

Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern*

Av Marianne Jenum Hotvedt⁺

1	Arbeidstakervern og diskrimineringsvern	141
2	Arbeidsmiljølovens vern	144
	2.1 Vernede interesser	144
	2.2 Interessenes gjennombrudd	147
	2.3 Kravet om arbeidstakertilknytning	154
	2.4 Vernet personkrets	157
	2.5 Håndheving	160
3	Diskrimineringsvernet – suppleringer og brudd	162
	3.1 Likebehandling	162
	3.2 Gjennombrudd for likebehandling	164
	3.3 Tverrgående vern	167
	3.4 Diskrimineringsgrunnlag som inngang til vern	169
	3.5 Videre vernet personkrets	171
	3.6 Rettighetsbasert håndheving	173
	3.7 Formål om inkludering	175
4	Muligheter og utfordringer	178
	Referanser	181
	a) Litteratur mv	181
	b) Offentlige publikasjoner mv.	185

+ Marianne Jenum Hotvedt (f. 1977) er cand. jur. 2002 (UiO). Hun har tidligere arbeidet i Justisdepartementets lovavdeling og i Arbeidsgiverpolitisk avdeling i Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Siden 2009 er hun stipendiat ved Institutt for privatrett ved Det juridiske fakultet, UiO. Der arbeider hun med en doktorgradsavhandling om arbeidsgiverplikter. Hun er tilknyttet Arfa-prosjektet, et faglig utviklingsprogram som skal bidra til å sikre og utvikle arbeidsrettsfaglig kompetanse.

* Artikkelen bygger på et innlegg holdt under det årlige Faggruppeseminalet for Arbeidsrettsgruppen ved Institutt for privatrett 15. mars 2011. Seminalets tittel var «Arbeidsrett i dagens virkelighet – en disiplin i forvandling?». Takk til alle deltakere for nyttig diskusjon. En særlig takk til Stein Evju og Aslak Syse for kloke innspill til tidligere utkast til artikkelen.

1 Arbeidstakervern og diskrimineringsvern

Arbeidsmiljøloven¹ er den viktigste loven til vern av arbeidstakere. I løpet av de siste årene er det dessuten innført et bredt diskrimineringsvern i arbeidslivet. I denne artikkelen skal jeg drøfte hvordan diskrimineringsvernet både supplerer og bryter med det tradisjonelle arbeidstakervernet.

I analysen av arbeidsmiljøloven er det tradisjon for å sondre mellom offentligrettslige og privatrettslige regler.² Diskrimineringsvernet aktualiserer en ny innfallsvinkel til arbeidsmiljølovens regler.³ Her vil jeg derfor i stedet drøfte arbeidsmiljøloven ut fra hvilke individuelle verneinteresser som ivaretas.

Vern av individet som yter arbeid, har vært arbeidervernlovgivningens bærende begrunnelse helt fra den konstitutive fasen rundt forrige århundreskifte.⁴ Liberalismens gjennombrudd og industrialiseringen skapte et nytt ideologisk og rettslig utgangspunkt for regulering av arbeid: den frie arbeidsavtale, inngått mellom frie og like individer.⁵ Parallelt vokste det frem en anerkjennelse av at avtalefriheten måtte begrenses for å verne arbeidstakeren.⁶ Avtaleinngåelsen er ikke helt fri for individer som er avhengig av å selge sin arbeidskraft. Denne opprinnelige ubalansen «forplanter seg inn i kontraktsforholdet», ettersom arbeidskraften ikke kan skilles fra arbeidstakeren.⁷ En

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

² Se for eksempel Berg 1930 s. 8.

³ Se nedenfor i punkt 2.1.

⁴ Se nærmere om utviklingen i Norge i Berg 1930, særlig s. 37-49 og i Europa i Hepple (red.) 1986, særlig Hepple 1986 og Veneziani 1986.

⁵ Berg 1930 s. 11. Dette står i motsetning til eldre lovgivning, som håndverkslovgivning og tyendelovgivning. Denne statuspregede reguleringen bygget på en grunnleggende forutsetning om ulikhet, mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og mellom ulike grupper arbeidstakere.

⁶ Berg 1930 s. 18. Hepple 1986 s. 68 viser til at det ble vedtatt lovgivning som særskilt regulerte arbeid, i «roughly the same period» i Europa. Vernelovenes anvendelsesområde utviklet seg gradvis fra å omfatte industriarbeidere og visse andre grupper, slik at de litt lenger ut på 1900-tallet dekket de fleste underordnede arbeidsforhold.

⁷ Evju 2003 s. 8.

avtale om at arbeidskraften stilles til arbeidsgivers disposisjon, etablerer dermed et underordningsforhold der arbeidstakeren underlegges arbeidsgivers styring og kontroll.⁸ Arbeidsavtalen skaper slik en grunnleggende maktubalanse mellom partene, med risiko for utbytting av arbeidskraften.⁹ Sosiale problemer og uro bidro til å bekrefte at vernelovgivning var nødvendig for å bevare samfunnsfreden og ivareta arbeidskraften som samfunnsressurs.¹⁰

Selv om reguleringen er blitt vesentlig endret, er det grunnleggende formålet fremdeles å verne individet som yter arbeid i en personlig arbeidsavtale.¹¹ I forarbeidene til dagens lov fremheves at «[d]et første og viktigste hensynet er arbeidstakernes trygghet, helse og velferd».¹²

I avsnitt 2 drøftes den første hovedproblemstillingen: *Hvilket system for vern av individet utgjør arbeidsmiljøloven?* Jeg drøfter først hvilke individuelle interesser som er vernet (punkt 2.1). Siktemålet med de videre drøftelsene er å få frem skillelinjer i arbeidsmiljølovens vern av individets ulike interesser. Jeg gir et kort tilbakeblikk over interessenes gjennombrudd og peker på hvordan de ivaretas i arbeidsmiljøloven (punkt 2.2). Dernest presenterer jeg vilkåret om at en virksomhet må «sysselsette arbeidstaker» for at loven skal komme til anvendelse, og viser hvordan unntak fra dette knytter seg til verneinteressene (punkt 2.3). Videre drøfter jeg forskjeller i hvilke persongrupper som er vernet (punkt 2.4), og i håndhevingsmulighetene (punkt 2.5).

Jeg identifiserer altså ikke noe helhetlig system, men noen trekk i arbeidsmiljølovens beskyttelse av individets ulike verneinteresser.

⁸ Berg 1930 påpeker på s. 6 at arbeidsavtalen skaper et personlig maktforhold, og forutsetter at «arbeidstageren innordner sig under arbeidsgiveren som et ledd i hans virksomhet».

⁹ Berg 1930 fremhever på s. 13 at liberaliseringen av arbeidslivet gjorde arbeidstaker «våpenløs» mot misbruk.

¹⁰ Ifølge Berg 1930 s. 19 er arbeidervernlovgivningen «et barn av vår tid, og har sine umiddelbare forbilleder i den sociallovgivning som de ledende industrialand etterhvert fant å måtte gripe til for å motvirke de sociale følger av industrialiseringen av arbeidslivet».

¹¹ Evju 2003 s. 10 fremhever at analysen av trekkene ved den personlige arbeidsavtale fortsatt spiller en sentral rolle i arbeidsrettslig debatt.

¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 61.

Også andre trekk er viktige for å se skillelinjer, for eksempel adgangen til å fravike vernet ved avtale mv. og hvordan vernet påvirkes av endringer under arbeidsforholdets gang. Det valgte fokuset er et forsøk på å skille ut trekk som kan fungere som hensiktsmessige startbetraktninger. Dette kan forhåpentligvis gi fruktbare utgangspunkter for videre drøftelser av arbeidsmiljøloven og annen vernelegislasjon.

Den andre hovedproblemstillingen, som drøftes i avsnitt 3, er: *Hvordan passer diskrimineringsvernet med dette systemet?* Jeg viser først hvordan interessen i likebehandling skiller seg fra de andre interessene arbeidsmiljøloven beskytter (punkt 3.1), og beskriver diskrimineringsvernets gjennombrudd i norsk lovgivning (punkt 3.2). Deretter peker jeg på sider ved hvordan diskrimineringsvernet supplerer og bryter med arbeidsmiljølovens system: Vernet er tverrgående (punkt 3.3), er knyttet til andre inngangsvilkår (punkt 3.4) og verner en videre personkrets (punkt 3.5). Videre er håndhevingen rettighetsbasert (punkt 3.6), og formålet omfatter inkludering (punkt 3.7).

Til slutt, i avsnitt 4, oppsummerer jeg de viktigste funnene og peker på noen utfordringer disse brytningene kan skape i den videre utviklingen av arbeidsmiljølovens vern av individet.

2 Arbeidsmiljølovens vern

2.1 Vernede interesser

Den tradisjonelle sonderingen mellom offentligrettslige og privatrettslige regler er uklar og mindre hensiktsmessig etter innføringen av diskrimineringsvernet. Derfor tar jeg i stedet utgangspunkt i hvilke individuelle interesser arbeidsmiljøloven verner.

Skillet mellom offentligrettslige og privatrettslige regler har sammenheng med håndhevingen: plikter i avtaleforholdet skulle håndheves mellom partene, mens pliktene overfor staten skulle håndheves gjennom tilsyn og straff.¹³ Grensegangen er imidlertid ikke uproblematisk.¹⁴ Grensen for Arbeidstilsynets påleggskompetanse ble klarere da den ble positivt angitt i gjeldende lovs § 18-6 første

¹³ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 45.

¹⁴ Evju 1979a s. 220-221 peker på noen problematiske sider ved skillet.

ledd.¹⁵ Skillet er imidlertid ikke avgjørende for forholdet mellom partene etter som offentligrettslige plikter kan virke inn på forpliktelsene i avtaleforholdet. Oppfyllelsen av offentligrettslige krav kan utgjøre en avtaleforutsetning,¹⁶ og Høyesterett har funnet det «klart» at «grunnleggende krav til arbeidsmiljøet i utgangspunktet inngår som en del av rettigheter og plikter i et arbeidsforhold».¹⁷ Som jeg vil vise i det følgende, går diskrimineringsvernet uansett på tvers av dette skillet. Vernet mot diskriminering håndheves mellom partene, både gjennom domstolene og ved hjelp av et håndhevingsorgan med påleggskompetanse, som også kan ta opp saker av eget tiltak.¹⁸ Selv om skillet mellom offentligrettslige og privatrettslige regler er viktig i visse sammenhenger, gir det ikke en hensiktsmessig innfallsvinkel til arbeidsmiljøloven som helhet.

I arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse kan det identifiseres tre typer vernede individuelle interesser: individets helse, individets behov for lønn, og annen individuell interesse knyttet til arbeid.¹⁹ Formålsbestemmelsen lyder:

§ 1-1. Lovens formål

Lovens formål er:

- a) å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, og med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet,
- b) å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet,
- c) å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon,

¹⁵ Rent faktisk ble grensen trukket ved Arbeidstilsynets praksis. For eksempel avsto Arbeidstilsynet fra å gi pålegg etter reglene i 1977-loven om attest og kravene til skriftlig arbeidsavtale ettersom dette i utgangspunktet ble ansett for å gjelde det privatrettslige forholdet mellom partene. Ved lovendring ble det likevel føyd til en særlig påleggshjemmel i § 55 E, som knyttet seg til reglene om kravene til skriftlig arbeidsavtale, se Ot.prp. nr. 77 (1998-99). For reglene om attest ble påleggskompetansen først avklart ved 2005-loven.

¹⁶ Berg 1930 s. 257.

¹⁷ Rt. 1997 s. 1506 (1512). Brudd på offentligrettslige krav til arbeidsmiljøet ga dermed grunnlag for erstatning etter kontraktsrettslige regler.

¹⁸ Se nærmere i punkt 3.6.

¹⁹ Vernet av likebehandling (litra b) og inkludering (litra e) knytter seg i første rekke til diskrimineringsvernet og behandles nedenfor i punkt 3.7.

- d) å gi grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø i samarbeid med arbeidslivets parter og med nødvendig veiledning og kontroll fra offentlig myndighet,
- e) å bidra til et inkluderende arbeidsliv.

Vernet av individets helse kommer klart frem i litra a om «full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger». *Vern av lønn* er én side ved «trygge ansettelsesforhold», som litra b viser til. Bestemmelsen verner også andre interesser enn det som direkte gjelder helse og lønn. Arbeidets egenverdi vernes i litra a om en «meningsfylt arbeidssituasjon» og inngår i «trygge ansettelsesforhold» etter litra b. Litra d indikerer at individet har interesse i medbestemmelse i arbeidsforholdet. Litra c peker på behovet for tilpasninger til den enkeltes «livssituasjon». Dette anerkjenner en form for «negativ» interesse: arbeidet må ikke gripe for langt inn individets tilværelse for øvrig. *Mening, medbestemmelse og privatliv* er altså andre vernede interesser knyttet til arbeid.

Det er ikke skarpe skiller mellom de ulike interessene. For eksempel kan økonomisk utrygghet og ubalanse mellom arbeid og privatliv gå ut over helsen. Videre er det opplagt at en bestemmelse kan ivareta flere interesser samtidig. Arbeidstidsreglene er et godt eksempel. Arbeidstidsreguleringen skal sikre det helsemessige behovet for hvile og muliggjøre et privatliv, samtidig som reglene får betydning for lønnsberegningen.

Henvisningene til «trygghet» og «trygge ansettelsesforhold» viser at interessene ikke bare knytter seg til vernet i dag, men også til fremtidig vern av interessene. Dette gjenspeiler at arbeidsmiljøloven gjennomgående søker å fremme forutberegnelighet. Forutberegnelighet omfatter behov for klarhet om sine rettigheter i tillegg til trygghet for at rettigheter ikke vil bli truet. Regler om informasjon og drøfting, krav til utformingen av arbeidsavtalen og ulike prosedyrekrav spiller en særlig rolle i dette.

