



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Gravides rettigheter i arbeidslivet

Isak Brean

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Hensynet til reell likestilling	4
1.4	Hensynet til barnet og mors helse	5
1.5	Kvinneres rettigheter – et historisk perspektiv	6
2	Rettskildebildet.....	7
2.1	Generelt om rettskildebildet i oppgaven	7
2.2	Folkerettens innvirkning på diskrimineringsrettens område	8
2.3	Grunnloven § 98.....	9
2.4	Nemndspraksis rettskildemessige betydning	10
3	Hva er diskriminering?.....	12
3.1	Diskrimineringsgrunnlag.....	12
3.2	Direkte forskjellbehandling.....	13
3.3	Indirekte forskjellsbehandling.....	15
4	Særegne bevisregler	16
4.1	Generell bevisbyrde.....	16
4.2	Generelt om beviskrav	17
4.3	Bevisbyrderegelen og beviskravet i likestillings- og diskrimineringsloven § 37	17
4.4	Bevisbyrderegelen og beviskravet i arbeidsmiljøloven § 15-9	20
4.5	Bevisreglenes praktiske betydning.....	20
5	Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt	21
5.1	Generelt om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt	21
5.2	Graviditet og nattarbeid.....	25
5.3	Tilrettelegging ved fare for forplantningsskade	31
6	Permisjonsregler, herunder rettigheter etter endt foreldrepermisjon	33
6.1	Den gravides økonomi under svangerskapet.....	33
6.2	Svangerskapskontroll	33
6.3	Svangerskapspermisjon	35
6.4	Fødselspermisjon.....	35
6.5	Foreldrepermisjon	36
6.6	Delvis permisjon	36

6.7	Ammefri	38
6.8	Den gravides rettigheter relatert til foreldrepermisjon	39
6.8.1	De generelle vilkårene for å forskjellsbehandle etter likestillings- og diskrimineringsloven	40
6.8.2	Retten til å vende tilbake til «samme eller tilsvarende stilling»	41
6.8.3	Arbeidstakeren har rett til å nyte godt av forbedringer i arbeidsvilkår	43
6.8.4	Arbeidstakerens rett til å fremme lønnskrav under permisjon	43
6.8.5	Andre typetilfeller relatert til foreldrepermisjon	43
7	Gravides vern ved opphør av arbeidsforhold, herunder gjennom manglende forlengelse av midlertidig arbeidsforhold	45
7.1	Gravides oppsigelsesvern	45
7.2	Gravides rettigheter ved forlengelse av midlertidige arbeidsforhold	49
8	Lovlig negativ forskjellbehandling av gravide i arbeidslivet	51
8.1	Forskjellsbehandling som er nødvendig	51
8.2	Forskjellsbehandling på grunn av «andre åpenbare grunner»	52
9	Avsluttende bemerkninger	53
10	Kildeliste	56
10.1	Lov	56
10.2	Forskrifter	57
10.3	Internasjonale forpliktelser	57
10.4	Nasjonal rettspraksis	58
10.5	Nemndspraksis	59
10.6	Internasjonal rettspraksis	59
10.7	Forarbeider	60
10.8	Litteratur	62
10.9	Nettsteder	63

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingen vil gjøre rede for og analysere de rettigheter og det vern gravide arbeidstakere får i kraft av å være gravid.

I store medisinske leksikon er uttrykket «graviditet» definert som tiden fosteret tilbringer i livmoren mellom befruktning og fødsel.¹ I en juridisk sammenheng omfatter graviditetsbegrepet noe mer. Av forarbeidene fremgår det at begrepet «graviditet» også innbefatter «forhold som utløses av graviditet og fødsel».² Videre omfattes forhold i forbindelse med fødsel og «permisjon ved fødsel eller adopsjon», blant annet mors permisjon de første seks ukene etter fødselen.³ Dette betyr at når det i det videre vises til «graviditet», kan dette også bety forhold som relaterer seg til graviditeten, fravær på grunn av helseundersøkelser, foreldrepermisjon eller amming mv.

I dagens samfunn har kvinner en variert arbeidshverdag. Med dette vil gravides utfordringer i arbeidslivet være svært forskjelligartet ut ifra hva personen jobber med. En gravid industriarbeider vil trolig ha et større behov for tilrettelegging enn en gravid kontormedarbeider, og dermed vil arbeidsgivers plikter være dynamiske. Oppgaven tar sikte på å belyse forholdet mellom den gravide arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Dermed vil ikke offentligrettslige regler gjennomgås, selv om de noen steder må nevnes kort.

Det er særlig to hensyn som begrunner reglene som behandles i oppgaven. Det første hensynet er reell likestilling, som innebærer «likeverd, like muligheter og like rettigheter», jf. ldl. § 1 andre ledd.⁴ For det andre er hensynet til barnet og kvinnens helse i løpet av perioden som gravid viktig. Det følger av arbeidsmiljølovens formål at loven tar sikte på å sikre et helsefremmende og trygt arbeidsmiljø.⁵

¹ Nesheim, Britt-Ingjerd, Graviditet, Store norske leksikon 3. februar 2021, https://sml.sn.no/graviditet_lest_24.11.2021.

² Prop.81 L (2016–2017) på side 312. Utgangspunktet for bruk av forarbeider i det videre er lovdata sin elektroniske versjon. Dermed vil det kun være andre versjoner av forarbeidet dersom dette er særskilt nevnt.

³ Ibid.

⁴ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (heretter likestillings- og diskrimineringsloven eller ldl.).

⁵ Lov 2005 17. juni nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter aml. eller arbeidsmiljøloven).

Noen av reglene som behandles i oppgaven gir gravide arbeidstakere særlige rettigheter, mens andre regler gir dem et vern. En rettighet vil i denne sammenhengen være noe en gravid arbeidstaker har krav på. Dette kan eksempelvis være retten til lønnet permisjon for å foreta en svangerskapskontroll, jf. aml. § 12-1. Et vern vil på den andre siden være regler som fastsetter at gravide skal beskyttes mot noe. Eksempelvis har gravide et særskilt oppsigelsesvern ved graviditet etter aml. § 15-9. Gravide nyter således et vern mot å bli behandlet dårligere enn andre på grunn av graviditeten.

Avhandlingen vil tidlig belyse de generelle vilkårene for hva som anses som diskriminering. Dette fordi det vil danne rammeverket for den videre oppgaven. Det foreligger videre noen særegne bevisregler som gjør seg gjeldende i avhandlingen. Disse skal også redegjøres for. På bakgrunn av avhandlingens omfang vil ikke alle gravidens rettigheter i arbeidslivet kunne belyses. I avhandlingen vil arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, permisjonsreglene, reglene som gjelder etter endt permisjon, opphør av arbeidsforhold og adgangen til å lovlig forskjellsbehandle bli vurdert. Begrunnelsen for at akkurat disse temaene vil bli belyst er fordi de synes å være mest problematisk i det praktiske liv.

Det vil avgrenses mot de tilfeller der gravide blir spurt om graviditeten på jobbintervju. Forskjellsbehandling ved ansettelse er «aldri tillatt», jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 10.⁶ Det er gjeldende rett at diskriminering av gravide ved ansettelser ikke er lovlig.

1.2 Aktualitet

Lovgivningen gir gravide et svært godt rettslig vern i både arbeidslivet og samfunnslivet i Norge. Til tross for dette foreligger det to rapporter som omhandler diskriminering av foreldre i arbeidslivet, en fra 2015 og en fra 2021 der det er gjort oppsiktsvekkende funn.^{7 8}

Rapportene har undersøkt diskriminering av både menn og kvinner som skal bli foreldre, og diskriminering som skjer i relasjon til foreldrepermisjon. Eksempelvis har 10,2 % av de som er spurt oppgitt at de har opplevd å ikke få en jobb på grunnlag av at de ventet barn.⁹ Disse rapportene må ses på med et kritisk blikk når de brukes i en juridisk sammenheng. Dette er

⁶ Lov 2017 16. juni nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), heretter ldl.

⁷ AFI rapport nr. 3, 2021: Diskriminering av foreldre i arbeidslivet (heretter AFI 2021) <https://hdl.handle.net/11250/2757601> lest 23.08.2021.

⁸ Undersøkelse om diskriminering på grunnlag av graviditet og foreldrepermisjon av TNS norsk Gallup, 2015 (heretter TNS 2015) <https://www.ldo.no/ombudet-og-samfunnet/rapporter/graviditet-og-foreldrepermisjon/graviditetsundersokelse/> lest 27.08.2021.

⁹ AFI 2021, side 24.

fordi rapportene sier noe om mennesker som føler seg diskriminert, og det betyr ikke nødvendigvis at de faktisk har blitt diskriminert i en juridisk sammenheng.

I årene 2018-2021 fikk diskrimineringsnemnda inn 43 saker om graviditet, og 65 saker som gjelder diskriminering ved permisjon ved fødsel eller adopsjon.^{10 11} De fleste arbeidsrettslige tvister blir enten løst i minnelighet uten å bruke rettsapparatet, men det kan også være at arbeidstakeren ikke tar opp saken i det hele tatt. Eksempelvis så er det kun en femtedel av arbeidsrettslige saker som ender med dom i domstolene.¹² Det kan derfor sies at det foreligger mørketall for hvor mange som faktisk opplever diskriminering på arbeidsplasser i Norge. Lovverket som beskytter gravide mot diskriminering er godt, men det kan fortsatt sies at det foregår diskriminering i samfunnet. Det synes derfor aktuelt å belyse dette temaet nærmere i en avhandling.

I rapporten fra Arbeidsforskningsinstituttet (AFI) fremkommer det at mange kvinner velger å ikke gå til sak på grunn av den belastningen en slik sak utgjør, samt omkostningene som løper når man reiser et krav.¹³ I forarbeidene til tvisteloven blir det nevnt at saksomkostningsnivået er så høyt at mange «må avstå fra å ivareta sine rettigheter for domstolene».¹⁴ Av NOU 2020:11 fremgår det at gjennomsnittlig tilkjente saksomkostnader var 256.000 kroner i 2018. Dette innebærer at den tapende part risikerer å må erstatte denne summen.¹⁵ Når den potensielle kostnaden er såpass høy kan dette føre til at mange har rett, men lar være å kreve rett på grunn av den økonomiske risikoen dette innebærer. På den andre siden er det gratis å få råd og veiledning i enkeltsaker som omhandler likestilling og diskriminering.¹⁶ Videre er det også gratis å få saken sin behandlet av diskrimineringsnemnda, og nemnda opplyser selv at man ikke trenger å la seg bistå av advokat.¹⁷ En avgjørelse fra diskrimineringsnemnda kan ankes, og da vil saken ikke lengre være gratis.¹⁸ Uansett om det eksisterer kostnadsfrie måter å få hjelp på kan fortsatt den personlige og potensielle økonomiske belastningen tyde på at diskriminering skjer uten at det foreligger kilder som kan konstatere det.

¹⁰ <https://www.diskrimineringsnemnda.no/klagesaker-og-statistikk/s%C3%B8kstatistikk> lest 28.09.2021.

¹¹ Noen av disse tallene kan være vanskelig å definere ettersom det kan være tale om samme sak, jf. <https://www.diskrimineringsnemnda.no/media/2633/rettlei-ar-for-soek-i-klagesaker.pdf> lest 08.12.2021.

¹² NOU 2020:11 på side 52

¹³ AFI 2021 side 60.

¹⁴ NOU 2001:32 bind A på side 546.

¹⁵ NOU 2020:11 på side 309.

¹⁶ Lov 16. juni 2017 nr. 50 om likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) § 5 andre ledd.

¹⁷ <https://www.diskrimineringsnemnda.no/hjem> lest 24.11.2021.

¹⁸ Diskrimineringsombudsloven § 16 første ledd.

1.3 Hensynet til reell likestilling

Reell likestilling er et begrep som blir brukt ofte i forarbeidene til lovene som gir gravide vern eller individuelle rettigheter. Likestillings- og diskrimineringsombudets oppgave er å «arbeide for å fremme reell likestilling».¹⁹ Begrepet synes å bli brukt ofte, uten at det sies noe konkret om begrepets innhold. Det synes derfor hensiktsmessig å redegjøre for innholdet i begrepet.

Likestillings- og diskrimineringsloven definerer likestilling som «likeverd, like muligheter og like rettigheter», jf. ldl. § 1 andre ledd. Begrepet likestilling betyr med dette at alle, uansett forutsetninger, skal ha like muligheter og like rettigheter. Men dersom alle blir behandlet likt, vil ikke dette føre til like muligheter. Det må således skilles mellom begrepene formell og reell likestilling. Formell likestilling er de tilfellene der alle har de samme rettighetene, mens reell likestilling vil si at alle skal ha like muligheter til å delta i samfunnet uansett personlige forhold.²⁰ Av forarbeidene fremgår det at alle skal «ha like muligheter til utdanning, arbeid og inntekt».²¹

I likestillings- og diskrimineringsloven § 1 andre ledd andre punktum fremgår det at «likestilling forutsetter tilgjengelighet og tilrettelegging». Dette innebærer at lovens siktemål er reell likestilling og ikke formell likestilling. For å oppnå reell likestilling kreves det derfor at mennesker i visse situasjoner får positiv særbehandling.²² Hensynet til reell likestilling gjør seg gjeldende i gravides oppsigelsesvern etter aml. § 15-9, der gravide får et vern som beskytter gravide arbeidstakere bedre enn andre arbeidstakere. Oppsigelsesvernet på grunn av graviditet er en av flere rettigheter kvinner har slik at de kan ha like rettigheter som menn i samfunnet.

Det kan også være andre institusjoner som bidrar til reell likestilling i samfunnet, som for eksempel barnehagetjenester. I en stortingsmelding belyses det hvor viktig barnehager er for at både menn og kvinner skal kunne kombinere arbeid og omsorg.²³ Barnehager spiller med dette en viktig rolle i samfunnet som gjør at kvinner i det moderne samfunnet har like muligheter som menn til å oppnå akkurat det de selv vil i arbeidslivet.

¹⁹ Diskrimineringsombudsloven § 5 første ledd første punktum.

²⁰ Strand, Vibeke Baker, "Likestilling" Store norske leksikon, <https://snl.no/likestilling> 2. juli 2021 (lest 08.10.2021).

²¹ Prop.88 L (2012–2013) s. 75.

²² Prop.81 L (2016–2017) 165 ff.

²³ Meld. St. 7 (2015–2016) s. 10.

Norge har et siktemål om å være et likestilt samfunn. For å få et likestilt samfunn kreves det noen ganger at visse individer blir positivt særbehandlet, og dette er en av de faktorene som bidrar til reell likestilling. Hadde Norge gitt alle borgerne like rettigheter, ville dette ha ført til ulikheter i samfunnet. Det kreves derfor at visse mennesker får ytterligere rettigheter enn andre for å nå siktemålet om et likestilt samfunn.

1.4 Hensynet til barnet og mors helse

Arbeidsmiljølovens formål er «å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger», jf. aml. § 1-1 første ledd. Arbeidsmiljøloven kapittel 4 setter krav til de fysiske arbeidsmiljøet, dette innebærer for eksempel at «fysiske arbeidsmiljøfaktorer ... skal være fullt forsvarlig ut fra hensynet til arbeidstakernes helse, miljø, sikkerhet og velferd», jf. aml. § 4-4. Arbeidsmiljøloven regulerer generelt hvilke krav som stilles til utføring av arbeid.

I forskrift om utførelse av arbeid detaljreguleres «utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og krav til arbeidsutstyret».²⁴ Denne forskriften inneholder 34 kapitler og er således meget omfattende. Forskriften regulerer alt fra at stiger skal «stå stødig under bruk», jf. § 17-21, til at gravide og ammende «under ingen omstendighet» må arbeide med noe som kan føre til forplantningsskader, jf. forskriftens § 7-3. En forplantningsskade er definert i forskrift om utførelse av arbeid § 1-4 nr. 18 som enten en skade på en «persons evne til å få friske og velskapte barn» eller en skade eller sykdom som blir påført barnet som følge mors arbeid før fødselen eller mens hun ammer.

Arbeidsmiljøloven og tilhørende særreguleringer går langt i å beskytte arbeidstakere, og det finnes også særegne bestemmelser som tar sikte på å beskytte barn både under svangerskap og under amming. Det kan derfor sies at hensynet til arbeidstakeres helse er et av de viktigste hensynene i arbeidsretten.

Videre er det Arbeidstilsynets oppgave å føre tilsyn med at «bestemmelsene i og i medhold av denne lov blir overholdt» av arbeidsgivere, jf. aml. § 18-1. Det finnes altså et offentlig organ

²⁴ Forskrift om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav (forskrift om utførelse av arbeid) FOR-2011-12-06-1357.

som har som oppgave å følge med på at arbeidsgivere følger de bestemmelsene som beskytter arbeidstakeres helse i arbeidslivet.

1.5 Kvinners rettigheter – et historisk perspektiv

I Norge fikk kvinner stemmerett i 1913 og fra dette tidspunktet og til den dag i dag har det skjedd en kraftig rettsutvikling som tar sikte på å fremme reell likestilling i samfunnslivet i Norge. Etter andre verdenskrig hadde kvinner i flere vestlige stater ikke fått stemmerett og samfunnet var enda sterkt strukturert etter typiske kjønnsroller.²⁵

I Rt. 1988 s. 766 kom Høyesterett til at en gravid kvinne ikke hadde rett på et vikariat fordi hun ikke hadde opplyst arbeidsgiveren om graviditeten. Kvinnen skulle tiltre i et firemåneders vikariat, men kunne reelt sett bare fungere i vikariatet i en måned på grunn av graviditeten. Høyesterett var enig med lagmannsretten om at læren om bristende forutsetninger i kontraktsforhold kom til anvendelse på forholdet. Læren om bristende forutsetninger er kort fortalt at en avtale kan bli en nullitet dersom forutsetningene ved avtaleinngåelsen endres vesentlig på et senere tidspunkt.²⁶ Videre hadde lagmannsretten tidligere i saken lagt til grunn at det var utenfor rettens kompetanse å prøve om arbeidsgiveren hadde opptrådt på en kvinnediskriminerende måte. Hadde dette vært en tvist i dagens samfunn ville dette åpenbart ha vært diskriminering på grunn av graviditet.

En av de viktigste moderne instrumentene for å fremme kvinners rettigheter er konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.²⁷ Konvensjonen tar sikte på «å avskaffe alle former for kvinnediskriminering», jf. CEDAW artikkel 2. Konvensjonen er inntatt som vedlegg 10 i menneskerettsloven.²⁸ CEDAW går foran bestemmelser i alminnelig lovgivning ved motstrid jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 5. Det kan i denne sammenhengen nevnes at FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner ifølge Dag Michalsen spilte og spiller, en viktig rettskapende rolle for kvinners rettigheter.²⁹

²⁵ Michalsen, Dag, 2011, Rett: En internasjonal historie side 455–456

²⁶ NOU 1979:32 kapittel 4.6 s. 37

²⁷ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) vedtatt 18. desember 1979, heretter CEDAW

²⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

²⁹ Michalsen, Dag, 2011, Rett: En internasjonal historie side 337.

Man kan således se at kvinners rettigheter har utviklet seg betydelig de siste 40 årene og at hensynet til reell likestilling har fått en stor plass i det moderne samfunnet. I avhandlingen vil en rekke av de vern og rettighetene kvinner har fått i det moderne samfunnet redegjøres for.

2 Rettskildebildet

2.1 Generelt om rettskildebildet i oppgaven

Diskriminering i arbeidslivet er et fragmentarisk regelverk, der en ofte må se til både nasjonale og internasjonale kilder før man kan se hva som er gjeldende rett.

Diskrimineringsvernet gravide nyter i Norge er utførlig regulert gjennom internasjonale forpliktelser i form av generelle menneskerettigheter og EU-rettslige reguleringer. Mange av de diskrimineringsrettslige reguleringene er inntatt i arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsloven, noe som vil belyses senere i avhandlingen. Denne internasjonaliseringen av arbeidsretten og diskrimineringsretten gjør at en bør være bevisst på de internasjonale kildene når man undersøker hva som er gjeldende rett.

