

**Likebehandling i arbeidslivet. Arbeidstakers  
rettigheter under og etter fødsels- og  
foreldrepermisjon**

Kandidatnummer: 515

Leveringsfrist: 27.04.09

Til sammen 17897 ord

26.04.2009

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Emne og problemstilling for avhandlingen	1
1.2	Rettskildesituasjonen	3
1.3	Avgrensninger	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>BEGREPER</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	Arbeidsgiver	6
2.2	Arbeidstaker	6
2.3	Tidsrettigheter og pengerettigheter	7
2.4	Foreldrepenge	7
2.5	Svangerskapspermisjon	7
2.6	Fødselspermisjon	8
2.7	Omsorgspermisjon og fedrekvote	8
2.8	Foreldrepermisjon	9
2.9	Sammenheng mellom begreper	9
2.10	Diskriminering	10
2.10.1	Diskriminering – Forskjellsbehandling	10
2.10.2	Direkte og indirekte diskriminering	10
2.10.3	Graviditetsdiskriminering	11
<b><u>3</u></b>	<b><u>DISKRIMINERING ETTER LIKESTILLINGSLOVEN OG EU/EØS – RETTEN</u></b>	<b><u>12</u></b>

<b>3.1</b>	<b>Vilkårene for at det skal foreligge brudd på diskrimineringsforbudet</b>	<b>12</b>
<b>3.2</b>	<b>Skillet mellom direkte og indirekte diskriminering og forholdet til EU/EØS-retten</b>	<b>16</b>
<b>4</b>	<b><u>RETTE TIL Å IKKE BLI DISKRIMINERT I FORBINDELSE MED ARBEIDSVILKÅR</u></b>	<b>19</b>
<b>4.1</b>	<b>Retten til lønnsdekning under permisjon.</b>	<b>20</b>
<b>4.2</b>	<b>Særrettigheter for det ene kjønn – full lønn bare til de kvinnelige arbeidstakerne</b>	<b>24</b>
<b>4.3</b>	<b>Retten til å nyte godt av bedring av arbeidsvilkår</b>	<b>32</b>
4.3.1	Retten til lønnsvekst og bonus	33
4.3.2	Rett til forfremmelse	39
<b>4.4</b>	<b>Andre rettigheter knyttet til arbeidet</b>	<b>43</b>
4.4.1	Rett til ferie	43
<b>4.5</b>	<b>Retten til å ikke bli oppsagt på grunn av fødsels- eller foreldrepermisjon</b>	<b>47</b>
<b>4.6</b>	<b>Ansettelsesendringer under permisjon</b>	<b>48</b>
4.6.1	Samme stilling – likeverdig stilling – saklighetskravet	51
4.6.2	Er det åpnet for større fleksibilitet? Kan arbeidsgiver i større grad enn tidligere gjøre endringer i de ansattes arbeidsvilkår – arbeidsoppgaver?	58
4.6.3	Endringsoppsigelse	62
<b>5</b>	<b><u>BEVISBYRDEKRAVET</u></b>	<b>64</b>
<b>5.1</b>	<b>Klagers beviskrav og arbeidsgivers motbevis</b>	<b>64</b>
<b>6</b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b>67</b>
<b>7</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>68</b>
<b>7.1</b>	<b>Bøker</b>	<b>68</b>

<b>7.2</b>	<b>Artikler</b>	<b>69</b>
<b>7.3</b>	<b>Lover</b>	<b>69</b>
<b>7.4</b>	<b>Lovkommentar på nett</b>	<b>70</b>
<b>7.5</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>70</b>
<b>7.6</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>71</b>
<b>7.7</b>	<b>Nemdspraksis</b>	<b>71</b>
<b>7.8</b>	<b>Ombudet</b>	<b>72</b>
<b>7.9</b>	<b>Dommer fra EF-domstolen</b>	<b>72</b>
<b>7.10</b>	<b>EU-traktater og direktiver. Konvensjoner</b>	<b>73</b>
<b>7.11</b>	<b>Nettdokumenter</b>	<b>74</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Emne og problemstilling for avhandlingen

Avhandlingen vil omhandle likebehandling i arbeidslivet, herunder arbeidstakers rettigheter under og etter endt fødsels – og foreldrepermisjon. Likebehandlingskravet er å anse som en grunnleggende menneskerettighet og likebehandlingskravet gjelder gjennom hele ansettelsesforholdet.<sup>1</sup> Avhandlingen vil konsentrere seg om diskrimineringsvernet under ansettelsen i forbindelse med arbeidstakers permisjon og således hvilke rettigheter som kan utledes av dette. De mest vanlige diskrimineringsformene i arbeidslivet er graviditets – og lønnsdiskriminering.<sup>2</sup> På arbeidslivets område setter likestillingsloven<sup>3</sup> skranker for arbeidsgivers handlinger hva gjelder diskriminering av ansatte på grunnlag av kjønn jfr. arbeidsmiljøloven<sup>4</sup> §13-1(4) jfr. og likestl. §2.

Forbudet mot diskriminering er videre grunnleggende i EU/EØS-retten. De likestillingsdirektiver som følger av EU/EØS-retten er gjennomført i norsk rett. Herunder likebehandlingsdirektivet<sup>5</sup>, likelønnsdirektivet<sup>6</sup>, bevisbyrdedirektivet<sup>7</sup>,

---

<sup>1</sup> Jakhellen(2006)s.64,jfr.bla;EMKart.14,SPart.26,ØSKart.2.

<sup>2</sup> Høllum(2008)s.18

<sup>3</sup> Lov av09.06.1978nr.45

<sup>4</sup> Lov av17.06.2005nr.62

<sup>5</sup> Direktiv76/207/EØFm/endringer2002/73/EF

<sup>6</sup> Direktiv75/117/EØF

<sup>7</sup> Direktiv97/80/EF

gravitetsdirektivet<sup>8</sup> og foreldrepermisjonsdirektivet<sup>9</sup>. Dette er direktiver som har betydning for den enkeltes rettigheter i forbindelse med permisjon.

Fra 15. august 2009 oppheves noen av direktivene<sup>10</sup> da de vil være omfattet av det nye diskrimineringsdirektivet.<sup>11</sup> Barne- og likestillingsdepartementet uttaler at dette ikke medfører endringer i norsk rett da norsk rett oppfyller kravene som det nye direktivet stiller.<sup>12</sup> Hvorvidt dette er riktig vil jeg komme tilbake til senere i avhandlingen.

Også flere internasjonale konvensjoner gir arbeidstaker beskyttelse under ansettelsen ved utnyttelse av sine permisjonsrettigheter. FNs kvinnekonvensjon og ILO konvensjonen nr. 156 om like muligheter og likebehandling av arbeidstakere med familieforpliktelser. Disse konvensjoner vil også være av betydning for behandlingen av vernet mot svekket posisjon i forbindelse med utnyttelse av permisjonsrettigheter.

Bakgrunnen for valg av emne er at det er mange som opplever at de ved endt fødsels- og foreldrepermisjon kommer tilbake til endrede arbeidsoppgaver eller andre og mindre attraktive arbeidsoppgaver. Noen blir forbigått ved forfremmelser, enkelte opplever å bli oppsagt mens de er i permisjon. Noen har ikke fått være med på lønnsforhandlinger eller går glipp av lønnsøkninger eller bonusutbetalinger som andre kolleger får.<sup>13</sup>

Spørsmålet blir i så måte hvilke rettigheter har arbeidstaker under fødselspermisjonen/foreldrepermisjonen? Hvilke rettigheter har arbeidstaker krav på når man kommer tilbake etter endt fødselspermisjon/foreldrepermisjon? Hvilke spillerom har

---

<sup>8</sup> Direktiv92/85/EØF

<sup>9</sup> Direktiv96/34/EFm/endringer97/75/EF

<sup>10</sup> Direktiv76/207/EØF,75/117/EØF,86/378/EØF,97/80/EF

<sup>11</sup> Direktiv2006/54/EFart.34(diskrimineringsdirektivet er hva jeg kaller direktivet)

<sup>12</sup> Barne–og likestillingsdepartementetsuttalelser:[http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-og-efta/eos/aktuelt/rettsakter/2008/rettsakter\\_140308.html?id=502611#BLD](http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-og-efta/eos/aktuelt/rettsakter/2008/rettsakter_140308.html?id=502611#BLD)

<sup>13</sup> <http://www.ledernet.no/id/12614.0>

arbeidsgiver? Hva kan arbeidsgiver gjøre av endringer i den ansattes arbeidsvilkår når denne er ute i fødselspermisjon/foreldrepermisjon? Hva må arbeidstaker finne seg i av endringer etter endt fødselspermisjon/foreldrepermisjon?

I tråd med problemstillingen har jeg behandlet spørsmål knyttet til lønn under permisjon, lønnsvekst, bonus, forfremmelse, ferie og beskyttelse av selve stillingen. Dette er ikke ment å være uttømmende behandling i forhold til rettigheter, men jeg har sett hen til forhold knyttet til arbeidet som jeg mener er av betydning for den ansatte. I forbindelse med dette ser jeg også på om det er samsvar mellom det vern EU/EØS-retten gir og det vern norsk rett gir. Avslutningsvis skriver jeg litt om beviskravet som er av betydning for å sikre ett effektivt vern mot diskriminering, ved at det skal være lettere å gjøre retten til ikke-diskriminering gjeldende.

Før jeg går nærmere inn på problemstillingen vil jeg si noe om rettskildesituasjonen, avgrensninger av avhandlingen, noen om begreper og diskrimineringsforbudet, da dette er av betydning for forståelsen av avhandlingen.

## 1.2 Rettskildesituasjonen

Norge har gjennom EØS-avtalen forpliktet seg til å gjennomføre de likestillingsdirektivene som er omfattet i vedlegg XVIII til avtalen. Likestillingsloven, arbeidsmiljøloven, folketrygdloven<sup>14</sup> er noen av de lover som gjennomfører disse direktivene om likebehandling. Ved undersøkelse av hvilke rettigheter den enkelte har må man blant annet søke veiledning i EU/EØS-retten, EF-domstolens praksis og dansk rettspraksis. Videre vil også likestillings – og diskrimineringsombudets uttalelser og likestillings – og diskrimineringsnemdas vedtak være av betydning.

---

<sup>14</sup> Lov av 28.02.97 nr. 19

EU/EØS-retten er sentral ved anvendelse av likestillingsretten. EØS-avtalen omfatter traktatbestemmelser, direktiver og andre kilder, herunder rettspraksis fra EF-domstolen som var en del av EU-retten da avtalen ble inngått. Art. 6 i EØS-avtalen angir et tolkningsprinsipp som går ut på at bestemmelser som etter sitt innhold er identiske med tilsvarende bestemmelser i EU-retten skal tolkes i samsvar med avgjørelser som er relevante. Det vil si de avgjørelser som var avsagt ved inngåelse av EØS-avtalen. Imidlertid skal dommer av nyere dato også tillegges vekt<sup>15</sup>. Den sentrale bestemmelsen innenfor EU-retten om likestilling er art.141 i Amsterdamtraktaten, tidligere art.119 i Romatraktaten (EF-traktaten). Art.141 er ikke bindende for Norge. Men art. 69 med vedlegg XVIII om likelønnsprinsippet og art.70 med vedlegg XVIII om likebehandlingsprinsippet i EØS-avtalen, tilsvarer denne traktatbestemmelsen. Forarbeidene<sup>16</sup> til likestillingsloven legger til grunn at art.69 og art.70 skal tolkes i samsvar med art.141.<sup>17</sup>

Selv om EF-domstolens avgjørelser er sentrale ved tolkning av diskrimineringsforbudet så er noen av avgjørelsene som er benyttet i avhandlingen av eldre dato. Virkningene av disse dommene i dag er nødvendigvis ikke det samme som da de ble avsagt på bakgrunn av at mange av direktivene er revidert siden den tid. Det tas således et forbehold om at dommene er gamle. Det fremkommer også av avhandlingen der jeg mener at rettstilstanden muligens er en annen.

Hva gjelder de norske rettskildene finnes det lite rettspraksis, men det finnes en god del uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og likeledes Likestillings- og diskrimineringsnemda (tidligere likestillingsombudet og klagenemda for likestilling). Det følger av likestl. §9 som gir regler om håndheving av likestillingslovens diskrimineringsforbud, at ombudet og nemda skal føre tilsyn med og medvirke til

---

<sup>15</sup> Ot.prp nr.77(2000-2001)s.12

<sup>16</sup> Ot.prp nr.77(2000-2001)s.12s.31ffs.45ffogOt.prp.nr.35(2004-2005)kap.2

<sup>17</sup> Hedlund(2008a)s.549-551



gjennomføringen av loven. Diskrimineringsombudsloven gir regler om organiseringen av virksomheten.<sup>18</sup>

Muligheten for å få håndhevet sine rettigheter har man altså gjennom ombudet, nemda, domstolene og arbeidsretten (dersom bestemmelser i tariffavtale er i strid med diskrimineringsforbudet). I det tradisjonelle rettskildebildet vil vekten av nemdspraksis være liten sett i forhold til rettspraksis. Men nettopp fordi man mangler Høyesterettspraksis og underrettspraksis vil nemdspraksis av den grunn være av stor betydning. Når man ikke tar saken videre til domstolen vil nemda få ”siste ordet” i saken. Videre må det også fremheves at nemda til enhver tid er besatt av personer med høy faglig kompetanse noe som bidrar til å øke dens betydning som rettskilde.<sup>19</sup>

### 1.3 Avgrensninger

Ved tolkning og utfylling av diskrimineringsforbudet i forbindelse med permisjonsrettigheter kunne jeg ha sett hen til svensk rett. Jeg har imidlertid konsentrert meg om dansk rett, da Danmark har vært medlem av EU lengst. Videre vil jeg forholde meg mest til EU/EØS-retten da disse er de mest praktiske internasjonale rettskildene på likestillingsrettens område. Derfor avgrensner jeg mot og behandle ILO-konvensjoner og menneskerettighetskonvensjoner inngående, men de kan bli trukket frem i avhandlingen.<sup>20</sup> På bakgrunn av at avhandlingen fokuserer på ansettelsesforholdet, avgrensner jeg mot å behandle forhold som angår studenter og selvstendig næringsdrivende. Imidlertid gjelder likestillingsloven tilsvarende utenfor ansettelsesforholdet jfr. §2. Jeg har videre avgrenset mot å behandle vikarers rettigheter da dette er en særlig problemstilling hva gjelder ansettelsesforholdet. Av plassbegrensninger har jeg også avgrenset mot å behandle pensjon.

---

<sup>18</sup> Lov av 10.06.05.nr.40

<sup>19</sup> Eckhoff(2001)s.233,Hedlund(2008b)s.324

<sup>20</sup> Hedlund(2008a)s.27

## 2 Begreper

I det følgende vil jeg komme med noen legaldefinisjoner og forklaringer i forhold til begreper som brukes i avhandlingen.

### 2.1 Arbeidsgiver

Aml. §1-8 (2) definerer arbeidsgiverbegrepet; *”Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.”*

### 2.2 Arbeidstaker

Det følger av aml. §1-8 (1) at; *”Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.”*

Videre vil arbeidstakerbegrepet i denne avhandlingen omfatte både kvinner og menn. Likestillingsloven omfatter forskjellsbehandling av menn på grunnlag av deres utnyttelse av permisjonsrettigheter. Det går fram av ordlyden i likestl. §3(2) nr. 2 om direkte diskriminering. Men også hva gjelder indirekte diskriminering følger det av forarbeidene at de samme prinsipper som legges til grunn ved indirekte diskriminering av kvinner skal gjelde for menn.<sup>21</sup> Det samme følger av EU/EØS-retten. Imidlertid var forholdet slik tidligere at menn ikke var omfattet av likebehandlingsdirektivet. Dette viser EF-domstolens avgjørelser fra 80-tallet hvor man dømte strengt etter ”kjønn”. Med samfunnsutviklingen

---

<sup>21</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)pkt.6.6.2s.38

ble nok menn omfattet ut fra ordlyden i art.2 nr.1 hvor diskriminering med henvisning til familiemessig stilling var forbudt. I dag er menn omfattet av vernet etter endringen av likebehandlingsdirektivet og med det nye diskrimineringsdirektivet.<sup>22</sup>Det skal imidlertid nevnes at det meste av praksis knytter seg til diskriminering av kvinner slik at fremstillingen her vil bære preg av det. Men jeg prøver å trekke en parallell til menns rettigheter også.

### 2.3 Tidsrettigheter og pengerettigheter

Arbeidstakers rett til permisjon er regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 12. Det er dette man kaller tidsrettigheter. Hva gjelder pengerettigheter så har arbeidstaker som regel rett til stønad (foreldrepenger) under permisjon og dette er regulert i folketrygdloven kapittel 14.

### 2.4 Foreldrepenger

Foreldrepenger er ment å dekke inntektsbortfall når arbeidstaker tar permisjon i forbindelse med blant annet fødsel. Det følger av fltrl. §14-5 jfr. §14-6 at mor og far kan opptjene rett til foreldrepenger ved å være yrkesaktive med pensjonsgivende inntekt i 6 av de siste 10 måneder før uttak av foreldrepenger tar til. I det følgende knyttes forhold hva gjelder foreldrepenger opp mot permisjonsbegrepene.

### 2.5 Svangerskapspermisjon

Aml. §12-2 gir kvinner rett til permisjon i 3 måneder under svangerskapet. Imidlertid må kvinnen ta ut permisjon 3 uker før fødsel dersom hun skal motta foreldrepenger jfr. fltrl. §14-10. Disse 3 ukene med stønad er forbeholdt mor jfr. fltrl. §14-9.

---

<sup>22</sup> Carlson(2007)s.63,direktiv2002/73/EFpremiss13og2006/54/EFpremiss26og11

## 2.6 Fødselspermisjon

Aml. §12-4 gir kvinner rett til seks ukers fødselspermisjon. Det følger av paragrafen at; ”*Etter fødselen skal mor ha permisjon de første seks uker, med mindre hun fremlegger legeattest om at det er bedre for henne å komme i arbeid.*” Det følger av bestemmelsen at dette er en obligatorisk permisjon og den samsvarer med uttak av foreldrepenger som er forbeholdt mor i denne periode jfr. fltrl. §14-9.

At fltrl. §14-9 forbeholder stønad i 3 uker før og 6 uker etter permisjon er begrunnet i hensynet til moren, fosteret og nyfødt barn. Kvinnen og barnet har et behov for vern i denne periode.<sup>23</sup>

## 2.7 Omsorgspermisjon og fedrekvote

Aml. §12-3 nr.1 gir far rett til omsorgspermisjon i 2 uker for å bistå moren i forbindelse med fødsel. En slik permisjon gir ikke krav på stønad fra folketrygden.<sup>24</sup>

Fra 1993 ble det innført obligatorisk fedrekvote på 4 uker i foreldrepengeordningen. Fra 2006 er denne på 6 uker og fra 1. juli 2009 skal fedrekvoten bli økt til 10 uker.<sup>25</sup> Det følger av fltrl. §14-12 at 6 uker av stønadsperioden er forbeholdt far. Dersom far ikke benytter seg av fedrekvoten går dette til fratrekk i stønaden. Fars rett til foreldrepenger var tidligere avledet fra mor, men far har i dag selvstendig opptjeningsrett til foreldrepenger jfr. fltrl. §14-6 og §14-7.<sup>26</sup> Imidlertid vil fars uttak av fedrekvote avhenge av mors yrkesaktivitet før fødsel jfr. fltrl. §14-12. Hvorvidt far også har krav på stønad ved foreldrepermisjon utover fedrekvoten avhenger av mors yrkesaktivitet etter fødsel jfr. fltrl. §14-13.

