

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2011-40

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - vedtak
Dato	2012-01-31
Doknr/publisert	LDN-2011-40
Stikkord	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.
Sammendrag	Likestillings- og diskrimineringsombudets avvisning av 24. august 2011. Spørsmål om det å være hiv-positiv omfattes av begrepet «nedsatt funksjonsevne», jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.
Saksgang	Sak nr. 40/2011.
Parter	A v/HivNorge - Likestillings- og diskrimineringsombudet.
Forfatter	Trude Haugli (leder), Gudrun Holgersen, Britt Elin Strand, Abid Q. Raja, Sissel Markhus.

Sakens faktiske forhold

A ble henvist til en spesialist i oral kirurgi for implantatvurdering. Hun var nylig blitt diagnostisert som hiv-positiv og var under utredning for hepatitt. Det fremgår av epikrisen at spesialisten, etter å ha konferert med behandelende lege ved sykehus, konkluderte med at implantatbehandlingen skulle utsettes.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang:

HivNorge klaget forholdet inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet ved brev av 15. april 2011, med fullmakt fra A.

Ombudet avviste saken 24. august 2011. Ombudet begrunnet avvisningen med at forskjellsbehandling grunnet antakelser om smittefare faller utenfor diskriminerings- og tilgjengelighetslovens begrep «*nedsatt funksjonsevne*».

HivNorge påklaget Ombudets avvisning ved brev av 16. september 2011.

Ombudet fant ikke grunn til å endre sin konklusjon, og saken ble sendt til Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 21. september 2011.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 31. januar 2012 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Gudrun Holgersen, Britt Elin Strand, Abid Q. Raja og Sissel Markhus.

HivNorge var representert ved to representanter.

Likestillings- og diskrimineringsombudet var representert ved Elisabeth Lier Haugseth og Dan Frøskeland.

Nemndas sekretariat var representert ved Mohammad Ahsan Rashid, Mari Kjekstad Bugge og Else Anette Grannes.

Partenes argumenter

HivNorge har i all hovedsak gjort gjeldende:

Saken må behandles.

Saken omhandler i realiteten to ulike forhold, som må holdes atskilt: HivNorges opprinnelige henvendelse til Ombudet gjaldt spørsmålet om A ble utsatt for diskriminering på grunn av ubegrunnet smittefrykt. Hovedspørsmålet for Nemnda er imidlertid om hiv, på grunn av smitteaspektet, faller inn under diskriminerings- og tilgjengelighetslovens begrep «*nedsatt funksjonsevne*», jf. lovens § 4.

HivNorge er uenig i Ombudets rettsanvendelse når det gjelder tolkningen av bestemmelsen. Det vises i denne forbindelse til definisjonen av begrepet «*nedsatt funksjonsevne*» i Ot.prp.nr.44 (2007-2008) side 90. Her nevnes blant annet at en «*skade i kroppens funksjoner*» innebærer en tilstand med nedsatt funksjonsevne. Hiv er et virus som angriper kroppens immunforsvar og det er naturlig å forstå dette som en «*skade i kroppens funksjoner*».

Det vil riktignok i enkelte tilfeller kunne oppstilles et krav om at funksjonsnedsettelsen skal ha en viss varighet og alvorlighet, men dette kravet er ikke absolutt. Hiv er for øvrig en livsvarig tilstand som ubehandlet har dødelig resultat.

HivNorge er enig i at en ren språklig forståelse av begrepet «*nedsatt funksjonsevne*» ikke gjør det opplagt at smitteaspektet ved det å leve med hiv er omfattet av begrepet. Smitteaspektet er imidlertid en direkte konsekvens av viruset.

HivNorge vil videre fremheve uttalelsene på side 91 i Ot.prp.nr.44 (2007-2008), der departementet understreker betydningen av å ha fokus på nedsatt funksjonsevne i den enkelte situasjon og ikke på diagnose og en medisinsk forståelse av nedsatt funksjonsevne.

