

# Arbeidstakers diskrimineringsvern ved tilbakekomst fra foreldrepermisjon

*Retten til å få tilbake egen stilling*

Kandidatnummer: 169

Antall ord: 13 803



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. Mai 2020



# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse</b> .....	<b>2</b>
<b>1 Innledning</b> .....	<b>4</b>
1.1 Tema og aktualitet.....	4
1.2 Rettskilder og metodiske utfordringer.....	6
1.2.1 Innledning.....	6
1.2.2 EU-rettens innvirkning på det norske diskrimineringsvernet.....	7
1.2.3 Betydningen av ombuds- og nemndspraksis.....	9
1.2.4 Manglende tilgang på litteratur.....	10
1.3 Avgrensninger.....	10
1.4 Fremstillingen videre.....	11
<b>2 Diskrimineringsvern etter foreldrepermisjon – en introduksjon</b> .....	<b>13</b>
2.1 Kjønnsdiskrimineringsvernets bakteppe.....	13
2.2 Ulike typer forskjellsbehandling.....	14
2.2.1 Innledning.....	14
2.2.2 Direkte forskjellsbehandling.....	16
2.2.3 Indirekte forskjellsbehandling.....	16
2.2.4 Betydningen av skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling i relasjon til foreldrepermisjon.....	17
2.2.5 Lovlig forskjellsbehandling – grensene mellom §§ 9 og 10.....	18
<b>3 Retten til å få tilbake samme/tilsvarende stilling</b> .....	<b>20</b>
3.1 Innholdet i «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» i § 33.....	20
3.2 Innholdet i saklighets-, nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen etter ldl. § 9.....	22
3.3 Endring av arbeidsvilkår som følge av andre forhold enn foreldrepermisjonen.....	23
3.4 Bevisbyrdereglene.....	24
<b>4 Diskrimineringsvern etter foreldrepermisjon i praksis</b> .....	<b>28</b>
4.1 Utgangspunkt og ulike typetilfeller.....	28
4.1.1 Uenighet om bakgrunnen for endringer i arbeidsoppgaver.....	28
4.1.2 Arbeidsgivers adgang til å vektlegge at vikaren er bedre kvalifisert.....	31
4.1.3 Retten til å fortsette sin karrieremessige utvikling etter permisjon.....	34
4.1.4 Endrede arbeidsoppgaver ved ønsket stillingsreduksjon etter permisjon.....	35
4.1.5 Hvor mange ansatte berøres av endringene?.....	37
4.1.6 Midlertidige endringer i arbeidsoppgaver.....	38

4.1.7	Endrede arbeidsoppgaver etter permisjon pga. ny nært forestående permisjon .....	39
4.2	Rettsmidler ved diskriminering på bakgrunn av foreldrepermisjon .....	41
<b>5</b>	<b>Samlede betraktninger .....</b>	<b>44</b>
	<b>Litteraturliste .....</b>	<b>47</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Hvert år opplever en del arbeidstakere at uttak av foreldrepermisjon får negative konsekvenser for dem i arbeidslivet. En undersøkelse fra Likestillings- og diskrimineringsombudet viser at 55 % av norske kvinner og 21 % av norske menn har opplevd én eller flere former for diskriminering i forbindelse med graviditet og uttak av foreldrepermisjon i årene 2008-2014.<sup>1</sup> I mange tilfeller gjelder det endringer i arbeidsoppgavene ved tilbakekomst etter permisjon. Likestillings- og diskrimineringsloven av 2017<sup>2</sup> (ldl.) stiller krav til arbeidsgivers ivaretagelse av arbeidstaker når vedkommende vender tilbake til arbeidet. Arbeidstakeren har blant annet rett til å få tilbake samme eller tilsvarende stilling som vedkommende hadde før foreldrepermisjonen.<sup>3</sup>

Retten til ikke å bli diskriminert er både en grunnverdi i det norske rettssamfunnet og en selvfølge i arbeidslivet. For å kunne opprettholde et bærekraftig velferdssystem er det viktig å sette barn til verden,<sup>4</sup> men det er også helt essensielt at foreldre vender tilbake til arbeid etter permisjonstiden. I den forbindelse er det viktig at det tilrettelegges for at arbeidstakere får komme tilbake til sin opprinnelige stilling, slik at vedkommendes motivasjon til å arbeide opprettholdes. Dersom en ikke får tilbake samme stilling etter foreldrepermisjon, kan det potensielt foreligge diskriminering. Hensynet til arbeidstakers forutberegnelighet må imidlertid balanseres opp mot arbeidsgivers behov for å kunne gjøre endringer og tilpasninger for å sikre en dynamisk drift av virksomheten. På denne bakgrunn er diskrimineringsvernet knyttet til foreldrepermisjon et aktuelt tema i praksis, og det er viktig å klargjøre hva som ligger i arbeidstakers rett til å komme tilbake til samme eller tilsvarende stilling etter endt permisjon og hvor langt diskrimineringsvernet strekker seg.

Tema for oppgaven er derfor arbeidstakers diskrimineringsvern ved tilbakekomst etter foreldrepermisjon. Hovedproblemstillingen er hva som ligger i retten til å komme tilbake til «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» etter ldl. § 33, og hvordan dette fungerer i praksis. I

---

<sup>1</sup> LDO: fagoppsummering om graviditet og foreldrepermisjon s. 5 (tilgang opprettet 13.01.2020).

<sup>2</sup> Lov 16. Juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

<sup>3</sup> Se ldl. § 33.

<sup>4</sup> Jf. bl. a. Erna Solbergs nyttårstale den 1. Januar 2019.

den forbindelse aktualiseres spørsmålet om hvor langt arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer i arbeidstakerens arbeidsoppgaver etter permisjon rekker.

Innledningsvis er det viktig å klargjøre hva som ligger i begrepet «permisjon». Permisjon er en rett arbeidstaker har til et tidsbegrenset fravær fra arbeidet.<sup>5</sup> Som regel knytter permisjonen seg til foreldreansvar eller et ønske om utdanning, lønnet eller ulønnet. Når det gjelder permisjoner som ikke knytter seg til foreldreansvar, finnes det ingen uttrykkelig lovregel for at arbeidstaker får vende tilbake til den samme stillingen vedkommende hadde før permisjonen. I et slikt tilfelle vil prinsippet om arbeidsgivers styringsrett sammenholdt med innholdet i arbeidsavtalen avgjøre hvilke rettigheter arbeidstakeren har ved tilbakekomst.<sup>6</sup>

Bestemmelsen i ldl. § 33 er derimot en spesialregel som skal sikre at arbeidstaker får komme tilbake til samme eller tilsvarende stilling etter endt foreldrepermisjon. Det kan i utgangspunktet allerede sies å ligge i permisjonsinstituttet at en har rett til samme stilling når en vender tilbake fra en permisjon.<sup>7</sup> Likestillings- og diskrimineringslovens bestemmelser om rettigheter etter endt foreldrepermisjon, er en presisering av det generelle forbudet mot diskriminering på bakgrunn av kjønn, graviditet og permisjon,<sup>8</sup> og har som formål å effektivisere diskrimineringsvernet i slike tilfeller.<sup>9</sup> Dette vil jeg komme nærmere tilbake til i punkt 2.2. Paragraf 33 er altså utledet av forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling, og bestemmelsen må tolkes i lys av det alminnelige forbudet mot diskriminering.<sup>10</sup> Bestemmelsen får kun anvendelse for lovfestede permisjoner i henhold til arbeidsmiljøloven § 12-2 til § 12-8, jf. ldl. § 33 tredje ledd.<sup>11</sup> Hovedfokuset i denne oppgaven vil være på foreldrepermisjoner, og rettigheter knyttet til andre typer permisjoner vil derfor ikke bli ytterligere behandlet.

Utgangspunktet er altså at en arbeidstaker skal få tilbake samme stilling da en foreldrepermisjon ikke endrer avtaleforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Arbeidstaker har imidlertid ikke et ubetinget krav på nøyaktig den samme stillingen. Dersom arbeidsgiver har behov for å foreta endringer som saklig kan begrunnes i driftsmessige

---

<sup>5</sup> [https://snl.no/permisjon\\_i\\_arbeidsforhold](https://snl.no/permisjon_i_arbeidsforhold) (tilgang opprettet 01.04.2020).

<sup>6</sup> I tillegg til de generelle diskrimineringsreglene, kan også utvidede rettigheter fremgå av enkelte tariffbestemmelser, men dette vil jeg ikke gå nærmere inn på i denne oppgaven.

<sup>7</sup> Se Eidsvaag (2018) s. 136.

<sup>8</sup> En tilsvarende bestemmelse finnes i EUs likebehandlingsdirektiv 2006/54/EF art. 15.

<sup>9</sup> Skjønberg m.fl. (2017) s. 223.

<sup>10</sup> LDO: fagoppsummering om graviditet og foreldrepermisjon s. 18 (tilgang opprettet 13.01.2020).

<sup>11</sup> Kommentar Rettsdata ved Tron Løkken Sundet ldl. § 33 note 254.

hensyn, kan dette gjøres innenfor rammene av arbeidsgivers styringsrett. Arbeidstaker har i slike tilfeller krav på en tilsvarende stilling.

Arbeidsgivers styringsrett er ikke lovfestet, men fremgår av ulovfestede regler samt en generell sedvane om at arbeidsgiver må kunne gi rimelige og nødvendige instruksjoner knyttet til arbeidsforholdet.<sup>12</sup> Styringsretten fremgår blant annet av Nøkk-dommen<sup>13</sup> der Høyesterett uttaler at «arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått». Styringsretten begrenses dermed av arbeidsavtalens rammer, kollektive avtaler, og andre begrensninger som følger av lov eller avtale, herunder forbudet mot forskjellsbehandling på bakgrunn av kjønn etter likestillings- og diskrimineringsloven. En endring i arbeidstakers arbeidsoppgaver kan følgelig potensielt være diskriminering dersom den er skjedd med bakgrunn i foreldrepermisjonen.

I oppgaven vil jeg se nærmere på hvordan ulike hensyn innen arbeids- og diskrimineringsretten må balanseres mot hverandre for å kunne skape et regelverk der både arbeidsgivers behov og arbeidstakers interesser blir ivaretatt. Det må på den ene siden tilrettelegges for arbeidsgivers behov for kontinuitet og drift, samtidig som regelverket skal være forutberegnelig og rettferdig overfor en arbeidstaker som benytter seg av de lovfestede permisjonsrettighetene.

## **1.2 Rettskilder og metodiske utfordringer**

### **1.2.1 Innledning**

I denne fremstillingen vil alminnelig juridisk metode bli lagt til grunn. Oppgavens tema befinner seg i skjæringspunktet mellom arbeidsrett og diskrimineringsrett, og rettskildebildet på disse områdene er svært sammensatt. Både EU-rettslige kilder og ombuds- og nemndspraksis vil kunne spille en viktig rolle ved tolkningen av gjeldende rettstilstand. I det følgende vil jeg presentere hva som særpreger rettskildebildet på området, hvilke utfordringer dette kan by på, og hvilken betydning de ulike kildene har i relasjon til det norske diskrimineringsvernet.

---

<sup>12</sup> Fougner (2016) s. 147.

<sup>13</sup> Rt. 2000 s. 1602 (s. 1609).

## 1.2.2 EU-rettens innvirkning på det norske diskrimineringsvernet

Store deler av EU-retten er bindende for Norge gjennom EØS-avtalen.<sup>14</sup> Ved at EØS-avtalen er gjennomført som norsk lov, plikter Norge å innta relevante EU-rettsakter (direktiver og forordninger) som hører inn under avtalen, samt å gjennomføre dem i norsk rett. Norske regler som i EØS-avtalen er vedtatt på bakgrunn av EU-rettsakter, må tolkes i tråd med praksis fra EU-domstolen.<sup>15</sup>

EUs likebehandlingsdirektiv, svangerskapsdirektivet og foreldrepermisjonsdirektivet<sup>16</sup> omfattes av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett. Likestillings- og diskrimineringslovens regler om kjønnsdiskriminering er en gjennomføring av blant annet likebehandlingsdirektivet. EU-praksis på området vil i utgangspunktet ha stor betydning ved tolkningen av de norske diskrimineringsreglene. Imidlertid fremgår det av forarbeidene til likestillingsloven at EU-retten på dette området kun angir et minstekrav til norsk rett, og at norske regler derfor kan gå lengre i sitt vern.<sup>17</sup> Dette skyldes at den norske tradisjonen for foreldrepermisjon strekker seg over en lang periode, og en arbeidstaker har rett på foreldrepenger i hele perioden. De øvrige europeiske tradisjonene oppstiller et langt dårligere vern da permisjonen ofte er betydelig kortere og som regel forbeholdt mødrene.

Det er dermed ingen tvil om at kvinner jevnt over er sterkt underrepresentert på det europeiske arbeidsmarkedet. Dette følger blant annet av den skjeve kjønnsfordelingen når det kommer til omsorgs- og foreldreansvar mellom foreldre. Europakommisjonen har beregnet det samlede økonomiske tapet i EU hvert år til å være nærmere 370 milliarder euro som følge av sysselsettingstapet.<sup>18</sup> Selv om Norge er blant de beste i Europa på likestilling, er det likevel viktig å ta grep for å motvirke disse enorme tapene og forskjellene. Dette gjelder både for den enkelte arbeidstaker og kvinners likestillingskamp, men også for å kunne oppnå vekst i EUs sysselsetting for å kunne tilrettelegge for en bærekraftig befolkningsutvikling i fremtidens Europa.

---

<sup>14</sup> Prop. 81 L (2016-2016) s. 44.

<sup>15</sup> Se bl. a. prop. 81 L (2016-2016) s. 45 og HR-2017-219-A.

<sup>16</sup> Direktiv 2006/54/EF, direktiv 92/85/EØS og direktiv 2010/18/EU.

<sup>17</sup> Prop. 126 L (2011-2012) s. 16.

<sup>18</sup> <https://www.europolov.no/rettsakt/balanse-mellom-arbeids-familieliv/id-10048> (tilgang opprettet 10.02.2020).



