

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Arbeidstakeres fødsels- og foreldrepermisjoner i et likestillingsperspektiv

Kandidatnummer: 650

Leveringsfrist: 25.04.2016

Antall ord: 15732



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Presentasjon av tema.....	1
1.2	Problemstillinger og avgrensninger .....	1
1.3	Metode .....	3
<b>2</b>	<b>LIKESTILLINGSLOVGIVNINGEN</b> .....	<b>5</b>
2.1	Prinsippet om likestilling .....	5
2.2	Vern mot diskriminering på grunn av permisjonsrettigheter .....	5
2.2.1	Personen må ha kommet i en dårligere stilling.....	6
2.2.2	Krav til sammenligningsperson .....	7
2.2.3	Den dårligere behandlingen må skyldes "kjønn".....	9
2.2.4	Det må eksistere en situasjon med direkte eller indirekte forskjellsbehandling .....	10
2.2.5	Lovlig forskjellsbehandling .....	12
<b>3</b>	<b>GRAVIDITETSPERMISJON – "DEN NORSKE MODELLEN"</b> .....	<b>15</b>
3.1	Innledning .....	15
3.2	Permisjonsreglene knyttet til graviditet og fødsel.....	15
3.2.1	Mor .....	15
3.2.2	Far.....	16
3.3	Foreldrepermisjonsreglene.....	18
<b>4</b>	<b>HVORDAN SAMSVARER DEN NORSKE MODELLEN MED DET RETTLIGE VERNET MOT DISKRIMINERING?</b> .....	<b>21</b>
4.1	Er utformingen av retten til barselpermisjon diskriminerende?.....	21
4.1.1	Innledning .....	21
4.1.2	Kravene til barselpermisjon etter barseldirektivet.....	21
4.1.3	Forholdet mellom barseldirektivet og tredelingen av foreldrepermisjonen .....	26
4.2	Er utformingen av norske fedres permisjonsrettigheter diskriminerende? .....	34
4.2.1	Innledning .....	34
4.2.2	Strider aktivitetskravet i folketrygdloven mot EU-retten? .....	34
4.2.3	Rettsvirkningen av at folketrygdlovens bestemmelser strider mot EU-retten..	39
4.2.4	Betraktninger om EU-domstolens uttalelser og retten til omsorgspermisjon...	41
<b>5</b>	<b>AVSLUTNING</b> .....	<b>45</b>

<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>46</b>
----------	------------------------------	-----------

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema

Temaet for denne oppgaven er diskriminering på grunn av permisjonsrettigheter knyttet til graviditet og fødsel. En arbeidstaker har rett på permisjon når han eller hun får barn. Denne rettigheten hjemles i et tosporet system, hvor arbeidsmiljøloven<sup>1</sup> og folketrygdloven<sup>2</sup> utfyller hverandre. Forskjellsbehandling i arbeidslivet knyttet til graviditet eller foreldrepermisjon er et stort problem. TNS Gallup gjorde i 2014 en undersøkelse på oppdrag fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (heretter "LDO" eller "ombudet") som viste at en svært høy andel av arbeidstakerne opplever forskjellsbehandling knyttet til graviditet eller foreldrepermisjon. Rapporten viste at 55 prosent av kvinnelige og 22 prosent av mannlige arbeidstakere har opplevd forskjellsbehandling knyttet til graviditet eller foreldrepermisjon.<sup>3</sup> I denne oppgaven er det imidlertid ikke den *faktiske* forskjellsbehandlingen som skjer i arbeidslivet som vil være i fokus. En av årsakene til at jeg har utelatt å skrive om dette er at lovgivningen på dette området i stor grad er klarlagt, og at en stor del av saksomfanget knytter seg til bevissspørsmålet.<sup>4</sup>

Fokuset i denne oppgaven er utformingen av permisjonsrettighetene i norsk lovgivning. Helt sentralt er lovgivers ansvar for å utforme permisjonsrettigheter som ikke er diskriminerende. Her gir særlig EU-retten veiledning. En forutsetning for at mannlige og kvinnelige arbeidstakere skal bli likestilte på arbeidsmarkedet er at loven sikrer dem et likestilt utgangspunkt. Lovgivningen har både en symbolsk og en faktisk betydning for hvilke valg den enkelte arbeidstaker tar. Innføring av fedrekvote som ikke kunne overføres er et særdeles godt eksempel på lovgivning som har fått både symbolsk og faktisk betydning; antall fedre som tok ut permisjon steg fra 3-4 % til nær 90 % etter innføringen.<sup>5</sup> Lovgivningen bør fremme like muligheter for kvinner og menn. Da kreves en bevisst utforming av lovverket om permisjonsrettigheter, hvor rettighetene og lovgivningen hele tiden vurderes i et diskrimineringsperspektiv.

## 1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Det overordnede formålet med oppgaven er å gi en fremstilling av permisjonsrettighetene i norsk rett og analysere hvorvidt disse rettighetene samsvarer med likestillingsretten. Jeg betegner permisjonsrettighetene i norsk rett som "den norske modellen". Denne betegnelsen søker å fange opp at den norske modellen er særegen på flere måter. Den er for det første svært langvarig sammenholdt med andre land, noe som fører til andre problemstillinger enn hvorvidt minimumsrettighetene etter internasjonal rett er sikret. For det andre er inndelingene

---

<sup>1</sup> Lov 17 juni 2005 nr. 62.

<sup>2</sup> Lov 28 februar 1997 nr. 19.

<sup>3</sup> TNS Gallup 16.02.2015.

<sup>4</sup> Vigerust (2008) s. 194.

<sup>5</sup> Aune (2013) s. 36.

i ulike rettigheter i den norske modellen ulik den som følger av EU-retten, noe som gjør at vurderingene av om det er samsvar kompliseres.

I kapittel to redegjør jeg for gjeldende rett i likestillingsloven<sup>6</sup>. Formålet med fremstillingen i dette kapittelet er å presentere gjeldende rett og av den grunn er fremstillingen objektiv. Likestillingsreglene er overgripende regler som setter skranker for den øvrige lovgivningen, og det er derfor naturlig å behandle disse før jeg går inn på den konkrete lovgivningen om permisjonsrettigheter. Kapittel tre redegjør for permisjonsrettighetene som er knyttet til graviditet og fødsel i den norske modellen. Formålet i kapittel tre er, i likhet med kapittel to, å presentere gjeldende rett og fremstillingen er objektiv. Permisjonsrettighetene som behandles er fars omsorgspermisjon, mors svangerskapspermisjon, mors fødselspermisjon og foreldrepermisjonen.

Utformingen av permisjonsrettigheter i norsk rett har fått kritikk for å være diskriminerende. Jeg vil behandle noen særlige problemstillinger knyttet til dette i kapittel fire. Jeg har tatt utgangspunkt i noen aktuelle problemstillinger som jeg synes er interessante, og gjør mine egne rettslige vurderinger av disse. Fremstillingen i kapittel fire er i kontrast til kapittel to og tre, en subjektiv fremstilling. Den første problemstillingen er om utformingen av barselpermisjonen i norsk rett er diskriminerende mot kvinner. Denne problemstillingen behandles i kapittel 4.1. Problemstillingen er aktualisert av at Helga Aune og Gro Nylanders i en artikkel fra 2015 hevder at mødrekvoten er diskriminerende, og at norsk rett strider mot EØS-rettslige forpliktelser.<sup>7</sup> Jeg vil redegjøre for og analysere artikkelens rettskildegrunnlag for så å komme til en selvstendig konklusjon. Den neste problemstillingen er om utformingen av norske fedres permisjonsrettigheter er diskriminerende. Dette behandler jeg i kapittel 4.2. Denne problemstillingen ble aktualisert i 2015 med en dom fra EU-domstolen<sup>8</sup>, hvor det ble skrevet påfølgende norske artikler om at de norske permisjonsrettighetene diskriminerer fedre. Jeg vil redegjøre for rettspraksis fra EU-domstolen, og analysere hvorvidt EU-retten taler for at de norske permisjonsreglene for fedre er diskriminerende.

Temaet for oppgaven er mødre og fedres rettigheter til permisjon i forbindelse med å bli foreldre. De sentrale rettighetene er knyttet til arbeidslivet, og utgangspunktet for oppgaven er de rettighetene arbeidstakere har til permisjon etter arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljølovens regler gjelder arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og jeg har dermed gjort en naturlig avgrensning i oppgaven til kun å gjelde arbeidstakere. Formålet med oppgaven er å se på den norske modellens utforming av permisjonsrettighetene, og jeg analyserer rettighetene opp

---

<sup>6</sup> Lov 21 juni 2013 nr. 59.

<sup>7</sup> Aune og Nylander (2015).

<sup>8</sup> Sag C-222/14 Maistrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomaton.

mot diskrimineringslovgivningen og EU-retten. Dette formålet gjør at det har vært nødvendig å utelukke eventuelle særregler og særlige tilfeller fra analysen.

### 1.3 Metode

I oppgavens kapittel fire vurderer jeg hvorvidt norsk rett samsvarer med EU-retten. Det er flere utfordringer med å skulle fortolke internasjonale konvensjoner og sammenholde den internasjonale retten med den norske. En internasjonal konvensjon tolkes etter de internasjonale normene som gjelder for vedkommende konvensjon,<sup>9</sup> mens den norske retten har en egen rettskildelære. Jeg vil komme nærmere inn på metoden knyttet til dette under punkt 4.1.2, som innleder vurderingen av om norsk rett samsvarer med EU-retten.

En særlig utfordring i denne oppgaven har vært at permisjonsordningene har en annen inndeling i norsk rett enn i EU-retten. I EU-retten benyttes tre begrep; "maternity leave", "paternity leave" og "parental leave". Vi har ikke begreper som viser til tilsvarende inndeling, så begrepsbruken er ikke direkte overførbart.

I kapittel fire viser jeg til flere dommer fra EU-domstolen. Dersom det foreligger en EU-dom som angir et spesielt tolkningsresultat, så legges det i praksis til grunn også i EØS-retten, fordi den klare hovedregelen i EU- og EØS-retten er at EU-, EFTA<sup>10</sup>-domstolen og norske domstoler benytter samme metode og legger til grunn samme tolkningsresultat.<sup>11</sup> Dette følger av harmoniseringsformålet og homogenitetsprinsippet i EU- og EØS-retten.<sup>12</sup> Det må imidlertid presiseres at EU-domstolen inntar en friere holdning til sine tidligere avgjørelser enn Norges Høyesterett, men at den spiller en like viktig rolle som argumentbærer.<sup>13</sup> I praksis følger som regel EU-domstolen sine egne avgjørelser.<sup>14</sup> Det er noen særtrekk med EU-domstolen som skiller den fra norske høyesterettsdommer. Voteringene og forhandlingene i EU-domstolen er hemmelige, og en ferdig dom kan ha blitt utformet på en spesiell måte for å oppnå det nødvendige flertallet uten at man som leser vil kunne lese det ut av premissene.<sup>15</sup> Det gjør at man som leser ikke vet om saken hadde dissens, og hva denne eventuelt bestod i, og dette gjør at man kan få inntrykk av at et område er klargjort bedre enn det egentlig ble.

---

<sup>9</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 25.

<sup>10</sup> The European Free Trade Association.

<sup>11</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 26.

<sup>12</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 26.

<sup>13</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 234.

<sup>14</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 234.

<sup>15</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 236.

I vurderingen av hva slags rettsregler som følger av EU-retten tar jeg utgangspunkt i fremgangsmåten som anbefales av Arnesen og Stenvik. De viser til at man har to oppgaver når man skal besvare et spørsmål på et konvensjonsregulert område. For det første må domstolen tolke konvensjonsbestemmelsene for å avgjøre hvilke krav de stiller til innholdet i norsk rett.<sup>16</sup> For det andre må konvensjonsforpliktelsene sammenholdes med de foreliggende rettskildedefaktorene av nasjonal karakter for å fastlegge innholdet av rettsregelen for å fastlegge innholdet av den rettsregelen som gjelder nasjonalt.<sup>17</sup> Arnesen og Stenvik anfører at det er av betydning hvilken rekkefølge man behandler disse spørsmålene i.<sup>18</sup> De anfører at det riktige er å tolke den internasjonale regelen først, for å klarlegge de folkerettslige kravene til norsk rett, for så å konfrontere tolkningsresultatet med de nasjonale rettskildedefaktorene.<sup>19</sup> Begrunnelsen er at når man først bringer på det rene de folkerettslige forpliktelsene, vil disse kravene kunne tillegges betydning i vurderingen av den nasjonale rett, som er i tråd med at presumpsjonsprinsippet skal oppfattes som et slutnings- og avveiningsprinsipp og ikke et kollisjonsprinsipp.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 71.

<sup>17</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 71.

<sup>18</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 71.

<sup>19</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 71.

<sup>20</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 72-73.

## 2 Likestillingslovgivningen

### 2.1 Prinsippet om likestilling

Grunnloven<sup>21</sup> § 98 slår fast at "*Alle er like for loven*". Videre følger det at "*Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling*".<sup>22</sup> Likestillingsprinsippet er gjennomgående i lovgivningen, med likestillingsloven som den sentrale foregangsloven. Likestillingslovens formål er å "*fremme likestilling uavhengig av kjønn*".<sup>23</sup> Likestilling innebærer blant annet likeverd og like muligheter og rettigheter.<sup>24</sup>

Den norske stat er også forpliktet til å fremme likestilling etter internasjonal rett. Norge har bundet seg til å fremme prinsippet om lik behandling av kvinner og menn gjennom tilslutningen til EØS-avtalen.<sup>25</sup> Tre av EUs rådsdirektiv er en del av EØS-avtalen på dette området og får betydning for norsk rett; likestillingsdirektivet<sup>26</sup>, barseldirektivet<sup>27</sup> og foreldrepermisjonsdirektivet<sup>28</sup>.<sup>29</sup> Likestillingsdirektivet er gjennomført i norsk rett gjennom likestillingsloven. Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen skal ved motstrid gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.<sup>30</sup>

Den norske stat er også forpliktet etter menneskerettsloven og FNs kvinnekonvensjon til å kontinuerlig arbeide med å endre stereotype kjønnsrolleoppfatninger for å sikre like muligheter for kvinner og menn på alle livets områder jf. konvensjonens fortale, artikkel 2 og artikkel 5.<sup>31</sup>

### 2.2 Vern mot diskriminering på grunn av permisjonsrettigheter

Likestillingsloven § 5 første ledd første punktum slår fast at diskriminering på grunn av kjønn er forbudt. "Kjønn" omfatter permisjon ved fødsel og permisjon som utløses av graviditet og fødsel.<sup>32</sup> Forbudet gjelder alle sidene av et ansettelsesforhold, fra utlysning av stilling til opp-

---

<sup>21</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17 mai 1814.

<sup>22</sup> Grl. § 98 andre ledd.

<sup>23</sup> Likestillingsloven § 1 første ledd.

<sup>24</sup> Likestillingsloven § 1 første ledd.

<sup>25</sup> Jf. Lov 27 november 1992 nr. 109 art. 70

<sup>26</sup> EP/Rdir 2006/54/EF.

<sup>27</sup> Rdir 92/85/EØF.

<sup>28</sup> Rdir 2010/18/EU.

<sup>29</sup> LDO (2015) s. 24.

<sup>30</sup> EØS-loven § 2.

<sup>31</sup> Aune og Nylander (2015) s. 77.

<sup>32</sup> Se nærmere om dette nedenfor under punkt 2.2.3.



hør av ansettelsesforholdet.<sup>33</sup> Forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn skal gjelde på alle samfunnsområder, men skal ikke håndheves i familielivet eller andre rent personlige forhold.<sup>34</sup> Begrunnelsen for denne løsningen er at familielivet er et av de viktigste områdene hvor diskriminering forekommer, og et unntak for anvendelse her kunne gitt inntrykk av at slik diskriminerende behandling er tillatt og akseptert.<sup>35</sup> Begrunnelsen for at man har utelatt området fra håndhevelse er imidlertid at denne type konflikter antas å ikke være egnet til å løse gjennom rettsregler og domstolsbehandling fordi det ville by på problemer både av prinsipiell og praktisk art.<sup>36</sup>

Likestillingsloven § 5 første ledd andre punktum omfatter uttrykkelig både "faktisk, antatte, tidligere eller fremtidige" graviditet eller permisjon. Et eksempel på en situasjon som ordlyden tar sikte på å forhindre vil være en arbeidsgiver som ansetter en mannlig arbeidssøker i stedet for en kvinnelig, på grunn av arbeidsgivers subjektive forestilling om at den kvinnelige søkeren vil ta ut lang foreldrepermisjon, selv om dette ikke stemmer.<sup>37</sup> Det følger uttrykkelig av ordlyden i likestillingsloven § 5 første ledd tredje punktum at forbudet mot diskriminering også omfatter tilknytningsdiskriminering. I forarbeidene antas det at tilknytningsdiskriminering er mindre aktuelt for kjønn enn for andre diskrimineringsgrunnlag, men lovgiver ønsket å innta forbudet av harmoniseringsgrunner med øvrige diskrimineringsgrunnlag.<sup>38</sup>

Vurderingen av om det foreligger diskriminering innebærer at flere vilkår må være oppfylt. Personen må ha kommet i en dårligere stilling, det kreves en sammenligningsperson, handlingen må skyldes kjønn, og det må eksistere en situasjon med direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Jeg vil forklare det nærmere innholdet i disse vilkårene i det følgende. Til slutt vil jeg kort behandle forholdet til lovlig forskjellsbehandling etter likestillingsloven §§ 6 og 7.

### 2.2.1 Personen må ha kommet i en dårligere stilling

For at en handling skal være forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 5 andre ledd må personen som hovedregel bli "behandlet dårligere" eller "stilles dårligere". Begrepet forskjellsbehandling forutsetter at det er tale om en handling,<sup>39</sup> og personen må altså kunne vise til at han eller hun er behandlet eller stilt "dårligere", det må være et tap av noen art. Det kan være tap av rettigheter eller økonomisk tap, og omfatter alle slags forhold som har en nokså

---

<sup>33</sup> Likestillingsloven § 17.

<sup>34</sup> Likestillingsloven § 26 andre ledd.

<sup>35</sup> NOU 2009:14 s. 58.

<sup>36</sup> NOU 2009:14 s. 58-59.

