁶⁷

Heller ikke etter arbeidsmiljøloven kapittel 13 kan en umiddelbart sammenstille kortvarig sykdom og funksjonshemming. En oppsigelse som følge av sykefravær utgjør derfor ikke nødvendigvis diskriminering pga. funksjonshemming etter gjeldende norsk rett. En langvarig sykdom kan imidlertid medføre en ”funksjonshemming” i lovens forstand, samtidig som den kan medføre periodevis arbeidsuførhet.¹⁷⁶⁸ I slike tilfeller må forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming også kunne verne en arbeidstaker mot oppsigelse pga. forhold som har sammenheng med funksjonsnedsettelsen. Nedenfor vil jeg komme nærmere inn på om forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming etter aml. kap. 13 kan innebære en ekstras beskyttelse i tilfeller hvor arbeidstaker er oppsagt på grunnlag av sykefravær.

¹⁷⁶² Se lov av 30. april 2003 nr. 27 om endringer i bl.a. arbeidsmiljøloven og Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 5.

¹⁷⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231-232 og s. 335.

¹⁷⁶⁴ Se bl.a. Ot.prp. nr. 41 (1976-77) s. 25-27 og 76-77.

¹⁷⁶⁵ Kap. II pkt. 2.3.2.

¹⁷⁶⁶ Se nærmere ovenfor under kap. II pkt. 3.1.

¹⁷⁶⁷ Sak C-13/05 Chacón Navas, avsnitt 44, 46 og 56.

¹⁷⁶⁸ Se kap. IV pkt. 2.3.2.

2.4.1.2. Begrepet ”arbeidsuførhet”.

Aml. § 15-8 første ledd gir en arbeidstaker som ”er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom” et særskilt vern mot å bli sagt opp ”av den grunn” i en verneperiode på 12 måneder etter at ”arbeidsuførheten” inntrådte. Lest i sammenheng må dette innebære at arbeidstaker, for å komme inn under vernet, må være ”arbeidsufør” som følge av sykdom eller ulykke.

Under dette avsnitt vil jeg drøfte det nærmere innholdet i begrepet ”arbeidsuførhet” i aml. § 15-8 og til dels også sammenholde det med begrepene ”funksjonshemming” i aml. kap. 13 og ”reduisert arbeidsevne” i § 4-6.¹⁷⁶⁹

Begrepet ”arbeidsufør”, slik det nyttes i aml. § 15-8 første ledd, er nært knyttet til den trygderettslige reguleringen av krav på sykepenger, se nå ftrl. § 8-4 første ledd. Her er vilkårene tilsynelatende strengere enn etter aml. § 15-8 første ledd. Høyesteretts kjæremålsutvalg har likevel i Rt. 1994 s. 1496 lagt til grunn at spesialvernet etter aml. 1977 § 64 forutsatte ”sykmelding”, noe som antakelig innebar en kobling til folketrygdlovens medisinske og ervervsmessige vilkår for sykepenger. Uttalelser i forarbeidene til aml. § 15-8 kan tyde på at en har ment å videreføre denne koblingen, selv om disse uttalelsene er relativt vage og generelle.¹⁷⁷⁰ Koblingen har videre gode praktiske grunner for seg, ettersom det vanligvis vil være enkelt å konstatere om en person er sykmeldt.¹⁷⁷¹ Jeg legger derfor til grunn at folketrygdlovens medisinske og ervervsmessige vilkår for sykepenger i utgangspunktet også er avgjørende for om en arbeidstaker anses som ”arbeidsufør” etter aml. § 15-8 første ledd.

Etter folketrygdlovens § 8-4 første ledd stilles strenge krav til *arten* av de tilstander som skal kvalifisere for sykmelding etter loven. Personen må være arbeidsufør ”på grunn av en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade.” Til overmål presiserer bestemmelsen også at ”[a]rbeidsuførhet som skyldes sosiale eller økonomiske problemer o.l., gir ikke rett til sykepenger.” Formuleringen stammer fra en endringslov til ftrl. 1966 § 3-2 av 1993. Bakgrunnen for innskjerpingen var ifølge forarbeidene at ”[ø]kningen i sykefraværet indikerer (...) at det har skjedd en gradvis liberalisering av sykdomsbegrepet ved at naturlige problemer, konflikter eller vanskelige livssituasjoner blir sidestilt med sykdom.”¹⁷⁷² Bestemmelsen utelukker nå eksplisitt sosiale, økonomiske eller andre livsproblemer. I tillegg utelukkes tilstander som *likner* på disse. Ut fra forarbeidene synes det klart at livskriser i forbindelse med økonomisk havari, skilsmisse, nærstående

¹⁷⁶⁹ De to siste begreper er nærmere analysert under kap. IV pkt. 2, sammen med begrepet ”nedsatt funksjonsevne” i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008.

¹⁷⁷⁰ I NOU 2004: 5 s. 313 uttales generelt at paragrafen gjelder ”arbeidstakere som er blitt arbeidsuføre på grunn av ulykke eller sykdom”.

¹⁷⁷¹ Se også aml. § 15-8 tredje ledd som stiller krav til varsling og dokumentasjon.

¹⁷⁷² Se lov av 14. mai 1993 nr. 46 og Ot.prp. nr. 39 (1992-1993) s. 2.

død, overgangsalder og aldring ikke i seg selv vil kvalifisere som sykdom, heller ikke konflikter på arbeidsplassen, asosial livsførsel eller rusmiddelmisbruk. Imidlertid vil slike tilstander svært ofte ha tilknytning til eller føre til sykdom, og dette kan i seg selv kvalifisere for sykmelding.¹⁷⁷³

Selv om forholdet til oppsigelsesvernet under sykefravær ikke var tatt opp i forbindelse med 1993-endringen av ftrl. 1966, vil innskjerpingen i praksis også få betydning for vernet etter aml. § 15-8, se Rt. 1994 s. 1496.¹⁷⁷⁴ Er arbeidstaker borte fra arbeidet på grunn av sosiale eller økonomiske problemer, livskriser, konflikter på arbeidsplassen eller rusmiddelmisbruk, vil hun ikke bli sykmeldt, og dermed heller ikke være vernet av aml. § 15-8. Kravene til tilstandens art er her klart strengere enn i forhold til tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6.¹⁷⁷⁵

Folketrygdlovens krav om ”funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade” kan forstås slik at den også stiller minimumskrav til *omfanget* av den medisinske tilstanden. Gradert sykmelding krever imidlertid bare 20 % arbeidsuførhet, se ftrl. 8-13 første ledd. Det særskilte oppsigelsesvernet etter aml. § 15-8 får også anvendelse for arbeidstaker som er ”delvis borte fra arbeidet” under gradert sykmelding. Dette innebærer at kravene til tilstandens omfang i praksis er beskjedne.

Vansker i arbeidet som skyldes fysiske barrierer på arbeidsstedet er ikke tilstrekkelig for at det skal foreligge ”arbeidsuførhet”, og dermed spesialvern mot oppsigelse under sykefravær. For eksempel kan en arbeidstaker ikke sykmeldes på det grunnlag at arbeidsplassen ikke er fysisk tilgjengelig for henne. En kan tenke seg at arbeidsgiver flytter virksomheten til en ny bygning og at den nye arbeidsplassen ikke er tilrettelagt for rullestolbrukere. En ansatt som er avhengig av rullestol blir dermed i praksis utestengt. Rullestolbrukeren vil i en slik situasjon ikke være arbeidsufør på grunn av sykdom eller ulykke, og ikke komme inn under spesialvernet mot oppsigelse etter aml. § 15-8.¹⁷⁷⁶

Fysiske eller psykiske belastninger i arbeidsmiljøet gir heller ikke grunnlag for sykmelding, og dermed for særvern etter aml. § 15-8.¹⁷⁷⁷ Selv om belastningene i arbeidsmiljøet samvirker med særlig individuell sårbarhet (nedsatt immunforsvar, allergi, manglende fysisk styrke e.l.) vil dette i seg selv ikke være tilstrekkelig for å oppfylle kravet til arbeidsuførhet. Bestemmelsen er her i

¹⁷⁷³ Se nærmere Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til ftrl. kap. 8, kommentaren til § 8-4.

¹⁷⁷⁴ Oppsigelsen som var utgangspunktet for kjennelsen skjedde 27. august 1993. På dette tidspunkt var de skjerpede medisinske og ervervsmessige vilkår i folketrygdloven satt i kraft.

¹⁷⁷⁵ Se ovenfor under kap. IV pkt. 2.3.4.

¹⁷⁷⁶ Det alminnelige oppsigelsesvernet i aml. § 15-7 og forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming ved opphør i aml § 13-2 første ledd bokstav d, jfr. aml. § 13-1 første ledd, vil selvsagt begrense arbeidsgivers adgang til oppsigelse i slike tilfeller. Videre kan arbeidsgiver ha plikt til å tilrettelegge etter så vel aml. § 4-6 som etter aml. § 13-5.

¹⁷⁷⁷ Se Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til folketrygdloven kap. 8, kommentaren til § 8-4 første ledd, med hensyn til spesialtilfellet konflikter på arbeidsplassen.

utgangspunktet snevrere enn aml. § 4-6 om ”reduert arbeidsevne”. Imidlertid kan *gradert* sykmelding nyttes der arbeidstaker er i stand til å utføre sitt vanlige arbeid i redusert arbeidstid, men full arbeidstid blir for belastende. Gradert sykmelding kan som nevnt gis ved en uførhet ned til 20 %. Når arbeidstakers helse påvirkes over tid ved vedvarende belastninger sier det seg selv at det i praksis blir svært vanskelig å skille mellom individuell helsefare pga. muligheten for fremtidige belastninger og arbeidsuførhet som skyldes allerede inntrådt belastningsskade.

Heller ikke holdningsmessige barrierer til personer med funksjonsnedsettelse, slik som ubegrunnet smittefrykt, gir grunnlag for sykmelding og derav følgende særskilt oppsigelsesvern.¹⁷⁷⁸ I noen tilfeller kan likevel omgivelsenes holdninger utgjøre en så stor psykisk belastning at arbeidstaker av den grunn blir syk og arbeidsufør i perioder.

Det er som hovedregel ikke tilstrekkelig for sykmelding etter folketrygdloven at arbeidstaker er ufør i forhold til sin stilling eller yrke; sykdommen eller skaden må gjøre arbeidstaker generelt ervervsmessig ufør for at hun skal få rett til sykepenger. Imidlertid godtas i praksis også *yrkesmessig uførhet* som grunnlag for sykepenger i en begrenset periode, se Arbeids- og velferdsetatens rundskriv til folketrygdloven kap. 8. Arbeidstaker vil da selvsagt være dekket av aml. § 15-8. Hvor det ikke lenger er grunnlag for sykmelding på grunnlag av yrkesmessig uførhet, oppstår spørsmålet om arbeidstakers vern etter aml. § 15-8 faller bort. I slike tilfeller skal imidlertid Arbeids- og velferdsetaten ifølge rundskrivet vurdere fire mulige tiltak: For det første omplassering på arbeidsplassen. I slike tilfeller vil arbeidstaker ikke lenger være sykmeldt og dermed ikke dekket av aml. § 15-8. For det annet sykmelding og arbeidstrening hos egen arbeidsgiver etter ftrl. § 8-6. Her vil arbeidstaker være omfattet av aml. § 15-8. For det tredje yrkesrettet atferd og opplæringstiltak utenfor virksomheten. Tiltakene vil gi grunnlag for sykepenger etter ftrl. § 8-4 tredje ledd og dermed også vern etter aml. § 15-8. Det fjerde alternativet, friskmelding til arbeidsformidling, forutsetter at arbeidstakers arbeidsforhold er opphørt.

Sykmelding og vern etter aml. § 15-8 forutsetter at det allerede er inntrådt slike forandringer i arbeidstakers helsemessige tilstand at det kan karakteriseres som sykdom. Risiko for fremtidige sykdommer eller fremtidig arbeidsuførhet er ikke tilstrekkelig for sykmelding, og heller ikke tidligere arbeidsuførhet vil kvalifisere for sykmelding eller oppsigelsesvern.¹⁷⁷⁹ Bestemmelsen omfatter videre bare tilfeller hvor arbeidstaker selv er rammet av ulykke eller sykdom.¹⁷⁸⁰

¹⁷⁷⁸ *Reell smittefare* kan derimot etter ftrl. § 8-4 tredje ledd bokstav f gi grunnlag for sykmelding, og derav følgende særvern etter aml. § 15-8.

¹⁷⁷⁹ Sml. kap. IV pkt. 2.4 om krav til tilstandens realitet og aktualitet i forhold til bl.a. ”funksjonshemming”, og ”reduert arbeidsevne”.

¹⁷⁸⁰ Arbeidstakers rett til fravær på grunn av barns sykdom reguleres av aml. § 12-9. Tilfeller hvor barn og andre nære pårørende er syke, gir heller ikke grunnlag for sykmelding etter ftrl. kap. 8, men eventuelt for omsorgspenger mv.

Sykdommens årsak er uten betydning for vernet.¹⁷⁸¹ Blant annet vil det etter arbeidsmiljøloven av 2005 ikke lenger ha betydning for verneperioden om arbeidsuførheten skyldes yrkesskade. Selvforskyldt ulykke eller sykdom vil også omfattes.¹⁷⁸² Likevel begrenses vernet som vist skarpt mot fravær som skyldes sosiale problemer, kriminalitet med videre. Slike forhold vil ikke gi grunnlag for sykmelding, og heller ikke for vern etter aml. § 15-8. Spørsmålet om oppsigelsesvernet kan falle bort hvor sykmeldt arbeidstaker unnlater å medvirke til tiltak for å bli arbeidsfør, er tatt opp nedenfor under pkt. 2.5.3.3.

2.4.1.3. Varsels- og dokumentasjonsplikt som vilkår for særvern.

Et vilkår for at særvernet mot oppsigelse under sykefravær skal komme til anvendelse, er at arbeidstaker varsler om og dokumenterer at fraværet skyldes sykdom, jfr. aml. § 15-8 tredje ledd.

Manglende rettidig varsel og dokumentasjon kan etter forholdene også anses som mislighold av arbeidstakers plikter i arbeidsforholdet, som kan utgjøre et selvstendig grunnlag for oppsigelse eller avskjed. Jeg viser til fremstillingen under pkt. 2.5.3.2 nedenfor.

Hvilke krav som stilles til varsel og dokumentasjon følger av aml. § 15-8 tredje ledd. Ifølge bestemmelsen må arbeidstaker ”som påberoper seg oppsigelsesvern etter denne paragraf, (...) ved legeattest eller på annen måte innen rimelig tid gi varsel om grunnen til fraværet.” Tilsynelatende stilles her altså to ulike krav til *når* og *hvordan* varselet og dokumentasjonen skal skje. Imidlertid vil kravene i praksis gli over i hverandre.

Hva som anses som ”innen rimelig tid” og hva som utgjør tilstrekkelig varsel eller dokumentasjon, er ikke definert verken i loven selv eller i forarbeidene. I forhold til 1977 loven er formuleringen endret fra ”i rett tid”, til ”innen rimelig tid”. Endringen tar i følge forarbeidene sikte på klargjøring og innebærer ingen realitetsendring.¹⁷⁸³ Uttalelser i forarbeidene til aml. 1977 § 64 og rettspraksis etter denne bestemmelsen vil dermed stadig være relevante for forståelsen av begrepet. Til tross for den annonserte ”klargjøring” fremstår bestemmelsen stadig som vag og standardpreget. Formuleringen ”innen rimelig tid” gir etter sin ordlyd anvisning på en interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for varsel og arbeidstakers eventuelle praktiske vansker med å gi slikt varsel.

Hvordan varsel og dokumentasjon skal skje er i aml. § 15-8 tredje ledd, på tilsvarende måte som i aml. 1977 § 64 nr. 3, angitt som ”ved legeattest eller på annen måte”. Formuleringen er altså

etter ftrl. kap. 9. Sml. kap. IV pkt. 2.5 om tilstandens kobling til individet i forhold til ”funksjonshemming”, ”nedsatt funksjonsevne” og ”reduisert arbeidsevne”.

¹⁷⁸¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232. Sml. kap. IV pkt. 2.6 om betydning av tilstandens årsak i forhold til ”funksjonshemming”, ”nedsatt funksjonsevne” og ”reduisert arbeidsevne”.

¹⁷⁸² Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 25-27.

¹⁷⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

også her svært åpen, og synes å vise til avtale eller praksis mellom partene. I spesialkommentaren til aml. 1977 § 64 nr. 3 er henvist til ”gjeldende regler og praksis med hensyn til fremleggelse av legeattest m.v.”¹⁷⁸⁴ Under henvisning til Rt. 1994 s. 1496¹⁷⁸⁵ legger Fougner 2006 til grunn at ”det naturlige vil være å kreve dokumentasjon fra lege”.¹⁷⁸⁶ Det praktiske utgangspunkt er imidlertid egenmelding de første tre, eventuelt åtte, sykedager, se nedenfor.

Videre heter det i aml. § 15-8 tredje ledd, også her tilsvarende som etter 1977-loven, at ”[o]m arbeidsgiver krever det, må det samlede sykefravær godtgjøres ved legeattest.” Gitt praksis med egenmelding for de første sykedager, kan lovens formulering ikke innebære at arbeidsgiver har rett til å kreve legeattest med tilbakevirkning for egenmeldingsperioden.

Arbeidsgiver og arbeidstaker kan inngå avtale om når og hvordan sykefravær skal varsles for å være rettidig. En slik avtale kan også inngås muntlig eller ved passivitet.

I NAD 1988 s. 1299 Hålogaland hadde arbeidstaker, som var ekspeditør, først vært sykmeldt av lege en tid. Lagmannsretten fant at ekspeditøren etter dette hadde meddelt arbeidsgiver muntlig at hun fortsatt var sykmeldt. Det var da opp til arbeidsgiver eventuelt å kreve sykefraværet godtgjort ved legeattest. Da dette ikke var gjort, måtte arbeidstaker kunne gå ut fra at hennes muntlige varsel var godtatt.

En avtale om plikt til varsling av sykefravær kan likevel ikke tilsidesette arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern, jfr. aml. § 1-9 og NAD 1988 s. 670 Oslo.¹⁷⁸⁷

I mangel av særlig avtale om hva som utgjør kontraktmessig varsel, vil en kunne trekke paralleller til kravene til varsel og dokumentasjon som vilkår for sykepenger eller for lønn under sykdom. Arbeidstaker har rett til egenmelding om sykdom inntil 3 kalenderdager etter folketrygdlovens § 8-24. Deretter er det nødvendig med sykmelding fra lege, med en vurdering av funksjonsevnen, ftrl. § 8-7. Hvor virksomheten har inngått Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv, vil arbeidstaker kunne nytte egenmelding av sykefravær i inntil åtte kalenderdager.¹⁷⁸⁸

Hvilke vilkår som stilles for at en arbeidstaker skal få rett til sykepenger kan ikke være ubetinget avgjørende for tap av særvern etter aml. § 15-8 tredje ledd.¹⁷⁸⁹ En må imidlertid gå ut fra at dersom en arbeidstaker har forholdt seg i samsvar med de krav til varsel og dokumentasjon som

¹⁷⁸⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 76.

¹⁷⁸⁵ HRs kjæremålsutvalg erklærer seg her enig med lagmannsretten i at de spesielle søksmålsfristene i aml. 1977 § 64 nr. 5 ikke gjelder fordi arbeidstaker ikke pretenderer å ha vært ”sykmeldt”. Det er vanskelig ut fra referatet i Retstidende å avgjøre hva som har vært fakta i saken, men det ser ut til at arbeidstaker har vært borte fra arbeidet på grunn av egenvurdert sykdom uten å ha blitt sykmeldt av lege.

¹⁷⁸⁶ Fougner og Holo 2006 s. 815.

¹⁷⁸⁷ At bedriften hadde betinget seg at en viss forsinkelse med innlevering av sykmelding automatisk var avskjedsgrunn, var ikke avgjørende for om lovens vilkår for avskjed eller oppsigelse var oppfylt.

¹⁷⁸⁸ Se Arbeids- og velferdsetatens internetthjemmesider.

¹⁷⁸⁹ Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1994 s. 1496 knytter vernet etter aml. 1977 § 64 til ”sykmelding”, men her synes problemstillingen å ha vært en noe annen, nemlig hvilken type fravær som var omfattet av særvernet.

stilles for rett til sykepenger fra arbeidsgiver, vil dette *i hvert fall* være tilstrekkelig for at arbeidstaker skal kunne påberope seg vernet etter aml. § 15-8 første ledd. Kravet om varsel og dokumentasjon som vilkår for sykepenger kan også gi veiledning med hensyn til hva som skal til for at varselet skal være kontraktsmessig.¹⁷⁹⁰

Generelt må det følge av arbeidstakers lojalitetsplikt at hun plikter å ivareta arbeidsgivers interesser når hun varsler om fravær. Ved første gangs sykmelding vil varsel i regelen kunne gis første dag eller idet arbeidstakeren forlater arbeidet. På dette tidspunkt har arbeidsgiver interesse i å få vite at arbeidstaker er fraværende, fraværets årsak og sannsynlige varighet, for å kunne kalle inn vikar, omorganisere arbeidet etc.¹⁷⁹¹

Rettspraksis er i stor grad konkret begrunnet og skiller i liten grad mellom spørsmålet om tap av særvern ved sykefravær og spørsmålet om det er grunnlag for misligholdsoppsigelse/avskjed.

I LB-2002-02867 hadde arbeidstaker, som var kranfører i et entreprenørfirma, sendt en tekstmelding om at han var syk, men ikke dokumentert fraværet før etter ca. 3 uker. Lagmannsretten fant at aml. 1977 § 64 ikke kom til anvendelse, fordi oppsigelsen ikke skyldtes sykefraværet, men den manglende kommunikasjonen. I NAD 1988 s. 209 Oslo antok retten at melding om at fraværet skyldtes sykdom var blitt levert for seint. Arbeidstaker leverte først sykmelding etter ca. tre uker.¹⁷⁹² Også i NAD 1987 s. 569 Tana og Varanger fant retten at arbeidstaker hadde utvist tilstrekkelig aktivitet til å unngå misligholdssanksjoner. Arbeidstaker hadde forlatt arbeidet den 13. februar, og gitt hovedtillitsvalgt beskjed om at hun var syk. Sykmelding ble levert 19. februar, og dekket dagene 16.-22. februar.¹⁷⁹³ I RG 1993 s. 579 Oslo la retten til grunn at arbeidstaker har plikt til å gi beskjed om sykefravær første fraværsdag. Arbeidstaker hadde ikke bevist at han hadde gitt slik beskjed, og sykmelding var først levert 19. fraværsdag. Det forelå saklig grunn for oppsigelse.¹⁷⁹⁴

Jeg viser ellers til de avgjørelser som er tatt opp under pkt. 2.5.3.2.

2.4.1.4. Kravet til årsakssammenheng.

Særvernet etter aml. § 15-8 første ledd omfatter bare oppsigelser som er begrunnet i fraværet.

Det følger av bestemmelsen at arbeidstaker som ”helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke *av denne grunn* sies opp” i verneperioden.¹⁷⁹⁵

Som jeg har vært inne på tidligere har den bakenforliggende årsaken til sykdommen eller ulykken som har ført til fraværet ingen betydning for vernet etter aml. § 15-8. Det gjelder ikke unntak for sykdommer eller skader som er

¹⁷⁹⁰ Arbeidsgiver kan konkret få medhold i at formelt korrekt dokumentert fravær i realiteten ikke skyldes sykdom, og dermed utgjør mislighold, se Rt. 1986 s. 1439. Jeg går ikke nærmere inn på denne problemstillingen.

¹⁷⁹¹ Videre følger opplysningsplikt og medvirkningsplikt under sykefravær av folketrykkeloven § 8-8 (funksjonsevne) og aml. § 2-3 annet ledd bokstav f og g. Dette er tatt opp under kap. VI pkt. 2.4.3 og jeg går ikke nærmere inn på dette her.

¹⁷⁹² Byretten synes ikke å ha skilt mellom spørsmålet om vern etter aml. 1977 § 64 og spørsmålet om vern etter det alminnelige saklighetskravet, aml. 1977 § 60.

¹⁷⁹³ Herredsretten tar bare stilling til om det foreligger grunnlag for misligholdsoppsigelse etter aml. 1977 § 60. Aml. § 1977 64 er ikke påberopt eller tatt stilling til.

¹⁷⁹⁴ Bare kort referat på Lovdata.

¹⁷⁹⁵ Min kursiv.

pådratt forsettlig eller uaktsomt.¹⁷⁹⁶ I den motsatte ende av ”verneverdighetsskalaen” har arbeidstaker ikke noe bedre vern der arbeidsuførheten skyldes yrkesskade eller yrkessykdom.

Spørsmålet vil da være hva det vil si at oppsigelsen skyldes fraværet.

Det vil selvsagt ikke være nødvendig at arbeidsgiver eksplisitt viser til sykefraværet som oppsigelsesgrunn. Vernet gjelder oppsigelser som eksplisitt eller implisitt er begrunnet i sykefraværet. Herunder må vernet også omfatte oppsigelser som er begrunnet i de vansker fraværet medfører for arbeidsgiveren.

En aktuell problemstilling vil imidlertid være om oppsigelser som er begrunnet i konkrete omstendigheter som har sammenheng med den sykdom eller skade som førte til fraværet, også omfattes av oppsigelsesforbudet. Dette vil i regelen være aktuelt i to sammenhenger: For det første kan sykdom, både fysisk og psykisk, ha vært årsak til mangelfulle arbeidsprestasjoner forut for sykmeldingen, eventuelt til generelt nedsatt arbeidsevne. For det annet kan sykdom, særlig psykisk, ha vært årsak til mislighold av arbeidsavtalen forut for sykefraværet. Spørsmålet blir da om arbeidstaker også er vernet mot oppsigelse på grunnlag av mislighold eller mangelfulle arbeidsprestasjoner som er forårsaket av den sykdom som seinere førte til fraværet.¹⁷⁹⁷

Etter ordlyden skulle særvernet bare gjelde oppsigelser som direkte skyldes sykefraværet, jfr. formuleringen “av den grunn”, som viser tilbake på “er borte fra arbeidet”. Oppsigelser som er begrunnet i mislighold, mangelfullt arbeid forut for sykefraværet eller generelt nedsatt arbeidsevne skulle etter ordlyden falle utenfor vernet.

Forarbeidene til bestemmelsens forgjenger, aml. 1977 § 64, og forhistorien til denne bestemmelsen taler imidlertid mot en slik snever tolkning av oppsigelsesforbudet:

Arbeidervernloven av 1956 § 44 gav et tidsbegrenset særvern for arbeidstaker som måtte “være borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom”. Videre het det i 4. ledd at “[a]dgang til oppsigelse med vanlig oppsigelsesfrist av sykmeldt arbeider faller ikke bort hvis han på grunn av gjentatt sykefravær eller nedsatt arbeidsførhet som følge av sykdommen, er så lite skikket til å gjøre tjeneste i bedriften at oppsigelsen må ansees rettmessig i forhold til § 43.” Ved utarbeidelsen av aml. 1977 § 64 var det et poeng for Kommunal- og arbeidsdepartementet at denne delen av regelen ikke skulle videreføres. Departementet uttalte at unntaket åpnet for svært skjønnsmessige vurderinger og betød en kraftig uthuling av vernet. Reglene kunne lett misbrukes, og satte arbeidsgiveren i en uforholdsmessig sterk posisjon i forhold til den arbeidsuføre arbeidstaker.¹⁷⁹⁸ Det skulle etter departementets mening ”ikke (...) være nok at det påvises grunner som sammen med sykefraværet

¹⁷⁹⁶ Se bl.a. Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 12-13.

¹⁷⁹⁷ Det generelle spørsmålet om pliktbrudd som er en følge av sykdom eller funksjonsnedsettelse gir grunnlag for avskjed eller oppsigelse, tas opp nedenfor, under pkt. 2.5.2.

¹⁷⁹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 25.

vil kunne gi grunnlag for oppsigelse. Det må foreligge omstendigheter som *helt uavhengig av sykefraværet gir saklig grunn til oppsigelse.*¹⁷⁹⁹ Videre uttaler departementet at dersom det foreligger en ”saklig grunn for oppsigelse *som har sammenheng med sykefraværet*, innebærer reglene bare at arbeidsgiveren må vente inntil 6 eventuelt 12 måneder med å gå til oppsigelse.”¹⁸⁰⁰ Lest i sammenheng tilsier forarbeidene at forhold som har sammenheng med den sykdom som førte til sykefraværet, ikke skal kunne ”telle med” i vurderingen av om det foreligger saklig grunnlag for oppsigelse.

Dette standpunktet er også blitt fulgt i rettspraksis som gjelder aml. 1977 § 64: Rt. 1986 s. 224 gjaldt en yrkeshemmet arbeidstaker som ble oppsagt fra en vernet bedrift under sykefravær. Oppsigelsesgrunnen var at arbeidstaker pga. hyppig sykefravær ikke kunne nyttiggjøre seg bedriftens arbeidstreningsopplegg. Høyesterett var imidlertid ikke enig i at dette medførte noe selvstendig grunnlag for oppsigelse i verneperioden. Førstvoterende, som resten av Høyesterett fulgte, uttaler:

”Helt avgjørende i denne forbindelse må bevisbyrderegelen i § 64 annet ledd være. Etter denne bestemmelse skal en oppsigelse som finner sted innenfor det tidsrom oppsigelsesvernet gjelder, anses å ha sin grunn i sykefraværet dersom noe annet ikke gjøres overveiende sannsynlig. Et slikt motbevis foreligger ikke i denne sak.”

Selv om Høyesterett her knytter sin argumentasjon til bevisbyrderegelen, må poenget være det materielle, at årsaken til oppsigelsen hadde saklig sammenheng med sykefraværet og derfor ble identifisert med dette.

Mangelfullt arbeid som har sammenheng den sykdom som seinere ble årsak til sykefraværet, synes også etter underrettspraksis ”diskvalifisert” fra saklighetsvurderingen ved oppsigelse under sykefravær.¹⁸⁰¹

I NAD 1981-83 s. 168 la Eidsivating lagmannsrett til grunn at arbeidstakers manglende *arbeidsprestasjoner* forut for sykmeldingen objektivt ville ha vært tilstrekkelig grunnlag for avskjed eller oppsigelse. Aml. § 1977 § 64 nr. 1 og 2 måtte imidlertid også gi vern for arbeidstakere som i verneperioden blir sagt opp på grunn av forhold som reelt sett har sin årsak i den sykdom som forelå før arbeidstakeren ble sykmeldt, og som var årsak til sykmeldingen. Også i LE-1993-02512 synes lagmannsretten å sidestille oppsigelse pga. *mangelfullt arbeid* som igjen skyldes sykdommen, med oppsigelse pga. sykefravær: ”Selv om oppsigelsen ikke skulle være begrunnet i As sykdom, er det grunn til å regne med at sykdommen har hatt betydning for hans resultater og således i alle fall indirekte har den hatt betydning for oppsigelsen.” I NAD 1981-83 s. 819 Bodø avviste retten å ta hensyn til en episode der det var blitt klaget over at arbeidstaker arbeidet langsomt, ettersom dette skyldtes de ryggskader som seinere medførte at han ble sykmeldt. I NAD 1986 s. 726 Kristiansand var oppsigelsen begrunnet i lærlingens nervøse lidelse, som medførte at arbeidsprestasjonen ble for dårlig. Dette var imidlertid samme lidelse som lå til grunn for sykefraværet, og oppsigelsen ble ansett usaklig.

¹⁷⁹⁹ Min kursiv. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 76.

¹⁸⁰⁰ Min kursiv. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 26.

¹⁸⁰¹ Med visse unntak, se for eksempel ARD 1981 s. 179 og RG 1985 s. 577 Tana og Varanger. Disse avgjørelser kan neppe anses som uttrykk for gjeldende rett.

En litt annen variant gir RG 1997 s. 667 Gulating, hvor vernet etter aml. 1977 § 64 ble funnet å gjelde uten hensyn til at arbeidstaker som følge av sykdommen mistet den helseattest som var nødvendig for å kunne få arbeid i Nordsjøen.

Særlig psykisk sykdom kan også føre til *mislighold* av plikter i arbeidsforholdet. Det vil dermed være nærliggende å anta at særvernet under sykefravær også i utgangspunktet omfatter misligholdstilfellene.

I NAD 1986 s. 264 Gulating hadde arbeidstaker blant annet gjort seg skyldig i ordrenekt og urettmessig uteblivelse. Lagmannsrettens flertall la imidlertid til grunn at misligholdet skyldtes hans psykiske sykdom, som seinere også resulterte i sykmelding. Oppsigelsesforbudet i aml. 1977 § 64 kom derfor til anvendelse.

Det kan være grunn til å følge lagmannsrettens flertall her, når den legger til grunn at oppsigelsesforbudet også omfatter pliktbrudd som er utslag av den sykdom som har ført til sykmeldingen.

Etter sin ordlyd verner aml. § 15-8 likevel bare mot oppsigelse, ikke mot *avskjed*. Dette tilsier at vesentlig mislighold kan gi arbeidsgiver grunnlag for å avskjedige arbeidstaker under sykefravær, selv om misligholdet har sammenheng med den sykdom som førte til fraværet. Også her synes forarbeider og reelle hensyn i utgangspunktet å tale for et bredere vern. Blant annet understrekes det i forarbeidene til den tidligere aml. 1977 § 64 at arbeidstaker skal vernes mot prosesser under sykefraværet.¹⁸⁰² Arbeidsgiver bør da ikke kunne gjøre dette vernet illusorisk ved å anvende avskjed. Likevel er det ikke unikt at arbeidsgiver kan påvirke prosessuelle rettigheter for arbeidstaker ved å velge avskjed fremfor oppsigelse.¹⁸⁰³ Velger arbeidsgiver avskjed, vil han uansett måtte påvise at det foreligger *vesentlig* mislighold, noe som i praksis må innebære noe mer enn å påvise at det foreligger grunner som "helt uavhengig av sykefraværet" kan medføre oppsigelse. Rettspraksis er her sprikende.¹⁸⁰⁴ Bestemmelsens ordlyd må da etter mitt skjønn være avgjørende, slik at arbeidsgiver kan komme utenfor særvernet etter aml. § 15-8 ved å velge avskjed mens arbeidstaker er sykmeldt.

Oppsigelse av sykmeldt arbeidstaker som reelt og tilstrekkelig er begrunnet i *virksomhetens forhold* vil falle utenfor aml. § 15-8.¹⁸⁰⁵ Mer usikkert er det om særvernet etter aml. § 15-8 kan få anvendelse hvor oppsigelsen i utgangspunktet er begrunnet i rasjonalisering /driftsinnskrenkning, men hvor denne konkrete arbeidstaker er blitt *valgt ut* som følge av sykdom. Jeg viser til drøftelsen under pkt. 3.4 nedenfor.

¹⁸⁰² Se bl.a. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 76.

¹⁸⁰³ Arbeidsgiver kan frata arbeidstaker retten til å fortsette i stillingen etter aml. § 15-11.

¹⁸⁰⁴ NAD 1986 s. 264 Gulating gjelder direkte avskjed men uten at lagmannsrettens flertall problematiserer om aml. 1977 § 64 overhodet får anvendelse ved avskjed. Også i NAD 1988 s. 285 Oslo synes aml. § 64 anvendt i forhold til avskjed, men uten at dette er problematisert. I RG 1989 s. 142 Oslo la byretten til grunn at aml. 1977 § 64 ikke kom til anvendelse, som følge av at arbeidsgiver hadde valgt å gi arbeidstaker avskjed.

¹⁸⁰⁵ Se bl.a. Fougner m.fl. 2003 s. 216 flg..

Oppsummeringsvis synes rettspraksis å ha lagt til grunn et årsakskrav som er strengt i forhold til arbeidsgiver og liberalt i forhold til arbeidstaker. Heller ikke andre forhold med direkte eller indirekte forbindelse til den sykdom som førte til sykmeldingen kan være grunnlag for oppsigelse i lovens verneperiode.

2.4.1.5. Verneperioden.

Særvernet mot oppsigelse pga. sykefravær er begrenset i tid. Arbeidstaker som er fraværende pga. ulykke eller sykdom ikke sies opp pga. fraværet ”de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte”.

Dette innebærer en delvis utvidelse i forhold til 1977-loven hvor vernet i utgangspunktet varte 6 måneder, men 12 måneder dersom arbeidstaker hadde vært ansatt i minst fem år sammenhengende eller hadde pådratt seg skaden eller sykdommen i arbeidsgivers tjeneste, tidl. aml. 1977 § 64 nr. 1 annet pkt. Begrunnelsen for utvidelsen er dels retstekniske hensyn; praktiske vansker med å operere med flere ulike perioder. Dels argumenteres det praktisk med at en seks måneders periode ikke er tilstrekkelig i forhold til behovet for å verne arbeidstakere med langvarig sykdom. Et prinsipielt argument for å operere med én frist er videre at årsaken til sykefraværet bør ha mindre betydning i forhold til målsettingen om å fremme et inkluderende arbeidsliv.¹⁸⁰⁶

Arbeidsmiljølovens særlige oppsigelsesvern gjelder for arbeidstaker som ”helt eller delvis er borte fra arbeidet”. Den omfatter altså så vel hel som gradert sykmelding, se ftrl. § 8-13. At vernet også omfatter arbeidstaker under ”aktiv sykmelding”, ftrl. § 8-6 tredje ledd, er lagt til grunn i forarbeidene til 2003-endringen av aml. 1977 § 64.¹⁸⁰⁷ Sies arbeidstaker opp i slike perioder, er hun beskyttet av aml. § 15-8 selv om hun skulle motta oppsigelsen mens hun befinner seg på arbeidsplassen og utfører arbeid.

Som vist i det historiske kapitlet, var oppsigelsesvernet ved sykefravær tidligere betinget av en viss opptjeningstid. Ved arbeidervernloven av 1956 § 44 slik den opprinnelig lød, var særvernet betinget av at arbeidstaker hadde to års sammenhengende tilsetning før hun ble arbeidsufør. Kravet om minste tilsetningstid ble strøket ved endringslov av 7. mars 1975.¹⁸⁰⁸ Ved forberedelsen av aml. 1977 hadde Arbeidsrettsrådet foreslått å gjeninnføre et krav om opptjeningstid for oppsigelsesvern ved sykefravær.¹⁸⁰⁹ Forslaget ble imidlertid ikke fremmet av departementet og heller ikke vedtatt.

¹⁸⁰⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232.

¹⁸⁰⁷ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 11.

¹⁸⁰⁸ Se Ot.prp. nr. 7 (1974-75) og Innst. O. nr. 23 (1974-75).

¹⁸⁰⁹ Utkastet § 45, gjengitt i Ot.prp. nr. 41 (1975-76), Vedlegg s. 16.

Dette innebærer at arbeidstaker i hvert fall er omfattet av lovens oppsigelsesvern etter at hun er tiltrådt, uansett om den sykdom som gir seg utslag i sykefravær forelå på ansettelsestidspunktet.¹⁸¹⁰

Et særlig spørsmål kan imidlertid være om bestemmelsen også omfatter arbeidstaker som er arbeidsufør på det avtalte tiltredelsestidspunktet. Ordlyden i bestemmelsen gjør ikke unntak her. Det er heller ikke gitt at begrepet ”arbeidstaker” i aml. § 15-8 nødvendigvis innebærer et krav om at vedkommende har tiltrådt stillingen.¹⁸¹¹ I Rt. 2004 s. 76 har Høyesterett likevel bekreftet tidligere praksis som gir arbeidsgiver anledning til å påberope seg bristende forutsetninger som ugyldighetsgrunn dersom dette oppdages *før tiltredelse*. Dette kan være et argument for at vern etter aml. § 15-8 forutsetter at arbeidstaker har vært fysisk og psykisk i stand til å utføre arbeid på det avtalte tiltredelsestidspunkt. Særvern etter aml. § 15-8 må etter dette muligens forutsette at arbeidstaker har tiltrådt, i den forstand at hun fysisk og psykisk har vært i stand til å utføre stillingens arbeidsoppgaver.¹⁸¹²

Særvernet mot oppsigelse på grunnlag av sykdom vil også omfatte prøvetidsansatte, se f.eks. LB-2001-2230. Sykefravær kan føre til at arbeidsgiver ikke har tilstrekkelig grunnlag for å vurdere arbeidstakers innsats. Dette løses imidlertid ved en adgang til utvidelse av prøvetiden dersom arbeidstaker har vært fraværende, aml. § 15-6 fjerde ledd.

Det må videre legges til grunn at særvernet opphører i perioder hvor arbeidstaker er kortvarig friskmeldt. Den mest nærliggende tolkning av lovens ordlyd er at særvernet bare gjelder under selve sykmeldingen.¹⁸¹³ Dette er også den løsningen som synes å være lagt til grunn i rettspraksis:

ILE-1990-648 var arbeidstaker sykmeldt som følge av en trafikkulykke, deretter friskmeldt og i jobb i vel en uke, hvor han ble oppsagt, for så å bli sykmeldt igjen som følge av samme skade. Lagmannsretten finner at det ”ikke er aktuelt å anvende arbeidsmiljøloven §64 nr. 2 idet oppsigelsen fant sted på den tid [arbeidstaker] var helt friskmeldt og i arbeid.”

Arbeidstaker som blir avvist på arbeidsplassen ved friskmelding har imidlertid vært ansett omfattet av vernet. Dette ble bl.a. lagt til grunn i NAD 1981-83 s. 114 Sarpsborg.¹⁸¹⁴

Det fremgår ikke direkte av loven eller dens forarbeider hvordan verneperioden skal beregnes i tilfeller der det er avbrudd i sykefraværet. Fanebust 2001¹⁸¹⁵ legger til grunn at spørsmålet om vernetiden skal begynne å løpe på nytt etter avbrudd, må bero på en konkret vurdering. Herunder

¹⁸¹⁰ Spørsmålet om arbeidsgiver kan bruke fortiet sykdom som grunnlag for avskjed eller misligholdsoppsigelse er tatt opp nedenfor, under pkt. 2.5.3.1.

¹⁸¹¹ Se nærmere Jakhelln 2006 s. 225 flg. om betydningen av tiltredelse i forhold til arbeidstakerrettigheter.

¹⁸¹² Motsatt Dege 1997 bind III s. 375. Se også nedenfor under pkt. 2.5.3.1 om sykdom som har vært fortiet ved ansettelse og som på et seinere tidspunkt gir seg utslag i sykmelding.

¹⁸¹³ Slik også Fougner i Fougner og Holo 2006 s. 814.

¹⁸¹⁴ Bare kort referat i NAD. Se også NAD 1987 s. 936 Oslo, butikkleder med gulsott.

¹⁸¹⁵ Fanebust 2001 s. 194.

må en ta i betraktning hvor lenge fraværet har vart, og om det nye fravær har samme eller liknende årsak som det forrige. Utgangspunktet må imidlertid ifølge Fanebust være at vernetiden løper på nytt dersom arbeidstaker har gjeninntått etter sykmelding, med mindre avbruddet er helt kortvarig. Også Fougner og Dege synes å legge dette til grunn som utgangspunkt.¹⁸¹⁶ Synspunktet synes videre å ha støtte i en sparsom underrettspraksis:

RG 1988 s. 735 Nordre Sunnmøre gjaldt en helikopterflyger som først var sykmeldt i ca. 3 måneder pga. bronkitt og lungebetennelse, deretter var i arbeid igjen i en uke, for så å bli sykmeldt igjen for ryggsmerte og problemer med en fot. Retten la til grunn at seks månedersfristen etter aml. § 64 først begynte å løpe ved den siste sykmeldingen, en del av begrunnelsen var her at de to sykefraværene ikke skyldes samme sykdom eller skade.

Hvor arbeidstaker til stadighet er sykmeldt på grunn av samme kroniske sykdom, vil utgangspunktet antakelig stadig være det samme. Rettstekniske hensyn kan tale for en løsning hvor verneperioden begynner å løpe på ny. Også hensynet til likebehandling støtter dette standpunktet. I motsatt fall ville kronisk syke arbeidstakere komme dårligere ut enn personer som sykmeldes flere ganger på grunn av ulike sykdommer.

RG 1997 s. 667 Gulating gjaldt en nordsjøarbeider som først hadde vært sykmeldt fra desember 1992 til mai 1993. Han ble sykmeldt igjen for samme sykdom fra 23. juli 1993. Lagmannsretten fant at de to sykeperiodene ikke kunne sees under ett.

En slik tolkning er ugunstig for arbeidsgiver, ettersom kortvarige og hyppige sykefravær kan skape vel så store problemer som langvarige fravær. Standpunktet synes likevel fornuftig ut fra behovet for klare og forutsigbare regler på området. I og med at aml. § 15-8 bare gjelder under sykmelding, vil det også være mulig å si opp en arbeidstaker i de periodene hun er i jobb, forutsatt at det alminnelige saklighetskravet og kravet til tilrettelegging er oppfylt. Jeg legger altså til grunn at verneperioden i utgangspunktet vil begynne å løpe igjen etter midlertidig friskmelding.

I noen tilfeller vil det, før verneperioden er utløpt, være klart at arbeidstaker ikke vil komme tilbake til stillingen. Dette vil særlig være aktuelt hvor arbeidstaker har tapt nødvendige helsekrav for stillingen,¹⁸¹⁷ eller blitt varig ufør. Oppsigelsesforbudet vil likevel stadig gjelde i verneperioden.¹⁸¹⁸

I RG 1997 s. 667 la Gulating lagmannsrett til grunn at vernet etter aml. 1977 § 64 gjaldt uavhengig av om arbeidstaker som følge av sykdommen hadde tapt helseattest for arbeid i Nordsjøen. I RG 1988 s. 735 Nordre Sunnmøre var det avgjørende moment for oppsigelse at flygeren, på grunn av den sykdom som førte til sykmeldingen, hadde fått inndratt sitt helsesertifikat. Retten anså oppsigelsen saklig begrunnet, til tross for at den etter rettens mening skjedde i verneperioden etter aml. 1977 § 64. Siste avgjørelse synes ikke å være uttrykk for gjeldende rett.

¹⁸¹⁶ Fougner i Fougner og Holo 2006 s. 814. Dege 1997 bind III s. 376.

¹⁸¹⁷ Se ovenfor under pkt. 2.2.

¹⁸¹⁸ Ifølge NOU 2004: 5 s. 314 vurderte Arbeidslivslovutvalget å gjøre unntak fra særvernet under sykefravær for tilfeller hvor det er "åpenbart at arbeidstaker ikke vil kunne vende tilbake til et arbeid i virksomheten". Arbeidslivslovutvalget ønsket likevel ikke å innføre en slik regel.

En siste problemstilling vil være om det vil innebære direkte eller indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming dersom arbeidsgiver velger å medregne sykefravær som er utslag av en kronisk sykdom i verneperioden etter aml. § 15-8 første ledd.

I Rentokil-saken har EF-domstolen lagt til grunn at det vil være i strid med forbudet mot direkte kjønnsdiskriminering å innregne graviditetsbasert sykefravær som del av en generell verneperiode mot oppsigelse på grunn av sykefravær.¹⁸¹⁹ På tilsvarende måte vil det kunne hevdes at innregning av sykefravær som skyldes en varig funksjonsnedsettelse i en slik generell verneperiode, vil kunne utgjøre direkte diskriminering på grunn av funksjonshemming. Under kap. IV pkt. 3.3.5 har jeg utledet at forbudet mot direkte diskriminering på grunn av funksjonshemming i prinsippet også omfatter dårligere behandling som følge av *utslag av* en arbeidstakers funksjonsnedsettelse, herunder sykefravær. I tillegg kan det hevdes at det å behandle sykefravær som følge av en varig funksjonsnedsettelse på samme måte som annet sykefravær i praksis vil stille arbeidstakerne med visse typer funksjonsnedsettelse dårligere enn andre. Det vil da foreligge en presumpsjon for indirekte diskriminering.

Det synes likevel særdeles upraktisk at sykefravær som er et utslag av en funksjonsnedsettelse ikke skal kunne telle med ved den alminnelige verneperioden etter aml. § 15-8. Det vil i praksis være svært vanskelig å skille mellom sykefravær som skyldes "funksjonshemming" og sykefravær som har andre årsaker. Å pålegge arbeidsgiver en ubetinget plikt til å se bort fra sykefravær som skyldes "funksjonshemming" ville medføre store byrder for denne og i praksis gjøre det tilnærmet umulig for arbeidstakere med kroniske sykdommer å oppnå ansettelse. En vil heller ikke ha noen naturlig grense for arbeidsgivers ansvar, slik en, i hvert fall delvis, har i forhold til graviditet.¹⁸²⁰ En bør derfor kunne legge til grunn enten at arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse på grunn av sykefraværet ikke befinner seg i en "tilsvarende situasjon",¹⁸²¹ eller at forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og forholdsmessig etter aml. § 13-1 annet ledd. I forholdsmessighetsvurderingen etter aml. § 13-3 vil det blant annet ha betydning at den generelle norske verneperioden er relativt lang, og at det alminnelige kravet om saklig grunn for oppsigelse og plikten til tilrettelegging også vil gjelde etter at særvernet etter aml. § 15-8 er utløpt.

Jeg konkluderer altså med at det ikke vil være i strid med forbudene mot diskriminering å regne sykefravær som skyldes en varig funksjonsnedsettelse med i den alminnelige verneperioden etter aml. § 15-8 første ledd.

¹⁸¹⁹ Sak C-394/96 Brown/Rentokil avsnitt 32 jfr. avsnitt 31.

¹⁸²⁰ I Hertz-saken, sak 179/88, avsnitt 16, og Larsson/Føtex-saken, sak C-400/95, avsnitt 23, legger EF-domstolen også til grunn at det bare er *under graviditeten og fødselspermisjonen* at oppsigelse på grunn av graviditetsbetinget sykdom utgjør kjønnsdiskriminering.

¹⁸²¹ I forhold til en hypotetisk sammenlikningsperson uten funksjonsnedsettelse og uten sykefravær.

2.4.2. Sykefravær utenfor verneperioden.

Arbeidstaker kan fortsatt være sykmeldt etter utløpet av verneperioden. Eller hun kan bli sagt opp på grunnlag av hyppig sykefravær på et tidspunkt hvor hun er i jobb. I slike tilfeller gjelder ikke særvernet under sykefravær etter aml. § 15-8. Spørsmålet under dette punkt er i hvilken utstrekning sykefravær kan utgjøre saklig grunnlag for oppsigelse på tidspunkter hvor særvernet ikke gjelder.

Dersom oppsigelse skal begrunnes i hyppig kortvarig sykefravær, vil den sentrale problemstillingen være om arbeidsgiver har gjort tilstrekkelig for å tilrettelegge etter aml. § 4-6. Arbeidsgivers tilretteleggingsplikter ved sykefravær er omfattende, se nærmere kap. VI pkt. 2. Kan arbeidsgiver vise at han har prøvd å tilrettelegge, men arbeidstaker stadig har et stort sykefravær, vil det kunne være saklig grunnlag for oppsigelse.¹⁸²²

Skjer oppsigelse mens arbeidstaker stadig er sykmeldt etter utløpet av den særlige verneperioden, vil det alminnelige kravet om saklig grunn også her sette grenser for oppsigelsesadgangen. Når Eidsivating lagmannsrett i NAD 1981-83 s. 168 uten videre legger til grunn at en arbeidstaker ville kunne ha vært sagt opp fra det tidspunkt verneperioden etter dav. aml. 1977 § 64, i det aktuelle tilfellet ett år, er dette derfor for enkelt. Hålogaland lagmannsrett tar i LH-1997-00889 et mer korrekt utgangspunkt når den går inn på en konkret vurdering av om sykmelding ut over verneperioden er tilstrekkelig for å gi grunnlag for oppsigelse.

“Det er på det rene at man på en så liten arbeidsplass som Sentrum Legesenter AS er særlig sårbar ved langvarig sykefravær. Ut fra det som fremkom under bevisførselen, fremsto imidlertid ikke problemene som [arbeidstakers] sykefravær medførte som urimelig store. Legesenteret synes å ha dekket opp for sykefraværet ved å benytte en allerede tilsatt person i utvidet stilling.”¹⁸²³

Ifølge Fanebust vil utgangspunktet være at en arbeidstaker *kan* sies opp dersom vedkommende fortsatt er sykmeldt ut over verneperioden.¹⁸²⁴ Sannsynligvis må dette imidlertid, som Fanebust også er inne på, avhenge av hvorvidt arbeidstaker kan forventes å bli friskmeldt i nærmeste fremtid. Arbeidsgiver må altså før utløpet av verneperioden undersøke om arbeidstaker kan forventes å komme tilbake til arbeidet. I ovennevnte sak (NAD 1981-83 s. 168 Eidsivating) var arbeidstaker fortsatt sykmeldt på domstidspunktet, noe som kan ha vært utslagsgivende for resultatet.

I LB-2005-182268 var en industriarbeider blitt oppsagt på grunn av helseplager ved utløpet av verneperioden etter aml. 1977 § 64. Lagmannsretten fant at oppsigelsen var saklig pga. høy risiko for tilbakefall og manglende muligheter for tilrettelegging eller omplassering.