I den nasjonale lovgivningen er det særlig likestillings- og diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven som regulerer de fleste rettslige spørsmålene rundt diskriminering i arbeidslivet. Det eksisterer også særlover som for eksempel skipsarbeidsloven.³⁰

Diskrimineringsrettens fragmentariske natur har hatt en positiv utvikling de siste årene, særlig etter likestillings- og diskrimineringsloven trådte i kraft i 2017. I årene før 2017 var det nåværende innholdet i likestillings- og diskrimineringsloven i tre forskjellige lover, en for kjønnsdiskriminering, en for diskriminering på grunn av etnisitet og en for nedsatt funksjonsevne.³¹ Lovverket kan sies å ha blitt mer tilgjengelig etter at disse tre lovene ble samlet.

Det foreligger sparsommelig med praksis fra Høyesterett på diskrimineringsrettens område, men de sentrale dommene som eksisterer vil det vises til oppgaven. På diskrimineringsretten område skiller derimot praksisen seg fra andre rettsområder, ved at det foreligger rikelig med nemndspraksis i tillegg til domstolpraksis

³⁰ Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).

³¹ Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven). Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven mot etnisitet). Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

2.2 Folkerettens innvirkning på diskrimineringsrettens område

De internasjonale avtalene Norge er bundet av inneholder omfattende bestemmelser om likestilling og diskriminering. De mest relevante avtalene er forpliktelsene etter EØS-avtalen, den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (CEDAW).

Det viktige spørsmålet er om disse internasjonale forpliktelsene skiller seg fra nasjonal lovgivning og om de er i samsvar med Norges forpliktelser etter internasjonale avtaler. Begrunnelsen for at rettsanvendere må se til internasjonale kilder er for det første at de nasjonale kildene må tolkes i samsvar med bindende internasjonale avtaler. For det andre kan det i noen tilfeller være at internasjonal lovgivning får forrang fremfor nasjonal lovgivning. Dette innebærer at nasjonal rett, i visse tilfeller, må settes til side ved motstrid.³²

I norsk rett gjelder presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet innebærer at nasjonal lovgivning «presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser» jf. Rt. 2007 s. 234. Videre innebærer presumsjonsprinsippet at norske domstoler må etterstrebe å ikke komme til et folkerettsstridige resultat.³³ Nasjonal lovgivning presumeres å være i tråd med de internasjonale forpliktelsene Norge har påtatt seg. I de tilfeller en norsk lov og en folkerettslig forpliktelse kan tolkes i samsvar med hverandre, skal dette gjøres. Dersom det foreligger åpenbar motstrid må nasjonal rett gå foran, så langt annet ikke er bestemt i lov.

I EØS-retten anvendes «direktivkonform fortolkning». EFTA-domstolen uttaler «the national courts are bound to interpret national law as far as possible in conformity with EEA law.» jf. avsnitt 22 i cases E-9/07 and E-10/07. Direktivkonform fortolkning innebærer at nasjonal rett så langt det er mulig skal tolkes i lys av direktivenes ordlyd og formål.³⁴ Dersom en harmoniserende tolkning ikke kan oppnås vil medlemsstatene på nærmere vilkår være forpliktet til å betale erstatning for de som lider skade av at direktivene ikke er gjennomført i landet.³⁵ Høyesterett uttalte også i dommen at ettersom det er lovgivers oppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett, blir det også lovgivers oppgave å korrigere eventuelle

³² Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett § 3 og LOV 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. § 2.

³³ St. prp. nr. 100 (1991–1992), s. 319.

³⁴ Sak C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292

³⁵ Rt. 2000 s. 1811 på side 1828.

feil dersom det viser seg at nasjonal lovgivning skulle være i strid mot EØS-rettslige direktiver.³⁶

Utgangspunktet er at internasjonale forpliktelser presumeres å være i samsvar med nasjonal lovgivning. Dersom det oppstår diskrepans mellom nasjonal lovgivning og folkerettslige forpliktelser må det etterstrebtes en tolkning som ikke fører til en folkerettsstridig løsning, dersom dette lar seg gjøre.

2.3 Grunnloven § 98

Grunnloven § 98 første ledd slår fast at «alle er like for loven». I andre ledd fremgår det at ingen «må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Begrepet forskjellsbehandling indikerer at Grunnloven oppstiller et diskrimineringsvern. En slik forståelse av Grl. § 98 er i samsvar med lovens forarbeider, der likebehandlingsprinsippet omtales nært opp mot allmenn diskrimineringsrett.³⁷

Det videre spørsmålet er hvem som plikter å hindre at den norske befolkningen ikke utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Av Grunnlovens forarbeider fremkommer det at utvalget mener staten skal være pliktsubjektet.³⁸ Jørgen Aall skriver i boken «likestilling, barn og velferd 2020»³⁹ om Grunnloven § 98 at han antar at myndighetene er pliktsubjektet. Aall begrunner dette med at staten er ansvarlig for å sikre menneskerettighetene etter Grunnloven § 92. Det er derfor ingen tvil om at det er staten som er pliktsubjektet og skal hindre at noen bryter med prinsippet om at alle er like for loven. At offentlige myndigheter er pliktsubjekt innebærer at staten er ansvarlig for å «sørge for et lovverk som kan beskytte den enkelte mot diskriminering fra private».⁴⁰

Siden staten er ansvarlig for å beskytte borgerne mot diskrimineringsvern i form av lovgivning, vil den generelle diskrimineringslovgivningen være temaet for oppgaven. Ettersom det er de rettighetene som er gitt av lovgiver som skal behandles i oppgaven synes det derfor ikke hensiktsmessig å vurdere Grunnloven § 98 i det videre.

³⁶ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) på side 1832.

³⁷ Dok.nr. 16 (2011–2012) kapittel 26.

³⁸ Dok.nr. 16 (2011–2012) på side 148.

³⁹ Rettsfelt i utvikling til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen, Likestilling, barn og velferd 2020 1. utgave, 1. opplag 2020 s. 155–156.

⁴⁰ Dokument 16 (2011–2012) kapittel 26.6.2.4 side 149.

2.4 Nemndspraksis rettskildemessige betydning

I arbeidsrettslig og diskrimineringsrettslig sammenheng er det to nemnder av betydning, diskrimineringsnemnda og tvisteløsningsnemnda.

Diskrimineringsnemndas oppgave er å håndheve lover som er nevnt i diskrimineringsombudsloven § 1, eksempelvis likestillings- og diskrimineringsloven. Diskrimineringsnemnda er et domstollignende uavhengig forvaltningsorgan som har ansvar for å håndheve gjeldende rett.⁴¹ Forarbeidene nevner også at diskrimineringsnemndas likhet med ordinære domstoler er stor.⁴² Nemnda har per 08.09.2021 fått inn 417 saker mot 335 i hele 2020.⁴³ Diskrimineringsnemnda har avgjort mange saker, og spørsmålet er hvilken rettskildemessig betydning disse vedtakene har.

Tvisteløsningsnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan. Selv om dette ikke står i lov eller forskrift fremgår dette implisitt av forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven.⁴⁴ Tvisteløsningsnemndas medlemmer skal inneha ha juridisk og arbeidsrettslig kompetanse.⁴⁵ Videre skal nemndas vedtak fattes med alminnelig flertall og begrunnes.⁴⁶ Det kan således si at tvisteløsningsnemnda er et domstollignende organ i likhet med diskrimineringsnemnda. Sakene tvisteløsningsnemnda har kompetanse til å fatte vedtak i fremgår av arbeidsmiljøloven § 17-2 andre ledd, og er blant annet saker om permisjon og arbeidstidsordninger.

I litteraturen fremkommer det at Høyesterett eksplisitt og implisitt har sett bort fra nemndspraksis på forsikringsrettens område.⁴⁷ Dette peker i retning mot at en domstol ikke vil være bundet av praksis fra diskrimineringsnemnda. Jens Edvin A. Skoghøy skiller mellom primære og sekundære rettskilder.⁴⁸ Primære rettskilder kjennetegnes av at de innehar et «umiddelbart rettsnormerende opphav», som vil si at rettskilden alene kan danne en rettsregel.⁴⁹ Sekundære rettskilder, danner sine argumenter og rettsregler gjennom primære rettskilder. Skoghøy mener at sekundære rettskilders verdi «ligger i kildens eller argumentasjonens overbevisningsverdi».⁵⁰ Nemndspraksis er en sekundær rettskilde. Det kan

⁴¹ Diskrimineringsombudsloven § 6 første ledd første punktum.

⁴² Prop. 80 L (2016-2017) på side 104.

⁴³ <https://www.diskrimineringsnemnda.no/klagesaker-og-statistikk/s%C3%B8kklagesaker> hentet 08.09.2021.

⁴⁴ FOR-2005-12-16-1569.

⁴⁵ FOR-2005-12-16-1569 § 1 tredje ledd.

⁴⁶ FOR-2005-12-16-1569 § 5 fjerde ledd.

⁴⁷ Bull, Hans Jacob, Forsikringsrett, Universitetsforlaget 2008, på side 53.

⁴⁸ Skoghøy, Jens Edvin A, Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018, på side 36.

⁴⁹ Skoghøy, Jens Edvin A, Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018, på side 38.

⁵⁰ Skoghøy, Jens Edvin A, Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018, på side 44.

derfor sies at vekten fra nemndspraksis vil variere etter den konkrete avgjørelsens overbevisningsverdi.

Det finnes ikke Høyesterettspraksis som sier noe konkret om hvordan nemndspraksis skal vektlegges. Det kan dermed ses på hvordan forvaltningspraksis generelt blir tillagt vekt som rettskilde i domstolene, ettersom diskrimineringsnemnda og tvisteløsningsnemnda er forvaltningsorgan. Vilåårene som går igjen i rettspraksis for om det foreligger forvaltningspraksis er at den er en langvarig, omfattende og konsekvent.⁵¹ I en annen avgjørelse fra Høyesterett legges det vekt på at dersom et forvaltningsorgans (trygderetten) praksis er synlig i form av en «fast og konsistent praksis» må dette tillegges vekt.⁵² Avgjørelser fra trygderetten må ankes til lagmannsretten⁵³, mens nemndsavgjørelser ankes til tingretten. Dette peker i retning mot at nemndspraksis innehar mindre vekt som rettskildefaktor enn trygderettens praksis.⁵⁴ Dette fordi lagmannsretten er en instans av høyere rang, og trygderetten da nærmest fungerer som en førsteinstansdomstol som ikke trenger gå innom tingretten i ordinær domstolsbehandling

Diskrimineringsnemndas ledere skal oppfylle vilåårene for å være dommere i domstollovens forstand og skal som hovedregel ha dommererfaring.⁵⁵ Dette tilsier at nemndspraksisen burde kunne tillegges vekt som rettskilde. Tvisteløsningsnemnda krever ikke at medlemmene skal ha dommererfaring, noe som kan tilsi at diskrimineringsnemndas praksis kan ha mer vekt enn tvisteløsningsnemndas praksis.

Det finnes kilder som peker i forskjellige retninger, den ene er at argumentasjonen i den konkrete nemndsavgjørelse vil vektlegges etter hvor godt resultatet er argumentert for. Den andre måten å se på nemndsavgjørelser er at dersom det foreligger en langvarig, omfattende og konsekvens praksis vil en domstol måtte tillegge praksisen vekt. Dersom man benytter begge disse måtene å se på nemndspraksis på i sammenheng kan det tale for at avgjørelser med likt resultat vil ha større rettskildemessig betydning. I det videre vil det være tilfeller der nemndspraksis blir vektlagt i som en rettskilde, men nemndspraksisen vil også brukes i stor grad til å illustrere praktiske eksempler.

⁵¹ Rt. 1995 s. 54 på side 61.

⁵² Rt. 2005 s. 1757 avsnitt 45.

⁵³ lov 16. desember 1966 nr. 6 om anke til trygderetten § 26 første ledd.

⁵⁴ Diskrimineringsombudsloven § 16 første ledd.

⁵⁵ Diskrimineringsombudsloven § 6 tredje ledd.

3 Hva er diskriminering?

3.1 Diskrimineringsgrunnlag

Det første begrepet som må avklares er «diskrimineringsgrunnlag». Begrepet inneholder de forskjellige forholdene man kan bli diskriminert på grunnlag av i en rettslig sammenheng. I Prop. 81 L (2016–2017) på side 81 er diskrimineringsgrunnlag definert som forhold ved en person som det er ulovlig å diskriminere på grunn av. De vernede diskrimineringsgrunnlagene er uttømmende regulert i likestillings- og diskrimineringsloven.⁵⁶

Diskrimineringsgrunnlagene er opplistet i likestillings- og diskrimineringsloven (ldl) § 6 første ledd:

kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder.

Dette innebærer at noen må ha blitt diskriminert på grunn av en av de nevnte forholdene for at likestillings- og diskrimineringsloven skal komme til anvendelse. Det vil ikke anses som diskriminering i juridisk forstand dersom man blir forskjellsbehandlet på grunn av hvilken type bil man eier. Dette er fordi biltype ikke er et diskrimineringsgrunnlag.

Noe som bør nevnes i sammenheng med diskrimineringsgrunnlag er at EMK artikkel 14 har en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag. I konvensjonsbestemmelsen er det en liste over en rekke diskrimineringsgrunnlag, men et tillegg er «or other status». Dette innebærer at menneskerettighetene kan inneholde flere diskrimineringsgrunnlag enn de som følger av nasjonal lovgivning. Etersom oppgaven omhandler gravides rettigheter, vil ikke dette bli behandlet videre.⁵⁷

Hensynet som begrunner disse forskjellige diskrimineringsgrunnlagene, er reell likestilling.

Med diskriminering menes både direkte og indirekte forskjellsbehandling etter likestillings og diskrimineringsloven §§ 7 og 8, jf. § 6 fjerde ledd. Det må derfor redegjøres nærmere for innholdet i ldl. §§ 7 og 8.

⁵⁶ Prop. 81 L (2016-2017) s. 91

⁵⁷ Gravides rettigheter går under diskrimineringsgrunnlaget «kjønn» i EMK, se for eksempel CASE OF Napotnik mot Romania sak 33139/13.

3.2 Direkte forskjellbehandling

Direkte forskjellsbehandling er de tilfeller der noen «behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon» på grunn av et diskrimineringsgrunnlag, jf. ldl. § 7. At noen «behandles dårligere enn andre», kan eksempelvis være at noen ikke får en jobb, får sparken eller ikke får leid en leilighet. På den andre siden vil det være noen som ikke er vernet av et diskrimineringsgrunnlag som får et gode. Deretter blir spørsmålet om personen ikke fikk godet på grunn av for eksempel graviditet (diskrimineringsgrunnlaget).

Det første vilkåret er at den som forskjellsbehandles må ha blitt behandlet «dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt», jf. ldl. § 7. Ordlyden «blir» eller «har blitt» tilsier at den som forskjellsbehandles kan sammenlignes med andre personer i tilsvarende situasjon. Den som forskjellsbehandles kan også sammenlignes med hypotetiske personer ettersom ordlyden dekker situasjoner der andre «ville blitt» behandlet bedre.

Det er som sagt det at noen andre for eksempel får jobben eller et annet gode den forskjellsbehandlede vanligvis må sammenlignes med. I de tilfellene som er nevnt vil den som har opplevd forskjellsbehandling ha en person å sammenligne med, altså den som fikk stillingen eller den som ikke ble oppsagt. Diskrimineringsvernet vil også gjelde for alle som blir diskriminert ved at de også blir beskyttet i situasjoner der de ikke har noen å sammenligne seg med. Det synes hensiktsmessig at diskrimineringsvernet også gjelder i hypotetiske situasjoner for å oppnå et reelt diskrimineringsvern.

I noen tilfeller, vil den forskjellsbehandlede ikke ha noen andre på arbeidsplassen å sammenligne seg med. I slike tilfeller vil vurderingen være særegen. I forarbeidene fremkommer det at det må foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle for å finne ut om noen forskjellsbehandles negativt sammenlignet med det andre «blir, har blitt eller ville blitt».⁵⁸

Direkte forskjellsbehandling der man sammenligner den forskjellsbehandlede med en hypotetisk person vil for eksempel være aktuelt i de tilfellene en kvinne får en tekstmelding etter et jobbintervju som lyder «vi skulle gjerne gitt det jobben, men det lar seg ikke gjøre fordi du er gravid». Saken DIN-2020-202 er et godt eksempel på at potensiell arbeidstaker ble

⁵⁸ Prop. 81L (2016–2017) på side 314.

behandlet dårligere enn en annen person ville blitt behandlet. Saken dreide seg om en jente som ikke fikk en butikkjobb fordi hun hadde en arm som hun ikke kunne bruke.

Arbeidsgiveren ble ansett for å ha diskriminert den potensielle arbeidstakeren på grunnlag av hennes funksjonsnedsettelse. Det var i saken ingen andre å sammenligne arbeidstakeren med, og nemnda vurderte det slik at dersom hun hadde hatt to fungerende armer ville hun ha fått jobben.

Av forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven fremgår det at forskjellsbehandlingen må «føre til skade eller ulempe for den som forskjellsbehandles», jf. Prop.81 L (2016-2017) på side 314. Den som forskjellsbehandles må ha tatt fått et økonomisk tap eller mistet fordeler eller muligheter som følge av forskjellsbehandlingen.⁵⁹ Dette innebærer at det må foretas en objektiv vurdering på om den som har blitt forskjellsbehandlet faktisk lider et tap som følge av forskjellsbehandlingen. Det foreligger dermed ikke ulovlig diskriminering dersom det ikke objektivt kan påvises en skade eller en ulempe for den som har blitt forskjellsbehandlet. Det andre vilkåret er at den som negativt forskjellsbehandles må ha opplevd en form for skade eller ulempe. I forarbeidene fremgår det at «marginale og ubetydelige ulemper ikke vil oppfylle kravet» til skade eller ulempe etter loven.⁶⁰ Et spørsmål blir da hvilket omfang skaden eller ulempen må ha for at det skal være tale om diskriminering. I DIN-2019-193 mistet en gravid kvinne et ettårig vikariat fordi hun var gravid. Arbeidsgiveren hadde tidligere gitt kvinnen gode tilbakemeldinger, og når arbeidsgiveren fant ut at kvinnen var gravid fikk hun ikke vikariatet begrunnet med at hun ikke var kvalifisert, og diskrimineringsnemnda kom til at kvinnen hadde blitt diskriminert.

Det siste vilkåret er at det må ha blitt lagt avgjørende vekt på et diskrimineringsgrunnlag. Vilkaåret fremgår ikke direkte i loven, men er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2014 s. 402. Saken dreide seg om en mann som følte seg forbigått av en kvinne i en ansettelsesprosess. Det rettslige grunnlaget var den daværende likestillingsloven som ikke lenger er i kraft.⁶¹ Dommen blir nevnt en rekke steder i forarbeidene til den gjeldende likestillings- og diskrimineringsloven⁶² og i nyere praksis fra likestillings- og diskrimineringsnemnda.⁶³

⁵⁹ Prop.81 L (2016–2017) på side 315.

⁶⁰ Prop. 81 L (2016–2017) på side 314.

⁶¹ Lov nr. 45 9. juni 1978 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

⁶² Prop.81 L (2016–2017) side 103, 105 og 295.

⁶³ For eksempel i DIN-2020-300, DIN-2019-387, DIN-2020-294 og DIN-2020-174 mv.

I Rt. 2014 s. 402 fremkommer det i avsnitt 55 at «[f]orskjellsbehandling er bare i strid med loven dersom den skyldes at det er lagt avgjørende vekt på kjønn». Spørsmålet var om mannen ikke fikk jobben fordi han var mann og stillingen ble gitt til en kvinne. Høyesterett kom til at arbeidsgiveren hadde lagt vekt på at den som fikk jobben var kvinne. Ettersom søkerens kjønn var ikke det avgjørende i ansettelsesprosessen forelå det lovlig forskjellsbehandling. Det er med dette et vilkår at for at noen skal anses for å være diskriminert, må det ha blitt lagt *avgjørende vekt* på et diskrimineringsgrunnlag.