Arbeidsmiljølovens regler skal ikke bare ivareta de individuelle verneinteresser. Arbeidsgiveres interesse i verdiskapning kan stå i motsetning til verneinteressene, som i en nedbemanningssituasjon. Siden samfunnet har interesse i at arbeidskraften forvaltes på best mulig måte, kan samfunnets interesse i vern av individet strekke seg lengre enn det den enkelte opplever som å være i sin interesse. For eksempel kan samfunnsinteressen tilsi at arbeidstidsreglene verner mot

risiko for overbelastning, selv om individet ønsker å ta en slik risiko.²⁰ Videre kan samfunnsinteressen spille en selvstendig rolle. For eksempel skal arbeidstidsreglene ivareta sikkerhet for kunder og pasienter mv., og varslingsreglene skal ivareta samfunnets interesse i å avdekke kritikkverdige forhold.²¹ Motsatt kan samfunnets interesse i fri kunnskapsdannelse og meningsbrytning sette rammer for hvor langt den individuelle verneinteresse bør beskyttes.²² Lovgivningen bygger på at individets, virksomhetens og samfunnets interesser må avveies.²³ Ulikheter i vernet av individuelle verneinteresser kan ses som resultat av slike avveininger.

2.2 Interessenes gjennombrudd

Det er klare forskjeller i tidspunktet for interessenes gjennombrudd.²⁴ Gjennombruddet for *vern av helse* kom først.²⁵ Sundhetsloven av 1860 ga kommunene adgang til å fastsette helseforskrifter med formål å skape «forsvarlige hygieniske arbeidsvilkår».²⁶ Fabrikktilsynsloven av 1892 inneholdt regler om driftsvern for industrielle bedrifter og arbeidstidsregler for kvinner og barn.²⁷ Den første mer generelle arbe-

²⁰ En slik motsetning er kommet tydelig frem i den såkalte «Adecco-debatten», se for eksempel <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article514309.ece>.

²¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37.

²² At ytringsfrihet kan stå i motsetning til vern av arbeidsmiljøet illustreres av den såkalte «Nedkvitne-saken», LB-2010-69877.

²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 61.

²⁴ Med gjennombrudd mener jeg lovregulering som gir interessen et generelt vern.

²⁵ Se Syse 1995 s. 409-454 for en bredere drøftelse av hensyn som gjør seg gjeldende ved regulering av rettsstillingen for «svake» grupper, og hvordan hensynene ivaretas gjennom ulike typer rettslige virkemidler.

²⁶ Berg 1930 s. 259.

²⁷ Lov 27. juni 1892 om tilsyn med arbeidere i fabrikker m.v., som ble utvidet og siden avløst av lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter. Her ble arbeidstiden regulert også for voksne arbeidere. Denne ble igjen endret ved innføring av 8-timersdagen ved lov 11. juli 1919. Sjømenn, bakere, barbere og frisører var blant yrkesgruppene som tidlig fikk lovregulering av visse sider ved arbeidsforholdet, se nærmere om dette i Berg 1930 s. 35.

dervederlov, av 1936, bygget videre på fabrikktilsynslovgivningen.²⁸ Loven ga vern av liv og helse, regler om arbeidstid og «kontraktvern».²⁹ Et formål med arbeidstidsreglene var «å verne arbeidernes helse».³⁰ En vesentlig del av loven tok dermed sikte på å verne den fysiske helse. Fra 1892 til 1936 utviklet det seg slik et alminnelig vern av arbeidstakeres helse. Dagens krav om fullt forsvarlig arbeidsmiljø viser at forståelsen av hvilke sider ved helsen som skal beskyttes, har utviklet seg videre. I dag er det klart at også den psykiske helsen skal vernes mot risiko og skade.³¹ Arbeidsmiljølovens kapitler 2 til og med 7 utgjør kjernen i arbeidsmiljøbeskyttelsen og dermed i vernet av helse. Helsevern gis også gjennom arbeidstidsreguleringen i kapittel 10 og regler om permisjoner med helsemessig begrunnelse i kapittel 12. En sårbar gruppes helse ivaretas i kapittel 11 om arbeid av barn og unge.

Gjennombruddet for *lønnsvern* har skjedd etappevis, men ligger samlet sett senere enn vernet av helse. Allerede fabrikktilsynsloven av 1892 inneholdt enkelte regler om lønnsutbetalingen. Ved arbeidstvistloven av 1915 ble det etablert et lovregulert system for tariffavtaler og arbeidskamp.³² Kjernen i denne lovgivningen er bedre muligheter til jevnbyrdige forhandlinger om lønn og andre arbeidsvilkår, stabilitet for de avtalte vilkårene og anerkjennelse av arbeidskamp som rettmessig middel i interessetvister.³³ Arbeidstvistlovgivningen legger til rette for vern av lønnsnivå ved å gi arbeidstakerne virkemidler for å avtale balanserte lønnsvilkår.

²⁸ Lov 19. juni 1936 om arbeidervern. Forarbeidene til loven viser at den tar utgangspunkt i fabrikktilsynsloven og bygger videre på dennes struktur, se Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 1-3.

²⁹ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 3. Viktige nyskapninger i denne loven var regler om stillingsvern og ferie.

³⁰ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 20.

³¹ Se for eksempel Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 95.

³² Lovgivningen ble vedtatt etter at de organiserte arbeidsmarkedspartene hadde inngått de første brede kompromisser i tariffmessige former. I Norge var overenskomstene i jernindustrien i 1907 de første landsomfattende tariffavtaler, se nærmere Evju 2003 s. 18 og Andersen 1967 s. 149.

³³ Evju 1990 s. 243.

Så lenge arbeidstakerne fritt kunne sies opp, var forutberegneligheten begrenset. Stillingsvern er derfor nødvendig for et mer helhetlig lønnsvern. Før loven av 1936 var partenes gjensidige rett til å si opp arbeidsavtalen «så selvfølgelig at intet behøver å være nevnt».³⁴ Stillingsvernets prinsipielle gjennombrudd kom med 1936-lovens bestemmelse om krav på erstatning fra arbeidsgiver ved oppsigelse uten «saklig grunn». Vernet var imidlertid begrenset. Saklighetskravet var betinget av arbeidstakers alder og ansettelsestid, og det var satt tak for erstatningens størrelse.³⁵ Stillingsvernet ble gradvis styrket ved loven av 1956 og gjennom endringer frem til loven av 1977.³⁶ Det sterke stillingsvernet i loven av 1977 representerte et gjennombrudd for forutberegnelighet for lønn.³⁷ Viktige nydannelser var lengre oppsigelsesfrister, forhandlingsinstituttet, rett til å stå i stillingen ved tvist om oppsigelsens gyldighet og en særlig prosessordning.³⁸ Gjennombruddene for lønnsvern kom altså innenfor perioden fra 1915 til 1977.

Vernet av lønn er i mindre grad regulert i arbeidsmiljøloven. Lønn fastsettes av partene i individuell avtale, innenfor rammen av en eventuell tariffavtale. Enkelte bestemmelser i arbeidstidskapitlet har betydning for lønnsberegningen. Arbeidsmiljølovens viktigste bidrag til lønnsvernet er å sikre forutberegnelighet for den avtalte lønn. Her står grensene for adgang til midlertidig ansettelse og stillingsvernsreglene i kapitlene 14 og 15 sentralt. De formelle kravene til arbeidsavtalen har betydning ved å skape klarhet om det avtalte inntektsnivået. Selve utbetalingen vernes gjennom regler om lønnsutbetaling og forbud mot lønnstrekk i § 14-15. I tillegg er lønnskrav delvis vernet mot kreditorer gjennom dekningsloven § 2-7, som begrenser adgangen til utlegg i skyldnerens lønnskrav.³⁹

³⁴ Berg 1930 s. 137.

³⁵ Arbeidervernloven (1936) § 33.

³⁶ Nærmere om denne utviklingen i Fanebust 2001 s. 41-44.

³⁷ Et styrket oppsigelsesvern var et sentralt formål med revisjonen, se Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 13-14.

³⁸ Evju 1979a behandler stillingsvernet i 1977-loven, se om de nevnte nyskapingene på s. 242 og s. 331.

³⁹ Allerede lov om tvangsfullbyrdelse av 13. august 1915 nr. 7 § 72 begrenset adgangen til å ta utlegg i uforfalte krav på lønn mv. Vernet ble utvidet i dek-

Parallelt med utviklingen av arbeidstvist- og arbeidervernlovgivningen er det også vokst frem regler om ulykkesforsikring, ytelser ved sykdom og arbeidsledighet og pensjon.⁴⁰ Selv om disse reglene ikke regulerer lønn for arbeid i direkte forstand, er de sentrale for den samlede beskyttelsen av individets økonomiske interesse, etter at arbeidsforholdet er opphørt eller arbeidsevnen er nedsatt.

Gjennombruddet for vern av annen interesse i arbeid kom etter gjennombruddene for vern av helse og lønn. Ved 1977-loven ble det en del av lovens formål å sikre «en meningsfylt arbeidssituasjon». Om dette sier forarbeidene at «arbeidet bør organiseres slik at den enkelte arbeidstaker får oppleve arbeidets positive verdier» og at «arbeidssituasjonen [bør] kunne gi den enkelte noe mer enn økonomisk belønning».⁴¹ Loven av 1977 etablerte med dette et vern av *mening* i arbeidsforholdet. Styrkingen av stillingsvernet i 1977-loven ga forutberegnelighet for mening, gjennom trygghet for fortsatt arbeid. Stillingsvernet setter også grenser for hvilke endringer i det løpende arbeidsforholdet arbeidsgiver kan gjøre i kraft av styringsretten.⁴²

Individets behov for *privatliv* ble til en viss grad vernet gjennom den tidligere arbeidervernlovgivningen. Formålet med arbeidstidsreglene var ikke bare helsevern, men også å sikre «tilstrekkelig fritid til å dyrke andre interesser og delta i det sociale liv».⁴³ Arbeidstidsregler og andre regler om fri fra arbeidet som strekker seg lengre enn det som er helsemessig begrunnet, gir vern av privatlivet. I dag gir arbeidsmiljølovens regler, blant annet om foreldre- og utdanningspermisjon, fri ved barns sykdom, rett til redusert arbeidstid og unntak

ningsloven av 1975 slik at adgangen til utlegg i umiddelbar forbindelse med utbetalingen også ble begrenset, se Ot.prp. nr. 27 (1974-75) s. 5. Dagens regler i dekningsloven av 1984 § 2-7 tilsvarer med enkelte mindre endringer reglene i 1975-loven, se Ot.prp. nr. 50 (1980-81) s. 3.

⁴⁰ For en oversikt over den tidlige lovgivningen, se Berg 1930 s. 34. Se særlig om utviklingen av regler om arbeidsledighetstrygd i Evju 2007, s. 135–184. En fremstilling av gjeldende velferdsrettslig lovgivning er gitt i Kjønstad/Syse 2008.

⁴¹ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 101.

⁴² Se generelt om styringsretten, som er «inngjerdet av begrensninger», i Evju 2003 s. 20. Se Fougner 2007 s. 123 flg om «oppsigelsesregler som yttergrense for arbeidsplikt og endringsadgang».

⁴³ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 20.

fra natt- og overtidarbeid, et relativt bredt vern av privatlivet.⁴⁴ Slike bestemmelser gir også en forutberegnelighet for at sider ved arbeidsvilkårene vil tilpasses endringer i privatlivet, for eksempel nye omsorgsoppgaver og ønsker om etterutdanning. Dette vernet har utviklet seg gradvis. Loven av 1977 styrket en rekke slike regler og skilte dem ut i et eget kapittel VIII om rett til fri fra arbeidet. Året 1977 er derfor et gjennombrudd for vern av privatlivet. I dag vernes privatlivet ikke bare ved kapittel 10 om arbeidstid og i kapittel 12 om permisjoner, men også gjennom reglene om kontrolltiltak i kapittel 9.⁴⁵

Medbestemmelse for fagorganiserte fikk sitt gjennombrudd med arbeidstvistlovgivningen, som sikrer mulighet til å påvirke arbeidsvilkår og arbeidssituasjon gjennom fagorganisering, tariffavtaler og arbeidskamp. For deler av arbeidslivet er det utviklet tariffavtale-regulering av medbestemmelse på den enkelte arbeidsplass.⁴⁶ Først senere er medbestemmelse blitt en vernet interesse for alle arbeidstakere, uavhengig av fagorganisering. Utenfor arbeidsmiljøloven har arbeidstakere siden 70-tallet hatt medbestemmelse gjennom selskapsorganene etter aksjelovgivningens regler, dels gjennom retten til å velge styrerepresentanter og dels gjennom reglene om bedriftsforsamling.⁴⁷ Et generelt prinsipp om at alle arbeidstakere skal ha «Medbestemmelsesret paa sin Arbejdsplads», ble tatt inn i Grunnloven i 1980. Som ledd i gjennomføringen av ulike EU-direktiv fikk arbeidsmiljøloven gradvis bestemmelser om regler om informasjon og drøfting i bestemte situasjoner, som ved virksomhetsoverdragelse, masseoppsigelser og ved bruk av kontrolltiltak. Ved arbeidsmiljøloven av 2005 ble det for første gang gitt generelle regler om rett

⁴⁴ I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) fremheves det på s. 61 at samfunnet har «interesse i å sikre at yrkesdeltakelse kan kombineres med å få barn, ta seg av sine nærmeste og leve et aktivt liv privat og som samfunnsborger».

⁴⁵ Reglene om kontrolltiltak ble innført i 2005-loven, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 135 flg.

⁴⁶ Her har kapittel IX i Hovedavtalen mellom LO og NHO om informasjon, samarbeid og medbestemmelse, vært modell for andre tariffavtaler.

