

Forbud mot å spørre arbeidssøker om graviditet og familieplanlegging

Innledning

Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) foreslår med dette et lovforbud mot å spørre om graviditet/familieplanlegging i intervju/ansettelsessituasjon. Et eksplisitt forbud mot spørsmål om graviditet kan effektivisere diskrimineringsvernet ved at det klargjør dagens rettstilstand og kan motvirke at arbeidsgiver stiller spørsmål om forhold det ikke er adgang til å vektlegge.

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet ved ansettelse er forbudt i henhold til likestillingsloven § 4 annet ledd, jf § 3. Slik dagens regelverk er utformet er det imidlertid uklart hvorvidt det er et lovforbud mot å spørre om graviditet/familieplanlegging under intervju, og dette svekker i praksis diskrimineringsvernet for den gravide.

Formålet med et uttrykkelig forbud mot å spørre om graviditet/familieplanlegging er både å fjerne uklarheter om dette spørsmålet i dagens lovverk, og å effektivisere og styrke den gravides vern mot diskriminering. Et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging gjør det vanskeligere for arbeidsgiver å legge negativ vekt på graviditet og familieplanlegging i selve ansettelsen. Et direkte forbud tydeliggjør at graviditet er et forhold som det ikke er adgang til å legge vekt på i en ansettelsesprosess. Forbudet formuleres slik at det gjelder under hele ansettelsesprosessen og forbudet gjøres eksplisitt

Et slikt spørreforbud er en presisering og en naturlig videreføring av generalklausulen i likestillingsloven § 3, og tilsvarende spørreforbud finnes allerede i annen diskrimineringslovgivning, se f eks diskrimineringsloven § 7 og arbeidsmiljøloven § 13-4.:

Vernet mot diskriminering på grunnlag av personlige egenskaper eller oppfatninger er i dag spredt på ulike lover. Vi har lovfestede forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion, livssyn, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming, alder, midlertidig ansettelse eller deltidsansettelse. Diskrimineringsvernet er ulikt avhengig av hva som er grunnlaget for diskrimineringen. Diskrimineringslovutvalget ble derfor oppnevnt i statsråd 1. juni 2007. Utvalget skal legge frem forslag til en samlet og mer helhetlig diskrimineringslovgivning. Utvalget skal ifølge mandatet utrede:

- En samlet lov mot diskriminering, inkludert spørsmålet om eventuelle nye grupper bør omfattes av lovens diskrimineringsvern.
- Bortfall av unntakene for religiøse trossamfunn fra forbudene mot diskriminering på grunn av kjønn eller homofil samlivsform i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven.
- Ratifikasjon og inkorporering av Den europeiske menneskerettskonvensjon tilleggsprotokoll nr. 12 om diskriminering.
- Grunnlovsbestemmelse om vern mot diskriminering, med mindre en grunnlovskommisjon oppnevnt av Stortinget får i oppdrag å utrede dette.

Utvalget skal legge frem sin innstilling innen 1. juli 2009, og har allerede levert en delinnstilling om unntakene for trossamfunn 11. januar 2008, se NOU 2008:1.

Ved vedtakelse av en ny samlet lov mot diskriminering vil likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven bli opphevet.

Historikk

I de opprinnelige forarbeidene til likestillingsloven er det i liten grad drøftet om graviditetsdiskriminering fulgte av det generelle diskrimineringsforbudet i § 3, og var begrenset til følgende uttalelse:

"Etter departementets mening kan en arbeidsgiver likeledes ikke nekte å ansette en ung kvinne som ikke har barn fordi hun formoder at hun vil komme til å få barn i nærmeste framtid og derved vil ha krav på svangerskapspermisjon."

Forbudet mot graviditetsdiskriminering ble opprinnelig regnet som et forbud mot indirekte diskriminering. Hovedregelen var dermed at graviditetsdiskriminering var forbudt, men hvorvidt en handling var i strid med loven var avhengig av en konkret interesseavveining. Interessene som ble veid mot hverandre var arbeidsgivers ulemper og kostnader sett opp mot kvinnens behov for å bli ansatt. Arbeidsgivers ulemper og kostnader ville typisk være det forventede fraværet fra stillingen som graviditeten og fødselen ville utløse (sykdom under svangerskapet, fødselspermisjon mv.), og kostnader forbundet med opplæring av vikar osv. Fra ombudet og klagenemndas praksis kan man oppsummere at vernet mot graviditetsdiskriminering var sterkere jo nærmere begrunnelsen var knyttet til graviditeten og fødselen, og svakere hvis det var tale om avledede følger, som for eksempel langvarig omsorgspermisjon.

Ved en lovendring i 2002 ble vernet mot graviditetsdiskriminering styrket, og brakt i tråd med EØS-rettslige krav. Det fulgte av lovendringen at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel skulle regnes som direkte forskjellsbehandling. Endringen var en skjerpelse av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn fordi det ikke lenger skulle kunne legges vekt på eventuelle ulemper som likebehandling kunne innebære for arbeidsgiver. Den nye definisjonen omfattet ikke bare handlinger som er begrunnet i graviditeten, men også handlinger begrunnet i fravær, utnyttelse av rettigheter (fødselspermisjon osv.) og andre forhold som utløses av graviditet og fødsel. Dette innebar et absolutt forbud mot forskjellsbehandling som kan knyttes til graviditet, amming og utnyttelse av rettigheter som er forbeholdt det ene kjønn. Dette gjaldt for eksempel kvinners fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen og menns utnyttelse av fedrekvoten. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet og forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver generelt, ville som tidligere måtte regnes som indirekte forskjellsbehandling og således kunne være betinget av en interesseavveining.