¹⁸²² Se pkt. 2.1 ovenfor og for tilsvarende problemstillinger i forhold til andre begrensninger i arbeidsevnen pkt. 2.2 og pkt. 2.3.

¹⁸²³ LH-1997-00889.

¹⁸²⁴ Fanebust 2001 s 198.

Forbudet mot diskriminering som følge av funksjonshemming synes ikke å gi noen ekstras beskyttelse i slike tilfeller. Skyldes sykefraværet en sykdom av lengre varighet, som leddgikt, kreft etc., kan også plikten til å tilrettelegge etter aml. § 13-5 komme inn. Materielt sett innebærer denne likevel neppe ekstra plikter i forhold til aml. § 4-6. Dersom arbeidstaker etter pliktig tilrettelegging stadig ikke er ”kompetent, egnet og disponibel” til å utføre stillingens vesentlige funksjoner, vil oppsigelse på dette grunnlag ikke være diskriminerende.

Forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i tidligere aml. 1977 kap. X A var påberopt i LB-2007-893. Saken gjaldt oppsigelse av sykmeldt tjenestemann på grunnlag av ordrenekt og omfattende sykefravær. Lagmannsretten tok imidlertid ikke stilling til arbeidstakers anførsler om at oppsigelsen er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, men la til grunn at arbeidstaker av andre grunner enn helsetilstanden var ”varig uskikket for stillingen”. På denne bakgrunn fant en oppsigelsen tilstrekkelig saklig begrunnet i tjml. § 10 nr. 2 b.

2.5. Pliktbrudd mv. som opphørsgrunn.

2.5.1. Innledning.

En oppsigelse eller en avskjed kan være rettmessig på grunnlag av arbeidstakers mislighold av sine plikter i arbeidsforholdet, se aml. § 15-7 første ledd, ”saklig begrunnet i (...) arbeidstakers forhold” og aml. § 15-14 første ledd, ”gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.”

Jeg vil i utgangspunktet forbeholde betegnelsen ”mislighold” manglende oppfyllelse av arbeidsavtalen *som arbeidstaker kan bebreides*.¹⁸²⁵ Oppdelingen er praktisk begrunnet og skillet har ikke rettslig betydning. Spørsmålet om arbeidstaker har misligholdt arbeidsavtalen vil i praksis avhenge av så vel objektive som subjektive forhold. Det er ikke klare skiller mellom på den ene side mangelfulle arbeidsprestasjoner, (se pkt. 2.3 og 2.4 ovenfor), og på den annen side ”mislighold” av arbeidsavtalen, som oppsigelsesgrunn. Ofte vil det ikke gå frem av en rettsavgjørelse om det er mislighold eller mangelfulle arbeidsprestasjoner pga. redusert arbeidsevne som har vært grunnlag for oppsigelse. Oppsigelsen kan dessuten ofte være begrunnet ut fra en samlet vurdering av flere forskjellige forhold på arbeidstaker-side.

Det som særlig karakteriserer slik ”misligholdsoppsigelse” i forhold til de situasjoner som er tatt opp under pkt. 2.3-2.4, er at vurderingen er bakoverrettet, slik at den sentrale problemstillingen vil være om pliktbruddet som sådan gir grunnlag for oppsigelse. Herunder vil graden av subjektiv skyld på arbeidstakerside ha stor betydning for om oppsigelse er saklig begrunnet i det enkelte tilfellet.¹⁸²⁶

¹⁸²⁵ Fanebust 2001 s. 187 flg. bruker en noe annen terminologi når han skiller mellom ”subjektivt” og ”objektivt” mislighold. Objektivt mislighold vil etter Fanebusts terminologi omfatte mangelfullt arbeid og fravær som ikke kan bebreides arbeidstakeren, altså forholdene jeg har tatt opp under pkt. 2.3 og 2.4.

¹⁸²⁶ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 187 med videre henvisninger.

Har arbeidstaker ”gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”, kan arbeidsgiver også avskjedige henne med øyeblikkelig virkning etter aml. § 15-14 første ledd. Til tross for ordlyden i aml. § 15-14 første ledd antas at avskjed også kan gis på objektivt grunnlag.¹⁸²⁷ Likevel vil graden av subjektiv skyld svært ofte ha avgjørende betydning for om pliktbruddet anses som grovt, se bl.a. Rt. 1989 s. 329.¹⁸²⁸

Av interesse for avhandlingens tema er særlig to ulike problemstillinger: For det første kan sykdom eller funksjonsnedsettelse ha *forårsaket pliktbrudd*: Spørsmålet om og under hvilke vilkår slike pliktbrudd kan gi grunnlag for avskjed og/eller misligholdsoppsigelse vil bli tatt opp under pkt. 2.5.2. For det annet kan sykdom eller funksjonsnedsettelse *utløse særlige plikter* i arbeidsforholdet. Spørsmålet om brudd på slike plikter kan være grunnlag for avskjed eller oppsigelse tas opp under pkt. 2.5.3. Her drøftes avskjed og oppsigelse på grunnlag av brudd på ulike medvirkningsplikter ved og under ansettelse. Opplysningssvikt ved ansettelse som avskjeds- og oppsigelsesgrunn tas opp under pkt. 2.5.3.1; opplysnings- og dokumentasjonssvikt ved sykefravær som avskjeds- eller oppsigelsesgrunn tas opp under pkt. 2.5.3.2 og manglende medvirkning til tilrettelegging som avskjeds- eller oppsigelsesgrunn tas opp under pkt. 2.5.3.3.

2.5.2. Pliktbrudd som er *forårsaket av sykdom eller funksjonsnedsettelse*.

En arbeidstakers sykdom eller funksjonsnedsettelse kan ha vært årsak til hennes pliktbrudd. For eksempel kan psykisk sykdom ha ført til at arbeidstaker har unnlatt å utføre arbeidsoppgaver, har opptrådt uhøflig overfor arbeidskolleger og kunder mv. Problemstillingen under dette punkt er hvilken betydning det har for adgangen til avskjed og/eller oppsigelse at pliktbruddet er forårsaket av sykdom eller funksjonsnedsettelse.¹⁸²⁹

Så vel i forhold til avskjed som i forhold til oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold vil det måtte foretas en objektiv vurdering av pliktbruddets betydning for virksomheten (henholdsvis *tilstrekkelig* saklig grunn for oppsigelse og *vesentlig* mislighold). Videre vil det ha betydning i hvilken utstrekning arbeidstaker subjektivt kan bebreides pliktbruddet (f. eks. vansker med å handle annerledes som følge av psykisk sykdom). Det forhold at pliktbruddet skyldes sykdom vil altså etter kontraktsvernreguleringen være et argument mot at de subjektive vilkår for avskjed og/eller misligholdsoppsigelse er oppfylt. I tillegg kan pliktbrudd som skyldes arbeidstakers sykdom utløse plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6.

¹⁸²⁷ Se Evju 1979 s. 355.

¹⁸²⁸ Høyesterett uttaler at det ved avgjørelsen av om det foreligger en grov krenkelse av plikter må ”tas hensyn til hele situasjonen da nektelsen fant sted, og til [arbeidstakers] subjektive forhold.” Som følge av omstendighetene og arbeidstakers motiv for ordrenekten, var det ikke grunnlag for avskjed.

¹⁸²⁹ Spørsmålet om det særlige oppsigelsesvernet i aml. § 15-8 også dekker tilfeller hvor den sykdom som førte til sykmeldingen også har medført pliktbrudd, er tatt opp tidligere, under pkt. 2.4.1.3.

At psykisk sykdom kan virke unnskyldende i forhold til pliktbrudd, er lagt til grunn i teorien¹⁸³⁰ og i en relativt omfattende underrettspraksis.

LE-1999-653 gjaldt en arbeidstaker med lederfunksjon som delvis pga. angstproblemer uriktig hadde registrert å ha utført oppgaver, uteblitt uten varsel og misligholdt ukerapporteringsplikten. På bakgrunn av arbeidstakers sykdom fant lagmannsretten at pliktbruddene ikke var så alvorlige at det var grunnlag for avskjed eller oppsigelse. LG-1999-1202 gjaldt avskjed av en seniorforsker på grunnlag av manglende overholdelse av arbeidstiden. Lagmannsrettens flertall fant at pliktbruddene var forårsaket av arbeidstakerens sykdom og at avskjeden var urettmessig. LG-1999-672 gjaldt en rektor ved en barnehage/førskole som fikk avskjed som følge av ulegitimert fravær og unnlatt oppmøte på styremøter. Lagmannsretten fant at pliktbruddene skyldtes arbeidstakers sykdom, og at det ikke var grunnlag verken for avskjed eller oppsigelse. I NAD 1987 s. 654 Hålogaland var en kommuneansatt oppsagt som følge av pliktfor-sømmelser. Blant annet hadde hun gitt uriktige opplysninger til sine overordnede om at arbeidsoppgaver var utført. Disse pliktfor-sømmelser ville normalt vært tilstrekkelig til å begrunne oppsigelse. Men ettersom pliktfor-sømmelsene hadde sammenheng med hennes psykiske sykdom var det ikke grunnlag for oppsigelse. I ARD 1980 s. 90 fant Arbeidsrettens flertall at arbeidstakers skjodesløshet ved en bestemt anledning hadde sammenheng med psykiske forhold, og derfor ikke gav grunnlag for oppsigelse. I RG 1989 s. 142 Oslo fant byrettens flertall at det verken var grunnlag for avskjed eller oppsigelse på grunn av ulegitimert fravær, ettersom manglende varsel skyldtes arbeidstakers psykiske sykdom. LB-1998-1747 (purser i SAS) gjelder direkte retten til å fortsette i stillingen, men lagmannsretten tar stilling til sannsynligheten for at arbeidstaker skal få medhold i oppsigelsessaken. Lagmannsretten stadfester det rettslige utgangspunktet om at det er relevant om samarbeidsproblemene skyldes sykdom, men finner at dette ikke er tilstrekkelig opplyst.¹⁸³¹

Det er grunn til å følge denne praksis, ettersom graden av subjektivt klander har betydning både i forhold til avskjeds- og oppsigelsesvilkårene. Vurderingen vil da i utgangspunktet ikke bli bakoverrettet; oppsigelse som sanksjon for pliktbrudd, men fremoverrettet; oppsigelse på grunnlag av fremtidig risiko for tilsvarende atferd. Det sentrale vurderingstema vil være om det er grunn til å tro at arbeidstaker for fremtiden, gitt tilrettelegging etter aml. § 4-6, vil kunne utføre sitt arbeid på en forsvarlig og tilfredsstillende måte.

Vil forbudene mot diskriminering på grunn av funksjonshemming innebære et styrket vern for arbeidstaker på dette området?

Forbudet mot direkte diskriminering pga. funksjonshemming, aml. § 13-1 første ledd, omfatter også dårligere behandling pga. utslag av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse, f.eks. atferd som er en følge av psykisk sykdom, AD/HD eller Tourette syndrom. Utgangspunktet vil være at oppsigelse eller avskjed som er begrunnet i slik atferd vil være i strid med forbudet mot direkte diskriminering pga. funksjonshemming.¹⁸³² Arbeidsgiver vil ha plikt til å tilrettelegge etter aml. §

¹⁸³⁰ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 238-240.

¹⁸³¹ At *fysisk* sykdom kan føre til pliktbrudd synes mindre aktuelt. I TOSLO-2005-166823 påberopte arbeidstaker seg imidlertid (forgjeves) at hennes fysiske sykdom i samvirke med lokale forhold på Jamaica gjorde det umulig for henne å varsle om sykefravær.

¹⁸³² Se nærmere under kap. IV pkt. 3.3.5.7.

13-5. Dersom atferden skal kunne utgjøre selvstendig grunnlag for oppsigelse, må funksjonsnedsettelsen gjøre at arbeidstaker ikke lenger er "kompetent, egnet eller disponibel" til å utføre stillingens vesentlige funksjoner.¹⁸³³ Også her blir vurderingen i utgangspunktet fremoverrettet; spørsmålet vil være om arbeidstaker gitt rimelig tilrettelegging vil bli i stand til å utføre arbeidet forsvarlig og tilfredsstillende. Er så ikke tilfelle, kan arbeidsgiver bringe arbeidsforholdet til opphør. For eksempel kan det være berettiget å si opp en flyger på bakgrunn av psykisk sykdom som fører til fare for flypassasjerene.

LDN-2007-21 gjaldt en flyplassarbeider som mente han var blitt presset til å si seg opp pga. samarbeidsproblemer, og hevdet at oppførselen skyldtes AD/HD. Diskrimineringsnemnda legger til grunn at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin plikt til tilrettelegging etter aml. § 13-5, men uten å ta stilling til om dette ville ført til at arbeidstaker hadde beholdt arbeidet.

Arbeidsgiver vil ikke alltid være klar over at arbeidstakers pliktbrudd skyldes sykdom eller funksjonsnedsettelse. Særlig vil dette være tilfelle hvor arbeidstaker har utviklet en psykisk lidelse under arbeidsforholdet. Spørsmålet blir da om en oppsigelse eller avskjed i slike tilfeller kan være usaklig eller diskriminerende selv om arbeidsgiver ikke visste eller burde vite om årsaken til pliktbruddet.

Utgangspunktet er at så vel saklighetskravet til oppsigelse og vilkårene for legitimering av avskjed som diskrimineringsforbudet bygger på objektive kriterier. Det vil ikke være noe vilkår for å sette en oppsigelse eller avskjed til side eller å idømme erstatning eller oppreisning at arbeidsgiver har utvist skyld, se aml. § 15-12 og § 13-9.

I norsk underrettspraksis er likevel lagt til grunn at en avskjed eller oppsigelse på grunnlag av pliktbrudd som skyldes sykdom kan være berettiget så lenge arbeidsgiver verken visste eller burde vite om årsaken til pliktbruddet.

RG 1991 s. 754 Eidsivating gjaldt avskjed av stuer. Grunnen til avskjeden var hyppig fravær, som skyldtes psykiske problemer, men uten at arbeidstaker hadde gitt beskjed om hva problemene skyldtes. Lagmannsrettens flertall fant avskjeden berettiget. I LA-2004-8128 var arbeidstaker gitt avskjed på grunn av trakassering av en annen ansatt. Atferden skyldtes muligens psykisk sykdom, som arbeidsgiver likevel ikke var blitt gjort oppmerksom på. Retten fant at bedriften hadde gjort det den kunne ut fra de opplysninger arbeidstaker hadde gitt.¹⁸³⁴ Konkret gav pliktbruddene grunnlag for oppsigelse, men ikke avskjed.

Arbeidsgiver er i underrettspraksis pålagt en viss undersøkelsesplikt, dersom han hadde konkret grunn til å tro at pliktbruddet skyldes sykdom. En avskjed eller oppsigelse som skyldes pliktbrudd er i konkrete tilfeller blitt underkjent fordi arbeidstaker burde undersøkt om pliktbruddet hadde sammenheng med sykdom.

¹⁸³³

Sak C-13/05 Chacón Navas premiss 51 og 52 og domskonklusjonens punkt 2.

¹⁸³⁴

Virksomheten hadde tilbudt arbeidstaker behandling som alternativ til avskjed.

I LG-1999-672 som gjaldt avskjed av rektor ved førskole/barnehage, ble arbeidsgiver pålagt en viss undersøkelsesplikt, pga. tidligere kjennskap til arbeidstakers psykiske problemer. Avskjeden ble kjent ugyldig, også som oppsigelse.¹⁸³⁵

Vil forbudene mot diskriminering på grunn av funksjonshemming her innebære en ytterligere beskyttelse for arbeidstaker? Det er i teorien lagt til grunn at kravet til årsakssammenheng for å konstatere diskriminering ikke innebærer noe vilkår om at den diskriminerende har positiv kunnskap om at en person har nedsatt funksjonsevne.¹⁸³⁶ Arbeidsgiver kan derfor ha foretatt en diskriminerende handling selv om han ikke visste at personen hadde en funksjonsnedsettelse. Avskjed eller oppsigelse som følge av pliktbrudd som skyldes psykisk funksjonsnedsettelse vil kunne anses som direkte diskriminering. At arbeidsgiver ikke hadde kunnskap om funksjonsnedsettelsen, vil imidlertid kunne få betydning for omfanget av den oppreisning som ilegges etter aml. § 13-9 første ledd. Dersom arbeidsgiver verken kjente eller burde kjent til funksjonsnedsettelsen, bør det i regelen ikke utmåles noen oppreisning. Videre kan skyld på arbeidsgiverside ha betydning for omfanget av en eventuell oppreisning og erstatning. Har arbeidsgiver konkrete holdepunkter for å tro at arbeidstakers handlinger er motivert av psykisk funksjonsnedsettelse, kan han ikke gå til avskjed eller oppsigelse uten å søke å avklare dette.

I LDN-2007-21 hadde arbeidstaker orientert arbeidsgiver om sin ADHD, men hevdet at denne, på grunn av medisiner, ikke gav seg utslag i samarbeidsproblemer. På dette grunnlag var samarbeidsproblemene blitt behandlet som en ordinær personalsak. Bedriften innrømmer likevel at en burde innsett at arbeidstakers utsagn nettopp skyldtes hans ADHD. Diskrimineringsnemnda slår her fast at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin plikt til tilrettelegging. En tar imidlertid ikke direkte stilling til om slik tilrettelegging ville ha ført til at arbeidstaker kunne beholdt jobben.¹⁸³⁷

Vi ser at pliktbrudd som er forårsaket av sykdom eller funksjonsnedsettelse ikke kan behandles på samme måte som andre pliktbrudd, i forhold til avskjed og/eller oppsigelse. Et pliktbrudd som er forårsaket av sykdom eller funksjonsnedsettelse kan utløse plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6 og/eller aml. § 13-5. Videre kan det forhold at pliktbruddet skyldes sykdom eller funksjonsnedsettelse inngå i en konkret vurdering av om pliktbruddet er tilstrekkelig alvorlig til å begrunne avskjed eller oppsigelse. Det synes ikke å være vesentlige forskjeller i arbeidstakers materielle vern etter kontraktsvernreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen på dette området.

¹⁸³⁵ LB-2006-135476-2 kan også ha interesse, selv om denne direkte gjelder oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkning, plikten til å tilby annet passende arbeid. Arbeidsgiver hadde gitt arbeidstaker to tilbud om arbeid, som arbeidstaker ikke kunne ta imot på grunn av sin angstlidelse. Denne var imidlertid ikke kjent for arbeidsgiver, som av denne grunn måtte anses å ha oppfylt sin plikt til å tilby annet passende arbeid etter aml. 1977 § 60 nr. 2 første pkt. (Oppsigelsessaken er nå også blitt behandlet av Høyesterett, se Rt. 2008 s. 749. Høyesterett fant at arbeidsgiver ikke hadde plikt til å undersøke om arbeidstakers avslag på jobbtilbudene var et utslag av hans sykdom, blant annet fordi arbeidstaker gjennom hele prosessen var blitt bistått av advokat.)

¹⁸³⁶ NOU 2005: 8 s. 172. Utsagnet gjelder direkte forslag til ny regulering, som likevel bygger på gjeldende rett i disse tilfellene.

¹⁸³⁷ Arbeidstaker var i dette tilfellet blitt bedt om å underskrive en fratredelsesavtale, og hadde akseptert dette.

2.5.3. Brudd på plikter i sammenheng med sykdom og funksjonsnedsettelse.

2.5.3.1. Opplysningssvikt om sykdom eller funksjonsnedsettelse ved ansettelse som grunnlag for opphør.

At arbeidstaker har en sykdom og funksjonsnedsettelse kan i seg selv utløse særlige plikter i forhold til arbeidsgiver. Blant annet kan en arbeidssøker ha plikt til å opplyse om forhold av betydning for arbeidsutførelsen, herunder helsetilstand og funksjonsnedsettelsen. Spørsmålet om *hva* en arbeidssøker har plikt til å opplyse om ved ansettelse, er tatt opp under kap. V pkt. 3.2. Der har jeg blant annet lagt til grunn at opplysningsplikten omfatter helsetilstand eller funksjonsnedsettelse som arbeidstaker visste om og som hun hadde grunn til å anta var av vesentlig betydning for arbeidsutførelsen. Opplysningssvikt kan føre til at arbeidsavtalen anses som ugyldig inngått. Høyesterett har imidlertid i Rt. 2004 s. 76 lagt til grunn at arbeidsgiver er henvist til å nytte avskjed eller oppsigelse dersom forholdet først oppdages etter at arbeidstaker er tiltrådt stillingen. Spørsmålet under dette punkt er hva som skal til for at mislighold av opplysningsplikt ved ansettelse kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed etter at stillingen er tiltrådt.

Har arbeidstaker fortiet en sykdom som seinere har ført til sykmelding, blir et spørsmål om sykefraværet av denne grunn faller utenfor særvernet i aml. § 15-8. Arbeidervernloven av 1956 gjorde unntak fra oppsigelsesvernet under sykefravær for arbeidstaker som ved svik hadde fortiet at hun led av sykdommen ved ansettelse.¹⁸³⁸ Arbeidsrettsrådet hadde foreslått å videreføre disse begrensningene i aml. 1977, men Kommunal- og arbeidsdepartementet valgte å ta dem ut av loven. Den angitte begrunnelse var at unntaket ikke var særlig aktuelt i praksis. Det ble imidlertid også vist til de nye bestemmelsene om tilrettelegging.¹⁸³⁹ Dette skulle tilsi at det ikke er grunnlag for å si opp sykmeldt arbeidstaker *i verneperioden* etter aml. § 15-8 første ledd på grunnlag av opplysningssvikt om sykdommen som førte til sykefraværet. Slike forhold kan først gi grunnlag for oppsigelse dersom arbeidstaker blir friskmeldt, eller verneperioden er utløpt. *Avskjed* på grunnlag av mislighold faller likevel som vi har sett¹⁸⁴⁰ utenfor aml. § 15-8, selv om dette skjer i verneperioden.

Det synes ikke å foreligge praksis som direkte gjelder problemstillingen. I NAD 1987 s. 936 Oslo ble en butikkleder tilkjent erstatning for urettmessig oppsigelse pga. sykdom. Hun hadde ikke opplyst om at hennes samboer var smittet av gulsott, og at hun selv muligens var smittet. Hun ble sykmeldt pga. gulsotten og avvist etter friskmelding. Arbeidsgiver hadde ikke påberopt seg den manglende opplysning om gulsotten, men retten finner likevel grunn til å

¹⁸³⁸ Se kap. III pkt. 3.4.

¹⁸³⁹ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 25 og Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 13.

¹⁸⁴⁰ Pkt. 2.4.1.4.

bemerke at den anså den manglende opplysning uten betydning. Arbeidstaker la videre til grunn at aml. 1977 § 64 kom til anvendelse.¹⁸⁴¹

Utenfor verneperioden etter aml. § 15-8 vil mislighold i form av opprinnelig opplysningssvikt kunne gi grunnlag for så vel avskjed som oppsigelse. Vilkår for avskjed (i og utenfor verneperioden) er at arbeidstaker har ”gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”, aml. § 15-14 første ledd. Vilkår for oppsigelse er at den er ”saklig begrunnet i (...) arbeidstakers forhold”, aml. § 15-7 første ledd.

Avskjeds- og oppsigelsesbestemmelsene stiller for det første objektive krav til pliktbruddets betydning for arbeidsgiver. Om det foreligger grunnlag for avskjed eller (bare) misligholdsoppsigelse vil blant annet avhenge av hvor stor betydning helsetilstanden har for utførelsen av arbeidet. Er det for stillingen fastsatt helsekrav med hensikt å verne andre menneskers sikkerhet vil dette klart tale for at det foreligger avskjedsgrunn. Er helsekravene stilt for å verne arbeidstakers egen sikkerhet, har også dette en viss betydning for arbeidsgiver.¹⁸⁴²

For det annet vil arbeidstakers subjektive forhold ha stor betydning for hvorvidt det foreligger grunnlag for avskjed eller oppsigelse: Det sentrale vurderingstema vil være det *tillitsbrudd* de manglende opplysninger innebærer. Høyesterett uttaler seg i Rt. 2004 s. 76 om de subjektive kravene til *avskjed* ved opplysningssvikt:

”Hvis arbeidstakeren er sterkt å bebreide - for eksempel ved bevisst å ha gitt uriktige opplysninger som var avgjørende for ansettelsen - vil dette etter omstendighetene kunne gi grunnlag for avskjed etter arbeidsmiljøloven §66”.¹⁸⁴³

Uttalelsen er ikke klar med hensyn til om arbeidstaker må ha visst om de relevante forholdene eller om det er tilstrekkelig at hun har utvist grov uaktsomhet med hensyn til dette. Eksemplet som gis av Høyesterett gjelder aktiv, bevisst villedning. For eksempel kan arbeidssøker ha forfalsket helseattest eller ha svart uriktig på et direkte og konkret spørsmål fra arbeidsgiverens side. Videre gjelder eksemplet opplysninger som er ”avgjørende” for ansettelsen. Dette vil nok i regelen også være et vilkår for at det skal foreligge avskjedsgrunn.

Jeg har ikke funnet norsk publisert rettspraksis som gjelder avskjed på grunnlag av opplysningssvikt om helseforhold eller funksjonsnedsettelse. Opplysningssvikt var i utgangspunktet påberopt som avskjedsgrunn i Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, men anførselen ble ikke opprettholdt for Høyesterett. Lagmannsretten la til grunn at det ikke forelå opplysningssvikt.

¹⁸⁴¹ Det siste fremkommer bare av sammendraget, ikke direkte av det utdrag av dommen som er sitert i NAD.

¹⁸⁴² En kunne tenke seg at arbeidsgiver ble strafferettslig ansvarlig for å ha utsatt arbeidstaker for uforvarlig risiko, eller erstatningsansvarlig dersom arbeidstaker kom til skade som følge av egen helsemessig sårbarhet. Straffansvar for arbeidsgiver forutsetter likevel at han har handlet uaktsomt, aml. § 19-1 første ledd. Yrkesskadeforsikringsloven § 8 første ledd første pkt. innebærer at arbeidsgiver som hovedregel ikke vil være ansvarlig for yrkesskader. Men loven dekker ikke alle sykdommer eller skader, jfr. for så vidt ysf. § 8 første ledd annet pkt.

¹⁸⁴³ Rt. 2004 s. 76, avsnitt 48. Saken gjaldt opplysningssvikt om manglende formelle kvalifikasjoner for stillingen.

Ved oppsigelse stilles mindre strenge krav til å tillegge opplysningssvikt betydning. Høyesterett uttaler i Rt. 2004 s. 76 at "[i] andre situasjoner [forutsetningsvis der arbeidssøker kan bebreides uten at det foreligger bevisst villedning, min anm.] vil arbeidstakerens forhold i forbindelse med ansettelsen kunne trekkes inn i vurderingen av om det er saklig grunn til oppsigelse etter arbeidsmiljøloven §60". Som nevnt vil opplysningsplikt i utgangspunktet forutsette konkret kunnskap om sykdommen eller funksjonsnedsettelsen. Hvorvidt opplysningssvikt gir grunnlag for avskjed eller bare (misligholds-)oppsigelse synes da å avhenge av i hvilken utstrekning arbeidssøker burde forstått at opplysningene var av avgjørende betydning for arbeidsforholdet. Opplysningssvikt om generell nedsatt arbeidsførhet synes å gi grunnlag for oppsigelse.

I NAD 1984-85 s. 23 Hammerfest hadde arbeidstaker bl.a. unnlatt å opplyse at han var under attføring, da han ble ansatt som bestyrer for et fiskebruk. Retten fant at arbeidstaker "ble ansatt under bristende forutsetninger, og at dette forhold i seg selv danner grunnlag for oppsigelse av saksøker (...). Saksøkers dårlige helse bekreftes av at han har vært sykemeldt 7 måneder i 1983 på grunn av hofteplager."

Vurderingen av om opplysningssvikt gir selvstendig grunnlag for avskjed eller oppsigelse, er i utgangspunktet "bakoverrettet". Grunnlaget for avskjeden eller oppsigelsen er det tillitsbrudd arbeidssøker stod for før hun ble ansatt, og det sentrale vurderingstema vil derfor være hvor stor innvirkning den fortiede helsetilstand på ansettelsestidspunktet kunne forventes å ha for arbeidstakers arbeidsprestasjoner. Gitt at utviklingen har vist seg å bli bedre enn forutsatt har det i underrettspraksis vært lagt til grunn en fremoverrettet vurdering. Retten kan legge til grunn at arbeidstaker burde opplyst om helseproblemene, men at det likevel ikke foreligger grunnlag for oppsigelse fordi disse har vist seg ikke å ha medført store problemer. Det tillitsbrudd som manglende opplysning om negativ helsetilstand i utgangspunktet innebærer, blir dermed tillagt mindre vekt enn den seinere faktiske utviklingen av arbeidstakers arbeidsevne.

I NAD 1981-83 s. 627 Stavanger la retten til grunn at en arbeidstaker burde opplyst om sine psykiske problemer ved ansettelse. Oppsigelse på grunnlag av dette ble likevel ansett usaklig fordi hennes helsetilstand faktisk ikke hadde innvirket på arbeidsprestasjonen. I NAD 1988 s. 539 Gulating hadde arbeidstaker ikke opplyst om leddgikt ved ansettelse. Leddgikten hadde likevel ikke påvirket arbeidsprestasjonene, og det forelå ikke grunnlag for oppsigelse.

Løsningen synes å ha gode grunner for seg, i hvert fall der det ikke foreligger tvingende helsekrav. Arbeidsgivers interesse i å bringe arbeidsforholdet til opphør vil være mindre der helsetilstanden faktisk ikke medfører større ulemper for virksomheten. Spørsmålet om arbeidssøker hadde opplysningsplikt om en generelt dårlig helsetilstand, vil dessuten ofte være gjenstand for tvil. Det er i utgangspunktet lov å være optimistisk med hensyn til utviklingen av egen helse.

Selv om arbeidstakers manglende opplysning om helsetilstanden ved ansettelse ikke i seg selv er tilstrekkelig for å begrunne oppsigelse eller avskjed, er den i underrettspraksis tillagt betydning for omfanget av arbeidstakers tilretteleggingsplikter. Her skiller det likevel ikke alltid klart

mellom betydningen av opplysningssvikt og betydningen av det forhold at arbeidsgivers plikter er mindre omfattende overfor en arbeidstaker som var yrkeshemmet ved ansettelsen.¹⁸⁴⁴

I NAD 1981-83 s. 507 Tønsberg, var en skipsplatearbeider oppsagt i prøvetiden. Oppsigelsen var direkte begrunnet i manglende arbeidsprestasjoner. En del av årsaken til dette var dårlig dybdesyn, men retten fant at dette ikke kunne tillegges vekt i arbeidstakers favør så lenge han ikke hadde opplyst om det ved ansettelse. RG 1989 s. 787 Frostating gir et eksempel på at det kan tillegges vekt at arbeidstaker var yrkeshemmet da han ble ansatt, selv om retten la til grunn at arbeidstaker ikke hadde plikt til å fortelle om det. Saken gjaldt oppsigelse av en ingeniør med epilepsi fra et kommunalt elektrisitetsverk. Det forelå saklig grunn for oppsigelse, på det grunnlag at sykdommen gjorde at arbeidstaker ikke kunne inneha den stillingen han var ansatt i. Lagmannsrettens flertall fant, blant annet ut fra det forhold at arbeidstaker var yrkeshemmet da han begynte i stillingen, at kommunen hadde gjort tilstrekkelig for å omplassere ham.

Diskrimineringsvernreguleringen skiller seg fra den tradisjonelle kontraktsvernreguleringen ved at en arbeidsgiver også har tilretteleggingsplikt overfor arbeidssøkere. Gitt at arbeidsgiver hadde plikt til å foreta den nødvendige tilretteleggingen overfor en arbeidssøker, kan det neppe gi grunnlag for å begrense plikten at det ikke var opplyst om dette behovet før ansettelse.

2.5.3.2. Brudd på plikt til varsel og dokumentasjon av sykefravær.

Er arbeidstaker borte fra arbeidet som følge av sykdom, har hun plikt til å varsle om fraværet i rett tid og dokumentere det på riktig måte. Vi så under pkt. 2.4.1.3 at varsel og dokumentasjon i forhold til sykefravær er et vilkår for særvern etter aml. § 15-8. Der tok jeg også opp hva som skal til for at varsel og dokumentasjon skal være kontraktsmessig, slik at arbeidstaker fyller kravene til særvern. Det er ikke i seg selv tilstrekkelig for å gå til avskjed eller oppsigelse at arbeidstaker ikke har oppfylt sine plikter til varsel og dokumentasjon etter aml. § 15-8. Men pliktbruddet kan i det konkrete tilfellet ha et slikt omfang at foreligger grunnlag for avskjed eller oppsigelse. Under dette punkt vil jeg ta opp hva som skal til for at manglende varsel og/eller dokumentasjon av sykefravær skal gi grunnlag for avskjed eller misligholdsoppsigelse.

Avskjedsbestemmelsen, aml. § 15-14 stiller som nevnt krav om ”grovt pliktbrudd”. Dette inneholder både et objektivt krav til størrelsen av den ulempen arbeidsgiver blir utsatt for, samt i hvert fall i utgangspunktet et krav til at arbeidstaker er vesentlig å bebreide.¹⁸⁴⁵ Kravene til oppsigelse etter aml. § 15-7 første ledd er mindre strenge, men det stilles krav om tilstrekkelig saklig grunn i arbeidstakers forhold. I forhold til de subjektive kravene til avskjed og eller oppsigelse vil det være av betydning hvorvidt forsinket eller manglende varsel eller dokumentasjon er forårsaket av sykdom.¹⁸⁴⁶

¹⁸⁴⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 70.

¹⁸⁴⁵ Se bl.a. Rt. 2004 s. 76 og Rt. 1989 s. 329.

¹⁸⁴⁶ Se ovenfor under pkt. 2.5.2.

Sakene som har vært oppe i rettspraksis er i stor grad konkret begrunnet. Ulegitimert fravær av en viss størrelse har vært ansett som grunnlag for avskjed:

RG 1991 s. 754 Eidsivating gjaldt avskjed av stuer bl.a. som følge av hyppig ulegitimert fravær. Fraværet skyldtes psykiske problemer, men uten at arbeidstaker hadde gitt beskjed om dette. Lagmannsrettens flertall fant at avskjeden var gyldig og at arbeidsgiver ikke hadde grunn til å undersøke årsakene til fraværet.

I andre tilfeller har retten funnet at avskjed var en for streng reaksjon, men at det var grunnlag for oppsigelse:

NAD 1988 s. 931 Oslo gjaldt avskjed av en transportleder, pga. fravær som i utgangspunktet var ulegitimert. Seinere var det imidlertid fremlagt sykmelding. Det måtte likevel kunne bebreides arbeidstakeren at han ikke sa fra til bedriften om at han var syk, og dette gav grunnlag for mistanke om ulovlig fravær. Det var grunnlag for oppsigelse, men ikke avskjed. NAD 1986 s. 842 Eidsivating gjaldt en arbeidstaker som fikk avskjed pga. to ulegitimerte fravær. Det ene ble ansett å skyldes sykdom, som likevel ble meldt en dag for seint. Retten kom til at det ikke var grunnlag for avskjed, men synes å forutsette at forholdet kunne være grunnlag for oppsigelse.

Oppsigelse gitt av arbeidsgiver er blitt opprettholdt i en del saker som gjelder ulegitimerte sykefravær.

I LB-2002-02867 hadde arbeidstaker gitt varsel ved tekstmelding, men seinere ikke latt høre fra seg på fem uker. Lagmannsrettens flertall opprettholdt oppsigelsen. I NAD 1986 s. 798 Gulating opprettholdt retten en oppsigelse av arbeidstaker i grafisk bedrift pga. mange ulegitimerte sykefravær. NAD 1987 s. 616 Nordre Sunnmøre opprettholdt en oppsigelse av en avdelingsingeniør i teknisk etat i kommune pga. ulegitimerte fravær og for sent fremmøte. RG 1986 s. 970 Trondheim gjaldt oppsigelse pga. ulegitimert fravær og for sent oppmøte om morgenen med i alt 25 registrerte tilfeller. Sykefraværene ble forklart med stadige anfall av migrene, mens tilfellene av for sent oppmøte ikke kunne tilbakeføres til migreneanfall. Retten fant oppsigelsen saklig begrunnet og frifant bedriften.

I andre saker har retten funnet at det ikke var grunnlag for oppsigelse.

I RG 1985 s. 59 Hammerfest fant retten det godtgjort at arbeidstaker hadde hatt to ulegitimerte fravær, hvorav ett ble ansett å skyldes sykdom. Oppsigelsen ble ansett usaklig og arbeidstaker tilkjent erstatning. RG 1981 s. 77 Nordre Sunnmøre gjaldt oppsigelse av en arbeidstaker som i løpet av de to månedene han hadde vært ansatt, hadde vært fraværende pga. sykdom fire ganger med tilsammen 12 dager. Ved siste fravær gav han ikke beskjed til bedriften om at han var syk. Retten la likevel til grunn at fraværet skyldtes sykdom. Oppsigelsen ble ansett usaklig og arbeidstaker tilkjent erstatning.

I utgangspunktet er det arbeidstaker som må gjøre det klart for arbeidsgiver at fraværet skyldes sykdom, se bl.a. RG 1991 s. 754 Eidsivating, referert ovenfor. I underrettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at arbeidsgiver etter omstendighetene kan ha en viss undersøkelsesplikt.

ILG-1999-672 som gjaldt avskjed av rektor ved førskole/barnehage, ble arbeidsgiver pålagt en viss undersøkelsesplikt, pga. kjennskap til arbeidstakers psykiske problemer. Avskjeden ble kjent ugyldig, også som oppsigelse. NAD 1981-83 s. 159 Sarpsborg gjaldt avskjed av en rengjøringsassistent pga. uteblivelse uten å levere sykmelding. Ut fra en konkret vurdering av arbeidstakers situasjon og arbeidsgivers kunnskaper om denne ble arbeidsgiveren pålagt en undersøkelsesplikt. Forholdet ble ikke ansett å gi grunnlag for avskjed eller oppsigelse.

Vet arbeidsgiver at arbeidstaker er sykmeldt, men denne uteblir etter endt sykmelding uten å gi videre varsel, har en i praksis lagt vekt på om arbeidsgiver naturlig kunne gå ut fra at også det fortsatte fravær skyldtes sykdom. I noen saker er avskjed funnet berettiget:

NAD 1988 s. 595 Oslo gjaldt en indisk statsborger som hadde permisjon i en måned for å reise til India. Under oppholdet i India ble han syk, og underrettet arbeidsgiver pr. telegram om dette noen dager før permisjonstidens utløp. Ytterligere underretning om sykefraværet ble imidlertid ikke gitt før han møtte på arbeidsstedet etter vel tre måneder. Han ble da gitt avskjed. Rettens flertall la til grunn at arbeidstaker burde underrettet arbeidsgiver om at sykefraværet ville bli langvarig, og fant avskjeden gyldig.

I andre saker har retten lagt til grunn at det var grunnlag for oppsigelse, men ikke avskjed:

NAD 1984-85 s. 816 Sarpsborg gjaldt avskjed av en mekaniker. Arbeidstaker hadde ikke meldt fra om at han fortsatt var fraværende pga. sykdom etter utløpt sykmelding. Avskjed ble ansett urettmessig, men opprettholdt som gyldig oppsigelse.

Videre kan retten ha opprettholdt en gitt misligholdsoppsigelse:

NAD 1984-85 s. 467 Eidsivating gjaldt oppsigelse av en hjelpearbeider p.g.a. manglende underretning om sykdomsutvikling under permisjon i Tyrkia. Retten fant at oppsigelsen var saklig begrunnet. Arbeidsgiveren hadde ikke grunn til å tro at det fortsatte fravær skyldtes sykdom, særlig på bakgrunn av arbeidstakerens uteblivelser etter tidligere permisjon.

Endelig kan forholdet også her bli ansett så unnskyldelig at det heller ikke var grunnlag for oppsigelse:

LF-1994-00061 gjaldt oppsigelse og seinere avskjed av en skiftarbeider i tungindustri. Oppsigelsen var bl.a. begrunnet med at arbeidstaker etter en sykmeldingsperiode ikke hadde varslet at han fortsatt var sykmeldt. Lagmannsretten uttaler generelt at den anser manglende varsel første dag ved fortsatt sykmelding som en forsømmelse. Konkret ble det imidlertid lagt vekt på at bedriftens praksis hadde vært mer liberal, samt at arbeidsgiver var klar over arbeidstakerens helseproblemer, og måtte forstå at han fortsatt var sykmeldt. Det var da ikke grunnlag verken for avskjed eller oppsigelse. NAD 1988 s. 670 Oslo gjaldt en arbeidstaker som var blitt innvilget 11 dagers velferdspermisjon for å reise til Pakistan i anledning morens sykdom, men som selv ble syk under oppholdet. Han underrettet arbeidsgiver telefonisk om dette noen dager etter permisjonstidens utløp, men postlegging og sending av legeerklæringen ble sterkt forsinket, og sykmeldingen kom først frem til bedriften 2-3 uker etter den 8 dagersfristen som bedriften selv hadde satt. Ved fremmøte på bedriften etter ble han gitt avskjed. Retten la til grunn at arbeidsgiver var blitt informert om sykdommen, og var kjent med hans sykdom også før arbeidstakeren reiste til Pakistan, samt at arbeidstakeren hadde forsøkt å få legeerklæringen postlagt så snart som mulig. Forholdet ble ikke ansett for å gi grunnlag verken for avskjed eller oppsigelse.

2.5.3.3. Manglende medvirkning til tilrettelegging, behandling mv.

I tillegg til plikten til å varsle om og dokumentere at fravær skyldes sykdom, har arbeidstaker også plikt til å medvirke til konkrete tiltak arbeidsgiver iverksetter for å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakers helsetilstand og/eller funksjonsnedsettelse. Arbeidstakers plikt til medvirkning til tilretteleggingstiltak kan blant annet omfatte plikt til å gi opplysninger om egen helsetilstand eller

funksjonsevne, slik at arbeidsgiver kan få det nødvendige faktiske grunnlag for å vurdere hvilke tiltak som kan være hensiktsmessige. Stilles bestemte krav til helsetilstand for å utføre arbeid i en konkret stilling kan arbeidstaker også ha plikt til å medvirke til medisinske undersøkelser for å få avgjort om hun er skikket til stillingen. Videre har arbeidstaker en viss plikt til å medvirke til å prøve ut ulike tilretteleggingstiltak, slik som tilrettelagte arbeidsoppgaver, omplassering etc. Hvor langt arbeidstakers medvirkningsplikter konkret går på dette området, er drøftet nærmere under kap. VI pkt. 2.4.3.

Under dette punkt vil jeg se på i hvilken utstrekning brudd på slike medvirkningsplikter kan gi arbeidsgiver grunnlag for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Først drøfter jeg om manglende medvirkning til tilretteleggingstiltak mv. under sykefravær kan føre til tap av særvern etter aml. § 15-8 før den ordinære verneperioden er utløpt. Deretter vil jeg ta opp om manglende medvirkning til tilretteleggingstiltak kan utgjøre selvstendig grunnlag for avskjed eller oppsigelse fordi unnlatsen anses som mislighold av en kontraktsplikt. Endelig tar jeg opp i hvilken utstrekning manglende medvirkning innebærer at arbeidsgivers plikt til tilrettelegging begrenses, slik at det kan foreligge saklig grunn til oppsigelse på grunnlag av redusert arbeidsevne.

En arbeidstaker som er fraværende pga. sykdom og har varslet og dokumentert dette på riktig måte, aml. § 15-8 tredje ledd, vil i utgangspunktet være omfattet av særvernet mot oppsigelse under sykefravær. Problemstillingen vil da være om særvernet seinere kan falle bort som følge av manglende medvirkning til tiltak for å føre arbeidstaker tilbake til arbeid. Som vist under kap. VI pkt. 2.4.3 er arbeidstakers medvirkningsplikter under sykefravær i stigende grad blitt direkte lovfestet, se særlig aml. § 2-3 annet ledd bokstav f om utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner og bokstav g om deltakelse i dialogmøte.

Forholdet mellom medvirkningsplikten etter ovennevnte bestemmelser og det særlige oppsigelsesvernet etter aml. § 15-8 synes ikke kommentert i forarbeidene til bestemmelsene.¹⁸⁴⁷ Det følger imidlertid av ftrl. § 8-8 annet ledd at retten til *sykepenges* faller bort ”dersom medlemmet uten rimelig grunn nekter å gi opplysninger eller medvirke til utredning, eller uten rimelig grunn nekter å ta imot tilbud om behandling, rehabilitering, tilrettelegging av arbeid og arbeidsutprøving (...).” En praktisk problemstilling kan da være om arbeidstakers særvern ved oppsigelse, aml. § 15-8, vil falle bort som en konsekvens av at arbeidstaker ikke lenger har rett til sykepenges.

Ordlyden i aml. § 15-8 første ledd taler mot et slikt bortfall, idet den bare krever at arbeidstaker ”er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom”. Kravet i tredje ledd første pkt. om at arbeidstaker ”ved legeattest eller på annen måte innen rimelig tid gi[r] varsel om grunnen til fra-

¹⁸⁴⁷

Se i forhold til § 2-3 annet ledd bokstav f Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 305 og Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 10-11. I forhold til aml. § 2-3 annet ledd bokstav g, se Ot.prp. nr. 6 (2006-2007) s. 9.

været” vil også i utgangspunktet være oppfylt i dette tilfellet, ettersom arbeidstaker forutsetningsvis er blitt sykmeldt av lege.¹⁸⁴⁸

Spørsmålet vil da være om det i praksis er så nær sammenheng mellom regelsettene at tap av rett til sykepenger pga. manglende medvirkning også må medføre tap av særvern ved oppsigelse etter aml. § 15-8. Forarbeidene til aml. § 15-8 omtaler ikke direkte situasjonen der arbeidstaker har mistet sykepengene pga. manglende medvirkning til tilrettelegging.¹⁸⁴⁹ I Rt. 1994 s. 1496 HKj har Kjøremålsutvalget lagt til grunn at daværende aml. 1977 § 64 ikke fikk anvendelse i en situasjon hvor arbeidstaker ikke pretenderte å ha vært ”sykmeldt”. En mulig tolkning av denne avgjørelsen vil være at særvern forutsetter at arbeidstaker dokumenterer at hun, til enhver tid, oppfyller kravene for sykepenger i folketrygdlovens forstand. Det er imidlertid også mulig å tolke avgjørelsen slik at den bare gjelder tilfeller hvor arbeidstaker ikke oppfyller de medisinske og ervervsmessige vilkår for sykmelding.¹⁸⁵⁰ Er arbeidstaker først sykmeldt av lege, vil det foreligge dokumentasjon på at hun er arbeidsufør som følge av sykdom. Hun blir ikke mindre arbeidsufør av å unnlate å medvirke til tilretteleggingstiltak.

Dersom særvernet ved oppsigelse faller bort ved tap av rett til sykepenger, vil dette skape konsekvens ved tolking av folketrygdlovens og arbeidsmiljølovens regelverk. Bortfall av det særlige oppsigelsesvernet under sykefravær vil også kunne bidra til å effektivisere gjennomføringen av arbeidstakers medvirkningsplikt under oppsigelse. Hensynet til arbeidsgiver taler også for at særvernet faller bort: Dersom arbeidstaker ikke medvirker til tilrettelegging, vil arbeidsgiver bli påført unødvendige ulemper ved at han må leie inn vikar etc. Ettersom folketrygden i de fleste tilfeller bærer den fulle økonomiske risiko for sykefravær ut over arbeidsgiverperioden, vil det likevel først og fremst være i det offentliges interesse av tilrettelegging skjer. Det kan også hevdes at det ikke er NAVs oppgave å ta stilling til arbeidsrettslige forpliktelser, og at vurderingen som legges til grunn for å stoppe sykepenger derfor ikke bør være avgjørende her. Arbeidstakers vern etter aml. § 15-8 omfatter i utgangspunktet også sykdom som er selvforskyldt.¹⁸⁵¹ Videre vil et viktig formål med aml. § 15-8 være å verne arbeidstaker mot prosesser under sykefraværet.

¹⁸⁴⁸ Heller ikke arbeidsgivers adgang til å kreve legeattest for hele fraværet, aml. § 15-8 tredje ledd annet pkt., kan være avgjørende her, ettersom denne ikke er knyttet til folketrygdlovens vilkår for sykepenger.

¹⁸⁴⁹ Departementet uttaler generelt at det er nær sammenheng mellom regelsettene i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105. Det som sammenholdes her er imidlertid arbeidsgivers tilretteleggingsplikt og arbeidstakers aktivitetsplikt for å beholde sykepenger etter folketrygdloven. Departementet presiserer at arbeidstaker ikke bør miste sykepengene hvor arbeidsgiver ikke har tilrettelagt for arbeidsrelatert aktivitet.

¹⁸⁵⁰ I den aktuelle saken synes arbeidstaker å ha vært borte fra arbeid pga. noe hun selv mente var yrkesmessig uførhet, men hvor det ikke var dokumentert at hun fylte de medisinske og ervervsmessige vilkårene for sykepenger etter folketrygdloven.

¹⁸⁵¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 76.

Konklusjonen blir etter dette under en viss tvil at tap av rett til sykepenger pga. manglende medvirkning til tilrettelegging ikke medfører tap av særvern etter aml. § 15-8. Arbeidsgiver må da enten gi avskjed og påvise at den manglende medvirkning innebærer grovt pliktbrudd, eller vente med å si opp arbeidstaker til etter at verneperioden er utløpt.

Neste problemstilling er om og i hvilken utstrekning manglende medvirkning til tilretteleggingstiltak kan anses som mislighold av en kontraktsplikt, som gir selvstendig grunnlag for avskjed eller oppsigelse.¹⁸⁵² Spørsmålet om manglende medvirkning gir grunnlag for misligholdssanksjoner vil neppe kunne besvares generelt. Det må foretas en vurdering av de enkelte grunnlag for å kreve medvirkning og de hensyn som ligger bak disse.¹⁸⁵³

I noen tilfeller vil medvirkning til tilretteleggingstiltak være nødvendig av hensyn til *andres sikkerhet*. Arbeidstaker kan i prinsippet avskjediges eller sies opp på grunn av brudd på slike sikkerhetsbestemmelser.¹⁸⁵⁴ Dersom arbeidstaker er i en stilling hvor det av sikkerhetshensyn stilles krav til helsetilstand, og ikke lenger fyller helsekravene, må hun ha plikt til å rapportere om dette, slik at arbeidsgiver kan omplassere henne, se bl.a. aml. § 2-3 annet ledd bokstav b. Hensynet til publikums sikkerhet vil her i utgangspunktet veie tyngre enn hensynet til arbeidstakers personvern og hensynet til sysselsetting av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.¹⁸⁵⁵

Det foreligger lite praksis hvor avskjed eller oppsigelse direkte er begrunnet ut fra manglende medvirkning til tilretteleggingstiltak.

I LB-1999-03171 var oppsigelsen av en purser direkte begrunnet i antatt psykisk ubalanse, som etter arbeidsgivers mening medførte tvil om vedkommende var skikket til lufttjeneste. Det ble tillagt vekt at arbeidstaker hadde nektet å la seg legeundersøke etter krav fra arbeidsgiver. På bakgrunn av de strenge krav som stilles til flysikkerheten var det etter lagmannsrettens oppfatning berettiget å ta purseren ut av flytjeneste, og arbeidsgiver ble frifunnet.¹⁸⁵⁶

Arbeidstaker har også en viss plikt til å medvirke til tiltak som skal fremme egen sikkerhet og helsetilstand. Blant annet har arbeidstaker plikt til å melde fra om fare også for egen sikkerhet, aml. § 2-3 første ledd bokstav b; å avbryte arbeidet ved helsefare, aml. § 2-3 annet ledd bokstav c og til å melde fra om arbeidsskader og yrkessykdommer, aml. § 2-3 annet ledd bokstav e. Hvorvidt brudd på slike bestemmelser kan utgjøre selvstendig grunnlag for avskjed eller misligholdsoppsigelse, er uklart.¹⁸⁵⁷ Det synes ikke å foreligge praksis som direkte gjelder avskjed eller

¹⁸⁵² Oppsigelse forutsetter at arbeidstaker ikke er omfattet av særvernet etter aml. § 15-8.

¹⁸⁵³ Se nærmere under kap. VI pkt. 2.4.3.

¹⁸⁵⁴ Se bl.a. Rt. 1999 s. 163, brannmann rettmessig avskjediget på grunnlag av beruselse på arbeidsplassen.

¹⁸⁵⁵ Se nærmere drøftelse under kap. VI pkt. 2.4.3.

¹⁸⁵⁶ Sml. også NAD 1981-83 s. 262 Sarpsborg (bare kort referat). Arbeidstaker fikk avskjed pga. gjentatt beruselse på arbeidsplassen og at han nektet å delta i et AKAN-opplegg. Retten viste til at beruselse hadde betydning for sikkerheten på arbeidsplassen, og fant avskjeden gyldig, blant annet under henvisning til aml. 1977 § 16 nr. 2.