Den 20. juni 2019 ble derfor et nytt direktiv om balanse mellom arbeidsliv og privatliv vedtatt av Europarådet og Parlamentet.<sup>19</sup> Direktivet erstatter blant annet det eksisterende foreldrepermisjonsdirektivet 2010/18/EU. Foreldrepermisjonsdirektivet er inkorporert i EØS-avtalen og følgelig implementert i norsk lov. Det nye direktivet antas derfor å være EØS-relevant, men er foreløpig ikke vedtatt i Norge. Gjennomføringsfristen i de øvrige EU-landene er satt til 2. August 2022.

Direktivets formål er å styrke foreldrevernet i Europa. Den eksisterende situasjonen når det gjelder fødsels- og foreldrepermisjoner samt inntektskompensasjoner under permisjoner, varierer svært mye mellom ulike medlemsland.<sup>20</sup> Målet er å bedre mulighetene for å kunne kombinere arbeidsliv med familieliv gjennom gode permisjonsordninger, å øke uttaket av foreldrepermisjoner blant menn, og å fremme like muligheter for kvinner og menn.<sup>21</sup>

I relasjon til norsk rett vil direktivet i praksis hovedsakelig fungere som et minimumsdirektiv. For mange av de europeiske landene vil direktivet kunne ha stor betydning for utviklingen av en bedre balanse mellom familieliv og arbeidsliv. Når det gjelder spørsmålet om direktivet vil utgjøre noen stor forskjell for Norge, vil trolig svaret være nei. Norges permisjons- og omsorgsordninger er allerede svært gode, og det er lite som tyder på at ordningene vil bli ytterligere forbedret som følge av en vedtakelse av dette direktivet. Først og fremst vil direktivet kunne bidra til å innføre gunstige ordninger knyttet til foreldreansvar i øvrige europeiske land, noe som vil kunne medføre positive virkninger for arbeidet med likestilling og likebehandling i EUs arbeidsliv.

Da EU-domstolens tolkning av de relevante direktivene kun vil etablere et minstevern, og norsk rett går lenger enn det som følger av direktivene, vil først og fremst norske kilder være avgjørende ved fastsettelsen av dagens rettstilstand knyttet til kjønnsdiskriminering.

---

<sup>19</sup> (EU) 2019/1158.

<sup>20</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/halvarsrapport-for-arbeids--og-sosialpolitikk-i-eu-host-2018/id2628409/> (tilgang opprettet 10.02.2020).

<sup>21</sup> <https://www.europalov.no/rettsakt/balanse-mellom-arbeids-familieliv/id-10048> (tilgang opprettet 10.02.2020).

### 1.2.3 Betydningen av ombuds- og nemndspraksis

I det tradisjonelle rettskildebildet anses lovteksten, forarbeider og høyesterettspraksis å være de mest tungtveiende rettskildene ved tolkningen av et rettsspørsmål.<sup>22</sup> I denne fremstillingen vil jeg i hovedsak ta utgangspunkt i disse. Imidlertid er det, foruten noen uttalelser i forarbeidene, sparsomt med autorative rettskilder om arbeidstakers diskrimineringsvern ved tilbakekomst etter foreldrepermisjon. Følgelig har jeg valgt å se på praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda selv om de har liten rettskildemessig vekt. Enkelte avgjørelser fra Høyesterett og lagmannsretten vil imidlertid bli brukt for å begrunne aktuelle resonnementer.

Uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet er kun veiledende og ikke bindende.<sup>23</sup> Dette begrenser vekten av uttalelsene betydelig, men de vil likevel brukes som illustrasjon på ulike typetilfeller i oppgaven. Når det gjelder praksis fra Diskrimineringsnemnda, må det skilles mellom vedtak og uttalelser. I likhet med ombudet vil ikke uttalelser være bindende for noen av partene, og de kan ikke tas videre til domstolen. Fattede vedtak vil derimot være bindende. Videre vil et vedtak få virkning som en rettskraftig dom dersom den ikke bringes videre til domstolen innen 3 måneder etter at vedtaket er fattet, jf.

diskrimineringsombudsloven § 16. Da vedtakets resultat må anses som rettskraftig ved søksmålsfristens utløp, kan dette tilsi at nemndas avgjørelser bør kunne tillegges en viss rettskildemessig vekt ved tolkningen av diskrimineringsvernets bestemmelser. Imidlertid blir ikke alltid avgjørelsene fra ombudet og nemnda overprøvd i domstolene, og det vil derfor herske usikkerhet rundt domstolens enighet i avgjørelsen, noe som kan svekke avgjørelsens vekt noe. På en annen side vil dette stille seg annerledes dersom domstolen finner at nemndas praksis er velbegrunnet og praktisert konsekvent. I disse situasjonene vil nemndas avgjørelser og resonnementer kunne brukes ved tolkning av hva som må anses å være gjeldende rett.<sup>24</sup>

Videre må det fremheves at det kun finnes én diskrimineringsnemnd, og av vedtakene fattes av personer med høy faglig kompetanse på rettsområdet. Dette innebærer at nemndas sammensetning i noen tilfeller vil kunne være bedre egnet til å fatte en riktig avgjørelse enn hva for eksempel tingretten ville vært i tilsvarende situasjon. På denne bakgrunn vil praksis fra Diskrimineringsnemnda, som etter ankefristens utløp er rettskraftig, inneha en viss

---

<sup>22</sup> Bernt og Mæhle (2007) s. 217.

<sup>23</sup> Ot. prp. nr. 34 (2004-2005) s. 63.

<sup>24</sup> Nygaard (2004) s. 216.

rettskildemessig vekt når det gjelder fastsettelsen av dagens rettstilstand knyttet til kjønnsdiskrimineringsvernet. Det kan her trekkes en parallell til Trygderetten hvor det fremgår av forarbeidene<sup>25</sup> at organet skal inneha en rettsskapende funksjon. Både Trygderetten og Diskrimineringsnemnda utøver domstollignende behandling hvor fagkyndigheten er den beste på sitt område. Da Diskrimineringsnemnda utøver faktisk rettspleie og avgjørelsene publiseres på Lovdata, kan dette trekke i retning av at avgjørelsene bør inneha en viss rettskildemessig vekt, noe som også vil bli lagt til grunn i denne oppgaven.

#### **1.2.4 Manglende tilgang på litteratur**

Den pågående covid 19-pandemien medfører noen vanskeligheter hva gjelder tilgangen på litteratur og andre kilder til bruk i masteroppgaven da universitetsbibliotekene er stengt. Jeg har gjort flere forsøk på å få tak i blant annet Vigerust, Elisabeth: Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold. I: Diskriminerings- og likestillingsrett. Hellum og Ketscher (red.). Oslo, 2008. Boken er en samling av artikler skrevet av flere forfattere, og artikkelen av Elisabeth Vigerust om graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold kunne potensielt tilført viktig informasjon til min masteroppgave. Da mangelen på denne litteraturen kan ha hatt betydning for de rettslige resonnementene i oppgaven, må dette tas i betraktning ved videre lesning.

### **1.3 Avgrensninger**

Oppgavens hovedfokus er hvilken rett en arbeidstaker har til samme eller tilsvarende arbeid etter endt foreldrepermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-5. Øvrige permisjonstyper som for eksempel svangerskapspermisjon etter aml. § 12-2, omsorgspermisjon etter § 12-3, fødselspermisjon etter § 12-4, og delvis permisjon etter § 12-6, nyter som regel et tilsvarende strengt vern som foreldrepermisjoner etter § 12-5. Likevel kan slike permisjonstyper i visse tilfeller nyte enten et enda strengere vern etter ldl. § 10 hva gjelder adgangen til lovlig forskjellsbehandling, eventuelt et svakere vern etter en helhetsvurdering i ldl. § 9. På grunn av oppgavens omfang har jeg derfor valgt å konsentrere meg om vernet etter foreldrepermisjoner i aml. § 12-5.

---

<sup>25</sup> NOU 1990:17 s. 25.

I oppgaven vil jeg fokusere på innholdet i likestillings- og diskrimineringslovens regler om retten til å komme tilbake til «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» etter foreldrepermisjon, jf. ldl. § 33.<sup>26</sup> I utgangspunktet ligger det til vilkåret at arbeidstaker har rett på å få tilbake både samme arbeidsoppgaver, stillingstittel, ansvarsområder, arbeidssted, lønn og lønnsutvikling, samt mulighet for forfremmelse og bonus. For å begrense oppgavens omfang har jeg valgt å konsentrere meg om retten til å få tilbake samme arbeidsoppgaver som tidligere, og avgrensner derfor mot de øvrige betingelsene. Retten til å få tilbake de samme arbeidsoppgavene har i praksis vist seg særlig konfliktskapende, og jeg ønsker derfor å se nærmere på dette vilkårets innhold.

## 1.4 Fremstillingen videre

En oppgave om arbeidstakers diskrimineringsvern etter foreldrepermisjon krever en viss gjennomgåelse av likestillings- og diskrimineringsregelverkets bakteppe. Reglene på området er svært sammensatte, og det kreves en viss oversikt over utviklingen av regelverket for å kunne forstå dagens rettstilstand. I oppgavens kapittel 2.1 vil jeg derfor redegjøre for historikken og fremveksten av det norske likestillings- og diskrimineringsvernet. Videre vil jeg i punkt 2.2 se på ulike typer forskjellsbehandling som vil kunne gjøre seg gjeldende ved spørsmål om eventuell diskriminering.

I kapittel 3 presenteres innholdet i vilkåret om å få tilbake «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» etter ldl. § 33. Formålet er ikke å gi uttømmende beskrivelser av vilkårets innhold, men heller å gi en pekepinn på hvilke rettigheter vilkåret gir arbeidstakeren, samt hvordan dette vurderes i praksis. Jeg vil i punkt 3.2 se nærmere på hvordan vurderingen har endret seg fra tidligere å ta utgangspunkt i skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling, til i dag å vurderes ut fra en nærmere saklighets-, nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering etter ldl. § 9. Videre vil jeg i punkt 3.4 se på hvordan bevisbyrdereglene spiller inn på vurderingen av om diskriminering av en arbeidstaker kan sies å ha funnet sted. Oppgavens kapittel 4 vil ta for seg noen typetilfeller på området som i praksis ofte går igjen. Videre vil jeg i punkt 4.2 ta for meg hvilke rettsmidler som kan benyttes i tilfeller der diskriminering kan påvises.

---

<sup>26</sup> Det avgrensnes mot tariffregulering på området.

Både når en skriver og når en leser en oppgave om arbeidstakers diskrimineringsvern etter foreldrepermisjon, er det viktig å ha in mente at regelverket er svært fragmentert og at dette både krever og medfører en viss dobbeltbehandling av reglene. Lovens struktur er bygget opp slik at en må se flere av lovens bestemmelser i sammenheng for å kunne avgjøre hva som skal regnes som diskriminering og hva som må regnes for å være lovlig forskjellsbehandling. Fremstillingen i det videre vil bære preg av lovens sammensatte system, og noe dobbeltbehandling vil derfor forekomme.

## 2 Diskrimineringsvern etter foreldrepermisjon – en introduksjon

### 2.1 Kjønnsdiskrimineringsvernets bakteppe

Vern mot diskriminering anses som en menneskerett. Dette følger blant annet av FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter art. 2 nr. 1, og av Grunnloven § 98 der det heter at «intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Flere norske og internasjonale kilder inneholder ulike regelsett som sammen utgjør diskrimineringsvernet i Norge. Både FN-konvensjoner, ILO-konvensjoner og Europarådskonvensjoner inneholder bestemmelser om vern mot diskriminering.<sup>27</sup>

Som det fremgår av punkt 1.2.2, må likestillings- og diskrimineringsloven tolkes i samsvar med relevante EU-direktiver, herunder likebehandlingsdirektivet, svangerskapsdirektivet og foreldrepermisjonsdirektivet som er spesielt relevant for temaet kjønnsdiskriminering.<sup>28</sup> Direktivene danner sammen med EMK art. 8 og FNs kvinnekonvensjon, mye av grunnlaget for det norske diskrimineringsvernet knyttet til kjønn, men som nevnt kan norsk rett gi arbeidstakere bedre rettigheter enn det som fremgår av de internasjonale reglene.<sup>29</sup>

Den første norske likestillingsloven ble vedtatt i 1978 og skulle sikre likebehandling av menn og kvinner ved at de skulle ha samme muligheter i samfunnsliv, arbeidsliv og i hjemmet. Likestillingsloven har vært, og er fortsatt, viktig for kvinners deltakelse i arbeidslivet. For den enkelte kvinne har likestillingsloven muliggjort hennes selvstendighet og økonomiske uavhengighet, og for samfunnets del har loven hatt stor betydning når det gjelder kvinners deltakelse i arbeidslivet. Dette har igjen bidratt til at utbyggingen av den norske velferdsstaten har vært mulig.

Likestillingsloven av 1978 har flere ganger vært endret for å bedre sammenhengen i lovens bestemmelser, samt å få bedre samsvar med EU-direktiver og EØS-rettslige krav til tydelighet og forutberegnelighet. I 2005 ble det vedtatt store endringer i loven. Bakgrunnen for endringen var gjennomføringen av EUs direktiv 2002/73/EF om lik behandling av kvinner og

<sup>27</sup> Se bl. a. FNs menneskerettighetskonvensjon art. 1, 2, 7, og 10, FN ØSK art. 2 nr. 2, EMK art. 8 og 14, ILO-konvensjon nr. 156, FNs kvinnekonvensjon art. 11.

<sup>28</sup> 2006/54/EF, 92/85/EØF, 2010/18/EU.

<sup>29</sup> Prop. 126 L (2011-2012) s. 14.

menn når det gjelder adgangen til arbeid, yrkesutdanning, forfremmelse og arbeidsvilkår.<sup>30</sup> Videre ble FNs kvinnekonvensjon inkorporert ved lovendringen.

Likestillings- og diskrimineringsloven av 2017 er en sammenslåing av de fire tidligere likestillings- og diskrimineringslovene: diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Sammenslåingen er et resultat av et ønske om et mer oversiktlig og tilgjengelig diskrimineringsvern, og bygger blant annet på Diskrimineringslovutvalgets forslag i NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern.<sup>31</sup> Innholdet i reglene er imidlertid i hovedsak de samme som tidligere, og sammenslåingen var ikke ment å utgjøre noen realitetsendring. Både forarbeider og praksis fra de tidligere lovene vil derfor være relevante ved tolkningen av den nye loven.