For å oppsummere kreves det at (i) noen har blitt behandlet «dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt» på grunn av et diskrimineringsgrunnlag. Deretter kreves det at (ii) forskjellsbehandlingen har ført til en skade eller en ulempe overfor den som har blitt forskjellsbehandlet. Det siste vilkåret er (iii) at det må ha blitt lagt avgjørende vekt på et diskrimineringsgrunnlag.

3.3 Indirekte forskjellsbehandling

Det kan også konstateres at noen har blitt utsatt for diskriminering på grunn forhold som ikke er like synlig som i saker om direkte forskjellsbehandling. Likestillings- og diskrimineringsloven § 8 definerer indirekte diskriminering:

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.

En naturlig språklig forståelse av at en handling, praksis eller unnlattelse mv. er «tilsynelatende nøytral» er at den rammer alle likt og ikke retter seg mot en bestemt gruppe mennesker. Handlingen, praksisen eller unnlattelsen, må føre til at visse personer som er beskyttet av et diskrimineringsgrunnlag stilles dårligere enn andre.

Forarbeidene trekker frem et eksempel, tilfeller der det ikke er lov å med hunder inn i et lokale. Dette vil være uproblematisk for de fleste, men blinde som er avhengig av førerhund vil stilles dårligere enn andre personer.⁶⁴

Et nytt eksempel på indirekte diskriminering er en omstridt bonusordning selskapet Tess ga til ansatte som ikke hadde sykefravær. Dersom en arbeidstaker ikke hadde sykefravær fikk de en

⁶⁴ Prop.81 L (2016–2017) på side 315

kvartalsvis bonus på 3.000 kroner.⁶⁵ Bonusordningen ble kritisert i media av E24, og den er ikke prøvd i noen rettslige instanser. Problematikken rundt denne bonusen er at dersom en gravid kvinne får sykefravær på grunn av graviditeten vil dette anses for å være indirekte forskjellsbehandling. Bonusordningen vil potensielt kunne stille gravide dårligere enn andre, og det kan derfor foreligge indirekte diskriminering etter ldl. § 8.

I praksis fra EMD om diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 fremgår det at indirekte diskriminering er de tilfeller der en generell «policy» har «disproportionately prejudicial effects» på en konkret gruppe, også i tilfeller der en «policy» ikke er siktet mot den konkrete gruppen med et diskriminerende formål.⁶⁶ Vilkårene for å fastslå indirekte diskriminering som kan utledes fra menneskerettighetene er således lik vilkårene i likestillings- og diskrimineringsloven. Etersom vilkårene er sammenfallende, foreligger det ikke et nærmere behov for å gå nærmere inn på dette temaet.

4 Særegne bevisregler

4.1 Generell bevisbyrde

Den generelle bevisbyrderegelen stammer fra romerretten og er «semper necessitas probandi incumbit ei qui agit».⁶⁷ Sitatet betyr at saksøkeren har ansvaret for å bevise at han har et krav. I Prop.81 L (2016–2017) på side 293 fremgår det at «[h]ovedregelen i sivile saker er at saksøker eller klager har bevisbyrden for å bevise faktum med mer enn 50 prosent sannsynlighet». Dersom noen mener de har et pengekrav mot noen, er det naturlig at det er den som mener å ha et krav som skal bevise dette. Det kan med dette sies at hovedregelen i norsk rett er at dersom man skal kreve rett, må man bevise dette selv.

Skoghøy mener at begrepet «bevisbyrde» i praksis blir benyttet for «å angi hvem som må gjøre noe for å få endret resultatet av den konkrete bevisbedømmelse, slik bevisresultatet for øyeblikket fremstår».⁶⁸ Dette innebærer at dersom saksøker har gode beviser for at det foreligger et krav, blir det opp til saksøkte å bevise at det ikke foreligger et krav. I det videre skal det ses på to særegne bevisregler som kan gjøres gjeldende i saker som gjelder gravide i arbeidslivet.

⁶⁵ <https://e24.no/naeringsliv/i/34R809/en-dags-sykefravaer-gir-2000-kroner-i-bonustrekk> lest 24.10.2021

⁶⁶ CASE OF BIAO v. DENMARK, 24.05.2016, saksnr. 38590/10

⁶⁷ Robberstad Anne, Hvem har bevisbyrden? Tvilsrisikoen i sivile saker, Universitetsforlaget 2021 på side 41.

⁶⁸ Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning 3. utgave, Universitetsforlaget 2017 på side 911.

4.2 Generelt om beviskrav

Det er alltid to sider av en sak. Tvisten vil derfor ofte gjelde hvilket faktum som skal legges til grunn. Beviskravet er kravene «som må stilles for at et faktisk forhold kan legges til grunn» for en rettslig avgjørelse.⁶⁹ I HR-2018-874-A i avsnitt 11 fremgår det at hovedregelen er at «retten skal legge det mest sannsynlige faktumet til grunn».⁷⁰ I litteraturen blir sannsynlighetsovervekt beskrevet som det som er over 50 % sannsynlig for å være sant.⁷¹

4.3 Bevisbyrderegelen og beviskravet i likestillings- og diskrimineringsloven § 37

I diskrimineringsretten foreligger det en særegen bevisregel som innebærer at den som synes å ha diskriminert noen – på visse vilkår - selv må bevise at han ikke har diskriminert. I forarbeidene og i rettspraksis sies det at partene har «delt bevisbyrde»⁷² i diskrimineringsaker. Det synes hensiktsmessig å redegjøre for denne bevisregelen, ettersom den setter rammene for vurderingene som må foretas i diskrimineringsaker. Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 lyder:

Diskriminering skal anses å ha skjedd hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd.

Inngangsvilkåret er at det «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd». En naturlig språklig forståelse av «omstendigheter» er at det må foreligge noen reelle holdepunkter for at en person har blitt utsatt for diskriminering. Dette innebærer at den som hevder seg diskriminert først må bevise at det foreligger «omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd».

Det kan sies at det foreligger en *presumsjon for diskriminering* etter at den som hevder seg forskjellsbehandlet har påvist omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd.

Spørsmålet blir dermed hva som ligger i at det må foreligge «omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd», jf. ldl. § 37 første ledd. I en rekke avgjørelser fra

⁶⁹ NOU 2001:32 A Rett på sak på side 459.

⁷⁰ Høyesterett viser i HR-2018-874-A avsnitt 11 til NOU 2001:32A side 459 og Rt-1992-64 på side 70 og HR-2016-2579-A avsnitt 33 for å vise til at dette er gjeldende rett.

⁷¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning 3.* utgave, Universitetsforlaget 2017 på side 913.

⁷² Prop.63 L (2018–2019) side 17 og HR-2020-2476-A avsnitt 73.

likestillings- og diskrimineringsnemnda fremkommer det at en påstand om at noen har blitt diskriminert ikke alene er tilstrekkelig.⁷³ Det må foreligge mer en enn påstand før det kan anses å foreligge «omstendigheter» som tilsier at diskriminering har skjedd. Spørsmålet er således hvilke «omstendigheter» noen som føler seg diskriminert må bevise.

I Ot.prp.nr 77 (2000-2001) på side 91 fremgår det at den som hevder å ha blitt diskriminert må «påvise indikasjoner for at det har forekommet ulik behandling i strid med loven». I Rt. 2014 s. 402 går Høyesterett inn på hva hvilke «omstendigheter» som kan gi grunn til å tro at diskriminering har skjedd. Det uttales at «[i]ndikasjoner kan også gå frem av ansettelsesvedtak eller andre sakspapirer. Sannsynlighetsovervekt kreves ikke», jf. Rt. 2014 s. 402 avsnitt 64. Det fremstår ikke klart hvilke omstendigheter eller indikasjoner en som hevder å ha blitt diskriminert må bevise.

I praksis blir det ofte vist til at dersom en gravid kvinne ikke har fått en stilling, så har de blitt behandlet dårligere enn noen i samme situasjon som ikke er gravid. Et eksempel er DIN-2019-193 der det forelå indikasjoner på at klageren hadde blitt diskriminert. Kvinnen i saken var gravid. Diskrimineringspresumsjonen var at hun ikke fikk fornyet vikariatet hun jobbet i sammenholdt med at hun var gravid. Arbeidsgiveren begrunnet dette i «personlige egenskaper». Nemnda kom til at det forelå «omstendigheter» som tilsa at hun ble behandlet dårligere enn andre i hennes posisjon fordi hun tidligere hadde fått gode tilbakemeldinger fra samme arbeidsgiver. Det at kvinnens personlige egenskaper ble vektlagt syntes dermed å være en pretensjon fra arbeidsgivers side for å ikke ha ansvaret for en gravid arbeidstaker.

En annen sak i diskrimineringsnemnda omhandler en kvinne som ikke fikk forlenget vikariatet sitt.⁷⁴ Nemnda kom til at det forelå en diskrimineringspresumsjon ettersom kvinnen var gravid og andre ansatte med mindre ansiennitet fikk forlenget sitt vikariat i samme tidsrom.

Dersom det foreligger «omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd» snus bevisbyrden og «den ansvarlige», altså den som hevdes å ha diskriminert, må bevise at han ikke har diskriminert. Siden den diskriminerte må bevise at noe har skjedd, og den «ansvarlige» deretter må bevise at diskriminering ikke har skjedd er det derfor naturlig å bruke begrepet delt bevisbyrde i denne sammenhengen.

⁷³ Se for eksempel DIN-2020-491, DIN-2020-238 og DIN 2020-24.

⁷⁴ Diskrimineringsnemnda Sak 19/405, avsagt 11.01.2021.

Hensynet bak den delte bevisbyrden er begrunnet i Ot.prp.nr.77 (2000–2001), som er forarbeidene til den opphevede likestillingsloven,⁷⁵ og bevisreglene er videreført i den nåværende likestillings- og diskrimineringsloven. Med dette vil forarbeidene til den tidligere loven fortsatt relevant. På side 91 i proposisjonen blir det uttalt at i diskrimineringsaker er det «arbeidsgiveren (eller potensiell arbeidsgiver i ansettelsessaker) som sitter med det vesentligste av dokumentasjon i saken». Videre fremgår det på side 91 i proposisjonen at bevisreglene kan føre til at arbeidsgivere «sørger for gode og ryddig saksbehandling i lønns- og personalsaker». Lovgiver synes således å legge til rette for gode rutiner og god saksbehandling i arbeidslivet.

I DIN-2018-126 mistet en gravid eiendomsmegler en provisjonsbasert lønnsordning mens hun var gravid. Kvinnen kunne vise til at hun mistet provisjonsordningen som følge av at hun skulle ut i foreldrepermisjon. Klageren ble unntatt en tildelingsordning, altså flere oppdrag som eiendomsmegler forut fødsels- og foreldrepermisjon, som førte til en negativ økonomisk effekt overfor klageren. Nemnda kom således til at det forelå en diskrimineringspresumsjon i saken og arbeidsgiveren kunne ikke bevise at han ikke hadde diskriminert den gravide arbeidstakeren. Det forelå derfor et brudd på likestillings- og diskrimineringsloven § 7, jf. § 6.

Det som finnes særegent i disse diskrimineringssakene er fremgangsmåten

Diskrimineringsnemnda har i avgjørelsene sine. I alle avgjørelsene som er vist til i dette kapitlet konkluderer nemnda først med at det foreligger en diskrimineringspresumsjon for så å se om arbeidsgiveren kan bevise at han ikke har diskriminert. Grunnen til at dette er en særegenhet er fordi normalt vil man veie partenes anførsler opp mot hverandre for så å komme til en konklusjon. I nemndspraksisen er bevisbyrden over på arbeidsgiveren i de tilfellene der arbeidstakeren kan påvise en «omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd», jf. ldl. § 37 første ledd. Det er strengt tatt bare dersom denne klarer å sannsynliggjøre at han ikke har diskriminert, at den gravide må tilby ytterligere bevis for å kunne vinne saken.

Når det gjelder den gravides ansvar for å bevise diskrimineringspresumsjon, synes dette som et lovteknisk grep for å gjøre det lettere for de som opplever diskriminering å kreve rett. Kombinasjonen av at en kvinne er gravid og at hun har gått glipp av et gode, synes normalt å være tilstrekkelig for at det foreligger en diskrimineringspresumsjon.

⁷⁵ Lov 6. september 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

For å oppsummere den delte bevisbyrden på diskrimineringsrettens område kreves det først at den som hevder å ha blitt forskjellsbehandlet må bevise en diskrimineringspresumsjon. Dersom diskrimineringspresumsjonen er til stede må den som kan ha forskjellsbehandlet bevise at han ikke har diskriminert. Dersom den som klager ikke kan bevise at det foreligger en diskrimineringspresumsjon vil saken ikke føre frem. I denne sammenhengen må det nevnes at det skal lite til for at graviditeten skal anses for å være en diskrimineringspresumsjon.

4.4 Bevisbyrderegelen og beviskravet i arbeidsmiljøloven § 15-9

Arbeidsmiljøloven kapittel 15 inneholder regler om opphør av arbeidsforhold. Når det gjelder innholdet i bestemmelsen om gravides oppsigelsesvern, arbeidsmiljøloven § 15-9, henvises det til kapittel 7.1 i avhandlingen. I korte trekk innebærer arbeidsmiljøloven § 15-9 at dersom en arbeidsgiver sier opp en gravid arbeidstaker vil bevisbyrden snus over på arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren må bevise at oppsigelsen skyldes andre forhold enn graviditeten. Videre er det også stilt strenge krav til arbeidsgiverens bevis. Arbeidsgiveren må gjøre det «overveiende sannsynlig» at oppsigelsen er begrunnet i noe annet enn graviditeten.

4.5 Bevisreglenes praktiske betydning

Bevisreglene har en stor betydning for siktemålet om reell likestilling.

For det første gjør bevisreglene det «enklere» for gravide som mener å ha blitt oppsagt eller diskriminert å vinne frem. Den gravide må «kun» vise til at det «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd», jf. ldl. § 37. I saker om oppsigelser trenger den gravide «bare» å vise til at oppsigelsen har skjedd under graviditeten for at bevisbyrden snus over på arbeidsgiveren, jf. aml. § 15-9 første ledd.

At det er «enklere» for den gravide å vinne skyldes at arbeidsgiveren har ansvar for å bevise at han ikke har diskriminert etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37. Videre at arbeidsgiveren, med overveiende sannsynlighet, må bevise at oppsigelsen er grunnet i andre forhold enn graviditeten, jf. aml. § 15-9 første ledd. Regelsettet vil nok føre til en bevissthet rundt temaet på arbeidsgiversiden i arbeidslivet. Resultatet av mer bevissthet rundt diskriminering kan være en god bidragsyter til at målet om reell likestilling oppnås.

Disse bevisreglene kan også tenkes å ha en bakside. Det stilles som oftest høyere krav til profesjonelle slik som det eksempelvis kommer til uttrykk i regelverket om diskriminering.

Det kan tenkes at mindre virksomheter og mer uerfarne arbeidsgivere ikke er klar over disse særegne bevisreglene og at dette kan føre til at man blir dømt for diskriminering, når det i realiteten ikke har skjedd. På den andre siden må det kunne forventes at en profesjonell part setter seg inn i regelverket som er relevant for virksomheten. Fra arbeidsgivers side kan det hende at beviskravet som gjelder ved gravides oppsigelsesvern oppfattes som urimelig strengt. Men grunnet den beskyttelsen gravide trenger i en sårbar periode av livet synes det rimelig fra et samfunnsmessig perspektiv at reglene er utformet slik de er.

5 Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt

5.1 Generelt om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt

De generelle føringene for hva arbeidsgiver plikter å gjøre på en arbeidsplass fremgår av arbeidsmiljøloven kapittel 4. Arbeidstakere har en rett på at visse tiltak skal iverksettes av arbeidsgiveren for et tryggere og bedre arbeidsmiljø. I arbeidsmiljøloven § 1-1 er lovens formål gitt uttrykk for. Arbeidsmiljølovens formål er blant annet å sikre et helsefremmende arbeidsmiljø og at arbeidsgiver skal sikre arbeidstakere mot fysiske og psykiske skadevirkninger, jf. aml. § 1-1. Dersom tilrettelegging ikke lar seg gjøre blir det eneste alternativet at den gravide må ta permisjon fra arbeidet og bli økonomisk kompensert i form av offentlige ytelser. Det er givende å være i arbeid og det vil være uheldig om kvinner må ta mer «fri» fra jobb enn nødvendig fordi arbeidsgiveren ikke tilrettelegger i tilstrekkelig grad. Det er en menneskerett å arbeide, jf. CEDAW art. 11 nr. 1.

I relasjon til tilretteleggingsplikten må det nevnes at vurderingen av denne plikten i rettspraksis ofte gjøres som et ledd i vurderingen om en oppsigelse er saklig, og ikke i egne saker om tilretteleggingsplikten.⁷⁶ Når det gjelder gravide vil de ha et oppsigelsesvern som gjør at de ikke kan bli oppsagt på grunn av graviditeten. Dersom de ikke utføre sine vanlige arbeidsoppgaver på grunn av graviditeten, ville alternativet vært å sykemelde seg eller ta permisjon hvis arbeidsgiver ikke hadde tilretteleggingsplikt. Det er derfor viktig for å ivareta hensynet til reell likestilling at tilretteleggingsplikten blir ivaretatt av arbeidsgiveren, ellers får ikke kvinner like muligheter i arbeidslivet. I rapporten til AFI fra 2021 fremkommer det at mange arbeidsgivere synes tilrettelegging er så vanskelig at det enkleste er at den gravide sykemelder seg istedenfor at det iverksettes andre tiltak.⁷⁷ Selv om man får økonomisk

⁷⁶ Se for eksempel Rt. 1995 s. 227, LB-2018-24869, LG-2007-124516.

⁷⁷ AFI 2021 på side 38.

trygghet av en sykemelding og ved visse typer permisjoner, er det for mange svært givende å jobbe. Det kan derfor være uheldig at gravide blir sykemeldt eller må ta permisjon når de egentlig kan jobbe dersom det tilrettelegges for det.

Dersom en arbeidstaker «får redusert arbeidsevne» på grunn av «ulykke, sykdom, slitasje e.l.» kan dette utløse en rekke plikter for arbeidsgiver. En naturlig språklig forståelse av « redusert arbeidsevne » er at arbeidstakeren på grunn av personlige forhold ikke kan jobbe like mye som han tidligere har gjort. Loven oppstiller «ulykke, sykdom, slitasje e.l.» som inngangsvilkår for at arbeidsmiljøloven § 4-6 skal komme til anvendelse. Det er på det rene at å være gravid ikke faller innenfor ordlyden «ulykke, sykdom, slitasje». Ordlyden «eller lignende», tilsier på sin side at gravide faller innenfor bestemmelsens virkeområde. Av forarbeidene fremgår det at det kan være tale om «fysiske, psykiske eller sosiale forhold», og at aml. § 4-6 gjelder uavhengig om tilstanden er tilknyttet arbeidsforholdene eller ikke.⁷⁸ Det som fremgår av forarbeidene taler for at gravide omfattes av bestemmelsen. Videre fremgår det av forarbeidene at bestemmelsen også gjelder for arbeidstakere med «en forbigående sykdom med tilretteleggingsbehov».⁷⁹ Ettersom bestemmelsen er svært vid, og tar sikte på å gi arbeidstakere med midlertidige behov for tilrettelegging for å stå i arbeid, legges det til grunn at gravide kan kreve rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 4-6.

Arbeidsgiveren skal «så langt det er mulig», «iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid», jf. aml. § 4-6 første ledd. En naturlig språklig forståelse av «så langt det er mulig» tilsier at tilretteleggingsplikten ikke er absolutt. Med formuleringen «beholde eller få passende arbeid» menes at arbeidstakeren kan få tilrettelegging eller omplassering for å beholde et arbeid. I forarbeidene fremgår det at det må foretas en «konkret helhetsvurdering der virksomhetens art, størrelse, økonomi, og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre».⁸⁰ Disse momentene som oppstilles i forarbeidene peker i retning mot at vurderingen rundt tilretteleggingsplikten er svært bred. Når virksomhetens økonomi kan tillegges vekt i vurderingen betyr dette at arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt strekker seg lengre i en bedrift med god økonomi enn i en bedrift med dårlig økonomi. I en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett ble det uttalt at varigheten av den

⁷⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) på side 309.