¹⁸⁵⁷ Se drøftelse av medvirkningsplikt i forhold til personvern og likebehandling under kap. VI pkt. 2.4.3.

misligholdsoppsigelse på grunnlag av manglende medvirkning til tiltak for å fremme arbeidstakers egen helsetilstand og sikkerhet.

Spørsmålet om arbeidstaker har en generell plikt overfor arbeidsgiver til å ivareta egen helsetilstand, ble tatt opp i LH-1997-00889. Saken gjaldt avskjed av sykmeldt legesekretær. Ett av grunnlagene for avskjeden var påstått skjødesløshet med egen helsetilstand i sykmeldingsperioden. Lagmannsretten legger her blant annet til grunn at "[p]rinsippet om lojalitetsplikt når det direkte gjelder arbeidstakers ivaretagelse av egen helse er nedfelt i den nye folketrygdloven § 21-8 (...). Etter sin ordlyd og plassering tar bestemmelsen direkte sikte på regulering av ytelser etter folketrygden. Lagmannsretten er imidlertid enig med den ankende part i at det er riktig å anse dette som et mer generelt prinsipp i arbeidsforhold." Konkret fant likevel lagmannsretten at arbeidstaker ikke hadde tilsidesatt sin lojalitetsplikt "på en slik måte at oppsigelse på dette grunnlag kan anses som saklig."

At medvirkning fra arbeidstakers side til tilretteleggingstiltak er av betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, og dermed for oppsigelsesvernet, er lagt til grunn i forarbeider¹⁸⁵⁸ og i rettspraksis.

I NAD 1981-83 s. 195 Frostating, som gjaldt oppsigelse av salgssjef pga. alkoholmisbruk, la lagmannsretten vekt på at arbeidstaker hadde blitt tilbudt omplassering med bibehold av de økonomiske vilkår, men motsatt seg dette. NAD 1986 s. 222 Bergen gjaldt oppsigelse av ufaglært spesialarbeider pga. langvarig sykefravær. Arbeidstaker hadde vist en negativ holdning til arbeidsgivers omplasseringsforslag, og oppsigelsen ble ansett rettmessig. NAD 1981-83 s. 397 Kristiansand Falconbridge Nikkelverk gjaldt oppsigelse av produksjonsarbeider pga. nedsatt arbeidsevne. Oppsigelsen ble kjent gyldig, og det ble bl.a. vist til at arbeidstaker hadde vist en negativ holdning til arbeidsgivers omplasseringsforslag. RG 1990 s. 891 Trondheim byrett gjaldt en teknisk disponent i et bilfirma som ble oppsagt noen måneder etter at han hadde vært sykmeldt i et år, dels pga. at hans funksjon var bortfalt, dels pga. rasjonaliseringstiltak. Retten fant at arbeidsgivers representant hadde lagt liten energi i det å skaffe annen stilling til arbeidstaker, men at det også kunne bebreides arbeidstaker at han hadde vært lite villig til å gå inn på drøftelser om dette. Konkret fant retten at oppsigelsen var saklig begrunnet. I TSTVG-2004-84277 (Lagerarbeider – Coop Norge) er ikke manglende medvirkning anført som oppsigelsesgrunnlag i seg selv, men gitt virkning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter.

Arbeidstakers medvirkningsplikter har i liten utstrekning vært fokusert på i forbindelse med vedtakelsen av forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming i aml. kap. 13 med forgjengere. Det forutsettes likevel at manglende medvirkning fra arbeidstakers side kan få betydning for omfanget av arbeidsgivers plikt til tilrettelegging, se her nærmere drøftelsen under kap. VI pkt. 2.4.3.

¹⁸⁵⁸

Se Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 11 og Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 69.

3 Opphør begrunnet i virksomhetens forhold.

3.1. Innledning – valgkriterier.

Den annen hovedform for opphør på arbeidsgivers initiativ er oppsigelse som er begrunnet i virksomhetens forhold. Oppsigelsesgrunnlaget er her primært knyttet til bedriftsøkonomiske forhold og ikke til individuelle forhold på arbeidstakerside. For eksempel kan driftsinnskrenkning eller rasjonalisering medføre at det blir behov for færre arbeidstakere. Under dette punkt vil jeg ta opp oppsigelsesvernet for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse i en nedbemanningssituasjon.

Et utgangspunkt vil være at bedriftsøkonomiske hensyn generelt er legitime grunner til oppsigelse, aml. § 15-7 første ledd. Kravet om saklig grunn er likevel individuelt i den forstand at det må foreligge saklig grunn til oppsigelse av den enkelte arbeidstaker.¹⁸⁵⁹ I en nedbemanningssituasjon konkretiseres dette blant annet gjennom et krav til saklig valg.¹⁸⁶⁰

Forskjeller i arbeidsgivers nytte av de enkelte arbeidstakerne er i utgangspunktet relevante som valgkriterier etter aml. § 15-7. Det kan være legitimt å ta hensyn til forskjeller i stabilitet, fleksibilitet med hensyn til arbeidstid og arbeidsoppgaver og kvaliteten på utførelsen av arbeidsoppgaver, selv om forskjellene skulle ha sammenheng med arbeidstakers helsetilstand. Det stilles heller ikke samme krav til vekten av slike avveiningsmomenter, som til forhold som skal utgjøre selvstendig grunnlag for oppsigelse. Likevel vil ikke enhver ulempe som har sammenheng med helsetilstand kunne vektlegges. Plikten til tilrettelegging etter aml. § 4-6 vil ha betydning for om arbeidsgiver kan legge negativ vekt på vansker som skyldes ”reduisert arbeidsevne”. Videre vil det i praksis ofte være en glidende overgang mellom plikt til aktiv tilrettelegging (for eksempel av arbeidstid og arbeidsoppgaver) og plikt til å tåle ulemper som følge av arbeidstakers helseproblemer (for eksempel manglende fleksibilitet med hensyn til arbeidstid og arbeidsoppgaver). Kravet til kriteriets vekt er videre relativt i forhold til vekten av andre saklige valgkriterier. For eksempel skal det mer til av forskjeller i anvendelighet for å oppveie store ansiennitetsforskjeller.¹⁸⁶¹

Saklighetskravet inneholder i tillegg et element av individuell rimelighet. Ved oppsigelse skal det foretas en avveining mellom arbeidsgivers økonomiske interesse i å avslutte arbeidsforholdet, og arbeidstakers ulemper ved oppsigelsen.¹⁸⁶² For eksempel vil det være et argument mot oppsigelse om en arbeidstaker på grunn av helseproblemer vil ha vanskelig for å skaffe seg nytt arbeid.

¹⁸⁵⁹ Rt. 1989 s. 508.

¹⁸⁶⁰ Se bl.a. Rt. 1992 s. 776 og Rt. 1986 s. 879.

¹⁸⁶¹ Se f.eks. partenes kommentarer til Hovedavtalen mellom LO og NHO 2006-2009 § 9-12.

¹⁸⁶² Aml. § 15-7 annet ledd annet pkt.

Endelig har arbeidsgiver i en oppsigelsessituasjon plikt til å tilby annet arbeid i virksomheten, der det finnes en ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov.¹⁸⁶³ Denne plikten omfatter selvsagt også arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Forutsetningen er likevel at arbeidet er ”passende”, noe som blant annet må innebære at arbeidstaker må være kvalifisert og på annen måte skikket (også helsemessig) for arbeidet.

Forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming innebærer at kriterier arbeidsgiver bygger på i en nedbemanningssituasjon, ikke må være direkte eller indirekte diskriminerende overfor arbeidstakere med funksjonsnedsettelser.

Forbudet mot direkte diskriminering omfatter tilfeller hvor arbeidstaker er blitt stilt dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon på grunn av funksjonshemming.¹⁸⁶⁴ For eksempel kan arbeidsgiver ved utvelgelsen ha bygd på fordommer om at arbeidstakere med funksjonsnedsettelser ikke kan utføre visse typer arbeidsoppgaver. I andre tilfeller kan arbeidstakers funksjonsnedsettelse faktisk ha gitt seg utslag i arbeidsutførelsen, for eksempel ved at den har begrenset hennes mulighet til å arbeide på visse arbeidstider eller at ved at hun har hatt økt sykefravær. Et spørsmål vil da være om og på hvilke vilkår arbeidsgiver kan legge vekt på arbeidstakers manglende fleksibilitet eller sykefravær mv. uten å komme i konflikt med diskrimineringsforbudet. Her vil også arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5 være av betydning.

Forbudet mot indirekte diskriminering omfatter tilsynelatende nøytrale kriterier m.v. som i praksis særlig rammer personer med (eventuelt med bestemte typer) funksjonsnedsettelser.¹⁸⁶⁵ Dette kan for eksempel gjelde generelle valgkriterier som fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver. For å være legitim må slik forskjellsbehandling ha et saklig formål, være nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende, aml. § 13-3 annet ledd.

Ved større nedbemanninger (minimum 10 arbeidstakere innenfor 30 dager) krever arbeidsmiljøloven at arbeidsgiver gir de tillitsvalgte skriftlig melding med forslag til utvelgelseskriterier, se aml. § 15-2 tredje ledd første pkt. bokstav g. Arbeidsgivers forslag kan resultere i at det inngås avtale med de tillitsvalgte om kriteriene og hvem som skal sies opp. Inngås ikke avtale, vil arbeidsgiver ensidig fastsette kriteriene for utvelgelse og hvem som skal sies opp etter drøftelser med de tillitsvalgte og med den enkelte arbeidstaker. En slik formalisering av utvelgelseskriteriene vil i praksis bidra til å gjøre dem etterprøvbare.

Nedenfor vil jeg gå gjennom ulike kriterier som i praksis brukes for å begrunne valget mellom arbeidstakere og drøfte hvilken betydning disse har for arbeidstakere med helseproblemer

¹⁸⁶³ Aml. § 15-7 annet ledd første pkt.

¹⁸⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹⁸⁶⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

og/eller funksjonsnedsettelse. Dette gjelder ansiennitet (pkt. 3.2); yrkesskade/yrkessykdom (pkt. 3.3) stabilitet og sykefravær (pkt. 3.4); fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver og arbeidstid, (pkt. 3.5); kvalifikasjoner eller kvalitet på arbeidet samt produktivitet (pkt. 3.6); og sosiale hensyn og positiv særbehandling (pkt. 3.7). Videre vil jeg under pkt. 3.8 ta opp plikten til å tilby annet passende arbeid i forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

3.2. Ansiennitet.

Et vanlig valgkriterium ved oppsigelse som er begrunnet i virksomhetens forhold er ansiennitet, dvs. at arbeidstakere med kortest ansettelsestid sies opp først. Dette kriteriet kan virke både til gunst og til ugunst for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. I forhold til den ”primære målgruppen” for det tradisjonelle kontraktsvernet, personer som er blitt yrkeshemmede etter lang tid i arbeidslivet, vil det i regelen være en fordel at arbeidsgiver bygger på ansiennitet ved utvelgelsen. Ansiennitetsprinsippet vil ofte trekke i samme retning som ulempeavveiningen etter aml. § 15-7 annet ledd annet pkt., og da slik at eldre arbeidstakere med redusert helsetilstand og vansker med å finne nytt arbeid, vernes mot oppsigelse. I forhold til ”primærmålgruppen” for den nyere diskrimineringsvernreguleringen, arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, er det ikke gitt at bruk av ansiennitetsprinsippet vil være gunstig. Slike arbeidstakere kan ha hatt vansker med å få innpass i arbeidslivet, og dermed i praksis ha kortere ansiennitet enn andre arbeidstakere.

Under pkt. 3.2 tar jeg først opp om bruk av ansiennitet som kriterium generelt er saklig og ikke-diskriminerende overfor arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Deretter tar jeg opp om saklighetskravet eller diskrimineringsforbudene setter grenser for hvordan ansienniteten skal beregnes, særlig hvor arbeidstaker har vært deltids- eller midlertidig ansatt.

Ansiennitetsprinsippet er ikke lovfestet, men det er det i teori og rettspraksis lagt til grunn at ansiennitet er ett blant flere saklige kriterier for valget mellom arbeidstakere i en nedbemanningssituasjon.¹⁸⁶⁶ I tarifforhold vil det ofte være tariffestet at oppsigelse som hovedregel skal følge ansiennitetsprinsippet. Etter Hovedavtalen LO-NHO § 9-12 første ledd kan ansienniteten fravikes ved saklig grunn, noe som innebærer at ansiennitetsprinsippet er utgangspunktet og at avvik fra dette må begrunnes.¹⁸⁶⁷ Ifølge Hovedtariffavtalen i kommunal sektor 2006-2008 skal ansienniteten følges under ellers like vilkår, se § 3.3 første ledd.

En utvelgelse som bygger på ansiennitet, vil i regelen ikke bli ansett usaklig etter aml. § 15-7 annet ledd, selv om den konkret skulle ramme en arbeidstaker med helseproblemer.¹⁸⁶⁸ Sosiale

¹⁸⁶⁶ Se Rt. 1986 s. 879 Hillesland. Se også Fanebust 2001 s. 175 flg. med videre henvisninger.

¹⁸⁶⁷ Se partenes kommentarer til § 9-12 som klart statuerer ansiennitetsprinsippet som hovedregel og utgangspunkt. Også § 9-12 annet ledd støtter opp under dette.

¹⁸⁶⁸ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 180 flg.

hensyn kan likevel i det enkelte tilfellet tilsi at det vil være usaklig å velge ut en yrkeshemmet arbeidstaker med kortere ansiennitet.¹⁸⁶⁹

Det kan imidlertid reises spørsmål om bruk av ansiennitetskriteriet kan virke indirekte diskriminerende overfor visse grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Kort ansiennitet kan som nevnt være typisk for noen grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelser (for eksempel fordi de har brukt lengre tid på utdannelsen og/eller lang tid på å etablere seg i arbeidslivet). Bruk av ansiennitetskriteriet kan derfor virke slik at det faktisk stiller noen grupper arbeidstakere dårligere som følge av funksjonshemming. Det foreligger i slike tilfeller en presumpsjon for indirekte diskriminering.¹⁸⁷⁰

Spørsmålet vil da være om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstakere med funksjonsnedsettelser, aml. § 13-3 annet ledd. Vil en konsekvent bruk av ansiennitetskriteriet i en oppsigelsessituasjon fylle vilkårene for legitimering etter denne bestemmelse? En må her se på hvilke hensyn som ligger bak bruk av ansiennitet i en nedbemanningssituasjon.

Ansiennitet kan være et mål for *erfaring*, og dermed indirekte for *kvalifikasjoner*.¹⁸⁷¹ I en nedbemanningssituasjon er imidlertid ikke kvalifikasjonsaspektet den mest sentrale, ettersom ansiennitetskriteriet også – og i særlig grad – verner arbeidstakere med svært lang ansiennitet. Videre kan ansiennitet være et mål på arbeidstakers *lojalitet* til virksomheten, som gir grunnlag for tilsvarende lojalitet fra arbeidsgivers side. Lang ansiennitet kan videre gi sterk *tilknytning* til arbeidsplassen, noe som innebærer at den mentale belastning ved tap av arbeid kan bli større. Videre kan lang ansiennitet, særlig kombinert med høy alder, gjøre det vanskelig for arbeidstaker å få nytt arbeid. *Sosiale* hensyn kan tale for at arbeidstakere med lang ansettelsestid prioriteres. Selv om ansiennitetskriteriet vil virke negativt overfor noen grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelser, vil det virke til gunst for andre grupper med funksjonsnedsettelser (eldre yrkeshemmede). Ansiennitet ved oppsigelser er videre et kriterium som er klart konstaterbart og oppleves som rettfærdig på arbeidstakersiden. Bruk av ansiennitet kan dermed motvirke at det tas utenforliggende hensyn ved valget,¹⁸⁷² noe som spesielt kan ramme personer med funksjonsnedsettelser.

I forhold til kjønnsdiskriminering har Likestillingsklagenemnda lagt til grunn ansiennitetskriteriet ikke ”i seg selv er i strid med likestillingsloven” ”[s]å lenge arbeidsgiver konsekvent legger

¹⁸⁶⁹ Se aml. § 15-7 annet ledd annet pkt., LE-1993-02176, og nærmere drøftelse nedenfor under pkt. 3.7.

¹⁸⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325 og avhandlingens kap. IV pkt. 3.3.3.

¹⁸⁷¹ Se i forhold til indirekte kjønnsdiskriminering Vigerust 1998 s. 398 flg.

¹⁸⁷² Slik også Vigerust 1998 s. 392-393 og Likestillingsombudets uttalelse i LOÅ 1984 s. 27 (s. 28).

dette til grunn som det avgjørende kriterium i utvelgelsen av hvem som skal sies opp”.¹⁸⁷³ Her aksepteres altså ansiennitetskriteriet som et saklig hensyn og som et motbevis i forhold til om utvelgelsen skyldes forhold som har sammenheng med kjønn. Denne rettsoppfatning må etter mitt skjønn være riktig, også i forhold til diskriminering pga. funksjonshemming. Dette må innebære at bruk av ansiennitet som kriterium i seg selv ikke kan anses som indirekte diskriminerende, selv om det kan ramme enkelte grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.¹⁸⁷⁴

Et annet spørsmål er om saklighetskravet og/eller diskrimineringsforbudet stiller krav til ansiennitetsberegningen.¹⁸⁷⁵ For eksempel kan det påvises at arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i større utstrekning enn andre arbeider deltid. Dersom deltidsansatte ikke får godskrevet ansiennitet eller bare får godskrevet forholdsmessig ansiennitet etter stillingsprosent, vil dette kunne ramme arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i større grad enn andre arbeidstakere. Spørsmålet vil da være om det vil være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming å utelukke deltidsansatte fra opparbeiding av ansiennitet, eller å bare beregne ansiennitet etter stillingsprosent.

Det kan først slås fast at deltidsansatte, uavhengig av funksjonsnedsettelse, dekkes av et eget forbud mot diskriminering, se aml. § 13-1 tredje ledd. Forbudet gjennomfører deltidsdirektivet¹⁸⁷⁶ som er en del av EØS-avtalen. Dette fastslår i hvert fall et ”pro rata temporis”-prinsipp,¹⁸⁷⁷ noe som i ansiennitetstilfellene skulle tilsi at deltidsansatte minst opparbeider oppsigelsesansiennitet etter stillingsbrøk.

Men kan en gå *lenger* på grunnlag av forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming, og legge til grunn at en deltidsansatt med funksjonsnedsettelse har krav på å få beregnet *samme* oppsigelsesansiennitet som en fulltidsansatt?

I Kachelmann-dommen fra 2000 fant EF-domstolen at det ikke var i strid med forbudet mot indirekte kjønnsdiskriminering at deltidsansatte og fulltidsansatte ble vurdert hver for seg i en oppsigelsesprosess, slik at deltidsansatte ikke ble gitt anledning til å konkurrere om ledige heltidsstillinger i virksomheten. Dette var riktignok i utgangspunktet til ulempe for deltidsansatte, ettersom det var færre deltidsstillinger enn heltidsstillinger å konkurrere om. Dersom deltidsansatte skulle ha samme rett til å konkurrere om ledige fulltidsstillinger som heltidsansatte, ville det

¹⁸⁷³ LKN-2005-20. Kvinnen hevdet at hun var diskriminert som følge av fødselspermisjon, og viste til støtte for dette blant annet til at hun hadde bedre kvalifikasjoner enn en annen arbeidstaker som var blitt beholdt.

¹⁸⁷⁴ Se også Vigerust 1998 s. 398 og Olsnes 1987 s. 95 flg. (begge i forhold til likebehandling av kjønn.)

¹⁸⁷⁵ Det har lenge vært lagt til grunn at domstolene kan overprøve om arbeidsgiver har beregnet ansienniteten uriktig, se Rt. 1962 s. 6. I dette ligger sannsynligvis også en viss *saklighetssensur* av prinsippene for ansiennitetsberegning, se nærmere Fanebust 2001 s. 169.

¹⁸⁷⁶ Rdir.97/81/EF av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og

EFF.

¹⁸⁷⁷ Se deltidsdirektivets art. 4 stk. 2 og NOU 2004: 5 s. 285.

imidlertid etter EF-domstolens mening stille dem *bedre* enn fulltidsansatte. EF-retten verken påbyr eller forbyr en slik begunstigelse, det vil være opp til medlemsstatene å avgjøre.¹⁸⁷⁸ Direkte gjelder saken betydningen av at arbeidstaker er i en deltidsstilling *på oppsigelsestidspunktet*, og ønsker å konkurrere om ledige fulltidsstillinger. Imidlertid vil det på tilsvarende måte kunne hevdes at dersom en deltidsansatt får utmålt full ansiennitet for tiden hun har arbeidet deltid, vil dette i realiteten stille henne *bedre* enn fulltidsansatte.

Nikoloudi-dommen fra 2005 synes å gå lengre enn dette med hensyn til å ivareta deltidsansattes interesser. Avgjørelsen gjaldt en tariffavtalebestemmelse hvor en viss minstetid som midlertidig ansatt gav grunnlag for krav om fast ansettelse. Midlertidig ansatte på deltid opparbeidet imidlertid bare ansiennitet i forhold til stillingsprosent. Spørsmålet var om denne ordningen var i strid med forbudet mot indirekte kjønnsdiskriminering. Her finner EF-domstolen at også forholdsmessig beregning av ansiennitet ved deltidsansettelse i utgangspunktet utgjør en praksis som stiller kvinner dårligere enn menn.¹⁸⁷⁹ At deltidsansatte får samme opparbeiding av ansiennitet som fulltidsarbeidende ses her altså i utgangspunktet ikke som begunstigelse av deltidsansatte, men som likebehandling. Forholdsmessig ansiennitetsberegning er da noe som må legitimeres særskilt for å komme utenom forbudet mot indirekte kjønnsdiskriminering.

Nikoloudi-avgjørelsen tar ikke avstand fra domstolens standpunkt i Kachelmann-saken, og henviser overhodet ikke til denne avgjørelsen. Saksforholdet i Nikoloudi-avgjørelsen virker umiddelbart mest parallelt med vår problemstilling idet den gjelder ansiennitetsberegning ved deltid. I Nikoloudi-avgjørelsen synes det likevel ikke å ha vært noen direkte konkurransesituasjon mellom deltids- og fulltidsansatte i forhold til å få faste stillinger.¹⁸⁸⁰ At en deltidsansatt fikk fast ansettelse, var altså ikke direkte til fortrensel for en fulltidsansatt.

Hvor spørsmålet er om arbeidstaker som har arbeidet deltid i et visst antall år, i en nedbemanningssituasjon har samme rett til å beholde sin deltidsstilling som en arbeidstaker som har arbeidet full tid i det samme antall år har til å beholde sin fulltidsstilling, synes det likevel mest nærliggende å ta utgangspunkt i Nicoloudi-avgjørelsen. Forholdsmessig ansiennitetsberegning innebærer altså i utgangspunktet dårligere behandling av grupper som, i større utstrekning enn andre grupper, arbeider deltid.

Spørsmålet vil da være hva som skal til for at slik forholdsmessig ansiennitetsberegning skal være legitimert.

¹⁸⁷⁸ C-322/98 Kachelmann avsnittene 27, 28, 33 og 30. Dommen er også tatt opp under pkt. 3.8 om plikt til å tilby annet passende arbeid.

¹⁸⁷⁹ C-196/02 Nikoloudi avsnitt 66 siste pkt. og domskonklusjonens pkt. 3 siste pkt.

¹⁸⁸⁰ Se C-196/02 Nikoloudi avsnitt 35.

Ifølge Nikoloudi-dommen må forholdsmessig ansiennitetsberegning for deltidsansatte være begrunnet i de hensyn som ligger bak at ansiennitet er relevant i arbeidsforhold. Arbeidsgiveren må godtgjøre at ”en sådan [bare forholdsmessig] medregning er begrunnet i faktorer, hvis objektivitet navnlig afhænger af det formål, der er tilstræbt ved hensyntagen til ancienniteten, og såfremt det drejer sig om honorering af erhvervet erfaring, af forholdet mellem karakteren af den udøvede beskæftigelse og den erfaring, som udøvelsen heraf giver efter et vist antal udførte arbejdstimer.”¹⁸⁸¹ Videre nevnes at å ta hensyn til ansiennitet kan være ”en belønning for loyalitet over for virksomheden eller en honorering af den erhvervede erfaring”.¹⁸⁸²

Arbeid i redusert arbeidstid kan innebære at arbeidstaker ikke har opparbeidet seg den samme erfaring eller de *kvalifikasjoner* som andre. Men som nevnt innledningsvis står dette hensyn ofte mindre sentralt ved bruk av ansiennitet i en nedbemanningssituasjon. En arbeidstaker som pga. funksjonsnedsettelse har hatt redusert arbeidstid vil ha utvist samme *lojalitet* til bedriften som en arbeidstaker på full tid. En arbeidstakers *tilknytning* til virksomheten vil stort sett være den samme ved redusert arbeidstid, med mindre arbeidstaker har hatt en svært liten stillingsprosent. De *sosiale hensyn* som begrunner at en legger vekt på lang ansiennitet hos arbeidstaker, vil heller ikke svekkes fordi om arbeidstaker har arbeidet deltid som følge av funksjonsnedsettelse. De hensyn som ligger bak bruken av ansiennitet som valgkriterium i en nedbemanningssituasjon, synes derfor å tale for at arbeidstakere som har hatt redusert arbeidstid som følge av funksjonsnedsettelse opparbeider full oppsigelsesansiennitet.

Forholdet mellom diskrimineringsforbud pga. funksjonshemming og ansiennitetsberegning for deltidsansatte synes ikke å være tatt opp i norsk publisert rettspraksis. Det praktiske utgangspunkt etter norsk rett, uavhengig av diskrimineringsforbudet, synes å være at tidsrom arbeidstaker har vært deltidsansatt medregnes fullt ut ved ansiennitetsberegningen.

I Rt. 1996 s. 1401 Autronica ble en anførsel om at deltidsansettelse var et moment for oppsigelse til tross for lengre ansiennitet, ikke opprettholdt for Høyesterett. I Rt. 1986 s. 879 Hillesland ble det ikke argumentert med at kvinnene bare hadde ansiennitet i deltidsstillinger. I RG 1997 s. 963 Trondheim uttaler byretten at den ”ikke [kan] se at en deltidsstilling ansiennitetsmessig skulle ha et dårligere vern enn en helstilling.” Arbeidsgiver hadde derfor *rett til* å regne en deltidsansatts ansiennitet fullt ut, selv om hun bare hadde vært ansatt i 35 % stilling de første årene. I ARD 1997 s. 201 Windy Boats var arbeidstaker 50 % uføretrygdet og arbeidet i halv stilling. Saken gjelder direkte permittering, men Arbeidsretten legger selv til grunn at saklighetskravet i forhold til oppsigelse er strengere. Her slår domstolen fast at ”en person som arbeider i halv stilling, ikke av den grunn står i noen annen situasjon enn andre arbeidstakere ved utvelgelsen av hvem som skal permitteres”. Selv om avgjørelsen direkte gjelder betydningen av at arbeidstaker var deltidsansatt på permitterings tidspunktet, blir det uomtvistet lagt til grunn at den yrkeshemmedes ansettelsestid på deltid skulle medregnes fullt ut ved ansiennitetsberegningen.

1881

Sak C-196/02 Nikoloudi avsnitt 66 siste pkt. og domskonklusjonens pkt. 3 siste pkt.

1882

C-196/02 Nikoloudi avsnitt 63 siste pkt.

Et utgangspunkt etter norsk rett vil da være at dersom arbeidsgiver bygger på ansiennitet, vil han ha *rett* til å behandle deltidsansatte på samme måte som fulltidsansatte, i den forstand at dette vil være i samsvar med det alminnelige saklighetskravet etter aml. § 15-7. Inneholder tariffavtalen en ansiennitetsbestemmelse uten at forholdet til deltidsansatte er spesielt regulert, slik som f.eks. Hovedavtalen LO-NHO § 9-12 og Hovedtariffavtalen i kommunesektoren § 3.3, må utgangspunktet være at deltidsansatte har krav på å få beregnet oppsigelsesansiennitet med samme tidsintervaller som fulltidsansatte.¹⁸⁸³

Spørsmålet om den enkelte deltidsansatte har et individuelt krav på å få beregnet full oppsigelsesansiennitet synes da bare å komme på spissen hvor det foreligger en avvikende tariffavtale eller der bedriften ikke er bundet av tariffavtale, men arbeidsgiver, eventuelt etter avtale med tillitsvalgte, velger å legge ansiennitetsprinsippet til grunn. Her må prinsippet som er anvendt i Nikoloudi-dommen innebære at en arbeidstaker som har arbeidet deltid som følge av funksjonsnedsettelse får beregnet full oppsigelsesansiennitet. Som vist synes verken tilknytnings-, lojalitets- eller erfaringsfaktoren å stille seg særlig forskjellig, i hvert fall med mindre arbeidstaker har hatt en svært begrenset stillingsprosent.

En siste problemstilling er om forbudet mot indirekte diskriminering pga. funksjons- hemming stenger for at arbeidsgiver ved ansiennitetsberegningen ikke medregner perioder hvor arbeidstaker har vært *midlertidig ansatt*.

Generelt er arbeidstakere med funksjonsnedsettelse midlertidig tilsatt i større utstrekning enn andre arbeidstakere.¹⁸⁸⁴ En praksis hvor midlertidig tilsetting ikke medregnes ved ansiennitetsberegningen, vil altså ikke ramme arbeidstakere med funksjonsnedsettelse som helhet i større utstrekning enn andre arbeidstakere, og det vil da heller ikke foreligge noe utgangspunkt om indirekte diskriminering.

Arbeidstakere med funksjonsnedsettelse kan likevel være overrepresenterte i forhold til visse former for midlertidig tilsetting, slik som arbeidsmarkedstiltak, se aml. 14-9 første ledd bokstav d og forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 2-2 annet pkt.

Også i forhold til midlertidig tilsetting foreligger et eget diskrimineringsforbud, aml. § 13-1 tredje ledd, som bygger på EF-direktivet om midlertidig ansettelse fra 1999.¹⁸⁸⁵ I forarbeidene til

¹⁸⁸³ Det fremgår generelt av Hovedtariffavtale KS 2008-2010 pkt. 1.2 siste pkt. at "[d]eltidstilsatte arbeidstakere har samme rettigheter etter hovedtariffavtalen som heltidstilsatte dersom ikke annet fremgår av den enkelte bestemmelse." Sml. her også ARD 1997 s. 253 som direkte gjaldt lønnsansiennitet. Arbeidsrettens flertall fant her etter en konkret tolking av en tariffbestemmelse at lønnsopprykk for hel- og deltidsansatte ble å gi med de samme tidsintervaller. Det var da ikke nødvendig for flertallet å ta stilling til om en annen ordning ville vært i strid med likestillingslovens § 3 annet ledd annet pkt. og EØS-avtalens art. 69.

¹⁸⁸⁴ Olsen og Thi Van 2007, tabell A7.

¹⁸⁸⁵ Rdir.99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP.

aml. 2005 vurderte Arbeidslivslovutvalget om det skulle gjøres generelt unntak fra dette diskrimineringsforbudet for ”ansettelsesforhold inngått innenfor rammen av offentlig finansierte program for yrkesrettet opplæring, integrering i arbeidslivet mv.”, noe direktivet gir adgang til.¹⁸⁸⁶ Utvalget fant likevel at unntaket for forskjellsbehandling som er objektivt begrunnet, aml. § 13-3 annet ledd, ville gi tilstrekkelig hjemmel for et slikt unntak.¹⁸⁸⁷ Arbeidslivslovutvalget har altså lagt til grunn at perioder hvor arbeidstaker har vært ansatt midlertidig på offentlig finansierte program for integrering mv., ikke nødvendigvis gir samme rettigheter som ordinær fast ansettelse.

Vil det være forholdsmessig etter til aml. § 13-3 annet ledd å se bort fra perioder hvor arbeidstaker har vært midlertidig tilsatt på arbeidsmarkedstiltak ved ansiennitetsberegningen i en oppsigelsessituasjon?

Under kap. V pkt. 6 presenterte jeg ulike hjemler for midlertidig ansettelse på arbeidsmarkedstiltak. Disse bygger som jeg har vært inne på på at den ansatte har variabel eller uavklart arbeidsevne. De fleste av hjemlene gir bare grunnlag for midlertidig tilsetting i inntil ett år. I slike tilfeller vil det ikke være uforholdsmessig å unnlate å regne dette med ved en seinere ansiennitetsberegning. I enkelte tilfeller vil det likevel være grunnlag for midlertidig tilsetting inntil tre år.¹⁸⁸⁸ Her kan spørsmålet kanskje stille seg annerledes. Utgangspunktet vil imidlertid etter min mening stadig være at en slik forskjellsbehandling ikke er uforholdsmessig.

En generell ordning hvor oppsigelsesansiennitet ikke opparbeides så lenge arbeidstaker er på *arbeidsmarkedstiltak* på grunnlag av variabel og redusert arbeidsevne, kan derimot synes tvilsom i forhold til kravet til saklig valg og forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming. Ifølge forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 2-5 tredje ledd kan lønnstilskudd for yrkeshemmede gis i inntil 36 måneder. Etter ett år skal arbeidstaker ansettes fast, jfr. forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 2-6 in fine. Selv om lønnstilskuddet bygger på at arbeidstaker stadig har variabel og redusert arbeidsevne, må utgangspunktet da være at hun opparbeider samme oppsigelsesvern som andre ansatte. Det vil da ikke være saklig etter aml. § 15-7 eller forholdsmessig etter aml. § 13-3 annet ledd å se bort fra perioder hvor arbeidstaker har vært ansatt med lønnstilskudd, ved beregningen av ansiennitet i en nedbemanningssituasjon.

3.3. Yrkesskade/yrkessykdom.

Har arbeidstaker ervervet en yrkesskade eller en yrkessykdom i arbeidsgivers tjeneste, vil en problemstilling være om dette skal eller kan gis utslag for valget i en nedbemanningssituasjon. At

¹⁸⁸⁶ Rammeavtalen om midlertidig ansettelse klausul 2 stk. 2 b.

¹⁸⁸⁷ NOU 2004: 5 s. 282.

¹⁸⁸⁸ Forskrift av 27. desember 2004 nr. 1838 om uførepensjon brukt som lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid § 5 annet ledd.

arbeidsgiver har særlige forpliktelser overfor personer som er blitt svekket i hans tjeneste, ble sterkt fremhevd i forarbeidene til aml. 1977.¹⁸⁸⁹

Hvor arbeidstakers vansker i arbeidet skyldes en yrkesskade/yrkessykdom eller forhold i arbeidsmiljøet har dette også i rettspraksis vært ansett som et argument mot at vanskene kan vektlegges *negativt* ved utvelgelsen.

RG 1990 s. 1098 Frostating gjaldt oppsigelse av 21 av i alt 88 produksjonsarbeidere. For enkelte av disse var det tariffestede ansiennitetsprinsippet fraveket. Seks av disse igjen gikk til sak for å få oppsigelsen underkjent. Et mindretall i retten anså ikke fravikelsen av ansiennitetsprinsippet saklig for noen av de seks saksøkerne. Et annet mindretall anså fravikelsen usaklig for *noen av* de oppsagte. Dette mindretallet uttaler:¹⁸⁹⁰ ”Bedriftens begrunnelse for å fravike ansiennitet for [arbeidstakernes] vedkommende var i tillegg til kvalifikasjoner også tilstedeværelse (sykdomsfravær) Det kan legges til grunn at fraværet i det alt vesentlige skyldtes yrkesskade eller yrkessykdom, noe som nå også er et tilbakelagt stadium. Det henvises til hva herredsrettens flertall sier om disse forhold, og det legges stor vekt på bedriftslegen Torunn Rees’ vitneforklaring: Norspenn har et tungt fysisk arbeidsmiljø, og det psykososiale arbeidsmiljø var også ”tøft”. Bevisførselen etterlater det inntrykk at bedriftens innsats på det generelle arbeidsmiljø skortet noe.” Motsetningsvis ble det i LE-1993-1998 lagt en viss vekt på at arbeidstaker ”ikke [har] kunnet sannsynliggjøre at sykefraværet er å tilbakeføre til forhold på arbeidsplassen på en slik måte at det vil være urimelig om arbeidsgiver kan påberope det.”

Selv om synspunktet er tonet ned i seinere forarbeider,¹⁸⁹¹ må det stadig anses som et argument mot å fravike ansiennitetsprinsippet til skade for arbeidstaker med helseproblemer etc. at disse skyldes yrkesskade.¹⁸⁹²

Det andre spørsmålet er om arbeidsgiver kan ha rett til å vektlegge yrkesskade *positivt* ved utvelgelsen.

Det vil neppe være i strid med det alminnelige kravet til saklig valg i aml. § 15-7 at arbeidsgiver velger å prioritere en yrkesskadd arbeidstaker med kortere ansiennitet fremfor en funksjonsfrisk arbeidstaker med lengre ansiennitet.

Hvor arbeidsgiver velger å beholde en yrkesskadd arbeidstaker med kortere ansiennitet fremfor en arbeidstaker med lengre ansiennitet og med en funksjonsnedsettelse som er medfødt eller skyldes en fritidsskade, kan det imidlertid oppstå spørsmål om dette er i strid med diskrimineringsforbudene i aml. kap. 13. I forhold til diskrimineringsforbudene er utgangspunktet at det ikke kan skiller mellom årsakene til at arbeidstaker har en funksjonsnedsettelse. Også forskjellig behandling av ulike grupper personer med funksjonsnedsettelser kan være i strid med diskrimine-

¹⁸⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 70. Også i særkommentaren til aml. 1977 § 60 trekker departementet frem ”arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket gjennom arbeid i vedkommendes tjeneste”, Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72.

¹⁸⁹⁰ Forutsetningsvis med tilslutning av det andre mindretallet. Til sammen utgjør mindretallene altså her et flertall.

¹⁸⁹¹ Se bl.a. NOU 2004: 5 bl.a. s. 314 annet ledd.

¹⁸⁹² Se kap. VI pkt. 2.3.4.4 og Fougner og Holo 2006 s. 263-264.

ringsforbudet.¹⁸⁹³ Dersom arbeidsgiver skal kunne velge å prioritere yrkesskadde fremfor personer med fritids- og medfødte skader, må dette altså kunne legitimeres særskilt.

Jeg viser til det jeg har skrevet under kap. VI pkt. 2.3.4.4 om prioritet for yrkesskadde i forhold til tilretteleggingstiltak. Tilsvarende argumentasjon må etter min mening kunne nyttes i forhold til utvelgelse ved oppsigelse. En prioritering av yrkesskadde vil ikke kunne legitimeres ut fra adgangen til positiv særbehandling etter aml. § 13-6: Yrkesskadde vil ikke ha noen generelt vanskeligere stilling på arbeidsmarkedet enn arbeidstakere med funksjonsnedsettelse som har andre årsaker. Videre vil yrkesskadde jevnt over være bedre sikret økonomisk. Ser en prioriteringen som direkte diskriminering, vil det heller ikke være ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke” å prioritere yrkesskadde etter § 13-3 første ledd. Da må en enten legge inn en margin for hva som anses som dårligere behandling eller se på prioritering av yrkesskadde som indirekte diskriminering, som kan legitimeres etter aml. § 13-3 annet ledd. Et ønske om å skåne yrkesskadde vil etter min mening være saklig ut fra likevektsrettferdighetshensyn. Hvorvidt prioriteringen er forholdsmessig, vil avhenge av en konkret vurdering, hvor det blant annet tas hensyn til hvor stor ansiennitetsforskjellen er.

3.4. Stabil tilstedeværelse/sykefravær.

Arbeidsgiver kan i en nedbemanningssituasjon ønske å legge vekt på forskjeller i stabilitet og sykefravær. Det vil være en fordel for arbeidsgiver at de ansatte er mest mulig stabile med hensyn til tilstedeværelse, og har lavest mulig sykefravær. Dette gjelder generelt, men i særlig grad ved nedbemanning. Færre ansatte betyr færre som kan overta den fraværendes oppgaver hvor disse ikke kan vente til hun er tilbake på jobb. Å legge negativ vekt på utsikt til sykefravær i en nedbemanningssituasjon vil regelmessig være til ugunst for arbeidstaker med ”reduisert arbeids-evne” på grunn av sykdom mv. og kan også være til ugunst for arbeidstaker med ”funksjonshemming”, dersom den aktuelle funksjonsnedsettelsen øker risikoen for sykefravær.

Jeg tar først opp om særvernet etter aml. § 15-8 vil stenge for at arbeidsgiver nytter høyt sykefravær som negativt utvelgelsesmoment overfor en arbeidstaker *som er sykmeldt*. Deretter tar jeg opp arbeidsgivers adgang til å legge vekt på sykefravær i forhold til det alminnelige kravet om saklig valg som kan utledes av aml. § 15-7. Til slutt drøfter jeg om forbudet mot diskriminering vil innebære et ytterligere vern mot at sykefravær tillegges negativ betydning i tilfeller hvor sykefraværet er forårsaket av en ”funksjonshemming”, aml. kap. 13.

Ifølge aml. § 15-8 første ledd kan en arbeidstaker ”som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom” ikke ”av denne grunn” sies opp i en 12 måneders verneperiode.

¹⁸⁹³

Se kap. IV pkt. 3.3.6.4.

Oppsigelser av sykmeldt arbeidstaker som er (tilstrekkelig) begrunnet i virksomhetens forhold, faller i utgangspunktet utenfor særvernet mot oppsigelse pga. sykefravær i aml. § 15-8.¹⁸⁹⁴

Men dersom den enkelte sykmeldte arbeidstaker er valgt ut på grunn av sykefravær, blir spørsmålet om aml. § 15-8 kommer til anvendelse. En konsekvens av at en slik situasjon faller innenfor særvernet, er at det ”ikke [vil] være nok at det kan påvises grunner som sammen med sykefraværet kunne gi grunnlag for oppsigelse. Det må foreligge omstendigheter som helt uavhengig av sykefraværet gir saklig grunn for oppsigelse.”¹⁸⁹⁵ Faller situasjonen derimot utenfor særvernet, vil det måtte vurderes konkret om det foreligger tilstrekkelig saklig grunn for å fravike ansienniteten. Også forhold som står i sammenheng med den sykdom som har forårsaket sykmeldingen, vil da kunne inngå i denne samlede vurderingen.

Kravet om saklig grunnlag for oppsigelse er individuelt i den forstand at vurderingstemaet – også der oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold – er om det foreligger saklig grunnlag for oppsigelse *av den enkelte arbeidstaker*.¹⁸⁹⁶ Sykefraværet/sykdommen vil her utgjøre en nødvendig betingelse for oppsigelsen av denne konkrete arbeidstakeren, ettersom hun ikke ville vært oppsagt dersom hun var i arbeid. Den enkelte arbeidstakers sykefravær er heller ikke uvesentlig som årsaksfaktor i forhold til oppsigelsen av henne selv. Dette betyr at arbeidstaker heller ikke kan velges ut pga. høyt sykefravær under en sykmelding.

Fanebust 2001 tar ikke direkte opp forholdet mellom utvelgelse på grunn av sykdom og oppsigelsesvernet etter daværende aml. § 1977 64.¹⁸⁹⁷ I forhold til den tilsvarende bestemmelsen om gravide i aml. 1977 § 65 legger han imidlertid til grunn at en oppsigelse som i utgangspunktet har sin årsak i virksomhetens forhold, skyldes svangerskapet ”dersom *denne* arbeidstaker ikke ville blitt sagt opp dersom hun ikke var gravid.”¹⁸⁹⁸ Standpunktet er ikke nærmere begrunnet, men kunne vært begrunnet ut fra liknende synspunkter som gjengitt over. Situasjonen synes parallell til situasjonen der en arbeidstaker som er sykmeldt, blir valgt ut på grunn av sykefraværet.

Mot et slikt resonnement kan det innvendes at det vil være en tilfeldig fordel for arbeidstaker dersom hun skal ha bedre beskyttelse mot oppsigelse pga. virksomhetens forhold under sykefravær enn der sykdommen bare har nedsatt hennes arbeidsevne.¹⁸⁹⁹ Likevel vil et av formålene med aml.

¹⁸⁹⁴ Se pkt. 2.4.1.4 ovenfor. Se også Fougner m.fl. 2003 s. 216.

¹⁸⁹⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 76.

¹⁸⁹⁶ Se bl.a. Rt. 1989 s. 508 og Jakhelln 2006 s. 429.

¹⁸⁹⁷ Fanebust 2001 s. 171 flg.

¹⁸⁹⁸ Fanebust 2001 s. 115. Vigerust 1998 s. 369-370 synes å slutte seg til Fanebust med hensyn til at aml. § 65 vil hindre at graviditet tillegges vekt ved utvelgelsen.

¹⁸⁹⁹ Fougner m.fl. 2003 s. 216, som uttaler at det ville være ”paradoksalt at en arbeidstaker som tilfeldigvis blir syk i en nedbemanningsperiode, skulle ha et bedre vern enn de øvrige, friske arbeidstakerne.” Forutsetningen for uttalelsen synes imidlertid å være at ”den syke arbeidstakeren sies opp etter en vurdering basert på de utvelgelseskriterier som ellers gjelder for bedriftens ansatte og disse kriteriene er saklige og konsekvent benyttet”.

§ 15-8 være at arbeidstakeren i størst mulig grad skal spares mot prosesser under sykefraværet. Selv om en aksepterer at virksomhetens forhold i prinsippet også kan utgjøre saklig grunnlag for oppsigelse av sykmeldt arbeidstaker, vil det kunne være en særlig belastning for arbeidstaker dersom denne er blitt utvalgt på grunn av sykdom.

Den (underretts-)praksis som foreligger, er noe sprikende:

I LH-1999-378 var to sykmeldte arbeidstakere blitt sagt opp begrunnet i virksomhetens forhold. Ansienniteten var fraveket til skade for de sykmeldte. Retten la til grunn at aml. 1977 § 64 i prinsippet kom til anvendelse, og at arbeidsgiver da måtte gjøre det "overveiende sannsynlig" at oppsigelsene ikke skyldes sykefraværet. Da arbeidsgiver ikke hadde oppfylt dette beviskrav, fant lagmannsrettens begge oppsigelsene usaklige. I LB-2005-42380 ble fravikelsen av ansiennitet til skade for sykmeldt arbeidstaker ikke vurdert i forhold til aml. 1977 § 64, men i forhold til det alminnelige saklighetsvernet. Konkret fant lagmannsretten at det var usaklig å si opp arbeidstaker, som hadde 19 års ansiennitet, og beholde en annen arbeidstaker med 7 års ansiennitet. RG 1993 s. 158 Drammen aksepterer avvik fra ansiennitetsprinsippet for sykmeldt arbeidstaker, men retten legger til grunn at utvelgelsen ikke skyldes sykefraværet i seg selv, men manglende kvalifikasjoner. En finner derfor at oppsigelsen av denne konkrete arbeidstakeren også ville ha funnet sted også dersom arbeidstaker ikke hadde vært sykmeldt på oppsigelsestidspunktet.

Jeg vil etter dette under en viss tvil konkludere med at aml. § 15-8 også stenger for at sykmeldt arbeidstaker kan utvelges på grunn av sykefraværet ved oppsigelser som i utgangspunktet er begrunnet i virksomhetens forhold.

Selv om forholdene faller innenfor særvernet, kan arbeidstaker sies opp som følge av virksomhetens forhold dersom hun blir friskmeldt i verneperioden og så snart verneperioden er utløpt. En omstilling/nedbemanning vil innebære en prosess som går over tid, mens arbeidstakers status som frisk- eller sykmeldt kan være varierende. Utgangspunktet må da være at arbeidsgiver kan sette i gang en prosess som innebærer at det tas hensyn til stort sykefravær på et tidspunkt hvor arbeidstaker er fraværende pga. sykdom, men må vente med selve oppsigelsen til arbeidstaker er friskmeldt eller verneperioden er utløpt.

Neste problemstilling er om det alminnelige saklighetskravet stenger for å legge negativ vekt på utsikt til sykefravær.

For arbeidstaker som ikke er sykmeldt på oppsigelsestidspunktet, eller der verneperioden under sykefravær er utløpt, vil spørsmålet om det foreligger saklig grunnlag for oppsigelse, avhenge av en tolking av aml. § 15-7. Kravet om saklig grunn i aml. § 15-7 innebærer som vi har sett et krav om saklig valg. I utgangspunktet vil det være relevant å legge vekt på forhold ved arbeidstaker som har betydning for arbeidsgivers nytte av den enkelte arbeidstaker.¹⁹⁰⁰ Stort sykefravær har i norsk rettspraksis vært akseptert som grunnlag for å fravike ansiennitet.

¹⁹⁰⁰ Se Fanebust 2001 s. 171 flg. og Fougner m.fl. 2003 s. 260-261.

LE-1993-1998 (heismontør) gjaldt oppsigelse pga. driftsinnskrenkning, av to av seks ansatte, hvor den ene hadde klart lengst ansiennitet. Han ble likevel valgt p.g.a. mye sykefravær, forsentkomming mv. Lagmannsretten legger til grunn at "sykefravær generelt utgjør en relevant omstendighet ved utvelgelsen av hvem en økonomisk svak arbeidsgiver kan si opp." Arbeidstaker hadde hatt "136 sykefraværsdager i 1989, 25 fraværsdager i 1990 og 66 fraværsdager i 1991". Lagmannsretten legger til grunn at "det høye sykefraværet [måtte] telle tungt i [arbeidstakers] disfavør ved utvelgelsen."

Som nevnt innledningsvis (pkt. 3.1) stilles ikke samme kvantitative krav til valgkriterier som til forhold som skal utgjøre selvstendig grunnlag for oppsigelse. Likevel kan ikke enhver forskjell i sykefravær tillegges betydning. Blant annet tilsier usikkerhet med hensyn til utviklingen av fremtidig sykefravær at arbeidstaker gis et visst "slingringsmonn".¹⁹⁰¹

Arbeidsgiver vil heller ikke kunne legge negativ vekt på arbeidstakers høye sykefravær dersom vanskene kunne vært løst ved pliktig tilrettelegging etter aml. § 4-6.

RG 1993 s. 665 Lofoten gjaldt oppsigelse av elektriker i et transportselskap. Oppsigelsen var begrunnet i virksomhetens forhold, men ansienniteten var fraveket på grunn av stort sykefravær. Herredsretten vurderer plikten til å tilby annet passende arbeid i sammenheng med plikten til å tilrettelegge for yrkeshemmede, og flertallet finner at oppsigelsen er usaklig, fordi arbeidsgiver ikke har oppfylt sin omplasseringsplikt. I RG 1993 s. 158 Drammen fant byretten derimot at arbeidsgiver hadde oppfylt sin plikt til å omplassere/tilby annet passende arbeid og at oppsigelsen var saklig begrunnet til tross for at ansienniteten var fraveket.

Det vil i slike tilfeller ofte være et uklart skille mellom arbeidsgivers plikt til (aktiv) tilrettelegging og arbeidsgivers plikt til å tåle ulemper som følge av arbeidstakers manglende fleksibilitet/nedsett arbeidsevne. De økonomiske ulemper tiltakene vil medføre, vil være relevante for omplasseringsplikten, og dermed også for oppsigelsesadgangen. Kan arbeidsgiver få dekket utgiftene til tilrettelegging m.v. av det offentlige, bør dette imidlertid få betydning for oppsigelsesadgangen.

I ovennevnte herredsrettsdom, RG 1993 s. 665 Lofoten, uttaler rettens flertall at bedriftsøkonomiske hensyn hadde mindre vekt, ettersom bedriften ville kunne få dekket en stor del av den yrkeshemmede arbeidstakers lønn ved hjelp av offentlige tilskuddsordninger.

Lang ansettelsestid for arbeidstaker¹⁹⁰² er i rettspraksis ansett som et argument for en sterkere tilretteleggingsplikt og dermed også for at arbeidsgiver må tåle mer med hensyn til sykefravær.

I den ovenfor refererte RG 1993 s. 665 Lofoten (elektriker) hadde arbeidstaker 18 års ansiennitet. Rettens flertall uttaler at "[p]likten [til tilpasning, min anm.] må strekkes lengre overfor arbeidstakere som har arbeidet i virksomheten i mange år, slik som [arbeidstaker] enn overfor personer med en del mindre ansiennitet." Oppsigelsen ble etter dette kjent ugyldig. Også RG 1990 s. 891 Trondheim gjaldt oppsigelse av sykmeldt arbeidstaker begrunnet i virksomhetens forhold. Byrettens flertall uttaler at "[d]et hadde (...) vært rimelig å vente at [arbeidsgivers representant]

¹⁹⁰¹ Fanebust 2001 s. 172 vil innrømme arbeidstaker et visst "slingringsmonn" mht. vektlegging av sykefravær. Slik også Jakhelln 1967 s. 128 og Evju 1979 s. 253.

