

Graviditetsdiskrimineringsvern for midlertidig ansatte

- Om vernet ved utløp og forlengelse av midlertidig stilling

Kandidatnummer: 84

Antall ord: 14818

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)*



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Rettskilde og metode.....	7
1.3 Avgrensinger.....	9
1.4 Videre fremstilling.....	9
2 Rammeverket for midlertidige ansettelser.....	11
2.1 Midlertidig ansettelse i topartsforhold.....	11
2.2 Hovedregel fast ansettelse – midlertidighet krever særhjemmel.....	11
2.3 Unntak fra hovedregel etter arbeidsmiljøloven § 14-9.....	12
a. Arbeidets karakter.....	12
b. Vikariat.....	13
c. Praksis.....	13
d. Generell adgang.....	13
2.4 Trepartsforhold.....	14
2.4.1 Forholdet mellom bemanningsbyrå og arbeidstaker.....	15
2.4.2 Forholdet mellom innleier og innleid arbeidstaker.....	16
2.5 Den absolutte maksgrensen ved midlertidig ansettelse.....	16
3 Rammeverket for graviditetsdiskriminering.....	18
3.1 Generelle utgangspunkt.....	18
3.1.1 Overordnede hensyn bak graviditetsdiskrimineringsvernet.....	18
3.2 Det alminnelige forbudet etter likestillings- og diskrimineringsloven § 6.....	19
3.3 Unntakshjemmelen etter likestillings- og diskrimineringsloven § 10.....	20
3.4 Retten til å komme tilbake ved endt permisjon etter likestillings- og diskrimineringsloven § 33.....	21
3.5 Reglene om delt bevisbyrde etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37.23	
4 Utfordringer for et effektivt graviditetsdiskrimineringsvern for midlertidig ansatte....	26
4.1 Noen utgangspunkter.....	26
4.2 Tolkningen av hva som utgjør «dårligere behandling».....	27

4.2.1	Generelle utgangspunkt og problemområde.....	27
4.2.2	Betydningen av om den midlertidige ansatte har et «rettskrav på stillingen»..	29
4.2.3	Betydningen av om den midlertidige ansatte beholder lønn og vernet utover den økonomiske interessen.....	32
4.2.4	Betydningen av ulempene for arbeidstaker.....	34
4.2.5	Vilkåret som selvstendig vurdering eller som en del av bevisbyrdereglene.....	35
4.3	Beviskravene ved påstått graviditetsdiskriminering.....	36
4.3.1	Bevistema.....	36
4.3.2	Bevismidler.....	36
4.3.2	Beviskrav.....	37
a.	«foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro».....	38
i.	Kjennskap til graviditeten og etterfølgende handlinger.....	39
ii.	Atypisk kontraktvarighet og andre forhold av betydning	
iii.	«klare indikasjoner»	
b.	Arbeidsgiver «sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd».....	44
i.	Betydningen av arbeidsgivers manglende kjennskap til graviditeten	
ii.	Driftsmessige årsaker og arbeidsgivers etterfølgende handling	
iii.	Betydningen av arbeidstakers egnethet og arbeidsutførelse	
4.4	Beviskravet sammenlignet med oppsigelsessaker.....	46
5	Oppsummering.....	48
	Litteraturliste.....	

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens problemstilling er vernet mot diskriminering på grunn av graviditet, i forbindelse med forlengelse av midlertidig stilling. Jeg vil gjennom oppgaven vise at det formelt sterke vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold, i praksis ikke gir tilfredsstillende vern for midlertidig ansatte.

I 2015 ble arbeidsmiljøloven (aml.) endret og adgangen for bruk av midlertidige ansatte etter aml. § 14-9 ble utvidet.¹ I høringsuttalelsene til lovendringen, ble det uttrykt skepsis til hvorvidt utvidet adgang til bruk av midlertidige ansatte ville ramme de diskrimineringsutsatte ytterligere. Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) fremhevet at kvinner og gravide er særlig utsatt for diskriminering i midlertidige stillinger.² Deres erfaring i saksbehandlingen var at «midlertidige ansettelser brukes til å fordekke graviditets- og foreldrepermisjonsdiskriminering.». I den sammenheng viste de til saksmengden som omhandler midlertidig ansatte som ikke får forlenget sitt engasjement, når det blir kjent at de er gravide. Tilsvarende erfaring har de der det midlertidige engasjementet løper til oppstart av lovfestet fødselspermisjon, og ikke blir forlenget i permisjonstiden.

I en undersøkelse fra 2015, foretatt av TNS Gallup på oppdrag av Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO), ble det antydnet tilsvarende problem som JURK erfarte. Undersøkelsen viste at midlertidighet i seg selv gir økt risiko for diskriminering.³ Det ble særlig fremhevet større konsekvenser for midlertidige ansatte som blir gravide. Det viste seg at 1 av 4 kvinner som var ansatt i midlertidige stillinger mente de ikke fikk forlengelse fordi de ventet barn. Samtidig erfarte 14 prosent av gravide i midlertidige stillinger, at de ikke fikk

¹ Arbeidsmiljøloven § 14-9 ble utvidet med en generell mulighet for å ansette midlertidig etter ny bokstav f)

² Juridisk rådgivning for kvinner, høring om endringer i arbeidsmiljøloven, Oslo 23.09.14. Se <https://jurk.no/wp-content/uploads/2016/06/Horing-midlertidighet.pdf> (Sist lastet ned 8.12.18)

³ TNS Gallup, *Undersøkelse om diskriminering på grunnlag av graviditet og foreldrepermisjon*, 2015, tilgjengelig fra TNS Gallups internettsider (kantar.no) <https://kantar.no/globalassets/fra-webnodes/eksperisomrader/politikk-og-samfunn/undersokelse-om-diskriminering-tns-gallup-2015.pdf>. Se sammendrag fra LDOs internettsider (ldo.no) <http://www.ldo.no/nyheter-og-fag/nyheter/nyheter-2015/midlertidige-mer-diskriminert/>. (sist lastet ned 8.12.2018)

forlenget sitt engasjement da de var i foreldrepermisjon. Resultatet av undersøkelsen viste at midlertidige ansatte rammes oftere av graviditetsdiskriminering enn fast ansatte.

Undersøkelsen ble gjort før siste endring i adgangen til midlertidige ansettelser, og er derfor basert på situasjonen før lovendringen av 2015. I forskningsresultatene uttrykte LDO en bekymring over at en utvidet adgang til midlertidige ansettelser ville gi en ytterligere økning i diskrimineringsaker.⁴

Også Yngre Legers forening uttaler at diskriminering av gravide er en av de viktigste sakene det jobbes med i foreningen. Ifølge foreningen er det mange leger som ikke får fast ansettelse før de er godkjente spesialister, i realiteten derfor først etter 4 år. Praksis er at leger i perioden under spesialisering stort sett jobber under 5-6 måneder lange vikariater eller engasjementer, som forlenges fortløpende. Ofte rammes dermed kvinner som i disse situasjonene står i fare for å ikke få forlenget sitt engasjement når de er gravide, eller skal ut i fødselspermisjon. Foreningen gir også uttrykk for at praksisen antagelig er motivert av økonomiske årsaker, som gir bedre fleksibilitet for arbeidsgiverne.⁵

Problemstillingen i denne avhandlingen er inspirert av den overnevnte diskrimineringsstatistikken og den økte bruken av midlertidig ansatte. Temaet er knyttet til graviditet og permisjon i forbindelse med fødsel, og konsekvenser graviditeten har for arbeidsforholdet, der det er midlertidig. Som statistikken viser, vil en gravid arbeidstaker i midlertidig stilling ofte oppleve at arbeidsavtalen ikke blir forlenget, der den utløper under graviditeten. Tilsvarende der den gravide ikke får forlenget arbeidsavtalen i det hun går ut i fødselspermisjon, eller i permisjonstiden. Det er uomtvistet at det foreligger et strengt diskrimineringsvern. Problemet som viser seg er imidlertid at gravide i midlertidig stilling ofte står i vanskelig bevisstilling, når det gjelder å påvise årsakssammenheng mellom stans i forlengelsen og graviditeten.⁶

Det er fast praksis i en del bransjer, at midlertidig ansatte engasjeres i korte kontrakter som

⁴ Sammendrag av LDOs omfangsundersøkelse om diskriminering av foreldre som venter barn eller er i foreldrepermisjon, LDOs internettsider (ldo.no) <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/nyheiter/nyheiter-2015/midlertidige-mer-diskriminert/>. (sist lastet ned 8.12.2018). Det virker i midlertid som om ny bokstav f) ikke har blitt tatt i bruk i den grad det var antatt.

⁵ LDOs årlige utgivelse, *Praksis*, 2008, s. 53-62, (s. 63), se LDOs internettsider (ldo.no) http://www.ldo.no/globalassets/praksis-del-1_a.pdf. (sist lastet ned 8.12.2018).

⁶ Tilsvarende Juridisk rådgivning for kvinner, høringsuttalelse, Oslo 23.9.14, se JURKs internettsider (jurk.no), <https://jurk.no/wp-content/uploads/2016/06/Horing-midlertidighet.pdf> (sist lastet ned 8.12.2018).

forlenges fortløpende. I slike ansettelsesforhold vil den midlertidige ansatte ofte bli forespeilet muligheter for forlengelse, og kanskje også på sikt en fast stilling i bedriften. De kontinuerlige forlengelsene varer frem til den midlertidige ansatte selv ikke lenger vil, eller er arbeidsdyktig⁷ lenger, eller der maksgrensene for midlertidig ansettelse blir nådd.⁸ I mellomtiden kan den midlertidige ansatte bli gravid eller rammes av svangerskapsrelatert sykefravær. I realiteten vil hun da ikke kunne arbeide fra senest niende måned i svangerskapet, og normalt ti-tolv måneder etter dette. Arbeidstakeren dette gjelder vil som oftest stå uten retten til å fortsette i stillingen etter fødselspermisjonen, ettersom arbeidsavtalen hun jobbet under var tidsbegrenset. Arbeidsgiver vil på denne måten enkelt kunne omgå arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern, og retten til å komme tilbake etter endt permisjon, jf. aml. §§ 15-9 og 12-5, likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) §§ 10 og 33, samt foreldrepermisjonsdirektivet klausul 5.⁹ Dersom arbeidstakeren ikke hadde vært gravid ville hun sannsynligvis fortsatt ha vært midlertidig ansatt, hvis arbeidsgiver fremdeles hadde et arbeidskraftsbehov som skulle dekkes inn av midlertidige ansettelser. Vurderingen om den gravide har kommet i en «dårligere stilling» i lovens forstand, vil være knyttet til om en midlertidig ansatt kvalifiserer til å kunne havne i dårligere stilling, når hun ikke får forlenget sitt engasjement.

Jeg har analysert diskrimineringsvernet for gravide arbeidstakere i midlertidig stilling, med særlig fokus på ulike faktorer som kan medføre at vernet ikke kommer en gravid midlertidig ansatt til gode. Analysen tar for seg trepartsforhold og direkte midlertidig ansettelse, såkalt topartsforhold, med særlig fokus på beviskravene ved påstått diskriminering. Til slutt ser jeg på om det på bakgrunn av funnene, håndheves et konsekvent graviditetsdiskrimineringsvern, med en sammenligning av oppsigelsesvernet for gravide i faste ansettelsesforhold. Særlig interessant er dette da de overordnede hensynene for det strenge graviditetsdiskrimineringsvernet er de samme.

⁷ Herunder alle typer tap av arbeidsevne som; sykdom, lovbestemt permisjon under og etter svangerskap.

⁸ Lovens maksgrensener for midlertidighet etter § 14-9 (5) og (6). Se punkt 2.5.

⁹ Rådsdirektiv 2010/18/EU klausul 5: «Ved utløpet av foreldrepermisjonen skal arbeidstakeren ha rett til å vende tilbake til samme stilling eller, dersom det er umulig, til et tilsvarende eller lignende arbeid i samsvar med sin arbeidsavtale eller sitt arbeidsforhold»

1.2 Rettskildebilde og metode

Rettskildebildet er delt mellom regulering i norsk lov med forarbeider, internasjonale direktiver og rettsavgjørelser, nasjonal forvaltningspraksis og noe domstolpraksis. De sentrale nasjonale rettskildene er likestillings- og diskrimineringsloven av 2017 og arbeidsmiljøloven av 2005, med lovforarbeider. Begge lovene har flere forarbeider, ettersom de har blitt revidert en rekke ganger. Det vil refereres til lovforarbeider i den grad de fremdeles har tilstrekkelig rettskildemessig vekt. Særlig er det i siste lovrevidering ofte henvist til tidligere lovforarbeider, der endringene ikke er ment å forandre rettstilstanden. I disse tilfellene vil vekten ikke kommenteres.

Bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven er utformet slik at de skal være i samsvar med internasjonale forpliktelser. En del konvensjoner og direktiver er derfor også relevante i tolkningen av reglene. Særlig gjelder dette likestillingsdirektivet¹⁰, graviditetsdirektivet¹¹, foreldrepermisjonsdirektivet¹², vikarbyrådirektivet¹³ og FNs kvinnekonvensjon¹⁴. FNs Kvinnekonvensjon er gjort til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2, og har forrang foran nasjonale lover ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3. Alle de overnevnte direktiver er en del av EØS-avtalen, og Norge er

¹⁰ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve.

¹¹ Rådsdirektiv 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (tiende særdirrektiv i henhold til artikkel 16 nr. 1 i direktiv 89/391/EØF).

¹² Rådsdirektiv 2010/18/EU av 8. mars 2010 om gjennomføring av den reviderte rammeavtalen om foreldrepermisjon inngått av BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFF og om oppheving av direktiv 96/34/EF.

¹³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid.

¹⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, vedtatt 18. desember 1979. Inkorporert i LOV-1999-05-21-30 (Menneskerettsloven).

forpliktet til å gjennomføre og etterleve EU-direktivene som er en del av denne.¹⁵

Bestemmelser i EØS-avtalen som er materielt like som tilsvarende i EU-retten, skal fortolkes i samsvar med rettsavgjørelsene fra EU-domstolen, der disse er truffet før inngåelse av avtalen, jf. EØS-avtalen art. 6. Tilsvarende gjelder overvåknings- og domstolavtalen art. 3 (2) som gir rettsavgjørelser fra EU-domstolen betydning i fortolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen.¹⁶ Likestillings- og diskrimineringsloven må dermed fortolkes i samsvar med EU-retten, og praksis som gjelder tolkningen av nevnte direktiver fra EU-domstolen, vil derfor ha rettskildemessig vekt.