Bestemmelsen i ldl. § 6 angir hovedregelen om forbudet mot diskriminering på bakgrunn av kjønn. Diskrimineringsgrunnlagene som her er opplistet, er de samme som tidligere, men den nye loven inneholder i tillegg visse presiseringer. Blant annet er det i § 10 inntatt en spesialregel om lovlig forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon. I kapittel 5 er det inntatt regler som gjelder særlig i arbeidsforhold, og som viderefører tidligere rett. Etter § 29 gjelder forbudene i kapittel 2 «alle sider av et arbeidsforhold», noe som innebærer at lovens innledende diskrimineringsbestemmelser gjelder gjennom hele ansettelsesforholdet, fra utlysning av stillingen til opphør av arbeidsforholdet.<sup>32</sup> I lovens § 33 fremgår det sentrale vilkåret for denne oppgaven som knytter seg til arbeidstakers rett til å vende tilbake til «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» etter foreldrepermisjon. Vilkårets innhold behandles mer utførlig i kapittel 3.

## **2.2 Ulike typer forskjellsbehandling**

### **2.2.1 Innledning**

I det daglige brukes ofte begrepene diskriminering og forskjellsbehandling om hverandre. Til tross for at folk flest bruker disse som synonymer, er det i en oppgave som omhandler

---

<sup>30</sup> Semner (2018) s. 25.

<sup>31</sup> Hirst og Lønneid (2018) s. 32.

<sup>32</sup> Hirst og Lønneid (2018) s. 40.

diskrimineringsvernet etter permisjon viktig å ha klart for seg innholdet i og forskjellen mellom dem. Diskriminering vil alltid være forskjellsbehandling, men forskjellsbehandling vil ikke alltid være diskriminering. Ordet diskriminering vil derfor bli brukt i tilfeller der forskjellsbehandlingen er forbudt, og vil gjøre seg gjeldende enten som direkte eller som indirekte forskjellsbehandling. Men ikke all forskjellsbehandling er forbudt, og loven vil i slike situasjoner omtale tilfellet som «lovlig forskjellsbehandling». Dette innebærer at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er nødvendig, og ikke uforholdsmessig inngripende etter en helhetsvurdering etter ldl. § 9. Det overordnede målet med reglene om direkte og indirekte forskjellsbehandling er å sikre ikke bare formell likhet mellom kvinner og menn, men også reell likhet.<sup>33</sup>

Det fremgår av forarbeidene<sup>34</sup> at innholdet i bestemmelsene om direkte og indirekte forskjellsbehandling er ment å være det samme som tidligere til tross for at ordlyden i den nye loven er noe endret. I ldl. § 7 er det blant annet presisert at forbudet også omfatter hypotetiske sammenligningspersoner, og at forbudet mot direkte forskjellsbehandling kun rammer diskriminering som faktisk stiller noen dårligere enn andre. Videre vil forbudet mot indirekte forskjellsbehandling kunne omfatte bestemmelser, betingelser eller praksis som er egnet til å virke diskriminerende selv om det ikke kan bevises at praksisen faktisk har medført en diskriminerende virkning.<sup>35</sup> Denne presiseringen i den nye loven er i tråd med gjeldende EU-direktiver.<sup>36</sup>

Før likestillings- og diskrimineringsloven av 2017 ble alle tilfeller som angikk forskjellsbehandling etter foreldrepermisjon vurdert etter bestemmelsene om direkte eller indirekte forskjellsbehandling, etterfulgt av en eventuell saklighets- og forholdsmessighetsvurdering. Av denne grunn er det viktig å ha klart for seg innholdet i disse begrepene og vurderingene, for å kunne analysere tidligere relevant praksis på området. I dag vil tilfeller som omhandler endring i arbeidsoppgaver etter permisjon bli vurdert etter spesialbestemmelsen i ldl. § 33, mens øvrige endringer i arbeidsvilkår vil måtte vurderes på samme måte som tidligere. I det følgende vil jeg ta for meg innholdet i og forskjellene mellom direkte, indirekte og lovlig forskjellsbehandling.

---

<sup>33</sup> Strand (2015) s. 456.

<sup>34</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 314.

<sup>35</sup> Semner (2018) s. 54-55.

<sup>36</sup> Se bl. a. 2006/54/EF, 2000/43/EF og 2000/78/EF.



### 2.2.2 Direkte forskjellsbehandling

Etter ldl. § 7 er direkte forskjellsbehandling definert som når en «(...) person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, på grunn av forhold som er nevnt i § 6 første ledd». Ved denne typen diskriminering peker ordlyden på at forskjellsbehandlingen må ha direkte betydning for en bestemt person, og at forskjellsbehandlingen må ha sin årsak i et diskrimineringsgrunnlag som følger av § 6, for eksempel en persons kjønn, graviditet eller permisjon knyttet til fødsel. Forbudet mot direkte forskjellsbehandling begrenser adgangen til å opprettholde retningslinjer og praksis som eksplisitt behandler menn og kvinner forskjellig.<sup>37</sup>

I tilknytning til bestemmelsen om direkte forskjellsbehandling er det i § 9 annet ledd oppstilt en særregel som kun gir adgang til lovlig forskjellsbehandling i et arbeidsforhold dersom det er helt nødvendig. Bestemmelsen medfører en snevrere adgang til direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet enn på andre livsområder. Den nye formuleringen er et resultat av Diskrimineringsutvalgets (NOU:2009 14) forslag om å innta en tilleggsbestemmelse om direkte diskriminering i arbeidslivet, da dette var nødvendig for å gjennomføre EU-direktivenes krav i norsk rett.<sup>38</sup>

### 2.2.3 Indirekte forskjellsbehandling

Indirekte forskjellsbehandling er i ldl. § 8 definert som «(...) enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnløstelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd».

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at indirekte forskjellsbehandling innebærer at en handling er tilsynelatende nøytral og at det ikke virker som at det har skjedd noen forskjellsbehandling, men at en eller flere personer likevel faktisk blir stilt i en dårligere posisjon enn andre. Det vil dermed være reguleringens eller praksisens virkning som stilles i sentrum. Etter bestemmelsen kreves det ikke at behandlingen må være kvalifisert dårligere, jf. ordlyden «vil stille personer dårligere enn andre», men det må likevel avgrenses mot helt bagatellmessige tilfeller.<sup>39</sup> Videre omfattes ikke bare faktiske handlinger, men også unnløstelse

---

<sup>37</sup> Strand (2015) s. 456.

<sup>38</sup> NOU 2009: 14 s. 63. Se også Semner (2018) s. 58.

<sup>39</sup> Semner (2018) s. 59.

av handling, og bestemmelsen oppstiller følgelig ingen aktivitetsplikt for at indirekte forskjellsbehandling skal finne sted.

Eksempelvis vil forbudet mot bruk av hodeplagg på en arbeidsplass kunne ramme de som allerede bruker religiøse hodeplagg, og stille disse i en dårligere stilling. For å avgjøre om et slikt forbud er i strid med bestemmelsen om indirekte diskriminering, må en vurdere om tilfellet er et resultat av lovlig forskjellsbehandling etter en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering i § 9. Følgelig er det etter § 9 første ledd kun adgang til indirekte forskjellsbehandling dersom vilkårene i første ledd er oppfylt, mens det etter annet ledd kun er rom for direkte forskjellsbehandling i arbeidsforhold dersom dette «har avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket, og vilkårene i første ledd er oppfylt». Dermed er adgangen til direkte forskjellsbehandling i arbeidsforhold betydelig snevrere enn adgangen til indirekte forskjellsbehandling.

#### **2.2.4 Betydningen av skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling i relasjon til foreldrepermisjon**

Det har tidligere blitt reist spørsmål om forskjellsbehandling knyttet til foreldrepermisjon i forbindelse med å ikke få tilbake egen stilling etter permisjon skal kategoriseres som direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Mens norske forvaltningsorgan ved flere tilfeller har vurdert dette til å være indirekte forskjellsbehandling,<sup>40</sup> har EU-domstolen vurdert graviditetsdiskriminering til å være direkte diskriminering.<sup>41</sup> Grensedragningen mellom direkte og indirekte diskriminering har som nevnt hatt betydning for rekkevidden av bestemmelsen om lovlig forskjellsbehandling i ldl. § 9.<sup>42</sup>

Ved flere anledninger har EU-domstolen uttalt at tilfeller av diskriminering hva gjelder permisjoner knyttet til fødsel må anses å være direkte forskjellsbehandling.<sup>43</sup> Vigerust synes å legge til grunn at EU-domstolen forutsetter at permisjonen er en særrettighet for kvinner som hun tar ut i umiddelbar tilknytning til fødsel, og dermed kategoriserer diskrimineringen som

---

<sup>40</sup> Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 36.

<sup>41</sup> Vigerust (1998) s. 230.

<sup>42</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 119.

<sup>43</sup> Se bl. a. C-177/88 premiss 10, samt C-421/92, C-32/93 og C-284/02.

direkte forskjellsbehandling.<sup>44</sup> Hun uttaler videre at EU-domstolen «skiller ikke mellom forskjellige typer permisjoner» slik vi gjør i norsk rett.<sup>45</sup>

Den samme begrunnelsen fremgår av forarbeidene<sup>46</sup> til den tidligere likestillingsloven, der det heter at det norske vernet strekker seg lengre enn det EU-rettslige, og at dette er grunnen til de ulike kategoriseringene. Mens det EU-rettslige vernet fokuserer på viktigheten av at kvinnen selv ikke blir diskriminert (direkte forskjellsbehandling), konsentrerer det norske vernet seg om at ett kjønn ikke skal bli stilt dårligere enn det andre som følge av foreldrepermisjon (indirekte forskjellsbehandling). Frem til vedtagelsen av likestillings- og diskrimineringsloven av 2017 ble derfor tilfeller av forskjellsbehandling i relasjon til foreldrepermisjon vurdert etter bestemmelsen om indirekte diskriminering, etterfulgt av en nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering etter bestemmelsen om lovlig forskjellsbehandling.

Etter dagens regelverk vil generelle spørsmål om forskjellsbehandling på bakgrunn av foreldrepermisjon fortsatt avgjøres ut fra en vurdering av vilkårene i ldl. § 9 første ledd.<sup>47</sup> Spørsmål knyttet til retten til å komme tilbake til samme eller tilsvarende stilling vil imidlertid reguleres av spesialbestemmelsen i ldl. § 33, og skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling vil dermed være av mindre betydning i dag enn etter tidligere regelverk. Tidligere praksis og vurderinger vil likevel ha betydning for fastleggelsen av dagens rettstilstand, men det er viktig å huske på at disse vil bygge på en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering etter § 9 første ledd.

### **2.2.5 Lovlig forskjellsbehandling – grensene mellom §§ 9 og 10**

Når det gjelder grensedragningen mellom § 9 om lovlig forskjellsbehandling og den nye bestemmelsen i § 10 om forskjellsbehandling knyttet til graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon, synes lovteksten å være noe uklar på hvor skillet mellom bestemmelsene går. Etter ordlyden i § 10 første ledd bokstav b virker den obligatoriske første del av både mødre- og fedrekvoten å falle innunder forbudet mot direkte diskriminering. Dette er tilsynelatende i tråd med EU-praksis på området, jf. ovenfor. Det fremgår imidlertid av § 10 annet ledd at forskjellsbehandling på grunn av permisjoner i perioder «som ikke omfattes

---

<sup>44</sup> Vigerust (1998) s. 231.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Prop. 126 L (2011-2012) s. 16.

<sup>47</sup> Semner (2018) s. 84.

av første ledd» skal vurderes etter § 9. Dette tyder på at siste del av foreldrepermisjonen, altså ukene utover den obligatoriske mødre- og fedrekvoten, må vurderes som indirekte diskriminering etter en saklighets- og forholdmessighetsvurdering etter § 9. Spørsmålet er dermed hvilken bestemmelse en skal anvende i tilfeller der det er tale om forskjellsbehandling på bakgrunn av foreldrepermisjonen som helhet.

Det fremgår av forarbeidene<sup>48</sup> at det vil være glidende overganger mellom bestemmelsene, og at spørsmålet ennå ikke er vurdert i praksis. Videre fremgår det at grensen mellom det tilnærmet absolutte vernet etter § 10 første ledd og det betingede vernet etter § 9 første ledd jf. § 10 annet ledd, hva gjelder diskriminering på bakgrunn av foreldrepermisjon, er svært vanskelig å regulere i en lovtekst. I forarbeidene<sup>49</sup> til likestillingsloven av 2013, presiserte departementet at det i praksis ikke vil være et skille mellom et sterkt vern i den første perioden og et mindre sterkt vern i den siste perioden, men at det i mange tilfeller vil være et absolutt vern også ved lengre permisjoner. Uttalelsen synes å peke i retning av at det strenge vernet etter § 10 første ledd bør anvendes også i tilfeller som gjelder foreldrepermisjon av lengre varighet enn kun de første ukene forbeholdt mor og far. Per dags dato har jeg ikke kommet over praksis som problematiserer dette skillet.

I praksis skal vi se at det problematiske ofte er hvorvidt forskjellsbehandlingen har sin bakgrunn i foreldrepermisjonen, eller om endringene som er gjort kan begrunnes i bedriftsøkonomiske eller andre driftsmessige hensyn på bakgrunn av arbeidsgivers styringsrett.

---

<sup>48</sup> Prop 81 L (2016-2017) s. 162.

<sup>49</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 68.

## 3 Retten til å få tilbake samme/tilsvarende stilling

### 3.1 Innholdet i «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» i § 33

Det fremgår av ldl. § 33 første ledd bokstav a at «arbeidstakere som er eller har vært i foreldrepermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-5, har rett til å vende tilbake til samme, eventuelt tilsvarende, stilling». Retten til å komme tilbake til «samme, eventuelt tilsvarende, stilling», bygger som nevnt på blant annet EUs likebehandlingsdirektiv art. 15 der det heter at:

*«En kvinde på barselorlov har efter udløbet af barselorloven ret til at vende tilbage til det samme eller et tilsvarende arbejde med betingelser og vilkår, som ikke er mindre gunstige for hende, og til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som hun ville have været berettiget til under sit fravær.»<sup>50</sup>*

Utgangspunktet er derfor at arbeidstakeren har rett på samme stilling etter foreldrepermisjon. Dersom en arbeidstaker ikke får verken samme eller tilsvarende stilling tilbake, kan vedkommende være utsatt for diskriminering.