¹⁹⁰² Se også kap. VI pkt. 2.3.4.5 om vektlegging av ansiennitet i forhold til tilrettelegging.

hadde gjort nye forsøk på kontakt i betraktning av [arbeidstakers] lange ansiennitet, hans alder og utsiktene til nytt arbeid etter oppsigelse.” Konkret finner retten likevel at disse forhold ikke hadde betydning av avgjørelsen.

Siste problemstilling er om forbudene mot diskriminering pga. funksjonshemming vil gi arbeidstaker noen ekstrabeskyttelse i tilfeller hvor arbeidsgiver ønsker å legge negativ vekt på sykefravær ved utvelgelsen.

Som jeg har vært inne på, kan langvarig sykdom som leddgikt, kreft mv. medføre at det foreligger ”funksjonshemming”, samtidig som slike tilstander fører til økt risiko for sykefravær. Forbudet mot direkte diskriminering omfatter i utgangspunktet også dårligere behandling som er begrunnet i *utslag* av funksjonshemmingen, men bare så langt det, etter pliktig tilrettelegging, foreligger en ”tilsvarende situasjon”.¹⁹⁰³ Aml. § 13-5 omfatter tilrettelegging for at arbeidstaker skal kunne ”beholde” arbeid, og må derfor i prinsippet også omfatte tiltak for å føre sykmeldt arbeidstaker tilbake i arbeid. Plikten til slike tilretteleggingstiltak for å hindre sykefravær vil imidlertid neppe rekke lengre etter aml. § 13-5 enn etter aml. § 4-6.¹⁹⁰⁴

I Chacón Navas-saken har EF-domstolen stilt strenge krav til oppsigelse på grunnlag av funksjonshemming. Slik oppsigelse må ”henset til forpligtelsen til at foretage rimelige tilpasninger til fordel for handicappede [være] berettiget i den omstændighed, at vedkommende ikke er kompetent, egnet og disponibel til at utføre de væsentlige funksjoner i forbindelse med sin stilling.”¹⁹⁰⁵ Saken gjelder imidlertid oppsigelse som er begrunnet i arbeidstakers forhold. Ved oppsigelse som primært er en følge av virksomhetens forhold synes det logisk at det ikke kan stilles tilsvarende strenge krav til de forhold som kan begrunne valget mellom flere kandidater. Selv om spørsmålet om det foreligger en ”tilsvarende situasjon” må forstås med en viss margin hvor en arbeidstakers funksjonsnedsettelse fører til vansker i arbeidet, må forskjeller i arbeidsgivers nytte av arbeidstakerne kunne vektlegges. Har arbeidsgiver tilrettelagt, og arbeidstaker stadig har høyt sykefravær som følge av sin funksjonsnedsettelse, vil det ikke være i strid med forbudet mot direkte diskriminering om arbeidsgiver legger vekt på slikt sykefravær.

En praksis hvor arbeidsgiver nytter sykefravær som grunnlag for å fravike ansiennitet, kan videre vurderes etter forbudet mot indirekte diskriminering, fordi den vil ramme personer med funksjonsnedsettelse i form av kronisk sykdom hardere enn personer uten slik funksjonsnedsettelse. Dersom arbeidsgiver nytter en slik praksis, vil han måtte vise at denne er nødvendig for å oppfylle et saklig behov samt ikke uforholdsmessig inngripende, uavhengig av funksjonshemmingen, aml. § 13-3 annet ledd. Å få en mest mulig stabil arbeidsstokk vil i utgangspunktet være et nødvendig virksomhetsbehov. En slik vektlegging vil heller ikke i utgangspunktet være uforholdsmessig

¹⁹⁰³ Se nærmere under kap. IV pkt. 3.3.2.5, 3.3.4.2 og 3.3.5.

¹⁹⁰⁴ Se nærmere om denne problemstillingen pkt. 2.4.2.

¹⁹⁰⁵ Sak C-13/05 Chacón Navas avsnitt 51, 52 annet strekpunkt og domskonklusjonens pkt. 2.

inngripende overfor arbeidstakere som har økt risiko for sykefravær i forbindelse med kroniske sykdommer.

Det synes derfor i liten grad å ha betydning for muligheten til å velge ut en arbeidstaker ved nedbemanning om sykefraværet skyldes en ”funksjonshemming”, jfr. aml. kap. 13.

3.5. *Fleksibilitet mht. arbeidsoppgaver og arbeidstid.*

Et kriterium som arbeidsgiver kan ha interesse i å vektlegge i en nedbemanningssituasjon, er fleksibilitet med hensyn til oppgaver og arbeidstid. Etter en omstilling og nedbemanning, vil det ofte være enda viktigere enn før at arbeidstaker kan utføre flere forskjellige arbeidsoppgaver og arbeide til forskjellige arbeidstider. Slike kriterier kan imidlertid i praksis virke negativt i forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Arbeidstakere med fysiske funksjonsnedsettelse kan være avskåret fra å utføre arbeid som krever fysisk styrke eller bevegelse. Videre kan arbeidstakere med psykiske, og i en viss utstrekning også fysiske, funksjonsnedsettelse ha problemer med å arbeide full tid eller nattskift.

Fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver eller arbeidstid vil i utgangspunktet klart være et relevant argument ved valget mellom arbeidstakere etter aml. § 15-7. Spørsmålet vil være hvilken vekt dette kan tillegges i en nedbemanningssituasjon. Arbeidsgiver har etter aml. § 4-6 plikt til å tilrettelegge dersom manglende fleksibilitet har sammenheng med ”reduert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.” Denne plikten har også betydning for om momentet i det enkelte tilfellet er så viktig at det kan begrunne en utvelgelse ved oppsigelse. Det vil også her være glidende overganger mellom plikt til aktiv tilrettelegging og plikt til å tåle ulemper som følge av en persons helsetilstand også etter en nedbemanning.

I LF-2002-00115 var ansienniteten fraveket pga. at arbeidstaker ikke kunne arbeide nattskift. Lagmannsretten fant at dette forhold i det konkrete tilfellet ikke var så tyngende for bedriften at det gav grunnlag for å fravike ansienniteten til skade for den yrkeshemmede arbeidstakeren. Selv om arbeidstidstilpasningen innebar en viss ulempe for bedriften, var ulempen ikke stor nok til at arbeidsgiveren kunne unnlate å iverksette dette tiltaket. I LE-1993-1601 bemerker lagmannsrettens flertall innledningsvis at ”en arbeidstakers manglende anvendbarhet etter omstendighetene kan gi saklig grunn til å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved en masseoppsigelse, selv om bedriften ellers følger et ansiennitetsprinsipp.” Konkret ble oppsigelsen kjent ugyldig pga. saksbehandlingsfeil. I NAD 1988 s. 263 Gulating la lagmannsrettens flertall til grunn at en fravikelse av ansiennitetsprinsippet var saklig. ”I den utstrekning det kunne bli tale om utarbeid om vinteren, var det hensiktsmessig at arbeiderne var ”allroundere” og kunne tre inn for hverandre i de aller fleste arbeidssituasjoner. Det kunne ofte ikke [arbeidstaker] på grunn av ryggen sin.” Det var derfor etter flertallets mening berettiget å legge vekt på arbeidstakers manglende anvendelighet. ARD 1997 s. 201 Windy Boats gjaldt ikke oppsigelse, men permittering. Avgjørelsen kan likevel være illustrerende: Arbeidstaker hadde redusert arbeidstid som følge av yrkeshemming. Han ble permittert, til tross for svært lang ansiennitet. Arbeidstaker mente at bedriften burde beholdt ham og i stedet delpermittert en annen arbeidstaker med kortere ansiennitet. Arbeidsretten fant

at ansiennitetsfraviket var saklig begrunnet, bl.a. pga. at arbeidstaker ville være avhengig av å få hjelp til å utføre tyngre oppgaver. Det må likevel fremheves at ansiennitetsprinsippet vil stå sterkere i en oppsigelsessituasjon enn ved permittering.

Vil forbudet mot direkte diskriminering gi arbeidstaker med funksjonsnedsettelse et ekstra vern mot at arbeidsgiver velger henne ut som følge av begrensninger med hensyn til arbeidsoppgaver eller arbeidstid?

Spørsmålet vil her som tidligere være om det, gitt pliktig tilrettelegging etter aml. § 13-5, foreligger en "tilsvarende situasjon". Fokus rettes altså mot plikten til individuell tilrettelegging etter aml. § 13-5. I forhold til organisatoriske tilretteleggingstiltak (arbeidstid og arbeidsoppgaver) vil det videre være glidende overganger mellom plikten til å tilrettelegge (omlegge arbeidstid og arbeidsoppgaver) og spørsmålet om hva som utgjør en "tilsvarende situasjon". Standarden som er satt i Chacón Navas-dommen for oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold, at arbeidstaker ikke lenger er "kompetent, egned og disponibel til at utføre de væsentlige funksjoner i forbindelse med sin stilling", kan etter min oppfatning ikke være avgjørende for arbeidsgivers adgang til å legge vekt på manglende fleksibilitet i en nedbemanningssituasjon. Det praktisk interessante vurderingstema i forhold til forbudet mot direkte diskriminering vil etter min mening være omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikter.

Dersom arbeidsgiver legger negativ vekt på redusert arbeidstid, kan dette utgjøre indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming, aml. § 13-1 første ledd, og direkte diskriminering på grunn av deltidsansettelse, aml. § 13-1 tredje ledd. Slik forskjellsbehandling vil likevel være legitim dersom den er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke uforholdsmessig inngripende, aml. § 13-3 annet ledd.

Så vel forbudet mot indirekte diskriminering pga. funksjonshemming som forbudet mot diskriminering pga. deltid og det alminnelige saklighetskravet tilsier at redusert arbeidstid pga. helsetilstand eller funksjonsnedsettelse som hovedregel ikke kan telle negativt ved en nedbemanningssoppsigelse.¹⁹⁰⁶

3.6. Kvalifikasjoner/variasjoner i arbeidets kvalitet/produktivitet.

Et sentralt kriterium for valget mellom arbeidstakere i en nedbemanningssituasjon, vil være kvalifikasjoner. Dette gjelder så vel formelle kvalifikasjoner som personlig dyktighet, herunder produktivitet og kvalitet på det arbeid en utfører. Slike kriterier, særlig produktivitet og kvalitet på arbeidet, kan ramme personer med redusert arbeidsevne pga. sykdom. I forhold til arbeidstaker med

¹⁹⁰⁶ Se bl.a. Windy Boats-dommen, ARD 1997 s. 201. Saken gjaldt permittering, men prinsippet må gjelde desto mer i forhold til oppsigelse.

funksjonsnedsettelse er det i utgangspunktet ingen slik sammenheng. Vanskene funksjonshemmede møter på arbeidsmarkedet vil ofte medføre at de som faktisk får arbeid, er svært godt kvalifiserte. Men i noen tilfeller kan funksjonsnedsettelse også føre til vansker, for eksempel ved at arbeidstakere arbeider langsommere.

Så vel formelle kvalifikasjoner som personlig dyktighet, egnethet og produktivitet er i utgangspunktet saklige valgkriterier i en nedbemanningssituasjon. I Hillesland-saken, Rt. 1986 s. 879 uttaler Høyesterett at "[b]edriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov." Slike forhold må i utgangspunktet også kunne tas i betraktning der den enkelte arbeidstakers vansker skyldes sykdom. Som jeg har vært inne på, vil imidlertid arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge etter aml. § 4-6 ha betydning for kravet til saklig valg. Er det sykdom som er grunnen til at arbeidstaker er mindre produktiv enn andre, eller at hennes arbeid er av dårligere kvalitet, vil arbeidsgiver i større utstrekning ha plikt til å tåle slike ulemper, også forhold til en nedbemanning. Dette gjelder særlig hvor arbeidstaker har lang ansiennitet eller hvor vanskene har sammenheng med forhold på arbeidsplassen etc.

Å ta hensyn til kvalifikasjoner og kvalitet/produktivitet innebærer selvsagt ikke diskriminering pga. funksjonshemming, selv om det i en konkret situasjon skulle stille en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse dårligere. Det kan imidlertid innebære direkte diskriminering om arbeidsgiver umiddelbart går ut fra at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse av den grunn har dårligere kvalifikasjoner/er mindre produktiv enn sine kolleger.

Videre kan forskjeller i kvalifikasjoner og produktivitet ha sammenheng med manglende tilrettelegging fra virksomhetens side. Aml. § 13-5 omfatter blant annet tiltak for at arbeidstaker skal "ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling". Har arbeidsgiver unnlatt å tilrettelegge for at arbeidstaker skal kunne delta i opplæring i arbeidsgivers regi, kan dette i seg selv utgjøre diskriminering. I tillegg vil det være diskriminerende dersom arbeidsgiver legger negativ vekt på at arbeidstaker ikke har fullført slik opplæring, ved en seinere oppsigelsessituasjon. Kvalitetsforskjeller i arbeidsprestasjonene, eller forskjeller i produktivitet, som kunne vært unngått ved pliktig tilrettelegging, kan heller ikke legges vekt på.

Krav til kvalifikasjoner kan etter omstendighetene også rammes av forbudet mot indirekte diskriminering. For eksempel kan det ved utvelgelsen være lagt vekt på kvalifikasjoner som arbeidstaker med funksjonshemming i praksis ikke så lett kan skaffe seg. Blir det f.eks. lagt vekt på om arbeidstaker har førerkort, vil slike krav i praksis stille personer med synshemninger dårligere. Spørsmålet vil da være om kriteriet er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende, aml. § 13-3 annet ledd.

3.7. Sosiale hensyn og positiv særbehandling.

Under pkt. 3.3-3.6 har jeg drøftet adgangen til å stille en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse dårligere på grunn av forhold som har sammenheng med sykdom /funksjonshemming. Under dette punkt vil jeg ta opp om en arbeidsgiver har rett – eventuelt også plikt – til å vektlegge slike forhold *positivt* i en nedbemanningssituasjon, for eksempel ved å beholde en slik arbeidstaker til tross for dårligere kvalifikasjoner eller kortere ansiennitet.

Å ta individuelle sosiale hensyn ved nedbemanning, er i utgangspunktet ikke det samme som å praktisere positiv særbehandling. Mens sosiale hensyn tar utgangspunkt i den enkelte arbeidstakers situasjon, vil positiv særbehandling ha som formål å bedre forholdene på arbeidsmarkedet for en gruppe med særlige karakteristika.¹⁹⁰⁷ Hensynene vil imidlertid også overlappe: At arbeidsgiver beholder en konkret arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan ofte alternativt begrunnes ut fra denne individuelle arbeidstakers sannsynlige problemer med å oppnå ny beskjeftigelse og ut fra vansker på arbeidsmarkedet for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse som gruppe. Det kan derfor i det enkelte tilfellet være vanskelig å skille mellom vektlegging av individuelle sosiale hensyn og positiv særbehandling.

Arbeidsgivers rett til å ta sosiale hensyn og å praktisere positiv særbehandling ved nedbemanning begrenses av det alminnelige kravet til saklig valg og av forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming samt grensene for positiv særbehandling etter aml. § 13-6. Jeg tar først opp arbeidsgivers rett, eventuelt plikt, til å ta konkrete individuelle sosiale hensyn etter det alminnelige saklighetskravet, og går deretter inn på grensene for positiv særbehandling.

Ifølge aml. § 15-7 annet ledd annet pkt. skal det ved oppsigelse som er begrunnet i virksomhetens forhold "foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker". En arbeidstaker med redusert arbeidsevne som følge av sykdom m.v. vil ofte få større ulemper ved en oppsigelse enn en frisk arbeidstaker, ettersom det vil være vanskelig for henne å få nytt arbeid. Det samme kan være tilfellet for en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse. Videre vil den psykiske belastningen med å miste sitt arbeid ofte være større for personer med psykiske lidelser enn for andre arbeidstakere.

Det er virksomhetens og den enkelte arbeidstakers behov som i utgangspunktet skal veies opp mot hverandre etter bestemmelsen. I en nedbemanningssituasjon vil arbeidsgiver likevel også kunne veie de enkelte arbeidstakers ulemper opp mot hverandre.¹⁹⁰⁸ Ulempeavveiningen kan da bety at det vil være saklig å si opp andre arbeidstakere, som vil få mindre ulemper ved en oppsigelse.

¹⁹⁰⁷

Se også kap. V pkt. 4.6.

¹⁹⁰⁸

Slik også Høyesterett i Hilleslandsaken, Rt. 1986 s. 879 (s. 887).

I forarbeidene til aml. § 15-7 annet ledd annet punktums forgjenger understrekes at rimelighetssynspunkter i forhold til den enkelte arbeidstaker skal tillegges større vekt enn det som har vært tilfelle i tidligere rettspraksis.¹⁹⁰⁹ På den annen side uttales at det ”med dette ikke er meningen å rokke ved de ansiennitetsregler som i dag følges i slike tilfeller”.¹⁹¹⁰ I Rt. 1986 s. 879 Hillesland fant Høyesterett likevel at arbeidsgiver hadde rett til å tillegge ”klare sosiale eller menneskelige hensyn” vekt, selv om dette gikk på bekostning av ansiennitetsprinsippet. De ansatte med lengre ansiennitet fikk altså ikke medhold i at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet i forhold til dem. Det må likevel understrekes at det i dette tilfellet var tale om relativt små ansiennitetsforskjeller, og at ingen av arbeidstakerne hadde vært ansatt særlig lenge.

Vi kan altså legge til grunn at det alminnelige kravet til saklig valg ikke stenger for at det tas individuelle sosiale hensyn, i hvert fall ikke dersom de sosiale behov er vesentlige og forskjellene i ansiennitet er relativt små.

Ulempeavveiningen i aml. § 15-7 annet ledd innebærer etter sin ordlyd også en *plikt* for arbeidsgiver til å ta sosiale hensyn ved en oppsigelse som er begrunnet i virksomhetens forhold. I Rt. 1995 s. 227 har Høyesterett riktignok avvist at en arbeidsgiver kan være forpliktet til å gå til endringsoppsigelse overfor andre arbeidstakere for å unngå oppsigelse av en yrkeshemmet arbeidstaker. Saken gjaldt en oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold. Ved oppsigelse i en generell nedbemanningssituasjon, blir problemstillingen likevel en noe annen: Det stilles ikke tilsvarende krav til vekten av valgkriterier som til forhold som i seg selv skal kunne begrunne (endrings-)oppsigelse.

Noen avgjørende høyesterettsavgjørelse foreligger ikke, og det synes overhodet å være liten dekning i rettspraksis for en *plikt* for arbeidsgiver til å fravike ansienniteten av sosiale grunner. En reell grunn til dette forhold kan være at sosiale hensyn i liten grad er kvantifiserbare, slik at det vil være faktisk vanskelig å overprøve arbeidsgivers vurdering av hvorvidt disse gir grunnlag for å fravike ansiennitet. Det er imidlertid ikke utelukket at en utvelgelse som er basert på ansiennitet i prinsippet vil kunne etterprøves ut fra konkret rimelighet.¹⁹¹¹

I LE-1993-02176 (Lagerarbeider, Kværner) hadde bedriften fulgt ansiennitetsprinsippet, men lagmannsrettens flertall fant likevel oppsigelsen usaklig ut fra en konkret interesseavveining mellom virksomheten og den konkrete yrkesskadde arbeidstakeren.

Videre kan arbeidsgiver i en nedbemanningsprosess ønske å skjerme arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, eventuelt bestemte grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Ifølge aml. § 13-6 er ”[s]ærbehandling som bidrar til å fremme likebehandling (...) ikke i strid med

¹⁹⁰⁹ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72 og Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 9.

¹⁹¹⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72.

¹⁹¹¹ Se Fanebust 2001 s. 180.

bestemmelsene i dette kapittel.” Det stilles krav om at forskjellsbehandlingen skal være forholdsmessig.¹⁹¹²

Hvor langt kan arbeidsgiver gå i å drive positiv særbehandling i en nedbemanningssituasjon, ved å beholde arbeidstakere med funksjonsnedsettelse?

En praksis hvor arbeidsgiver beholder arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i en nedbemanningssituasjon kan bidra til å utjevne forskjellen mellom funksjonshemmede og ikke-funksjonshemmede når det gjelder sysselsettingsgrad, og på denne måten bidra til å fremme reell likebehandling, se aml. § 13-6. Det vil derfor i utgangspunktet ikke være i strid med saklighetskravet eller diskrimineringsforbudet om arbeidsgiver velger å beholde en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse fremfor en arbeidstaker uten funksjonsnedsettelse med det formål å utjevne forskjeller i sysselsettingsgrad. Skulle arbeidsgiver i en nedbemanningssituasjon skåne arbeidstakere med funksjonsnedsettelse uansett behov og uavhengig av kvalifikasjoner og ansiennitetshensyn, kan dette likevel etter forholdene innebære et brudd på kravet om saklig valg ved nedbemanning.

Videre kan en arbeidsgiver ha prioritert visse grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, fremfor andre grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. For eksempel kan han ha prioritert å beholde personer med psykiske lidelser fremfor personer med fysiske funksjonsnedsettelse. Spørsmålet blir da om en slik forskjellsbehandling bidrar til likebehandling og er forholdsmessig. Her må en se på om det i praksis er vesentlige forskjeller mellom yrkesdeltakelsen til den ene og den andre gruppen.

Aml. § 13-6 innebærer som nevnt ikke noen *plikt* til positiv særbehandling, heller ikke ved oppsigelse.

3.8. Plikten til å tilby annet passende arbeid

Det følger av aml. § 15-7 annet ledd første punktum at dersom en oppsigelse skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiveren har *annet passende arbeid* i virksomheten å tilby arbeidstakeren. Denne plikten reiser spesielle problemstillinger i forhold til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

I utgangspunktet er plikten til å tilby annet passende arbeid ikke noe valgkriterium, men en tilleggsplikt ved oppsigelse som er begrunnet i virksomhetens forhold. Foreligger en ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov, skal arbeidstaker som risikerer oppsigelse, først bli tilbudt denne. Valget kan altså stå mellom arbeidstaker og en utenforstående. Men i praksis vil vurderingstemaet også her ofte være hvem av arbeidstakerne som risikerer oppsigelse, som skal tilbys arbeidet.

¹⁹¹² Se nærmere kap. IV pkt. 3.3.6.6.

Spørsmålet blir da om helseproblemer eller funksjonsnedsettelse hos arbeidstaker kan få betydning for arbeidsgivers plikt til å tilby ”annet passende arbeid” etter aml. § 15-7 annet ledd første pkt.

I forhold til arbeidstakere med ”reduert arbeidsevne” eller ”funksjonshemming” supplerer aml. § 15-7 annet ledd første pkt. plikten til å tilrettelegge etter henholdsvis aml. § 4-6 første ledd og aml. § 13-5. Rettspraksis i oppsigelsessaker har ofte ikke skilt klart mellom tilrettelegging for yrkeshemmede/arbeidstakere med redusert arbeidsevne etter aml. § 4-6 og plikten til å tilby ”annet passende arbeid” ved oppsigelse. Jeg viser til de sakene som er tatt opp under pkt. 3.3-3.5 foran.

Plikten til å tilby annet passende arbeid forutsetter ikke at det foreligger en fast organisert stilling, det er tilstrekkelig at det finnes et ”udekket arbeidsbehov”.¹⁹¹³ Arbeidstaker kan være forpliktet til å sette sammen en hel- eller deltidstilling for arbeidstakeren, dersom det finnes flere udekkede arbeidsbehov.¹⁹¹⁴

At arbeidet skal være ”passende” innebærer begrensninger i to relasjoner: For det første med hensyn til om arbeidstaker er i stand til å fylle det udekkede arbeidsbehovet. For det andre med hensyn til kvaliteten og kvantiteten av de arbeidsoppgaver som må tilbys for at arbeidsgiver har oppfylt plikten til å tilby ”annet passende arbeid”.

Kravet om at arbeidet skal være ”passende” innebærer at arbeidstaker må fylle minimumskravene til stillingen, herunder også kravene til fysisk og psykisk skikkethet. Her må en imidlertid legge til grunn samme krav som for en ordinær remplaseringsoppsigelse. Dette er den løsning som gir best sammenheng og konsekvens i regelverket.¹⁹¹⁵ Arbeidstaker vil etter dette i utgangspunktet være helsemessig skikket for arbeidet med mindre hans prestasjonsevne er under det nivå som kunne ført til oppsigelse.

Dersom den ledige stilling eller det udekkede arbeidsbehov etter aml. § 15-7 annet ledd første punkt stiller spesielle helsekrav, kan arbeidstaker i utgangspunktet ikke ha krav på å bli tilbudt arbeidet med mindre han fyller helsekravene på det aktuelle tidspunkt. Her vil det antakelig gjøres unntak for tilfeller hvor arbeidstaker kan forventes å oppfylle helsekravene innen kort tid.¹⁹¹⁶ Utgangspunktet må videre være at sykmeldte må ha de samme rettigheter i en oppsigelse som andre. Arbeidsgiver kan altså ikke unnlate å tilby annet passende arbeid bare fordi arbeidstaker er sykmeldt på oppsigelsestidspunktet. Dette følger blant annet av at arbeidsgiver i forhold til aml. § 4-6 har en løpende plikt til oppfølging.

I prinsippet kan arbeidsgiver også forventes å tilrettelegge i forhold til en stilling som er ledig, eller er blitt ledig som følge av rasjonaliseringen m.m. Aml. § 4-6 gjelder prinsipielt sett

¹⁹¹³ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72.

¹⁹¹⁴ Se bl.a. Fanebust 2001 s. 148.

¹⁹¹⁵ Slik også Fanebust 2001 s. 151.

¹⁹¹⁶ Tilsv. Fanebust 2001 s. 152 i forhold til opplæring til nye arbeidsoppgaver.

under hele arbeidsforholdet, herunder også i en oppsigelsesprosess. Det samme må klart gjelde arbeidsgivers plikt til tilrettelegging etter aml. § 13-5.

Rt. 2008 s. 749 gjaldt en arbeidstaker i Posten som ble oppsagt på grunn av driftsinnskrenkninger. Arbeidstaker hadde fått to tilbud om annet arbeid. Som følge av arbeidstakers angstlidelse var imidlertid ingen av tilbudene aktuelle, og de ble derfor avslått. Høyesterett la her til grunn at daværende aml. 1977 § 13 nr. 2 innebar begrensninger med hensyn til hva som anses som *passende* arbeid.¹⁹¹⁷

Den annen problemstilling gjelder hvilke kvalitative og kvantitative krav som stilles til det arbeid som tilbys.

Med hensyn til kvalitet er det klart at arbeidsgivers plikter også omfatter arbeid som er lavere lønnet og mindre faglig utfordrende enn det arbeidstaker hadde før.¹⁹¹⁸ Kravet om at arbeidet skal være ”passende” vil likevel innebære en innskrenkning av arbeidsgivers valgfrihet, der det finnes flere udekkede arbeidsbehov innen virksomheten. Arbeidsgiver vil ikke nødvendigvis ha oppfylt sin plikt til å finne alternative løsninger ved å tilby det alternativ som er dårligst for arbeidstakeren. Det har i rettspraksis vært lagt til grunn at arbeidstaker fortrinnsvis skal tilbys likeverdig arbeid.¹⁹¹⁹ I forhold til arbeidstaker med funksjonsnedsettelse er det videre klart at arbeidsgiver kan bryte diskrimineringsforbudet ved ikke å tilby arbeidstaker arbeid som er likeverdig det vedkommende hadde før, dersom slikt arbeid finnes i virksomheten.

Arbeidstaker med redusert arbeidsevne eller funksjonsnedsettelse vil ofte være deltidsansatte. Dette reiser spørsmål om plikten til å tilby passende arbeid til denne gruppen omfatter deltids- og/eller fulltidsarbeid.

For det første må det være klart at arbeidsgiver ikke nødvendigvis kan fri seg fra plikten til å tilby annet passende arbeid ved å tilby deltidsansatte en heltidsstilling.

NAD 1987 s. 988 Stavanger kan være illustrerende her: Saken gjaldt oppsigelse i fiskeindustribedrift. En deltidsansatt, som var gitt tilsagn om fortsatt deltidsarbeid av produksjonslederen, men som ved fremmøte fikk opplyst at det bare var behov for heltidsarbeidere, ble ansett usaklig oppsagt.

For det annet kan arbeidstaker heller ikke ha krav på å bli tilbudt en heltidsstilling, dersom hun skulle ønske og være i stand til det. Har arbeidstaker arbeidet halv tid, og det skjer en ned-

¹⁹¹⁷ Avsnitt 36. Konkret finner Høyesterett likevel at disse vanskene ville ha gjort seg gjeldende også i forhold til alternative jobbtilbud, slik at arbeidsgiver ikke hadde plikt til å tilby annet arbeid. Videre hadde arbeidstaker anført at arbeidsgiver burde ha undersøkt om hans avslag på de to jobbtilbudene var utslag av hans psykiske lidelse. Høyesterett fant imidlertid at arbeidsgivers undersøkelsesplikt har var begrenset, særlig ettersom arbeidstaker på dette tidspunkt var bistått av advokat. (Avsnitt 39)

¹⁹¹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72.

¹⁹¹⁹ Se Fanebust 2001 s. 149 og den der refererte avgjørelse, uttrykt dom av Eidsivating lagmannsrett av 15. februar 1991.

bemanningsprosent, kan aml. § 15-7 annet ledd første pkt. bare gi krav på å bli tilbudt en tilsvarende stillingsprosent.¹⁹²⁰

En plikt til å tilby deltidsansatte heltidsarbeid vil heller ikke følge av sysselsettingsdirektivets forbud mot indirekte diskriminering på grunn av funksjonshemming. I den før omtalte Kachelmann-dommen fra 2000 fant EF-domstolen at det ikke var i strid med forbudet mot indirekte kjønnsdiskriminering at deltidsstillinger og heltidsstillinger ble vurdert hver for seg med hensyn til oppsigelse. Det ville ifølge EF-domstolen ha utgjort positiv særbehandling av deltidsansatte dersom disse skulle ha samme rett som heltidsansatte til å konkurrere om heltidsstillinger.¹⁹²¹ Tilsvarende må antakelig legges til grunn i forhold til sysselsettingsdirektivet og aml. kap. 13.

En tredje problemstilling er om arbeidsgiver etter norsk rett kan være forpliktet til å dele opp heltidsstillinger, for eksempel slik at en fulltidsansatt med kortere ansiennitet får redusert arbeidstid samtidig som resttiden tilbys en deltidsansatt med lang ansiennitet.

I Windy Boats ARD 1997 s. 201 legger Arbeidsretten til grunn at ”en person som arbeider i halv stilling, ikke av den grunn står i noen annen situasjon enn andre arbeidstakere ved utvelgelsen av hvem som skal permitteres”. Dette må gjelde desto mer ved oppsigelse. Videre gjelderplikten til å tilby annet passende arbeid som vist tidligere også tilfeller hvor det ikke foreligger en fast organisert stilling, men bare et udekket arbeidsbehov. Arbeidsgiver kan måtte sette sammen flere arbeidsoppgaver for å tilby disse til en arbeidstaker som risikerer oppsigelse.¹⁹²² I prinsippet kan arbeidsgiver altså være forpliktet til å redusere arbeidstiden for en arbeidstaker på full tid for å tilby resttiden til arbeidstaker på halv tid.

Det kan likevel være legitimt ved avveiningen etter aml. § 15-7 annet ledd første punktum å ta hensyn til konkrete vansker med å dele en heltidsstilling.

4. Oppsummering og konklusjon – materielle krav til oppsigelse og avskjed.

Under pkt. 2 og 3 ovenfor har jeg drøftet materielle krav til oppsigelse av arbeidstakere med helseproblemer og funksjonsnedsettelse etter gjeldende norsk rett. Formålet har vært å avklare hvilket vern for disse gruppene som følger av kontraktsvernreguleringen, og se på om

¹⁹²⁰ Aml. § 14-3 gir arbeidstaker som er deltidsansatt, fortrinnsrett til å utvide sin stilling ”fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten”. Som jeg har vært inne på vil imidlertid spørsmålet i en nedbemanningssituasjon i regelen være hvem av de allerede ansatte som skal tilbys arbeidet. Aml. § 14-3 kan selvsagt ikke gi en deltidsansatt fortrinnsrett til utvidelse av sin stilling på bekostning av en heltidsansatt som risikerer oppsigelse.

¹⁹²¹ Sak C-322/98 Kachelmann avsnitt 30-36.

¹⁹²² Slik også Fanebust 2001 s. 148.

diskrimineringsvernreguleringen innebærer et styrket materielt vern for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Under pkt. 2.2 og 2.3 har jeg tatt opp oppsigelse som er begrunnet i arbeidstakers forhold, hvor begrunnelsen har sammenheng med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse på arbeidstakers side. Jeg fant at vansker i arbeidet som har sammenheng med en arbeidstakers helseproblemer eller funksjonsnedsettelse i prinsippet kan være legitimt som grunnlag for oppsigelse etter så vel kontraktsvernreguleringen som etter diskrimineringsvernreguleringen. Vansker i arbeidet som oppsigelsesgrunn vil fylle vilkåret om relevans, og alvorlige vansker kan også oppfylle vilkåret om vekt etter det alminnelige saklighetskravet. En oppsigelse vil likevel ikke være saklig dersom vanskene kunne vært brakt ned på et akseptabelt nivå ved hjelp av individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6. I forhold til diskrimineringsvernet vil det være legitimt å si opp en arbeidstaker som, som følge av sin funksjonsnedsettelse, ikke er kompetent, egnet eller disponibel til å utføre stillingens vesentlige funksjoner. Dette må imidlertid vurderes under hensyn til hva som kunne oppnås ved rimelig tilrettelegging etter aml. § 13-5. Det vil altså i praksis i begge tilfeller være plikten til individuell tilrettelegging som er avgjørende for om arbeidsgiver kan si opp arbeidstaker. Aml. § 13-5 rekker ikke lenger enn aml. § 4-6 i forhold til å hindre oppsigelse. Men den rekker antakelig like langt, ettersom en i forarbeidene har lagt til grunn at arbeidsgiver også plikter å vurdere omplassering til annen stilling innen virksomheten.

Særlig på ett punkt kan aml. § 13-5 også gi en viss tilleggsbeskyttelse: I norsk rettspraksis har det forhold at arbeidstaker var yrkeshemmet ved ansettelse vært ansett som grunnlag for å begrense arbeidsgivers tilretteleggingsplikter. I og med at arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge også overfor arbeidssøker med "funksjonshemming", vil dette momentet ha begrenset betydning i forhold til personer med funksjonsnedsettelse.

En praktisk virkning av diskrimineringsforbudet vil dessuten være at dette kan sensurere generelle helsekrav til en stilling, hvor disse bidrar til å stille arbeidstakere med visse typer funksjonsnedsettelse dårligere, og ikke fyller vilkårene for legitimering etter aml. § 13-3 annet ledd.

I forhold til oppsigelsesvernet under sykefravær, pkt. 2.4, synes ikke forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming å innebære vesentlige endringer. Det kan etter min mening ikke legges til grunn at det vil være i strid med diskrimineringsforbudene å behandle sykefravær som er et utslag av "funksjonshemming" på lik linje med annet sykefravær ved beregningen av verneperioden etter aml. § 15-8.

Oppsigelse eller avskjed som er begrunnet i pliktbrudd kan være i strid med diskrimineringsforbudet dersom arbeidstakers pliktbrudd skyldes hennes funksjonsnedsettelse. Slike pliktbrudd vil utløse plikt til tilrettelegging etter aml. § 13-5. En parallell regel gjelder imidlertid allerede etter

kontraksvernreguleringen: Pliktbrudd som skyldes arbeidstakers sykdom, vil i regelen ikke utgjøre grunnlag for avskjed eller oppsigelse, og kan utløse plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6. En oppsigelse eller avskjed vil i prinsippet kunne underkjennes eller utløse sanksjoner på grunnlag av at den er usaklig eller diskriminerende, uavhengig av om arbeidsgiver kjente eller burde kjenne til årsaken til pliktbruddet. Imidlertid er oppsigelser i norsk underrettspraksis i stor utstrekning opprettholdt på det grunnlag at arbeidsgiver ikke burde visst om arbeidstakers sykdom. Det synes ikke å være vesentlige forskjeller i arbeidstakers materielle vern etter kontraksvernreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen på dette området, men diskrimineringsforbudet kan kanskje innebære en viss forskyvning i risikoen og en skjerping av arbeidsgivers undersøkelsesplikt.

Ved oppsigelse i en nedbemanningssituasjon, vil forbudet mot indirekte diskriminering få betydning ved at det stiller strengere krav til begrunnelse for å bygge på *ansiennitet* og til *ansiennitetsberegningen*. Bruk av ansiennitet som kriterium eller ansiennitetsberegning som stiller grupper med funksjonsnedsettelse dårligere, må kunne begrunnes på en objektiv måte, uavhengig av funksjonshemming. Jeg har videre lagt til grunn at selv om diskrimineringsforbudet også gjelder mellom ulike grupper med funksjonsnedsettelse, vil arbeidsgiver stadig ha en viss adgang til å prioritere *yrkesskadde* ved en nedbemanning. I forhold til adgangen til å ta hensyn til konkrete *vansker i arbeidet* ved nedbemanningsoppsigelse vil det i praksis være tilretteleggingspliktene etter aml. §§ 4-6 og 13-5 som er avgjørende for oppsigelsesadgangen. Aml. § 13-5 rekker i utgangspunktet ikke lenger enn aml. § 4-6 i en oppsigelsessituasjon, og forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming vil antakelig ikke ha særlig praktisk betydning for det materielle vernet i slike tilfeller. Forbudet mot indirekte diskriminering kan imidlertid i enkelte tilfeller sensurere generelle kriterier som innebærer at arbeidstakere med visse typer funksjonsnedsettelse blir stilt dårligere.

Kravet om *ulempeavveining* etter aml. § 15-7 annet ledd annet pkt. vil i utgangspunktet være til gunst for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Det alminnelige kravet til saklig valg som kan utledes av saklighetskravet vil heller ikke i særlig utstrekning stenge for positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i forhold til arbeidstakere uten funksjonsnedsettelse.

Plikten til å tilby annet passende arbeid til arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kan forutsette at en foretar en individuell tilrettelegging av det arbeid som tilbys. Plikt til slik individuell tilrettelegging må følge av så vel aml. § 4-6 som § 13-5, og det synes ikke å være vesentlige forskjeller med hensyn til bestemmelsenes rekkevidde.

Kort oppsummert vil diskrimineringsforbudene og tilretteleggingsplikten i aml. kap. 13 ha begrenset betydning for det materielle vernet for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse i forhold til den tradisjonelle kontraktsvernreguleringen.

5. Opphør uten oppsigelse.

En problemstilling som kan være aktuell for arbeidstakere med helseproblemer, er om arbeidsforholdet kan bortfalle uten oppsigelse på grunnlag av lang tids ikke-utveksling av ytelser. Arbeidstaker kan ha vært sykmeldt over lengre tid, og seinere under attføring utenfor virksomheten, uten at det fra noen av partene har vært tatt skritt for å bringe arbeidsforholdet formelt til opphør. Arbeidstaker ønsker så etter en tid å gjenoppta arbeidet, mens arbeidsgiveren mener at det er opphørt. Spørsmålet om opphør på dette grunnlag synes ikke avgjort i norsk rettspraksis.¹⁹²³

En kan her anvende to alternative synsmåter: For det første kan en se det slik at et arbeidsforhold består så lenge det ikke er brakt til opphør ved en ensidig opphørserklæring eller en felles forståelse. En alternativ synsmåte er at det er suspensjonen av ytelsesplikt som krever hjemmel: Dersom arbeidstaker uteblir uten at det er særskilt hjemmel for permisjon, vil han selv anses for å ha brakt arbeidsforholdet til opphør.

For dansk retts vedkommende legger Hasselbalch til grunn at rettsstillingen ikke er klar, men at "tendensen er overvejende den, at arbejdsgiverne ikke kan forvente uden videre at kunne slippe for pligten til at give opsigelsesvarsel (...) selv om der måtte blive tale om varig uarbejdsdygtighed".¹⁹²⁴

Utgangspunktet vil antakelig være at arbeidsuførhet ved sykdom er lovlig grunn for fravær, og at slikt fravær ikke kan tolkes som noen avslutning av arbeidsforholdet. Bestemmelsene om et særlig oppsigelsesvern ved sykefravær inntil tolv måneder forutsetter både at slikt sykefravær ikke er saklig oppsigelsesgrunn og at arbeidsforholdet etter dette tidspunkt aktivt må bringes til opphør. Dersom arbeidstaker har fått innvilget permisjon i en viss periode, kan arbeidsgiver kanskje oppfatte passivitet fra arbeidstaker ved utløp av permisjonstiden som en de facto oppsigelse.¹⁹²⁵ I regelen må arbeidsgiver likevel pålegges en viss undersøkelsesplikt.

I ND 1990 s. 472 Hålogaland hadde en sjømann vært ansatt på fisketråleren Isfjord, men uteble i ca. ett år etter å ha deltatt på noen turer. Han var i utgangspunktet sykmeldt, men ble seinere

¹⁹²³ I saken som var oppe i LF-1993-00611 hadde en lektor i videregående skole vært på attføring i fire år før han ble innvilget uførepensjon i 1992. Da arbeidsgiver ble kjent med uførepensjoneringen ble arbeidstaker sagt opp. Han gikk til sak om gyldigheten av oppsigelsen, men tapte. Lagmannsretten uttaler at "A var som følge av sin uførhet ikke i stand til å oppfylle sine forpliktelser som arbeidstaker. Slik sett kan det reises spørsmål om det i det hele tatt var nødvendig med en oppsigelse for å få bragt ansettelsesforholdet til avslutning." Det var imidlertid ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til dette.

¹⁹²⁴ Hasselbalch 2002 s. 434.

¹⁹²⁵ Se også Krüger 1989 s. 576-577 som legger til grunn at kontraktsgrunnlag som andre krav og rettigheter kan bortfalle ved konkludent passivitet fra partens side.

friskmeldt uten å gi beskjed om dette til rederiet. Rederiet trodde ansettelsesforholdet var slutt, men sjømannen krevde dom for at han var ansatt samt erstatning for tapt hyre. Rederiet gikk så til oppsigelse for det tilfelle at han var å anse som ansatt. I motsetning til byretten fant lagmannsretten at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å anse arbeidsforholdet oppsagt ved konkludent atferd:

“Lagmannsretten er imidlertid enig med den ankende part i at det skal mye til for å anse arbeidsforholdet opphørt på en slik måte. Situasjonen må ligge slik an at det ikke med rimelighet er mulig å trekke noen annen konklusjon fra arbeidstakerens opptreden enn at han mener å si opp stillingen. Uteblir arbeidstakeren under omstendigheter hvor bakgrunnen kan være usikker, må arbeidsgiveren eventuelt sørge for klarhet ved henvendelse til arbeidstakeren eller ved selv å gå til oppsigelse eller avskjed som følge av fraværet.”¹⁹²⁶

Jeg er enig i lagmannsrettens rettsoppfatning om at det i slike tilfeller må pålegges arbeidsgiver en plikt til å undersøke om arbeidstaker har ment å avslutte arbeidsforholdet.

6. Håndheving av oppsigelses- og avskjedssaker.

6.1. Generelt – ulike håndhevingsmodeller. Domstolsprosess, ombud og klageordninger.

Krav som følge av påstått urettmessig opphør kan gjennomføres ved alminnelige domstoler. Det vanligste vil være at arbeidstaker krever forhandlinger og reiser søksmål i medhold av bestemmelsene i aml. §§ 17-3 og 17-4. I en slik sak kan også inndras krav som følge av diskriminering ved opphør, se særlig aml. §§ 13-9 første og annet ledd. Som vist under de foregående avsnitt foreligger en omfattende rettspraksis som gjelder vilkårene for avskjed og oppsigelse, også i forhold til arbeidstakere med helseproblemer og funksjonsnedsettelse. Bestemmelsene om diskriminering pga. funksjonshemming har bare vært tatt opp i en publisert oppsigelsessak.¹⁹²⁷

Krav som følge av diskriminering ved opphør, aml. § 13-9 første og annet ledd, jfr. § 13-2 første ledd bokstav d, kan videre tas opp for domstolene utenfor området for aml. §§ 17-3 og 17-4. Dette kan være aktuelt hvor arbeidstaker av ulike grunner ikke vil eller ikke kan påberope seg det alminnelige saklighetsvernet. For eksempel kan søksmålsfristene etter aml. § 17-4 være gått. Det kan også være aktuelt at arbeidstaker mener seg presset ut av stillingen, for eksempel som følge av manglende tilrettelegging, men det ikke foreligger noe utsagn fra arbeidsgiver som reelt sett innebærer en avskjed eller oppsigelse. Publisert rettspraksis foreligger her ikke.

¹⁹²⁶ Konkret ble imidlertid rederiet frifunnet for arbeidstakers hyrekrav, idet det lange fraværet var avskjedsgrunn, og sjømannen hadde hovedansvaret for at spørsmålet om han fortsatt var ansatt ikke var avklart.
¹⁹²⁷ LB-2007-893, hvor lagmannsretten ikke tok stilling til anførselen om diskriminering.

Oppsigelse er et område hvor domstolene har øvd en relativt inngripende sensur av arbeidsgivers beslutninger.¹⁹²⁸ Blant annet har domstolene grepet inn der avgjørelsen bygger på utenforliggende hensyn, der saksbehandlingen ikke har vært tilfredsstillende og der det faktiske grunnlaget for avgjørelsen svikter. Prøvingsintensiteten har vært særlig høy i saker som gjelder oppsigelse på grunnlag av arbeidstakers forhold. I saker som gjelder oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold har Høyesterett lagt til grunn at domstolene bør være tilbakeholdne med å sensurere avtaler mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte om utvelgelse ved nedbemanning, se nå aml. § 15-2 annet ledd jfr. tredje ledd bokstav h.¹⁹²⁹ Et slikt utgangspunkt vil imidlertid ikke nødvendigvis være avgjørende hvor det hevdes at avtalte kriterier strider mot et diskrimineringsforbud.

Har arbeidsgiver i en opphørssituasjon brutt bestemmelser i en tariffavtale, kan forholdet tas opp til organisasjonsmessig behandling. I siste instans vil tariffparten kunne bringe en slik sak inn for Arbeidsretten med påstand om at arbeidsgivers handling utgjorde et tariffbrudd, se arbtvl. § 7 nr. 2. Herunder vil det også kunne kreves fastslått at en konkret oppsigelse er tariffstridig, for eksempel fordi den strider mot et tariffavtalt ansiennitetsprinsipp.¹⁹³⁰

En arbeidstaker som mener seg diskriminert ved opphør som følge av funksjonshemming, vil også kunne henvende seg til Diskrimineringsombudet. Ombudet vil kunne uttale seg om, og Nemnda fatte vedtak om, at en oppsigelse eller en avskjed var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. Etersom arbeidstaker i en vanlig oppsigelsessak for domstolene vil ha flere prosessuelle rettigheter og ettersom Ombudet og Nemnda ikke kan ilegge økonomiske sanksjoner og neppe gi pålegg om gjenansettelse, vil det formentlig bare være i spesielle situasjoner det vil være praktisk å ta slike saker opp for Ombudet eller Nemnda.¹⁹³¹ Ett publisert vedtak foreligger likevel.¹⁹³² Ombudet vil kunne uttale seg om generelle kriterier for utvelgelse ved oppsigelse vil være direkte eller indirekte diskriminerende overfor arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, se ldoI. § 3 tredje ledd første pkt. jfr. § 1 annet ledd nr. 3 jfr. aml. § 13-1 første ledd og § 13-2 første ledd bokstav d. Her foreligger ikke praksis som gjelder diskriminering på grunn av funksjonshemming.

¹⁹²⁸ Se Fanebust 2001 s. 312 flg.

¹⁹²⁹ Rt. 2001 s. 71 (s. 82).

¹⁹³⁰ Se her til illustrasjon ARD 2006 s. 12 hvor LO og Forbundet for ledelse og teknikk fikk medhold i at et utvelgelseskriterium anvendt ved nedbemanning var i strid med funksjonærhovedavtalens ansiennitetsbestemmelse. Det var i utgangspunktet nedlagt påstand om at en konkret oppsigelse skulle anses tariffstridig, men tvisten i den aktuelle saken ble begrenset til kriteriets generelle gyldighet i forhold til hovedavtalen.

¹⁹³¹ Se også Vigerust 1998 s. 387-388 om valg av prosesssystem ved kjønnsdiskriminerende oppsigelser.

¹⁹³² LDN-2007-21 hvor arbeidstaker mente seg presset til å skrive under på en fratredelsesavtale. Nemnda gjorde vedtak om at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt etter aml. § 13-5, men tok ikke stilling til om en slik tilretteleggingsplikt ville ført til at han kunne beholdt arbeidet.

Sivilombudsmannen har uttalt seg i en del saker som gjelder fortrinnsrett etter tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven. Ingen av uttalelsene synes å være av spesiell relevans for avhandlingens tema.

Vedtak om oppsigelse eller avskjed som treffes av et kommunalt eller fylkeskommunalt organ, kan ikke påklages, fvl. § 3 annet ledd. En statstjenestemann kan derimot inngi forvaltningsrettslig klage over et vedtak om avskjed eller oppsigelse, se tjml. § 19. Denne muligheten synes ikke å reise spesielle problemer i forhold til arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonshemming, og jeg går ikke videre inn på den.

I de kommende avsnitt vil jeg først og fremst ta opp arbeidstakers mulighet for å angripe en oppsigelse/avskjed fra arbeidsgivers side ved søksmål for alminnelige domstoler, på grunnlag av det alminnelige saklighetsvernet og vernet mot diskriminering pga. funksjonshemming i aml. kap. 13. Jeg vil imidlertid også komme noe inn på Ombudets og Nemndas kompetanse i saker som gjelder opphør.

6.2. Forhåndsdrøftelse, innsyn, begrunnelse, forhandlinger.

Arbeidsgiver som vurderer å bringe et arbeidsforhold til opphør, har plikt til å drøfte med arbeidstaker selv og eventuelt tillitsvalgte, se aml. §§ 15-1 og 15-14 annet ledd. Hovedformålet for drøftelsen er å få klarhet i de omstendigheter som ligger til grunn for oppsigelse eller avskjed og at arbeidstaker skal gis anledning til å komme med sine innvendinger før beslutning tas.¹⁹³³ Selv om spørsmål om tilrettelegging etter aml. §§ 4-6 og aml. § 13-5 skal vurderes fortløpende under arbeidsforholdet, vil det i særlig grad være sentralt dersom arbeidsgiver vurderer oppsigelse. Hvor oppsigelsen er begrunnet i vansker som skyldes sykdom eller funksjonsnedsettelse eller hvor ansienniteten er fraveket som følge av slike forhold, vil det på et drøftelsesmøte måtte avklares om vanskene kan forventes å gå over og om tilrettelegging er mulig og hensiktsmessig.

Plikt til forhandling før opphør kan også være hjemlet i tariffavtale, se f.eks. Hovedavtalen LO-NHO § 9-4 om sysselsettingsspørsmål og § 10-2 om drøftelse før oppsigelse eller avskjed. Videre følger av Hovedavtalens § 9-12 annet ledd at det kan kreves forhandlinger om fravikelser av ansienniteten og at de omtvistede oppsigelsene skal utsettes til etter det har vært forhandlet ferdig. Slike forhandlinger kan ikke erstatte individuelle drøftelser etter aml. § 15-1.¹⁹³⁴ Hvor det er aktuelt å fravike tariffastsatte ansiennitetsbestemmelser på grunnlag av sykefravær mv. vil arbeidsgiver måtte drøfte både med tillitsvalgte og med den enkelte arbeidstaker.

¹⁹³³

Kravet til forhåndsdrøftelse er strengt, men ikke absolutt, se bl.a. Jakhelln 2006 s. 419 og Rt. 1996 s. 1401.

¹⁹³⁴

Se Jakhelln 2006 s. 419.

I RG 1985 s. 202 Sarpsborg fant retten at arbeidsgiver hadde brutt sin undersøkelsesplikt forut for oppsigelse. Ansienniteten var her blitt fraveket som følge av stort sykefravær. Dette kom imidlertid først frem under forhandlingsmøtet *etter oppsigelsen*. Oppsigelsen ble ansett usaklig og erstatningsbetingende.

Aml. kap. 13 hjemler ikke noe tilsvarende krav til forhåndsdrøftelse før en beslutning tas, heller ikke ved opphør. Av diskrimineringsforbudet og tilretteleggingsplikten må også følge et krav til forsvarlig saksbehandling i slike tilfeller. I LDN-2007-21 legger Nemnda til grunn at virksomheten ikke hadde foretatt en tilstrekkelig undersøkelse av om tilrettelegging for arbeidstaker var hensiktsmessig.¹⁹³⁵

Vedtak om oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker fra forvaltningsorgan er et enkeltvedtak, fvl. § 2 annet ledd, noe som innebærer krav om forhåndsvarsel etter fvl. § 16. Den enkelte arbeidstaker vil etter denne bestemmelse også ha krav til å uttale seg før vedtak treffes. En arbeidstaker som risikerer oppsigelse eller avskjed fra et forvaltningsorgan, kan kreve partsinnsyn i saksdokumentene etter fvl. § 18 før vedtak er truffet. Noen tilsvarende innsynsrett før avgjørelse er truffet følger ikke av arbeidsmiljølovens bestemmelser,¹⁹³⁶ heller ikke kap. 13.