Et annet hensyn bak skjerpingen av vernet mot graviditetsdiskriminering var at forbudet mot kjønnsdiskriminering ikke ble tolket i samsvar med EU-retten, som har lagt til grunn et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering, uansett hvilke konsekvenser dette kan få for den aktuelle virksomheten. Sammenlignet med mange av EU-landene har arbeidstakere i Norge rett til relativt lange lønnede fødselspermisjoner som kan deles mellom foreldrene. EF-domstolen synes å knytte graviditetsrelatert fravær kun til kvinner. Domstolen legger imidlertid til grunn en «beskyttet periode» som gjelder under graviditeten og fram til fødselspermisjonens utløp. Samtidig har domstolen avvist at forskjellsbehandling begrunnet i omsorgspermisjon er direkte forskjellsbehandling i likebehandlingsdirektivets forstand. Domstolen ser ut til å legge opp til at det dreier seg om den delen av permisjonen som direkte er knyttet til beskyttelsen av morens og barnets helse, og det særlige forholdet mellom mor og barn etter fødselen. Hvor lang denne beskyttede perioden ellers skal være, er uklart og domstolen synes å gi statene en viss autonomi her.

Omfanget av graviditetsdiskriminering

(Begrepet graviditetsdiskriminering omfatter her også saker om diskriminering på grunn av fødsels- og foreldrepermisjon.)

Likestillings- og diskrimineringsombudet gir både generell veiledning og behandler klagesaker etter enkelthenvendelser. Tre av fire klager på kjønnsdiskriminering kommer fra personer som føler seg forskjellsbehandlet i arbeidslivet. Nesten to tredjedeler av saker hvor ombudet gir veiledning dreier seg også om arbeidslivet.

Antallet gravide som henvender seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet (ombudet) fordi de føler seg diskriminert i arbeidslivet øker kraftig. I 2006 ga ombudet veiledning i 271 slike saker, mens tallet for 2007 var 349. På 1990-tallet mottok ombudet om lag ti slike henvendelser i året. Antallet klagesaker de siste årene holder seg derimot ganske stabilt på rundt 30 klager per år – 28 i 2007, 33 i 2006, mens antall klager i 2003 var 31, og i 2004 29.

Arbeidsforskningsinstituttet (AFI) har fått i oppdrag fra BLD å gjennomføre et forskningsprosjekt om diskriminering på grunn av graviditet og uttak av fødsels- og foreldrepermisjon.

Rettsstilstand

Likestillingsloven

Likestillingsloven § 4 forbyr forskjellsbehandling på grunn av kjønn ved ansettelse mv. Bestemmelsen er en presisering av generalklausulen i § 3 i loven – ”*Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt*”. Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, herunder forbudet mot graviditetsdiskriminering, gjelder ved ansettelse, forfremmelse, oppsigelse og permittering, jf likestillingsloven § 4 annet ledd, jf § 3. Forbudet gjelder ikke bare selve ansettelsen, men omfatter også de forberedelser som er gjort i forkant av dette. Dette innebærer blant annet at arbeidsgiver ikke må handle i strid med diskrimineringsforbudet ved utlysning av stillingen eller ved utvelgelse av søkere til intervju.

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.

Handlinger som er begrunnet i graviditeten, handlinger begrunnet i fravær og utnyttelse av rettigheter (fødselspermisjon osv.) og også andre forhold som utløses av graviditet, faller inn under bestemmelsen. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet og forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver generelt, regnes som indirekte forskjellsbehandling og således kunne være betinget av en interesseavveining.

Forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet ved ansettelse er tilnærmet absolutt. Vernet mot diskriminering på grunn av graviditet ved ansettelse er utpenslet av praksis fra EF-domstolen som Norge er bundet av.

Arbeidsgiver kan ikke påberope som grunnlag for ikke å inngå et ansettelsesforhold at graviditet og påfølgende fravær vil medføre økonomiske eller andre konsekvenser. EF-domstolen slo i sak C-177/88, Dekker, fast at forskjellsbehandling på grunn av graviditet

utgjør direkte diskriminering på grunn av kjønn, og kan ikke begrunnes i de økonomiske konsekvenser graviditeten medfører for arbeidsgiver. Dette er gjentatt en rekke ganger av EF-domstolen.¹

Arbeidsgiver kan heller ikke påberope seg det forhold at en gravid søker ikke kan utføre de oppgaver som ligger til stillingen. Spørsmålet om en gravid kvinne kunne nektes ansettelse med den begrunnelse at nasjonal lovgivning forbyr at gravide kvinner settes til arbeidsoppgaver som innebærer visse former for risiko, med den følge at søker ikke kan tiltre før etter fødselen, var oppe for EF-domstolen i sak C-207/98, Mahlburg. EF-domstolen svarte avvisende på spørsmålet, med den begrunnelse at kvinner ikke skal stilles i en dårligere stilling på grunn av graviditet. EF-domstolen viste blant annet til sak C-136/95, Habermann – Beltermann, som slår fast at et lovfestet forbud mot nattarbeid for gravide ikke kan begrunne oppsigelse på grunn av graviditet.

EF-domstolens avgjørelse i sak C-1993/32, Webb, fastslår at en kvinne som ikke kan utføre de arbeidsoppgaver hun er ansatt for, på grunn av at hun blir gravid kort tid etter at arbeidsavtalen ble inngått, ikke er i sammenlignbar situasjon som menn som av andre grunner ikke kan utføre arbeidsoppgaver som ligger til stillingen. Saken gjaldt oppsigelse av en kvinne som var ansatt på ubestemt tid, men i første omgang skulle være vikar for en annen kvinnelig ansatt i foreldrepermisjon. EF-domstolen slo fast at oppsigelse av en kvinne på grunn av graviditet ikke kan begrunnes med at hun er ute av stand til å oppfylle vesentlige deler av sine forpliktelser etter arbeidsavtalen, som for arbeidsgiver er at arbeidstakeren er til stede. En slik fortolkning ville ifølge EF-domstolen føre til at graviditetsvernet ikke vil ha effektiv virkning.