En naturlig tolkning av ordlyden i ldl. § 33 første ledd bokstav a «samme (...) stilling» tilsier at arbeidstaker skal ha rett til å komme tilbake til nøyaktig det samme arbeidet som han eller hun hadde før permisjonen. Det nærmere innholdet i vilkåret er ikke definert i lovteksten, og må derfor utledes ved en tolkning av forarbeider og rettspraksis. Av forarbeidene fremgår det at vilkåret er ment å favne bredt, slik at vedkommende har krav på både «de samme arbeidsoppgavene, samme stillingsbetegnelse, samme lønn, samme kontorplass osv. som før permisjonen».<sup>51</sup> I praksis kan enkelte av disse vilkårene i noen tilfeller være vanskelig å gjennomføre da de fleste virksomheter er dynamiske, og hensynet til kontinuitet og drift tilsier at det i blant trenger å gjøres visse omorganiseringer og endringer. I slike tilfeller plikter derfor arbeidsgiver å tilby arbeidstaker en «tilsvarende stilling».

En naturlig forståelse av «tilsvarende stilling» peker på at arbeidstaker skal få en, om ikke identisk, så i alle fall en tilnærmet lik stilling som før permisjonen. Etter forarbeidene skal vedkommende etter endringene aldri stilles i en dårligere posisjon enn før permisjonen.<sup>52</sup> Tidligere Likestillings- og diskrimineringsnemnda har uttalt at arbeidstakeren har rett til å

<sup>50</sup> 2006/54/EF.

<sup>51</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 286.

<sup>52</sup> Ibid.

«fortsette sin karrieremessige utvikling uavhengig av permisjonen».<sup>53</sup> Dette innebærer at arbeidstaker skal sikres arbeidsoppgaver som er likeverdige med de vedkommende hadde før permisjonen, både hva gjelder ansvar og innhold. I praksis betyr dette «samme stillingstittel, nivå i organisasjonen og samme oppgaver» som før.<sup>54</sup> For å avgjøre om stillingen som arbeidstakeren kommer tilbake til er en «tilsvarende» stilling, må det foretas en sammenligning av arbeidsoppgavene før og etter permisjonen.

Hva gjelder den nærmere vurderingen av hva som kan anses å være en «tilsvarende» stilling må en se hen til arbeidsavtalens innhold. Dersom det kun fremgår av arbeidsavtalen at arbeidstakeren er personlig assistent, er det denne stillingen vedkommende skal ha tilbake etter permisjonen, ikke stillingen som personlig assistent for person X. Hvem arbeidstakeren er assistent for må i så fall fremgå særskilt av arbeidsavtalen for at vedkommende skal kunne kreve dette ved tilbakekomst. Dermed er det nødvendig å ha et sideblikk på arbeidsavtalens innhold for å kunne vurdere hvorvidt stillingen er «tilsvarende» etter permisjonen.

Spørsmålet er hvilke endringer en arbeidsgiver kan gjøre i arbeidstakers arbeidsoppgaver på bakgrunn av foreldrepermisjonen, men som ikke vil være en krenkelse av diskrimineringsvernet. Selv om ordlyden oppstiller et forbud mot å gjøre for store endringer i arbeidstakers arbeidsoppgaver, sier den imidlertid ingenting om hvilke endringer arbeidsgiver faktisk lovlig kan gjøre. Som eksempel på hvilke endringer arbeidsgiver kan gjøre, nevner forarbeidene blant annet endringer av hensyn til kontinuitet i kundebehandlingen eller prosjektarbeid, samt hensynet til helse, sikkerhet eller forsvarlig tjenesteyting.<sup>55</sup> Eksempelvis gjelder dette i tilfeller der en lærer er i foreldrepermisjon. Her vil det kunne virke negativt dersom det må gjøres et skifte av lærer ikke bare én gang når vedkommende går ut i permisjon, men to ganger når han eller hun kommer tilbake fra permisjonen. Videre oppstiller forarbeidene en høy terskel for at slike behov skal kunne begrunne endringer i et arbeidsforhold på bakgrunn av foreldrepermisjon. Da forarbeidene utover dette ikke gir noen nærmere veiledning, må vilkårets innhold derfor utledes av relevant nemnds- og ombudspraksis. Dette vil jeg ta for meg i oppgavens kapittel 4.

---

<sup>53</sup> Se LDN-2006-22.

<sup>54</sup> Prop. 126 L (2011-2012) s. 24.

<sup>55</sup> Prop 81 L (2016-2017) s. 333.

### **3.2 Innholdet i saklighets-, nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen etter ldl. § 9**

Når det gjelder vurderingen av hva som er «samme, eventuelt tilsvarende, stilling», må adgangen til hvilke endringer som kan gjøres vurderes opp mot vilkårene i ldl. § 9. Dersom arbeidsgiver ikke kan tilby arbeidstakeren samme stilling, må grensene for hvilken tilsvarende stilling som kan tilbys vurderes på bakgrunn av saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet.

Saklighetsvurderingen etter ldl. § 9 første ledd bokstav a omhandler spørsmålet om formålet med endringene er «saklig». En saklig begrunnelse innebærer at det ikke kan legges vekt på vilkårlige eller utenforliggende forhold. Ordlyden utpensler ikke nærmere hvilke forhold som anses som saklig. Vurderingen beror etter forarbeidene på om endringene kan sies å ivareta en beskyttelsesverdig interesse.<sup>56</sup> I tillegg til de materielle kravene synes også forarbeidene å oppstille prosessuelle krav da det må foretas en objektiv og «konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader mv. som likebehandling vil innebære».<sup>57</sup> Et sentralt vurderingstema vil her være hvorvidt formålet er av en slik art at prinsippet om ikke-diskriminering bør vike.<sup>58</sup> Endringens begrunnelse må dermed vurderes opp mot disse saklighetskravene.<sup>59</sup> Hva som kan anses å være et saklig formål vil derfor ikke kunne fastlegges generelt, men må vurderes ut fra de konkrete forhold i hvert enkelt tilfelle. Det kan her trekkes en parallell til arbeidsgivers styringsrett som blant annet begrenses av mer allmenne saklighetsnormer, hvor det stilles krav om at arbeidsgiver har foretatt en forsvarlig saksbehandling.

Videre må det etter bokstav b vurderes om forskjellsbehandlingen er «nødvendig» for å oppnå formålet. I «nødvendig» ligger det at det må være et behov for forskjellsbehandlingen, og at tiltaket faktisk må være egnet til å nå formålet.<sup>60</sup> Vurderingen må også her gjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Etter forarbeidene må forskjellsbehandlingen være mer enn ønskelig, men den trenger likevel ikke å være uunnværlig.<sup>61</sup> Dersom det foreligger andre

---

<sup>56</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 315.

<sup>57</sup> Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112.

<sup>58</sup> Ot. prp. nr. 79 (2004-2005) s. 101.

<sup>59</sup> Se bl. a. LDO sak 06/138 der endringene hadde et saklig formål.

<sup>60</sup> Kommentar Rettsdata ved Tron Løkken Sundet ldl. § 9 note 66.

<sup>61</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 315.

handlingsalternativer som er egnet til å oppnå formålet uten å være for byrdefulle, kan dette peke i retning av at forskjellsbehandlingen ikke er «nødvendig».<sup>62</sup>

Etter bestemmelsens bokstav c følger det at forskjellsbehandlingen ikke må være «uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles». I denne vurderingen må det foretas en avveining mellom mål og middel, samt konsekvensene for den som er berørt. Relevante vurderingsmomenter er blant annet hvilket diskrimineringsgrunnlag det er tale om, om det er snakk om direkte eller indirekte diskriminering og på hvilket samfunnsområde forskjellsbehandlingen har skjedd.<sup>63</sup> Når det gjelder diskriminering på bakgrunn av foreldrepermisjon, regnes dette som regel som indirekte diskriminering på området for likebehandling.

I tilfeller der det er spørsmål om forskjellsbehandling på bakgrunn av foreldrepermisjon, oppstiller forarbeidene visse relevante vurderingsmomenter. Blant annet vil hvor lang permisjon det er tale om og hvor store endringer som er gjort i arbeidsoppgavene, være relevante momenter i helhetsvurderingen.<sup>64</sup> Videre vil arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer i arbeidsoppgavene være betinget av behovet for kontinuitet overfor klienter, pasienter og kunder. Som nevnt, fremgår det av forarbeidene at det skal mye til for at slike behov skal kunne legitimere endringer i arbeidstakers arbeidsoppgaver som følge av foreldrepermisjonen,<sup>65</sup> og terskelen for at vilkårene i ldl. § 9 er oppfylt vil i slike tilfeller være høy.

### **3.3 Endring av arbeidsvilkår som følge av andre forhold enn foreldrepermisjonen**

Det følger av ldl. § 33 annet ledd at bestemmelsen ikke gjelder i tilfeller der fastsettelse eller endring av lønns- og arbeidsvilkår skjer som følge av andre forhold enn foreldrepermisjonen. I praksis vil dette innebære at permisjonen verken direkte eller indirekte kan være årsaken til disse endringene. Eksempelvis kan dette være endringer begrunnet i interne omstillingsprosesser, alminnelig omorganisering eller nyetablerte kundeforhold som gjøres i kraft av arbeidsgivers styringsrett. Endringer som dette er relativt vanlige i alle virksomheter,

---

<sup>62</sup> Se bl. a. LDO sak 11/2019 der endringene ble ansett som nødvendige.

<sup>63</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 118-120.

<sup>64</sup> Prop. 126 L (2011-2012) s. 24.

<sup>65</sup> Se prop. 88 L (2012-2013) og prop. 126 L (2011-2012).



og den som er i permisjon skal ikke settes i en bedre posisjon enn de øvrige arbeidstakerne som omfattes av disse endringene. Spørsmålet er hvilke tilfeller som faller innunder arbeidsgivers adgang til å foreta endringer som følge av forhold som ikke knytter seg til foreldrepermisjonen.

I slike tilfeller vil det være svært viktig å kartlegge hvorvidt endringene som finner sted faktisk er en følge av foreldrepermisjonen, eller om det skyldes andre forhold som ville funnet sted uansett.<sup>66</sup> Det fremgår av forarbeidene at dersom endringene får virkning for flere eller samtlige i virksomheten, vil det være en klar indikasjon på at endringene ikke har sammenheng med foreldrepermisjonen.<sup>67</sup>

Diskrimineringsnemnda (tidligere Ligestillings- og diskrimineringsnemnda) har avgjort flere saker der arbeidstaker fikk endrede arbeidsoppgaver, men uten at dette ble funnet å skyldes foreldrepermisjonen.<sup>68</sup> Eksempelvis var spørsmålet i LDN sak 30/2016 om en kvinne var blitt utsatt for diskriminering på bakgrunn av permisjon da hun ikke ble tilbudt en stilling i arbeidsgivers nyopprettede firma. Nemnda kom til at arbeidsgiver ikke hadde brutt diskrimineringsvernet, og at bakgrunnen for at kvinnen ikke ble tilbudt ny stilling var at firmaet ikke hadde bruk for hennes kompetanse, samt at arbeidstaker selv hadde bedt om sluttpakke.

Det samme var tilfelle i en annen sak<sup>69</sup> som omhandlet spørsmålet om arbeidstaker var diskriminert på bakgrunn av hennes svangerskapsrelaterte sykefravær og permisjon. Arbeidsgiver hadde behov for nedbemanning, og arbeidstakeren ble følgelig oppsagt. Nemnda uttalte at arbeidsgiver hadde foretatt en helhetsvurdering av de berørte ansatte, og at oppsigelsen ikke bunnet i arbeidstakerens uttak av foreldrepermisjon. Vedkommende var dermed ikke blitt utsatt for diskriminering da oppsigelsen ville funnet sted uansett, og arbeidsgiver lovlig hadde handlet i kraft av styringsretten.

### **3.4 Bevisbyrdereglene**

Reglene om retten til å komme tilbake til samme/tilsvarende stilling etter permisjon henger tett sammen med reglene om bevisbyrde. Vi har sett at dersom det oppstår tvist om dette

---

<sup>66</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 334.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Se bl. a. LDO 08/1324, DIN-2018-95 og DIN-2018-63.

<sup>69</sup> LDN sak 19/2016.

temaet, vil konflikten ofte stå om bevisspørsmål. Dersom det foreligger grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at tilfellet ikke er i strid med likestillings- og diskrimineringsloven. Reglene om bevisbyrde fremgår av ldl. § 37, og viderefører reglene om delt bevisbyrde fra de fire tidligere diskrimineringslovene.<sup>70</sup> De norske reglene om delt bevisbyrde bygger blant annet på likebehandlingsdirektivet art. 19 samt praksis utledet av EU-domstolen.<sup>71</sup>

Etter alminnelige regler om bevisbyrde i sivilrettslige saker er det i utgangspunktet klageren som har den fulle bevisbyrden. Klager må da sannsynliggjøre med mer enn 50 % sannsynlighet at det forholdet som påstås skjedd, faktisk har funnet sted. Dersom domstolen i slike saker er i tvil om forholdet er tilstrekkelig sannsynliggjort, vil tvilen gå utover klager. I saker som gjelder diskriminering i arbeidslivet er reglene om bevisbyrde noe annerledes utformet. Her er bevisbyrden snudd, noe som innebærer at tvilen lettere går over på motparten. Som en konsekvens av dette vil klager ha en reell mulighet til å vinne frem i saker som omhandler påstått diskriminering, da det er motparten som må sannsynliggjøre at diskriminering ikke har funnet sted.

Det fremgår av forarbeidene<sup>72</sup> at begrunnelsen for den delte bevisbyrden er behovet for å ivareta en «effektiv håndheving av forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling». Den som påstår seg forskjellsbehandlet kan ikke alene sitte med bevisbyrden da det som regel er arbeidsgiver som sitter med det vesentligste av dokumentasjonen. Dermed vil det være både rimelig og nødvendig at arbeidsgiver pålegges bevisbyrden dersom en påstand om diskriminering fremsettes, da dette vil kunne bidra til at arbeidsgiver sørger for gode rutiner for dokumentasjon og saksbehandling i slike saker. Dette er også understreket i rettspraksis,<sup>73</sup> der Høyesterett har uttalt at:

*«Bevisbyrderegelen skal effektivisere diskrimineringsvernet, ved å la arbeidsgiver bære risikoen for bevistvil. Den skal dessuten inspirere arbeidsgivere til en ryddig og forsvarlig saksbehandling.»<sup>74</sup>*

<sup>70</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 336.