---

<sup>23</sup> Syse(2009)note933

<sup>24</sup> Dalheim(2009)note367

<sup>25</sup> Hotvedt(2009)s.56

<sup>26</sup> Syse(2009)note916ognote922

## 2.8 Foreldrepermisjon

Aml. §12-5(1) gir foreldre rett til permisjon i 1 år til sammen. Mors obligatoriske 6 ukers fødselspermisjon, og eventuelle permisjon under svangerskapet, går til fratrekk i beregningen av denne permisjonen. Svangerskapspermisjon er frivillig, men tar mor ut foreldrepenger, vil stønadperioden ta til 3 uker før fødsel jfr. fltrl. §14-10 og disse 3 ukene går da til fratrekk. Fars uttak av omsorgspermisjon og fedrekvote går ikke til fratrekk i den totale permisjonstid etter arbeidsmiljøloven. Resterende permisjonstid kan fordeles fritt mellom foreldrene.<sup>27</sup> Foreldre har også rett til utvidet foreldrepermisjon etter aml. §12-5(2) og foreldrepermisjon kan tas som delvis permisjon jfr. §12-6.

## 2.9 Sammenheng mellom begreper

I avhandlingen kan det hende at det brukes begreper som fraviker noe fra det som fremgår ovenfor. Dette kommer av at noen av kildene som brukes er av eldre dato og man hadde en annen begrepsbruk da. Men også fordi disse legger noe annet i begrepene enn det som er definert i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven. Fødselspermisjon kan bli brukt selv om det er snakk om permisjon på over ett år. Begrepene omsorgspermisjon og svangerskapspermisjon kan også bli brukt selv om det svarer til fødsels- og foreldrepermisjon. Men det vil gjerne fremgå av sammenhengen hva slags type permisjon det er snakk om, ut i fra lengden på permisjonen og når den tas, selv om begrepene kan fravike fra nåtidens terminologi. Videre kan begrepet fødselspenger brukes, noe som i dag svarer til foreldrepenger.

Jeg vil også bemerke at når jeg bruker begrepet ”permisjon” bruker jeg det som et samlebegrep på fødselspermisjon, fedrekvote og foreldrepermisjon.

---

<sup>27</sup> Hotvedt(2009) s.87

## 2.10 Diskriminering

### 2.10.1 Diskriminering – Forskjellsbehandling

Forskjellsbehandling og diskriminering er ikke alltid det samme rettslig sett. Når det er snakk om kjønn retter mange av de internasjonale verneregler seg mot diskriminering. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 benytter seg av begge begreper. Hva gjelder likestillingsloven antas det at forskjellen i begrepsbruk ikke har noen praktisk betydning. Det følger av forarbeidene<sup>28</sup> at departementet bruker begrepene synonymt.<sup>29</sup> I denne avhandlingen vil også begrepene bli brukt synonymt.

### 2.10.2 Direkte og indirekte diskriminering

Likestillingsloven § 3 definerer direkte og indirekte forskjellsbehandling. Det følger av generalklausulen at;

*”Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.*

*Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som*

- 1. stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,*
- 2. setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn.*

*Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet. ”*

---

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.27-28

<sup>29</sup> Hedlund(2008a)s.123

### 2.10.3 Graviditetsdiskriminering

Rettigheter under og etter endt fødselspermisjon/foreldrepermisjon anser man å være aksessoriske rettigheter, de er avledet fra graviditetsdiskrimineringsforbudet.

Elisabeth Vigerust definerer graviditetsdiskriminering vidt. Slik hun definerer begrepet omfatter det både situasjoner der kvinner kommer i en dårligere stilling på arbeidsmarkedet som en følge av graviditet og det omfatter graviditetsrelaterte forhold som gjelder både kvinner og menn i forbindelse med fødsels- og foreldrepermisjon.

Graviditetsdiskriminering rammer flest kvinner, de føder barn og tar mesteparten av foreldrepermisjonen. Men der hvor menn bryter med den tradisjonelle mansrollen, rammes også de.<sup>30</sup> Som direkte diskriminering anses forskjellsbehandling som er forbundet med graviditet, fødsel, amming eller permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn. Permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn vil være fødselspermisjon for kvinner 3 uker før fødsel og 6 uker etter fødsel, og omsorgspermisjon og fedrekvoten for menn. Dette diskrimineringsvernet er absolutt. Det vil si at det strengt tatt ikke kan gjøres unntak fra det. Dersom det er snakk om forskjellsbehandling av kvinner begrunnet i foreldrepermisjon ut over den vernede periode på 3 uker før og 6 uker etter fødsel, eller forskjellsbehandling av menn utover omsorgspermisjon og fedrekvoten, er det å anse som indirekte forskjellsbehandling.<sup>31</sup> Imidlertid kan både direkte og indirekte forskjellsbehandling tillates etter likestl. §3(4), §3a eller det ulovfestede saklighetsprinsipp.

Den type graviditetsdiskriminering som avhandlingen vil omhandle er forhold som gjelder både kvinner og menn i forbindelse med uttak av fødsels – og foreldrepermisjon.

---

<sup>30</sup> Hellum(2008)s.24

<sup>31</sup> Vigerust(2008)s.200-201.

### 3 Diskriminering etter likestillingsloven og EU/EØS – retten

#### 3.1 Vilkårene for at det skal foreligge brudd på diskrimineringsforbudet

Det er tre vilkår som må være oppfylt for at en person skal anses for å ha blitt diskriminert i strid med likestillingsloven. Disse vilkårene følger også av EU/EØS – retten og gjelder for både direkte og indirekte diskriminering.<sup>32</sup> I det følgende knyttes vilkårene opp mot graviditetsdiskriminering, herunder direkte og indirekte diskriminering i forbindelse med utnyttelse av blant annet permisjonsrettigheter.

Det første vilkåret er at det må foreligge *årsakssammenheng*. Det vil si at det må være en sammenheng mellom den behandlingen vedkommende har vært utsatt for og vedkommendes kjønn for at det skal være snakk om forskjellsbehandling i lovens forstand. Forskjellsbehandling er handlinger som er begrunnet i graviditet, fødsel, utnyttelse av permisjonsrettigheter og andre forhold som utløses av graviditet og fødsel.<sup>33</sup> Dersom en kvinne får svekket sin arbeidsstilling etter en fødselspermisjon, er det ikke å anse som diskriminering på grunnlag av kjønn dersom man kommer til at hun ville kommet i samme posisjon hvis hun ikke hadde vært i en slik permisjon.<sup>34</sup> Likebehandlingsdirektivet, det nye diskrimineringsdirektivet og likestillingsloven gir således bare arbeidstaker vern i forhold til disposisjoner fra arbeidsgivers side som grunnes på permisjonen. Både arbeidsgivers aktive handlinger og unnlaterelser omfattes av diskrimineringsforbudet. Dette kommer av at begrepet *handling* skal tolkes vidt. Individuelle og kollektive avtaler rammes også. Videre

---

<sup>32</sup> Strand(2007)s.142

<sup>33</sup> Vigerust(2008)s.196

<sup>34</sup> Strand(2007)s.143



omfattes også stortingsets lovgivningsvirksomhet<sup>35</sup>. Det foreligger ikke noe krav om diskriminerende hensikt. Det er tilstrekkelig at virkningen av handlingen er at arbeidstaker har blitt diskriminert.<sup>36</sup>

For det andre må handlingen medføre at vedkommende kommer i en *mindre gunstig posisjon enn andre*. Etter likestillingsloven uttrykkes dette ved at arbeidstaker kommer i en ”dårligere stilling” el ”stilles dårligere” jfr. likestl. §3(2)nr.2 og §3(3). Her kan nevnes at definisjonene fraviker noe fra likebehandlingsdirektivet og det nye diskrimineringsdirektivet hva gjelder indirekte diskriminering. Vernet etter norsk rett er sterkere jfr. ordlyden i likestl. §3(3) som bruker ordene ”stilles dårligere”, sett opp i mot likebehandlingsdirektivet/diskrimineringsdirektivet, hvor formuleringen er ”særlig ulempe/ufordelaktig”<sup>37</sup>. Hva gjelder graviditetsdiskriminering anses vernet å være likt.<sup>38</sup> Dårligere stilling kan blant annet være tap av rettigheter eller andre goder, økonomiske tap, at man blir fratatt eller får nye arbeidsoppgaver, at man får lavere lønn, forbigåelse ved ansettelse, oppsigelse eller omplassering. Det antas at det er tilstrekkelig at handlingen er egnet til å svekke arbeidstakers stilling uten at det er nødvendig å påvise noen konkret virkning av handlingen når det gjelder direkte diskriminering.<sup>39</sup> Hva gjelder indirekte diskriminering synes ordlyden i likestillingsloven og forutsette at diskriminering faktisk må ha funnet sted. Strand fremhever at ordlyden i likebehandlingsdirektivet art.2 nr.2(2) tilsier at det er tilstrekkelig at handlingen er egnet til å medføre diskriminering. Den norske oversettelsen bruker ordet ”kan medføre” og den engelske oversettelsen bruker ordet ”would put”. I tråd med dette hevder hun at likestillingsloven må endres slik at det fremkommer at handlinger som er egnet til å diskriminere også er omfattet av vernet.<sup>40</sup> Ved det nye diskrimineringsdirektivet art.2(1) b har imidlertid den danske oversettelsen brukt

---

<sup>35</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.27

<sup>36</sup> Direktiv2002/73/EFart.2nr.2,2006/54/EFart.2(1)

<sup>37</sup> Direktiv2002/73/EFart.2nr.2(2),2006/54/EFart.2(1)b

<sup>38</sup> Strand(2007)s.150-151

<sup>39</sup> Vigerust(2008)s.195-196

<sup>40</sup> Strand(2007)s.145

ordet ”stiller”. Ut fra ordlyden kan det således se ut som om det kreves faktisk diskriminering. Men den engelske oversettelsen av direktivet bruker fortsatt ordet ”would put”, så rettstilstanden antas vel å være den samme. For å vurdere om arbeidstaker har kommet i en mindre gunstig posisjon er utgangspunktet at det legges til grunn en objektiv målestokk slik at det legges vekt på hva som vanligvis regnes som negativt. Men i tvilstilfeller kan arbeidstakers egen oppfatning av situasjonen være av betydning.<sup>41</sup>

Videre må det for å foreligge forskjellsbehandling være snakk om at man behandles forskjellig i forhold til noen. Dette følger av EF-domstolens praksis som sier at forskjellsbehandling består i at sammenliknbare situasjoner behandles ulikt, eller at forskjellig situasjoner behandles likt. Sammenlikning kan bare være aktuelt ved handlinger som utføres av samme arbeidsgiver eller at det gjelder bestemmelser i samme tariffavtale. Som et utgangspunkt kreves det at man kan sammenliknes med en eller flere personer av det motsatte kjønn for å kunne konstatere brudd på diskrimineringsforbudet. Personen må være i en sammenliknbar situasjon. Hvorvidt situasjonen er sammenliknbar må besvares ut fra en konkret vurdering. Hva gjelder graviditetsdiskriminering har EF-domstolen uttalt at graviditet er en situasjon som ikke er sammenliknbar med andre situasjoner. Etter likestillingsloven §3(2)nr.2 foreligger graviditetsdiskriminering når arbeidstaker kommer i en dårligere stilling enn hva vedkommende ellers ville ha vært. Forskjellsbehandling kan etter loven skje kvinner imellom, det er ikke krav om mannlig sammenlikningsperson. Videre kan man sammenlikne med så vel faktiske og hypotetiske sammenlikningspersoner. Tilsvarende må sies å følge av likebehandlingsdirektivet og det nye diskrimineringsdirektivet, hvor direkte diskriminering er at en person får en mindre gunstig behandling enn det en annen får, har fått eller ville ha fått i en tilsvarende situasjon.<sup>42</sup> Imidlertid synes ordlyden i likebehandlingsdirektivet, diskrimineringsdirektivet og ordlyden i likestillingsloven med forarbeider å tale for at sammenlikninger kvinner imellom og hypotetiske sammenlikninger kun kan skje ved direkte diskriminering. Men Vigerust

---

<sup>41</sup> Vigerust(2008)s.196

<sup>42</sup> Direktiv2002/73/EF art.2nr.2(2),2006/54/EFart.2(1)a

fremholder at siden graviditetsdiskriminering etter likestl. § 3(2)nr.2 omfatter forskjellsbehandling på grunn av noen typer permisjon, vil det være rimelig å legge det samme til grunn ved øvrige permisjoner som bedømmes som indirekte diskriminering.<sup>43</sup>

Tilslutt har man det tredje vilkåret som må være oppfylt. For at det skal foreligge diskriminering må det således ikke være snakk om en tillatt direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter likestl. §3(4), §3a eller det ulovfestede saklighetsprinsipp.

Forskjellsbehandling på grunnlag av foreldrepermisjon vil være indirekte forskjellsbehandling etter likestl. §3(3). Likestl. §3(4) gjør unntak fra denne bestemmelsen. Unntaksregelen tilsier at forbudet mot indirekte diskriminering er betinget av en interesseavveining.<sup>44</sup> Det skal imidlertid svært mye til for at forskjellsbehandling aksepteres. Jo kortere fravær det er snakk om jo strengere er forbudet. For at forskjellsbehandlingen skal stå seg må det gjelde fravær eller ulemper over lengre perioder, og det må særdeles tungtveiende grunner til for at begrunnelsen aksepteres.<sup>45</sup> Likestl. §3(2)nr.2 om direkte graviditetsdiskriminering kommer inn ved vurderingen av forbudet mot indirekte diskriminering etter §3(3) dersom det er snakk om forskjellsbehandling i forbindelse med foreldrepermisjon. Men her kan det altså være adgang til å gjøre unntak etter en interesseavveining.<sup>46</sup> Hva gjelder forbudet mot direkte diskriminering §3(2)nr.2, om permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn, kan det som utgangspunkt gjøres unntak etter §3a eller det ulovfestede saklighetsprinsipp.<sup>47</sup> Men dette godtas ikke i praksis.<sup>48</sup>

Likestl. §3a 1.pkt. sier at ulik behandling i samsvar med lovens formål om å fremme likestilling mellom kjønnene ikke er i strid med §3. Det vil si positiv særbehandling som

---

<sup>43</sup> Vigerust(2008)s.197-198

<sup>44</sup> Vigerust(2008)s.201

<sup>45</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.37

<sup>46</sup> Vigerust(2008)s.201

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)pkt.6.6.2s.35-36

<sup>48</sup> LKN-2003-14

skal fremme kvinners stilling. Likestl. §3a 2. pkt. sier at det kan gis særlige rettigheter eller regler til kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming uten at dette er i strid med likestl. §3. Spørsmål rundt positiv særbehandling kommer jeg tilbake til i punkt 4.2.

Det er videre også en unntaksadgang etter ulovfestede saklighetsprinsipper som tilsier at man kan foretrekke det ene kjønn dersom kjønn er avgjørende kvalifikasjon for å utføre arbeidet. Ketscher fremholder at med utviklingen i diskrimineringsretten er feltet for slike ekte kvalifikasjoner begrenset.<sup>49</sup> Vigerust sier også at det er tvilsomt om det ulovfestede unntaket overhodet kan begrunne forskjellsbehandling på grunn av graviditet og lignende.<sup>50</sup>

### 3.2 Skillet mellom direkte og indirekte diskriminering og forholdet til EU/EØS-retten

Etter norsk rett går det et skille ved permisjon forbeholdt det ene kjønn og ytterligere foreldrepermisjon. Vigerust reiser spørsmålet om denne grensen mellom direkte og indirekte diskriminering etter likestl. §3 er i samsvar med EU/EØS-retten når det gjelder graviditetsdiskriminering. De sakene som EF-domstolen har hatt oppe til avgjørelse om graviditetsdiskriminering gjelder kvinners svangerskaps – og fødselspermisjon. Domstolen har vektlagt at formålet med permisjonen er å beskytte moren og barnet etter fødselen og synes og forutsette at det kun er snakk om permisjon for mor. Denne vernede periode skal være på minst 14 uker, men at den ellers skal fastsettes i samsvar med nasjonal rett. Hun fremhever at dette ikke kan direkte overføres til norsk rett, der foreldrene kan dele permisjonen ved 6 uker etter fødsel. Som Vigerust fremhever har ikke spørsmålet om forskjellsbehandling vedrørende permisjon for å gi omsorg utover den beskyttede periode vært oppe for EF-domstolen. Det er således usikkert hvordan domstolen vil vurdere slike tilfeller. Ut fra hennes synspunkt vil det imidlertid være uheldig om fleksible permisjonsrettigheter som legger til rette for fedres omsorg skal medføre at vernet mot

---

<sup>49</sup> Ketscher(2008)s.45

<sup>50</sup> Vigerust(2008)s.193

diskriminering svekkes. På den annen side sier hun at det ikke er så interessant å se nærmere på dette skillet. Siden det kreves særlig tungtveiende grunner for å kunne gjøre unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering, kan man si at vernet mot direkte og indirekte diskriminering i praksis langt på vei er like strengt.<sup>51</sup>

Den samme problemstillingen som Vigerust reiser er også fremme i forarbeidene;

*“Et problem ved implementeringen av EØS-rettslige krav i forhold til graviditetsdiskriminering, er at EF-domstolens prinsipper ikke uten videre kan overføres til norske forhold. Sammenlignet med mange av EU-landene har arbeidstakere i Norge rett til relativt lange lønnede fødselspermisjoner som kan deles mellom foreldrene. EF-domstolen synes å knytte graviditetsrelatert fravær kun til kvinner. Domstolen legger imidlertid til grunn en "beskyttet periode" som gjelder under graviditeten og fram til fødselspermisjonens utløp. Samtidig har domstolen avvist at forskjellsbehandling begrunnet i omsorgspermisjon er direkte forskjellsbehandling i likebehandlingsdirektivets forstand. Domstolen ser ut til å legge opp til at det dreier seg om den delen av permisjonen som direkte er knyttet til beskyttelsen av morens og barnets helse, og det særlige forholdet mellom mor og barn etter fødselen. Hvor lang denne beskyttede perioden ellers skal være, er uklart og domstolen synes å gi statene en viss margin her. Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet og forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver generelt, vil som nå måtte regnes som indirekte forskjellsbehandling og således kunne være betinget av en interesseavveining”*

Forarbeidene forutsetter videre at de norske håndhevningsorganene skal se hen til EF-domstolens praksis, og at det beskyttelsesnivå som kan utledes av EU/EØS-retten bare angir et minstekrav i norsk rett.<sup>52</sup> Hedlund og Semner hevder at uttalelsene i forarbeidene

---

<sup>51</sup> Vigerust(2008)s.202-203

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.36-37

antakelig må forstås slik at det skal være et sterkt vern utover de perioder som er forbeholdt det ene kjønn i norsk rett, selv om dette etter EU/EØS-retten ville vært å anse som indirekte diskriminering.<sup>53</sup>

Ut fra Vigerust, Hedlund og Semners fremstillinger kan man si at vernet mot diskriminering etter norsk rett fortsatt er sterkt selv om man har passert grensen for den del av permisjonen som er forbeholdt det ene kjønn.

Men selv om dette er tilfellet gjenstår fortsatt spørsmålet om Norge oppfyller sine forpliktelser etter EU/EØS-retten når det for kvinner bare er gitt en beskyttelsespermisjon på 3 uker før fødsel og 6 uker etter fødsel. Graviditetsdirektivet art. 8 sier at kvinner skal ha fødselspermisjon på minst 14 uker før og/eller etter fødselen, men ellers fastsettes i samsvar med nasjonal rett. Forarbeidene fremhever at EF-domstolen<sup>54</sup> gir den enkelte stat en viss margin med hensyn til hvor lang den beskyttede periode skal være.<sup>55</sup> Tilsvarende fremheves også Vigerust.<sup>56</sup> Således kan det synes som om den lovforbeholdte permisjon er i samsvar med EU/EØS-retten. Man kan imidlertid reise spørsmålet om det er riktig at menn og kvinner kan dele permisjon etter 6 uker. En kan utrykke det slik at kvinner har hatt et ”arbeid” ved å føde barn, i ettertid skal man ha en kompensasjon for dette. Om en kvinne er tilstrekkelig restituert etter 6 uker og klar for å jobbe da er et spørsmål. I Danmark har man fulgt opp og gitt kvinner 14 ukers beskyttelsespermisjon. Kanskje skulle man gjort det samme i Norge. Likelønnskommisjonen er opptatt av at menn skal ta mer permisjon, dette vil kunne bidra positivt til kvinnens lønnsutvikling. Imidlertid er det ikke noe i veien for å gi kvinner full lønnskompensasjon under deres lovforbeholdte permisjon se pkt. 4.2.