<sup>37</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 168.

<sup>38</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 85.

<sup>39</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 16.

konkret og direkte betydning for personer.<sup>40</sup> Gjennom praksis er det fastslått at også handlinger som er *egnet* til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling kan rammes av loven.<sup>41</sup> En handling kan dermed rammes av lovens diskrimineringsforbud uten at man har påvist direkte skadevirkninger.<sup>42</sup> Enhver handling i form av forskjell, utelukkelse, begrensning eller preferanse som har som formål eller effekt at noen kommer i en dårligere stilling eller behandles dårligere enn andre omfattes.<sup>43</sup> Med handlinger menes alle former for praksis, betingelser, vedtak, bestemmelser, avtaler osv.<sup>44</sup> Selv om en handling forbindes med noe man aktivt foretar seg, kan også unnlaterer etter omstendighetene kunne omfattes av begrepet.<sup>45</sup> Et eksempel vil være at man unngår å innkalle noen til intervju fordi de har barn.

Trakassering og krenkende ytringer har et eget vern i diskriminerings- og straffelovgivningen, og det er også særregler for stillingsannonser.<sup>46</sup> Det er imidlertid sikker rett at ytringer ikke omfattes av begrepet "handling" i diskrimineringsrettslig forstand.<sup>47</sup> Et uklart spørsmål er om spørsmål i et intervju vil regnes som en "handling" i lovens forstand, men det er i alle tilfeller særlige lovregler som forbyr spørsmål som omfattes av diskrimineringsreglene i ansettelsesprosessen (likestillingsloven § 18 og aml. § 13-4).<sup>48</sup> Konkrete eksempler på forskjellsbehandling kan være at personen ikke fikk en stilling, ikke fikk lønnsøkning eller mister arbeidsoppgaver. Det skal legges en objektiv målestokk til grunn når man vurderer kravet om dårligere stilling.<sup>49</sup> Dersom det er tvil etter en objektiv vurdering, kan imidlertid personens egen oppfatning få betydning for vurderingen.<sup>50</sup>

### 2.2.2 Krav til sammenligningsperson

Det følger av ordlyden i likestillingsloven § 5 andre ledd at personen som påstår seg diskriminert må bli behandlet dårligere "enn andre i tilsvarende situasjon" for direkte forskjellsbehandling, eventuelt dårligere "enn andre" for indirekte forskjellsbehandling. Forskjellen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling behandles nærmere i punkt 2.2.4 nedenfor. Ordlyden kan fortolkes som at det kun kreves at sammenligningspersonen er i en "tilsvarende situasjon" ved direkte forskjellsbehandling. Den forskjellige ordlyden er imidlertid ikke kommentert i forarbeidene, noe som taler mot at den anviser forskjellige krav. Ordet for-

---

<sup>40</sup> Vigerust (2008) s. 196.

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 27.

<sup>42</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 27.

<sup>43</sup> NOU 2009: 14 s. 39.

<sup>44</sup> NOU 2009: 14 s. 39.

<sup>45</sup> NOU 2009: 14 s. 40.

<sup>46</sup> NOU 2009: 14 s. 39.

<sup>47</sup> NOU 2009: 14 s. 39.

<sup>48</sup> NOU 2009: 14 s. 40.

<sup>49</sup> Vigerust (2008) s. 196.

<sup>50</sup> Vigerust (2008) s. 196.

skjellsbehandling impliserer at noen behandles forskjellig i forhold til andre,<sup>51</sup> og det ville ført til urimelige resultater om man kunne sammenlignet seg med en hvilken som helst annen person. Gjeldende rett må dermed være at sammenligningspersonen for både direkte og indirekte forskjellsbehandling må være i en tilsvarende situasjon. Om det foreligger en tilsvarende situasjon avgjøres etter en konkret vurdering.<sup>52</sup> Sammenligningen er begrenset til handlinger som er utført av samme person eller arbeidsgiver.<sup>53</sup> Det stilles imidlertid ikke krav om samtidighet.<sup>54</sup>

Diskrimineringsforbudet for *direkte* forskjellsbehandling gjelder også såkalte hypotetiske sammenligninger, her kreves det ikke at personen kan vise til en faktisk person for sammenligning.<sup>55</sup> Spørsmålet er om personen har blitt stilt dårligere enn hun ellers ville blitt *dersom hun ikke hadde vært gravid*. Dette har praktisk betydning ettersom det i et kjønnsdelt arbeidsmarked ofte vil være kvinner som konkurrerer om stillinger med andre kvinner.<sup>56</sup> Elisabeth Vigerust har kommentert hvorvidt sammenligninger kvinner imellom og hypotetiske sammenligninger også kan legges til grunn ved *indirekte* diskriminering.<sup>57</sup> Ordlyden i likestillingsloven av 1978<sup>58</sup> og dens forarbeider kan tolkes som om at sammenligning kvinner imellom og hypotetiske sammenligninger er begrenset til direkte diskriminering. Vigerust poengterer imidlertid at lovfestingen av adgangen til hypotetiske sammenligninger i 2002 kun var en kodifisering av praksis, som frem til da hadde lagt til grunn at graviditetsdiskriminering<sup>59</sup> var indirekte diskriminering.<sup>60</sup> Dette kan tale for at det skal være samme adgang også for indirekte diskriminering. En slik adgang vil ha den positive effekten at den kan styrke vernet mot indirekte forskjellsbehandling. På den andre siden må lovgivers klare hensikt respekteres. Dagens likestillingslov § 5 gir ikke gir veiledning for dette spørsmålet, men i forarbeidene forbeholdes hypotetiske sammenligninger for direkte forskjellsbehandling. Et viktig signal følger også av forslaget til ny lov. I lovforslaget er ordlyden "ville blitt" kun inntatt i § 7 om direkte forskjellsbehandling og ikke i § 8 om indirekte forskjellsbehandling.<sup>61</sup> Departementets forslag har til hensikt å tydeliggjøre adgangen til hypotetiske sammenligninger for direkte

---

<sup>51</sup> Vigerust (2008) s. 197.

<sup>52</sup> Vigerust (2008) s. 197.

<sup>53</sup> Vigerust (2008) s. 197.

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 29.

<sup>55</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 168.

<sup>56</sup> Vigerust (2008) s. 198.

<sup>57</sup> Vigerust (2008) s. 198.

<sup>58</sup> Lov 9 juni 1978 nr. 45.

<sup>59</sup> Begrepet "graviditetsdiskriminering" er ofte brukt som en samlebetegnelse for situasjoner hvor kvinner kommer i en dårligere stilling på arbeidsmarkedet som følge av graviditet eller graviditetsrelaterte forhold – som eksempelvis fødsels- og foreldrepermisjon. Graviditetsdiskriminering er imidlertid ikke en juridisk term.

<sup>60</sup> Vigerust (2008) s. 198.

<sup>61</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 164.

forskjellsbehandling, men åpner ikke for tilsvarende adgang for indirekte forskjellsbehandling.<sup>62</sup> På dette grunnlaget må det være klart at etter gjeldende rett er adgangen til hypotetiske sammenligninger forbeholdt forbudet mot direkte forskjellsbehandling.

### 2.2.3 Den dårligere behandlingen må skyldes "kjønn"

Det følger av ordlyden i likestillingsloven § 5 første ledd annet punktum at diskriminering på grunn av "kjønn" omfatter graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon. Forskjellsbehandling som følger av graviditet, fødsel og amming er kjønnsdiskriminering fordi det gjelder forhold som er knyttet til kvinners biologi – altså er det bare kvinner som kan bli utsatt for denne type diskriminering. Det avgjørende for om man kan skylde handlingen på kjønn er den bakenforliggende årsaken for handlingen.<sup>63</sup> Forhold som *utløses* av graviditet og fødsel, som eksempelvis foreldrepermisjon, er også dekket av begrepet kjønnsdiskriminering i likestillingsloven selv om dette er forhold som gjelder begge kjønn.<sup>64</sup> Dette er begrunnet med at det i praksis er kvinner som tar den største delen av den samlede foreldrepermisjonen<sup>65</sup>, og derfor er også denne type avledede følger av graviditeten mer aktuelle for kvinner enn menn. Forskjellsbehandling som begrunnes i permisjon vil derfor få større innvirkning på kvinners situasjon enn menns situasjon og derfor faller det inn under definisjonen av kjønnsdiskriminering.<sup>66</sup>

Den norske likestillingsloven er symmetrisk, det vil si at den beskytter både den gruppen som er bedre stilt (menn) og den gruppen som er dårligere stilt (kvinnene), i motsetning til asymmetrisk diskrimineringslovgivning som eks. FNs kvinnekonvensjon.<sup>67</sup> Det betyr i praksis at begrepet kjønnsdiskriminering i likestillingsloven også dekker forhold som ikke er avgrenset til det ene kjønn. Kjønnsdiskrimineringsbegrepet i likestillingsloven vil etter omstendighetene dermed også kunne romme menn som opplever å bli forskjellsbehandlet på grunn av at de tar omsorgs- og foreldrepermisjon eller har annet fravær knyttet til omsorg av barn.<sup>68</sup> Dette til tross for at de forskjellsbehandles fordi de handler *atypisk* for sitt kjønn.<sup>69</sup> I forarbeidene angis noen av hensynene som taler for å verne menn som tar omsorgs- og foreldrepermisjon. Utgangspunktet er at mennenes behov for vern er like aktuelt som for kvinner i denne situasjonen, samtidig som det er en klar politisk målsetning om økt likestilling i familiene fordi det vil kunne styrke kvinnene stilling på arbeidsmarkedet.<sup>70</sup>

---

<sup>62</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 76.

<sup>63</sup> Vigerust (2008) s. 196.

<sup>64</sup> Vigerust (2008) s. 190-191.

<sup>65</sup> NOU 2008: 6 s. 85.

<sup>66</sup> Vigerust (2008) s. 192.

<sup>67</sup> NOU 2009: 14 s. 42.

<sup>68</sup> Vigerust (2008) s. 194.

<sup>69</sup> Vigerust (2008) s. 194.

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 37.

## 2.2.4 Det må eksistere en situasjon med direkte eller indirekte forskjellsbehandling

Likestillingsloven § 5 andre ledd første punktum presiserer at lovens bruk av begrepet diskriminering skal omfatte både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Direkte forskjellsbehandling defineres som "*en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon*" i likestillingsloven § 5 andre ledd første punktum. Det følger av ordlyden at diskriminerende hensikt eller intensjon ikke er et nødvendig vilkår for å rammes av forbudet, noe som skal sikre et mer effektivt vern.<sup>71</sup> En grunn til at vernet blir mer effektivt er at hensikten med en handling ofte vil være vanskeligere å bevise enn virkningen. Forslaget til ny likestillingslov § 7 har fått kritikk fordi det er uklart i den nye legaldefinisjonen av direkte forskjellsbehandling at diskriminerende hensikt eller intensjon ikke er et nødvendig vilkår for å rammes av forbudet.<sup>72</sup> Her står det kun "Med direkte forskjellsbehandling menes at en person blir behandlet dårligere", altså er formuleringen "formål eller virkning" blitt tatt ut av bestemmelsen. Den nye loven har som et sentralt formål at reglene skal være mer tilgjengelige i lovteksten, blant annet er et formål at det skal være lett å se hvilken plikt man har til ikke å diskriminere.<sup>73</sup> I lys av dette er det betenkelig å utelate ordlyden som gjør det klart at hensikten med diskrimineringen ikke er avgjørende. En stor del av diskrimineringen skjer på grunn av fordommer og stereotyper, og ofte er man ubevisste på egne fordommer. Dette fører til at eksempelvis mange arbeidsgivere kan diskriminere uten å være bevisst på dette. Loven bør være tydelig på deres særskilte ansvar, slik at de kan forutsi sin rettsstilling og være føre-var i sine handlinger. Det mest effektive vernet er dersom loven fører til *forebygging* av diskriminering, og da er tydelig lovtekst helt sentralt.

En vanlig forklaring av direkte forskjellsbehandling er at ellers like tilfeller behandles ulikt.<sup>74</sup> Ordlyden i § 5 gir ikke veiledning for hva som utgjør direkte forskjellsbehandling. Det fulgte imidlertid eksplisitt av likestillingsloven av 1978 § 3 andre ledd, og etter forarbeidene er dette fortsatt gjeldende rett.<sup>75</sup> Direkte forskjellsbehandling foreligger hvis forskjellsbehandlingen er knyttet til forhold som utelukkende kan gjelde det ene kjønn, enten på grunn av biologi eller på grunn av rettighetenes utforming.<sup>76</sup> Dette gjelder for det første forskjellsbehandling på grunn av graviditet eller amming, og for det andre forskjellsbehandling på grunn av utnyttelse

---

<sup>71</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 83.

<sup>72</sup> Se høringsuttalelse fra Juridisk rådgivning for kvinner (2016).

<sup>73</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 13.

<sup>74</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 16.

<sup>75</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 168.

<sup>76</sup> Vigerust (2008) s. 199.

av permisjon eller andre rettigheter som er *forbeholdt det ene kjønn*.<sup>77</sup> Hvilke permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn følger av de aktuelle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven. Retten til svangerskapspermisjon etter aml. § 12-2, fødselspermisjon etter aml. § 12-4 og mødrekvote etter folketrygdloven § 14-12 er forbeholdt kvinner. Videre er aml. § 12-3 om omsorgspermisjon og ftrl. § 14-12 om fedrekvote rettigheter forbeholdt menn.

For forskjellsbehandling som er begrunnet direkte i graviditeten eller i permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn er forbudet mot diskriminering absolutt, det er ingen unntak.<sup>78</sup> Tidligere ble graviditetsdiskriminering regnet som indirekte diskriminering, og man la til grunn at slik forskjellsbehandling etter en interesseavveining kunne være lovlig.<sup>79</sup> Etter at EF-domstolens praksis la til grunn et kategorisk prinsipp om absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering,<sup>80</sup> ble det imidlertid i 2002 behov for å samsvare de norske reglene, noe som medførte en endring i 1978-lovens ordlyd.<sup>81</sup> Etter endringen fulgte det eksplisitt av loven at forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel og permisjonsrettigheter som er forbeholdt mor eller far er direkte forskjellsbehandling. Til tross for at dette fortsatt er gjeldende rett, ble ikke denne presiseringen videreført i likestillingsloven av 2013. Endringen fra denne klare ordlyden med et absolutt vern til dagens nye lovtekniske løsning er en av årsakene til at likestillingsloven av 2013 har fått kritikk for å skape uklarhet rundt graviditetsdiskrimineringsvernets innhold.<sup>82</sup>

Selv om en handling ikke faller inn under definisjonen av direkte forskjellsbehandling, kan handlingen være indirekte forskjellsbehandling. Indirekte forskjellsbehandling er definert som "*enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre*" i likestillingsloven § 5 andre ledd tredje punktum. Bestemmelsen viderefører gjeldende rett etter likestillingsloven av 1978.<sup>83</sup> En vanlig forklaring av indirekte forskjellsbehandling er at en handling får skjeve virkninger fordi ulike tilfeller behandles likt.<sup>84</sup> Et eksempel på indirekte forskjellsbehandling er at man diskrimineres på grunn av omsorgsoppgaver.<sup>85</sup> Dette vil si at forskjellsbehandling på grunn av uttak

---

<sup>77</sup> Vigerust (2008) s. 199.

<sup>78</sup> Vigerust (2008) s. 199.

<sup>79</sup> Vigerust (2008) s. 200.

<sup>80</sup> Se dommene C-177/88 Dekker, C-421/92 Habermann-Beltermann, C-32/93 Webb, C-109/00 Tele Danmark og C-460/06 Paquay.

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 36.

<sup>82</sup> Blaker Strand (2015) s. 465.

<sup>83</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 168.

<sup>84</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 16.

<sup>85</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 168.

av foreldrepermisjon utover mødre/fedrekvote etter aml. § 12-5 regnes som indirekte forskjellsbehandling.<sup>86</sup>

Skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling praktiseres ikke som et strengt skille.<sup>87</sup> Forbudet mot diskriminering praktiseres gradvis strengere jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen, og etter hvor kort fravær det er snakk om.<sup>88</sup> Forbudet mot graviditetsdiskriminering skal praktiseres særlig strengt innenfor livsområdene arbeidsliv og utdanning, fordi disse områdene er særlig viktige rettigheter for kvinner.<sup>89</sup> I en avveining av om forskjellsbehandlingen er lovlig eller om hensynet til likestilling skal være avgjørende har det betydning hvorvidt det er staten eller den enkelte arbeidsgiver som er beslutningstaker i saken, fordi staten tilkjennes en videre margin i sine generelle beslutninger.<sup>90</sup>

## 2.2.5 Lovlig forskjellsbehandling

### 2.2.5.1 Likestillingsloven § 6

Forskjellsbehandling er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for å påvise diskriminering.<sup>91</sup> Etter likestillingsloven § 5 andre ledd første punktum skal begrepet diskriminering forbeholdes den forskjellsbehandlingen som ikke er lovlig etter likestillingslovens §§ 6 eller 7. Lovens ordning er her vesensforskjellig fra den foregående § 3 i likestillingsloven av 1978. I den foregående bestemmelsen stod det utelukkende "forskjellsbehandling" i lovteksten, ordet diskriminering ble ikke brukt i ordlyden.

Ordlyden i likestillingsloven § 6 oppstiller tre vilkår for at forskjellsbehandling kan være lovlig. For at forskjellsbehandlingen skal kunne være lovlig må den ha et "saklig formål" og den må være "nødvendig" for å oppnå dette saklige formålet. En naturlig forståelse av kravet om saklig formål innebærer at man må foreta en objektiv vurdering av om et formål er saklig, og ikke basere vurderingen på eksempelvis arbeidsgivers subjektive forståelse av saklig formål. Hva som er et saklig formål må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.<sup>92</sup> Typiske eksempler på usaklige formål vil være handlinger basert på følelser, fordommer og vilkårlig maktbruk.<sup>93</sup> Vilkåret om nødvendighet vil etter en naturlig språklig forståelse tale for at det ikke kan foreligge alternative handlemåter å oppnå det saklige formålet på. Det tredje vilkåret etter bestemmelsen er at det er "et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er" for den berørte parten, også kalt for proporsjonalitetsprin-

---

<sup>86</sup> Vigerust (2008) s. 201.

