

GRAVIDITETSDISKRIMINERING – FORBUD MOT Å SPØRRE OM GRAVIDITET OG FAMILIEPLANLEGGING UNDER ANSETTELSESPROSESSEN



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 653
Leveringsfrist: 25.11.09

Til sammen 17 706 ord

25.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavevalg	1
1.2	Aktualitet	3
1.3	Avgrensning og presisering	4
1.4	Den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>TERMINOLOGI</u>	<u>5</u>
2.1	Arbeidssøker, arbeidstaker og arbeidsgiver	5
2.2	Familieplanlegging	5
2.3	Likestilling	7
2.4	Diskriminering og forskjellsbehandling	7
<u>3</u>	<u>HENSYN FOR LIKESTILLING MELLOM KJØNNENE VED ADGANG TIL ARBEID</u>	<u>9</u>
<u>4</u>	<u>LIKESTILLING – NORSK ELLER INTERNASJONAL IDÉ?</u>	<u>12</u>
<u>5</u>	<u>REGELVERKET</u>	<u>15</u>
5.1	Forholdet til internasjonal rett	15
5.1.1	EU/EØS-rett	15
5.1.2	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	19
5.1.3	FNs konvensjoner	20
5.2	Nasjonalt regelverk	25

5.2.1	Likestillingsloven	25
5.2.2	Arbeidsmiljøloven	26
5.3	Praksis	27
<u>6</u>	<u>GJELDENE RETT OM ADGANGEN TIL Å SPØRRE OM GRAVIDITET OG FAMILIEPLANLEGGING UNDER ANSETTELSESPROESSEN</u>	<u>28</u>
6.1	Likestillingsloven § 3 - Generalklausulen	28
6.1.1	Direkte forskjellsbehandling	29
6.1.2	Unntak	32
6.1.3	Indirekte forskjellsbehandling	33
6.1.4	Unntak	34
6.2	Kort om bevisbyrderregelen i likestillingsloven § 16	35
6.3	Likestillingsloven § 4 - likestilling ved ansettelser	36
6.4	Fortielse av opplysninger om graviditet eller familieplanlegging vs. lojalitet	45
6.5	Arbeidsmiljøloven	49
<u>7</u>	<u>EU/EØS-RETTENS LIKESTILLINGSDIREKTIVER OG EF-DOMMER</u>	<u>53</u>
<u>8</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>59</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>
9.1	Lover	61
9.2	Traktater	61
9.3	EU-direktiver	61
9.4	Forarbeider	62
9.5	Juridisk litteratur	62

9.5.1	Bøker	62
9.5.2	Artikler	63
9.6	Nettdokumenter	63
9.7	Dommer	64
9.7.1	Tingrettsdom	64
9.7.2	EF-dommer	65
9.8	Uttalelser fra likestillings- og diskrimineringsnemnda	65
9.9	Personlig meddelelse	65

1 Innledning

1.1 Oppgavevalg

Tema for oppgaven er forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging under ansettelsesprosessen, herunder under intervju. Det er en problemstilling å undersøke om et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging ved ansettelse fremgår av gjeldende rett. En annen problemstilling er å undersøke om gjeldende rett er i samsvar med internasjonale forpliktelser og rettspraksis i henhold EU/EØS-rettslige direktiver.

Diskriminerings- og likestillingsrett er en dynamisk rettsdisiplin. Den er stadig under utvikling, både i takt med fremveksten av nye problemstillinger i samfunnet, samt internasjonale forpliktelser. Til å begynne med var det kun likestillingsloven som regulerte utfordringene med forskjellsbehandling i samfunnet. I dag har rettsdomenen utvidet sine grenser og verner diskriminering på grunnlag av kjønn, alder, etnisk opprinnelse, seksuell legning m.m. Den siste tiden har kvinner, spesielt gravide vært utsatt for diskriminering i arbeidslivet. Finanskrisen har vært en ivrig pådriver i så henseende, fordi arbeidsgivere i økonomisk dårlige tider ønsker å gjøre driften av sine virksomheter mest mulig lønnsom. Det har ført til at gravide har blitt sagt opp i en større grad enn andre. Videre har arbeidsgivere vært motvillige til å ansette kvinner, særlig gravide, fordi det er forbundet flere kostnader, da graviditet og dermed uttak av fødselspermisjon alltid vil være en mulighet.

Som saksbehandler i Juridisk rådgivning for kvinner (JURK), har jeg erfart hvilke problemer kvinner kan oppleve. For eksempel kan noen oppleve å bli stilt spørsmål om graviditet eller familieplanlegging på ansettelsesintervjuet og slik bli forbigått. Andre opplever at arbeidsgivere spør om kvinnene ønsker barn innen f.eks. de neste to årene, eller at arbeidsgiver stiller som betingelse for å ansette en kvinne at hun ikke blir gravid innen to

år etter tiltredelse. Videre opplever noen at deres arbeidsoppgaver blir endret når de venter tilbake til arbeid etter endt foreldrepermisjon. Mitt arbeid som saksbehandler i disse sakene består bl.a. i å veilede kvinnene om rettighetene deres, samt avtale forhandlingsmøter med arbeidsgivere. Min behandling av saker har gitt meg en innsikt i disse problemstillingene som man ikke kan opptjene gjennom kun se på det teoretiske rettskildebildet.

Til tross for omfattende lovgivning som skal beskytte kvinner, herunder gravide mot diskriminering, finnes det noen problemstillinger som rettsstilstanden ikke gir klare svar på hvordan skal løses. Dette gjelder bl.a. for spørsmålet om arbeidsgiver kan spørre en arbeidssøkende kvinne om hun er gravid eller planlegger å bli det under ansettelsesprosessen, herunder under intervju.

Det som er usikkert i dag er om det å innhente opplysninger om, herunder konkret stille spørsmål om en kvinnelig arbeidssøker er gravid eller planlegger å bli det, er forskjellsbehandling i strid med loven. I høringsnotatet til endring av likestillingsloven § 4 sier Barne- og likestillingsdepartementet (heretter BLD) at ”Slik dagens regelverk er utformet er det ... uklart hvorvidt det er et lovforbud mot å spørre om graviditet/familieplanlegging under intervju, og dette svekker i praksis diskrimineringsvernet for den gravide.”¹ Usikkerheten kan knyttes til om arbeidsgiver faktisk vektlegger slike opplysninger ved vurderingen av hvem som skal tilsettes. Problemet er at arbeidsgiver kan benekte å ha tillagt opplysningene vekt, til tross for at det i realiteten er gjort. Spekulasjoner i hvorvidt arbeidsgiver faktisk har hatt ond hensikt med å spørre om graviditet eller familieplanlegging, bør ikke stille kvinner i en dårlig posisjon. Uansett har ikke viljen eller hensikten til arbeidsgiver noe å si. Det er konsekvensene av handlingen som er avgjørende. Dette vil bli diskutert nærmere i punkt 6.

¹ BLD (21.08.08)

1.2 Aktualitet

Kvinner har kjempet hardt for å oppnå like rettigheter som menn. Når det i år 2009 fortsatt erfares at kvinner undertrykkes, er det på høy tid at effektive og gode rettslige tiltak iversettes for å imøtekomme problemene. Med likestillingsloven på 70-tallet ble det tatt et skritt på vei mot likestilling. Det erfares likevel at kvinner fortsatt ofrer karriere for å ta seg av familien, det er fortsatt flest kvinner som arbeider deltid og i midlertidige stillinger.

Likestillings- og diskrimineringsombudet (heretter LDO eller ombudet) viste i rapport av 11.06.09 til at de fleste klagene gjaldt graviditetsdiskriminering. ”13 prosent av alle klagene... dreier seg om foreldrepermisjon og diskriminering.”² Antallet henvendelser fra gravide har økt fra ”271 saker i 2006 til 349 i 2007.”³ Dette viser at diskrimineringsvernet som skal beskytte de gravide, i praksis ikke virker så effektivt som det skal. Lovgivningen er på plass, men en innføring i likestillingsreglene mangler blant arbeidsgiverne. Det er ikke uvisst at arbeidsgivere anser det som en byrde å ansette gravide, fordi det er forbundet med ekstra utgifter. Det gir imidlertid loven ikke anledning til å legge vekt på.

LDO rapporterer at ”Diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon er et stadig tilbakevendende problem.”⁴ På bakgrunn av at flere fortvilte kvinner oppsøker juridisk veiledning i arbeidstvister, blir de mer konsekvente på sine rettigheter og tør med det å ta et oppgjør med sine respektive arbeidsgivere. At temaet i ny og ne er medieaktuelt bidrar til å spre kunnskapen videre til andre kvinner som befinner seg i en liknende situasjon. Media retter også søkelyset mot syndende arbeidsgivere, og gir det offentlige signaler om at tiltak må settes i verk for å bøte på problemet. BLD ba i brev av 21.08.08 om innspill til endring av bl.a. likestillingsloven § 4. Lovendringen går ut på å lovfeste et eksplisitt forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging under ansettelsesprosessen. Det var LDO som tok opp spørsmålet med BLD i 2007, på bakgrunn av henvendelser fra kvinner som spurte om de var ”forpliktet til å fortelle om

² Arbeidstilsynet (2009)

³ LDO (2008) s. 41

⁴ LDO (2008), del 3

graviditet under intervju og frykter at de ikke vil bli ansatt dersom de opplyser arbeidsgiver om det.»⁵

Som utgangspunkt har enhver arbeidsgiver plikt til å sette seg inn i arbeidsreglementet og lovregler tilknyttet likestilling og diskriminering på bakgrunn av bl.a. kjønn, jf likestillingsloven § 1a. Imidlertid vil det ikke hjelpe å introdusere nye lovregler, så lenge lovgivningen, for arbeidsgivere, befinner seg bak et slør av uvitenhet. Det er viktig å synliggjøre reglens innhold, og eventuelt sanksjonene som vil komme i kjølevannet av lovbruddene.

1.3 Avgrensning og presisering

Generalklausulen i likestillingsloven § 3 slår fast at direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kjønnene ikke er tillatt. Dette gjelder også ved ansettelser, jf likestillingsloven § 4. Imidlertid er graviditetsdiskriminering omfattende og inkluderer ikke bare de tilfeller hvor kvinner utelukkes fra arbeidsmarkedet. Uttak av foreldrepermisjon kan også medføre diskriminering, og dermed kan menn også oppleve å bli diskriminert ved uttak av fedrepermisjonen. Temaet er for stort til å kunne belyse alle aspekter ved graviditetsdiskriminering i denne avhandlingen. Derfor avgrenses avhandlingen mot spørsmål som omfavner menn. Hovedsakelig vil diskriminering i forhold til oppsigelse og omplassering holdes også utenfor. Imidlertid blir oppsigelse så vidt berørt ved drøftelse av lojalitetsplikten overfor arbeidsgiver, samt ved henvisning til noen av sakene fra nemnda og rettspraksis fra EF-domstolen.

1.4 Den videre fremstilling

I punkt 2 presenteres og forklares noen terminologier. Punkt 3 viser til forskjellige hensyn for likestilling mellom kjønnene ved ansettelse. Videre undersøkes i punkt 4 om likestilling er et norsk eller internasjonalt idé. Fremstillingen under dette punktet viser til hvordan rettstilstanden i verden, hovedsakelig i Europa var, da likestillingsloven ble vedtatt.

⁵ Ot.prp.nr. 79 (2008-2009) s. 14

Avhandlingens punkt 5 presenterer regelverket som er relevant for problemstillingen. Samtidig diskuteres de forskjellige internasjonale bestemmelser i forhold til hvorvidt det er lov til å spørre om graviditet og familieplanlegging under ansettelsesprosessen.

Punktene 6 og 7 er avhandlingens hoveddel. I punkt 6 undersøkes om forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging kan innfortolkes i gjeldende lovgivning. I punkt 7 undersøkes om likestillingsloven er i samsvar med internasjonale forpliktelser etter EU/EØS-rettslige direktiver og EF-domstolens praksis.

Avslutningsvis i punkt 8 gis svar på om et lovforbud mot å spørre om graviditet eller familieplanlegging fremgår av gjeldende rett. I tillegg vies en liten omtale til det nye lovforslaget om arbeidsgivers adgang til å spørre om graviditet og familieplanleggig under ansettelsesprosessen.

2 Terminologi

2.1 Arbeidssøker, arbeidstaker og arbeidsgiver

Med arbeidssøker forstås en person som søker arbeid. Arbeidstaker og arbeidsgiver er definert i arbeidsmiljøloven § 1-8. Her forstås arbeidstaker som en som ”utfører arbeid i annens tjeneste”. Med arbeidsgiver menes en som har ansatt arbeidstakere for ”å utføre arbeid i sin tjeneste”.

2.2 Familieplanlegging

Familieplanlegging er et omfattende begrep. Umiddelbart assosieres begrepet med det å få barn eller planlegge å få barn. Imidlertid vil en etter en språklig fortolkning av begrepet innse at også andre forhold kan falle inn under begrepet. F.eks. kunne spørsmål knyttet til en søkers sivilstand være en del av definisjonen. Dermed kunne det i begrepet

familieplanlegging innfortolkes planer om å inngå ekteskap. I Ot.prp.nr. 79 (2008-2009) på side 55 forklarer departementet (BLD) hva som er tilsiktet med *familieplanlegging* i lovforslaget om forbud mot innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging. Denne forståelsen gjengis her;

”Departementet ser ... at begrepet «familieplanlegging», ... rent språklig er lite spesifikt og kan inkludere svært mange forhold [f.eks. planlegging av ekteskap eller samboerskap]. Dette kan skape usikkerhet hos arbeidsgiverne med hensyn til hvilke spørsmål som lovlig kan stilles under ansettelsesprosessen. Derfor er det viktig å avgrense betydningen av dette begrepet ... Det foreslås ... at begrepet «familieplanlegging» i likestillingsloven forstås slik at det gjelder planlagt graviditet, planlagt adopsjon, infertilitetsbehandling – planlagt og pågående og planlegging av hvordan man har tenkt til å ta ut foreldrepermisjon, dvs. 100 % uttak, 80 % uttak, fleksibelt uttak eller utsettelse av permisjonen mv. Departementet mener imidlertid ikke at det er nødvendig å ta inn en avgrensning i lovteksten.”

Det følger av det ovennevnte at ekteskap eller samboerskap ikke inngår i definisjonen av familieplanlegging. Spørsmålet er om dette er fornuftlig. De fleste mennesker vil etablere eller allerede ha etablert et forhold. Arbeidsgivers spørsmål om sivilstand vil ikke uten videre innebære diskriminering. Imidlertid kan arbeidsgiver ha fordommer om at det i et etablert forhold før eller siden vil komme barn inn i bildet. Ved innhenting av opplysninger om dette, kan arbeidsgiver komme til å preferere arbeidstakere som ikke er i et forhold. Imidlertid kan barn settes til verden selv om foreldrene ikke har etablert et forhold. Derfor kan ikke denne argumentasjonen føre frem. Problematikken er uansett knyttet til kvinner, for det er kun de som kan bli gravide. Det spiller kanskje ikke så stor rolle om en mannlig arbeidssøker eller arbeidstaker kan få barn i fremtiden. For arbeidsgiver vil det bety et fravær på ti uker, mot en kvinnes mulige fravær på tre uker før fødselen og seks uker etter fødselen, og muligens mer dertil, høyest 46 uker.⁶ Arbeidsgivers fordommer vil kunne resultere i en forskjellsbehandling som setter kvinner i en dårligere stilling, fordi de er kvinner og fordi de fra naturens side er styrt med anlegg for å bære frem barn. Det er

⁶ Folketrygdloven § 14-9

forhold ved kvinnen som er gjenstand for diskriminering. Derfor mener jeg at definisjonen av begrepet *familieplanlegging* bør avgrenses til kun å omfatte opplysninger om graviditet, familieplanlegging og adopsjon.⁷ I denne fremstillingen vil det kun bli fokusert på arbeidsgivers adgang til å spørre om graviditet eller familieplanlegging. Grunnen til at adopsjon ikke særskilt diskuteres er at planlegging av adopsjon, etter min mening vil falle inn under begrepet familieplanleggingen.

2.3 Likestilling

Spørsmålet er hva likestilling er.

Mennesker er forskjellige og har derfor ulike ferdigheter innen forskjellige fagfelt. Daglig utsettes mennesker for forskjellsbehandling og det er umulig å likestille alle.

Imidlertid handler likestilling om å jevne ut forskjeller. Med likestilling tilrettelegges det for at alle gis like muligheter til rettferdig deltakelse i samfunnet. Etter lovforslaget til den nye diskrimineringsloven⁸ skal likestilling forstås som likeverd, like muligheter og like rettigheter. Ettersom alle mennesker er like verdifulle er det viktig å hjelpe de som har det vanskelig, slik at de også får bedret tilværelsen sin. Som nevnt er det snakk om å legge forholdene til rette for at f.eks. kvinner, uansett om de er gravide eller planlegger å bli det, sikres like muligheter til deltakelse i arbeidslivet. Utgangspunktet er at deres kvalifikasjoner og egenskaper skal avgjør hvorvidt de får tilbud om arbeid.