---

<sup>53</sup> Hedlund(2008a)s.126

<sup>54</sup> Se,blac-411/96premiss68-70

<sup>55</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)pkt.6.3.2s.32

<sup>56</sup> Vigerust(2003)s.110-111

#### **4 Retten til å ikke bli diskriminert i forbindelse med arbeidsvilkår**

Som innledningsvis nevnt vil avhandlingen konsentrere seg om diskrimineringsforbudet under ansettelsen i forbindelse med utnyttelse av permisjonsrettigheter. Arbeidsforholdet består under permisjon jfr. Gillespie-saken<sup>57</sup> og Sari Kiiski-saken<sup>58</sup>. Mens pliktene i arbeidsforholdet er i utgangspunktet satt i bero.<sup>59</sup> Diskrimineringsvernet under ansettelsen refererer seg til arbeidsvilkårene. Med arbeidsvilkår menes arbeidsvilkårene i vid forstand. Det vil være ansettelsesvilkår som blant annet lønn, bonus, forfremmelse, ferie og endring av arbeidsoppgaver/arbeidsstilling. Formålet her er å undersøke hvilke rettigheter den enkelte arbeidstaker har når man er i permisjon eller kommer tilbake fra endt permisjon i henhold til noen av de arbeidsvilkår som gjelder på arbeidsplassen.

Likestillingsloven lovfester ikke noe alminnelig forbud mot diskriminering i forbindelse med arbeidsvilkårene. Imidlertid rammes slik diskriminering av den generelle bestemmelsen i §3 og utfylles blant annet av §4, §5, §6. For å finne ut hvilke rettigheter den enkelte har, må man også søke veiledning i EU/EØS-retten, FNs kvinnekonvensjon, dansk rettspraksis, uttalelser fra ombudet og nemdspraksis.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> C-342/93

<sup>58</sup> C-116/06premiss32

<sup>59</sup> Vigerust(1998)s.395

<sup>60</sup> Vigerust(1998)s.335

#### 4.1 Retten til lønnsdekning under permisjon.

Lønn er et viktig arbeidsvilkår. Spørsmålet som skal drøftes her er hvilke rettigheter arbeidstaker har i henhold til lønnsdekning når denne har permisjon.

Etter norsk rett har man ikke krav på full lønn under fødselspermisjon, fedrekvoté eller foreldrepermisjon, jfr. folketrygdloven kapittel 14. Arbeidstaker har krav på lønn (foreldrepenger) inntil 6G jfr. fltrl. §14-7 og §8-10. Dersom man har lønn under 6G vil det i midlertidig tilsi at man kan få full lønnsdekning dersom man tar ut permisjon i 44 uker med 100 % dekning av lønn jfr. fltrl. §14-9. For de som har lønn over 6G kan det være slik at arbeidsgiver har avtaler som gir arbeidstaker full lønn under permisjonen. Det vil si at arbeidsgiver betaler lønn utover folketrygdens grense på 6G. Dersom man skal ha krav på full lønn under permisjon må det altså følge av individuell avtale eller tariffavtale. Etter EU/EØS-retten har man heller ikke krav på full lønn. I Boyle-saken<sup>61</sup> og Gillespie-saken<sup>62</sup> uttaler domstolen at man etter de EU-rettslige regler ikke har krav på full lønn under permisjonen med bakgrunn i at arbeidstaker i permisjon ikke kan sammenlignes med arbeidstaker i jobb. Men man har krav på en passende ytelse tilsvarende det man har krav på ved sykefravær etter graviditetsdirektivet art.11 nr.3.<sup>63</sup> Dette retter seg bare mot art.8 i direktivet, det vil si at det omfatter kvinnens fødselspermisjon og ikke menns lovforbeholdte permisjon eller foreldrepermisjon. Foreldrepermisjonsdirektivet overlater til statene den nærmere gjennomføringen av betaling av sosiale ytelser under permisjon. Men det fremholdes at naturalytelsene som utbetales gjennom syketrygden bør opprettholdes i minimumsperioden for foreldrepermisjon og at man bør vurdere å opprettholde rettigheter til trygdeytelser i minimumsperioden for foreldrepermisjon, som etter direktivet er på 3

---

<sup>61</sup> C-411/96

<sup>62</sup> C-342/93

<sup>63</sup> Direktiv92/85/EØF



måneder.<sup>64</sup> Ingen av direktivene synes å gi menn rett til passende ytelse under deres lovforbeholdte permisjon. Etter norsk rett har arbeidstaker på nærmere vilkår krav på foreldrepenger når man tar permisjon. For kvinners del synes det å være samsvar mellom norsk rett og EU/EØS-retten. Det kan imidlertid reises spørsmål om menns krav på stønad er i samsvar med diskrimineringsdirektivet<sup>65</sup> og foreldrepermisjonsdirektivet.

Selv om foreldrepermisjonsdirektivet ikke gir rett til stønad gir den foreldre rett til permisjon i minimum 3 måneder. Når man ikke har krav på stønad vil retten til permisjon fort bli illusorisk. Etter norsk rett har menn ikke krav på foreldrepenger (utover fedrekvoten) hvis ikke mor går ut i arbeid eller/og tar utdanning eller ikke kan dra omsorg for barnet på grunn av sykdom jfr. fltrl. §14-13. En rett til foreldrepermisjon etter arbeidsmiljøloven gir da lite hvis man ikke har krav på stønad. Som ombudet uttaler, så forskjellsbehandles mor og far her, på bakgrunn av at et tilsvarende krav ikke gjelder for mor.<sup>66</sup> Hvorvidt dette er i strid med EU/EØS-retten eller ikke, vil en slik ordning kunne medføre at noen menn i noen tilfeller ikke tar ut permisjon.

Dernest er det spørsmål om forholdet til diskrimineringsdirektivet. Det følger av premiss 27, at det skal gjelde de samme betingelser for medlemsstatenes ytelse til kvinner og menn i forbindelse med en personlig og ikke-overførbar rett til permisjon etter et barns fødsel. Personlig og ikke-overførbar rett til permisjon vil tilsi permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn. Etter norsk rett er det 2 ukers omsorgspermisjon og 6 uker med fedrekvote. Selv om 2 ukers omsorgspermisjon for far kan overføres til en annen omsorgsperson dersom ikke foreldrene bor sammen jfr. aml. §12-3, må uttrykket ”ikke-overførbar rett” ses i sammenheng med premiss 26. Her vises det til at statene tidligere har blitt oppfordret til å gi fedre personlig rett til permisjon som ikke kan overføres til mor. Det første spørsmålet er om kravet etter premiss 27 står seg i forhold til at menn ikke fullt ut har selvstendig rett til fedrekvote. Fedrekvoten på 6 uker er innbakt i

---

<sup>64</sup> Direktiv96/34/EF,rådets uttalelser premiss10og11,generelle betraktninger premiss9,10og11

<sup>65</sup> Direktiv2006/54/EFpremiss27

<sup>66</sup> <http://www.ldo.no/no/Kjonn/Rettigheter/Foreldrepermisjon-fordeling-mellom-far-og-mor/>

foreldrepengeordningen. For begge kjønn er det krav om arbeidstilknytning for å kunne opptjene rett til foreldrepenger jfr. fltrl §14-6. Men fltrl. §14-12 viser at selv om far har oppfylt vilkåret så kreves det at mor skal ha arbeidstilknytning i minimum halv stilling for at menn skal kunne ta ut fedrekvote. Mors uttak av foreldrepenger er ikke avhengig av fars rettigheter, men fars rettigheter er således til en viss grad avledet fra mor. Dette synes ikke å være i samsvar med diskrimineringsdirektivet. Diskrimineringsombudet har også uttalt i forbindelse med forslaget om tredeling av permisjonen at en slik ordning diskriminerer far og er helt uakseptabel.<sup>67</sup> Dernest er det spørsmål om hvorvidt 2 ukers omsorgspermisjon som ikke gir rett på stønad er forenelig med diskrimineringsdirektivet. Dette er en permisjon som er gitt for at mannen skal kunne bistå mor. Hotvedt og Syse sier at som regel har arbeidstaker rett til full lønn under en slik permisjon på bakgrunn av individuell avtale eller tariffavtale. Tilsvarende er også uttalt i lovkommentaren til arbeidsmiljøloven.<sup>68</sup> Imidlertid kan dette ikke rette på det forhold at det skal gjelde de samme betingelser for ytelser til kvinner og menn i forbindelse med en rett til en personlig og ikke-overførbar permisjon. Barne – og likestillingsdepartementet har uttalt at diskrimineringsdirektivet ikke medfører endringer i norsk rett. Hvorvidt forholdet er vurdert fremkommer ikke. De uttaler bare at direktivet er en samling av de tidligere direktiver. I så måte synes de å legge til grunn at rettstilstanden er den samme som tidligere. Videre sier de at Norge er forpliktet til å sikre at norsk rett er i samsvar med direktiver og EF-domstolens fortolkning av disse.<sup>69</sup> Mye kan tyde på at norsk rett her ikke oppfyller de krav som EU/EØS-retten stiller. Likelønnskommisjonen har imidlertid fremmet forslag om at regjeringen bør vurdere om menn skal kunne ha selvstendige rettigheter i forbindelse med foreldrepenger (herunder fedrekvote) uavhengig av mors aktivitet før og etter fødsel.<sup>70</sup> Dette er i midleritidig fremmet på bakgrunn av at man ønsker at menn skal ta mer permisjon og ikke i forhold til nevnte premiss i diskrimineringsdirektivet.

---

<sup>67</sup> <http://www.ldo.no/no/TopMenu/Aktuelt/Nyheter2/2008/Melding-om-menn-mannsroller-og-likestilling/>

<sup>68</sup> Hotvedt(2009)s.86-87,Dalheim(2009)note367

<sup>69</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-og>

[efta/eos/aktuelt/rettsaker/2008/rettsaker\\_140308.html?id=502611#BLD](http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-og/efta/eos/aktuelt/rettsaker/2008/rettsaker_140308.html?id=502611#BLD)

<sup>70</sup> NOU 2008:6 pkt.15.2.4

Oppsummeringsvis er det altså slik at arbeidstaker ikke har krav på full lønn uten at det foreligger avtale. Men man har på nærmere vilkår krav på lønnsdekning inntil 6G gjennom folketrygden. Imidlertid skal det nevnes at dersom arbeidstakere har rett til full lønn ved sykefravær kan det tenkes at tilsvarende skal gjelde for arbeidstakere i permisjon.<sup>71</sup> Dette synes noe annerledes etter EU/EØS – retten. Etter EU/EØS – retten kan ikke arbeidstaker i permisjon sammenliknes med arbeidstaker som har sykefravær.<sup>72</sup> Det kreves etter EU/EØS-retten at kvinner har krav på passende ytelse ved fødselspermisjon. Ved foreldrepermisjon er det overlatt til statene den nærmere gjennomføringen av betaling av sosiale ytelser. Når begge kjønn er gitt lovforbeholdte permisjoner, skal det gjelde de samme betingelser for ytelse til menn som for kvinner i forbindelse med en slik permisjon. For kvinners del synes det å være samsvar mellom norsk rett og EU/EØS – retten. Men hva gjelder menns rettigheter etter norsk rett synes det bare å være delvis i samsvar med hva som følger EU/EØS-retten.

---

<sup>71</sup> Andersen(2006)s.213,Vigerust(1998)s.355

<sup>72</sup> C-411/96premiss29-44

## 4.2 Særrettigheter for det ene kjønn – full lønn bare til de kvinnelige arbeidstakerne

Arbeidsgiver kan altså gjennom tariffavtale eller individuell avtale forplikte seg til å betale full lønn under permisjon. Problemstillingen som jeg vil ta opp her er om arbeidsgiver har adgang til å gi kvinner full lønn under deres permisjon uten å gi de tilsvarende rettigheter til menn.

EF – domstolen praksis hva gjelder Abdoulaye og Griesmar-saken viser at det er et skille mellom kvinners lovforbeholdte permisjon og foreldrepermisjon.<sup>73</sup> Hvis formålet med en ytelse (full lønn) til en kvinnelig ansatt er å beskytte henne i perioden etter fødselen og i forbindelse med morsrollen, vil en mann som gjør krav på samme behandling i denne perioden, ikke anses for å befinne seg i en sammenliknbar situasjon. Kvinnens beskyttelsesperiode er en fraværperiode forbeholdt kvinner og kvinnen er da i en situasjon som ikke kan sammenliknes med menn. Men den etterfølgende foreldrepermisjonsperioden er en fraværrett som gjelder både kvinner og menn og situasjonen er dermed sammenliknbar for kvinner og menn. Likebehandlingsprinsippet, herunder likelønnsprinsippet gjør seg gjeldende.<sup>74</sup> Dette følger av EF-domstolens faste praksis som sier at det foreligger forskjellsbehandling dersom det i sammenliknbare situasjoner anvendes forskjellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelsen anvendes på forskjellige situasjoner.<sup>75</sup> Spørsmålet er imidlertid om unntak kan aksepteres.

Likestillingsloven omfatter også arbeidsvilkår under foreldrepermisjon, utenfor kvinnens beskyttede periode. Dersom det er slik at kvinner har krav på full lønn under foreldrepermisjon skal mannlige ansatte ha samme rettigheter i utgangspunktet jfr. likestl. §3. Men forskjellsbehandling av kvinner og menn her er ikke forbudt dersom det er i

---

<sup>73</sup> C-218/98,C-366/99

<sup>74</sup> Andersen(2006)s.163

<sup>75</sup> Andersen(2006)s.161

samsvar med lovens formål om å fremme likestilling mellom kjønnene eller det gjelder særlige rettigheter og regler om tiltak som skal beskytte kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming, jfr. likestl. §3a.

I Hofmann-saken uttalte domstolen at medlemsstatene har adgang til å gi en kvinne forlenget permisjon med dagpenger (utover lovforbeholdt permisjon) uten at det tilsvarende måtte gjelde for menn. Dette falt inn under unntaksadgangen etter likebehandlingsdirektivet art.2 (3), om positiv særbehandling. Det lå innenfor statenes skjønnsmargin å treffe foranstaltninger som skulle beskytte kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel, og som kunne utlikne forskjellene mellom kjønnene.<sup>76</sup>

Nemda har behandlet to saker om spørsmålet som ikke er helt entydige i sitt resultat. I LKN-1990-8 kom flertallet til at for kvinnens fødselspermisjon i 6 uker var det adgang til å forskjellsbehandle, med bakgrunn i at denne perioden etter loven var forbeholdt kvinner og knyttet til kvinnens biologiske funksjon etter fødsel. Utover disse 6 ukene kunne det gis særrettigheter dersom disse var knyttet til ”biologiske, naturgitte forhold”. Men det måtte dreie seg om forhold som gjorde det nødvendig at kvinnen hadde permisjon, for eksempel at hun ammet. Grensen for hvor langt tid forskjellsbehandling kunne vedvare etter §3(3) nåværende §3a uttaler ikke nemda seg om, men 24 uker var en for lang tid. Det å gi en særrett til full lønn utover de 6 ukene kun med den begrunnelse at det var snakk om kvinner holdt ikke. Når det har gått en viss tid etter fødselen, er permisjonen begrunnet i omsorg for barnet. Permisjon begrunnet i omsorg var ikke omfattet av §3(3), nåværende §3a. Dette er også i tråd med det EF-domstolen uttaler i C-312/86 at særrettigheter for kvinner i egenskap av foreldreskap generelt ikke kan aksepteres. Beskyttelse av kvinner i kraft av at de er foreldre gjelder ikke bare kvinner, men også tilsvarende for menn. Videre uttalte nemda at omsorg for små barn er et fellesansvar for foreldrene og en særbehandling av kvinner motvirker at menn tar ut mer permisjon. Slike ordninger medfører at kvinner føler

---

<sup>76</sup> C-184/83

seg tvunget til å ta ut hele permisjonen av økonomiske grunner. Særbehandlingen av kvinner hva gjaldt omsorgspermisjonen (foreldrepermisjon nå) stod seg ikke.

I LKN-1994-4 var det snakk om en mannlig journalist som hevdet seg forskjellsbehandlet ved at han ikke fikk full lønn ved foreldrepermisjon slik de kvinnelige journalistene fikk etter journalistavtalen. Mannen ønsket å ta ut 12 ukers permisjon. I utgangspunktet sa nemda at når arbeidsgiver betalte full lønn til kvinner, men ikke menn, var dette forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven §3(1). Spørsmålet i saken var om slik forskjellsbehandling var lovlig etter §3(3) nåværende §3a om særbehandling av det ene kjønn. Nemda kom til at særbehandlingen hadde tilstrekkelig saklig begrunnelse. Begrunnelsen var amming og fare for at den økonomiske ordning kunne opphøre. Hva gjaldt fedrekvoten som var på 4 uker kom flertallet til at fedre hadde krav på full lønn. En slik rett bygget på omsorgssynspunkter. Forskjellsbehandling ville da være knyttet til kjønn. Eneste begrunnelse for å opprettholde en slik forskjellsbehandling var risikoen for at ordningen ville falle bort hvis den ikke var forbeholdt kvinner. Det var ikke en saklig begrunnelse. Ved permisjon utover fedrekvoten var det ikke i strid med likestillingsloven og ikke utbetale full lønn.