<sup>71</sup> Se f. eks. sak C-400/93 og C-54/07.

<sup>72</sup> Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90-91.

<sup>73</sup> Se bl. a. Rt. 2012 s. 424 og Rt. 2014 s. 402.

<sup>74</sup> Rt 2012 s. 424 premiss 36.

Det fremgår av ordlyden i § 37 at diskriminering skal anses å ha skjedd dersom det «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd», og dersom den «ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd». Det er altså tale om en delt bevisbyrde der den som påstår seg diskriminert må fremsette påstand om diskriminering, og den som påstått har diskriminert må sannsynliggjøre at dette ikke er tilfellet.

Når det gjelder innholdet i «omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd», fremgår det av forarbeidene at holdepunkter for eller indikasjoner på at diskriminering har skjedd er nok; det trenger ikke å foreligge faktisk sannsynlighetsovervekt.<sup>75</sup> På denne bakgrunn vil kravet til «grunn til å tro» være oppfylt dersom det kan påvises at en arbeidstaker har fått endrede arbeidsoppgaver. Videre fremgår det av forarbeidene at *beviskravet* om alminnelig sannsynlighetsovervekt er det samme som ellers, og at det kun er *bevisbyrden* som er annerledes. Tvilen vil dermed gå ut over den innklagede istedenfor klageren selv.

Hva gjelder den nærmere vurderingen av vilkåret «grunn til å tro», heter det i forarbeidene at formuleringen «angir en lempeligere standard enn det alminnelige beviskravet i sivile saker om sannsynlighetsovervekt».<sup>76</sup> Det er fortsatt klager som har bevisføringsrisikoen, men det er arbeidsgiver som har ansvaret for å motbevise at diskriminering har skjedd. Høyesterett har i Rt. 2012 s. 424 uttalt at det fra arbeidstakers side må påvises indikasjoner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling. For at arbeidsgiver så skal komme fri for ansvar, må han sannsynliggjøre at årsaken til forskjellsbehandling ikke skyldes det påståtte diskrimineringsgrunnlaget.

I saker som omhandler kjønnsdiskriminering og retten til å komme tilbake til samme/tilsvarende stilling etter foreldrepermisjon, må ombudet eller nemnda som nevnt foreta en vurdering av om arbeidstakers anførsler støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter.<sup>77</sup> Dersom dette viser seg å være tilfellet, må det vurderes om arbeidsgiver har klart å sannsynliggjøre at diskriminering likevel ikke har funnet sted. Dette gjøres på bakgrunn av dokumentasjonen som fremlegges og partenes muntlige og skriftlige forklaringer. Dersom arbeidsgiver ikke kan sannsynliggjøre at det påståtte tilfellet ikke har

---

<sup>75</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 336.

<sup>76</sup> Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

<sup>77</sup> Se bl. a. LDO sak 14/897.

skjedd, vil diskriminering anses å ha funnet sted. Reglene om bevisbyrde vil derfor i mange tilfeller være grunnen til at brudd på diskrimineringsreglene kan konstateres – ikke nødvendigvis fordi arbeidsgiver har handlet diskriminerende, men fordi de ikke har klart å oppfylle sin bevisbyrde.<sup>78</sup> Igjen ser vi viktigheten av god saksbehandling og tilstrekkelig dokumentasjon for at arbeidsgiver skal kunne motbevise arbeidstaker i en eventuell tvist, og reglene om bevisbyrde bidrar således til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet.

---

<sup>78</sup> Storeng m. fl. (2014) s. 311.

## **4 Diskrimineringsvern etter foreldrepermisjon i praksis**

### **4.1 Utgangspunkt og ulike typetilfeller**

For at en arbeidstaker lovlig skal kunne ilegges endrede arbeidsoppgaver må altså endringene enten finne sted uavhengig av foreldrepermisjonen, eller som følge av permisjonen, men etter en nærmere vurdering av endringenes saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet etter ldl. § 9. I praksis har det vist seg at blant annet grensdragningen hva gjelder bakgrunnen for de endrede arbeidsoppgavene ofte kan føre til uenighet og konflikt. Nedenfor vil jeg gå nærmere inn på ulike typetilfeller i praksis der arbeidstaker mener seg diskriminert på bakgrunn av slike endringer, og jeg vil se nærmere på grensetilfeller hva gjelder innholdet i vilkåret om «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» etter ldl. § 33.

Det er imidlertid viktig å presisere at ombudets og nemndas avgjørelser ikke nødvendigvis gir uttrykk for gjeldende rett. Nemndas avgjørelser er kun et uttrykk for gjeldende retningslinjer på området, men kan ikke uten videre legges til grunn som gjeldende rettstilstand. Derfor vil jeg i det følgende kommentere nemndas avgjørelser i den utstrekning jeg mener at utfallet burde vært annerledes eller der det kan sås tvil om nemndas resultat.

#### **4.1.1 Uenighet om bakgrunnen for endringer i arbeidsoppgaver**

Hva som var bakgrunnen for endringer i arbeidsoppgaver vil i praksis ofte være gjenstand for konflikt. I noen tilfeller kan endringene skyldes interne omstruktureringer som gjelder alle arbeidstakere uavhengig av en eventuell foreldrepermisjon. I andre tilfeller kan det skyldes omstruktureringer som gjelder kun én stilling, og som kan skyldes enten driftsmessige, økonomiske eller organisatoriske årsaker, eller en eventuell foreldrepermisjon. Hvor grensene går mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers diskrimineringsvern etter ldl. § 33 vil ikke alltid være lett å trekke. Utgangspunktet er at man først og fremst må ta stilling til om endringer faktisk foreligger, og deretter hvorvidt disse skyldes foreldrepermisjonen eller ikke. Sistnevnte spørsmål har i mange tilfeller vært vurdert i praksis, og det må i hver enkelt sak gjøres en konkret vurdering.

Rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett kan som nevnt utledes av rettspraksis i blant annet Nøkk-dommen og Seinvakt-dommen.<sup>79</sup> Høyesterett har uttalt at styringsretten gir adgang til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått». Under dette faller blant annet muligheten til å gjøre visse endringer i arbeidstakers arbeidsoppgaver. Endringer kan berøre både arbeidstakere som er i aktivt arbeid og de som er i permisjon.<sup>80</sup> Imidlertid begrenses styringsretten av diskrimineringsforbudet i likestillingsloven. I flere saker har nemnda måttet ta stilling til om endringer i arbeidstakers arbeidsoppgaver skyldes foreldrepermisjonen, eller om endringene skyldes et generelt behov for intern omorganisering hjemlet i styringsretten.

Eksempelvis avgjorde Likestillings- og diskrimineringsnemnda i sak 7/2006 spørsmålet om en produktspesialist i en salgsbedrift fikk tilbake «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» ved tilbakekomst fra foreldrepermisjon. Vedkommende hadde i utgangspunktet ansvaret for salg av tannimplantater til spesialister innenfor sin region. Før hun kom tilbake fra foreldrepermisjon, ble hun opplyst om at hun ville få endrede arbeidsoppgaver når hun kom tilbake. I stedet for å selge tannimplantater til spesialister i sin region, skulle hun selge samme produkt til allmenntannleger over hele landet. Arbeidstaker mente at arbeidsgiver hadde handlet i strid med likestillingsloven da hun fikk endrede arbeidsoppgaver ved tilbakekomst.

Da klager ble satt til andre arbeidsoppgaver etter foreldrepermisjonen, mente hun seg blant annet degradert fra sine opprinnelige arbeidsoppgaver som følge av at hun fikk mindre faglig ansvar. Hun anførte at arbeidsgiver ikke hadde tungtveiende og saklige grunner for å gjøre endringer på bakgrunn av hennes permisjon. Arbeidsgiver på sin side hevdet at endringene i hennes arbeidsoppgaver lå innenfor arbeidsgivers styringsrett, og at arbeidstakeren derfor måtte finne seg i omdisponeringen. Videre anførte de at endringene først og fremst bunnet i at firmaet handlet i en presset økonomisk situasjon, og at samtlige ansatte var berørt av endringer i sine ansettelsesforhold.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda gjenga i sin avgjørelse utgangspunktet om at det ligger innenfor styringsretten å omorganisere arbeidsplassen og arbeidsoppgavene, men at dette begrenses av diskrimineringsforbudet i likestillingsloven. Nemnda kom videre til at saken gjaldt spørsmålet om indirekte diskriminering da spørsmålet relaterte seg til

---

<sup>79</sup> Rt. 2000 s. 1602 og Rt. 2009 s. 1465.

<sup>80</sup> Jeg vil i oppgaven ikke gå nærmere inn på hvor langt styringsretten rekker.

fødselspermisjon av lenger varighet.<sup>81</sup> Vurderingstemaet var da om arbeidstaker ble stilt dårligere etter permisjonen enn hun ellers ville blitt om hun ikke hadde vært i permisjon.

Det fremgår av vedtaket at dersom det er tvil om endringene i arbeidsoppgavene skal anses som positive eller negative, vil arbeidstakers egen oppfatning kunne være av betydning. Utgangspunktet etter alminnelig juridisk metode er at vurderinger skal være objektive, og at arbeidstakers subjektive oppfatning ikke skal være av betydning. I et tilfelle som det foreliggende er det imidlertid vanskelig for nemnda å avgjøre om endringene i arbeidsoppgavene objektivt sett er positive eller negative, og om stillingen dermed innebærer en degradering og et mindre faglig ansvar. I slike tvilstilfeller vil arbeidstakers oppfatning etter nemndas vurdering kunne være av betydning, da det etter ldl. § 37 er tilstrekkelig at det «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd». Nemnda kom derfor til at arbeidstakeren hadde blitt stilt dårligere etter permisjonen.

Spørsmålet var så om endringene skyldtes foreldrepermisjonen. Personen som ble tilsatt i As opprinnelige stilling fortsatte også i denne etter at A kom tilbake fra foreldrepermisjon. Dette bidro blant annet til at A ikke fikk tilbake sine tidligere arbeidsoppgaver, og var følgelig omstendigheter som ga «grunn til å tro» at diskriminering kunne ha skjedd. Arbeidsgiver måtte etter reglene om bevisbyrde i ldl. § 37 sannsynliggjøre at diskriminering likevel ikke hadde funnet sted.

Nemnda kom til at arbeidsgiver på bakgrunn av svært god dokumentasjon hadde sannsynliggjort at endringene i arbeidsoppgavene skyldtes omstrukturering og endringer i virksomheten, og ikke As foreldrepermisjon. En viktig faktor var at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad hadde godtgjort at alle arbeidstakerne hadde vært utsatt for endringer i løpet av tiden A var i permisjon, noe som etter forarbeidene taler mot at endringene skyldes den enkeltes foreldrepermisjon.<sup>82</sup>

Da konklusjonen var at endringene ble gjort på bakgrunn av arbeidsgivers styringsrett og ikke på bakgrunn av permisjonen, var en saklighetsvurdering av forholdene derfor ikke nødvendig. Dersom arbeidsgiver imidlertid ikke hadde kunnet sannsynliggjøre at endringene skyldtes andre forhold enn permisjonen, måtte nemnda ha foretatt en saklighetsvurdering av om arbeidsgiver hadde gode nok grunner for å endre arbeidstakers arbeidsoppgaver. Dersom

---

<sup>81</sup> Dette fremgår også av ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 36 og 111.

<sup>82</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 334.

konklusjonen hadde blitt at endringene ikke var saklige, ville arbeidstaker blitt ansett som diskriminert på bakgrunn av foreldrepermisjon.

Avgjørelsen illustrerer blant annet viktigheten av god dokumentasjon fra arbeidsgivers side for å kunne sannsynliggjøre at endringene faktisk bunner i driftsmessige hensyn, samt viktigheten av vurderingen av om endringene rammer én eller flere arbeidstakere. Dersom diskriminering ikke har funnet sted i praksis, vil en arbeidsgiver likevel kunne anses for å ha brutt diskrimineringsforbudet dersom dokumentasjonen som fremlegges ikke anses for å være tilstrekkelig.<sup>83</sup>

#### **4.1.2 Arbeidsgivers adgang til å vektlegge at vikaren er bedre kvalifisert**

I noen tilfeller har ombudet og nemnda mottatt klager fra arbeidstakere som mener seg diskriminert når arbeidsgiver har valgt å beholde vikaren i klagers opprinnelige stilling etter foreldrepermisjonen. I slike saker vil dette gå på bekostning av arbeidstakerens rett til å komme tilbake til samme stilling da denne vil være tildelt noen andre. Spørsmålet er om det i kraft av arbeidsgivers styringsrett er adgang til å beholde vikaren i klagers opprinnelige stilling etter foreldrepermisjonen.

I kraft av styringsretten har en arbeidsgiver som utgangspunkt anledning til å bestemme hvem de ønsker skal fylle de ulike rollene og stillingene i en virksomhet. Dette utgangspunktet må imidlertid ikke gå på bekostning av arbeidstakers diskrimineringsvern etter foreldrepermisjon og retten til å få tilbake «samme, eventuelt tilsvarende, stilling». Dersom arbeidsgiver velger å beholde vikaren, og arbeidstaker på bakgrunn av permisjonen ikke får tilbake samme/tilsvarende stilling, vil dette potensielt kunne anses som diskriminering.

Problemstillingen er blant annet behandlet i sak 22/2006 der spørsmålet var om klager var blitt diskriminert som følge av at arbeidsgiver valgte å beholde vikaren i klagers opprinnelige stilling etter foreldrepermisjonens utløp. Arbeidsgiver hevdet at likestillingsloven ikke oppstilte noen begrensninger i dette tilfellet da omorganiseringen lå innenfor arbeidsgivers styringsrett. Klager på sin side hevdet seg diskriminert, og mente at arbeidsgiver måtte bevise at hun uansett ikke ville hatt den stillingen som vikaren fikk beholde dersom hun ikke hadde vært i foreldrepermisjon.

---

<sup>83</sup> Se også LDO sak 14/897 og 15/541.