2.4 Diskriminering og forskjellsbehandling

Diskriminering kommer av latinske ”*discrimen*”⁹ og betyr forskjell. Diskriminering kan være basert på flere forhold, som f.eks. kjønn. Kjønnsdiskriminering innebærer at det gjøres forskjell på kvinner og menn i samfunnet. Graviditetsdiskriminering er en form for

⁷ Slik det er foreslått i den nye loven om et helhetlig diskrimineringsvern, jf NOU 2009: 14

⁸ NOU 2009: 14

⁹ Jusleksikon (2007) s. 63

kjønnsdiskrimineringen. Denne innebærer at kvinner ”kommer i en dårligere stilling på arbeidsmarkedet som følge av graviditet eller graviditetsrelaterte forhold, som for eksempel fødsels- og foreldrepermisjon”¹⁰, til tross for at begge kjønnene kan inneha samme kvalifikasjoner for en stilling.

Kun likestillingsloven bruker ordet forskjellsbehandling, for å beskrive handlinger som er i strid med loven. Den øvrige diskrimineringslovgivningen bruker ordet diskriminering om tilsvarende handlinger. Begrepene brukes om hverandre både i dagligtalen og i det juridiske fagsmiljøet. Likevel kan det være interessant å undersøke meningsinnholdet i begge begrepene.

Diskriminering forklares som ”ulik behandling av like tilfeller, eller handlinger basert på personlige egenskaper som får negative konsekvenser for enkeltpersoner”¹¹. Dette forstås slik at diskriminering er et negativt ladet ord. I motsetning til diskriminering, kan forskjellsbehandlingen være nøytral. ”Etter dagens lovgivning er forskjellsbehandling som har et saklig formål, som er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet, ikke lovstridig.”¹² Forskjellsbehandlingen kan både være lovstridig og lovlig.

Det ovennevnte viser at diskriminering og forskjellsbehandling ikke er helt det samme. Diskriminering vil kunne omfatte lovstridige tilfeller, mens forskjellsbehandling i tillegg kan ha gode grunner for seg. Av den grunn bør ordlyden i likestillingsloven § 3 endres ”slik at «diskriminering» erstatter «forskjellsbehandling» der det er snakk om ulovlig forskjellsbehandling”¹³. I lovforslaget om et helhetlig diskrimineringsvern, vil forskjellsbehandling inngå som en del av definisjonen av diskriminering;

¹⁰ Anne Hellum (2008) s. 187

¹¹ NOU 2009: 14 s. 37, pkt 3.1

¹² Strand, Vibeke Blaker (2007) s.140

¹³ Strand, Vibeke Blaker (2007) s.140

”Diskriminering kan beskrives som usaklig forskjellsbehandling som kan knyttes til et eller flere diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsbegrepet omfatter direkte og indirekte forskjellsbehandling.”¹⁴

Slik gjøres begrepsbruken i diskrimineringslovgivningen ensartet, noe som er probat fordi problemet med å forholde seg til forskjellig terminologi for hver av lovene unngås. Når den nye loven kommer er det dessuten mest hensiktsmessig å ha en felles term på lovlig og ulovlig forskjellsbehandling.

I likestillingsloven skilles det mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling. For nærmere omtale vises til punkt 6.1.1 til 6.1.4.

3 Hensyn for likestilling mellom kjønnene ved adgang til arbeid

Tradisjonelt har kvinner og menn hatt ulike roller i samfunnet. Kvinnen har hovedsakelig hatt ansvaret for hjemmet, mens mannen har hatt ansvaret for å innbringe økonomisk inntekt. Elementer av de ulike kjønnsrollene er fortsatt å finne i samfunnet i dag.

Det har lenge vært fokus på likestilling mellom kjønnene. Spørsmålet er hvorfor likestilling er et verdispørsmål.

For mange kvinner er arbeid nøkkelen til likestilling. Ved deltakelse i yrkeslivet blir kvinner ressurssterke og uavhengige av andre. Den økonomiske trygghet arbeidet gir fører også til at kvinner blir mer bevisst på forskjellsbehandling. Dersom arbeid er det middelet som bidrar til frigjøring av kvinner, er det viktig at lovgiver legger til rette for at kvinnen får prestert på arbeidsmarkedet.

¹⁴ NOU 2009: 14 s. 39

Arbeidsgiver kan trekke frem flere argumenter for å ikke ansette kvinner. For eksempel er et av hovedprinsippene i norsk rett avtalefrihet. Arbeidsgiver kan anføre at denne også bør kunne nyttes på arbeidsrettens område. Det bør være opp til den enkelte arbeidsgiver å bestemme hvilke arbeidssøkere vedkommende vil ansette. Det vil f.eks. være lite økonomisk lønnsomt for arbeidsgivere å ansette kvinner, da de før eller siden vil kunne bli gravide og dermed gå ut i foreldrepermisjon. Det innebærer at arbeidsgiver må bruke penger på å ansette vikarer for den perioden kvinnen ikke er i arbeid. Arbeidsgiver vil ikke få noe nytte av å ansette personer som er fraværende fra arbeidet i lengre perioder. Ut fra arbeidsgiver synspunkt bør derfor gravide holde seg hjemme.

Argumentene til arbeidsgivere kan imidlertid ikke føre frem. Kvinner kan ha like stort behov for arbeid som menn. Det er urimelig å ekskludere kvinner fra arbeidslivet, fordi de kan føde barn. Langt flere kvinner har i dag barn utenfor ekteskap og mange er enslige mødre. For at disse skal kunne klare å forsørge seg og sine barn er det helt essensielt å la kvinner komme til på arbeidsmarkedet. Hypotetisk sett vil konsekvensene av at ingen arbeidsgivere ansetter kvinner være fatale. For det første fjernes eksistensgrunnlaget for kvinner, da disse igjen gjøres avhengig av familie eller andre nærstående, og kanskje i større grad av menn. For de kvinner som ikke er i partsforhold, vil dette innebære større problemer, da de kan bli tvunget til å søke sosialstøtte, som i forhold til utgiftene ikke er nevneverdig stor. For det andre vil samfunnet gå glipp av kompetent arbeidskraft.

Videre heter det i folketrygdeloven¹⁵ § 14-6 at rett til foreldrepenger opptjenes ved yrkesaktivitet ” med pensjonsgivende inntekt ... i minst seks av de siste ti månedene før ... uttak av foreldrepenger tar til”. (min understrekning).

Det betyr at kvinner er nødt til å være yrkesaktive i en viss grad for å kunne motta foreldrepenger. Uten egne økonomiske midler vil det for bl.a. enslige mødre bli svært

¹⁵ Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19

vanskelig å forsørge seg selv og barnet sitt. Derfor prøver samfunnet å legge til rette for at også kvinner kan arbeide, selv om de er gravide.

I henhold til folketrygdloven § 14-17 har moren rett til engangsstønad ved fødsel, dersom hun ikke har rett til foreldrepenger. I følge NAVs hjemmeside¹⁶ utgjør beløpet kroner 35.263 for hvert barn. I tillegg ytes barnetrygd etter barnetrygdloven¹⁷. Denne skal bidra til å dekke utgifter ved forsørgelse av barnet. I følge NAVs hjemmeside¹⁸ utgjør ordinær satsen kroner 970 pr måned pr barn inntil det fyller 18 år. Om dette er nok for både mor og barn må avgjøres etter en vurdering av størrelsen på ytelsene sett i forhold til dagens prisnivå på varer og tjenester.

I preamblet til kvinnediskrimineringskonvensjonen¹⁹ fastslås at alle mennesker er født frie og har det samme menneskeverd og menneskerettigheter. Det skal derfor ikke gjøres forskjell på kvinner og menn. Ved diskriminering blir kvinners deltakelse i samfunnet og arbeidsliv vanskeliggjort.

En kvinne kan inneha samme kvalifikasjoner som menn. Det at kvinner får barn vil ikke endre eller svekke kvalifikasjonsnivået deres. Verdien av det å ha barn kan ikke måles med verdien som ligger i tap av tid og arbeidskraft for arbeidsgiver. Hensynet til arbeidsgiver må derfor vike.

Likestilling i ansettelsesprosessen er viktig for å kunne sikre at kun kvalifikasjonene avgjøre om en arbeidssøkende blir invitert på intervju eller får tilbud om arbeid. Det er ikke utseende eller andre faktorer, som for eksempel graviditet, som skal være grunnlaget for utvelgelsen.

¹⁶ NAV (2009)

¹⁷ Lov om barnetrygd av 8. mars 2002 nr. 4

¹⁸ NAV (2009)

¹⁹ Kvinnediskrimineringskonvensjonen av 18. desember 1979

4 Likestilling – norsk eller internasjonal idé?

Jeg har undersøkt forarbeidene til likestillingsloven, Ot.prp.nr.33 (1974-1975), for å finne ut om likestilling er en norsk eller internasjonal idé. Poenget er å vise hvordan rettstilstanden var da likestillingsloven ble vedtatt. Derfor har jeg ikke gått inn for å undersøke hvordan rettsutviklingen internasjonalt er i dag.

Likestillingsloven ble vedtatt i 1978. Før lovens vedtakelse fantes det både utenlandsk og internasjonal lovgivning som skulle styrke forholdet mellom kjønnene i samfunnet, spesielt innen arbeidsretten. Oversikten over andre lands lovgivning som er gjengitt i lovforarbeidene²⁰ til likestillingsloven er likevel ikke fullstendig. Det opplyses at mange av statene i Europa hadde lovgivning om generelle forbud mot diskriminering, men også noen spesielle bestemmelser. En slik modell følger også likestillingsloven. I § 3 angis generalklausulen, mens § 4 (2) spesielt angår forbud mot forskjellsbehandling av kjønn ved bl.a. ansettelse. Se nærmere om dette i punkt 6.

Fremveksten av likestillingslovgivningen fant stort sett sted på begynnelsen av 70-tallet i Europa, og tok opp spørsmålet om likelønn. Romtraktaten artikkel 119 (av 25. mars 1957) slo fast prinsippet om lik lønn mellom kvinner og menn. Videre kom prinsippet om likestilling innen arbeidsretten også frem i FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (av 1966 artikkel 7) og FN-erklæringen om å avskaffe diskriminering av kvinner²¹.

Den tyske grunnloven av 1949 slo i artikkel 3 fast at kvinner og menn skulle ha like rettigheter. Ut fra en fortolkning av bestemmelsen gjelder dette også retten til arbeid, og retten til ikke å bli forskjellsbehandlet fordi om man er kvinne. Dette taler for at utenlandsk

²⁰ Ot.prp.nr. 33 (1974-1975)

²¹ Den 7. november vedtok FN en erklæring om å avskaffe diskriminering av kvinner. Denne erklæringen ble forløperen til FN Kvinnediskrimineringskonvensjon. Det nevnes i preamblet til kvinnediskrimineringskonvensjonen at målene blant annet er å sette i verk prinsipper som er nedfelt i FN erklæringen om avskaffelse av diskriminering av kvinner.

lovgivning, før den norske likestillingsloven ble vedtatt, regulerte forholdet til graviditetsdiskriminering. Dersom det sees hen til lovgivningen i andre land, var det kun likelønnsprinsippet lovgivningen var konsentrert om å regulere. Mange stater hadde lovgivning som regulerte forskjellige former for forskjellsbehandling av kvinner og menn. Både lovbestemmelser som gjaldt generelt mot diskriminering og lovbestemmelser som særlig angikk spesielle former for diskriminering i yrkeslivet.

I Frankrike ble likelønnsloven vedtatt i 1972, som bestemte at kvinner og menn skulle ha samme lønn for samme type arbeid og arbeid av samme verdi. Enhver avtale i strid med dette prinsippet (likelønnsprinsippet) skulle anses å være ugyldig. To år tidligere hadde Storbritannia vedtatt sin likelønnslov, som skulle gi kvinner og menn samme vilkår ved samme arbeid. I Storbritannia var det også satt frem et forslag til lov om kjønnsdiskriminering som skulle gjelde på alle samfunnsområder. Belgia hadde i 1971 lovfestet likelønnsprinsippet. Likelønnsprinsippet var også gjennomført i Nederland i 1974 og Luxemburg i 1965. Sverige hadde ingen bestemmelser som forbød forskjellsbehandling av kvinner og menn. Imidlertid var det satt i gang arbeider (i 1972) med å få kartlagt kvinners situasjon ”innenfor den statlige lønnsregulerte offentlige forvaltning.”²² I Danmark pågikk arbeidet med likestilling av kjønnene. I 1965 fikk ”Kommissionen vedrørende kvindernes stilling i samfundet”²³ i oppgave å fremme forslag om økt likestilling på ulike samfunnsområder. I følge forarbeidene til likestillingsloven ser det ut til at Finland var det landet som hadde kommet lengst, blant landene i Norden, til å lovfeste et generelt forbud mot forskjellsbehandling av kvinner og menn.

Vekselvirkninger kan antas å være årsaken til hyppig og likeartet likestillingslovgivning på kontinentet. Som oversikten ovenfor viser, hadde ikke alle landene i Europa vedtatt lovgivning om forskjellsbehandling mellom kjønnene. Det ser ut til at de statene i Europa som allerede hadde generelle forbud mot forskjellsbehandling, vedtok spesielle bestemmelser som skulle forhindre lønnsdiskriminering. Årsaken til dette kan være at de

²² Ot.prp.nr. 33 (1974-1975) s. 12, pkt 2.4.1

²³ Ot.prp.nr. 33 (1974-1975) s. 12, pkt 2.4.1

generelle bestemmelsene ikke inngående regulerte spørsmål knyttet til hvorvidt det var forskjellsbehandling om kvinner og menn ble diskriminering, dersom de ikke mottok samme lønn for likt arbeid og arbeid av lik verdi. Eller at man ville ha det hevet over enhver tvil at lønnsdiskriminering er forbudt. Det kan se ut til at Tyskland først tok opp likestillingstemaet i sin grunnlov. Forarbeidene gir ikke særlig informasjon om graviditetsdiskriminering generelt i verden, utover de nevnte opplysningene om lovgivningsforslag om kjønnsdiskriminering generelt.

Av likestillingslovens forarbeider fremkommer det at likestilling ikke er et norsk fenomen.

Når det gjelder graviditetsdiskriminering ved ansettelse i Norge, fastslås det i de nevnte forarbeidene at forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn er forbudt og at dette gjelder på alle samfunnsområder, også ved ansettelse, jf likestillingsloven § 4.

Statistikken i de nevnte forarbeidene²⁴ til likestillingsloven viser at en lavere andel kvinner var tilknyttet yrkeslivet. Gifte kvinner og kvinner som hadde barn tok sjeldent arbeid utenfor hjemmet. Dette gjaldt også for separerte, skilte og enker.

Forarbeidene viser til Justisdepartementets høringsuttalelse. Her heter det at ”Situasjonen er jo at de *biologiske* forskjeller mellom kvinner og menn, spesielt svangerskap og fødsel hos kvinner, samt de forskjellige sosiale konsekvenser av dette, har vært brukt som argument mot kvinners deltakelse og like rettigheter i arbeidslivet. Det er viktig at likestillingsloven på en så klar og utvetydig måte som mulig, får ryddet opp på dette området.”²⁵

Dette viser at problemet har vært vedvarende siden den gang. Likestillingsloven var et tiltak som ble satt i gang for å imøtese problemet. Ennå gjenstår utfordringene med opprydningen. Mange arbeidsgiver er fortsatt ikke villige til å ansette kvinner i like stor utstrekning som menn, i og med at ansettelse av dem før eller siden vil innebære fravær ved

²⁴ Ot.prp.nr. 33 (1974-1975)

²⁵ Ot.prp.nr. 33 (1974-1975) s.27

uttak av foreldrepermisjon. Arbeidsgivers innhenting av opplysninger om graviditet eller familieplanlegging vil alltid kunne innebære en fare for at arbeidsgiver tar denne informasjonen i betraktning ved utvelgelsen, og på den måten luker ut kandidater vedkommende mener på lengre sikt er upassende for virksomheten. Det er også mulig at arbeidsgiver velger å ansette eldre kvinner, fremfor yngre, da det ikke er like sannsynlig at eldre kvinner vil kunne bli gravide. Dette kan også innebære diskriminering på grunnlag av alder, med mindre den eldre kvinnen faktisk er bedre kvalifisert til en stilling enn den yngre kvinnen.

Målet med likestillingsloven har vært å legge forholdene bedre til rette for at kvinner, også de med barn, fikk delta aktivt i arbeidslivet. Tiltak som ble satt i verk for å realisere dette målet var blant annet å øke svangerskapspermisjonen, som den gang var 12 uker, til 18 uker. Videre skulle regjeringen forestå utbygging av barnehager. Slik skulle det tilrettelegges for at kvinner kunne kombinere familieliv med arbeid.

5 Regelverket

I dette punktet presenteres regelverket. I tillegg drøftes problemstillingen i forhold til nasjonal og internasjonal lovgivning. Dette for å unngå en dobbeltbehandling senere.