⁷⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) på side 309.

⁸⁰ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) på side 309.

nedsatte arbeidsevnen også kan tillegges vekt ved vurderingen om det skal gjennomføres tiltak.⁸¹

I forarbeidene til folketrygdlovens bestemmelser om svangerskapspengene finnes det eksempler på hvilke faktorer i arbeidsmiljøet som kan ha negativ innvirkning på fosteret. Forarbeidene trekker frem er «ekstra tungt arbeid, arbeid i ubekvemme arbeidsstillinger, arbeid ved høye temperaturer samt skiftarbeid, nattarbeid».⁸²

I rettspraksis til den opphevede arbeidsmiljøloven fra 1977 § 13 første ledd som innehar omtrent samme ordlyd som den nåværende arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd sier noe om hvor langt tilretteleggingsplikten strekker seg. Avgjørelsen omhandler omplassering som et tilretteleggingstiltak. Arbeidstakeren utviklet eksem på grunn av stress og vantrivsel i jobben, og kommunen (arbeidsgiveren) kunne ikke tilrettelegge for arbeidstakeren. I dommen uttaler Høyesterett at det vil være vanskelig å tolke det slik at tilretteleggingsplikten strekker seg så langt at «andre arbeidstakeres rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmede».⁸³ Dette må anses å være gjeldende rett ettersom lagmannsretten har lagt det samme til grunn i en avgjørelse etter den nye arbeidsmiljøloven.⁸⁴

I LG-2007-124516 fremgår det at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er vidtgående, men «går likevel ikke så langt at andre ansatte over tid må utføre sentrale arbeidsoppgaver for A som ledd i tilpasning for henne». Avgjørelsen handlet om en arbeidstaker som ville bli omplassert på grunn av helseutfordringer. I relasjon til gravide arbeidstakere vil denne avgjørelsen ikke være relevant, ettersom graviditetsutfordringer ikke vil være «over tid», men heller midlertidig. Ved en antitetisk anvendelse av uttalelsen i LG-2007-124516 kan en si at det vil være lovlig om andre ansatte midlertidig må utføre sentrale arbeidsoppgaver for den gravide. I denne dommen fant lagmannsretten at arbeidsgiveren hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt og en oppsigelse av arbeidstakeren derfor var saklig.

En kan se at vurderingen for om arbeidsgiveren har tilretteleggingsplikt er svært bred. Arbeidsgiveren skal «så langt det er mulig iverksette tiltak», men dette går ikke så langt at

⁸¹ LB-2018-24869.

⁸² Ot.prp.nr.57 (2002–2003) på side 4.

⁸³ Rt. 1995 s. 227 på side 232.

⁸⁴ LG-2007-124516.

andre arbeidstakeres rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes. Videre vil arbeidsgivers virksomhets art, økonomi og størrelse ha betydning.

Som et eksempel kan man tenke seg to forskjellige yrker, det ene er i et stort varehus og det andre et mindre advokatfirma. Et stort varehus vil som oftest ha en rekke forskjellige stillinger og kanskje god økonomi. Dersom en gravid arbeidstaker jobber som lagerarbeider og til vanlig foretar tyngre løft og grunnet graviditeten kan hun ikke lenger løfte tungt, vil det være nærliggende at arbeidsgiveren tilrettelegger for arbeidstakeren. Et varehus vil naturligvis ha stor økonomi, mange ansatte og en rekke forskjellige stillinger. Ettersom den gravide arbeidstakeren ikke kan løfte tungt over en kortere periode taler derfor for at hun skal bli omplassert, så langt dette ikke går ut over andre arbeidstakere sine rettigheter over tid. I dette eksempelet blir det tilrettelagt for kvinnen ved at hun får et «passende arbeid», jf. aml. § 4-6 første ledd.

På den andre siden kan det vises til et eksempel fra advokatfirma. I rapporten fra AFI undersøker de bransjefordringer knyttet til advokatbransjen. De punktene som trekkes frem som positive er at advokatyirket er svært fleksibelt og eventuelle plager en gravid kvinne kan oppleve i løpet av en dag, kan hun ta igjen senere på dagen dersom plagene gir seg.⁸⁵ Videre vil en advokats inntjening i stor grad bero på advokatens egen innsats, i rapporten fremgår det at en del av tilretteleggingen som skjer er at gravide ikke får delta på større prosedyreoppdrag.⁸⁶ Tilretteleggingen vil dermed få en negativ økonomisk og potensielt karrieremessig innvirkning for den gravide kvinnen. I DIN-2018-126 som ble vist til tidligere der en gravid kvinne mistet oppdrag som førte til at hun fikk mindre i provisjon, ble det ansett for å være diskriminering. I advokateksempelen som vist til tidligere vil det muligens ikke være diskriminering ettersom diskriminering av gravide er lovlig dersom «det foreligger andre åpenbare grunner», jf. ldl. § 10 første ledd. I advokateksempelen er kanskje saken berammet i en domstol slik at den gravide kvinnen er i permisjon når rettssaken er, og at hun kan derfor ikke delta. Kapittel 6.8.5 behandler dette nærmere.

I arbeidsmiljøloven § 4-2 andre ledd litra c stilles det krav til at arbeidstakeren skal gis mulighet til «selvbestemmelse, innflytelse og faglig ansvar». Arbeidstakeren har med dette et krav på medvirkning. Dette innebærer at dersom det skal iverksettes tiltak må disse tiltakene bli foretatt i samråd med den tiltakene skal gjelde for. Diskrimineringsnemnda var inne på

⁸⁵ AFI 2021 på side 40.

⁸⁶ AFI 2021 på side 41.

spørsmålet om selvbestemmelse og innflytelse når det gjelder endringer i den gravides arbeidsoppgaver. Nemnda mente dette må gjøres i samråd med den gravide slik at hennes interesser og ønsker ivaretas.⁸⁷ Dette innebærer at arbeidsgivere ikke skal eller bør iverksette tiltak på eget initiativ for å skåne den gravide. Noen vil fungere godt i arbeidet under svangerskapet og etter fødselen, mens andre trenger mer tilrettelegging. Det vil derfor være uheldig om den gravide blir «påtvunget» tilretteleggingstiltak mot sin egen vilje, eksempelvis i form av en mindre arbeidsmengde.

For å oppsummere er tilretteleggingsplikten svært vid og vil kunne omfatte en rekke forskjellige tiltak til gunst for den gravide. Det er også slik at tiltakene skal iverksettes av arbeidsgiver og arbeidstakeren sammen. Arbeidsgiveren skal ikke fatte tiltak på eget initiativ. I det videre skal mer konkrete tiltak belyses.

5.2 Gravitet og nattarbeid

I en rekke yrker er det normalt å utføre nattarbeid som en del av den vanlige arbeidsordningen, for eksempel i yrker i helse- og omsorgssektoren. En dansk studie viser at gravide som har en jobb som innebærer nattarbeid har en større sannsynlighet for spontanabort enn andre gravide med samme arbeidsoppgaver.⁸⁸ Ettersom nattarbeid øker risikoen for spontanabort er det av interesse å undersøke hvilken rett gravide har til å bli fritatt nattarbeid.

Svangerskapsdirektivet, direktiv 92/85/EØS, krever at det gis regler som gir gravide rett til fritak fra nattarbeid. Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen i 1994,⁸⁹ og er et minimumsdirektiv. Det tillater derfor at gravide gis bedre rettigheter enn direktivet gir anvisning på, men ikke færre eller mindre omfattende.⁹⁰ EU-direktivet utgjør dermed et minstekrav til hvilke rettigheter gravide skal ha.⁹¹

Arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd inneholder en generell regel om fritak fra nattarbeid. Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven vil sammenlignes med en særskilt rett til fritak fra

⁸⁷ LDN-2011-37.

⁸⁸ Begtrup LM, Specht IO, Hammer PEC, Night work and miscarriage: a Danish nationwide register-based cohort study *Occupational and Environmental Medicine* 2019;76:302-308, <https://oem.bmj.com/content/76/5/302>, lest 13.10.2021.

⁸⁹ EØS-komiteens beslutning nr. 7/94 av 21. mars 1994 om endring av protokoll 47 og enkelte vedlegg til EØS-avtalen.

⁹⁰ Prop.81 L (2016–2017) s. 151.

⁹¹ Prop.81 L (2016–2017) s. 151.

nattarbeid for gravide i EUs svangerskapsdirektiv fra 1992. Det ble i 1994 besluttet at svangerskapsdirektivet skulle bli gjennomført i norsk rett.⁹²

Det fremgår av likestillings- og diskrimineringslovens forarbeider at direktivet 92/85/EØF er gjennomført i norsk rett.⁹³ Dette bør i utgangspunktet innebære at rettighetene som kan utledes fra direktivet er innført i norske lover eller forskrifter. Direktivet blir nevnt en rekke steder i lovforarbeider relatert til arbeidsrett og diskrimineringsrett, men ikke relatert til fritak fra nattarbeid.⁹⁴

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven er også taus om gravidens rettigheter i relasjon til nattarbeid. I et forarbeid til den tidligere arbeidsmiljøloven fra 1977, foreligger det en uttalelse om svangerskapsdirektivet artikkel 7:

Dersom det er nødvendig, skal det ikke pålegges nattarbeid under graviditet og i en periode etter fødselen. I slike tilfeller skal det gis muligheter for overføring til dagarbeid eller fravær fra arbeid, eventuelt forlengelse av fødselspermisjon. Dette framgår av artikkel 7 i direktivet» (min kursivering).⁹⁵

Det følger av arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd at:

Arbeidstaker som regelmessig arbeider om natten har rett til fritak fra den arbeidstidsordning som gjelder for arbeidstakergruppen, dersom vedkommende av helsemessige, sosiale eller andre viktige velferdsgrunner har behov for det og fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. (min kursivering).

EUs svangerskapsdirektiv ble besluttet gjennomført i norsk rett 01.07.1994, og de fleste bestemmelsene i direktivet er inntatt i norsk lov og forskrift. Direktivet er således gjeldende rett. Bestemmelsen i svangerskapsdirektivet som kan sammenlignes med arbeidsmiljølovens § 10-2 andre ledd er artikkel 7 nr. 1 som lyder:

Member States shall take the necessary measures to ensure that workers referred to in Article 2 are not obliged to perform night work during their pregnancy and for a

⁹² Gjennomføring av EØS-komiteens beslutning nr. 7/94 av 21. mars 1994 om endring av protokoll 47 og enkelte vedlegg til EØS-avtalen ble vedtatt i FOR-1994-06-14-505. I EØS-komiteens beslutning nr. 7/94 er direktivet 92/85/EØS vedlegg 16 og direktivet er således i kraft i Norge.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ NOU 2004:5 på side 574, Prop.48 L (2014–2015) på side 70,

⁹⁵ Ot.prp.nr.78 (1993–1994) s. 15

period following childbirth which shall be determined by the national authority competent for safety and health, subject to submission, in accordance with the procedures laid down by the Member States, of a *medical certificate stating that this is necessary for the safety or health of the worker concerned*.

Arbeidsmiljøloven gir rett til å være fritatt nattarbeid under visse vilkår. Inngangsvilkåret for å være fritatt for nattarbeid er at det dreier seg om «arbeidstakere som regelmessig jobber om natten», jf. aml. § 10-2 andre ledd. En naturlig språklig forståelse av å jobbe «regelmessig» om natten er at arbeidstakeren jevnlig jobber nattevakter i løpet av en måned og at det ikke er tilstrekkelig å jobbe om natten av og til eller sporadisk. Loven presiserer ikke hvor ofte en må jobbe nattevakter for at det skal regnes som «regelmessig». Av forarbeidene fremgår det at det må være «tale om flere netter i måneden», videre vil også skiftarbeidere som jobber nattskift falle inn under bestemmelsen.⁹⁶ Med dette vil alle som har en type stilling der nattarbeid er en naturlig del av jobben falle inn under denne bestemmelsen. Bestemmelsen gjelder «fritak fra den arbeidsordning» (nattarbeid), dette innebærer som hovedregel ikke betalt fri fra jobben, men at arbeidstakeren kan bli satt til å utføre arbeid på en annen tid av døgnet.

I svangerskapsdirektivets artikkel 7 nr. 1 er det ikke et vilkår om at den gravide som skal være fritatt fra nattarbeid må jobbe regelmessig. Ordlyden presiserer at rettigheten gjelder «night work», og en kan ikke innfortolke et vilkår om at det kreves regelmessighet. Retten til gravide arbeidstakere om å ikke jobbe på natten vil derfor gjelde generelt for all type arbeid som blir utført på nattestid. Med dette så er det ikke et krav etter direktivet at den gravide jobber regelmessig, kun at deler av den eventuelle jobbingen er på nattestid. Det kan derfor synes at nasjonal lovgivning ikke gir gravide de minimumsrettighetene som Norge har bundet seg til å gi etter svangerskapsdirektivet artikkel 7.

Det neste vilkåret etter arbeidsmiljøloven som må belyses er at «vedkommende av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det», jf. aml. § 10-2 andre ledd. I dette ligger at det må foreligge konstaterbare forhold hos arbeidstakeren som taler for at hun burde fritas for nattarbeid. I NOU 2004:5 fremgår det at «[n]attarbeidet må anses å være en reell belastning for arbeidstakeren før bestemmelsen kan benyttes».⁹⁷ Sett i

⁹⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) s. 315.

⁹⁷ NOU 2004:5 s. 548.

sammenheng med gravide arbeidstakere kan det derfor være noen som faller innenfor denne bestemmelsen, mens andre gravide vil falle utenfor bestemmelsen. Det må her bemerkes at arbeidsmiljøloven ikke nødvendigvis tar sikte på å beskytte gravide arbeidstakere, men enhver arbeidstaker som av visse grunner har behov for fritak fra nattarbeid.

Etter artikkel 7 i svangerskapsdirektivet kreves det for det første at det dreier seg om en arbeidstaker som faller inn under direktivets artikkel 2. Direktivets artikkel 2 slår fast at graviditet foreligger når kvinnen er gravid, nylig har født eller ammer. For det andre krever svangerskapsdirektivet at den gravide må fremvise et «medical certificate stating that this is necessary» at den gravide får fritak for nattarbeidet. Selv om arbeidsmiljøloven § 10-2 ikke viser til gravide i ordlyden, så synes det at innholdet blir tilnærmet det samme som etter svangerskapsdirektivets artikkel 7 når det gjelder hvem som kan få fritak for nattarbeid. Direktivet krever på sin side en legeerklæring, men dette fremgår ikke som et vilkår i arbeidsmiljøloven. Det kan med dette sies at nasjonal rett gir bedre rettigheter når det gjelder dette vilkåret.

Vilkåret om at den ansatte må ha et reelt behov for å bli fritatt fra nattarbeid synes dermed å være i overensstemmelse med svangerskapsdirektivets artikkel 7. Både arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd og svangerskapsdirektivets artikkel 7 inneholder et vilkår om at den gravide må ha et nødvendig behov for fritak fra nattarbeid. Det kan nok sies at arbeidsmiljøloven gir gravide en bedre rettighet ettersom direktivet krever et «medical certificate», noe arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd ikke gjør.

Dersom det kan konstateres at arbeidstakeren har en reell belastning i relasjon til nattarbeidet er det et vilkår at «fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten», jf. aml. § 10-2 andre ledd. Dette innebærer at arbeidsgiveren ikke er forpliktet til å frita arbeidstakeren fra nattarbeid dersom omstillingen fører til en vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiverens ulemper må således veies opp mot arbeidstakerens belastning når det gjelder nattarbeid.

I NOU 2004:5 oppstilles en rekke momenter som kan tas inn i ulempevurderingen. Dersom arbeidsgiveren kan «omdisponere arbeidsstokken», vil dette tale for at arbeidstakeren kan fritas fra nattarbeid, ettersom det finnes andre ansatte som kan utføre jobben.⁹⁸ Dersom

⁹⁸ NOU 2004:5 s. 548.

arbeidsgiveren må opprette nye stillinger eller si opp ansatte i virksomheten for at den som skal fritas for nattarbeid skal bytte til dagarbeid, vil dette tale mot fritak fra nattarbeid.⁹⁹

Det store skillet mellom svangerskapsdirektivet og arbeidsmiljølovens regler om fritak for nattarbeid er svangerskapsdirektivet artikkel 7 nr. 2. I arbeidsmiljøloven § 10-2 er at fritaket ikke kan være en «vesentlig ulempe for virksomheten». Av svangerskapsdirektivet artikkel 7 nr. 2 litra b finnes det et vilkår for tilfeller der den gravide ikke får rett til fritak fra nattarbeid. Der den gravide ikke har rett til fritak fra nattarbeid, skal hun ha rett til fri eller utvidet foreldrepermisjon. Dette er tilfeller hvor det er teknisk umulig eller objektivt sett ikke gjennomførbart, jf. svangerskapsdirektivet artikkel 7 nr. 2 litra b. At det må være teknisk umulig eller objektivt sett ikke gjennomførbart tilsier en vesentlig høyere terskel enn «vesentlig ulempe for virksomheten» etter aml. § 10-2 andre ledd.

Et annet vilkår som kan gjøre at den gravide ikke har fritak fra nattarbeid er overføring til annet arbeid «cannot reasonably be required on duly substantiated grounds», jf. artikkel 7 nr. 2 litra b. At overføring fra nattarbeid til annet arbeid ikke «reasonably be required» kan sammenlignes med ulempevurderingen etter aml. § 10-2 andre ledd. Forskjellen er at det kreves «duly substantiated grounds». En naturlig språklig forståelse av «duly substantiated grounds» er at det foreligger et høyere beviskrav når arbeidsgiveren må bevise at det er urimelig å gi den gravide fritak fra nattarbeid. Således foreligger det en høyere terskel for at arbeidsgiver skal nekte fritak fra nattarbeid for gravide etter svangerskapsdirektivet enn det gjør etter arbeidsmiljølovens regler.

Svangerskapsdirektivet et vilkår til at dersom fritak fra nattarbeid ikke lar seg gjøre, skal den gravide få fri eller utvidet foreldrepermisjon. Det følger ikke et slikt vilkår av arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd.

Det kan med dette sies at svangerskapsdirektivet tar sikte på å beskytte gravide i større grad enn arbeidsmiljøloven. Dette fordi arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd tar hensyn til arbeidsgiveren i større grad. Norsk lovgivning gir således arbeidsgivere et bedre vern på bekostning av gravidens rettigheter etter svangerskapsdirektivet.

Arbeidsrettslige EU-direktiv inntatt som norsk rett vil vanligvis bli inntatt i arbeidsmiljøloven eller en forskrift. Når det gjelder retten til å være fritatt nattarbeid under graviditet er dette

⁹⁹ NOU 2004:5 s. 548.

derimot ikke tilfellet. Etter norske bestemmelser har gravide rett til fritak for nattarbeid dersom dette er nødvendig, og nattarbeidet synes å være en reell belastning for den gravide, men bare dersom dette ikke er en «vesentlig ulempe for arbeidsgiveren». Det er ulempevurderingen i arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd som gjør at norsk rett ikke er i samsvar med de internasjonale forpliktelsene etter svangerskapsdirektivet artikkel 7.