⁴⁷ Se om ansattes representasjon i selskapets ledende organer i Aarbakke m.fl. 2004 s. 431-439.

til informasjon og drøfting i kapittel 8.⁴⁸ Vern av medbestemmelse fikk følgelig sitt endelige gjennombrudd i arbeidsmiljøloven i 2005.

Gjennombruddene for vern av de ulike interessene er oppsummert i tabellen nedenfor:

Verneinteresse \ Gjennombrudd	Helse	Lønn	Mening Privatliv Medbestemmelse
Form	Vern mot driftsulykker	Anerkjennelse av tariffavtalesystemet, stillingsvern	Stillingsvern, permisjonsrettigheter og generelle regler om informasjon og drøfting
Fase	1892-1936	1915-1977	1977-2005

Spørsmålet om forholdet mellom verneinteressene krever drøftelser som går ut over rammene for denne artikkelen. Her begrenser jeg meg til å peke på hvordan forarbeider og teori gir indikasjoner på at det er sammenhenger mellom tidspunktet for gjennombrudd og verneinteressenes styrke.⁴⁹

Eldre forarbeider og teori viser at helsevern hadde sterkere gjennomslag enn andre interesser. I drøftelsene forut for den første fabrikktilsynslovgivningen var vern mot driftsulykker og vern av kvinners og barns helse ikke problematisk.⁵⁰ De offentligrettslige bestemmelsene om vern mot ulykker mv. ble betegnet som «den egent-

⁴⁸ Også disse reglene er gjennomføring av EU-direktiv.

⁴⁹ Tariffavtalesystemet, slik det er praktisert i Norge, forutsetter at inntektsnivå ikke vernes direkte i lov. Det er derfor primært forholdet mellom helsevern og annen verneinteresse som belyses.

⁵⁰ Arbeiderkommisjonens Indstilling (1888) s. 17 flg. Arbeiderkommisjonen ble oppnevnt i 1885 for å vurdere lovgivning om fabrikkarbeid. Arbeiderkommisjonens Indstilling I (1888) ledet til den første fabrikktilsynsloven, som dannet grunnlaget for den senere arbeidervernlovgivningen. Se nærmere om Kommisjonens rolle og utviklingen av den tidligere lovgivningen i Evju 1979b og Fougner/Holo 2008 s. 18-21.

lige arbeidervernlovgivning».⁵¹ Berg konstaterte at arbeidervernlovgivningen var «et uttrykk for at Staten ser det som en oppgave for sig å verne om folkekraften og folkehelsen».⁵²

Regulering av arbeidstid, som står i skjæringspunktet mellom vern av helse og andre interesser, var opprinnelig langt mer kontroversiell og brøt først gjennom i 1915.⁵³ Det tok ytterligere tid før stillingsvern fikk legitimitet. I 1930 la Berg til grunn at fri oppsigelsesrett var «selvfølgelig».⁵⁴

I dag kan det være vanskeligere å trekke prinsipielle skillelinjer. Forarbeidene til dagens lov fremhever at trygge ansettelsesforhold (stillingsvern) er «en stor og viktig del» av reguleringen.⁵⁵ Likevel synes det fremdeles å gå et skille mellom vern mot helseskade, som loven skal gi «full trygghet» mot, og vern som skal fremme velferd ut over dette. Mens minimumskravene til arbeidsmiljøet skal settes uavhengig av virksomhetens økonomi,⁵⁶ er vernet av de øvrige interessene i større grad avveiet mot arbeidsgivers interesser. For eksempel åpner stillingsvernsreglene for oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, og flere av reglene om tilpasning av arbeidsvilkårene til privatlivet er betinget av at det ikke skaper store ulemper for virksomheten.⁵⁷ Diskusjonen rundt formålsbestemmelsen støtter dette. Arbeidslivslovutvalgets flertall gikk inn for at lovens formål skulle

⁵¹ Ot.prp. nr. 31 (1936) s. 45. Kontraktsmessige bestemmelser som gjøres gjeldende mellom partene, «faller dermed strengt tatt utenfor rammen av den egentlige arbeidervernlovgivning».

⁵² Berg 1930 s. 257.

⁵³ Arbeiderkommisjonen delte seg i et flertall og et mindretall i spørsmålet om innføring av en lovbestemt normalarbeidsdag for voksne menn, blant annet på grunn av ulik prinsipiell holdning til om lovgivningen på denne måten burde gripe inn i individets kontraktsfrihet. Se om disse synspunktene særlig på s. 44-45 (flertallet) og s. 62 (mindretallet). Regjeringen utsatte imidlertid spørsmålet om normalarbeidsdag. Først i 1915 ble 10-timersdagen innført, se Evju 1979b s. 10-11.

⁵⁴ Berg 1930 s. 137.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 70.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 3 (1974-75) s. 95.

⁵⁷ Se for eksempel § 10-2 tredje ledd om rett til fleksibel arbeidstid «dersom dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten».

fokusere på «helsemessige hensyn fremfor generelle velferds mål». Departementet valgte å beholde henvisningen til «velferdsmessig standard», men sa seg «enig i at de helsemessige hensyn er, og skal være, mer fremtredende i loven enn de velferdsmessige».⁵⁸

2.3 *Kravet om arbeidstakertilknytning*

Vernereglens anvendelse for en virksomhet er betinget av *arbeidstakertilknytning*. Arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse for «virksomhet som sysselsetter arbeidstaker», jf. § 1-2.⁵⁹ En aktivitet må ha en viss fasthet og organisasjon, en viss varighet eller stabilitet og ikke være rent ubetydelig for å utgjøre en «virksomhet».⁶⁰ Det sentrale her er at anvendelsesområdet er betinget av at virksomheten «sysselsetter arbeidstaker». Det er aktiviteter som drives ved hjelp av arbeidstakere, som omfattes av loven.⁶¹ Det er imidlertid gjort flere unntak fra dette utgangspunktet. Spørsmålet videre er om det er forskjeller i kravet om arbeidstakertilknytning for de ulike verneinteressene.⁶²

For vernet av helse er det gjort omfattende unntak fra kravet om arbeidstakertilknytning. Loven pålegger visse produsenter, leverandører og importører spesielle krav i § 5-4 og § 5-5. Formålet er å gjøre opplysninger om helsefarlige kjemikalier i industrien lettere tilgjengelig og sikre at maskiner og arbeidsutstyr er konstruert og montert slik at personer og andre berørte verdier er vernet mot farer.⁶³ I § 1-4 er

⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 70.

⁵⁹ Anvendelsesområdet er altså ubestemt i forhold til bransjer, yrker og stillinger. Visse grenser er positivt angitt videre i § 1-2 og i § 1-3, men behandles ikke næmere.

⁶⁰ Dette er betegnet som krav til en «ordnet bedrift», se Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 7. Det er imidlertid ikke krav om at virksomheten må drives med profittmotiv, se Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 101. Rt. 1981 s. 899, Rt. 1992 s. 550 og Rt. 1992 s. 1055 berører denne «nedre grensen» for lovens anvendelse. Disse sidene ved grensdragningen behandles ikke nærmere her.

⁶¹ At virksomhetens formål må søkes oppnådd ved «underordning av personer under en annens vilje», er behandlet som en del av begrepet «bedrift» i Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 9, se også s. 10.

⁶² Her fokuserer jeg på hvilken type virksomhet som omfattes av lovens krav. Om utstrekning av vernet personkrets, se punkt 2.4.

⁶³ Stenseth Vatvedt 2011 s. 298 og s. 308.

det gitt forskriftshjemler for å la loven komme til anvendelse for «virksomhet som ikke sysselsetter arbeidstaker». I medhold av denne bestemmelsen er det gitt en rekke forskrifter.⁶⁴ Forskriftene gir arbeidsmiljøkrav anvendelse for en del virksomhet uten eller med uklar arbeidstakertilknytning, for eksempel byggherrer, visse produsenter og leverandører, enmannsbedrifter i bygge- og anleggsvirksomhet og jordbruksvirksomhet. De materielle kravene som gis anvendelse, er typisk «krav til arbeidsmiljøet» eller krav som har til formål å sikre arbeidsmiljøet.⁶⁵ Kravene er knyttet til tekniske innretninger og utstyr, giftige og helsefarlige stoffer samt personlig verneutstyr og i visse tilfeller krav knyttet til arbeidstidsreglene.⁶⁶ Helsevern veier altså så tungt at vilkåret om arbeidstakertilknytning i mange tilfeller fravikes.

Det er ikke gjort tilsvarende unntak knyttet til lønn, mening, privatliv og medbestemmelse. Vilkåret om at virksomheten må sysselsette arbeidstaker for å ha plikter etter loven, gjelder fullt ut for vernet av disse interessene. For medbestemmelsesvernet i kapittel 8 er det imidlertid oppstilt tilleggsvilkår om at virksomheten «jevnlige sysselsetter minst 50 arbeidstakere», jf. § 8-1 første ledd.⁶⁷

⁶⁴ Forskrift 10. januar 1986 nr. 17 om arbeidsmiljølovens anvendelse for arbeid i enmannsbedrifter innen bygge- og anleggsvirksomhet, forskrift 21. mars 1986 nr. 745 om arbeidsmiljølovens anvendelse i virksomhet i jordbruk og skogbruk som ikke sysselsetter arbeidstaker, forskrift 26. juni 1998 s. 608 om bruk av arbeidsutstyr, forskrift 30. mars 2007 s. 366 om identitetskort (ID-kort) på bygge- og anleggsplasser, forskrift 20. mai 2009 nr. 544 om maskiner, forskrift 30. november 1990 nr. 944 om dykking og forskrift 3. august 2009 nr. 1028 om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser (byggherreforskriften).

⁶⁵ For eksempel har forskriften om ID-kort til formål å «ivareta sikkerhet, helse og arbeidsmiljø», jf. § 1.

⁶⁶ For eksempel fastsetter forskriften om enmannsbedrifter i § 9: «Arbeidstidsordninger skal legges opp slik at aktsomhets- og sikkerhetshensyn ikke forringes.»

⁶⁷ Et mindretall i Medvirknings- og medbestemmelsesutvalget foreslår at informasjons- og drøftelsesplikten etter kapittel 8 skal gjøres gjeldende for alle virksomheter, konsern og foretaksgrupper uavhengig av antall ansatte, se NOU 2010: 1.

Et annet spørsmål er hvor langt Arbeidstilsynets kompetanse strekker seg. Kompetansen er knyttet til lovens anvendelsesområde og gjelder dermed i utgangspunktet kun overfor virksomhet med arbeidstakertilknytning. Jakhelln tar imidlertid til orde for en utvidende tolkning av arbeidsmiljølovens anvendelsesområde i «offentligrettslig sammenheng». Han mener reelle hensyn «med tyngde» taler for at Arbeidstilsynet har kompetanse til å gi forhåndssamtykke og dispensasjoner til en virksomhet i oppstartsfasen, der «ingen ennå er ansatt og enn mindre har tiltrådt arbeidet». ⁶⁸ Ut fra «de offentligrettslige hensynene som ligger bak kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø», legger han dessuten til grunn at Arbeidstilsynet har kompetanse til å gripe inn med tyngende pålegg «uansett om arbeidstakere er ansatt, eller har tiltrådt arbeidet». ⁶⁹ Ettersom påleggskompetansen i større grad aktualiserer legalitetsprinsippets krav om forankring i lovtekst, er det etter mitt syn tvilsomt om vilkåret om arbeidstakertilknytning kan oppheves med en slik begrunnelse. ⁷⁰ Uansett er argumentasjonen om opphevelse av vilkåret knyttet til vernet av helse.

Tolkningen av kravet om arbeidstakertilknytning er også problematisert for vernet av andre interesser. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig at det er inngått arbeidsavtale, eller om arbeidstaker også må ha tiltrådt for at reglene skal komme til anvendelse. ⁷¹ Drøftelser av dette knytter seg imidlertid til det nærmere innholdet i kravet om arbeidstakertilknytning.

Jakhelln mener spørsmålet ikke kan besvares helt generelt. ⁷² For «regler av privatrettslig art» fremholder han at det mellom avtaleinngåelse og tiltredelse

⁶⁸ Jakhelln 2007 s. 224-225.

⁶⁹ Jakhelln 2007 s. 225.

⁷⁰ Høgberg/Kinander 2011 oppsummerer på s. 47 at «legalitetsprinsippet innebærer at i den grad den rettslige beslutningen medfører et offentlig inngrep i private personers sfære, må kompetanseregelen som muliggjør eller autoriserer beslutningen ha forankring i lovtekst».

⁷¹ Se Forså Aas 2010 for en bredere fremstilling av forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett ved inngåelse og opphør av arbeidsavtaler.

⁷² Jakhelln 2007 s. 222. Om anvendelse av verneregler der arbeidstakere utfører arbeid i en annen virksomhet enn den ansettende virksomhet, se nedenfor i punkt 2.4.

mer er «en gradforskjell enn en prinsipiell forskjell med hensyn til hvilke rettigheter og plikter som foreligger mellom partene».⁷³

Et praktisk spørsmål er om stillingsvernsreglene får anvendelse i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse.⁷⁴ Rettspraksis tyder på at tiltredelsen har betydning for om stillingsvernsreglene kommer til anvendelse. Spørsmålet er berørt i Rt. 2004 s. 76 og Rt. 1988 s. 766. I begge saker var det forhold ved avtaleinngåelsen (uriktige opplysninger om kompetanse og manglende opplysninger om graviditet) som var bakgrunnen for at arbeidsgiver ikke anså seg bundet. I Rt. 1988 s. 766 hadde arbeidstaker ikke tiltrådt. Kjæremålsutvalget la til grunn at spørsmålet om det forelå en bindende arbeidsavtale skulle løses etter «vanlige avtalemessige prinsipper» og at manglende opplysninger kunne utgjøre bristende forutsetninger. I Rt 2004 s. 76 hadde arbeidstaker tiltrådt. Retten fant «at tiltredelsen i utgangspunktet må være avgjørende for om arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler her må anvendes» og la til grunn at også opprinnelig ugyldige avtaler, ut fra reelle hensyn, måtte avvikles etter stillingsvernsreglene. Retten bemerket imidlertid at før tiltredelse ville «rent avtalerettslige betraktninger» komme i forgrunnen, slik at arbeidsforholdet kan avsluttes «uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler». Jeg forstår uttalelsen slik at den retter seg mot situasjoner der avtalens gyldighet bestrides. Uttalelsen er imidlertid kritisert i teorien.⁷⁵ Om stillingsvernsreglene kommer til anvendelse når avtalens gyldighet bestrides, også i tiden før tiltredelse, er derfor noe uklart. Dersom arbeidsavtalens gyldighet ikke bestrides, er det bred støtte i teorien for at stillingsvernsreglene kommer til anvendelse før tiltredelse, og ikke det avtalerettslige prinsippet om fri oppsigelsesadgang.⁷⁶

2.4 Vernet personkrets

Arbeidsgiver er det primære pliktsubjektet etter arbeidsmiljøloven, jf. § 2-1. I § 1-8 defineres «arbeidsgiver» som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste»,⁷⁷ mens «arbeidstaker»

⁷³ Jakhelln 2007 s. 225.