Det er lite autoritativ rettspraksis på området knyttet til graviditetsdiskriminering av midlertidig ansatte. Domstolspraksisen som er aktuell for problemstillingen er derfor primært avgjørelser som knytter seg til tolkningen av relevante lovbestemmelser, som er tatt opp i andre sammenhenger. Sakene som blir analysert er derfor kun behandlet av Likestillings- og diskrimineringsombudet og/eller tidligere Likestillings- og diskrimineringsnemda (LDN nå Diskrimineringsnemda (DN)).¹⁷ I utgangspunktet har ikke disse organene stor rettskildemessig vekt, etter et rettskildemessig hierarki. Organene gir imidlertid uttrykk for håndhevingsorganenes rettsoppfatning, og ettersom diskrimineringsaker sjeldent kommer til domstolene, er praksisen fra disse organene høyst relevante for tolkningen av rettstilstanden. Både LDO og LDN er faglig sammensatt av jurister og har høy kompetanse på området.¹⁸

Saksomfanget fra LDO og LDN som omhandler diskriminering av gravide i midlertidige stillinger er omfangsrikt, jeg har derfor nøyet meg med et representativt utvalg som omhandler problemstillingens kjerne. Jeg vil også ta opp enkelte saker som kun er behandlet av LDO for illustrasjon og drøftelse av tolkningen og gjeldende rett. I gjennomgangen vil hovedfokuset være på en analyse av vurderingene forvaltningspraksisen gjør etter bestemmelsene i ldl. §§ 6,7,10 og 37.¹⁹

¹⁵ LOV-1992-11-27-109

¹⁶ ODA TRA-1992-05-02-2 Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

¹⁷ Etter diskrimineringsombudsloven er organiseringen mellom disse endret fra 1.1.2018. Dette innebærer at LDO ikke lenger behandler klager, men hovedsakelig gir veiledning jf. § 5. Diskrimineringsnemda er etter § 7 gitt ansvaret for håndhevelsen av likestillings- og diskrimineringsloven (med noen unntak). Praksis før endringen består av uttalelser fra LDO som også er klaget videre til daværende LDN.

¹⁸ Se også Eliabeth Vigerust, *Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*, Oslo 1998 s. 64-67 om håndhevingsorganenes praksis.

¹⁹ Alle forvaltningssakene referer til tidligere bestemmelser før lovendring. De aktuelle vilkårene i bestemmelsene har ikke fått nytt innhold og tilsvarende rettstilstand gjelder.

Avhandlingen tar sikte på å analysere gravides vern mot diskriminering de lege lata. Underveis og avslutningsvis vil jeg drøfte om graviditetsdiskrimineringsvernet er sterkt nok, og hva som eventuelt kan gjøres for å styrke det.

1.3 Avgrensinger

Oppgaven vil avgrenses til midlertidighet i topartsforhold og i trepartsforhold, fra virksomheter som har til formål å drive utleie, såkalte bemanningsbyråer.²⁰ Det vil avgrenses mot andre former for graviditetsdiskriminering som gjelder lønn og andre arbeidsvilkår. Det vil foretas en kort presentasjon av reglene for midlertidige ansettelser etter aml. § 14-9, men det avgrenses mot en detaljert fremstilling av bestemmelsen, ettersom hjemmelen for midlertidig ansettelse ikke er oppgavens problemstilling. Det avgrenses også mot graviditetsdiskriminering i faste ansettelsesforhold, ettersom kjernetema for avhandlingen er midlertidighet. De vil likevel tjene som eksempler for å se om det håndheves et konsekvent graviditetsdiskrimineringsvern i arbeidsretten.

1.4 Videre fremstilling

For å gi i et bilde av i hvilke situasjoner problemstillingen oppstår, vil jeg presentere de relevante vilkårene for bruk av midlertidige ansettelser. Herunder skillet mellom midlertidig ansettelse i to- og trepartsforhold. Dette vil danne grunnlaget for den videre presentasjonen av det generelle diskrimineringsvernet for gravide, gjennom nasjonal lovgivning og internasjonale direktiver. Drøftelsen vil deretter knytte seg til praksis med henblikk til rettsreglene på området. Dette vil danne grunnlaget for drøftelsen av bevisvurderingene som

²⁰ Også kalt vikarbyrå. Betegnelsen ‘bemanningsbyrå’ vil bli brukt i denne oppgaven for å ikke skape forvirring rundt grunnlaget for innleie.

gjelder i de aktuelle lovhjemplene. Funnene i praksis angående bevisvurderingene, vil ses opp mot oppsigelsesvernet for gravide i faste ansettelsesforhold.

2 Rammeverket for midlertidige ansettelses

2.1 Midlertidig ansettelse i topartsforhold

Med topartsforhold menes midlertidig ansatte som er direkte ansatt i bedriften. Ved topartsforhold ligger det til grunn et likebehandlingsprinsipp i forhold til arbeidsmiljø og arbeidsvilkår. Dette fremgår av EU-direktivet om arbeidsmiljøtiltak for arbeidstakere som har tidsbegrenset eller midlertidig arbeidsforhold, samt EU-direktivet om midlertidige ansatte, som gjennomfører tiltakene.²¹ Utgangspunktet er at midlertidighet ikke kan hjemle en begrensning i likebehandling mellom midlertidige og fast ansatte. Dette har betydning for tolkningen av rekkevidden i diskrimineringsvernet ved forlengelse av midlertidig stilling, og om retten til å komme tilbake i stillingen etter endt permisjon.²²

2.2 Hovedregel fast ansettelse – midlertidighet krever særhjemmel

Etter arbeidsmiljøloven er den generelle hovedregelen at en arbeidstaker skal ansettes fast. Dette fremgår direkte av aml. § 14-9 (1). Bestemmelsen tillater imidlertid avtaler om midlertidig ansettelse etter gitte vilkår. For oppgavens problemstilling er det ansettelses etter

²¹ Rådskdirektiv 91/383/EØF av 25. juni 1991 om utfylling av de tiltak som forbedrer sikkerheten og helsen på arbeidsplassen for arbeidstakere som har et tidsbegrenset eller midlertidig arbeidsforhold jf. Art. 1 nr. 1; Rådskdirektiv 1999/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP jf. Klausul 4 nr. 1

²² Jf. ldl. § 33 og aml. § 12-5. Mer om dette i punkt 3.4

bestemmelsens bokstav a, b, c og f som er av størst relevans.

2.3 Unntak fra hovedregelen etter arbeidsmiljøloven

§ 14-9

a. Arbeidets karakter

Inngangsvilkåret ved ansettelse etter aml. § 14-9 a), er at arbeidet må være av «midlertidig karakter». Ordlyden tilsier at det må være snakk om en ikke-varig arbeidsmengde eller arbeidstype som skiller seg fra det ellers vanlige, som kan gi grunnlag for midlertidig ansettelse. Lovforarbeidene henviser til tidligere tolkning av endret bestemmelse, og til at tidligere rettspraksis fortsatt legges til grunn.²³ Bestemmelsens ordlyd er til dels vid og vil av arbeidsgiver i de fleste tilfeller kunne begrunnes i kortere perioder med økt arbeidsmengde eller arbeidstype. Det vil likevel etter ordlyden måtte avgrenses mot det ordinære arbeidet som utføres i bedriften, og bety at dersom arbeidet er av samme karakter som normalt utføres, er det klare utgangspunktet at det ikke kan anses for å være av «midlertidig karakter». Behovet for arbeidskraft skal da som arbeidsmiljølovens utgangspunkt, dekkes inn gjennom faste ansettelser.

b. Vikariat

For midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 b), må arbeidet være «i stedet for en annen eller andre (vikariat)». Ordlyden tilsier at det her må være et arbeid bedriften normalt har, men som de ikke har bemanning til å utføre i visse perioder. Lovforarbeidene presiserer at det er snakk om midlertidig arbeid som en følge av fraværet til en eller flere arbeidstakere.²⁴ Dette kan

²³ Prop. 39 L (2014-2015) s. 136 om tolkningen av bestemmelsen etter ordlysendring. Med blant annet Rt. 1991 s. 872 og Rt. 1985 s. 1141.

²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 332.

være ved ulike permisjoner eller ved ferieavvikling, og krever ikke presisering av hvem den fraværende ansatte er. Likevel er det klart at det ikke kan etableres en praksis der vikarer fyller et mer eller mindre konstant arbeidskraftsbehov, der det til en hver tid er fraværende arbeidstakere å fylle inn for. Lovforarbeidene presiserer at vikariatet må være begrenset i en eller annen form, men at det er rom for å benytte samme vikar flere ganger over en lengre periode, så lenge vikaren dekker et arbeidskraftsbehov som skyldes fraværet.²⁵

c. Praksis

For midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 c), åpnes det for ansettelse ved «praksisarbeid». Ordlyden tilsier at det her er tale om en praktisering av spesielle faglige kunnskaper under, eller etter utdanning. Dette omfatter blant annet leger i spesialisering (LIS).²⁶ En stor del av nemdspraksisen er knyttet til saker der leger i spesialisering har vært midlertidig ansatt etter dette alternativet.

d. Generell adgang

Etter aml. § 14-9 f), er det etter lovendring i 2015 åpnet for midlertidig ansettelse inntil tolv måneder, uten krav til materiell begrunnelse, i motsetning til i bokstav a-e.²⁷ Den setter heller ingen stopper for at det ved utløp av tolv måneders perioden kan etableres ytterligere avtale om midlertidighet, så lenge det kan hjemles i en av de andre av bestemmelsens alternativer. I realiteten betyr dette at en kan være midlertidig ansatt lenger enn før, ved at den midlertidige ansatte først kan ansettes etter bokstav f, og etter opphør av denne tiltre i ny midlertidig avtale etter bokstav a-c, eller omvendt. Vilkåret kan dermed gi det resultatet at den i større grad enn de øvrige vilkårene, kan misbrukes som en utvidet prøvetid, som i realiteten fratrer arbeidstaker stillingsvernet.

²⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.

²⁶ Se avklaring etter Rt. 2013 s. 1392 jf. Rt. 2009 s. 578 avsnitt 48 og 49.

²⁷ Prop. 39 L (2014-2015) s. 136 om ny bokstav f). Bestemmelsen har begrensinger i antall ansatte på dette grunnlaget, samt karantenetid for arbeidsgiver. Dette vil ikke drøftes nærmere.

2.4 Trepartsforhold

I trepartsforhold leier bedriften med arbeidskraftsbehovet inn midlertidig ansatte gjennom et bemanningsbyrå. Fordi det primære arbeidsgiveransvaret ligger hos bemanningsbyrået vil ansettelse på denne måten i realiteten frita innleieselskapet fra et visst ansvar, særlig knyttet til rettigheter som lønn og andre ytelser. Forholdet mellom utleier og arbeidstaker er ofte abstrakt og formelt i motsetning til mellom arbeidstaker og innleier, som i realiteten minner mer om et tradisjonelt arbeidstaker-arbeidsgiverforhold.

Det spesielle i disse ansettelsesforholdene er at arbeidskontraktene i realiteten er utformet basert på den aktuelle innleiebedriftens arbeidskraftsbehov, og er oppdragsavtaler som går i takt med innleierens behov for arbeidskraft. I eventuelle perioder mellom oppdrag hos samme eller ny innleier, er det som oftest ikke et pågående arbeidsforhold mellom utleier og arbeidstaker. Det er ulike variasjoner i arbeidskontraktene, men de fleste er basert på en avtalt sammenhengende periode på normalt 1-12 måneder, mens andre er oppdragsavtaler som løper fra dag til dag, mer ordnet som ringevikariater. Ringevikariat blir i praksis ofte brukt over lange perioder opp mot lovens maksgrense, til tross for at de som utgangspunkt i sitt ytre er den minst varige av avtaletypene. I mange tilfeller er det en del av en underliggende avtale mellom arbeidstaker og utleier, at arbeidstakeren har en fast tilknytning til oppdragsavtalen hos innleier, uten at dette er videre dokumentert eller skriftlig avtalt. Ofte er også oppdrag gjennom bemanningsbyrå presentert som en avtale som vanligvis forlenges. I den forbindelse brukes gjerne termen «muligheter for forlengelse». På denne måten gis det en forventning til at løpende, korte oppdragsavtaler vil forlenges inntil innleier ikke lenger har arbeidskraftsbehovet. I realiteten skjer også disse forlengelsene mer eller mindre automatisk, med mindre innleier eller arbeidstaker har innvendinger.

Arbeidsmiljøloven fastslår at utleier plikter å sørge for at innleid arbeidstaker blir behandlet likt med de øvrige ansatte hos innleier angående visse rettigheter, jf. aml. § 14-12 a-c, (tilsvarende § 2-2 for innleier). Lovgivningen rettet til innleide arbeidstakere, er basert likebehandlingsprinsippet og kommer som ledd i implementeringen av vikarbyrådirektivet,

som får anvendelse på arbeidstakere innleid gjennom et bemanningsbyrå, jf. art. 1 nr. 1. Direktivet fastslår at utleier er forpliktet til å påse at arbeidstakerens vilkår minst svarer til tilsvarende for fast ansatte, jf. art 5 nr. 1, art. 6 nr. 1-5 og fortalens avsnitt 14. I likhet med topartsforhold, danner disse rettighetene et viktig grunnlag for hvilken rettslig posisjon den midlertidige har, og kan få betydning for diskriminerings spørsmål som blant omhandler permisjonsrettigheter.

2.4.1 Forholdet mellom bemanningsbyrå og arbeidstaker

Etter aml. § 1-8 første ledd er en «arbeidstaker enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Videre er «arbeidsgiver [...] enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.» jf. andre ledd. Den midlertidige ansatte er derfor arbeidstaker og bemanningsbyrået arbeidsgiver. Arbeidsgivers forpliktelser etter arbeidsmiljøloven gjelder derfor fullt ut ovenfor en utleid arbeidstaker, jf. § 2-1.

I situasjoner der arbeidstakeren opplever at oppdrag hos innleier blir kansellert i forbindelse med kjennskap til graviditeten, er rettsforholdet mellom bemanningsbyrået og arbeidstakeren særlig interessant. Her kan det reises spørsmål både ved handlingsplikten utleier har der kanselleringen har skjedd med bakgrunn i graviditetsdiskriminering, samt eventuelt medvirkeransvar utleier har i disse situasjonene. Forholdet mellom bemanningsbyrået og arbeidstaker vil i de fleste tilfeller bestå der inngått oppdrag hos utleier kanselleres før tiden, og lønn vil normalt også bestå ut avtalt oppdragstid. Likestillings- og diskrimineringsnemda og LDO har i nemdas sak 18/2009 og ombudets sak 11/325 lagt til grunn at både utleier og innleier har et ansvar for å hindre graviditetsdiskriminering, og at det avtalerettslige forholdet mellom bemanningsbyrå og innleier ikke setter til side et eventuelt medvirkeransvar etter likestillings- og diskrimineringsloven. Bemanningsbyrået har etter dette dermed plikt til å handle for å unngå graviditetsdiskriminering ved eventuell kansellering eller opphør av forlengelse av arbeidskontrakt, fra innleierens side.²⁸

²⁸ Temaet vil ikke bli nærmere problematisert av hensyn til oppgavens ordgrense.