<sup>87</sup> Prop. 126 L (2011-2012) s. 12.

<sup>88</sup> Prop. 126 L (2011-2012) s. 12-13.

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111.

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112.

<sup>91</sup> NOU 2009: 14 s. 40.

<sup>92</sup> NOU 2009: 14 s. 40-41.

<sup>93</sup> NOU 2009: 14 s. 41.

sippet eller forholdsmessighetsprinsippet. Vilkårene er kumulative. Etter ordlyden skal det foretas en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av vilkårene for å avgjøre om en forskjellsbehandling er lovlig. Vilkårene har samme innhold som gjeldende regler før likestillingsloven av 2013.<sup>94</sup>

Forarbeidene presiserer at bestemmelsen får anvendelse både for direkte og indirekte forskjellsbehandling, men at skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling likevel får betydning i den konkrete vurderingen av adgangen til forskjellsbehandling.<sup>95</sup> Som nevnt ble likestillingsloven 1978 skjerpet i 2002 og det ble et absolutt forbud mot direkte diskriminering for å samsvare med EF-domstolens praksis. I praksis var det imidlertid en meget snever adgang for at direkte forskjellsbehandling kunne være lovlig også etter loven av 1978 for særlige tilfeller.<sup>96</sup> I juridisk teori ble det oppstilt tre kriterier. For det første måtte unntaket knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner, for det andre kunne det ikke gjøres unntak for hele virksomheter, sektorer eller stillingskategorier og for det tredje måtte det legges til grunn et forholdsmessighetsprinsipp.<sup>97</sup> Forarbeidene angir som eksempel skuespiller og modeller som et eksempel på forskjellsbehandling som kunne være lovlig etter denne ulovfestede saklighetsregelen.<sup>98</sup>

I likestillingsloven 1978 hadde man oppstilt noen særlige unntak som kunne være lovlig forskjellsbehandling. Blant annet var det inntatt særlige unntak for forskjellsbehandling i tros- og livssynssamfunn, og for tiltak som skal beskytte kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming. Ved innføringen av likestillingsloven § 6 fikk man en generell bestemmelse for lovlig forskjellsbehandling, som gjelder for alle typer forskjellsbehandling som anføres å måtte være tillatt. Det følger av forarbeidene at man anser at likestillingsloven § 6 "erstatter" disse tidligere unntakshjemlene, men at det ikke innebærer noen endringer i gjeldende rett.<sup>99</sup>

#### 2.2.5.2 Likestillingsloven § 7

Bestemmelsen om positiv særbehandling gir adgang til forskjellsbehandling av bestemte grupper for å fremme likestilling.<sup>100</sup> Denne særbehandlingen skal kompensere for at enkelte grupper har en svakere posisjon i samfunnet, og gi disse gruppene en bedre forutsetning.<sup>101</sup> Særbehandlingen vil imidlertid også kunne føre til at andre enkeltpersoner stilles dårligere, for

---

<sup>94</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 169.

<sup>95</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 170.

<sup>96</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 170.

<sup>97</sup> Vigerust (2008) s. 193.

<sup>98</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 170.

<sup>99</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 169.

<sup>100</sup> NOU 2009: 14 s. 41.

<sup>101</sup> NOU 2009: 14 s. 41.



eksempel enn mannlig søker på en stilling hvor kvinner kvoteres inn, derfor er adgangen til positiv særbehandling begrenset og hjemlet i særlige unntak fra diskrimineringsforbudet.<sup>102</sup> Positiv særbehandling skal først og fremst benyttes for å fremme kvinners stilling.<sup>103</sup> Dette følger av lovens formålsparagraf i § 1 og understrekes av § 7 første ledd bokstav a som henviser til § 1.<sup>104</sup> De kumulative vilkårene som må være oppfylt for at en forskjellsbehandling utgjør positiv særbehandling følger av ordlyden. For det første må særbehandlingen må være egnet til å fremme lovens formål. For det andre må det være et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå med særbehandlingen og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere. For det tredje må særbehandlingen opphøre når formålet med den er nådd.

Det følger av likestillingsloven § 7 annet ledd at det er en begrenset adgang til særbehandling av menn. Etter gjeldende rett er det bare adgang til å særbehandle menn til stillinger der hovedoppgaven er omsorg for eller undervisning av små barn, eller ved opptak til slik utdanning.<sup>105</sup> <sup>106</sup> Høringsnotatet til ny felles likestillingslov foreslår å oppheve forskriftshjemmelen i likestillingsloven § 7 annet ledd, og gi lik adgang til positiv særbehandling av kvinner og menn.<sup>107</sup> Samtidig foreslås en kjønnsnøytral formålsbestemmelse.<sup>108</sup> Departementet problematiserer den gjeldende adgangen til positiv særbehandling ut fra Grunnlovens likhets- og diskrimineringsprinsipp, og viser til Grl. § 98 første ledd om at "*Alle er like for loven*".<sup>109</sup> Departementet viser til at EU-retten ikke utelukker positiv særbehandling for menn<sup>110</sup>, selv om det etter likestillingsdirektivet i første rekke skal bestrebes å forbedre kvinners stilling på arbeidsmarkedet.<sup>111</sup> I forslaget presiseres det imidlertid at det i praksis oftere vil være aktuelt med positiv særbehandling av kvinner, til tross for en nøytral formålsbestemmelse, fordi formålsbestemmelsen må tolkes i lys av hvem som er mest ulikestilt på ulike områder.<sup>112</sup>

---

<sup>102</sup> NOU 2009: 14 s. 41.

<sup>103</sup> NOU 2009: 14 s. 59.

<sup>104</sup> NOU 2009: 14 s. 59.

<sup>105</sup> Se forskrift om særbehandling av menn av 17. juli 1998 nr. 622.

<sup>106</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 98.

<sup>107</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 98.

<sup>108</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 162.

<sup>109</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 98.

<sup>110</sup> Sag C-79/99 Julia Schnorbus mod Land Hessen.

<sup>111</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 99.

<sup>112</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 16.

### **3 Graviditetspermisjon – "Den norske modellen"**

#### **3.1 Innledning**

Den norske ordningen med permisjon tilknyttet graviditet er delt inn i flere forskjellige permisjoner. Noen permisjoner er forbeholdt mor og andre er forbeholdt far. Retten til permisjon og retten til økonomisk ytelse under denne permisjonen hjemles i et tosporet system, henholdsvis i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven. Det jeg i denne oppgaven har valgt å kalle "den norske modellen" er den norske særegne permisjonsordningen som ikke uten videre kan sammenlignes med andre lands rett. Hvordan permisjonsrettighetene reguleres i den norske modellen er også vesentlig annerledes enn hvordan den reguleres i EU-retten. I punkt 3.2. og 3.3. vil jeg redegjøre for hvordan permisjonsordninger praktiseres for mødre og fedre utelukkende etter norsk rett. Vurderingen av om de norske ordningene samsvarer med kravene etter likestillingsloven og EU-retten er tema i kapittel 4.

#### **3.2 Permisjonsreglene knyttet til graviditet og fødsel**

##### **3.2.1 Mor**

Arbeidsmiljøloven har to bestemmelser som gir mor rett til permisjon i forbindelse med svangerskap og fødsel. Den første permisjonsrettigheten følger av aml. § 12-2. Bestemmelsen gir gravide kvinner rett til permisjon i inntil tolv uker under svangerskapet. Dette er en rettighetsbestemmelse og ikke en plikt, så svangerskapspermisjon er frivillig.<sup>113</sup> Formålet med bestemmelsen er å sikre den gravide arbeidstakeren mulighet til ro og restitusjon i graviditetens siste fase, og er primært gitt som en mulighet for de kvinnene med arbeid av en slik art at det vil være vanskelig å bli i arbeid under hele svangerskapet.<sup>114</sup> Arbeidsgiver har ikke lønnsplikt for arbeidstakers svangerskapspermisjon. De ukene kvinnen velger å ta ut som svangerskapspermisjon vil komme til fradrag i foreldrenes samlede krav om permisjon og foreldrepenger etter aml. § 12-5 (1) jf. ftrl. Kapittel 14.<sup>115</sup> Dersom kvinnen blir pålagt å slutte i arbeidet sitt fordi hun er gravid, og bedriften ikke har mulighet til å omplassere henne kan hun imidlertid har rett på svangerskapsenger etter ftrl. § 14-4. Svangerskapsenger er en særlig ytelse som ikke knyttes til foreldrepengene, men her kreves det at arbeidet medfører risiko for skade på fosteret og det ikke er mulig å omplassere eller tilrettelegge arbeidet.<sup>116</sup>

Den andre permisjonen som gjelder mor i forbindelse fødsel er aml. § 12-4. Det følger av ordlyden at mor skal ha fødselspermisjon de seks første ukene etter fødselen. Fødselspermisjonen er altså en obligatorisk permisjon. Begrunnelsen for at permisjonen er obligatorisk er blant

---

<sup>113</sup> Haugedal (2016) Aml. § 12-2 Svangerskapspermisjon note 4.

<sup>114</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s.72-74.

<sup>115</sup> Hirst og Lønneid (2015) s. 100-101.

<sup>116</sup> Ftrl. § 14-4 første ledd.

annet for å sikre at kvinnen skal få anledning til å komme seg fysisk og psykisk etter fødselen.<sup>117</sup> Helga Aune nevner særlig to forhold som grunnlag for fødselspermisjonen.<sup>118</sup> For det første er kvinnen ekstra sårbar for svangerskapsdepresjon og andre hormonrelaterte sykdommer i tiden etter fødselen.<sup>119</sup> For det andre ivaretar fødselspermisjonen barnets interesser i å få dekket sine basale behov som handler om psykologisk trygghet og relasjonsutvikling.<sup>120</sup>

Det kan gjøres unntak for den obligatoriske permisjonen i særlige tilfeller, men det er klart fra ordlyden at det stilles krav om legeattest. Unntaksadgangen gjelder kun i helt spesielle tilfeller. Den obligatoriske permisjonen gjelder kvinner selv om de ikke skal ha omsorgen for barnet, og også dersom barnet dør.<sup>121</sup> Et eksempel på mulig unntakstilfelle er dersom barnet eksempelvis skal bortadopteres eller ligger i kuvøse og hvor moren av psykologiske grunner bør kunne gå på arbeid.<sup>122</sup> Unntaksadgangen er imidlertid tilnærmet ubrukt.<sup>123</sup>

Folketrygdlovens regler har, som arbeidsmiljøloven, en tvingende virkning de seks første ukene etter fødselen, ved at far ikke kan ta ut foreldrepenger i denne perioden jf. ftrl. § 14-10. Det er et vilkår for uttak av foreldrepenger at mottakeren ikke er i arbeid jf. ftrl. § 14-10 femte ledd.

En egen bestemmelse om permisjonsuker i forbindelse med fødsel følger av foreldrepengereglene. Dersom mor har oppfylt kravene til foreldrepenger etter ftrl. §§ 14-5 og 14-6 må mor senest påbegynne uttaket av foreldrepenger 15 stønadsdager (3 uker) før fødselen jf. ftrl. § 14-10. De tre ukene før fødselen er uker som trekkes fra den "frie delen" av foreldrepermisjonen.

### 3.2.2 Far

I forbindelse med fødselen har far en rett til to ukers omsorgspermisjon for å bistå moren jf. aml. § 12-3. Det betyr at dette er en permisjonsrettighet som er *forbeholdt far*, og handlinger som stiller en mann i dårligere stilling på grunn av omsorgspermisjon vil derfor utgjøre direkte forskjellsbehandling jf. ordlyden i likestillingsloven 1978 som fremdeles er gjeldende rett.<sup>124</sup> Omsorgspermisjonen skal tas "*I forbindelse med fødselen*".<sup>125</sup> Ordlyden er ikke klar på hva slags rammer dette setter for uttaket, men av forarbeidene følger det at utgangspunktet er innenfor rammen av to uker før og to uker etter fødselen.<sup>126</sup> De to ukene med omsorgspermi-

---

<sup>117</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 74.

<sup>118</sup> Aune (2013) s. 40.

<sup>119</sup> Aune (2013) s. 40.

<sup>120</sup> Aune (2013) s. 40.

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 74.

<sup>122</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 74.

<sup>123</sup> NOU 2004: 5 s. 481.

<sup>124</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 78.

<sup>125</sup> Aml. § 12-3 første ledd.

<sup>126</sup> NOU 2004: 5 s. 481.

sjon kommer i tillegg til foreldrepermisjon etter aml. § 12-5 (1). Omsorgspermisjonen gir ikke rett til stønad fra folketrygden.<sup>127</sup> Enkelte tariffavtaler og særavtaler kan imidlertid gi rett til permisjon med lønn fra arbeidsgiveren.<sup>128</sup> Retten til lønn under omsorgspermisjonen er jobbet frem av fagbevegelsen, og ansatte i offentlig sektor har i flere år hatt rett til betalt omsorgspermisjon.<sup>129</sup> Fellesforbundet har fått gjennomslag for dette, og har lagt grunnlaget for at betalt omsorgspermisjon er sikret for alle arbeidstakere i det organiserte arbeidsliv.<sup>130</sup>

Hovedregelen er at omsorgspermisjonen tilkommer far. Det følger imidlertid av første ledd annet punktum at en annen enn faren kan bistå moren dersom foreldrene ikke bor sammen. Da overlates det til mor å bestemme hvilken annen person som står henne så nær at bistand er aktuelt.<sup>131</sup> Forarbeidene sier om omsorgspermisjonen at faren har rett på denne permisjonen *"dersom han bor sammen med moren og benytter tiden til omsorg for familie og hjem"*.<sup>132</sup> Aml. § 12-3 sammenholdt med forarbeidene gir dermed anvisning på at det er to vilkår for at faren skal ha rett på omsorgspermisjon. Det første vilkåret er at faren bruker omsorgspermisjonen for å bistå moren, og det andre vilkåret er at faren bor sammen med moren til barnet. Det er imidlertid ikke klart fra ordlyden eller forarbeidene hvorvidt dette er faktiske vilkår for retten til omsorgspermisjon, eller om det kun har symbolsk betydning. Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven slår imidlertid fast at midlertidige opphold utenfor hjemmet ikke vil oppheve permisjonsretten,<sup>133</sup> og dette taler for at vilkårene har en praktisk virkning.

Omsorgspermisjonen har flere formål. For det første følger det av ordlyden at farens permisjon er for å bistå moren. I tillegg til at det er et behov for at far bidrar i forbindelse med nedkomsten, skal bestemmelsen sikre faren tid til å etablere et forhold til barnet og danne et grunnlag for fremtidig arbeidsfordeling i hjemmet ved at far helt fra begynnelsen får anledning til å ta ansvar for barnet.<sup>134</sup> Likestillingsrådet pekte i sin høringsuttalelse særlig på betydningen av å sikre kontakten mellom faren og barnet og mente at dette hensynet bør ivaretas i første rekke.<sup>135</sup> Fars rett til omsorgspermisjon er ikke betinget av at kvinnen er yrkesaktiv, ettersom begrunnelsene for omsorgspermisjon ikke påvirkes av kvinnens yrkesmessige stilling.<sup>136</sup>

---

<sup>127</sup> Haugedal (2016) Aml. § 12-3 Omsorgspermisjon note 3.

<sup>128</sup> Haugedal (2016) Aml. § 12-3 Omsorgspermisjon note 3.

<sup>129</sup> Konglevoll (2013).

<sup>130</sup> Konglevoll (2013).

<sup>131</sup> NOU 2004: 5 s. 557.

<sup>132</sup> NOU 2004: 5 s. 481.

<sup>133</sup> Haugedal (2016) Aml. § 12-3 Omsorgspermisjon note 3.

<sup>134</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 73.

<sup>135</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 73.

<sup>136</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 74.

### 3.3 Foreldrepermisjonsreglene

Retten til foreldrepermisjon er regulert i arbeidsmiljøloven § 12-5. Etter bestemmelsens første ledd første punktum har foreldrene rett til permisjon i til sammen tolv måneder. De tolv månedene inkluderer den frivillige svangerskapspermisjonen etter aml. § 12-2 og den obligatoriske fødselspermisjonen etter aml. § 12-4, men retten til omsorgspermisjon etter aml. § 12-3 regnes ikke med.<sup>137</sup> Det stilles ikke noe vilkår om yrkesaktivitet for foreldrenes rett til foreldrepermisjon etter § 12-5, og hensynet til bestemmelsens formål tilsier denne løsningen.<sup>138</sup> Departementets formål med regelen er å slå fast at det er en tilstrekkelig legitim grunn for permisjon fra arbeidet at en mor eller far ønsker å ta seg av sitt barn i dets første leveår.<sup>139</sup> Aml. § 12-5 første og andre ledd gjelder biologiske foreldres rett til hel foreldrepermisjon og gjelder de tilfellene hvor foreldrene bor sammen.<sup>140</sup> Dersom ikke begge de biologiske foreldrene har omsorgen for barnet, kan også retten til foreldrepermisjon etter første ledd utøves av en annen som har omsorg for barnet jf. § 12-5 tredje ledd første punktum. Bestemmelsen skiller ikke mellom om det er far eller mor som har omsorgen, men benytter kun "arbeidstaker". Det er klart fra forarbeidene at det avgjørende er at vedkommende "faktisk tar omsorg for barnet".<sup>141</sup> Arbeidsmiljøloven § 12-5 andre ledd gir en ytterligere rett til permisjon i inntil tolv måneder for hver fødsel. I § 12-5 fjerde ledd omtales rettighetene for adoptivforeldre og fosterforeldre. Det vil favne for vidt å gå inn på disse reglene, ettersom målet her er en redegjørelse av de mest aktuelle bestemmelsene i den norske modellen vedrørende foreldrepermisjon.

Retten til foreldrepenger under foreldrepermisjon reguleres av folketrygdloven. Stønadsperioden kan deles mellom foreldrene når begge fyller vilkårene for rett til foreldrepenger jf. ftrl. § 14-9 (5). Det følger av femte ledd at de tre ukene før fødselen og de seks ukene etter fødselen er forbeholdt mor, og ikke kan deles. Videre er fedrekvoten og mødrekvoten på 10 uker unntatt fra deling. Mors seks obligatoriske uker etter fødselen er inkludert i mødrekvoten. Etter uttaket av fedrekvote og mødrekvote, er det 29/39 uker (avhengig av om det tas ut 100 eller 80 % lønn) som er den frie tredjedel som foreldrene kan dele etter eget ønske; "fellesperioden".<sup>142</sup> Det stilles krav til yrkesaktivitet for å ha rett til foreldrepenger under foreldrepermi-

---

<sup>137</sup> Haugedal (2016) Aml. § 12-5 Foreldrepermisjon note 3.