Aml § 15-4 tredje ledd og aml. § 15-4 annet ledd gir arbeidsgiver en etterfølgende begrunnelsesplikt ved oppsigelse og avskjed, dersom arbeidstaker ber om det. I forvaltningen vil vedtak om oppsigelse og avskjed være underlagt samtidig begrunnelsesplikt etter fvl. § 18 flg. Aml. kap. 13 innebærer ikke noe ekstra krav til begrunnelse i saker som gjelder opphør.

Arbeidstaker som hevder at en oppsigelse eller en avskjed er urettmessig, kan kreve forhandlinger etter aml. § 17-3, med en frist på 14 dager fra oppsigelsen eller avskjeden er mottatt. Aml. kap. 13 gir ikke arbeidstaker forhandlingsrett.

6.3. Retten til å fortsette i stilling.

Arbeidstaker som går til søksmål for å få en oppsigelse kjent ugyldig har som hovedregel rett til å fortsette i stillingen under sakens behandling for retten, jfr. aml. § 15-11. Dette forutsetter at arbeidstaker innenfor oppsigelsesfristen enten reiser søksmål eller gir beskjed om at søksmål vil bli reist innen åtte uker, aml. § 15-11 annet ledd første pkt., jfr. § 17-4 første ledd. Arbeidstaker som urettmessig er blitt utestengt fra arbeidsplassen, har en fire ukers frist for å kreve gjeninntredelse, aml. § 15-11 femte ledd.

Etter krav fra arbeidsgiveren kan retten likevel, ved kjennelse, bestemme at arbeidstakeren skal fratse stillingen, ”dersom retten finner det urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling.” Det er i forarbeidene til bestemmelsen forutsatt at det skal være den klare

¹⁹³⁵ Nemnda tar ikke stilling til om tilrettelegging ville ha ført til at arbeidstaker ville kunnet beholde arbeidet.

¹⁹³⁶ Med unntak av den innsynsrett som måtte følge av kravet til forhåndsdrøftelse etter aml. § 15-1 og, for de tillitsvalgte, også av aml. § 15-2.

hovedregel at arbeidstakeren får fortsette i stillingen, men at retten skal foreta en interesseavveining der det tas hensyn til så vel arbeidstakers som virksomhetens behov.¹⁹³⁷ Dersom oppsigelsen skyldes en forgåelse fra arbeidstakers side, er det i forarbeidene likevel forutsatt at retten som hovedregel skal gi kjennelse for fratreden.¹⁹³⁸

Ved avskjed er rettsstillingen speilvendt. Arbeidstaker har som hovedregel ikke krav på å fortsette i stillingen, aml. § 15-11 tredje ledd første pkt. Retten kan likevel bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort, aml. § 15-11 tredje ledd annet pkt. Kriteriene for dette er ikke angitt i loven.¹⁹³⁹ I forarbeidene til bestemmelsens forgjenger er lagt til grunn at unntakshjemmelen først og fremst vil være aktuell i tilfeller hvor grunnlaget for avskjed synes tvilsomt, og hvor det samtidig antas å være til vesentlig ulempe for arbeidstakeren at han må fratrudd under sakens behandling.¹⁹⁴⁰

At arbeidstaker fortsetter i stillingen, innebærer i utgangspunktet at hun har plikt og rett til å arbeide og rett til lønn. En arbeidstaker som er sykmeldt, enten sykmeldingen er skjedd før eller etter oppsigelsen, vil faktisk ikke utføre arbeid for arbeidsgiver i den periode hun er sykmeldt. Retten til å fortsette i stillingen gjelder likevel i utgangspunktet også for sykmeldt arbeidstaker. Dette fremgikk direkte av tidligere aml. 1977 § 64 nr. 4s henvisning til aml. § 61. Regelen må imidlertid stadig gjelde, ettersom det ikke gjøres direkte unntak fra retten til å fortsette i stillingen for sykmeldte.¹⁹⁴¹ Dette innebærer blant annet at arbeidsgivers plikt til å vurdere og iverksette tilretteleggingstiltak etter aml. § 4-6 består også i forhold til arbeidstaker som har reist sak og som fortsetter i stillingen etter aml. § 15-11.

Et annet spørsmål er imidlertid om det forhold at arbeidstaker er sykmeldt, vil være et moment for at det gis kjennelse for fratreden ved sak om oppsigelse. Spørsmålet synes ikke berørt i forarbeidene.¹⁹⁴² Det kan muligens være et moment i rimelighetsvurderingen at arbeidstaker i slike tilfeller er sikret kompensasjon, i hvert fall i en avgrenset periode. På den annen side vil arbeidsgiver ikke, eller i svært begrenset grad, bli belastet med lønnsutgifter.

¹⁹³⁷ Se om denne avveiningen Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 238-239 samt særkommentaren til bestemmelsen på s.

336.

¹⁹³⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 75.

¹⁹³⁹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336 hvor det henvises til tidligere bestemmelser.

¹⁹⁴⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 78.

¹⁹⁴¹ Se også Dege 1997 bind III s. 376.

¹⁹⁴² Se gjennomgangen av praksis mht. retten til å fortsette i stillingen i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235-236 hvor departementet mener å se en oppmykning i rettspraksis av de tidligere forarbeiders "skille" mellom oppsigelser som skyldes virksomhetens forhold og arbeidstakers forhold. Situasjonen hvor oppsigelsen er begrunnet i nedsatt arbeidsevne som følge av helseforhold eller funksjonsnedsettelse er imidlertid ikke direkte omtalt.

At arbeidsgiver har et påtrengende behov for å få ansatt en person som fungerer i stillingen, kan være et argument for fratredelse. Her må det likevel avveies om behovet kan løses ved vikarordninger.

Har arbeidstaker vært arbeidsufør pga. sykdom over lengre tid, har det i underrettspraksis vært lagt til grunn at den manglende tilknytning til arbeidsstedet i seg selv kan utgjøre et argument for fratreden.

I NAD 1988 s. 343 Oslo la retten vekt at arbeidstaker gjennom 11 måneder ikke hadde hatt et mer stabilt arbeidsforhold i rederiet. Arbeidsgivers krav om fratredelse ble tatt til følge. I RG 1994 s. 688 Hålogaland ble dette argumentet ikke funnet avgjørende, selv om arbeidstaker på grunn av sykmelding og atferd ikke hadde vært i arbeid på nærmere 4 år. Lagmannsretten la til grunn at arbeidsgiver skulle ha tilbudt annet passende arbeid, og arbeidsgiver fikk ikke medhold i at arbeidstaker skulle fratre. I NAD 1988 s. 343 Oslo la retten til grunn at oppsigelsen skyldtes at rederiet ikke var tilfreds med arbeidstakers arbeid, og at det forelå tilstrekkelig grunnlag for at han ikke hadde fylt sine stillinger tilfredsstillende de siste 5 - 6 år. Ved avgjørelsen av om fratredelseskjennelse burde gis, la retten vekt på at rederiet hadde forsøkt å tilrettelegge forholdene ved omplassering og endret stillingsinnhold, noe som hadde vist seg vanskelig i forhold til samarbeidende kolleger. Arbeidsgiver fikk medhold i kravet om at arbeidstaker skulle fratre.

Har oppsigelsen sammenheng med forhold knyttet til helsetilstand eller funksjonsnedsettelse, vil imidlertid tvisten svært ofte dreie seg om arbeidsgiver har oppfylt sin plikt til tilrettelegging. Arbeidsgiver bør da ikke komme utenfor denne plikten ved å kreve fratredelse etter aml. § 15-11 annet ledd annet pkt.

Skyldes oppsigelsen et pliktbrudd fra arbeidstakers side er utgangspunktet som vist ovenfor at retten skal gi kjennelse for fratreden. Her kan det imidlertid ha betydning om pliktbruddet skyldes sykdom eller funksjonsnedsettelse. Vurderingen her vil antakelig være den samme som vurderingen av hvorvidt pliktbruddet gir grunnlag for oppsigelse.

I saken som er gjengitt i LB-1998-1747 var en purser blitt oppsagt på grunn av grove beskyldninger mot overordnede og andre ansatte i selskapet. Hennes oppførsel var til dels forårsaket av psykiske problemer. Lagmannsretten tar opp om dette har betydning for avgjørelsen om fratreden. Konkret finner retten likevel at purseren burde fratre under sakens gang.¹⁹⁴³

Hvor arbeidstakers sykdom eller funksjonsnedsettelse innebærer sikkerhetsmessige problemer med hensyn til å utføre arbeidsoppgaver, må dette kunne være et argument for fratreden. Også her må det være av betydning om arbeidsgiver har oppfylt sin plikt til tilrettelegging.

Har arbeidstaker rett til lønn under sykdom fra arbeidsgiver etter tariffavtale eller individuell arbeidsavtale, vil det forhold at vedkommende fortsetter i stillingen innebære at hun fortsatt har rett til lønn under sykdom så lenge denne retten løper. Så lenge en sykmeldt arbeidstaker anses for å ha fortsatt i stillingen, vil hun i utgangspunktet også ha rett til sykepenger etter folketrygdloven, de første 16 dager fra arbeidsgiver og deretter fra folketrygden, jfr. ftrl. §§ 8-18 og 8-

¹⁹⁴³ Lagmannsrettens argumentasjon gjaldt direkte sakens sannsynlige utfall. Lagmannsretten viser til at det forhold at pliktbruddet er forårsaket av sykdom, vil innvirke på saklighetsvurderingen, men at arbeidstakers motvilje mot å underkaste seg legeundersøkelser gjorde det vanskelig å vurdere momentet.

17. Etter Trygderettens praksis er det likevel ikke tilstrekkelig for rett til sykepenger at arbeidstaker skal fortsette i stillingen med rett til lønn. Dersom en oppsagt arbeidstaker er fritatt for arbeidsplikt, og deretter blir sykmeldt, vil vedkommende ikke ha rett til sykepenger selv om arbeidsforholdet formelt består og arbeidstaker vil ha krav på lønn. I Trygderettens kjennelse av 28. november 1996¹⁹⁴⁴ ble den ankende part ansett midlertidig ute av arbeid på sykmeldingstidspunktet, da han var fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden. Arbeidsforholdet ble da ansett avsluttet i relasjon til sykepengerrettigheter selv om lønn fortsatt ble utbetalt.¹⁹⁴⁵ Trygdemyndighetenes og Trygderettens praksis er godtatt av lagmannsretten i RG 1998 s. 1518 Gulating.

6.4. Søksmålsfrister.

Ved tvist om oppsigelse eller avskjed vil søksmålsfristen etter arbeidsmiljøloven være åtte uker fra oppsigelsen fant sted eller fra forhandlingenes avslutning dersom arbeidstaker krever stillingen tilbake, aml. § 17-4 første ledd første pkt. jfr. annet ledd. Dersom arbeidstaker bare krever erstatning for usaklig oppsigelse er fristen seks måneder fra oppsigelsen fant sted, aml. § 17-4 første ledd annet punktum.

I saker hvor arbeidstaker er blitt oppsagt under sykefravær gjelder et særskilt utgangspunkt for søksmålsfristen, som er gunstigere for arbeidstaker enn det vanlige. Fristen begynner ikke å løpe før arbeidstaker er friskmeldt eller 12-månedersfristen er utløpt, aml. § 17-5 første ledd. Den forlengede søksmålsfrist er begrunnet med at den syke ikke skal risikere å lide rettstap fordi hun ikke er i stand til å ivareta sine rettigheter under sykdommen.¹⁹⁴⁶

Bestemmelsen om særlige søksmålsfrister etter § 17-5 første ledd gjelder bare ved tvister om en oppsigelses rettmessighet "etter § 15-8". Dersom oppsigelsen skjer mens arbeidstaker er i jobb, eller etter at verneperioden er utløpt, vil de vanlige reglene om søksmålsfrister gjelde.

Det vil i utgangspunktet være tilstrekkelig at saksøker pretenderer at oppsigelsen skyldes sykefraværet. I Rt. 1993 s. 1111 var arbeidstakers krav avhengig av at oppsigelsen skyldtes sykdommen, og at sykdommen var oppstått i tjenesten. Kjæremålsutvalget sier seg enig i at byretten ikke skulle ta standpunkt til holdbarheten av saksøkers pretensjoner ved avgjørelsen av om saken skulle fremmes, men at dette hørte hjemme under realitetsavgjørelsen. "Det vil høre under avvisningsspørsmålet å ta standpunkt til de lovtolkings spørsmål som gjelder fristberegningen, og om saken må avvises som for sent anlagt selv om saksøkernes pretensjoner legges til grunn." Det

¹⁹⁴⁴ TRR-1995-00899.

¹⁹⁴⁵ Rikstrygdeverket, som Trygderetten tilsluttet seg, anførte blant annet: "For at det skal anses å foreligge et arbeidsforhold i folketrygdlovens forstand må det eksistere både en rett og en plikt til å utføre arbeid. I den perioden man mottar lønn uten å utføre arbeid anses man ikke for å være i et arbeidsforhold i relasjon til trygden."

¹⁹⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 342, som henviser til tidligere lov. Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 26.

faktum som saksøker anfører, må imidlertid etter sin art falle inn under særvernet, sml. Rt. 1994 s. 1496.¹⁹⁴⁷

Finner retten under behandlingen av de materielle spørsmål at oppsigelsen ikke skyldtes arbeidstakers sykefravær, vil arbeidsgiver måtte frifinnes, det kan ikke foretas noen subsidiær prøving av om oppsigelsen er saklig etter aml. § 15-7. En slik løsning må følge av ordlyden i aml. § 17-5 første ledd, som lar de særlige søksmålsfrister få anvendelse ”ved tvist om en oppsigelses rettmessighet etter § 15-8.”¹⁹⁴⁸

At arbeidsgiver i slike tilfeller skal frifinnes, dersom han kan bevise at oppsigelsen ikke skyldes sykmeldingen, synes uheldig. Dette kan føre til at en sykmeldt arbeidstaker aldri kan stole på at det er de forlengede søksmålsfristene som gjelder, og derfor kan være henvist til å gå til søksmål under sykefraværet ”for sikkerhets skyld”. Bestemmelsens formål er å beskytte arbeidstaker mot prosesser under sykefraværet, og dette formål vil ikke kunne gjennomføres dersom arbeidstaker for sikkerhets skyld må gå til søksmål innen de alminnelige frister som gjelder for søksmål om oppsigelses rettmessighet. Imidlertid vil den strenge bevisbyrderegelen i aml. § 15-8 annet ledd gjøre de uheldige utslagene mindre fremtredende.

En annen problemstilling gjelder utgangspunktet for søksmålsfristen der arbeidstaker er sykmeldt på oppsigelsestidspunktet, men seinere blir friskmeldt. Dette var tilfelle i saken som var oppe i Frostating lagmannsretts kjennelse av 16. november 1993.¹⁹⁴⁹ Spørsmålet var om søksmålsfristene da begynte å løpe fra den seinere friskmeldingen, eller om den opprinnelige fristen (seks måneder eller ett år etter at arbeidsuførheten inntrådte) stadig gjaldt. Lagmannsrettens flertall kom til at den siste løsning var den riktige, og viste bl.a. til ordlyden i aml. 1977 § 64 nr. 4 sammenholdt med nr. 1. ”12-månedersfristen er etter flertallets mening absolutt. Oppsigelsesvernet blir ikke dårligere ved at arbeidstaker blir frisk før det er gått tolv måneder, og vernet blir heller ikke bedre om arbeidstaker etter slik friskmelding igjen får tilbakefall og sykmeldes.” Lagmannsrettens mindretall er uenig med denne tolkning og viser til reelle hensyn, særlig formålet med regelen: De reelle hensyn og den erklærte hensikt med oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven § 64 nr 1, er ikke lenger til stede etter friskmelding. Med utgangspunkt i det legislative grunnlag, er det følgelig naturlig å forstå § 64 nr 1 slik at friskmelding avbryter oppsigelsesvernet.” Begge standpunkt synes vel begrunnet. Under en viss tvil ville jeg gått inn for mindretallets standpunkt, ettersom regelens hensikt er å beskytte arbeidstaker mot å skulle gå til søksmål under sykefraværet.

For søksmål etter diskrimineringskapitlet gjelder ikke spesielle søksmålsfrister. I forhold til krav om erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap etter aml. § 13-9, må derfor foreldelseslovens alminnelige tre års foreldelsesfrist være avgjørende, foreldelsesloven § 9 nr. 1.¹⁹⁵⁰

¹⁹⁴⁷ Kjæremålsutvalget fant at lagmannsretten ikke hadde tolket aml. 1977 § 64 nr. 4 uriktig når den hadde funnet at ”den kjærende part ikke pretenderer å ha vært sykemeldt og at hun derfor ikke kommer inn under den særlige søksmålsfristregelen i arbeidsmiljøloven § 64 nr 4 jf nr 1.” Se også Rt. 1995 s. 2018 hvor kjæremålsutvalget uttaler at det må skje en prøving av om de momenter som påberopes, er av en slik karakter at de kan begrunne saksøkerens krav.

¹⁹⁴⁸ Min kursiv. Se også Dege 1997 bind II s. 345.

¹⁹⁴⁹ LF-1993-00475. Saken er en utløper av Rt. 1993 s. 1111.

¹⁹⁵⁰ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 278-279.

6.5. Bevissspørsmål.

Som vist ovenfor under kap. VII kan en oppsigelse eller avskjed som rammer en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, være begrunnet på ulike måter: Den kan være begrunnet i virksomhetens forhold, men slik at det ved valget mellom arbeidstakerne åpent eller skjult er lagt vekt på forhold som har sammenheng med en arbeidstakers helsetilstand eller funksjonsnedsettelse. Den kan være begrunnet i arbeidstakers forhold, fordi arbeidsgiver mener at helsetilstanden eller funksjonsnedsettelsen hadde betydning for arbeidsinnsatsen. Endelig kan en oppsigelse eller avskjed også være begrunnet med mislighold av opplysningsplikt ved ansettelse eller brudd på plikter under arbeidsforholdet.

Med hensyn til bevis, gjelder tre ulike utgangspunkter:

Dersom oppsigelse skjer under sykefravær i verneperioden etter § 15-8 første ledd, ”anses [den] å ha sin grunn i sykefraværet dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig”, aml. § 15-8 annet ledd.

Dersom oppsigelse eller avskjed hevdes å være i strid med diskrimineringsforbudene i aml. § 13-1, vil bevisbyrden være delt etter aml. § 13-8. Dersom arbeidstaker ”fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelse i dette kapittel, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering eller gjengjeldelse.”

Dersom arbeidstaker påberoper seg det alminnelige kravet til saklig grunn i aml. § 15-7 første og annet ledd, eller at det ikke foreligger vesentlig mislighold som grunnlag for avskjed etter aml. § 15-14 første ledd, er det i utgangspunktet alminnelige sivilprosessuelle bevisregler som gjelder. Det forhold at oppsigelse og avskjed krever et særlig grunnlag, samt at arbeidsgiver er nærmest til å sikre bevis, tilsier likevel at arbeidsgiver har et betydelig ansvar for bevisføringen.

I forhold til særvernet etter aml. § 15-8 vil bevistema være om oppsigelsen er begrunnet i sykefraværet. Hvilke årsaker dette omfatter, er tatt opp under pkt. 2.4.1.4 ovenfor. Her er blant annet lagt til grunn at særvernet også omfatter vansker i arbeidet som har sammenheng med den sykdom som førte til fravær.

Arbeidstaker må her påvise at hun oppfyller kravene til vern etter aml. § 15-8 første ledd (verneperiode og fraværets art) og at hun har dokumentert fraværet i samsvar med aml. § 15-8 tredje ledd. Her viser jeg til drøftelsen under pkt. 2.4.1.3 om varsels- og dokumentasjonsplikt som vilkår for særvern.

I Rt. 1986 s. 1429 erklærer Kjæremålsutvalget seg enig med lagmannsretten i at egenerklæring eller sykmelding fra lege ikke utgjør noe endelig bevis for at fravær skyldes sykdom.

Til tross for at arbeidstaker hadde oppfylt formelle krav til dokumentasjon, kom ikke daværende aml. 1977 § 64 til anvendelse. En oppsigelse på det grunnlag at arbeidsgiver mener at sykmeldingen ikke er reell, vil altså forutsetningsvis ikke dekkes av årsakskravet i (nåværende) aml. § 15-8.

Dersom denne tolking legges til grunn, innebærer det en stor risiko for uthuling av vernet i aml. § 15-8. Arbeidsgiver må i hvert fall kunne vise til klare indikasjoner på at sykmeldingen ikke er reell og foreta en forsvarlig undersøkelse av forholdet.

RG 1995 s. 860 Eidsivating gir et eksempel på at arbeidsgiver ikke hadde undersøkt godt nok. En sykmeldt arbeidstaker var oppsagt i verneperioden. Formelt var oppsigelsen begrunnet i virksomhetens forhold. Reelt anså imidlertid bedriften arbeidstaker for å ha "fantegått". Lagmannsrettens flertall bemerker at det er "naturlig å la det særlige oppsigelsesvernet ved sykdom omfatte også oppsigelser som gis på bakgrunn av at arbeidsgiver, uten å ta spørsmålet opp med arbeidstaker, oppfatter sykefraværet som uttrykk for manglende arbeidslyst eller interesse for å beholde arbeidet."

Lagmannsrettens flertalls uttalelse bør etter min mening følges.

Har arbeidstaker dokumentert at hun har vært borte på grunn av sykdom, vil det være opp til arbeidsgiver å påvise at oppsigelsen skyldes andre forhold. Arbeidsgiver vil da måtte påvise forhold som "helt uavhengig av sykefraværet"¹⁹⁵¹ gir saklig grunn til oppsigelse. Oppsigelse under lovlig dokumentert og reelt sykefravær kan rettmessig begrunnes i virksomhetens forhold dersom dette reelt og tilstrekkelig gir saklig grunnlag for oppsigelse (f.eks. der arbeidstaker ville blitt oppsagt uavhengig av sykefraværet). Videre kan slik oppsigelse begrunnes i mislighold, så lenge misligholdet ikke er forårsaket av den sykdom som førte til sykmeldingen. Jeg viser til pkt. 2.4.1.4 om kravet til årsakssammenheng.

Med hensyn til det alminnelige krav til saklig grunn etter aml. § 15-7, tilsier alminnelige bevisprinsipper at det er den som påstår at et rettsfaktum foreligger, her arbeidsgiveren, som må bevise de faktiske forhold som ligger til grunn for det.¹⁹⁵² Også reelle hensyn vil ofte tilsi at det er arbeidsgiveren som må bevise at et visst faktum foreligger, ettersom denne i stor grad vil ha tilgang til bevismidlene. Dette innebærer at arbeidsgiver må påvise at det foreligger forhold som gir saklig grunn til oppsigelse eller vesentlig mislighold som gir grunnlag for avskjed.¹⁹⁵³ Risikoen for tvil vil følge vanlige sivilprosessuelle regler. Herunder vil det kunne legges vekt på hvem som har mest å tape på en uriktig dom. I regelen vil dette være arbeidstaker.¹⁹⁵⁴

Hevder arbeidstaker at en oppsigelse eller avskjed er i strid med aml. § 13-8, vil bevisbyrden som nevnt være delt etter aml. § 13-8. Bestemmelsen gir i seg selv få indikasjoner på hvem som har bevisføringsbyrden i forhold til konkrete arbeidsrettslige beslutninger. Den antas å ha en viss

¹⁹⁵¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76.

¹⁹⁵² Se også NOU 2003: 2 s. 52.

¹⁹⁵³ Slik også Fanebust 2001 s. 311 med nærmere henvisninger

¹⁹⁵⁴ Se Fanebust 2001 s. 309.

betydning for tvilsrisikoen, slik at det konkret skal mindre til for å bevise at en handling er diskriminerende enn det som ville fulgt av alminnelig sivilprosess.¹⁹⁵⁵ Når arbeidsgiver allerede er pålagt et betydelig ansvar for bevisføringen og en del av tvilsrisikoen i en alminnelig sak om avskjed eller oppsigelse, synes det imidlertid ikke å være vesentlige forskjeller enten arbeidstaker hevder at oppsigelsen er diskriminerende eller (bare) usaklig.¹⁹⁵⁶ Jeg velger derfor å drøfte spørsmålet om beviskrav under ett, i forhold til de ulike mulige grunnlag for avskjed eller oppsigelse.

Ved oppsigelse *grunnet arbeidstakers forhold* på grunn av mangelfullt arbeid eller redusert arbeidsevne vil arbeidsgiver være nærmest til å påvise at arbeidet faktisk var mangelfullt. Dessuten vil arbeidsgiver være nærmest til å påvise at han har prøvd å tilrettelegge dersom det mangelfulle arbeidet har sammenheng med sykdom eller funksjonshemming. Her vil arbeidsgivers saksbehandling stå sentralt. Kan arbeidsgiver vise at han har fulgt rutiner for eksempel i forbindelse med oppfølging av sykmeldte,¹⁹⁵⁷ og har han har undersøkt mulighetene for praktisk og økonomisk støtte til tilrettelegging for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse, vil dette kunne tale for at oppsigelsen er saklig og ikke-diskriminerende.

LDN-2008-3 gjaldt ikke oppsigelse, men lønns- og arbeidsvilkår. Den kan likevel være illustrerende for beviskravene etter aml. § 13-8. Nemnda finner det her ikke bevist at arbeidstaker er blitt diskriminert, og viser blant annet til at "arbeidsgiver har iverksatt tiltak for å hjelpe A i arbeidssituasjonen, med personlig veileder og tilpasning av arbeidsoppgavene. Det har også blitt utarbeidet en særskilt oppfølgingsplan for A. At arbeidsgiver har satt i verk denne typen tiltak taler i mot at funksjonshemming har vært vektlagt negativt."

Ved oppsigelse eller avskjed begrunnet i *mislighold* vil arbeidsgiver selvsagt måtte påvise at arbeidstaker har foretatt den aktuelle handlingen. Hevder arbeidstaker at handlingen er forårsaket av sykdom eller funksjonshemming, vil det i utgangspunktet være opp til henne selv å påvise det. Imidlertid vil arbeidsgiver ha en viss undersøkelsesplikt i forhold til vansker hos arbeidstakerne som kan ha sammenheng med sykdom eller funksjonsnedsettelse, se nærmere ovenfor under pkt. 2.5.2. Dersom det forelå spesielle forhold som kunne tyde på at vanskene hadde sammenheng med en sykdom eller funksjonsnedsettelse, må arbeidsgiver vise at han har iverksatt nødvendige tiltak for å undersøke dette.¹⁹⁵⁸

Ved oppsigelse *på grunn av virksomhetens forhold* vil arbeidsgiver måtte vise til at han har anvendt saklige og ikke-diskriminerende kriterier for valget mellom arbeidstakere, se aml. § 15-7 og for sitt område også aml. § 15-2 tredje ledd bokstav g. Dersom det er foretatt avvik fra generelle kriterier, for eksempel slik at ansienniteten er fraveket som følge av nedsatt arbeidsevne eller utsikt

¹⁹⁵⁵

Se drøftelsen under kap. IV pkt. 4.5.

¹⁹⁵⁶

Slik også Vigerust 1998 s. 375.

¹⁹⁵⁷

Se også Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 10 om oppfølgingsplan som bevis i en oppsigelsessak.

¹⁹⁵⁸

Se LDN-2007-21 Flyplassarbeider med AD/HD.

til sykefravær, må arbeidsgiver vise at det er saklig begrunnet å fravike ansienniteten. Arbeidsgiver må altså sannsynliggjøre at det må forventes en lavere produktivitet, et høyere sykefravær, samt at arbeidsgiver har gjort det som er mulig for å tilrettelegge.

6.6. Rettsmidler/Sanksjoner.

6.6.1. Straffansvar?

Oppsigelses- og avskjedssaker er direkte unntatt fra straffehjemmelen i aml. § 19-1, jfr. § 19-1 fjerde ledd. En oppsigelse eller avskjed som er i strid med aml. kap. 13 vil derimot i prinsippet være straffbar etter aml. § 19-1.¹⁹⁵⁹ Imidlertid er det forutsatt i forarbeidene til kap. 13 at det i første rekke vil være aktuelt med sivilrettslige sanksjoner.¹⁹⁶⁰ Straffansvar synes heller ikke å være nødvendig for en effektiv sanksjonering av diskrimineringsforbud ved oppsigelse og avskjed.

6.6.2. Ugyldighet, stillingen tilbake.

Utgangspunktet etter gjeldende norsk rett er at en usaklig oppsigelse eller en uhjemlet avskjed skal kjennes ugyldig, aml. § 15-12 første ledd første pkt. og aml. § 15-14 tredje ledd første pkt. Dette innebærer at arbeidstaker skal gjeninntre i stillingen, eventuelt fortsette dersom hun har stått i stillingen under sakens gang.

Ifølge § 15-12 første ledd annet punktum kan retten likevel i ”særlige tilfeller”, etter påstand fra arbeidsgiveren, bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre ”dersom den etter avveining av partenes interesser finner at det vil være åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter.” Tilsvarende formulering finnes i aml. § 15-14 tredje ledd annet pkt. Formuleringen ”åpenbart urimelig” stammer fra 1977-loven¹⁹⁶¹ og innebar en innstramning i forhold til Arbeidsrettsrådets forslag.¹⁹⁶² En ville markere ”at fratreden bare skal skje unntaksvis (i særlige tilfelle)”. Det understrekes videre at også arbeidstakerens interesser må hensyntas ved denne vurderingen. Det fremgår av videre av forarbeidene til 1977-loven at en ønsket å endre praksis etter arbeidervernloven av 1956, der domstolene hadde vært for tilbakeholdne med å gi dom for gjeninntredelse.¹⁹⁶³

Legger arbeidsgiver ned påstand om at arbeidsforholdet må opphøre, skal det altså foretas en avveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser, med sterk vekt på de siste. Et spørsmål

¹⁹⁵⁹ Se også Jakhelln 2006 s. 202.

¹⁹⁶⁰ NOU 2003: 2 s. 55.

¹⁹⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 337 og 338.

¹⁹⁶² Se Arbeidsrettsrådets utkast til § 43 pkt. 11, gjengitt i vedlegg II til Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 16.

¹⁹⁶³ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 24 og 2. Kommunal- og miljøvernkomiteén tilslutter seg departementets synspunkter i Innst. O. nr. 90 (1976-77) s. 11. Se også Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 75 og s. 78.

vil da være hvordan denne interesseavveiningen konkret slår ut for arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Et moment som har vært tillagt vekt i rettspraksis som grunnlag for opphør er at arbeidstaker har tapt tilknytning til arbeidsplassen som følge av langvarig fravær.¹⁹⁶⁴ Langvarig fravær kan også føre til at arbeidstakers kvalifikasjoner for arbeidet er blitt dårligere. Arbeidsgiver kan på sin side ha innrettet seg på at arbeidsforholdet er opphørt, f.eks. ved å ansette en annen i stillingen. Videre kan arbeidsgiver under arbeidstakers fravær av andre grunner ha besluttet en omstrukturering av virksomheten, som innebærer at arbeidstakers stilling ikke lenger eksisterer.

Momentet vil variere i vekt i forhold til hva som er årsaken til arbeidstakers fravær. Er det arbeidsgivers rettsstridige handlemåte som er årsak til at arbeidstaker ikke har vært på arbeidsplassen, kan tidsmomentet neppe tillegges vekt, jfr. Rt. 1988 s. 959 Henki-saken:

En barkeeper hadde fått avskjed da han fortalte arbeidsgiver at han var blitt HIV-smittet. På tidspunktet for lagmannsrettens avgjørelse hadde han vært ute av stillingen i vel to år, og på tidspunktet for Høyesteretts avgjørelse knapt tre år. Lagmannsrettens flertall fant at arbeidsforholdet skulle opphøre, og tilla tidsmomentet og den negative utviklingen av hans helsetilstand en viss vekt. Høyesterett uttaler imidlertid at "[n]år utgangspunktet er at A med urette er fjernet fra stillingen, gjør det seg (...) gjeldende sterke motforestillinger mot å legge noen vesentlig vekt på selve tidsforløpet frem til saken får sin endelige rettslige avgjørelse. Det samme gjelder for de endringer i den faktiske situasjon som i dette tilfelle står i sammenheng med tidsforløpet." Etter dette fikk arbeidstaker dom for ugyldighet.

Derimot bør det i utgangspunktet være legitimt å ta hensyn til tap av tilknytning til arbeidsplassen som følge av langvarig sykefravær, se her til illustrasjon NAD 1988 s. 739 Bodø.¹⁹⁶⁵

Muligheten for at arbeidstaker faktisk skal komme tilbake på arbeidsplassen har vært vektlagt i underrettspraksis. I ovennevnte NAD 1988 s. 739 Bodø la retten en viss vekt på at det var usikkert når arbeidstakeren ville bli arbeidsfør igjen. I LE-2003-569 la lagmannsrettens flertall vekt på at arbeidstaker hadde vært sykmeldt siden oppsigelsestidens opphør og fortsatt var det. I Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, ble imidlertid ikke dette momentet tillagt vekt av Høyesterett. Arbeidsgiver hadde anført mot ugyldighet at arbeidstakers arbeidsforhold, som følge av utviklet AIDS, uansett måtte forventes å bli kortvarig. Dette ble ikke ansett avgjørende av Høyesterett.¹⁹⁶⁶

Selv om det i utgangspunktet kan tillegges vekt om en sykmeldt arbeidstaker kan forventes å bli i stand til å fylle stillingen, må en her også ta hensyn til arbeidsgivers plikter etter aml. § 4-6 og § 13-5.

¹⁹⁶⁴ Se nærmere om tidsmomentet Fanebust 2001 s. 351.

¹⁹⁶⁵ En selger/montør var blitt oppsagt i prøvetiden. Oppsigelsen skjedde under sykefravær, som skyldtes en ryggskade. Retten fant oppsigelsen ugyldig, men avsa dom om at arbeidsforholdet skulle opphøre. Retten la bl.a. vekt på den "meget langvarige sykeperiode". Det ble vist til at arbeidstaker fortsatt var sykmeldt, og at det ikke var mulig å si noe om når han eventuelt kunne bli arbeidsfør igjen.

¹⁹⁶⁶ Høyesterett legger, i samsvar med legeuttalelse, til grunn at arbeidstaker var arbeidsfør. Han døde knappe tre måneder etter dommen.

I LARD 1980 s. 48 Hamar (hjelpegutt med fysisk handicap) viser retten til arbeidsgivers plikt til tilrettelegging som et argument mot opphør. I LARD 1979 s. 64 Kristiansand finner retten at bedriften burde ha tilbudt arbeid for en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse til tross for at hans stillingsgruppe var falt bort. Løsningen må også være forutsatt i saker hvor retten har ansett en oppsigelse usaklig som følge av manglende tilrettelegging etter aml. 1977 § 13 nr. 2, og kjent oppsigelsen ugyldig selv om behovet for tilrettelegging stadig var til stede.¹⁹⁶⁷

Har arbeidstaker vært lenge borte fra arbeidet, kan det som nevnt i mellomtiden være foretatt endringer i stillingen eller på arbeidsplassen. Dette kan være et argument for at det vil være åpenbart urimelig at oppsigelsen kjennes ugyldig.

I NAD 1988 s. 739 Bodø la retten en viss vekt på at den avdeling hvor arbeidstaker hadde arbeidet var nedlagt under arbeidstakers "meget lange" sykdomsperiode. Dette momentet vil imidlertid ikke alltid slå gjennom. I NAD 1986 s. 578 Lofoten (brannmester) valgte kommunen å slå sammen arbeidstakers stilling med en annen og besette den nye stillingen i hans fravær. Kommunen fikk likevel ikke medhold i at arbeidsforholdet skulle opphøre. I LARD 1979 s. 64 Kristiansand var som nevnt arbeidstakers stillingsgruppe falt bort, uten at dette ble tillagt avgjørende betydning for spørsmålet om opphør.

Arbeidstakers interesse i ugyldighet vil også være relevant som argument mot opphør. Helseproblemer eller funksjonsnedsettelser kan gjøre det vanskelig å få nytt arbeid. Dette er tillagt vekt som argument for ugyldighet i en del avgjørelser.

I LE-2003-569 ble det lagt vekt på at arbeidstaker "er i en alder som generelt gjør det vanskelig å få nytt arbeid. Dette må antas å forsterkes ved de helseproblemene han har hatt." NAD 1981-83 s. 188 Tønsberg gjaldt oppsigelse av selger på grunnlag av svake salgresultater. Retten stilte spørsmål om det var tatt tilbørlig hensyn til at arbeidstaker i en lengre periode var 50 % sykmeldt, og fant under tvil at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet. Imidlertid fikk arbeidsgiver medhold i at arbeidsforholdet skulle opphøre, selv om det forelå relativt sterke rimelighets-hensyn også på arbeidstakerside. Det ble vist til arbeidstakers relativt korte ansettelsestid (ett år) samt at han etter bedriftens mening ikke holdt mål. Avgjørelsen kan synes å stille små krav til vilkåret "åpenbart urimelig".

Dersom arbeidsgiver ikke skulle respektere en ugyldighetsavgjørelse, kan avgjørelsen ikke tvangsfullbyrdes, kfr. tvangsl. § 13-14 tredje ledd. Tvangsmulkt kan ikke anvendes for å tvinge noen til motta en som er ansatt i tjeneste.¹⁹⁶⁸ Arbeidstilsynet har ikke påleggskompetanse i oppsigelsessaker, kfr. aml. § 18-6 første ledd, og kan heller ikke ilegge tvangsmulkt etter aml. § 18-7. Heller ikke Diskrimineringsnemnda har i utgangspunktet påleggskompetanse i forhold til en

¹⁹⁶⁷ I RG 1995 s. 860 Eidsivating fant lagmannsrettens flertall at arbeidsgiver burde tilrettelagt og at dette også innebar at oppsigelsen burde kjennes ugyldig. Det samme ble lagt til grunn i NAD 1987 s. 654 Hålogaland, kommuneansatt med psykiske vansker. Heller ikke i NAD 1987 s. 1082 Holt, hjelpemann på delerlager, skade i hånden, fikk arbeidsgiver medhold i at arbeidsforholdet skulle opphøre. Retten fant ut fra en konkret avveining at arbeidstakers interesse i ugyldighet var mer tungtveiende enn arbeidsgivers interesse i at arbeidsforholdet skulle opphøre.

¹⁹⁶⁸ I Rt. 1989 s. 361 la Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at den tilsvarende unntaksregelen etter den tidligere tvangsfullbyrdsloven kom til anvendelse for krav om gjeninntredelse, enten dette var grunnet på tidl. aml. 1977 § 61 nr. 4 eller på midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdsloven. Publisert praksis etter ny tvangsfullbyrdslov foreligger ikke. Unntaket var foreslått strøket som overflødig i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 70. Bestemmelsen ble likevel gjeninntatt i Innst. O. nr.72 (1991-1992), se merknad s. 37. Begrunnelsen for å beholde det eksplisitte unntaket synes bare knyttet til arbeidstakers interesse i å unngå tvangsmulkt for arbeidsnekt.

konkret diskriminerende oppsigelse, sml. Idol. § 7 annet ledd,¹⁹⁶⁹ og Nemnda vil da heller ikke ha adgang til å ilegge tvangsmulkt etter Idol. § 8.

I Marshall II-dommen fra 1991 legger EF-domstolen til grunn at effektiv sanksjonering av likebehandlingsdirektivets vern mot kjønnsdiskriminerende oppsigelser enten krever gjeninnsettelse eller erstatning for det økonomiske tapet.¹⁹⁷⁰ Tilsvarende vilkår må stilles etter sysselsettingsdirektivet, se dettes art. 17. Den norske adgangen til gjeninnsettelse vil neppe i seg selv være tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav, ettersom den ikke kan tvangsgjennomføres. Spørsmålet må imidlertid avgjøres på bakgrunn av det samlede sanksjonssystem. Her må en ta hensyn til adgangen til å kreve erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap, se nedenfor.

6.6.3. Erstatning.

6.6.3.1 Innledning.

En oppsigelse eller avskjed som er diskriminerende eller usaklig kan utløse krav om økonomisk kompensasjon for det økonomiske tapet som er lidd og for den krenkelsen arbeidsgivers handling har innebåret for arbeidstaker. Her foreligger flere ulike hjemler for økonomisk kompensasjon. Arbeidstaker kan hevde at en oppsigelse eller avskjed er usaklig, og kreve erstatning og/eller oppreisning på grunnlag av dette, se aml. § 15-12 annet ledd og aml. § 15-14 fjerde ledd. Eventuelt, eller i tillegg, kan hun påberope seg at oppsigelsen eller avskjeden er diskriminerende, og kreve oppreisning og/eller erstatning etter aml. § 13-9 første og annet ledd, jfr. § 13-2 første ledd bokstav d.

De alminnelige hjemlene for erstatning ved urettmessig opphør gir krav på oppreisning og erstatning for økonomisk tap på objektivt grunnlag, uten at det settes noe tak på hvilken sum som kan utmåles. De særskilte hjemlene for oppreisning og erstatning i diskrimineringsstilfellene synes derfor å ha begrenset betydning ved opphør av arbeidsforhold.

Arbeidstaker kan likevel ha interesse av å påberope seg at en oppsigelse mv. er diskriminerende dersom arbeidstaker av ulike grunner ikke kan eller ikke vil kreve erstatning og oppreisning etter de alminnelige hjemlene for opphør. Som vist ovenfor under pkt. 6.4 gjelder særlig korte søksmålsfrister i saker om oppsigelse mv., aml. § 17-4. Er disse frister utløpt, kan erstatning og oppreisning etter aml. § 13-9 være eneste alternativ. Hvor det ikke foreligger noen formell eller reell oppsigelse fra arbeidsgivers side, men arbeidsforholdet er opphørt som følge av manglende

¹⁹⁶⁹ Se også Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 70, hvor Barne- og familiedepartementet legger til grunn at "pålegg primært vil være aktuelt å ilegge når det diskriminerende forholdet vedvarer, og ikke når det dreier seg om enkeltstående avsluttede tilfeller av diskriminering".

¹⁹⁷⁰ Sak C-271/91 Marshall II, avsnitt 25.

tilrettelegging, vil aml. § 15-12 neppe få anvendelse, sml. Rt. 1997 s. 1506 Stryn Apotek. Også her kan arbeidstaker med funksjonsnedsettelse ha interesse i å påberope seg aml. § 13-9 som grunnlag for økonomisk kompensasjon.

Arbeidstaker kan videre ha interesse i å påberope seg aml. § 13-9 dersom dette kan ha betydning for utmålingen av den økonomiske kompensasjonen. Nedenfor under pkt. 6.6.3.2 og 6.6.3.3 tas opp om så er tilfelle ved erstatning for økonomisk tap og ved oppreisning for ikke-økonomisk tap.

6.6.3.2. Erstatning for økonomisk tap.

En uhjemlet oppsigelse eller avskjed vil utløse krav om erstatning etter aml. § 15-12 annet ledd eller aml. § 15-14 fjerde ledd. Arbeidstaker kan få erstatning for økonomisk tap på det grunnlag at oppsigelsen/avskjeden var urettmessig, uten at det kreves at arbeidsgiver har utvist skyld. Ifølge aml. § 13-9 annet ledd kan en arbeidstaker som er blitt diskriminert mot i strid med aml. § 13, kreve erstatning for økonomisk tap etter ”alminnelige regler”, aml. § 13-9 annet ledd. I forarbeidene til aml. § 13-9 uttales generelt at dette betyr at det stilles krav om uaktsomhet.¹⁹⁷¹

Ved oppsigelse i arbeidsforhold er utgangspunktet etter aml. § 15-12 annet ledd annet pkt. at ”[e]rstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.” Aml. § 15-14 fjerde ledd annet pkt. gir bestemmelsen tilsvarende anvendelse ved avskjed. Tross ordlyden er det forutsatt at utgangspunktet er at det skal ilegges erstatning for det fulle økonomiske tapet arbeidstaker har lidd.¹⁹⁷² Bestemmelsen inneholder heller ingen maksimumsgrense for den erstatning som domstolene kan utmåle. Imidlertid er det forutsatt at det ved utmålingen skal tas hensyn til faktorer som mulighet for å skaffe seg nytt arbeid.¹⁹⁷³ Erstatningen vil derfor ikke nødvendigvis tilsvare det fulle økonomiske tapet arbeidstaker har lidd som følge av oppsigelsen eller avskjeden.¹⁹⁷⁴

Aml. § 13-9 annet ledd henviser som nevnt til ”alminnelige regler” når det gjelder erstatning for økonomisk tap, blant annet i opphørstilfellene. EF-domstolen har i saker som gjelder kjønnsdiskriminering lagt til grunn at en effektiv sanksjonering ved skadeserstatning forutsetter at det ytes full erstatning for det lidte tap. Dette kommer bl.a. til uttrykk i Marshall II-dommen, som krever at økonomisk erstatning skal være ”tilstrækkelig i den forstand, at den skal genoprette det

¹⁹⁷¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 239.

¹⁹⁷² Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 337. Utgangspunktet er stadfestet i Rt. 2005 s. 518 avsnitt 69.

¹⁹⁷³ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

¹⁹⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75-76 og Fanebust 2001 s. 363.

tab, der reelt er påført som følge af en afskedigelse, som er udtryk for forskelsbehandling”.¹⁹⁷⁵ Det kan derfor ikke settes noe tak for erstatningen, heller ikke ved at det fastsettes at arbeidstaker ikke skal ha rett til renter.¹⁹⁷⁶ Denne standarden vil også få betydning ved tolkingen av aml. § 13-9 annet ledd. Marshall II-dommen tar imidlertid ikke direkte stilling til i hvilken utstrekning det vil være legitimt konkret å legge vekt på utmålingsfaktorer som påregnelighet og skadelidtes tapsbegrensningsplikt.

Så vel etter aml. § 15-12 annet ledd som etter aml. § 13-9 annet ledd vil en måtte ta utgangspunkt i det faktiske økonomiske tapet som er lidd som følge av den urettmessige oppsigelse eller avskjed.

Hva som utgjør det faktiske økonomiske tapet ved en oppsigelse eller avskjed som er urettmessig, vil være avhengig av om arbeidstaker har fortsatt i stillingen frem til domstidspunktet samt om hun krever og får medhold i at oppsigelsen eller avskjeden skal kjennes ugyldig. Har arbeidstaker fortsatt i stillingen, vil hun ofte ikke ha lidd noe økonomisk tap frem til domstidspunktet. Dersom hun får medhold i at oppsigelsen eller avskjeden skal kjennes ugyldig, vil det i regelen heller ikke oppstå noe fremtidig økonomisk tap. Har arbeidstaker ikke krevd eller ikke fått fortsette i stillingen har en i praksis tatt utgangspunkt i faktisk lønnstap i stillingen frem til domstidspunktet.¹⁹⁷⁷ Utgangspunktet er videre at det ikke skal gjøres fradrag for andre inntekter. Dette kan likevel gjøres der arbeidstaker har skaffet seg annet arbeid før domstidspunktet.¹⁹⁷⁸ Får arbeidstaker medhold i at oppsigelsen eller avskjeden skal kjennes ugyldig, vil hun ikke ha noe fremtidig lønnstap. Får arbeidstaker ikke medhold i ugyldighet, kan det bli spørsmål om å utmåle erstatning også for fremtidig tap.¹⁹⁷⁹

Har arbeidstaker fortsatt i stillingen etter aml. § 15-11, men vært sykmeldt eller hatt andre trygdeytelser på grunnlag av arbeidsuførhet, oppstår spørsmålet om hun kan kreve erstatning for økonomisk tap for disse periodene. Har arbeidstaker rett til lønn under sykdom, vil hun i regelen ikke lide noe økonomisk tap under sykmeldingen. Har arbeidstaker ikke rett til lønn under sykdom, vil det foreligge to mulige måter å beregne det økonomiske tapet på: For det første kan en se det slik at arbeidstaker, i perioder hvor hun er arbeidsufør, ikke har stilt seg til disposisjon for arbeidsgiver. Det vil da heller ikke oppstå noe erstatningsberettiget tap i disse periodene. Den annen mulige

¹⁹⁷⁵ Sak C-271/91 Marshall II, premiss 26.

¹⁹⁷⁶ Sak C-271/91 Marshall II, premiss 30-32.

¹⁹⁷⁷ Se Fanebust 2001 s. 363 og 367.

¹⁹⁷⁸ Se Rt. 2005 s. 518 Pornonedlastingsdommen, premiss 69-70, med videre henvisning til Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 78. Her uttales at "[d]et bør ikke gjøres fradrag for slike inntekter med mindre arbeidstakeren er forholdsvis lenge ute av stillingen". Uttalelsen gjelder direkte avskjed, hvor arbeidstaker som utgangspunkt ikke har rett til å fortsette i stillingen, men vil også ha betydning i en oppsigelsessituasjon, hvor arbeidstaker ikke har krevd eller fått fortsette i stillingen.

¹⁹⁷⁹ Fanebust 2001 s. 367.

betraktningens måte vil være at folketrygdens ytelser under sykdom begrenser det økonomiske tap arbeidstaker lider pga. den usaklige oppsigelsen, og derfor skal trekkes fra i inntektstapet.

I NAD 1987 s. 1055 Hammerfest og i NAD 1986 s. 281 Trondheim ble det gitt erstatning for tapt lønn i henholdsvis 7 ½ og 8 måneder med fradrag for utbetalte sykepenger.¹⁹⁸⁰ Dette synes også å være Fanebusts løsning, uten at denne synes å problematisere skillet mellom fradrag for trygdeytelser og det forhold at det ikke eksisterer noe erstatningsberettiget tap.¹⁹⁸¹ Den korrekte innfallsvinkel må imidlertid være at arbeidstaker ikke lider noe erstatningsrettslig vernet tap for tidsrom der hun er sykmeldt. Resonnementet formuleres klart i NAD 1987 s. 1061 Asker og Bærum, der herredsretten uttaler: ”Retten må videre gå ut fra at saksøkerne ikke ville fått mer i sykepenger om de ikke var blitt oppsagt av [arbeidsgiver], og at de følgelig ikke har tapt noe på oppsigelsen i de perioder da de fikk sykepenger.” Retten beregner derfor bare lønnstapet i den perioden da saksøkerne ikke fikk sykepenger.¹⁹⁸²

Imidlertid kan en arbeidstaker ha blitt sykmeldt i en kortere eller lengre periode *som følge av* oppsigelsen. Spørsmålet blir da om slike sykmeldingsperioder skal behandles på samme måte som andre sykmeldingsperioder, om det skal gis full erstatning for inntektstapet, eller om det skal gis erstatning for inntektstapet med fradrag av folketrygdens ytelser under sykdom. Det kan være vanskelig å avgjøre om sykmelding er forårsaket av den usaklige oppsigelsen, noe som taler for å behandle alle sykdomsperioder likt. På den annen side bygger aml. § 15-12 på at alt påregnelig tap som følge av den usaklige oppsigelsen i prinsippet skal være gjenstand for erstatning. Folketrygdens ytelser under sykdom gis uten hensyn til årsaken til sykdommen, og folketrygden har ikke regresskrav mot skadevolder, sml. skl. § 3-7 nr. 1 første punktum. Dette kan tale for at slike ytelser bør gå til fradrag i det erstatningsbetingende tapet. I praksis har en i slike tilfeller tilkjent erstatning for inntektstapet med fradrag for utbetalte sykepenger eller andre trygdeytelser under sykdom. I LF-1998-00291 Frostating fant retten at en sykdomsperiode på 8 måneder var forårsaket av den usaklige oppsigelsen, og tilkjente arbeidstaker erstatning som utgjorde differansen mellom lønnen i stillingen og utbetalte sykepenger. Også i RG 1990 s. 1255 Eidsivating ble oppsigelsen sett som årsak til sykmeldingen av de to usaklig oppsagte arbeidstakerne, og disse fikk erstatning tilsvarende differansen mellom lønnen i stillingen og utbetalte sykepenger/attføringsytelser.¹⁹⁸³ Dette synes også å være den korrekte fremgangsmåte.

Det som skal erstattes etter aml. § 15-12 annet ledd, er det tap som er lidd ved den *usaklige* oppsigelsen. En må altså finne frem til differansen mellom den økonomiske stilling arbeidstaker hadde vært i om hun var blitt rettmessig behandlet og den økonomiske stilling hun faktisk er i.

¹⁹⁸⁰ Tilsvarende NAD 1987 s. 1055 Hammerfest: Erstatning ble beregnet som lønnstap i 7 ½ måned, med fradrag av utbetalte sykepenger.

¹⁹⁸¹ Fanebust 2001 s. 366-367.