2.4.2 Forholdet mellom innleier og innleid arbeidstaker

Innleier kan etter aml. § 14-12 første ledd, leie inn midlertidige arbeidstakere via bemanningsbyrå. Innleier har solidaransvar etter § 14-12 c, og ansvar for at innleid arbeidstakers arbeidstid er i samsvar med bestemmelsene i aml. kapittel 10, og med hensyn til muligheten for fast ansettelse, felles goder og yrkesopplæring jf. vikarbyrådirektivet art. 6. Utover dette er det ikke et reelt arbeidsgiver-arbeidstakerforhold, selv om det som skissert over, i realiteten er et tettere personlig forhold mellom innleier og arbeidstaker, enn mellom utleier og arbeidstaker.

Det er klart at innleier er forpliktet til å avstå fra handlinger som vil stride mot likestillingsloven. Dette betyr at innleier ikke kan, med bakgrunn i den midlertidige ansattes graviditet og eventuelle fødselspermisjon, velge å kansellere eller la være å forlenge en midlertidig ansettelsesavtale uten å bli stilt ansvarlig for brudd på likestillingsloven.

Vilkårene for midlertidig ansettelse gjennom bemanningsbyrå vil primært være hjemlet i unntaksmulighetene etter aml. § 14-9, tilsvarende som i topartsforhold. Her nøyer jeg meg med å henvise til foregående punkter om «arbeidets karakter» og «vikariat» under punkt 2.3. Vilkåret «praksisarbeid» etter aml. § 14-9 bokstav c, er som oftest ikke aktuell, selv om det også kan avtales innleie etter denne kategorien jf. aml. § 14-12 første ledd. Det er også i samme bestemmelse klart at innleie etter ny bokstav f) ikke gjelder ved trepartsforhold.

2.5 Den absolutte maksgrensen ved midlertidig ansettelse

Ved alle begrunnelser for bruk av midlertidighet, enten via bemanningsbyrå eller direkte i ansettelse i bedriften, er reglene om opphør i aml. § 14-9 fjerde, femte og sjette ledd absolutte. For problemstillingen er sjette ledd relevant. Her setter lovgiver en absolutt maksgrense for

sammenhengende ansettelse etter en midlertidig arbeidsavtale på fire år etter avtaler inngått etter bokstav a), og tre år etter bokstav b) og f). Dette innebærer at midlertidig ansettelse over makstiden medfører at arbeidstakeren har krav på fast ansettelse, og dermed også rett til vern gjennom arbeidsmiljølovens generelle oppsigelsesregler i kapittel 15. Før dette eventuelt inntreffer gjelder midlertidige ansettelsesavtaler til avtalt utløp eller til oppsigelse. I denne perioden er den midlertidige arbeidstaker også vernet gjennom lovens generelle oppsigelsesregler. Dette innebærer at oppsigelsesvernet i § 15-9 ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon får anvendelse også for denne gruppen. Jeg vil belyse hvordan disse vernereglene likevel sjeldent kommer den midlertidig ansatte til gode, ettersom kontraktene det arbeides under ofte er av kort varighet og i praksis sjeldent vil sies opp innenfor denne perioden.

3 Rammeverket for graviditetsdiskriminering

3.1 Generelle utgangspunkt

Likestillings og diskrimineringsloven er ny av 2017 og er en samling av de fire tidligere likestillings- og diskrimineringslovene. Den nye loven skal gi et helhetlig vern for alle diskrimineringsgrunnlagene, og gjøre håndhevelsen enklere ved at lovverket er mer oversiktlig og tilgjengelig for alle som har rettigheter og plikter etter loven. Det har for lovgiver vært viktig med presisering av enkelte bestemmelser i loven, blant annet at det er «et særlig strengt forbud mot direkte diskriminering i arbeidsforhold og ved graviditet.»²⁹

Loven skal «fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver [...]» jf. § 1. Andre ledd utdyper at med «likestilling» menes «likeverd, like muligheter og rettigheter [...]». Det er særlig to lovbestemmelser som er spesielt rettet mot gravide. Den generelle forbudsbestemmelsen i § 6 og unntaksbestemmelsen i § 10, om «Lovlig forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon». Likestillings- og diskrimineringsloven kapittel 2 gjelder også for diskriminering i arbeidsforhold jf. ldl. §§ 1 og 2. Loven er ufravikelig jf. ldl. § 4.

3.1.1 Overordnede hensyn bak graviditetsdiskrimineringsvernet

Hensynet bak diskrimineringsvernet er rettferdsidealet om at særlig sårbare grupper skal vernes mot forskjellsbehandling til ugunst for den sårbare parten. For gravide vil diskrimineringsvernet fungere som en sikkerhet for at graviditeten og uttak av lovbestemt

²⁹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 16.

fødselspermisjon, ikke vil gi negativ forskjellsbehandling. Hotvedt beskriver diskrimineringsreglene som regler som sikter mot «delvis mot formell likebehandling, delvis mot likhet i resultat. [...] samlet sett betegnes reglene [forbud mot indirekte og direkte diskriminering] gjerne som et vern av like muligheter.»³⁰ Med referanse til Bernards betegnelse av EU-rettslig diskrimineringsvern som er vern av «equal opportunities».³¹

Svangerskapsdirektivet artikkel 10 om oppsigelsesvern for gravide, er innført som en særlig beskyttelse for gravide. EU-domstolen har i tolkningen av denne bestemmelsen uttrykt at det skal tas i betraktning at en eventuell oppsigelse av en kvinne som er gravid eller i fødselspermisjon, vil kunne påvirke «the physical and mental state [...] and particularly serious risk that they may be encouraged to have abortions [...]».³²

Av hensyn til den særlige sårbare situasjonen kvinner som er gravide eller som nylig har født er i, skal denne gruppen derfor vernes mot den psykiske og fysiske belastningen det vil medføre å måtte bytte jobb, eller bli arbeidsledig under graviditeten eller i fødselspermisjonen. Disse overordnede hensynene danner bakgrunnen for graviditetsdiskrimineringsvernet, og vernelovgivningen må tolkes i lys av dette.

3.2 Det alminnelige forbudet etter likestillings- og diskrimineringsloven § 6

Loven er bygget rundt det generelle diskrimineringsforbudet i § 6. For å utgjøre diskriminering må forskjellsbehandling ha skjedd «på grunn av» de ulike grunnlagene som er nevnt, deriblant kjønn, graviditet og permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon. Forarbeidene presiserer at hva gjelder «graviditet» er dette ikke bare selve svangerskapet, men

³⁰ Marianne Jenum Hotvedt, «Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 6, 2012 s. 141-186 (s. 164).

³¹ Hotvedt 2012 s. 164 om Bernard 2006 s. 338.

³² Sak C-109/00, 4.10.01, EC:C:2001:513, *Tele-Danmark AS mot Handels- og kontorfunktionærenes Forbund i Danmark*, avsnitt 26.

også forhold som utløses av graviditeten, herunder sykefravær og svangerskapspermisjon før fødsel. Ved «permisjon ved fødsel» menes permisjon rett etter fødsel samt lengre permisjon i forbindelse med fødsel.³³

I forlengelse av generalklausulen i § 6 er bestemmelsen om direkte forskjellsbehandling i § 7. Her anses det som diskriminering dersom en person blir behandlet «dårligere enn andre blir».³⁴ For at det skal være snakk om diskriminering i likestillings- og diskrimineringslovens forstand må derfor kvinnen ha kommet i en dårligere stilling. Etter en naturlig språklig forståelse må dette anses for å omfatte alt som har gitt en negativ virkning, som følge av den diskriminerende handlingen.

3.3 Unntakshjemmelen etter likestillings- og diskrimineringsloven § 10

Etter ldl. § 10 er det gitt en åpning for forskjellsbehandling under graviditet, fødsel og amming, der det er nødvendig for å «beskytte kvinnen, fosteret eller barnet [...]». Tredje ledd understreker at ved «ansettelse og oppsigelse er forskjellsbehandling aldri tillat.» Det er videre presisert i samme ledd at «Dette gjelder også ved forlengelse av midlertidig stilling». Siste setning er ny av 2017, men er en videreføring av gjeldende rett. Presisering er ifølge forarbeidene gjort av informasjonshensyn.³⁵ At det er presisert i lovteksten kan hevdes å ha en klar symbolvirkning, og kan settes i sammenheng med høringsuttalelsen fra LDO som uttalte at forlengelse av midlertidige stillinger burde være med i lovteksten.³⁶

³³ Prop. 81 L (2016-2017) s. 312.

³⁴ I tidligere likestillingslov, LOV-1978-06-09-45 § 3, 2. ledd 2. punkt, var ordlyden «dårligere stilling». Ordlydsendringene i likestillingsloven av 2013 til nåværende lov er ikke ment å ha innholdsendring jf. Prop. 88 L (2010-2013) s. 168 og Prop. 88 L (2016-2017) s. 314. Praksis og teori før endringen henviser til daværende ordlyd. Ettersom innholdet i begrepet er det samme, vil det i det videre derfor brukes slik de passer.

³⁵ Prop. 81 L (2016-2017) s. 317-318.

³⁶ Prop. 81 L (2016-2017) s. 156.

3.4 Retten til å komme tilbake ved endt permisjon etter likestillings- og diskrimineringsloven § 33

I praksis vil den midlertidige ansatte ofte ikke få forlenget sin avtale under fødselspermisjon, til tross for det pågående behovet hos arbeidsgiver. Som resultat har derfor ikke den midlertidige ansatte et arbeidsforhold å returnere til etter endt fødselspermisjon. Eidsvåg uttrykker at dersom «en rett til permisjon som i praksis medfører at arbeidsforholdet avsluttes, innebærer ikke noen reell rett til permisjon. Logisk og praktisk må permisjon også omfatte en rett til å komme tilbake til tilsvarende eller likeverdige arbeidsoppgaver etter permisjonen.»³⁷

Etter ldl. § 33 har «arbeidstakere som er eller har vært i lovbestemt foreldrepermisjon etter aml. § 12-5», blant annet rett til å a) «vende tilbake til samme, eventuelt tilsvarende, stilling» og b) «nyte godt av forbedringer i arbeidsvilkårene som arbeidstakeren ellers ville vært berettiget til under fraværet [...]». Ordlyden i bokstav a) tilsier at det ikke skal foretas endringer i stillingen til arbeidstakeren hva gjelder arbeidsoppgaver, stillingsbetegnelse, lønn og lignende. Ordlyden i bokstav b) «nyte godt av», tilsier at arbeidstakeren i foreldrepermisjon skal ha tilsvarende goder som om hun var i arbeid. Forarbeidene presiserer at hensikten er at arbeidstakeren skal beholde samme vilkår og nyte godt av lønnsvekst og andre fordeler, som om han eller hun ikke hadde vært i permisjon.³⁸ Uttak av foreldrepermisjon skal derfor ikke gi arbeidstakeren ulemper i arbeidsforholdet.

Retten gjelder for alle arbeidstakere og er ikke begrenset til faste ansettelsesforhold, jf. foreldrepermisjonsdirektivet klausul 1 nr. 3. Her stadfestes at virkeområdet ikke skal unntas for «arbeidstakere, arbeidsavtaler eller arbeidsforhold [...] bare fordi det dreier seg om deltidsansatte arbeidstakere, midlertidig ansatte eller personer som har en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold med et vikarbyrå.»³⁹ I fortalen til graviditetsdirektivet uttrykkes det at «Bestemmelser om fødselspermisjon vil heller ikke ha noen hensikt med mindre de ledsages av bestemmelser om opprettholdelse av rettigheter knyttet til arbeidsavtalen/og eller retten til

³⁷ Tine Eidsvåg «Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere? Om tilrettelegging for vikarbyråansatte», 2018, utrykt artikkel, antatt til publisering i tidsskriftet *Arbeidsrett*, stilt til rådighet av forfatteren.

³⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 334.

³⁹ Rådsdirektiv 2010/18/EU.

passende ytelse.».⁴⁰ Regelen oppmuntrer arbeidstaker til å ta i bruk lovfestet foreldrepermisjon og medvirker til at det faktisk også er mulig.

For midlertidige ansatte vil ldl. § 33 derfor også for de innebære en rett til å komme tilbake til tilsvarende, eller likeverdige arbeidsoppgaver etter permisjonen. Supplert med ldl. § 10 vil man dermed ha rett til fortsatt forlengelse av arbeidskontrakten under avvikling av foreldrepermisjonen, så lenge bedriften fortsatt har arbeidskraftsbehovet og skal dekke dette inn med midlertidige ansettelser. Til denne retten har EU-domstolen i sak C-32/93 «Webb» uttalt at den midlertidige ansatte har krav på forlengelse av kontrakten, til tross for at hun ikke kan oppfylle den. Saken gjaldt topartsforhold der en midlertidig arbeidstaker ble ansatt for å avløse en fast arbeidstaker som skulle ut i fødselspermisjon. Det var derfor snakk om en stilling som i praksis først skulle fungere som vikariat for en annen ansatt, men stillingen skulle bestå også etter dette. Da arbeidsgiver ble klar over at den midlertidige ansatte var gravid, ble hun oppsagt med grunnlag i at hun ikke kunne fungere som vikar for den arbeidstakeren som skulle i fødselspermisjon likevel. EU-domstolen tolket spørsmålene etter likestillingsdirektivet art. 2 (3) og svangerskapsdirektivet art. 10, sammenholdt med tidligere praksis fra EU-domstolen, og kom frem til at oppsigelse av en arbeidstaker begrunnet i at graviditeten vil hindre henne i å oppfylle vesentlige deler av arbeidskontrakten, er å anse som diskriminering. Arbeidsgivers behov for at den midlertidige ansatte er tilstede i hele perioden måtte settes til side for arbeidstakerens rett til fravær i svangerskapsperioden (herunder også fødselspermisjon). Domstolen presiserte at en motsatt tolkning vil gi direktivet begrenset virkning.⁴¹ Dette innebærer at situasjoner der en midlertidig ansatt ikke vil kunne fungere som vikar for en annen grunnet graviditet og uttak av fødselspermisjon, ikke kan hjemle opphør i forlengelsen.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 33 har for midlertidig ansatte også en viktig funksjon sett i sammenheng med retten til fast ansettelse etter aml. § 14-9 sjette ledd. En arbeidstaker som er midlertidig ansatt i mer enn fire år etter aml. § 14-9 bokstav a, eller mer enn tre år etter bokstav b og f, anses som fast ansatt. Etter sjette ledd siste punktum skal det i denne beregningen ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.⁴² Dermed vil den midlertidige

⁴⁰ Rådskonklusjon 92/85/EØF.

⁴¹ Sak C-184/83, 12.07.84, *Hofmann mot Barmer Ersatzkasse*, EU:C:1984:273, og sak C-421/92, 5.5.94, *Habermann-Beltermann mot Arbeiterwohlfahrt*, EU:C:1994:187; Sak C-32/93, 14.07.94, *Webb mot EMO Air Cargo*, EU:C:1994:300, avsnitt 26.