⁷⁴ Spørsmålet kan også reises for andre regler, for eksempel om § 14-15 om utbetaling av lønn og forbud mot lønnstrekk kommer til anvendelse på godtgjørelse mv. som utbetales før tiltredelse. Se Jakhelln 2007 s. 226, som argumenterer for dette.

⁷⁵ Forså Aas 2010 s. 58-65 med videre henvisninger.

⁷⁶ Forså Aas 2010 s. 38-44 med videre henvisninger.

⁷⁷ I § 1-8 annet ledd, heter det i siste punktum: «Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.» Bestemmelsen har gitt grunnlag for personlig straffansvar for brudd på loven for personer i ledende stillinger. Straffansvaret gjelder ikke

er «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Som vist ovenfor gjelder regler til vern av helse også i en viss utstrekning for virksomheter uten arbeidstakertilknytning. I dette punktet rettes fokuset mot *hvilken personkrets* virksomhet med arbeidstakertilknytning har plikter overfor. Spørsmålet er om det er ulikheter i hvilke grupper som nyter vern av ulike interesser.

Lovens utgangspunkt er at arbeidsgiver har plikter overfor egne arbeidstakere. Ifølge forarbeidene er lovens «hovedinnretning ... at plikter og rettigheter er relatert til arbeidsgiver-/arbeidstakerforhold». ⁷⁸ Hvem som har plikt til å verne, og hvem som skal vernes, knyttes altså til kontraktens parter. Dette synes for det første å innebære et krav om en *avtaleinngåelse*. ⁷⁹ For det andre er det krav om at den relasjonen som etableres ved avtalen, er et *arbeidstakerforhold*. Om en arbeidsytende person er arbeidstaker, beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering av en rekke momenter. ⁸⁰ Den typiske arbeidstaker er både økonomisk avhengig og gjenstand for arbeidsgivers styring og kontroll. I vurderingen trekkes grensen både mot arbeid som ikke bygger på avtale, og mot selvstendige former for arbeid (oppdragsavtaler). Rettspraksis viser at de reelle forhold har betydelig gjennomslagskraft ved vurderingen sammenlignet med avtalens formelle bestemmelser. ⁸¹

Personkretsen for helsevern er utvidet og omfatter langt flere enn virksomhetens egne arbeidstakere. For det første regulerer loven helsevernet for visse gråsonetilfeller. Etter § 1-6 skal visse personer «anses som arbeidstakere i forhold til lovens regler om helse, miljø og sikkerhet når de utfører arbeid i virksomhet som går inn under loven». Det dreier seg om elever, vernepliktige, innsatte, pasienter og personer

brudd på kapittel 14 og 15, jf. § 19-1 siste ledd. Rettspraksis viser at bestemmelsen typisk anvendes ved brudd på kravene til arbeidsmiljøet, dvs i vernet av helse. Dette behandles ikke nærmere her.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74.

⁷⁹ Fougner/Holo 2008 s. 95.

⁸⁰ For en oversikt over elementene i vurderingen, se Fougner/Holo 2008 s. 95-109. Se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

⁸¹ Se for eksempel Rt. 2007 s. 1458. Den nærmere grensedragnet behandles ikke her.

på arbeidsmarkedstiltak. I disse relasjonene ytes arbeidet ikke hovedsakelig på grunnlag av en avtale. Elementer av underordning og kontroll vil imidlertid ofte være til stede. Selv om bestemmelsens overskrift indikerer at personene i utgangspunktet ikke er arbeidstakere, er det etter mitt syn mer treffende å si at arbeidstakerstatusen er uklar.⁸² Dessuten innebærer bestemmelsen nettopp arbeidstakerstatus, riktignok kun i forhold til «helse, miljø og sikkerhet». Hvilke regler som får anvendelse for hvilke grupper, er nærmere regulert i forskrift.⁸³ I hovedsak er det vern av helse som er gitt anvendelse.⁸⁴ Også bestemmelsen om avløserhjelp i landbruket i § 1-4 annet ledd kan ses som et gråsonetilfelle.⁸⁵ Nærmere bestemte grupper som yter arbeid i en underordningsrelasjon, men uten avtaletilknytning, omfattes dermed av helsevernet.

For det andre fastsetter § 2-2 at en virksomhet kan ha plikt til å sikre «et fullt forsvarlig arbeidsmiljø» overfor andre enn egne arbeidstakere. Plikten er betinget av at personene «utfører arbeidsoppgaver i tilknytning til arbeidsgivers aktivitet eller innretninger», jf. § 2-2 første ledd. I så fall utstrekkes plikten både til arbeidstakere som er ansatt i annen virksomhet, og til personer som ikke er arbeidstakere. Selvstendige oppdragstakere beskyttes altså av helsevernsreglene når de arbeider i en virksomhet som har egne arbeidstakere. Dette supplerer det ansvaret for helsevern som den selvstendige selv kan ha, se punkt 2.3. Dette viser at selvstendige oppdragstakere både kan være ansvarlige for, og være beskyttet av, regler om helsevern. For arbeidstakere i annen virksomhet, som innleide og tjenesteytere, gir bestemmelsen vern av helsen der de arbeider, som supplerer det ansvaret egen arbeidsgiver har.

Vernet av andre interesser enn helse er i all hovedsak forbeholdt arbeidstakere. I forskriften om gråsonetilfellene er arbeidstidskapitlet og permisjonsreglene gitt anvendelse overfor lærlinger og personer på

⁸² Jakhelln 2007 betegner disse som «uegentlige arbeidsforhold», se s. 27-28.

⁸³ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1568 om anvendelse av arbeidsmiljøloven for personer som ikke er arbeidstakere.

⁸⁴ For alle de oppregnede gruppene gjelder kapitlene 1 t.o.m. 7, samt kapittel 18 og 19 (unntatt § 19-2).

⁸⁵ Jakhelln 2011 s. 39.

tiltak.⁸⁶ Dette kan ses som et utslag av at disse gruppene ligger nærmere arbeidstakerstatus enn de øvrige gråsonetilfellene.⁸⁷ Den personkretsen som er vernet av de generelle medbestemmelsesreglene i kapittel 8, er begrenset. Etter § 8-1 første ledd er vernet begrenset til arbeidstakere i virksomhet som «jevnlige» sysselsetter minst 50 arbeidstakere.

2.5 Håndheving

I håndhevingen av arbeidsmiljøloven går det for det første et skille mellom håndheving gjennom offentlig myndighet og partenes håndheving. For det andre går det et skille i partenes håndheving, mellom individuelle og kollektive parter. I dette punktet er spørsmålet om det er forskjeller i håndhevingsmuligheter for de ulike verneinteressene.

Arbeidstilsynet har ansvaret for håndheving av arbeidsmiljøloven, jf. § 18-1.⁸⁸ Arbeidstilsynets påleggskompetanse er positivt angitt i § 18-6 første ledd. Kompetansen omfatter med enkelte unntak «arbeidsmiljøkapitlene» i kapittel 2 til og med 7, kapittel 8 om informasjon og drøfting, kapittel 9 om kontrolltiltak, kapittel 10 om arbeidstid med visse unntak, og særreglene om barn og ungdom i kapittel 11. I tillegg har tilsynet kompetanse til å håndheve enkelte bestemmelser i kapittel 14 og 15. Dette gjelder de formelle kravene til arbeidsavtalen, kravet om attest og plikter til drøftelser ved masseoppsigelser og ved bruk av midlertidig ansatte.

Arbeidstilsynets påleggskompetanse er altså primært, men ikke utelukkende, knyttet til vernet av helse. Gjennom arbeidstidsreglene kan tilsynet indirekte berøre sider ved vernet av lønn. Reglene i § 10-2 annet til fjerde ledd om fritak fra nattarbeid, fleksibel arbeidstid og redusert arbeidstid – som gir vern av privatlivet – er imidlertid unntatt fra kompetansen. Videre er kompetansen begrenset i forhold til vernet

⁸⁶ Studenter og elever har rettigheter til utsatt eksamen mv. etter annen lovgivning.

⁸⁷ Lærlingers relasjon til lærebedriften har *både* et opplæringsformål og et verdiskapningsformål. Det skal inngås en lærekontrakt som viser til arbeidsavtalen, jf. opplæringsloven § 4-5.

⁸⁸ Straffereglene i kapittel 19 medfører at også påtalemyndigheten har en rolle i håndhevingen. Dette behandles ikke nærmere her.

av medbestemmelse. Arbeidstilsynet skal kontrollere at det er gjennomført drøftinger, ikke innholdet i eller resultatet av drøftingene.⁸⁹ Arbeidstaker kan håndheve sine rettigheter overfor arbeidsgiver gjennom søksmål. Dette gjelder prinsipielt alle lovens bestemmelser.⁹⁰ Terskelen for å nå frem med krav mot arbeidsgiver er imidlertid høyere ved brudd på offentligrettslige regler enn for kontraktsvernsreglene.⁹¹ Brudd på stillingsvernsregler står i en særstilling ettersom dette utløser rett til forhandlinger, en egen prosessordning og rett til å stå i stillingen mens saken behandles. Stillingsvernsreglene kan påberopes som et vern mot arbeidsforholdets opphør, men også som vern mot endringer. Krav om stillingsvern kan dermed sikre lønn og mening, både i det løpende arbeidsforholdet og ved å beholde arbeidsforholdet.⁹²

Den enkelte arbeidstaker kan imidlertid ikke håndheve brudd på medbestemmelsesreglene, her ligger rettighetene til arbeidstakerkollektivet. Tvist om fortrolige opplysninger etter § 8-3 kan reises for Bedriftsdemokratinemnda av tillitsvalgte eller flere arbeidstakere i fellesskap.⁹³

Fagforeningene spiller en sentral rolle for ivaretagelsen av flere interesser. Gjennom forhandlinger og arbeidskamp kan foreningene

⁸⁹ Dette er sagt uttrykkelig i forarbeidene til plikten til å drøfte bruken av midlertidig ansettelse, se Prop. 104 L (2009-2010) s. 10. Om kompetansen etter kapittel 8 heter det at Arbeidstilsynet vil kunne føre tilsyn med at «dialogen mellom partene er etablert i samsvar med reglene», se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 126. Se også Evju 2010 s. 400.

⁹⁰ Også brudd på offentligrettslig regulering kan utløse krav i kontraktsforhold, se punkt 2.1.

⁹¹ For eksempel heter det i Rt 1997 s. 1506, som gjaldt brudd på kravene til det psykososiale arbeidsmiljøet, på s. 1512: «Etter mitt syn skal det meget til for at det kan bli tale om vesentlig mislighold og erstatning i et slikt forhold.»

⁹² For enkelte andre tvister er det opprettet en egen nemnd, se § 17-2. Tvisteløsningsnemnda kan behandle visse tvister om arbeidstid, permisjoner og fortrinnsrett for deltidsansatte, se nærmere i §§ 10-13, 12-14 og 14-3.

⁹³ Bedriftsdemokratinemnda, som er opprettet for håndhevelse av aksjelovgivningens regler om arbeidstakerrepresentasjon, har en avgrenset avgjørelsesmyndighet i saker etter kapittel 8, se Evju 2005 s. 187. Evju 2005 påpeker at selv om Bedriftsdemokratinemnda er særlig tvisteløsningsorgan, er bestemmelsen omfattet av Arbeidstilsynets kompetanse, se s. 187-189.

oppnå tariffavtaler som gir sterkere vern enn arbeidsmiljøloven. Når tariffavtale er inngått, kan rettstvister, dvs. tvister knyttet til «tariffavtales gyldighet, forståelse eller eksistens eller om krav som grunner seg på en tariffavtale», bringes inn for Arbeidsretten, jf. arbeidstvistloven § 33 annet ledd jf. § 1 bokstav i. Ettersom tariffavtaler kan regulere «arbeids- og lønnsvilkår og andre arbeidsforhold», kan fagforeningene håndheve alle typer verneinteresser. Fagforeningene har en særlig sentral rolle i å etablere og håndheve lønnsnivået siden arbeidsmiljøloven i liten grad gir slikt vern.

Fagforeningene er videre den fremste kanalen for medbestemmelse. Lovens minstekrav i kapittel 8 er ment å være standardbestemmelser som kan danne et utgangspunkt for regulering i tariffavtale.⁹⁴ Der medbestemmelse er regulert i tariffavtale, er det tariffpartene som har håndhevingsmyndighet etter § 8-1 og § 8-2.⁹⁵ Der medbestemmelse ikke er regulert i tariffavtale, er det Arbeidstilsynet som fører tilsyn med at det er gjennomført informasjon og drøfting med de «tillitsvalgte».⁹⁶ Håndheving av taushetsplikten etter § 8-3 er mer sammensatt.

