

UiO : **Det juridiske fakultet**

Folketrygdloven i møte med medmødres overlappende graviditeter

En trygde- og diskrimineringsrettslig analyse av folketrygdloven § 14-10 tredje ledd
annet punktum.

Maria de Michelis Sperre

Kvinnerettslig skriftserie nr. 104

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Universitetet i Oslo 2019





Avdeling for kvinnerett

Kvinnerettslig skriftserie nr. 104/2019

Tittel: Folketrygdloven i møte med medmødres overlappende graviditeter

Forfatter: Maria de Michelis Sperre

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Institutt for offentlig rett

Universitetet i Oslo

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Besøksadresse:

Domus Nova 6. etg.

St. Olavsplass

E-post:

womens-law@jus.uio.no

Nettside:

<https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/>

Editor: Professor Anne Hellum

ISSN: 0809-621X

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Rettskildebildet og metodisk tilnærming	3
1.3	Avgrensning og presisering	4
1.4	Fremstillingen videre	6
2	ET OVERORDNET BLIKK PÅ RELEVANT REGELVERK	7
2.1	Innledning	7
2.2	Familierettens regler om medmor	7
2.2.1	Definisjon	7
2.2.2	Vilkår for medmorskap.....	8
2.3	Trygderettens regler om foreldrepenger	10
2.3.1	Formålet med foreldrepenger	10
2.3.2	Generelt om foreldrepenger og foreldrepermisjon	11
2.3.3	Internasjonal regulering	13
2.4	Likestillings- og diskrimineringsretten	15
2.4.1	Rettskildebildet	15
2.4.2	Diskrimineringsvernets innhold	16
2.4.3	Forholdet mellom diskrimineringsretten og annen lovgivning	17
3	TRYGDERETTSLIG ANALYSE AV BORTFALLSREGELEN	18
3.1	Innledning	18
3.2	Regelens forhistorie	18
3.3	Begrunnelse for lovfestingen	20
3.4	Klargjøring av formålet bak bestemmelsen	21
3.5	Nærmere analyse av bortfallsregelens anvendelsesområde	23
3.5.1	Innledende bemerkninger	23
3.5.2	Lovfortolkning i lys av forarbeidene	23
3.5.3	Null til to uker etter fødsel.....	26
3.5.4	To til seks uker etter fødsel.....	28
3.5.5	Over seks uker etter fødsel	29
3.6	Fare for omgåelse av regelverket på grunn av bortfallsregelen	31
3.7	Oppsummering.....	32
4	DISKRIMINERINGSRETTSLIG ANALYSE AV BORTFALLSREGELEN.....	33
4.1	Innledning	33

4.2	Diskrimineringsgrunnlag	34
4.3	Forskjellsbehandling	37
4.3.1	Direkte eller indirekte diskriminering	37
4.3.2	Negativ forskjellsbehandling	38
4.4	Lovlig forskjellsbehandling	39
4.4.1	Ulik terskel for lovlig forskjellsbehandling.....	39
4.4.2	Likestillings- og diskrimineringsloven § 10 første ledd.....	39
4.4.3	Likestillings- og diskrimineringsloven § 9 første ledd.....	41
4.5	Konklusjon.....	46
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	47
6	LITTERATURLISTE	49

Veien videre...

Et lærerikt og spennende semester med oppgaveskriving er avsluttet. I den forbindelse er det flere jeg ønsker å takke.

Først og fremst ønsker jeg å takke min veileder, Ingunn Ikdahl, for å ha vist stor interesse for prosjektet. Hun utfordret meg til stole på egne kvalifikasjoner, hjalp meg å sette rammer for oppgaven og var engasjert gjennom hele skriveprosessen. Videre ønsker jeg å takke alle på Kvinneretten for å ha tatt meg inn i varmen og for å ha gitt meg et hyggelig og engasjerende miljø å skrive i.

Jeg ønsker også å takke JURK for å ha støttet meg da jeg ønsket å arbeide videre med det som har utviklet seg fra å være en «vanlig» klagesak til å bli både et rettspolitisk prosjekt, en masteravhandling og en problemstilling jeg brenner for.