Diskrimineringsvernet gjelder både faste og midlertidige stillinger. EF-domstolen uttalte i sak C-109/00 Tele Danmark, at vernet er det samme for midlertidige som for faste stillinger. Når det gjelder ansettelsesforholdets varighet la EF-domstolen vekt på at likestillingsdirektivene ikke oppstiller noe skille mellom faste og midlertidige stillinger, og at ansettelsesforholdets varighet er et særdeles uberegnelig element i ansettelsesforholdet, ettersom det kan være av kortere eller lengre varighet og kontrakten kan fornyes eller forlenges. Det ble også vektlagt at tidsbegrensede ansettelsesavtaler utgjør en ikke ubetydelig del av ansettelsesforholdene, slik at vernet ville være betydelig svekket dersom midlertidige stillinger ikke var omfattet.

Dagens regler angir imidlertid ikke et entydig forbud mot spørsmål om graviditet/familieplanlegging under intervju.

Arbeidsmiljølov og diskrimineringslov

Både arbeidsmiljøloven og diskrimineringsloven har bestemmelser som oppstiller forbud mot stille nærmere spesifiserte spørsmål under et intervju. Forarbeidene gir imidlertid ingen holdepunkter for å tolke disse bestemmelsene som et forbud mot å stille spørsmål om graviditet.

I arbeidsmiljøloven reguleres dette i § 13-4:

"(1) Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om seksuell orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

¹

(2) Forbudet i første ledd gjelder ikke dersom innhenting av opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjon er begrunnet i stillingens karakter eller det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte politiske syn og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet. Tilsvarende gjelder for opplysninger om søkerens eventuelle homofile legning eller samlivsform. Dersom slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysingen av stillingen."

I diskrimineringslovens reguleres dette i § 7:

'Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

Forbudet i første ledd gjelder ikke dersom innhenting av opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål er begrunnet i stillingens karakter, eller det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte religiøse eller kulturelle syn og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet. Dersom slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen."

EU-retten

Forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn er et grunnleggende EU-rettslig prinsipp, som er nedfelt i blant annet EU-traktaten artikkel 13, hvoretter Rådet kan treffe egnede tiltak for å bekjempe forskjellsbehandling på grunnlag av blant annet kjønn.

Etter EØS-avtalen artikkel 70 plikter Norge å fremme prinsippet om lik behandling for kvinner og menn ved å gjennomføre de relevante direktivene. Det er vedtatt en rekke direktiver for kjønnslikestilling. I denne sammenheng omtales rådsdirektiv 76/207/EØF og rådsdirektiv 92/85/EØF.

Direktiv 76/207 har til formål å gjennomføre prinsippet om likebehandling av menn og kvinner med hensyn til arbeid, herunder forfremmelse og kompetanseutvikling samt arbeidsvilkår. I denne formålsbestemmelsen statueres prinsippet om likebehandling. Prinsippet om likebehandling innebærer at det ikke skal finne sted forskjellsbehandling på grunn av kjønn, verken direkte eller indirekte, særlig under henvisning til sivilstand eller familiestatus, jf artikkel 2 nr 1, for så vidt angår tilgang til arbeid, herunder utvelgelseskriterier, til stillinger og funksjoner innen hver sektor og på alle nivåer, jf artikkel 3 nr 1. Direktivet er likevel ikke til hinder for særlige regler til beskyttelse av kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel, jf artikkel 2 nr 3. Slike regler kan imidlertid ikke begrunne forskjellsbehandling (jf EF-domstolens praksis som referert nedenfor).

Direktiv 92/85/EØF har til formål å fremme tiltak for å bedre sikkerhet og helse til arbeidstakere som er gravide, nylig har født eller som ammer, jf artikkel 1. Etter direktivet plikter arbeidsgiver å foreta en risikovurdering og iverksette tilretteleggingstiltak dersom arbeidstakere eksponeres for faktorer i arbeidsmiljø som kan medføre en helserisiko for gravide, arbeidstakere som nylig har født eller som ammer, jf artikkel 5 jf artikkel 4. Direktivet oppstiller et forbud mot oppsigelse av gravid arbeidstaker, jf artikkel 10. Videre oppstiller direktivet bestemmelser for å sikre arbeidstakers arbeidsvilkår, herunder lønn og øvrige ytelser, selv om hun på grunn av graviditet for eksempel:

- ikke kan ha nattarbeid,
- ikke kan utføre andre arbeidsoppgaver som kan medføre helseskade,

- får endrede arbeidsoppgaver på bakgrunn av den pålagte risikovurderingen, og - får opprettholdt ytelser på tross av avvikling av foreldrepermisjon

Forslag til utforming og plassering

Departementet foreslår at ny bestemmelse tas inn i likestillingsloven. Departementet mener videre at dette er en prinsipielt viktig bestemmelse som det er viktig å gjøre arbeidsgivere og andre oppmerksom på, og anbefaler derfor at det tas inn en henvisning til bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd.

Bestemmelsen foreslås utformet slik:

Bestemmelsen foreslås tatt inn som et nytt tredje ledd i likestillingsloven § 4:

” I ansettelsesprosessen, herunder under intervju, må ikke arbeidsgiver be om at søkerne skal gi opplysninger om graviditet eller familieplanlegging. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.”