HivNorge finner videre støtte for at frykt for ubegrunnet smitte skal omfattes, i proposisjonens omtale av trakassering på grunn av fremtidig nedsatt funksjonsevne, jf. Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 113.

Begrepet «*nedsatt funksjonsevne*» i lovens § 6, som setter forbud mot trakassering, skal utvilsomt ha det samme meningsinnhold som det tilsvarende begrep i § 4. For øvrig påpekes at når en hiv-positiv opplever trakassering på grunn av uberettiget smittefrykt, kan dette vanskelig forstås som trakassering på grunn av *fremtidig* nedsatt funksjonsevne. Eksempelet som er gitt i Ot.prp.nr.44 (2007-2008) side 113 må derfor i realiteten referere seg til trakassering på grunn av nedsatt funksjonsevne *i dag*.

Dersom Ombudets forståelse legges til grunn, medfører dette at hiv-positive som opplever å bli diskriminert først må finne ut av hva som er grunnen til den diskriminerende episoden. Dersom det er ubegrunnet smittefrykt, har de ikke et vern. Dersom grunnlaget for eksempel er antatt fremtidig funksjonsnedsettelse, har man derimot et vern.

Syse-utvalget påpeker i sin utredning at «*nedsatt funksjonsevne*» ikke må defineres for snevert. I følge utvalget vil kanskje ikke begrepet «*nedsatt funksjonsevne*» oppleves som dekkende for alle de forhold som omfattes av diskrimineringsvernet. Tourettes syndrom nevnes som et eksempel (NOU 2005:8 side 162). Dette taler i seg selv for at hiv-positive som opplever ubegrunnet smittefrykt skal vernes etter loven.

Den vide forståelsen av «*nedsatt funksjonsevne*» som ble lagt til grunn av Syse-utvalget, sammenholdt med departementets merknader i Ot.prp.nr.44 (2007-2008), formålsbetraktninger og reelle hensyn taler for at hiv-smitte omfattes av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Ombudet knytter en vesentlig del av sin argumentasjon opp mot Graver-utvalgets utredning til en felles diskrimineringslov (NOU 2009:14).

Graver-utvalgets forslag er imidlertid ikke blitt et lovforslag. Graver-utvalgets fremstilling av gjeldende rett må derfor stilles i samme klasse som annen juridisk litteratur. Graver-utvalget er for øvrig uklar i sin fremstilling av dagens vern for hiv-positive.

Hiv-positive opplever i stor grad negativ forskjellsbehandling. Kunnskapsnivået i befolkningen om hiv, om hvordan hiv smitter og ikke smitter, samt hva det vil si å leve med hiv i 2012, er for lavt. Hiv-positive opplever negative følger på grunn av dette. Mange hiv-positive velger derfor ikke å være åpne om sin diagnose, i frykt for konsekvenser som blant annet sosial ekskludering og diskriminerende episoder på blant annet arbeidsplass og i helsesektoren.

For HivNorge er det åpenbart at hiv-positive er i behov av et vern mot diskriminering. Myndighetene må legge til rette for at hiv-positive, som velger å være åpne om sin hiv-status, er sikret mot diskriminerende episoder gjennom et rettslig vern mot diskriminering. Det er for øvrig også i tråd med føringene i strategiplanen «*Aksept og mestring. Nasjonal hivstrategi 2009-2014*».