5.1 Forholdet til internasjonal rett

5.1.1 EU/EØS-rett

EU/EØS-rett er viktig for rettsutviklingen nasjonalt og internasjonalt. Barne- og likestillingsdepartementet har i *Europa-strategi - Den "europeiske dimensjon" som strategisk virkemiddel for BLD*²⁶ gitt en fantastisk beskrivelse av EU/EØS-retten i et

²⁶ BLDs ansvarsområder står sentralt på den europeiske dagsorden. Derfor er det en politisk ambisjon for BLD å påvirke og delta i debatter som angår dets ansvarsområder. Europastrategien er et "svar på

likestillingsperspektiv. Denne gir uttrykk for at samarbeid med EU og EØS er viktig på dette rettsområdet. Beskrivelsen gjengis her;

”Etter at EØS-avtalen trådte i kraft i 1994 og utvidet EU’s indre marked til å omfatte EFTA-statene, har Norges samarbeid med EU blitt betydelig styrket og utvidet på flere områder. ... Den europeiske integrasjonsprosess har medført økt oppmerksomhet omkring familie- og likestillingspolitikken, – både når det gjelder diskusjonen om likestilling mellom kjønn i seg selv, ... og kvinners rolle i økonomien... Rammebetingelse for disse politikkområdene vil i økende grad bli utviklet internasjonalt og hvor medlemsstatene i EU vil søke felles svar på felles utfordringer.”²⁷

EU har vedtatt flere direktiver til fordel for likestilling mellom kjønnene, spesielt for å gi kvinner et bedre diskrimineringsvern. Et eksempel på at Norge ivaretar sine interesser på det internasjonale plan, vises ved Norges etterlevelse av bl.a. direktivene om likebehandling, herunder direktivet ”om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til sysselsetting og arbeid.”²⁸ Selv om direktivet ikke er innlemmet i EØS-avtalen, har Norge ”... forpliktet seg til å innføre rettsstandarder som minst er på høyde med diskrimineringsvernet i EU”.²⁹ På bakgrunn av dette engasjementet trådte arbeidsmiljøloven kapittel 13 i kraft (i mai 2004), om diskrimineringsvern i arbeidsretten. Kapitlet ”innarbeidet EFs rammedirektiv i lovgivningen”³⁰.

regjeringens handlingsplan - ”Om gjennomføringen av europapolitikken” (St.meld.nr.23 2005-06).” Et verktøy som BLD skal benytte for å gjennomføre europapolitikken. ”Europastrategien skal bidra til å styrke EU/EØS-arbeidet i Barne- og likestillingsdepartementet ved en strategisk, systematisk og samordnet tilnærming til det europeiske samarbeidet.” jf.

<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Brev/2007/EURONE%20EUROPA%20STRATEGI%20301107%20FINALE%20LIGHT.doc>

²⁷ Barne- og likestillingsdepartementet (30.11.07) s. 5

²⁸ Strand, Vibeke Blaker (2007) s.136

²⁹ Strand, Vibeke Blaker (2007) s.136

³⁰ Strand, Vibeke Blaker (2007) s.136

På likestillingsrettens område er EFs likestillingsdirektiv fra 1976³¹, og endringsdirektivet fra 2002 svært viktige. Direktivet handler om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår. ”Direktivet ble opphevet i 2006 og innlemmet i direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner.”³²

Disse direktivene er viktige ved undersøkelsen av om norsk rett, vedrørende graviditetsdiskriminering, er i samsvar med de EU/EØS-rettslige forpliktelser som Norge er bundet av. Spesielt når det gjelder kvinners adgang til arbeid, vil direktivene operere som en tolkningsfaktor, typisk ved problemstillingen som tas opp i denne avhandlingen. M.a.o. om arbeidsgivers innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging er diskriminering i strid med loven. For en nærmere omtale, se punkt 7.

Når en problemstilling er ny i norsk rett, er det hensiktsmessig å se hen til hvordan andre EU/EØS-stater løser tilsvarende problemstillinger. På den måten forbedres egen rettstilstand, samtidig som lovgivningen tvers over landegrensene blir mest mulig likeartet.

Et spørsmål som oppstår er om Norge er forpliktet til å gjennomføre enhver regelendring som er besluttet i EU/EØS. Norge er ikke et medlem av EU. Likevel er mye av EU-retten gjennomført i Norge gjennom EØS-avtalen. EØS-avtalen ble inngått for å delta i EUs indre marked, hvor bl.a. de fire friheter [fri flyt av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital], og konkurranse står sentralt. I fortalen til EØS-avtalen heter det at ”samarbeidet i EØS skal være «dynamisk og ensartet»”³³. Med dette forstås at lovgivningen ”skal utvikle seg videre i pakt med den underliggende EU-retten utvikling, vel og merke på de rettsområder EØS-avtalen omfatter.”³⁴ Dette innebærer at dersom EU vedtar for eksempel rettsakter

³¹ Rdir 76/207/EØF

³² Ot.prp.nr. 79 (2008-2009) s.24

³³ EØS-rett (2005) s. 84

³⁴ EØS-rett (2005) s. 84

(fordringer, direktiver m.m.) som er interessante for EØS-området, så bør disse også gjelde for EØS-statene. EØS-avtalen vil på den måten bli utvidet. Rettsaktene, herunder direktivene, er ”alltid hentet fra EU-retten”³⁵. Videre innebærer ensartethet at EØS-reglene skal tolkes likt i alle medlemsstatene. Av den grunn vil rettspraksis fra EF-domstolen spille en stor rolle ved fortolkning av EØS-regler. Dette fremgår også av EØS-avtalens artikkel 6, hvor det står at EFTA-statene (Norge, Island og Liechtenstein) er forpliktet til å vektlegge EF-domstolens rettspraksis. ”I motsetning til medlemsstatene i EU innebærer EØS-avtalen ikke at EFTA-statene formelt har overført lovgivningskompetansen til overnasjonalt nivå. Prinsippet om dynamisk videreutvikling er en grunnleggende forutsetning for at EØS-avtalen skal kunne fungere, men det er ikke et rettslig bindende krav. Forutsetningen er imidlertid så fundamental at det i praksis er umulig for EFTA-statene å nekte å overta nyere relevante regler, annet er helt unntaksvis, og kanskje ikke engang da”³⁶.

Dette kan innebære at vekselvirkninger i EU/EØS-retten bidrar til rettsutvikling også i Norge.

Et annet spørsmål er om Norge kan motsette seg gjennomføringen av noe av rettsutviklingen fra EU/EØS. Som nevnt innebærer EØS-avtalen at Norge fortsatt har noe av sin selvbestemmelsesrett/suverenitet i behold. Det bør være helt opp til Norge å bestemme hvorvidt eventuelle endringer i EØS-regelverket skal gjennomføres.

På den annen side har Norge ved inngåelsen av EØS-avtalen forpliktet seg til å være lojal og dermed følge med i rettsutviklingen på EØS-området. Derfor er selvbestemmelsesretten i stor grad overført. ”Et hvert vedtak i EØS-komiteen krever enstemmighet, og EFTA-statene må også seg imellom ha blitt enige på forhånd. Dersom én stat nekter å være med på en ny rettsakt, kan ikke de andre vedta den. Dette omtales gjerne som en «vetorett», men strengt tatt er det ikke tale om å nedlegge «veto», men å nekte å stemme for et nytt foreslått vedtak. «Reservasjonsretten» er derfor en mer presis betegnelse. Dersom det gjelder en

³⁵ EØS-rett (2005) s. 90

³⁶ EØS-rett (2005) s. 177 og 178

EU-rettsakt som klart er EØS-relevant, vil dette være i strid med prinsippet om dynamisk rettsutvikling i EU/EØS, men formelt sett er det fullt mulig.”³⁷

Det betyr at mulighetene til å motsette seg gjennomføringer i prinsippet er meget små. Dersom Norge ikke etterlever forpliktelsene, vil dette innebære et traktatbrudd som Norge kan bli dømt for i EFTA-domstolen. Dette gjelder vel og merke for de forpliktelser som alle EFTA-statene er blitt enige å innta i avtalen, uten å gjøre det.

Vernet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og familieplanlegging er meget viktig for å imøtekomme det vedvarende problemet med at kvinners biologi tillegges vekt ved ansettelse.

Det følger av EØS-loven³⁸ §§ 1 og 2 at ved motstrid går loven foran annen lovregulering av samme relasjon.

5.1.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

EMK artikkel 14 fastslår at rettighetene og frihetene i konvensjonen skal sikres uten diskriminering. Der er ingen artikkel i konvensjonen som angår kjønnsdiskriminering i arbeidslivet. Likevel kan det være interessant å undersøke om artikkel 8, som bl.a. sikrer retten til familieliv, kan regulere arbeidsgivers adgang til å spørre om graviditet eller familieplanlegging. Eller hvorvidt arbeidsgiver kan inngå en arbeidsavtaler om at en kvinne ikke skal bli gravid innen et bestemt antall år, dersom hun blir ansatt. Spørsmålet er om graviditetsdiskriminering kan innfortolkes i retten til familieliv.

Familiebegrepet ”omfatter i første rekke foreldre og barn”³⁹. I NOU 2009: 1 heter det at abort i menneskerettslig sammenheng reguleres av EMK artikkel 8. ”Forbud mot abort

³⁷ EØS-rett (2005) s. 181

³⁸ EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109

³⁹ Høstmølingen (2004) s. 223

utgjør et inngrep i artikkel 8 (1)”.⁴⁰ Motsatt må dette bety at det å bære frem barn også faller inn under virkeområdet til artikkel 8. F.eks. kan brudd på art 8 foreligge dersom myndighetene foreskriver at kvinner må velge mellom arbeidet og det å få barn. Videre betyr det at dersom en nyansatt kvinne ønsker barn, men forbys dette, kan retten til familieliv være krenket. Myndighetene kan ikke gjøre inngrep i retten til å få barn.

Imidlertid retter bestemmelsen ”seg først og fremst mot inngrep fra statlige myndigheter i den fysiske og psykiske integritet.”⁴¹ Partsforholdet etter artikkelen er familien og myndighetene. Myndighetene gjør ikke noen form for inngrep i retten til å føde barn ved at arbeidsgivere spør om graviditet og familieplanlegging. Derfor er det heller ikke mulig å anvende artikkel 8 på diskriminering av gravide kvinner i arbeidslivet. Samme resonnering kan gå for SP artikkel 17, som også omhandler retten til familieliv.

Myndighetenes oppgave etter artikkelen vil f.eks. være å oppheve lovgivning som hindrer retten til familieliv og å legge forholdene til rette for familieliv. Norsk lovgivning legger ikke begrensninger på adgangen til å føde barn. Det er enkelte arbeidsgivere som bryter loven ved å ikke ansetter kvinner, fordi de før eller siden vil få barn og dermed utta permisjon, eller dersom arbeidsgiver forbyr kvinnelige arbeidstakere å føde barn innen en bestemt periode etter ansettelse. Slike forhold vil mest sannsynlig bli fanget opp av nasjonale domstoler. Det er utenkelig at domstolene ikke vil dømme etter lovgivning som verner mot graviditetsdiskriminering.

5.1.3 FNs konvensjoner

Norge har bl.a. gjennom ratifikasjon av FN konvensjonene forpliktet seg til å gjennomføre menneskerettigheter i norsk rett. Konvensjonene slår bl.a. fast at likestilling er en rettighet som de forpliktende stater skal tilstrebe. Følgelig er det statene som er pliktsubjektene etter konvensjonene. Det betyr at ikke-statlige aktører ikke kan gjøre seg skyldige i brudd på

⁴⁰ NOU 2009:1, s. 256, pkt 3.2.2

⁴¹ NOU 2009:1, s. 248, pkt 1.8

konvensjonene. ”Ikke-statlige aktørers ansvar må reguleres på annen måte, for eksempel gjennom nasjonal lovgivning og straffeforfølgning. ... Konvensjonene nedfeller en dobbelt gjennomføringsforpliktelse ved at menneskerettighetene både skal respekteres og sikres. Dette innebærer at staten er ansvarlig for at statens egne organer og representanter respekterer menneskerettighetene, samtidig som staten skal iverksette egnede tiltak for å sikre at andre borgere ikke begår menneskerettighetsbrudd. Uansett om det foreligger brudd på plikten til å respektere eller sikre menneskerettighetene, er det staten som stilles til ansvar.”⁴² Gjennom menneskerettsloven⁴³ er konvensjonene gjort til norsk rett og disse går ved motstrid foran andre lover, jf §§ 2 jf 3.

5.1.3.1 ØSK-konvensjonen

Artikkel 6 slår fast retten til arbeid, herunder retten for enhver til å livnære seg gjennom arbeid som en selv har valgt eller godtatt. Konvensjonen legger til grunn at rettigheter nedfelt i konvensjonen skal effektueres uten diskriminering med hensyn til bl.a. kjønn, jf artikkel 2 nr. 2. Videre skal det sikres at kvinner og menn nyter samme muligheter til økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, jf artikkel 3. Sees artikkelene i sammenheng kan utledes at alle skal sikres like muligheter til arbeidsmarkedet. Artikkelen gir uttrykk for forbud mot kjønnsdiskriminering. Eksempelvis ”bestemmelser eller praksis som innebærer at ... kvinner ikke har adgang til ansettelse i forvaltningen, vil på den måten krenke forpliktelsene etter konvensjonen.”⁴⁴ Dette må også antas å gjelde dersom det dreier seg om praksis eller bestemmelser som nekter kvinner adgang til arbeidsmarkedet, med spekulasjoner om graviditet eller familieplanlegging, og dermed fravær fra arbeidet i form av uttak av foreldrepermisjon. Etersom flere kvinner opplever å bli spurt om de venter barn eller planlegger å få barn, kan det muligens sies at det er utviklet en praksis på arbeidsmarkedet hvor arbeidsgivere spør om slike forhold og legger vekt på slike opplysninger, og likevel mener de ikke forskjellsbehandler kvinner. Her vil typisk

⁴² Utenriksdepartementet, Hva er menneskerettigheter

⁴³ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

⁴⁴ Høstmølingen (2004) s. 289 og 290

myndighetene ha et ansvar for å rette opp skjevhetene denne praksisen medfører. Dette er bl.a. tilsiktet ved lovforslaget om et helhetlig diskrimineringsvern, hvor det lovfestes et forbud mot innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging.

5.1.3.2 SP-konvensjonen

Diskrimineringsgrunnlaget i SP artikkel 2 omhandler kjønnsdiskriminering. Kvinner og menn skal gis like muligheter til å nyte godt av sivile og politiske rettigheter nedfelt i konvensjonen. I artikkel 26 gis et generelt diskrimineringsvern, jf artikkel 2. Ingen av disse rettighetene gjelder direkte diskriminering av kvinner i arbeidslivet. Imidlertid er ”Diskrimineringsforbudet i artikkel 26 ikke knyttet til de enkelte rettighetene etter konvensjonen.”⁴⁵ Derfor gjelder diskrimineringsvernet både tilfeller som er regulert av konvensjonenes artikler og forhold som ikke er regulert i konvensjonen. SP artikkel 17 gjelder også retten til familieliv. Selv om formuleringen i forhold til EMK artikkel 8 er annerledes, er utgangspunktet det samme. Det vises derfor til punkt 5.1.2

5.1.3.3 Kvinnediskrimineringskonvensjonen

Gjennom likestillingsloven § 1b gjaldt kvinnekonsensjon som norsk lov, men den var ikke tilkjenegitt forrang ved regelkollisjon. Likestillingsloven ble endret i 2009 med den følge at § 1b ble opphevet og FN kvinnekonsensjon ble vedtatt som vedlegg til menneskerettsloven. Det betyr at konsensjonen er gjort til norsk rett og går ved motstrid foran annen nasjonal lovgivning om det samme forhold, jf menneskerettsloven § 3.

Konsensjonen skal avskaffe alle former for diskriminering av kvinner. I følge fortalen skal konsensjonen sikre at kvinner, på lik linje som menn, nyter godt av økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile og politiske rettigheter. Som nevnt er disse rettighetene allerede sikret gjennom egne konsensjoner, og det fremstår dermed noe unødvendig med enda en konsensjon som gir det samme vern. Begrunnelsen for en egne

⁴⁵ NOU 2009: 14, s 297, pkt. 24.5

kvinnediskrimineringskonvensjon ”var å gjøre det alminnelige kjønnsdiskrimineringsforbudet mot kvinner synlig, tilgjengelig og effektivt.”⁴⁶ Da kvinnediskrimineringskonvensjonen ble vedtatt var ØSK-konvensjonen og SP-konvensjonen lite kjent og lite brukt. Dette kommer til dels til uttrykk i fortalen til kvinnediskrimineringskonvensjonen, hvor det heter at konvensjonspartene er urolige over at diskriminering av kvinner finner sted i betydelig grad, til tross for ulike instrumenter som skal forhindre kjønnsdiskriminering. Dessuten gir SP og ØSK spesialbestemmelser i forhold til kvinnediskrimineringskonvensjonen. Diskrimineringsvernet etter kvinnediskrimineringskonvensjonen er ikke begrenset til rettigheter nedfelt i konvensjonen. Det betyr at anvendelsesområdet til denne konvensjonen er videre i forhold til de øvrige konvensjonene som er ratifisert av Norge.

Artikkel 1 gjengir en generell definisjon av begrepet diskriminering; ”enhver kjønnsmessig sontring, utelukkelse eller innskrenkning som har som virkning eller formål å svekke eller utelukke anerkjennelse, utnyttelsen eller utøvelsen av kvinners menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle, sivil eller ethvert annet område på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner...”. Artikkel 11 fastslår forbud mot kjønnsdiskriminering i arbeidslivet, og presiserer den generelle bestemmelsen i artikkel 1. Her heter det at statene skal gjennomføre tiltak for å avskaffe diskriminering av kvinner i arbeidslivet. Utvelgelseskriteriene skal være de samme for både kvinner og menn, jf artikkel 11 første ledd litra b. Det kan bety at det ikke skal være adgang til å legge vekt på graviditet og familieplanlegging ved ansettelsesprosessen.