I den første saken går nemda for at kvinner og menn skal ha delt omsorg, mens nemda legger større vekt på kvinners biologiske funksjon i saken fra 1994. I 1996 uttalte ombudet at de nok ville legge seg på linje med delt omsorg. Slik at full lønn til mor under foreldrepermisjon også måtte gjelde far.<sup>77</sup>

Ombudet har nylig uttalt i sak 08/1047 at arbeidsgiver bryter likestillingsloven dersom de gir kvinner full dekning av lønnstap ved foreldrepermisjon og ikke gir menn tilsvarende rettigheter. Menn fikk bare dekket lønn i sin lovforbeholdte foreldrepermisjons periode, mens kvinner fikk dekket full lønn både for den lovforbeholdte del og resterende foreldrepermisjon. Ombudet vurderte imidlertid om arbeidsgivers tiltak kunne anses som

---

<sup>77</sup> Vigerust(1998)s.163

lovlig etter unntaket om positiv særbehandling likestl. §3a. Bedriften begrunnet ordningen med at de ønsket å rekruttere flere kvinner til selskapet. Ombudet uttalte i så måte at det var positivt at arbeidsgiver iverksatte tiltak for å motvirke kjønnskjevheter. Men uttaler deretter at;

*”Det er imidlertid ombudets oppfatning at arbeidsgiverens ulike dekning av lønn ved uttak av foreldrepermisjon, snarere manifesterer tradisjonelle kjønnsrollemønstre enn å fremme likestilling. Etter ombudets syn kan tiltaket med ulik dekning av lønnstap ved uttak av foreldrepermisjon, medføre at det primært er kvinner som tar foreldrepermisjon. Dette for å forhindre at familien rammes økonomisk ved uttak av foreldrepermisjon.*

*Dersom menn blir gitt like gode vilkår ved foreldrepermisjon, kunne andelen menn som tok lengre foreldrepermisjon ha økt. Tiltaket fremstår derfor ikke som egnet til å realisere lovens formål om å fremme likestilling.”<sup>78</sup>*

Elisabet Vigerust reiser spørsmålet om hvorvidt det overhodet er adgang til å benytte seg av unntaksreglene i §3(3)2 pkt. nåværende §3a ved å gi kvinner særrettigheter (full lønn) i forbindelse med foreldrepermisjon og ikke menn. Hun hevder at det muligens må være begrensninger i denne adgangen på bakgrunn av at det ikke gjøres unntak fra likelønnsprinsippet i likelønnsdirektivet og EF-traktaten art.141. Verken ordlyden i likelønnsdirektivet eller EF-traktaten art.141 (1) og (2) tillater særbehandling med hensyn til lønn. Denne begrensningen fremgår ikke av likestillingsloven. Hun uttaler at for det tilfellet det er snakk om fraværsrett som bare gjelder kvinner er ikke likelønnsprinsippet aktuelt. Dette viser også avgjørelsen fra EF-domstolen i Abdoulaye saken og Griesmar saken.<sup>79</sup> Vigerust fremholder videre at når begge kjønnene etter norsk rett gis rett til omsorgspermisjon (nå foreldrepermisjon) etter fødselen, synes en avtale som bare gir mor rett til full lønn i perioden å komme i konflikt med likelønnsprinsippet.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> LDO;saksnr;08/1047

<sup>79</sup> C-218/98,C-366/99

<sup>80</sup> Vigerust(2003)s.152ogs.166

Selv om man ved diskrimineringsdirektivet har samlet likelønnsdirektivet og likebehandlingsdirektivet i et direktiv, er det ikke gitt noen unntaksadgang fra likelønnsprinsippet.<sup>81</sup> Art.3 om positive foranstaltninger viser til art.141 (4) i EF-traktaten, som bare gir statene adgang til å gjøre unntak fra prinsippet om likebehandling. Men spørsmålet her er om likebehandlingsprinsippet er et mer overordnet prinsipp, slik at prinsippet om likelønn kan sies å gå inn under dette prinsippet. EF-domstolen har uttalt i Krüger-saken, Boyle-saken og Gillespie-saken at likebehandlingsdirektivet ikke omhandler lønn i art. 119s (nåværende 141) forstand.<sup>82</sup> Men likebehandlingsdirektivet ble endret ved direktiv 2002/73/EF. Art.3 (1) c lar likebehandlingsprinsippet omfatte lønn som er omhandlet i likelønnsdirektivet. Dette er videreført i diskrimineringsdirektivet i art.1 (2) b og art.14 (1) c. Også slik Vigerust selv fremstiller det synes likebehandlingsprinsippet å omfatte likelønnsprinsippet; *”Et element av likebehandlingsprinsippet er retten til lønn for arbeid av lik verdi.”*<sup>83</sup> I så måte kan man egentlig si at det eksisterer en unntaksadgang fra likelønnsprinsippet og Vigerusts synspunkt kan diskuteres. Det må videre påpekes at domstolen i Griesmar saken også synes å forutsette at det eksisterer unntaksadgang fra likelønnsprinsippet.<sup>84</sup> Hedlund og Semner skriver også at særbehandling av det ene kjønn etter § 3a vil i praksis kunne innebære unntak fra likelønnsprinsippet.<sup>85</sup>

Løsningen i dansk rett er at det ikke er adgang til å betale full lønn til mor og ikke til far under foreldrepermisjonen.<sup>86</sup> Beskæftigelsesministeren har således uttalt at;

*”Ligebehandlingslovens regler om graviditetsorlov og barselorlov i 14 uger efter fødslen er begrundet i antagelsen om, at kvinder i almindelighed har behov for en særlig beskyttelse i forbindelse med graviditet og barsel, jf. Ligebehandlingslovens § 1, stk. 3, og EU's graviditetsdirektiv.*

---

<sup>81</sup> Direktiv2006/54/EF

<sup>82</sup> C-281/97,C-411/96,C-342/93

<sup>83</sup> Vigerust(2003)s.116

<sup>84</sup> C-366/99premiss42-45

<sup>85</sup> Hedlund(2008a)s.240

<sup>86</sup> Krarup(2004)s.143



*Ligebehandlingsloven omfatter desuden de arbejdsvilkår, som ydes kvindelige og mandlige ansatte i forældreorlovsperioden, hvor der ikke længere forudsættes særlig beskyttelse af kvinden.*

*De nye barselorlovsregler, jf. lov nr. 141 af 25. marts 2002, berettiger både mødre og fædre til 32 ugers forældreorlov. Det er min opfattelse, at en arbejdsgiver, der yder fuld løn til sine mandlige eller kvindelige medarbejdere i en forældreorlovsperiode eller en del deraf, vil være forpligtet til at yde det andet køns medarbejdere de samme rettigheder inden for samme overenskomstområde på samme virksomhed.”<sup>87</sup>*

Avgrensningen i dansk rett må imidlertid sees i sammenheng med at mødre er forbeholdt fødselspermisjon i 14 uker etter fødsel. Etter norsk rett er kvinne bare forbeholdt 6 uker permisjon etter fødsel.

I henhold til forarbeidene skal unntaksregelen i §3a fortolkes snevert.<sup>88</sup> Etter nemdspraksis kan særrettigheter kun gis med begrunnelse i kvinners biologiske rolle i forbindelse med graviditet, fødsel og amming. Tilsvarende må sies å følge av EF-domstolens praksis<sup>89</sup>. Det avgjørende er at det er snakk om beskyttelse av kvinnen i forbindelse med fødsel, graviditet og amming. Omsorgsrollen/foreldrerollen kan ikke begrunne en særrett.<sup>90</sup> Nemdspraksis vektlegger amming som begrunnelse for en særrett for kvinner under foreldrepermisjon. Hvor langt ut i foreldrepermisjonen amming kan begrunne en særrett uttaler nemda seg ikke om. Men ut fra de to sakene et sted mellom 12-24 uker. Det må imidlertid nevnes at kvinner har rett til ammeferie fra sitt arbeid jfr. aml. §12-8. Dette vil kunne spille inn i en konkret sak. På den annen side er det ikke alle som har mulighet til å amme på jobb. Det kan tenkes at reiseveien til arbeidsplassen er såpass lang, slik at det blir praktisk vanskelig å gjennomføre en amming. Samtidig vil ugunstige forhold på jobben som stress medføre at

---

<sup>87</sup> [http://www.folketinget.dk/Samling/20021/udvtilag/AMU/Almdel\\_bilag135.htm](http://www.folketinget.dk/Samling/20021/udvtilag/AMU/Almdel_bilag135.htm)

<sup>88</sup> Ot.prp nr.77(2000-2001)s.113

<sup>89</sup> C-184/83,C-222/84,C-312/86,C-285/98,C-366/99

<sup>90</sup> SeogsåOt.prp.nr.77(2000-2001)s.48

det er vanskelig å kunne amme, slik ombudet fremhevet i saken fra 1994.<sup>91</sup> Videre peker nemda på at en særrett for kvinner til full lønn motvirker at menn tar permisjon. I Hofmann-saken uttaler imidlertid domstolen at diskrimineringsforbudet ikke omfatter arbeidsdelingen i familien. At ordninger som særrettigheter til full lønn kan motvirke at menn tar permisjon, rammes ikke. Hofmann-saken går også langt i å godta særrettigheter for kvinner, inntil 6 måneder etter fødsel. Men dommen er gammel og samfunnsutviklingen og tiden som har gått medfører kanskje at domstolen ikke vil innta samme standpunkt nå. På tidspunktet for avgjørelsen var det ikke gitt adgang til foreldrepermisjon. Ved foreldrepermisjonsdirektivet fikk begge foreldre rett til permisjon, men spørsmålet om betaling av sosiale ytelser under permisjonen ble overlatt til statene.<sup>92</sup> Videre var ikke menn beskyttet av likebehandlingsdirektivet på den tid. Det ble de ved endringsdirektivet i 2002 og det nye diskrimineringsdirektivet fra 2006.<sup>93</sup>

Ut fra betraktningene ovenfor kan man argumentere for at det skal svært mye til for at arbeidsgiver har adgang til å gi kvinner full lønn under foreldrepermisjon, uten å gi tilsvarende rettigheter til menn. Det kan også nevnes at likelønnskommisjonen har kommet med et forslag om 3-deling av permisjonen.<sup>94</sup> Det vil si at større del av permisjonen skal forbeholdes menn. I dagens samfunn er det således et ønske om at menn skal ta ut mer permisjon. Dette fremheves også i forarbeidene.<sup>95</sup> Ordninger med ulik lønnsdekning kan motvirke at menn tar ut mer permisjon ut fra at dette da vil ramme familien økonomisk. Det synes unaturlig at arbeidsgiver skal kunne legge føringer for hvem som skal ta ut permisjonen, når denne kan deles fritt. Her kan man også trekke linjer til familiehensynsprinsippet som legger vekt på et kjønnsnøytralt diskrimineringsvern for arbeidstakere med omsorgsoppgaver. Til støtte for et slikt familiehensynsprinsipp har man blant annet FNs kvinnekonvensjon art.11 (2) c som sier at statene skal legge til rette for

---

<sup>91</sup> LKN-1994-4

<sup>92</sup> C-184/83,direktiv96/34/EF,Andersen(1999)s.143-144

<sup>93</sup> Carlson(2007)s.63,direktiv2002/73/EFpremiss13og2006/54/EFpremiss26og11

<sup>94</sup> NOU2008:6 pkt.15.2.4

<sup>95</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.37-38

sosiale støtteordninger som gjør det mulig for foreldre å kombinere sine familieforpliktelser med yrkesutøvelse. Videre har man ILO – konvensjonen nr. 156 om like muligheter og likebehandling av arbeidstakere med familieforpliktelser og foreldrepermisjonsdirektivet hvor retten til permisjon skal gjelde alle arbeidstakere. Særrettigheter for kvinner i forbindelse med foreldrepermisjon synes vanskelig å forsvare overfor menn som har omsorgsoppgaver ved foreldrepermisjon.<sup>96</sup>

Konklusjonen er altså at for kvinners lovforbeholdte permisjon har ikke menn krav på full lønn. Derimot, hva gjelder foreldrepermisjon synes det vanskelig å la seg gjøre for arbeidsgiver å forskjellsbehandle ved å betale full lønn til bare kvinner. Løsningen som ombudet skisserer er at enten gis både kvinner og menn full lønn under hele permisjonstiden, eller så gis det full lønn til kvinner og menn kun for den permisjon som er forbeholdt det ene kjønn, ellers så må arbeidsgiver la være å kompensere lønnsdifferansen for begge kjønn.<sup>97</sup> Jeg mener reelle hensyn og rimelighetsbetraktninger taler for en slik løsning.

---

<sup>96</sup> Vigerust(2000)s.3-22

<sup>97</sup> LDO;saksnr;2004/084

### 4.3 Retten til å nyte godt av bedring av arbeidsvilkår

Det følger av likestillingsloven §3 og EU/EØS-retten at forbudet mot graviditetsdiskriminering innebærer at den som tar permisjon ikke skal få svekket sin stilling som følge av permisjonen.<sup>98</sup> Etter likebehandlingsdirektivet art.2 nr.7, diskrimineringsdirektivet art.15, skal kvinner *”ha rett til å nyte godt av enhver bedring av arbeidsvilkår som hun ville hatt rett til under sitt fravær.”*<sup>99</sup> Etter diskrimineringsdirektivet art.16 om fædreorlov heter det at man skal sikre de mannlige arbeidstakere *”ret til at drage fordel af de forbedringer i arbeidsforholdene, som de ville have været berettiget til under deres fravær.”*<sup>100</sup> Etter foreldrepermisjonsdirektivet klausul 2 art.6 følger det at *”de rettigheter som arbeidstakeren har opparbeidet eller er i ferd med å opparbeide på det tidspunkt foreldrepermisjonen trer i kraft, skal opprettholdes uendret inntil foreldrepermisjonen utløper. Ved utløpet av foreldrepermisjonen skal disse rettighetene, herunder endringer som følge av nasjonal lovgivning, kollektivavtaler og gjeldende praksis, få anvendelse.”*<sup>101</sup> Det følger av FNs kvinnekonvensjon art.11 (1) c at staten skal sikre kvinner de samme rettigheter hva gjelder alle ytelser og vilkår knyttet til arbeidet.

I det følgende skal det med utgangspunkt i disse direktiver drøftes hvilke rettigheter som kan utledes fra bestemmelsen om at arbeidstaker i permisjon har rett til å nyte godt av bedring av arbeidsvilkår.

---

<sup>98</sup> C-136/95,C-342/01,C-284/02,C-294/04

<sup>99</sup> Direktiv76/207/EØFm/endringer2002/73/EFogdirektiv2006/54/EF

<sup>100</sup> Direktiv2006/54/EF

<sup>101</sup> Direktiv96/34/EF

#### 4.3.1 Retten til lønnsvekst og bonus

Spørsmålet som skal behandles her er om arbeidstakere i permisjon har rett til lønnsforhøyeleser og bonuser som deres kollegaer oppnår mens man er i permisjon. Først og fremst hva gjelder lønnsvekst vil jeg se på forholdet der arbeidstaker har avtale om full lønn, men jeg vil også se på hva som gjelder dersom man ikke har en slik avtale.

Likestl. §5 gjennomfører likelønnsdirektivet.<sup>102</sup> Likelønnsprinsippet tilsier at kvinner og menn skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Når det avtales full lønn under permisjon gjelder likelønnsreglene tilsvarende som ellers.<sup>103</sup> Dersom det er snakk om ulik lønn som har sammenheng med permisjon, er det imidlertid ikke avgjørende at det er snakk om arbeid av lik verdi. Forholdet vurderes etter likestl. §3.<sup>104</sup>

Dersom en arbeidstaker har rett til full lønn i permisjonstiden oppstår spørsmålet om hun/han da har rett til å nyte godt av en eventuell lønnsøkning under permisjonen.<sup>105</sup>

EF-domstolen har behandlet en rekke saker om likelønnsprinsippet og diskriminering av kvinner i sammenheng med graviditet og fødselspermisjon. Det følger av EF-domstolen sin avgjørelse i Gillespie-saken at ansettelsesforholdet består i permisjonstiden. Av den grunn har arbeidstaker rett til å nyte godt av en eventuell lønnsøkning i tiden mellom referanseperioden og utløpet av permisjonen.<sup>106</sup> Referanseperioden er den lønnsperiode som legges til grunn for beregning av lønnen under permisjonen. I Mayer saken utalte domstolen at kvinner som delvis får lønn av arbeidsgiver under lovbestemt fødselspermisjon skal kunne opptjene rett til forsikringspensjon.<sup>107</sup> I Alabaster-saken ble

---

<sup>102</sup> Direktiv 75/117/EØF, 2006/54/EF art. 4

<sup>103</sup> Krarup(2004)s.139

<sup>104</sup> Vigerust(2008)s.207

<sup>105</sup> Vigerust(1998)s.356

<sup>106</sup> C-342/93

<sup>107</sup> C-356/03

det fastslått at når en kvinne er sikret inntekt i henhold til nasjonale regler og denne inntekten beregnes på grunnlag av den lønn hun mottok før fødselspermisjonen, skal det i denne lønnen tas hensyn til lønnsforhøyelser som er gitt før og etter fødselspermisjonen.<sup>108</sup> EF-domstolen kom i Mau-saken til at for å beskytte arbeidstaker mot indirekte diskriminering på grunnlag av kjønn, skulle man se bort fra foreldrepermisjon ved beregning av den periode som var avgjørende for lønnsgaranti ved arbeidsgivers insolvens.<sup>109</sup> Det følger således av EF-domstolens praksis at kvinner som mottar full lønn under fødselspermisjonen skal ha krav på generelle lønnsforhøyelser som de andre ansatte får, under sin permisjon.<sup>110</sup>

Hva gjelder lønnsforhøyelse under permisjon foreligger det ikke noen avgjørelse fra EF-domstolen om dette spørsmålet i forhold til fedrekvote, foreldrepermisjon og forhold hvor det ikke foreligger avtale om full lønn. Ut fra den overfor nevnte EU-praksis og foreldrepermisjonsdirektivet art.2 nr.6, C-116/06 premiss 32, likebehandlingsdirektivet art.2 nr.7 og art.15 og art.16 i diskrimineringsdirektivet må en kunne slutte at alle arbeidstakere skal ha rett til å nyte godt av fordeler som følger av stillingen i seg selv, herunder generelle tillegg etter sentrale forhandlinger, alminnelige lønnsjusteringer i virksomheten og oppgradering av stillingskategori til en høyere lønnsklasse.<sup>111</sup> Det samme uttales av nemda i LDN-2006-22. Kvinnen hadde tatt permisjon i 1 år. Nemda uttalte ("obiter dictum") at ansatte som er i fødselspermisjon har rett til generelle lønnstillegg som andre ansatte får etter likestl. §5. Dette synes å være lagt til grunn av ombudet også. Hva gjelder spørsmålet om hvilket tidspunkt man skal kunne få utbetalt en lønnsøkning på når man er i permisjon, synes dette noe annerledes ifølge likestillings – og diskrimineringsombudet. Hva som er virkningstidspunktet for lønnsforhøyelser for de som har krav på full lønn under permisjonen er ikke klart fastlagt. Ombudet sier at de som har krav på full lønn under permisjonen har ingen automatisk rett til lønnsøkning mens de er i

---

<sup>108</sup> C-147/02

<sup>109</sup> C-160/01

<sup>110</sup> Krarup(2004)s.139,Andersen(2006)s.213-215

<sup>111</sup> SeogVigerust(2008)s.208

permisjon. Videre sier de at i stat og kommune forstås ”full lønn” som en rett til å få utbetalt lønnsforhøyelser i permisjonstiden fra samme tidspunkt som sine kolleger. I privat næring vil dette avhenge av en tolkning av avtalen. Avgjørende etter likestillingsloven er at kvinner og menn i fødselspermisjon behandles likt, og at fravær på grunn av fødselspermisjon ikke behandles strengere enn annet fravær.<sup>112</sup>

Elisabeth Vigerust på sin side skriver at det må antas at endringer får virkning fra samme tid som for arbeidstakere i arbeid.<sup>113</sup> Det vil si at man skal likestilles med de som er i arbeid.

Spørsmålet er så hva som gjelder for de som ikke har krav på full lønn under permisjon. Etter dansk rett antas det at kvinnelige arbeidstakere som alene har rett på dagpenger under fødselspermisjonen også har rett til sedvanlige lønnstigninger når arbeidet gjenopptas. Videre at de har rett til å være med på lønnsforhandlinger.<sup>114</sup>

Ombudet uttaler at fødselspenger (nå foreldrepenger) etter folketrygdloven beregnes ut fra lønnen ved permisjonens start og reguleres ikke i løpet av permisjonstiden. Det vil si at disse arbeidstakerne har krav på å få lønnsforhøyelse når de kommer tilbake til jobb igjen.

Det kan også nevnes at likelønnskommisjonen har fremmet forslag om at det skal tariffestet en rett til gjennomsnittlig lønnstillegg for foreldre i foreldrepermisjon. Videre at en slik rett bør vurderes lovfestet slik at områder i privat sektor som ikke er omfattet av tariffavtale dekkes.<sup>115</sup>

Konklusjonen er altså at generelle lønnstillegg skal komme arbeidstaker i permisjon til gode. Tidspunktet for når man får lønnstillegg utbetalt avhenger av om man bare mottar foreldrepenger eller om man får full lønn av arbeidsgiver.