Hiv er en smittsom sykdom. Smitteaspektet en direkte konsekvens av viruset. Det er derfor naturlig å se på hvilke konsekvenser smitteaspektet får for hiv-positive. Hiv-positive vil for det første aldri kunne ha ubeskyttet sex. For mange er det naturlig å anse dette som en funksjonsnedsettelse. Hiv-positive vil ikke, uten assistanse, kunne få barn med en hiv-negativ. Ved hjelp av assistert befruktning er dette mulig, men dette er et tilbud Norge har valgt ikke å gi sine hiv-positive borgere. Hiv-positive som er ufrivillig barnløse pga fertilitetsproblemer, gis heller ikke et tilbud om assistert befruktning på lik linje med andre. Det er knyttet et betydelig stigma til det å leve med hiv. Dette stigmaet har direkte sammenheng med smitteaspektet. Dette er godt dokumentert i levekårsundersøkelsen (Fafu-rapport 2009:13) og i kunnskaps og holdningsundersøkelsen (Fafu-rapport 2008:21). Sistnevnte kan kort oppsummeres med at den norske befolkning er liberal med hensyn til at hiv-positive skal ha like rettigheter med befolkningen for øvrig. Med en gang hiv kommer nært, i form av for eksempel et hiv-positivt barn i barnehagen, en hiv-positiv barnhageansatt eller en hiv-positiv kollega, blir situasjonen en helt annen. Befolkningen går i slike situasjoner langt i å akseptere inngrep i hiv-positives liv for å beskytte andre mot antatt smittefarlige situasjoner.

Fra HivNorges egen rådgivningstjeneste kan det gis en rekke eksempler på hva stigma og smittefrykt fører til. En hiv-positiv som er åpen om sin status på et lite sted blir for eksempel bedt av tannlegen om å komme etter åpningstid. Dette fordi tannlegen er redd for å miste pasienter dersom det blir kjent at han har en hiv-positiv pasient. En kvinne, som forteller til sin nabo at hun er hiv-positiv, opplever at naboen ikke lenger vil la sitt barn leke med den hiv-positive kvinnens barn

Alle disse erfaringene underbygger at det å leve med hiv som en diagnose innebærer en nedsatt funksjonsevne som er omfattet av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Vilkårene for å realitetsbehandle klagen er derfor til stede.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har i all hovedsak gjort gjeldende:

Saken må avvises.

Ombudet skal avvise en sak dersom saken er avgjort av en domstol eller brakt inn for en domstol til avgjørelse. Ombudet skal også avvise en sak dersom vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt, jf diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd.

Ombudet håndhever blant annet diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, jf. diskrimineringsombudsloven § 1 andre ledd. Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 er direkte og indirekte diskriminering «*på grunn av nedsatt funksjonsevne*» forbudt.

En forutsetning for at Ombudet skal ha kompetanse for å behandle en sak etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, er at en eventuell forskjellsbehandling har funnet sted på grunn av en persons nedsatte funksjonsevne. Spørsmålet er om hiv-smitte i seg selv faller inn under begrepet «*nedsatt funksjonsevne*». Ombudet har måttet ta stilling til dette spørsmålet for å kunne vurdere den videre behandling av saken.

Hiv-smitte omfattes åpenbart av diskrimineringslovgivningen dersom det dreier seg om en fremtidig nedsatt funksjonsevne, jf. Ot.prp.nr.44 (2007-2008) side 113.

Det fremgår av NOU 2009:14 (Graver-utvalget) at helse ikke er nevnt som et eget diskrimineringsgrunnlag i norsk diskrimineringslovgivning. En persons helsetilstand vil imidlertid ofte innvirke på funksjonsevnen, og vil gjennom dette være omfattet av vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Dette vernet gjelder også antakelser om fremtidig funksjonsnedsettelse. Begrepet helse vil langt på vei være overlappende med begrepet funksjonsnedsettelse. Det fremgår følgende av utredningen på side 138-139:

«En rekke av de tilfeller som ifølge forarbeidene skal omfattes av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, følger imidlertid ikke av en naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd. For eksempel omfattes forskjellsbehandling av hiv-positive som er begrunnet i fordommer og ubegrunnet redsel om smittefare. Generelt kan grunnlaget funksjonsnedsettelse ikke avgrenses klart. Vernet etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven skal ifølge forarbeidene være betinget av en konkret fortolkning der funksjonsnivå vurderes opp mot den enkeltes situasjon. Utvalget har identifisert noen helsetilstander som er i ytterkanten eller som eventuelt faller utenfor grunnlaget funksjonsnedsettelse: (...)