Det foreslås også tilføyelser i likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2 for å presisere at spørsmål om graviditet og familieplanlegging regnes som direkte diskriminering:

2. Setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn. *Tilsvarende skal spørsmål om graviditet eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen regnes som direkte diskriminering.*

For ytterligere å skjerpe vernet mot graviditetsdiskriminering foreslås begrensningen i likestillingsloven § 3 annet ledd første punktum i.f. fjernet:

2. Setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter (som er forbeholdt det ene kjønn). *Tilsvarende skal spørsmål om graviditet eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen regnes som direkte diskriminering.*

Forslaget bygger på arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd og diskrimineringsloven § 7 første ledd. Første punktum oppstiller et forbud mot å be søkeren gi nevnte opplysninger. Annet punktum innebærer et forbud mot å be andre enn søkeren om slike opplysninger. Et eksempel kan være at det er forbudt å spørre referanser eller tidligere arbeidsgiver. Direkte spørsmål om søker er gravid eller planlegger å bli gravid må sies å falle inn under forbudets kjernesone.

Et særlig spørsmål er hvilke ytterligere opplysninger som skal omfattes av forbudet. Spørsmål om sivilstatus og antall barn kan langt på vei kan føre til samme diskriminerende handlinger ved ansettelse som spørsmål om graviditet. Slike spørsmål må imidlertid anses å ligge i forbudets randzone. De bærende hensyn bak et forbud mot å spørre om graviditet gjør

seg likevel gjeldende også for slike spørsmål, da de åpner for spekulasjoner om for eksempel fravær knyttet til fremtidig uttak av foreldrepermisjon. Departementet kan heller ikke se at arbeidsgivere har et saklig behov for slike opplysninger, da dette er uten betydning for å vurdere søkers kvalifikasjoner og egnethet for stillingen. Vektlegging av slike opplysninger vil uansett fort være i strid med likestillingslovens regler. Det er fremdeles kvinner som tar hovedomsorgen for barn og tar lengre foreldrepermisjon. Vektlegging av sivilstatus, antall barn m.m. vil dermed først og fremst ramme kvinner, og utgjøre indirekte diskriminering. Likestillingsloven verner imidlertid både kvinner og menn. Dersom arbeidsgiver innhenter slike opplysninger kan bevisbyrden gå over på arbeidsgiver etter lovens § 16, slik at arbeidsgiver må sannsynliggjøre at dette ikke har blitt vektlagt negativt i ansettelsesprosessen. Departementet ønsker høringsinstansenes syn på om også slike og evt andre opplysninger også bør omfattes av forbudet, og evt hvordan et slikt forbud kan utformes.

Departementet ber også om en tilbakemelding på hvorvidt bestemmelsen, når spørsmålsstillingen også gjelder ”familieplanlegging” bør utformes mer kjønnsnøytralt.

Departementet mener at det ikke er ønskelig med en unntaksadgang fra forbudet, jf arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4 annet ledd og diskrimineringsloven § 7 annet ledd. En ser allikevel at det i helt spesielle unntakstilfeller vil være behov for å spørre om, og vektlegge, graviditet og familieplanlegging. Som eksempel kan nevnes tildeling av film-/teaterroller som stiller spesielle krav til utseende. En gravid kvinne vil for eksempel neppe fremstå som særlig troverdig i rollen som Anne Frank. En slik adgang til å spørre om, og vektlegge, graviditet og familieplanlegging vil etter departementets vurdering kunne hjemles i det ulovfestede saklighetskravet.

Endringen vil innebære at all forskjellsbehandling som relaterer seg til utnyttelse av permisjonsrettigheter regnes som direkte forskjellsbehandling. Dagens tilstand, hvor det kun er ”*permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn*” som regnes som direkte forskjellsbehandling, vil kunne få uheldige konsekvenser i praksis, jf for eksempel sak 5/2006 der Likestillings- og diskrimineringsnemnda vurderer både graviditet og hele fødsels- og foreldrepermisjonen som indirekte diskriminering. Det vises i denne sammenheng også til at det etter EF-domstolens praksis er uklart hvor langt vernet mot direkte forskjellsbehandling i disse tilfellene strekker seg. Uansett hvordan man tolker EF-praksis vil denne ikke være til hinder for at man regner all forskjellsbehandling knyttet til utnyttelse av permisjonsrettigheter som direkte forskjellsbehandling. (EF-domstolen angir kun en minstestandard)

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.

Vedlegg I

Praksis fra Klagenemnda for Likestilling og Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Klagenemnda for Likestilling behandlet 24 saker om graviditetsdiskriminering i perioden 2000-2005. Nemnda konstaterte at det var ulovlig forskjellsbehandling i 14 av sakene.

Klagenemndas sak nr. 7/2002

Saken gjelder spørsmål om Y kommune handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd jf § 3 da kommunen trakk tilbake tilbud om lærervikariat for X.

X søkte vikariat som lærer i Y kommune for skoleåret 2001/2002. I brev fra Y kommune datert 4. mai 2001 fikk hun tilbud om årsvikariat ved Y barne- og ungdomsskule. X takket skriftlig ja til tilbudet. Den 4. juni 2001 sendte hun skriftlig søknad om fødselspermisjon til kommunen. Hun opplyste at forventet nedkomst var 16. august 2001, og at hun derfor ikke kunne tiltre vikariatet i det hele tatt. I brev datert 18. juni 2001 trakk kommunen tilbudet om stilling som lærervikar tilbake med den begrunnelse at tilsetningen var gjort på sviktende grunnlag og derfor ugyldig.