⁴² Arbeidsmiljøloven § 14-9 (6) siste punktum er inntatt i lov etter Innst. 337 L (2009-2010) punkt 1.4. Sterke reelle hensyn er bakgrunnen for at lovbestemt permisjon og sykefravær ikke skal komme til fradrag. Tidligere

ansatte ha rett til å få permisjonstiden med i beregningen for når hun har rett til fast ansettelse, dersom innleiebedriften har et behov for midlertidig ansatte i permisjonstiden og etter. Retten til å komme tilbake etter endt foreldrepermisjon etter ldl. § 33, kan for denne gruppen dermed ha avgjørende betydning for når den midlertidige ansatte har rett til fast stilling.

Konsekvensen for arbeidsgiver er dermed at den midlertidige ansatte som har rett på forlengelse under permisjonsavvikling, kan ha krav på fast ansettelse i bedriften når hun kommer tilbake.

Dette understreker viktigheten i tolkningen av graviditetsdiskrimineringsvernet, og praktiseringen ved forlengelse av midlertidig stilling, ettersom riktig håndhevelse av diskrimineringsvernet etter ldl. § 33, har direkte innflytelse på retten til fast ansettelse etter aml. § 14-9.

3.5 Reglene om delt bevisbyrde etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37

Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 gjelder bevisbyrde i diskrimineringsaker. Bestemmelsen gjelder for alle diskrimineringsaker og omfatter derfor også tvister i arbeidsforhold. Ordlyden i bestemmelsen er der det er «grunn til å tro» at vedkommende har blitt diskriminert, må den anklagde parten «sannsynliggjøre» at diskriminering likevel ikke har skjedd. En naturlig språklig forståelse av «grunn til å tro», antyder at det må foreligge holdepunkter som tilsier at diskriminering har skjedd, men at det innebærer en lavere grad sannsynlighet enn ved alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁴³ Denne fortolkningen støttes også av forarbeidene.⁴⁴ Ordlyden «sannsynliggjøre» tilsier at det kreves alminnelig

var det adgang til å fradrag i beregningen for permisjoner og sykefravær. Dette ble senest praktisert i Rt. 2009 s. 975 og teorien har vært sprikende.

⁴³ Tilsvarende Aslak Syse og Geir Helgeland, *Reglene om «delt bevisbyrde» i norsk diskrimineringsrett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Oslo 2009 s. 590.

⁴⁴ Prop. 81 L (2016-2017) s. 337.

sannsynlighetsovervekt. Utgangspunktet er derfor at dersom den midlertidige ansatte oppfyller beviskravet blir bevisbyrden snudd til arbeidsgiver.

Arbeidsmiljøloven § 13-8 har tilsvarende bevisbyrderegel, hvor diskrimineringsvernet kommer til anvendelse i alle sider av arbeidsforholdet.⁴⁵ Innholdet i bestemmelsene skal tolkes likt, ettersom reglene om delt bevisbyrde i diskrimineringsaker har sin bakgrunn fra bevisbyrdedirektivet.⁴⁶

Ved midlertidige ansettelser kan handlingen ved å ikke forlenge en midlertidig stilling, hevdes å ligge mellom en form for nyansettelse og oppsigelse. Problematikken rundt den egentlige posisjonen til den midlertidige ansatte i disse sakene, er en del av drøftelsen for oppgaven hva gjelder diskrimineringsgrunnlaget (punkt 4.2.). Ettersom skillet ikke vil medføre et annet innhold i bevisbyrderegelen er forskjellen likevel mindre relevant. Dette støttes også av juridisk teori ved Vigerust, som i spørsmålet om hvilke bevistema og bevisbyrderegler som kommer til anvendelse, har uttalt at bevisbyrdereglene i likestillingsloven hva gjelder oppsigelse, i prinsippet skal tolkes på samme måte som ved ansettelser.⁴⁷

Regelen om delt bevisbyrde i diskrimineringsaker er med bakgrunn i reelle hensyn, ulik fra de alminnelige sivilrettslige bevisreglene. Med delt bevisbyrde i diskrimineringsretten vil den som hevder seg diskriminert ikke stå alene med bevisbyrden i saker som ofte vanskelig lar seg bevise uten dokumentasjon og opplysninger, som innklagde oftest sitter med.

Bevisbyrdereglene er derfor utformet av hensyn til partenes ulike styrkeforhold og posisjon i sakene. Det er arbeidsgiver som sitter med bevisene rundt bakgrunnen for handlingene og er i relasjonen til arbeidstaker den sterkere parten. Delt bevisbyrde er dermed ansett som nødvendig for å effektivisere diskrimineringsvernet, fordi de egentlige grunnene til handlingene kan være skjulte eller uklare.⁴⁸ Lovforarbeidene presiserer at dette er bakgrunnen for at det ved diskrimineringsaker er regel om delt bevisbyrde.⁴⁹ Høyesterett har også i Rt. 2012 s. 424 avsnitt 36, uttalt med bakgrunn i lovforarbeidene at «Bevisbyrderegelen skal

⁴⁵ Jf. aml. § 13-2.

⁴⁶ Rådsdirektiv 97/80/EF av 15. desember 1997 om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn.

⁴⁷ LOV-1978-06-09-45 (opphevet) § 4 fjerde ledd henvisning fra Vigerust, 1998 s. 375.

⁴⁸ Tilsvarende Syse og Helgeland 2009 s. 586.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2005-2005) s. 201.

effektivisere diskrimineringsvernet, ved å la arbeidsgiver bære risikoen for bevisvil. Den skal dessuten gi arbeidsgiver intensiv til en ryddig og forsvarlig saksbehandling.»

4 utfordringer for et effektivt graviditetsdiskrimineringsvern for midlertidig ansatte

4.1 Noen utgangspunkter

Til tross for den klare grensen for midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9, er det i en del bransjer en etablert praksis med hyppig og fast bruk av midlertidig ansatte, særlig i form av innleie gjennom bemanningsbyråer. De innleide er som oftest i avtale med bemanningsbyrået som såkalte «ansatte uten garantilønn».⁵⁰ Praksisen forekommer også hyppig i direkte ansettelser av midlertidige, som for eksempel i helsesektoren, særlig for leger i spesialisering. Oppgavens problemstilling kommer på spissen i tilfellene hvor arbeidsgiver har et egentlig behov for videre arbeidskraft, men der den midlertidige ansatte likevel ikke får forlenget sitt engasjement når hun blir gravid eller er i fødselspermisjon.

I praksisen fra håndhevingsorganene synes utfordringen å være at vurderingen om den midlertidige ansatte som ikke har fått forlenget sin stilling har blitt diskriminert, baseres på ulike kriterier i vilkårenes innhold, deriblant om hun har hatt et rettskrav på stillingen. Det er også utfordringer knyttet til tolkningen av vilkåret «dårligere behandling». Praksis viser at vurderingene ofte beror på oppfatningen av i hvilken grad den midlertidige ansatte har en etablert posisjon. Denne oppfatningen vil ha betydning for hele rettsanvendelsen og utfallet av saken. Det formelt meget sterke diskrimineringsvernet ved graviditet og følgende permisjon, vil på den måten i begrenset grad verne arbeidstakere i midlertidige arbeidsforhold. Formelt kan det hevdes at det ikke er tale om en «forlengelse», men at det inngås en ny, midlertidig ansettelse. Med dette utgangspunktet vil arbeidstaker rettslig sett ikke stå i noen sterkere

⁵⁰ Innst. 355 L (2017-2018) om endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak), avsnitt 1.2.1. Ytterligere drøftelse av dette temaet blir utelatt for denne oppgaven.

stilling enn ved en ansettelse, hvor arbeidsgivers skjønnsmessige kompetanse er vid. Så lenge arbeidstaker ikke har noe rettskrav på forlengelse av midlertidig stilling, vil det kunne være vanskelig å bevise at den manglende forlengelsen skyldes graviditeten. I det følgende vil jeg gjennom praksis belyse dette problemet nærmere.

4.2 Tolkningen av hva som utgjør «dårligere behandling»

4.2.1 Generelle utgangspunkt og problemområde

Etter mine funn ilegger LDN et inkonsekvent innhold i vilkåret «dårligere stilling», og vurderer det heller ikke alltid som et selvstendig vilkår. En gjennomgang av et utvalg nemdspraksis som gjelder graviditetsdiskriminering ved forlengelse av midlertidig stilling, viser at nemda ikke har en ensidig praksis, men vurderer diskrimineringsvernet på ulike måter med ulike tilnærminger. Dette gjelder både i to- og trepartsforhold.

Inngangsvilkåret for diskriminering etter ldl. § 6, er at den diskriminerte «behandles dårligere enn andre» jf. § 7. Som gjennomgått ovenfor er det et forutsetning at man har tapt visse rettigheter eller goder på et grunnlag som er diskriminerende, herunder graviditet. Det vil samtidig innebære at dersom man ikke har tapt noe, så har man heller ikke blitt diskriminert. Spørsmålet er derfor når man kan regne en midlertidig ansatt for å «behandles dårligere», dersom vedkommende ved utløpet av avtalt arbeidsperiode ønsker, men ikke får, ny midlertidig ansettelse/nytt oppdrag hos innleier, der arbeidstakeren hadde grunn til å forvente at arbeidsforholdet ville blir forlenget.

I forarbeidene presiseres det at forskjellsbehandlingen må ha ført til skade eller ulempe, eksempelvis av økonomisk art eller færre muligheter sammenlignet med andre i tilsvarende situasjon.⁵¹ Videre er det et krav at forholdet må ha en konkret og direkte betydning for

⁵¹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 315.

bestemte fysiske personer. Dette gjelder selv om resultatet samlet sett gjør at kvinnen ikke kommer i en dårligere stilling. Det er også tilstrekkelig at handlingen er *egnet* til å stille kvinnen i en dårligere stilling, uten krav til konkrete virkninger av handlingen. Videre er det klart at «dårligere stilling» skal vurderes etter en objektiv målestokk og vil innebære at det har betydning hva som vanligvis vil være regnet som en negativ virkning.⁵² Denne vurderingen er særlig relevant for hva bortfallet av en forlengelse av midlertidig stilling vil kunne påstås å innebære av negativ virkning, og om denne virkningen er egnet til at man kan anses for å ha havnet i «dårligere stilling».

Som utgangspunkt er avtaleforholdet slik de inngås i midlertidig ansettelsesforhold, tidsbestemte og kun bindende for den avtalte perioden, og løper til opphør. Det er dette som gjør at man kan hevde at det ikke er snakk om en forlengelse av engasjementet, men snarere en ny-ansettelse der avtalen forlenges i ny arbeidskontrakt. Det vil i så tilfelle være vernereglene som gjelder ved ansettelsesprosesser som kan gjøres gjeldende. Den midlertidige ansatte har som utgangspunkt dermed ikke et reelt rettskrav på stillingen, i den forstand at hun har en bindende avtale. Et motargument til dette synet er realiteten i praksis ved disse avtaleforholdene, ved at det ofte er snakk om midlertidig ansettelse som varer over en lengre periode med flere kortvarige kontrakter, hvor det ofte forespeiles en fortløpende forlengelse. Som regel er dette imidlertid et mer eller mindre underliggende avtaleforhold, tilsynelatende uten rettsvirkninger. Tidligere praksis eller at man i utlysningen har blitt forespeilet muligheter for forlengelse, kan dermed skape en forventning hos arbeidstaker om at arbeidsgiver har til hensikt å reengasjere henne til samme arbeidsoppgaver, dersom det stadig er behov for disse. Dersom normalforventningene som oppstår i disse situasjonene ikke skal kunne ha innvirkning på vurderingen av «dårligere stilling», vil det etter min mening være en kunstig fremstilling.

Det som jeg i det følgende vil vise, er særlig forskjellen i når og hvordan det rettslige vilkåret «dårligere stilling» blir vurdert.

⁵² Tilsvarende Elisabeth Vigerust, *Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold*, i Anne Hellum, Kirsten Ketscher (red), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008, s. 187-210 (s. 196).

4.2.2 Betydningen av om den midlertidige ansatte har et «rettskrav» på stillingen

For å vise hvordan håndhevelsen av graviditetsdiskrimineringsvernet i midlertidige stillinger ikke gir tilstrekkelig vern, dersom man tar utgangspunkt i at den gravide i midlertidig stilling ikke havner i en «dårligere stilling» når hun ikke får forlenget engasjementet, er Likestilling og diskrimineringsnemdas sak 47/2010 «Callsenter» illustrerende.⁵³ Her knyttet nemda vurderingen av «dårligere stilling» opp mot om arbeidstakeren har et «rettskrav» på stillingen. Saken omhandlet en innleid arbeidstaker i trepartsforhold som hos innleier hadde hatt kontrakter løpende tre måneder av gangen i ett år og fem måneder, da hun ble gravid. På dette tidspunktet hadde hun nylig avtalt en ny periode på tre måneder. Da innleier ble kjent med graviditeten ble den allerede avtalte perioden på tre måneder forkortet til én måned. Dette ble rettet opp ved direkte henvendelse fra arbeidstakeren som påpekte at det ikke var lovlig. Ved utløpet av den siste tremånederskontrakten fikk den ansatte ikke videre forlengelse. Selv hevdet arbeidstakeren at dette skyldtes graviditeten, ettersom kommunikasjonen mellom henne og innleier hadde antydning at hun hadde kunnet fortsette dersom hun ikke hadde blitt gravid, noe som også ble skriftlig dokumentert.

I saken vurderte nemda vilkåret «dårligere stilling», med utgangspunkt i at arbeidstaker må ha hatt et «rettskrav på en forlengelse av oppdraget utover den allerede avtalte perioden». Videre argumenterer nemda mot hvilke forventninger arbeidstaker kan ha i et ansettelsesforhold basert på innleie.⁵⁴ I denne argumentasjonen påpekes det at oppdragsgiver står fritt til å ikke forlenge avtalen med bemanningsbyrået når den utløper, og står derfor også fritt til å skifte bemanningsbyrå. De presiserer imidlertid at det vil være i strid med diskrimineringsvernet der oppdragsgiver eventuelt skifter ut en vikar som er gravid med en annen som ikke er det. I denne saken var ikke det en aktuell problemstilling, ettersom det ifølge bedriften ikke var ansatt ytterligere vikarer i bedriften i perioden hun ikke fikk forlengelse.

Det ser ut til at nemda ikke finner grunn til å vurdere bevisbildet ytterligere, basert på forutsetningen om rettskrav, og at arbeidstakeren ikke innfridde denne. Dersom det skal være utgangspunktet vil det kunne begrense diskrimineringsvernet til midlertidig ansatte ved at

⁵³ LDN-2010-47.