Eksempler på andre helsetilstander som er i ytterkanten eller eventuelt faller utenfor vernet etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er utseendemessige forhold, overvekt, rusavhengig og det å være hiv-positiv. Vern mot diskriminering av hiv-positive kan etter omstendighetene innfortolkes i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (...)

Utvalget legger til grunn at det store flertallet av tilfeller der personer forskjellsbehandles på grunn av helsetilstand, omfattes av diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne og den vide fortolkning av dette begrepet i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det er imidlertid flere tilfeller som er helt i ytterkanten eller som eventuelt faller utenfor lovvernet. Overvektige og rusavhengige er eksempler på grupper som utsettes for utestegning og annen forskjellsbehandling på grunn av helse som ikke nødvendigvis har sammenheng med funksjonsnedsettelse, se pkt. 12.13 og 12.14. Det samme gjelder forskjellsbehandling av hiv-positive basert på (feilaktige oppfatninger) om smittefare.»

Det fremgår videre på side 169 i samme NOU:

«For eksempel er det ikke naturlig å si at hiv-positive har funksjonsnedsettelse på grunn av feilaktige antagelser om smittefare. I disse tilfellene kan det oppleves som fremmed eller krenkende å påberope seg vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, samtidig som det vil være svært uklart hvor langt diskrimineringsvernet rekker.»

Graver-utvalget har uttalt at forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven tilsier at forskjellsbehandling av hiv-positive forårsaket av en ubegrunnet smittefrykt, omfattes. Utvalget har imidlertid ikke spesifisert nærmere hvor i forarbeidene dette fremgår. Etter Ombudets syn fremgår det bare av forarbeidene at forholdet er vurdert i forbindelse med forskjellsbehandling grunnet antakelser om fremtidig nedsatt funksjonsevne. Utvalgets uttalelse står dessuten i motstrid til senere uttalelser i utredningen om at hiv-smitte er helt i ytterkanten av begrepet, eventuelt helt utenfor lovvernet. Utvalget har på denne bakgrunn drøftet hiv-positives diskrimineringsvern innen «*sekketegorien*» i utvalgets lovforslag.

Dersom hiv-smitte skal omfattes av begrepet «*nedsatt funksjonsevne*» vil det oppstå spørsmål om andre smittsomme tilstander også skal omfattes av lovverket.

Ombudet finner at hiv-smitte faller utenfor lovens begrep «*nedsatt funksjonsevne*». Saken faller på denne bakgrunn utenfor Ombudets mandat, og må avvises.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder en avgjørelse om avvisning fra Likestillings- og diskrimineringsombudet.

I følge diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd kan Ombudets avgjørelse om å avvise saken påklages til Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Forvaltningsloven fastsetter nærmere regler for behandling av klagen, jf. diskrimineringsombudsloven § 15.

Nemnda skal kun vurdere om klagen på Ombudets avvisning skal tas til følge. Nemnda skal ikke avgjøre spørsmålet om det foreligger diskriminering etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Dersom klagen tas til følge, innebærer dette at Ombudet må behandle saken og gi uttalelse om forholdet er i strid med diskrimineringsloven.

Om avvisning heter det i diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd første og andre setning:

«Ombudet skal avvise en sak dersom saken er avgjort av en domstol eller brakt inn for en domstol til avgjørelse. Ombudet skal også avvise en sak dersom vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt.»

Tilsvarende skal også Nemnda avvise en sak i slike tilfeller, etter diskrimineringsombudsloven § 6 tredje ledd.

I henhold til lovens forarbeider brukes betegnelsen avvisning *«om det å unnlate å ta en sak til behandling fordi de formelle vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt»* jf. Ot.prp.nr.34 (2004-2005) side 100.