<sup>138</sup> Haugedal (2016) Aml. § 12-5 Foreldrepermisjon note 3.

<sup>139</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 75. Det oppstilles likevel et krav om at mor er i aktivitet for at far har rett til *foreldrepenger* under foreldrepermisjonen. Se nærmere om dette nedenfor i dette punktet, samt punkt 4.2. hvor problemstillingen er om denne utformingen utgjør diskriminering av fedre.

<sup>140</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 323.

<sup>141</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 119.

<sup>142</sup> Aune og Nylander (2015) s. 64.

sjonen jf. ftrl. § 14-6 første ledd. Mor eller far må ha vært yrkesaktiv med pensjonsgivende inntekt etter § 3-15 i minst seks av de siste ti månedene før vedkommende skal ta ut foreldrepenger jf. første ledd andre punktum. Den pensjonsgivende inntekten må minimum tilsvare minst halvparten av grunnbeløpet på årsbasis.<sup>143</sup> Det er også mulig å opptjene rett til foreldrepenger utenom vanlig yrkesaktivitet, for eksempel om man i opptjeningsperioden har hatt dagpenger under arbeidsløshet eller arbeidsavklaringspenger.<sup>144</sup> Mor har rett til å påbegynne sin permisjon fra 12 uker før fødsel, og kan senest begynne uttak av foreldrepenger 15 stønadsdager før fødselen jf. § 14-10. Det er det tidspunktet hun påbegynner sin permisjon som utgjør det tidspunktet hun må ha oppfylt yrkesaktivitetskravet i minst seks av de ti siste månedene. Far kan ikke ta ut foreldrepenger før tidligst seks uker etter fødselen ettersom den perioden utgjør obligatorisk fødselspermisjon for mor, jf. § 14-10 første ledd.

Ftrl. § 14-13 er en særbestemmelse for fars uttak av foreldrepenger i fellesperioden. Fars rett til foreldrepenger i fellesperioden er betinget av at moren er i den type aktivitet som følger av bestemmelsens første ledd bokstav a-g. En tilsvarende bestemmelse gjelder i de tilfellene hvor kun far har opptjent rett til foreldrepenger jf. ftrl. § 14-14. Hensynet med reglene er å motvirke dobbeltomsorg.<sup>145</sup> Dersom mor jobber deltid etter fødselen vil fars foreldrepenger bli tilsvarende redusert. Dersom morens stillingsdel utgjør minst 75 % av full arbeidstid, vil imidlertid faren få foreldrepengene beregnet etter sin egen stilling. Dette er begrunnet med at departementet ikke ønsker en stor grad av dobbeltomsorg, men aksepterer at situasjonen for mange kvinner er at de jobber i bransjer med mye deltidsarbeid og hvor det vil være vanskelig å få full stilling.<sup>146</sup> Kravet til at mor må være i aktivitet for at far skal få foreldrepenger i fellesperioden vil bli problematisert i kapittel 4.2 nedenfor.

Et aktuelt spørsmål er hvorvidt foreldrepermisjonen må tas sammenhengende eller om den kan deles opp. Erik Hognestad viser til forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977<sup>147</sup> hvor det forutsettes at permisjonen tas sammenhengende, med mindre "særlige forhold" tilsier noe annet og det ikke "virker urimelig" for arbeidsgiveren.<sup>148</sup> Hognestad bemerker at forarbeidene ikke gir nærmere veiledning for hva som er relevant i en vurdering om oppdeling av foreldrepermisjonen, og anser det også som uheldig at denne forutsetningen med unntak er oppstilt i forarbeidene.<sup>149</sup> Tarjei Thorkildsen har lagt til grunn at i en vurdering om oppdeling av for-

---

<sup>143</sup> Ftrl. § 14-6 andre ledd.

<sup>144</sup> Ftrl § 14-6 tredje og fjerde ledd.

<sup>145</sup> Ot.prp. nr. 52 (1999-2000) s. 12.

<sup>146</sup> Ot.prp. nr. 52 (1999-2000) s. 12.

<sup>147</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 119.

<sup>148</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 249.

<sup>149</sup> Skjønberg og Hognestad (2014) s. 249.

eldrepermisjon bør det, basert på beslektede problemstillinger, legges vekt på blant annet hvorvidt det vil skape problemer for organiseringen av arbeidet, om oppdeling vil medføre en urimelig merkostnad for virksomheten, samt hvor vesentlig det er for arbeidstakeren å få avviklet permisjonen i ulike perioder.<sup>150</sup>

Arbeidstakers rett til foreldrepermisjon medfører et oppsigelsesvern etter aml. § 15-9. Oppsigelsesvernet innebærer at arbeidsgiver ikke kan si opp arbeidstaker på grunn av foreldrepermisjonen, og det er en presumpsjon for at en oppsigelse som finner sted i permisjonstiden har sitt grunnlag i permisjonen jf. § 15-9 (3) jf. (1). Oppsigelsesvernet sikrer også at dersom en arbeidstaker er lovlig sagt opp så skal ikke oppsigelsen få virkning i permisjonsperioden jf. § 15-9 (2).

---

<sup>150</sup> Fougner m.fl. (2013) s. 492.

## 4 Hvordan samsvarer den norske modellen med det rettslige vernet mot diskriminering?

### 4.1 Er utformingen av retten til barselpermisjon diskriminerende?

#### 4.1.1 Innledning

I en artikkel fra 2015 hevder Helga Aune og Gro Nylander at norsk rett strider mot barseldirektivet. De anfører at norsk rett må tilkjenne mødre en "barselsorlov" (heretter "barselpermisjon") på minimum 14 uker i tillegg til foreldrepermisjonstid for å være i overensstemmelse med EØS-rettslige krav.<sup>151</sup> Et sentralt premiss for denne konklusjonen er at Aune og Nylander helt ser bort fra permisjonsuker før fødselen som en del av oppfyllelsen av barseldirektivets krav om barselpermisjon. De sammenligner retten til barselpermisjon på 14 uker etter barseldirektivet med retten til seks obligatoriske permisjonsuker etter fødsel i aml. § 12-4.<sup>152</sup> Gravide har imidlertid rett til å starte sin permisjon med uttak av svangerskapspermisjon i inntil 12 uker før termin.<sup>153</sup> Denne permisjonsrettigheten berøres ikke i Aune og Nylanders fremstilling. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementets (heretter "BLD") fortolker imidlertid EU-rettens barselpermisjonsrettighet slik at den kan oppfylles med permisjonsuker både før og etter fødselen.<sup>154</sup> Denne forståelsen gir en mulighet for totalt 18 barselpermisjonsuker i den norske modellen.<sup>155</sup>

Uenigheten mellom Aune og Nylanders forståelse på den ene siden og BLDs forståelse på den andre må forklares med at de tolker kravene i barseldirektivet ulikt. Jeg starter dermed i punkt 4.1.2. med å foreta en selvstendig fortolkning av kravene til barselpermisjon i tråd med prinsippene for konvensjonstolkning.<sup>156</sup> Fortløpende viser jeg til reglene i den norske modellen og vurderer om den oppfyller kravene til barselpermisjon. I punkt 4.1.3 ser jeg nærmere på en anførsel fra Aune og Nylander om at tredelingen av foreldrepermisjonen er diskriminerende mot kvinner, og at den strider mot den EØS-rettslige forpliktelsen til å sørge for lojal implementering av barseldirektivet. Jeg kommenterer først rettskildebruken i Aune og Nylanders artikkel i punkt 4.1.3.1, før jeg gjør en selvstendig vurdering av om tredelingen er diskriminerende mot kvinner i punkt 4.1.3.2.

#### 4.1.2 Kravene til barselpermisjon etter barseldirektivet

Norge er forpliktet til å bringe sin nasjonale rett i samsvar med minimumsrettighetene som følger av barseldirektivet. For å fastslå hvilke krav som følger av barseldirektivet må direkte-

---

<sup>151</sup> Aune og Nylander (2015) s. 69.

<sup>152</sup> Aune og Nylander (2015) s. 67.

<sup>153</sup> Aml. § 12-2.

<sup>154</sup> Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2010).

<sup>155</sup> Dette omfatter retten til svangerskapspermisjon, samt de tre ukene før fødsel og seks ukene etter fødselen.

<sup>156</sup> Med utgangspunkt i fremstillingen i Arnesen og Stenvik (2015).



vet tolkes. Utgangspunktet er at en internasjonal konvensjon må tolkes etter de internasjonale normene som gjelder for vedkommende konvensjon.<sup>157</sup> Det må undersøkes om konvensjonsteksten er klar eller om det foreligger et tolkningsrom knyttet til hvilke krav som settes til barselpermisjon. Dersom det fremgår klart hva en regel går ut på er det lite behov for å foreta metodiske vurderinger.<sup>158</sup> Det legges imidlertid mindre vekt på ordlyden i EU-domstolen og EFTA-domstolen enn det som er vanlig i norsk rettstradisjon, fordi det tas sikte på en formålsrettet og tidsriktig tolkning.<sup>159</sup> Dersom konvensjonsteksten ikke er klar, og det ikke foreligger en avgjørelse som gir grunnlag for et særskilt tolkningsresultat benytter man den særskilte juridiske metoden for å komme frem til hvordan barseldirektivet skal tolkes.<sup>160</sup> I EU-retten tillegges formålsbetraktninger stor vekt, ikke sjelden på bekostning av ordlyden.<sup>161</sup> Konvensjonens objektive formål utledes av dens fortale, system og kontekst.<sup>162</sup> Forarbeider og nasjonal praksis tas sjelden i betraktning.<sup>163</sup>

#### 4.1.2.1 Utgangspunktet

Jeg tar utgangspunkt i barseldirektivet når jeg i det følgende skal vurdere innholdet i retten til barselpermisjon. Dersom jeg ikke mener barseldirektivets ordlyd er klar, ser jeg hen til om det foreligger avgjørelser som kan presisere innholdet. Dersom det ikke foreligger slike avgjørelser finnes det et tolkningsrom som gjør at det er et behov for å benytte juridisk metode for å komme frem til hvordan regelen skal forstås. Retten til barselpermisjon følger av barseldirektivets artikkel 8;

*"1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre arbejdstagere som defineret i artikel 2 barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.*

*2. Den i stk. 1 nævnte barselsorlov skal omfatte en obligatorisk barselsorlov paa mindst to uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis."<sup>164</sup>*

Barselpermisjonen skal være minimum 14 sammenhengende uker, hvorav minst to uker må gjøres obligatoriske. Artikkelens henvisning til artikkel 2 definerer hvem som er rettighetssubjekt for barselpermisjon; barselpermisjonen er en permisjon for "gravid arbeidstager", "ar-

---

<sup>157</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 25.

<sup>158</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 28.

<sup>159</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 32.

<sup>160</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 28.

<sup>161</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 29.

<sup>162</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 36.

<sup>163</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 29.

<sup>164</sup> Barseldirektivet art. 8.

bejdstager som lige har foedt" og "ammende arbeidstager". I den norske modellen er disse gruppene av arbeidstakere ivaretatt med rett til svangerskapspermisjon, de tre ukene før og seks ukene etter fødselen. Den norske modellen sikrer med disse permisjonsordningene en mulighet for totalt 18 sammenhengende uker, hvorav seks av ukene er obligatoriske. Jeg mener på dette grunnlaget at permisjonsrettighetenes omfang oppfyller kravene etter barseldirektivet.

#### 4.1.2.2 Valgfrihet

Det følger av ordlyden i artikkel 8 at permisjonen kan bli "*fordelt foer og/eller efter foedselen*". Dette angir en valgfrihet i hvordan de 14 ukene med barselpermisjonen fordeles. Spørsmålet er om barseldirektivet skal forstås som at det gir en valgfrihet for *medlemsstatene* eller *den enkelte arbeidstaker*. Dette har betydning for om den norske modellen strider mot barseldirektivet. Dersom valgfriheten er tillagt medlemsstatene taler det for at den norske modellens fordeling av barselpermisjonen i 12 uker før fødsel og seks uker etter fødsel er i samsvar med barseldirektivet. Dersom valgfriheten derimot er ment å tillegges den enkelte arbeidstaker kan norsk retts inndeling være i strid med barseldirektivet, fordi arbeidstakeren ikke står fritt med hensyn til om hun vil ta barselpermisjonsukene før eller etter fødselen. Etter ordlyden i artikkel 8 følger det at "*Medlemsstaterne traeffe*" de nødvendige foranstaltninger for å sikre retten til 14 ukers barselsorlov. Dette taler for at valgfriheten som følger av ordlyden er ment å gi medlemsstatene frihet til å innføre barselsorloven slik de vil i nasjonal rett, så lenge den totalt sett innebærer minst 14 uker som blir fordelt før og/eller etter fødselen. En slik tolkning byr imidlertid på utfordringer. Skal direktivet fortolkes slik at en medlemsstat lovlig kunne lovfestet at de 14 ukene utelukkende skulle vært tatt etter fødselen? Eller utelukkende før fødselen? Som nevnt legges det mindre vekt på ordlyden i EU-retten enn etter norsk rett fordi det tas sikte på en formålsrettet og tidsriktig tolkning. Det er her naturlig å se hen til barseldirektivets formål for å klargjøre hvor vid valgfrihet medlemsstatene bør tillegges etter artikkel 8. Barseldirektivets fortale, formålsbestemmelse og tittel henviser uttrykkelig til at direktivet søker å verne både de gravide, de som nettopp har født og som ammer. Fortalen presiserer også at disse tre gruppene av arbeidstakere sammen "*maa i mange henseender betragtes som en saerlig risikogruppe*". Dette viser klart at barseldirektivets formål er å ivareta alle de tre nevnte kategoriene av arbeidstakere, noe som taler for at barselpermisjonen må fordeles slik at den reelt beskytter alle de tre nevnte kategoriene. Denne forståelsen av barseldirektivet støttes av EU-domstolens uttalelse om barselpermisjonens formål i sak C-342/01 "*(...) forskjelligt fra barselsorlovens formål. Sidstnevnte formål er for det første at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødselen*".<sup>165</sup> Barselpermisjonen har til formål å beskytte

---

<sup>165</sup> Sag C-342/01 María Paz Merino Gómez mod Continental Industrias del Caucho SA (heretter "Mérino Gómez") premiss 32 (min utheving).

kvinnen både før og etter fødselen. Dette taler for en begrensende tolkning av valgfriheten som tillegges medlemsstatene etter artikkel 8. På dette grunnlaget forstår jeg barseldirektivets artikkel 8 slik at den gir medlemsstatene en valgfrihet i hvordan de fordeler barselpermisjonsukene før og etter fødselen, men at det følger en begrensning i at alle de tre gruppene av arbeidstakere skal sikres i fordelingen av permisjonsuker. For eksempel vil dette bety at en medlemsstat som utelukkende plasserer barselpermisjonsukene før fødselen, kun sikrer permisjon for gravide, og dette ville stride mot barseldirektivets krav til barselpermisjon. Det er imidlertid grunn til å forvente at denne fortolkningen av barselpermisjonen ikke forblir gjeldende rett over tid. Europakommisjonens forslag til endring i direktivet om barselorlov i 2008 (trukket tilbake med planer om nytt initiativ i 2016<sup>166</sup>) ga nemlig *kvinnene* full valgfrihet i forhold til den ikke-obligatoriske delen av barselpermisjonen.<sup>167</sup> Dersom Europakommisjonen får gjennomslag for dette vil det kreve en endring i barselpermisjonsrettigheten i den norske modellen.

Jeg har allerede etablert, på grunnlag av metodiske overveielser, at medlemsstatene har en valgfrihet etter artikkel 8, men at denne ikke er ubegrenset. Som en tilleggsopplysning er det interessant å vite at også andre medlemsstater forbeholder en bestemt del av barselpermisjonen før fødselen, slik det gjøres i den norske modellen.<sup>168</sup> EFTA-domstolen uttalte i Eidesund<sup>169</sup> at nasjonal praksis i andre konvensjonsstater kan ha en viss interesse for hvordan man tolker EØS-regelverket. At praksisen skal tillegges vekt for etableringen av forpliktelsens innhold har imidlertid blitt kritisert.<sup>170</sup> Som nevnt tillegger jeg ikke nasjonal praksis noe vekt i denne sammenhengen, men den kan få betydning for om Europakommisjonen vil få gjennomslag for sitt ønske om å endre direktivet slik at kvinnene får full valgfrihet i uttak av den ikke-obligatoriske barselpermisjonen.

#### 4.1.2.3 *Betingelser for barselpermisjon*

I barseldirektivets artikkel 11 nr. 2 oppstilles ytterligere rettigheter som medlemsstatene må sikre for arbeidstakere som tar barselpermisjon etter direktivets artikkel 8. Det følger av bokstav a at arbeidstakere i barselpermisjon skal være sikret sine rettigheter etter arbeidsavtalen, med unntak av de rettighetene som følger av bokstav b. Jeg mener det er tilstrekkelig her å

---

<sup>166</sup> Europakommisjonen (2015).

<sup>167</sup> Forslag til endring av Rådets direktiv 92/85/EØF (2008) s. 8.

<sup>168</sup> Forslag til endring av Rådets direktiv 92/85/EØF (2008) s. 8.

<sup>169</sup> Sak E-02/95 Eilert Eidesund mot Stavanger Catering A/S.

<sup>170</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 251.

vise til at norsk rett sikrer opprettholdelse av arbeidstakeres rettigheter ved foreldrepermisjon<sup>171</sup> i likestillingslovens § 20.