Når det gjelder gravides rett til å ikke jobbe om natten er det prekært at rettigheten ikke fremstår som allment kjent. Eksempelvis fremgår det ikke som en rettighet for gravide under overskriften «fritak fra nattarbeid» på en artikkel arbeidstilsynet har skrevet om nattarbeid.¹⁰⁰ I en artikkel rettet mot sykepleiere som ble skrevet i 2019 mener forfatteren at det vil være en «individuell vurderingssak» om gravide skal slippe å jobbe nattarbeid.¹⁰¹ Det kan sies at borgere generelt ikke vet om denne rettigheten. Dersom folk flest ikke vet om rettigheter kan de heller ikke kreve rettigheten. For det første er Norges forpliktelse til å gjennomføre direktivet i norsk rett ikke er oppfylt, slik at gravide ikke har rett til fritak fra nattarbeid som de skal etter direktivet. For det andre fremstår det heller ikke kjent for lovgiver at gravide kan fritas fra nattarbeid etter direktivet. Dette fordi rettigheten kun er nevnt en gang i et eldre forarbeid. Videre virker det også som om de generelle rettighetene etter arbeidsmiljøloven § 10-2 ikke er alminnelig kjent i relasjon til gravides rettigheter, noe som kan føre til at denne gruppen ikke krever rettighetene sine i forbindelse med nattarbeid.

I NOU 2021:8 ble det drøftet hvordan man kan bli mer bevisst på EØS-rettslige reguleringer. Særlig problematikken som stiller seg til at de fleste trygderettslige EØS-reguleringer er inntatt i forskrift. Her ble det uttalt at «[g]jennomføring ved forskrift øker risikoen for at regelverket blir oversett».¹⁰² Dersom en EØS-rettslig forpliktelse ikke fremkommer av nasjonalt regelverk, vil rettigheten fremstå som illusorisk; den eksisterer, men innehar ingen praktisk verdi fordi ingen benytter seg av rettigheten. I en artikkel av Finn Arnesen uttaler han at «bestemmelser fra lovgiverens hånd ikke nødvendigvis er fullt ut harmonisert med EØS-avtalens krav til norsk rett. NAV-saken viser at dette kan medføre at EØS-rettens betydning overses».¹⁰³ Ettersom svangerskapsdirektivet, direktiv 1992/85/EØF, stadig dukker opp i forarbeider kan det synes at lovgiver ubevisst har latt gravides rett til fritak fra nattarbeid

¹⁰⁰ <https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/arbeidstid/nattarbeid/> hentet ut 17.09.2021

¹⁰¹ <https://sykepleien.no/2019/03/sa-mye-oket-risikoen-spontanabort-ved-nattarbeid> hentet ut 17.09.2021

¹⁰² NOU 2021:8 på side 265 (originalversjon i PDF)

¹⁰³ Arnesen, Finn, EØS-elefanten i rommet, Jussens venner 04/2021 (Volum 56) lest fra https://www.idunn.no/jv/2021/04/eoes-elefanten_i_rommet 14.11.21.

«glippe». Det er en rekke andre rettigheter fra direktivet som er innført i nasjonal lovgivning. Eksempelvis forskriften om utførelse av arbeid i kapittel 7 der det finnes reguleringer for å forhindre forplantningsskader.¹⁰⁴ Risikoen ved å inkorporere EU-direktiv i norsk rett er at rettigheter og plikter til borgere kan overses i lovgivningsprosessen.

Det er medlemsstatenes ansvar å sikre gravide arbeidstakere retten til å ikke jobbe nattarbeid, jf. svangerskapsdirektivet art. 7 nr. 1. Av EFTA-domstolens praksis, fremgår det at ved implementeringen av direktiver må rettighetene være tilstrekkelig presise og klare slik at borgere er helt klare over rettighetene deres.¹⁰⁵ På den ene siden gir norsk lovgivning en viss grad beskyttet gravide arbeidstakere gjennom arbeidsmiljøloven § 10-2 andre ledd, men ikke fullt ut. På den andre siden kan det være vanskelig for en alminnelig borger å vite at gravide har en særskilt rett til å ikke utføre nattarbeid dersom visse vilkår er oppfylt. For det første stiller norsk lovgivning strengere krav til fritak fra nattarbeid enn svangerskapsdirektivet gjør. For det andre er ikke rettigheten til fritak fra nattarbeid fremhevet i tilstrekkelig grad, og den virker ukjent i praksis. Det kan derfor stilles spørsmål til om Norge har sikret gravidens rett til fritak fra nattarbeid i tilstrekkelig grad.

5.3 Tilrettelegging ved fare for forplantningsskade

Etter forskrift om utførelse av arbeid plikter arbeidsgiver å vurdere og eventuelt iverksette tiltak for å forebygge forplantningsskader, jf. forskriftens § 7-1. En forplantningsskade er som tidligere nevnt en skade på en persons egenskap til å få barn eller skader som barnet påføres gjennom sin mor under svangerskap eller amming.

Det fremgår ikke noe konkret i forskrift om utførelse av arbeid hva som kan tale for at det foreligger en risiko for forplantningsskade. I arbeidstilsynets kommentar til forskrift om utførelse av arbeid foreligger det en rekke eksempel på hva som kan føre til forplantningsskader.¹⁰⁶ Her viser de til en rekke faktorer i det fysiske arbeidsmiljøet, som ekstreme temperaturer, vibrasjoner, arbeid under trykk, stråling, tunge løft og en rekke forskjellige virus. Videre viser arbeidstilsynet også til forskrift om tiltaks og grenseverdier vedlegg 1, og at de stoffene «merket med M og/eller R kan gi risiko for

¹⁰⁴ FOR-2011-12-06-1357 Forskrift om utførelse av arbeid.

¹⁰⁵ Sak E-15/12 Jan Anfinn Wahl mot Island, avsnitt 52.

¹⁰⁶ <https://www.arbeidstilsynet.no/regelverk/forskrifter/forskrift-om-utforelse-av-arbeid/2/7/7-1/> lest 01.12.2021

forplantningsskader». ¹⁰⁷ ¹⁰⁸ Oppgaven vil ikke gå noe nærmere inn på hvordan en skal vurdere om det foreligger risiko for forplantningsskade ettersom dette vil være en svært teknisk medisinsk vurdering. Det viktigste er at det kan foreligge risiko for forplantningsskade i helse- og omsorgstjenesten, i forskeryrker, i industrien og i en rekke andre yrker.

Arbeidstakere som er gravid eller ammer «må under ingen omstendighet settes til arbeid når risikovurderingen viser at arbeidet kan medføre risiko for forplantningsskade», jf. forskrift om utførelse av arbeid § 7-3 fjerde ledd. Dette innebærer at det vil være rettsstridig å sette en gravid arbeidstaker til arbeid dersom det foreligger en risiko for forplantningsskader. Ettersom arbeidsgiveren ikke har noe valg i disse sakene, vil ikke tilretteleggingen kunne bero på den gravides egen mening om tilretteleggingen. Dette finnes særegent når det gjelder fare for forplantningsskader sammenlignet med andre tilretteleggingstiltak. Fordi at arbeidsgiveren plikter å iverksette tiltak i disse situasjonene uavhengig av hva den gravide selv mener.

Videre er arbeidsgiveren ansvarlig for å omplassere gravide og ammende arbeidstakere «til annet arbeid dersom påvirkninger i arbeidsmiljøet kan gi risiko for forplantningsskade på barnet», jf. forskrift om utførelse av arbeid § 7-4 første ledd. Dette ansvaret sammenfaller mye med forskriftens § 7-3 fjerde ledd, at den gravide må tas bort fra miljøet som utgjør en risiko for forplantningsskader. Det som er positivt for den gravides tilknytning til arbeidslivet er at arbeidsgiveren «skal sørge for» å omplassere kvinnen, jf. forskriften § 7-4 første ledd.

Det spesielle som gjelder ved tilrettelegging for kvinner som er gravid eller ammer er at retten til medvirkning i disse tilfellene vil bli vesentlig tilsidesatt når det kommer til risiko for forplantningsskader. Eksempelvis vil en lege som ofte kommer i kontakt med virustyper som utgjør en risiko for forplantningsskade ikke ha lov til å jobbe lenger og må omplasseres til arbeidsoppgaver hun ikke ønsker å gjøre. Arbeidsgiveren må nekte den gravide å jobbe med de tingene som utgjør risikoen, ellers vil virksomheten foreta en rettstridig handling.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 10 første ledd åpner for lovlig forskjellsbehandling av gravide under visse vilkår. Denne bestemmelsen behandles nærmere i kapittel 8.

¹⁰⁷ <https://www.arbeidstilsynet.no/regelverk/forskrifter/forskrift-om-utforelse-av-arbeid/2/7/7-1/> lest 01.12.2021

¹⁰⁸ FOR-2011-12-06-1358, Forskrift om tiltaksverdier og grenseverdier for fysiske og kjemiske faktorer i arbeidsmiljøet samt smitterisikogrupper for biologiske faktorer (forskrift om tiltaks- og grenseverdier) se forskriftens vedlegg 1 for en komplett liste over hvilke stoffer dette kan gjelde.

6 Permisjonsregler, herunder rettigheter etter endt foreldrepermisjon

6.1 Den gravides økonomi under svangerskapet

Utgangspunktet er at enhver må forsørge seg selv i arbeidsdyktig alder. På grunn av hensynet til reell likestilling nyter gravide noen videre rettigheter enn andre arbeidstakere i relasjon til graviditeten. Graviditeten kan være en belastning i arbeidslivet og folketrygdloven kapittel 14 har som formål «å sikre inntekt for foreldre i forbindelse med svangerskap, fødsel og adopsjon».¹⁰⁹ De nærmere vilkårene til å ha rett på økonomiske ytelser etter folketrygdloven vil ikke redegjøres for, men de vil nevnes. Dette begrunnes med at avhandlingens siktemål er forholdet mellom den gravide og arbeidsgiveren, ikke den gravide og staten.

Svangerskapspengene er pengeytelse den gravide får fra staten i de tilfeller der vilkårene i folketrygdloven § 14-4 er oppfylt. For å ha krav på svangerskapspenge må den gravide etter «bestemmelser i lov eller forskrift» bli pålagt å slutte i arbeidet, og arbeidsgiveren har heller ikke muligheten til å «omplassere henne til annet høvelig arbeid», jf. ftrl. § 14-4 første ledd. Vilåret om omplassering eller tilrettelegging for at den gravide ikke må slutte i arbeidet vil bli behandlet senere.

Foreldrepenger er en pengeytelse den gravide kan få 12 uker før fødselen (og etter fødselen), jf. ftrl. § 14-10 første ledd og § 14-9. Dette innebærer at den gravide har rett til å ikke jobbe og fortsatt ha en økonomisk trygghet. Vilårene for trygdeytelser under graviditeten vil som nevnt ikke bli behandlet i det videre.

6.2 Svangerskapskontroll

Retten til permisjon ved svangerskapskontroll ble innført i 1994.¹¹⁰ Lovendringen ble foretatt «som følge av tilpasning» til EUs svangerskapsdirektiv 92/85/EØF.¹¹¹ Dette betyr at permisjon ved svangerskapskontroll er en rettighet fra EU-lovgivningen som er gjennomført i norsk rett.

¹⁰⁹ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (ftrl.) § 14-1.

¹¹⁰ Lov 24. juni 1994 nr. 41 om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen. Med denne loven ble den gamle arbeidsmiljøloven § 31 endret og permisjon ved svangerskapskontroll ble en rettighet.

¹¹¹ Ot.prp.nr. 78 (1993–1994) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen på side 6.

Svangerskapskontroller utføres for å kartlegge og eventuelt forebygge skade hos mor eller fosteret.¹¹² Disse kontrollene utføres vanligvis åtte ganger under svangerskapet, og det antas at svangerskapskontroller er av betydning for å redusere fosterskade og fosterdød.¹¹³ Det kan med dette sies at svangerskapskontroller svært viktig i både et helsemessig og et likestillingsmessig perspektiv.

Gravide arbeidstakere har «rett til fri» fra jobb «med lønn i forbindelse med svangerskapskontroll», jf. aml. § 12-1. Gravide har med dette rett til å dra fra jobb for å foreta svangerskapskontroll uten å bli trukket i lønn for dette. Ordlyden «lønn» betyr at kvinnen har rett på lønn fra arbeidsgiver. Det kan tenkes at noen kvinner ville unngått å foreta en svangerskapskontroll til fordel for lønn dersom de ikke hadde en rett på lønnet permisjon. Rettigheten anses derfor for å være praktisk viktig i arbeidslivet.

Denne rettigheten gjelder bare dersom kontrollen «ikke med rimelighet kan finne sted utenfor arbeidstiden». Det må på generelt grunnlag kunne legges til grunn at legekantor og andre institusjoner som kan utføre en helsekontroll kun er åpen på dagtid, og derfor må undersøkelsen foretas i «vanlig» arbeidstid.

I forarbeidene til skipsarbeidsloven § 7-1 som innehar samme ordlyd som arbeidsmiljøloven § 12-1. Av forarbeidene fremgår det at dersom arbeidstakeren «jevnlige har fri på dagtid i ukedager» kan arbeidsgiver forvente at den gravide foretar svangerskapskontrollen på en fridag.¹¹⁴ Forarbeidene til skipsarbeidsloven som speiler bestemmelser i arbeidsmiljøloven kan tillegges vekt ved vurderinger etter arbeidsmiljøloven. Dette gjorde Høyesterett i HR-2018-1189-A. Dersom den gravide jobber turnus eller en annen skiftordning som gjør at hun har fri på dagtid, har hun ikke rett til å få lønnet permisjon for å foreta svangerskapskontroll en dag hun jobber på dagtid. Dette er fordi arbeidsgiveren kan forvente at kvinnen foretar undersøkelsen på en fridag.

Skipsarbeidsloven oppstiller et ytterligere vilkår enn arbeidsmiljøloven. Dette er at fraværet til svangerskapskontrollen «skal arrangeres slik at det ikke er til vesentlig ulempe for skipets drift», skipsarbeidsloven § 7-2 andre punktum. Ettersom et skip som oftest er ute på havet kan det være vanskelig for en gravid kvinne å dra på et legekantor. Skip har som oftest ruter og

¹¹² <https://nhi.no/familie/graviditet/svangerskap-og-fodselse/livsstil/svangerskap-gode-rad/kontrollprogrammet-i-svangerskap/> lest 17.11.2021

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ NOU 2012:18 på side 184.

planer de må følge. Dermed vil det nok kunne være en «vesentlig ulempe» dersom skipet må vente en dag i havn for at arbeidstakeren skal på en helsekontroll. I forarbeidene til skipsarbeidsloven fremgår det at arbeidstakeren «som skal på en lengre fart» bør foreta svangerskapskontrollen i forkant. Videre fremgår det at arbeidsgiveren ikke plikter å betale lønn for seilingsdager som blir kansellert «som følge av at kontrolltidspunktet kommer på et tidspunkt den gravide ellers skulle vært om bord».¹¹⁵ Dette innebærer at dersom den gravide skal foreta en svangerskapskontroll og dette fører til at hun ikke kan dra om bord på skipet, vil hun ikke få betalt for den perioden hun mister. På den ene siden kan det virke urimelig overfor den gravide dersom hun mister en større del av lønnen sin for å dra på svangerskapskontroll. Derimot kan det på den andre siden synes at lovgiver har prøvd å avverge at gravide misbruker retten til lønnet permisjon for svangerskapskontroll ved at de avtaler kontrollen i det skipet forlater havnen.

6.3 Svangerskapspermisjon

En gravid arbeidstaker har rett til å ta ut «inntil 12 uker» permisjon under svangerskapet, jf. aml. § 12-2. Ordlyden «inntil» betyr at den gravide ikke må ta tolv uker permisjon, men har muligheten til det. Det fremgår ikke av loven når disse tolv ukene på tas ut. Hensikten bak svangerskapspermisjonen er mors behov for restitusjon og kontakt med barnet etter fødselen.¹¹⁶ Selv om dette kommer frem av forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven så fremgår det av forarbeidene til den någjeldende arbeidsmiljøloven at aml. § 12-2 er en videreføring av tidligere arbeidsmiljølovens § 31. De tidligere gitte forarbeidene er derfor relevant.

6.4 Fødselspermisjon

Fødselspermisjon er en av permisjonstypene som står i en særstilling, hovedregelen er at arbeidstakeren «skal» ta ut permisjon de seks første ukene etter fødselen, jf. aml. § 12-4. I forarbeidene beskrives fødselspermisjon som «kvinnens plikt», og det kan derfor sies at kvinnen nærmest tvinges til å ikke jobbe etter fødselen.¹¹⁷ I litteraturen blir det uttalt at plikten til å ta ut permisjon er et arbeidsforbud.¹¹⁸ Fødselspermisjonen er således streng, men

¹¹⁵ Prop.115 L (2012–2013) på side 212.

¹¹⁶ Ot.prp.nr.3 (1975–1976) på side 72.

¹¹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004–2005) på side 323.

¹¹⁸ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Gyldendal 2. utgave, 4 opplag 2020.

for de aller fleste vil fødselen være en påkjenning, slik at permisjonsplikten er uproblematisk. Det kan dog tenkes at noen ønsker å komme tilbake til jobb så fort som mulig.

Unntaket fra plikten til å ta ut fødselspermisjon gjelder i de tilfeller der kvinnen kan «dokumentere med legeattest om at det er bedre for henne å komme i arbeid», jf. aml. § 12-4. I forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven til § 30 om obligatorisk 6-ukers permisjon ved fødsel er det nevnt tilfeller der det kan være bedre for mor å komme tidligere i arbeid.¹¹⁹ Dette er særlig tilfeller der moren ikke skal ha omsorg for barnet, eksemplene som blir gitt er adopsjon, fosterdød og kuvøse.¹²⁰ Videre sies det også at det gjelder tilfeller der det er bedre for mor å jobbe. Det fremgår ingen nærmere vilkår enn at kvinnen må vise til en legeattest for at permisjonsplikten skal bortfalle. Dersom omstendigheter i kvinnens liv gjør at det er bedre for kvinnens helse å jobbe enn å være i «tvungen» permisjon, bør hun ikke ha en permisjonsplikt. Det må nevnes at det kommer frem av forarbeidene at adgangen til å fravike fødselspermisjonen «så å si ikke er i bruk».¹²¹

6.5 Foreldrepermisjon

Foreldre har rett til å ta ut 12 måneder permisjon fra arbeidet, jf. aml. § 12-5. Dette er ikke en lønnet permisjon fra arbeidet. Likevel er foreldrene sikret økonomisk gjennom stønadene som kan kreves etter folketrygdloven kapittel 14 del II. I lovteksten er det «foreldrene» som har rett til permisjon, derfor vil også far ha rett på permisjon. Denne oppgaven tar for seg gravides rettigheter, derfor vil reglene om hvordan delingen av permisjonstiden mellom foreldrene falle utenfor oppgavens tema. Vanlig foreldrepermisjon synes ikke å være et omtvistet tema i praksis, så det anses tilstrekkelig å vite at rettigheten finnes samt at nasjonale velferdsgoder gjør at foreldrene er sikret økonomisk i permisjonstiden.

6.6 Delvis permisjon

Retten til delvis permisjon synes å være den permisjonsrettigheten det tvistes mest om i det praktiske liv. Permisjon etter reglene i aml. §§ 12-2, 12-4 og 12-5 «kan tas ut som delvis permisjon», jf. aml. § 12-6 første ledd. At en permisjon er «delvis» innebærer at arbeidstakeren for eksempel jobber 50 % og har permisjon 50 %, slik at man kan ivareta barnet og være i arbeidslivet i samme periode. I forarbeidene blir ordningen begrunnet med at

¹¹⁹ Ot.prp.nr. 3 (1975–1976) på side 74.

¹²⁰ Ot.prp.nr. 3 (1975–1976) på side 74.

¹²¹ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) på side 189.

arbeidstakere innehar et behov for fleksible løsninger, slik at de «holder kontakten med arbeidslivet».¹²² Videre er ordningen begrunnet med at en delvis permisjon vil lette arbeidstakerens overgang fra omsorg til arbeid.¹²³

I rapporten fra AFI blir det vist til at advokater ofte benytter seg av ordningen for å holde klientforhold gående, og at det går ut over advokatens inntjening i ettertid dersom advokaten velger å «melde seg helt ut» fra jobben på grunn av foreldrepermisjon.¹²⁴ Rapporten gir også uttrykk for at delvis permisjon sjeldent benyttes av lærere.¹²⁵ Det kan med dette tenkes at delvis permisjon brukes mer i yrker der prestasjon har en innvirkning på lønn.