Nemnda skal ta stilling til om det å være hiv-positiv omfattes av begrepet *«nedsatt funksjonsevne»*, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

I Ot.prp.nr.44 (2007-2008) side 90 defineres *«nedsatt funksjonsevne»* som:

«tap eller skade på en kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner. Dette kan for eksempel dreie seg om nedsatt bevegelses-, syns- eller hørselsfunksjon, nedsatt kognitiv funksjon, eller ulike funksjonsnedsettelse pga allergi, hjerte- eller lungesykdommer.»

I følge proposisjonen er diskriminering grunnet *antatt* nedsatt funksjonsevne omfattet, herunder *«antakelser om fremtidig sykdomsutvikling hos en person som er hiv-positiv. En slik antakelse om fremtidig nedsatt funksjonsevne kan i dette tilfellet ha like diskriminerende virkning som det å bli diskriminert på grunn av eksisterende nedsatt funksjonsevne»* (side 93).

Det følger videre klart av forarbeidene at hiv-positive har et diskrimineringsvern mot trakassering som følge av *fremtidig* nedsatt funksjonsevne, jf. Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 113:

«Trakassering på grunn av fremtidig nedsatt funksjonsevne kan også tenkes. Et eksempel på trakassering på dette grunnlag kan være plaging av en kollega med hiv. En hiv-smittet arbeidstaker kan bli utsatt for trakassering som følge av uberettiget frykt for smitte, for eksempel i forbindelse med bruk av felles toalett eller felles kjøkken»

Nemnda legger etter dette til grunn at hiv-positive er vernet av diskrimineringslovgivningen når det gjelder eventuell fremtidig nedsatt funksjonsevne. Når det gjelder trakassering, omfatter diskrimineringsvernet også situasjoner hvor trakasseringen er en følge av uberettiget frykt for smitte. Lovgiver synes imidlertid ikke å ha foretatt en endelig avklaring utenfor denne type situasjoner. Nemnda finner det lite sannsynlig at begrepet *«nedsatt funksjonsevne»* i lovens § 6, som setter forbud mot trakassering, skal ha et annet meningsinnhold enn det tilsvarende begrep i § 4.

Regjeringen la Syse-utvalgets forståelse av begrepene *«funksjonshemming»/«nedsatt funksjonsevne»* til grunn for sitt forslag til diskriminerings- og tilgjengelighetslov (NOU 2005:8). Nemnda finner derfor grunn til å gi en nærmere omtale av Syse-utvalgets vurderinger på dette punkt. Syse-utvalget foretok en analyse av forholdet mellom begrepene *«nedsatt funksjonsevne»* og *«funksjonshemming»*, i lys av Verdens Helseorganisasjons klassifisering, International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF).

ICFs arbeid er basert på at funksjonshemming er et komplekst fenomen som ikke kan forklares ved hjelp av en rent medisinsk modell, og som heller ikke kan forstås ut fra en rent sosial modell basert på at funksjonshemming utelukkende er samfunnsskapt. I følge ICF består funksjonshemming av tre elementer: *funksjonsnedsettelse, aktivitetsbegrensning og deltakelsesbegrensning.*

Funksjonsnedsettelse er ifølge ICF problemer i kroppsfunksjon eller struktur, slik som avvik eller tap.

Aktivitetsbegrensning er angitt som de vanskeligheter et individ kan ha med å utføre bestemte aktiviteter.

Deltakelsesbegrensning er ifølge ICF knyttet til problemer et individ kan oppleve i sin livsutfoldelse. Deltakelsesbegrensning dreier seg med andre ord om individet i møte med samfunnet. Syse-utvalget nevner som eksempel på deltakerbegrensning en kvinne som tidligere har hatt en mental lidelse, men som ikke lenger har nedsatt funksjonsevne og heller ingen aktivitetsbegrensning. Likevel kan kvinnen oppleve deltakerbegrensning, i form av problemer med å få jobb, som følge av stigmaet knyttet til hennes tidligere funksjonsnedsettelse.