Artikkel 11 nr. 2 bokstav b slår imidlertid fast at arbeidstakere i barselpermisjon skal sikres "*bevarelse af loennen og/eller oppebaerelse af en passende ydelse*". Hva som regnes som en "passende ydelse" følger at artikkel 11 nr. 3; ytelsen må minimum svare til det arbeidstakeren ville fått etter sykepengenivået. Videre har barseldirektivet i artikkel 11 punkt 4 en bestemmelse om at medlemsstatene kan gjøre retten til slik ytelse (som er omhandlet i blant annet nr. 2 bokstav b) "*betinget af, at arbejdstageren opfylder betingelserne for en saadan ret i henhold til den nationale lovgivning*". Det følger videre at det ikke under noen omstendigheter kan kreves at arbeidstakeren skal ha arbeidet mer enn tolv måneder umiddelbart innen det forventede fødselstidspunktet. I den norske modellen får arbeidstakeren som tar barselpermisjon økonomisk ytelse etter reglene om foreldrepenger. Opptjeningen av foreldrepenger krever at arbeidstakeren har vært yrkesaktiv med pensjonsgivende inntekt i minst seks av de siste ti månedene før uttaket av foreldrepenger tar til.<sup>172</sup> Dersom kvinnen har rett til svangerskaps-penger vil imidlertid denne ytelsen trå i stedet for foreldrepenger i svangerskapspermisjonen frem til tre uker før fødselen og disse ukene kommer da ikke til fradrag i foreldrepengene.<sup>173</sup> Både svangerskaps-penger og foreldrepenger beregnes etter de samme reglene som for syke-penger fra trygden<sup>174</sup>, så kravet om minimumsyttelse etter barseldirektivet vil for begge ytelse- ne være oppfylt. Krav til opparbeidelse av foreldrepenger i norsk rett er i tråd med de beting- elsene som kan kreves etter artikkel 11 punkt 4, ettersom opparbeidelsen gjøres kun på grunn- lag av en generell yrkesaktivitet med pensjonsgivende inntekt, -det kreves ikke at arbeidstaker har opparbeidet seg retten i den samme jobben. Betingelsene for barselpermisjonen etter barseldirektivets artikkel 11 anses på dette grunnlaget å være oppfylt i den norske modellen.

#### 4.1.2.4 Konklusjon

Etter å ha foretatt en vurdering av barseldirektivets krav etter prinsippene for konvensjons- tolkning, mener jeg at kravene til barselpermisjon er oppfylt i norsk rett.

---

<sup>171</sup> Overskriften i likestillingsloven § 20 bruker begrepet "foreldrepermisjon", men det følger av siste ledd at paragrafen gjelder tilsvarende ved andre permisjoner knyttet til graviditet og fødsel.

<sup>172</sup> Ftrl. § 14-6 første ledd.

<sup>173</sup> Ftrl. § 14-4 fjerde ledd. Svangerskaps-penger er en særlig ytelse som ikke knyttes til foreldrepengene, men her kreves det at arbeidet medfører risiko for skade på fosteret og det ikke er mulig å omplassere eller tilret- telegge arbeidet

<sup>174</sup> Ftrl. §§ 14-4 og 14-7.

#### 4.1.3 Forholdet mellom barseldirektivet og tredelingen av foreldrepermisjonen

Aune og Nylander mener at barseltiden som rettslig begrep er uteglemt i norske regler om permisjon. De mener at denne usynlige barselfasen i norsk rett er i strid med de EØS-rettslige reglene.<sup>175</sup> Aune og Nylander anfører blant annet;

*"Når det ikke tas hensyn til kvinners særlige behov i barseltiden ved diskusjonen om tredeling av permisjon, er dette direkte diskriminering på grunn av kjønn i strid med likestillingsloven § 5. En ignorering av barsel-direktivet er i strid med den EØS-rettslige forpliktelse til å sørge for lojal implementering av direktiv 92/85"*<sup>176</sup>

Før jeg går nærmere inn på denne anførselen vil jeg kommentere Aune og Nylanders forståelse av "barseltid" og hvordan denne forståelsen påvirker deres vurdering om at norsk rett strider mot forpliktelsene etter EØS-retten. Aune og Nylander presiserer i artikkelens innledning hvilken betydning og innhold de forstår med ordet "barseltid"; "*Ordet barsel refererer spesifikt til første fase av kvinnens restitusjon etter en fødsel*".<sup>177</sup> Artikkelen er gjennomgående klar på at Aune og Nylander kun regner barseltid som tiden etter fødselen, som eksempelvis; "*I Norge varte barseltiden tradisjonelt minst seks uker eller 40 dager. På dette tidspunktet er det normalt at livmoren har trukket seg sammen, kvinnen har sluttet å blø og ammingen er vel etablert*".<sup>178</sup> Forfatterne oppsummerer sin oppfatning i innledningen med at "*barselpermisjonen må skrives inn i det rettslige landskapet igjen*".<sup>179</sup> Aune og Nylander mener at mødre må tilkjennes en barselpermisjon på minimum 14 uker *i tillegg* til foreldrepermisjonsrettigheter for at norsk rett skal være i overensstemmelse med EØS-rettslige krav.<sup>180</sup> I lys av den øvrige begrepsbruken i artikkelen må dette fortolkes som at artikkelforfatterne mener barselpermisjon skal være plassert *etter* fødselen, slik de avgrenser barseltiden. Dette følger også av at de kun viser til de seks obligatoriske ukene etter fødsel i sammenligningen; "*Det er her verdt å merke seg at barselperioden etter EU/EØS-reglene ikke er 6 uker, men hele 14 uker*".<sup>181</sup> Denne oppfattelsen støttes også av Nylanders hørings svar på vegne av Initiativ Bedre Barseltid til forslag om felles likestillings- og diskrimineringslov hvor Nylander skriver; "*EU-direktiv 92/85/EØF gir kvinner som har født rett til barselpermisjon i 14 uker, hvorav 12 uker etter fødselen, jfr. artikkel 8 nr. 2 bokstav b*"(sic<sup>182</sup>).<sup>183</sup> Her er det litt uklart hva Nylander mener, ettersom hun først sier kvinner som har født skal ha 14 uker, og deretter spesifiserer 12 uker

<sup>175</sup> Aune og Nylander (2015) s. 47.

<sup>176</sup> Aune og Nylander (2015) s. 67.

<sup>177</sup> Aune og Nylander (2015) s. 46.

<sup>178</sup> Aune og Nylander (2015) s. 52.

<sup>179</sup> Aune og Nylander (2015) s. 47.

<sup>180</sup> Aune og Nylander (2015) s. 69.

<sup>181</sup> Aune og Nylander (2015) s. 67.

<sup>182</sup> Rdir 92/85/EØF artikkel 8 nr. 2 har ikke den angitte bokstav b.

<sup>183</sup> Initiativ Bedre Barseltid (2016) (min utheving).

*etter fødsel*. Det må imidlertid forstås som at hun tolker de obligatoriske to ukene etter artikkel 8 nr. 2 som valgfrie for staten til å plassere før fødsel, uten å samtidig anerkjenne valgfrihet for de totale 14 ukene etter artikkel 8 nr. 1, til tross for samme ordlyd. Jeg legger ikke avgjørende vekt på dette. Uavhengig av om det er snakk om 12 eller 14 uker mener Aune og Nylander at det kreves en økning i permisjonsuker *etter* fødselen for at norsk rett er i overensstemmelse med de EØS-rettslige forpliktelsene til barselpermisjon. Aune og Nylander har ingen henvisninger til EU-retten som begrunner denne forståelsen, og de gjør ikke rede for hvorfor de utelater å vurdere ukene før fødselen som en oppfyllelse av barselpermisjonen.

Ser man bort ifra uenigheten om at barselpermisjonen kan fordeles både før og etter fødsel, er det et sentralt spørsmål artikkelen tar opp; nemlig om tredelingen av foreldrepermisjon utgjør diskriminering av kvinner. Tredelingen gir en mødrekvote og fedrekvote på henholdsvis 10 uker hver, hvorav resten av permisjonsukene fritt kan fordeles mellom foreldrene. Lovgiver har gitt en tilsynelatende lik bestemmelse for begge kjønn, men i de 10 ukene med mødrekvote er det 6 uker som er barselpermisjon. Det er altså kun 4 uker av foreldrepermisjonsukene som er forbeholdt mor. I det følgende vil jeg gjøre en selvstendig vurdering av om tredelingen av foreldrepermisjonen innebærer en direkte diskriminering på grunn av kjønn.

#### 4.1.3.1 Avklaring av rettslig utgangspunkt

Aune og Nylander mener som nevnt at tredelingen er diskriminering og at dette medfører "*en ignorering av barsel-direktivet som er i strid med den EØS-rettslige forpliktelse til å sørge for lojal implementering av direktiv 92/85*".<sup>184</sup> Innledningsvis ser jeg dermed et behov for å redegjøre for hvorfor min fremstilling av denne problemstillingen vil avvike fra Aune og Nylanders.

For det første er det min forståelse av inndelingen av mødrekvoten og fedrekvoten at den gjelder forskjellsbehandling i retten til *foreldrepermisjon*. Jeg er dermed uenig i Aune og Nylanders anførsel om at tredelingen ikke oppfyller forpliktelsen om en lojal implementering av *barseldirektivet*.<sup>185</sup> Det følger av min konklusjon i punkt 4.1.2.4 at jeg mener barselpermisjonen i norsk rett samsvarer med forpliktelsene som følger av barseldirektivet.

For det andre mener jeg at dommene Aune og Nylander viser til ikke gir grunnlag for å hevde at det er et krav om en separat barselpermisjon. Aune og Nylander mener EU-domstolens uttalelser kan tas til inntekt for at barselpermisjonen ikke kan inngå som en del av foreldreper-

---

<sup>184</sup> Aune og Nylander (2015) s. 67.

<sup>185</sup> Aune og Nylander (2015) s. 67.

misjon.<sup>186</sup> Aune og Nylander viser til EU-domstolens uttalelser i sak C-519/03 og sak C-342/01 om at en permisjon som er foreskrevet i fellesskapsretten ikke kan påvirke retten til å ta en annen permisjon som er sikret ved fellesskapsretten.<sup>187</sup> Slik jeg forstår Aune og Nylander mener de at disse dommene *prinsipielt* begrenser at barselpermisjonen kan plasseres som en del av mødrekvoten. Spørsmålet er om EU-domstolens uttalelser om påvirkning tar sikte på den typen påvirkning som følger av tredelingen av foreldrepermisjonen. Jeg mener de konkrete saksforholdene i disse sakene gjør at dommene ikke har overføringsverdi for spørsmålet om tredelingen av foreldrepermisjonen. Sak C-519/03 gjaldt en nasjonal lovbestemmelse som bestemte at når graviditet/fødsel/adopsjon av et barn skjer under en foreldrepermisjon for et annet barn, og denne hendelsen gir rett til barsels- eller adopsjonslov, så trer denne aktualiserte barsels- eller adopsjonslov inn i stedet for foreldrepermisjonen som avsluttes. Sak C-342/01 gjaldt en kollektiv avtale med fastsatte ferieuker for de ansatte, som kvinner mistet dersom disse ukene falt sammen med barselpermisjonen. Disse to sakene gjaldt altså tilfeller hvor uttaket av barselpermisjon medførte at kvinnene mistet en annen permisjon/ferierettighet. Spørsmålet om tredeling av foreldrepermisjon gjelder kun fordelingen av obligatorisk og fri del av foreldrepermisjonen, og innebærer ikke en *avkorting* som berører minimumsretten til barselpermisjon eller foreldrepermisjon. Etter min mening er saksforholdene i disse sakene så forskjellig fra spørsmålet om tredelingen av foreldrepermisjon at EU-domstolens uttalelser ikke bør tas til inntekt for et bestemt resultat.

I det følgende vurderer jeg utelukkende hvorvidt fordelingen av foreldrepermisjonsuker, henholdsvis 10 uker i fedrekvoten og 4 uker i mødrekvoten, utgjør en diskriminering av kvinner.

#### 4.1.3.2 *Er fordelingen av foreldrepermisjonsuker i kvotene diskriminerende?*

Det følger av likestillingsdirektivets artikkel 16 at det er tatt forbehold for medlemsstatenes rett til å anerkjenne en særlig rett til "fædreorlov". På grunn av dette forbeholdet vurderer jeg kun om inndelingen av kvotene innebærer diskriminering etter norsk rett. Jeg vil følge fremgangsmåten som følger av loven, først foretar jeg vurderingen etter likestillingsloven § 5, før jeg ser på unntakene i likestillingsloven §§ 6 og 7.

##### 4.1.3.2.1 *Utgangspunktet: forbud mot diskriminering*

Spørsmålet er om flere forfordelte foreldrepermisjonsuker i fedrekvoten enn i mødrekvoten strider mot kravet i Grl. § 98 om at alle skal være like for loven. Vurderingen av om lovgivningen innebærer en usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling gjøres etter likestil-

---

<sup>186</sup> Aune og Nylander (2015) s. 61 og 72.

<sup>187</sup> Se sag C-519/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Storhertugdømmet Luxembourg premiss 33 og sag C-342/01 María Paz Merino Gómez mod Continental Industrias del Caucho SA premiss 41.

lingsloven § 5. Utgangspunktet er at diskriminering på grunn av kjønn er forbudt. Utgangspunktet er derfor at tredelingen av foreldrepermisjon som gir ulike kvoter av foreldrepermisjon basert på kjønn er forbudt. Dette forutsetter imidlertid at fedrene blir ansett å være i en tilsvarende situasjon som mødrene, jf. kravet om sammenligningsperson. For foreldrepermisjon er det slått fast av EU-domstolen at en mannlig arbeidstaker med status som forelder kan sammenlignes med en kvinne med samme status når det gjelder oppdragelsen av deres barn.<sup>188</sup> Inndelingen av mødrekvoten, hvor kun 4 uker er overførbare foreldrepermisjonsuker er en lovbestemmelse som har som virkning at kvinnene får en svakere rettighet på foreldrepermisjonsukene enn menn. Dette utgjør direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Inndelingen av mødrekvoten og fedrekvoten ble innført for å sikre at fedre tok ut mer av permisjonen fordi kvinnene i all hovedsak tar ut mest foreldrepermisjon, altså hadde den et likestillingsformål. Det er imidlertid ikke et vilkår om en diskriminerende hensikt eller intensjon,<sup>189</sup> og utformingen utgjør derfor en direkte forskjellsbehandling.

#### 4.1.3.2.2 Lovlig etter likestillingsloven § 6?

Spørsmålet er om forskjellsbehandlingen i fordelingen av foreldrepermisjonsuker i mødrekvoten og fedrekvoten likevel er lovlig etter likestillingsloven § 6. Det må vurderes om forskjellsbehandlingen har et saklig formål, og om utformingen er nødvendig for å oppnå dette saklige formålet, og om det er et rimelig forhold mellom formålet og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den berørte parten. Adgangen til forskjellsbehandling etter § 6 er snevrere fordi dette er et tilfelle av direkte forskjellsbehandling. Først vurderes vilkåret om saklig formål. Forarbeidene om tredeling av foreldrepermisjon viser at tredelingen skulle gjøre det klart at fellesperioden skulle kunne tas ut av begge foreldrene, og at dette skulle legge til rette for en jevnere fordeling av permisjonen.<sup>190</sup> Dette formålet om å fremme likere uttak av foreldrepermisjon mellom foreldrene er uten tvil saklig. Det avgjørende spørsmålet er om kravet til nødvendighet er oppfylt. Vurderingen er om det finnes andre måter å oppnå formålet om at fedre og mødre tar ut mer likestilt mengde av foreldrepermisjon? Aune og Nylander argumenterer for at likhet ville innebåret at man gir begge foreldrene en kvote av foreldrepermisjonen, men at barselpermisjonen holdes utenfor kvoten.<sup>191</sup> Jeg er enig i at en tredeling av foreldrepermisjonen kunne blitt gjort uten å berøre barselpermisjonen, og at en slik fordeling også ville innebåret en fri fellesperiode som symboliserte at begge foreldrene kunne dele disse permisjonsukene. Dette ville vært en utforming som jeg mener også ville vært i tråd med

---

<sup>188</sup> Se sag C-222/14 Konstantinos Maïstrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaionaton premiss 47 og sag C-104/09 Pedro Manuel Roca Álvarez mod Sesa Start España ETT SA premiss 24.

<sup>189</sup> Se nærmere om dette i punkt 2.2.4. ovenfor.

<sup>190</sup> Prop. 64 L (2011-2012) s. 3.

<sup>191</sup> Aune og Nylander (2015) s. 67.



borgernes rettsfølelse, da de fleste er klar over morens særegne situasjon etter fødselen. Vilkårene som må oppfylles for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, er kumulative. Ettersom jeg er kommet til at kravet om nødvendighet ikke er oppfylt, medfører det at forskjellsbehandlingen ikke er lovlig etter likestillingsloven § 6.

#### 4.1.3.2.3 Positiv særbehandling etter likestillingsloven § 7?

Det følger av likestillingsloven at forskjellsbehandling kan være lovlig dersom den utgjør positiv særbehandling etter lovens § 7. Et konkret eksempel er positiv særbehandling av menn til stillinger og utdanning hvor hovedoppgaven er omsorg eller undervisning av små barn.<sup>192</sup> Det følger for øvrig av forarbeidene at dette er den eneste adgangen til å særbehandle menn.<sup>193</sup> På dette grunnlaget er det klart at tildelingen av flere foreldrepermisjonsuker til fedre ikke er et tilfelle av positiv særbehandling etter likestillingsloven § 7.

Jeg ønsker likevel å foreta en vurdering av om fordelingen av flere foreldrepermisjonsuker til far enn til mor utgjør en forskjellsbehandling som *kunne vært* hjemlet som lovlig forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 7. Dette vil jeg gjøre fordi det er klart fra forarbeidene at tredelingen har et likestillingsformål. Selv om tredelingen slik den er utformet i dag gir en umiddelbar fordel for menn, utgjør den på samme tid en fordel for kvinner på lengre sikt, ved at omsorgen for barn blir jevnere fordelt mellom foreldrene. Ettersom kvinner statistisk sett tar en større del av foreldrepermisjonsukene, kan det være gode grunner for å forfordele flere foreldrepermisjonsuker til menn.