Spørsmålet for nemnda var hvorvidt det er lovlig i forhold til likestillingsloven å ta hensyn til graviditet og permisjon ved tilsetningen eller ikke. Nemnda presiserte at graviditetsdiskriminering måtte regnes som indirekte forskjellsbehandling og at det derfor måtte foretas en helhetsvurdering hvor hensynet til arbeidstaker veies opp mot hensynet til arbeidsgiver. Nemnda viser til at saksforholdet har sterke likhetstrekk med EF-domstolens sak C- 109/00 (Tele Danmark), se pkt 2.8.2 og vedlegg 1. Nemnda presiserer at forskjellsbehandling av gravide i EU-retten er vurdert som direkte diskriminering, mens vi hos oss har betraktet dette som indirekte diskriminering. Nemnda uttaler videre at Norge står nokså fritt mht hvordan forpliktelsene etter direktivene gjennomføres og det viktige er at også norske kvinner har den faktiske beskyttelsen som direktivene gir. Nemnda fant etter dette at det ikke var adgang til å vektlegge graviditeten ved ansettelsen.

Det er flere punkt i uttalelsen som er interessante:

- Vedtaket er fattet før endringene i likestillingsloven i 2002
- Spørsmålet om ulovlig forskjellsbehandling vurderes derfor etter reglene om indirekte forskjellsbehandling
- Selv om vurderingen i utgangspunktet skjer etter reglene om indirekte forskjellsbehandling, synes det som om rimelighetsvurderingen skyves i bakgrunnen og at spørsmålet i realiteten vurderes etter reglene om direkte forskjellsbehandling

Klagenemndas sak nr. 3/ 2005

Saken gjaldt spørsmålet om en kommune, B, har handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf § 3, ved å trekke tilbake tilbud om prosjektlederstilling til A, da det ble klart at hun ikke kunne tiltre stillingen så tidlig som ønskelig på grunn av fødselspermisjon.

Nemnda viser til EF-domstolens praksis og at likestillingsloven var endret og at endringen tok "*sikte på en viss innstramning av forbudet ved at kravene til begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal skjerpes*", og at det generelt skal "*mye*

til for at hensynet til likestilling skal vike for andre interesser ", særlig når det er "retten til arbeid og lønnet inntekt ..., som svekkes ". Det fremgår videre at kravet til saklighet først og fremst betyr "at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv som likebehandling vil innebære ". Siden fødselspermisjonen det var tale om i denne saken ikke var forbeholdt mor (tre uker før og seks uker etter fødsel) måtte spørsmålet om ulovlig forskjellsbehandling vurderes etter reglene om indirekte forskjellsbehandling.

Nemnda kom til at As interesser i å få den aktuelle stillingen var sterkere enn kommunens behov for tidlig tiltredelse, og at det derfor var brudd på forbudet mot indirekte forskjellsbehandling.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda (nemnda) ble opprettet i 2006. Nemnda hadde per 30.10.2006 behandlet 10 saker som gjelder forskjellsbehandling på grunn av graviditet og/eller foreldrepermisjon. 8 av disse sakene gjaldt ansettelse, men bare i to av ansettelsessakene var klager gravid på søknadstidspunktet. I de øvrige sakene var kvinnene allerede i fødsels-/foreldrepermisjon.

Nemndas sak 5/2006

Nemnda konkluderte med at en kommune hadde forskjellsbehandlet på grunn av fødselspermisjon ved tilsetning i midlertidig stilling som sykepleierfaglig ansvarlig ved et sykehjem. Kvinnen var gravid på søknadstidspunktet og kunne ikke tiltre stillingen før etter noe tid. Nemnda uttalte følgende om lovverket:

"Etter likestillingsloven § 3 er det i utgangspunktet ikke tillatt å forskjellsbehandle kvinner og menn. Forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen er direkte diskriminering, j.f. § 3 andre ledd. Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet regnes som indirekte diskriminering, j.f. § 3 tredje ledd og Ot.prp. nr. 77 (2000-2000) s. 36 og 111. Det er fremdeles slik at kvinner tar hoveddelen av alle fødselspermisjoner. En handling som setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært fordi hun utnytter sine rettigheter til fødselspermisjon, vil derfor være indirekte forskjellsbehandling i lovens forstand. Nemnda finner det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i hele fødselspermisjonen, og behandler derfor forholdet under ett. Det vises også til Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111, der det uttales at det ikke er nødvendig for håndhevingsorganene å splitte opp argumentasjonen og begrunnelsen hvis handlingen uansett rammes av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling."

Nemnda vurderte dermed saken ut fra et spørsmål om indirekte forskjellsbehandling, selv om kvinnen var gravid på søknadstidspunktet. Nemnda konstaterte også at likestillingsloven gjelder ethvert ansettelsesforhold, både kortvarige og langvarige, jf.

Nemndas sak 8/2006

En kvinne hadde søkt vikariat som lærer ved en kommunal grunnskole. Hun hadde vært tilsatt i to andre vikariater ved samme skole forut for tilsettingen. Før hun søkte vikariatet fortalte hun rektor ved skolen at hun var gravid. Rektor uttalte at det ikke var ønskelig å tilsette en vikar for vikaren da hun fikk vite at søkeren var gravid.

Nemnda mente at det var grunn til å tro at graviditeten hadde bidratt til at skolen tilsatte en annen. Nemnda kom likevel til at arbeidsgiver hadde oppfylt sin bevisbyrde, ved at hun som var tilsatt var best kvalifisert ut fra skolens behov. Ansettelsen var derfor ikke i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf § 3.