Til sist ønsker jeg å takke venner, familie og kjæreste for oppmuntrende ord, korrekturlesning og gode innspill og generelt for støtte gjennom hele prosessen. Dere har vært uvurderlige, og mistet aldri troen på at jeg skulle komme i mål!

Selv om masteroppgaven er levert stanser ikke arbeidet for medmødres rett til foreldrepenger ved overlappende graviditeter her. I løpet av arbeidet med prosjektet har rettstilstanden utviklet seg, blant annet ved at det har kommet en trygderettsavgjørelse som ikke gikk i medmødrenes favør. Trygderetten viser i kjennelsen tendenser til at de ikke ønsker å ta stilling til diskrimineringsregelverket ved løsning av trygderettslige problemstillinger. Dette er problematisk.

Prosjektet fortsetter i form av en artikkel i regi av prosjektet «Kjønn og rett i endring: seksualitet, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk». Et spennende prosjekt som jeg ser frem til å bidra til sammen med min tidligere kollega og gode venn Thea Austgulen. Trygderettsavgjørelsen vil også omtales nærmere i den kommende artikkelen.

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Tema for oppgaven er lesbiske pars rett til foreldrepenger i situasjoner hvor begge kvinnene føder hvert sitt barn med kort tids mellomrom og er medmødre til hverandres barn. Situasjonen de to kvinnene er i skiller seg fra de fleste andre tilfeller hvor det utbetales foreldrepenger. For det første er det tale om utbetaling av ytelsen til et likekjønnet par, hvor begge kvinnene har gjennomgått hver sin fødsel og har behov for rekonvalesens i forbindelse med dette. At begge kvinnene har behov for rekonvalesens står i kontrast til situasjonen for et ulikkjønnet par hvor kun den ene parten i forholdet gjennomgår en fødsel. For det andre foreligger det et skille ved de biologiske forutsetningene. Det lesbiske paret har, i motsetning til ulikkjønnede par, mulighet til å føde to barn med svært kort tids mellomrom.

Det følger av folketrygdloven § 14-10 tredje ledd annet punktum at «[s]tønadsdager som ikke er tatt ut, faller bort når stønadsperiode for nytt barn starter.» Heretter omtales folketrygdloven § 14-10 tredje ledd annet punktum som bortfallsregelen.¹ Bestemmelsen medfører at dersom foreldre som allerede mottar foreldrepenger for ett barn, får et nytt barn, vil foreldrepengene for det første barnet bortfalle så snart stønadsperioden for det nye barnet starter. Det vil da kunne oppstå en situasjon hvor kvinnen som føder først ikke har fullført sin stønadsperiode før kvinnen som føder sist skal starte sin stønadsperiode. Dersom bortfallsregelen anvendes på tilfeller hvor kvinnenes graviditet overlapper hverandre, vil kvinnen som føder først miste sin rett til foreldrepenger så snart kvinnen som føder sist starter sin stønadsperiode. Bortfall av retten til foreldrepenger kan i slike tilfeller skje med svært kort tids mellomrom.

Oppgaven oppstiller to hovedproblemstillinger i tilknytning til utbetaling av foreldrepenger til to kvinner som lever i et lesbisk parforhold, føder hvert sitt barn med kort tids mellomrom og er medmødre for hverandres barn. For det første vil det foretas en konkret analyse av bortfallsregelen hvor det vurderes hvorvidt og i hvilken utstrekning bestemmelsen kommer til anvendelse ved overlappende graviditeter. For det andre vil det vurderes om bortfallsregelen er diskriminerende overfor lesbiske par hvor begge kvinnene i forholdet føder hvert sitt barn med kort tids mellomrom og er medmødre til hverandres barn. Begrunnelsen for at jeg har valgt å foreta en diskrimineringsrettslig vurdering er at ulikkjønnede par ikke vil komme i en situasjon hvor retten til foreldrepenger begrenses kort tid etter fødsel. For et ulikkjønnet par vil det nødvendigvis gå minst ni måneder mellom hver gang paret kan få barn og dermed ha rett på en ny stønadsperiode. Heller ikke et mannlige likekjønnet par kan komme i samme si-