Hovedregelen er at delvis permisjon skal innvilges etter «arbeidstakerens ønske», jf. aml. § 12-6 andre ledd andre punktum. Dersom arbeidsgiveren skal nekte en arbeidstaker å få delvis permisjon må permisjonen «medføre en vesentlig ulempe for virksomheten», jf. aml. § 12-6 andre ledd andre punktum. En nektelse av delvis permisjon innebærer at arbeidstakeren må ta ut full permisjon. Spørsmålet blir således hva som skal til for at arbeidsgiveren kan konstatere at en delvis permisjon er å anse som en «vesentlig ulempe», jf. aml. § 12-6 andre ledd.

Retten til delvis permisjon ble innført i den gamle arbeidsmiljøloven i 1994.¹²⁶ Ettersom retten til delvis permisjon er videreført, vil forarbeidene til den opphevede arbeidsmiljøloven være relevant. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 31 A (som er lik nåværende arbeidsmiljølov § 12-6) fremgår en rekke momenter som kan vektlegges i ulempevurderingen.

I ulempevurderingen kan det legges vekt på arbeidsgivers adgang til å omplassere personalet eller å skaffe en vikar som kan overta forelderens arbeid under permisjonsperioden.¹²⁷ Dette innebærer også at dersom bedriften er liten og innehar dårlig økonomi, kan det være vanskeligere og mer belastende å hyre en vikar. Det å ansette en vikar kan i derfor i visse tilfeller føre til en vesentlig ulempe for arbeidsgiveren. Et annet tilfelle som trekkes frem i forarbeidene er at en eventuell vikarstilling kan være umulig å ansette noen i på grunn av stillingens begrensede omfang. En delvis permisjon kan etter arbeidsmiljøloven § 12-6 sjette

¹²² Ot.prp.nr 49 (2004–2005) på side 190.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ AFI 2021 på side 44.

¹²⁵ AFI 2021 på side 46.

¹²⁶ Lov 06. november 1993 nr. 71 om endringer i lov av 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd, lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. og i visse andre lover.

¹²⁷ Ot.prp.nr. 107 (1992–1993) på side 16.

ledd tas ut innenfor en ramme på tre år. Det kan derfor være vanskelig å finne noen som vil jobbe i en lav stillingsprosent over så lang tid.

6.7 Ammefri

Kvinner «som ammer sitt barn kan kreve den fri hun trenger av den grunn trenger», jf. aml. § 12-8 første ledd. Bestemmelsen innebærer at kvinner har rett til fri fra arbeidet for å amme barnet sitt. Videre fremgår det av arbeidsmiljøloven § 12-8 første ledd at fritiden kan brukes to ganger daglig eller som «reduisert arbeidstid med inntil én time hver dag». En naturlig språklig forståelse av at fritiden kan tas ut «med inntil én time hver dag» er at kvinnen ikke har rett på mer enn en time ammefri daglig. Vilkåret for at noen skal ha rett på ammefri er at kvinnen ammer barnet sitt. Det er ikke slik at kvinnen må ta ut en time sammenhengende fri. I loven fremgår det at hun for eksempel kan ta ut fri to ganger daglig, jf. aml. § 12-8 første ledd andre punktum. Det at lovteksten gir et eksempel, betyr at kvinnen selv kan velge hvilken løsning hun vil ha. Det kan tenkes at kvinnen bor nært arbeidsstedet og vil ta ut tre ammapauser på 20 minutter. Dette må anses å være innenfor regelverket. Det foreligger ikke et vilkår om måneder eller år kvinnen har krav på ammefri. Det må derfor legges til grunn at kvinnen har krav på dette så lenge hun selv velger å amme barnet.

Det første leveåret til barnet har kvinnen rett på «lønn inntil én time på arbeidsdager med avtalt arbeidstid sju timer eller mer» dersom hun tar ut ammefri, jf. aml. § 12-8 andre ledd. Dette innebærer at kvinnen har rett på ammefri så lenge hun har behov for det, men rettigheten vil bli forringet etter barnets første leveår ettersom hun ikke lenger har krav på lønnet ammefri. Videre er det kun de arbeidstakerne som jobber i sju timer eller mer som har krav på lønnet ammefri. Dersom en jobber under sju timer har man bare krav på ammefri etter bestemmelsens første ledd, altså ulønnet ammefri.

I tvisteløsningsnemnda foreligger det fire avgjørelser de siste årene som behandler ammefri. Den ene avgjørelsen ble avvist grunnet nemndas kompetanse.¹²⁸ De tre andre sakene ble arbeidstakeren innvilget ammefri fordi det eneste vilkåret for å ha krav på ammefri er at kvinnen ammer.¹²⁹ Arbeidsgivere har derfor ikke noen grunnlag for å for å nekte arbeidstakeren å nytte seg av denne rettigheten.

¹²⁸ TLN-2009-91.

¹²⁹ TLN-2020-48, TLN-2017-47 og TLN-2012-52

I DIN-2020-399 var spørsmålet om det forelå et brudd på retten til ammefri. Saken dreide seg om en kvinne som skulle utføre sin obligatoriske tjeneste i den kommunale helse- og omsorgstjenesten som ledd i medisinstudiet. Kvinnen måtte utføre dette arbeidet i Kåfjord kommune, og kvinnen bodde i Tromsø. Tildeling av tjenestested ble vanligvis gjort ved loddtrekning, slik at alle medisinstudentene må regne med flytting i løpet av studietiden. På grunn av tjenestestedet i Kåfjord måtte kvinnen avslutte ammingen av barnet sitt før hun selv ønsket det. Barnets far i Tromsø måtte overta den daglige omsorgen for barnet mens kvinnen jobbet i Kåfjord. Nemnda kom til at det ikke forelå diskriminering fordi det er påregnelig for alle at medisinstudiet medfører midlertidig flytting under studieløpet.

Retten til ammefri er tilsynelatende svært god og skal gi kvinner fri fra arbeidet for å amme barnet sitt. I rapporten fra AFI fremkommer det noen funn som tilsier at ordningen med ammefri kanskje ikke er så god som den fremstår. I rapporten fremgår det at «flere» lærere fikk ammefri, men ingen reduksjon i arbeidsoppgavene sine.¹³⁰ Det fremgår også at advokater som har et såkalt faktureringskrav, og ikke fikk fritak fra dette kravet.¹³¹ Kvinnelige advokater og lærere har altså opplevd å få ammefri, men de måtte ta igjen arbeidet senere. I disse tilfellene blir retten til ammefri uten praktisk betydning ettersom arbeidstakeren ikke får fri, men heller en mer fleksibel arbeidstid.

6.8 Den gravides rettigheter relatert til foreldrepermisjon

Likestillings- og diskrimineringsloven § 33 verner foreldre som har vært ute i foreldrepermisjon mot å få en dårligere stilling enn de hadde før permisjonen. Dette vernet er viktig å belyse fordi hensynet til reell likestilling innebærer at foreldre ikke skal miste muligheter i arbeidslivet som følge av omsorgsoppgaver. Dersom endringen av arbeidsvilkår er begrunnet i andre forhold enn permisjonen vil endringen ikke være vernet av likestillings- og diskrimineringsloven § 33 andre ledd. I det videre vil det vises at foreldre i foreldrepermisjon nyter et svakere vern enn fysisk gravide kvinner gjør.

I rapporten fra AFI fremgår det at 8,2 % av kvinner opplever å komme tilbake til uønskede endringer i arbeidsoppgaver etter permisjon, mens bare 2,5 % av menn opplever det samme.¹³² Likestillings- og diskrimineringsloven § 33 er sammenfallende med

¹³⁰ AFI 2021 på side 51.

¹³¹ Ibid.

¹³² AFI 2021 på side 36–37.

likestillingsdirektivet artikkel 16, direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006, er inkorporert i norsk rett.¹³³ Med dette må EU-domstolens praksis tillegges vekt ved avklaring av spørsmål som omhandler likestillings- og diskrimineringsloven § 33.

6.8.1 De generelle vilkårene for å forskjellsbehandle etter likestillings- og diskrimineringsloven

Det kan på visse vilkår gjøres unntak fra det særskilte vernet i § 33. Lovens § 9 første ledd regulerer adgangen til lovlig forskjellsbehandling. Det foreligger ikke diskriminering dersom forskjellsbehandlingen har «et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles», jf. ldl. § 9 første ledd litra a–c. Det er med dette lov å forskjellsbehandle de som kommer tilbake fra foreldrepermisjon, dersom visse vilkår er til stede.

Det første vilkåret er at forskjellsbehandlingen innehar «et saklig formål». I forarbeidene fremgår det at tiltaket må verne en «beskyttelsesverdig interesse».¹³⁴ Ordlyden beskyttelsesverdig favner vidt, og dette tilsier at en rekke interesser kan falle innenfor bestemmelsen. I arbeidslivet er det særlig hensynet til klienter, tidsfrister eller økonomiske interesser som er beskyttelsesverdige interesser.

Det andre vilkåret er at forskjellsbehandlingen må være «nødvendig». Dette tilsier at arbeidsgiveren må forskjellsbehandle og ikke har andre alternativ. I forarbeidene fremgår det at dersom arbeidsgiveren kan foreta et ikke-diskriminerende handlingsalternativ vil dette «være et sterkt argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig».¹³⁵ Videre vil nødvendighetskravet tale for at forskjellsbehandlingen er lovlig dersom alternativet er «uforholdsmessig ressurskrevende». For at nødvendighetsvilkåret skal være oppfylt kan det ikke finnes rimelige alternativer som ikke forskjellsbehandler. Dersom alternativet som ikke forskjellsbehandler ikke er ressurskrevende vil dette tale for at det foreligger diskriminering.

Det siste vilkåret er at forskjellsbehandlingen ikke er «uforholdsmessig inngripende» for den som forskjellsbehandles, jf. § 9 første ledd litra c. En naturlig språklig forståelse av «uforholdsmessig» tilsier at formålet ikke står i et rimelig forhold til inngrepet. Det fremgår

¹³³ Prop.81 L (2016–2017) på side 46.

¹³⁴ Prop.81 L (2016–2017) på side 315.

¹³⁵ Prop. 81 L (2016–2017) på side 315.

av forarbeidene at det må tas en «avveining mellom mål og middel». Videre slås det fast at konsekvensene for den som rammes står sentralt i vurderingen.¹³⁶

Når det gjelder foreldrepermisjon vil permisjonens lengde ha noe å si når det gjelder adgangen til å forskjellsbehandle. Det er en større adgang til å forskjellsbehandle noen som skal ta en lang permisjon, og mindre adgang dersom det er tale om en kortere permisjon.¹³⁷

Når det kommer til lovlig forskjellsbehandling etter ldl. § 9 første ledd vil likestillingshensynet ha stor betydning. Det fremgår av forarbeidene til den tidligere likestillingsloven at «det skal mye til for at likestillingshensynet skal vike for andre interesser».¹³⁸

For å lovlig forskjellsbehandle noen kreves det for det første at et saklig formål som er egnet til å ivareta en beskyttelsesverdig interesse. For det andre kreves det at forskjellsbehandlingen er nødvendig. Dette innebærer at alternativer som ikke forskjellsbehandlet er uforholdsmessig ressurskrevende. Til slutt må forskjellsbehandlingens formål vurderes opp mot konsekvensen for den som har blitt forskjellsbehandlet. Her vil hensynet til reell likestilling være tungtveiende.

6.8.2 Retten til å vende tilbake til «samme eller tilsvarende stilling»

Når en kvinne kommer tilbake fra foreldrepermisjon har hun rett til å tre inn i «samme, eventuelt tilsvarende stilling» som hun hadde før permisjonen, jf. ldl. § 33, første ledd litra a. Det lovtekniske grepet som er tatt ved at «samme» står først i loven tilsier at hovedregelen er at den som har vært i foreldrepermisjon skal tiltre i samme stilling som hun hadde før. En «tilsvarende stilling» blir således et subsidiært alternativ.

En naturlig språklig forståelse av en «tilsvarende stilling» er at stillingen innehar lik lønn, likt ansvarsomfang og like store faglige utfordringer som den tidligere stillingen. Forarbeidene gir eksempler på at det kan være et prosjektarbeid som krever fremgang hensyn til kontinuitet i kundebehandling. Dette kan tale for at forelderen ikke skal tiltre i samme stilling som tidligere.¹³⁹ Videre fremgår det av forarbeidene at «[v]ilkårene skal ikke være mindre

¹³⁶ Prop. 81 L (2016–2017) på side 315.

¹³⁷ Prop.81 L (2016–2017) på side 333.

¹³⁸ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) på side 112.

¹³⁹ Prop.81 L (2016–2017) på side 333.

gunstige» enn de var før permisjonen.¹⁴⁰ Med dette har kvinnen som hovedregel rett til å komme tilbake til samme og subsidiært tilsvarende arbeid etter endt permisjon.

Ved større endringer i arbeidsforholdet må arbeidsgiveren vise til tungtveiende grunner for at det skal være lovlig. I motsatt retning vil mindre endringer føre til at arbeidsgiverens begrunnelse kan være mindre tungtveiende.¹⁴¹

LDN-2006-22 er en sak der arbeidsgiveren rettstridig hadde endret arbeidsoppgavene til en kvinne når hun kom tilbake fra foreldrepermisjon. Kvinnen var ansatt som «medarbeider i regnskapsavdelingen, samt resepsjons- og sentralbordtjeneste». Kvinnen ble fratatt regnskapsdelen av jobben da hun kom tilbake fra permisjon. Spørsmålet nemnda behandlet var om arbeidsgiveren hadde «tungtveiende nok saklige grunner for å endre arbeidsoppgavene» til kvinnen mens hun var i permisjon. Nemnda pekte videre på at forarbeidene tilsier at likestillingshensynet skal tillegges stor vekt når det gjelder avveiningen etter daværende likestillingsloven § 3.¹⁴² Den daværende likestillingsloven § 3 tilsvarer den gjeldende likestillingsloven § 33 sett i sammenheng med § 9. Arbeidsgiveren i saken mente at dersom kvinnen skulle fortsette med sine tidligere arbeidsoppgaver ville dette medføre strukturelle endringer i selskapet. Derfor mente arbeidsgiveren at det var nødvendig å endre kvinnens arbeidsoppgaver. Nemnda kom til at det rammet kvinnen uforholdsmessig hardt ettersom hun mistet viktige oppgaver og en sjanse til utvikling uten at arbeidsgiveren kunne begrunne dette noe særlig. Nemnda kom derfor til at arbeidsgiveren hadde foretatt en rettstridig endring i arbeidsoppgavene til kvinnen. I saken pekte arbeidsgiveren på at alternativet, at kvinnen skulle fortsette som før, krevde strukturelle endringer i selskapet. Dette er tungtveiende grunner for å endre noens arbeidsoppgaver, men nemnda kom til at det ikke var tilstrekkelig for lovlig forskjellsbehandlingen.

Videre foreligger det også praksis på at å komme tilbake til «samme eller tilsvarende stilling», jf. ldl. § 33 kan fravikes ved avtale. LDN-2015-1 illustrerer et eksempel på at vernet kan tilsidesettes ved avtale. Saken dreide seg om at en kvinne avtalte med arbeidsgiveren å bytte avdeling når hun var ferdig i permisjon. Dette vil i utgangspunktet stride med likestillings- og diskrimineringsloven § 33, ettersom hun ikke tiltrer i «samme stilling» etter endt permisjon. Nemnda kom til at dette var et arbeidsrettslig spørsmål, men at det ikke var i strid mot

¹⁴⁰ Prop.81 L (2016–2017) på side 333.

¹⁴¹ Prop.81 L (2016–2017) på side 333.

¹⁴² Se Ot.prp.nr.77 (2000–2001) s. 112

diskrimineringsvernet. Selv om det foreligger en rett til å tiltre i «samme eller tilsvarende stilling», jf. ldl. § 33 første ledd. Kan det avtales andre løsninger enn det loven åpner gir rett til.

6.8.3 Arbeidstakeren har rett til å nyte godt av forbedringer i arbeidsvilkår

Arbeidstakere som har vært ute i permisjon skal «nyte godt av forbedringer av arbeidsvilkårene som arbeidstakeren ellers ville vært berettiget til under fraværet», jf. ldl. § 33 første ledd litra b. Det mest praktiske eksempelet er ansiennitet. Det er vanlig at arbeidstakere får høyere lønn beregnet etter hvor lenge de har vært i arbeid. I sak C-284-02 kom EU-domstolen til at tiden en mor bruker i foreldrepermisjon må medregnes i ansiennitetsberegningen.¹⁴³ Denne avgjørelsen ble avgjort på bakgrunn av direktiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 som ikke lenger er gjeldende rett. Dette direktivet tilsvarer likestillingsdirektivet fra 2006, og avgjørelsen er derfor relevant.

6.8.4 Arbeidstakerens rett til å fremme lønnskrav under permisjon

Arbeidstakere som er i foreldrepermisjon har en rett til å «fremme lønnskrav og bli vurdert i lønnsforhandlinger» på lik linje med andre arbeidstakere i virksomheten, jf. ldl. § 33 første ledd litra c. Denne rettigheten innebærer for det første at fraværet som er begrunnet i foreldrepermisjonen ikke kan være til ugunst for arbeidstakeren ved lønnsforhandlinger.¹⁴⁴ For det andre medfører bestemmelsen at arbeidsgiveren har et ansvar for å påse at arbeidstakere som har vært i permisjon «ikke sakter urimelig mye akterut i lønnsutviklingen».¹⁴⁵ Arbeidstakere som tar ut foreldrepermisjon har med dette et vern mot at lønnsutviklingen deres ikke stagnerer som følge av permisjonen.

6.8.5 Andre typetilfeller relatert til foreldrepermisjon

I LDN-2016-19-1 var det et spørsmål om kompetanseheving ved tilbakekomst fra foreldrepermisjon. Arbeidsgiveren hadde anført at kompetansehevende tiltak i form av kurs krevde tilstedeværelse på arbeidsplassen. Nemnda var enig i dette og kom til at de ansatte i virksomheten tok kursene på frivillig basis forutsatt at de var til stede på arbeidsplassen. Det kan med dette legges til grunn at å gå glipp av kompetanseheving fordi man ikke er til stede er lovlig.

¹⁴³ Sak C-284-02 avsnitt 58.

¹⁴⁴ Prop.81 L (2016–2017) på side 287 og Prop.126 L (2011–2012) på side 26.

¹⁴⁵ Prop.81 L (2016–2017) på side 287 og Prop.126 L (2011–2012) på side 26.

Et annet typetilfelle er en advokats salær ved foreldrepermisjon. Høyesterett behandlet dette i Rt. 2010 s. 1192, men tok ikke direkte stilling til den daværende likestillingsloven.

Avgjørelsen er likevel relevant når det kommer til diskriminering i relasjon til foreldrepermisjon. Saken omhandlet avkorting i salæret til en advokat fordi klienten måtte foreta et advokatbytte under saksgangen da den første advokaten skulle ta ut foreldrepermisjon. Advokatbyttet førte til høyere advokatkostnader i saken. Høyesterett kom til at en praksis som gjør at advokater som tar ut foreldrepermisjon taper penger ikke er rimelig, jf. avsnitt 22. Videre bemerket Høyesterett at utgangspunktet er at det ikke kan kreves avkorting i salæret som følge av at den tidligere advokaten er i foreldrepermisjon.

Diskrimineringsnemnda kom til at Tilsynsrådet for advokatvirksomhet bedrev en graviditetsdiskriminerende praksis i LDN-2007-23. Et av vilkårene for å få advokatbevilling er at vedkommende jobber i to år i visse typer juridiske virksomheter, jf. domstolloven § 220. Tilsynsrådet ville ikke gi en kvinne advokatbevilling fordi hun hadde tatt ut to måneder foreldrepermisjon i løpet av den lovbestemte tiden. Videre sammenlignet Tilsynsrådet foreldrepermisjon med en alminnelig sykdom. Nemnda kom til at praksisen var diskriminerende fordi foreldrepermisjon bør gjelde som en del av de to årene fordi foreldrepermisjon har et særskilt vern i norsk rett. Denne regelen synes rimelig, men det kan være uheldig at noen får advokatbevilling uten å inneha tilstrekkelig god kunnskap om advokatyret. Det er på det rene at man går glipp av viktig lærdom som følge av å være i permisjon.