Oppsummering

Det er verdt å merke seg at både nåværende og tidligere klagenemnd fortsatt vurderer saker om graviditet og ansettelse etter reglene om indirekte forskjellsbehandling, selv om arbeidssøkeren på tidspunktet for søknaden er gravid. Begrunnelsen er at det ikke er hensiktsmessig å splitte opp vurderingen der også den etterfølgende foreldrepermisjonen har blitt tillagt vekt i ansettelsesprosessen. I prinsippet betyr det at det styrkede graviditetsvernet blir svekket, ved at unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd kommer til anvendelse, og hensynet til arbeidsgiver og arbeidstaker i disse tilfellene veies opp mot hverandre.

På den andre siden virker det som om selve vurderingen av unntaksbestemmelsen har blitt strengere i favør av arbeidssøker. I flere av sakene fastslår klagenemnda/nemnda at ulempene for arbeidsgiver ved ansettelse i vikariater og midlertidige stillinger ikke veier tyngre enn arbeidssøkerens interesse i å bli ansatt.

Rettspraksis

Det er begrenset rettspraksis knyttet til forskjellsbehandling på grunn av graviditet, og ingen rettspraksis som direkte gjelder spørsmål om graviditet under intervju.

7. april 2008 ble det imidlertid avsagt en dom i Alta tingrett vedrørende krav om erstatning og oppreisning etter arbeidsmiljøloven og likestillingsloven. Dommen er anket (og således ikke rettskraftig) men saken ennå ikke berammet.

Saken gjelder krav om erstatning og oppreisning etter arbeidsmiljøloven og likestillingsloven. Saksøker søkte sommeren 2006 jobb som daglig leder i et reisebyrå. Det er omstridt hvorvidt det ble inngått en avtale på bakgrunn av søknaden og den etterfølgende prosess. I en etterfølgende e-post informerte saksøker om at hun var gravid. Det ble etter dette avholdt et styremøte hvor det ble fattet vedtak om at saksøker ikke skulle ansettes ikke som daglig leder.

Saksøkeren har i det vesentlige anført at hun ble ansatt som daglig leder høsten 2006. Da hun informerte om sin graviditet, ble avtalen fragått. Dette er å likestille med en oppsigelse.

Saksøkte har i det vesentlige anført at det ikke er inngått noen arbeidsavtale med saksøker og at hun følgelig ikke er ansatt.

Retten anfører at:

”...Det er ikke nødvendig å dokumentere at det er inngått en arbeidsavtale for at denne bestemmelsen skal komme til anvendelse, da den gjelder på alle stadier av ansettelsesprosessen. Problemstillingen etter denne bestemmelse er om saksøker ble dårligere stilt enn hun ellers ville vært på grunn av graviditet, jf lovens § 3 annet ledd, nr. 2...

...Problemstillingen i denne saken er om Bang er forbigått i ansettelsesprosessen fordi hun var gravid. Retten skal først bemerke at likestillingsloven § 16 gir anvisning på at bevisbyrden blir snudd dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med loven. Slike omstendigheter foreligger i denne saken. Det er dokumentert at Bang var førstevalget av kandidatene som var aktuelle, at det var innledet forhandlinger med henne med tanke på å komme frem til en avtale og at hennes graviditet førte til at Sande Reisebyrå måtte vurdere den situasjonen som da oppstod, som det fremkommer av styrets behandling den 19. desember 2006. Det er etter dette Sande Reisebyrå som har bevisbyrden for at det ikke har forekommet forskjellsbehandling i strid med loven ...

Retten skal bemerke at det synes påfallende at styret i selskapet valgte å ikke ansette Bang på bakgrunn av en prosess som ble utløst av at Bang informerte om at hun var blitt gravid. Lovens klare utgangspunkt er at det ikke er tillatt å legge vekt på svangerskap ved ansettelsesvurderingen. Retten er enig med Sande Reisebyrå om at Bang ikke var garantert stillingen selv om hun var innstilt som nr.1, men spørsmålet i denne saken er det er graviditeten som gjorde at hun ikke fikk stillingen til tross for at hun var innstilt som nr. 1

...Retten skal videre bemerke at Nesse må ha vært klar over hennes formelle kompetanse da de innledet forhandlingene. Ei heller anførselen om at hun ikke hadde de personlige egenskaper en daglig leder må ha noe som blant annet viser seg i at hun varslet om graviditeten så sent og at dette er illojalt, kan etter rettens mening føre frem. Bang har ikke opplysningsplikt i forhold til sin graviditet og når hun likevel velger å informere Sande Reisebyrå om dette kan ikke retten se at dette på noen måte kan være illojalt...

Retten skal også bemerke at på det tidspunkt hvor styret fattet sin beslutning om å ikke ansette Bang, var det ingen andre aktuelle kandidater til stillingen. Først da det ble klart at Bang ikke ville bli tilsatt, gjorde man en ny henvendelse til Lena Nielsen som da meldte seg interessert.

... Retten kan ikke se at likestillingsloven § 3 åpner for å se hen til at det i denne saken gjelder en ledende stilling og at dette skal gi et større spillerom ved ansettelsen. Beskyttelsen som gis i bestemmelsen må gjelde like mye for en leder som for en underordnet og retten kan ikke se at det foreligger særlige grunner som tilsier at unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd kommer til anvendelse.

Retten har etter dette kommet til at Sande Reisebyrå ikke har oppfylt bevisbyrden for at det ikke foreligger rettsstridig forskjellsbehandling, jf likestillingsloven § 16, jf § 4 annet ledd, jf § 3. Retten kan ikke se at det er andre forhold enn graviditeten på vedtakstidspunktet som var årsaken til at Bang ikke fikk jobben. Sande Reisebyrå er dermed erstatningspliktig etter likestillingsloven § 17.”

Praksis fra EF- domstolen

EF- domstolen har slått fast at forskjellsbehandling på grunn av graviditet er direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, da det å ikke ansette en arbeidssøker med denne begrunnelsen kun anvendes overfor det ene kjønn.