¹ Betegnelsen anvendes for å unngå og benytte den lange lovhenviisningen. I tillegg belyser betegnelsen at det er tale om en bestemmelse som fører til at retten til foreldrepenger bortfaller.

tuasjon. I et slikt parforhold vil ikke partene ha mulighet til å bære frem egne barn. Det kvinnelige likekjønnede paret står således i en særstilling.

Oppgaven tar utgangspunkt i en sak jeg hadde ansvar for da jeg arbeidet som saksbehandler hos JURK - Juridisk rådgivning for kvinner. Kvinnene som tok kontakt med JURK hadde overlappende graviditeter. Da deres andre barn ble født mistet de retten til foreldrepenger for det første barnet. Saken er for tiden til behandling hos Trygderetten. Situasjonen kvinnene befant seg i har fungert som inspirasjon for valg av oppgave. Det er imidlertid ikke den konkrete saken som benyttes som materiale. Med oppgaven søker jeg å gjennomføre en objektiv og rettsdogmatisk vurdering av problemstillingene.

Temaet er særlig aktuelt da det synes som at det ved utformingen av bortfallsregelen ikke ble tatt hensyn til at tilfeller av overlappende graviditeter kunne forekomme. Det fremkommer hverken av lovens ordlyd, forarbeider eller rundskriv at det er tatt høyde for utfordringene som oppstår i forbindelse med innskrenkningen av stønadperioden til det tidspunkt hvor et nytt barn blir født.

I 2009 fikk likekjønnede par samme rett til foreldrepenger som ulikkjønnede par.² Dette skjedde i forbindelse med et større revisjonsarbeid, hvor det ble gjort endringer i blant annet ekteskapsloven, barnelova, adopsjonslova og bioteknologiloven. Endringene var motivert av et ønske om å «sikre homofile og lesbiskes rettigheter, støtte homofile i å leve åpent og aktivt motarbeide diskriminering.»³ Det kan stilles spørsmål ved om endringene som ble gjort i forbindelse med revisjonsarbeidet i 2009 var tilstrekkelig for å ivareta denne gruppens rettigheter. Oppgaven belyser utfordringene lovgiver har der et mangfoldig samfunn med varierte familiesammensetninger skal samles i tradisjonelle kategorier som kjernefamilien med mor, far og barn. Det er ikke uventet at det oppstår vanskeligheter når mennesker som lever i «utradisjonelle» familier forventes å passe inn i en ordning som ikke er tilpasset dem. Modellen som trygdelovgivning tradisjonelt har vært utformet etter utfordres nå av samfunnsutviklingen. For å sikre rettferdig behandling av stønadsmottakerne må lovgivningen følge denne utviklingen. Betrachtingene gir uttrykk for et større spørsmål om hvorvidt lovens heteronormative tokjønnsmodell lar seg forene med dagens kjønns mangfold og likestillings- og diskrimineringslovens krav. Dette var oppe til debatt blant annet i forbindelse med vedtakelsen av lov om juridisk kjønn og en kjønnsnøytral ekteskapslov.⁴ Oppgavens tema og problemstillingene som oppstilles er ment som et bidrag til debatten ved å illustrere at trygderettsliglov-

² Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s 92.

³ Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 5.

⁴ Se blant annet Hellum (2016) s. 213.

giving basert på den heterofile familiesammensetningen kan medføre utfordringer både for likestilling- og diskrimineringsvernet og andre internasjonale forpliktelser.