Nemnda kom til at klagers opprinnelige stilling hadde fått nytt innhold ved tilbakekomst etter permisjon, og at stillingen ikke lenger fantes. Arbeidstakeren hadde derfor rett til å få en «tilsvarende stilling». Denne retten ble imidlertid ikke møtt av arbeidsgiver, og nemnda måtte følgelig vurdere hvorvidt dette skyldtes selve foreldrepermisjonen eller ikke.

På bakgrunn av den fremlagte dokumentasjonen og partenes forklaringer kom nemnda til at arbeidsgiver ikke hadde sannsynliggjort at endringene skyldtes andre forhold enn foreldrepermisjonen. Dermed måtte det foretas en vurdering av om endringene likevel var lovlige etter en saklighets-, nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering. I den forbindelse uttalte nemnda at hensynet til arbeidsgivers begrunnelse for handlingen måtte veies opp mot hensynet til likestilling og de konsekvensene handlingen fikk for arbeidstaker. På dette punkt fant nemnda at arbeidsgiver hadde vektlagt at vikaren var bedre kvalifisert enn klager, noe som ikke var en saklig grunn. Arbeidsgiver argumenterte med at denne prioriteringen kunne begrunnes i bedriftsøkonomiske hensyn og rasjonelle vurderinger, uten at dette førte frem.

Avgjørelsen viser at arbeidsgiver ikke har adgang til å måle arbeidstaker i foreldrepermisjon opp mot vikaren hva gjelder hvem som er best kvalifisert for stillingen. Dette er ikke en saklig grunn som arbeidsgiver kan vektlegge, og hovedregelen er derfor at arbeidstakeren har krav på sin egen stilling tilbake etter permisjon, uavhengig av vikarens kompetanse. Dette standpunktet er senere bekreftet i sak 48/2010 fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda der det ble uttalt at beskyttelsen for de som tar ut foreldrepermisjon vil bli for svak dersom arbeidsgiver skal kunne måle kvalifikasjoner mot hverandre, og at det derfor ikke er anledning til å vektlegge vikarens bedre kvalifikasjoner.

Jeg er enig i nemndas vurdering av at vernet til arbeidstakeren i permisjon vil kunne svekkes dersom kvalifikasjonene skal kunne vurderes opp mot vikarens kompetanse. Likevel mener jeg det kan stilles spørsmålstegn ved i hvilke tilfeller det overhodet vil være mulig å foreta endringer i driftens struktur dersom ikke engang rasjonelle vurderinger til bedriftens beste vil kunne anses som en saklig begrunnelse for endringene. Dette vil jo høyst sannsynlig kunne være saklig å vektlegge dersom permisjonsfaktoren tenkes borte. Dersom en arbeidstaker har vært i foreldrepermisjon, vil endringene som er gjort uansett kunne kobles til permisjonen på en eller annen måte. Dermed vil ikke arbeidsgiver ha en reell mulighet til å begrunne endringene i andre faktorer dersom nemnda ikke er villig til å vurdere betydningen av at endringene er foretatt på bakgrunn av «rasjonelle, driftsmessige vurderinger» slik tilfellet var i sak 22/2006. I mine øyne vil dette koke ned til at arbeidsgiver aldri vil kunne foreta

endringer dersom det er en foreldrepermisjon involvert, men at endringen mest sannsynlig vil være tillatt dersom den gjøres på et hvilket som helst annet tidspunkt.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda kom til motsatt resultat i et eldre tilfelle i sak 4/1995.<sup>84</sup> Saken omhandlet en lærer som ikke fikk tilbake samme klasse da hun kom tilbake fra foreldrepermisjon. Arbeidstakeren hevdet seg diskriminert da det var vikaren som beholdt hennes opprinnelige klasse, også etter permisjonen. Spørsmålet var om kvinnen var blitt diskriminert ved ikke å ha fått tilbake sin stilling.

Nemnda kom til at skolens ledelse må ha anledning til å vektlegge den totale lærersituasjonen i forhold til den enkelte klasse og deres behov. Av hensyn til klassen var det bedre å skifte klassestyrer én gang da læreren gikk ut i permisjon enn å måtte skifte to ganger da læreren kom tilbake igjen fra permisjon. Vurderingen var etter nemndas syn basert på en faglig vurdering av hva som var best for skolen og den enkelte klassen, og ikke på om vikaren var bedre kvalifisert slik arbeidstakeren hevdet. Da arbeidstakeren fikk tilsvarende og likeverdige oppgaver gjennom en ny klasse ved tilbakekomst, var det ikke blitt vektlagt noen usaklige momenter. Arbeidstakeren var følgelig ikke blitt diskriminert på bakgrunn av foreldrepermisjonen.

På bakgrunn av de omtalte sakene ser vi at arbeidsgiver ikke har adgang til å vektlegge at vikaren er bedre kvalifisert som et selvstendig moment i vurderingen ved tilbakekomst etter permisjon. Da dette ikke vil være saklig, vil arbeidsgiver ha brutt diskrimineringsforbudet. Imidlertid kan arbeidsgiver ved tilbakekomst vurdere hva som vil være faglig hensiktsmessig i forhold til skolens og elevenes beste når det gjelder om arbeidstaker skal få tilbake egen klasse. I det aktuelle tilfellet fikk kvinnen tilbake en «tilsvarende stilling» med likeverdige arbeidsoppgaver da hun overtok ansvaret for en annen klasse. Dette var etter nemndas vurdering både saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstakeren. Følgelig kan arbeidsgiver beholde vikaren i arbeidstakers opprinnelige stilling etter permisjonen, men dette må være på bakgrunn av en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering, ikke på bakgrunn av at vikaren er bedre kvalifisert.

Begge sakene fra 2006 nevnt ovenfor og særlig saken fra 1995 er forholdsvis gamle avgjørelser, men de inneholder likevel prinsipielle uttalelser og gode utredninger av gjeldende

---

<sup>84</sup> Saken er også omtalt i prop. 126 L (2011-2012) i pkt. 4.4.3.

rettstilstand som fortsatt blir vist til i avgjørelser fra dagens Likestillings- og diskrimineringsombud og Diskrimineringsnemnda.<sup>85</sup> Sakene er derfor fortsatt relevante.

#### 4.1.3 Retten til å fortsette sin karrieremessige utvikling etter permisjon

Som nevnt fremgår det av forarbeidene at arbeidstaker ikke skal stilles dårligere enn før når vedkommende kommer tilbake fra foreldrepermisjon.<sup>86</sup> Dette innebærer blant annet at arbeidstaker har rett til å fortsette sin karrieremessige utvikling ved tilbakekomst fra permisjon. Eksempelvis kan dette innebære at en ikke skal tildeles degraderende arbeidsoppgaver og ansvarsområder, men at en skal få tilbake oppgaver og ansvar på samme nivå som hva en hadde forut for permisjonen. Videre bør arbeidstakeren ha den samme lønnsutviklingen som tidligere, og få samme mulighet for forfremmelser og bonus som før. Departementet uttaler i forarbeidene at:

*«Ved vurderingen av om endringene har ført til at arbeidstaker har kommet i en dårligere stilling, skal det som utgangspunkt legges en objektiv målestokk til grunn. Det må altså foreligge omstendigheter som tilsier at arbeidstakeren har blitt stilt dårligere enn tidligere på grunn av foreldrepermisjonen, og det må legges vekt på hva som vanligvis regnes som negative endringer. Dersom det etter en slik objektiv vurdering er tvil om endringene er negative for arbeidstakeren, kan arbeidstakerens subjektive oppfatning av situasjonen få betydning.»<sup>87</sup>*

Utover dette gir ikke departementet noen nærmere veiledning for vurderingen av om en arbeidstaker er blitt stilt dårligere ved tilbakekomst enn før permisjonen. Det er dermed interessant å se hvilke momenter nemnda har vektlagt i sin vurdering av tilfellet. I sak 22/2006 som er omtalt ovenfor, behandler Likestillings- og diskrimineringsnemnda også spørsmålet om i hvilken utstrekning arbeidstaker har rett til å fortsette sin karrieremessige utvikling etter permisjon.

Det fremgår av avgjørelsen at da vikaren overtok den opprinnelige stillingen til klager, hadde klageren rett på en tilsvarende stilling ved tilbakekomst fra permisjon. Nemnda uttaler i den forbindelse at «utgangspunktet etter likestillingsloven er at personer som har vært i

---

<sup>85</sup> Se bl. a. LDO sak 14/897, sak 11/2019, sak 11/171, sak 08/1324 og sak 15/541.

<sup>86</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 286.

<sup>87</sup> Ibid.

fødselspermisjon, skal ha tilbake sine gamle arbeidsoppgaver og fortsette sin karrieremessige utvikling uavhengig av permisjonen». Etter en konkret helhetsvurdering kom nemnda til at klager ble stilt dårligere som følge av endringene i arbeidsoppgavene. Arbeidsoppgavene ble endret til den typer oppgaver som hun hadde hatt da hun var ny i arbeidet, og hun fikk dermed ikke fortsette sin karrieremessige utvikling ved tilbakekomst etter permisjonen.

Også i andre saker har Likestillings- og diskrimineringsombudet påpekt viktigheten av og retten til å fortsette sin karrieremessige utvikling. I sak 11/171 ble arbeidstakeren etter permisjon flyttet til en annen og degraderende stilling på en annen avdeling. Da vedkommende kom tilbake fra permisjonen, fikk hun beskjed om at hennes tidligere sekretær oppgaver var blitt byttet ut med oppgaver som å arrangere kurs og å være kursvert. Dette ble av ombudet funnet å være degraderende for arbeidstaker, og hun fikk følgelig ikke fortsette sin karrieremessige utvikling i firmaet.

Avgjørelsene viser at dersom en arbeidstaker ikke får fortsette sin karrieremessige utvikling ved tilbakekomst etter permisjon, vil dette i mange tilfeller være et moment som taler sterkt for at vedkommende ikke har fått tilbake samme/tilsvarende stilling og at diskrimineringsforbudet er brutt. Som en konsekvens av dette må arbeidsgiver påse at arbeidstaker får tilbake arbeidsoppgaver som ligger på minst samme nivå både faglig og ansvarsmessig, som det vedkommende hadde før permisjonen.

#### **4.1.4 Endrede arbeidsoppgaver ved ønsket stillingsreduksjon etter permisjon**

I noen tilfeller vil arbeidstaker i foreldrepermisjon kunne ønske å komme tilbake til en redusert stilling etter permisjonen samtidig som arbeidstaker ønsker seg tilbake til det samme arbeidet en hadde før. Dette kan skape problemer for arbeidsgiver som både må sørge for de samme arbeidsoppgavene til arbeidstaker som har vært i permisjon, og samtidig sørge for tilstrekkelig bemanning.

Etter aml. § 10-2 fjerde ledd har en arbeidstaker som av «sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det», rett til å få redusert arbeidstid dersom det kan gjennomføres uten «vesentlig ulempe» for virksomheten. Bestemmelsen omfatter blant annet arbeidstakere med foreldreansvar for små barn, så sant det ikke utgjør en vesentlig ulempe for

arbeidsgiver.<sup>88</sup> Vurderingen av hva som er en «vesentlig ulempe» må bero på en konkret vurdering av hvilke konsekvenser stillingsreduksjonen får sett i forhold til hvilke ulemper som kan påberopes.<sup>89</sup> Det kan for eksempel være snakk om ulemper som at det kan være problematisk å få dekket inn den resterende stillingsprosenten, stillingen vanskelig kan deles på, eller at det vanskelig lar seg gjøre å tilpasse reduksjonen til den oppsatte turnusen.

Arbeidstaker kan altså søke om å få redusert stilling ved tilbakekomst etter permisjon. Dersom flere arbeidstakere ønsker en redusert stilling, må arbeidsgiver foreta en skjønnsmessig vurdering av hvem som skal få redusert stilling på bakgrunn av en avveining av partenes interesser. Det er dermed ikke gitt at arbeidstaker ubetinget har en rett på redusert stilling ved foreldreansvar for små barn. Spørsmålet er hvordan arbeidsgiver må legge til rette for at arbeidstaker skal få tilbake samme/tilsvarende stilling dersom vedkommende ønsker en redusert stilling etter permisjon, og hvem som eventuelt skal prioriteres dersom flere ønsker det samtidig.

Problemstillingen var oppe i sak 06/138 fra Likestillings- og diskrimineringsombudet. Her ønsket en arbeidstaker å komme tilbake til en 80 % stilling etter permisjonen istedenfor en full stilling. Da også flere andre ansatte ønsker å gå ned i stillingsprosent, tilsatte arbeidsgiver en ny medarbeider. Konsekvensen var at arbeidstaker som kom tilbake fra foreldrepermisjon fikk en mer belastende arbeidssituasjon ved at hun måtte jobbe ved to forskjellige avdelinger istedenfor én.

Ombudet fant at det var klart at kvinnen var gitt endrede arbeidsoppgaver ved tilbakekomst etter permisjon. Imidlertid uttalte de at arbeidsgiver hadde vektlagt et saklig formål for de endringene som ble gjennomført. Da arbeidsgiver måtte finne en forsvarlig løsning som følge av at de hadde gitt de ansatte mulighet til å jobbe i redusert stilling, var det adgang til å endre arbeidsoppgavene noe. Hvilke arbeidstakere som i et slikt tilfelle skal få redusert sin stilling, må avgjøres etter en helhetsvurdering av arbeidstakerens behov for stillingsreduksjon og ulempene dette medfører for arbeidsgiver. I de fleste tilfeller vil ikke dette være et spørsmål om prioritering av arbeidstakere, men heller et spørsmål om hvem som oppfyller kravene for å kunne ha rett til å jobbe redusert.

---

<sup>88</sup> Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 316.

<sup>89</sup> Se TLN-2013-52 og kommentar Rettsdata ved Tron Dalheim, aml. § 10-2 note 292.

Saken viser at arbeidsgiver har adgang til å foreta endringer i arbeidsoppgaver dersom arbeidstaker selv ønsker redusert stilling etter permisjonen, og at dette må anses som en saklig formål som kan vektlegges i vurderingen av om diskrimineringsforbudet er brutt.