¹⁹⁸² I NAD 1986 s. 756 Sarpsborg uttales bare at arbeidstaker ikke har lidd noe økonomisk tap, da hun har oppebåret sykepenger og barselspenger fra oppsigelsesfristens oppløp. I NAD 1987 s. 541 Sør-Gudbrandsdal var det enighet mellom partene om at arbeidstaker ikke hadde lidd noe økonomisk tap før et visst tidspunkt, ettersom hun mottok sykepenger.

¹⁹⁸³ I begge disse tilfellene var det riktignok godtatt av arbeidstakerne at sykepenger/attføringsytelser ble trukket fra.

Tilsvarende må gjelde etter aml. § 13-9 annet ledd; det er tapet som er lidd ved den *diskriminerende* handlingen som er erstatningsberettiget.

Hvis en oppsigelse av en arbeidstaker med helseproblemer anses usaklig fordi arbeidstaker burde vært omplassert eller tilbudt annen stilling i virksomheten, vil lønnen i den stillingen arbeidstaker burde vært tilbudt danne grunnlaget for erstatningsutmålingen. F.eks. la lagmannsretten i RG 1993 s. 1007 Agder til grunn at arbeidstaker burde vært tilbudt en deltidsstilling som alternativ til oppsigelse, og fastsatte erstatningen ut fra dette. I RG 1993 s. 665 Lofoten ble en oppsigelse av en yrkeshemmet arbeidstaker ansett usaklig, fordi vedkommende burde vært tilbudt annet arbeid i virksomheten. Erstatningen ble basert på lønnen i den stillingen som arbeidstaker burde vært omplassert til.¹⁹⁸⁴ Samme prinsipp må kunne legges til grunn etter aml. § 13-9 annet ledd. Hvor oppsigelsen av en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse er usaklig fordi arbeidsgiver burde ha tilrettelagt, er det det pliktige tilretteleggingstiltaket som danner utgangspunkt for erstatningsutmålingen. Plikten til tilrettelegging etter aml. § 13-5 har likevel til formål å skape likebehandling, ikke bare å beholde ”passende arbeid”. Dette tilsier at en bør være mer tilbakeholden med å godta omplassering til dårligere lønnet stilling som utgangspunkt for erstatningsberegningen. Her kan det altså bli forskjell i erstatningsutmålingen ettersom arbeidstaker påberoper seg aml. § 15-12 annet ledd eller aml. § 13-9 annet ledd.

Videre kan erstatningen begrenses i tid fordi en legger til grunn at arbeidsforholdet kunne vært lovlig avsluttet på et seinere tidspunkt. Er arbeidstaker blitt varig ufør før domstidspunktet, vil retten kunne begrense erstatningen for det økonomiske tapet til tapt lønn så lenge arbeidstaker var arbeidsfør.

Er oppsigelsen usaklig fordi arbeidstaker er oppsagt i verneperioden etter aml. § 15-8, kan det likevel ikke umiddelbart legges til grunn for erstatningsberegningen at en oppsigelse ved vernetidens opphør ville vært saklig. I slike tilfeller må retten foreta en konkret vurdering av om arbeidsgiver har oppfylt sine plikter til tilrettelegging etter aml. § 4-6. I Rt. 1986 s. 224 uttaler førstvoterende i Høyesterett med tilslutning av de øvrige dommere at han ikke er enig med ankemotparten i at det ”ved erstatningsberegningen skal legges til grunn at A umiddelbart ville blitt oppsagt dersom hun hadde tatt opp igjen arbeidet fra hun ble friskmeldt (...)”.¹⁹⁸⁵

¹⁹⁸⁴ Merk likevel at det ofte vil være tariffavtalt at arbeidstakere som blir omplassert pga. yrkeshemmingen skal beholde sin lønn som personlig ordning, se f.eks. Hovedtariffavtale KS 2008-2010 pkt. 3.4.1 og Hovedtariffavtalen i staten 2008-2010, Fellesbestemmelsene § 10 nr. 4. I slike tilfeller kan en ikke umiddelbart basere erstatningsberegningen på den lavere lønte stillingen.

¹⁹⁸⁵ I NAD 1981-83 s. 168 Eidsivating ble det bare gitt erstatning for lønnstap inntil verneperioden etter aml. 1977 § 64 (ett år) og oppsigelsestiden på tre måneder var utløpt. Samme prinsipp synes byretten å ha bygd på i NAD 1981-83 s. 114 Sarpsborg. Disse avgjørelser bør etter min mening ikke følges i den grad de automatisk forutsetter at erstatningen kan avkortes.

Aml. § 15-12 annet ledd gir også hjemmel for å idømme erstatning for fremtidig inntektstap. I rettspraksis synes det likevel i liten grad å ha vært utmålt erstatning for fremtidig tap over en lengre tidsperiode. Det forventes at arbeidstaker skal kunne skaffe seg arbeid innen rimelig tid. I forhold til arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse vil likevel en usaklig oppsigelse kunne forårsake inntektstap av mer varig karakter. Denne gruppen vil ofte ha vansker med å skaffe nytt arbeid. Etter forarbeidene skal arbeidstakers mulighet for å få nytt arbeid tas hensyn til ved utmålingen.¹⁹⁸⁶

På samme måte som for erstatning utenfor kontraktsforhold må utgangspunktet her være at skadevolder må ta skadelidte som hun er: At den usaklige oppsigelsen på grunn av arbeidstakerens helseproblemer eller funksjonsnedsettelse fikk større konsekvenser enn normalt, bør i utgangspunktet være arbeidsgiverens risiko. Det kan imidlertid bli spørsmål om oppsigelsen er uvesentlig som årsaksfaktor og/eller om skaden er upåregnelig i forhold til det ansvarsbetingende forhold.

Det er vanskelig å utlede noen klar tendens av den underrettspraksis som foreligger, men det synes i liten utstrekning å ha blitt utmålt erstatning basert på at oppsigelsen vil føre til et langvarig økonomisk tap i fremtiden.

I RG 1993 s. 1007 Agder uttaler lagmannsretten at den ”ved erstatningsutmålingen har tatt et visst hensyn til (...) hennes helsemessige situasjon.” Erstatning for tap i fremtidig erverv blir likevel begrenset til ett års lønn i deltidsstilling. NAD 1987 s. 608 Eidsivating gjaldt oppsigelse av en yrkeshemmet arbeidstaker fra en vernet bedrift. Ved erstatningsutmålingen ble det lagt til grunn at arbeidstakers sysselsettingsmuligheter var svekket som følge av oppsigelsen. Hun fikk erstatning for fremtidig tap tilsvarende ca. 1 ½ års lønn i deltidsstilling. Også i NAD 1981-83 s. 188 Tønsberg utmåles det fremtidige inntektstapet skjønsmessig: Arbeidsforholdet var kortvarig, likevel tatt hensyn til at det kunne gå en viss tid før arbeidstaker fikk et akseptabelt arbeidstilbud. Erstatning for tap i fremtidig inntekt tilsvarte her 3-4 måneders lønn. LH-1993-0359 gjaldt en ansatt som hadde vært under langvarig attføring. Den ansvarsbetingende handlingen var her ikke oppsigelsen, men brudd på bedriftens attføringsreglement. Erstatning ble likevel utmålt etter prinsippene i aml. 1977 § 62 annet ledd annet punktum til om lag en årslønn. I NAD 1986 s. 691 Sarpsborg hadde arbeidstaker gått kontinuerlig sykmeldt fra han ble oppsagt til domstidspunktet. På domstidspunktet var han 61 år gammel og retten tok hensyn til at hans muligheter til å komme i like godt lønnet arbeid var begrensede. Erstatningen for økonomisk tap ble utmålt til ca 125.000 (ca 2/3 årslønn) og synes basert på at arbeidstaker ville kunne skaffe seg visse inntekter frem til pensjonsalder, men ikke så gode som i stillingen han er blitt oppsagt fra.¹⁹⁸⁷

¹⁹⁸⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 75. Ifølge Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 337 videreføres gjeldende rett etter aml. § 62.

¹⁹⁸⁷ I NAD 1981-83 s. 168 Eidsivating hadde arbeidstakeren vært sykmeldt pga. depresjon før han ble oppsagt. Han hevdet at han ville vært friskmeldt tidligere, og dermed fått et mindre inntektstap, dersom det ikke var for den usaklige oppsigelsen. Retten fant imidlertid at arbeidstaker ville ha vært sykmeldt selv om han ikke var blitt (usaklig) oppsagt.

Til sammenlikning hadde den synshemmede lektoren i LE-2006-189239 i utgangspunktet krevd erstatning for fremtidig lønnstap i inntil 19 år, frem til pensjonsalder.¹⁹⁸⁸ Retten fant imidlertid at det ikke forelå diskriminering, og unngikk derfor å ta stilling til erstatningsutmålingen.

Det EF-rettslige prinsippet om effektive sanksjoner og erstatning for det fulle tapet, slik det blant annet er utledet i Marshall II-dommen, tilsier at utmålingen av det økonomiske tapet ved en diskriminerende oppsigelse skjer ut fra mest mulig objektive kriterier. En rettstilstand hvor erstatningsutmålingen fullt ut er basert på rimelighet, vil ikke være i samsvar med EF-retten. Men prinsippet om effektiv sanksjonering kan neppe i seg selv være til hinder for en rettstilstand hvor domstolene har anledning til å ta hensyn til hva som i det enkelte tilfelle kan anses som et påregnelig tap.

6.6.3.3. Oppreisning for ikke-økonomisk tap.

Så vel aml. § 15-12 annet ledd som aml. § 13-9 første ledd gir hjemmel for oppreisning for ikke-økonomisk tap på objektivt grunnlag. Aml. § 15-14 fjerde ledd annet pkt. gir bestemmelsen i aml. § 15-12 annet ledd tilsvarende anvendelse ved avskjed. Det foreligger en del publisert rettspraksis som gjelder oppreisning etter aml. § 15-12 annet ledd og aml. § 15-14 fjerde ledd og bestemmelsenes forgjengere. Publisert rettspraksis som gjelder oppreisning etter aml. § 13-9 første ledd foreligger ikke.

Med hensyn til oppreisningsutmålingen er bestemmelsene relativt parallelle: Ifølge aml. § 15-12 annet ledd annet pkt. skal det (i tillegg til det økonomiske tapet) tas hensyn til ”arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendighetene for øvrig”. Ifølge aml. § 13-9 første ledd annet pkt. skal oppreisningen fastsettes til ”det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig.” Noen nærmere veiledning for utmålingen av det ikke-økonomiske tapet er ikke gitt i forarbeidene til aml. § 15-12.¹⁹⁸⁹ I forarbeidene til aml. § 13-9 uttales at den praksis som foreligger i forhold til utmåling av ikke-økonomisk tap etter aml. 1977 § 62 annet ledd og § 66 nr. 5 ”vil kunne gi en viss veiledning ved utmåling av erstatning etter utkastets bestemmelse”.¹⁹⁹⁰

Det følger av ordlyden i begge bestemmelser at skyldforhold på arbeidsgiverside er av betydning for utmålingen av oppreisningssummen. Hvor arbeidsgiver f.eks. har hatt til hensikt å diskriminere en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse, vil dette være et argument for å utmåle en

¹⁹⁸⁸ Saken gjaldt direkte ansettelse, men prinsippene for utmåling av det økonomiske tapet må være de samme.
¹⁹⁸⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 337.
¹⁹⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329 henviser generelt til Ot.prp. nr. 104 (2002-2003).

høy oppreisningssum. Motsatt er det også lagt til grunn at unnskydelige forhold på arbeidsgivers side skal ha betydning.¹⁹⁹¹

I Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, avskjed av en HIV-smittet barkeeper, utmålte Høyesterett en oppreisning på 20.000 kr. Lagmannsretten hadde her satt oppreisningssummen til 50.000. Førstvoterende i Høyesterett uttaler imidlertid at arbeidsgiveren ”uventet ble stillet overfor en ny og ukjent situasjon uten kjente paralleller i tidligere praksis, og jeg har forståelse for at vurderingen var vanskelig”. Som følge av dette ble oppreisningen redusert.

En avskjed eller oppsigelse på tilsvarende grunnlag ville i dag i tillegg blitt rammet av forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming i aml. kap. 13, og oppreisningshjemmelen i aml. § 13-9 første ledd ville derfor fått anvendelse *i tillegg til* oppreisningshjemmelen ved avskjed og oppsigelse. Problemstillingen med HIV-smitte er ikke ukjent lenger, men vurderingen av om en spesiell funksjonsnedsettelse innvirker på f.eks. sikkerheten på arbeidsplassen, kan stadig være vanskelig. Jeg vil derfor anta at det stadig må være et visst rom for unnskyldning for arbeidsgiver, også i forhold til utmåling av oppreisningssummen. Den økte oppmerksomhet omkring forbudet mot diskriminering pga. funksjonshemming kan imidlertid tilsi at det stilles økte krav til arbeidstakers undersøkelse før han går til oppsigelse av arbeidstaker på grunnlag av vansker som følge av en funksjonsnedsettelse.

Videre vil forhold på arbeidstakers side ha betydning både etter det alminnelige saklighetsvernet og etter diskrimineringsvernet.¹⁹⁹² Arbeidstakers medansvar for de forhold som førte til avskjed eller oppsigelse er blitt ansett som et argument mot erstatning for ikke-økonomisk tap. Her vil det blant annet være av betydning om arbeidstaker har gitt tilstrekkelige opplysninger om helse-tilstanden eller funksjonsnedsettelsen.

I NAD 1986 s. 820 Tromsø var arbeidstaker blitt oppsagt fordi arbeidsgiver mente hans sykefravær ikke var reelt. Oppsigelsen ble underkjent, men arbeidstaker fikk ikke medhold i krav om erstatning for ikke-økonomisk tap. Det måtte være åpenbart for servitøren at hans stadige fravær fra oppsatte vakter førte til problemer for hotellet. Når han så ikke gjorde særlige anstrengelser for å varsle hotellet i tide om sykdomsfraværene, var dette et forhold som talte mot erstatning for ikke-økonomisk tap.

Arbeidstakers medvirkning til de forhold som førte til avskjed eller oppsigelse kan likevel være unnskydelig som følge av sykdom mv., se for eksempel NAD 1986 s. 281 Trondheim.

Det mest sentrale forhold etter den rettspraksis som foreligger, er likevel hvilken personlig belastning arbeidstaker har vært utsatt for ved den uberettigede avskjed eller oppsigelse. Her vil

¹⁹⁹¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53.

¹⁹⁹² Se i forhold til diskriminering Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53 og i forhold til oppreisningserstatning ved oppsigelse og avskjed Skarning 2007 s. 171 flg. (særlig s. 181-182.)

arbeidstakers helseproblemer eller funksjonsnedsettelse kunne medføre at den personlige belastningen blir vurdert som større enn den ellers ville blitt.

I Henki-saken, Rt. 1988 s. 959, er Høyesterett inne på at så vel avskjeden som rettssaken hadde vært en stor belastning for den HIV-smittede arbeidstakeren. Momentet ser likevel ikke ut til å ha fått nevneverdige utslag i forhold til utmålingen av oppreisningen.

Det finnes imidlertid en del underrettsavgjørelser hvor momentet er tillagt vekt. I LB-2002-3797 tillegger lagmannsretten det en viss betydning for oppreisningen at avskjeden fant sted i en periode hvor arbeidstaker var sykmeldt og utsatt for store personlige belastninger. Retten tilkjenner 50.000 i oppreisning i tillegg til 50.000 for økonomisk tap. I LB-1995-02215 legger lagmannsretten til grunn at oppsigelsen, som skjedde mens arbeidstaker var sykmeldt, var begrunnet i virksomhetens forhold. Oppsigelsen var likevel usaklig fordi det ikke var gjort tilstrekkelig for å finne annet arbeid til arbeidstaker. Økonomisk tap var ikke lidd. Arbeidstaker ble tilkjent erstatning for ikke-økonomisk tap med kr. 100.000, fordi hennes situasjon, som sykmeldt med en alvorlig sykdom (kreft) gjorde henne spesielt sårbar, og den måten oppsigelsen ble gjennomført på, førte til skade for henne. I NAD 1987 s. 936 Oslo fant byretten det særlig graverende at oppsigelsen fant sted mens butikklederen var sykmeldt, fordi hun i denne tid måtte anses å "ha vært særlig sårbar både i relasjon til nåtiden og til fortiden." Erstatning for ikke-økonomisk tap ble tilkjent med kr. 70.000. I RG 1997 s. 822 Oslo ble det tillagt vekt at den urettmessige oppsigelsen "synes å ha vært en stor belastning for ham, ikke minst når man tar hans kreftsykdom i betraktning." Erstatning for ikke-økonomisk tap ble her tilkjent med kr. 20.000,-.

Hvor en oppsigelse eller avskjed er uhjemlet og samtidig diskriminerende, vil flere oppreisningshjemler være anvendelige. Hvorvidt dette kan føre til en høyere oppreisningssum, er likevel tvilsomt. Her må en antakelig gå inn på den enkelte situasjon, og se på om det foreligger to selvstendige krenkelser. Hvor en oppsigelse eller avskjed er urettmessig *fordi* den er diskriminerende, vil det være dette som er krenkelsen, og oppreisningen må ta utgangspunkt i dette. Er det i tillegg andre forhold som gjør oppsigelsen eller avskjeden urettmessig, kan det ha betydning at det her foreligger dobbel hjemmel. Uansett er bestemmelsene så parallelle og så skjønnsmessige at det neppe vil ha betydning om en bygger utmålingen på den ene eller den annen eller på begge.

VIII Avslutning, konklusjoner og fremtidsperspektiver.

1. Vernet mot utstøting og diskriminering etter gjeldende norsk rett.

1.1. Innledning – hovedfunn.

Det rettslige vernet mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer og funksjonsnedsettelse etter norsk rett er sammensatt av mange elementer som har forskjellig opphav og i liten utstrekning synes å være avveid mot hverandre. De persongrupper som vil kunne påberope seg vernet og de situasjoner de ulike bestemmelser får anvendelse på, er ikke identiske. Det foreligger likevel en betydelig overlapping, både hva angår personer og situasjoner. Nedenfor vil jeg gi en oversikt over avhandlingens viktigste funn.

1.2. Kapittel III om historisk utvikling. Revolusjon(er) eller intet nytt under solen?

Utviklingen av vernet mot utstøting og diskriminering etter gjeldende norsk rett har fulgt flere hovedlinjer:

Første utviklingslinje, og den utviklingslinje som går lengst tilbake i tid, gjelder arbeidsmiljøkravene. Utviklingen har her gått fra vern ved utestenging av sårbare arbeidstakergrupper til inkludering. Hovedskiftet i perspektiv synes å ha kommet med arbeidsmiljøloven av 1977s inkluderende arbeidsmiljøstandard: Hensynet til mer sårbare arbeidstakergrupper skulle heretter inngå ved fastsettelsen av de generelle kravene til arbeidsmiljøet. I tillegg ble det ved denne loven også stilt krav om generell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsutstyr til yrkeshemmede. Selv om pliktene var vage og ikke i tilstrekkelig grad ble håndhevet, er det interessant at en her ser de første ansatser til krav om universell utforming i arbeidslivet.

Annen utviklingslinje gjelder kontraktsvernet. Her har utviklingen fulgt flere spor: Fra særvern under sykefravær for utvalgte arbeidstakergrupper til et generelt vern mot oppsigelse under og på grunnlag av sykefravær. Fra et forbud mot oppsigelse på grunn av utenforliggende hensyn til et substansielt vern som også tar hensyn til individuell rimelighet. Og parallelt med begge de ovennevnte: En stadig mer omfattende plikt til individuell tilrettelegging for å sikre at arbeidstakere med helseproblemer skal kunne beholde arbeidet.

Tredje utviklingslinje gjelder tiltak for å sysselsette arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Her er anvendt et mylder av tiltak så vel historisk som i dag. Det store bildet kan imidlertid

beskrives slik: Utviklingen har gått fra individrettede tiltak som attføring og kvalifisering til tiltak som innebærer direkte innskrenkninger av arbeidsgivers styringsrett i en ansettelsessituasjon; forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Fjerde utviklingslinje gjelder integritetsvern i arbeidsforhold i forhold til helseundersøkelser og helseopplysninger. Denne problemstillingen har fått stadig større praktisk betydning, særlig som følge av tre forhold: Økt innsamling av opplysninger om arbeidstakernes helsetilstand som følge av økte krav til sikkerhet for arbeidstaker selv og for utenforstående; større mulighet for å behandle helseopplysninger systematisk ved elektronisk databehandling og større mulighet for å forutsi en persons fremtidige helsetilstand ved hjelp av genetiske tester. Det rettslige svar på de utfordringer utviklingen reiser, har blant annet gått fra taushetsplikt fra helsepersonell, som viker for samtykke fra den enkelte arbeidstaker; til direkte restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger. Utviklingen har i stor utstrekning gått i retning av styrket integritetsvern. Det finnes imidlertid også eksempler på utvikling i motsatt retning, særlig de stadig strengere krav til arbeidstakers opplysningsplikt under sykefravær.

Et viktig funn under kapittel III var videre *kontinuiteten* i de virkemidler som har vært utredet og benyttet. På 1950-tallet, på samme måte som i dag, utredet en ulike former for kvotesystemer, ansettelser av personer med funksjonsnedsettelse i offentlig sektor samt holdningskampanjer mot ubegrunnet smittefrykt på arbeidsplassen. Som vist ovenfor inneholdt arbeidsmiljøloven av 1977 videre klare ansatser til det som seinere skulle bli kalt universell utforming.

1.3. Kapittel IV om gjennomgående problemstillinger: Stor overlapping mht. persongrupper og situasjoner. Særtrekk ved diskrimineringsforbudet i forhold til funksjonshemming.

Kapittel IV tok opp gjennomgående problemstillinger i forhold til vernet mot utstøting og diskriminering etter gjeldende norsk rett. For det første en drøftelse og analyse av hvilke personer eller relasjoner som er omfattet av enkelte sentrale bestemmelser. For det annet en nærmere drøftelse og analyse av de forbud og påbud som inngår i utstøtings- og diskrimineringsvernet. For det tredje generelle spørsmål som gjelder gjennomføring av de ulike bestemmelser som inngår i vernet.

Under kap. IV pkt. 2 analyserte og sammenliknet jeg ulike begreper som har sammenheng med en persons helsetilstand eller fysiske eller psykiske funksjonsnivå og som inngår som rettvilkår i bestemmelser med formål å verne mot utstøting og diskriminering. De begreper som ble tatt opp, var ”funksjonshemming” i aml. kap. 13; ”nedsatt funksjonsevne” i den nye diskriminerings- og

tilgjengelighetsloven og ”reduisert arbeidsevne” i aml. § 4-6. ”Funksjonshemming” inngår som forbudt diskrimineringsgrunnlag i aml. § 13-1 første ledd, og som grunnlag for rett til individuell tilrettelegging i aml. § 13-5. Når den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven trer i kraft, vil ”nedsatt funksjonsevne” utgjøre diskrimineringsgrunnlag etter dtgl. § 4 og grunnlag for krav om individuell tilrettelegging etter dtgl. § 12. ”Redusert arbeidsevne” hos en arbeidstaker utløser plikt for arbeidsgiver til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6.

Første hovedfunn under kap. IV pkt. 2 var at det var stor forskjell på begreper som inngår i diskrimineringsforbud, (”funksjonshemming” i aml. § 13-1 første ledd og ”nedsatt funksjonsevne” i dtgl. § 4) og begreper som inngår i bestemmelser som innebærer krav om aktive tiltak fra arbeidsgivers side, (”funksjonshemming” i aml. § 13-5, ”nedsatt funksjonsevne” i dtgl. § 12 og ”reduisert arbeidsevne” i aml. § 4-6.)

Annet hovedfunn var at den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven på en del punkter utvider diskrimineringsgrunnlaget. ”Nedsatt funksjonsevne” etter dtgl. § 4 er altså noe videre enn ”funksjonshemming” etter aml. § 13-1. Denne utvidelsen gjelder imidlertid i det vesentligste forbudet mot diskriminering, ikke plikten til individuell tilrettelegging.

Tredje hovedfunn var at det er stor grad av overlapping mellom de arbeidstakergrupper som omfattes av plikten til tilrettelegging etter aml. § 13-5 og dtgl. 12 og de som omfattes av tilretteleggingsplikten aml. § 4-6.¹⁹⁹³

Begrepene ble blant annet sammenliknet med hensyn til om de stilte krav til tilstandens art, omfang, varighet, realitet og aktualitet samt tilknytning til arbeidstaker.

I utgangspunktet vil det bare være reelle og aktuelle tilstander som knytter seg til den enkelte arbeidstaker som gir grunnlag for krav om *tilrettelegging*. Det stilles tilsynelatende forskjellige krav til tilstandens art, omfang og varighet etter aml. § 4-6, aml. § 13-5 og dtgl. § 12. Aml. § 4-6 er her den mest liberale og aml. § 13-5 den mest restriktive. Alle tilstander som gir krav på tilrettelegging etter aml. § 13-5 og dtgl. § 12, vil også gi krav på tilrettelegging etter aml. § 4-6. Selv om det i utgangspunktet ikke stilles krav til varighet og små krav til omfang for å utløse plikt til tilrettelegging etter aml. § 4-6, er det klart at kravene til tilrettelegging vil variere med tilstandens varighet og omfang. Det vil antakelig være et relativt stort overlappende område mellom aml. § 4-6 og aml. § 13-5, og kanskje enda større mellom aml. § 4-6 og dtgl. § 12 når denne trer i kraft.

Med hensyn til *forbud mot diskriminering*, vil dtgl. § 4 utvide diskrimineringsgrunnlaget noe i forhold til aml. § 13-1, se nærmere nedenfor under dette kapittel pkt. 3.

¹⁹⁹³

Dette gjelder selvsagt situasjonen under arbeidsforholdet, aml. § 4-6 hjemler ikke plikt til tilrettelegging i forhold til arbeidssøkere.

Under kap. IV pkt. 3 tok jeg opp gjennomgående problemstillinger som gjelder restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger, samt forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, herunder plikten til tilrettelegging.

Under pkt. 3.3 analyserte jeg diskrimineringsbegrepet i forhold til forbud mot diskriminering på grunnlag av funksjonshemming. Jeg fant at diskrimineringsbegrepet skaper særlige vansker i tilfeller hvor arbeidstakers funksjonsnedsettelse påvirker hennes mulighet for å utføre arbeidet på ”standardmåten”. Hvor arbeidsgiver har lagt vekt på faktiske vansker i arbeidet som har sammenheng med en arbeidstakers funksjonsnedsettelse, vil spørsmålet være om dette skal bedømmes som direkte diskriminering (fordi arbeidstaker er stilt dårligere enn andre som følge av forhold som har sammenheng med hennes funksjonsnedsettelse); indirekte diskriminering (fordi arbeidsgiver stiller samme krav til arbeidstakere med og uten funksjonsnedsettelse); eller ikke diskriminering (fordi vektlegging av arbeidsutførelse er noe annet en vektlegging av ”funksjonshemming”). Jeg fant at det vil være mest nærliggende å bedømme slike forhold som direkte diskriminering, men bare hvor pliktig individuell tilrettelegging ville ha skapt en tilsvarende situasjon. For at en tilsvarende situasjon skal foreligge, vil det (andre forhold like) være tilstrekkelig at arbeidstaker kan utføre stillingens vesentligste funksjoner.

Selv om det etter gjeldende rett i utgangspunktet skilles mellom unntaksadgangen i forhold til forbudene mot direkte og indirekte diskriminering, vil det i praksis i stor utstrekning være de samme momenter som har betydning. Når det i tillegg ofte er vanskelig å skille mellom direkte og indirekte diskriminering i forhold til funksjonshemming, bør det være grunnlag for å slå sammen unntakshjemlene og operere med en glideskala mer enn en dikotomi: Hvor sterk forbindelsen er mellom arbeidstakers funksjonsnedsettelse og den dårlige behandlingen, vil kunne ha betydning for hvor sterke krav som stilles til legitimeringen.

Videre fant jeg at det i forhold til positiv særbehandling av personer med funksjonsnedsettelse, på samme måte som for andre grupper, stilles krav om forholdsmessighet. Adgangen til positiv særbehandling av personer med funksjonsnedsettelse vil generelt være videre enn adgangen til positiv særbehandling på grunnlag av for eksempel kjønn. Her vil det likevel ha betydning om den positive særbehandlingen skjer til fortrensel for personer uten funksjonsnedsettelse eller til fortrensel for personer med andre funksjonsnedsettelser.

1.4. Kapittel V om ansettelse: Kommunikasjon av personopplysninger. Vurdering av tilrettelegging. Bevisspørsmål.

De viktigste problemstillinger under ansettelseskapitlet gjaldt kommunikasjon av helseopplysninger i en ansettelsesituasjon; omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt overfor arbeidssøkere og

beviskrav hvor arbeidsgiver hevder at andre forhold enn arbeidssøkers funksjonsnedsettelse har vært avgjørende for en ansettelsesbeslutning.

Under kapitlets punkt 2 fant jeg at ansettelsesprosessen kjennetegnes av ulike faser, med stadig styrket faktisk og formelt vern for arbeidssøker. Arbeidsgiver har i utgangspunktet en vid skjønnsmessig kompetanse i en ansettelsessituasjon, og det vil være relativt enkelt å finne andre begrunnelser for å velge en annen enn søkeren med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Har arbeidssøker først fått tilbud om stillingen, vil en tilbaketrekning forutsette at det foreligger avtalerettslig ugyldighet. Etter tiltredelse er arbeidsgiver henvist til å benytte avskjed eller oppsigelse for å kvitte seg med en arbeidstaker som etter hans mening ikke holder mål helsemessig. Arbeidssøkers aktive opplysningsplikt og arbeidsgivers rett til å innhente helseopplysninger eller kreve helseundersøkelser vil derfor kunne avhenge av hvor langt ansettelsesprosessen er kommet.

Kapittel V pkt. 3 tok opp kommunikasjon av helseopplysninger i en ansettelsessituasjon. Her drøftet jeg så vel arbeidssøkers ulovfestede plikt til å opplyse om helsetilstand som de lovfestede restriksjonene for arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger og kreve helseundersøkelser ved ansettelse. Spørsmålet om kommunikasjon av helseopplysninger har åpenbart størst praktisk betydning hvor arbeidstakers helsetilstand eller funksjonsnedsettelse ikke er synlig, for eksempel i forhold til psykisk sykdom eller dysleksi. Jeg fant her at opplysningsplikt og innhentingsrett i stor utstrekning speiler hverandre med hensyn til det objektive (hvilke opplysninger som må oppgis og kan etterspørres), men kan avvike med hensyn til hvem som har risikoen for å avklare om det er konflikt mellom arbeidets krav og arbeidstakers individuelle forutsetninger.

Rettsvirkningene av brudd på opplysningsplikt om helsetilstand i en ansettelsessituasjon kan være at avtalen anses ugyldig inngått. Etter rettspraksis stilles relativt strenge krav for å tillegge opplysningssvikt betydning. Rettsvirkningene av brudd på restriksjonene for å innhente helseopplysninger er erstatning for eventuelt økonomisk tap, noe som kan være vanskelig for arbeidssøker å påvise. Det kan altså innebære en taktisk fordel for henne å fortie helsetilstanden til etter ansettelse eller tiltredelse, eventuelt også å gi uriktige opplysninger om denne. Under pkt. 3.4 fant jeg at hensynet til effektiviteten i forbudet mot innhenting av unødvendige helseopplysninger også kan innebære en viss adgang for arbeidssøker til å gi bevisst uriktige opplysninger.

Under pkt. 4 drøftet jeg begrensninger i arbeidsgivers rett til å *vektlegge* arbeidssøkers helsetilstand eller funksjonsnedsettelse ved ansettelse. Her fant jeg at standarden etter aml. § 9-3 "nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen" også vil være veiledende i forhold til et alminnelig likebehandlingskrav ved ansettelse. De praktisk viktigste begrensninger i

arbeidsgivers styringsrett ved ansettelse følger imidlertid av forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, aml. § 13-1.

Spørsmålet om arbeidsgiver urettmessig har vektlagt helsetilstand eller funksjonsnedsettelse ved ansettelse kan i praksis komme opp i to situasjoner: For det første hvor arbeidsgiver innrømmer å ha lagt vekt på forhold som har tilknytning til den enkeltes helsetilstand eller funksjonsnedsettelse. Det sentrale spørsmålet vil her være hva som utgjør legitim forskjellsbehandling ved ansettelse. For det annet hvor arbeidsgiver benekter å ha lagt vekt på slike forhold. Det sentrale spørsmålet vil her være hvilke krav som stilles til bevis for at arbeidsgiver har brutt forbudet mot vektlegging av helsetilstand eller diskriminering på grunn av funksjonshemming.

Hvor arbeidsgiver erkjenner å ha lagt vekt på forhold som har forbindelse med funksjonsnedsettelsen, vil problemstillingen være om funksjonsnedsettelsen faktisk kan antas å påvirke arbeidsutførelsen negativt, og, dersom så er tilfelle, om pliktig individuell tilrettelegging ville ha kompensert for denne påvirkningen. Arbeidsgiver må altså vurdere om individuell tilrettelegging er nødvendig, hensiktsmessig og vil medføre en uforholdsmessig byrde. Her tok jeg opp om det er forskjeller på omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt ved ansettelse og under arbeidsforholdet. Jeg fant at det i prinsippet vil være de samme tilretteleggingstiltak som er aktuelle ved ansettelse som under arbeidsforholdet. Arbeidsgiver plikter å vurdere og iverksette så vel fysiske og tekniske tilretteleggingstiltak, slik som tilpasset arbeidsutstyr, som organisatoriske, slik som tilrettelegging av arbeidstid og arbeidsoppgaver. Imidlertid vil plikten til organisatoriske tilretteleggingstiltak i forhold til arbeidssøker antakelig rekke kortere enn hva som er tilfellet for organisatoriske tilretteleggingstiltak under arbeidsforholdet. Plikten til organisatorisk tilrettelegging ved ansettelse kan ikke omfatte tiltak som endrer stillingens vesentlige funksjoner.

Hvor arbeidsgiver benekter å ha tatt hensyn til forhold som har sammenheng med en arbeidssøkers funksjonsnedsettelse, vil som nevnt bevisspørsmål stå sentralt. De rettslige problemstillinger en slik situasjon reiser, synes i hovedsak å være de samme som gjelder for andre diskrimineringsgrunnlag. Ombudets og Nemndas praksis hva angår diskriminering på grunnlag av særlig kjønn kan her være veiledende for hvilke krav som stilles til bevis for at arbeidsgiver har lagt vekt på en søkers funksjonsnedsettelse.

Under kap. V pkt. 5 tok jeg opp håndheving av restriksjonene for kommunikasjon av helseopplysninger og vektlegging av helsetilstand og funksjonshemming ved ansettelse. Et hovedfunn her er at det foreligger et mylder av teoretiske gjennomføringsmåter og svært lite praksis.

1.5. Kapittel VI om rettigheter og plikter under arbeidsforholdet: Lik tilretteleggingsplikt. Ulike gjennomføringsmåter.

Kapittel VI omhandlet i hovedsak kravene til tilrettelegging som virkemiddel mot utstøting og diskriminering. I tillegg tok jeg kort opp to spesialtemaer: Begrensninger i arbeidsgivers styringsrett i forhold til endring av arbeidstakers arbeidsoppgaver og krav om likelønn.

Tilrettelegging av arbeidsmiljø og arbeidsforhold er svært praktisk viktig for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Dette gjelder så vel generell som individuell tilrettelegging. Under kap. VI kom jeg i noen grad inn på arbeidsmiljølovens krav til generell tilrettelegging, men valgte stort sett å fokusere på tilrettelegging i forhold til den enkelte arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse.

Gjeldende arbeidsrettslig regulering byr her på et broket bilde, med svært mange og ulike hjemler for plikt til tilrettelegging, og stor grad av overlapping med hensyn til rettighetssubjektene.

De mest generelle og praktisk viktigste hjemler for individuelle tilretteleggingstiltak er imidlertid aml. §§ 4-6 og § 13-5. Disse er i stor utstrekning parallelle: De vil omfatte samme typer tiltak og arbeidsgivers tålegrense for ulemper som følge av tilretteleggingstiltakene vil stort sett også være sammenfallende.¹⁹⁹⁴ Aml. § 13-5 har et høyere ambisjonsnivå, og vil – i motsetning til aml. § 4-6 – omfatte tilrettelegging for at arbeidstaker skal kunne gjøre karriere. Plikten etter aml. § 13-5 omfatter imidlertid også, etter mønster fra aml. § 4-6, tiltak for å hindre at arbeidstakere med redusert arbeidsevne som følge av funksjonsnedsettelse skal miste sitt arbeidsforhold. Herunder kan arbeidsgiver også være forpliktet til å omplassere en arbeidstaker som ikke kan utføre de vesentligste funksjoner i den stilling hun er ansatt i, til annet arbeid innenfor virksomheten. Arbeidsgivers plikter etter aml. § 13-5 går her ut over å sikre lik behandling av arbeidstakere på grunnlag av kvalifikasjoner og over i en behovsbasert omsorgsforpliktelse. Det er interessant å merke seg at aml. § 13-5 gir rettigheter for personer på vei så vel *opp* som *ned* karrierestigen.

Mens forskjellene mellom bestemmelsene er små når det gjelder det materielle, vil gjennomføringsprosessen og arbeidstakers rolle i denne være svært forskjellig. Aml. § 4-6 er i utgangspunktet en del av den offentligrettslige arbeidsmiljøreguleringen, men håndheves på en spesiell måte. Plikten til individuell tilrettelegging etter denne bestemmelsen gjennomføres i regelen ved et samspill mellom Arbeids- og velferdsetaten, arbeidsgiver og arbeidstaker (eventuelt også arbeidstakers tillitsvalgte). Bestemmelsens offentligrettslige karakter viser seg blant annet ved at arbeidstakers medvirkningsplikter i denne prosessen er lovfestet, men ikke hennes *rettigheter*. Sam-

¹⁹⁹⁴ Forutsatt, selvsagt, at situasjonene ellers er analoge. Det er klart at det stilles mindre krav til tilrettelegging i forhold til et kortvarig behov (som bare dekkes av aml. § 4-6) enn i forhold til et langvarig behov (som dekkes av så vel aml. § 4-6 som aml. § 13-5).

arbeidsprosessen gir ikke den enkelte arbeidstaker noen direkte rettslige virkemidler for å få gjennomført et krav om individuell tilrettelegging. Selv om aml. § 4-6 også må tolkes slik at den innebærer en kontraktsplikt for arbeidsgiver, vil en domstolsprosess være svært tids- og ressurskrevende. I de aller fleste tilfeller vil dette derfor være helt upraktisk for en arbeidstaker som er i et løpende arbeidsforhold.

Plikten til individuell tilrettelegging for arbeidstaker med "funksjonshemming" etter aml. § 13-5 gir derimot klare rettigheter for den enkelte arbeidstaker. Arbeidstaker har ingen lovfestet medvirkningsplikt, selv om det er klart at arbeidstakers medvirkning kan påvirke omfanget av arbeidsgivers plikter. Videre foreligger en enkel og rimelig gjennomføringsmekanisme for tilretteleggingsplikten etter aml. § 13-5, nemlig klage til Diskrimineringsombudet. Aberet her at Diskrimineringsombudet med sine begrensede ressurser ikke kan behandle særlig mange eller særlig kompliserte tilretteleggingsaker. De aller fleste saker som gjelder individuell tilrettelegging, enten dette dreier seg om tilrettelegging etter aml. § 4-6 eller § 13-5, vil derfor antakelig også i fremtiden bli gjennomført ved samarbeid på arbeidsplassen.

Videre har jeg under kap. VI kort tatt opp grensene for arbeidsgivers adgang til omfordeling av arbeidsoppgaver og omplassering. Slike grenser kan følge av et alminnelig likebehandlingskrav og av forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. Den praktiske betydningen av diskrimineringsforbudet vil her være at det blir enklere å få overprøvd om arbeidsgivers beslutninger bygger på et rettmessig grunnlag. Ombudet og Nemnda vil riktignok i liten utstrekning kunne sette makt bak sine uttalelser og vedtak, for eksempel ved å pålegge arbeidsgiver å omgjøre en diskriminerende omplassering. Likevel kan uttalelser eller vedtak i praksis bli respektert, og vil uansett kunne sette arbeidstaker i en bedre forhandlingsposisjon overfor arbeidsgiver.

Den siste problemstillingen som er tatt opp under kap. VI, gjelder lønn. Her foreligger i prinsippet mange ulike hjemler for krav om likelønn, som får anvendelse for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse eller helseproblemer. Vanskene ligger i gjennomføringen, særlig på grunn av de mange ikke-rettslige elementer i den praktiske lønnsfastsettelsen. Det alminnelige tariffrettslige ufrihetsprinsipp vil i en viss utstrekning sikre en minimumsstandard for lønnsfastsettelsen. En stadig økende bruk av personlige tillegg undergraver imidlertid betydningen av ufrihetsprinsippet i forhold til å oppnå likelønn. Den inkorporerte FN-ØSK inneholder et alminnelig likelønnsprinsipp, men har i praksis ikke fått gjennomslag. Forbudene mot diskriminering på grunn av funksjonshemming vil her kunne bidra til å rettsliggjøre lønnsfastsettelsen. Forbudet mot indirekte diskriminering kan få anvendelse hvor generelle og formelt nøytrale kriterier for lønnsfastsettelse i praksis stiller arbeidstakere med visse typer funksjonsnedsettelser dårligere. Videre kan arbeidstaker hevde at hun er blitt utsatt for direkte diskriminering for

eksempel ved lokale lønnsforhandlinger. Sistnevnte form for diskriminering vil likevel ofte være vanskelig å bevise.

1.6. Kapittel VII om opphør: Saklighetskrav og diskrimineringsforbud.

Under kap. VII var formålet å avklare hvilket vern en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse har mot at arbeidsgiver på urettmessig grunnlag bringer arbeidsforholdet til opphør. Her tok jeg utgangspunkt i den generelle kontraktsvernreguleringen og så på i hvilken utstrekning forbudene mot diskriminering på grunn av funksjonshemming ved opphør innebærer et vesentlig bidrag til vernet mot usaklig oppsigelse eller urettmessig avskjed.

Etter aml. § 15-7 gjelder et alminnelig krav til saklig grunn for oppsigelse fra arbeidsgiverens side. Dette innebærer blant annet at forhold som skal kunne begrunne oppsigelse, må være relevante og av en viss vekt.

En oppsigelse kan være begrunnet i "arbeidstakerens forhold", altså forhold knyttet til arbeidstakers person, se kap. VII pkt. 2. Kravet om relevans innebærer at helseproblemer eller funksjonsnedsettelse som ikke påvirker utførelsen av arbeidet, ikke vil kunne utgjøre saklig grunn for oppsigelse etter aml. § 15-7. En oppsigelse som er begrunnet i arbeidstakers funksjonsnedsettelse (som ikke påvirker arbeidsutførelsen) vil i tillegg utgjøre brudd på forbudet mot direkte diskriminering på grunnlag av funksjonshemming, aml. § 13-1 første ledd.

Hvor arbeidstakers helseproblemer eller funksjonsnedsettelse har ført til vansker med å utføre arbeidet, vil dette utløse tilretteleggingsplikt etter så vel aml. § 4-6 som etter aml. § 13-5, for at arbeidstaker skal kunne "beholde arbeid". En oppsigelse som er begrunnet i arbeidstakers forhold vil ikke være saklig og vil dessuten være i strid med forbudet mot direkte diskriminering dersom problemene i arbeidet kunne vært brakt ned på et akseptabelt nivå ved hjelp av pliktig individuell tilrettelegging.

Det alminnelige saklighetskravet til oppsigelse innebærer også et krav til vanskenes omfang for at disse skal kunne gi grunnlag for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Etter gjeldende norsk rett er det lagt til grunn at det, etter pliktig tilrettelegging, må foreligge en markert dugelighetssvikt. I forhold til diskrimineringsforbudet har EF-domstolen uttalt at det er et vilkår for oppsigelse på grunn av funksjonsnedsettelse at arbeidstaker selv etter rimelig tilrettelegging ikke er i stand til å utføre "de væsentlige funksjoner i forbindelse med sin stilling". Dette synes å innebære en materiell standard som noenlunde tilsvarende det som er lagt til grunn etter aml. § 15-7, i forhold til oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold. Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. §§ 4-6 og 13-5 er likevel ikke begrenset til tilrettelegging i stillingen, men omfatter også omplassering til annet arbeid innenfor arbeidsgivers virksomhet. Etter norsk rett vil det altså ikke nødvendigvis være tilstrekkelig

for at arbeidsgiver skal kunne bringe arbeidsforholdet til opphør at arbeidstaker ikke er i stand til å utføre de vesentlige funksjoner i *sin stilling*.

En arbeidstaker som er sykmeldt, er i tillegg vernet mot oppsigelse på grunn av sykefraværet i en tolv måneders verneperiode, se aml. § 15-8 og avhandlingens kap. VII pkt. 2.4. En problemstilling som her ble tatt opp var om forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming innebærer at sykefravær som er forårsaket av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse ikke kan regnes med ved beregning av denne verneperioden. Jeg fant at en slik virkning ikke kan utledes av diskrimineringsforbudet.

Hvor oppsigelse eller avskjed er begrunnet i arbeidstakers pliktbrudd, se kap. VII pkt. 2.5, vil det ha betydning for den alminnelige saklighetsvurderingen om pliktbruddet skyldes sykdom. Etter diskrimineringsvernet kan det utgjøre direkte diskriminering om pliktbrudd som er en følge av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse behandles på samme måte som andre pliktbrudd. Dette innebærer likevel ikke at arbeidsgiver er forpliktet til å se bort fra ethvert pliktbrudd som er utløst av en arbeidstakers funksjonsnedsettelse. Et pliktbrudd som arbeidsgiver burde forstå var utløst av sykdom eller funksjonsnedsettelse, vil imidlertid utløse plikt til tilrettelegging etter henholdsvis aml. § 4-6 og § 13-5. Forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming synes ikke å ha vesentlig betydning for det materielle vernet på dette området.

En oppsigelse kan i tillegg være begrunnet i virksomhetens forhold, se aml. § 15-7 første og annet ledd og avhandlingens kap. VII pkt. 3. Kravet til saklig grunn konkretiseres da til et krav om saklig valg. Saklige utvelgelseskriterier kan for eksempel være ansiennitet, kvalifikasjoner eller fleksibilitet med hensyn til arbeidsoppgaver.

I forhold til diskrimineringsforbudet kan her oppstå flere problemstillinger:

Bruk av generelle, formelt nøytrale kriterier kan i praksis stille visse grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse dårligere, og derfor i utgangspunktet virke indirekte diskriminerende. Arbeidsgiver må da kunne påvise at bruk av slike kriterier ved nedbemanning er saklig, nødvendig og forholdsmessig, aml. § 13-3 annet ledd. For eksempel kan forbudet mot indirekte diskriminering sensurere hvordan ansienniteten beregnes i forhold til deltidsansatte.

Videre kan det være i strid med forbudet mot direkte diskriminering om arbeidsgiver i en utvelgessituasjon legger negativ vekt på vansker i arbeidet som har forbindelse med en konkret arbeidstakers funksjonsnedsettelse. I Chacón Navas-dommen har EF-domstolen lagt til grunn at en oppsigelse som er begrunnet i en arbeidstakers funksjonsnedsettelse ikke er legitim med mindre arbeidstaker, selv med rimelig tilrettelegging, ikke er i stand til å oppfylle stillingens vesentlige funksjoner. Hvor vansker i arbeidet brukes som valgkriterium i en nedbemanningsprosess, kan det imidlertid ikke stilles så strenge krav. Spørsmålet må da være om det – gitt pliktig individuell

tilrettelegging – foreligger en tilsvarende situasjon. Hvor arbeidsgiver har tilrettelagt og vanskene fortsatt består, må de kunne vektlegges selv om vilkårene for oppsigelse på grunnlag av arbeidstakers forhold ikke er oppfylt. Diskrimineringsforbudet synes her ikke å ha vesentlig praktisk betydning ved siden av det alminnelige saklighetskravet.

En siste problemstilling som gjelder de materielle kravene til oppsigelse, vil være om arbeidsgiver har rett eller plikt til å vektlegge helseproblemer eller funksjonsnedsettelse *positivt* i en utvelgelsesprosess. Ifølge aml. § 15-7 annet ledd annet punktum har arbeidsgiver ved oppsigelse som er begrunnet i virksomhetens forhold plikt til å ta hensyn til ulemper for arbeidstaker, herunder også ulemper som har sammenheng med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse. Aml. § 13-6 innebærer ikke noen tilsvarende *plikt*, men gir hjemmel for positiv særbehandling på grunnlag av funksjonsnedsettelse, også i en nedbemanningssituasjon. Slik positiv særbehandling vil, så lenge den er forholdsmessig, ikke bryte mot diskrimineringsforbudet. Bestemmelsen må videre forstås slik at den også gir veiledning i forhold til det alminnelige saklighetskravet. Det vil altså i utgangspunktet ikke være usaklig å beholde arbeidstakere med funksjonsnedsettelse til tross for kortere ansiennitet eller dårligere kvalifikasjoner, så lenge dette bidrar til å fremme reell likebehandling.

En arbeidstaker som står i fare for å bli oppsagt skal i tillegg tilbys annet passende arbeid dersom slikt arbeid finnes i virksomheten, aml. § 15-7 annet ledd første pkt. I utgangspunktet kreves at arbeidstaker er skikket for arbeidet, men en viss plikt til tilrettelegging etter aml. §§ 4-6 og 13-5 må også bestå i forhold til ”annet passende arbeid.”

Håndhevingen av krav som bygger på det alminnelige saklighetsvernet og håndhevingen av krav som bygger på forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming er grunnleggende forskjellig. Hvor arbeidstaker påberoper seg at en oppsigelse eller avskjed er urettmessig, vil hun ha krav på forhandlinger og ved oppsigelse også rett til å fortsette i stillingen. Videre skal en usaklig oppsigelse som hovedregel kjennes ugyldig. I en slik sak vil arbeidstaker i tillegg kunne påberope seg at oppsigelsen er diskriminerende, og kreve erstatning og oppreisning på dette grunnlag. En slik gjennomføringsmåte innebærer klare fordeler for arbeidstaker og vil derfor antakelig bli valgt i de fleste saker hvor en arbeidstaker med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse mener seg oppsagt eller avskjediget på urettmessig grunnlag.

Imidlertid kan en oppsagt eller avskjediget arbeidstaker med funksjonsnedsettelse også velge å benytte seg av det særlige håndhevingsapparatet for diskrimineringssaker. For eksempel kan det være hensiktsmessig å få en uttalelse fra Ombudet eller et vedtak fra Nemnda om at arbeidsgiver har overtrådt forbudet mot diskriminering i forbindelse med en oppsigelse eller avskjed. Videre kan arbeidstaker ha interesse i å reise sak for domstolene med krav om erstatning eller oppreisning etter

aml. § 13-9 hvor hun har sagt seg opp selv eller hvor de særlige fristene for å reise oppsigelsessak er gått ut.

Kort oppsummert vil forbudene mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i liten grad ha betydning i forhold til de materielle vilkårene for opphør av arbeidsforhold.

Diskrimineringsforbudene kan likevel ha praktisk betydning hvor arbeidstaker av ulike årsaker er avskåret fra eller ikke ønsker å påberope seg det alminnelige kontraktsvernet.

2. Kontraktsvern og diskrimineringsvern: En avsluttende sammenlikning.

2.1. Utgangspunkt – ulikheter og modifikasjoner i ulikhetene.

Den norske kontraktsvernreguleringen og diskrimineringsvernreguleringen er, som vist i avhandlingen, ulike så vel i ideologisk bakgrunn som i praktisk utforming. Imidlertid finnes også klare likheter og fellestrekk. Nedenfor vil jeg gi en oversikt over grunnleggende ulikheter i reguleringene samt modifikasjoner i disse ulikhetene.

2.2. Ideologisk begrunnelse – omsorg vs. likebehandling.

Den bakenforliggende ideologiske begrunnelsen for kontraktsvernregulering og diskrimineringsvernregulering er forskjellig:

Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter den tradisjonelle kontraktsvernreguleringen synes, blant annet ut fra forarbeidene til 1977-bestemmelsen, primært begrunnet ut fra en paternalistisk omsorgsplikt.¹⁹⁹⁵ Den nåværende formuleringen av bestemmelsen, ”reduert arbeidsevne som følge av (...) sykdom”, kombinert med nyere forarbeiders sterke fokusering på sykmeldte arbeidstakere¹⁹⁹⁶ gir også inntrykk av at årsaken til behovet for tilrettelegging ligger i individuelle forhold på arbeidstakerside. Hvis arbeidsgiver skal pålegges å kompensere for denne type individuelle behov hos arbeidstakerne, må dette bygge på en paternalistisk basert omsorgsplikt.¹⁹⁹⁷

Diskrimineringsforbudet og plikten til tilrettelegging for arbeidstaker med ”funksjonshemming” bygger derimot på et krav om likebehandling. Diskrimineringsvernreguleringen setter fokus på de *barrierer* personer med funksjonsnedsettelse møter i samfunnet og i arbeidslivet, som

¹⁹⁹⁵ Se bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 68 hvor det uttales at plikten til å tilrettelegge ”er en naturlig følge av det ansvar en arbeidsgiver bør ha for sine arbeidstakere.”