I følge artikkelen vil ”handlingene som har som «formål» å sondre, utelukke eller innskrenke utgjøre direkte diskriminering. Med direkte diskriminering menes forskjellsbehandling som eksplisitt refererer til kjønnsbaserte karakteristikk, såkalte kjønnsstereotyper, som ikke er objektivt begrunnet.”⁴⁷ Pliktsubjektet etter artikkel 2 er staten. Staten er ansvarlig for gjennomføringen av konvensjonens prinsipper. Konvensjonspartene skal ”uten opphold og

⁴⁶ Anne Hellum (2008) s. 59

⁴⁷ Anne Hellum (2008) s. 64

med alle egnede midler” avskaffe kvinnediskriminering, jf artikkel 2. Dette skal gjøres blant annet ved å vedta lover om likestilling, dersom slik lovgivning ikke allerede er vedtatt. Statene skal videre ”avstå fra alle handlinger og all praksis som diskriminerer kvinner, og sørge for at offentlige myndigheter og offentlige institusjoner handler i tråd med denne forpliktelsen.” Det innebærer at dersom offentlig myndigheter legger vekt på graviditet eller familieplanlegging ved ansettelsesprosessen, betyr det at disse gjør seg skyldige i brudd på forpliktelsene etter denne konvensjonen. Igjen kan det innebære at staten blir stilt ansvarlig for handlinger som er begått lenger ned i hierarkiet. Staten kan også holdes ansvarlig for handlingen begått av ikke-statlige aktører. Dette kommer til uttrykk i artikkel 2 f, hvor det heter at staten er forpliktet til ”å treffe alle tiltak som er nødvendige, også i lovs form, for å endre eller oppheve eksisterende lover, forskrifter, sedvane og praksis som innebærer diskriminering av kvinner.” F.eks. praksis hvoretter arbeidsgivere spør kvinnelige arbeidssøkere om de er gravide eller planlegger familieforøkelse under ansettelsesprosessen.

Etter artikkel 5 første ledd litra b skal statene sørge for ”retten til de samme sysselsettingsmuligheter, herunder bruk av de samme utvelgelseskriterier ved ansettelse.” Det betyr at den økende praksis, hvoretter både offentlige og private arbeidsgivere spør kvinnelige arbeidssøkere om de venter barn, eller inngår avtaler med dem om at de ikke skal føde barn innen et bestemt antall år, kan innebære at den norske stat kan bli straffet for brudd på kvinnediskrimineringskonvensjonen. Pr dags dato finnes ingen lovgivning som eksplisitt regulerer arbeidsgiveres adgang til å stille spørsmål knyttet til graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervju. Det er vektleggingen av slike opplysninger som skaper problemer, da det alltid vil være en reell fare for at arbeidsgiver legger vekt på slike opplysninger ved utvelgelsen. Det er nærliggende å tro at konstatering av et eventuelt brudd på kvinnediskrimineringskonvensjonen vil være begrunnet i at den norske stat ikke har hatt rettslige og effektive tiltak som skulle ta sikte på å forhindre graviditetsdiskriminering ved ansettelser. Imidlertid må nasjonale rettsmidler være uttømt før FNs kvinnekomité kan behandle eventuelle klager. Det er utenkelig at norske domstoler ikke skulle kunne klare å tolke et forbud mot denne type diskriminering etter gjeldende rett.

5.2 Nasjonalt regelverk

5.2.1 Likestillingsloven

Ved vedtakelsen av likestillingsloven i 1978, ble vernet mot diskriminering av kvinner og menn fastslått. ”Likestillingsloven er både en ikke-diskrimineringslov og en lov som skal legge til rette for likestilling mellom kjønnene.”⁴⁸ Formålsbestemmelsen i § 1 foreskriver at loven spesielt skal ”bedre kvinners stilling”. Selv om formålsbestemmelsen ikke har selvstendig betydning, kan den virke som et støtteargument ved tolkningen av de øvrige bestemmelsene i loven, samt i en helhetsvurdering av om forskjellsbehandling foreligger i strid med loven. Sammenholdt med § 4 skal begge kjønnene gis like muligheter til arbeid. Allerede her sies at graviditet ikke skal være en faktor ved utvelgelsen av arbeidstakere. Når arbeidsgivere ikke velger å ansette kvinner p.g.a. faren for lengre fravær fra arbeidsplassen i fremtiden, bidrar de til å undertrykke kvinner. I stedet for å gå fremover, tas skritt tilbake, og likestillingslovens formål motvirkes. I forarbeidene til likestillingsloven presiseres at loven også er ”et ledd i forsøket på å endre holdninger.”⁴⁹ Dette refererer seg til veletablerte samfunnsholdningene på tiden før lovens vedtakelse. Fortsatt trengs må holdningene endres. For å lykkes med likestillingen er det viktig å endre de regjerende holdningene knyttet til kjønnsrollene i samfunnet. Konsekvensene av graviditet eller familieplanlegging bør være like for både kvinner og menn. Etersom graviditet og familieplanlegging påvirker menn i mindre grad enn kvinner, er det en ambisjon å minke de negative konsekvensene dette innebærer for kvinner. Det foreligger ingen unnskyldelige grunner for forskjellsbehandlingen av kvinner med den begrunnelse at deres graviditet eller familieplanlegging vil påføre arbeidsgiver merkostnader. Dette er med på å støtte et lovforbud mot innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervju eller under ansettelsesprosessen.

Loven skal som utgangspunkt gjelde på ”alle områder”, jf likestillingsloven § 2. Slik tydeliggjøres at enhver form for kjønnsdiskriminering er uakseptabel, uansett

⁴⁸ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 11, pkt 2.3

⁴⁹ Ot.prp.nr. 33 (1974-1975), s. 54, Til § 1

samfunnsområde. Til tross for at forskjellsbehandling p.g.a. kjønn er forbudt etter likestillingsloven, gjelder imidlertid ikke dette ”indre forhold i trossamfunn”. Spørsmålet er om det er akseptabelt å forskjellsbehandle gravide kvinner i trossamfunn.

Ettersom religionsfrihet er en menneskerettighet, må restriksjoner på dette området brukes med forsiktighet. Imidlertid fremgår det av ordlyden at unntaket ikke gjelder for trossamfunn generelt. Unntaket er knyttet til *indre forhold* i trossamfunn. ”Hvorvidt en virksomhet kan reknes å høre til indre forhold i et trossamfunn, beror i noen utstrekning på et skjønn”⁵⁰. Som eksempel på forhold som kan falle inn under unntaket kan nevnes ansettelse av prester. I noen religioner aksepteres ikke kvinnelige prester. I slike tilfeller vil forskjellsbehandlingen være saklig begrunnet og dermed heller ikke lovstridig. Annerledes stiller det seg dersom det ikke foreligger slike religiøse begrensninger til ansettelsen av kvinner. For eksempel vil administrative oppgaver innen en trosretning ikke rettferdiggjøre at kvinnelige søkere ikke ansettes dersom de er kvalifiserte til stillingen.

Forskjellsbehandling av kvinner fordi de er kvinner, eller fordi de venter barn, vil ikke være akseptabelt og vil derfor også falle utenfor unntaket. Unnlattelse av å ansette kvinner på grunn av graviditet, vil i utgangspunktet aldri være en saklig grunn til forskjellsbehandling.

Likestillingsloven har en rekke ganger blitt endret, noe som følge av samfunnsutviklingen og noe for å bringe lovgivningen i samsvar med internasjonale forpliktelser.

5.2.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven gjelder ansettelse av arbeidstakere. Etter arbeidsmiljøloven § 1 er formålet med loven bl.a. ”å sikre... likebehandling i arbeidslivet”⁵¹ samt ”å bidra til et inkluderende arbeidsliv”.⁵² Med *inkluderende arbeidsliv* menes at de som ikke er en del av

⁵⁰ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 106

⁵¹ Arbeidsmiljøloven § 1 (1)(b)

⁵² Arbeidsmiljøloven § 1 (1)(e)

arbeidslivet skal gis mulighet til deltakelse. Det er allmenn kjent at kvinner har mest midlertidig og deltidsdeltakelse i yrkeslivet, i forhold til menn. Noen kvinner har ingen erfaring fra arbeidsmarkedet. Ved at denne gruppen utelukkes fra yrkeslivet brytes lovens inkluderingsformål. Når graviditet eller familieplanlegging ikke har negative følger for menn, bør det samme gjelde for kvinner. Det at barnet er avhengig av sin mor de første leveukene, bør ikke slå skjevt ut i form av at kvinner ikke ønskes tilsatt i stillinger.

Lovgiver har foreskrevet et vern mot diskriminering, og det er bl.a. arbeidsgivernes plikt til å etterleve lovgivers påbud. For eksempel bestemmes i arbeidsmiljøloven § 9-3 et forbud mot innhenting av helseopplysninger. I punkt 6.5 skal det undersøkes om innhenting av opplydninger om graviditet og familieplanlegging kan falle inn under arbeidsmiljøloven § 9-3.

Arbeidsmiljølovens kapittel 13 hjemler vern mot diskriminering. I § 13-1 fjerde ledd slås fast at ved diskriminering på grunnlag av kjønn gjelder likestillingsloven. Dette innebærer at kjønnsdiskriminering på grunnlag av kjønn også er forbudt i arbeidslivet, og at likestillingsloven gjelder ved siden av arbeidsmiljøloven.

5.3 Praksis

Nasjonal rettspraksis på likestillingsrettsområde er knapp, og det finnes ingen rettspraksis som gjelder hvorvidt arbeidsgiver kan stille spørsmål om graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervju. Derfor er håndhevingsorganenes praksis desto viktigere, da den gir signaler om svakheter ved regelverket. Dessuten bidrar praksisen til å tolke og presisere rettsreglene. Praksis om graviditetsdiskriminering generelt er meget omfattende.

Internasjonal rettspraksis har også betydning for rettsutviklingen i Norge, og for å tolke bestemmelser som er likt utformet. Viktige avgjørelser har bl.a. slått fast at

”forskjellsbehandling på grunn av graviditet [ikke kan] begrunnes med det økonomiske tap som arbeidsgiver påføres i forbindelse med fravær under foreldrepermisjon”.⁵³

6 Gjeldende rett om adgangen til å spørre om graviditet og familieplanlegging under ansettelsesprosessen

6.1 Likestillingsloven § 3 - Generalklausulen

Likestillingsloven har ikke noen bestemmelser som uttrykkelig forbyr arbeidsgivere å stille spørsmål om graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervju. Imidlertid har loven bestemmelser som på generelt grunnlag forbyr diskriminering av kjønn ved ansettelse, jf likestillingsloven § 4 (2) jf § 3. Problemstillingen blir derfor å undersøke om det er mulig å tolke et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervju, etter disse bestemmelsene.

Likestillingsloven § 4 (2) fastslår at det ikke skal gjøres forskjell på kvinner og menn ved ansettelser. Bestemmelsen i § 4 (2) henviser til generalklausulen i § 3. For å få en sammenhengende oversikt over reglens innhold behandles først § 3 og deretter § 4.

Som nevnt gir § 3 et generelt diskrimineringsvern. Bestemmelsen er en generalklausul. Det innebærer at den er en kjernebestemmelse i loven, og at den har selvstendig betydning i forhold til de andre bestemmelsene i loven. ”Den setter rammene for diskrimineringsbestemmelsenes rekkevidde og supplerer de øvrige bestemmelser.”⁵⁴ Dersom et forhold ikke faller inn under noen av de spesielle bestemmelsene i likestillingsloven må forholdet vurderes etter likestillingsloven § 3.

⁵³ BLD (21.08.08)

⁵⁴ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 119

Hovedregel etter § 3 er at direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er forbudt. I annet og tredje ledd defineres direkte og indirekte forskjellsbehandling. Det er interessant å undersøke om et forbud mot å stille spørsmål om graviditet og familieplanlegging under ansettelsesprosessen er direkte eller indirekte forskjellsbehandling.

6.1.1 Direkte forskjellsbehandling

Med direkte forskjellsbehandling siktes først og fremst til handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, jf § 3 (2) nr. 1. Direkte forskjellsbehandling foreligger hvor handlingen er diskriminerende i seg selv. Eksempelvis vil det være tilfelle dersom en arbeidsgiver nekter å ansette kvinner, begrunnet med at kvinner kun egner seg til arbeid innenfor hjemmets fire vegger. Forskjellsbehandlingen vil ha grunnlag i fordommer knyttet til kvinners prestasjonsevner utenfor hjemmet.

Et av vilkårene for å konstatere brudd på likestillingsloven, er at det må foreligge en *handling* som er diskriminerende. Derfor er det viktig å undersøke hva som ligger i ordet *handling* for å svare på spørsmålet om hvorvidt innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging er direkte eller indirekte forskjellsbehandling.

Definisjonen av begrepet *handling* i lovforslaget til et helhetlig diskrimineringsvern, er likt som det i forarbeidene⁵⁵ til likestillingsloven. Ettersom definisjonen i det nye lovforslaget er mer konkret og bedre formulert, velges denne brukt her. Etter lovforslaget skal *handling* forstås som ”... alle former for praksis, betingelser, vedtak, bestemmelser, avtaler osv.”⁵⁶ Ytringer er i utgangspunktet ikke omfattet av definisjonen. Dette kan ha sammenheng med at retten til ytringsfrihet er en menneskerett, som er lovfestet i Grunnloven og nedfelt i bl.a. EMK. Likevel har ”trakassering og krenkende ytringer ... et spesifikt vern i

⁵⁵ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001)

⁵⁶ NOU 2009: 14 s. 39, pkt. 3.2.1

diskriminerings- og straffelovgivningen.”⁵⁷ Også her må de fremsatte ytringene vurderes i lys av ytringsfriheten.

Det er ”handlingens diskriminerende motiv som er avgjørende, ved at det er en direkte sammenheng mellom kjønn og handlingens diskriminerende effekt. Et eksempel er en arbeidsgiver som forbigår en ung kvinnelig søker til en stilling ut fra en antagelse om at det er stor mulighet for at hun kan bli gravid.”⁵⁸

For det andre vil direkte forskjellsbehandling foreligge dersom en handling setter en kvinne i en *dårligere stilling* enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel. Forskjellsbehandling av menn omfattes også av direkte forskjellsbehandling, dersom kvinner og menn settes i en dårligere stilling enn de ellers ville vært p.g.a. uttak av permisjonsrettigheter. Ved en lovendring i 2002 ble graviditetsdiskriminering gjort til direkte forskjellsbehandling. Med dette ble diskrimineringsvernet både skjerpet og utvidet. Før ble graviditetsdiskriminering sett på som indirekte diskriminering. Siktemålet med lovendringen var ”å få bedre samsvar mellom lovens ordlyd, håndhevingsorganenes praksis og EU/EØS-rettslige krav”.⁵⁹

Med *dårligere stilling* siktes det etter forarbeidene til rettsstilling i vid forstand. ” Gjennom praksis er det fastslått at ikke bare de handlinger som har medført at noen *har* kommet i en dårligere stilling, men også de som er *egnet* til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling, kan rammes av loven.”⁶⁰

Likestillingsloven § 3 (2)(1) og (2) verner mot handlinger som stiller kjønnene i en dårligere stilling enn hun eller han ellers ville vært på grunn av graviditet, fødsel m.v. Dette forutsetter en sammenlikning av den som er blitt forskjellsbehandlet med andre som ikke er

⁵⁷ NOU 2009: 14 s. 39, pkt. 3.2.1

⁵⁸ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 28

⁵⁹ Mary- Ann Hedlund (2008) s. 18

⁶⁰ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 27

blitt det. Etter forarbeidene kan sammenlikningen skje med en faktisk person. Dette innebærer at den som påstår å ha blitt diskriminert, må ha blitt dårligere behandlet i forhold til andre. Nødvendigvis ikke bare menn. En gravid kvinne kan for eksempel ha blitt behandlet dårligere i forhold til en annen kvinne som ikke er gravid. ”Sammenlikning kan bare komme på tale i forhold til handlinger som utførers av samme person eller arbeidsgiver”⁶¹. Forarbeidene foreskriver også sammenlikning med en hypotetisk person. Dette er begrunnet i at det ikke alltid vil være mulig å sammenlikne med en faktisk person. Eksempelvis kan en kvinne på ansettelsesintervju selv opplyse arbeidsgiver om at hun er gravid, uten at en annen bli ansatt i stedet.

”Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel regnes som *direkte* diskriminering. Med dette menes at det er handlingens diskriminerende motiv som er avgjørende, ved at det er en direkte sammenheng mellom kjønn og handlingens diskriminerende effekt – dette er i tråd med EØS retten som har lagt til grunn et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering”⁶².