#### **4.1.5 Hvor mange ansatte berøres av endringene?**

Som nevnt, fremgår det av forarbeidene at dersom samtlige ansatte er berørt av endringene i en virksomhet, taler dette for at endringene skyldes driftsmessige hensyn og ikke en eventuell foreldrepermisjon.<sup>90</sup> Motsetningsvis kan det være et moment for at endringene skyldes permisjonen dersom omorganiseringen bare har hatt betydning for én ansatt. Dette fremgår blant annet av HR-2018-1189-A der spørsmålet var om en gravid arbeidstaker ble oppsagt på bakgrunn av bedriftens nedbemanningsbehov eller om oppsigelsen skyldtes hennes graviditet. Høyesterett kom her til at arbeidsgiver ikke hadde sannsynliggjort at oppsigelsen skyldtes andre forhold enn graviditeten, da nedbemanningen kun fikk følger for denne ene arbeidstakeren og bedriften fortsatte å rekruttere nye medarbeidere.<sup>91</sup>

Når det gjelder spørsmål om hvor mange ansatte som berøres av endringene, finnes det imidlertid eksempler på at også endringer som kun har hatt betydning for én person, lovlig kan begrunnes i driftsmessige forhold. I sak 08/1324 fra Likestillings- og diskrimineringsombudet var spørsmålet om en hotellansatt som kom tilbake fra foreldrepermisjon ble utsatt for diskriminering da hun ikke fikk tilbake «samme stilling». Kvinnen anførte at endringene skyldtes hennes foreldrepermisjon, mens arbeidsgiver hevdet at endringen ville ha funnet sted uansett og dermed lå innenfor styringsretten.

Ombudet kom til at arbeidstakeren var den eneste som ble berørt av omorganiseringen innad i firmaet, men at dette kun skyldtes rene tilfeldigheter. Endringene ville ha skjedd uansett, uavhengig av om vedkommende var i permisjon eller ikke. Ombudet uttalte at «arbeidsgiver har dermed sannsynliggjort at de endrede arbeidsoppgavene ikke hadde sammenheng med foreldrepermisjonen, men en totalvurdering av hvordan arbeidsoppgavene skulle fordeles på en mest mulig hensiktsmessig måte». Dette var tilstrekkelig dokumentert av arbeidsgiver, og kunne dermed ikke anses som diskriminering på bakgrunn av foreldrepermisjonen.

---

<sup>90</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 334.

<sup>91</sup> Saken gjaldt imidlertid oppsigelsesvernet etter aml. § 15-9, hvor beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt.

På bakgrunn av forarbeidene og praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet, ser vi at hver enkelt sak må vurderes konkret. Selv om utgangspunktet er at endringer som har betydning for kun én ansatt ofte vil ha sin bakgrunn i selve foreldrepermisjonen, vil ikke dette være gitt i alle tilfeller. Både sakens omstendigheter og øvrige forhold i virksomheten må medregnes i vurderingen av om diskriminering har funnet sted.

#### **4.1.6 Midlertidige endringer i arbeidsoppgaver**

Selv om utgangspunktet er at arbeidstaker skal få tilbake «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» ved tilbakekomst etter foreldrepermisjon, kan en i noen tilfeller oppleve at arbeidsoppgavene midlertidig er endret. En kan for eksempel oppleve at noen av arbeidsoppgavene uteblir eller at de midlertidig er annerledes enn de var før permisjonen. Arbeidsgiver vil i de fleste tilfeller være klar over tidspunktet for arbeidstakerens tilbakekomst, og vil dermed ha god tid til å planlegge dette. Følgelig vil normalt ikke en forklaring fra arbeidsgivers side om at tilbakekomsten kom brått på kunne være tilstrekkelig for å begrunne midlertidige endringer i arbeidstakers arbeidsoppgaver. Lovteksten på sin side sier ingenting om retten til umiddelbart å få tilbake stillingen sin, og spørsmålet i slike tilfeller vil være hvorvidt arbeidsgiver har adgang til midlertidig å endre arbeidsoppgavene, og eventuelt hvilket tidsaspekt som kan godtas.

Dette spørsmålet ble drøftet i sak 11/2019 fra Likestillings- og diskrimineringsombudet. Arbeidstaker hevdet at arbeidsgiver hadde diskriminert henne på bakgrunn av foreldrepermisjonen ved manglende tildeling av arbeidsoppgaver ved tilbakekomst. Arbeidsgiver avviste påstanden og mente at arbeidstakeren ville få tilbake sine arbeidsoppgaver så snart hun hadde oppdatert seg på de pågående sakene som skulle håndteres.

Ombudet vurderte saken etter reglene for indirekte forskjellsbehandling. Det ble uttalt at det ikke gjennom forvaltningspraksis tidligere var blitt oppstilt spesifikke krav til varighet når det gjaldt vurderingen av om en arbeidstaker var blitt satt i en dårligere stilling. Videre fremgår det av uttalelsen at ombudet «anser dermed også at mer midlertidige endringer i arbeidssituasjonen i utgangspunktet er omfattet av likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering».

Etter en nærmere vurdering kom ombudet til at det klart forelå endringer i arbeidstakers arbeidsoppgaver. Spørsmålet som videre ble diskutert var om de midlertidige endringene skulle tillates etter en saklighets-, nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering. Ombudet kom til at det var saklig og nødvendig å vektlegge nødvendigheten av at arbeidstaker måtte oppdatere seg på sakene før arbeidsoppgavene ble gitt tilbake. Videre fant de at varigheten på endringene, som var omtrent to måneder, ikke var uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstakeren. Dermed hadde arbeidsgiver etter en saklighetsvurdering adgang til midlertidig å holde tilbake arbeidsoppgavene til arbeidstaker i to måneder mens hun oppdaterte seg på de pågående sakene.

Til tross for at jeg ikke har kommet over annen relevant praksis som tar opp problemstillinger knyttet til midlertidige endringer i arbeidsoppgavene, kan det likevel tenkes andre typetilfeller der spørsmålet vil kunne komme på spissen. For eksempel vil en situasjon der vikaren til en arbeidstaker i permisjon ennå ikke har sluttet, by på samme type utfordringer. Det kan blant annet være behov for noe overlapping der vikaren enten må avslutte sine prosjekter eller der vikaren må oppdatere arbeidstakeren. Videre kan en også tenke seg samme problemstilling i et tilfelle der en midlertidig markedssituasjon gjør at ressursene midlertidig må omdisponeres. I tillegg til den nevnte saken 11/2019, viser disse typetilfellene at lovgiver vanskelig kan lovfeste alle typer situasjoner når det gjelder spørsmålet om diskrimineringsforbudet er brutt. I tilfeller der det er spørsmål om midlertidig endring i arbeidsoppgavene ser vi at vurderingen ofte må bero på en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering der forvaltningen eller rettsinstansen må vurdere det konkrete tilfellet opp mot sakens øvrige omstendigheter og konsekvensene for partene.

#### **4.1.7 Endrede arbeidsoppgaver etter permisjon pga. ny nært forestående permisjon**

I noen tilfeller hender det at en arbeidstaker får flere barn i løpet av en kort tidsperiode. I slike situasjoner vil det ofte være snakk om et kort tidsrom vedkommende er tilbake i arbeid etter permisjon før han eller hun skal ut i ny permisjon. Dette kan skape store vanskeligheter for arbeidsgiver både når det gjelder til plikten til å gi arbeidstaker tilbake sin egen stilling, og også når det gjelder muligheten for å finne en kvalifisert vikar kun for en kort tidsperiode. Utgangspunktet er at arbeidstaker har rett på samme/tilsvarende stilling etter foreldrepermisjon uavhengig om vedkommende snart skal ut i ny permisjon. Spørsmålet er



om arbeidsgiver gjennom styringsretten har adgang til å moderere dette utgangspunktet i tilfeller av en ny nært forestående permisjon.

Dette var temaet i sak 11/2018 fra Diskrimineringsnemnda. Da arbeidstakeren kom tilbake fra foreldrepermisjon, var arbeidsoppgavene hans endret fra å knytte seg til selskapets «backoffice» til å være i «frontoffice». Arbeidstaker hevdet at disse endringene bunnet i at han noen måneder senere skulle ut i ny foreldrepermisjon, og at dette ikke kunne vektlegges av arbeidsgiver når det gjaldt å få tilbake egne arbeidsoppgaver. Arbeidsgiver begrunnet endringene i et behov for bedre å utnytte de ressursene de hadde, og at endringene ble gjort innenfor rammene av arbeidsgivers styringsrett.

Nemnda fant at arbeidstakeren ikke hadde fått tilbake «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» etter foreldrepermisjonen. Videre kom de til at det var grunn til å tro at dette skyldtes As permisjon da arbeidsgiver selv innrømte at de fikk store utfordringer når A kun var tilbake en kort tid før han igjen skulle i permisjon. Spørsmålet i det videre var om arbeidsgiver hadde sannsynliggjort at det likevel ikke hadde funnet sted en lovlig forskjellsbehandling.

Etter en helhetsvurdering kom nemnda til at det var usannsynlig at oppgavene ville blitt fordelt slik de ble dersom A ikke skulle ut i ny permisjon. Arbeidsgiver hadde derfor ikke sannsynliggjort at endringene skyldtes forhold uavhengig av permisjonen. Videre måtte det derfor vurderes om endringene utgjorde en lovlig forskjellsbehandling på bakgrunn av en nærmere saklighets, nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering. I den forbindelse uttalte nemnda at det var «saklig» å vektlegge hensynet til økonomi og ressursbesparelse. Imidlertid kom de til at forskjellsbehandlingen ikke var «nødvendig» da arbeidsgiver ikke hadde vurdert andre handlingsalternativer som for eksempel å sette inn en vikar i stillingen som arbeidstakeren måtte overta eller å gjennomføre nærmere undersøkelser for hvorvidt det fantes andre tiltak for å unngå lang opplæringstid. På den bakgrunn hadde arbeidsgiver diskriminert arbeidstaker ved ikke å gi han tilbake samme/tilsvarende stilling etter foreldrepermisjonen.

Avgjørelsen illustrerer viktigheten av å vurdere alternative muligheter før det velges en spesifikk løsning. Dersom arbeidsgiver i dette tilfellet hadde vurdert andre handlingsalternativer, men likevel funnet at denne var den mest hensiktsmessige, finnes det muligheter for at saken kunne fått et annet utfall. Saken viser også at arbeidstakers rett til å få

tilbake samme/tilsvarende stilling veier tungt, og at arbeidsgiver skal ha svært gode grunner for å fravike dette kravet.

## **4.2 Rettsmidler ved diskriminering på bakgrunn av foreldrepermisjon**

Dersom en arbeidstaker ved tilbakekomst etter foreldrepermisjon opplever å ikke få tilbake samme eller tilsvarende stilling og dette skyldes permisjonen, kan arbeidsgiver ha brutt diskrimineringsforbudet i ldl. § 33. Dersom dette er tilfellet, må en se hen til reglene om håndheving, bevisbyrde og reaksjoner i lovens kapittel 6. Av § 35 fremgår det at Diskrimineringsnemnda har myndighet til å håndheve loven, og at denne følger av diskrimineringsombudsloven. En arbeidstaker kan følgelig klage inn sin sak til Diskrimineringsnemnda.

Nemndas fremste funksjon er å sikre et effektivt diskrimineringsvern ved at en arbeidstaker enkelt og billig skal kunne klage inn saken sin. Det hjelper lite å ha rett i sin sak dersom en ikke effektivt kan få håndhevet sine rettigheter. Søksmål for domstolene er både krevende og veldig kostbart, og mange av de som klager til nemnda ville neppe ha gått til søksmål. Dette er også noe av bakgrunnen for at det nå er åpnet for at Diskrimineringsnemnda også skal kunne behandle saker om seksuell trakassering.<sup>92</sup>

Etter ldl. § 38 kan den som er blitt diskriminert kreve oppreisning og erstatning. Dette blir imidlertid kun vurdert dersom den ene parten krever det. Av bestemmelsens tredje ledd fremgår det at erstatningen skal kompensere for økonomisk tap som følge av den ulovlige behandlingen. Oppreisning derimot, skal kompensere for ikke-økonomiske skader eller ulemper, og fastsettes ut i fra hva som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold samt omstendighetene for øvrig. Reglene for fastsettelse og utmåling av erstatning og oppreisning fremgår av diskrimineringsombudsloven § 12.

Loven setter ingen øvre beløpsgrense for oppreisningen. Etter forarbeidene skal utmålingen skje etter en konkret rimelighetsvurdering.<sup>93</sup> Vurderingen må bero på hensynet til at arbeidstakeren skal få en rimelig oppreisning og hensynet til arbeidsgiveres økonomiske situasjon. I forarbeidene<sup>94</sup> til diskrimineringsombudsloven av 2017 fremgår det at

---

<sup>92</sup> Prop. 63 L (2018-2019) s. 27.

<sup>93</sup> Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) s. 144.

<sup>94</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 106.

oppreisningsbeløpet oftest vil ligge mellom kr 20.000 og 80.000. Det stilles krav om et forholdsmessig beløp i forhold til den påførte krenkelsen, og i særlige graverende tilfeller kan derfor høyere beløp vurderes.<sup>95</sup> Når det gjelder saker om brudd på diskrimineringsvernet knyttet til graviditet og foreldrepermisjon, har normalt oppreisningsbeløpet ligget på rundt kr 30.000-60.000.<sup>96</sup>

Når det gjelder spørsmål om økonomisk erstatning i diskrimineringsaker, er hovedregelen at Diskrimineringsnemnda ikke skal kunne ilegge erstatning for økonomisk tap.<sup>97</sup> Bakgrunnen for dette er at saksbehandlingen blir for vanskelig og tidkrevende i relasjon til den omfattende bevisførselen knyttet til om arbeidstakeren faktisk har blitt diskriminert, om vedkommende har lidd økonomisk tap og om det er adekvat årsakssammenheng mellom handlingen og tapet. Det er imidlertid gjort et unntak i enkelte saksforhold der nemnda likevel gis myndighet til å tilkjenne erstatning for økonomisk tap; såkalte «enkle saker». Unntaket gjelder tilfeller der den innklagende ikke har noen innsigelser mot erstatningskravet eller tilfeller der nemnda finner eventuelle innsigelser åpenbart uholdbare.<sup>98</sup> Andre erstatningskrav må reises for domstolene. Dersom nemnda har avgjort et spørsmål om diskriminering som ikke kan angripes ved søksmål, må domstolene ved et etterfølgende søksmål om erstatning legge nemndas avgjørelse av diskriminering til grunn.