¹⁹⁹⁶ Se Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) samt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104-105.

¹⁹⁹⁷ Sml. kapittel III pkt. 3 (særlig pkt. 3.2) om arbeidsgivers omsorgsplikter ved arbeidstakers sykdom i visse førindustrielle arbeidsforhold.

årsaker til deres vansker med å oppnå sysselsetting, eventuelt å utføre et bestemt arbeid.¹⁹⁹⁸ Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging er ut fra en slik synsvinkel bare en plikt til å bringe en diskriminerende situasjon eller en krenkelse til opphør.

I disse utgangspunkter må det likevel gjøres betydelige modifikasjoner.

Også det tradisjonelle kontraktsvernet tar i stor utstrekning høyde for omgivelsenes og arbeidsvilkårenes betydning for om en arbeidstaker med nedsatt funksjonsevne møter vansker i arbeidet. Plasseringen av tilretteleggingsbestemmelsen aml. § 4-6 i arbeidsmiljøkapitlet bidrar til å understreke at "reduisert arbeidsevne" ikke bare har sammenheng med individet og dets egenskaper. Når plikten til å tilrettelegge for at en arbeidstaker skal kunne beholde arbeid antas å være særlig omfattende overfor arbeidstakere med lang ansettelsestid og yrkesskade, kan også dette også ses som et utslag av en anerkjennelse av at forhold på arbeidsplassen ofte har betydning for arbeidstakers mulighet for å utføre arbeidet.¹⁹⁹⁹ Tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6 er altså ikke bare begrunnet ut fra omsorg, men også ut fra likevektrettferdighet: Ytelse mot ytelse eller ytelse som kompensasjon for krenkelse eller skade.²⁰⁰⁰

Diskrimineringsvernreguleringen anerkjenner på sin side at ikke enhver konflikt mellom individets forutsetninger og omgivelsenes krav nødvendigvis er arbeidsgivers risiko; i den forstand at den kan kreves kompensert ved individuell tilrettelegging. Funksjonsnedsettelsen kan være av en slik art eller av et slikt omfang at den innebærer at arbeidstaker ikke er kvalifisert for stillingen.²⁰⁰¹ Stillingen kan videre være av en slik art at det vil være rettmessig å stille særlige krav til fysisk eller psykisk funksjonsnivå. Og arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging av arbeidssituasjonen er begrenset til det som kan gjennomføres uten uforholdsmessig byrde for arbeidsgiveren. Det vil ikke utgjøre diskriminering om arbeidsgiver legger vekt på arbeidstakerens mulighet til å utføre de arbeidsoppgaver som hører til stillingen, etter at en har tatt hensyn til hva som kan oppnås ved rimelig tilrettelegging.

I NOU 2005: 8 fremfører Syse-utvalget for øvrig synspunkter på grunnlaget for tilretteleggingsplikten som likner en argumentasjon for en type paternalistisk og moralsk begrunnet omsorgsplikt. Det uttales her generelt at en plikt til individuell tilrettelegging krever "særskilt begrunnelse",²⁰⁰² og bare bør komme til anvendelse hvor "pliktsubjektet kan sies å ha et særlig ansvar i forhold til den enkelte".²⁰⁰³

¹⁹⁹⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.1 og St.meld. nr. 40 (2002-2003) Nedbygging av funksjonshemmende barrierer.

¹⁹⁹⁹ Se her bl.a. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 68 hvor det understrekes at det "ofte vil (...) være en direkte eller indirekte sammenheng mellom arbeidsforholdene og de problemer som er oppstått for arbeidstakeren, uten at årsaksforholdene vil kunne påvises eksakt."

²⁰⁰⁰ Se nærmere under kap. I pkt. 6.2.

²⁰⁰¹ Se bl.a. sysselsettingsdirektivets fortale avsnitt 17.

²⁰⁰² NOU 2005: 8 s. 193.

²⁰⁰³ NOU 2005: 8 s. 184.

2.3. Persongruppe og formål med tilretteleggingsplikt.

Videre er de persongrupper som i praksis vernes av de ulike typer reguleringer ikke identiske; og de plikter arbeidsgiver har overfor de ”vernede” persongrupper, er også forskjellige.

Kontraktsvernreguleringens primære målgruppe er *arbeidstakere* som på grunn av helseproblemer har utviklet vansker med å utføre arbeidet. En typisk ”bruker” av oppsigelsesvernet i aml. § 15-7 kombinert med tilretteleggingsplikten i aml. § 4-6 vil være en middelaldrende ansatt med lite formell utdanning og med høyt sykefravær på grunn av fysisk slitasje eller psykiske problemer.

Formålet med tilretteleggingsplikten overfor arbeidstakere med ”reduert arbeidsevne” er videre at disse skal kunne ”beholde eller få et passende arbeid”. Det er altså tilknytningen til virksomheten som står i sentrum for tilretteleggingsplikten, ikke likebehandling og karrieremuligheter. Selv om tilrettelegging skal vurderes fortløpende under arbeidsforholdet, får den særlig betydning ved oppsigelse, og inngår da som en del av vurderingen av om det forelå saklig grunn til å avslutte arbeidsforholdet, se særlig aml. § 15-7.

Diskrimineringsvernreguleringens målgruppe er *arbeidssøkere og arbeidstakere* med funksjonsnedsettelse. En typisk ”bruker” av diskrimineringsvernet i aml. § 13-1 første ledd kombinert med tilretteleggingsplikten i aml. § 13-5 vil være en ung, velutdannet, rullestolbrukende arbeidssøker.

Formålet med diskrimineringsforbudet og den tilhørende tilretteleggingsplikten er å oppnå reell likebehandling av arbeidssøkere og arbeidstakere med funksjonsnedsettelser i alle faser av arbeidsforholdet. Det er altså ikke tilstrekkelig at arbeidssøkeren oppnår eller at arbeidstakeren beholder et arbeidsforhold.

Selv om utgangspunktene er forskjellige, vil det i praksis være atskillige tilfeller hvor så vel det tradisjonelle kontraktsvernet som forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming kan komme til anvendelse i samme situasjon. For eksempel vil en arbeidstaker med kronisk sykdom som fører til moderat økt risiko for sykefravær kunne påberope seg så vel kontraktsvern som diskrimineringsvern. Plikten til tilrettelegging for personer med ”reduert arbeidsevne” vil – til tross for en uheldig formulering – klart omfatte personer som har behov for tilrettelegging på grunn av fysiske eller psykiske funksjonsnedsettelser. For arbeidstakere med funksjonsnedsettelse har en altså i stor utstrekning parallell regulering og dobbelt vern.

2.4. Gjennomføring – flere modeller. Ulikheter mht. arbeidstakers rettigheter og plikter.

Endelig er håndhevingsmodellene grunnleggende forskjellige. I forhold til vernet mot diskriminering, herunder også diskriminering på grunn av funksjonshemming, er det etablert et eget håndhevingsapparat. Det er bare personer med ”funksjonshemming” i kap. 13s forstand som kan benytte seg av dette håndhevingsapparatet; det vil ikke være tilstrekkelig at en person har helserelatert ”reduisert arbeidsevne” etter aml. § 4-6. Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging aml. § 4-6 er ikke undergitt noe tilsvarende særskilt håndhevingsapparat som gir individuelle rettigheter til arbeidstaker. Selv om aml. § 4-6 i prinsippet kan gi grunnlag for at den enkelte arbeidstaker reiser sak for domstolene mens arbeidsforholdet løper, vil det i praksis først være i forbindelse med en oppsigelsessak at det blir prøvd om arbeidsgiver har oppfylt sine plikter.

Likevel er begrepet ”funksjonshemming”, slik det forstås i diskrimineringsvernreguleringen, så omfattende at de fleste arbeidstakere med helserelatert ”reduisert arbeidsevne” av en viss varighet i praksis vil falle inn under det. Dermed vil også denne gruppen svært ofte kunne velge å benytte seg av Ombudet og Nemnda for å få gjennomført tilrettelegging av arbeidsplass eller arbeidssituasjon.

Det særskilte håndhevingsapparatet i diskrimineringssakene har videre begrensede virkemidler og sanksjonsmuligheter til rådighet. En arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan derfor ha interesse av å benytte seg av rettsapparatet, særlig hvor arbeidsforholdet er opphørt. En diskriminerende oppsigelse vil ikke være saklig, og under en oppsigelsessak kan retten også prøve om arbeidsgiver har oppfylt sine plikter til tilrettelegging etter aml. § 13-5. I en oppsigelsessituasjon er det heller ikke uten videre gitt at plikten til tilrettelegging overfor arbeidstaker med ”funksjonshemming” etter aml. § 13-5 rekker lengre enn plikten til tilrettelegging overfor arbeidstaker med helserelatert ”reduisert arbeidsevne” etter aml. § 4-6. En arbeidstaker med funksjonsnedsettelse som mener seg usaklig oppsagt kan altså ha nytte av å påberope seg så vel tilretteleggingsplikten overfor arbeidstakere med ”reduisert arbeidsevne” som tilretteleggingsplikten overfor arbeidstakere med ”funksjonshemming”.

3. Nytt i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008.

Som nevnt i innledningen til avhandlingen, kap. I pkt. 1.2, bygger denne i hovedsak på gjeldende rett pr. mai 2008. Jeg har i varierende utstrekning vært i stand til å sammenholde gjeldende rett med den nå vedtatte loven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 20. juni 2008 nr. 42. Nedenfor

vil jeg derfor gi en kort og generell fremstilling av den nye lovens bestemmelser som får betydning for arbeidsforhold, med særlig vekt på å få frem forskjeller i forhold til gjeldende rett.

En viktig endring gjelder diskrimineringsgrunnlaget. Dette endres fra ”funksjonshemming”, aml. kap. 13, til ”nedsatt funksjonsevne”, dtgl. § 4 første ledd. Endringen innebærer en viss utvidelse med hensyn til hvem som i praksis kan påberope seg diskrimineringsforbudet. Det gjøres klart at forbudet også omfatter tilfeller hvor den dårligere behandlingen skyldes at arbeidstaker tidligere har hatt nedsatt funksjonsevne (fortidig nedsatt funksjonsevne), og hvor arbeidsgiver feilaktig har antatt at arbeidstaker har nedsatt funksjonsevne (antatt nedsatt funksjonsevne), dtgl. § 4 femte ledd. Slike forhold falt sannsynligvis utenfor aml. kap. 13. Videre vil diskrimineringsforbudet antakelig omfatte flere tilfeller av (risiko for) fremtidig nedsatt funksjonsevne enn etter aml. kap. 13-1, se dtgl. § 4 femte ledd.²⁰⁰⁴ Det stilles videre noe svakere krav til tilstandens varighet og omfang for å kvalifisere for ”nedsatt funksjonsevne” etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven enn for å kvalifisere for ”funksjonshemming” etter aml. kap. 13.²⁰⁰⁵ Endelig omfatter diskrimineringsforbudet også diskriminering på grunnlag av arbeidstakers forhold til en annen person med nedsatt funksjonsevne, typisk tilfeller hvor en arbeidssøker ikke blir ansatt som følge av omsorg for barn med nedsatt funksjonsevne. Dette var uklart etter gjeldende rett.²⁰⁰⁶

Begrepene direkte og indirekte diskriminering er legaldefinert i dtgl. § 4 annet og tredje ledd. Definisjonene svarer i hovedsak til definisjonene i forarbeidene til aml. kap. 13.²⁰⁰⁷

Direkte diskriminering defineres som en ”handling eller unnlattelse [som] har som *formål eller virkning* at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere (...)”,²⁰⁰⁸ dtgl. § 4 annet ledd. Til tross for at diskriminerende *formål* tilsynelatende er et selvstendig alternativ, må det legges til grunn at diskriminerende *virkning* i de aller fleste tilfeller vil være nødvendig, og også tilstrekkelig. Dette er i samsvar med gjeldende rett.²⁰⁰⁹

Indirekte diskriminering defineres som ”enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre”, dtgl. § 4 tredje ledd. Endringen i definisjonen i forhold til gjeldende rett synes her å være rent språklig.

²⁰⁰⁴ Se kap. IV pkt. 2.4.2.

²⁰⁰⁵ Se kap. IV pkt. 2.3.2 og 2.3.3.

²⁰⁰⁶ Se kap. IV pkt. 2.5.2.

²⁰⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

²⁰⁰⁸ Min kursiv.

²⁰⁰⁹ En instruks kan utgjøre en diskriminerende handling selv om denne ikke blir fulgt, se dtgl. § 7 og aml. § 13-1 annet ledd. Ellers er det presisert i forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven at diskriminerende *hensikt* ikke er tilstrekkelig for å bryte forbudet og at diskriminerende *ytringer* ikke rammes. Videre uttales at gjeldende rett på arbeidslivets område videreføres gjennom forslaget, se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 97-98.

I forhold til unntakene fra diskrimineringsforbudene representerer diskriminerings- og tilgjengelighetsloven imidlertid en ny vri: Ifølge dtgl. § 4 fjerde ledd skal "[f]orskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, [ikke] anses (...) som diskriminering etter loven her. Forskjellsbehandling i arbeidslivet må *i tillegg* være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke."²⁰¹⁰ Kravet om at forskjellsbehandlingen skal være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke omfatter altså etter lovens system også tilfeller av indirekte diskriminering. Dette innebærer i hvert fall tilsynelatende en klar skjerpelse i forhold til gjeldende rett, hvor det var tilstrekkelig for å gjøre unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering at forskjellsbehandlingen var "nødvendig for å oppnå et saklig formål og (...) ikke (...) uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles", aml. § 13-3 annet ledd.²⁰¹¹

Kravet om at forskjellsbehandling i arbeidslivet alltid må være "nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke" var nytt i odelstingsproposisjonen.²⁰¹² Barne- og likestillingsdepartementet ser ut til å ha gått ut fra at sysselsettingsdirektivet bare gir adgang til unntak hvor dette er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, se direktivets art. 4 stk. 1.²⁰¹³ Her må en imidlertid ha oversett at sysselsettingsdirektivets definisjon av indirekte diskriminering, art. 2(b), er snevrere enn definisjonen i dtgl. § 4 tredje ledd, fordi det etter sysselsettingsdirektivets definisjon ikke foreligger indirekte diskriminering hvor "den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til å opfylde det er hensigtsmessige og nødvendige", art. 2(b)(i). Begrensningen for saklig, nødvendig og forholdsmessig forskjellsbehandling er altså innbakt i selve definisjonen av hva som utgjør indirekte diskriminering etter sysselsettingsdirektivet.

Det vil heller ikke være hensiktsmessig å anvende et absolutt krav om at forskjellsbehandlingen skal være "nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke" i forhold til generelle, formelt nøytrale standarder og generell, formelt nøytral praksis. Slike standarder og slik praksis trenger ikke ha noe med arbeidsutøvelsen å gjøre. For eksempel vil anvendelse av ansiennitet ved nedbemanning, resultatbasert lønn eller krav om minste arbeidstid for å oppnå visse goder i arbeidsforholdet, kunne føre til at visse grupper personer med funksjonsnedsettelse stilles dårligere. Slik forskjellsbehandling vil ikke være nødvendig for utførelsen av arbeid eller yrke. Men

²⁰¹⁰ Min kursiv.

²⁰¹¹ Hvor det etter aml. § 13-3 forelå to alternative unntaksmuligheter i forhold til indirekte diskriminering, er vilkårene for å gjøre unntak etter dtgl. § 4 tredje ledd altså kumulative.

²⁰¹² Syse-utvalgets innstilling opererer også med et felles unntak fra forbudene mot direkte og indirekte diskriminering, men her er det tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen er "nødvendig for å oppnå et saklig formål og (...) ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles", se utkastets § 4 femte ledd og NOU 2005: 8 s. 246. Det var videre forutsatt at forholdsmessighetsvurderingen skulle være strengere i forhold til direkte diskriminering enn i forhold til indirekte diskriminering, se NOU 2005: 8 s. 172-173.

²⁰¹³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 110.

nevnte praksis kan være nødvendig for å oppnå *andre* saklige formål, og samtidig tilfredsstillende kravet til forholdsmessighet. Unntaksadgangen etter lovens ordlyd synes her å være snevrere enn det som er nødvendig for å oppfylle sysselsettingsdirektivets krav, og også snevrere enn det som er hensiktsmessig.²⁰¹⁴

Bestemmelsen om individuell tilrettelegging i dtgl. § 12 første ledd avviker ikke vesentlig fra gjeldende aml. § 13-5.²⁰¹⁵ Utvidelsen av diskrimineringsgrunnlaget etter dtgl. § 4, se dennes femte ledd, får ikke betydning i forhold til dtgl. § 12. Plikten til tilrettelegging vil altså bare gjelde arbeidssøkers og arbeidstakers egen reelle og aktuelle nedsatte funksjonsevne. For eksempel er en arbeidssøker som har et barn med funksjonsnedsettelse i utgangspunktet vernet mot at dette tillegges vekt i en ansettelsessituasjon, se ovenfor. Arbeidstaker vil likevel ikke kunne kreve tilrettelagt arbeidstid i medhold av dtgl. § 12 på dette grunnlag, verken ved ansettelse eller seinere. Hvorvidt diskrimineringsforbudet i dtgl. § 4 omfatter tilfeller hvor en arbeidssøker eller arbeidstaker er blitt stilt dårligere fordi hun *har krevd eller fått* tilpasset arbeidstid på grunnlag av nærstående nedsatte funksjonsevne, synes uklart.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven stiller ikke krav til universell utforming av arbeidsplass, sml. dtgl. § 9,²⁰¹⁶ og innebærer heller ikke realitetsendringer i forhold til arbeidsmiljølovens krav om generell tilrettelegging for arbeidstakere med ”funksjonshemming”, aml. § 4-1 fjerde ledd. Diskriminerings- og tilgjengelighetslovens krav til universell utforming på andre områder kan likevel få indirekte betydning for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Plikten til universell utforming for offentlig og privat virksomhet rettet mot allmennheten, dtgl. § 9 tredje ledd, og bygninger mv. rettet mot allmennheten, dtgl. § 10 og bygningsloven av 2008, kan også lette tilgjengeligheten for *arbeidstakere* i disse virksomheter og bygninger. Videre kan arbeidstakere med funksjonsnedsettelse selvsagt også dra nytte av kravene om universell utforming av IKT-løsninger, dtgl. § 11.

Arbeidsmiljølovens krav til det generelle og individuelle arbeidsmiljøet, kravene til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6 samt det alminnelige kontraktsvernet vil, også etter at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven trer i kraft, ha vesentlig praktisk betydning for vernet mot utstøting og diskriminering av personer med funksjonsnedsettelse.

²⁰¹⁴ Departementet synes å ville løse problemet ved å tolke kravet til årsakssammenheng (mellom ”nedsatt funksjonsevne” og det forhold at personen er kommet dårligere ut) snevert, se eksemplet som gis i Ot.prp. nr. 44 (2007-2004) s. 253-254.

²⁰¹⁵ Det er også forutsatt i forarbeidene til bestemmelsen at gjeldende rett videreføres, se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 264.

²⁰¹⁶ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 142-143 om pliktsubjektene i forhold til et krav om universell utforming. Se også Syse-utvalget drøftelse i NOU 2005: 8 s. 189-190 og, spesielt om arbeidsgivers plikt til generell tilrettelegging, Skjerdal i vedlegg 1 til NOU 2005: 8 s. 305-307.

4. Har diskriminerings- og utstøtingsvernet effekt? Veien videre.

Som vist i det foregående har avhandlingens emne, arbeidstakers vern mot utstøting og diskriminering på grunn av helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, vært gjenstand for stor oppmerksomhet i de seinere år. Dette gjelder på nasjonalt så vel som på internasjonalt plan. I Norge har denne oppmerksomheten ledet til stor reguleringsaktivitet både fra lovgivers og fra arbeidsmarkedets parters side:

Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv ble første gang inngått 2001-2005 og er seinere fornyet fra 2006 og ut 2009. I tillegg, og i sammenheng med dette, er arbeidsgivers plikter til tilrettelegging for sykmeldte innskjerpet i 2003 og 2007. Perioden en arbeidstaker er vernet mot oppsigelse på grunn av sykefravær er utvidet i 2005. Det lovfestede vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming ble først innført i 2001, revidert 2004 og 2005, og går nå snart inn i sin fjerde fase. Alle disse endringene har gått ut på at tilretteleggingsplikt, kontraktsvern og diskrimineringsvern er blitt skjerpet. I tillegg er innført stadig flere restriksjoner for innhenting og behandling av helseopplysninger i arbeidsforhold. Den nyeste og mest omfattende er her aml. § 9-3 fra 2005.

Spørsmålet er om denne store reguleringsaktiviteten har vært effektiv, i den forstand at den har forhindret utstøting fra og diskriminering i arbeidslivet. Slike faktiske effekter av lovgivning og annen regulering er selvsagt vanskelige å måle. Ett kriterium på suksess i forhold til formålet ville imidlertid vært at andelen av personer med funksjonsnedsettelse som var i arbeid økte. Et annet, og kanskje mer realistisk, kriterium ville være at arbeidssøkere og arbeidstakere reiste saker som resulterte i sanksjoner mot arbeidsgivere som brøt reglene.

Vi kan begynne med slå fast at det første ikke har skjedd. Andelen av personer med selvvurdert ”funksjonshemming” som er i arbeid har gått ned fra 2001 og 2007, til tross for inkluderende arbeidsliv og diskrimineringsvern. Selv om Intensjonsavtalen synes å ha bidratt til at flere ansatte med selvvurdert ”funksjonshemming” har fått tilrettelagt arbeidsplassen, har dette ikke ført til at tilgangen til uføreytelser er blitt merkbart lavere.²⁰¹⁷ Intensjonsavtalen synes heller ikke å ha gjort det lettere for arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse å oppnå nødvendig tilrettelegging.²⁰¹⁸ Anvik m.fl. (2007) konkluderer med at intensjonsavtalens delmål II, å få flere med funksjonsnedsettelse i arbeid, i liten grad har ført til resultater.²⁰¹⁹ Ifølge en OECD-rapport fra 2006 har Norge den høyeste raten for overgang til sykepenger eller uføreytelser i hele OECD-området. Rapporten viser også til at avtaleverket om inkluderende arbeidsliv, til tross for tilsynelatende gode tiltak, ikke har

²⁰¹⁷ Se kap. I pkt. 2.

²⁰¹⁸ Anvik m.fl. 2007 s. 43 (med videre henvisninger.)

²⁰¹⁹ Anvik m.fl. 2007 s. 54-55.

maktet å endre dette.²⁰²⁰ Det kan selvfølgelig hende at situasjonen ville vært enda dystre uten inkluderende arbeidsliv og diskrimineringsvern, men noen særlig kvantitativ effekt på sysselsettingen kan uansett ikke påvises.

Hvordan er det så med det andre kriteriet?

Som vist under kap. VII foreligger en god del rettspraksis som gjelder spørsmålet om arbeidsgiver har brutt sin plikt til individuell tilrettelegging for å unngå oppsigelse. I slike oppsigelsessaker synes arbeidstakers sjanser til å få medhold relativt gode.²⁰²¹ Men det er vanskelig å slå fast om sjansen er økt på grunnlag av den siste tids innskjerpinger avplikten til individuell tilrettelegging for sykmeldte eller satsingen på inkluderende arbeidsliv.²⁰²² Som nevnt har oppsigelsesvernet på ingen måte kunnet demme opp for tilgangen til uføreytelser.

Verken aml. § 9-3 om innhenting av helseopplysninger eller bioteknologilovens forbud mot etterspørring mv. av genetiske opplysninger har resultert i publisert praksis. Det er vanskelig å vurdere hvilken praktisk virkning disse forbudene har hatt. En kan tenke seg at forbudet i aml. § 9-3 kan ha hindret de mest åpenbare former for urettmessig innsamling av helseopplysninger, slik som krav om at alle arbeidssøkere skal utfylle generelle spørreskjemaer om helsetilstand eller krav om legeattest som vilkår for ansettelse i stillinger som ikke er spesielt belastende. Det vil imidlertid være praktisk vanskelig å hindre at det stilles spørsmål om helsetilstand eller tidligere sykefravær på intervju. Hvorvidt krav om genetiske opplysninger ved ansettelse overhodet har utgjort noe praktisk problem, er vanskelig å avgjøre.

Publiserte avgjørelser og uttalelser som gjelder diskrimineringsvern foreligger i liten utstrekning, og i de få sakene som foreligger har arbeidstaker i liten grad fått medhold. Ingen saker har pr. mai 2008 resultert i utmålt erstatning. I alt foreligger to publiserte lagmannsrettsavgjørelser;²⁰²³ Diskrimineringsnemnda har behandlet to klagesaker²⁰²⁴ og Sivilombudsmannen én.²⁰²⁵ Av disse fikk arbeidstaker ikke medhold i noen av rettsavgjørelsene, Nemnda fant at arbeidsgiver hadde brutt sin plikt til tilrettelegging i den ene klagesaken og Sivilombudsmannen fant arbeidsgivers handlemåte ”uheldig” i den ene saken som var oppe for ombudsmannen. I tillegg

²⁰²⁰ Se OECD 2006, særlig pkt. 7.1 Key problems and possible solutions in Norway, s. 151-155. Se også OECD 2003 s. 74 hvor det konkluderes med at Norge er det landet som har hatt sterkest fokus på atferding og opplæring, samtidig som tilgangen til uføreytelser er blant OECD-landenes høyeste.

²⁰²¹ Jfr. gjennomgangen av praksis under kap. VII. Min uttalelse bygger ikke på noen utarbeidet statistikk over avgjørelsene.

²⁰²² Et raskt søk på Lovdata viser at arbeidstaker har henvist til avtaleverket om inkluderende arbeidsliv i syv relevante oppsigelsessaker, med vekslende hell.

²⁰²³ LB-2007-893, revisor med Crohn/depresjon, som gjaldt oppsigelse, og LE-2006-189239, synshemmet lektor, som gjaldt ansettelse.

²⁰²⁴ LDN-2007-21, flyplassarbeider med AD/HD, som gjaldt arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging og LDN-2008-3, som primært gjaldt lønns- og arbeidsvilkår.

²⁰²⁵ Somb-2003-18, synshemmet søker til stilling som kirkeverge.

har Diskrimineringsombudet behandlet i alt fire klagesaker som gjaldt diskriminering på grunn av funksjonshemming i arbeidslivet.²⁰²⁶ Resultatet av syv års forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i arbeidslivet er altså magert både i forhold til hvor mange klager og søksmål som er fremmet og i forhold til resultatet av klagen og søksmålene.

Hva er grunnen til at de tiltak som er satt inn, ikke synes å fungere etter hensikten, og hva kan eventuelt gjøres for å bedre situasjonen?

En av utfordringene når en skal sette inn tiltak for å styrke sysselsettingen for personer med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, er at dette utgjør svært uensartet gruppe. Virkemidler som er effektive i forhold til personer med klart avgrensede fysiske funksjonsnedsettelser er ikke de samme som har effekt for personer med kroniske sykdommer som fører til økt risiko for sykefravær. Virkemidlene må altså være spesialtilpasset til ulike grupper og også til den enkelte arbeidstaker og hennes funksjonsnedsettelse.

I tillegg er det ikke gitt at alle grupper personer med funksjonsnedsettelse har sammenfallende interesser. Særlig i forhold til IA-avtaleverket vil det være en utfordring at dette inneholder flere og delvis motstridende målsettinger. Målsettingen å få ned sykefraværet er vanskelig å realisere dersom en samtidig skal rekruttere og beholde arbeidstakere med helseproblemer.²⁰²⁷ Videre kan økt satsing på individuelle tilretteleggingstiltak for *ansatte* i praksis gå på bekostning av nyrekruttering av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Undersøkelser har vist at arbeidsgiverne i liten utstrekning anser det som deres ansvar å tilrettelegge for utenforstående.²⁰²⁸

Som jeg var inne på under kap. I pkt. 2, vil endringer i arbeidsmarkedets struktur, med økt konkurranse og oppsplitting av virksomheter, gjøre at det blir vanskeligere for virksomhetene å foreta individuelle tilpasninger av arbeidsoppgaver og arbeidstid. Lovgivning kan i seg selv vanskelig motvirke denne utviklingen. Det kan imidlertid være verd å utrede om det er hensiktsmessig å utvide ansvaret for omplassering til ”annet foretak som kan utøve bestemmende innflytelse”.²⁰²⁹

Arbeidsgivernes kostnader med å tilrettelegge for arbeidstakere med funksjonsnedsettelser vil selvsagt være av betydning for deres villighet til å rekruttere og beholde denne gruppen. Hvor en arbeidstakers funksjonsnedsettelse fører til økt risiko for sykefravær, vil omfanget av arbeidsgivers plikt til å betale sykepenger, være av stor betydning. Dette tilsier at en bør vurdere å redusere

²⁰²⁶ Sak 07/1075, som gjaldt diskriminering med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår pga. funksjonshemmet datter, ble avvist. Ifølge Praksis 2007 hadde Diskrimineringsombudet dette året 23 veiledningssaker på arbeidslivets område, herav er to presentert i rapporten. Ifølge Praksis 2006 behandlet Ombudet i 2006 åtte veiledningssaker som gjaldt arbeidsliv. To av disse er omtalt i rapporten.

²⁰²⁷ Se bl.a. Wergeland og Bruusgaard 2005.

²⁰²⁸ Anvik m.fl. 2007 s. 44 og 57.

²⁰²⁹ Se Innst. O. nr. 100 (2004-2005) s. 14-15, hvor flertallet i kommunalkomiteén foreslår en generell utvidelse av arbeidsgiverbegrepet. Forslaget er ikke fulgt opp av den rødgrønne regjeringen.

arbeidsgiverperioden ved sykefravær.²⁰³⁰ Det svakt sanksjonerte forbudet mot innhenting av helseopplysninger ved ansettelse vil i praksis være verdiløst dersom arbeidsgiver er pålagt en stor del av den økonomiske risikoen for arbeidstakers sykefravær.²⁰³¹

Videre kan det reises spørsmål om det offentlige økonomiske virkemidler for å fremme sysselsetting i større utstrekning bør rettes inn mot tilrettelegging på arbeidsplassen. Blant annet Hvinden (2005) hevder at folketrygden i større utstrekning bør prioritere å gi støtte til hjelpemidler og tilrettelegging av arbeidsplassen fremfor individrettede tiltak for utdanning og kvalifisering.²⁰³²

Tiltak som positiv særbehandling og kvoter, særlig i forhold til ansettelse i offentlig sektor, vil kunne ha en viss kvantitativ effekt på sysselsettingen. Som jeg har vært inne på vil adgangen til positiv særbehandling av arbeidstakere med funksjonsnedsettelse være bredere enn for andre grupper, og det kan være all grunn til å vurdere å iverksette slike virkemidler i en større skala.²⁰³³

Vil mer aktiv bruk av diskrimineringsvernlovgivningen kunne bidra til å styrke stillingen på arbeidsmarkedet for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse?

Hvinden (2004)²⁰³⁴ og (2005)²⁰³⁵ legger til grunn at en økt bruk av eksisterende diskrimineringsvernlovgivning, kombinert med støtte til konkrete tilretteleggingstiltak vil kunne styrke stillingen i arbeidslivet for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Effekten av andre diskrimineringslover som har virket over tid har imidlertid vært vurdert som mager og til dels negativ.²⁰³⁶ Blant annet har sysselsettingen blant amerikanere med funksjonsnedsettelse har gått ned på 1990-tallet etter introduksjonen av ADA 1990, også i økonomiske oppgangstider, se bl.a. Burkhauser og Stapleton (2004).²⁰³⁷ Colker (2005) foretar en omfattende analyse av lovgivningens virkninger og konkluderer med at situasjonen for personer med funksjonsnedsettelse var dårlig i 1990 og ikke har endret seg til det bedre. Hun mener at det var naivt å tro at ADA kunne ha tydelig effekt for sysselsettingsmønstrene til denne gruppen.²⁰³⁸ Colker viser også at det er ført svært mange saker etter ADA, men bare en liten andel av

²⁰³⁰ Se for en stikk motsatt oppfatning OECD 2006 s. 153.

²⁰³¹ Wergeland og Bruusgaard 2005 refererer til en nederlandsk undersøkelse som viser at et tilsvarende forbud i Nederland i praksis ikke fungerer. Også Inghammar 2007 s. 390, er inne på at ansvar for sykepengene kan føre til utsortering ved ansettelse.

²⁰³² Se Hvinden 2005 s. 36-39.

²⁰³³ Se Anvik m.fl., 2007, s. 57-58, hvor kvoteordninger anbefales.

²⁰³⁴ Hvinden 2004 s. 333-340.

²⁰³⁵ Hvinden 2005 s. 36-39.

²⁰³⁶ Se for en oversikt over forskningen i forhold til ADA 1990 og DDA 1995, Anvik m.fl. 2007 s. 32-35. Se videre i forhold til amerikansk rett NOU 2005: 8 s. 115-116.

²⁰³⁷ Burkhauser og Stapleton 2004 s. 321-332, se særlig s. 326-327.

²⁰³⁸ Colker 2005 s. 70.

klagerne/sakssøkerne har nådd frem med sine krav.²⁰³⁹ Også effekten av den britiske DDA 1995 har stort sett blitt vurdert som liten.²⁰⁴⁰

Den manglende effekten av ADA 1990 og DDA 1995 har til dels vært forklart ved hjelp av en for snever definisjon av diskrimineringsgrunnlaget.²⁰⁴¹ Kanadisk diskrimineringslovgivning synes å ha vært vurdert som noe mer vellykket i forhold til hvor mange av sakssøkerne som får medhold.²⁰⁴² Også her foreligger imidlertid problemer i forhold til håndhevingen.²⁰⁴³ Det er videre uklart om diskrimineringsvernet har hatt betydning for den generelle sysselsettingen av personer med funksjonsnedsettelse.²⁰⁴⁴ I Sverige, så vel som i Norge, har diskrimineringsgrunnlaget i utgangspunktet vært bredt definert, uten at dette har resultert i et stort antall saker.²⁰⁴⁵

Diskrimineringslovgivning er altså ikke noe sesam sesam med hensyn til å styrke sysselsettingen blant arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Dette utelukker imidlertid ikke at diskrimineringslovgivning, in casu den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, kan ha et visst potensiale: For det første ved å forhindre eller sanksjonere brudd på diskrimineringsforbudet i forhold til en enkelt arbeidssøker eller arbeidstaker. For det annet, og viktigere, ved at loven bidrar til å bryte ned generelle fysiske, organisatoriske og holdningsmessige barrierer for sysselsettingen av ulike grupper arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

I forhold til den første effekten kan diskrimineringsforbudet ha en viss betydning ved ansettelse, ved at det kan hindre dårligere behandling av godt kvalifiserte arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse. Forbudet mot diskriminering er i utgangspunktet meritokratisk; den enkelte arbeidssøker eller arbeidstaker med funksjonsnedsettelse skal vurderes etter sine kvalifikasjoner på lik linje med arbeidstakere uten funksjonsnedsettelse. Dette innebærer at forbudet mot diskriminering ved ansettelse antakelig i første rekke vil verne høyt utdannede arbeidssøkere med klart avgrensede fysiske funksjonsnedsettelse, slik som syns-, hørsels eller bevegelseshemninger. For arbeidssøkere med mer sammensatte funksjonsnedsettelse, som er avhengig av omfattende organisatorisk tilrettelegging, vil forbudet mot diskriminering ved ansettelse uansett ha begrenset effekt.²⁰⁴⁶

I offentlig sektor eller i privat virksomhet hvor arbeidsgiver følger formelle prosedyrer ved ansettelse, vil det antakelig være mulig å slå ned på åpenbare forbigåelser av den best kvalifiserte

²⁰³⁹ Se gjennomgangen i Colker 2005 s. 69-95.

²⁰⁴⁰ Se blant annet Woodhams og Corby 2003 s. 159-178.

²⁰⁴¹ NOU 2005: 8 s. 115. I forhold til DDA 1995 se Woodhams and Corby ovenfor.

²⁰⁴² Se Oakes 2004, Chapter IV. Se også NOU 2005: 8 s. 118-119.

²⁰⁴³ NOU 2005: 8 s. 119 og s. 120-121.

²⁰⁴⁴ OECD 2003 s. 11 konkluderer med at ingen lands politikk på dette området har vært vellykket.

²⁰⁴⁵ Ifølge Inghammar 2007 hadde den svenske Arbetsdomstolen pr. 1. september 2006 tatt stilling til forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming i fire saker.

²⁰⁴⁶ Inghammar 2007 betoner sterkt diskrimineringsvernets elitistiske karakter, se bl.a. s. 387.

arbeidssøker. I tillegg vil det være mulig å ”arrestere” mindre profesjonelle arbeidsgivere uten kjennskap til diskrimineringsforbudet. På grunn av arbeidsgivers vide skjønnsmargin i en ansettelsessituasjon, vil det likevel uansett neppe være vanskelig for arbeidsgiver å finne en vikarierende grunn til ikke å ansette arbeidssøkeren med funksjonsnedsettelse.

Videre kan forbudet mot diskriminering ved ansettelse få betydning for arbeidssøkere med usynlige funksjonsnedsettelse, som dysleksi eller psykisk sykdom, ved at det begrenser arbeidsgivers adgang til å påberope seg opplysningssvikt ved ansettelse. En arbeidssøker vil kunne fortie forhold arbeidsgiver ikke har rett til å legge vekt på, og antakelig i en viss utstrekning også kunne gi direkte uriktige opplysninger om forhold arbeidsgiver ikke har anledning til å innhente opplysninger om.²⁰⁴⁷ Har arbeidssøker store hull i cv-en på grunn av for eksempel langvarig psykisk sykdom er det imidlertid vanskelig å hindre at dette i praksis tas hensyn til, enten arbeidssøker velger å fortelle om sykdommen eller ikke.

Forbudet mot diskriminering under arbeidsforholdet kan videre gi den enkelte en praktisk gjennomføringsmåte for krav om likeverdige lønns- og arbeidsvilkår samt individuell tilrettelegging av arbeidssituasjonen. Selv om en arbeidstaker i prinsippet kan påberope så vel et generelt likebehandlingsprinsipp som et krav om individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6 for domstolene, er det klart at dette ikke utgjør noen praktisk gjennomføringsmetode. Diskrimineringsombudet vil her kunne gi veiledning om rettigheter i forhold til lønns- og arbeidsvilkår og i forhold til individuell tilrettelegging. Videre kan Nemnda i særlige tilfeller gi pålegg om å endre lønns- og arbeidsvilkår. Det særlige håndhevingsapparatet kan altså bidra til å effektivisere plikten til individuell tilrettelegging. I praksis vil Ombudet likevel ikke ha ressurser til å utrede mer komplekse saker som gjelder individuell tilrettelegging i arbeidsforhold. I saker som gjelder oppsigelse vil forbudet mot diskriminering neppe ha særlig praktisk betydning.

På det generelle plan kan diskriminerings- og tilgjengelighetslovens krav til universell utforming av virksomhet rettet mot allmennheten²⁰⁴⁸, bygninger rettet mot allmennheten²⁰⁴⁹ og IKT-utstyr²⁰⁵⁰ ha indirekte betydning i arbeidslivet, se nærmere ovenfor under pkt. 3. Slike generelle krav vil i første rekke være til nytte for arbeidstakere med fysiske funksjonsnedsettelse.

Videre kan Diskrimineringsombudet sette fokus på og bidra til å få endret generelle krav og generelle praksis som virker utstøtende. For eksempel kan dette gjelde unødvendig strenge helsekrav til utførelsen av visse typer arbeid eller yrker, samt annen praksis eller rutiner som bidrar til å stenge ute personer med visse typer funksjonsnedsettelse.

²⁰⁴⁷ Se under kap. V pkt. 3.4.

²⁰⁴⁸ Se dtgl. § 9 tredje ledd.

²⁰⁴⁹ Se dtgl. § 10 jfr. bygningsloven av 2008.

²⁰⁵⁰ Se dtgl. § 11.

Endelig skal en ikke undervurdere lovgivningens holdningsskapende effekter. I løpet av de siste 30 år har andelen kvinner som er yrkesaktive, økt kraftig. Dette er selvsagt ikke bare likestillingsloven av 1978 eller Likestillingsombudets fortjeneste. Men loven og Likestillingsombudet har klart bidratt til å endre holdningen til kvinner i arbeidslivet, herunder også hvilke yrker kvinner er egnet til. Opplysnings- og holdningskampanjer med fokus på hva mennesker med funksjonsnedsettelse faktisk kan gjøre, bør kunne bidra til å fjerne noen holdningsmessige barrierer på arbeidsmarkedet, og dermed gi grunnlag for at personer med funksjonsnedsettelse skal kunne oppnå arbeid og ha fremgang på det ordinære arbeidsmarkedet.

Kilder

Litteratur

Andersen 1967	Kristen Andersen, <i>Fra arbeidslivets rett</i> , Oslo 1967.
Anvik m.fl. 2007	Cecilie Høy Anvik, Terje Olsen, Lise Lien, Merethe Sollund, Thomas A. Hansen, <i>Kunnskapsstatus for IA-avtalens delmål II: Rekruttere og beholde arbeidstakere med redusert funksjonsevne</i> , NF-rapport 2007.
Arnesen 2004	Finn Arnesen i Fredrik Sejersted m.fl, <i>EØS-rett</i> , 2. utgave, Oslo 2004.
Berg 1930	Paal Berg, <i>Arbeidsrett</i> , Oslo 1930.
Bernt 1980	Jan Fridthjof Bernt, <i>Erstatningsansvar for tap på grunn av feil ved offentlig myndighetsutøving</i> , Lov og Rett, Universitetsforlaget, Oslo 1980.
Bjørnaraa m.fl. 2000	Torgeir Bjørnaraa, Espen Gaard og Annette Selmer, <i>Norsk tjenestemannsrett: kommentarer til Tjenestemannsloven med forskrifter mv.</i> , Tano Aschehoug 2000.
Brofoss og Eskeland 1975	Knut Brofoss og Ståle Eskeland, <i>Rett til arbeid? – en fremstilling av rettsreglene om private arbeidsforhold med særlig henblikk på spørsmålet om svakstilte gruppers interesse i å få og beholde arbeid</i> , Stensil, Institutt for retts sosiologi, UiO, Oslo 1975.
Burkhauser og Stapleton 2004	Richard V. Burkhauser og David C. Stapleton, <i>Employing Those Not Expected to Work: The Stunning Changes in the Employment of Single Mothers And People with Disabilities in the United States in the 1990s</i> , i Marin, Bernd,

	Prinz, Christopher og Queisser, Monika, <i>Transforming Disability Welfare Policies: Toward Work and Equal Opportunity</i> , 2004.
Bø 2002	Tor Petter Bø Funksjonshemmede på arbeidsmarkedet – rapport fra tilleggsundersøkelse til Arbeidskraftundersøkelsen (AKU) 2. kvartal 2002 Rapporter 2003/4 • Statistisk sentralbyrå 2002.
Colker 2005	Ruth Colker, <i>Disability Pendulum: The First Decade of the Americans with Disabilities ACT</i> , New York, USA, New York University Press 2005.
Craig 2007	Ronald L. Craig, <i>Systematic Discrimination in Employment and the promotion of ethnic equality</i> , Martinus Nijhoff Publishers 2007.
Debes 1989	Jan Debes, <i>I statens tjeneste: norsk tjenestemannsrett</i> , TANO 1989.
Dege 1997 bind III	Jan Tormod Dege, <i>Arbeidsgivers styringsrett, bind III</i> , Dege & Co advokatfirma, Minerva 1997
Dege 1997 bind II	Jan Tormod Dege, <i>Arbeidsgivers styringsrett, bind II</i> , Dege & Co advokatfirma, Minerva 1997.
Dege 1995	Jan Tormod Dege, <i>Arbeidsgivers styringsrett, bind I</i> , Dege & Co advokatfirma, Minerva 1995.
Doyle 2005	Brian J. Doyle, <i>Disability Discrimination Law and Practice</i> , Fifth Edition, Jordan Publishing Limited 2005.
Eckhoff 1971	Torstein Eckhoff, <i>Rettferdighet ved utveksling og fordeling av verdier</i> , Oslo 1971.
Eckhoff 1989	Torstein Eckhoff, <i>Forvaltningsrett</i> , 3. utgave, Oslo 1989.

Eckhoff og Helgesen 2001	Torstein Eckhoff, <i>Rettskildelære</i> , 5. utgave ved/ Jan Helgesen, Oslo 2001.
Eckhoff og Smith 2006	Torstein Eckhoff og Eivind Smith, <i>Forvaltningsrett</i> , 8. utgave, Oslo 2006.
Eggen 2002	Kyrre Eggen, <i>Ytringsfrihet: vernet om ytringsfrihet i norsk rett</i> , Cappelen akademiske forlag, Oslo 2002.
Eidsvaag 2002	Tine Eidsvaag, <i>Vern mot diskriminering av funksjonshemmede arbeidstakere i et EØS- perspektiv; Nybrott og odling</i> , Festskrift til Nils Nygaard 2002.
Emberland 2006	Marius Emberland, <i>Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet</i> , Jussens Venner 2006 nr. 4. s. 197-235.
Engelsrud 2003	Gerd Engelsrud, <i>Styring og vern: Arbeidsrett for kommuner og fylkeskommuner</i> , 2. utgave, Oslo 2003.
Evju 1979	Stein Evju, <i>Om kontraktsvern, arbeidstilsyn og straff</i> , s. 251-376 i Stein Evju og Henning Jakhelln, <i>Arbeidsrettlige emner</i> , Oslo 1979
Evju 1982	Stein Evju, <i>Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik</i> , Oslo 1982.
Evju 1986	Stein Evju, <i>Likestillingslovens § 14 og arbeidsretten</i> , Uttalelse til Forbruker- og Administrasjonsdepartementet 2. april 1986.
Evju 2006	Stein Evju, <i>Aldersdiskriminering, likebehandling, og pensjonsalder. Om Mangold, Chacòn Navas – og arbeidsmiljølovens kap. 13,</i> i <i>Arbeidsrett</i> nr. 3 2006 s. 137-162.
Fanebust 1987	Arne Fanebust, <i>Tjenestemannsrett: tilsetning og opphør av arbeidsavtaler: rett og plikt i arbeidsforholdet</i> , Oslo 1987.
Fanebust 2001	Arne Fanebust, <i>Oppsigelse i arbeidsforhold:</i>

	<i>krav om "saklig grunn", forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet, 4. utgave, Oslo 2001.</i>
Feldblum 2000	Chai R. Feldblum, <i>Definition of Disability Under Federal Anti-Discrimination Law: What happened? Why? And what can we do about it?</i> , Berkeley Journal of Employment and Labour Law vol. 21 no. 1 2000.
Fossestøl og Widding 2007	Knut Fossestøl og Steinar Widding, <i>Hvorfor kommer ikke flere funksjonshemmede i jobb?</i> , i <i>Annus socialis</i> 2007 s. 16-20.
Fougner m.fl. 2003	Jan Fougner, Eli Aasheim, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Espen Bergh, Tron Sundet, <i>Omstilling og nedbemanning</i> , fra Wiersholm, Melbye og Bech, Universitetsforlaget 2003.
Fougner og Holo 2006	Jan Fougner og Lars Holo, <i>Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave</i> , Gyldendal, Oslo 2006.
Fougner 2007	Jan Fougner, <i>Endring i arbeidsforhold: styringsrett og arbeidsplikt</i> , Universitetsforlaget 2007.
Friberg m.fl. 1998	Odd Friberg, Jan Fougner og Lars Holo, <i>Arbeidsmiljøloven, Kommentارutgave, 7. utgave</i> , Universitetsforlaget 1998.
Frihagen 1992	Arvid Frihagen, <i>Forvaltningsrett Bind III: Omgjøring, kontroll og ugyldighet</i> , Forlaget A. Frihagen A/S, Bergen 1992. Hansen og Svalund 2007 Inger Lise Skog Hansen og Jørgen Svalund, <i>Funksjonshemmede på arbeidsmarkedet – Et oversiktsbilde</i> , FAFO-notat 2007:2.
Graver 2003	Hans Petter Graver, <i>Internasjonale konvensjoner som rettskilder</i> , Lov og Rett,

	Universitetsforlaget 2003.
Graver 1991	Hans Petter Graver, Taushetsplikt og opplysningsplikt i bedriftshelsetjenesten, Lov og Rett, Universitetsforlaget, 1991.
Giertsen 2006	Johan Giertsen, <i>Avtaler</i> , Universitetsforlaget 2006.
Hagstrøm 1987	Viggo Hagstrøm, <i>Offentligrettslig erstatningsansvar: Studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett</i> , Oslo 1987.
Halvorsen 1977	Knut Halvorsen, <i>Arbeid eller trygd</i> , Oslo 1977.
Halvorsen 1982	Marit Halvorsen, "Om likestillingslovens § 4, 2. ledd", <i>Kvinnerettslige studier</i> , Oslo 1982.
Hasselbalch 2002	Ole Hasselbalch, <i>Ansættelsesretten</i> , København 2002.
Holgerson 1984	Gudrun Holgerson, <i>Likestillingsloven: særlig om lovens anvendelse i utdanning og næringsliv</i> , Bergen 1984.
Holgerson 1998	Gudrun Holgerson, <i>Likestillingsloven og tariffavtaler</i> , Festskrift til Per Stavang i Stat, politikk og folkestyre, Bergen 1998.
Hosking 2006	David L. Hosking, <i>Great Expectations: Protection from Discrimination because of Disability in Community Law</i> , <i>European Law Review</i> , vol. 31 no. 5 October 2006 s. 667-689.
Hov 2002	Jo Hov, <i>Avtaleslutning og ugyldighet, kontraktsrett I</i> , 3. utgave, Oslo 2002.
Hov 2007	Jo Hov, <i>Rettergang III, Sivilprosess</i> , Oslo 2007.
Hvinden 2004	Bjørn Hvinden, <i>How to Get Employers to Take on Greater Responsibility for the Inclusion of Disabled People in Working Life?</i> i Bernd Marin, Christopher Prinz, Monika Queisser (Eds.) <i>Transforming Disability Welfare Policies, Toward Work and Equal</i>

	Opportunities, European centre Vienna 2004 s. 333-340.
Hvinden 2005	Bjørn Hvinden, <i>Har vi nødvendige virkemidler for å oppnå inkludering?</i> i <i>Velferd 6/7-05</i> s. 36-39.
Hydén 1990	Håkan Hydén, <i>Den Nordiska Modellen: Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden/</i> Nicklas Bruun m.fl., Malmö 1990 s. 177-258.
Inghammar 2007	Andreas Inghammar, <i>Funktionshindrad – med rätt till arbete?: En komparativ studie av arbeidsrättslige regleringer kring arbete och funksjonshinder i Sverige, England och Tyskland</i> , Lund 2007.
Iseskog 2005	Tommy Iseskog, <i>Omplacering</i> , Nordstedts Juridik, Stockholm 2005.
Jakhelln 1967	Henning Jakhelln, <i>Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold</i> , Lov og Rett, Universitetsforlaget 1967.
Jakhelln 2006	Henning Jakhelln, <i>Oversikt over arbeidsretten</i> , 4. utgave, N.W Damm & Søn, Oslo 2006.
Jakhelln og Aune 2006	Henning Jakhelln og Helga Aune, <i>Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven</i> , N.W Damm & Søn, Oslo 2006.
Johansen m.fl. 2001	Michal Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud, <i>Personopplysningsloven: kommentarutgave</i> , Universitetsforlaget 2001.
Justesen 2005	Pia Justesen, <i>Special measures and affirmative action</i> , i Susanne Nour og Lars Nellesmann Thisted [eds.], <i>Diversity in the workplace – when we are equal, but not the same</i> , Børsens

	forlag, København 2005.
Kirkøen 2003	Christel Kirkøen, <i>Likebehandlingsprinsippet – effektiv sanksjonering</i> , Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 8/2003.
Kofod Olsen m.fl. (red.) 2005	Birgitte Kofod Olsen, Maria Ventegodt Liisberg og Morten Kjærum, <i>Personer med funksjonsnedsettelse i Danmark</i> , Institut for Menneskerettigheter, bind III, København 2005.
Kommunenes Sentralforbund 1997	Kommunenes Sentralforbund, Ansettelse i kommunesektoren, Personalpolitikk, ansettelsesprosedyrer og rettsregler, 2. utgave 1997
Krüger 1989	Kai Krüger, <i>Norsk kontraktsrett</i> , Alma mater 1989.
Layard 2005	Richard Layard, <i>Happiness: lessons from a new science</i> , Penguin Books, New York 2005.
Lerwall 2001	Lotta Lerwall, <i>Könsdiskriminering: en analys av nationell och internationell rätt</i> , Uppsala, Iustus 2001.
Lind 2006	Martin Gräs Lind, <i>Medarbejderes integritetsbeskyttelse i dansk ret: med særlig fokus på databeskyttelse, kontrol og overvågning i den private sektor</i> , DJØF, København 2006.
Lundström 2000	K. Lundström, <i>Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning</i> , 2000.
Lødrup 2005	Peter Lødrup, <i>Lærebok i erstatningsrett</i> , 5. utgave, Gyldendal akademiske forlag 2005.
Malmberg 2005	Jonas Malmberg, <i>Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten</i> , i forhandlingene ved Det 37. Nordiske Juristmøte i Reykjavik. 18-20. august 2005.