---

<sup>112</sup> <http://test.seria.no/likestillingsombudet.no/diskriminert/faktaarkpermisjonogloann.html>

<sup>113</sup> Vigerust(1998)s.357

<sup>114</sup> Krarup(2004)s.140,Andersen(2006)s.218

<sup>115</sup> NOU2008:6pkt.15.2.5

Alle arbeidstakere som er ute i permisjon skal også ha rett til å fremme krav under lokale lønnsforhandlinger. Selv om det i slike forhandlinger er vanlig å legge vekt på arbeidsinnsatsen det siste året, kan ikke arbeidsgiver legge vekt på at arbeidstaker er ute i permisjon. Det vil være i strid med forbudet mot diskriminering. Det vil være direkte diskriminering dersom snakk om permisjon forbeholdt det ene kjønn §3 (2) nr.2 eller indirekte diskriminering dersom det er snakk om lengre permisjon.<sup>116</sup> I LKN-2005-31 var en kvinnelig arbeidstaker den eneste av de høyt prioriterte rådgiverne som ikke fikk opprykk til høyere lønnstrinn ved de lokale lønnsforhandlingene. Å legge vekt på graviditeten og forestående fødselspermisjon var diskriminering i strid med likestillingsloven. Imidlertid følger det av nemdas praksis at det må foreligge grunnlag for vurdering, at arbeidstaker har vært i arbeid i løpet av året.<sup>117</sup> Hvor stor del av året man må ha vært i arbeid for å bli vurdert synes ikke å kunne fastslås som en generell regel. Arbeidsgiver må ha en viss periode å forholde seg til. Men ansatte som er i permisjon skal ikke behandles strengere enn ansatte som har fravær av andre grunner.<sup>118</sup>

Det som gjelder for lønnsvekst må tilsvarende kunne sies å gjelde for bonus. Bonus er å anse som en del av arbeidstakers lønn. Dette følger av likelønnsbestemmelsen i likestl. §5 og EF-domstolens praksis vedrørende likelønnsdirektivet og art.141 i EF-traktaten.<sup>119</sup> Bonus, som er en belønning for utført arbeid, har arbeidstaker krav på å få utbetalt selv om man er i permisjon. Tilsvarende gjelder for generelle bonuser som ikke er knyttet opp mot oppnådde resultater og som alle ansatte får. Slike bonuser kan neppe avkortes for de som er/har vært i permisjon. Derimot stiller det seg nok annerledes hva gjelder resultatorienterte engangsbonuser. Disse må kunne begrenses til de som var i arbeid i største delen av perioden eller at man gjør et forholdsmessig fradrag ut fra permisjonstiden for den som er/har vært i permisjon.<sup>120</sup> Dette fremholdes blant annet i EF-domstolens avgjørelse i

---

<sup>116</sup> Vigerust(2008)s.208

<sup>117</sup> LKN-2003-6,LKN-2004-22

<sup>118</sup> LDO;saksnr;2004/287,<http://www.ldo.no/Kjonn/Rettigheter/Foreldrepermisjon-og-lonn/>

<sup>119</sup> C-281/97,C-333/97

<sup>120</sup> Vigerust(2008)s.208



Lewen-saken som angikk spørsmål om julegratiale. Domstolen uttalte at julegratiale som ble utbetalt for å honorere arbeid utført i løpet av året skulle også betales til arbeidstaker som var i foreldrepermisjon, som også hadde utført arbeid i løpet av året. Imidlertid hadde arbeidsgiver adgang til å nedsette ytelsen forholdsmessig ved å ta hensyn til permisjonsperioden, men ikke den beskyttede periode.<sup>121</sup> Nemdspraksis følger også opp dette. Klagenemda kom i sin avgjørelse i LKN-1998-2 til at det er adgang til å begrense resultatorienterte engangstiltak til de som var i arbeid størstedelen av bonusperioden. Tilsvarende uttales i LKN-2004-16. Det er adgang til forholdsmessig fradrag når bonus er resultatavhengig, men for den lovpålagte delen av permisjonen kan det ikke gjøres fradrag i bonus. Men på bakgrunn av at den langtidssykemeldte hadde fått bonus uten fradrag på grunn av fraværet, kom nemda til at kvinnen måtte stilles likt med denne mannen. Fravær på grunn av fødselspermisjon kunne ikke behandles strengere enn annet fravær, det ville være i strid med likestillingsloven.

Bonusordninger som i utgangspunktet er kjønnsnøytrale og gjør utbetaling av enkeltbeløp avhengig av arbeidstakers fravær, kan imidlertid være lønsmessig diskriminering av kvinner.<sup>122</sup> EF-domstolen kom i Krüger-saken til at en kollektiv overenskomst som tilsa at det ikke skulle utbetales en særlig årlig bonus til personer, som var ansatt i stillinger med beskjeftigelse i et ubetydelig omfang, var i strid med art.119. Bestemmelsen gjaldt uavhengig av kjønn, men rammet et betydelig antall kvinner på bakgrunn av at de tok ut mest permisjon.<sup>123</sup> Tilsvarende følger av nemdas avgjørelse i LKN-1998-7. En kvinne hadde ikke fått utbetalt skifttilleggskompensasjon i forbindelse med virksomhetsoverdragelse fra en virksomhet til en annen. Kvinnen hadde vært i fødselspermisjon og bedriften mente at det bare var de som hadde vært i arbeid de siste 12 måneder før overdragelsen som hadde krav på skifttilleggskompensasjon. Klagenemda uttalte at; *”Regler som først og fremst rammer kvinner på grunn av graviditet og fødselsrelatert fravær, vil etter Klagenemndas syn rammes av likestillingslovens*

---

<sup>121</sup> C-333/97

<sup>122</sup> Krarup(2004)s.140

<sup>123</sup> C-281/97

*diskrimineringsforbud fordi det - som påpekt av Ombudet - fortsatt er slik at det i hovedsak er kvinner som benytter de lovfestede rettighetene til foreldrepermisjon i forbindelse med fødsel og omsorg for små barn. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig til å konstatere diskriminering etter likestillingsloven at kvinner kan rammes som mødre og omsorgspersoner, dersom også andre faller inn under bestemmelsen. I slike tilfeller må det foretas en konkret vurdering, hvor den sentrale problemstilling vil være om kvinner i svangerskaps- og fødselspermisjon vil være særlig utsatt for å tape rettigheter som andre arbeidstakere oppnår”.*

Flertallet kom til at avtalebestemmelsen virket slik at det ene kjønn ble stilt dårligere enn det andre på urimelig måte, slik at bedriften hadde overtrådt likestillingsloven ved at kvinnen ikke hadde fått skifttilleggskompensasjon på grunn av fødselspermisjonen. Mindretallet på sin side så det slik at bestemmelsen var generell og ikke rammet det ene kjønn på urimelig måte. Det dreide seg ikke om en løpende avtale, men en avtale som var et engangstilfelle for et begrenset antall ansatte. Mindretallet mente det forelå likhetstrekk til avgjørelsen i LKN-1998-2.

Konklusjonen blir som Hotvedt og Syse fremholder, at generelle lønnstillegg, bonuser og andre godtgjørelser vil som utgangspunkt omfatte arbeidstakere i permisjon, mens det for godtgjørelser knyttet opp mot individuelle prestasjoner kan stille seg annerledes. Den enkelte situasjon må vurderes konkret og spørsmålet er om godtgjørelsen er såpass tett knyttet opp mot aktiv arbeidsinnsats, slik at det foreligger saklig grunn for å utelukke de som er i foreldrepermisjon. Men man kan ikke utelukke de som er i lovforbeholdt permisjon. De som har arbeidet deler av året har krav på å bli vurdert for dette tidsrommet<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Hotvedt(2009)s.126

### 4.3.2 Rett til forfremmelse

I tråd med spørsmålet om å nyte godt av enhver bedring av arbeidsvilkår som man ville vært berettiget til under sitt fravær, følger spørsmålet om rett til forfremmelse.

Forfremmelse vil som regel innebære utvidet ansvar og/eller høyere lønn. Det følger av likestl. §4(2) at ved forfremmelse skal det ikke gjøres forskjell på kvinner og menn i strid med §3. Likebehandlingsdirektivet art.3 (1) a, diskrimineringsdirektivet art.14 (1) a og FNs kvinnekonvensjon art.11 (1) c har tilsvarende regler.<sup>125</sup> Ansiennitet kan benyttes av arbeidsgiver som et kriterium for beslutninger i forbindelse med arbeidsvilkår og er særlig aktuelt som kriterium ved forfremmelser. Arbeidsgiver kan ved beregning av ansiennitet for eksempel legge vekt på ansettelsestid, altså hvor lenge arbeidstaker har vært tilknyttet arbeidsgiver, eller faktisk arbeidstid.<sup>126</sup> EF-domstolen har i Danfoss-saken sagt at ansiennitet er et lovlig kriterium i forhold til diskrimineringsforbudet. Men domstolen uttalte i Nimz-saken at det går en grense for når ansiennitet er saklig.<sup>127</sup>

Spørsmålet i forhold til forfremmelse er om permisjon kan komme til fradrag i beregningen av den ansiennitet som må foreligge for å bli forfremmet. Ved beregning av ansiennitet på bakgrunn av ansettelsestid er det av betydning at ansettelsesforholdet består under permisjonen. Dette gjelder lovforbeholdt permisjon og foreldrepermisjon.<sup>128</sup> Ombudet har uttalt at det ikke kan gjøres fradrag for permisjoner som arbeidstaker har rett til etter arbeidsmiljøloven. Det følger av FNs kvinnekonvensjon art.11(2) b at fødselspermisjon ikke skal komme til fradrag ved beregning av ansiennitet. Vigerust legger til grunn at det også må gjelde omsorgspermisjon (nå foreldrepermisjon).<sup>129</sup> EF-domstolens avgjørelse i Gillespie-saken og Carmen-saken taler også for at det ikke kan gjøres fradrag for

---

<sup>125</sup> Direktiv2002/73/EF,2006/54/EF

<sup>126</sup> Vigerust(1998)s.391

<sup>127</sup> Vigerust(1998)s.394,C-109/88,C-184/89

<sup>128</sup> Vigerust(1998)s.395,C-342/93,C-136/95,C-147/02,C-116/06premiss32

<sup>129</sup> Vigerust(1998)s.396

lovforbeholdt permisjon i ansiennitetsberegningen.<sup>130</sup> Gillespie-saken omhandlet rett til lønnsvekst, men avgjørelsen viser at kvinner skal nyte godt av fordeler som de ville fått dersom de ikke var fraværende.<sup>131</sup> Carmen-saken omhandlet beregning av ansettelsesansiennitet og domstolen uttalte at fødselspermisjonen ikke kunne gå til fradrag.<sup>132</sup>

Vigerust fremholder at hva gjelder diskrimineringsforbudet har ombudet og EF-domstolen lagt til grunn at man ikke kan beregne ansiennitet på bakgrunn av faktisk arbeidstid, hvis ikke det foreligger saklig grunn til det. Hun hevder at dersom ansiennitetskriteriet er et mål på arbeidstakers erfaring og faglig kvalifikasjoner, bør det være en viss adgang til å gjøre fradrag for permisjoner.<sup>133</sup> Tilsvarende uttales av Gjone og Aagaard, at permisjon kan gå til fradrag dersom en tariffavtale bygger lønnsopprykk på at arbeidstakeren har oppnådd den praksis avtalen forutsetter.<sup>134</sup> Nemda er imidlertid kommet til et annet resultat hva gjelder lovforbeholdt permisjon. Saken omhandlet ikke arbeidsgivers forskjellsbehandling, men det ville vært vurdert likt dersom det var snakk om forskjellsbehandling i ansettelsesforhold.<sup>135</sup> LDN-2007-23 gjaldt Tilsynsrådet for advokatvirksomhet sin beregning av praksistid for å få advokatbevilling. Tilsynsrådet for advokatvirksomhet trakk fra sykefravær og permisjoner ved vurdering av om praksiskravet på 2 år var oppfylt. Nemda kom til at fradrag for lovbestemt fødselspermisjon for kvinner på 3 uker før og 6 uker etter fødsel, og menns rett til fedrekvote på 6 uker og 2 ukers omsorgspermisjon i forbindelse med fødsel, var i strid med likestillingsloven. Nemda uttalte at disse permisjonsrettighetene stod i en særstilling i forhold til annet fravær og kunne ikke være avgjørende for en advokats kompetanse.

---

<sup>130</sup> C-342/93,C-294/04

<sup>131</sup> Vigerust(1998)s.396

<sup>132</sup> C-294/04

<sup>133</sup> Vigerust(1998)s.396-400

<sup>134</sup> Gjone(2002)s.173-174

<sup>135</sup> Vigerust(2008)s.200

Hva gjelder ansiennitet beregnet ut fra faktisk arbeidstid som har betydning for forfremmelse har EF-domstolen også lagt til grunn at man ikke kan gjøre fradrag for den lovforbeholdte permisjonen. I Thibault-saken uttaler domstolen at kvinners utnyttelse av permisjonsrettigheter ikke må medføre at de stilles dårligere i forhold til arbeidsvilkår. På arbeidsplassen var det slik at enhver ansatt som hadde vært til stede i tjenesten i 6 måneder i løpet av året skulle bedømmes av sine overordnede med mulighet for forfremmelse. Thibault hadde bare vært til stede i 5 måneder på bakgrunn av at hun hadde fødselspermisjon i 4 måneder. Domstolen uttaler følgende i premiss 29: *”Forbuddet mod forskelsbehandling indebærer, at en kvindelig arbejdstager som i kraft af sin arbejdskontrakt fortsætter med at være ansat hos arbejdsgiveren, mens hun har barselsorlov, ikke må fratages retten til de af sine arbejdsvilkår, som gælder såvel for kvindelige som mandlige arbejdstagere, og som beror på arbejdsforholdet til arbejdsgiveren. Såfremt en kvindelig arbejdstager under sådanne omstændigheder, som foreligger i hovedsagen, fratages retten til at blive underkastet en årlig bedømmelse, vil hun følgelig blive forskelsbehandlet alene i sin egenskab af arbejdstager, da hun ville være blevet bedømt for det pågældende år og dermed ville have haft mulighed for at blive forfremmet, hvis ikke hun havde været gravid og havde taget den barselsorlov, som hun var berettiget til.”*<sup>136</sup>

Sass dommen omhandlet lønnsoppykk, men kan sees under synsvinkelen om adgang til forfremmelse. Arbeidsgiver hadde ikke medregnet hele fødselspermisjonen, men bare den beskyttede periode i henhold til Forbundsrepublikken Tysklands lovgivning, hva gjaldt det tidsrom som måtte tilbakelegges for å få adgang til lønnsoppykk. Kvinnen tok ut fødselspermisjon i henhold til tidligere DDR-lovgivning som ga en beskyttet permisjon på 20 uker. Denne oversteg Forbundsrepublikken Tysklands lovgivning som bare ga 8 uker beskyttet permisjon. Domstolen uttalte følgende i premiss 48; *”.. at såfremt den nationale lovgivning foreskriver en barselsorlov, der har til formål i løbet af perioden, der efterfølger en graviditet og en fødsel, at beskytte såvel kvindens fysiske tilstand som det særlige*

---

<sup>136</sup> C-136/95

*forhold til hendes barn, kræves det i henhold til fællesskabsretten, at afholdelsen af denne lovbestemte beskyttelsesorlov for det første hverken afbryder den omhandlede kvindes arbejdsforhold eller anvendelsen af de rettigheder, der er knyttet hertil, og for andet ikke medfører, at kvinden stilles ringere.”* Hele permisjonen skulle medregnes i den påkrevde periode som skulle tilbakelegges for å ha adgang til forfremmelse. Hvis ikke ble hun stilt dårligere enn de mannlige kollegene som startet samtidig med henne i arbeidet.<sup>137</sup>

De avgjørelsene som EF-domstolen har behandlet omhandler kvinners permisjon. Men tilsvarende må sies å gjelde for menn og deres lovforbeholdte permisjon. Nemda legger dette til grunn og art.16 og premiss 26 i diskrimineringsdirektivet taler for dette.

Konklusjonene er at dersom forfremmelse bare er avhengig av hvor lenge man har vært tilknyttet arbeidsgiver kan man ikke gjøre fradrag for permisjoner. Men dersom forfremmelse er avhengig av erfaring og faglig kvalifikasjoner, altså faktisk arbeidstid, kan man gjøre fradrag for permisjoner utover lovforbeholdt permisjon. Imidlertid må arbeidsgiver da også gjøre fradrag for andre fravær av en viss lengde. Videre kreves det at det er saklig grunn til å legge vekt på dette. Hvorvidt det er tilfellet må vurderes konkret i hver enkelt sak.

---

<sup>137</sup> C-284/02

## 4.4 Andre rettigheter knyttet til arbeidet

I dette avsnittet vil jeg ta opp spørsmålet om man får beholde andre rettigheter knyttet til selve ansettelsesforholdet, herunder rettigheter i forhold til avholdelse av ferie og opptjening av ferie og feriegodtgjørelse når man er i permisjon.

### 4.4.1 Rett til ferie

Hva gjelder forholdet mellom permisjon og ferie har EF-domstolen uttalt at kvinner har rett til å avholde sin ferie utenom fødselspermisjonen i medhold av direktiv 93/104/EF art.7 nr.1, graviditetsdirektivet art.11 nr.2, likebehandlingsdirektivet art.5 nr.1. Domstolen viste til Tihbault-saken og sa at kvinner ikke skal stilles dårligere hva gjelder arbeidsvilkår når de utnytter permisjonsrettigheter.<sup>138</sup>

I Boyle-saken uttaler domstolen at opptjening av årlig ferie er en rettighet i forbindelse med arbeidsavtalen etter art.11(2)a i graviditetsdirektivet. En rett til å opptjene ferie skulle sikres kvinnen i fødselspermisjonsperioden på minst 14 uker. Men det var ikke i strid med graviditetsdirektivet å avbryte opptjeningen hva gjaldt den supplerende permisjon som arbeidsgiver yter arbeidstaker. Spørsmålet ble om en slik ordning var i strid med likebehandlingsdirektivet. Det var ikke å anse som direkte diskriminering på bakgrunn av at opptjeningen ble avbrutt for både kvinner og menn som hadde en ulønnet permisjon. Det var heller ikke å anse som indirekte diskriminering av kvinner. Den supplerende permisjonen uten lønn var en særlig fordel som var forbeholdt kvinner og avbrytelse av opptjening av årlig ferie under permisjonen kunne ikke anses å være en mindre gunstig behandling av kvinner.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> C-342/01

<sup>139</sup> C-411/96premiss68-79

Etter norsk rett blir ferie og feriegodtgjørelse regulert ved ferieloven.<sup>140</sup> Det følger av §9(2) at for foreldre som har rett til foreldrepenger etter folketrygdloven kan arbeidstaker ikke legge ferie til permisjonstiden. Dersom ferie er fastsatt tidligere og denne viser seg å falle sammen med permisjonen, kan arbeidstaker kreve utsettelse. Dersom arbeidstaker ønsker det kan han eller hun kreve å få avvikle ferie i løpet av permisjonen. Men arbeidsgiver har adgang etter vilkårene som følger av §6 og §7 til å legge ferie til den tid da arbeidstaker har utvidet foreldrepermisjon etter aml. §12-5(2) jfr. §9 nr.2(4).<sup>141</sup> I slike tilfeller hvor arbeidstaker har ulønnet permisjon og ferie er fastsatt til denne tid, vil ferie og permisjon løpe samtidig.<sup>142</sup>

Retten til ferie er i prinsippet uavhengig av retten til feriegodtgjørelse i norsk rett. Det er derfor ikke treffende å tale om opptjening av ferie, idet arbeidstaker har en ubetinget rett til ferie etter §5 nr.6 1.pkt.<sup>143</sup> Men en rett til ferie er av begrenset verdi dersom man ikke har rett til feriegodtgjørelse.<sup>144</sup> Det følger av ferieloven §10(1) at *”feriepenger fra arbeidsgiver beregnes på grunnlag av arbeidsvederlag som er utbetalt i opptjeningsåret.”* Arbeidstaker har rett til feriepenger fra arbeidsgiver med 10,2 % av den lønn som er utbetalt i opptjeningsåret etter §10(2).<sup>145</sup> For arbeidstakere som ikke har lønn fra arbeidsgiver under permisjon gjelder §10(4) hvor trygden betaler feriepenger av foreldrepenger i 12 uker med full sats eller 15 uker med 80 % av full sats jfr. fltrl. §14-8.