Det fremgår av forarbeidene<sup>99</sup> at kjerneområdet for bestemmelsen skal være tilfeller der årsaken til at den innklagende ikke vil betale erstatning er «manglende betalingsevne eller betalingsvilje». Departementet legger til grunn at erstatningen i slike tilfeller vil være dreie seg om beskjedne beløp, og at nemndas vedtaksmyndighet begrenser seg til et beløp under kr 10 000. Bestemmelsen tar altså sikte på saker som krever svært liten bevisførsel, noe som kan være grunnen til at det eksisterer lite nemndspraksis som tar for seg erstatning i diskrimineringsaker.

Hva gjelder Likestillings- og diskrimineringsombudet, har ikke de den samme håndhevingsadgangen som Diskrimineringsnemnda. Det er frivillig om arbeidsgiver vil rette seg etter deres uttalelser, og ombudet har ikke adgang til å ilegge bot eller mulkt dersom virksomheten velger å ikke følge uttalelsene. Dersom en arbeidstaker ønsker erstatning eller

---

<sup>95</sup> Se f. eks. LH-2008-99829 der oppreisningen ble satt til kr 150 000.

<sup>96</sup> Se bl. a. DIN-2019-118 og DIN-2018-410.

<sup>97</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 106.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Ibid.

oppreisning som følge av å ha blitt diskriminert, må de enten ta saken videre til Diskrimineringsnemnda, eventuelt ta den til retten.

Likestillings- og diskrimineringsombudets og Diskrimineringsnemndas funksjon kan etter dette sies å bidra til å effektivisere arbeidet knyttet til etterlevelsen av kjønnsdiskrimineringsvernet. Ombudets mulighet til å uttrykke urettmessig behandling av arbeidstakere og nemndas adgang til å ilegge oppreisnings- og erstatningsansvar, kan bidra til å hindre at arbeidsgivere tar en unødig risiko knyttet til behandlingen av sine arbeidstakere. De aller fleste virksomheter ønsker å unngå negative oppslag og et dårlig rykte, noe som kan være en naturlig konsekvens ved et eventuelt diskrimineringsbrudd. Til tross for at oppreisnings- og erstatningssummene som ilegges ikke nødvendigvis truer med å ruinere virksomheten, vil publisiteten fra ombudet og nemnda kunne bidra til at arbeidsgiver ønsker å legge til rette for en oppklaring og reparasjon av diskriminerings situasjonen. På denne måten bidrar både ombudet og nemnda gjennom sanksjonene de kan ilegge, til utøvelse av svært effektive rettsmidler i kampen mot kjønnsdiskriminering.

## 5 Samlede betraktninger

Det overordnede målet med diskrimineringsreglene knyttet til kjønn i arbeidslivet, er å sørge for at en arbeidstaker ikke skal få svekket sin stilling dersom vedkommende velger å benytte seg av permisjonsrettighetene sine. Landet vårt trenger flere barn for at dagens velferdssystem skal være bærekraftig også i fremtiden, og det er i den forbindelse viktig at det legges til rette for gode støtteordninger slik at arbeidstaker ikke forsinkes i karriereløpet sitt.

Oppgaven har i denne anledning sett nærmere på diskrimineringsvernet knyttet til tilbakekomst etter foreldrepermisjon, herunder hva som ligger i vilkåret om å få tilbake «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» og hvordan det praktiseres i rettspraksis. Når forvaltningen eller domstolene skal avgjøre spørsmålet om diskriminering, sammenlignes arbeidet før og etter permisjonen for å se om endringene er såpass vesentlige at de ikke tilfredsstillende det lovfestede kravet om å få tilbake samme/tilsvarende stilling. Imidlertid er det ikke alltid like lett å fastslå hvor skillet går for hva som kan anses som lovlig på bakgrunn av arbeidsgivers styringsrett og hvilke tilfeller som må anses som brudd på diskrimineringsvernet. Spenningen mellom arbeidsgivers styringsrett og diskrimineringsvernet må avgjøres konkret i hvert tilfelle. Her kommer blant annet Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda inn som viktige bidragsyttere for å skape klarhet i grensdragningen.

I vilkåret «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» ligger det at arbeidstaker skal få tilbake samme eller likeverdige arbeidsoppgaver som før permisjonen. Arbeidsoppgavens art kan likevel føre til at arbeidsgiver må foreta visse endringer som kan føre til at arbeidstaker ikke kommer tilbake til samme stilling. Endringene må ligge innenfor rammene av ldl. §§ 9 og 10, og kan eksempelvis skyldes hensynet til kontinuitet i kundebehandling eller prosjekt, hensynet til helse og sikkerhet eller hensynet til forsvarlig tjenesteyting.<sup>100</sup> Det kan følgelig gjøres noen endringer i arbeidsoppgavene som følge av permisjonen, men denne adgangen er svært snever. Øvrige endringer som ikke rammes av forbudet i ldl. § 33 kan gjøres innenfor rammen av arbeidsgivers styringsrett.

På bakgrunn av den gjennomgåtte praksisen ovenfor, ser vi at spørsmålet om hva som ligger i vilkåret «samme, eventuelt tilsvarende, stilling» ofte ikke volder nevneverdige problemer i

---

<sup>100</sup> Prop 81 L (2016-2017) s. 333.

praksis. Det som derimot kan skape konflikt er spørsmål knyttet til bevisbyrden og om arbeidsgiver godt nok kan dokumentere bakgrunnen for forskjellsbehandlingen – altså om saklighets- og forholdsmessighetskriteriet er oppfylt. Her ser vi at bevisbyrdereglene bidrar til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet da endringer i arbeidsoppgaver som følger av foreldrepermisjonen automatisk vil kunne føre til diskriminering dersom arbeidsgiver ikke kan dokumentere at endringene skyldes andre grunner.

Fremstillingen viser at regelverket knyttet til kjønnsdiskriminering i arbeidslivet i teorien gir et godt vern for arbeidstakere som kommer tilbake i arbeid etter foreldrepermisjon. Imidlertid synes utformingen av bestemmelsene å være lite pedagogisk da rettighetene kun er en utledning og presisering av det generelle forbudet mot kjønnsdiskriminering, og at de derfor må tolkes i lys av de generelle reglene om forskjellsbehandling i ldl. §§ 6, 7 og 8, samt unntaksbestemmelsene i ldl. §§ 9, 10 og 11.<sup>101</sup> Dette kunne med fordel ha kommet klarere til uttrykk i loven da manglende presisjonsnivå kan skape problemer i praksis, både for en arbeidsgiver uten juridisk utdannelse, men også for den vanlige mannen i gata, når det gjelder å forstå hvilke rettigheter en har og hvilke rammer en har å forholde seg til. Lovgivningen burde derfor i større grad vært utformet på en måte som bidrar til et reelt vern mot diskriminering; ikke bare for spesialister på området som har oversikt over det svært fragmenterte regelverket, men også i tilfeller der en ekspert ikke er involvert.<sup>102</sup>

Til tross for stadige forsøk på å gjøre likestillings- og diskrimineringsloven klarere og tydeligere, ser vi imidlertid at bestemmelsene vanskelig lar seg utforme på en mer oversiktlig måte. En arbeidsgiver må derfor ha god oversikt over bestemmelsene og deres innhold for å kunne handle i tråd med reglene. Dette kan fra en positiv vinkling føre til at arbeidsgiver opptrer mer varsomt overfor arbeidstaker som kommer tilbake fra foreldrepermisjon, da en er redd for å handle i strid med diskrimineringsforbudet. Slik vil arbeidstaker kunne nyte bedre av det gode vernet enn vedkommende ville dersom arbeidsgiver hadde hatt fullstendig oversikt over regelverket, men dette forutsatt at arbeidstaker er klar over egne rettigheter.

Overordnet synes diskrimineringsreglene å balansere de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende på en god måte. Arbeidsgivers behov for kontinuitet og tilpasninger er ivaretatt gjennom adgangen til å gi arbeidstaker «tilsvarende» arbeid. Videre er arbeidstakers vern når det gjelder å komme tilbake til arbeidet etter permisjon godt ivaretatt, da hovedregelen om å

---

<sup>101</sup> Storeng m.fl. (2014) s. 302.

<sup>102</sup> Strand (2015) s. 466-467.

komme tilbake til samme/tilsvarende stilling praktiseres strengt. Selv om reglene knyttet til kjønnsdiskriminering har forbedringspotensiale når det gjelder utforming og struktur, sørger de likevel for et godt vern ved arbeidstakers tilbakekomst etter foreldrepermisjon.

# Litteraturliste

## Litteratur og artikler

Bernt, Jan Fridthjof og Mæhle, Synne Sæther: *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2007

Eidsvaag, Tine: *Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere? om tilrettelegging for vikarbyråansatte*, Tidsskriftet Arbeidsrett, 2018, Vol. 15, nr. 2, s. 135-163

Fougner, Jan: *Endring i arbeidsforhold – Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. Utgave, Oslo 2016

Hirst, Marion Holte og Lønneid, Sven Ivar: *Arbeidsrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Oslo 2018

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgave, Bergen 2004

Semner, Brit Djupvik: *Diskrimineringsvern i arbeidslivet – en håndbok*, Bergen 2018

Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik og Hotvedt, Marianne Jenum: *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo 2017

Storeng, Nils H., Beck, Tom H. og Lund, Arve D.: *Arbeidslivets spilleregler*, 3. Utgave, Oslo 2014

Strand, Vibeke Blaker: *Forenklingjuss – En trussel mot individers vern mot kjønnsdiskriminering?* Lov og rett vol. 54 nr. 8, 2015, s. 449-470

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

## Lover

Lov av 27. November 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven)

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

Lov av 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)

Lov av 21. Juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) (Opphevet)



Lov av 21. Juni 2013 nr. 59 om likestillings mellom kjønnene (likestillingsloven) (Opphevet)

Lov av 21. Juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) (Opphevet)

Lov av 21. Juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) (Opphevet)

Lov av 21. Juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeiderloven)

Lov av 16. Juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Lov av 16. Juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

## **Førebilder**

NOU 1990:17 Uførepensjon

NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)

Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot. prp. nr. 34 (2004-2005) om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

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

Ot. prp. nr. 79 (2004-2005) om lov om endringer om sjøfarten (sjøloven)

Prop. 126 L (2011-2012) Endringer i likestillingsloven (tydeliggjøring av rettigheter ved foreldrepermisjon)

Prop. 88 L (2012–2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Prop. 80 L (2016–2017) Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Prop. 81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbund mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Prop. 63 L (2018–2019) Endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven (etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og en styrking av aktivitets- og redegjøringsplikten)

## **EU-direktiver og internasjonale konvensjoner**

Direktiv 92/85/EØF av 19. Oktober 1992 om iverksettelse av foranstaltninger til forbedring av sikkerheten og sunnheten under arbeidet for arbeidstakere som er gravide, som nettopp har født, eller som ammer (svangerskapsdirektivet)

Direktiv 2000/43/EF av 29. juni 2000 om gjennomførelse av prinsippet om likebehandling av alle uansett rase eller etnisk opprinnelse

Direktiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet (ikke-diskrimineringsdirektivet)

Direktiv 2006/54/EF av 5. Juli 2006 om gjennomførelse av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med sysselsetting og yrke (likebehandlingsdirektivet)

Direktiv 2010/18/EU av 8. Mars 2010 om iverksettelse av den reviderte rammeavtale vedrørende foreldrepermisjon (foreldrepermisjonsdirektivet)

Direktiv (EU) 2019/1158 av 20. juni 2019 om balanse mellom arbeid og privatliv for foreldre og omsorgspersoner og om oppheving av rådsdirektiv 2010/18/EU

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

FNs kvinnekonvensjon

Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

ILO-konvensjon nr. 156 om like muligheter og lik behandling for kvinner og menn i arbeidslivet: arbeidstakere med familieforpliktelser

### **Norsk rettspraksis**

Rt. 2000 s. 1602 Nøkk

Rt. 2009 s. 1465 Seinvakt

LH-2008-99829

Rt. 2012 s. 424

TLN-2013-52

Rt. 2014 s. 402

HR-2017-219-A

HR-2018-1189-A

### Saker fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda

LDN-1995-4

LDN-2006-7

LDN-2006-22

LDN-2010-48

LDN-2016-19-1

LDN-2016-30-1

### Saker fra Likestillings- og diskrimineringsombudet

LDO sak 06/138

LDO sak 08/1324

LDO sak 11/171

LDO sak 11/2019

LDO sak 14/897

LDO sak 15/541

### Saker fra Diskrimineringsnemnda

DIN-2018-11

DIN-2018-95

DIN-2018-63

DIN-2018-410

DIN-2019-115

DIN-2019-118

### **Praksis fra EU-domstolen**

Sak C-177/88 Dekker

Sak C-421/92 Habermann-Beltermann

Sak C-32/93 Webb

Sak C-400/93 Royal Copenhagen

Sak C-284/02 Sass

Sak C-54/07 Feryn

### **Nettsider**

Store norske leksikons sider om permisjon. Skrevet av Henning Jakhelln (UiO) og Jon Gisle  
[https://snl.no/permisjon\\_i\\_arbeidsforhold](https://snl.no/permisjon_i_arbeidsforhold)

Gyldendal Rettsdata

<https://min.rettsdata.no/Arbeidsflate>

Likestillings- og diskrimineringsombudet hjemmesider

Fagoppsummering om graviditet og foreldrepermisjon (oppdatert juni 2015):

*Likestillingslovens forbud mot diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel i arbeidsforhold*

[https://www.ldo.no/globalassets/\\_ldo\\_2019/arkiv/publikasjonsarkiv/graviditet/oppsummering---graviditet-og-foreldrepermisjon\\_v1.pdf](https://www.ldo.no/globalassets/_ldo_2019/arkiv/publikasjonsarkiv/graviditet/oppsummering---graviditet-og-foreldrepermisjon_v1.pdf)

Regjeringens hjemmesider

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/halvarsrapport-for-arbeids--og-sosialpolitikk-i-eu-host-2018/id2628409/>

Europalov sine hjemmesider

<https://www.europalov.no/rettsakt/balanse-mellom-arbeids-familieliv/id-10048>