⁵⁴ Tilsvarende som i sak 18/2009, LDN-2009-18, «TINE/Proffice».

resultatet kan bli at den rettslige vurderingen av «grunn til å tro» etter ldl. § 37, utelates. Dermed fritas også arbeidsgiver fra bevisføringsplikten «sannsynliggjør» der det foreligger «grunn til å tro» at diskriminering har funnet sted. Eidsvåg tar i «Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere» til orde for at tilnærmingen nemda foretar seg i denne saken «innebærer [...] en vesentlig begrensning av vernet sammenliknet med arbeidssøkere og midlertidige ansatte». Dette begrunner hun med at «En arbeidssøker vil aldri ha et rettskrav på en stilling, men vil likevel ha blitt diskriminert dersom hun har blitt stilt utenfor konkurransen eller overhodet blitt hemmet i konkurransen om stillingen på grunn av forhold knyttet til et diskrimineringsgrunnlag»⁵⁵. I sak 16/2008 legger nemda til grunn at «forbudet mot graviditetsdiskriminering gjelder alle deler av tilsettingsprosessen».⁵⁶ Dette utgangspunktet taler for at nemdas forutsetning om rettskrav i denne saken, ikke samsvarer med gjeldende rett.⁵⁷ Jeg stiller meg derfor bak Eidsvågs syn på begrensningen i vernet denne praksisen medfører.

Ved ombudets forutgående behandling av samme sak, foretok de en ulik behandling av de rettslige vilkårene i saken, enn hva nemda gjorde.⁵⁸ Der nemda ikke fant grunn til å gå inn på bevisbyrdekravet i daværende likestillingslov § 16 (nåværende ldl. § 37), gjorde ombudet først en grundig vurdering av bevisføringsplikten etter vilkårene «grunn til å tro» og «sannsynliggjør», for så å komme til om kvinnen var blitt «stilt dårligere» i forbindelse med manglende forlengelse av vikariatet. Ombudet kom til at det hadde skjedd diskriminering i strid med loven etter en vurdering av «grunn til å tro», hvor kommunikasjonen med innleier ble vektlagt. Utleier klarte ikke å «sannsynliggjøre» at avgjørelsen ikke skyldtes graviditeten. I vurderingen tok ombudet stilling til de anførte bevisene som nokså tydelig indikerte en motvilje hos innleier da graviditeten ble kjent. Ved at nemda ikke tok tilsvarende vurdering ut ifra vilkårene i bevisbyrderegelen, slik som ombudet, gjorde at de heller ikke vurderte de samme konkrete bevisene som forelå i saken. Bevisene trakk i retning av diskriminering, særlig den dokumenterte kommunikasjonen mellom innleier og arbeidstaker om fremtidig arbeid. Også den forutgående avslutningen av kontrakten før tiden, som i seg selv kan indikere en bevisst handling om å unngå videre innleie av den gravide, ble tilsynelatende ikke vurdert.

⁵⁵ Sitat Eidsvåg 2018 s. 26.

⁵⁶ LDN-2008-16

⁵⁷ Tilsvarende Eidsvåg 2018 s. 26.

⁵⁸ LDO sak 10/806, 17. august 2010, tilgjengelig i register på LDOs internettsider (ldo.no).

Som redegjort for overfor står arbeidstaker og arbeidsgiver i et ulikt styrkeforhold, og forarbeidene legger derfor til grunn at det vil være enklere for den ansvarlige å føre bevis mot at diskriminering har skjedd, ettersom arbeidsgivere er nærmest å ha dokumentasjon om prosessen.⁵⁹ Forskjellen i kravet til bevisets styrke i bevisbyrderegelen er derfor bevisst og har stor praktisk betydning.⁶⁰ Ved å tolke vilkåret i ldl. § 7 slik at det ikke blir noe reelt bevistema å vurdere, undergraves de reelle hensynene som begrunner den særskilte bevisbyrderegelen i diskrimineringsretten. Dersom man tar utgangspunkt i at en forventning om forlengelse av midlertidig stilling ikke kan vektlegges, må alternativet være at man heller anser den midlertidige ansatte som arbeidssøkende. Hvis det oppstilles et vilkår om rettskrav på en posisjon for at man skal kunne hevde diskriminering vil det også ramme denne gruppen, uavhengig av om det gjelder midlertidig eller fast stilling. Vernet mot diskriminering i alle sider av tilsettingsprosessen vil dermed ikke være reelt, hvis det oppstilles et vilkår om rettskrav.⁶¹ Dessuten vil en manglende vurdering etter bevisbyrderegelen heller ikke kunne påvise om bedriften allerede har, eller vil tilsette en annen i stedet for den gravide, da dette er en del av bevisbildet.

Hotvedt mener at diskrimineringsvernet er et tverrgående supplement til det tradisjonelle arbeidstakervernet. Til dette påpeker hun at effektiv håndhevelse av vernet ivaretas blant annet gjennom ulike plikter, som aktivitetsplikter, opplysningsplikter for arbeidsgiver og regler om delt bevisbyrde.⁶² Dersom reglene om bevisbyrde ikke blir anvendt vil diskrimineringsvernet heller ikke bli effektivt håndhevet.⁶³ Hotvedt understreker også at diskrimineringsvernet ikke er knyttet til bestemte virksomheter eller avtalerelasjoner. Rekkevidden av vernet bestemmes derimot av diskrimineringsgrunnlaget.⁶⁴

Ved forlengelse av midlertidig stilling kan man hevde at man er i grensetilfellet mellom nyansettelse og opphør av et arbeidsforhold. I ingen av tilfellene kan diskriminering rettfærdiggjøres. Dersom man anser den midlertidige ansatte som en arbeidssøkende skal ikke

⁵⁹ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 56-57.

⁶⁰ Se tilsvarende i Mary-Ann Hedlund, *Bevisbyrde*, i Anne Hellum, Kirsten Ketscher (red), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008, 323-338 (s. 333).

⁶¹ Arbeidsmiljøloven § 29 om forbudet mot innhenting av opplysninger ved ansettelse.

⁶² Hotvedt 2012 kapittel 3.3.

⁶³ Tilsvarende også Marianne Jenum Hotvedt og Aslak Syse, *Barn ventes – rettigheter for småbarnsforeldre*, Oslo 2009, s. 118.

⁶⁴ Hotvedt 2012 s. 170.

graviditeten vektlegges ved utvelgelse, og opphør av arbeidsforhold skal ikke skje med grunnlag i graviditeten eller fødselspermisjon. Diskrimineringsvernet skal med andre ord ikke variere etter hvilken arbeidstakertilknytning man har, og derfor skal det være uten betydning om vedkommende har et formelt rettskrav på stillingen. Til støtte for dette skriver Hotvedt at «Alt i alt er diskrimineringsvernet utformet på en måte som reduserer betydningen av arbeidstakertilknytning som inngangsvilkår for vern. Dette bryter med arbeidsmiljølovens øvrige system. Diskrimineringsreglene gir et supplerende vern i en tidligere fase, på terskelen inn til det tradisjonelle arbeidstakervernet.»⁶⁵

4.2.3 Betydningen av at den midlertidige ansatte beholder lønn og vernet utover den økonomiske interessen

Tolkningen nemda gjør av «dårligere behandling» er ikke bare knyttet til hvorvidt den midlertidige ansatte har rettsvern på stillingen. Nemda har også vurdert vilkåret «dårligere stilling» i sak 18/2009 «Proffice/TINE BA». Her ble det vurdert om den midlertidige ansatte havnet i «dårligere stilling», som følge av at arbeidsavtalen mellom bemanningsbyrået og innleier ble sagt opp av innleier, da det ble kjent at arbeidstakeren var gravid. Saken, slik den er behandlet i nemda, illustrerer interessante problemstillinger om hva som ligger i vurderingen «dårligere stilling» og innleide arbeidstakeres diskrimineringsvern, særlig i trepartsforhold. Ombudet behandlet saken først, og kom til at (daværende) likestillingslov § 3 (2) var brutt ved at arbeidstaker ble satt i en «dårligere stilling». Nemda var splittet, men kom til motsatt resultat. Sakens faktum var at den gravide hadde en lang periode igjen av oppdragsavtalen hos innleier da denne ble kansellert grunnet graviditeten og graviditetsrelatert fravær. Innleier uttalte at de hadde behov for arbeidsdyktige ansatte for å dekke arbeidskraftbehovet og at kanselleringen skyldes at den innleiede ikke kunne fylle dette. Nemdas flertall hevdet at kvinnen ikke ble satt i «dårligere stilling» etter avslutning av oppdraget. Dette ble begrunnet med at arbeidstakeren beholdt samme arbeidsgiver (utleier) og samme økonomiske ytelse til oppdragsavtalens slutt.⁶⁶ Flertallet vektla også den iboende usikkerheten som ligger i det å være ansatt gjennom et bemanningsbyrå og antyder

⁶⁵ Hotvedt 2012 s. 170.

⁶⁶ Den midlertidige ansatte hadde i sin arbeidsavtale med bemanningsselskapet krav på lønn ut oppdragsperioden som var avtalt med innleier.

tilsynelatende at arbeidstaker har akseptert et hyppig skifte av arbeidsforhold, og at det ikke kan påberopes en berettiget forventning om å ha et stabilt arbeidsted, slik som ved fast ansettelse.

Resonnementet flertallet gjorde i den rettslige vurderingen av «dårligere stilling», var knyttet opp mot de økonomiske ytelsene den midlertidige ansatte fortsatt ville ha, samt at tilknytningsforholdet til utleier besto ut avtaletiden. De foretok ikke ytterligere vurderinger av bakgrunnen for graviditetsdiskrimineringsvernet, og kom til at den midlertidige ansatte ikke hadde havnet i en «dårligere stilling» kun basert på at hun fortsatt beholdt sin arbeidsgiver og lønn. Ved å konkludere på denne måten utelates bevisbyrdevurderingen etter § 37 og viktige momenter som kan tale for at innleier har handlet rettsstridig. EU-domstolen har i denne sammenheng i sakene «Dekker» og «Tele-Danmark» uttalt at graviditetsdiskrimineringsvernet er hjemlet med bakgrunn i kvinnens særlige sårbare stilling under svangerskap og fødselspermisjon. Både svangerskapsdirektivet og foreldrepermisjonsdirektivet har som formål å verne den gravide nettopp mot den ekstra usikkerheten som kan utvise seg i arbeidsforholdet der vedkommende blir gravid.⁶⁷ EU-domstolen ser med dette ut til å utvide vernet av lønnsinteressene, til å også omfatte vernet av utførelsen av selve arbeidsoppgavene og tilknytningen til arbeidsplassen. Dette fremstår som en grunnleggende del av å etterleve de overordnede hensynene bak vernereglene.

Ordlyden i nasjonale bestemmelser kan se ut til å peke i tilsvarende retning. Etter arbeidsmiljøloven § 1, er loven bygget rundt formålet om å sikre «trygghet» og «trygge ansettelsesforhold». Dette indikerer at arbeidsinteressene ikke bare knyttes til vernet i den aktuelle stillingen, men også for den fremtidige interessen i arbeidet og vernet av denne. Lovgiver har dermed gjennom arbeidsmiljøloven ønsket å fremme forutberegnelighet og trygghet for arbeidstakere, ved å lovbestemme rettigheter som ikke skal trues.⁶⁸

Behovet for forutberegnelighet i faste ansettelsesforhold kan ikke overføres direkte til midlertidige ansatte, ettersom disse avtalene i sin natur ikke skal være varige. Likevel må midlertidige ansatte ha et krav på en trygghet og forutberegnelighet i at *rettighetene* innenfor det som er å forvente i denne type arbeidsforhold ikke blir truet. Ettersom midlertidigheten i

⁶⁷ Sak C-177/88, EC:C:1990:383, 8.11.90, *Elisabeth J. P. Dekker mot VJC-Centrum*, «Dekker» og C-109/00 «Tele-Danmark».

⁶⁸ Tilsvarende og mer om dette i Hotvedt 2012 s. 146.

seg selv er et usikkert element som i utgangspunktet står i strid med arbeidsmiljølovens søken etter best mulig forutberegnelighet, kan ikke arbeidsgiver i tillegg ha «fri» adgang til å ikke forlenge en arbeidskontrakt på diskriminerende grunnlag, så lenge arbeidstaker beholder sin lønn jf. i Proffice/TINE-BA-saken. Innholdet nemda legger i kravet «dårligere behandlet» i sistnevnte sak, blir derfor uoppnåelig i de fleste tilfellene. Det strider også mot det overordnede formålet med arbeidsmiljøloven som er hjemlet i hensyn bak vernebestemmelsene for arbeidere. Flertallets vurdering i Proffice/TINE BA-saken blir etter mitt syn ikke foretatt på linje med gjeldende praksis fra EU-domstolen, og strider mot de overordnede hensynene bak vernereglene. Sammenliknet med der arbeidstaker hadde vært fast ansatt eller direkte ansatt som midlertidig, kunne vurderingen ikke ha blitt den samme som nemda foretar her. Det kan derfor stilles spørsmål ved om argumentasjonen i faste ansettelsesforhold, og for så vidt ved innleie i topartsforhold, hadde dreiet seg mer om de overnevnte vurderingene fra EU-domstolen.

Nemdas mindretall gjorde derimot en annen vurdering. I likhet med sakene fra EU-domstolen, vurderte mindretallet i Proffice/TINE BA-saken den konkrete situasjonen arbeidstakeren ble satt i som følge av avslutningen av oppdraget. Mindretallet gjorde vurderinger som ligner mer på det som blir lagt til grunn i praksis fra EU-domstolen, nemlig den *helhetlige* konsekvensen avslutningen av oppdraget ville ha for den midlertidig ansatte, utover at hun beholdt samme lønn.⁶⁹ De fremhevet at selv om midlertidig ansettelse innebærer en risiko for å skifte oppdrag, setter ikke dette diskrimineringsvernet til side. Ulempen ved å skifte arbeidssted og dermed ikke kunne oppnå arbeidserfaring som kan gi ønsket yrkeserfaring og kompetanseheving, ble vektlagt.

I sak 34/2012 som gjaldt ansettelse i trepartsforhold, tok nemda imidlertid vurderinger som viser en annen rettsoppfatning enn i Proffice/TINE-BA. Her vurderte de «dårligere stilling» mer inngående. Nemda tok utgangspunkt i usikkerheten det er innebærer å være midlertidig ansatt, og hvilke (lave) forventninger man kan ha til et stabilt arbeid i slike ansettelsesforhold. Likevel tilla de vekt at vikariatet det gjaldt hadde hatt en viss varighet, her ett år, og at det ga en forventning om en stabil arbeidssituasjon hos én oppdragsgiver over tid. At arbeidstakeren det var snakk om fortsatt ville ha lønn ut oppdragstiden fra bemanningsbyrået, fikk ikke betydning i vurderingen, slik som i Proffice/TINE BA-saken. Avgjørende for nemda var at

⁶⁹ Særlig Sak C-177/88 «Dekker» og C-32/99 «Webb».

«en avslutning av oppdraget fra oppdragsgivers side vil likevel ha som konsekvens at den innleide oppdragstaker kan gå glipp av verdifull arbeidserfaring og kanskje også vil stille svakere ved neste gangs tildeling av arbeidsoppdrag. Videre kan brå omskiftninger i gravide kvinners arbeidssituasjon generelt medføre at disse settes i en dårligere stilling.» Standpunktet samsvarer med hva jeg finner at må være riktig forståelse av innholdet i vilkåret, dersom de overordnede hensynene og bakgrunnen for regelen skal bli ivaretatt.