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet kan ikke begrunnes med det økonomiske tap som arbeidsgiver påføres i forbindelse med fravær under foreldrepermisjon, jf sak C-1 88 Dekker. I sak om oppsigelse har EF-domstolen slått fast at oppsigelse av en kvinne på grunn av graviditet ikke kan begrunnes med at hun er ute av stand til å oppfylle vesentlige deler av sine forpliktelser etter arbeidskontrakten, herunder være tilstede under graviditeten, jf C- 2 Webb.

En nasjonal lovgivning som forbyr at gravide kvinner settes til arbeidsoppgaver som innebærer visse former for risiko, skal i følge EF-domstolen ikke føre til at kvinner stilles dårligere ved ansettelse. Arbeidsgiver kan derfor ikke nekte å ansette en gravid kvinne med den begrunnelse at søker under graviditeten ikke kan utføre det arbeide som ligger til stillingen, jf C-2o 8 Mahlbur.

I sak C-1o 0o Tele Danmark slo EF-domstolen fast at fellesskapsretten forbyr oppsigelse av gravid arbeidstaker, også når det gjelder midlertidige stillinger. Det er uten betydning at arbeidstakeren visste om graviditeten da hun søkte på stillingen, og at hun unnlot å opplyse om dette. EF- domstolen avviste en anførsel om at søkeren hadde opptrådt i strid med lojalitetsplikten ved å ikke informere arbeidsgiver om graviditeten. Domstolen pekte på at arbeidssøker ikke har plikt til å opplyse om graviditet, siden arbeidsgiver ikke har rett til å legge vekt på graviditeten i ansettelsesprosessen. Hvis det ble akseptert at arbeidssøker var forpliktet til å opplyse arbeidsgiveren om graviditet, ville det kunne gjøre den rettslige beskyttelsen av gravide arbeidstakere ineffektiv.

EF-domstolen har også slått fast at det å nekte en kvinne å komme tilbake til arbeidet før utløpet av foreldrepermisjonen på grunn av graviditet utgjør en direkte diskriminering på grunn av kjønn. Når en arbeidstaker ikke kan legge vekt på graviditeten ved fastsettelse av arbeidsvilkår, er arbeidstaker heller ikke forpliktet til å opplyse om graviditeten.

En nærmere beskrivelse av de aktuelle avgjørelsene fra EF-domstolen finnes i vedlegg II.

Vedlegg II

Praksis fra EF-domstolen

C-177/ 88 Dekker

Rådsdirektiv 76/207 artikkel 2 nr i og artikkel 3 nr 1.

Saken gjaldt nektelse av å inngå ansettelsesforhold med en kvinnelig søker til en undervisningsstilling. Søkeren var funnet best kvalifisert og innstilt som nr i av ansettelsesutvalget. Etter at hun informerte ansettelsesutvalget at hun var gravid i tredje måned meddelte virksomheten at hun ikke ville bli ansatt.

EF-domstolen slo fast at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel utgjør direkte forskjellsbehandling, da det å ikke ansette en arbeidssøker med denne begrunnelsen kun anvendes overfor det ene kjønn.

EF-domstolen slo videre fast at forskjellsbehandling på grunn av graviditet ikke kan begrunnes med det økonomiske tap arbeidsgiver påføres i forbindelse med fravær under foreldrepermisjon. Forskjellsbehandling på grunn av graviditet er direkte forbundet med søkerens kjønn. Det er derfor uten betydning om det for den enkelte stilling også er mannlige søkere eller ikke. Det er heller ikke et vilkår for sanksjonering av overtredelse av forbudet mot forskjellsbehandling at arbeidsgiver har utvist skyld.

C-32/93 Webb

Rådsdirektiv 76/06 artikkel 2 nr i og artikkel 5 nr 1.

Saken gjaldt oppsigelse av en kvinne som var ansatt på ubestemt tid, men som i første omgang skulle være vikar for en annen kvinnelig ansatt i foreldrepermisjon. Begrunnelsen for oppsigelsen var at hun kort tid etter at hun ble ansatt selv ble gravid, og kunne derfor ikke fungere som vikar.

F-domstolen slo fast at oppsigelse av en kvinne på grunn av graviditet utgjør direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. EF-domstolen slo videre fast at en kvinne som ikke kan utføre de arbeidsoppgaver hun er ansatt for, på grunn av at hun blir gravid kort tid etter at arbeidsavtalen ble inngått, ikke er sammenlignbar med menn som av andre grunner ikke kan utføre de arbeidsoppgaver som ligger til stillingen.

EF-domstolen slo videre fast at oppsigelse av en kvinne på grunn av graviditet ikke kan begrunnes med at hun er ute av stand til å oppfylle vesentlige deler av sine forpliktelser etter arbeidskontrakten. For arbeidsgiver er det nødvendigvis en vesentlig betingelse for riktig oppfyllelse av arbeidskontrakten at arbeidstaker er til stede. Men den beskyttelse fellesskapsretten sikrer kvinner under graviditet og etter fødsel, er ikke avhengig av om det er nødvendig for virksomheten at hun er til stede under graviditeten. Den motsatte fortolkning ville føre til at direktivets bestemmelser ikke får effektiv virkning.

Særlig om beskyttelsestiltak for gravide, artikkel 76/207 artikkel 2 nr 3

C- 207/ 98 Mahlburg

Rådsdirektiv 76/207 artikkel 2 nr 1 og 3

I denne saken fikk EF-domstolen forelagt spørsmålet om direktivet er til hinder for at en gravid kvinne nektes ansettelse, med den begrunnelse at nasjonal lovgivning forbyr at gravide

kvinner settes til arbeidsoppgaver som innebærer visse former for risiko, noe som får til følge at hun ikke kan tiltre før etter fødselen.