Dette viser at helsevernet primært håndheves av offentlig myndighet, mens de øvrige verneinteressene primært håndheves av partene. Fagforeningene spiller trolig den viktigste rollen for å sikre lønnsnivå, mens forutberegnelighet for lønn sikres gjennom den enkelte arbeidstakers krav om stillingsvern. Medbestemmelse ivaretas hovedsakelig gjennom fagforeningene.

3 Diskrimineringsvernet – suppleringer og brudd

3.1 Likebehandling

Individets interesse i likebehandling skiller seg fra de verneinteressene som hittil er behandlet. Likebehandling relaterer seg til *likhet*, ikke til et visst nivå av velferd i seg selv. Dette innebærer at interessen i likebehandling gjør seg gjeldende på tvers av de øvrige verneinteressene.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 126.

⁹⁵ Se ovenfor og også Evju 2005 s. 188-189.

⁹⁶ «Tillitsvalgte» omfatter flere enn representanter for fagorganiserte arbeidstakere, se Evju 2005 s. 212 flg.

Eng fremhever at et krav om likebehandling «er *moralsk blindt* i forhold til alle verdier og prinsipper *utenfor* selve dette at normens kategorier skal praktiseres konsekvent».⁹⁷ Mens de tradisjonelle verneinteressene bygger på materielle rettferdighetsidealer, bygger likebehandling i utgangspunktet på et formelt rettferdighetsideal.⁹⁸ Samtidig kan likebehandling romme mer enn formell likhet, det kan også betegne likhet i resultat. I så fall uttrykkes et materielt rettferdighetsideal.⁹⁹

Likebehandling knytter seg til fordeling langs en annen akse enn det tradisjonelle arbeidstakervernet. Arbeidstakervernet fokuserer primært på fordelingen mellom arbeid og kapital, mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Likebehandling i arbeidslivet dreier seg derimot mer om fordelingen mellom ulike grupper individer på arbeidsmarkedet.¹⁰⁰

Et første spørsmål er hvilke kategorier som skal likebehandles etter arbeidsmiljøloven. Loven verner arbeidstaker og bygger dermed på at arbeidstakere og andre som utfører arbeid, *ikke* skal behandles likt. Som vist foran gjennomfører loven likevel en viss likebehandling når det gjelder vern av helse. Lovens generelle anvendelsesområde er uttrykk for likebehandling mellom arbeidstakere i ulike stillinger, bransjer og sektorer. Videre bygger loven på likebehandling av arbeidsforhold av ulik varighet og omfang.¹⁰¹ Med innføringen av diskrimineringsvern er det klart at arbeidsmiljøloven også krever likebe-

⁹⁷ Eng 2007 s. 189 (Engs uthevelser).

⁹⁸ Eng 2007 knytter på s. 189 formell rettferdighet til fokus på krav om likebehandling, mens materiell rettferdighet knyttes til fokus på reglens materielle innhold.

⁹⁹ Se Blaker Strand 2012 s. 80-83 om ulikt innhold i verdien likhet, særlig om et «hovedskille» mellom formell likhet og substansiell/reell likhet.

¹⁰⁰ Se generelt om dette, beskrevet som en «third function of labour law», i Mundlak 2011.

¹⁰¹ Midlertidige arbeidsforhold opphører ved det avtalte utløpstidspunktet og er slik sett unntatt fra kravet om saklig oppsigelse jf. § 14-9 femte ledd. Adgangen til midlertidig ansettelse er imidlertid sterkt begrenset, jf. § 14-9 første ledd.

handling ut fra visse forhold ved individet. Dette betegnes i lovgivningen som vern mot diskriminering.¹⁰²

Diskrimineringsreglene sikter delvis mot formell likebehandling, delvis mot likhet i resultat. Mens et forbud mot direkte diskriminering er et krav om formell likhet, er forbud mot indirekte diskriminering mer et krav om resultatlikhet. Samlet sett betegnes reglene gjerne som et vern av like muligheter.¹⁰³ De nærmere diskrimineringsreglene gir på denne måten et visst substansielt innhold til likebehandlingsnormen. Diskrimineringsforbudet gir imidlertid i seg selv ingen anvisning på krav om et bestemt velferdsgode for individet. Forbudet sier for eksempel ingenting om hvor sterkt stillingsvernet skal være. Det er først ved *anvendelse* – sammenligningen med regler, praksiser og handlinger – at diskrimineringsvernet kan gi anvisning på bestemte materielle krav. Stillingsvernet skal være like sterkt for en kvinne som for en mann. Møtet mellom diskrimineringsvern og arbeidstakervern kan derfor utløse nye rettskrav for individet. Dersom mannlige arbeidstakere fikk tilbud om sluttpakke under nedbemanning, har også de kvinnelige arbeidstakerne krav på det.

3.2 *Gjennombrudd for likebehandling*

I perioden fra 2004 har det skjedd en likebehandlingsreform. Reformen har gitt en betydelig utvidelse av diskrimineringsvernet, både når det gjelder hvilke grunnlag som er beskyttet mot diskriminering, hvilke situasjoner diskrimineringsvernet omfatter, og hvilke sanksjoner som utløses ved brudd på reglene.

Frem til 2004 gjaldt kun et avgrenset vern av likebehandling i arbeidslivet. Likestillingsloven av 1978 ga et generelt vern mot diskriminering på grunn av kjønn, som også omfattet arbeidslivet.¹⁰⁴ I til-

¹⁰² Med unntak av likestillingsloven betegner diskrimineringslovgivningen ulovlige former for forskjellsbehandling som «diskriminering». I det følgende brukes diskrimineringsvern synonymt med vern av likebehandling,

¹⁰³ Barnard 2006 s. 338 betegner EU-rettslig diskrimineringsvern, som det norske regelverket har nær tilknytning til, som et vern av like muligheter (equal opportunities).

¹⁰⁴ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

legg ga § 55 A i arbeidsmiljøloven av 1977, et visst vern mot diskriminering i ansettelsessituasjonen.

Bestemmelsen i § 55 A satte opprinnelig forbud mot at arbeidsgiver krevet opplysninger om hvordan søkere stilte seg til «politiske eller kulturelle spørsmål, eller om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner».¹⁰⁵ Vernet ble gradvis utvidet gjennom lovendringer. Ved opphevelsen i 2004 gjaldt forbudet innhentning av opplysninger om søkerens holdning til «politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, eller om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner». Tilsvarende gjaldt «opplysninger om søkerens eventuelle homofile legning eller homofile samlivsform». Annet ledd forbød diskriminering ved ansettelse, på grunnlag av «rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming». Det gjaldt unntak fra begge forbudene, hovedsakelig knyttet til virksomhet med religiøst formål.¹⁰⁶ Muligheten til å påberope seg vernet ble styrket i 2001 ved innføringen av delt bevisbyrde,¹⁰⁷ opplysningsplikt for arbeidsgiver og en tydeliggjøring av at erstatning kunne kreves etter alminnelige regler.

Fra 2004 er vernet av likebehandling vesentlig utbygget og forsterket. Et mer generelt vern mot diskriminering i arbeidsmiljøloven var gjenstand for en egen delutredning fra arbeidslivslovutvalget og ledet i 2004 til nye kapitler XA og XB i loven av 1977.¹⁰⁸ Bakteppet for lovendringen var EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet.¹⁰⁹ Et annet EU-direktiv – etnisitetsdirektivet¹¹⁰ – var bakteppet for loven mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv., som ble vedtatt

¹⁰⁵ Bakgrunnen for bestemmelsen, som ble utformet under komitébehandlingen av 1977-loven, var datidens debatt om overvåkning ut fra politiske holdninger, se Evju 1979c s. 29.

¹⁰⁶ Se nærmere om adgangen til forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn ved ansettelser i tros- og livssynssamfunn etter § 55 A i Blaker Strand 2009 s. 567-584.

¹⁰⁷ Se om delt bevisbyrde i Syse/Helgeland 2009 og Hedlund 2008.

¹⁰⁸ Nærmere om prosessen i Eidsvaag 2002.

¹⁰⁹ Rådskdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv.

¹¹⁰ Rådskdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse. Det EU-rettslige forbudet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn følger imidlertid av rammedirektivet.

i 2006.¹¹¹ Parallelt ble likestillingsloven styrket, også på bakgrunn av et EU-direktiv.¹¹² Samtidig ble det opprettet et felles håndhevingsapparat for diskrimineringsaker.¹¹³

I arbeidsmiljøloven av 2005 er diskrimineringsvernet videreført i kapittel 13.¹¹⁴ Et vern mot diskriminering av deltidsansatte og midlertidig ansatte ble imidlertid tilføyd. I 2008 ble det vedtatt en generell lov mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.¹¹⁵ Senere er diskrimineringsvernet skjerpet ved justeringer i kapittel 13 og i likestillingsloven.¹¹⁶ Forbudet mot aldersdiskriminering har dessuten ført til at lovgiver har vurdert reglene om opphør av arbeidsforhold på grunn av alder på nytt, se ny § 15-13 a.¹¹⁷

Reformperioden er ikke avsluttet. Diskrimineringslovutvalget foreslo i 2009 en ny, helhetlig lov mot diskriminering, samt forankring i Grunnloven.¹¹⁸ En oppfølging av forslaget kan innebære både omstruktureringer og materielle endringer.¹¹⁹ I tillegg har Menneske-

¹¹¹ Lov 3. juni 2006 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

¹¹² Se endringslov 10. juni 2006 nr. 38 og Ot.prp. nr. 35 (2004-2005).

¹¹³ Se lov 10. juni 2006 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven). De nye håndhevingsorganene erstattet Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling.

¹¹⁴ Kapittel 13 viderefører i all hovedsak reglene fra 2004 (kapitlene XA og XB i 1977-loven), jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 193.

¹¹⁵ Se lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

¹¹⁶ De viktigste endringene var at trossamfunnenes særlige adgang til å forskjellsbehandle grunn av homofil samlivsform i §13-3 tredje ledd ble opphevet, at en særlig regulering av adgangen til saklig forskjellsbehandling i trossamfunn erstattet likestillingslovens generelle unntak for «indre forhold i trossamfunn» og et uttrykkelig forbud i likestillingsloven mot å spørre om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i en ansettelsesprosess. Se Prop. 16 L (2009-2010).

¹¹⁷ Nærmere om vurderingene bak lovendringen i Ot.prp. nr. 54 (2008-2009), særlig s. 66-69.

¹¹⁸ NOU 2009: 14.

¹¹⁹ Det kan imidlertid synes som om regjeringen ikke vil følge utvalgets forslag om en helhetlig diskrimineringslov, men i stedet foreslå en ny lov mot dis-

rettighetsutvalget foreslått et generelt diskrimineringsforbud i Grunnloven.¹²⁰

Diskrimineringsvernets nylige gjennombrudd tilsier ikke at likebehandlingsinteressen er underordnet de tradisjonelle verneinteressene. Den nære tilknytningen til EU-retten og de internasjonale menneskerettskonvensjonene tilsier tvert i mot at diskrimineringsvernet kan spille en sterk og selvstendig rolle.¹²¹ Siden interessen i likebehandling går på tvers av de øvrige verneinteressene, representerer diskrimineringsvernet en ny og annerledes tilnærming til individets vernebehov.

3.3 Tverrgående vern

Diskrimineringsforbudet er generelt og gjelder forhold av betydning både for individets helse, lønn og andre interesser. Vernet er dermed et tverrgående supplement til det tradisjonelle arbeidstakervernet.

Diskrimineringsvernet er langt på vei parallelt i de ulike lovene det er nedfelt i: Vernet består i hovedsak av forbud mot direkte og indirekte diskriminering, presisert ved regler om saklig forskjellsbehandling og positiv særbehandling, og ved forbud mot trakassering, gjengjeldelse og instruks om å diskriminere.¹²² Diskrimineringsfor-

kriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, se oppslag fra 23. juni 2011 på <http://sv.no/Forside/Sistenytt/Nyhetsarkiv/Ny-homolov>.

¹²⁰ Dokument 16 (2011-2012).

¹²¹ Forbud mot diskriminering inngår i sentrale menneskerettskonvensjoner, for eksempel SP artikkel 26, ØSK artikkel 2 og EMK artikkel 14, som alle er inkorporert med forrang i menneskerettsloven. Et bredt diskrimineringsvern gjelder på traktatnivå i EU gjennom TFEU artikkel 19 og TEU artikkel 6s henvisning til Charteret, som i artikkel 21 setter forbud mot diskriminering. Selv om EØS-avtalen bygger på eldre traktatbestemmelser med et snevrere diskrimineringsvern er Norge politisk forpliktet seg til å gjennomføre lovgivningen som sikrer et tilsvarende vern som i EU, se St.prp. nr. 11 (2003-2004) s. 2.

¹²² Flere lover inneholder ytterligere presiseringer. For eksempel presiserer likestillingsloven diskrimineringsforbudets anvendelse blant annet på lønn og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven presiserer diskrimineringsforbudets anvendelse på individuell tilrettelegging. Se om likelønn i Brækhus 2008 s.

budet retter seg både mot dårligere nivå av et gode og mot kriterier for fordeling av goder i fremtiden. Effektiv håndhevelse ivaretas gjennom aktivitetsplikter, opplysningsplikter for arbeidsgiver, regler om delt bevisbyrde og regler om erstatning og oppreisning uavhengig av skyld.¹²³ Likestillings- og diskrimineringsombudet og -nemnda er lavterskelorgan som skal sikre rask og billig behandling av individuelle klager om brudd på lovgivningen.¹²⁴

Det går langt ut over rammene for denne artikkelen å drøfte det materielle forholdet mellom diskrimineringsvernet og det tradisjonelle arbeidstakervernet. Den videre fremstillingen konsentreres om de suppleringer og brudd som oppstår som følge av ulikheter i inngangsvilkår, håndhevingsordninger og nyanser i formålsangivelsen. Først vil jeg likevel kort påpeke at diskrimineringsvernet har flere funksjoner i forhold til det tradisjonelle arbeidstakervernet.