4.2.4 Betydningen av arbeidstakers/innleiers ulemper for vurderingen av vilkåret

Nemdas konklusjon i Proffice/TINE-BA-saken, bærer preg av å i realiteten være et vern av innleierens frihet til å ta inn og ut arbeidstakere, som kan fylle arbeidskraftsbehovet best mulig, og ved behov kansellere avtalen med bemanningsbyrået for å erstatte gravide med arbeidsdyktige arbeidstakere. I den sammenheng har EU-domstolen i «Dekker» presisert at økonomisk og administrativ konsekvens for arbeidsgiver (forutsatt forstått som både utleier og innleier) uansett ikke kan begrunne graviditetsdiskriminering, og at det foreligger et absolutt forbud mot diskriminering på grunn av graviditet, fødsel og foreldrepermisjon. «Dekker»-saken gjaldt en gravid arbeidssøker som ikke fikk jobben hun var best kvalifisert til, fordi det ville medføre for store kostnader for arbeidsgiver å betale henne fødselspenger og ansette en vikar. I saken tolket EU-domstolen daværende likestillingsdirektiv art. 2 (1) og 3 (1), og kom til at det var diskriminerende å ikke ansette en gravid arbeidstaker, til tross for at dette vil gi store økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver.⁷⁰ Det ble for øvrig også fastslått at det ikke er nødvendig med en sammenligningsperson, i dette tilfellet en mann, for å avgjøre diskriminering på grunn av kjønn. Saken illustrerer dermed at det ikke er tilstrekkelig at ansettelse av en gravid midlertidig arbeidstaker gir store økonomiske problemer for arbeidsgiver, ved at hun må erstattes med en annen vikar. Dette vil uansett være en ulovlig forbigåelse. Arbeidstakers vern mot diskriminering kan med andre ord ikke underlegges rent økonomiske hensyn. Saken gjaldt et fast ansettelsesforhold, men begrunnelsen er hjemlet i det absolutte diskrimineringsforbudet. Det vil derfor også måtte gjelde i midlertidige

⁷⁰ Council Directive 76/207/EEC nåværende Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF av 23. september 2002.

ansettelsesforhold, hvor innleiebedriften må ansette en «vikar for vikaren», dersom den midlertidige ansatte er gravid og ikke kan utføre arbeid i perioder med graviditetsrelatert fravær og lovbestemt fødselspermisjon. Av slutningen i «Dekker» vil innleiebedriften derfor ikke kunne begrunne forbigåelse av midlertidig ansatt som er gravid, med at ansettelsen vi gi et ytterligere behov for å leie inn ny midlertidig arbeidstaker, uavhengig av hvilke administrative og økonomiske byrder det ville medføre. Standpunktet tilsier at det strenge graviditetsvernet skal gjelde uansett, og at diskriminering aldri kan unnskyldes med arbeidsgivers administrative forhold. Også i sakene «Tele-Damark» og «Webb» presiseres det, at det ikke har relevans om det er snakk om midlertidig eller fast ansettelse, eller om arbeidsavtalen ikke kan oppfylles i sin helhet grunnet graviditetsrelatert fravær.

En praksis slik som den nemdas flertall legger til grunn i Proffice/TINE BA-saken, vil kunne medføre at diskrimineringsvernet enkelt kan omgås, særlig i trepartsforhold. Det ser ut til at utgangspunktet for nemdas vurdering i saken ikke det overordnede faktiske graviditetsdiskrimineringsvernet, men ansettelsessituasjonen den gravide er i. Etter min oppfatning av regelens bakgrunn er dette i diskrimineringssituasjoner ikke relevant og vil redusere vernet for enkelte grupper, herunder midlertidige.

4.2.5 Vilkåret som selvstendig vurdering eller som en del av bevisbyrdereglene

Nemndspraksis satt til side mener jeg med grunnlag i forarbeider, reelle hensyn og teori at spørsmålet om det rettslige innholdet i «dårligere stilling» ikke kan løsrives fra vilkårene i bevisbyrderegelen § 37. Dette har også nemda i sak 30/2015 hatt en oppfatning av når de i vilkåret «dårligere stilling» vurderer mer i samsvar med hva lovforarbeider, internasjonal praksis og teori antyder. Nemda tar i denne saken stilling til hvorvidt det er «grunn til å tro» at den gravide har havnet i en «dårligere stilling» og saken skiller seg derfor klart fra hvordan nemda ellers behandler vilkåret. Der nemda enten tar for seg «dårligere stilling» og kommer til at vilkåret oppfylles, eller der de ikke tar en selvstendig vurdering av vilkåret, er uansett beviskravet vurderingstemaet. I det videre vil jeg gjennomgå hva som ligger i beviskravet etter ldl. § 37.

4.3 Beviskravene ved påstått graviditetsdiskriminering

4.3.1 Bevistema

Bevistema er det rettsfaktum som må ligge til grunn for at rettsregelen kan komme til anvendelse.⁷¹ Spørsmålet er derfor hva som skal til for å bevise at det var graviditeten som var avgjørende, i de tilfeller hvor man ikke har noe rettskrav på forlengelse av oppdraget. Der den midlertidige ansatte hevder seg diskriminert i det hun ikke får forlenget sin midlertidige stilling, er bevistemaet om hun i det hele tatt hadde fått forlengelsen, dersom hun ikke hadde vært gravid eller var i fødselspermisjon. I bevistema må derfor vurderingen av om den midlertidige ansatte har blitt «behandlet dårligere» plasseres. Under dette er det også et spørsmål om andre har fått forlengelse og om det derfor finnes en sammenligningsperson. Det må med andre ord foretas en nærmere vurdering av de konkrete omstendighetene i saken.⁷² Av ordlyden i § 7 kan det utledes at det ikke kreves en sammenligningsperson. Dette presiseres også i forarbeidene, hvor det avgjørende er om den dårligere behandlingen skyldes ett eller flere av grunnlagene som er nevnt i generalklausulen i § 6.⁷³ Det aktuelle i sakene hvor den midlertidige ansatte ikke har fått forlenget sitt engasjement, er om det med arbeidsgivers (herunder utleier og innleier) handlinger, kan påvises en årsakssammenheng mellom graviditeten og at forlengelsen uteble.

4.3.2 Bevismidler

I bevisvurderingen er det alminnelige bevisregler som gjelder, hvor det som generelt utgangspunkt er fri bevisføring. Høyesterett har i Rt. 2014 s. 402 tatt stilling til spørsmålet om påstått diskriminering, i form av forbigåelse etter tidligere likestillingslov § 3, ved utvelgelse til statlig stilling. Saken stod primært om vurderinger etter kvalifikasjonsprinsippet og utvelgelse, men i avsnitt 67 kom Høyesterett med generelle betraktninger rundt bevisbedømmelsen. Her uttalte de at begivenhetsnære bevis vil være særlig viktige i bevisbedømmelsen, og presiserer med støtte i tidligere saker at det «gjennomgående vil ha

⁷¹ Tilsvarende Anne Robberstad, «Om forståelser av bevisbyrde», *Tidsskrift Jussens Venner*, 02/2011, s. 65-86 (s. 67).

⁷² Tilsvarende Hedlund 2008 s. 333.

⁷³ Prop. 81 L (2016-2017) s. 314.

liten selvstendig bevisverdi at arbeidsgiver forsikrer at det ikke har funnet sted diskriminering. I sammenheng med blant annet det som finnes av begivenhetsnære bevis, og de slutninger som kan trekkes av mer objektive forhold, vil likevel forklaringer fra de som deltok i ansettelsesprosessen, ha bevismessig interesse.»⁷⁴ Saken er ikke sammenlignbar i faktum for saker om forlengelse av midlertidig stilling, men standpunktet gir likevel uttrykk for en generell tolkning av bevismidlene i diskrimineringssaker. Bevismidlene skal med dette være tidsnære og objektive forhold kan få betydning. Nemda har også lagt til grunn det samme prinsippet i behandling av sine saker.⁷⁵ Med dette utgangspunktet er derfor spørsmålet hva som er det nærmere innholdet i beviskravet.

4.3.3 Beviskrav

4.3.3.1 «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro»

I likhet med vurderingen av «dårligere stilling» etter ldl. § 7, er det en utfordring at oppfatningen av den aksepterte usikkerheten i å være midlertidige ansatt, utvider beslutningsrommet til arbeidsgiver, uten at det skaper en formodning om at beslutningene skyldes graviditeten. Arbeidsgiver kan i stor grad hevde at beslutningen ikke har vært basert på graviditeten, ved å påstå at den midlertidige ansatte uansett ikke skulle få forlenget sin stilling. I gjennomgang av praksis har jeg funnet at det ofte er utfordrende å komme frem til hvilke handlinger som «gir grunn til å tro» at diskriminering har skjedd i midlertidig ansettelsesforhold, og at skillet mellom momentene i denne vurderingen og i arbeidsgivers bevisføringsplikt der bevisbyrden snus, er uklar. Sakene viser også at det ikke blir praktisert et likt innhold i vilkåret, men at det snarere blir praktisert forskjellig. Inkonsekvent behandling av vilkåret og terskelen for å oppfylle dette, fører til uklarhet rundt hva innholdet i beviskravet egentlig er, for den klagende part. Problemet slik vilkåret blir praktisert av nemda, blir derfor etter min mening, at så lenge en er midlertidig ansatt, og det er snakk om forlengelse, kreves det konkrete holdepunkter for at graviditeten var utslagsgivende.

I bevisvurderingen er utgangspunktet at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn for

⁷⁴ Jf. Rt. 1998 s. 1565 s. 1570 og Rt. 2012 s. 424 avsnitt 40.

⁷⁵ Sak nr. 56/2015, LDN-2015-56.

avgjørelsen.⁷⁶ Dersom det etter ldl. § 37 foreligger opplysninger som «gir grunn til å tro» at diskriminering har skjedd, snus bevisbyrden. Det er derfor som utgangspunkt klager som har bevisføringsplikt i første omgang. Spørsmålet er videre hva som skal til for at det foreligger omstendigheter som «gir grunn til å tro». Rettspraksis og juridisk teori er enige om at det ikke kreves så mye som alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det er derimot ikke en klar enighet om hvor den nedre grensen skal trekkes. Etter Rt. 2014 s. 402 ble det ansett tilstrekkelig at det var «holdepunkter for – eller indikasjoner på [diskriminering]» for at bevisbyrden ble snudd.⁷⁷ Juridisk teori tar også til orde for at bevisbyrden er og skal være, en del lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, for å kunne bøte på det ulike styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Juridisk teori ved Hedlund, uttaler at i forhold til utgangspunktet i sivilretten ellers, er «beviskravet i likestillingsloven imidlertid ikke så strengt». Videre tar hun til orde for at det antagelig ikke er mulig å etablere en klar nedre grense, men at det må kreves en viss tygde i saksinformasjonen som indikerer forskjellsbehandling.⁷⁸ Denne oppfatningen styrkes av at ordlyden i ldl. § 37 tidligere har vært «påvises». Endringen i ordlyden i 2002 til dagens formulering, gir uttrykk for at beviskravet er noe lempet.⁷⁹ Likevel må det som teorien fremholder være et minimumskrav i bevisets styrke for at det skal være «grunn til å tro». Ut i fra det samlede rettskildebildet, er det derfor klart at en direkte påstand er for lite. Den nedre grensen går nødvendigvis ikke går langt over dette, så lenge opplysninger eller sakens omstendigheter ellers, kan antyde en diskriminerende handling.

I vurderingen av «grunn til å tro» i sakene om midlertidig stilling og forlengelse, er det noen momenter som særlig vektlegges. Dette er opplysninger om graviditeten og direkte etterfølgende handlinger, om forlengelse var forventet eller vanlig i tilsvarende situasjoner der arbeidstakeren ikke er gravid, eller om andre har fått forlengelse der den gravide hadde bedre kvalifikasjoner. Tilsvarende uttrykker Vigerust at praksis fra diskrimineringssaker i ansettelsesforhold viser at der det skjer en endring under graviditeten, eller i nær tilknytning til fødselspermisjonen, bør det i seg selv være indikasjon på at graviditeten eller fødselspermisjonen er vektlagt. Særlig fremholder hun at indikasjonen vil styrkes dersom andre ansatte har blitt behandlet annerledes, praksis ellers i virksomheten tilsier noe annet, at handlingen er et brudd på hvordan den gravide normalt har blitt behandlet, eller forespeilinger

⁷⁶ Prop. 81 L (2016-2017) s. 336.

⁷⁷ Dommens avsnitt 63. Tilsvarende i Rt. 2012 s. 424 og Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 169.

⁷⁸ Hedlund 2008 s. 329.

⁷⁹ Tilsvarende Syse og Helgeland 2009 s. 590.

som er gitt av arbeidsgiver ikke samsvarer med handlingen.⁸⁰

i. Kjennskap til graviditeten og etterfølgende handlinger

I situasjoner der arbeidsgiver påstår å ikke ha kjent til graviditeten da beslutningen om å ikke gi forlengelse ble tatt, og den midlertidig ansatte ikke klarer å føre bevis for at dette var noe arbeidsgiver kjente til, vil det ifølge Vigerusts gjennomgang av praksis, ha betydning om 'andre forhold' peker i retning av at arbeidsgiver likevel har hatt kjennskap til graviditeten. Vigerust behandler i denne sammenheng riktignok oppsigelsessaker, men som nevnt i punkt 3.5, er det gode grunner for at momentene også må ha betydning for midlertidig ansatte, i spørsmål om forlengelse av stilling. 'Andre forhold' som kan peke i retning av at graviditeten har vært årsaken, kan i følge Vigerust eksempelvis være «ord eller handlinger [som] har gitt inntrykk av en «snuoperasjon». Det samme gjelder der arbeidsgiver ikke har gitt en begrunnelse for oppsigelsen.» Også der oppsigelsen virker generelt «rotete, uoversiktlige og klanderverdig håndtert fra arbeidsgivers side.» mener Vigerust det kan gi indikasjon på at graviditeten er vektlagt.⁸¹

I LDN sak 8/2006 som gjaldt forbigåelse i tilsetting av vikariatstilling, har nemda uttalt at for at bevisbyrden skal gå over til arbeidsgiver, vil det «være tilstrekkelig at det er fremlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det er forekommet ulik behandling i strid med likestillingsloven». Det må derfor være klart at nemda som utgangspunkt legger opp til en lav terskel, i samsvar med rettspraksis og teori. Dette var også nemdas utgangspunkt i behandlingen av sak 16/2008 «LIS-lege». Saken gjaldt en lege i spesialisering som ikke fikk ikke forlenget sitt vikariat fra tidspunktet hun skulle ut i fødselspermisjon.⁸² Det siste vikariatet ble satt til samsvarende opphørsdato som dato for oppstart av fødselspermisjonen. Nemda presiserte at inngangsvilkåret er å ha kommet i en «dårligere stilling». Uten nærmere prøving av vilkåret, tok de stilling til bevisbyrden og kom til at det var «grunn til å tro» at diskriminering hadde skjedd. Vurderingen var basert på at vikariatets sluttdato sammenfalt med fødselspermisjonen, sammenholdt med at arbeidstakeren vikarierte for en annen arbeidstaker i fødselspermisjon, som skulle tilbake først året etter. Det var altså nok at det var samsvar mellom utløp av kontrakten og oppstart av fødselspermisjon, sett i sammenheng med

⁸⁰ Vigerust 1998 s. 341.