Man er altså sikret 4 uker ferie, men ikke nødvendigvis full feriegodtgjørelse i norsk rett. Spørsmålet blir hvordan dette står seg i forhold til Boyle-saken som sier at kvinner skal sikres opptjening av ferierettigheter i 14 uker. I forhold til lengden på beskyttelsespermisjon i norsk rett er den på 3 uker før og 6 uker etter permisjon. Vigerust

---

<sup>140</sup> Lov av 29.04.1988 nr.21.

<sup>141</sup> Holo(2006)s.128

<sup>142</sup> Jakhellen(2006)s.351

<sup>143</sup> Holo(2009)note3

<sup>144</sup> Jakhellen(2006)s.352

<sup>145</sup> Jakhellen(2006)s.352



skriver at det ut fra dommens premisser er den beskyttelsesperiode som er lagt til grunn i nasjonal rett som er avgjørende<sup>146</sup>. Videre som nevnt i pkt. 3.2 i avhandlingen er statene gitt en viss skjønnsmargin med henhold til beskyttelsesperiodens lengde. Kvinner skal da i hvert fall sikres opptjening under deres fødselspermisjon etter norsk rett. Man har krav på 12/15 ukers opptjening når man får foreldrepenger. Men spørsmålet er hva man mener med at kvinner skal sikres opptjening av ferie. Det kommer ikke klart frem i dommen om denne opptjeningen skal beregnes på grunnlag av lønnen eller den statlige ytelsen man fikk under permisjon. På bakgrunn av at det ikke foreligger noen lønnsplikt kan det synes som om den skulle beregnes ut fra den statlige ytelsen. For etter graviditetsdirektivet har man kun krav på passende ytelse under permisjon. I så måte er det samsvar mellom det som følger av folketrygdløven og EF-domstolens avgjørelse.

Dernest er det spørsmål om forholdet til arbeidsdirektivet art.7 nr.1.<sup>147</sup> Det har vært reist spørsmål om retten til feriegodtgjørelse beregnet på grunnlag av forutgående opptjening jfr. feriel. §4 og §10 er i samsvar med arbeidsdirektivet art.7 nr.1. Dette på bakgrunn av at blant annet arbeidstakere i permisjon uten lønn bare får delvis dekning av inntektsbortfall gjennom folketrygden. Videre dersom man tar utvidet permisjon får man ikke dekket inntektsbortfall ved ferie. Man har således ikke rett til full ”betalt ferie” når man er tilbake i jobb. Holo sier at det er tvilsomt om dette er i samsvar med EU/EØS-retten.<sup>148</sup> I C-131/04 og C-257/04 uttaler domstolen at ”betalt” ferie er et viktig prinsipp som skal gjøre det mulig for arbeidstaker å ta ferie. Arbeidstaker skal motta sin normale lønn under denne ferie. Dommen knytter ikke an til arbeidstaker i permisjon og det er således usikkert om det har overføringsverdi. Forarbeidene legger til grunn at ferieløven ikke er i strid med direktivet.<sup>149</sup> Hvorvidt dette er riktig kan man sette et spørsmålstegn ved. Viktig i denne sammenheng er at Unio fremhever at dagens ordning er en utfordring ut fra et likestillingsperspektiv. Selv om ordningen er kjønnsnøytral rammer den flest kvinner på

---

<sup>146</sup> Vigerust(2003)s.105ogC-411/96premiss68-70

<sup>147</sup> Direktiv93/104/EF

<sup>148</sup> Holo(2009)note(\*)

<sup>149</sup> Ot.prp.nr.65(2007-2008)pkt.3

grunn av at de tar mest ulønnet permisjon.<sup>150</sup> Unio har også henvendt seg til ombudet for vurdering av om ordningen er i strid med likestillingsloven. Ombudet har imidlertid uttalt at dagens system ikke bare rammer kvinner som ikke har tilknytning til arbeidslivet, men også andre grupper som for eksempel studenter. Ombudet mener det er legitimt å stille som krav at de som skal kunne ta ut feriepenger har en arbeidstilknytning til arbeidslivet og selv har opptjent feriepenger forutgående år. Det vil føre for langt å gi personer uten tilknytning til arbeidslivet rett til feriepenger det første året.<sup>151</sup> EF-domstolen sa også i Boyle-saken at det ikke var i strid med likebehandlingsdirektivet at kvinner ikke opptjente ferie under en ulønnet permisjon. Imidlertid var begrunnelsen for at det ikke kunne anses som indirekte diskriminering at den supplerende permisjonen ytt av arbeidsgiver var en særlig fordel forbeholdt kvinner og kunne således ikke sies å stille kvinner dårligere. Men sett i forhold til norske regler så har arbeidstaker rett til foreldrepermisjon og utvidet foreldrepermisjon etter aml. §12-5 og det er ikke en særlig fordel forbeholdt kvinner. I et slikt perspektiv kan det tenkes at domstolen ville komme til ett annet resultat slik at man kanskje skal kunne opptjene feriepenger i en lengre periode ut fra den trygdeytelse man mottar under permisjon.

Det som er sagt her om opptjening av ferie og feriegodtgjørelse gjelder tilsvarende for menn etter ferieloven og folketrygdloven. Men også etter EU/EØS-retten synes det samme å måtte legges til grunn for deres lovforbeholdte permisjon. Det følger av diskrimineringsdirektivets premiss 26 at rettigheter som har tilknytning til arbeidskontrakten skal bevares under pappapermisjonen. Dette korresponderer med ordlyden i graviditetsdirektivet art.11 nr.2 a.

---

<sup>150</sup> Ot.prp.nr.65(2007-2008)pkt.3.4

<sup>151</sup> LDO;saksnr;08/33

#### 4.5 Retten til å ikke bli oppsagt på grunn av fødsels- eller foreldrepermisjon

Formålet her og med etterfølgende punkt er å undersøke hvilke vern arbeidstaker har i henhold til selve arbeidsstillingen.

Arbeidstaker er beskyttet mot oppsigelse som er *begrunnet* i graviditet eller permisjon jfr. likestl. §4(2) jfr.§3. Tilsvarende følger av likebehandlingsdirektivet art.3(1)c, diskrimineringsdirektivet art.14(1)c og FNs kvinnekonvensjon art.11(2)a. Dersom en arbeidstaker sies opp på grunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak er dette ikke i strid med likestillingslovens diskrimineringsforbud. Imidlertid kan ikke en arbeidsgiver ved en masseoppsigelse vektlegge graviditet eller permisjon ved valg av hvilke arbeidstaker som må slutte jfr. aml. §15-7 (2). At man har et oppsigelsesvern ved permisjon følger også av aml. §15-7, hvor det kreves saklig grunn til oppsigelse. Dersom man blir oppsagt og dette er begrunnet i fødsels – eller foreldrepermisjon, vil dette være i strid med likestillingsloven, og dermed være en usaklig oppsigelse etter aml. §15-7. Aml. §15-9 gir et særlig vern hva gjelder oppsigelse under permisjon. Blir man oppsagt, med gyldig grunn når man har permisjon, løper oppsigelsen først fra permisjonens utløp.<sup>152</sup> Bestemmelsen er ikke en regel om diskriminering, den forbyr bare at en gyldig oppsigelse får virkning mens arbeidstaker er i permisjon.

Beskyttelse mot oppsigelse begrunnet i permisjon leder over til spørsmålet om hvilket vern arbeidstaker har i henhold til ansettelsesendringer. Beskyttelsesreglene vil gjelde tilsvarende for endringer i arbeidsforholdet når dette kan likestilles med en oppsigelse. Reglene tilsier at arbeidstakers oppsigelsesvern ikke kan gjøres illusoriske ved at arbeidsgiver endrer på arbeidstakers stilling i ekstremt omfang.<sup>153</sup> Spørsmålet er således

---

<sup>152</sup> Vigerust(2008)s.209

<sup>153</sup> Preisler(2003)s.351,Fougner(2007)s.123

hva slags beskyttelse utover dette, arbeidstaker i permisjon har i henhold til ansettelses endringer. Dette spørsmålet vil jeg behandle nedenfor.

#### 4.6 Ansettelsesendringer under permisjon

Når den ansatte er i permisjon kan det av organisatoriske, økonomiske, teknologiske og andre driftsmessige grunner gjennomføres forandringer som innebærer at den som kommer tilbake fra permisjon ikke kommer tilbake til den stillingen man forlot. Bedriften ligger ikke fast og venter på at arbeidstaker kommer tilbake.<sup>154</sup> Arbeidstaker på sin side har gjerne et ønske om å få tilbake sin stilling. Henvendelser til ombudet og saker hos nemda viser at dette kan være et problem.

At arbeidsgiver har en endringsrett følger av styringsretten. Arbeidsgivers styringsrett er et utslag av et alminnelig prinsipp om arbeidsgivers rett til kontroll og styring av sin virksomhet og sine arbeidstakere.<sup>155</sup> Styringsretten følger av tariffavtalen og den individuelle avtalen og anses i dag som ulovfestet rett.<sup>156</sup> Arbeidsgivers styringsrett defineres som retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet. Videre som en rett til å inngå arbeidsavtaler og rett til å bringe dem til opphør. Styringsretten ser man på som en nødvendig konsekvens av arbeidsavtalen og det lydighets – og underordningsforhold som avtalen etablerer.<sup>157</sup>

Det finnes imidlertid ingen allmenne regler hva gjelder endringsadgangen/styringsretten i norsk lovgivning.<sup>158</sup> Ved forberedelsen av ny arbeidsmiljølov av 2005 ble det vurdert lovfestet en regel om grensene for styringsretten og endringsadgangen. I forarbeidene uttales følgende;

---

<sup>154</sup> Preisler(2003)s.351

<sup>155</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/NOUer/2001/NOU-2001-4/5/11.html?id=363587>

<sup>156</sup> Fougner(2007)s.148og150.

<sup>157</sup> Jakhellen(2006)s.48

<sup>158</sup> Fougner(2007)s.135

*”Departementet har vurdert om det er behov for å lovfeste en bestemmelse om styringsrettens grenser etter mønster fra tjenestemannsloven § 12 1. punktum i forslaget til ny arbeidsmiljølov, men har ikke funnet grunn til å foreslå en slik regel”<sup>159</sup>*

Hvilke skranker som settes for arbeidsgivers styringsrett og endringsadgang beror på lovens øvrige bestemmelser, den individuelle arbeidsavtalen og øvrige relevante rettskildefaktorer på området.<sup>160</sup>

Arbeidsavtalen er altså et naturlig utgangspunkt for fastlegging av arbeidsgivers endringsrett/styringsrett. Arbeidsavtalen setter grenser for styringsretten slik at endringer ikke kan stride mot avtalens ordlyd, forutsetninger og praktisering.<sup>161</sup> En arbeidsavtale kan uttrykkelig regulere hvilken stilling arbeidstaker har krav på. Dersom dette er tilfellet vil man stå sterkt. Men det er imidlertid sjelden slik at man positivt har avtaleregulert arbeidets innhold/stilling i arbeidsavtalen. Likeledes som den individuelle arbeidsavtalen setter grenser for styringsretten vil også tariffavtalen kunne gjøre det samme.

Arbeidsgivers endringsadgang begrenses også av lov. Diskrimineringsforbudet i likestillingsloven er således en begrensning. Flere av direktivene gir arbeidstaker en beskyttelse med henhold til deres arbeidsstilling. Det følger av likebehandlingsdirektivet art.2 (2) nr.7 at; *”En kvinne som har fødselspermisjon skal ved fødselspermisjonens slutt ha rett til å vende tilbake til samme arbeid eller et likeverdig arbeid på vilkår som ikke er mindre gunstige for henne..”* Det tilsvarende følger av diskrimineringsdirektivet art.15 og art.16 for menn. Videre følger det av Foreldrepermisjonsdirektivets klausul.2 art.5 at; *”Ved utløpet av foreldrepermisjonene skal arbeidstakeren ha rett til å vende tilbake til samme stilling eller, dersom det er umulig, til et tilsvarende eller lignende arbeid i samsvar med sin arbeidsavtale eller sitt arbeidsforhold.”*

---

<sup>159</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.250

<sup>160</sup> Ørbeck(2008)s.156

<sup>161</sup> Fougner(2007)s.180flg

Imidlertid gir ikke likestillingsloven/direktivene i seg selv noe eksakt svar på hva man har adgang til å gjøre av endringer i henhold til arbeidstakers arbeidsstilling.

Der verken den individuelle arbeidsavtale, tariffavtale eller begrensninger i lov gir noe svar på arbeidsgivers endringsadgang har den ulovfestede grunnpregsstandard den vært et nyttig verktøy.<sup>162</sup> Grunnpregsstandard er formulert av Kristen Andersen. I sin bok, *Fra arbeidslivets rett*, har han oppstilt følgende rettsetning: *”Det bør nemlig være hevet over tvil at arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dettes grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med”*<sup>163</sup>. Grunnpreget finner man ved å tolke alle rettskilder knyttet til arbeidsavtalen. For deretter å foreta en sammenliknende vurdering av innholdet før og etter endringene. Sentralt her er stillingsinnholdet slik det faktisk var før endringsbeslutningen.<sup>164</sup> Imidlertid er grunnpregsstandard omdiskutert. Hvorvidt den innebærer en reell begrensning i dag vil jeg komme tilbake til.

Med utgangspunkt i direktivene skal det således undersøkes hvilke nærmere rettigheter arbeidstaker har i henhold til kravet om å komme tilbake til samme stilling.

Likebehandlingsdirektivet art.2nr.7 er en kodifisering av EF-domstolens praksis.<sup>165</sup> Men de avgjørelser som foreligger sier bare at man skal få komme tilbake til samme stilling og gir ikke en nærmere utdyping av hva dette kravet innebærer. Det er derfor mest aktuelt å se hen til nemdspraksis og hvordan de praktiserer regelen.

---

<sup>162</sup> Ørbeck(2008)s.156

<sup>163</sup> Andersen(1967)s.101

<sup>164</sup> Fougner(2007)s.208

<sup>165</sup> C-184/83,C-32/93,C-421/92

#### 4.6.1 Samme stilling – likeverdig stilling – saklighetskravet

Mange kvinner opplever at når de kommer tilbake til arbeidsplassen etter endt permisjon er stillingen deres overtatt av en annen, man er blitt flyttet til en annen avdeling, arbeidsoppgaver er overført til andre slik at man er fratatt ansvar osv.

Spørsmålet er om arbeidsgiver kan foreta omdisponeringer/endringer av arbeidstakers stilling i *forbindelse med eller på grunn av* arbeidstakers permisjon. Eller har arbeidstaker krav på å komme tilbake til nøyaktig samme stilling som vedkommende hadde før permisjonen.

Vigerust fremholder at man i alminnelighet antar at arbeidsgivers styringsrett gir spillerom for å omorganisere og omplassere innenfor rammen av arbeidsavtalen. Spørsmål om lovfesting av retten til å gå tilbake til samme stilling ble drøftet ved innføring av tidskontoordningen. Det synes som om departementet ikke mener at man skal ha krav på å komme tilbake til nøyaktig samme stilling sier hun. Det vil si at arbeidsgiver har rett til å gjøre endringer innenfor rammen av ansettelsesavtalen. Departementet lovfestet ikke en rett for arbeidstaker til å komme tilbake til samme stilling, fordi de mente man hadde tilstrekkelig vern gjennom arbeidsavtalen og kontraktsvernsreglene.<sup>166</sup>

Dege uttaler det samme. Han hevder at man ikke til enhver tid er sikret samme stilling og viser til RG 1996 s.463. Lagmannsretten kom til at det klart måtte ligge innenfor styringsretten å omforme selskapets struktur i konsernet. Omorganiseringen hadde et økonomisk formål og var ikke knyttet opp mot A sine svangerskapspermisjoner. Endringen av hennes stilling hadde rasjonell bakgrunn i en omlegging av selskapet og hennes nye stilling var av likeverdig art som den hun hadde.<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> Vigerust(1998)s.345

<sup>167</sup> Dege(2003)s.340

Krarup og Andersen uttaler at *"det må antages, at der ikke er krav på tilbagevenden til nøjagtig samme job."* Videre sier de at retten til å vende tilbake til samme eller tilsvarende stilling på vilkår som ikke er mindre gunstige, har nær sammenheng med beskyttelsen mot å bli oppsagt. I dansk rettskpraksis blir det lagt vekt på om endringene er vesentlige ved vurderingen av hvilke endringer en arbeidstaker skal kunne tåle uten at det er å anse som en oppsigelse.<sup>168</sup>

Arbeidsgiver kan altså foreta omdisponeringer i sammenheng med permisjonene. Det vil si at arbeidsgiver kan foreta omorganisering som berører både arbeidstakere i jobb og arbeidstakere i permisjon. Arbeidsgivers styringsrett gir spillerom for å omorganisere og omplassere innenfor rammene av arbeidsavtalen så lenge endringene har saklig formål begrunnet i virksomheten og ikke permisjonen. Permisjonstiden er ikke en vernet periode mot endringer som ikke er begrunnet i permisjonen.<sup>169</sup> Dette fremkommer også av nemdas avgjørelse i LDN-2006-7. En produktspesialist ble gitt endrede arbeidsoppgaver etter endt fødselspermisjon på 1 år og 6 måneder. Endringene bestod blant annet i at kvinnen fikk en økt reisebelastning. Nemda kom til at selv om denne endringen isolert sett var negativ, gjaldt den ikke bare kvinne, men alle produktspesialister. Hun fikk videre endret kundebase, dette medførte at hun fikk mindre faglig ansvar. Endringene var etter nemdas syn ikke av vesentlig karakter. Hun beholdt sin tidligere lønn og tittel som produktspesialist. Nemda kom til at det forelå saklig grunn til endring av kvinnens arbeidsoppgaver. Det var ikke fødselspermisjonen, men omstrukturering og endring i virksomheten som skjedde mens kvinnen var i permisjon som var årsaken til at hun fikk endrede arbeidsoppgaver ved gjeninntreden. Alle arbeidstakere var utsatt for endringer i løpet av den tiden kvinnen var på permisjon.

Det neste spørsmålet er om arbeidsgiver kan foreta omdisponeringer på grunn av permisjonen.

---

<sup>168</sup> Krarup(2004)s.115-116

<sup>169</sup> Vigerust(1998) s.246,Vigerust(2008)s.208-209,



Om man har adgang til dette beror på en konkret vurdering om hvorvidt omdisponeringen på en urimelig måte setter kvinnen i en dårligere stilling. For øvrig for at en slik disposisjon skal stå seg må den være saklig begrunnet i virksomhetens forhold.<sup>170</sup> Tilsvarende uttales av Hotvedt og Syse.<sup>171</sup> Elisabeth Vigerust skriver i så måte at *”ny kontor plass, overflytting til en annen avdeling, overføring av arbeidsoppgaver til andre osv. er imidlertid endringer som bare kan gjøres så lenge lønn, arbeidsoppgaver, ansvar osv. er likeverdige med det hun hadde før permisjonen.”*<sup>172</sup> Det samme skriver ombudet, men samtidig sier de at en omplassering som skjer på grunn av permisjonene er som regel i strid med likestillingsloven.<sup>173</sup>

Nemda har behandlet flere saker i forbindelse med omdisponering. I LKN-1995-4 var det spørsmål om hvorvidt det var i strid med likestl. daværende §3(2) 2pkt nåværende §3(3), at en kvinne ikke fikk tilbake sin tidligere funksjon som klassestyrer i sin ”egen” klasse etter endt fødsels/foreldrepermisjon på ca 1 år. Det var på det rene at endringen av hennes arbeidssituasjon skyldtes hennes permisjonsfravær. Spørsmålet var om dette rammet henne på en urimelig måte. Nemda uttalte at en beslutning om hvilke lærere som skal ha klassestyrerfunksjon for de forskjellige klassene hørte under arbeidsgivers styringsrett. Skolen måtte hvert år vurdere den totale lærersituasjonen i forhold til de enkelte klasser og elevenes behov. Spesielt gjaldt dette nødvendige endringer som følge av lengre fravær for enkelte lærere. Nemda kom til at skolen ikke hadde lagt vekt på usaklige momenter i vurderingene sine. De nye arbeidsoppgavene som kvinnen fikk var likeverdige med de oppgaver hun tidligere hadde. Hun ville fortsette å undervise i sine fag og hun fikk igjen klassestyrerfunksjon for en annen klasse. Ut fra dette mente nemda at kvinnen ikke var i en situasjon der hun på urimelig måte var kommet dårligere ut.