Diskrimineringsvernet har for det første en *presiserende* funksjon. Det vil være naturlig å tolke skjønnspregede verneregler, som for eksempel kravet til saklig grunn ved oppsigelse, slik at diskrimineringsvernet er en integrert del av stillingsvernet.¹²⁵ En oppsigelse begrunnet i etnitet vil derfor kunne angripes som en usaklig oppsigelse, materielt og prosessuelt. For det andre har diskrimineringsvernet en viktig *utfyllende* funksjon. Diskrimineringsvernet stiller krav også der arbeidsmiljøloven er taus, for eksempel ved fastsettelse av lønnsnivå. Mer generelt kan forbudet mot diskriminering ses som en tverrgående begrensning i arbeidsgivers styringsrett. Til sist kan diskrimineringsvernet også virke *korrigerende* på det tradisjonelle arbeidstakervernet, ved at reguleringens legitimitet settes på prøve. Prosessen rundt endring av arbeidsmiljølovens «70-årsregel» i § 15-13 a gir et eksempel på dette.¹²⁶ Det ble reist spørsmål om bestemmelsen stred

213 og om tilretteleggingsreglene i Eidsvaag 2009, særlig s. 378 flg. og Jenum Hotvedt 2012.

¹²³ Hedlund 2008 s. 340 flg.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 75 og s. 92.

¹²⁵ Et eksempel i denne retning gir Høyesteretts dom i Rt. 1985 s. 879 (Hillesland). I rene diskriminerings saker får de prosessuelle stillingsvernsreglene ikke anvendelse, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 278-279.

¹²⁶ Bestemmelsen var ved vedtakelsen av 2005-loven inntatt i § 15-7 fjerde ledd og lød: «Oppsigelse med fratreden før fylte 70 år som alene skyldes at

mot forbudet mot aldersdiskriminering. Selv om departementet konkluderte med at en lovbasert 70-årsgrense ikke var i strid med diskrimineringsforbudet, stilte departementet likevel spørsmål ved om det burde være en slik grense. På denne bakgrunn ble bestemmelsen omformulert i ny § 15-13a, og varslingsregler ble føyd til. Ordlyden viser nå til at lavere aldersgrenser enn 70 år skal holdes innenfor diskrimineringsvernets rammer, jf. «saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende».¹²⁷

Eksempelet illustrerer at også tariffavtalt regulering møter en ny skranke i diskrimineringsvernet. Dette er et systembrudd i et videre perspektiv. Etter arbeidsmiljøloven overlates lønnsnivå hovedsakelig til partenes avtalefrihet. Unnlåtelsen av å lovregulere lønnsnivået har imidlertid nær sammenheng med det lønnsvernet som er oppnådd gjennom tariffavtaler, og trepartssamarbeidet mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene og staten om lønnsutviklingen.¹²⁸ Et lovbestemt forbud mot lønnsdiskriminering bryter dermed til en viss grad med den balansen mellom regulering og kollektiv partsautonomi som lovgivningen ellers har gitt uttrykk for. Mer generelt er det reist spørsmål om det individuelt orienterte diskrimineringsvernet skaper friksjoner i møtet med en mer kollektivistisk nordisk tradisjon.¹²⁹

3.4 Diskrimineringsgrunnlag som inngang til vern

Inngangen til diskrimineringsvern er en helt annen enn til tradisjonelt arbeidstakervern. Diskrimineringsvernet er i utgangspunktet ikke knyttet til bestemte virksomheter eller avtalerelasjoner. Vernets rekkevidde bestemmes av *diskrimineringsgrunnlagene*, som angir hvilke

arbeidstaker har nådd pensjonsalder etter folketrygdloven, skal ikke anses å være saklig begrunnet». Bestemmelsen ble imidlertid forstått antitetisk, og ga grunnlag for at oppsigelse begrunnet i alder ved fylte 70 år, som utgangspunkt alltid ville være saklig, se Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 55.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85.

¹²⁸ Bruun 2002 s. 378-370 peker på at «the link between economic policy and employment policy on one hand, and the labour law regime on the other, seems to function in a reasonable way in the Nordic countries», og at dette gir de nordiske arbeidsrettstradisjonene «comparative advantages» som man bør være forsiktig med å forandre.

¹²⁹ Bruun 2002 s. 380-381.

typer forskjellsbehandling som er illegitime. Forbudet gjelder diskriminering på grunn av forhold som kjønn, enitsitet, alder osv. Tilknytning til arbeidslivet har likevel betydning for diskrimineringsvernet. Det avhenger imidlertid av diskrimineringsgrunnlaget om tilknytning til arbeidslivet er et inngangsvilkår eller kun har betydning for vernets styrke.

Etter likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven har vernet fått anvendelse på alle samfunnsområder. Tilknytning til arbeidslivet er derfor ikke et inngangsvilkår for vern mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet/religion eller nedsatt funksjonsevne. Det gjelder imidlertid visse særregler for arbeidslivet. Diskrimineringsforbudet innenfor arbeidslivet er noe strengere utformet.¹³⁰ I tillegg gjelder en opplysningsplikt for arbeidsgiver, og skyldkrav for oppreisning og erstatning er lempet for arbeidsgivere. For vernet knyttet til kjønn, etnisitet, religion og nedsatt funksjonsevne er tilknytning til arbeidslivet følgelig av betydning for vernets *styrke*.

Vernet mot diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering og alder, samt deltidsansettelse og midlertidig ansettelse er forankret i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Arbeidsmiljølovens krav om arbeidstakertilknytning er i utgangspunktet et inngangsvilkår for dette vernet.¹³¹

De nærmere reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 13 viser imidlertid at tilknytning til arbeidslivet ikke beror på det tradisjonelle vilkåret om arbeidstakertilknytning. Diskrimineringsvernet i arbeidsmiljøloven

¹³⁰ Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd er adgangen til saklig forskjellsbehandling i arbeidslivet betinget av at den er «nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke» (min uthevelse), mens det utenfor arbeidslivet er tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen er «nødvendig». I diskriminerings- og tilgjengelighetsloven innholder definisjonen av indirekte diskriminering i § 4 tredje ledd en nyanse: I utgangspunktet kreves at en personen stilles «særlig ufordelaktig», mens det innenfor arbeidslivet er tilstrekkelig at arbeidstaker eller arbeidssøker «stilles dårligere».

¹³¹ I tillegg til vernet i arbeidslivet gjelder imidlertid enkelte bestemmelser til vern mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i boliglovgivningen og i straffeloven. Disse behandles ikke nærmere her.

gjelder «alle sider ved arbeidsforholdet», jf. § 13-2.¹³² Det er uttrykkelig fastsatt at vernet gjelder «utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse, opplæring og annen kompetanseutvikling, lønns- og arbeidsvilkår [og] opphør».¹³³ Diskrimineringsvernet kommet altså til anvendelse før det er inngått noen arbeidsavtale. Dette innebærer at en virksomhet er forpliktet etter arbeidsmiljølovens diskrimineringsvern før den utgjør en virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand.

Alt i alt er diskrimineringsvernet utformet på en måte som reduserer betydningen av arbeidstakertilknytning som inngangsvilkår for vern. Dette bryter med arbeidsmiljølovens øvrige system. Diskrimineringsreglene gir et supplerende vern i en tidligere fase, på terskelen inn til det tradisjonelle arbeidstakervernet.

3.5 Videre vernet personkrets

Diskrimineringsforbudet i § 13-1 angir verken hvem som er forpliktet til ikke å diskriminere, eller hvilken personkrets som er vernet. Utgangspunktet må derfor være at reglene forplikter arbeidsgiver til ikke å diskriminere arbeidstaker. Det er «arbeidsgiver» som ikke kan innhente visse opplysninger ved ansettelse (§ 13-4), som har opplysningsplikt (§ 13-7), som har et særskilt ansvar etter regelen om delt bevisbyrde (§ 13-8) og som kan avkreves erstatning uten hensyn til skyld (§ 13-9).¹³⁴ Det er «ved arbeidsgivers valg og behandling» av andre enn arbeidstakere at vernet skal gjelde tilsvarende etter § 13-2 annet ledd.

¹³² Den videre fremstillingen knytter seg til vernet etter arbeidsmiljøloven kapittel 13, men drøftelsene vil til en viss grad være relevante for arbeidslivsspesifikt vern i annen diskrimineringslovgivning.

¹³³ Oppregningen gir imidlertid ingen uttømmende angivelse av hvilke situasjoner vernet gjelder, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 24.

¹³⁴ I likestillingsloven § 17 er det kommet klarere til uttrykk at erstatningsansvaret gjelder for arbeidsgiver, overfor arbeidstaker og arbeidssøker: «Arbeidssøker eller arbeidstaker som er blitt behandlet i strid med bestemmelser i denne loven av arbeidsgiveren eller noen som handler på vegne av denne, kan kreve erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld». Bestemmelsen er utformet etter mønster av regelen om erstatning ved usaklig oppsigelse, se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 118.

Likevel bryter personkretsen for diskrimineringsreglene på flere måter med arbeidsmiljølovens system. For det første gjelder vernet «tilsvarende» for innmelding i og deltakelse i en arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon, og for medlemsfordeler i slike organisasjoner, jf. § 13-2 tredje ledd. Foreningsforhold reguleres i utgangspunktet ikke i arbeidsmiljøloven. Å pålegge foreninger plikter på linje med arbeidsgivere bidrar til å sikre arbeidstakeres organisasjonsrett, som er av grunnleggende betydning i arbeidsforholdet.¹³⁵ Vernet i foreningsforhold har dermed kun indirekte betydning for det arbeidsmiljøloven ellers regulerer, relasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

For det andre omfattes arbeidssøkere av vernet ettersom forbudet mot diskriminering gjelder allerede ved utlysning av stilling og ved selve ansettelsen, jf. § 13-2 første ledd. Plikten til tilrettelegging og opplysningsplikten gjelder uttrykkelig overfor arbeidssøkere.¹³⁶ For foreningsforhold gjelder vernet både medlemmer og de som søker medlemskap, jf. tredje ledd. Dette gir vern til persongrupper før de har oppnådd den status som er beskyttet av arbeidsmiljølovens øvrige vern.

For det tredje gjelder vernet «tilsvarende» for selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere, jf. § 13-2 annet ledd. Forskriften om gråsonetilfellene gir, som nevnt i punkt 2.4, en ytterligere utvidelse, ved at kapittel 13 gis anvendelse for personer på arbeidsmarkedstiltak og lærlinger mv.¹³⁷ Vernet omfatter følgelig grupper av arbeidstakere ansatt hos annen arbeidsgiver og arbeidsutførende personer som vanligvis ikke regnes som arbeidstakere. Med dette gis vern uavhengig av den særegne maktubalansen i den personlige arbeidsavtalen.

Diskrimineringsvernets tverrgående karakter innebærer blant annet at vern av inntekt og mening kan påberopes av helt nye grupper. For arbeidsutførende personer som ikke er arbeidstakere, supplerer diskrimineringsvernet rettighetene etter oppdrags- eller innleieavtalen.

¹³⁵ Jakhelln 2008 s. 311.

¹³⁶ Tidligere fulgte en plikt til tilrettelegging av arbeidsmiljøloven § 13-5. Nå er plikten forankret i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12.

¹³⁷ Jf. forskriften § 5.

For eksempel vil en kvinnelig selvstendig konsulent kunne kreve erstatning og oppreisning dersom den mannlige konsulenten fikk høyere vederlag. Samme krav kan være aktuelt dersom innleiebedriften avslutter engasjementet av en innleid arbeidstaker med annen etnisk bakgrunn, men fortsetter å leie inn etnisk norske. Utfallet vil naturligvis bero på de konkrete omstendighetene, men her vil regelen om delt bevisbyrde kunne lette muligheten for å nå frem med sine krav.

3.6 Rettighetsbasert håndheving

Håndhevingen av diskrimineringsvernet bryter med det tradisjonelle systemet og gir både individer og offentlige myndigheter nye muligheter til å håndheve arbeidsrettslig vern.

Likestillings- og diskrimineringsapparatet fører tilsyn med diskrimineringsvernet.¹³⁸ Ombudet kan ta opp saker av eget tiltak eller etter henvendelse fra andre, men veiledning og klagesaksbehandling bygger primært på konkrete henvendelser.¹³⁹ Nemndas kompetanse er knyttet til Ombudets saksbehandling, jf. § 6. Ombudets kompetanse i individuelle saker er som hovedregel begrenset til å avgi uttalelse om det har skjedd diskriminering.¹⁴⁰ Nemnda kan treffe bindende vedtak om diskriminering har skjedd, samt gi pålegg som er nødvendige for å hindre fortsatt diskriminering, jf. § 7.¹⁴¹ Arbeidstilsynet har imidlertid

¹³⁸ Jf. diskrimineringsombudsloven § 1 annet ledd. Merk imidlertid at tilsynskompetansen ikke omfatter vernet mot diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.

¹³⁹ Se diskrimineringsombudsloven § 3 fjerde ledd. Ifølge Likestillings- og diskrimineringsombudets årsrapport for 2010 behandlet Ombudet 1631 veilednings- og klagesaker, hvorav 301 var klagesaker, se s. 7. På eget initiativ reiste Ombudet 3 klagesaker og kontrollerte redegjørelser for likestilling i årsberetninger i tillegg til å ta visse initiativ overfor myndigheter gjennom innspill til handlingsplaner mv., se s. 15.

¹⁴⁰ Jf. diskrimineringsombudsloven § 4 om Ombudets vedtakskompetanse i hastesaker.