Det er også et annet grunnlag til at jeg mener det er interessant å se nærmere på om flere foreldrepermisjonsuker til far kunne vært lovlig etter likestillingsloven § 7. I høringsnotatet til felles likestillings- og diskrimineringslov fra 2015 foreslås en utvidelse av adgangen til positiv særbehandling for å oppnå likestilling, med en lik adgang til positiv særbehandling av menn og kvinner.<sup>194</sup> Som jeg har konkludert ovenfor, mener jeg at tredelingens forfordeling av flere foreldrepermisjonsuker til fedre utgjør en diskriminering av kvinner. I lys av at forslaget om utvidet adgang til positiv særbehandling av menn kan bli vedtatt, synes jeg det er interessant å vurdere om dette kunne medført at den gjeldende diskriminerende fordelingen kunne blitt en lovlig forskjellsbehandling med hjemmel i likestillingsloven § 7. I det følgende vurderer jeg derfor om den skjeve fordelingen av foreldrepermisjonsuker kunne oppfylt vilkårene for positiv særbehandling i likestillingsloven § 7.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Jf. forskrift om særbehandling av menn.

<sup>193</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 171, se også vedlegg til høringsnotat om felleslikestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 117.

<sup>194</sup> Se nærmere om dette i punkt 2.2.5.2 ovenfor.

<sup>195</sup> Jeg knytter drøftelsen i det følgende til gjeldende rett om positiv særbehandling, og ikke eventuelle endringer som måtte følge av forslaget til ny lov.

Det første av de kumulative vilkårene som følger av likestillingsloven § 7 har jeg allerede behandlet. Første ledd bokstav a krever at særbehandlingen er egnet til å fremme lovens formål, og jeg har anført at det er grunnlag for å hevde at flere forfordelte foreldrepermisjons- uker til fedre er et tiltak som også fremmer kvinners stilling. Det tredje vilkåret som følger av likestillingsloven § 7 bokstav c er imidlertid ikke egnet for å behandle nærmere i en de lege feranda vurdering som denne; vilkåret innebærer at særbehandlingen må opphøre når formålet med den er oppnådd, altså kreves det at lovgiver overvåker tiltak av positiv særbehandling og dets resultater.

I det følgende vil jeg se nærmere på vilkåret som gjenstår etter likestillingslovens § 7 første ledd; vilkåret om forholdsmessighet etter bokstav b. Spørsmålet er om det ville vært et rimelig forhold mellom det man ønsket å oppnå med å tildele flere foreldrepermisjonsuker til menn og hvor inngripende dette er for kvinnene som får tildelt en kortere del av foreldrepermisjonen. Et sentralt moment her er hvorvidt forskjellsbehandlingen får rettslige konsekvenser i diskrimineringsvernet for kvinner som mener seg forskjellsbehandlet på grunn av foreldrepermisjon. Foreldrepermisjonskvotene har etter gjeldende rett, likt som med graviditet, fødsel og amming, *et tilnærmet absolutt forbud* mot forskjellsbehandling.<sup>196</sup> Det betyr at fedrene har et særlig vern for 10 uker av sin foreldrepermisjon, mens kvinnene kun har et tilsvarende vern for 4 uker av sin foreldrepermisjon.<sup>197</sup>

For å vurdere om denne forskjellsbehandlingen ville vært forholdsmessig må jeg først redegjøre for hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for kvinner. Beskrivelsen fra ombudet og nemdas praksis i diskrimineringsaker er at den tar utgangspunkt i hele permisjonen når den vurderer en anførsel om diskriminering.<sup>198</sup> Dersom de ikke kommer til at forholdet rammes av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, tar de stilling til om handlingen rammes av forbudet mot direkte forskjellsbehandling.<sup>199</sup> Når en permisjon omfatter både kvote og fellesperiode ser altså ombudet eller nemda på forholdet som en samlet permisjon og starter vurderingen med om det rammes av forbudet mot indirekte diskriminering. Dette får betydning for en kvinne som har tatt 14 ukers permisjon etter fødselen og skal tilbake i jobb hvor hun opplever forskjellsbehandling. Ombudet eller nemda vil da ta utgangspunkt i vurderingen etter indirekte forskjellsbehandling når de vurderer hennes anførsel om diskriminering. Ser man på forslaget til ny lov § 10, som representerer gjeldende rett, vil dette føre til at vurderingen av

---

<sup>196</sup> Se bl.a. Vigerust (2008) s. 199 og høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 87.

<sup>197</sup> Dette har vært formulert på ulike måter i likestillingslovene. Det er imidlertid sikker rett at både likestillingsloven 1978 § 3, likestillingsloven 2013 § 5 og det nye forslaget til felles likestillings – og diskrimineringslov § 10 viderefører det samme vernet.

<sup>198</sup> LDO (2015) s. 7.

<sup>199</sup> LDO (2015) s. 7.

forskjellsbehandlingen starter i andre ledd, med en vurdering av saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet. Hadde mødrekvoten imidlertid innebåret 10 foreldrepermisjonsuker, som kom *i tillegg* til 6 ukers fødselspermisjon, ville imidlertid forskjellsbehandlingen i det nevnte eksempelet kun blitt vurdert som direkte forskjellsbehandling. Ombudet eller nemda ville da vurdert forskjellsbehandlingen etter første ledd, og sett på om forskjellsbehandlingen skulle beskytte kvinnen, fosteret eller barnet i forbindelse med fødselen eller amming. I det sistnevnte tilfellet ville det ikke vært en vurdering av saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet. Fremgangsmåten i ombudet og nemdas praksis i henholdsvis saker om kvoteperioden og fellesperioden kan potensielt få store konsekvenser i konkrete saker.

I vurderingen av hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for kvinnene i praksis, er det av særlig betydning å klargjøre hvor mye svakere vern den frie delen av foreldrepermisjonen får. Departementet mener at det i praksis ikke er et skille med et sterkt vern i en "beskyttet periode" og et svakere vern ved permisjoner lengre enn denne perioden.<sup>200</sup> Departementet viser til at ordlyden i likestillingsloven 1978 skulle implementere EU-rettslige krav om at det er et absolutt vern ved graviditet og kortvarig fravær etter fødselen.<sup>201</sup> Departementet hevder at dette skillet for en "beskyttet periode" ikke stemmer med det reelle innholdet i diskrimineringsvernet, fordi vernet er så sterkt også senere i foreldrepermisjonen.<sup>202</sup> Departementet presiserer at reglene fortolkes slik at vernet i mange tilfeller er tilnærmet absolutt også ved lengre permisjoner, men at hvor lang denne vernede perioden er, ikke er avklart i praksis og at dette vil variere blant annet med hva slags type forskjellsbehandling det er tale om og hvor lang permisjon det er tale om. I høringsforslaget til ny felles diskriminerings- og likestillingslov forklares dette som at det er glidende overganger mellom det absolutte forbudet og det mer betingede forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon, og at det er vanskelig å sette et bestemt skjæringspunkt for når det absolutte vernet oppfører og det skal foretas en saklighetsvurdering.<sup>203</sup> Dette taler for at risikoen for et svakere vern for den frie delen av foreldrepermisjonsukene enn for kvoteukene er mer teoretisk en praktisk. Den "glidende" skalaen fra et absolutt forbud til et mer betinget forbud åpner for en viss uforutsigbarhet, men det må antas at de nærmeste ukene etter kvotepermisjonen ikke vil være særlig utsatt. Det potensielle inngrepet er hovedsakelig av teoretisk art, og det virker lite sannsynlig at det vil få en praktisk betydning i en diskriminerings sak. Dette taler for en samlet vurdering av at den positive særbehandlingen ikke ville vært særlig inngripende. Formålet om å oppnå mer likestilling vil dermed stå i et rimelig forhold til den minimale risikoen for at en kvinne kan få et svakere vern.

---

<sup>200</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 68.

<sup>201</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 68.

<sup>202</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 68.

<sup>203</sup> Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov (2015) s. 87.

Utgangspunktet er som nevnt at den gjeldende fordelingen av foreldrepermisjonsuker i kvotene er forskjellsbehandling på grunn av kjønn, som etter gjeldende rett er diskriminering av kvinner. Dette strider mot prinsippene i GrL § 98 og likestillingsloven. Dersom adgangen til positiv særbehandling utvides, mener jeg imidlertid at det er gode grunner for å hevde at lovgiver kunne valgt å opprettholdt den skjeve fordelingen av foreldrepermisjonsuker i kvotene som lovlig forskjellsbehandling med hjemmel i likestillingsloven § 7.

#### *4.1.3.2.4 Konklusjon*

Fordelingen av foreldrepermisjonsuker som gir flere uker til far enn mor er diskriminering av kvinner.

## 4.2 Er utformingen av norske fedres permisjonsrettigheter diskriminerende?

### 4.2.1 Innledning

Med et mer likestilt samfunn oppstår nye problemstillinger. De siste årene har særlig fedres rett til foreldrepermisjon blitt aktualisert og problematisert. I den norske modellen er fars rett til foreldrepenger i fellesperioden betinget av at moren er i aktivitet.<sup>204</sup> Det er ikke et tilsvarende krav for mors rett til foreldrepenger.

Jeg vil først, i punkt 4.2.2. se på hva som kan utledes av EU-retten i vurderingen av om utformingen av permisjonsrettigheter er diskriminerende. EU-domstolen har blant annet avgjort to interessante saker som gir veiledning om adgangen til å gjøre fedres rettigheter betinget av mødrenes aktivitet. Deretter vil jeg i punkt 4.2.3. se på hvilke rettsvirkninger som følger dersom folketrygdloven strider mot EU-retten. Til sist vil jeg i punkt 4.2.4. komme med noen de lege feranda betraktninger om fedres rett til omsorgspermisjon.

### 4.2.2 Strider aktivitetskravet i folketrygdloven mot EU-retten?

Det følger av foreldrepermisjonsdirektivet § 2 at retten til foreldrepermisjon er en "*individuel ret*" for "*mænd så vel som kvinder*". Dette er et klart utgangspunkt i retten til foreldrepermisjon. Folketrygdlovens aktivitetskrav gjelder imidlertid ikke retten til selve permisjonen, men til pengeytelse under permisjonen. Foreldrepermisjonsdirektivets innledning del I punkt 18 og 19 vektlegger ivaretagelsen av trygderettigheter under foreldrepermisjon. Det følger imidlertid av ordlyden at dette er intensjonsbestemmelser, og sikring av trygderettigheter under foreldrepermisjonen er innenfor medlemsstatenes skjønnsmargin. Hvis medlemsstatene ikke ivaretar trygderettighetene for personer som tar ut foreldrepermisjon vil det imidlertid kunne virke demotiverende og føre til at færre tar ut foreldrepermisjon, særlig aleneforeldre og fedre som er hovedforsørger for familien.<sup>205</sup> Selv om sikring av trygderettighetene i utgangspunktet er innenfor medlemsstatenes skjønnsmargin etter foreldrepermisjonsdirektivet, følger det av likestillingsdirektivet at likestilling mellom menn og kvinner er et *grunnleggende* prinsipp i fellesskapsretten, og at Fellesskapet har et positiv forpliktelse til å fremme denne likestillingen i *alle sine aktiviteter*.<sup>206</sup> Dette taler for at likestillingsprinsippet også gjelder for utformingen av trygderettigheter. Vurderingen av om aktivitetskravet strider mot EU-retten gjøres derfor på grunnlag av likestillingsdirektivet.

---

<sup>204</sup> Se nærmere om dette i punkt 3.3. ovenfor.

<sup>205</sup> Ellis og Watson (2012) s. 358.

<sup>206</sup> Jf. Likestillingsdirektivet innledende betraktninger punkt 2.

#### 4.2.2.1 Likestillingsdirektivet

Det følger av likestillingsdirektivet artikkel 2 punkt 1 bokstav a at direkte forskjellsbehandling er når en person behandles dårligere på grunn av kjønn enn en annen blir i tilsvarende situasjon. Folketrygdlovens betingelse om at fars rett til foreldrepenger i fellesperioden er avhengig av mors aktivitet, er dermed direkte forskjellsbehandling. Likestillingsdirektivet forbyr slik forskjellsbehandling på visse områder som er oppnevnt i artikkel 14, blant annet punkt 1 bokstav c for "*ansættelses- og arbejdsvilkår*". Reglene om foreldrepenger er i den norske modellen ikke en del av arbeidskontrakten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, noe som taler mot at dette omfattes av ordlyden. EU-domstolen har uttalt seg om hva som faller inn under betegnelsen "*ansættelses- og arbejdsvilkår*"; tildelingen av foreldrepermisjon gjør det mulig for nybakte foreldre å avbryte jobbaktiviteter for å følge opp familiemessige forpliktelser og siden det får konsekvenser for den ansattes utøvelse av sine jobbmessige aktiviteter ville betingelsene for tildeling av foreldrepermisjon høre under ansettelses- og arbeidsvilkår etter ordlyden i likestillingsdirektivet.<sup>207</sup> Selv om denne uttalelsen ikke berører retten til trygdeytelser konkret, er det gode grunner for at også trygdeytelser bør omfattes av begrepet "*ansættelses og arbejdsvilkår*". Muligheten for å få foreldrepenger under foreldrepermisjonen vil ha avgjørende betydning for hvor reell muligheten for å ta foreldrepermisjon er. På denne måten vil også trygdeytelser være en vesentlig forutsetning for muligheten foreldre har til å avbryte jobbaktiviteter, og trygdeytelsene får derfor direkte konsekvenser for den ansattes utøvelse av jobbmessige aktiviteter. Også formålsbetraktningene taler for at trygdeytelsene ikke kan stride mot likestillingsprinsippet. Det følger av likestillingsdirektivets 11. betraktning at medlemsstatene må arbeide mot den tydelige oppdelingen mellom menn og kvinner på arbeidsmarkedet, blant annet med rimelige ordninger om foreldrepermisjon som hver forelder kan utnytte. Jeg mener at en regel som begrenser fedrenes mulighet for å utnytte sin rettighet til foreldrepermisjon etter foreldrepermisjonsdirektivet ikke er en *rimelig* ordning som sikrer foreldrene en *lik utnyttelse*. Formålene i likestillingsdirektivet taler dermed for at retten til foreldrepenger skal anses å høre under ansettelses- og arbeidsvilkår i likestillingsdirektivets artikkel 14. Dette vil bety at aktivitetskravet i ftrl. § 14-13 utgjør en direkte forskjellsbehandlingen som er i strid med likestillingsdirektivet.

EU-domstolen har uttalt seg i to saker som støtter at likestillingsdirektivet skal forstås på denne måten. Det må bemerkes at norske domstoler og EFTA-domstolen kan oppfatte EØS-retten annerledes enn hvordan EU-domstolen forstår EU-retten.<sup>208</sup> Tolkningssløsningene fra norske domstoler og EFTA-domstolen kan dermed avvike legitimt fra de som EU-domstolen legger

---

<sup>207</sup> Sag C-222/14 Konstantinos Maïstrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropon Dikaiomaton premiss 45.

<sup>208</sup> Boe (2012) s. 33.

til grunn.<sup>209</sup> Forskjellen kan blant annet komme av at europeisk integrasjon veier tyngre i EU-domstolens vurderinger enn det vil gjøre når EØS-retten blir tolket.<sup>210</sup> Hvilken betydning EU-domstolen har på tolkningen av EØS-avtalen er ikke et spørsmål som er endelig avgjort, men som aktivt debatteres.<sup>211</sup> Det er imidlertid klart at EU-domstolen ikke alene avgjør hva som er gjeldende EØS-rett, dette forutsettes blant annet i EØS-avtalens artikkel 105 tredje ledd med tvisteløsningsregler dersom EU-domstolen og EFTA-domstolen har ulik praksis. Halvard Haukeland Fredriksen viser også til at opprettelsen av EFTA-domstolen skjedde nettopp fordi EFTA-statene ikke ville underkaste seg EU-domstolens jurisdiksjon.<sup>212</sup> Likevel mener Haukeland Fredriksen at det i praksis synes å være EU-domstolen som har siste ordet ved tolkningen av EØS-retten.<sup>213</sup>

En sak om fedres rett til foreldrepermisjon ble avgjort av EU-domstolen i sak C-222/14<sup>214</sup> i 2015. En gresk dommer (heretter "*Maïstrellis*") hadde søkt om betalt foreldrepermisjon i ni måneder. Han fikk avslag på denne fordi hans hustru "*ikke arbejder eller ikke udøver et liberalt erhverv*".<sup>215</sup> *Maïstrellis* anla søksmål om dette avslaget. Domstolen kom til at den nasjonale bestemmelsen, som avskar farens rett til permisjon på grunnlag av morens status, var direkte diskriminerende basert på kjønn, og at likestillingsdirektivet og foreldrepermisjonsdirektivet skal fortolkes som å avskjære muligheten for denne type lovgivning.<sup>216</sup> Dette tilfellet som gjelder foreldrepermisjon vedrører tjenestemennene i deres egenskap som foreldre.<sup>217</sup> Domstolen bemerket at situasjonen for en mannlig arbeidstaker og en kvinnelig arbeidstaker som begge har status som foreldre, kan sammenlignes når det gjelder oppdragelsen av deres barn.<sup>218</sup> Domstolen viste til at den aktuelle bestemmelsen ikke fratar en kvinnelig tjenestemann hennes permisjon på grunnlag av sin ektefelles arbeidsmessige situasjon.<sup>219</sup> Domstolen viste også til at det i saken ikke er vist til noen annen bestemmelse i nasjonal rett som innfører en slik betingelse for kvinnelige tjenestemenn.<sup>220</sup> Konsekvensen av bestemmelsen var at mødre som er tjenestemenn alltid vil ha rett på foreldrepermisjon etter nasjonal rett, mens fedre

---

<sup>209</sup> Boe (2012) s. 33.

<sup>210</sup> Boe (2012) s. 33.

<sup>211</sup> Haukeland Fredriksen (2010) og Rognstad (2011).

<sup>212</sup> Haukeland Fredriksen (2010) s. 272.

<sup>213</sup> Haukeland Fredriksen (2010) s. 272.

<sup>214</sup> Sag C-222/14 Konstantinos *Maïstrellis* mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomaton.

<sup>215</sup> Sag C-222/14 premiss 19.

<sup>216</sup> Sag C-222/14 premiss 52-53.

<sup>217</sup> Sag C-222/14 premiss 46.

<sup>218</sup> Sag C-222/14 premiss 47.

<sup>219</sup> Sag C-222/14 premiss 48.