EF-domstolen viste til at det tidligere var fastslått at et lovfestet forbud mot nattarbeid for gravide kvinner, som kan vedtas i samsvar med direktivets artikkel 2 nr 3, ikke kan gi grunnlag for oppsigelse av eksisterende arbeidsforhold, jf C-421/92 Habermann-Beltermann. I sak C-136/95 slo EF-domstolen uttrykkelig fast at kvinners bruk av rettigheter etter direktivets artikkel 2 nr 3 ikke skal føre til at de stilles i en dårligere stilling når det gjelder ansettelse eller arbeidsvilkår, og at direktivet tilsikter reell og ikke formell likestilling. På denne bakgrunn slo EF-domstolen fast at den nasjonale lovgivningen, som forbyr at gravide kvinner settes til arbeidsoppgaver som innebærer visse former for risiko, ikke skal føre til at kvinner stilles dårligere ved ansettelse. Arbeidsgiver kan derfor ikke nekte å ansette en gravid søker med begrunnelse at søker under graviditeten ikke kan utføre det arbeid som ligger til stillingen. Økonomiske følger for virksomheten, særlig for små og mellomstore bedrifter, kan ikke føre til et annet resultat, jf C-177/88 Dekker.

Også for midlertidige stillinger

C-109/00 Tele Danmark

Rådsdirektiv 76/207 artikkel 5 nr 1, rådsdirektiv 92/85 artikkel 19

EF-domstolen slo fast at fellesskapsretten forbyr oppsigelse av gravid arbeidstaker, også når det gjelder midlertidige stillinger. Dette gjelder selv om hun, på grunn av graviditeten, ikke kan utføre arbeid i vesentlige deler av ansettelsesperioden. EF-domstolen slo videre fast at det er uten betydning at arbeidstakeren visste om graviditeten da hun søkte på stillingen, og at hun unnlot å opplyse om dette.

Det har heller ingen betydning for fortolkningen av reglene at arbeidstakeren er ansatt i en stor virksomhet som hyppig ansetter i midlertidige stillinger. Virksomheten anførte blant annet at søkeren hadde opptrådt i strid med den gjensidige lojalitetsplikten i forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver ved å ikke innforme om graviditeten. EF-domstolen avviste dette med at arbeidssøker ikke har plikt til å opplyse om dette, og fellesskapsrettens effektivitet, se nedenfor.

Fra Tele Danmark dommen trekker vi særlig frem følgende fra dommens premisser:

Premiss 24: 'As to the circumstances that Ms Brandt Nielsen failed to state that she was pregnant when she was recruited, the Commission submits that a worker is not obliged to inform her employer of her condition, since the employer is not entitled to take it into account on recruitment. The EFTA Surveillance Authority adds that, if such an obligation to inform the employer were accepted, it could render ineffective the protection of pregnant workers established by Article 10 of Directive 92/85, even though the Community legislature intended such protection to be especially high.'

Premiss 31-33: "Since the dismissal of a worker on account of pregnancy constitutes direct discrimination on grounds of sex, whatever the nature and extent of the economic loss incurred by the employer as a result of her absence because of pregnancy, whether the contract of employment was concluded for a fixed or an indefinite period has no bearing on the discriminatory character of the dismissal. In either the case the employee's inability to perform her contract of employment is due to pregnancy.

Formatert: Engelsk (USA)

Moreover, the duration of an employment relationship is a particularly uncertain element of the relationship in that, even if the worker is recruited under a fixed term contract, such a relationship may be for a longer or shorter period, and is moreover liable to be renewed or extended.

Finally, Directives 76/207 and 92/85 do not make any distinction, as regard the scope of the principle of equal treatment for men and women, according to the duration of the employment relationship in question. Had the Community legislature wished to exclude fixed term contracts, which represent a substantial proportion of employment relationships, from the scope of those directives, it would have done so expressly."

Ingen plikt til å opplyse om graviditet, og arbeidsgiver ikke adgang til å trekke tilbud pga graviditet arbeidsgiver ikke var orientert om

C-geo / o1 Busch

Rådsdirektiv 76/207 artikkel 2 nr i

Saken gjaldt en arbeidstaker i foreldrepermisjon, som ba arbeidsgiver om å få komme tilbake i arbeidet tidligere enn opprinnelig avtalt. Dagen etter hun kom tilbake i stillingen meddelte hun arbeidsgiveren at hun var gravid i syvende måned. Begrunnelsen for at hun ønsket å tre tilbake i arbeidet før avtalt var at hun dermed kunne få utbetalt en ekstra ytelse, som var høyere enn foreldrepengene, samt et tillegg til foreldrepengene.

EF-domstolen slo fast at det å nekte en kvinne å komme tilbake til arbeidet før utløpet av foreldrepermisjon på grunn av graviditet utgjør direkte diskriminering på grunn av kjønn. Når en arbeidsgiver ikke kan legge vekt på graviditeten ved fastsettelse av arbeidsvilkår, er arbeidstaker heller ikke forpliktet til å opplyse om dette. Den omstendighet at arbeidstakers motivasjon for å tre tilbake til arbeidet var å oppnå et tillegg til foreldrepengene, som betales av arbeidsgiver, kan ikke begrunne forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Da arbeidsgiver ikke kan nekte en arbeidstaker fra å komme tilbake etter foreldrepermisjon på grunn av graviditet, kan arbeidsgiver heller ikke trekke tilbake et tilsagn om at arbeidstaker skal få komme tilbake til arbeidet med den begrunnelse at arbeidsgiver var i villfarelse om graviditeten.