”Lovens § 3 er ... uttrykk for en standard, noe som innebærer at normen vil kunne endres i takt med samfunnsutviklingen.”⁶³ I dag er samfunnsutviklingen gått i retning av å betrakte spørsmål om graviditet under ansettelsesprosessen som problematiske og diskriminerende. Spørsmålet er om generalklausulen har innrettet seg etter denne samfunnsutviklingen. Forarbeidene gir ingen veiledning om hvordan denne type spørsmål skal besvares. Utgangspunktet må da tas i generalklausulen. På den ene siden er enhver form for forskjellsbehandling av kvinner og menn forbudt. Det taler for at det vil innebære diskriminering av kvinner dersom de ikke innkalles til intervju eller blir forbigått fordi de er gravide. Dette underbygges også av bestemmelsen om graviditetsdiskriminering i § 3 (2)(1). Også § 4 (2) gir inntrykk av at det er diskriminering av kvinner dersom de stilles spørsmål om de er gravide på intervju, da det ikke skal gjøres forskjell på kvinner og menn

⁶¹ Anne Hellum (2008) s. 197

⁶² BLD (21.08.08)

⁶³ Mary- Ann Hedlund (2008) s. 119

ved ansettelse, jf § 3. Imidlertid er spørsmålet om det for arbeidsgiver skal være akseptabelt å spørre om en kvinnelig arbeidssøker er gravid eller planlegge familieførøkelse. Om dette forholdet tillegges vekt eller ikke er vanskelig å bevise i ettertid. Derfor er det viktig at det på lik linje som i 2002 blir vedtatt en lovendring som klart gir svar på denne problemstillingen. Det vil føre til at usikkerheten blir brakt ut av verden, samtidig som lovfesting av et forbud vil innebære at arbeidsgiver allerede ved å stille spørsmål om en kvinnelig arbeidssøker er gravid, vil gjøre seg skyldig i lovbrudd. Dette innebærer en strengere skjerpelse av graviditetsvernet for kvinner. Ut fra dette er det klart at dersom kvinner stilles dårligere p.g.a. graviditet eller familieplanlegging, så rammes forholdet av direkte diskriminering.

6.1.2 Unntak

”Ved håndheving av likestillingsloven har Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling lagt til grunn at forbudet mot direkte diskriminering ikke er absolutt. Håndhevsorganenes praksis innebærer at direkte diskriminering unntaksvis vil kunne aksepteres forutsatt at det forligger saklige tungtveiende grunner for det. Dette ulovfestede unntaket er blitt praktisert som en snever unntaksregel. Lovgivende myndighet synes å ha lagt til grunn at det gjennom denne praksisen er etablert en rettsregel som er uttrykk for gjeldende rett.”⁶⁴ Unntaket kommer kun til anvendelse dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Imidlertid er adgangen til å fravike lovens utgangspunkt meget snever. Vilkårene i saklighetsvurderingen er at det for det første må dreie seg om *konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner*. Med dette menes at det ikke kan gjøre ”unntak for hele virksomheter, sektorer eller stillingskategorier”⁶⁵. Videre vilkår er *vesentlige og avgjørende yrkesmessig krav*. Endelig er det et vilkår om *forholdsmessighet*. ”Formålet med forskjellsbehandlingen skal være rettmessig og kravet om et bestemt kjønn skal stå i et rimelig forhold til formålet.

⁶⁴ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 127

⁶⁵ Anne Hellum (2008) s. 193

For eksempel vil det å la være å ansette en gravid kvinne fordi arbeidsoppgavene ikke kan utføres av gravide, ikke være forholdsmessig.”⁶⁶

6.1.3 Indirekte forskjellsbehandling

Forskjellsbehandlingen er indirekte når enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling fører til at det ene kjønn stilles dårligere enn det andre, jf likestillingsloven § 3 (3). Det er slik å forstå at tilsynelatende kjønnsnøytral handling ikke umiddelbart vil fremtre som diskriminering på grunnlag av kjønn. Det avgjørende er om handlingen ”faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.”⁶⁷ Det er ikke et vilkår at arbeidsgiver har til hensikt å forskjellsbehandle. At en gravid arbeidssøker stilles i en dårligere stilling enn andre, vil være tilstrekkelig. Indirekte forskjellsbehandling er handlinger som i seg selv er kjønnsnøytral, men som får kjønnskjeve virkninger. Eksempelvis ”hvis alle i et ansettelsesintervju blir spurt om de planlegger familie. Med dette i realiteten bare legges vekt på overfor kvinnene, fordi de er dem man antar at kommer til å være hjemme.”⁶⁸

Indirekte forskjellsbehandling inviterer også til sammenlikning av de som er blitt forskjellsbehandlet med andre. Typisk vil sammenlikningen skje mellom en gruppe kvinner på den ene siden og en gruppe menn på den andre siden. Dersom resultatet viser at en større andel av det ene kjønn rammes vil det foreligge indirekte forskjellsbehandling.

Selv om graviditetsdiskriminering er å betrakte som direkte diskriminering, kan den i en del tilfeller også regnes som indirekte forskjellsbehandling. Spørsmålet er når dette er tilfelle. Forarbeidene viser spesielt til tilfeller hvor diskrimineringen skjer ved uttak av permisjonen utover det som er forbeholdt kjønnene. Det vil si permisjon utover ni uker for kvinnen og ti uker for faren. Generelt kan det sies at indirekte diskriminering vil favner de typetilfeller som utelukkes fra direkte diskriminering.

⁶⁶ Anne Hellum (2008) s. 193

⁶⁷ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 132

⁶⁸ Nordstrøm (2009)

Etter håndhevingsorganenes praksis vil skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling kun ha betydning for om det lovfestede eller det ulovfestede unntaket kommer til anvendelse.

6.1.4 Unntak

Likestillingsloven § 3 (4) hjemler et snevert unntak fra forbudet mot indirekte forskjellsbehandling som er reservert til *særlige tilfeller*. Her tillates forskjellsbehandling etter en vurdering av

a) *saklighet*; om handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn. Kravet viser til en reell begrunnelse, som det skal være muligheter for å overprøve ved en eventuell tvist.
b) *nødvendighet*; at det middel som brukes for å forskjellsbehandle er egnet og nødvendig. Dersom ikke-diskriminerende tiltak kan benyttes, skal disse søkes gjennomført først.

c) *proporsjonalitet*; forskjellsbehandlingen må ikke regnes som uforholdsmessig inngripende i forhold til retten til ikke å bli diskriminert. Vilkåret sikter til en interesseavveining av hensynene for og mot forskjellsbehandling. Altså hensynet til den som forskjellsbehandler og hensynet til den som utsettes for forskjellsbehandling. ”I denne interesseavveiningen veier hensynet til likebehandling og ikke-diskriminering tungt.”⁶⁹
Under dette vilkåret må også drøftes om handlingen er inngripende. Dette har betydning for om en handling kan omfattes av unntaket. Meningen er at dersom en handling fører til betydelige ulemper for ett av kjønnene, vil den anses som diskriminerende.

Samtlige vilkår må foreligge for å kunne konstatere unntak fra hovedregelen. ”Det er imidlertid grunn til å påpeke at kriteriene er skjønnsmessige, i noen grad overlappende, og at avgjørelsen i praksis vil bero på en samlet helhetsvurdering.”⁷⁰

⁶⁹ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 135

⁷⁰ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 134

6.2 Kort om bevisbyrderegelen i likestillingsloven § 16

Ved avgjørelsen av om det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med loven, må den som påstår at loven er brutt legge frem bevis for det.

I motsetning til hovedregelen om beviskrav i sivilretten – den som påstår å ha blitt krenket må sannsynliggjøre dette med mer enn 50 prosent sannsynlighet (sannsynlighetsovervekt) – er hovedregelen i likestillingsloven delt bevisbyrde. Utgangspunktet er at den som påberoper brudd på loven, har plikt til å legge frem bevis for dette. I lovteksten vises til at det må *foreligge omstendigheter* som gir grunn til å tro at (direkte eller indirekte) forskjellsbehandling har funnet sted. Det må m.a.o. etableres en presumsjon for forskjellsbehandling. Dette kan gjøres enten ved å vise til hendelsesforløpet, altså fremstilling av partenes eget syn på saken. Imidlertid vil det ikke være tilstrekkelig å vise til graviditet. Det vil si ”Dersom klageren har dårligere kvalifikasjoner enn den eller de som er blitt innstilt eller har fått stillingen, og kvalifikasjonene er blitt vektlagt, vil det ikke være tale om diskriminering på grunnlag av kjønn.”⁷¹ Annerledes dersom den som er blitt forskjellsbehandlet var godt kvalifisert. I slike tilfeller kan det være nok å vise til graviditet.

Når presumsjonen er etablert, kastes ballen over på den ansvarlige, som ofte er arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren må sannsynliggjøre at det enten ikke har funnet sted forskjellsbehandling, eller subsidiært at forskjellsbehandlingen ikke har skjedd på grunn av kjønn, herunder graviditet. Ofte vil arbeidsgiver inneha mest informasjon for å opplyse saken. Typiske ved å vise til protokoller eller referat, om hva som er lagt vekt på. Derfor skal det ikke mye til før beviskravet veltes over på arbeidsgiver, jf *gir grunn til å tro*.

Dersom arbeidsgiver mislykkes i å sannsynliggjøre at det ikke har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling, skal det legges til grunn at forskjellsbehandlingen er lovstridig.

⁷¹ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 376

6.3 Likestillingsloven § 4 - likestilling ved ansettelser

Fremstillingen i punkt 3 til punkt 6.2, er bakgrunnsrett som er nødvendig for det sentrale spørsmålet som tas opp her.

Under dette punktet er det sentrale spørsmål hvorvidt gjeldende rett gir anvisning på forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging under ansettelsesprosessen, herunder under intervju.

Etter likestillingsloven § 4 (2) gjelder et diskrimineringsforbud i ansettelsesforhold.

Ordlyden slår fast at det bl.a. ved ansettelser ikke skal gjøres forskjell på kvinner og menn. Bestemmelsen tar sikte på å sikre kjønnene adgang til arbeidsmarkedet. Sett i lys av § 3 vil forskjellsbehandling av kvinner og menn kun være lovlig i særlige tilfeller som er saklig begrunnet. Både direkte og indirekte forskjellsbehandling omfattes av § 4 (2).

”Bestemmelsene i likestillingsloven § 4 gjelder arbeidslivsrelaterte forhold og primært forhold som er knyttet til *potensielle* eller eksisterende ansettelsesforhold.”⁷² (Min kursivering) Dette tilsier at også handlinger forutfor ansettelse er omfattet av bestemmelsens rekkevidde. Typisk vil dette gjelde forberedelse til intervju, innstillingen av aktuelle arbeidssøkere og den endelige utvelgelsen av potensielle arbeidssøkere. Denne forståelsen underbygges også av nemnda som har tolket ”§ 4 andre ledd slik at forbudet mot forskjellsbehandling kommer til anvendelse på alle elementer i en ansettelsesprosess – det vil si på saksbehandlingen, innstillingen og den endelige avgjørelsen. Dette syn har også støtte i juridisk teori.”⁷³

Sammenholdt med § 3 (2) nr. 2 kan det argumenteres for at det ikke skal være mulig for arbeidsgivere å spørre om en kvinnelig arbeidssøker er gravid eller planlegger å bli det på ansettelsesintervju. I forlengelsen av dette blir spørsmålet om en kvinnelig arbeidssøker kommer i en *dårligere stilling* ved at arbeidsgiver eventuelt stiller et spørsmål om

⁷² Mary-Ann Hedlund (2008) s. 196

⁷³ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 201

graviditet og familieplanlegging, og om slike spørsmål vil innebære forskjellsbehandling. Umiddelbart ser det ikke ut til at det skal kunne volde store problemer å stille slike spørsmål. Det kan anføres at kun dersom opplysningen vektlegges, vil det være tale om en handling med negativ karakter, som stiller kvinnen i en dårligere stilling. Det å spørre om graviditet er en ytring, og ytringer er ikke en handling og omfattes derfor ikke av diskrimineringsbegrepet. Allerede av den grunn kan det ikke sies at det å spørre om en kvinne er gravid vil stille henne i en dårligere posisjon enn ellers. Dermed vil det heller ikke foreligge forskjellsbehandling ved ansettelsen. Ut fra en fortolkning av ordlyden kan sluttet at innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging ikke er diskriminerende.

På den annen side er det alltid en fare for at arbeidsgiver tar i betraktning opplysning om at en kvinnelig arbeidssøker er gravid, uten at arbeidsgiver innrømmer dette. Slik vil kvinner komme i en dårligere stilling (enn om de f.eks. ikke hadde vært gravide) fordi diskrimineringsvernet ikke virker så effektivt, som tilsiktet. Videre er ”utgangspunktet i norsk arbeidsliv ... at ansettelser skjer på grunnlag av en samlet vurdering av søkerens kvalifikasjoner.”⁷⁴ Graviditet har ingenting med kvalifikasjonene til en arbeidssøker å gjøre. Som nevnt tidligere endres ikke kvalifikasjonene til en kvinnelig arbeidssøker fordi om hun er gravid eller planlegger å bli det. Derfor bør det heller ikke være adgang til å legge vekt på slike forhold. Det kan være vanskelig å bevis hva arbeidsgiver har lagt vekt på eller ikke har lagt vekt på. Det er lite sammenhengende å si at graviditet ikke tillates å bli vektlagt, samtidig som innhenting av opplysninger om graviditeten ikke forbys. Ut fra hensynet til kvinnen og hennes adgang til arbeidsmarkedet, vil det derfor være tjenlig å fortolke et forbud mot innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging etter § 4 (2) jf § 3. En slik fortolkning vil gjøre det lettere for kvinner å bli hørt med at de muligens er blitt forskjellsbehandlet som følge av graviditet. Reelle hensyn taler altså for å tolke et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervjuet.

⁷⁴ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 202

Forarbeidene tar ikke konkret stilling til denne problemstillingen, selv om en liten oppmerksomhet er viet til graviditetsdiskriminering. Her sies at en arbeidsgiver ikke kan ”nekte å ansette en ung kvinne som ikke har barn fordi hån formoder at hun vil komme til å få barn i nærmeste framtid og derved vil ha krav på svangerskapspermisjon.”⁷⁵ [sic] Det er sikkert at dersom en kvinne blir forbigått fordi arbeidsgiver, ut fra kvinnens unge alder, går ut fra at hun vil kunne bli gravid, at det er lovstridig forskjellsbehandling. Om dette også gjelder dersom arbeidsgiver uttrykkelig stiller spørsmål om graviditet eller familieplanlegging, er ikke fullt så klart. Selv om det i begge tilfeller vil stille kvinnen i en dårlig posisjon, er det vanskelig å angi konkret hva lovgiver har tenkt. Det er forskjell på å *formode* at en kvinne kan bli gravid, og det å konkret spørre om hun er det eller planlegger det. I det ene tilfelle vil arbeidsgiver ikke ansette noen unge kvinner. Dette er annerledes er det andre tilfelle, fordi spørsmålet om graviditet og familieplanlegging vil fungere som en ventil, for å luke ut de kvinnelige arbeidssøkere som svarer positivt på spørsmålet. Uttalelsen i forarbeidene gir derfor ikke veiledning i hvordan spørsmålet om innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging skal avgjøres.

Som nevnt tidligere er det lite rettspraksis om graviditetsdiskriminering. Av de få avgjørelsene som foreligger er det ingen som direkte angår arbeidsgivers adgang til å spørre om graviditet eller familieplanlegging på et ansettelsesintervju. Selv om ombudets og nemndas praksis er omfattende, finnes det heller ingen avgjørelser som direkte sier noe om hvorvidt arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål om graviditet og familieplanlegging er forskjellsbehandling. Mine erfaringer fra arbeidet på JURK viser at mange kvinner er usikre på sin rettsstilling når de blir stilt slike spørsmål på ansettelsesintervjuet. Ombudet mottar også mange henvendelser fra fortvilte kvinner som vil vite hva deres rettigheter er i forhold til ubekvemme spørsmål om graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervjuet.

⁷⁵ Ot.prp.nr. 33 (1974-1975) s. 29

Praksis fra håndhevingsorganene viser at gravide kvinner ofte tilbys stilling eller blir innstilt som nummer en til stillinger, uten å bli ansatt. Årsaken er simpelthen at arbeidsgiver får kjenneskap til graviditeten. På den måten blir graviditeten tillat vekt i avgjørelsen av hvem som endelig ansettes. Dette utgjør som tidligere nevnt forskjellsbehandling.

Nedenfor angis en dom fra Alta tingrett⁷⁶ som belyser noe av problematikken rundt forskjellsbehandling p.g.a. graviditet ved ansettelse. Saken gjelder erstatning og oppreisning etter arbeidsmiljøloven og likestillingsloven.

Sommeren 2006 søkte A jobb som daglig leder i X AS i Alta. A ble innkalt til intervju. Ved søknadsfristens utløp var det kun A som var reell og aktuell kandidat til stillingen. Forhandlinger ble innledet med sikte på å inngå en arbeidsavtale. Den 7. desember informerte A selskapet om at hun var gravid. Styret fattet 15. januar 2007 vedtak om at A ikke skulle tilsette. C ble heretter kontaktet, som senere også fikk stillingen som daglig leder. Det var omstridt hvorvidt det var inngått en arbeidsavtale. A hevdet at avtale var inngått og at hun var blitt sagt opp da hun fortalte om graviditeten. X mente det ikke forelå noen avtale, da det var opp til styre å fatte vedtak om ansettelser. Denne kompetansen var ikke delegert til daglig leder, noe A var innforstått med.