I Rt. 2009 s. 1389 var det et spørsmål om lagmannsretten kunne «tvinge» tiltalte til å bytte advokat. Dette var fordi advokaten skulle ta ut foreldrepermisjon og ankeforhandlingen måtte utsettes i tre måneder dersom tiltaltes ønskede advokat skulle ta saken. Høyesterett la vekt på tiltalens art ikke var alvorlig og det gjaldt en forseelse, noe som betydde at den konkrete advokaten ikke var avgjørende. Videre var tre måneder ut over det som normalt blir godkjent når det kommer til utsettelse av ankeforhandlinger. Det kan således se ut som at rettssystemet ikke venter på foreldre i foreldrepermisjon. På den andre siden la Høyesterett vekt på tiltalens art. Dersom tiltalen hadde dreid seg om et svært alvorlig lovbrudd der advokatvalget er av stor betydning for den tiltalte, kan det hende at en utsettelse ikke ville vært saklig, nødvendig og forholdsmessig. Det kan videre tenkes at vernet relatert til foreldrepermisjon ikke strekker seg så langt at rettssystemet settes på pause på grunn av foreldrepermisjon. Dette synes rimelig ettersom det ofte er tale om mennesker som avventer avgjørelser som kan ha stor

innvirkning i deres private rettssfære. Det kan derfor synes urimelig å må vente fordi motpartens advokat skal i foreldrepermisjon.

7 Gravides vern ved opphør av arbeidsforhold, herunder gjennom manglende forlengelse av midlertidig arbeidsforhold

7.1 Gravides oppsigelsesvern

I arbeidsmiljølovens system ligger det til grunn et saklighetskrav. Når det gjelder oppsigelsesreglene foreligger det et vern mot å bli oppsagt uten at det foreligger saklig grunnlag. For at en arbeidsgiver skal gi en lovlig oppsigelse må den være «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold», jf. aml. § 15-7 første ledd.

Terskelen for å anse en oppsigelse som saklig er høy.¹⁴⁶ Dette er fordi arbeidstakere i Norge nyter et sterkt vern mot usaklig behandling i arbeidslivet. Saklighetskravet innebærer at oppsigelsen må være begrunnet i konkrete forhold. Videre har Høyesterett uttalt at arbeidsmiljøloven § 15-9 gir «anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser». Dersom det blir tatt utenforliggende hensyn ved en oppsigelse kan denne bli ansett som rettsstridig og arbeidsgiveren kan bli erstatningsansvarlig etter arbeidsmiljøloven § 15-12. I det videre blir graviditet som usaklig grunnlag for oppsigelse behandlet.

Oppsigelsessaker etter arbeidsmiljøloven skiller seg fra en del av de andre sakstypene som er behandlet i oppgaven. På grunn av arbeidsmiljølovens prosessregler kan ikke oppsigelsessaker tas til en nemnd. Sakene må behandles av de ordinære domstolene, jf. aml. § 17-4 første ledd.

I de tilfeller en oppsigelse anses usaklig og således er rettsstridig vil arbeidstakeren normalt ha rett på en form for reparasjon som vanligvis er erstatning.¹⁴⁷ Høyesterett har nevnt i en avgjørelse som omhandlet oppsigelse at «erstatningssanksjonen er et viktig element i et effektivt oppsigelsesvern».¹⁴⁸ Et potensielt erstatningskrav blir derfor et incentiv for at arbeidsgivere skal opptre redelig og saklig i oppsigelsesprosesser.

¹⁴⁶ Rt. 2011 s. 1674 avsnitt 35 og Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52.

¹⁴⁷ Det finnes også regler om gjeninntreden i stillingen, men disse blir ikke redegjort for i det videre.

¹⁴⁸ Rt. 2005 s. 518 avsnitt 70.

I rapportene som er vist til tidligere kommer det frem i undersøkelsen fra 2015 at 3 % opplevde å bli sagt opp fordi at arbeidstakeren ventet barn.¹⁴⁹ I undersøkelsen fra 2021 fremkommer det at 1,6 % har opplevd å ha blitt sagt opp fordi de ventet barn.¹⁵⁰ Det kan således synes som at færre blir diskriminert i form av oppsigelse på grunn av graviditet i dag enn for bare noen få år siden.

Dersom en gravid arbeidstaker blir oppsagt på grunn av graviditeten vil dette bli ansett som en usaklig oppsigelse. Det er imidlertid adgang til å si opp enn gravid kvinne hvis dette skyldes andre forhold enn graviditeten. Hensynet som ligger til grunn for gravides oppsigelsesvern er reell likestilling. Et av arbeidsmiljølovens formål er som tidligere nevnt å ivareta hensynet til reell likestilling.

Dersom arbeidstakere blir oppsagt mens de er i permisjon etter aml §§ 12-2 til 12-5 skal oppsigelsen forlenges med den tiden permisjonen varer, jf. aml. § 15-9 andre ledd. Videre vil det særskilte vernet som følger av aml. § 15-9 første ledd bare gjelde for gravide og den som er i permisjon etter aml. § 12-5 andre ledd eller § 12-6, jf. aml. § 15-9 tredje ledd. Foreldre i visse typer permisjon nyter således et svakere vern enn fysisk gravide kvinner.

Kvinner nyter et oppsigelsesvern «ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon», jf. tittelen på aml. § 15-9. Oppsigelse «som finner sted i denne perioden, skal anses å ha sin grunn i dette forhold dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig», jf. aml. § 15-9 første ledd andre punktum. I tilfeller hvor en gravid arbeidstaker blir sagt opp, snus med andre ord bevisbyrden. Det er med dette *arbeidsgiveren* som må bevise med klar sannsynlighetsovervekt at oppsigelsen gjelder andre forhold enn graviditeten. Dette innebærer at bevisbyrden snus over på arbeidsgiveren.

En naturlig språklig forståelse av «overveiende sannsynlig» etter aml. § 15-9 er at arbeidsgiveren må bevise med mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt at oppsigelsen er begrunnet i andre forhold enn graviditeten. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven er taus om gravides oppsigelsesvern. Det fremgår bare at denne bestemmelsen viderefører den tilsvarende bestemmelsen i den gamle arbeidsmiljøloven (1977). Det fremgår av forarbeidene til den gamle loven at dersom en gravid arbeidstaker blir oppsagt på andre grunnlag, må de

¹⁴⁹ TNS 2015 på side 39.

¹⁵⁰ AFI 2021 på side 38.

andre grunnlagene «gjøres overveiende sannsynlig».¹⁵¹ Videre fremgår det at det «stilles store krav til arbeidsgiverens beviser».¹⁵² Høyesterett har i HR-2018-1189-A uttalt at med «overveiende sannsynlig» menes det at det må være tale om «klar sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen av en gravid arbeidstaker skal anses saklig».¹⁵³ Arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern for gravide gir således bedre bevisregler for den gravide enn likestillings- og diskrimineringslovens krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt.

I HR-2018-1189-A ble gravidens oppsigelsesvern behandlet. Avgjørelsen dreide seg om en gravid arbeidstaker som hadde fått en oppsigelse som var begrunnet i nedbemanningsbehov. Oppsigelsen ville være ugyldig dersom det ikke var overveiende sannsynlig at den skyldes nedbemanningsbehovet. I saken viste arbeidsgiveren til at kvinnens avdeling hadde svak inntjening og at det derfor var behov for å legge ned denne avdelingen. Arbeidsgiveren hadde ikke tatt hensyn til at tallene var dårlig fordi kvinnen var 40 % sykemeldt grunnet graviditeten. Høyesterett kom til at arbeidsgiveren ikke hadde «oppfylt de krav arbeidsmiljøloven § 15-9 setter til bevis for at oppsigelsen skyldes andre forhold enn graviditeten».¹⁵⁴

Videre fremgår det av HR-2018-1189-A at «samtidig dokumentasjon – også kalt tidsnære bevis» er særlig viktig i bevisbedømmelsen.¹⁵⁵ Tidsnære bevis er de bevisene som er nær i tid til den omtvistede hendelsen. I denne saken var det dokumentasjonen rundt oppsigelsestidspunktet, og ikke de senere bevisene, som ble tillagt mest vekt. Begrunnelsen for at de tidsnære bevisene kan tillegges mest vekt er fordi senere bevis kan være «farvet av den konflikt og de interesser som foreligger».¹⁵⁶

I avgjørelsen begrunner Høyesterett bevisregelen med at det er arbeidsgiver som styrer oppsigelsesprosessen, og at denne derfor skal kunne begrunne oppsigelsen i et annet forhold enn graviditeten.¹⁵⁷ Det er derfor ikke urimelig at arbeidsgivere får bevisbyrden og at det stilles strenge krav til bevisene ettersom de kontrollerer hele oppsigelsesprosessen. Videre begrunner Høyesterett gravidens oppsigelsesvern med et sitat fra forarbeidene til

¹⁵¹ Ot.prp.nr.41 (1975–1976) side 77.

¹⁵² Ot.prp.nr.41 (1975–1976) side 77.

¹⁵³ HR-2018-1189-A i avsnitt 54.

¹⁵⁴ HR-2018-1189-A avsnitt 83.

¹⁵⁵ HR-2018-1189-A avsnitt 57.

¹⁵⁶ Rt. 1998 s. 1565 på side 1573.

¹⁵⁷ HR-2018-1189-A avsnitt 54.

skipsarbeidsloven¹⁵⁸. Der fremgår det at gravide arbeidstaker må «skånes fra å måtte sette i gang en belastende prosess for å beholde arbeidet».¹⁵⁹ Grunnen til at Høyesterett kan tillegge forarbeidene til en annen lov vekt i saken er at skipsarbeidsloven § 5-8 første ledd og arbeidsmiljøloven § 15-9 første ledd har identisk ordlyd. Begge lovtekstene sikter således på å regulere gravides oppsigelsesvern.

I LB-2018-159246 var det et spørsmål om arbeidsgiveren kunne sannsynliggjøre at oppsigelsen var begrunnet i andre forhold enn graviditet. Saken dreide seg om en gravid kvinne som Borgarting lagmannsrett kom til at det var klar sannsynlighetsovervekt for at hadde mangelfulle arbeidsprestasjoner og var lite samarbeidsvillig. Lagmannsretten vurderte det slik at arbeidsgiveren hadde oppfylt bevisbyrden. Arbeidsgiveren kunne dokumentere med klar sannsynlighetsovervekt at oppsigelsen skyldtes de manglende arbeidsprestasjoner ved at de hadde tilbydd opplæring flere ganger, samt invitert til en rekke møter for at arbeidstakeren skulle beholde jobben. Videre kunne arbeidsgiveren vise til to skriftlige varsler som ble gitt på grunn av kvinnens respektløse opptreden ovenfor andre. I denne saken kunne arbeidsgiveren vise til tidsnære bevis som sa noe om hvordan situasjonen var før oppsigelsessaken startet. Lagmannsretten kom til at det kunne bevises med klar sannsynlighetsovervekt at oppsigelsen ikke var grunnet i graviditeten.

I LB-2015-108437 ble en gravid arbeidstaker oppsagt på saklig grunnlag.¹⁶⁰ En gravid parkeringsbetjent ble tatt for å ha benyttet en såkalt «testkontrollavgiftslapp» for å unngå parkeringsbøter. Dette er en lapp som ligner på en parkeringsbot, og hun benyttet denne for å parkere gratis og unngå parkeringsbøter. Arbeidsgiveren mener kvinnen hadde begått bedrageri og at dette var grunnlag for oppsigelse. Lagmannsrettens flertall kom til at arbeidsgiveren hadde sannsynliggjort at oppsigelsen var begrunnet i andre forhold enn graviditeten, og det forelå derfor ikke et brudd på gravides oppsigelsesvern i denne saken. Arbeidsgiveren hadde tidsnære bevis i form av omfattende dokumentasjon. Bevisene sannsynliggjorde med klar sannsynlighetsovervekt, at oppsigelsen av kvinnen ble foretatt av andre grunner enn graviditeten.

I de nevnte sakene som lagmannsrettene behandlet hadde arbeidsgiverne gode beviser som var tidsnære og beviste med klar sannsynlighetsovervekt at oppsigelsen var begrunnet i andre

¹⁵⁸ Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip.

¹⁵⁹ Prop.115 L (2012–2013) side 203.

¹⁶⁰ LB-2015-108437

forhold enn graviditeten. I saken fra Høyesterett forelå det for det første et bristende vurderingsgrunnlag for oppsigelsen. Dette fordi kvinnens avdeling hadde lav inntjening som følge av graviditetsrelatert permisjon. Ettersom hun ble oppsagt som følge av den lave inntjeningen pekte det i retning mot at oppsigelsen egentlig var grunnet i hennes graviditet. Dersom arbeidsgiver skal si opp en gravid kvinne på grunn av andre forhold, må arbeidsgiveren sørge for å ha orden på dokumentasjonen.

Det kan være byrdefullt for en arbeidsgiver å ha en gravid ansatt, og det kan derfor tenkes at arbeidsgivere pretenderer et saklig grunnlag for å slippe bryderiet og forpliktelsene en gravid arbeidstaker medfører for virksomheten. Det synes med dette hensiktsmessig at lovgiver har stilt store krav til arbeidsgivers bevis, ved oppsigelse av gravide arbeidstakere enn andre for å ivareta hensynet til reell likestilling.

7.2 Gravides rettigheter ved forlengelse av midlertidige arbeidsforhold

Forlengelse av midlertidige ansettelsesforhold er i en juridisk kontekst en ny ansettelse, og passer derfor ikke inn i et kapittel om opphør av ansettelsesforhold. Ettersom ansettelsesavtalen utløper, vil det derfor være tale om en ny ansettelsesavtale ved forlengelse av arbeidsforholdet. På den andre siden vil det i realiteten for de det gjelder føles som et opphør av et arbeidsforhold, og det kan være fordi de har en forventning om en forlengelse og at opphøret derfor føles ut som en type oppsigelse. Det synes derfor hensiktsmessig å behandle gravides rettigheter ved forlengelse av midlertidige arbeidsforhold i et kapittel om opphør av arbeidsforhold.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 10 stiller opp et absolutt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet ved ansettelser og oppsigelser. Slik forskjellsbehandling er «aldri tillatt», jf. ldl. § 10 tredje ledd. Et særtrekk ved likestillings- og diskrimineringsloven er at dette strekker seg lengre enn arbeidsmiljølovens vern, idet forlengelse av midlertidige stillinger også er beskyttet etter ldl. § 10 tredje ledd. Dette skiller seg fra arbeidsmiljølovens regler ettersom personer med midlertidige stillinger som hovedregel ikke har noen rett på å få forlenget stillingen. Arbeidsforholdet til midlertidige ansatte vil som hovedregel opphøre når den midlertidige ansettelsesperioden utløper, jf. aml. § 14-9 sjette ledd.

I tilfeller der gravide ikke får forlenget en midlertidig stilling, vil det kunne foreligge en diskrimineringspresumsjon slik at bevisbyrden faller på arbeidsgiveren. I LDN-2020-167 kom

diskrimineringsnemnda til at en arbeidstaker hadde blitt diskriminert fordi hun hadde fravær på grunn av graviditeten og av den grunn ikke fikk forlenget den midlertidige stillingen. I saken var diskrimineringspresumsjonen, altså forholdene som tilsa at arbeidstakeren hadde blitt diskriminert, at hun ikke fikk forlenget stillingen sin sammenholdt med graviditeten. Arbeidsgiver kunne på sin side ikke bevise at han ikke hadde forskjellsbehandlet klageren og diskrimineringsnemnda fant det sannsynlig at den gravide ville fått forlenget stillingen dersom hun ikke var gravid.

I DIN-2019-285 tok ikke diskrimineringsnemnda stilling til om det forelå en diskrimineringspresumsjon da en gravid kvinne ikke fikk forlenget en midlertidig stilling. Dette var fordi hun hadde fått sommerjobb på en butikk på grunn av ferieavvikling. Hun ble således ikke negativt forskjellsbehandlet på grunn av graviditet i forhold til det andre ville blitt i tilsvarende situasjon på grunn av graviditet, jf. ldl. § 7, jf. § 6.

LDN-2018-410 er en sak der en gravid kvinne fikk medhold i at hun hadde blitt diskriminert. Kvinnen hadde hatt svangerskapsrelatert fravær på grunn av legebeseøk, arbeidsgiveren ville ikke gi henne en ny midlertidig stilling fordi hun hadde mye sykefravær. Nemnda kom til at arbeidsgiveren visste at dette var svangerskapsrelatert fravær og derfor hadde diskriminert kvinnen.

En annen praktisk problemstilling er arbeidsplasser der det er normalt å få fornyet midlertidige stillinger. I disse situasjonene vil arbeidstakeren kanskje ha en forventning om at stillingen forlenges.¹⁶¹ I disse tilfellene vil det kunne påvises en diskrimineringspresumsjon dersom en gravid arbeidstaker ikke får forlenget den midlertidige stillingen, mens andre på arbeidsplassen får sin stilling forlenget. Det blir i disse tilfellene opp til arbeidsgiveren å bevise at han ikke har diskriminert arbeidstakeren fordi det da foreligger en diskrimineringspresumsjon på grunn av graviditeten, jf. ldl. § 37.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 10 gir i visse tilfeller gravide arbeidstakere et videre vern enn arbeidsmiljølovens § 15-9. Dette er fordi arbeidsmiljølovens stillingsvern ikke gjelder ved forlengelse av midlertidige stillinger. På den andre siden inneholder ikke

¹⁶¹ Fafo-rapport 2019:38 om håndheving av regler for midlertidige ansettelser og innleie. <https://www.fafo.no/zoo-publikasjoner/fafo-rapporter/item/handheving-av-regler-for-midlertidige-ansettelser-og-innleie> lest 20.11.2021. Rapporten gir uttrykk for at mellom 23 og 35 prosent av midlertidige arbeidstakere kan være ansatt i rettstridige midlertidige ansettelsesavtaler. Konsekvensene av ulovlig midlertidig ansettelser faller utenfor temaet og vil ikke bli behandlet.

likestillings- og diskrimineringsloven § 10 et vilkår om at arbeidsgiveren må bevise med «klar sannsynlighetsovervekt» at oppsigelsen ikke er begrunnet i graviditeten. I sakene om forlengelse av midlertidig stilling er beviskravet alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette kan være fordi lovgiver ikke mener en forlengelse av en midlertidig stilling er like beskyttelsesverdig som et opphør av en fast stilling. I forarbeidene fremkommer det at det absolutte forbudet mot diskriminering ved forlengelse av midlertidige stillinger er inntatt i lovteksten på grunn av «informasjonshensyn».¹⁶² Det er uansett er rettstridig å forskjellsbehandle gravide ved ansettelser, jf. ldl. § 10 tredje ledd første punktum. At forlengelse av midlertidige ansettelsesavtaler er inntatt i ldl. § 10 tredje ledd andre punktum betyr derfor at lovgiver har valgt å sette fokus på disse typetilfellene.

8 Lovlig negativ forskjellsbehandling av gravide i arbeidslivet

8.1 Forskjellsbehandling som er nødvendig

Forskjellsbehandling av gravide som «nødvendig for å beskytte kvinnen, fosteret eller barnet i forbindelse med graviditet, fødsel eller amming», jf. ldl. § 10 første ledd er ikke diskriminering. Det finnes sparsommelig med praksis om unntaket fra gravidens diskrimineringsvern, og av forarbeidene fremgår det at bestemmelsen skal tolkes i tråd med EU-direktivene 2006/54/EF og 92/85/EF samt praksis fra EU-domstolen.¹⁶³ Bestemmelsen tar sikte på at arbeidsgivere kan forskjellsbehandle gravide kvinner i tilfeller der det er nødvendig av sikkerhetsmessige grunner. Dersom det foreligger farlige stoffer som nevnt ovenfor og den gravide arbeidstakeren av en eller annen grunn nekter å bli omplassert, har arbeidsgiveren lov til å nekte henne å jobbe fordi det er «nødvendig for å beskytte kvinnen, fosteret eller barnet», jf. ldl. § 10 første ledd. Det foreligger derfor et nødvendighetsvilkår for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig. Hensynet bak en slik regel om lovlig forskjellsbehandling er å ivareta hensynet til kvinnen og barnets helse.