⁸¹ Vigerust 1998 s. 375.

⁸² Vikariatene er i saken opplyst som utdanningsstillinger for LIS, saken opplyser ikke om ansettelsen var etter aml. § 14-9 b eller c.

den begrunnelsen for den midlertidige ansettelsen.

ii. Atypisk kontraktsvarighet og andre forhold av betydning

Nemdas behandling av sak 56/2015 «TV-selskap», peker mot en annen rettsoppfatning. Her behandlet nemda en klagesak hvor en midlertidig direkteansatt ikke fikk forlenget sitt engasjement som tilkallingsvikar, da hun skulle ut i fødselspermisjon. Arbeidstakeren hadde vært ansatt i seks og tolv måneders kontrakter i mer enn to år, og hadde hatt arbeidstid tilsvarende 90 prosent stilling. Det interessante i saken er hvordan tilsvarende faktum i vurderingen av «grunn til å tro» får mindre vekt i denne saken, enn i saken «LIS-lege». Samlet sett legger nemdas argumentasjon i denne saken opp til en høyere terskel for vilkåret «grunn til å tro» enn i andre saker. Det kan også se ut til at nemda og ombudet her har en ulik oppfatning av den nedre grensen i vilkåret.

For å belyse nemdas vurdering, er det først grunn til å se på ombudets behandling av saken. Ombudet ga det avgjørende vekt at siste kontraktsforlengelse som skjedde etter at arbeidsgiver ble kjent med graviditeten, hadde atypisk varighet og utløp åtte uker før permisjonen skulle starte. I tillegg til at arbeidsgiveren innrømmet å ha en ulovlig praksis ved å ikke forlenge kontrakter der midlertidige ansatte skal ut i fødselspermisjon. Det var også av betydning at andre midlertidige ansatte fikk forlenget sine kontrakter. Tilsammen var momentene tilstrekkelig for ombudet til å konstatere at det var «grunn til å tro» at arbeidstakeren var diskriminert.⁸³

I nemdas vurdering kommenteres det ikke hva som i sin alminnelighet kreves for å at det skal være «grunn til å tro», i likhet med tidligere saker, men det konstateres at det skal mer til enn en påstand. Den etterfølgende behandlingen i nemda er ikke sammenfallende med den terskelen som er formulert i Rt. 2014 s. 402, som i utgangspunktet skal være lav. I motsetning til ombudet finner nemda på samme informasjonsgrunnlag at vilkåret «grunn til å tro» ikke var innfridd. Begrunnelsen var hovedsakelig at, til tross for arbeidsgivers innrømte ulovlige praksis, ga ikke dette alene «grunn til å tro» at det var derfor klager ikke fikk forlenget sin kontrakt. Videre fremhevet nemda at dersom kontrakten hadde vært gitt med lengre varighet, ville ikke dette hatt nevneverdige økonomiske fordeler for arbeidstakeren. Nemda finner også

⁸³ LDO sak nr. 14/895, 15.4.15.

i samme vurdering grunn til å bemerke forventningene en midlertidig arbeidstaker kan sies å ha i denne type kontrakter, uten at relevansen i dette er forklart ytterligere. Den atypiske kontraktsvarigheten er etter nemdas syn i utgangspunktet noe som taler for at det er «grunn til å tro» at det har skjedd diskriminering, men det får likevel ikke avgjørende vekt i denne saken, basert på en vurdering av andre midlertidig ansatte som heller ikke fikk forlenget sine kontrakter.

I DN (LDN) sak 36/2017 benyttet nemda et tilsvarende argumentasjonsmønster. Her ble heller ikke terskelen for vurderingen av vilkåret presentert, og eventuelle momenter som kunne gi «grunn til å tro» at klager var diskriminert, ser ut til å ha blitt en vurdering i retning av hva arbeidsgiver «sannsynliggjør». Dette kommer særlig frem der nemda vurderte dokumentene i saken som var påberopt av arbeidstaker, og brukte disse til å bevise at det *ikke* var «grunn til å tro» at arbeidsgiver vektla graviditeten. Tilsvarende gjelder der nemda uttalte at det etter deres syn «ikke er bevismessig grunnlag for å anta at A i telefonsamtale med E før møtet opplyste om at hun var gravid». Her gjorde de tilsynelatende en sannsynlighetsvurdering av bevisene. Sett bort fra innholdet i bevisene og hva de peker i retning av, er det etter min mening uklart hvilken rettslig vurdering nemda egentlig foretar her.

iii. «Klare indikasjoner»

Nemda og ombudet har også i tidligere omtalt sak 49/2016 «Ringevikar» (LDO sak 15/394), foretatt ulike rettslige vurderinger av vilkåret. Saken gjaldt et vikariat som ikke ble forlenget og hvor det ble påstått at dette skyldes graviditeten. Nemda kom i denne saken med formulering av et krav om «klare indikasjoner» på at graviditeten er vektlagt. Nemda vurderte om en e-postkorrespondanse mellom arbeidsgiver og arbeidstaker hvor graviditeten ble tilkjennegitt i vedlagte sykemelding, var tilstrekkelig for at det skal være «grunn til å tro» at arbeidsgiver hadde vektlagt graviditeten. Her uttalte nemda at «Det foreligger ikke *klare indikasjoner* på at kjennskap om X sin graviditet er bakgrunnen for at Y endret holdning overfor X». ⁸⁴ I ombudets behandling av samme sak legges det til grunn at det er «usannsynlig at X ikke fikk med seg diagnosen [svangerskapskvalme], selv om det ikke er grunn til å tro at

⁸⁴ Min kursivering

de aktivt var på utkikk etter den.» Ombudet vurderte det til at det var «grunn til å tro» at diskriminering hadde skjedd, fordi hendelsesforløpet hvor kontrakter ikke blir forlenget ved kjennskap til graviditeten ikke er uvanlig i slike saker. Nemda kommer i likhet med ombudet til samme konklusjon, men basert på at «Ved graviditet oppstilles imidlertid en lav terskel før bevisbyrden anses oppfylt. Det at X var gravid på tidspunktet arbeidsforholdet opphørte, er en omstendighet som taler for at vilkåret er oppfylt. [...] forholdet presiseres å ligge i nedre sjikt [for at bevisbyrden snus].»

Hvis det for midlertidige ansatte i disse sakene skal kreves konkrete holdepunkter for at graviditeten var utslagsgivende, før det kan være «grunn til å tro» at det har skjedd diskriminering, blir beviskravet og hensynene bak bevisbyrderegelen undergravet. Det er også etter min oppfatning problematisk at det foretas en inngående bevisvurdering av arbeidsgivers grunner til å ikke forlenge en kontrakt, som en del av «grunn til å tro»-vurderingen, ettersom det innebærer at det ikke vil stilles riktig krav til sannsynlighetsovervekt i arbeidsgivers påstander. Kravet til sannsynlighetsovervekt i arbeidsgivers beviser for at det ikke har skjedd diskriminering, kommer først der bevisbyrden snus. Dersom arbeidsgivers påstander prøves på feil tidspunkt og blir en del av «grunn til å tro»-vurderingen, kan påstandene aksepteres som mindre sannsynlig og kanskje også uholdbare, så lenge de kan virke mer sannsynlig enn klagers påstand. Dette vil igjen kunne føre til at den midlertidige ansatte, som den svake part, står i både en vanskelig bevismessig stilling knyttet til sakens omstendighet, og i forhold til motpartens styrke. Praksisen i noen av nemdas saker strider også mot Høyesteretts praksis. Rt. 2012 s. 402 er illustrerende. Saken gjaldt påstått aldersdiskriminering i en ansettelsessak. Etter en stillingsutlysning av offentlig stilling hvor klager var klart kvalifisert til å bli innkalt til intervju, slår Høyesterett raskt fast at det med det grunnlaget er «nærliggende å mistenke arbeidsgiver for å ha tatt usaklige hensyn.» og går direkte til sannsynlighetsvurderingen.

Etter mitt syn må det med utgangspunkt i vilkårets innhold og terskel, være nok med et sammenfall i tid mellom utløp av kontrakten eller avtalt sluttdato og oppstart av fødselspermisjon, for at det skal være «grunn til å tro» at graviditeten er vektlagt ved forlengelse av midlertidige stillinger. Tilsvarende hvis kontraktsvarigheten blir atypisk etter at arbeidsgiver har fått kjennskap til graviditeten, eller der den gravide av åpenbare grunner som ansiennitet eller kompetanse, burde fått stillingen fremfor andre midlertidige ansatte. At vilkåret blir anvendt konsekvent er også helt avgjørende for at formålet med

bevisbyrderegelen oppbygging og bakenforliggende hensyn skal ivaretas. Dersom terskelen i «grunn til å tro» blir anvendt som med tilsvarende krav som for alminnelig sannsynlighetsovervekt, medfører dette at det kreves for mye i vilkåret til at arbeidstakeren med sine forutsetninger, kan klare å oppfylle det. Dette i tillegg til at beviskravet for arbeidsgiver ikke blir vurdert, fordi bevisbyrden av ikke snus.

b. Arbeidsgiver «sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd»

Der det er «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd, snus bevisbyrden og arbeidsgiver må «sannsynliggjøre at diskriminering likevel ikke har skjedd». Årsakene arbeidsgiver anfører må være rettslig aksepterte og bevisene for påstandene må, som redegjort for i punkt 3.5, nå opp til kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Bevistemaet vil bero på sakens nærmere omstendigheter i en helhetsvurdering.⁸⁵ Spørsmålet er hva som i praksis skal til for at det bevismessig gjør det mer sannsynlig at det ikke har skjedd graviditetsdiskriminering i sakene om forlengelse av midlertidig stilling. Praksis viser at sannsynlighetsovervekten arbeidsgiver må oppfylle reelt sett ofte ikke blir vurdert, både på grunn av feil tidspunkt for prøving av bevisene, men også fordi arbeidsgiver har flere argumenter å benytte seg av, særlig i forhold til bedriftens behov for midlertidig arbeidskraft.

i. Betydningen av arbeidsgivers manglende kjennskap til graviditeten

Der arbeidsgiver påstår å ikke å ha kjent til at den midlertidige ansatte var gravid, vil vurderingen dreie seg om dette kan sannsynliggjøres. Her er saken «TV-selskap» illustrerende.⁸⁶ I ombudets vurdering, tok de først stilling til anførselen fra arbeidsgiver om at beslutningen vedrørende å ikke forlenge den midlertidige sitt vikariat, ble tatt lenge før de fikk kjennskap til graviditeten. Bevismaterialet var en intern e-postkorrespondanse som var sendt før arbeidsgiveren fikk kunnskap om graviditeten, og som skulle bekrefte at arbeidstakeren allerede da ikke var utvalgt til å få forlenget sin stilling. Ombudet tilla ikke denne e-posten vesentlig betydning fordi den «med sitt sprikende innhold ikke *klart* viser hvem som skulle få sine kontrakter forlenget og ikke.»⁸⁷ Det skulle altså mer til enn en intern

⁸⁵ Hedlund 2008 s. 333 og 335.

⁸⁶ LDN sak 56/2015 LDO sak 14/895.

⁸⁷ Min kursivering

e-postutveksling om arbeidstakere som var tenkt å få forlengelse, for at dette kunne sannsynliggjøre at arbeidsgiver ikke vektla graviditeten. Ombudets behandling av saken «Ringevikar» viste også at det ble stilt store krav til arbeidsgivers påstander om å ikke ha hatt kunnskap om graviditeten. Vurderingen i denne saken ble gjort som en del av «grunn til å tro»-vurderingen og jeg viser derfor til punkt iii. under punkt 4.3.3.1, for mer om saken.

ii. Betydningen av driftsmessige årsaker og arbeidsgivers etterfølgende handling

For arbeidsgiver vil det ofte påstås å være driftsmessige årsaker til hvorfor den midlertidige ansatte ikke får forlenget sin kontrakt. Hvis begrunnelsen skal være sannsynlig kan spørsmålet bli om andre midlertidige ansatte har fått forlenget sine kontrakter. I LDO sak 14/895 «TV-selskap», påsto arbeidsgiver at en utfordrende kostnadssituasjon var årsaken til at kontrakten ikke ble forlenget. Ombudet uttalte i den forbindelse at «Det ligger i tilkallingsvikarenes natur at man tilkalles ved behov, og svingninger i arbeidskraftsbehovet vil også være begrunnelsen for å benytte slike kontrakter.» At disse forholdene skulle sannsynliggjøre hvorfor ikke den gravide arbeidstakeren fikk forlenget sin kontrakt fremfor en annen, var vanskelig for ombudet å se. Som tidligere gjennomgåelse av samme sak viser, kommer ikke nemda til denne delen av bevisbyrden. I LDN sak 47/2010 «Callsenter», vektla nemda at arbeidsgiver ikke tok inn nye vikarer rett i ettertid av den omstridte perioden klager mente hun skulle hatt forlengelse. Vurderingen ble riktignok ikke gjort under ldl. § 37, men som en del av vurderingen av om arbeidstakeren var satt i «en dårligere stilling»⁸⁸. Uttalelsen viser likevel at nemda finner momentet relevant, men det kommenteres ikke hvorvidt opplysningene ble etterprøvd. Denne delen av saken illustrerer også ulempen ved at den rettslige vurderingen ikke blir foretatt på riktig tidspunkt. Nemda kommenterte ikke vekten opplysningene ga og stilte ikke krav til etterprøvbarheten i påstandene.

iii. Betydningen av arbeidstakers egnethet og arbeidsutførelse

Praksis viser at begrunnelser som arbeidstakerens arbeidsutførelse også kan være påstått årsak til å ikke forlenge arbeidsavtalen. På dette punktet skriver Hedlund i forbindelse med arbeidsgivers bevisbyrde i ansettelsessaker at, en «generell henvisning til personlig egnethet uten noen nærmere konkretisering og utdyping, vil som den klare hovedregel ikke være

⁸⁸ Se 4.3.3.

nok.»⁸⁹ Tilsvarende uttaler nemda i sak 6/2007 at «en vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve [...] i forhold til bevisbyrden må kravet være at vurderingen av slike egenskaper i noen grad er konkretisert, og at denne konkretiseringen går frem av saksdokumenter eller på annen måte som kan ettervises.»⁹⁰ Nemda har fulgt opp denne praksisen i ettertid, for eksempel i sak 35/2009, hvor det stadfestes at «Forhold som skal oppfylle bevisbyrden, må være etterprøvbare. For at arbeidsgiver skal sannsynliggjøre at Bs graviditet ikke hadde noen betydning ved tilsettingene, må vurderingene fremgå av etterviselige dokumenter eller på annen måte være mulig å etterprøve.»⁹¹ Som vist er det i nemdas saker varierende hvor etterprøvbare forholdene må være.