---

<sup>170</sup> Vigerust(1998)s.346

<sup>171</sup> Hotvedt(2009)s.124

<sup>172</sup> Vigerust(2008)s.208

<sup>173</sup> <http://test.seria.no/likestillingsombudet.no/diskriminert/faktaarkpermisjon.html>.

Da ombudet behandlet saken kom de til motsatt konklusjon. Men på det tidspunkt hadde ikke kvinnen fått klassestyrer funksjon for en annen klasse. Hun fikk dermed ikke en likeverdig stilling og ble således stilt dårligere.

Nemdas avgjørelse viser at man ikke har krav på å komme tilbake til akkurat samme stilling. Men det avgjørende er at ny stilling og arbeidsvilkår generelt er likeverdig med det man hadde tidligere og at det foreligger saklig grunn til omorganiseringen.

I LKN-2003-13 var det spørsmål om det var i strid med likestillingsloven at en kvinne ikke fikk komme tilbake til divisjonens vaktlag etter endt fødselspermisjon. Klagenemda vurderte forholdet etter likestl. §3 om indirekte diskriminering. Klagenemda fant at grunnen til at kvinnen ikke ble satt opp på vaktlaget etter endt fødselspermisjon skyldtes hennes fravær, det ble også bekreftet av bedriften. Det at hun ble fratatt muligheten til å være med på vaktlaget ved bedriften gjorde at hun ble stilt dårligere. Godtgjørelsen for slik deltagelse utgjorde et betydelig fasttillegg til ordinær årslønn. Spørsmålet var om slik forskjellsbehandling var saklig. Bedriftens behov for forutberegnlighet var ivaretatt i det man var klar over tidspunktet for permisjonens utløp. Når de visste når kvinnen skulle komme tilbake kunne det ikke sies å være vanskelig for bedriften å ta henne med når de satt opp vaktlisten. Bedriftens praksis tilsa at man tok inn vikarer ved sykefravær og annet fravær. Det kunne også gjøres i et slikt tilfelle. Bedriften anførte at kvinnen trengte oppdateringer hva gjaldt endringer i IT-systemet. Hun var ikke kvalifisert til å stå på vaktlisten før hun hadde jobbet en stund. Nemda uttalte at fravær kan gi behov for tilleggsopplæring, det måtte bedriften i utgangspunktet finne seg i. Det var deres ansvar og sørge for at den ansatte fikk slik opplæring. Kvinnen hadde ikke fått tilbud om slik opplæring. Videre uttalte nemda; *”Tidvis når en kvinne kommer tilbake på arbeid etter fødselspermisjon må det finne sted en vurdering av behovet for oppdatering av kvalifikasjoner veid opp mot virksomhetens behov og interesser som taler for at kvinnen ikke umiddelbart får tilbake sine ordinære arbeidsoppgaver. Det påhviler arbeidsgiver således en plikt til å nærmere dokumentere og begrunne årsakene til hvorfor det foreligger slike tungtveiende grunner som kan berettigge en forskjellsbehandling i hvert individuelt*

*tilfelle, jf. § 3 fjerde ledd jf. § 16*”. Etter en helhetsvurdering kom nemda til at det ikke forelå saklig grunn til å forskjellsbehandle kvinnen. Bedriften hadde ikke påvist noe behov, det var ikke overbevisende at kvinnens fravær på 5 måneder kunne anses å medføre sviktende kompetanse. Mindretallet kom til at det forelå saklig grunn til å utelate kvinnen fra vaktlisten. Mindretallet var enig at bedriften hadde ansvar for opplæring, men at kvinnen først skulle kunne få komme tilbake til vaktlaget når hun hadde fått tilstrekkelig opplæring.

Avgjørelsen viser at man ikke nødvendigvis har krav på å få komme tilbake til samme stilling med en gang etter permisjonen. Det kan være slik at det foreligger saklig grunn for arbeidsgiver til å kreve heving av kompetansenivå. Imidlertid så nemda det slik at et fravær på 5 måneder ikke nødvendiggjorde en kompetanse heving i foreliggende tilfelle. Imidlertid kan man nok ikke slutte at grensen går et sted ved 5 måneder. Trolig vil hvert tilfelle måtte vurderes konkret ut i fra stilling og hvilke kompetansenivå som kreves og hvor raskt det skjer endringer i bedriften som medfører at kompetansenivået blir redusert som følge av at man er i permisjon.

LKN-2003-14 gjaldt hvorvidt Utenriksdepartementets interne regler og praksis i forbindelse med graviditet, fødsel og omsorgspermisjon for ansatte i utenriktjenesten var i strid med likestl. §3. Utenriksdepartementets interne regler gikk ut på at dersom det gjenstod mindre enn 4 måneder av tjenestetiden etter avsluttet svangerskaps- og omsorgspermisjon, fikk arbeidstaker ikke gjeninntre i tjenesten i utlandet, men fikk lokal stilling i stedet. Ombudet hadde konkludert med at denne 4 måneders regelen var i strid med likestillingslovens forbud mot direkte diskriminering. Det vil si ulovlig i forhold til de som tar ut permisjon som er forbeholdt det ene kjønn, men at regelen var lovlig i forhold til omsorgspermisjon (foreldrepermisjon) for øvrig. Nemda uttalte at praktiseringen av likestillingsloven er streng når det gjelder rettigheter i forbindelse med fødsel og omsorgspermisjon. For den del av permisjonen som er forbeholdt det ene kjønn er det forbudt å forskjellsbehandle, dette gjelder uten unntak. Det vil si at arbeidstaker skal ha alle rettigheter ved gjeninntreden etter permisjon. En slik ubetinget rett var ikke noen uforholdsmessig stor ulempe for Utenriksdepartementet ettersom den lovpålagte permisjon

er kort. 4 måneders regelen var i strid med likestl. §3(2)nr.2. Hva gjaldt fødselspermisjon for øvrig sa nemda at 4 måneders regelen i utgangspunktet var å anse som indirekte diskriminering i og med at kvinner i utenriktjenesten tar ut mesteparten av permisjonen. Nemda var enig i at det var en grense for hvor kort tid en ansatt i utenriktjenesten skulle ha rett til å gjeninntre for ut fra rimelighet og hensiktsmessighet. Nemda sa at 4 måneders regelen ikke var urimelig ut fra at loven tillater lang omsorgspermisjon og at perioden var fremforhandlet mellom arbeidsgiver og arbeidstakerorganisasjonene. Videre vektla nemda at arbeid i tjeneste ute og hjemme var en del av arbeidsavtalen og at det ikke var snakk om karrierehemmende tiltak å bli omplassert. Det at kvinnens stilling ble omgjort under hennes permisjon var et resultat av at hennes ordinære tjeneste tid på 4 år løp ut før permisjonen hennes var ferdig. Hun hadde da ikke krav på å komme tilbake til denne stillingen. Imidlertid ble hun nektet forlengelse til 5 år da dette bare ble gitt unntaksvis og etter visse vilkår som kvinnen ikke oppfylte. Nemda sa de godtok at dette skyldtes en ny og generell praksis hvor man hadde et ønske om å begrense lengden på utplassering og at dette ikke hadde noe med kjønn å gjøre.

Det synes som om nemda trekker en parallell til vikarers rettigheter. Vikarer har ikke krav på å vende tilbake til samme stilling når vikariatet er utløpt før eller under permisjonen. Avgjørelsen viser også betydningen av at man i arbeidsavtalen har regulert arbeidsforholdet og stilling nærmere. Videre vektlegger nemda det forhold at når praksisen ikke medfører karrieremessige ulemper blir man ikke stilt dårligere på en urimelig måte.

LKN-2004-6 gjaldt hvorvidt Tollregionen Oslo og Akershus handlet i strid med likestl. §3 når en kvinne ikke fikk gjeninntre i samme tjeneste etter endt permisjon. Ombudet kom til at praksisen med at arbeidstakere som var i fødselspermisjon i mer enn 6 måneder automatisk ble vurdert for nytt tjenesteutsett var i strid med likestl. §3, slik at det var ulovlig og omplassere arbeidstaker etter endt permisjon. Nemda vurderte saken som indirekte diskriminering. Kvinnen hadde svangerskaps- og omsorgspermisjon i ca ett år. Det var flere kvinner enn menn i tolletaten som tok ut omsorgspermisjon. Spørsmålet var om unntaksbestemmelsen i §3(4) kom til anvendelse. Klagenemda kom til at ordningen

hadde saklig formål. Dernest uttalte nemda at; ”Klagenemnda tar ikke standpunkt til om det objektivt sett er bedre å arbeide i Kontrollavdelingen enn i Tollavdelingen... Poenget må være at A ønsket å beholde arbeidet i Kontrollavdelingen og at en nektelse derfor representerte et tap for henne. Klagenemnda viser her også til Elisabeth Vigerust, *Arbeid, barn og likestilling*, Tano Aschehoug 1998, som på s. 205 skriver følgende: ’Hvis det er tvil om en virkning skal karakteriseres som negativ eller positiv, må det være kvinnens egen oppfatning av situasjonen som er avgjørende. At arbeidsgiver mener at han handler til det beste for kvinnen kan ikke tillegges vekt, ... ’”

Nemda kom til at kvinnen ble stilt dårligere ut fra at kvinnen hadde et ønske om å beholde arbeidet i kontrollavdelingen. Videre vektla nemda at omplasseringen medførte at kvinnen fikk mindre ansvar og lavere lønn. Den nye stillingen var altså ikke likeverdig som den hun hadde tidligere. Omplasseringen var i strid med likestillingsloven. Mindretallet på sin side mener at kvinnen ble stilt bedre hva gjaldt karriereutvikling ut fra at tolletaten vektla forskjellig oppgaver og bred erfaring ved opprykk. Videre vektla mindretallet avgjørelsen i LKN-2003-14.

I LDN-2006-22 uttaler nemda at; ”Utgangspunktet etter likestillingsloven er at arbeidstakere som har vært i permisjon har krav på å få komme tilbake til en stilling med samme lønn og på samme nivå som tidligere. Arbeidsoppgavene skal i hovedsak være likeverdige med de arbeidsoppgavene vedkommende hadde før permisjonen, både når det gjelder innhold og ansvar. Arbeidstaker har imidlertid ikke et ubetinget krav på nøyaktig samme stilling.” Spørsmålet i saken var om endring av en arbeidstakers arbeidsoppgaver og stilling var i strid med likestillingsloven. Kvinnen var ansatt som fast medarbeider i regnskapsavdelingen, samt resepsjons- og sentralbordtjeneste. Etter permisjonen på ca 1 år beholdt hun lønnen sin, men ble fratatt store deler av de regnskapsoppgavene hun hadde før permisjonen. Dette var mer varierte arbeidsoppgaver som gav større mulighet for å utvikle og vedlikeholde sin regnskapsmessige kompetanse. Nemda så det slik at dette kunne føre til at hun fikk færre muligheter til interessante arbeidsoppgaver i framtiden. Som nemda fremhever skal man etter likestillingsloven kunne fortsette sin karrieremessige utvikling

uavhengig av permisjonen. Nemda kom til at dette gjorde at kvinnen ble stilt dårligere enn det hun var før permisjonen. Dermed vurderte nemda om fødselspermisjonen var årsaken til at hun ble gitt endrede arbeidsoppgaver. Nemda uttalte at de ikke kunne se at omorganisering og økt omsetning i selskapet var grunnen til at kvinnen fikk endrede arbeidsoppgaver. Det var ikke godtgjort at andre arbeidstakere hadde vært utsatt for tilsvarende endringer i løpet av den tiden kvinnen var i permisjon. Spørsmålet var da om det kunne gjøres unntak etter §3(4). Nemda fremhever at det etter praksis skal svært mye til for at forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon blir godtatt. Nemda kom til at bedriften ikke hadde tungtveiende saklige grunner for å endre kvinnens arbeidsoppgaver på grunn av at hun var i fødselspermisjon.

Nemdspraksis viser at man ved vurdering av om endringene står seg, tar stilling til arbeidstakers arbeidsoppgaver før og etter endring, for å se hvor store forskjeller som foreligger. Det er avgjørende at det foreligger saklig grunn til endringene og at ny stilling medfører likeverdighet i forholdt til tidligere stilling. Lønn er et vesentlig moment i tillegg til karriereutvikling. Videre skal arbeidsoppgaver være likeverdig og man skal beholde stillingstittel. Man skal ikke bli degradert ved en endring. Dette er avgjørende ved permisjon av lengre tid. For det tilfelle det er snakk om lovforbeholdt permisjon, synes nemda å mene at denne permisjonen er såpass kort, slik at det ikke vil være mulig å gjøre endringer på grunn av permisjonen. Arbeidstaker har her rett til å gjeninntre i stillingen.

#### 4.6.2 Er det åpnet for større fleksibilitet? Kan arbeidsgiver i større grad enn tidligere gjøre endringer i de ansattes arbeidsvilkår – arbeidsoppgaver?

Formålet her er å se på ordlyden i direktivene for å se om adgangen etter de EU-rettslige reglene medfører større endringsrett enn tidligere. Videre om grunnpregsstandarden i norsk rett kan anses å ha blitt fraveket slik at dette også medfører at arbeidsgiver har større endringsrett enn tidligere, og hvorvidt dette har betydning for nemdspraksis.

Det første spørsmål er om ordlyden i direktivene som gir arbeidstaker en beskyttelse mot endringer av stillings innhold kan sies å være noe forskjellig. Inntil endringsdirektivet av 2002/73/EF kom var det bare foreldrepermisjonsdirektivet som hadde en bestemmelse om endringsadgangen til arbeidsgiver. Art.2 nr.5 gir arbeidstaker rett til å vende tilbake til samme stilling, dersom det er umulig, skal arbeidstaker få komme tilbake til tilsvarende eller liknende arbeid i tråd med sin *arbeidsavtale eller arbeidsforhold*. Ved endringsdirektivet fikk man en bestemmelse i likebehandlingsdirektivet art.2 nr.7 om at arbeidstaker skal få komme tilbake til samme arbeid eller til likeverdig arbeid på betingelser og vilkår som ikke er *mindre gunstige*. Tilsvarende ordlyd er brukt i diskrimineringsdirektivet art.15 og art.16. Spørsmålet er om ordlyden i likebehandlingsdirektivet og det nye diskrimineringsdirektivet favner noe videre enn hva foreldrepermisjonsdirektivet gjør.

Merete Preisler skriver i artikkelen, ”Ansættelsesendringer under orlov”, at hun antar at endringsdirektivet til likebehandlingsdirektivet gir arbeidsgiver større frihet til å endre arbeidsvilkår under permisjon, enn det dagjeldende dansk rett gjorde. Slik at rettstilstanden i Danmark med implementeringen av endringsdirektivet i 2005 måtte forventes prinsipielt endret.<sup>174</sup> Dette kan man sette spørsmålsteget ved. Medlemslandene har lov til å opprettholde et høyere beskyttelsesnivå enn det som følger av direktivet, men har ikke lov til å sette ned et allerede høyere nasjonalt nivå jfr. likebehandlingsdirektivet art. 8e.<sup>175</sup> Konklusjonen til Preisler er imidlertid at ordlyden er noe videre. Foreldrepermisjonsdirektivet sier hun er i tråd med vesentlighetskriteriet som gjelder for endringer etter de alminnelige regler. Mens ordlyden i likebehandlingsdirektivet åpner for større endringsadgang enn det som følger av dansk rett.

Vigerust fremstiller det som om ordlyden i disse direktivene er sammenfallende. Hun skriver at likebehandlingsdirektivet art.2 og art.15 i diskrimineringsdirektivet

---

<sup>174</sup> Preisler(2003)s.356

<sup>175</sup> Krarup(2004)s.117

korresponderer med tilsvarende regel i foreldrepermisjonsdirektivet klausul 2 nr.5.<sup>176</sup> Imidlertid går hun ikke nærmere inn og ser på ordlyden i direktivene og drøfter dette i sin artikkel. Samtidig skriver Vigerust i 1998 i forhold til foreldrepermisjonsdirektivet, at ombudet og nemda foretar en konkret vurdering av hvorvidt omdisponeringen er lovlig ved å se på hvor store forskjeller det er mellom den tidligere og den nye stillingen. Noen ganger sier hun at det oppstilles krav om at arbeidsoppgaver skal være tilsvarende eller likeverdige med de gamle arbeidsoppgavene. Videre sier hun at ombudets og nemdas praksis er i samsvar med EUs direktiv om foreldrepermisjon klausul.2 nr.5.<sup>177</sup> Nemdspraksis kan ikke sies å ha endret seg på bakgrunn av at tilsvarende bedømmelse legges til grunn også etter endringsdirektivet og således vil nok legges til grunn ved diskrimineringsdirektivet jfr. pkt 4.6.2. Imidlertid stiller nemda et krav om likeverdig stilling idag. Selv om ordlyden i direktivene kanskje er noe forskjellig, har bestemmelsene vært praktisert likt.

Etter de alminnelige regler om beskyttelse for arbeidstakere er det slik at arbeidsgiver har adgang til å overføre arbeidstaker til annet likeverdig arbeid. Men man skal ikke kunne bli degradert. Høyesterett ser nok stillingen som en yterramme for arbeidsgivers endringsadgang.<sup>178</sup>

Men spørsmålet er om man aksepterer videre rammer for endringsadgangen og hva man anser som likeverdig stilling i dag, ved at man kan hevde at man er på vei bort fra grunnpregsstandarden, kanskje til og med at den er fraveket. Fougner hevder at man muligens er på vei bort fra grunnpregsstandarden i og med Nøkkdommen. I Rt. 2000 s. 1602, Nøkk-dommen, uttalte Høyesterett at spørsmålet om handlingene lå innenfor arbeidsgivers styringsrett måtte *”avgjøres på grunnlag av en tolkning og utfylling av mannskapets arbeidsavtaler. Arbeidsgiver har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje inne for rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolkning og utfylling av arbeidsavtalene må det blant*

---

<sup>176</sup> Vigerust(2008)s.208

<sup>177</sup> Vigerust(1998)s.346-348

<sup>178</sup> Fougner(2007)s.250-251



*annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.*” Høyesterett godtok at maskinister på en brannbåt skulle kunne jobbe som brannkonstabler på land også.