<sup>220</sup> Sag C-222/14 premiss 48.

med samme status kun ville ha rett hvis moren til barnet arbeider eller utøver et liberalt erverv.<sup>221</sup> Statusen som forelder var dermed tilstrekkelig for kvinnene, men ikke for mennene.<sup>222</sup> Domstolen henviste så til likestillingsdirektivets artikkel 3, som gir medlemsstatene mulighet for å vedta tiltak for å sikre full likestilling i praksis mellom menn og kvinner i arbeidslivet, og bemerket at en slik bestemmelse som i denne saken på den andre siden var nærmere å opprettholde en tradisjonell kjønnsrollefordeling mellom menn og kvinner ved at den tildeler menn en sekundær rolle i forhold til kvinner for så vidt angår foreldreskapet.<sup>223</sup> Denne uttalelsen om bestemmelser som opprettholder tradisjonell kjønnsrollefordeling er like aktuell for folketrygdlovens aktivitetskrav, fordi dette også tildeler menn en sekundær rolle i foreldreskapet.

EU-domstolen avgjorde også i 2010 en sak om foreldres likestilte rett til foreldrepermisjon med en lignende argumentasjon. Sak C-104/09<sup>224</sup> gjaldt et saksforhold fra før dagens likestillingsdirektiv ble vedtatt så uttalelsene knytter seg til prinsippet om likebehandling i likebehandlingsdirektivet<sup>225</sup>. Saken gjaldt en tvist mellom en mannlig arbeidstaker (heretter "Álvarez") og hans arbeidsgiver om retten til såkalt "*ammeorlov*" (heretter "ammepermisjon"). Det var klart at denne ammepermisjonen var blitt uavhengig av den naturlige ammings biologiske omstendighet, og skulle anses for barnepassingstid.<sup>226</sup> Arbeidsgiver hadde avslått søknaden om ammepermisjon, med henvisning til nasjonale bestemmelser. Den nasjonale bestemmelsen satte som vilkår, for at fedre kunne ta slik ammepermisjon, at moren til barnet måtte være lønnsuttaker. Moren til Álvarez' barn var selvstendig næringsdrivende og var dermed ikke lønnsuttaker i lovens forstand. Spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var om ammepermisjonen burde tildeles både menn og kvinner, og om den omstendighet at rettigheten utelukkende tilkommer kvinnelige lønnsuttakere og fedrene til disse kvinnenes barn var diskriminering i strid med likebehandlingsdirektivet.<sup>227</sup> EU-domstolen kom til at prinsippet om likebehandling i direktivet var til hinder for en slik nasjonal bestemmelse hvor farens rett til ammepermisjon er betinget av at barnets mor er lønnsuttaker. Domstolen la til grunn at det forhold at foreldreskapet var tilstrekkelig for rett til ammepermisjon for kvinnelige lønnsuttakere, men ikke for mannlige lønnsuttakere, medfører en forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn i henhold til artikkel 2 stk. 1 i likebehandlingsdirektivet.<sup>228</sup> Domstolen

---

<sup>221</sup> Sag C-222/14 premiss 49.

<sup>222</sup> Sag C-222/14 premiss 49.

<sup>223</sup> Sag C-222/14 premiss 50.

<sup>224</sup> Sag C-104/09 Pedro Manuel Roca Álvarez mod Sesa Start España ETT SA.

<sup>225</sup> Rdir 76/207/EØF; et av flere direktiver som ble slått sammen til dagens likestillingsdirektiv.

<sup>226</sup> Sag C-104/09 Pedro Manuel Roca Álvarez mod Sesa Start España ETT SA premiss 14.

<sup>227</sup> Sag C-104/09 premiss 15.

<sup>228</sup> Sag C-104/09 premiss 23 og 25.



vurderte så hvorvidt bestemmelsen hadde til formål å fremme like muligheter for menn og kvinner etter direktivets artikkel 2 stk. 4, fordi den spanske regjeringen hadde anført at formålet med bestemmelsen var å kompensere for de ulempene som kvinner belastes mer med i forhold til menn etter fødsel av barn.<sup>229</sup> Regjeringen hevdet det var vanskeligere for mødre til små barn å bli integrert i og forbli på arbeidsmarkedet enn for menn.<sup>230</sup> Domstolen uttalte at denne antakelsen om at kun mor som er lønsmottaker har rett til ammepermisjon, mens far med samme status har en avledet rett til slik permisjon, nærmest opprettholdt en tradisjonell kjønnsrollefordeling, ved at det tildelte menn en sekundær rolle i forhold til kvinner når det gjelder foreldreskapet.<sup>231</sup> Domstolen uttalte videre, i tilknytning til Regjeringens bemerkning, at en slik praksis hvor menn får avslag på slik permisjon, kan føre til at en kvinne som er selvstendig næringsdrivende må se seg nødt til å begrense sin virksomhet, og bære omkostningene som følge av barnets fødsel alene – uten hjelp fra barnets far.<sup>232</sup> På dette grunnlag var det klart at forskjellsbehandlingen heller ikke kunne godtas etter artikkel 2 stk. 4.<sup>233</sup> Som i den foregående dommen *Maïstrellis* uttaler EU-domstolen seg her om at denne typer bestemmelser opprettholder tradisjonell kjønnsrollefordeling. Det er også interessant at EU-domstolen begrunner resultatet både i at fedrene blir stilt dårligere, men også til at kvinner som ikke oppfyller kravet om å være lønsmottaker, vil bli stilt dårligere enn andre kvinner, fordi fedrene til deres barn ikke får permisjon. Bestemmelsene får altså diskriminerende virkning for begge kjønn. Denne konsekvensen er tilsvarende for aktivitetskravet i folketrygdloven, hvor kvinner som ikke oppfyller aktivitetskravene stilles dårligere enn andre kvinner.

De to dommene som det er redegjort for ovenfor gjelder tolkningsuttalelser. I denne sakskategorien får EU-domstolen forelagt seg spørsmål om hvordan bestemmelser i EU-retten er å forstå.<sup>234</sup> Da løser EU-domstolen kun den delen av tvisten som gjelder hvordan EU-retten skal forstås, og så er det opp til den nasjonale domstol å anvende EU-domstolens uttalelse i saken den skal avgjøre.<sup>235</sup> Denne sakskategorien ender dermed alltid med en generell uttalelse om hvordan EU-retten er å forstå på et konkret punkt.<sup>236</sup> Dette taler for å forstå uttalelsene i disse dommene slik at EU-domstolen ønsker å klarlegge rettstilstanden generelt, og det er derfor gode grunner for å legge dette resultatet til grunn i saker med tilsvarende problemstillinger. En faktor som taler for at disse dommene *ikke* har avgjørende vekt for vurderingen av folke-

---

<sup>229</sup> Sag C-104/09 premiss 32.

<sup>230</sup> Sag C-104/09 premiss 32.

<sup>231</sup> Sag C-104/09 premiss 36.

<sup>232</sup> Sag C-104/09 premiss 37.

<sup>233</sup> Sag C-104/09 premiss 38-39.

<sup>234</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 235.

<sup>235</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 235.

<sup>236</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 235.

trygdlovens bestemmelser er saksforholdene i dommene. Arbeidstakerne i disse dommene fikk avslag på søknad om permisjon, men det følger ikke av dommene om de hadde mulighet til å ta tilsvarende foreldrepermisjon uten lønn. Bestemmelsene i folketrygdloven gjelder kun retten til foreldrepenge. Dette taler for at det ikke er helt klart hvorvidt EU-domstolens resultat kan overføres.

#### 4.2.2.2 Konklusjon

Med utgangspunkt i en fortolkning av likestillingsdirektivet, og EU-domstolens uttalelser om lignende bestemmelser, er jeg kommet til at det er gode grunner for å hevde at aktivitetskravet i folketrygdloven strider mot de norske folkerettslige forpliktelsene.

#### 4.2.3 Rettsvirkningen av at folketrygdlovens bestemmelser strider mot EU-retten

Likestillingsdirektivet er gjennomført i norsk rett gjennom likestillingsloven. Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen skal ved motstrid gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.<sup>237</sup> Det følger av presumpsjonsprinsippet at resultatet av vurderingen om folketrygdlovens bestemmelser strider mot likestillingsdirektivet jf. punkt 4.2.2.2. vil bli det samme etter likestillingsloven.

Det nærliggende alternativet etter disse dommene fra EU-domstolen vil være en lovendring hvor det bestridte aktivitetskravet i folketrygdloven tas bort. Et alternativ kan være at det innføres et tilsvarende aktivitetskrav for morens rett til foreldrepenge, ettersom det følger av EU-domstolens uttalelser at det er forskjellen på kravene for henholdsvis mannlige og kvinnelige foreldre som er problemet.<sup>238</sup> Det problematiske er altså ulike betingelser til tross for lik status, selve betingelsene er ikke problematisert. En innføring av et aktivitetskrav for begge kjønn må antas å være en innskrenking av retten til foreldrepenge som vil møte stor motstand, og er sannsynligvis et mer teoretisk enn praktisk alternativ. Dersom lovgivningen ikke endres kan aktivitetskravet bli en sak for EFTAs overvåkningsorgan European Surveillance Agency (heretter "ESA"). ESA kan selv ta initiativ for å fremme sak når det mener det er grunnlag for å hevde at norske myndigheter ikke overholder EØS-avtalen.<sup>239</sup> Norske borgere har også mulighet for å klage til ESA for å gjøre oppmerksom på at aktivitetskravet kan være en krenkelse av diskrimineringsforbudet.<sup>240</sup> Denne muligheten anses å være et effektivt in-

---

<sup>237</sup> EØS-loven § 2.

<sup>238</sup> Sag C-222/14 Konstantinos Maïstrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaionaton, premiss 48 og sag C-104/09 Pedro Manuel Roca Álvarez mod Sesa Start España ETT SA premiss 23.

<sup>239</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 149.

<sup>240</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 149.

strument for den enkelte borger, men inntil videre har det vært en mulighet som norske borgere ikke har benyttet seg av i særlig grad.<sup>241</sup> Borgeren som klager til ESA har fordelen av at dette er billigere enn søksmål, og kan være raskere og mer effektivt enn et søksmål.<sup>242</sup> På den andre siden mister borgeren kontrollen med saken, og ESA kan komme til enighet med nasjonale myndigheter under prosessen på en måte som ikke nødvendigvis vil være i borgerens interesse.<sup>243</sup>

Folketrygdlovens aktivitetskrav og forholdet til likestillingsdirektivet har blitt debattert i kjølvannet av sak C-222/14. Både Senter for Europarett<sup>244</sup> og Stig Eidissen<sup>245</sup> har debattert dommens betydning for norske fedres rettigheter. I kommentaren fra Senter for europarett reises spørsmålet om EU-domstolens avgjørelse betyr at folketrygdlovens § 14-13 ikke kan opprettholdes, ettersom denne bestemmelsen begrenser fars rett til foreldrepenger på grunnlag av mors status. Eidissen mener at fedre som har fått avslag på sitt krav om foreldrepermisjon på grunn av mors manglende aktivitet kan fremsette krav for Trygderetten som sannsynligvis vil gi fedrene rett til foreldrepenger.<sup>246</sup> Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet kommenterer imidlertid til Dinside at det ikke foreligger planer om å fremme lovforslag om fjerning av aktivitetskravet til mor.<sup>247</sup> Statssekretær Kai-Morten Terning begrunner dette blant annet med at spørsmålet om selvstendige rettigheter for far ikke er omtalt i regjeringsplattformen, at dommen er helt fersk, gjelder gresk lovgivning og dermed ikke er bindende for Norge.<sup>248</sup> Finn Arnesen er ikke enig i denne forståelsen, ettersom saken gjelder direktivet for foreldrepermisjon og likestilling, som er innlemmet i EØS-avtalen, og at det ikke er noen grunn til å tro at EFTA-domstolen vil tolke direktivet på annen måte enn EU-domstolen.<sup>249</sup> Arnesen uttaler at i en eventuell fremtidig EØS-rettslig vurdering av de norske reglene, enten i EFTA-domstolen eller i norske domstoler, så vil EU-domstolen fra Hellas veie tungt.<sup>250</sup>

#### 4.2.3.1 Oppsummering

Etter dette er det gode grunner til å anta at en endring i nær fremtid krever et initiativ fra norske borgere. Initiativet kan komme i form av klage til ESA eller ved å fremsette krav for Trygderetten. En slik prosess vil kreve en far som har kunnskap om EU-retten, med tid og vilje til

---

<sup>241</sup> Ketscher (2008) s. 41.

<sup>242</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 150.

<sup>243</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 150.

<sup>244</sup> Senter for europarett (2015).

<sup>245</sup> Eidissen (2015).

<sup>246</sup> Eidissen (2015).

<sup>247</sup> Dinside.no (2015).

<sup>248</sup> Dinside.no (2015).

<sup>249</sup> Dinside.no (2015).

<sup>250</sup> Dinside.no (2015).

å stå i en slik prosess i en travel småbarnstid, og med en økonomisk situasjon som gir mulighet til å vente på utbetaling av foreldrepengene. Dette er faktorer som kan utsette prøvingen av om aktivitetskravet er i samsvar med EU-retten. Mens man venter på at noen tar saken vil flere familier bli nødt til å opprettholde en tradisjonell rollefordeling hvor mor blir hjemme i permisjon. Dette er et paradoks ettersom Norge nyter positiv oppmerksomhet internasjonalt for sine likestilte fedre.

#### 4.2.4 Betraktninger om EU-domstolens uttalelser og retten til omsorgspermisjon

Det følger av EU-domstolens uttalelser i sakene C-104/09 og C-222/14 at fedrenes rett til permisjon ikke kan være avledet fra mødrene, ettersom de har samme status som foreldre. Det finnes imidlertid ytterligere en permisjonsrettighet for fedre som er betinget av moren. Retten til omsorgspermisjon etter aml. § 12-3 første ledd gir fedre to uker "*for å bistå moren*". Det følger videre av bestemmelsen at dersom faren ikke bor sammen med moren, kan moren velge å gi denne permisjonsrettigheten til en annen person. Poenget i dette punktet er ikke å sammenligne mødres rett til fødselspermisjon med fedres rett til omsorgspermisjon. Likestillingsdirektivet artikkel 28 stk. 1 og 2 tar forbehold for ordninger som verner kvinner. Hensikten her er imidlertid å gjøre noen betraktninger rundt retten til omsorgspermisjon for fedrene, i lys av kritikken fra EU-domstolen mot permisjonsordninger som opprettholder tradisjonelle kjønnsrolleforståelser. Sak C-222/14 og sak C-104/09 gjaldt ikke permisjon i tilknytning til fødsel, men EU-domstolens uttalelser om likestillingsdirektivet er interessante også når man drøfter omsorgspermisjonen. Selv om barseltiden er spesiell for tilknytningen mellom mor og barn, er det gode grunner for at fedrene skal ha en lik rett til å delta som forelder i denne fasen; "*Fathers who take leave, especially those taking two weeks or more immediately after childbirth, are more likely to be involved with their young children (Huerta et al., 2013)*".<sup>251</sup>

Sakene C-222/14 og C-104/09 gjaldt permisjoner hvor formålet var barnepasning. Omsorgspermisjonens formål følger av forarbeidene og er å være til stede når kvinnen er på sykehus og i den første tiden etter at moren og barnet er kommet hjem.<sup>252</sup> I tillegg presiseres det at det kan være en fordel for farens forhold til barnet og for en eventuell senere arbeidsfordeling at faren får anledning til å ta ansvar for barnet helt fra begynnelsen.<sup>253</sup> Omsorgspermisjonens formål er altså delt; den skal sikre omsorg for moren og barnet. For den delen av formålet som er å ivareta moren, er det naturlig at kvinnen kan ha mulighet til å velge en annen som kan hjelpe. Det ville vært bemerkelsesverdig om en far som ikke bor med mor kunne kreve å gi henne omsorg i en periode tilknyttet fødselen. Spørsmålet er imidlertid om det er rimelig at

<sup>251</sup> International Labour Organization (2014) s. 52.

<sup>252</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 73.

<sup>253</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 73.

fedrenes tilgang til sitt nyfødte barn skal begrenses av mors rett til å få hjelp etter fødselen. Kan man også her stå ovenfor en rettighet som i stor grad er en opprettholdelse av de tradisjonelle kjønnsrolleforståelsene? De nevnte EU-dommene gjaldt bestemmelser som tildelte menn en sekundær rolle i forhold til kvinner når det gjelder foreldreskapet. Spørsmålet er om kvinnens mulighet til å velge en annen omsorgsperson når far ikke bor sammen med henne, kan være et nytt eksempel på at fedre gis en sekundær rolle i forhold til mødre i foreldreskapet. Det er flere eksempler på tilfeller hvor det kan virke urimelig at farens rett til å prioritere tid med sitt nyfødte barn fremfor arbeid skal bli begrenset fordi han ikke bor samme med moren. For det første kan han ha en stilling med ugunstige arbeidstider som gjør at han vil få lite tid sammen med barnet dersom han ikke får permisjon. For det andre vil det kunne være umulig for en far som bor eller arbeider langt bort fra moren til barnet å få sett og tilbrakt tid sammen med det nyfødte barnet. Fedrene vil i slike tilfeller være nødt til å ta ferie, noe som kan virke som en urimelig konsekvens når det skjer utelukkende fordi faren ikke bor sammen med moren. Man må legge til grunn at fremveksten av nye familiemønster betyr at mange foreldrepar ønsker at faren skal få tid sammen med sitt nyfødte barn, til tross for at det ikke vil være naturlig at han bidrar som omsorgsperson for moren.

#### 4.2.4.1 Burde omsorgspermisjonen endres?

Likestillingslovens formål er å "*fremme likestilling*" uavhengig av kjønn.<sup>254</sup> Det følger videre av lovens ordlyd at likestilling innebærer likeverd, like muligheter og rettigheter.<sup>255</sup> En aktuell problemstilling er om omsorgspermisjonen i aml. § 12-3 faktisk og symbolsk gir en forståelse av at fars foreldreskap er like mye verdt som mors. I det følgende vil jeg knytte noen betraktninger til retten til omsorgspermisjonen som det kan være grunner for å endre.