4.4. Beviskravet sammenlignet med oppsigelsessaker

Rettsstilstanden for bevisbyrde i saker om midlertidig ansatte og forlengelse av stilling, er en helt annen enn hva som gjelder for fast ansatte. I oppsigelsessaker i faste ansettelsesforhold hvor det påberopes at oppsigelsen har skjedd på grunnlag av graviditet og/eller fødselspermisjon, må arbeidsgiver påvise grunner helt uavhengig av graviditeten, for at det skal gi tilstrekkelig saklig grunnlag for oppsigelse.

Bevisbyrderegelen i aml. § 15-9 som gjelder oppsigelsesvern ved svangerskap, etter fødsel eller adopsjon, gir en automatisk presumsjon for at det har skjedd en vektlegging av arbeidstakerens graviditet, dersom oppsigelsen finner sted i den perioden. Presumsjonen blir stående med mindre arbeidsgiveren kan føre bevis for at det er «overveiende sannsynlig» at graviditeten ikke er vektlagt. Bestemmelsen skiller seg fra bestemmelsen om bevisbyrde i ldl. § 37 og går lenger i arbeidstakers favør, der man er fast ansatt enn der man er midlertidig ansatt. Terskelen for å ikke forlenge en midlertidig kontrakt der arbeidstakeren er gravid blir derfor også lavere enn terskelen for å gå til oppsigelse av en gravid arbeidstaker.⁹² Høyesterett har i HR-2018-1198-A fastslått hva som menes med «overveiende sannsynlig» i § 15-9 (1). Saken omhandlet en gravid arbeidstaker som ble oppsagt med påstått grunnlag i bedriftens nedbemanningsbehov. Etter å ha tolket vilkåret «overveiende sannsynlig» i samsvar med

⁸⁹ Hedlund 2008 s. 335.

⁹⁰ Referanse fra Hedlund 2008 s. 335; sak LDN-2007-6.

⁹¹ LDN-2009-35.

⁹² Tilsvarende JURKs høringsuttalelse 23.09.14.

forarbeidene og sammenhengen i loven for øvrig, kom Høyesterett til at det innebar et krav om «klar sannsynlighetsovervekt». Arbeidsgiver oppfylte ikke beviskravet og oppsigelsen ble dermed ansett for å ha sin grunn i graviditeten til den ansatte. Dette innebærer at graviditetsdiskrimineringsvernet er ytterligere skjerpet ved oppsigelse etter arbeidsmiljøloven.

Dersom bevisbyrderegelen i ldl. § 37 ikke kommer til anvendelse, eller kommer til anvendelse på feil tidspunkt i vurderingen, kan det slik jeg ser det, gi konkrete utslag i resultatet. Til sammenligning vil ikke dette kunne skje etter bevisbyrderegelen i aml. § 15-9, fordi det som utgangspunkt vil være presumert at graviditeten var årsaken til oppsigelsen, i tillegg til at kravet til sannsynlighet høyere.

Bakgrunnen for den særlige bevisbyrderegelen i aml. § 15-9 kommer frem av forarbeidene, hvor det uttales at «Formålet er å effektivisere diskrimineringsvernet ved å legge et større ansvar for bevisføringen på den som oftest sitter på kunnskapen om det som har skjedd. Under graviditeten gjør ytterligere hensyn seg gjeldende. En gravid arbeidstaker bør skånes fra å måtte sette i gang en belastende prosess for å beholde arbeidet. Bevisbyrderegelen for oppsigelse under graviditet går følgelig noe lenger enn etter diskrimineringsreglene.»⁹³ Bakgrunnen for delt bevisbyrde er likt begrunnet i forarbeidene til aml. § 15-9 som i forarbeidene til ldl. § 37. At bevisbyrdereglene går lenger ved stillingsvernet enn i diskrimineringsaker, er for så vidt uproblematisk. Det problematiske er at det for midlertidig ansatte heller ikke vil få betydning, ettersom vurderingen ved forlengelse av midlertidig stilling må skje etter ldl. § 37. Igjen blir det derfor avgjørende å stadfeste den posisjonen en midlertidig ansatt har, for å kunne gi rettmessig vern. Etter mitt syn er argumentene til lovgiver rettet generelt til gravide i arbeid. Det er ikke tvilsomt at det er like belastende for en midlertidig ansatt å sette i gang en prosess for å beholde arbeidet, som for en fast ansatt. Hensynene som taler for et vern av gravide, bør derfor ikke tilpasses etter ansettelsesform. I graviditetsdirektivets innledende bestemmelser, fremholdes sårbarheten til gravide og det stadfestes at «Risikoen for oppsigelse på grunn av deres tilstand kan ha skadelige virkninger på den fysiske og mentale tilstanden til gravide arbeidstakere, arbeidstakere som nylig har født eller som ammer, og det bør derfor fastsettes et forbud mot oppsigelse.» Samlet må det være klart at de bærende hensynene bak vernereglene gjelder for alle gravide. At bevisbyrdereglenes ulikhet derfor skal gi ulikt vern i praksis, avhengig av på hvilken måte

⁹³ Prop. 115 L (2010-2013) s. 203.

man er ansatt, synes derfor ikke rimelig.

5. Oppsummering

Materialet som er gjennomgått gir inntrykk av at håndhevelsen av graviditetsdiskrimineringsvernet for midlertidige ansatte, byr på flere utfordringer. Diskrimineringsvernet skaper ikke problemer i seg selv, og anerkjennes for også å gjelde midlertidige ansatte. Som vist er likevel håndhevelsen på noen områder varierende, og til tider uklar og inkonsekvent. I bevisvurderingen er hovedutfordringen etter mitt syn sammenblanding av beviskravene som kreves av henholdsvis klager og innklagde. Samlet gir praksis uttrykk for en usikkerhet i anvendelsen og rekkevidden av vernet, i relasjon til den posisjonen den midlertidige ansatte er i. Praksis bærer i stor grad preg av å vurdere forlengelse av kontrakter i midlertidige ansettelsesforhold, i forhold til om den midlertidige arbeidstakeren har et vern på en etablert stilling. Det kan som vist stilles spørsmål ved om det kan begrunne forskjellen i kravet til sannsynlighet sammenlignet med oppsigelsessaker.

I forarbeidene fokuserer lovgiver på byrdene en oppsigelse vil medføre for den gravide, som hensyn og begrunnelse for det strenge sannsynlighetskravet i oppsigelsessaker. Dersom det er lovgivers hensikt at disse byrdene ikke skal sammenlignes i midlertidige og faste ansettelsesforhold, vil dette indirekte gi en aksept av et svekket diskrimineringsvern for gravide i midlertidig stilling. Det kan i så tilfelle synes som om inngåelse av midlertidig arbeidskontrakt oppfattes som en stilltiende aksept på færre rettigheter. Dette utgangspunktet er ikke forenelig med nasjonal likestillingslovgivning eller internasjonale forpliktelser.

De presenterte direktivene, skiller ikke mellom ansettelsestyper. Dette slo også EU-domstolen fast i «Tele-Danmark», hvor domstolen uttalte at det ikke er forskjell i diskrimineringsvernet slik det er utformet i direktivene etter om det gjelder fast, eller midlertidig ansettelse. Til tross for den store forskjellen i det å være fast og midlertidig ansatt, skal diskrimineringsvernet være universalt.

Den uklare rettstilstanden og det svake vernet midlertidige ansatte har ved forlengelse av arbeidsavtalen, vil etter min mening kunne klargjøres og styrkes på flere måter. Som utgangspunkt må lovgiver i større grad tydeliggjøre at graviditetsdiskrimineringsvernet i arbeidslivet skal gjelde uavhengig av ansettelsesform. Presiseringen i ldl. § 10 kan ha bidratt til dette, men er etter min oppfatning for svak. Lovteknisk kan det også skape forvirring at presiseringen av forbudet står i en unntaksbestemmelse.

Mitt syn er at sannsynlighetskravet for graviditetsdiskriminering ved forlengelse av midlertidig stilling, bør stå mer i samsvar med kravet ved oppsigelse, for å oppnå en riktig vurdering av den påståtte diskrimineringen. Fra et arbeidsgivers synspunkt kan det hevdes å minske fleksibiliteten ved midlertidig ansettelse, dersom beviskravet ved manglende forlengelse skal sidestilles med oppsigelse. Dette kan slik jeg ser det ikke bli et problem. Dersom arbeidsgiver har legitime årsaker til å ikke forlenge en midlertidig stilling hvor den midlertidige ansatte er gravid eller i fødselspermisjon, bør det være enkelt å bevise.

En mulig ringvirkning ved et økt sannsynlighetskrav, kan være at det fra arbeidstakers synspunkt oppfattes som vanskeligere å forholde seg til midlertidige ansatte som er gravide eller i fødselspermisjon. Dette kan, satt på spissen, føre til at færre kvinner i fertil alder blir vurdert til midlertidige stillinger. Det kan også føre til økt praksis av ytterligere bruk av korte kontrakter, som gir mer fleksibilitet for arbeidsgiver, med økt usikkerhet for arbeidstaker.

Dersom reglene skal bestå som de er i dag, ved at arbeidstakeren må innfri inngangsvilkåret «dårligere stilling» og «grunn til å tro», må terskelen i vilkårene senkes. Det må eventuelt også klargjøres en generell oppfatning av hva som skal til for å innfri vilkårene, i spørsmål om manglende forlengelse av midlertidig stilling.

Etter FNs Kvinnekonvensjon art. 11 nummer 2 skal konvensjonsstatene sikre at kvinner ved svangerskap og fødsel får en «reell rett til arbeid». For å nå dette målet er det etter bokstav a) pålagt konvensjonsstatene å «nedlegge forbud, belagt med sanksjoner, mot oppsigelse på grunn av svangerskap eller fødselspermisjon [...]». Etter punkt 3 skal «Lovbestemmelser som gir kvinner vern på områder omhandlet i denne artikkel [...] gjennomgås jevnlig på bakgrunn av vitenskapelig og teknologisk viten, og skal endres, oppheves eller utvides ved behov.» Forpliktelsene innebærer med andre ord ikke kun iverksettelse av de konkrete tiltakene, men

også en forpliktelse til å stadig etterleve formålet ved å gi egnede regler og håndhevelse etter behovene som viser seg.

Dersom formålet med å avskaffe diskriminering mot kvinner skal nås i arbeidslivet jf. art. 1, er det klart at det for midlertidige ansatte som blir gravide må håndheves et like sterkt diskrimineringsvern som ved fast ansettelse.

Litteraturliste

Litteratur:

Vigerust, Elisabeth, *Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold*, i Anne Hellum, Kirsten Ketscher (red), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008, s. 187-210

Syse, Aslak og Helgeland, Geir, *Reglene om «delt bevisbyrde» i norsk diskrimineringsrett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, (Oslo 2009).

Hedlund, Mary-Ann, *Bevisbyrde*, i Anne Hellum, Kirsten Ketscher (red), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008, 323-338

Hotvedt, Marianne Jenum «Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 6 2012 s. 141-186

Eidsvåg, Tine, *'Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere? Om tilrettelegging for vikarbyråansatte'*, 2018, utrykt artikkel, antatt til publisering i tidsskriftet 'Arbeidsrett', stilt til rådighet av forfatteren.

Vigerust, Elisabeth, *Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*, (Oslo 1998)

Hotvedt, Marianne Jenum og Syse, Aslak, *Barn ventes – rettigheter for småbarnsforeldre*, (Oslo 2009)

Robberstad, Anne «Om forståelser av bevisbyrde», *Tidsskrift Jussens Venner*, 02/2011, s. 65-86

Internasjonale kilder:

- Rådskretiv 2010/18/EU klausul 5: «Ved utløpet av foreldrepermisjonen skal arbeidstakeren ha rett til å vende tilbake til samme stilling eller, dersom det er umulig, til et tilsvarende eller lignende arbeid i samsvar med sin arbeidsavtale eller sitt arbeidsforhold»

- Europaparlaments- og rådskretiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av

prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve.

- Rådskonferensdirektiv 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (tiende særkonferensdirektiv i henhold til artikkel 16 nr. 1 i direktiv 89/391/EØF)
Rådskonferensdirektiv 2010/18/EU av 8. mars 2010 om gjennomføring av den reviderte rammeavtalen om foreldrepermisjon inngått av BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFF og om oppheving av direktiv 96/34/EF

- Rådskonferensdirektiv 91/383/EØF av 25. juni 1991 om utfylling av de tiltak som forbedrer sikkerheten og helsen på arbeidsplassen for arbeidstakere som har et tidsbegrenset eller midlertidig arbeidsforhold jf. Art. 1 nr. 1; Rådskonferensdirektiv 1999/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP jf. Klausul 4 nr. 1

- Rådskonferensdirektiv 97/80/EF av 15. desember 1997 om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn

- Council Directive 76/207/EEC nåværende Europaparlaments- og rådskonferensdirektiv 2002/73/EF av 23. september 2002.

- Europaparlaments- og rådskonferensdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid

- ODA TRA-1992-05-02-2 Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.

- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, vedtatt 18. desember 1979. Inkorporert i LOV-1999-05-21-30 (Menneskerettsloven)

Lover:

LOV-1992-11-27-109

LOV-1978-06-09-45

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)
Prop. 39 L (2014-2015)
Prop. 81 L (2016-2017)
Innst. 337 L (2009-2010)
Innst. 355 L (2017-2018)
Ot.prp. nr. 35 (2004-2005)
Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)

Dommer:

Rt. 1998 s. 1565 s. 1570
Rt. 2012 s. 424
Rt.2014 s. 402

Dommer fra EU-domstolen:

- Sak C-184/83, 1984, *Hofmann mot Barmer Ersatzkasse* .
- Sak C-421/92, 1994, *Habermann-Beltermann mot Arbeiterwohlfahrt*.
- Sak C-32/93 1994, *Webb mot EMO Air Cargo*.
- Sak C-109/00, 4.10.01, EC:C:2001:513, *Tele-Danmark AS mot Handels- og kontorfunktionærenes Forbund i Danmark*.
- Sak C-177/88, EC:C:1990:383, 8.11.90, *Elisabeth J. P. Dekker mot VJC-Centrum*

Saker fra likestillings- og diskrimineringsnemda:

LDN-2010-47
LDN-2009-18
LDN-2008-16

LDN-2015-56

LDN-2007-6

LDN-2009-35

LDN-2006-8

LDN-2017-36

LDO:

10/806

14/895

15/394

14/895

Internetsider:

<https://jurk.no/wp-content/uploads/2016/06/Høring-midlertidighet.pdf>

http://www.ldo.no/globalassets/praksis-del-1_a.pdf.

<http://www.ldo.no/nyheter-og-fag/nyheter/nyheter-2015/midlertidige-mer-diskriminert/>

http://www.ldo.no/globalassets/praksis-del-1_a.pdf Praksis 2008 LDO s. 53-62