1.2 Rettskildebildet og metodisk tilnærming

De konkrete problemstillingene som løftes frem i oppgaven er ikke behandlet tidligere. Lovgiver har ikke sett på muligheten lesbiske par har til å føde med kortere mellomrom enn det som er mulig for ulikkjønnede par, hvordan dette stiller seg ved anvendelsen av bortfallsreglen eller spørsmålet om diskriminering. Dette er ikke nevnt hverken i forarbeider eller etterarbeider, og har ei heller kommet opp for domstolene. Tema er heller ikke behandlet eller problematisert i juridisk teori. En av grunnene til dette må antas å være at det er tale om en relativt ny problemstilling. Blant annet fordi den omstridte bestemmelsen nylig ble lovfestet, likekjønnede par tidligere ikke hadde samme rett til foreldrepenger som ulikkjønnede par og fordi det i den senere tid generelt har vært rettet større oppmerksomhet mot rettigheter for lesbiske og homofile.

Jeg har på bakgrunn av dette rettskildebildet valgt å benytte meg av to ulike tilnærminger til bortfallsreglen. I kapittel tre vil jeg anvende en trygderettslig tilnærming hvor jeg analyserer bestemmelsen utelukkende med blikket rettet mot det trygderettslige rettskildebildet. Det er tale om en snever tilnærming hvor bestemmelsen analyseres med utgangspunkt i det avgrensede rettsområdet. I kapittel fire stilles spørsmål ved hvorvidt bortfallsreglen er diskriminerende overfor lesbiske par hvor begge kvinnene i forholdet føder hvert sitt barn med kort tids mellomrom, og er medmødre til hverandres barn. Vurderingen foretas på bakgrunn av en tverrgående tilnærming hvor jeg tar stilling til hvordan de tverrgående rettsreglene påvirker den spesifikke bestemmelsen.

Skillet mellom tilnærmingene i kapittel tre og fire benyttes hovedsakelig som en måte for å skille de to vurderingene fra hverandre. Det er bredden av rettskilder som skiller tilnærmingene fra hverandre. Analysen i kapittel tre er derfor ikke en uttømmende redegjørelse for hvordan bortfallsreglen kan begrense retten til foreldrepenger for mødrene. For å kunne foreta en helhetlig vurdering av rettstilstanden må alle de relevante rettskildene samles og ses sammen i et større bilde, dette inkluderer diskrimineringslovgivningen som drøftes i kapittel fire.

Begge tilnærmingene reiser rettskildemessige utfordringer. Jeg har måttet trekke på et bredt spekter av kilder og lete frem hensyn fra omkringliggende regelverk for å besvare problemstillingene. Særlig har lovens ordlyd og forarbeider vært viktige rettskilder. Eldre forarbeider blir benyttet i tilfeller hvor disse er mer utfyllende enn nyere rettskilder, og der det er klart at rettstilstanden ikke er ment endret. Ettersom det ikke finnes rettspraksis som direkte angår problemstillingen, samt at det generelt finnes få dommer som omhandler foreldrepenger, vil rettspraksis kun benyttes i begrenset grad. I et slikt rettskildebilde vil juridisk teori være en

viktig rettskilde. Denne rettskilden benyttes til å belyse regelverket rundt problemstillingen og til å hente frem relevante hensyn som gjør seg gjeldene for de konkrete problemstillingene.

Videre er internasjonale rettskilder aktuelle rettskildefaktorer. De internasjonale kildene vil benyttes for å vurdere om nasjonal lovgivning samsvarer med internasjonale forpliktelser. Både menneskerettskonvensjonene og EU/EØS-rett⁵ er relevant. EU-direktiver er en særlig relevant rettskilde for problemstillingene som oppstilles. Både ved analysen av bortfallsregelen i kapittel tre og i den diskrimineringsrettslige vurderingen i kapittel fire foreligger det relevante EU-direktiver som oppstiller forpliktelser som det nasjonale regelverket pålegges å være i overensstemmelse med. Det er av regjeringen lagt til grunn at Norges regulering er i samsvar med de minimumsvilkår som følger av direktivene som benyttes. I Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I-dommen) redegjorde Høyesterett for hvilke betydning direktivene får ved tolkningen, herunder dersom det foreligger motstrid mellom nasjonal rett og direktivene.