I forarbeidene gis det et eksempel om ekstremsport, og at arrangører kan nekte den gravide å delta dersom dette kan utgjøre en fare for kvinnen eller barnet.¹⁶⁴ Denne formen for negativ forskjellsbehandling må anses rimelig ettersom den sikter på å beskytte den eller de det gjelder.

¹⁶² Prop.81 L (2016–2017) på side 317.

¹⁶³ Prop.81 L (2016–2017) på side 317.

¹⁶⁴ Prop.81 L (2016–2017) på side 160.

Videre fremgår det av forarbeidene at «[i] arbeidsforhold må utgangspunktet være et krav om at forskjellsbehandling begrunnet i kvinnens, fosterets eller barnets behov for beskyttelse må ha hjemmel i lov, forskrift eller tariffavtale for å være lovlig».¹⁶⁵ Forarbeidene sier kun at dette er et «utgangspunkt», noe som vil si at arbeidsgivere også kan foreta en selvstendig vurdering, uten at dette vil være rettsstridig. Dersom spørsmålet hadde kommet opp i praksis vil det kunne tenkes at dersom det foreligger en hjemmel som peker i retning mot at kvinnen eller barnet har et særegent behov for beskyttelse, vil det tale for at det foreligger lovlig diskriminering.

På den andre siden kan det også tenkes at en arbeidsgiver nekter den gravide å foreta sitt vanlige arbeid fordi han selv vurderer det slik at det er «nødvendig» for å beskytte kvinnen på grunn av graviditet. Dette i tilfeller der det ikke foreligger en hjemmel i form av reguleringer eller tariffavtale. Videre må det legges til grunn at den gravide mister en fordel som følge av at arbeidsgiveren nekter henne å foreta sitt vanlige arbeid. Kanskje ville hun fått et såkalt smusstillegg.¹⁶⁶ I disse tilfellene vil det foreligge en diskrimineringspresumsjon ettersom hun går glipp av et gode som følge av at hun er gravid. I en vanlig diskrimineringssak ville det etter bevisregelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37 vært opp til arbeidsgiveren å bevise at han ikke har negativt forskjellsbehandlet kvinnen. I dette tilfellet er det på det rene at arbeidsgiveren har forskjellsbehandlet kvinnen negativt. Spørsmålet blir derfor om arbeidsgiveren kan bevise at det var nødvendig å forskjellsbehandle kvinnen på grunn av beskyttelseshensyn.

8.2 Forskjellsbehandling på grunn av «andre åpenbare grunner»

Det er lovlig å forskjellsbehandle i visse tilfeller på grunn av «graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon», jf. ldl. § 10. For det første er det lovlig å forskjellsbehandle på grunn av forhold som nevnt i forrige delkapittel. For det andre er det lovlig å forskjellsbehandle gravide «der det foreligger andre åpenbare grunner», jf. ldl. § 10 første ledd.

Innholdet i «andre åpenbare grunner» sier ikke noe om når det er lovlig å forskjellsbehandle eller hvilke situasjoner som åpner for forskjellsbehandling. I forarbeidene fremgår det at

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Et smusstillegg er et vanlig ulempetillegg, se for eksempel <https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/arbeidsgiver/a-meldingen/veiledning/lonn-og-ytelser/oversikt-over-lonn-og-andre-ytelser/smusstillegg/> lest 29.11.2021

denne åpningen for forskjellsbehandling er ment å være en «snever sikkerhetsventil i de mest åpenbare tilfellene».¹⁶⁷ Når det gjelder «andre åpenbare grunner» vil ikke forskjellsbehandling som er nødvendig for å beskytte «kvinnen, fosteret eller barnet» gjelde ettersom en annen regel i samme bestemmelse som tar sikte på å regulere disse typetilfellene.

Forarbeidene gir heller ikke noen gode svar på når denne snevre regelen kan anvendes i arbeidslivet. Et eksempel som gis i forarbeidene er dersom kursing eller praksis er nødvendig for at kvinnen skal jobbe, så kan det foreligge «åpenbare grunner» som gir grunnlag for forskjellsbehandling.¹⁶⁸ For eksempel kan det tenkes at kvinnen må gjennomgå et lovpålagt sikkerhetskurs for å fungere i et yrke, men blir avskåret fra dette på grunn av fødselen. I dette tilfellet vil det foreligge en åpenbar grunn til at kvinnen blir nektet å jobbe frem til hun får tatt kurset.

Det fremgår av både forarbeidene og LDN-2007-23 (som vist til i kapittel 6.8.5) at det ikke kan utelukkes at det foreligger «åpenbare grunner» som gir grunnlag for lovlig forskjellsbehandlingen i tilfeller der foreldrepermisjonen utgjør en stor del av et kurs, en praksisperiode eller lignende.¹⁶⁹ I disse tilfellene kan ikke den gravide begynne å jobbe før disse utdanningene er gjennomført.

Av forarbeidene fremgår det at når det at når man skal vurdere om forskjellsbehandlingen var lovlig må man se hen til EU-retten.¹⁷⁰ Problemet er at EU-retten ikke besvarer hva «andre åpenbare grunner» kan være i relasjon til lovlig negativ forskjellsbehandling av gravide. Det foreligger heller ikke nasjonal praksis om dette temaet. Spørsmålet om hva «andre åpenbare grunner» innebærer må med dette anses for å være uavklart.

9 Avsluttende bemerkninger

Innledningsvis ble det nevnt at gravide nyter et svært godt vern i arbeidslivet og samfunnslivet generelt, men at det fortsatt foregår diskriminering i det norske samfunnet. Som det er redegjort for i avhandlingen foreligger det et godt regelverk som gir gravide bedre rettigheter enn andre for å oppnå reell likestilling i det norske samfunnet. Lovgiver har videre et ønske om at de som opplever å få sine rettigheter krenket enklere skal kunne kreve rett, og

¹⁶⁷ Prop.81 L (2016–2017) på side 161.

¹⁶⁸ Prop. 81 L (2016–2017) på side 161.

¹⁶⁹ Prop. 81 L (2016–2017) på side 161.

¹⁷⁰ Ibid.

dette kommer til uttrykk i de særegne bevisreglene som er redegjort for. Når det blir enklere for de som opplever å bli diskriminert å vinne frem kan det føre til at flere går til sak.

De siste årene har antall foreldre som har opplevd diskriminering gått ned på noen områder. I rapporten fra AFI fremgår det at det kan stadfestes en nedgang i diskrimineringstilfeller der det er lett å se sammenhengen mellom lovgivningen og årsakene til diskriminering.¹⁷¹ I denne sammenhengen peker rapporten på diskriminering ved ansettelse og opphør av arbeidsforhold, og der er lovgivningen klar. På den andre siden peker rapporten på at tilfeller der det er vanskelig å se sammenhengen mellom lovgivningen og diskriminering.¹⁷² Som eksempel på dette kan det nevnes arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, som er en svært bred vurdering som kan være vanskelig for en arbeidsgiver å vurdere. Noen steder innenfor arbeidsgivers tilretteleggingsplikt som for eksempel arbeid med farlige stoffer synes det ikke å finnes nemndspraksis på, dette kan tyde på at siden lovgivningen er klar på det området, gjør arbeidsgiveren de rette i disse tilfellene. Det kan med dette sies at der lovgiver har gitt klare og tydelige lover som er enkel å sette seg inn i, har arbeidsgivere lettere for å følge disse lovene. For å forhindre diskriminering kreves det derfor enten mer konkret lovgivning eller mer informasjon i samfunnet. På den andre siden vil det alltid være noen som opptrer rettstridig uavhengig av hvor klar lovgivningen er.

På den andre siden har staten satt inn en rekke tiltak som er gratis for å hindre diskriminering i samfunnslivet. Det første er Likestillings- og diskrimineringsombudet som kan gi råd og veiledning både generelt og konkret i saker. Alle kan ringe Likestillings- og diskrimineringsombudet, også arbeidsgivere og arbeidstakere. Dette tilbudet er avhengig av at folk tar kontakt for å bli opplyst om diskrimineringsrett, og det bør derfor markedsføres godt.

Diskrimineringsnemnda er også opprettet for å hindre diskriminering. Nemndas oppgave er å håndheve i saker der diskriminering har skjedd. Ettersom det å klage til nemnda er gratis, er tanken at det ikke foreligger en like stor økonomisk risiko å ta saken til nemnda i motsetning til å reise sak for domstolene. Problematikken er at dersom den gravide vinner frem i nemnda kan motparten anke. Det å reise sak for domstolene innebærer alltid en økonomisk risiko, og da spesielt for den private part. Dette kan medføre at arbeidstaker avstår fra å gjøre noe med den diskriminering som har skjedd. Videre vil en diskriminerings sak på arbeidsplassen være en personlig kostnad for den det gjelder. Rapporten fra AFI bemerker at mange velger å ikke

¹⁷¹ AFI 2021 på side 73.

¹⁷² Ibid.

gjøre noe med diskrimineringen de har opplevd fordi kvinnene det gjelder er i en sårbar livssituasjon samt at de har dårlig tid og lite krefter til overs for å kjempe for rettighetene sine.¹⁷³ Men som vist til tidligere har Diskrimineringsnemnda sett en økning i antall saker de får inn de siste årene, noe som betyr at folk kjemper for rettighetene sine og det må derfor anses positivt at vi har fått et tvisteløsningsorgan som legger opp til rimelig og effektiv konfliktløsning. Videre har kvinner fått en større rolle i arbeidslivet og vil på grunn av dette håndheve rettighetene sine i større grad enn før.

I det moderne samfunnet kan det også sies å foreligge en form for sosial avstraffelse dersom det kommer frem at en arbeidsgiver diskriminerer. Når E24 avslørte at Tess hadde bedrevet en potensielt diskriminerende praksis ble selskapet kritisert av arbeidsministeren, LO og sosialistisk venstreparti.¹⁷⁴ Det kan virke avskrekkende å søke jobb i et slikt selskap når slike ting fremgår i media.

Et annet eksempel i media som fikk konsekvenser for en arbeidsgiver som sannsynligvis har opptrådt kvinnediskriminerende er Activision Blizzard, en av verdens største spillselskaper. Den dagen det ble kjent at kvinnelige ansatte hadde saksøkt arbeidsgiveren sin å grunn av en kvinnediskriminerende arbeidskultur gikk aksjen ned 8 milliarder dollar.¹⁷⁵ Det kan med dette sies at diskriminering ikke bare kan få rettslige konsekvenser, men også vidtspennende andre konsekvenser i form av nedgang på børsen, dårlige salg og at folk generelt ikke vil assosieres med det diskriminerende selskapet. Det at virksomheter som diskriminerer blir stigmatisert i samfunnet kan synes å være et nytt fenomen. Fenomenet kan synes å ha sin fremvekst på grunn av det økende fokuset på diskriminering. Det er uomtvistet at gravide nyter et godt vern i arbeidslivet. Som belyst i avhandlingen er det likevel rom for forbedringer fra både lovgiver og arbeidsgivere.

¹⁷³ AFI 2021 på side 58.

¹⁷⁴ <https://e24.no/naeringsliv/i/a7KW7A/arbeidsministeren-maa-svare-om-bonustap-ved-sykefravaer> lest 18.11.2021.

¹⁷⁵ <https://markets.businessinsider.com/news/stocks/activision-blizzard-stock-lost-8-billion-market-value-discrimination-lawsuit-2021-7> lest 01.12.2021.

10 Kildeliste

10.1 Lov

Diskrimineringsombudsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda
Likestillings- og diskrimineringsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering
Skipsarbeidsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne
Diskrimineringsloven mot etnisitet	Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn
Arbeidsmiljøloven	Lov 2005 17. juni nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Likestillingsloven	Lov 6. september 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

Lov 06. november 1993 nr. 71 om endringer i lov av 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd, lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. og i visse andre lover.

Lov 24. juni 1994 nr. 41 om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen

10.2 Forskrifter

FOR-2011-12-06-1357	Forskrift om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav (forskrift om utførelse av arbeid 1. januar 2013)
FOR-2011-12-06-1358	Forskrift om tiltaksverdier og grenseverdier for fysiske og kjemiske faktorer i arbeidsmiljøet samt smitterisikogrupper for biologiske faktorer (forskrift om tiltaks- og grenseverdier)
FOR-2005-12-16-1569	Forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven
FOR-1994-06-14-505	Ikrafttredelse av EØS-komiteens beslutning nr. 7/94 av 21. mars 1994 om endring av protokoll 47 og enkelte vedlegg til EØS-avtalen

10.3 Internasjonale forpliktelser

Likestillingsdirektivet	EU-direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006
Svangerskapsdirektivet	EU-direktiv 92/85/EØF 19. oktober 1992

CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) vedtatt 18. desember 1979
ØSK	Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 3. januar 1976
Likestillingsdirektivet (opphevet)	EU-direktiv 76/207/EØF av 9. februar 1976

10.4 Nasjonal rettspraksis

HR-2020-2476-A

HR-2018-1189-A

HR-2018-874-A

HR-2016-2579-A

Rt. 2014 s. 402

Rt. 2011 s. 74

Rt. 2011 s. 1674

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2007 s. 234

Rt. 2005 s. 1757

Rt. 2005 s. 518

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 1998 s. 1565

Rt. 1995 s. 227

Rt. 1995 s. 54

Rt. 1995 s. 51

Rt. 1992 s. 64

LB-2018-24869

LF-2018-185451

LB-2018-159246

LB-2015-108437

LG-2007-124516

10.5 Nemndspraksis

Diskrimineringsnemnda Sak 19/405, avsagt 11.01.2021

DIN-2020-491

DIN-2020-399

DIN-2020-238

LDN-2020-167

DIN 2020-24

DIN-2020-300

DIN-2020-294

DIN-2020-202

DIN-2020-174

DIN-2019-387

LDN-2019-285

DIN-2019-285

DIN-2019-193

LDN-2011-37

LDN-2007-23

TLN-2020-48

TLN-2017-47

TLN-2012-52

TLN-2009-91

10.6 Internasjonal rettspraksis

Dom av 19. september 2018 [G5], EU:C:2018:736, C-41/17 (EU)

Dom av 18. november 2004, ECLI:EU:C:2004:722, C-284-02 (EU)

Forente saker E-9/07 and E-10/07 L'Oréal mot Aarskog Per AS m.fl. og Smart Club Norge (EFTA)

Sak E-15/12 Jan Anfinn Wahl mot Island (EFTA)

CASE OF BIAO v. DENMARK, 24.05.2016, saksnr. 38590/10 (EMD)

CASE OF Napotnik mot Romania sak 33139/13 (EMD)

10.7 Forarbeider

NOU 2021:8	Trygd over landegrensene Gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser
NOU: 2020:11	Den tredje statsmakt Domstolene i endring
NOU 2012:18	Rett om bord – Ny skipsarbeidslov
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
Ot.prp.nr.49 (2004–2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp.nr.57 (2002–2003)	Om lov om endringer i folketrygdloven (svangerskapspengene til selvstendig næringsdrivende)
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.78 (1993-1994)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljøer sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen
Ot.prp.nr.107 (1992-1993)	Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd, lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og

	arbeidsmiljø m.v. og i visse andre lover (tidskonto)
Ot.prp.nr.41 (1975–1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr.3 (1975–1976)	Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
Prop.63 L (2018–2019)	Endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven (etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og en styrking av aktivitets- og redegjøringsplikten).
Prop.81 L (2016–2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)
Prop.80 L (2016–2017)	Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
Prop.115 L (2012-2013)	Lov om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeiderloven)
Prop.126 L (2011–2012)	Endringer i likestillingsloven (tydeliggjøring av rettigheter ved foreldrepermisjon)
St. prp. nr. 100 (1991-1992)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.

Dok.nr. 16 (2011-2012)

Rapport til Stortingets presidentskap fra
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i
Grunnloven

10.8 Litteratur

Rettsfelt i utvikling til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen, Likestilling, barn og velferd 2020
1. utgave, 1. opplag 2020.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, EØS-rett,
universitetsforlaget 3. utgave 2011.

Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2.
utgave 4. opplag 2020.

Gunnarson, Åsa og Eva-Maria Svensson Genus rättsvetenskap, 1. opplag 2009,
Studentlitteratur AB.

Likestillings- og diskrimineringsloven lovkommentar av Anne Jorun Bolken Ballangrud og
Margrethe Søbstad Universtitetsforlaget 2021.

Vigerust, Elisabeth Arbeid, barn og likestilling rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet 1998,
Tano Aschehoug.

Robberstad, Anne, Hvem har bevisbyrden? Tvilsrisikoen i sivile saker, Universitetsforlaget
2021.

Kjølbrot, Jon Fridrik, Den europeiske menneskerettigheds konvention for praktikere, 5.
utgave av Jurist- og Økonomiforbundets forlag 2020.

Skoghøy, Jens Edvin A, Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018

Likestilling, barn og velferd Rettsfelt i utvikling 2020 1. utgave, 1. opplag 2020

Bull, Hans Jacob, Forsikringsrett, Universitetsforlaget 2008.

Mathiesen, Thomas, Retten i samfunnet, PAX forlag A/S 2011.

10.9 Nettsteder

Arbeidstilsynet om nattarbeid:

<https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/arbeidstid/nattarbeid/>

Artikkel i sykeplein.no om risiko for spontanabort ved nattarbeid:

<https://sykepleien.no/2019/03/sa-mye-oket-rikskoen-spontanabort-ved-nattarbeid>

Statistikk Diskrimineringsnemnda:

<https://www.diskrimineringsnemnda.no/klagesaker-og-statistikk/s%C3%B8kkklagesaker>

Smusstillegg, Skatteetaten:

[https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/arbeidsgiver/a-meldingen/veiledning/lynn-og-ytelser/oversikt-over-lynn-og-andre-ytelser/smusstillegg/](https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/arbeidsgiver/a-meldingen/veiledning/lonn-og-ytelser/oversikt-over-lynn-og-andre-ytelser/smusstillegg/)

Håndheving av regler for midlertidige ansettelses og innleie av Jørgen Svalund, Beate Sletvold Øistad og Kristin Alsos:

<https://www.fao.no/zoo-publikasjoner/fao-rapporter/item/handheving-av-regler-for-midlertidige-ansettelses-og-innleie>

NHI om svangerskapskontroll:

<https://nhi.no/familie/graviditet/svangerskap-og-fodsels/livsstil/svangerskap-gode-rad/kontrollprogrammet-i-svangerskap/>

<https://www.arbeidstilsynet.no/regelverk/forskrifter/forskrift-om-utforelse-av-arbeid/2/7/7-1/>

Arnesen, Finn, EØS-elefanten i rommet, Jussens venner 04/2021 (Volum 56):

https://www.idunn.no/jv/2021/04/eoes-elefanten_i_rommet

Night work and miscarriage: a Danish nationwide register-based cohort study:

<https://oem.bmj.com/content/76/5/302>

E24 om Tess` bonusordning:

<https://e24.no/naeringsliv/i/34R8O9/en-dags-sykefravaer-gir-2000-kroner-i-bonustrekk>

<https://e24.no/naeringsliv/i/a7KW7A/arbeidsministeren-maa-svare-om-bonustap-ved-sykefravaer>

Business insider om Activision Blizzard:

<https://markets.businessinsider.com/news/stocks/activision-blizzard-stock-lost-8-billion-market-value-discrimination-lawsuit-2021-7>

AFI rapport nr. 3, 2021: Diskriminering av foreldre i arbeidslivet

<https://hdl.handle.net/11250/2757601>

Undersøkelse om diskriminering på grunnlag av graviditet og foreldrepermisjon av TNS norsk Gallup, 2015 (heretter TNS 2015)

<https://www.ldo.no/ombudet-og-samfunnet/rapporter/graviditet-og-foreldrepermisjon/graviditetsundersokelse/>