¹⁴¹ Nemnda har også kompetanse til å ilegge tvangsmulkt for å sikre gjennomføringen av pålegg, jf. diskrimineringsombudsloven § 8. Vedtakskompetansen er begrenset overfor andre forvaltningsmyndigheter og Arbeidsretten, jf. §§ 9 og 10.

ikke påleggskompetanse etter kapittel 13. Domstolene har adgang til full prøving av Nemndas vedtak, jf. § 12.

Vernet håndheves derfor hovedsakelig individuelt av den som mener å være rammet av diskriminering.¹⁴² Den diskriminerte kan velge mellom to former for håndheving, klage til likestillings- og diskrimineringsapparatet eller søksmål for de alminnelige domstoler. Vedkommende kan velge fritt, uttømming av klageadgangen er ikke en betingelse for søksmål.¹⁴³ Valget har imidlertid betydning for hva slags sanksjoner som er aktuelle. Likestillings- og diskrimineringsapparatet kan treffe vedtak om at diskriminering har skjedd, og gi nødvendige pålegg for å hindre fortsatt diskriminering. Om et diskriminerende avtalevilkår mv. er ugyldig, og om diskriminering utløser erstatning og oppreisning kan kun avgjøres av domstolene. Håndhevingsformen påvirkes følgelig av hvilken sanksjon individet ønsker.

Dette medfører for det første at sider ved helsevernet kan håndheves individuelt. Utformingen av det fysiske miljøet på arbeidsplassen og manglende tilrettelegging for individet, kan utgjøre diskriminering. I så fall vil individet ha krav på oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. For mennesker med nedsatt funksjonsevne er det nærmere regulert når manglende tilrettelegging i arbeidslivet utgjør diskriminering.¹⁴⁴ Slik diskriminering kan også ramme andre grupper.¹⁴⁵ Manglende tilrettelegging av arbeidsmiljøet for gravide, eldre, eller arbeidstakere med annet språk eller religion, kan derved håndheves individuelt. Dette bryter med arbeidsmiljølovens system som legger opp til at utformingen av arbeidsmiljøet håndheves av Arbeidstilsynet. Som vist kan diskriminering gi krav på oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld, mens brudd på kravene til arbeidsmiljøet

¹⁴² Arbeidslivets organisasjoner og andre organisasjoner kan ha selvstendig klage- eller søksmålsrett og adgang til å opptre som fullmektig eller partsjelder etter de alminnelige regler i forvaltningsloven og tvisteloven. I tillegg kan visse organisasjoner som «helt eller delvis har til formål å arbeide mot diskriminering» opptre som fullmektig i klagesak etter § 13-10.

¹⁴³ Jf. diskrimineringsombudsloven § 12 første ledd. Kun der Ombudet har truffet hastevedtak, må adgangen til å klage til Nemnda utnyttes før domstolene kan behandle saken, jf. annet punktum.

¹⁴⁴ Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd.

¹⁴⁵ Se for eksempel NOU 2009: 14 s. 102.

bare indirekte kan lede til økonomisk ansvar mellom partene, se punkt 2.6. Diskrimineringsvernet styrker dermed individets muligheter til å håndheve helsevern.

I behandlingen av om det foreligger diskriminering, vil likestillings- og diskrimineringsapparatet ta stilling til arbeidsgivers vurderinger blant annet ved ansettelse, oppsigelse og lønnsfastsettelse. Et forvaltningsorgan har dermed fått kompetanse til å prøve sider ved forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som etter arbeidsmiljølovens system er overlatt til partene å håndheve, enten gjennom søksmål eller ved kollektive skritt. Selv om verken Ombudet eller Nemnda kan pålegge erstatning eller oppreisning, vil et vedtak om at det er skjedd diskriminering, ofte lede til en økonomisk kompensasjon.¹⁴⁶ I tillegg til oppgaven som lovhåndhever skal Ombudet være en pådriver i arbeidet for reell likestilling og likebehandling, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd.¹⁴⁷ I dette ligger blant annet at Ombudet skal «arbeide for å påvirke holdninger og atferd i arbeidslivet».¹⁴⁸ Slik bringer diskrimineringsvernet inn en offentlig interesse i håndhevingen av flere sider ved arbeidsforholdet.

3.7 Formål om inkludering

Formålet om å inkludere diskriminerte grupper i arbeidslivet bryter med formålet om å gi vern i de etablerte arbeidstakerforhold og kan skape interessemotsetninger mellom grupper på arbeidsmarkedet.

¹⁴⁶ Avdelingsleder ved juridisk avdeling hos Likestillings- og diskrimineringsombudet opplyser i e-post av 3. april 2009 at der det konkluderes med at det har skjedd diskriminering, oppfordres den ansvarlige part til å rette opp forholdet, blant annet ved å betale erstatning eller oppreisning. Ombudet ber også om tilbakemelding fra partene om de er kommet til en minnelig løsning. Av tilbakemeldingene fremgår at de fleste retter seg etter Ombudets oppfordring.

¹⁴⁷ Pådriverrollen er ment å være mer vidtgående for diskrimineringsgrunnlag som er vernet på alle samfunnsområder, enn for grunnlag som kun er vernet i arbeidslivet, se Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 50. Dette gjenspeiles i nyansen mellom «å fremme reell likestilling» og «å fremme likebehandling», se § 3 første ledd.

¹⁴⁸ Se Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 54.

Ved arbeidsmiljøloven av 2005 ble likebehandlingsformålet integrert i lovens alminnelige formålsbestemmelse i § 1.¹⁴⁹ Loven skal sikre «likebehandling i arbeidslivet» og «bidra til et inkluderende arbeidsliv», jf. litra b og e. Forarbeidene presiserer at «inkluderende arbeidsliv ... også rommer hensynet til de som står utenfor arbeidslivet, men som ønsker seg inn».¹⁵⁰ Vern mot diskriminering i ansettelsessituasjonen er «en viktig forutsetning for å sikre et inkluderende arbeidsliv».¹⁵¹ Formålet om «likebehandling» uttrykker «et verdisyn om at man ikke på usaklig grunnlag skal holdes utenfor eller hindres fremgang i arbeidslivet».¹⁵²

Likebehandlingsformålet i arbeidslivet kan følgelig sies å ha to dimensjoner: Diskrimineringsvernet skal sikre likebehandling innenfor arbeidslivet. I tillegg skal reglene verne utsatte grupper i inngangen til arbeidslivet. Den siste dimensjonen bryter med lovens system. Lovens formål for øvrig er knyttet til etablerte arbeidsforhold jf. «arbeidssituasjon» i litra a, «ansettelsesforhold» i litra b, «tilpasninger i arbeidsforholdet» i litra c og samarbeidet mellom «arbeidsgiver og arbeidstaker» i litra d.¹⁵³

Arbeidsmiljølovens formål er altså supplert med vern i en tidligere fase. Et viktig spørsmål er om det er motsetninger mellom formålet om å virke inkluderende og å ivareta behov for vern i de etablerte arbeidsforhold. Det kan også reises spørsmål om vern av flere grupper arbeidstakende parter kan gå på bekostning av vernet for arbeidstakere. Kort sagt vil vern i arbeidslivets «randsoner» kunne komme i motsetning til vern av «kjernen», de etablerte ansettelsesforhold. Slike motsetninger viser seg for eksempel i diskusjon om adgangen til midlertidig ansettelse bør utvides: Mens behovet for å lette

¹⁴⁹ Ved innføringen av kapitlene XA og XB i loven av 1977 var formålet om likebehandling spesifikt angitt i § 54A nr. 1, men ikke i den alminnelige målsettingsbestemmelsen i § 1.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 71.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.* s. 72.

¹⁵³ I 1977-loven var lovens målsetting i tre deler. De to første var uttrykkelig knyttet til «arbeidstaker», mens den siste handlet om å danne grunnlag for at arbeidsmiljøproblemer skulle kunne løses på virksomhetsplan.

inngangen til arbeidslivet for utsatte grupper taler for utvidelse, tilsier hensynet til de som allerede er ansatt, at arbeidsforhold er faste.¹⁵⁴

Et noe annet spørsmål er om diskrimineringsvernet er egnet til å virke inkluderende. Etter en rettsøkonomisk betraktning vil svaret avhenge av om diskrimineringsvernet skaper insitamenter til ansettelse av utsatte grupper. Forutsatt at det er flere som konkurrerer om ansettelse, vil arbeidsgiver være i en valgsituasjon. Et viktig spørsmål er da om arbeidsgiver samlet sett har nytte av å velge for eksempel en arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne eller med annen etnisk bakgrunn fremfor en arbeidssøker uten nedsatt funksjonsevne, med norsk etnisitet.

Arbeidstakere som tilhører utsatte grupper, kan sies å representere en høyere risiko for kostnader knyttet til påstander om diskriminering eller trakassering. De reglene som skal effektivisere diskrimineringsvernet (tilretteleggingsplikt, delt bevisbyrde, opplysningsplikt, objektive oppreisningsansvar), forsterker denne risikoen. Forbud mot diskriminering ved ansettelse er ment å hindre at en slik opplevelse av risiko fører til at utsatte grupper forbigås. Ansettelsesvernet kan imidlertid uthules i praksis dersom arbeidsgiver rekrutterer bestemte søkere eller begrenser åpenheten om arbeidskraftbehovet. Forbudet mot lønnsdiskriminering setter hindringer for at arbeidsgiver kompenserer «risikokostnaden» ved å tilby ansettelse til lavere lønn.

Det ble kun gitt en knapp vurdering (én side) av økonomiske konsekvenser ved innføringen av likebehandlingsreglene i 2004. Spørsmålet om vernet er egnet til å virke inkluderende, ble ikke problematisert. Departementet påpekte at nytten er vanskelig å måle, og at «de etiske aspektene knyttet til likebehandling [vil] stå sentralt».¹⁵⁵ Det slås fast at forebygging av diskriminering er «samfunnsøkonomisk lønnsomt» på grunn av nytteeffekten for den enkelte. Det er kun konsekvensene for arbeidsgivere av vern mot aldersdiskriminering som ble vurdert. Disse konsekvensene ventes ikke å bli mer inngripende «enn at de bør tåles», den samfunnsøkonomiske nytten tatt i betraktning.

Selv om arbeidsgiver vil kunne verdsette den moralske nytten ved inkludering, gir ikke regelverket insitamenter til å vurdere samfunnsøkonomisk nytte. Inkludering og mangfold kan også ha en direkte bedriftsøkonomisk verdi. Om

¹⁵⁴ Loven av 2005 innholdt ved vedtakelsen en utvidelse av adgangen til midlertidig ansettelse. Utvidelsen ble antatt å «kunne lette adgangen til arbeidsmarkedet for personer som tilhører grupper hvor det er antatt at det er større risiko knyttet til ansettelser», jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 209. (Nærmere om lovgivningens antatte effekter for arbeidssøkere på s. 299.) Utvidelsen ble imidlertid reversert før den trådte i kraft. Departementet fremhevet da at en utvidelse «vil tvert imot kunne føre til at marginale grupper vil få en svakere og mindre stabil tilknytning til arbeidslivet enn i dag», jf. Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 57.

nytten overstiger «risikokostnaden» og skaper insitament for inkludering, vil derfor kunne avhenge av arbeidsgivers bevissthet om hvilket økonomisk potensiale som ligger i mangfold.

Dette viser at diskrimineringsvern alene ikke kan forventes å skape et mer inkluderende arbeidsliv. Trolig er supplerende tiltak, som informasjon og økonomiske insitamenter, nødvendige for å sikre at loven virker i tråd med intensjonen.¹⁵⁶ Gjeldende støtteordninger er under vurdering.¹⁵⁷ Delmål 2 i IA-avtalen er inkludering av personer med nedsatt funksjonsevne, men her er ønsket effekt ikke oppnådd.¹⁵⁸ Også etniske minoriteter opplever hindre i tilgangen til norsk arbeidsliv.¹⁵⁹ Dette synes å underbygge at det er behov for sterkere supplerende tiltak.

4 Muligheter og utfordringer

I denne artikkelen har jeg vist hvordan møtet mellom diskrimineringsvern og tradisjonelt arbeidstakervern er et møte mellom ulike rettferdighetsidealer og akser for fordeling. Diskrimineringsvernet utfyller og utfordrer det tradisjonelle arbeidstakervernets formål, struktur og gjennomføring. Diskrimineringsvernet påvirker balansen mellom partsautonomi og regulering, utvider hvilke grupper som skal beskyttes, i hvilke faser vernet skal gjelde og gir nye muligheter til å sikre vernet av ulike interesser i praksis. Kombinasjonen av styrkede håndhevingsmuligheter for individet og nye funksjoner for forvaltnings-

¹⁵⁶ Syse-utvalget understreker betydningen av at myndighetene også tar i bruk andre styringsmidler enn lovgivning, som tilskudd mv., og mener at «slike virkemidler ofte kan være vel så hensiktsmessige som regelendringer», se NOU 2005: 8 s. 151-152.

¹⁵⁷ I Hjelpemiddelutvalgets utredning, NOU 2010: 5, forslås enkelte tiltak og nedsettelse av et nytt lovutvalg, se s. 13-14. Se også Fafo-rapport 2009:40 om hjelpemidler og tilrettelegging i arbeidslivet.

¹⁵⁸ For et oversiktsbilde over situasjonen for personer med nedsatt funksjonsevne på arbeidsmarkedet, se Fafo-notat 2007:04. På tross av strategier som diskrimineringsvern og IA-avtale er sysselsettingen stabil (under halvparten i yrkesaktiv alder er sysselsatt), se s. 39. Selv om tilrettelegging på arbeidsplassen er blitt mer vanlig, er det en høyere andel av de som får funksjonsnedsettelse etter ansettelsen som får tilrettelegging, enn de som har funksjonsnedsettelse ved ansettelse.

¹⁵⁹ ISF Rapport 2012:001 viser at et utenlandsklydende navn gir «en vesentlig reduksjon i mulighetene til å bli kalt inn til jobbintervju».

organene bidrar dessuten til å bryte ned skillet mellom offentligrettslig og privatrettslig vern.