Retten kom til at en eventuell avtale måtte anses ugyldig, da daglig leder ikke var kompetent til å avgjøre spørsmålet om hvem som kunne tilsettes. Etter dette kunne erstatning ikke kreves etter arbeidsmiljølovens regler. Spørsmålet for retten var så om X hadde brutt generalklausulen i likestillingsloven ved å forbigå A. Retten bemerket at lovens klare utgangspunkt er at det ikke er anledning til å legge vekt på graviditet under ansettelsesprosessen. X hadde påstått at A hadde handlet illojalt ovenfor selskapet ved at hun informerte om graviditeten sent. Til dette bemerket retten at A ikke hadde opplysningsplikt i forhold til sin graviditet. At hun likevel informerte om graviditeten

⁷⁶ Dommen er avsagt 07.04.08, saksgang TALTA-2007-74733

kunne ikke anses som illojalt. Retten bemerket at det heller ikke kunne legges vekt på praktiske problemer selskapet ville kunne stå ovenfor ved ansettelse av en gravid kvinne. Slike forhold var selskapet forpliktet til å finne løsninger på, eventuelt ved å ansette en vikar. Retten konkluderte med at loven var brutt, og A ble tilkjent erstatning og oppreisning.

Oppsummering

Dommen gjelder ikke konkret spørsmål om arbeidsgivers adgang til å spørre om graviditet eller familieplanlegging. Imidlertid belyser dommen hvordan saken hadde stilt seg om arbeidsgiver hadde spurt om dette. Dersom arbeidsgiver hadde spurt kvinnen om graviditet eller familieplanlegging allerede på intervjuet, er det lite som taler for at arbeidsgiver ville ha handlet på en annen måte. Det er m.a.o mulig å trekke slutninger om hvordan arbeidsgiver ville reagert dersom spørsmålet om graviditet hadde blitt avklart i en tidligere fase. Videre viser dommen hvilke negative konsekvenser det har at den gravide opptrer lojalt overfor sin arbeidsgiver.

Håndhevingsorganenes praksis viser at de fleste saker om graviditetsdiskriminering gjelder det forhold at kvinnen ikke får forlenget vikariater på bakgrunn av fremtidig fødselspermisjon, eller at gravide kvinner ikke innstilles eller tilsettes på bakgrunn av graviditet. Dette viser at selv om ingen av sakene direkte angår spørsmål om graviditet eller familieplanlegging på søknadstidspunktet, blir graviditeten i de fleste tilfeller tillagt negativ vekt ved utvelgelsen av arbeidssøkere. I det følgende nevnes noen avgjørelser fra nemnda.

LDN-2008-13

En kvinne arbeidet som nestleder i Vinmonopolets butikk i X. Kvinnen søkte på en ledig stilling som butikksjef i den nevnte butikken, i november 2006. Hun var gravid på søknadstidspunktet og skulle ut i fødselspermisjon 8. januar 2007. Ønsket tiltredelse var 1. januar 2007. B ble ikke innstilt til stillingen. Det var spørsmål om kvinnen var diskriminert på grunn av graviditet. I denne saken spurte ikke arbeidsgiver om hun var gravid. Kvinnen meddelte graviditeten til arbeidsgiver selv. Som nevnt er det slik at

diskriminering kun vil foreligge dersom det er lagt vekt på opplysningene om graviditet. Her hadde arbeidsgiver skrevet en påtegning på innstillingen om at kvinnen planla å ta ut fødselspermisjon. Kvinnen spurte sin arbeidsgiver om hennes muligheter til å få tildelt stillingen. Arbeidsgiver ga uttrykk for at det ville bli problematisk, da butikken ville være uten både leder og nestleder dersom hun ble ansatt.

Ombudet kom til at Vinmonopolet hadde lagt vekt på graviditeten, som stilte kvinnen i en dårligere stilling enn om hun ikke hadde været gravid. Det forelå brudd på likestillingsloven § 4 jf § 3. Likevel konkluderte Ombudet med at den tilsatte personen var bedre kvalifisert. Derfor hadde kvinnen ikke urettmessig blitt forbigått. Vinmonopolet klaget over Ombudets uttalelse. Ombudet endret ikke sin innstilling og saken ble overført til Nemnda.

Nemnda uttalte at kvinnens graviditet hadde blitt tillagt vekt til ugunst for henne, og at fødselspermisjonen var et moment ved vurderingen av kandidatene. Kvinnen hadde blitt forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven § 4 jf § 3.

LDN-2008-16

En kvinnelig lege (A) hadde forskjellige vikariatstillinger ved HF. Hennes vikariat løp ut 21. februar 2006. Kvinnen ble tilbudt nytt vikariat frem til 31. august 2006. Den kvinnelige legen søkte også på ett av to fireårs stillinger. Disse ble tilbudt to søkere (Y og Z). To andre søkere fikk tilbud om vikariater (B og C). B fikk tilbud om vikariat fra 10. april 2006 til 31. august 2007. C skulle vikariere for B, da B skulle ha permisjon frem til 10. juni 2007. A fikk ikke noe tilbud. Hun var gravid på søknadstidspunktet, og fødselspermisjonen ville bli avvirket 31. august 2006.

Saken ble brakt inn for Ombudet, som konkluderte med at A var blitt forskjellsbehandlet på grunn av graviditet og fødselspermisjon, da hun ikke fikk forlenget sitt vikariat. Ombudet bemerket at sluttdatoen for kvinnens vikariat var sammenfallende med kvinnens forventede startdato for foreldrepermisjonen. Etter praksis fra sykehuset var det vanlig å forlenge slike

vikariater. HF hadde brutt likestillingsloven § 4 jf § 3. HF klaget på Ombudets uttalelse. Ombudet fant ikke grunn til omgjøring og saken ble overført til Nemnda.

Spørsmålet for Nemnda var om kvinnen hadde blitt behandlet dårligere p.g.a. graviditet og fødselspermisjon, ettersom hun ikke fikk forlenget sitt vikariat utover 31. august 2006. I henhold til likestillingsloven § 16 hadde sykehuset bevisbyrden for at det ikke forelå forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3. Nemnda uttalte at ”Sykehuset har ikke klart å knytte valget av sluttdato opp mot avslutning av andre arbeidstakers permisjon. Den personen som det var mest nærliggende at A vikarierte for (B) var forventet tilbake fra fødselspermisjon et godt stykke ut i 2007. Det var således ingen hindring for at A ble gitt et vesentlig lenger vikariat enn fram til 31. august. Ved sykehusets vurderinger i februar 2006 var det heller ingen konkurrerende kandidater. Det var kun A som ble vurdert for vikariatet som startet 22. februar 2006.”

Sykehuset klarte ikke oppfylle sin bevisbyrde. Dermed ble det konstatert at det forelå forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3.

LDN-2009-3

I denne saken søkte en kvinne på en stilling som tollaspirant sommeren 2007. Hun var gravid på søknadstidspunktet, og skulle ha termin oktober 2007. Totalt ble 22 personer innkalt til førstegangsintervju. Arbeidsgiver ble overrasket over å se at kvinne kom på intervju med struttende mage. Under intervjuet fulgte arbeidsgiver en intervjuguide. Første punkt var konsentrert om familiesituasjon. Kvinnen mente det ble lagt altfor mye vekt på at hun var gravid. Fra 8. til 19. oktober arrangerte arbeidsgiver et introduksjonsprogram. Kvinnen gav uttrykk for at hun ikke kunne delta på dette arrangementet. Imidlertid stilte hun seg positivt til å følge tilsvarende fagprogram i februar 2008. Av de 22 personer som møtte på førstegangsintervju, ble ti utvalgt til andregangsintervju. Kvinnen var ikke blant disse ti, til tross for at hun var meget godt kvalifisert.

Ombudet kom til at det ikke forelå forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Kvinnen klagde over Ombudets uttalelse, uten at Ombudet endret standpunkt i saken. Saken overført til Nemnda.

Spørsmålet for Nemnda var om kvinnen hadde blitt forskjellsbehandlet i strid med likestillingslovgivningen. Nemnda uttalte at diskrimineringsvernet gjelder ved alle stader av ansettelsesprosessen. Det vil si at vernet kommer til anvendelse både ved utvelgelsen av aktuelle kandidater til stillingen, men også ved utvelgelsen av kandidater til andregangintervju, jf Nemndas praksis.

Videre bemerket Nemnda at den faktor at kvinnen var gravid på søknadstidspunktet ikke alene er avgjørende for om det foreligger forskjellsbehandling i strid med loven. For at bevisbyrden skal gå over på arbeidsgiver må det foreligge et eller flere forhold som taler for at graviditeten og premisjonen er tillagt vekt ved vurderingen av kandidaten. Nemnda viste til at kvinnen oppfylte utlysningstekstens krav til utdanning og språkferdigheter i større grad enn de som ble invitert til andregangintervju. I utlysningsteksten kom frem at beherskelse av flere språk var positivt. Kvinnen hadde tysk som fremmedspråk og behersket engelsk meget godt. Hun hadde bl.a. en tittel som engelsk fagoversetter fra Høyskole og universitet i Canada. Arbeidsgiver klarte ikke å oppfylle sin bevisbyrde, jf likestillingsloven § 16.

Nemnda konkluderte enstemmig med at kvinnen hadde blitt forskjellsbehandlet, jf. likestillingsloven § 4 (2) jf § 3.

LDN-2009-7

En kvinne (A) søkte på en stilling som kontorleder i en hundeklubb. Det var seks søkere til stillingen og alle var kvinner. Stillingen ble tilbudt en annen kvinne (B), som var medlem av hovedstyret. I innstillingen beskrives kvinnen (A) om overkvalifisert, likevel hadde hun ikke særlig praktisk erfaring. Hun var 28 år gammel, mens den kvinnen som ble tilbudt stillingen (B) var 49 år gammel. Under en samtale med et styremedlem, etter intervjuene,

men før innstillingen, fikk kvinnen vite at hun garantert ikke ville få tilbud om stillingen på grunn av sin alder og muligheten for fremtidig graviditet. Dette styremedlemmet satt ikke i ansettelsesutvalget, og hadde ingen kjennskap til ansettelsesutvalgets vurderinger m.h.t. hvem som ville få stillingstilbudet. Videre hadde styremedlemmet forfall den dagen hovedstyret tok stilling til ansettelsen.

Ombudet konkluderte med at det ikke forelå forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 4 jf § 3. Kvinnen klaget på uttalelsen. Da Ombudet ikke fant grunn til å endre sitt standpunkt, ble saken overført til Nemnda. Spørsmålet for Nemnda var om kvinnen hadde blitt forskjellsbehandlet på grunn av hennes unge alder og mulighetene for å bli gravid.

Nemnda uttale at dette tilfelle ikke gjaldt en faktisk graviditet. Vektleggingen av mulig graviditet og fødselspermisjon vil innebære brudd på likestillingsloven. Forarbeidene nevner eksplisitt det forhold at antagelser om at en ung kvinne har store muligheter for å bli gravid vil innebære forskjellsbehandling.

Videre ble det bemerket at forskjellsbehandling vil foreligge dersom det er omstendigheter som taler for at graviditeten er tillagt vekt, jf likestillingsloven § 16. Nemnda kom til at kvinnen (A) ikke var bedre kvalifisert enn den tilsatte kvinnen (B). Arbeidsgiver hadde oppfylt sin bevisbyrde. På denne bakgrunn konstaterte Nemnda at det ikke forelå forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 4 jf § 3.

Selv om det i denne saken ikke ble stilt spørsmål om graviditet eller familieplanlegging, fremgår det av Nemndas uttalelser at vektlegging av familieplanlegging, kan få negative følger, da det kan oppfattes som diskriminerende.

Oppsummering

Selv om sakene fra nemnda ikke direkte gjelder hvorvidt arbeidsgiver kan spørre om graviditet eller familieplanlegging på ansettelsesintervju, ligger sakene i grenselandet.

Praksisen viser at enten det er graviditet eller planlagt graviditet er opplysningene om dette en faktor som tillegges vekt ved utvelgelsen. Det gir en god antydning på hvorledes mulige saker hvor arbeidsgivere konkret spør om graviditet eller familieplanlegging, bør løses. Likevel er det vanskelig å spekulere i dette inntil det foreligger et klart signal fra enten håndhevingsorganene, domstolene eller lovgiver.

6.4 Fortielse av opplysninger om graviditet eller familieplanlegging vs. lojalitet

Mange kvinner opplever at de havner i et dilemma når arbeidsgivere spør dem om de er gravide eller planlegger å bli det. Dersom de svarer positivt kan de risikere å bli forbigått, da det alltid vil foreligge en viss fare for at arbeidsgiveren urettmessig legger vekt på slike opplysninger. Hvis de derimot lyver og blir tilsatt, kan de komme til å oppleve at arbeidsgiver (når vedkommende bli kjent med graviditeten) avslutter arbeidsforholdet ved oppsigelse. Spørsmålet er om kvinnelige arbeidssøkere har plikt til å opplyse om graviditet eller familieplanlegging.

Etter gjeldende rett har ikke gravide arbeidssøkere plikt til å opplyse om graviditet eller familieplanlegging, jf praksisen nevnt ovenfor. Arbeidssøkere skal kun vurderes ut fra sine kvalifikasjoner, og arbeidsgiver har således ikke lov til å legge vekt på opplysninger om graviditet eller familieplanlegging. Likevel kan arbeidsgivere påberope at fortielse av opplysninger om graviditet eller familieplanlegging utgjør et alvorlig brudd på lojalitetsplikten som skal bestå mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og berettiger derfor arbeidsgiveren til å si opp arbeidstakeren. Oppsigelsen kan være begrunnet i brudd på en eventuell avtale. Eksempelvis hvis en kvinnelig arbeidssøker på ansettelsesintervju blir spurt om hun er gravid. Kvinnen svarer nei. Arbeidsgiver spør så om hun planlegger å bli gravid innen de neste to årene. Kvinnen svarer at hun ikke har umiddelbare planer om dette. Arbeidsgiver blir fornøyd og sier at det er bra. Det viser seg at kvinnen blir gravid to måneder etter tiltredelse. Arbeidsgiver velger da å si opp kvinnen med den begrunnelse at hun har brutt avtalen om at hun ikke skulle bli gravid innen de neste to årene. Spørsmålet blir om oppsigelsen er rettmessig.

Arbeidsgiver kan i medhold av styringsretten instruere sine arbeidstakere. Dette gjelder kun i forhold til å lede, og fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør. Da spørsmålet om når en arbeidstaker ønsker å ha barn, ikke faller inn under rammene for styringsretten, taler det for at arbeidsgiver ikke har anledning til å instruere arbeidstakere i forhold til når de måtte ønske å få barn. Det er meget drastisk om arbeidsgiver skulle hatt slik instruksjonsmyndighet. På den annen side fremgår det av styringsretten at arbeidsgiver kan bringe et arbeidsforhold til opphør. Imidlertid kan ikke en arbeidstaker sies opp uten at det foreligger saklig grunn, begrunnet enten i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold, jf arbeidsmiljøloven § 15-7 (1). Det å si opp en arbeidstaker fordi hun er gravid er ikke knyttet til virksomhetens eller arbeidsgivers forhold. Med arbeidstakers forhold siktes det til forhold hvor arbeidstaker begår pliktbrudd. Graviditet vil ikke innebære noe pliktbrudd og omfattes derfor ikke av lovens ordlyd. Det at kvinnen er blitt gravid er ikke en saklig grunn. På den annen side ble avtale brutt av arbeidstakeren. Ett av hovedprinsippene i norsk rett er at avtaler skal holdes. Samtidig kan urimelige avtaler settes til side jf avtaleloven § 36. Her heter det at avtaler helt eller delvis kan settes til side dersom de blant annet virker urimelige. Det er urimelig at arbeidsgiver skal kunne bestemme når kvinne arbeidstakere skal få lov til å bære frem barn. Dersom dette skulle være tillatt ville arbeidsgiver fått et pressmiddel overfor kvinner, slik at de kun fikk arbeid dersom de inngikk slike avtaler. De kvinner som ikke velger å inngå slike avtaler, vil kunne ekskluderes fra arbeidslivet.

Videre er arbeidsmiljøloven er preseptorisk. Det innebærer at det ikke kan inngås avtaler til ugunst for arbeidstakere. Det kan også argumenteres med at det i utgangspunktet ikke er inngått noen avtale. Kvinnen forpliktet seg ikke til noe. Hun sa bare det at hun ikke hadde planer om å bli gravid. Noen graviditeter er planlagte, mens andre ikke er det. Dersom en kvinne blir gravid uten å ha planlagt det, vil en slik avtale da innebære at kvinne må ta abort eller si opp sin stilling? Uansett hva som velges er det uforsvarlig og dramatisk å stille kvinnen overfor et slikt valg. Graviditet og familieplanlegging er et privat anliggende som er arbeidsgiver uvedkommende.

Oppsigelsen er ikke rettmessig. To dommer fra EF-domstolen kan illustrere forholdet.