Høyesterett utformet et vidtgående presumpsjonsprinsipp som måtte følge av «EØS-rettens lojalitetskrav og konformitetskrav, og som gjør seg gjeldende med særlig styrke når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten». Presumpsjonsprinsippet kunne imidlertid ikke anvendes ved klar og direkte motstrid mellom nasjonal rett og EU-rettslige forpliktelser. I denne forbindelse uttalte Høyesterett at

«Det er lovgiveren som har til oppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett, og det er også lovgiveren som (...) må rette opp eventuelle feilvurderinger som senere blir fastslått.»

Direktivene fungerer som skranke i tilfeller hvor det oppstilles minimumsrettigheter. De fungerer også som tolkningsmoment for å kartlegge hvordan nasjonal lovgivning må forstås i lys av de internasjonale rammene. Jeg vil fortløpende belyse hvilken betydning direktivene har der hvor dette er hensiktsmessig.

1.3 Avgrensning og presisering

For den videre drøftelse er det hensiktsmessig å presisere situasjonen som de to kvinnene befinner seg i. For å kunne drøfte problemstillingene på en oversiktlig måte må det bringes klarhet i begrepsbruken som benyttes gjennomgående i oppgaven. Kvinnen som får barn først vil omtales som «mor nr. 1». Kvinnen som får barn kort tid etter vil omtales som «mor nr. 2». Deres respektive barn omtales som «barn nr. 1» og «barn nr. 2». Kvinnene i fellesskap omtales som «mødrene». Jeg har valgt å omtale kvinnene som mødre ettersom betegnelsen brukes i

⁵ Sejersted (2011) s. 22.

barnelova § 2 om den fødende kvinnen. En sentral presisering er at kvinnene også er medmødre til hverandres barn. Hva som ligger i dette redegjøres nærmere for i punkt 2.2.

Videre vil jeg bemerke at det er en pågående diskusjon rundt hvordan transpersoner passer inn i begrepsbruken som anvendes i diverse lovgivning.⁶ Det kan være problematisk å ha begreper som «mødre» og «fedre» når lov om endring av juridisk kjønn åpner for at en person som juridisk er mann/far også er den personen som føder barnet. Jeg velger imidlertid å benytte meg av den juridiske begrepsbruken som er lagt til grunn i folketrygdloven, og avgrenser mot en videre drøftelse av problemstillinger knyttet til transpersoner.

For at oppgavens problemstillinger skal aktualiseres må det være tale om to fødsler som skjer med mindre enn ni måneders mellomrom. Bare da vil mødrene ha en egenskap som et heterofilt par ikke har; muligheten til å få to barn ved to svangerskap med så kort tids mellomrom. Det er videre hensiktsmessig å tillegge mødrene noen ytterligere kvalifikasjoner.

For det første legges det til grunn at begge er arbeidstakere. Begrunnelsen for dette er at relevant EU-regelverk hovedsakelig retter seg mot arbeidslivet og arbeidstakeres rettigheter. I tillegg finnes det en rekke særreguleringer for selvstendig næringsdrivende. Det ville favne for vidt å vurdere begge tilfellene.

For det andre legges det til grunn at medmorskap er formelt etablert for den av partene som ikke er «fødende mor» til det respektive barnet. Denne presiseringen gjøres fordi det kun er i disse situasjonene at problemstillingene aktualiseres. Dersom medmorskap ikke foreligger regnes heller ikke kvinnen som er gift eller samboer med den fødende kvinnen som medmor. Hun vil dermed ikke kunne avbryte en stønadsperiode med sin egen stønadsperiode.

Til sist legges det til grunn at de øvrige vilkårene for rett til foreldrepenger er oppfylt. Både mor nr. 1 og mor nr. 2 har opptjent rett til trygdeytelsen, og den eneste grunnen til at foreldrepengene faller bort er bortfallsregelen. Mødrene vil i utgangspunktet både ha foreldrepengerettighetene til far/medmor og mor. For barn nr. 1 har mor nr. 1 rettighetene til mor og mor nr. 2 rettighetene til far/medmor. For barn nr. 2 blir fordelingen motsatt. Det forutsettes i det videre at mødrene organiserer uttaket slik at den enkelte mor ikke får foreldrepenger for begge barna på samme tidspunkt. For mødrene foreligger et behov for at begge får mulighet til å være hjemme i etterkant av sin egen fødsel. Det er dette som vil være oppgavens hovedfokus.