Syse-utvalget uttaler videre (side 38):

«Etter utvalgets oppfatning bør slike tilfeller anerkjennes som en del av problemet knyttet til nedsatt funksjonsevne. Dette innebærer at utvalget ikke vil reservere diskrimineringsvernet for mennesker som har nedsatt funksjonsevne, men at det avgjørende bør være om det har skjedd diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne.»

Etter utvalgets syn er det en vesentlig forskjell mellom begrepene «*nedsatt funksjonsevne*» og «*funksjonshemming*» (side 161): «*Funksjonshemming er en deltakelsesbegrensning som kan oppstå i et individs møte med samfunnet, og som kan knyttes til nedsatt funksjonsevne. Begrepet betegner altså en følge.*»

Utvalget fant at begrepet «*nedsatt funksjonsevne*» språklig sett passet best som avgrensning i et rettslig diskrimineringsforbud, selv om kanskje heller ikke dette begrepet ville oppleves som dekkende for alle forhold som omfattes av diskrimineringsvernet (side 162).

Videre uttales på side 167:

«Når tidligere, fremtidige, antatte samt andres funksjonsnedsettelse er omfattet, reduseres behovet for bevisføring om den diskriminertes kroppslige forhold. Det er den diskriminerende handlingen eller unnlatelsen, ikke kroppen til den påstått diskriminerte, som blir gjenstand for bevisvurdering.»

Regjeringen la, som ovenfor nevnt, Syse-utvalgets begrepsforståelse til grunn for sitt forslag til diskriminerings- og tilgjengelighetslov.

Etter en gjennomgang av lovens forarbeider er det Nemndas oppfatning at lovgiver likevel ikke har foretatt en tilstrekkelig avklaring av diskrimineringsvernets rekkevidde overfor hiv-positive. Det er forutsatt i lovens forarbeider at også praksis skal bidra til å tydeliggjøre hvordan diskrimineringsgrunnlaget «*nedsatt funksjonsevne*» skal tolkes (Ot.prp.nr.44 (2007-2008) side 91).

Etter Nemndas syn vil en sontring mellom dagens funksjonsevne for hiv-positive og en eventuell *fremtidig* nedsatt funksjonsevne være vanskelig å praktisere, i tillegg til at diskrimineringsvernet lett kan omgås.

Videre viser Nemnda til at behovet for et diskrimineringsvern for hiv-positive utvilsomt er til stede. En av hovedkonklusjonene fra Fafos undersøkelse fra 2008 om holdninger til hiv i befolkningen var at den største kunnskapsmangelen i befolkningen er knyttet til hvordan hiv *ikke* smitter. Slike funn indikerer etter Nemndas syn at hiv-positive utsettes for diskriminering, ikke minst indirekte, på en rekke andre områder enn de som eksplisitt er nevnt i forarbeidene til loven.

Inntil lovgiver foretar en endelig avklaring av spørsmålet, legger Nemnda til grunn at det å være hiv-positiv omfattes av begrepet «*nedsatt funksjonsevne*», jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Hensynet til en rimelig og hensiktsmessig praktisering av loven begrunner etter Nemndas syn en slik konklusjon.

Klagen fra HivNorge tas til følge.

Vedtaket er enstemmig.

Vedtaket er et endelig forvaltningsvedtak som ikke kan overprøves gjennom forvaltningsklage. Etter lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) § 12 om overprøving av Nemndas vedtak, kan vedtaket bringes inn for domstolene til full prøving. Søksmål til overprøving av Nemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Søksmål om gyldigheten av Nemndas vedtak må rettes mot staten ved Nemnda.

Sak 40/2011

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

Klagen på Likestillings- og diskrimineringsombudets vedtak om avvisning tas til følge.