Sak C-421/92 Habermann-Beltermann-dommen

Saken gjelder likebehandling av kvinner og menns adgang til arbeid. Gabriel Habermann-Beltermann var utdannet sykepleier og søkte på en stilling som nattevakt ved et pleiehjem. Verken arbeidsgiver eller den kvinnelige arbeidstaker hadde kunnskap om at hun var gravid på ansettelsestidspunktet. Da det kom for dagen at Habermann-Beltermann var gravid, ble ansettelsestilbudet trukket tilbake under henvisning til en nasjonal bestemmelse som forbød gravide kvinner å arbeide om natten. Dette for å verne kvinnen og barnet. Arbeidsgiver henviste til at hans vesentlige forutsetninger for ansettelse måtte anses bortfalt. EU hadde ved artikkel 2 i direktiv om gjennomførelsen av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner for så vidt angår adgang til beskjeftigelse, ervervsutdanning, forfremmelse samt arbeidsvilkår (direktiv 76/207), gitt medlemsstatene rett til å innføre regler til beskyttelse av kvinner i forbindelse med graviditet eller morskap. Nærmere bestemt gikk denne adgangen ut på å beskytte kvinners fysiske tilstand under graviditeten og etter fødselen.

Domstolen bemerket at når en arbeidsavtale bringes til opphør p.g.a. arbeidstakerens graviditet, er dette et forhold som kun angår kvinnen og vil dermed innebære direkte diskriminering på grunnlag av kjønn, fordi det kun er kvinner som kan bære frem barn. Ved avgjørelsen av om den nasjonale bestemmelsen var i strid med de internasjonale forpliktelser, måtte det legges vekt på at arbeidsavtalen var inngått på ubestemt tid og at forbudet mot å la kvinner arbeide på nattid hadde derfor kun betydning for en kort periode. På bakgrunn av dette kom domstolen til at direktivet var til hinder for at arbeidsavtalen i medhold av den nasjonale bestemmelsen kunne erklæres ugyldig. Videre vernereglene ville være i strid med beskyttelseshensyn i artikkel 2. Domstolen uttalte at bestemmelsen ville miste sin gjennomslagskraft dersom en arbeidsavtale erklæres ugyldig fordi den gravide arbeidstaker var avskåret fra å utføre nattearbeid i en begrenset periode.

Til forskjell fra mitt spørsmål, visste verken arbeidsgiver eller arbeidstaker at kvinnen var gravid ved tiltredelse. Arbeidsgiver spurte heller ikke om kvinnen var gravid på ansettelsesintervjuet. Imidlertid oppfattes det som en forutsetning for ansettelsen. Det som likevel er likt, er at arbeidsgiver påberoper bristende forutsetninger ved avtalen, når hun/han kjennskap til arbeidstakerens graviditet. Det følger av dommen at ”de tilfeller der arbeidsgiver opphever en ansettelsesavtale når han blir kjent med graviditeten, må vurderes på samme måte som om arbeidsgiver visste om graviditeten og lot være å ansette kvinnen av den grunn.”⁷⁷ Dette taler for at det ikke bør være lov til å spørre om graviditet eller familieplanlegging under ansettelsesprosessen, herunder under et intervju.

Sak C-109/00 Tele-Danmark-dommen

Saken gjelder en gravid arbeidstaker som var ansatt hos Tele-Danmark i serviceavdelingen for mobiltelefoner. Kvinnen var ansatt for en periode på seks måneder, og hun hadde ved intervjuet ikke opplyst arbeidsgiver om at hun var gravid og forventet å gå ut i fødselspermisjon under ansettelsesforholdet. Etter en måned fortalte kvinnen arbeidsgiver at hun var gravid. Det resulterte i at hun ble sagt opp. Arbeidsgiver begrunnelsen oppsigelsen med at det nødvendige tillitsforholdet, som bør bestå mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, var brutt ved at hun ikke opplyste om graviditeten, selv om hun visste om denne, og at hun således ville komme til å være fraværende fra arbeidet i en vesentlig del av ansettelsesperioden.

EF-domstolen viste til at den mange ganger tidligere hadde konstatert at oppsigelse av graviditet og fødselspermisjon, vil innebære direkte diskriminering på grunnlag av kjønn.

Når det gjelder illojalitetsbetraktninger m.h.t. at arbeidstakeren fortier opplysninger om graviditet, fremkommer det av dommen at det er uten betydning at kvinnen visste om graviditeten. Hun har ikke plikt til å opplyse om graviditet, da det uansett ikke kan tillegges vekt i en ansettelsesprosess. Videre kan ikke en kvinne nektes arbeid p.g.a. graviditet og

⁷⁷ Anne Hellum (2008) s. 205

påfølgende fødselspermisjon, med den begrunnelse at det vil medføre økonomiske og organisatoriske ulemper for arbeidsgiver. Dette er en risiko arbeidsgiver må ta. Det samme gjelder en kvinne som er blitt ansatt, men som ikke kan tjenestegjøre eller oppfylle arbeidsplikten under svangerskapet.

Domstolen fastslo at diskrimineringsvernet gjaldt uten hensyn til om ansettelsesforholdet var av tidsbestemt (midlertidig) eller tidsubestemt art. Dersom lovgiver hadde tilsiktet å ekskludere vernet for midlertidig ansatte ville dette skjedd uttrykkelig.

Etter dette er det mye som taler for at et arbeidsforhold som er inngått under den forutsetning at kvinnen ikke skal kunne bli gravid i et nærmere angitt tidsrom, ikke vil kunne ha noen betydning for beskyttelsesvernet av kvinner. Det motsatte ville svekket grunnlaget for diskrimineringsvernet, og vernet ville dermed være av illusorisk art eller mister sin effekt.

Da verken en kvinnelig arbeidssøker har plikt til å informere arbeidsgiver om graviditet eller en arbeidsgiver rett til å legge vekt på slike opplysninger ved ansettelse, kan det anføres et lovforbud for arbeidsgiver til å spørre om dette etter gjeldende lovgivning.

6.5 Arbeidsmiljøloven

Kapittel 13 i arbeidsmiljøloven gir diskrimineringsvern i arbeidslivet.

Diskrimineringsgrunnlagene etter § 13-1 er ”politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder”. Som nevnt tidligere henviser fjerde ledd til likestillingsloven, i tilfelle diskriminering skjer på grunnlag av kjønn.

Forholdet veltes m.a.o. over på likestillingsloven. Således er reglene om diskrimineringsvern i arbeidsmiljøloven uaktuelle for kjønnsdiskriminering – graviditetsdiskriminering. Arbeidsmiljøloven har imidlertid en bestemmelse som oppstiller forbud mot å stille spørsmål om nærmere bestemte forhold, under ansettelsesintervju (§ 13-4). Forbudet gjelder spørsmål om arbeidssøkerens politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering. Arbeidsgiver må heller ikke sette i verk

tiltak for å innhente slike opplysninger. Etter bestemmelsens ordlyd er det ikke mulig å tolke om et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging på ansettelsesintervju, omfattes av bestemmelsen. Heller ikke forarbeidene gir noen støtte for en slik tolkning.

Et annet forbud mot innhenting av opplysninger finnes i § 9-3. Regelen går ut på at arbeidsgiver i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte ikke må oppfordre søkere til å avgi helseopplysninger. Arbeidsgiver forbys også å innhente slike opplysninger på annen måte. Unntak fra dette gjelder dersom opplysninger er nødvendige for å utføre arbeidsoppgaver.

Graviditet og familieplanlegging kan ha påvirkning på en kvinnes helse. Mange kvinner blir syke, noen alvorlig syke, under svangerskapet. Det kan innebære et sykefravær fra arbeidet i høyest ni måneder før fødsel, i tillegg til etterfølgende foreldrepermisjon. Spørsmålet blir om innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging faller inn under *helseopplysninger*.

I følge forarbeidene⁷⁸ til arbeidsmiljøloven skal begrepet helseopplysninger forstås som ”informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand.”⁷⁹ Det angis at bestemmelsen skal være uttømmende m.h.t. hvilke helseopplysninger som kan innhentes. Dette refererer seg til *nødvendige* opplysninger. Ut over dette angis ikke hvilke helseopplysninger som kan innhentes. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven tolker dette også slik at arbeidsgiver forbys å innhente samtykke av arbeidssøkere, for så å hente inn helseopplysninger om dem. Formålet med regelen er å forhindre at arbeidstaker utestenges fra arbeidsmarkedet. Den begrensede adgangen til å innhente helseopplysninger er begrunnet med at arbeidsgiver vil kunne ha et saklig behov for å avklare visse sider ved den arbeidssøkendes helsetilstand. ”Dette kan for eksempel

⁷⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)

⁷⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 314, Til § 9-3

være spørsmål om å imøtekomme offentlige krav til et trygt arbeidsmiljø eller å søke å unngå å ansette personer som viser seg ikke å være skikket til arbeidet.”⁸⁰

At en kvinne blir gravid, gjør ikke henne uskikket til å utføre arbeidsoppgavene hennes. Den gravide vil ikke være syk eller gravid for alltid, slik dette også fremkommer av Habermann-Beltermann-dommen (omtalt i punkt 6.4). Helseplager i forbindelse med graviditet er som regel av forbigående art. Dersom en kvinne ellers er frisk, men blir syk og fraværende fra arbeidet, betyr ikke det at hun ikke er skikket til å utføre arbeidet sitt. Poenget er at det ikke kan sondres mellom sykdom på grunn av graviditet og andre sykdommer. Dette er slått fast i rettspraksis fra EF-domstolen. Den aktuelle dommen gjengis her.

Sak C-32/93 Webb

Saken gjaldt hvorvidt en oppsigelse av en gravid kvinne var i strid med likestillingsdirektivet av 1976. En kvinnelig vikar skulle avløse en kvinnelig ansatt under fødselspermisjon. To uker etter tilsettelsen fikk vikaren vite at hun var gravid. Da arbeidsgiver fikk kjennskap om dette, reagerte han med å si henne opp. For arbeidsgiver var det en forutsetning med ansettelsen at vikaren skulle fylle arbeidsbehovet ved fødselspermisjonen til den fast ansatte kvinnen. Således ville arbeidsgiver ikke ha ansatt vikaren om han hadde hatt kjennskap til at også hun var gravid. EF-domstolen gjentok at det vil innebære direkte diskriminering på grunnlag av kjønn dersom en kvinnelig ansatt sies opp med begrunnelse i graviditeten. EF-domstolen slo fast at selv om det er en vesentlig betingelse for riktig oppfyllelse at arbeidstaker er tilstede, kan arbeidsgiver ikke høres med at den kvinnelige arbeidssøker eller –taker er ”ude af stand til at opfylde en af de væsentlige betingelser i arbeidskontrakten”, jf premiss 26. Med henvisning til Habermann-Beltermann-dommen (se punkt 6.4), konkluderte domstolen med at direktivet var til hinder for oppsigelse av vikaren med bakgrunn i at hun ikke kunne utføre de arbeidsoppgaver hun var ansatt for å utføre.

⁸⁰ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 148, pkt 12.6.4

Graviditet og planlegging av graviditet kan være knyttet til kvinnens helse. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven tar ikke stilling til hvorvidt helseopplysninger om graviditet kan innhentes. Derfor er det vanskelig å vite hva lovgiver har ment. Imidlertid taler reelle hensyn for at opplysninger om dette ikke kan anses for å være nødvendig, da det uansett ikke er tillatt å legge vekt på slike opplysninger. I følge bl.a. Tele-Danmark-dommen (C-109/00) (se punkt 6.4) skal det ikke legges vekt på graviditet i en ansettelsesprosess. Dette taler for at opplysninger om graviditet ikke er nødvendige for arbeidets utførelse.

Det neste spørsmålet er om arbeidsgiver kan påberope styringsretten til å nekte å ansette gravide kvinner eller kvinner som planlegger familieførøkelse.

Styringsretten defineres som en rett for arbeidsgiver til å ”lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør.”⁸¹ Selv om arbeidsgiver gis en rett til å inngå arbeidsavtaler, er det ikke gitt at arbeidsgiver uten videre kan inngå arbeidsavtale med hvem han vil. Arbeidssøkernes kvalifikasjoner skal legges til grunn for utvelgelsen.

Videre må det foreligge saklighet m.h.t. utøvelsen av styringsretten. Det er ikke nok å vise til arbeidsgivers overordnede forhold overfor arbeidstaker.

”Styringsretten begrenses også av et omfattende likebehandlingskrav som ikke bare får anvendelse ved ansettelser, når det søkes etter nye arbeidstakere, og når arbeidsavtale skal inngås. Likebehandlingskravet skal også legges til grunn gjennom hele arbeidsforholdet...”⁸² De likebehandlingskrav det vises til er oppramset i arbeidsmiljøloven § 13-1, likestillingsloven § 4 jf § 3. M.a.o. kan ikke arbeidstaker forskjellsbehandles ved ansettelse, p.g.a. kjønn, seksuell legning, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder.

⁸¹ Jakhelln (2006) s. 48

⁸² Jakhelln (2006) s. 51

I sin stilling som overordnet kan arbeidsgiver bestemme hvem hun eller han vil ansette. Selv om retten til arbeid er en menneskerett, har ikke alle rett til å arbeide hos en bestemt arbeidsgiver. Derfor beror det på arbeidsgivers vurderinger av arbeidssøkernes kvalifikasjoner, hvem som ansettes. Imidlertid vil styringsretten også ved ansettelser være begrenset. Tendenser viser at arbeidsgivere ikke alltid legger vekt på arbeidssøkendes kvalifikasjoner ved utvelgelsen. Dermed kan gravide stilles i en dårligere stilling. Styringsretten er ikke en absolutt kompetanse arbeidsgiver har og som han eller hun kan vise til ved utvelgelsen av arbeidssøkere. Styringsretten er begrenset av et saklighetskrav. Å tillegge graviditet eller familieplanlegging vil i utgangspunktet ikke anses som saklig. Bakgrunnen for dette er at styringsretten også er begrenset av forbud mot forskjellsbehandling bl.a. på grunnlag av kjønn, jf likestillingsloven § 4 jf § 3.⁸³

Det betyr at arbeidsgiver i medhold av styringsretten ikke står fritt til å velge hvilke arbeidssøkere som skal ansettes.

7 EU/EØS-rettens likestillingsdirektiver og EF-dommer

”EU/EØS-retten er en sentral rettskilde ved anvendelsen av likestillingsretten. ... Via EØS-avtalen er EU-retten en tolkningsfaktor ved anvendelse av likestillingslovens bestemmelser”⁸⁴. I det følgende vil norsk rett bli undersøkt i lys av noen av likestillingsdirektivene i EU/EØS-retten og EF-domstolens rettspraksis knyttet til disse, for å finne ut om norsk rett er i samsvar med forpliktelsene etter direktivene og EF-domstolens rettspraksis.

⁸³ Slik dette fremkommer i Jakhelln (2006) s. 55

⁸⁴ Mary- Ann Hedlund (2008) s. 120

Både EU-traktaten og EØS-avtalen har egne bestemmelser om diskrimineringsvern. I tillegg finnes direktiver som nærmere regulerer retten til ikke-diskriminering og prinsippet om likebehandling av kvinner og menn.

EF-traktaten artikkel 13 hjemler plikten til å bekjempe forskjellsbehandling bl.a. på bakgrunn av kjønn. Rådet kan i medhold av denne artikkelen foreta nødvendige tiltak for å motarbeide forskjellsbehandling. På tilsvarende vis er retten til ikke-diskriminering, på et generelt plan lovfestet i EØS-avtalen. I fortalen fastslås at likebehandling av kvinner og menn er viktig for full sysselsetting. I artikkel 70 avtales at Norge, som andre avtalestater, er forpliktet til å fremme prinsippet om likebehandling av kvinner og menn.

Den nærmere reguleringen av ikke-diskriminering er nedfelt i bl.a. EUs likestillingsdirektivet 2006/54/EF om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse. Direktivet ble vedtatt i EU 5. juli 2006 og gjennomført den 15. august 2008. I EØS ble direktivet vedtatt 14. mars 2008, med ikrafttredelse 1. februar 2009. I følge NOU 2009: 14 om et helhetlig diskrimineringsvern, er fristen for gjennomføring satt til 15. august 2009. Direktivet er å finne som et vedlegg til EØS-avtalen. I følge fortalen til direktivet, samler det forskjellige direktiver om kjønnsdiskriminering, samt kodifiserer EF-domstolens rettspraksis. Blant direktivene som ble opphevet er det tidligere likestillingsdirektivet 76/206/EØF som hadde til formål å gjennomføre prinsippet om likebehandling av kvinner og menn med hensynt til arbeid. Direktivet ble endret av direktiv 2002/73/EF, som bl.a. innholdt definisjoner av direkte og indirekte forskjellsbehandling, samt kodifisering av EF-domstolens praksis. EF-domstolens praksis om graviditetsdiskriminering, som nevnes her, er hovedsakelig løst etter dette direktivet (76/206/EØF).

Direktiv 2006/54 EF fastslår at likestilling mellom kvinner og menn er et grunnleggende prinsipp og at bl.a. arbeidsgivere bør anmodes til å treffe tiltak til å bekjempe enhver form for forskjellsbehandling p.g.a. kjønn, i forbindelse med adgang til arbeidsmarkedet.

Et eksempel på at rettspraksis fra EF-domstolen er kodifisert viser seg ved at direktivet fastslår at det foreligger direkte forskjellsbehandling dersom kvinner utsettes for negativ forskjellsbehandling på grunn av forhold knyttet til deres graviditet og fødsel.