Påvisningen av brytningene er ikke ment som en kritikk av diskrimineringsvernet. Min beskrivelse av forandringen i arbeidsrettslig vern er ment som et bidrag til å se hvilke muligheter og utfordringer som kan ligge i forlengelsen av utviklingen. Avslutningsvis vil jeg peke på noen slike.

Svinginger i balansen mellom partsautonomi og regulering?

Det kan tenkes at lovgiver vil presisere forbudet mot lønnsdiskriminering i andre sammenhenger enn kjønn. Forslaget til gjennomføring av EUs vikarbyrådirektiv inneholder for eksempel en regel om likebehandling med hensyn til lønn.¹⁶⁰ Motsatt kan lovgivers inngrep i partsautonomien skape politisk press for å utvide autonomien på andre områder, for eksempel når det gjelder reguleringen av arbeidstid. Poenget her er ikke å spå om den videre utviklingen, men å peke på at diskrimineringsvernet kan påvirke det tradisjonelle trepartssamarbeidet, som blant annet bygger på at regulering av lønnsnivået overlates til arbeidslivets parter.

Individualisering og privatisering av kravene til arbeidsmiljøet?

En individuell rett til tilrettelegging som en del av diskrimineringsvernet er foreløpig bare presisert for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Ettersom tilrettelegging er et generelt aspekt ved diskrimineringsvern, kan et mulig neste skritt være å presisere en individuell rett til tilrettelegging i flere sammenhenger, for eksempel for gravide, eldre eller arbeidstakere med annen etnisitet eller språk enn norsk. Flere tilretteleggingsspørsmål vil da kunne håndheves privatrettslig, av det enkelte individ. Diskrimineringsvernet kan altså medvirke til at kravene til arbeidsmiljøet blir individualisert og privatisert.

Utvidet vern gjennom utbygging av diskrimineringsvernet?

Det er nærliggende å forvente at diskrimineringsvernet vil utvides ved at flere diskrimineringsgrunnlag oppnår et bredt vern på alle samfunnsområder, enten dette skjer i tråd med Diskrimineringslovutvalgets forslag om én felles lov eller gjennom ny, generelt virkende

¹⁶⁰ Se Høringsnotat om vikarbyrådirektivet, Direktiv 2008/104/EF.

lovgivning. En slik utvikling vil for det første kreve at oppmerksomhet i større grad rettes mot andre lover enn arbeidsmiljøloven, når arbeidsrettslige spørsmål skal vurderes. Dette kan svekke arbeidsmiljølovens posisjon som den sentrale verneloven for arbeidslivet.¹⁶¹ Viktigere materielt sett er at dette vil redusere tilknytning til arbeidslivet som inngangsvilkår for diskrimineringsvern. Diskrimineringsvern blir i økende grad generelle, individuelle (menneske)rettigheter og i mindre grad rettigheter som er spesielt knyttet til arbeidslivet. Det er videre grunn til å tro at diskrimineringsvernet vil utvikles gjennom utvidelse av hvilke diskrimineringsgrunnlag som beskyttes, enten dette skjer gjennom tolkning av dagens regler eller ved at nye grunnlag føyes til.¹⁶² Dette kan for eksempel lede til diskrimineringsvern knyttet til utseende og overvekt. I så fall vil diskrimineringsvernet virke presiserende, utfyllende og korrigerende på arbeidstakervernet i flere situasjoner enn i dag.

Jo flere diskrimineringsgrunnlag som beskyttes, og jo videre grunnlagene forstås, jo videre rekker forbudet mot diskriminering. Stadig flere regler og praksiser og handlinger må følgelig kunne begrunnes som saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig for å være tillatte. Det er likhetstrekk mellom dette kravet om proporsjonalitet og de saklighetskrav som står sentralt i arbeidstakervernet, for eksempel kravet om at en oppsigelse må ha saklig grunn og de saklighetsnormene som begrenser arbeidsgivers styringsrett.¹⁶³ Som nevnt vil proporsjonalitetskravet kunne presisere, utfylle og korrigere slike saklighetsnormer. Påvirkningen kan imidlertid også gå motsatt vei. At erstatningsreglene ved diskriminering er utformet etter mønster av

¹⁶¹ Diskrimineringslovutvalgets forslag innebærer at det kun er medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse som beskyttes mot diskriminering gjennom regler i arbeidsmiljøloven.

¹⁶² Diskrimineringslovutvalget foreslår at det generelt virkende diskrimineringsforbudet også skal beskytte mot diskriminering på grunn av «andre vesentlige forhold ved person», se NOU 2009: 14 s. 342.

¹⁶³ For eksempel uttales det i Rt. 2011 s. 841 (57): «Arbeidsgivers styringsrett må imidlertid utøves innenfor den allmenne saklighetsnormen, jf. Rt. 2001 s. 418».

stillingsvernsbestemmelsen, er et eksempel på slik påvirkning.¹⁶⁴ Mens de arbeidsrettslige saklighetsnormene kun verner arbeidstakere, får proporsjonalitetskravet gjennom diskrimineringsvernet også anvendelse på arbeidssøkere og personer som ikke er i et vanlig ansettelsesforhold, som innleide og selvstendige. Eksempelvis kan sider ved saklighetskravet ved oppsigelse påvirke proporsjonalitetskravet ved opphør av avtale om innleie eller selvstendige oppdrag. Slik kan vern som minner om tradisjonelt arbeidstakervern «sive ut» til nye grupper og gradvis utvide omfang og innhold i arbeidsrettlig vern.

Referanser

a) Litteratur mv.

- Aarbakke, Magnus m.fl. 2004 *Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentartutgave*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Andersen, Kristen 1967 *Fra arbeidslivets rett*. Oslo: Johan Grundt Tanum Forlag, 1967.
- Berg, Paal 1930 *Arbeidsrett*. Oslo: Olaf Norlis Forlag, 1930.
- Blaker Strand, Vibeke 2009 «Forskjellsbehandling på grunn av tro og livssyn ved ansettelse i tros- og livssynssamfunn», i: *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. (Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, Dag Michalsen, red.). Oslo: Cappelen Damm AS, 2009, s. 567-584.
- Blaker Strand, Vibeke 2011 Diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsutøvelse. [Oslo]: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.
- Brækhus, Hege 2008 «Likelønn», i: Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.), *Diskriminerings- og*

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 118. Departementet forutsetter også at praksis etter arbeidsmiljøloven «bør være veiledende i forhold til utmålingskriteriene og erstatningsnivået etter likestillingsloven».

- likestillingsrett.* Oslo: Universitetsforlaget, 2008, s. 213-238.
- Eidsvaag, Tine 2002 «Vern mot diskriminering av funksjonshemmede arbeidstakere i et EØS-perspektiv», i: *Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen.* (Gudrun Holgersen, Kai Krüger, Kåre Lilleholt, red.). Bergen: Fagbokforlaget, 2002, s. 505-520.
- Eidsvaag, Tine 2009 *Handlaus gjæte.* Universitetet i Bergen, 2009.
- Eng, Stein 2007 *Rettsfilosofi.* Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Evju, Stein 1979a «Om kontraktsvern, arbeidstilsyn og straff», i: *Arbeidsrettslige emner.* Stein Evju og Henning Jakhelln m.fl. Oslo – Bergen – Tromsø: Universitetsforlaget 1979, s. 215-376.
- Evju, Stein 1979b «Arbeidsrettshistoriske notater. Om fabrikktilsynslovene av 1892 og 1909 og arbeiderbeskyttelsesloven av 1915 – særlig om helsevernreglene». Institutt for offentlig rett. Stensilserie. Nr. 31 (1979). Oslo: Institutt for offentlig rett.
- Evju, Stein 1979c «Barnehaver, livssyn og § 55 A», *Lov og rett*, 1979, s. 27-61.
- Evju, Stein 1990 «Norge», i *Arbetsrätten i Norden.* Tore Siegman m. fl. Reviderad upplaga. Nord 1990:42. Stockholm: Nordisk Ministerråd, 1990, s. 225-316.
- Evju, Stein 2003 «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og arbeidsliv.* Bind 1 (2003), s. 3-32. Opptrykt i Evju 2010, s. 29-51.
- Evju, Stein 2005 «Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon: Tillike om "tillitsvalgte" og noen sider ved den nye arbeidsmiljøloven», *Arbeidsrett og arbeidsliv.* Bind 1 (2005), s. 175-251. Opptrykt i Evju 2010, s. 391-448.

- Evju, Stein 2007 «Permittering og trygd», *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 2 (2007), s. 185 ff. Opptrykt i Evju 2010, s. 567-603.
- Evju, Stein 2010 *Arbeidsrett. Utvalgte artikler 2001-2010*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Fanebust, Arne 2001 *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Forså Aas, Tonje 2010 «Forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett ved inngåelse og opphør av arbeidsavtaler – utvalgte problemstillinger», *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 5 (2010), s. 1-121.
- Fougner, Jan 1999 *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo: Tano Aschehoug, 1999.
- Fougner, Jan 2007 *Endring i arbeidsforhold : Styringsrett og arbeidsplikt*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Fougner, Jan, og Lars Holo 2008 *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*. 2. opplag. Oslo: Universitetsforlaget, 2008.
- Hansen, Rune Bård 2009 «Fra formalitet til kriminalitet. Om lovgivningen om straffansvaret etter arbeidsmiljølovgivningen», i: *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. (Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, Dag Michalsen, red.). Oslo: Cappelen Damm AS, 2009, s. 291-312.
- Hedlund, Mary-Ann 2008 «Bevisbyrde», i: Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.), *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2008, s. 323-339.
- Hepple, Bob 1986 «Introduction», i: *The Making of Labour Law in Europe : A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Ed. by Bob Hepple. London and New York: Mansell Publishing Ltd., 1986, s. 1-30.
- Høberg, Alf Petter og Morten Kinander 2011 «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2011, s. 16-55.

- Jakhelln, Henning 2007 *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg., 2. opplag. Oslo: N. W. Damm & Søn.
- Jakhelln, Henning 2008 «Forbud mot diskriminering på grunn av medlemskap i fagorganisasjon», i: *Diskriminerings- og likestillingsrett*. (Anne Hellum og Kirsten Ketscher, red.). Oslo: Universitetsforlaget, 2008, s. 293-319.
- Jakhelln, Henning 2011 [Kommentarer til aml. § 1-4], i: *arbeidsrett.no* (Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth, red.). 3. utg. Oslo: Cappelen Damm AS, 2011, s. 39-40.
- Jenum Hotvedt, Marianne og Aslak Syse 2008 «Vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming og alder», i: *Diskriminerings- og likestillingsrett*. (Anne Hellum og Kirsten Ketscher, red.). Oslo: Universitetsforlaget, 2008, s. 112-149.
- Kjønstad, Asbjørn, og Aslak Syse 2008 *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*. 4. utg. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2008.
- Mundlak, Guy 2011 «The Third Function of Labour Law: Distributing Market Opportunities among Workers», i: *The Idea of Labour Law*, Ed. by Guy Davidov & Brian Langille. New York: Oxford University Press, 2011, s. 315-328.
- Stenseth Vatvedt, Aili 2011 [Kommentarer til aml. § 5-4 og § 5-5], i: *arbeidsrett.no* (Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth, red.). 3. utg. Oslo: Cappelen Damm AS, 2011, s. 296-323.
- Syse, Aslak 1995 *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete. Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*. Oslo: Ad Notam Gyldendal, 1995.
- Syse, Aslak, og Geir Helgeland 2009 «Reglene om «delt bevisbyrde» i norsk diskrimineringsrett», i: *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-*

årsdag. (Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, Dag Michalsen, red.). Oslo: Cappelen Damm AS, 2009, s. 585-604.

Veneziani, Bruno 1986 «The Evolution of the Contract of Employment», i: *The Making of Labour Law in Europe : A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Ed. By Bob Hepple. London and New York: Mansell Publishing Ltd., 1986, s. 31-72.

b) Offentlige publikasjoner mv.

Arbeiderkommisjonens Indstilling I (1888) *Forslag til Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m. v. og Lov om Arbeidstidens Begrænsning i forskjellige Virksomheder, der ikke omfattes af foranførte Lovforslag med Motiver*

NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet*

NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*

NOU 2010: 1 *Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet*

NOU 2010: 5 *Aktiv deltakelse, likeverd og inkludering*

Ot.prp. nr. 31 (1935) *Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid*

Ot.prp. nr. 8 (1956) *Om lov om arbeidervern*

Ot.prp. nr. 27 (1974-75) *Om lov om fordringshavernes dekningsrett*

Ot.prp. nr. 3 (1975-76) *Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

Ot.prp. nr. 41 (1975-76) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*

Ot.prp. nr. 77 (1998-99) *Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv (arbeidsmiljøloven)*

Ot.prp. nr. 50 (1980-81) *Om A) Om lov om gjeldsordning og konkurs B) fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.*

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)*

Ot.prp. nr. 104 (2003-2004) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.*

- Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) *Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)*
- Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) *Likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov).*
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) *Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)*
- Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)*
- Prop. 16 L (2009-2010) *Endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)*
- Prop. 104 L (2009-2010) *Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)*
- St.prp. nr. 11 (2003-2004) *Om samtykke til godkjenning av ei avgjerd i EØS-komiteen om innlemming i EØS-avtala av fellellskapshandlingsprogrammet om motkjemping av diskriminering (2001-2006)*
- Dokument 16 (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*
- Arbeidsdepartementets høringsnotat *Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet*
- Likestillings- og diskrimineringsombudets årsrapport for 2010
- Fafo-notat 2007:04 *Funksjonshemmede på arbeidsmarkedet. Et oversiktsbilde.*
- Fafo-rapport 2009:40 *Hjelpemidler og tilrettelegging i arbeidslivet*
- ISF Rapport 2012:001 *Diskrimineringens omfang og årsaker. Etniske minoritetes tilgang til norsk arbeidsliv*