Malmberg 2003	Jonas Malmberg (ed.), <i>Effective enforcement of EC Labour Law: studies in employment and social policy</i> , The Hague: Kluwer law 2003.
Mandal m.fl. 2008	Roland Mandal, Bjørn Rickhard Nuland og Arne Backer Grønningsæter, <i>Fortsatt farlig å kysse? Kunnskap og holdninger til hiv</i> , FAFO-rapport 2008:21.
Mirmotahari 2007	Amir Mirmotahari, <i>EMK og mellomprivate konflikter: Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon</i> , Cappelen akademisk forlag 2007.
Nazarian 2007	Henriette Nazarian, <i>Lojalitetsplikt i kontraktsforhold</i> , Oslo 2007.
Nielsen og Rehof 1998	Henrik Karl Nielsen og Lars Adam Rehof, <i>International arbeidsret</i> , København 1998.
Nielsen 2006	Ruth Nielsen, <i>EU-arbejdsret</i> , København 2006.
Nygaard 2004	Nils Nygaard, <i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , 2. utgåve, Universitetsforlaget 2004.
Nygaard 2007	Nils Nygaard, <i>Skade og ansvar</i> , 6. utgåve, Universitetsforlaget 2007.
Oakes 2004	Wayne Thomas Oakes, <i>Perspectives on Disability, Discrimination, Accommodations and Law: A comparison of the Canadian and American Experience</i> , New York, NY, USA 2004.
OECD 2006	OECD-rapport 2006, <i>Sickness, Disability and Work, Breaking the Barriers</i> , Norway, Poland and Switzerland, Vol. 1.
OECD 2003	OECD-rapport 2003, <i>Transforming Disability into Ability, Policies to Promote Work and</i>

	Income Security for Disabled People,
Olsen og Thi Van 2007	Bjørn Olsen og Mem Thi Van, <i>Funksjonshemmede på arbeidsmarkedet,</i> Rapport fra tilleggsundersøkelse til Arbeidskraftundersøkelsen (AKU) 2. kvartal 2007.
Olsnes 1987	Ragnhild Olsnes, <i>Rætfærd</i> nr. 36, Nordisk Juridisk Tidsskrift, 1987 s. 95-98.
Opsahl 1977	Torkel Opsahl i <i>Rett og humanisme</i> , Festskrift til Kristen Andersen, Oslo 1977.
Quinn 1995	Gerard Quinn, <i>The international convention of C and P rights, Human rights and Disabled Persons</i> , Degener og Koster-Dreese (eds.), Dordrecht 1995.
Quinn 1999	Gerard Quinn, <i>The Human Rights of People with Disabilities under EU Law, The EU and Human Rights</i> , Alston m fl. (eds.) Oxford 1999.
Quinn og Degener m. fl. 2002	Gerard Quinn og Theresia Degener m fl., <i>Human rights and Disabilities: the Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability,</i> 2002.
Rasmussen 1997	Ørnulf Rasmussen, <i>Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet</i> , Ålesund 1997.
Rehof og Trier 1990	Lars Adam Rehof og Tyge Trier, <i>Menneskeret,</i> Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1990
Schafft og Spjelkavik 2006	AFI-notat, Schafft, Angelika og Øystein Spjelkavik, <i>Arbeid og psykisk helse: underveisevaluering av Vilje Viser Vei og Storbysatsningen</i> , Oslo, Arbeidsforskningsinstituttet 2006.
Schei m.fl. 2007	Tore Schei m.fl, <i>Tvisteloven, Kommentartutgave</i>

	<i>bind I</i> , Universitetsforlaget, Oslo 2007.
Scheinin 2001	Martin Scheinin, <i>Economic and Social rights as Legal Rights</i> ; Eide m.fl [eds.] <i>Economic, Social and Cultural Rights</i> , Kluwer Law Int. 2001.
Sejersted 1997	Fredrik Sejersted, <i>Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context – On the Legal Dynamics of the EEA-agreement</i> , i Peter-Christian Müller-Graff/Erling Selvig [eds.] <i>The European Economic Area – Norway’s Basic Status in the Legal Construction of Europe</i> , Berlin 1997.
Simonsen 1997	Lasse Simonsen, <i>Prekontraktuell erstatningsansvar: det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser</i> , Oslo 1997.
Skarning 2007	Nicolay Skarning, <i>Oppreisningserstatning ved oppsigelse og avskjed – grunnlag, nivåer og skatt</i> , <i>Arbeidsrett</i> vol. 4 nr. 3 2007.
Skjerdal 2005	Nicolai V. Skjerdal, <i>Universell utforming – Fra ideal til rettsnorm</i> , vedlegg 1 til NOU 2005: 8.
Stabel 1993	Ingse Stabel, <i>Likestillingsombudet og forholdet til Sivilombudsmannen</i> , i <i>Lov og Rett</i> , Universitetsforlaget, 1993.
Strand 2007	Vibeke Blaker Strand, <i>Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett - et ensartet vern? Fagfellevurdert artikkel</i> , <i>Lov og Rett</i> , Universitetsforlaget 2007
Syse 1997	Aslak Syse, <i>Funksjonshemmedes rettigheter i velferds-Norge</i> , 1997.
Syse og Hotvedt 2007	Aslak Syse og Marianne Jenum Hotvedt, <i>Om diskrimineringsvern i et</i>

	<i>menneskerettsperspektiv – med fokus på diskrimineringsgrunnlaget ”nedsatt funksjonsevne”, i Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 2 2007 s. 119-139.</i>
Thüsing 2003	Gregor Thüsing, <i>Following the US Example: European Employment Discrimination Law and the impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC</i> , i <i>The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations</i> , vol. 19/2 2003.
Tønder 1975	Bård Tønder, <i>Saklige hensyn ved ansettelse i offentlig tjeneste</i> , Særavhandling ved UiO 1975.
Vigerust 1998	Elisabeth Vigerust, <i>Arbeid, barn og likestilling – rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet</i> , Aschehoug 1998.
Vigerust 2003	Elisabeth Vigerust, <i>Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn</i> , Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4, 2003.
Waddington 1995	Lisa Waddington, <i>Disability, Employment and the European Community</i> , Maklu 1995.
Waddington 2005	Lisa Waddington, <i>Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion</i> , i Anna Lawson and Caroline Gooding (eds.), <i>Disability Rights in Europe. From Theory to Practice. Essays in European Law</i> , Oxford and Portland, Oregon, 2005.
Waddington og Hendriks 2002	Lisa Waddington og Aart Hendriks, <i>The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination</i> i <i>The International Journal of Comparative Labour</i>

	Law and Industrial Relations, Volum 18/3, 403-427, 2002.
Wergeland og Bruusgaard 2005	E. Wergeland og D. Bruusgaard, <i>Er fraværsreduksjon en oppgave for leger? (Kro) 21/2984-7</i> , i Tidsskrift for den norske lægeforening Nr. 21/ 3. november 2005.
Westregård 2002	Annamaria J. Westregård, <i>Integritetsfrågor i arbetslivet</i> , Nr. 144, Lund Universitet 2002.
Whittle 2002	Richard Whittle, <i>The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis from a Disability Rights Perspective</i> , European Labour Law Review 2002 s. 303-3207.
Wilhelmsen 1995	Trine Lise Wilhelmsen, <i>Forsikringsselskapers kontraheringsplikt – referat fra møte i Norsk Forsikringsjuridisk forening 16. februar 1995</i> , Norsk Forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr. 69 1995.
Woodhams og Corby 2003	Carol Woodhams og Susan Corby, <i>Defining Disability in Theory and Practice: A Critique of the British Disability Discrimination Act 1995</i> , i Journal of Social Policy 2003 vol. 32 2 s. 159-178.
Aall 2007	Jørgen Aall, <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , 2. utgave, Bergen 2007.

Norske rettskilder

Lover og forskrifter mv.

Gjeldende norske lover

Arbeidsmarkedsloven	Lov om arbeidsmarkedstiltak, 10. desember 2004 nr. 176.
Arbeidsmiljøloven (aml.)	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern, 17. juni 2005 nr. 62.
Arbeidstvistloven (arbtvl.)	Lov om arbeidstvister, 5. mai 1927 nr. 1.
Arbeids- og velferdsforvaltningsloven	Lov om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven), 16. juni 2006 nr. 20.
Avtaleloven (avtl.)	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer, 31. mai 1918 nr. 4.
Bioteknologiloven	Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. 5. desember 2003 nr. 100.
Bygningsloven av 2008	Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen), 27. juni 2008 nr. 71.
Diskrimineringsloven (diskrl.) etnisitet,	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av religion m.v. 3. juni 2005 nr. 3.
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (dtgl.)	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, 20. juni 2008 nr. 42.

Diskrimineringsombudsloven (Idol.)	Lov om Likestillings- og Diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda, 10. juni 2005 nr. 40.
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. 27. november 1992 nr. 109.
Folketrygdloven (ftrl.)	Lov om folketrygd, 28. februar 1997 nr. 19.
Foreldelsesloven	Lov om foreldelse av fordringer, 18. mai 1979 nr. 18.
Forvaltningsloven (fvl.)	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker, 10. februar 1967.
Grunnloven	Kongeriket Norges Grundlov, 17. mai 1814.
Helsepersonelloven	Lov om helsepersonell mv., 2. juli 1999 nr. 64.
Kommuneloven	Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven), 25. september 1992 nr. 107.
Likestillingsloven (lstl.)	Lov om likestilling mellom kjønnene, 9. juni 1978 nr. 45.
Menneskerettsloven (mrl.)	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21. mai 1999 nr. 30.
Offentlighetsloven	Lov om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven), 19. juni 1970 nr. 69.

Ombudsmannsloven	Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 22. juni 1962 nr. 8.
Opplæringsloven	Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova), 17. juli 1998 nr. 61.
Pasientrettighetsloven	Lov om pasientrettigheter, 2. juli 1999 nr. 63.
Personopplysningsloven (popplyl.)	Lov om behandling av personopplysninger, 14. april 2000 nr. 31.
Sjømannsloven	Sjømannslov, 30. mai 1975 nr. 18.
Skadeserstatningsloven (skl.)	Lov om skadeserstatning, 13. juni 1969 nr. 26.
Skipssikkerhetsloven	Lov om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven), 16. februar 2007 nr. 9.
Smittevernloven	Lov om vern mot smittsomme sykdommer, 5. august 1994 nr. 55.
Straffeloven (strl.)	Almindelig borgerlig Straffelov, 22. mai 1902 nr. 10.
Tjenestemannsloven (tjml.)	Lov om statens tjenestemenn m.m. 4. mars 1983 nr. 3.
Tvangsfullbyrdelsesloven	Lov om tvangsfullbyrdelse, 26. juni 1992 nr. 86.
Tvisteloven (tvl.)	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), 17. juni 2005 nr. 90.
Universitets- og høyskoleloven	Lov om universiteter og høyskoler, 1. april 2005 nr. 15.
Yrkesskadeforsikringsloven (ysfl.)	Lov om yrkesskadeforsikring, 16. juni 1989 nr. 65.

Opphevede lover.

Lov om medisinsk bruk av bioteknologi (bioteknologiloven), 5. august 1994 nr. 56.

Lov om leger (legeloven), 13. juni 1980 nr. 42.

Lov om personregister m.m., 9. august 1978 nr. 48.

Lov om statens tjenestemenn m.m. 10. juni 1977 nr. 65.

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. 4. februar 1977 nr. 4.

Lov om folketrygd (folketrygdloven), 17. juni 1966 nr. 12.

Lov om arbeidsvilkår for hushjelp, 31. mai 1963 nr. 3.

Lov om attføringshjelp, 22. januar 1960 nr. 2.

Lov om trygd mot arbeidsløyse, 28. mai 1959 nr. 4.

Lov om arbeidervern, 7. desember 1956 nr. 2.

Lov om sjømenn, 27. juli 1953 nr. 25.

Lov om lærlinger i håndverk, industri, handel og kontorarbeid, 19. juli 1950 nr. 5.

Midlertidig lov om arbeidsforhold for hushjelp, 3. desember 1948 nr. 5.

Lov om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven), 27. juni 1947 nr. 9.

Lov om arbeidervern, 19. juni 1936 nr. 8.

Lov om lægers rettigheter og plikter, 29. april 1927.

Lov om sjømenn, 16. februar 1923 nr. 1.

Lov om offentlige tjenestemænd, 15. februar 1918 nr. 1.

Lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter, 18. september 1915.

Lov om haandverksnæring, 25. juli 1913 nr. 11.

Lov om tilsyn med arbeide i fabrikker mv. (fabrikktilsynsloven), 10. september 1909 nr. 3.

Lov om Fattigvæsenet, 19. mai 1900 nr. 1.

Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv., 27. juni 1892.

Lov om Fattigvæsenet i Kjøbstæderne, 6. juni 1863.

Lov om Fattigvæsenet paa Landet, 6. juni 1863.

Lov om Fattigvæsenet, 20. september 1845.

Gjeldende forskrifter.

Forskrift til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften) av 15. desember 2006 nr. 1456.

Forskrift om ansettelsesvilkår for stillinger som postdoktor, stipendiat, vitenskapelig assistent og spesialkandidat av 31. januar 2006 nr. 102.

Forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven av 16. desember 2005 nr. 1569.

Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper av 16. desember 2005 nr. 1567.

Forskrift om stønad til hjelpemidler mv. til bedring av funksjonsevnen i arbeidslivet og i dagliglivet og til ombygging av maskiner på arbeidsplassen av 3. august 2005 nr. 843.

Forskrift om gjennomføring av felleseuropeiske bestemmelser om medisinske krav for tjenestegjørende på luftfartøy, BSL JAR-FCL 3 (Flight Crew Licencing) amendment 4 av 31. januar 2005 nr. 215.

Forskrift om arbeidsmiljø, sikkerhet og helse for arbeidstakere på skip av 1. januar 2005 nr. 8.

Forskrift om tjenestegjøring i internasjonale operasjoner av 10. desember 2004 nr. 1643.

Forskrift av 27. desember 2004 nr. 1838 om uførepensjon brukt som lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid.

Forskrift om tilretteleggingstilskudd av 19. desember 2003 nr. 1671.

Forskrift om krav til helse for personell med arbeidsoppgaver av betydning for trafiksikkerheten ved jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (helsekravforskriften) av 18. desember 2002 nr. 1678.

Forskrift om tuberkulosekontroll av 21. juni 2002 nr. 567.

Forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember 2001 nr. 1544.

Forskrift om lønnstilskudd ved reaktivisering av uførepensjonister til ordinært arbeid av 14. desember 2001 nr. 1458.

Forskrift om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip av 19. oktober 2001 nr. 1309.

Forskrift om vern mot eksponering for kjemikalier på arbeidsplassen (kjemikalieforskriften) av 30. april 2001 nr. 443.

Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften) av 15. desember 2000 nr. 1265.

Forskrift om tilskudd av lengre varighet for personer med redusert arbeidsevne som følge av lidelser med variabelt forløp av 23. juni 2000 nr. 682.

Forskrift om vern mot eksponering for biologiske faktorer (bakterier, virus, sopp m.m.) på arbeidsplassen av 19. desember 1997 nr. 1322.

Forskrift om stønad til tolke- og ledsagerhjelp for døvblinde av 15. april 1997 nr. 321.

Forskrift om stønad til tolkehjelp for hørselshemmede av 15. april 1997 nr. 320.

Forskrift om stønad til lese- og sekretærhjelp for blinde og svaksynte av 15. april 1997 nr. 319.

Forskrift om stønad til hjelpemidler mv til bedring av funksjonsevnen i arbeidslivet og i dagliglivet og til ombygging av maskiner på arbeidsplassen av 15. april 1997 nr. 318.

Forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk av 22. januar 1997 nr. 33.

Forskrift om forhåndsundersøkelse av arbeidstakere innen helsevesenet – antibiotikaresistente bakterier av 5. juli 1996 nr. 700.

Forskrift om arbeidsplasser og arbeidslokaler av 16. februar 1995 nr. 170.

Forskrift om verne- og helsepersonale av 21. april 1994 nr. 333.

Forskrift om asbest av 16. august 1991 nr. 600.

Forskrift om dykking av 30. november 1990 nr. 944.

Forskrift om arbeid med ioniserende stråling av 14. juni 1985 nr. 1157.

Forskrift til lov om statens tjenestemenn m.m. av 11. november 1983 nr. 1608.

Forskrift om verneombud og arbeidsmiljøutvalg av 29. april 1977 nr. 7.

Forskrift om helseattest ved tilsetning i presteembeter og -stillinger av 19. juli 1948 nr. 1

Opphevede forskrifter

Forskrift i medhold av lov om personregistre m.m., 21. desember 1979 nr. 22.

Forskrift om bedriftshelsetjenesten, 26. oktober 1979.

Forskrift om tilskott til arbeidstilvenning i forbindelse med yrkesmessig attføring, 8. juli 1977.

Rundskriv og veiledninger

Rundskriv I-20/2000 til lov om sosiale tjenester mv. Brukerstyrt personlig assistanse

RSK 01.05 1997 nr. 52 Rundskriv til folketrygdloven § 10-7.

RSK 01.05 1997 nr. 49 Rundskriv til folketrygdloven kapittel 8.

Rundskriv P-44/73 fra Forbruker og administrasjonsdepartementet, 7. mai 1973.

Arbeidstilsynets ”Veiledning om helseundersøkelse og fysiske tester for røyk- og kjemikaliedykkere” fra 2005.

Offentlige utredninger, dokumenter m.v.

Dokument 8-forslag

Dok. nr. 8: 153 (2001-2002) Forslag fra stortingsrepresentantene Ola D. Gløtvold og Magnhild Meltveit Kleppa om å oppheve bedriftenes egenandel på ½ G på hjelpemidler ved tilrettelegging av arbeidsplasser.

Dok. nr. 8: 25 (1999-2000) Forslag fra stortingsrepresentantene Karin Andersen og Olav Gunnar Ballo om endringer i lov 4. februar 1997 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv., endringer i § 55 A slik at det blir forbud mot å diskriminere funksjonshemmede ved ansettelse mv.

Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteén om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Innst. O. nr. 71 (2004-2005) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Innst. O. nr. 52 (2003-2004) Innstilling fra kommunalkomiteén om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Innst. O. nr. 16 (2003-2004) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

Innst. O. nr. 68 (2002-2003) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven

Innst. O. nr. 58 (2000-2001) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Innst. O. nr. 63 (1999-2000) Innstilling fra kommunalkomiteén om forslag fra stortingsrepresentantene Karin Andersen og Olav Gunnar Ballo om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv, endringer i § 55 A slik at det blir forbud mot å diskriminere funksjonshemmede ved ansettelse mv.

Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteén om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Innst. O. nr. 27 (1997-1998) Innstilling fra kommunalkomiteén om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Innst. O. nr. 72 (1991-1992) Innstilling fra justiskomiteén om lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven).

Innst.O. nr. 90 (1976-1977) Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteén om endringer i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4.

Innst. O. nr. 10 (1976-77) Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteén om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Innst. O. nr. 23 (1974-75) Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteén om lov om endring i lov av 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern.

Innst. O. VI – 1936. Innstilling fra sosialkomiteén angående lov om arbeidervern.

Innstillinger til Stortinget

Innst. S. nr. 156 (2002-2003) Innstilling fra sosialkomiteén om forslag fra stortingsrepresentantene Ola D. Gløtvold og Magnhild Meltveit Kleppa om å oppheve bedriftenes egenandel på ½ G på hjelpemidler ved tilrettelegging av arbeidsplasser.

Innst. S. nr. 114 (1997-98) Resultater og erfaringer fra regjeringens handlingsplaner for funksjonshemmede og veien videre.

Innst. S. nr. 220 (1954) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteén om forslag til ny § 110 i Grunnloven.

Norges offentlige utredninger mv.

NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet. Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedre tilgjengelighet for alle.

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

NOU 2001: 22 Fra bruker til borger. En strategi for nedbygging av funksjonshemmende barrierer.

NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting, bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet

NOU 2000: 27 Sykefravær og uførepensjonering. Et inkluderende arbeidsliv

NOU 1997: 19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1992: 20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle

NOU 1992: 2 Bedriftshelsetjenesten i fremtiden

NOU 1991: 6 Mennesker og bioteknologi

NOU 1990: 23 Sykelønnsordningen

NOU 1990: 17 Uførepensjon

NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel

NOU 1976: 58 Attføringsarbeidet. Om målsetting og virkemidler.

NOU 1976: 1 Legers og tannlegers rettigheter og plikter

NOU 1972: 16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett (Transformasjonskomitéens innstilling).

Lunde-komiteéns innstilling – Innstilling fra komiteén til å utrede spørsmålet om legers taushetsplikt, avgitt 20. april 1959.

Arbeidervernkomiteéns innstilling - Innstilling II om revisjon av visse deler av arbeidervernloven, avgitt 30. november 1953

Torp-komiteéns innstilling - Innstilling II fra komiteén til utredning av spørsmål om sysselsetting av delvis arbeidsuføre, avgitt 31. mai 1952.

Odelstingsforhandlinger

Odelstingsforhandlinger 1936 s. 244.

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) Forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Ot.prp. nr. 6 (2006-2007) Arbeidsmiljøloven og folketrygdloven (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) (endringslov).

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) (endringslov).

Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) Om lov om medisinsk bruk av bioteknologi m.m.

Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) Arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven (endringslov).

Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) Om lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger.)

Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) Folketrygdloven (tiltak for å redusere sykefravær mv.) (endringslov).

Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) Arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (endringslov).

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Likestillingsloven (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.) (endringslov).

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven).

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) Om lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 37 (1993-1994) om lov om medisinsk bruk av bioteknologi.

Ot.prp. nr. 64 (1992-1993) Lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd og i visse andre lover (samleproposisjon).

Ot.prp. nr. 39 (1992-1993) om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd.

Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) Gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven).

Ot.prp. nr. 44 (1988-89) om lov om yrkesskadeforsikring.

Ot.prp. nr. 67 (1984-1985) Arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (endringslov).

Ot.prp. nr. 26 (1984-1985) om endringer i sjømannslov 30. mai 1975 m.m.

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel.)

Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) Om lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 72 (1981-1982) Om lov om statens tjenestemenn m.m.

Ot.prp. nr. 1 (1979-80) Om lov om leger og tannleger

Ot.prp. nr. 2 (1977-1978) om lov om personregistre m.m..

Ot.prp. nr. 44 (1976-77) om lov om statens tjenestemenn.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 7 (1974-1975) om lov om endringer i lov 7. desember 1956 nr. 2.

Ot.prp. nr. 4 (1972-1973) om lov om endringer i erstatningslovgivningen m.m.

Ot.prp. nr. 40 (1971-72) om lov om endringer i straffeloven og straffelovens ikrafttredelseslov m. fl.

Ot.prp. nr. 8 (1956) om lov om arbeidervern.

Ot.prp. nr. 6 (1948) om midlertidig lov om arbeidsvilkår for hushjelp.

Ot.prp. nr. 31 (1935) om å utferdige lov om tilsyn med arbeid

Ot.prp. nr. 28 (1924) om utferdigelse av lov om lægers rettigheter og plikter mv.

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 9 (2006-2007) Arbeid, velferd og inkludering

St.meld. nr. 40 (2002-2003) Nedbygging av funksjonshemmende barrierer

St.meld. nr. 6 (2002-2003) Tiltaksplan mot fattigdom

St.meld. nr. 8 (1998-99) Om handlingsplan for funksjonshemma 1998-2001

St.meld. nr. 34 (1996-97) Resultater og erfaringer fra Regjeringens handlingsplaner for funksjonshemmede og veien videre

St.meld. nr. 25 (1992-93) Om mennesker og bioteknologi

St.meld. nr. 64 (1982-83) Om arbeid for yrkeshemmede

St.meld. nr. 23 (1977-78) Funksjonshemmede i samfunnet

St.meld. nr. 14 (1977-78) Om sysselsettingspolitikken

St.meld. nr. 88 (1966-67) Om utviklingen av omsorgen for funksjonshemmede

St.meld. nr. 33 (1950) Om Registreringscentralen for omskoling av delvis arbeidsføre

St.meld. nr. 48 (1953) Om kvalifisering og sysselsetting av delvis arbeidsføre.

Stortingsproposisjoner

St.prp. nr. 1 (2006-2007) Statsbudsjettet

St.prp. nr. 1 (2003-2004) Statsbudsjettet

St.prp. nr. 100 (1991-1992) EØS-avtalen

Avtaler

Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009.

Hovedavtale Spekter 2008-2011.

Hovedavtale KS 2006-2009.

Hovedavtalen i Staten 2006-2008.

Hovedtariffavtale KS 2008-2010.

Hovedtariffavtalen i Staten 2008-2010.

Verkstedsoverenskomsten 2008-2010.

Tilpasningsavtale til Hovedavtalen i Staten for Universitetet i Oslo

Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv 2006-2009.

Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv 2001-2005.

Tilleggsavtale til intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv av 6. juni 2006.

Tillegg til tilleggavtale til intensjonsavtalen av 15. mai 2007.

Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv, standardavtale som inngås mellom virksomheten og Arbeids- og velferdsetaten.

Annet

Abelia (NHOs forening for kunnskaps- og teknologibedrifter).

Datatilsynets brev av 19. februar 2004 til LO.

Datatilsynets brev av 11. august 1988 til LOs juridiske kontor (88/1238-2 KBK/-).

NAV's brosjyre "Virkemidler for et mer inkluderende arbeidsliv" fra januar 2008

Notat fra Arbeids- og velferdsdirektoratet av 24. april 2008 av Nina Viten

Praksis 2007 og Praksis 2006 fra Likestillings- og diskrimineringsombudet.

Regjeringens handlingsplan for funksjonshemmede 1990-1993 (1989).

Rehabiliteringsmagasinet BRIS 2005: 1

Statens personalhåndbok 2008

Statusrapport 2007 – Samfunnsutviklingen for personer med nedsatt funksjonsevne.

"Sykefraværstrategi. Strategi og handlingsplan for Arbeids- og velferdsetatens innsats på sykefraværsområdet 2008 – 2010".

Telefonundersøkelse om betydning av nedsatt funksjonsevne ved ansettelser i arbeidslivet 21. februar – 3. mars 2006, Rapport utarbeidet for Norsk dokumentcenter for personer med nedsatt funksjonsevne av Erik Dalen, 14. mars 2006.

Telenor Open Mind, Arbeidstreningsprogram for fysisk funksjonshemmede, samt hørsel- og synshindrede.

Avisartikler

Er funksjonshemmede kjappere i hodet enn andre arbeidstakere? Dagbladet 26. november 2005.

Dagens Næringsliv bilag D2 av 23. mai 2008 ”Den forbudte koden”.

Domsregister**Norsk Retstidende**

Rt. 1962 s. 6
 Rt. 1966 s. 393 Papyrusdommen
 Rt. 1968 s. 283
 Rt. 1976 s. 614
 Rt. 1980 s. 598
 Rt. 1982 s. 1022
 Rt. 1984 s. 1003
 Rt. 1984 s. 1359
 Rt. 1986 s. 224
 Rt. 1986 s. 879 Hillesland
 Rt. 1986 s. 1250
 Rt. 1986 s. 1429 Hkj.
 Rt. 1988 s. 20
 Rt. 1988 s. 766 HKj.
 Rt. 1988 s. 959 Henki-saken
 Rt. 1989 s. 329
 Rt. 1989 s. 361
 Rt. 1989 s. 508
 Rt. 1989 s. 1152
 Rt. 1990 s. 1170
 Rt. 1991 s. 616
 Rt. 1991 s. 1468
 Rt. 1992 s. 776
 Rt. 1992 s. 1039
 Rt. 1993 s. 1111
 Rt. 1994 s. 1496 Hkj.
 Rt. 1994 s. 1505
 Rt. 1995 s. 227
 Rt. 1995 s. 2018 HKj

Rt. 1996 s. 1084
 Rt. 1996 s. 1401
 Rt. 1997 s. 1506 Stryn apotek
 Rt. 1998 s. 607 Hkj.
 Rt. 1999 s. 163
 Rt. 1999 s. 1944
 Rt. 2000 s. 996
 Rt. 2000 s. 1811 Finanger I-saken
 Rt. 2000 s. 2058
 Rt. 2001 s. 71
 Rt. 2001 s. 85
 Rt. 2001 s. 248 Olderdalen ambulanse
 Rt. 2001 s. 418 Kårstø
 Rt. 2001 s. 428 Straffereg.saken
 Rt. 2001 s. 1006
 Rt. 2001 s. 1413 Norsk Folkehjelp
 Rt. 2001 s. 1646
 Rt. 2002 s. 557
 Rt. 2004 s. 76
 Rt. 2004 s. 1588
 Rt. 2004 s. 1844
 Rt. 2005 s. 518
 Rt. 2005 s. 826
 Rt. 2008 s. 749 Posten

HR-1999-00699k

Rettsens Gang

RG 1956 s. 281 Frostating
 RG 1981 s. 77 Nordre Sunnmøre
 RG 1984 s. 616 Agder
 RG 1985 s. 59 Hammerfest
 RG 1985 s. 202 Sarpsborg

RG 1985 s. 577 Tana og Varanger

RG 1985 s. 1064 Trondheim

RG 1986 s. 970 Trondheim

RG 1988 s. 735 Nordre Sunnmøre

RG 1989 s. 142 Oslo

RG 1989 s. 653 Eidsivating

RG 1989 s. 787 Frostating

RG 1990 s. 891 Trondheim

RG 1990 s. 1098 Frostating

RG 1990 s. 1255 Eidsivating

RG 1991 s. 754 Eidsivating

RG 1992 s. 58 Alstahaug

RG 1993 s. 158 Drammen

RG 1993 s. 579 Oslo

RG 1993 s. 665 Lofoten

RG 1993 s. 1007 Agder

RG 1994 s. 688 Hålogaland

RG 1995 s. 860 Eidsivating

RG 1996 s. 1662 Gulating

RG 1997 s. 93 Agder

RG 1997 s. 667 Gulating

RG 1997 s. 822 Oslo

RG 1997 s. 963 Trondheim

RG 1998 s. 1518 Gulating

RG 2000 s. 1572 Hålogaland

RG 2001 s. 1040 Hålogaland

RG 2003 s. 478 Agder

Arbeidsretten

ARD 1959 s. 189

ARD 1972 s. 76

ARD 1975 s. 18

ARD 1980 s. 90

ARD 1981 s. 179

ARD 1986 s. 165 (Håkon Høst)

ARD 1987 s. 9

ARD 1990 s. 87

ARD 1990 s. 148

ARD 1997 s. 201 (Windy Boats)

ARD 1997 s. 253

ARD 2002 s. 456

ARD 2006 s. 12

ARD 2008 s. 6

Norsk arbeidsrettslig domssamling

NAD 1981-83 s. 114 Sarpsborg

NAD 1981-83 s. 159 Sarpsborg

NAD 1981-83 s. 168 Eidsivating

NAD 1981-83 s. 188 Tønsberg

NAD 1981-83 s. 195 Frostating

NAD 1981-83 s. 262 Sarpsborg

NAD 1981-83 s. 397 Kristiansand

NAD 1981-83 s. 507 Tønsberg

NAD 1981-83 s. 627 Stavanger

NAD 1981-83 s. 819 Bodø

NAD 1984-85 s. 23 Hammerfest

NAD 1984-85 s. 467 Eidsivating

NAD 1984-85 s. 816 Sarpsborg

NAD 1986 s. 222 Bergen

NAD 1986 s. 245 Tromsø

NAD 1986 s. 264 Gulating

NAD 1986 s. 281 Trondheim

NAD 1986 s. 426 Bergen

NAD 1986 s. 578 Lofoten

NAD 1986 s. 691 Sarpsborg

NAD 1986 s. 726 Kristiansand

NAD 1986 s. 756 Sarpsborg

NAD 1986 s. 798 Gulating	LA-2004-8128
NAD 1986 s. 820 Tromsø	
NAD 1986 s. 842 Eidsivating	LB-1995-02215
NAD 1987 s. 289 Eidsivating	LB-1996-00778
NAD 1987 s. 541 Sør-Gudbrandsdal	LB-1998-1747
NAD 1987 s. 569 Tana og Varanger	LB-1998-3503
NAD 1987 s. 608 Eidsivating	LB-1998-3504
NAD 1987 s. 616 Nordre Sunnmøre	LB-1999-03171 (Purser)
NAD 1987 s. 654 Hålogaland	LB-1999-1774
NAD 1987 s. 936 Oslo	LB-2000-03513
NAD 1987 s. 988 Stavanger	LB-2000-03656
NAD 1987 s. 1055 Hammerfest	LB-2001-2230
NAD 1987 s. 1061 Asker og Bærum	LB-2002-02867
NAD 1987 s. 1082 Holt	LB-2002-3797
NAD 1988 s. 209 Oslo	LB-2005-182268
NAD 1988 s. 263 Gulating	LB-2005-42380
NAD 1988 s. 285 Oslo	LB-2006-135476-2 (Posten)
NAD 1988 s. 343 Oslo	LB-2007-893
NAD 1988 s. 539 Gulating	
NAD 1988 s. 595 Oslo	LE-1989-00730
NAD 1988 s. 670 Oslo	LE-1990-478
NAD 1988 s. 739 Bodø	LE-1990-648
NAD 1988 s. 931 Oslo	LE-1990-00478
NAD 1988 s. 1078 Drammen	LE-1992-01041
NAD 1988 s. 1299 Hålogaland	LE-1992-02745
NAD 1988 s. 1308 Hålogaland	LE-1993-01601
	LE-1993-02176 (Kværner)
<u>Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender</u>	LE-1993-02512
ND 1990 s. 472 Hålogaland	LE-1993-1998
	LE-1999-653
<u>Annen publisert rettspraksis</u>	LE-2002-299
LARD 1979 s. 64 Kristiansand	LE-2003-569
LARD 1980 s. 48 Hamar	LE-2006-189239 (Synshemmet lektor)

LF-1993-00475	
LF-1993-00611	LDN-2006-19
LF-1994-00061	LDN-2006-26
LF-1996-23 (Cerebral Parese)	LDN-2007-1
LF-1998-00291	LDN-2007-4
LF-2001-899	LDN-2007-6
LF-2002-00115	LDN-2007-9
	LDN-2007-21 AD/HD
LG-1994-03169	LDN-2008-3
LG-1999-672	
LG-1999-1202	LKN-1990-12
LG-2000-01060	LKN-2000-2
LG-2007-71870	LKN-2001-2
	LKN-2001-8 Hijab
LH-1993-0359	LKN-2003-3
LH-1997-00889	LKN-2005-20
LH-1999-378	

TOSLO-2001-09502
TOSLO-2001-12802
TOSLO-2001-2713
TOSLO-2005-166823
TOSLO-2006-87763

TSTVG-2004-84277
TSTVG-2005-75777

Oslo byretts dom av 2. juli 1997

Annen praksis

Likestillings- og
Diskrimineringsnemnda

Likestillings- og diskrimineringsombudet

Sak 06/1841
Sak 07/442
Sak 07/1075

Årsmelding fra Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling

LOÅ 1984 s. 27.

Personvernnemnda

PVN-2005-6 Securitas

TRR-2006-01367

Sivilombudsmannen

Somb-1967-11

Somb-1974-22

Somb-1982-17

Somb-1992-5

Somb-1993-1

Somb-1993-29

Somb-1995-8

Somb-1996-31

Somb-1998-37

Somb-2000-18

Somb-2000-20

Somb-2001-76

Somb-2003-15

Somb-2003-18

Somb-2004-15

Somb-2005-23

Somb-2005-24

Somb-2006-18

Somb-2007-24

Twisteløsningsnemnda

Sak 21/2006

Sak 25/2006

Sak 25/2007

Sak 51/2007

Trygderetten

TRR-1995-00899

TRR-2003-02513

TRR-2006-00484

Folkerettslig regulering

FN

FN-PF 2006	Convention on the Rights of Persons with Disabilities FN-konvensjonen om rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse, 6. desember 2006.
Protokollen om klagerett	Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.
FN-SP	FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966. International Covenant on Civil and Political rights.
General comment (3) (1981) til FN-SP	General comment 3 Implementation at the national level (art.2) 29/07/81.
General comment (8) (1982) til FN-SP	General comment 8 Right to liberty and security of persons 30/06/82.
General comment (18) (1989) til FN-SP	General comments 18 Non Discrimination 10/11/89.
General comment (20) (1992) til FN-SP	General comment 20 Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment 10/03/92.
General comment (25) (1996) til FN-SP	General comment 25 The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service 12/07/96.
FN-ØSK	FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.
General comment (3) (1990)	Den generelle kommentaren om statenes gjennomføringsforpliktelse, General

	comment 3, The nature of States parties obligations 14/12/90.
General comment (5) (1994)	Den generelle kommentaren om funksjonshemmede, General comment 5, Persons with disabilities 09/12/94.
<u>Resolusjoner</u>	
Verdenserklæringen om menneskerettighetene 1948	Verdenserklæringen om menneskerettighetene Universal Declaration of Human Rights, Generalforsamlingsresolusjon 217 A (III) av 10. desember 1948.
FNs standardregler 1993	FNs standardregler om like muligheter for mennesker med funksjonshemming 1993. Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. Generalforsamlingsresolusjon 48/96 av 20. desember 1993.
Resolusjon 1998/31	Menneskerettighetskomisjonens resolusjon 1998/31 av 17. april 1998 Resolution on Human Rights of Persons with Disabilities
Resolusjon 56/168	Generalforsamlingsresolusjon 56/168 av 19. desember 2001 om å etablere en ad hoc-komité for å utarbeide en konvensjon for personer med funksjonsnedsettelse.

Avgjørelser etter FN-SP (Menneskerettskomitéen)

824/98, *Mr. N. M. Nicolov mot Bulgaria*, 24. mars 2000.

741/97, *Michael Cziklin mot Canada*, 27. juli 1999.

616/95, *Zephinah Hamilton mot Jamaica*, 23. juli 1999.

180/84, *L.G.Danning mot Nederland*, 9. april 1987.

ILO-dokumenter

C159 (1983)	ILOs attføringskonvensjon, C159 Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention, 1983.
R168 (1983)	ILOs attføringsrekommendasjon, R168 Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Recommendation, 1983.
General Survey 1998	General Survey 1998 til C159.
C161 (1985)	Occupational Health Services Convention, 1985.
R171 (1985)	Occupational Health Services Recommendation, 1985.
C158 (1982)	ILOs konvensjon om oppsigelsesvern, Termination of Employment Convention, 1982.
C155 (1981)	ILOs arbeidsmiljøkonvensjon, C155 Occupational Safety and Health Convention, 1981.
R150 (1975)	Human Resources Development Recommendation, 1975.
R119 (1963)	Termination of Employment Recommendation
C111 (1958)	Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.
R111 (1958)	Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958.
General Survey 1996	General Survey 1996 til C111 (1958)
General Survey 1988	General Survey 1988 til C111 (1958)

R99 (1955)	Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation, 1955.
C103 (1952)	Maternity Protection Convention (Revised), 1952.
R71 (1944)	Employment (Transition from War to Peace) Recommendation, 1944.
C59 (1937)	Minimum Age (Industry) Convention (Revised), 1937.
C6 (1919)	Night Work of Young Persons (Industry) Convention, 1919.
C5 (1919)	Minimum Age (Industry) Convention, 1919.
C4 (1919)	(Shelved) Night Work (Women) Convention, 1919.
C3 (1919)	Maternity Protection Convention, 1919.
ILO Code of practice 2002	ILO Code of practice, Managing Disability in the Workplace, Geneva 2002.
ILO tekniske og etiske retningslinjer 1998	ILO report, Technical and Ethical Guidelines for Workers' Health Surveillance 1998.
ILO Code of practice 1997	ILO Protection of Workers' Personal Data, 1997.

WHO

WHO	Verdens Helseorganisasjon, (World Health Organization).
WHO ICIDH 1980	WHO, International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps, 1980.
WHO ICF 2001	WHO, International Classification of Functioning, Disability and Health, 2001.

Europarådet

EMD	Den europeiske menneskerettsdomstol
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen, 4. november 1950.
Protokoll nr. 12 til EMK	Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4.XI.2000.
Forklaringene til protokoll 12.	Explanatory Report til protokoll 12 til EMK
ESP 1996	Den reviderte europeiske sosialpakt, (European Social Charter) (Revised), Strasbourg, 1996.
Forklaringer til ESP 1996	Explanatory Report to the European Social Charter (revised)
Europarådskonvensjonen om biomedisin	Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo 4. april 1997.
Europarådskonvensjonen om personopplysninger	Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg 28. januar 1981.
R (89) 2	Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes, av 18. januar 1989.
Forklaringene til R (89) 2	Explanatory Memorandum to Recommendation (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes.
R (92) 3	Recommendation No. R (92) 3 of the

	Committee of Ministers to Member States on Genetic Testing and Screening for Health Care Purposes, av 10. februar 1992.
R (92) 6	Recommendation No. R (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States on a Coherent Policy for People with Disabilities av 9. april 1992.
R (97) 5	Recommendation No. R (97) 5 of the Committee of Ministers to the Member States in the Protection of Medical Data av 13. februar 1997.
Forklaringene til R (97) 5	Explanatory Memorandum to Recommendation (97) 5 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Medical Data.

Rettspraksis

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg

62617/00, *Lynette Copland mot Storbritannia*, 3. april 2007, EMDN-2000-62617.

58341/00, *Hans Eigil Madsen mot Danmark*, 7. november 2002.

39293/98, *Bernardo Fuentes Bobo mot Spania*, 29. februar 2000.

38621/97, *Jitka Zehnalová og Otto Zehnal mot Tsjekkia*, 14. mai 2002.

34369/97, *Thlimmenos mot Hellas*, 6. april 2000, RJD 2000-IV s. 263.

33394/96, *Adele Ursula Price mot Storbritannia*, 10. juli 2001, EMDN-1996-33394. RJD 2001-VII s. 153.

28915/95, *SP mot Storbritannia*, 17. januar 1997.

25959/94, *Jeremy Harvey Cohen mot Storbritannia*, 28.02.1996.

21439/93, *Maurizio Botta mot Italia*, 24. februar 1998, EMDN-1993-21439. Reports 1998-I.

20605/92, *Halford mot Storbritannia*, 25. juni 1997, Reports 1997-III.

9248/81, *Leander mot Sverige*, 26. mars 1987, A 116.

8777/79, *Rasmussen mot Danmark*, 28. november 1984, EMDN-1979-8777. Series A nr. 87.

6289/73 *Airey mot Irland*, 9. oktober 1989.

5614/72, *Svenska Lokmannaförbundet mot Sverige*, 6. februar 1976, EMDN-1972-5614.
Series A nr. 20.

Praksis fra European Committee of Social Rights:

Collective Complaint No. 13/2002 from the International Association Autism-Europe against France, 4. november 2003.

Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, December 2006.

EU-/EF-/EØS-rett

EF-traktaten	Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap, med seinere endringer.
EU-traktaten	Traktat om den Europeiske Union med seinere endringer.
EUF-traktaten	Traktat om den Europeiske Unions Funktionsmåde
Menneskerettscharteret, 2000	Den Europæiske Unions Charter om Grunnleggende Rettigheter (2000/C

	364/01).
Lisboa-traktaten	Traktat om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, av 13. desember 2007.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.
Menneskerettscharteret (rev.) 2007	Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (rev.) (2007/C 303/01).
Forklaringene til Menneskerettscharteret	Forklaringene til det reviderte Menneskerettscharteret (2007/C 303/02).

Direktiver

ERdir.2003/88/EF (arbeidstidsdirektivet)	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstida.
Rdir.2002/73/EF (det reviderte likebehandlingsdirektivet)	Rådsdirektiv 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.
Rdir.2000/43/EF (direktivet om etnisk likebehandling)	Rådsdirektiv 2000/43/EF av 29. juni 2000 om gjennomførelse af prinsippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse.
Rdir.2000/78/EF (sysselsettingsdirektivet)	Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Rdir.99/70/EF (direktivet om midlertidig ansettelse)	Rådskonferanse 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EEF, UNICE og CEEP.
Rdir.97/80/EF (bevisbyrdedirektivet)	Rådskonferanse 97/80/EF av 15. desember 1997 om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn.
Rdir.97/81/EF (deltidsdirektivet)	Rådskonferanse 97/81/EF av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og EEF.
ERdir.95/46/EF (personverndirektivet)	Europaparlaments- og Rådskonferanse 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.
Rdir.92/85/EØF (graviditetsdirektivet)	Rådskonferanse 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (tiende særkonferanse i henhold til art. 16 nr. 1 i direktiv 89/391/EØF).
Rdir.89/391/EØF (rammedirektivet om arbeidsmiljø)	Rådskonferanse 89/391/EØF av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen.
Rdir.76/207/EØF	Rådskonferanse 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av kvinner og menn når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.
Rdir.75/117/EØF	Rådskonferanse 75/117/EØF av 10. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet

	om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere.
--	---

Andre rettsakter

Rådets afgørelse 2000/750/EF af 27. november 2000 om Fællesskabets handlingsprogram for bekæmpelse af forskelsbehandling (2001-2006).

Rådets resolution af 17. juni 1999 om lige beskæftigelsesmuligheder for mennesker med handicap (1999/C 186/02) (31999Y0702(01))

Fællesskabspagten af 9. december 1989 om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder. (Ikke offentliggjort i EF-tidende, gengitt i EU-Karnov 1996 s. 1102 flg.)

Resolution on the ethical and legal problems of genetic engineering av 17. april 1989 fra Europaparlamentet. (OJ C 96, 17/04/1989 p. 0165)
(Beslutning om de etiske og retlige problemer i forbindelse med genteknikk, EF-tidende nr. C096 av 17/04/1989 s. 0165)

Rådets henstilling 86/379/EØF af 24. juli 1986 om beskæftigelsen af handicappede i Fællesskabet. (EFT L 225 af 12.8.1986, s. 43–47)

KOM-dokumenter

COM (88) 73 og COM (88) 802	Forslag til rammedirektivet om arbeidsmiljø.
KOM (1990) 588	Forslag til rådets direktiv om minimumsforskrifter til forbedring av mobilitet og sikker transport for bevegelseshemmede arbeidstakere til og fra arbeidet.
KOM (1999) 565	Forslag til Rådets direktiv om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, 29.

	november 1999.
KOM (2000) 652	Forslag til rammedirektiv om likebehandling, 12. oktober 2000.
KOM (2001) 763 (01)	Meddelelse fra Kommissjonen om tilbaketrekking av forslag fra kommissjonen. 11. desember 2001.
KOM (2004) 379	Grønbog fra kommissjonen om ”Ligestilling og ikke-forskelsbehandling i den Europæiske Union”.

Avgjørelser fra EF-domstolen

C-303/06, *Sharon Coleman mot Attridge Law og Steve Law*, Saml. 2008.

C-432/05, *Unibet (London)Ltd. og Unibet (International) Ltd. mot Justiskanslern*, Saml. 2007 s. 1-02271.

C-13/05, *Sonia Chacòn Navas mot Eurest Colectividades SA*, Saml. 2006 s. 1-06467.

C-144/04, *Werner Mangold mot Rüdiger Helm*, Saml. 2005 s. 1-09981.

C-196/02, *Vasiliki Nicoloudi mot Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Saml. 2005 s. 1-01789.

C-320/00, *Lawrence m.fl. mot Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group og Mitie Secure Services Ltd*, Saml. 2002 s. 1- 07325.

C-109/00, *TeleDanmark mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, Saml. 2001 s. 1-06993.

C-476/99, *H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Saml. 2002 s. 1-02891.

C-343/98, *Renato Collino og Luisella Chiappero* mot *Telecom Italia SpA*, Saml. 2000 s. 1-06659.

C-322/98, *Bärbel Kachelmann* mot *Bankhaus Herman Lampe KG*, Saml. 2000 s. 1-07505.

C-394/96, *Mary Brown* mot *Rentokil Ltd*, Saml. 1998 s. 1-04185.

C-400/95, *Helle Elisabeth Larsson* mot *Føtex Supermarked AS*, Saml. 1997 s. 1-02757.

C-180/95, *Nils Draehmpaehl* mot *Urania Immobilienservice OHG*, Saml. 1997 s. 1-02195.

C-237/94, *John O'Flynn* mot *Adjudication Officer*, Saml. 1996 s. 1-02617.

C-13/94, *P* mot *S. og Cornwall County Council*, Saml. 1996 s. 1-02143.

C-450/93, *Echard Kalanke* mot *Freie Hansestadt Bremen*, Saml. 1995 s. 1-03051.

C-449/93, *Rockfon A/S* mot *Specialarbejderforbundet i Danmark*, Saml. 1995 s. 1-04291.

C-342/93, *Joan Gillespie m.fl.* mot *Northern Health and Social Services Board, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board og Southern Health and Social Services Board*, Saml. 1996 s. 1-00475.

C-404/92, *X* mot *Kommisjonen*, Saml. 1994 s. 1-04737.

C-382/92, *Kommisjonen* mot *Sorbritannia*, Saml. 1994 s. 1-02435.

C-271/91, *M. Helen Marshall* mot *Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Saml. 1993 s. 1-04367.

C-184/89, *Helga Nimz* mot *Freie und Hansestadt Hamburg*, Saml. 1991 s. 1-00297.

Sak 179/88, *Handels- og kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (Birthe Vibeke Hertz)* mot *Dansk Arbejdsgiverforening (Aldi Marked K/S)*, Saml. 1990 s. 1-03979.

Sak 177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker* mot *Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-centrum)*, Saml. 1990 s. I-03941.

Sak 171/88, *Ingrid Rinner-Kühn* mot *FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co*, Saml. 1989 s. 02743.

Sak 109/88, *Handels- og Kontorfuntionærernes Forbund* mot *Dansk Arbejdsgiver Forening (for Danfoss)*, Saml. 1989 s. 03199.

Sak 68/88, *Kommisjonen* mot *Hellas*, Saml. 1989 s. 02965.

Sak 222/84, *Marguerite Johnston* mot *Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Saml. 1986 s. 01651.

Sak 105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* mot *A/S Danmols Inventar*, Saml. 1985 s. 02639.

Sak 79/83, *Dorit Harz* mot *Deutsche Tradax GmbH*, Saml. 1984 s. 01921.

Sak 14/83, *Sabine von Colson og Elisabeth Kamann* mot *Land Nordrhein-Westfalen*, Saml. 1984 s. 01891.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Poiares Maduro fremsatt 31. januar 2008 i sak C-303/06.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat L.A. Geelhoed fremsatt 16. mars 2006 i sak C-13/05.

Nordisk

Nordisk utredningsserie; 1976: 6 ”ILO og kvinner i arbeidslivet: nordiske synspunkter på likestilling” av Det Nordiske ILO-utvalg

Utenlandske kilder

Amerikansk rett

ADA 1990	Americans with Disabilities Act, 26. juli 1990.
ADA Regulations	Equal Employment Opportunity Commission Regulations to implement the Equal Employment Provisions of the Americans with Disabilities Act, 29 CFR s. 1630.2 (o).
EEOC Enforcement Guidance 2002	The U.S. Equal Employment Opportunity Commission Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship under the Americans with Disabilities Act, October 17, 2002.
ADA 1990 TAM	Technical Assistance Manual on the Employment Provisions (Title I) of the Americans with Disabilities Act.
Grigg v. Duke Power	Grigg v. Duke Power Co. 401 US 424 (1971).

Engelsk rett

DDA 1995	Disability Discrimination Act 1995 (c. 50)
DDA Regulations 1996	Disability Discrimination (Meaning of Disability) Regulations 1996, Statutory Instrument 1996 No. 1455.

Archibald v Fife Council (2004)

IRLR 651 HL

Dansk rett

Helbredsoplysningsloven

Lov om brug af helbredsoplysninger mv. på arbejdsmarkedet, 24. april 1996 nr. 286.

Forarbejder

LSF 240 (1994-95).

LSF 13 (1995-96)

Dom U 1999 1927 Ø

Kanadisk rett

Meiorin-dommen

British Columbia (Public Services Employee Relations) v. BCGSEV, No. 26274.

Svensk rett

Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

SOU 2002:43 Ett utvidgad skydd mot diskriminering.

Regeringens proposition 2002/2003:65 Om förbud mot diskriminering (DFL).

SOU 1997:176 Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

Regeringens proposition 1997/98:179 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

1998/99:AU04 Ny lagstiftning mot diskriminering i arbetslivet, Arbetsmarknadsutskottets förslag.

Arbetsdomstolens dom AD 2003 nr. 47.