Graviditetsdiskriminering er eksplisitt omfattet av direktivet. Dette kommer også til uttrykk i artikkel 2 andre ledd litra c, om at enhver form for dårligere behandling av en kvinne på grunn av graviditet og fødsel utgjør forskjellsbehandling. Tilsvarende fremgår av likestillingsloven, som i § 3 annet ledd nr. 2 foreskriver at det vil foreligge direkte forskjellsbehandling i de tilfeller kvinnen kommer i en dårligere stilling enn hun ellers ville vært på grunn av graviditet og fødsel.

Definisjonene av direkte og indirekte forskjellsbehandling er angitt i artikkel 2 litra a og b. Disse avviker noe fra de norske definisjonene av direkte og indirekte forskjellsbehandling. Med direkte forskjellsbehandling i direktivet menes at en person behandles dårligere på grunn av kjønn i forhold til hvordan en annen blir, er blitt eller ville ha blitt behandlet i en tilsvarende situasjon. Det siste alternativet sikter til at den som mener seg diskriminert, kan sammenligne seg med en hypotetisk person. En annen ordlyd er valgt i likestillingsloven. Her heter det som nevnt at handlinger som stiller kjønnene i en dårligere stilling *enn hun eller han ellers ville ha vært* på grunn av graviditet, fødsel m.v. vil innebære forskjellsbehandling. Det fremgår kanskje klarets av direktivet at sammenligning også kan skje med en hypotetisk person. Imidlertid bruker både direktivet og likestillingsloven ordet *villet*, som kan gi en antydning på hva som egentlig er meningen. Uansett fremkommer det klart i forarbeidene til likestillingsloven at lovgiver har ansett sammenligning med hypotetisk som en mulighet. Likestillingsloven er her i samsvar med direktivet.

Med indirekte forskjellsbehandling forstås tilsynelatende nøytrale bestemmelser, betingelser eller praksis som stiller det ene kjønn særlig ufordelaktig i forhold til det andre kjønn. Imidlertid vil handlinger som er begrunnet i legitime mål og midler som benyttes til dets oppnåelse som er hensiktsmessige og nødvendige, ikke statueres som forskjellsbehandling. Ordlyden i likestillingsloven § 3(3) og (4) er noe annen, men meningen er den samme. Det vises til omtalen i punkt 6.1.3 og 6.1.4.

Formålet med direktivet angis i artikkel 1, som er å sikre gjennomføringen av prinsippet om like muligheter for og lik behandling av kvinner og menn ved adgang til sysselsetting. Direktivet har et eget kapittel som skal sikre likebehandling ved ansettelse, ervervsutdannelse, forfremmelse samt arbeidsvilkår. Artikkel 14 forbyr både direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn ved ansettelser og arbeidsvilkår. Dette betyr at det ikke skal gjøres forskjell på kvinner og menn bl.a. ved utvelgelsen av hvilke av de arbeidssøkende kandidatene som skal tilsettes.

Disse artiklene tilsvarer likestillingsloven § 4, som også foreskriver forbud mot både direkte og indirekte forskjellsbehandling ved bl.a. ansettelse.

Nedenfor refereres til noen dommer om kvinners adgang til arbeid.

Sak C-177/88 Dekker

Saken gjelder tolkning av likestillingsdirektivet av 1976. En nederlandsk kvinne søkte en stilling som lærer. Hun meddelte ansettelsesutvalget at hun var gravid, hvorefter arbeidsgiver ikke ville ansette henne, til tross for at ansettelsesutvalget fant henne best egnet til stillingen. Begrunnelsen for dette var at arbeidsgiver ikke ville få refundert dagpenger, som det måtte utbetale kvinnen ved hennes permisjonsfravær. EF-domstolen bemerket at kun kvinner kunne nektes ansettelse på grunn av graviditet og derfor ville slik nektelser av å ansette en gravide kvinner bli ansett som direkte forskjellsbehandling. Videre viste domstolen til at likebehandlingsprinsippet innebærer at det ikke skal forekomme forskjellsbehandling i forhold til bl.a. utvelgelseskriteriene. Domstolen konkluderte med at denne type forskjellsbehandling ikke kunne rettfærdiggjøres ved å vise til økonomisk tap arbeidsgiver ville lide som følge av å ansette en gravid kvinne.

Dommen ligner på den norske tingrettsdommen nevnt i punkt 6.3, da arbeidsgiver ikke heller her ønsker å ansette gravide søkere, fordi det vil innebære økonomiske og praktiske vanskeligheter for arbeidsgiver. I begge dommene forteller kvinnene selv om graviditeten,

og mye taler for at heller ikke Dekker (den nederlandske kvinnen) ville fått stillingen dersom spørsmålet om graviditet hadde blitt avklart på et tidligere stadium av ansettelsesprosessen. Dette viser at problemet er det samme.

Webb-dommen, nevnt i punkt 6.5, er illustrerende for hvordan problemstillinger hvor arbeidsgivere spør om graviditet og inngår avtaler med kvinnelige arbeidssøkere om at de ikke skal bli gravide innen en bestemt periode etter tiltredelse, kan løses. Riktignok inngikk ikke arbeidsgiver en slik avtale med vikaren, med det var en forutsetning for ansettelsesforholdet at vikaren ikke skulle bli gravid. Ellers ville hun ikke bli ansatt. M.a.o. viser dette at slike avtaler kan innebære brudd på likebehandlingsprinsippet, og at avtalene av den grunn ikke kan påberopes for å avslutte et arbeidsforhold. Den neste dommen belyser også noe av denne problemstillingen.

Sak C-320/01 Busch

Saken gjaldt tolkning av likestillingsdirektivet av 1976. En kvinnelig sykepleier hadde fødselspermisjon, da hun igjen ble gravid. For å oppnå en høyere økonomisk permisjonsytelse, ønsket kvinnen å avkorte permisjonen sin. Hun opplyste ikke arbeidsgiver om at hun var gravid, før etter gjentiltredelsen. Hvoretter arbeidsgiver ba kvinnen fratre stillingen med umiddelbar virkning, begrunnet med at avtalen var inngått i villfarelse om et vesentlig forhold og fordi avtalen var foranlediget ved svik. EF-domstolen slo fast at det forelå direkte forskjellsbehandling av kvinnen, fordi hun ble nektet gjenopptakelse grunnet graviditet. Videre ble det bemerket at når en arbeidsgiver ikke har anledning til å tillegge graviditet vekt ved fastsettelsen av arbeidsvilkårene, er det uten betydning at arbeidstaker ikke opplyser arbeidsgiver om graviditeten ved gjenopptakelsen av arbeidet. Domstolen konkluderte med at det innebar direkte diskriminering på grunnlag av kjønn at kvinnen hadde blitt nektet å komme tilbake til arbeide, fordi hun var gravid.

Dommen gjelder ikke direkte hvorvidt arbeidsgiver har anledning til å spørre arbeidstakeren om hun er gravid eller planlegger familieforøkelse, men dommen kan være demonstrerende for hvordan denne type problemstillinger kan løses. I denne dommen spurte

ikke arbeidsgiveren om kvinnen var gravid før hun ble tilbudt gjenopptakelse av arbeidet. Imidlertid gir arbeidsgivers oppførsel føringer på hvordan arbeidsgiver hadde reagert dersom dette spørsmålet hadde blitt avklart allerede på avtaletidspunktet. Det er helt klart at arbeidsgiver ikke ønsket kvinnen tilbake i arbeid, nettopp på grunn av hennes graviditet. Lite tyder på at kvinnen ville fått gjenoppta arbeidet dersom hun hadde fortalt arbeidsgiver om graviditeten. Av den grunn er det viktig å ”sanksjonere” innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging, ettersom erfaringer viser at arbeidsgivere generelt ikke er villig til å ansette gravide kvinner.

Direktivet fastslår ikke uttrykkelig et forbud for arbeidsgiver til å spørre om graviditet og familieplanlegging. Imidlertid er det i likestillingsdirektivet uttrykkelig foreskrevet at diskrimineringsvernet også gjelder ved utvelgelsen av aktuelle kandidater. Dette kommer også frem i EF-domstolens praksis. Og er dessuten forutsatt i likestillingsloven § 4, se punkt 6.3. EØS-rettens absolute forbud mot graviditetsdiskriminering innebærer at ”det er handlingens diskriminerende motiv som er avgjørende, ved at det er en direkte sammenheng mellom kjønn og handlingens diskriminerende effekt...”⁸⁵. Tolkning av et forbud mot innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging, vil være mindre belastende for arbeidsgiver, da vedkommende får føringer på at dette er spørsmål som kan konstatere diskriminering. På den måten kan det antas at arbeidsgiver vil la være å stille slike spørsmål, for å unngå kontroversielle forhold i ettertid. Innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging gir antydninger om å stille kvinner i en dårlig stilling. Derfor bør det kunne tolkes et forbud mot dette i direktivet.

Det kan konkluderes med at likestillingsloven er i samsvar med de ”minstekrav som følger av EØS-forpliktelser.”⁸⁶ Rettsområde vil imidlertid utvikles over tid og gjennom EU/EØS-rettens regler og EF-domstolens avgjørelser, som Norge også vil være forpliktet til å etterleve. ”Det kan for eksempel dreie seg om typetilfeller som tidligere ikke har vært oppe

⁸⁵ BLD (21.08.08)

⁸⁶ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 550

til vurdering, og hvor EU-rettslige kilder kan gi veiledning.”⁸⁷ I følge HSH, landets ledende nærings- og arbeidsgiverorganisasjon innen privat tjenesteytende sektor, vil ikke lovfesting av et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging under ansettelsesprosessen, være nødvendig for å tilfredsstille de internasjonale forpliktelsene etter EØS-avtalen.⁸⁸

8 Avslutning

Ut fra drøftelsen i punkt 6.3 følgende, taler reelle hensyn for å tolke et lovforbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging. Imidlertid er det uklart om et slikt lovforbud kan innfortolkes i lovteksten og lovforarbeidene. Den nevnte praksis fra nemnda, tingeretten og EF-domstolen viser, til tross for at ingen av sakene direkte gjelder hvorvidt innhenting av opplysninger om graviditet og familieplanlegging er forskjellsbehandling, at det er en forutsetning for ansettelse at de kvinnelige arbeidssøkere ikke er gravide, eller blir det kort tid etter ansettelsen.

Ut fra nemndas praksis kan det trekkes slutninger om at graviditet eller familieplanlegging er hovedårsaken til at kvinner enten forbigås eller ikke får forlenget sine vikariater. Som nevnt finnes ikke konkrete eksempler på saker hvor saksfaktum direkte gjelder om kvinnen kommer i en dårligere stilling på grunn av spørsmål arbeidsgiver stiller tilknyttet graviditet eller familieplanlegging. Det som derimot er sikkert er at med det samme svangerskapet tillegges vekt ved utvelgelsen, foreligger diskriminering på grunnlag av kjønn.

Barne- og likestillingsminister Anniken Huitfeldt sa i forbindelse med likestillingslovens 30 års jubileum at ”... vi er dessverre ennå ikke i mål, verken med reell eller faktisk likestilling mellom kvinner og menn. ... Vi har kommet nokså mye lengre i dag enn for 30 år siden, ikke på tross av Likestillingsloven men takket være den. ... Til den dagen

⁸⁷ Mary-Ann Hedlund (2008) s. 550

⁸⁸ BLD (21.08.08)

biologisk kjønn ikke setter grenser for våre muligheter i livet og til vi oppnår et likestilt foreldreskap, er det fortsatt et stykke til full likestilling.”⁸⁹

Et skritt for å realisere dette mål, kommer med den nye loven om et helhetlig diskrimineringsvern. Her er det som nevnt foreslått å eksplisitt lovfeste et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging ved ansettelse. Lovfesting av et slikt forbud vil bidra til å gjøre rettstilstanden sikrere og klarere, samtidig som vernet mot at slike opplysninger tillegges vekt blir styrket. Arbeidsgiver vil få et signal om at det å spørre om en kvinnelig arbeidssøker er gravid eller planlegger å bli det, vil innebære diskriminering, uten hensyn til om arbeidsgiver i realiteten ikke legger vekt på opplysningene.

Arbeidsgivere som bevisst velger å forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn får en klar beskjed om dette ikke er tillatt. BLD mener at ”Et eksplisitt forbud mot spørsmål om graviditet vil kunne effektivisere diskrimineringsvernet ved at det klargjør dagens rettstilstand og kan motvirke at arbeidsgiver stiller spørsmål om forhold det ikke er adgang til å vektlegge.”⁹⁰

⁸⁹ Barne- og likestillingsminister Anniken Huitfeldt (30.03.09)

⁹⁰ BLD (21.08.08)

9 Litteraturliste

9.1 Lover

- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven)
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)
- 2002 Lov om barnetrygd (barnetrygdloven)
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

9.2 Traktater

- KDK FN konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979
- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 1950
- ØSK Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 1966
- SP Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 1966

9.3 EU-direktiver

- Rdir 76/207/EØF Direktiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføringen av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (Likestillingsdirektivet)

EP/Rdir 2002/73EF	Europa-parlamentet og rådets direktiv 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.
EP/Rdir 2006/54/EC	Europa-parlamentet og rådets direktiv 2006/54/EC om gjennomførelse af prinsippet om like muligheter for og likebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning).

9.4 Forarbeider

NOU 2009: 1	Individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet
NOU 2009: 14	Et helhetlig diskrimineringsvern
Ot.prp.nr. 33 (1974-1975)	Om lov om likestilling mellom kjønnene
Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Ot.prp.nr. 77 (2000-2001)	Likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerpning av mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.) (endringslov)
Ot.prp.nr. 79 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)

9.5 Juridisk litteratur

9.5.1 Bøker

Hedlund, Mary-Ann og Brit Djupvik Semner. *Likestillings- og diskrimineringslovene: med kommentarer*. Bergen, 2008

Hellum, Anne og Kirsten Ketscher. *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Oslo, 2008

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. opplag. Oslo 2004

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006

Jusleksikon. Jon Gisle ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2007.

EØS-rett. Fredrik Sejersted ... [et al.] 2.utg. Oslo 2005

9.5.2 Artikler

Strand, Vibeke Blaker. *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?* I: Lov og Rett. 2007, s. 131-153

9.6 Nettdokumenter

Arbeidstilsynet. *Flest klager på diskriminering av gravide*. 15.06.09.

<http://www.arbeidstilsynet.no/c26964/nyheter/vis.html?tid=52990> [sitert 20.08.09]

Barne- og likestillingsdepartementet. *EUROPA-STRATEGI, Den ”europiske dimensjon” som strategisk virkemiddel for BLD*. 30.11.07.

<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Brev/2007/EURONE%20EUROPA%20STRATEGI%20301107%20FINALE%20LIGHT.doc> [sitert 31.08.09]

Barne- og likestillingsdepartementet. *Høring – endring av likestillingsloven § 4 – forbud mot å spørre om graviditet*. 21.08.08

http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Høringer/2008/Hoering%20graviditet/Hoeringsnotat_graviditet_pdf.pdf [sitert 31.08.09] [sitert 11.11.09]

Barne- og likestillingsminister Anniken Huitfeldt. *Likestilling 30 år*. 30.03.09
http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/aktuelt/taler_artikler/ministeren/barne--og-likestillingsminister-huitfeld/2009/likestillingsloven-30-ar.html?id=551843 [22.08.09]

Innstillingsrådet for dommere, Gunnar Lind og Kristin Storvik. *Høring – Endring av likestillingsloven § 4 – forbud mot å spørre om graviditet*. Trondheim, 18.11.08.
http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Høringer/2008/Hoering%20graviditet/Innstillingsradet_for_dommere.pdf [sistert 12.10.09].

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Praksis*. 2008. del 3.
<http://www.ldo.no/Global/Praksis%20del%202.pdf> [sitert 20.08.09]

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Saldo*. 2008. side 41.
http://www.ldo.no/Global/SaLDO%202008/saLDO_2008_kap2_Arbeidsliv.pdf
[sitert 20.08.09]

NAV, Arbeids- og velferdsetaten. *Barnetrygd*. 2009.10.12.
<http://www.nav.no/page?id=264> [sitert 12.10.09]

NAV Arbeids- og velferdsetaten. *Engangsstønad ved fødsel og adopsjon*. 2009.10.12
<http://www.nav.no/page?id=330> [sitert 12.10.09]

Utenriksdepartementet, *Hva er menneskerettigheter*.
<http://www.regjeringen.no/nn/dep/ud/Tema/menneskerettigheter/hva-er-menneskerettigheter.html?id=447032> [sitert 16.10.09].

9.7 Dommer

9.7.1 Tingrettsdom

Alta tingretts dom av 07.04.08

9.7.2 EF-dommer

Sak C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Puls. Saml. 1990 I-03941

Sak C-421/92 Gabriele Habermann-Beltermann mot Arbeiterwohlfahrt. Saml. 1994 I-01657

Sak C-32/93 Carole Louise Webb mot EMO Air Gargo (UK) Ltd. Saml. 1994 I-03567

Sak C-109/00 Tele Danmark A/s mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK). Saml. 2001 I-06993

Sak C-320/01 Wiebeke Busch mot Klinikum Neustadt GmbH & Co Betriebs-KG. Saml. 2003 I-02041

9.8 Uttalelser fra likestillings- og diskrimineringsnemnda

LDN – 2008 – 13

LDN – 2008 – 16

LDN – 2009 – 3

LDN – 2009 – 7

9.9 Personlig meddelelse

Nordstrøm, Tina. E-psot 09.11.09