For det første vil en sammenligning med andre land gjøre det naturlig å vurdere om omsorgspermisjonen skulle vært betalt. I 90 % av landene som gir "paternity leave" er permisjonen betalt.<sup>256</sup> Norge er blant kun åtte av totalt 79 land hvor denne permisjonen ikke gir rett på betaling etter loven.<sup>257</sup> I Sverige har fedre rett på ti dagers betalt omsorgspermisjon i tillegg til to måneder betalt foreldrepermisjon.<sup>258</sup> I Finland har fedre totalt 54 dagers betalt permisjon, hvorav 1-18 dager kan tas ut samtidig med morens permisjon.<sup>259</sup> Selv om flere av disse landene praktiserer en annen inndeling av fødsels- og foreldrepermisjon, og derfor ikke kan overfø-

---

<sup>254</sup> Likestillingsloven § 1.

<sup>255</sup> Likestillingsloven § 1 bokstav a og b.

<sup>256</sup> International Labour Organization (2014) s. 57.

<sup>257</sup> International Labour Organization (2014) s. 57.

<sup>258</sup> International Labour Organization (2014) s. 55.

<sup>259</sup> International Labour Organization (2014) s. 56.

res direkte til norske forhold, gir denne statistikken en grunn til å spørre hvorfor den norske omsorgspermisjonen ikke gir rett på betaling etter loven. Betalt omsorgspermisjon kunne vært et virkemiddel for å likestille mødre og fedre i foreldreskapet.

Et annet moment med omsorgspermisjonen, som det kan være grunner for å endre, er at den ikke er obligatorisk. En obligatorisk omsorgspermisjon ville både symbolsk og faktisk vist at far helt fra fødselen blir ansett som en likeverdig omsorgsperson for barnet. Dette kunne også bidratt til en jevnere ansvarsfordeling i hjemmet. Fødselsdepresjoner og andre hormonelle påkjenninger for mor etter fødsel taler også for at en obligatorisk omsorgspermisjon har gode grunner for seg. Fars tilstedeværelse ville vært en sikkerhet for både mor og barn. En innføring av obligatorisk permisjon burde i så fall samtidig utløse krav om økonomisk ytelse etter loven. Et ytterligere argument for obligatorisk omsorgspermisjon er at fedrenes rett på omsorgspermisjon ville stå sterkere. Den alminnelige oppfatningen er at far har rett på omsorgspermisjon. Likevel viser to saker for Tvisteløsningsnemda at uttak av omsorgspermisjon ikke alltid er problemfritt.<sup>260</sup> Sakene for Tvisteløsningsnemda ble ikke realitetsbehandlet, på grunn av manglende rettslig interesse og for sent fremsatt for nemda, men de viser at omsorgspermisjonen ikke er en uomtvistet rettighet.

Et tredje moment som bør problematiseres er vilkåret som følger av ordlyden i aml. § 12-3; "*for å bistå moren*". Etter ordlyden i aml § 12-3 er det en *rett* for far med to ukers permisjon i forbindelse med fødsel. Dette er også den alminnelige oppfatningen.<sup>261</sup> Likevel følger også formuleringen "*for å bistå moren*" av ordlyden. Hvilken betydning har lovgiver tillagt denne ordlyden? Formålet med omsorgspermisjonen er at far skal være en støtte for mor, men den skal også sikre faren tid til å etablere et forhold med barnet og gi et grunnlag for fremtidig arbeidsfordeling i hjemmet ved at far helt fra begynnelsen får anledning til å ta ansvar for barnet.<sup>262</sup> Likestillingsrådet har særlig pekt på betydningen av å sikre kontakten mellom far og barn og mener at dette hensynet bør ivaretas i første rekke.<sup>263</sup> Departementet har også vist til at omsorgspermisjonen vil være en fordel for farens forhold til barnet.<sup>264</sup> Disse uttalelsene i forarbeidene taler for at man bør se nærmere på omsorgspermisjonen i et likestillingsperspektiv, hvor man ser på utformingen av bestemmelsen og hvordan uttaket av omsorgspermisjon praktiseres. Når lovens ordlyd ikke gir far omsorgspermisjon på grunn av det nyfødte barnet alene, men spesifiserer "*for å bistå moren*" så anerkjennes ikke farens rett til omsorg for barnet. Til sammenligning stilles det ikke tilsvarende krav til at mor skal bruke tiden på hus og

---

<sup>260</sup> TLN-2009-71 og TLN-2012-21.

<sup>261</sup> Se eksempelvis Altinn.no (2015).

<sup>262</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 73.

<sup>263</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 73.

<sup>264</sup> Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 73.

familie i hennes uttak av fødselspermisjon, det anses at dette uansett vil skje, samtidig som at hennes permisjon selvfølgelig også er begrunnet i biologiske forhold. I de nevnte EUDommene presiserer det at fedrene skal være likestilte foreldre, og ikke ha en rettighet som er avledet av mødrene. Dette uttalte synet på fedrene som likestilte foreldre kan gi grunn til å endre hvordan man utformer retten til omsorgspermisjon. Man bør for eksempel spørre hvorvidt det er et reelt vilkår at far bistår moren for at han skal ha rett på foreldrepermisjon. Hvordan skal arbeidsgiver vite hva arbeidstaker vil bruke omsorgspermisjonen til? Skal dette gi arbeidsgiver en anledning til å undersøke nærmere? Og hjemler dette vilkåret en unntaksadgang for arbeidsgiver når han er "sikker på" at arbeidstakeren ikke kommer til å ta sitt ansvar i hjemmet? Vilkåret er i alle tilfeller vanskelig å kontrollere. For å eventuelt kontrollere hvordan faren vil bruke tiden sin i omsorgspermisjonen, vil det mest praktiske være å basere seg på hans og mors uttalelser om dette. At vilkåret er vanskelig å etterprøve, taler særlig for at det bør kuttes ut av ordlyden. Slik vilkåret står i dag blir det nærmest en symbolbestemmelse med den eneste funksjonen å opprettholde en forståelse av at faren er den sekundære forelderen.

Et fjerde og siste moment som kan tale for at omsorgspermisjonen bør endres er internasjonale forpliktelser. Den norske stat er etter menneskerettsloven og FNs kvinnekonvensjon forpliktet til å kontinuerlig arbeide med å endre stereotype kjønnsrolleoppfatninger for å sikre like muligheter for kvinner og menn på alle livets områder jf. konvensjonens fortale, artikkel 2 og artikkel 5.<sup>265</sup> Tradisjonelle kjønnsrollemønstre skapes og reproduseres i et samspill mellom normer og holdninger, samt hvordan politikere velger å utforme lover.<sup>266</sup> Lovgivning har symbolverdi, og er et uttrykk for normer og holdninger. Dette taler for å innta en fremtidsrettet utforming av foreldrenes rettigheter knyttet til fødsel. Et eksempel på dette kunne være å ta ut formuleringen "*for å bistå moren*" i utformingen av fedres rett til permisjon i forbindelse med fødsel.

---

<sup>265</sup> Aune og Nylander (2015) s. 77.

<sup>266</sup> Aune og Nylander (2015) s. 77.

## 5 Avslutning

Graviditetsdiskriminering er utbredt i arbeidslivet. Arbeidsgiverne har en sentral rolle i å motarbeide dette. I denne oppgaven har jeg imidlertid konsentrert meg om lovgivers ansvar til å utforme likestilte permisjonsrettigheter for kvinner og menn. Lovgivningen bør være fremtidsrettet og legge til rette for et mest mulig likestilt arbeidsliv. I denne utviklingen er EU-retten avgjørende fordi den utvikler seg på et overnasjonalt nivå. Endring av stereotype og tradisjonelle holdninger vil ofte følge av påvirkning utenfra, fordi det er vanskeligere å identifisere slike holdninger i sitt eget lands rett. Lovgiver bør derfor se til internasjonal rett og lytte til internasjonale avgjørelser, og endre norsk lovgivning når man ser at den har eller kan ha uheldige diskriminerende konsekvenser.

Jeg har ikke sluttet meg til anførselene om at barselpermisjonen strider mot EØS-rettslige forpliktelser. Likevel mener jeg det kan være gode grunner for å innføre et tydeligere skille mellom barselpermisjon og foreldrepermisjon i norsk lov, slik man gjør i EU-retten. Det kan bidra til å synliggjøre og anerkjenne at graviditet og fødsel er en stor belastning for kvinner. Jeg mener også at tildelingen av flere foreldrepermisjonsuker til far innebærer en diskriminering av kvinner.

Jeg har videre sett på fedrenes "nye" rolle som likestilte foreldre, og at det er et påtrengende behov for justeringer i lovgivningen. Tydeligst er behovet for endring av aktivitetskravet i folketrygdloven. Like fullt mener jeg EU-domstolens uttalelser bærer preg om en nytenking rundt fedrenes rolle og rettigheter knyttet til sine barn, som gjør at lovgiver også på eget initiativ bør se nærmere på øvrige rettigheter i det norske lovverket, og vurdere om disse bærer preg av stereotypiske og tradisjonelle kjønnsrolleoppfatninger.

Den norske modellen sikrer gode permisjonsordninger for de fleste arbeidstakere som blir foreldre. Jeg har likevel identifisert og drøftet noen aktuelle utfordringer ved denne modellen. Selv om Norge på flere områder nyter å være "best i klassen" internasjonalt, må ikke det bli en sovepute som forhindrer videre utvikling. Lovgiver må være sitt ansvar bevisst og ta tak i de permisjonsrettighetene som er diskriminerende.



## 6 Litteraturliste

### Forarbeider:

NOU 2004: 5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
NOU 2008: 6	Kjønn og lønn. Fakta, analyser og virkemidler for likelønn.
NOU 2009: 14	Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.
Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)	Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Prop. 64 L (2011-2012)	Endringer i folketrygdloven (tredeling av foreldrepengeperioden).
Prop. 126 L (2011-2012)	Endringer i likestillingsloven (tydeliggjøring av rettigheter ved foreldrepermisjon).
Prop. 88 L (2012-2013)	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

## Andre forarbeidsdokumenter

Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDET DIREKTIV om ændring af Rådets direktiv 92/85/EØF om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbeidstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (2008). (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM%3A2008%3A0637%3AFIN%3ADA%3APDF>) [Sjekkert 14.04.2016].

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, *Forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om endring av Rådets direktiv 92/85/EØF om iverksettelse av tiltak for å fremme sikkerhet og helse under arbeid for gravide arbeidstakere, arbeidstakere som nylig har født eller som ammer KOM(2008) 0637*, EØS-foreløpig posisjonsnotat 30.04.2010.

Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov, 19.10.2015. (<https://www.regjeringen.no/contentassets/5342e1dd1467426a98d4b02b7a4a79ca/horingsnotat.pdf>) [Siert 10.04.2016].

## Høringsuttalelser

Jurk - Juridisk rådgivning for kvinner (2016) Hørings svar til forslag til felles likestillings- og diskrimineringslov, 22.01.2016. (<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-felles-likestillings--og-diskrimineringslov/id2458435/?uid=28bf1789-e45b-4ddb-90a3-aa011719f7df>) [Siert 10.04.2016].

Initiativ Bedre Barseltid (2016), Hørings svar til forslag om felles likestillings- og diskrimineringslov: Lik behandling av ulike situasjoner som følge av ulik biologisk reproduksjonsfunksjon er diskriminering, 15.01.2016. (<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-felles-likestillings--og-diskrimineringslov/id2458435/?uid=458d3214-861d-44ca-b50f-1818877a20dd>) [Siert 24.02.2016].

## Lovgivning

### Norske lover og forskrifter

1814 Kongeriket Norges Grunnlov 17 mai 1814 (Grunnloven – GrL.).

1978 Lov 9 juni 1978 nr. 45 om likestilling mel-

lom kjønnene.

- 1992 Lov 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- 1997 Lov 28 februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven – ftrl.).
- 1998 Forskrift 17 juli 1998 nr. 622 om særbehandling av menn.
- 2005 Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (Arbeidsmiljøloven – aml.).
- 2013 Lov 21 juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

### **EU-direktiver og forordninger**

Rdir 76/207/EØF

Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gjennomførelse af prinsippet om likebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbeidsvilkår [Likebehandlingsdirektivet].

Rdir 92/85/EØF

Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbeidstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) [Barseldirektivet].

EP/Rdir 2006/54/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning) [Ligestillingsdirektivet].

Rdir 2010/18/EU

Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF [Foreldrepermisjonsdirektivet].

### **Avgjørelser:**

#### **Tvisteløsningsnemda**

TLN-2009-71 [Sitert fra Lovdata.no].

TLN-2012-21 [Sitert fra Lovdata.no].

#### **EFTA-domstolen**

Sak E-02/95 Eilert Eidesund v Stavanger [1995-1996] EFTA Ct. Rep. 1  
Catering A/S.

#### **EU-domstolen**

Sag C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mod Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus. Saml. 1990 I-03941, ECLI:EU:C:1990:383

Sag C-421/92 Gabriele Habermann-Beltermann mod Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. eV. Saml. 1994 I-01657, ECLI:EU:C:1994:187

Sag C-32/93 Carole Louise Webb mod EMO Saml. 1994 I-03567, ECLI:EU:C:1994:300  
Air Cargo (UK) Ltd.

Sag C-79/99 Julia Schnorbus mod Land Hesen. Saml. 2000 I-10997, ECLI:EU:C:2000:676

Sag C-109/00 Tele Danmark A/S mod Saml. 2001 I-06993, ECLI:EU:C:2001:513  
Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund  
i Danmark (HK).

Sag C-342/01 María Paz Merino Gómez mod Saml. 2004 I-02605, ECLI:EU:C:2004:160  
Continental Industrias del Caucho SA.

Sag C-519/03 Kommissionen for De Saml. 2005 I-03067, ECLI:EU:C:2005:234  
Europæiske Fællesskaber mod  
Storhertugdømmet Luxembourg.

Sag C-460/06 Nadine Paquay mod Société Saml. 2007 I-08511, ECLI:EU:C:2007:601  
d'architectes Hoet + Minne SPRL.

Sag C-104/09 Pedro Manuel Roca Álvarez Saml. 2010 I-08661, ECLI:EU:C:2010:561  
mod Sesa Start España ETT SA.

Sag C-222/14 Konstantinos Maïstrellis mod ECLI:EU:C:2015:473  
Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai  
Anthropinon Dikaiomaton.

## **Litteratur:**

Altinn.no, *Rettigheter ved svangerskap, fødsel, adopsjon og omsorg for små barn 15.12.2015* (2015). (<https://www.altinn.no/no/Starte-og-drive-bedrift/Drive/Arbeidsforhold/Permisjoner-og-ferie/I-hvilke-tilfeller-plikter-jeg-a-gi-ansatte-fri/Fri-ved-svangerskap-fodselse-adopsjon-og-omsorg-for-sma-barn/>) [Sisert 14.04.2016].

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg., 2015.

Aune, Helga og Gro Nylander, "Barseltid et faktum – Barselpermisjon en rettslig sannhet", *Nordisk Socialrettslig Tidsskrift* 11-12 (2015) s. 45-89.

Aune, Helga, "Fedrekvoten, normer og stereotype kjønnsroller", I: *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjørstad*, Ketscher, Kirsten, Kåre Lilleholt, Eivind Smith og Aslak Syse (red.), 2013 s. 35-48. [Sitert fra Lovdata.no].

Blaker Strand, Vibeke, "Forenklingssjuss: En trussel mot individers vern mot kjønnsdiskriminering?", *Lov og rett* 08/2015 (2015), s. 449-470. [Sitert fra Idunn.no].

Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2012.

Dinside.no, *Avviser at EU-dom påvirker norske foreldrepengeregler 21.08.2015* (2015). (<http://redir.opoint.com/?key=n2YTuDZIRXBJ6MduUIHK>) [Sitert 14.04.2016].

Eidissen, Stig, *EU-domstolen sikrer norsk pappaperm 17.08.2015* (2015). (<http://www.minervanett.no/eu-domstolen-sikrer-norsk-pappaperm/>) [Sitert 14.04.2016].

Ellis, Evelyn og Philippa Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2. utg., 2012.

Europakommisjonen, *pressemelding 01.07.2015* (2015). ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5286\\_da.htm?locale=da](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5286_da.htm?locale=da)) [Sitert 14.04.2016].

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven: Kommentarutgave*, 2. utg., 2013.

Haugedal, Monica, "12 Rett til permisjon", I: *Kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven nettversjon*. [Sitert fra Arbeidsrett.no].

Haukeland Fredriksen, Halvard, "Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?", *Tidsskrift for rettsvitenskap* vol. 123, 2/2010 (2010), s. 247-287. [Sitert fra Lovdata.no].

Hirst, Marion Holthe og Sven Ivar Lønneid, *Arbeidsrett i et nøtteskall*, 1. utg., 2015.

Ketscher, Kirsten, "Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser", I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Kirsten Ketcher (red.), 2008 s. 33-57.

Konglevoll, Synnøve, *Viktige tiltak i familie- og likestillingspolitikken 26.08.2013* (2013), [www.arbeidslivet.no](http://www.arbeidslivet.no). (<http://www.arbeidslivet.no/Arbeid1/Likestilling/Viktige-tiltak-i-familie--og-likestillingspolitikken/>) [Sisert 14.04.2016].

Rognstad, Ole-Andreas, "EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen", *Tidskrift for rettsvitenskap* vol. 124, 5/2011 (2011), s. 658-668. [Sisert fra Lovdata.no].

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

Senter for europarett, "Fars rett til betalt foreldrepermisjon", *EuroRett* nr. 12 (2015). [Sisert fra Lovdata.no].

Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, 1. utg., 2014.

Vigerust, Elisabeth, "Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold", I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Kirsten Ketcher (red.), 2008 s. 187-212.

## Rapporter

International Labour Organization, *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*, 2014. ([http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_242615.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf)) [Sisert 11.02.2016].

TNS Gallup, *Undersøkelse om diskriminering på grunnlag av graviditet og foreldrepermisjon*. 16.02.2015. (<http://www.tns-gallup.no/tns-innsikt/Undersokelse-om-diskriminering-pa-grunnlag-av-graviditet-og-foreldrepermisjon>) [Sisert 13.04.2016].

Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Likestillingslovens forbud mot diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel i arbeidsforhold*, oppdatert 15.10.2015. ([http://www.ldo.no/globalassets/03\\_nyheter-og-fag/publikasjoner/oppsummering---graviditet-og-foreldrepermisjon\\_v1.pdf](http://www.ldo.no/globalassets/03_nyheter-og-fag/publikasjoner/oppsummering---graviditet-og-foreldrepermisjon_v1.pdf)) [Sisert 13.04.2016].