Imidlertid skriver Ørbeck at selv om Nøkk-dommen åpner for å legge vekt på samfunnsutviklingen er dette bare et moment i helhetsvurderingen. Hun hevder at det tilbakeskuende momentet som grunnpregsstandarden inneholder og som beskytter det bestående fortsatt kan opprettholdes om enn i en modernisert form.<sup>179</sup>

Samtidig kan man reise spørsmålet om grunnpregsstandarden er fravekt i norsk rett. Eidsivating lagmannsrett har i sin avgjørelse; LE-2008-47080 uttalt følgende; *”Lagmannsretten finner etter Høyesteretts nye praksis ikke at det lenger er rettskildemessig grunnlag for å hevde at ”grunnpregsstandarden” gir uttrykk for en normativ begrensning av styringsretten etter gjeldende rett, heller ikke i modifisert form, slik tingretten har lagt til grunn. Høyesterett har aldri basert seg på en slik ulovfestet norm. Høyesteretts praksis gir rom for en mer omfattende endringskompetanse for arbeidsgiver.”*

Imidlertid stammer uttalelsen som ”avliver” grunnpregsstandarden fra en lagmannsrettsdom. Den rettskildemessige betydning av en lagmannsretts dom er ikke tilsvarende lik som for en Høyesterettsdom. Avgjørelser av lagmannsretten har langt fra så stor autoritet som Høyesteretts avgjørelser.<sup>180</sup>

Hvorvidt det i norsk rett er åpnet for større fleksibilitet og at arbeidsgiver er gitt en større endringsadgang på bakgrunn av at grunnpregsstandarden er fraveket er et åpent spørsmål. Det kan se ut som Høyesterett legger til grunn en videre ramme for endringsadgangen og hva man anser som likeverdig stilling etter de alminnelige regler enn hva nemdspraksis gjør

---

<sup>179</sup> Ørbeck(2008)s.165-166

<sup>180</sup> Eckhoff(2001)s.162

etter likestillingsloven. Uansett hva gjelder området for likestillingsloven og dens krav i forhold til likebehandling og diskrimineringsforbudet må man se hen til våre forpliktelser etter EU/EØS-retten. Dette er en del av norsk rett. En større endrings adgang etter de alminnelige regler kan ikke medføre at beskyttelsesnivået nedsettes i forhold til de EU-rettslige regler. Det gjenstår å se hva EF-domstolen setter av grenser for endringsadgangen og hva man anser som likeverdig stilling.

#### 4.6.3 Endringsoppsigelse

Dersom arbeidstaker kommer tilbake etter endt fødsels – eller foreldrepermisjon og blir forespeilet så omfattende endringer at hovedinnholdet i arbeidsavtalen endres, vil dette ligge utenfor arbeidsgivers styringsrett. I realiteten vil dette være å anse som en oppsigelse i kombinasjon med tilbud om ny jobb, altså en endringsoppsigelse. En slik oppsigelse må fylle kravene til saklighet og formalitet.<sup>181</sup> Avgrensningen er imidlertid ikke avgjørende i forhold til diskrimineringsforbudet i likestillingsloven, men av betydning i forhold til vernet etter arbeidsmiljøloven som er sterkere enn vernet etter likestillingsloven.<sup>182</sup> To saker fra underretten kan belyse denne problemstillingen.

LG-2006-104920 gjaldt en arbeidstaker som var tilsatt som operatør på en pakkeavdeling, hun ble også tilkalt som vikar ved laboratoriet ved bedriften. Etter hvert jobbet hun først og fremst der. Lagmannsretten så det slik at kvinnen innehadde en stilling på laboratoriet. Når hun kom tilbake fra permisjon ble hun satt til arbeid i pakkeavdelingen. Lagmannsretten kom til at arbeidsgiver helt hadde neglisjert rettighetene til kvinnen, ved at hun var satt til annet arbeid enn det hun hadde krav på å få utføre. Stillingen på laboratoriet kunne ikke fratas henne uten gjennom en endringsoppsigelse. Det forelå ikke saklig grunn for dette heller.

---

<sup>181</sup> <http://test.seria.no/likestillingsombudet.no/diskriminert/faktaarkpermisjon.html>

<sup>182</sup> Vigerust(1998)s.383

I LH-1997-817 hevdet arbeidstaker at det forelå en endringsoppsigelse, men fikk ikke medhold. Mens hun var i permisjon ble det gjennomført rasjonalisering og omorganisering av bedriften. Hennes stilling ble overført fra Svolvær til Leknes som medførte lenger reisevei og dermed forlenget reisetid. Lagmannsretten kom til at det var adgang til å flytte arbeidsstedet i medhold av ansettelsesreglementet slik at dette måtte anses å ligge innefor arbeidsgivers styringsrett og at dette var saklig. Noe av bakgrunnen for at lagmannsretten kom til sitt resultat var muligens at det dreiet seg mer om virksomhetsledelse enn arbeidsledelse. Styringsretten omfatter den overordnede virksomhetsledelse og ledelse i individuelle forhold. Styringsretten i form av retten til å lede, kontrollere og fordele arbeidet hører med til virksomhetens daglige drift.<sup>183</sup> Mens beslutninger om å nedlegge eller flytte hele eller deler av bedriften hører med til virksomhetsledelse. Begrensningene i arbeidsgivers virksomhetsledelse er færre enn i individuelle forhold.<sup>184</sup> I tillegg viser avgjørelsen betydningen av at man har regulert arbeidsforholdet i ansettelsesreglemente.

---

<sup>183</sup> Fougner(2007)s.163

<sup>184</sup> Fougner(2007)s.166

## 5 Bevisbyrdekravet

Dersom det oppstår tvist om endringer av arbeidsvilkår er begrunnet i permisjonen eller andre forhold, vil dette være et bevisspørsmål. Det er tvil om faktum i saken. Mange av sakene hos nemda og ombudet handler nettopp om dette.<sup>185</sup> Det er likestl. §16 om delt bevisbyrde som gjelder i slike saker. Likestl. §16 gjennomfører bevisbyrdedirektivet 97/80/EØF. Dette direktivet fastslo prinsippet om delt bevisbyrde og er en kodifisering av EF-domstolens praksis. Ved tolkning av §16 er det således aktuelt å se hen til EF-domstolen for rettslig avklaring. Imidlertid fremgår det av forarbeidene at likestillingsombudets praksis var i samsvar med EUs bevisbyrdedirektiv slik at lovendringene hva gjelder §16 også kan anses som en kodifisering av praksis i henhold til likestillingslovens håndhevingsorganer.<sup>186</sup> Bestemmelsen har to sentrale momenter: bevisføringsplikt og regler om krav til bevisets styrke.<sup>187</sup>

### 5.1 Klagers beviskrav og arbeidsgivers motbevis

Hva gjelder klagers bevisføringsplikt og beviskrav følger det av likestl. §16 at det må *”foreligge omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted en lovstridig forskjellsbehandling.”* Ut fra ordlyden i bestemmelsen ser man at beviskravet ikke er særlig strengt. Det har også vært departementets mening at det skulle stilles mindre krav hva gjelder bevisbyrden enn tidligere.<sup>188</sup> Forarbeidene fremholder at det må etableres en presumpsjon for at det har skjedd en forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn i strid med

---

<sup>185</sup> Vigerus(2008)s.194,LKN-2005-24

<sup>186</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.93,95og96

<sup>187</sup> Hedlund(2008a)s.371

<sup>188</sup> Ot.prp.nr77(2000-2001)s.98

loven.<sup>189</sup> En ren påstand er ikke tilstrekkelig da kreves holdepunkter i ytre omstendigheter. Man må med andre ord ha informasjon av en viss tyngde som viser at det har skjedd en forskjellsbehandling. For at bevisbyrden skal gå over på den ansvarlige (arbeidsgiver) kreves det at det ”foreligger omstendigheter” som gir grunn til å tro. Med dette menes informasjon og opplysninger som kan bidra til å forklare det som har skjedd.<sup>190</sup> Denne bevisføringsregel skiller seg fra det som ellers gjelder etter sivilprosessens regler. Her er hovedreglen at den part som påstår seg krenket må sannsynliggjøre at så er tilfelle og beviskravet er sannsynlighetsovervekt.<sup>191</sup>

Dersom det er etablert en presumpsjon om at en lovstridig forskjellsbehandling har funnet sted, vil det være opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det ikke har skjedd. Beviskravet for arbeidsgiver er overvektsprinsippet. Det kreves vanlig bevisovervekt 51 prosent eller mer. Bevistemaet vil variere etter som det er snakk om indirekte eller direkte diskriminering. Er det snakk om indirekte diskriminering, er dette handlinger hvor det er større rom for unntak. Bevistemaet kan således her bli mer komplekst. Unntaket i §3(4) tilsier at indirekte forskjellsbehandling er tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Dersom det er etablert en presumpsjon for indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at vilkårene i unntaket i §3(4) er oppfylt.<sup>192</sup>

Bakgrunnen for bevisbyrdereglen er hensynet til effektivitet. Man kan si at forskjellen i kravet til bevisets styrke begrunnes med reelle hensyn. Det vil være lettere for den ansvarlige (arbeidsgiveren) å føre bevis for at dens handlinger ikke er i strid med loven enn for anklager. Arbeidsgiver vil ha innblikk i prosesser og beslutningsgrunnlag som ligger til grunn for dens avgjørelser. Dette kommer også frem i forarbeidene, hvor det uttales at det

---

<sup>189</sup> Ot.prp.nr.35(2004-2005)s.57

<sup>190</sup> Hedlund(2008a)s.372-273

<sup>191</sup> Hov(2007)s.350

<sup>192</sup> Hedlund(2008a)s.374

er et særlig behov for å sikre et effektivt vern mot forskjellsbehandling fordi styrkeforholdet mellom de involverte partene som regel er skjevt.<sup>193</sup> Arbeidstakers rettigheter er således delvis sikret gjennom bevisbyrdekravet ved at det skal gjøres lettere å gjøre retten til ikke-diskriminering gjeldende.

---

<sup>193</sup> Ot.prp.nr.35(2004-2005)s.56-57

## 6 Avslutning

Som avhandlingen viser er arbeidstaker gitt visse rettigheter i forbindelse med permisjon. Det overordnede mål er at arbeidstaker ikke skal få svekket stilling på grunn av at man utnytter sin rett til permisjon. Imidlertid kan ikke arbeidstaker i permisjon sammenliknes med arbeidstaker i jobb. Således kan man ikke nyte godt av alle fordeler som følger av ansettelsesforholdet og som knyttes opp mot aktiv arbeidsinnsats. Hensynet til arbeidsgiver må således også vektes. Dette vises ved at arbeidstaker ikke nødvendigvis har krav på å få komme tilbake til akkurat samme stilling. Imidlertid går det et skille mellom lovforbeholdt permisjon hvor vernet mot diskriminering er absolutt, og ytterligere permisjon. De norske regler synes for det meste å være i overensstemmelse med EU/EØS-retten. Men som påpekt i avhandlingen er for eksempel menns krav på stønad, muligens ikke i samsvar med diskrimineringsdirektivet. Videre er det også spørsmålet om kvinners lengde på den lovforbeholdte permisjon er i samsvar med EU/EØS-retten. Dette vil kunne være tema for videre diskusjoner.

## 7 Litteraturliste

### 7.1 Bøker

- Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht *Ligestillingslovene*. Bind 2, 5. utgave, København, 2006
- Andersen, Kristen *Fra arbeidslivets rett*. Oslo, 1967
- Carlson, Laura *Searching for equality*. Uppsala, 2007
- Dege, Jan Tormod *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo, 2003
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001
- Fougner, Jan *Endring i arbeidsforhold – Styringsrett og arbeidsplikt*. Oslo, 2007
- Gjone, Tor og Erik C. Aagaard *Bedriftens personalhåndbok – Rett og plikt i arbeidsforhold*. 6. utgave, Oslo, 2002
- Hedlund, Mary-Ann og Brit Djupvik Semner *Likestillings – og diskrimineringslovene med kommentarer*. Bind 1, Bergen 2008a
- Hedlund, Mary-Ann *Likestillings – og diskrimineringsrett*. Redigert av Anne Hellum og Kirsten Ketscher, Oslo 2008b
- Hellum, Anne og Kirsten Ketscher *Likestillings – og diskrimineringsrett*. Redigert av Anne Hellum og Kirsten Ketscher, Oslo 2008
- Holo, Lars *Ferieloven med kommentarer*. 3. utgave Oslo, 2006
- Hotvedt, Marianne Jenum og Aslak Syse *Barn ventes – Rettigheter for småbarnsforeldre*. Oslo, 2009
- Hov, Jo *Rettergang I. Sivil – og straffeprosess*. Oslo, 2007
- Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utgave Oslo, 2006
- Ketscher, Kirsten *Likestillings – og diskrimineringsrett*. Redigert av Anne Hellum og Kirsten Ketscher, Oslo 2008



Krarup, Mads og Agnete Andersen, *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge*, forlaget Thomson A/S København 2004

Vigerust, Elisabeth, *Likestillings – og diskrimineringsrett*. Redigert av Anne Hellum og Kirsten Ketscher, Oslo, 2008

Vigerust, Elisabeth *Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser*. Oslo, 2003  
Kvinnerettslige studier nr.49, Institutt for offentlig retts skriftserie nr.4/2003

Vigerust, Elisabeth *Familiehensynsprinsippet i arbeidsretten – omsorg, tid og fleksibilitet*, I: Lov og Rett 2000 s.3-25

Vigerust, Elisabeth *Arbeid, barn og likestilling – Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*, Oslo, 1998

## 7.2 Artikler

Andersen, Agnete, Ruth Nielsen, Kirsten Precht *Udviklingen i den EU – rettlige beskyttelse vedrørende graviditet og barsel*. 1999 (Sisert fra UfR ONLINE U.1999B.139)

Preisler, Merete *Ansættelsesendringer under orlov*. 2003 (Sisert fra UfR ONLINE U.2003.B.351)

Strand, Vibeke Blaker *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett et ensartet vern? - Fagfelleverdert artikkel*. I: Lov og Rett 2007 nr.3 s.132-153 (sisert fra idunn.no.)

Ørbeck, Ida Totland *Kan arbeidsgiver nå, i større grad enn tidligere, gjøre endringer i de ansattes arbeidsoppgaver? Om grunnpregsstandardens utvikling i norsk rett*. I: Arbeidsrett 2008 nr.3 s.154-166 (sisert fra idunn.no)

## 7.3 Lover

Arbeidsmiljøloven, Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.  
Diskrimineringsloven, Lov 03. juni 2005 nr.33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.

Diskrimineringsombudsloven, Lov 10. juni 2005, nr. 40 om Likestillings – og diskrimineringsombudet, og Likestillings – og diskrimineringsnemda.

Ferieloven, Lov 29. april 1988 nr.21 om ferie.

Folketrygdloven, Lov 28. februar 1997 nr.19 om folketrygd.

Likestillingsloven, Lov 09. juni 1978 nr.45 om likestilling mellom kjønnene.

#### 7.4 Lovkommentar på nett

Syse, Aslak *Kommentar til folketrygdloven*. I: Norsk lovkommentar nettsversjon[sitert25.04.09]

Dalheim, Tron *Kommentar til arbeidsmiljøloven*. I: Norsk lovkommentar nettsversjon[sitert.25.04.09]

Holo, Lars *Kommentar til ferieloven*. I: Norsk lovkommentar nettsversjon[22.04.09]

#### 7.5 Forarbeider

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Lov om endring 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. 35(2004-2005) Om lov om endring i likestillingsloven mv(Gjennomføring av Europaparlamentets – og Rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN konvensjonen om alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov.).

Ot.prp. nr. 65(2007-2008) Om lov om endring i ferieloven, arbeidsmiljøloven og arbeidsmakedsloven

Ot.prp. nr. 49(2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

NOU 2008:6 Kjønn og lønn; Fakta, analyser og virkemidler for likelønn.

## 7.6 Rettspraksis

Rt. 2000 s. 1602 Nøkk – dommen

RG.1996 s.463 (Gulating lagmannsrett)

LE-2008-47080 (Eidsivating lagmannsrett)

LH-1997-817 (Hålogaland lagmannsrett)

LG-2006-104920 (Gulating lagmannsrett)

## 7.7 Nemdspraksis

LKN-1990-8 Særbehandling

LKN-1994-4 Særbehandling

LKN-1995-4 Endrede arbeidsoppgaver

LKN-1998-2 Bonus

LKN-1998-7 Bonus

LKN-2003-6 Lønnsforhandlinger under permisjon

LKN-2003-13 Endrede arbeidsoppgaver

LKN-2003-14 Endrede arbeidsoppgaver

LKN-2004-6 Endrede arbeidsoppgaver

LKN-2004-16 Bonus

LKN-2004-22 Lønnsforhandlinger under permisjon

LKN-2005-31 Lønnsforhandlinger under permisjon

LKN-2005-24 Endrede arbeidsoppgaver, bevisspørsmål

LDN-2006-7 Endrede arbeidsoppgaver

LDN-2006-22 Endrede arbeidsoppgaver

LDN-2007-23 Beregning av praksistid for advokater

## 7.8 Ombudet

LDO saksnr. 2004/084

LDO saksnr. 2004/287

LDO saksnr. 08/1047

LDO saksnr. 08/33

## 7.9 Dommer fra EF-domstolen

C-116/06 Sari Kiiski

C-294/04 Carmen

C-131/04 og C-257/04 C.D Robinson-Steel mod R.D Retail Services Ltd, Michael Jason  
Clarke mod Frank Staddon Ltd

C-356/03 Mayer

C-284/02 Sass

C-147/02 Alabaster

C-342/01 Gomez

C-160/01 Mau

C-366/99 Griesmar

C-218/98 Abdoulaye

C-333/97 Lewen

C-281/97 Krueger

C-411/96 Boyle

C-136/95 Thibault

C-342/93 Gillespie

C-32/93 Webb

C-421/92 Habermann-Beltermann

C-312/86 Kommisjonen mot den franske republikk

C-285/98 Kreil

C-109/88 Danfoss

C-184/89 Nimz

C-222/84 Johnston

C184/83 Hofmann

## 7.10 EU-traktater og direktiver. Konvensjoner

*Romatraktaten.* Treaty establishing the European Community 1957

*Amsterdamtraktaten.* Treaty establishing the European Community.(Amsterdam consolidated version 1999)

*EØS-avtalen.* Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

*Likelønnsdirektivet.* Rådskonklusjon 75/177/EØF av 10. Februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere.

*Bevisbyrdedirektivet.* Rådskonklusjon 97/80/EF om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn

*Graviditetsdirektivet.* Rådskonklusjon 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer.

*Likebehandlingsdirektivet.* Rådskonklusjon 76/207/EØF av 9. Februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

*Likebehandlingsdirektivet.* Europa – parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av rådskonklusjon 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

*Diskrimineringsdirektivet.* Europa – parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. Juli 2006 om gjennomførelse af prinsippet om like muligheder for og likebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning), 17.02.2009

*Foreldrepermisjonsdirektivet.* Rådsdirektiv 96/34/EF av 3.juni om rammeavtalen inngått mellom UNICE, CEEP og EFF.

*ILO Konvensjonen nr. 156.* ILO-convention concerning equal opportunities and equal treatment for men and women: Workers with family responsibilities.

*FNs kvinnekonvensjon.* Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner 18. Desember 1979

*EMK.* Den europeiske menneskerettskonvensjon av 1950

*ØSK.* FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16. desember 1966

*SP.* FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966

*Arbeidsdirektivet.* Rådsdirektiv 93/104/EF av 23. november 1993 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden.

## 7.11 Nettdokumenter

<http://www.ledernet.no/id/12614.0> [sitert 25.04.09]

[http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-og-efta/eos/aktuelt/rettsaker/2008/rettsaker\\_140308.html?id=502611#BLD](http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-og-efta/eos/aktuelt/rettsaker/2008/rettsaker_140308.html?id=502611#BLD) [sitert 25.04.09]

[http://www.folketinget.dk/Samling/20021/udvtilag/AMU/Almdel\\_bilag135.htm](http://www.folketinget.dk/Samling/20021/udvtilag/AMU/Almdel_bilag135.htm) [sitert 10.03.09]

<http://www.ldo.no/no/Kjonn/Rettigheter/Foreldrepermisjon-fordeling-mellom-far-og-mor/> [sitert 25.04.09]

<http://www.ldo.no/no/TopMenu/Aktuelt/Nyheter2/2008/Melding-om-menn-mannsroller-og-likestilling/> [sitert 25.04.09]

<http://test.seria.no/likestillingsombudet.no/diskriminert/faktaarkpermisjonoglonn.html> [sitert 24.02.09]

<http://www.ldo.no/Kjonn/Rettigheter/Foreldrepermisjon-og-lonn/> [sitert 17.03.09]

<http://test.seria.no/likestillingsombudet.no/diskriminert/faktaarkpermisjon.html>. [sitert 24.02.09]

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/NOUer/2001/NOU-2001-4/5/11.html?id=363587>[25.04.09]