⁶ Se blant annet Sørli (2016).

Før videre drøftelse må det oppstilles noen ytterligere avgrensninger for oppgaven. Regulering av foreldrepenger som fraviker fra folketrygdlovens ordning, for eksempel gjennom tariffavtaler eller individuelle arbeidsavtaler behandles ikke. I tillegg avgrenses det mot spørsmål vedrørende engangsstønad.⁷ Videre avgrenses oppgaven mot foreldrepenger som ytes ved adopsjon. Der folketrygdloven viser til «fødsel og adopsjon» som grunnlag for foreldrepenger vil jeg kun vise til «fødsel». Begrunnelsen for å avgrense mot adopsjon er for det første at det er lite praktisk at en adopsjon og en fødsel skjer med tilsvarende kort tids mellomrom som for mødrene ettersom graviditet medfører stans av adopsjonsprosessen.⁸ Det skal være to års aldersforskjell mellom det adopterte barnet og det yngste barnet man har fra før.⁹ For det andre har ikke kvinnene samme behov for rekonvalesens ved adopsjon som ved fødsel.

1.4 Fremstillingen videre

I kapittel to blir det gjort rede for noen rettslige utgangspunkter, henholdsvis i familieretten, trygderetten og likestillings- og diskrimineringsretten. Problemstillingene plasseres i rettskildet. Oppgavens kapittel tre består av en trygderettslig analyse av bortfallsregelen. Det er bortfallsregelens anvendelsesområde i møte med overlappende graviditeter som vurderes. Videre blir bortfallsregelen i kapittel fire vurdert i et diskrimineringsrettslig perspektiv. Det blir drøftet om bortfallsregelen er diskriminerende i tilfeller med overlappende graviditeter. I kapittel fem gis det noen avsluttende bemerkninger.

⁷ Folketrygdloven § 14-17.

⁸ Verdens barn (udatert) og Adopsjonsforum (2019).

⁹ Bufdir (2019).

2 Et overordnet blikk på relevant regelverk

2.1 Innledning

For å drøfte de rettslige problemstillingene er det nødvendig å redegjøre for det relevante regelverket som påvirker situasjonen mødrene befinner seg i. Det er hovedsakelig tre rettsområder som er relevante for problemstillingene.

I punkt 2.2 gjør jeg rede for reglene som regulerer medmorskap i en familierettslig forstand. Dette er nødvendig for å belyse utfordringene ved medmorskap som rettslig begrep. Deretter ser jeg på folketrygdlovens regler om foreldrepenger i punkt 2.3. Fremstillingen tar ikke sikte på å være en fullstendig gjennomgang av vilkårene for foreldrepenger.¹⁰ Den er kun ment som en kort innføring i reglene, med hovedformål om å presentere de viktigste elementene i regelverket og å plassere bortfallsregelen i et større rettslig perspektiv. I punkt 2.4 tar jeg for meg den relevante likestillings- og diskrimineringsretten. Rettskildebildet på likestillings- og diskrimineringsrettens område er komplekst. Rettsområdet reguleres gjennom et bredt spekter av nasjonal og internasjonal lovgivning. På denne bakgrunn er det hensiktsmessig å redegjøre for rettskildebildet og utfordringene som foreligger. Etersom diskriminering kan skje i ulike situasjoner, på ulike samfunnsområder og utrettet av ulike institusjoner er det videre interessant å se nærmere på innholdet i diskrimineringsvernet. I tillegg vil jeg gjøre rede for hvilken betydning diskrimineringsvernet har i møte med annen lovgivning.

2.2 Familierettens regler om medmor

2.2.1 Definisjon

«Medmor» som rettslig begrep ble introdusert i forbindelse med innføringen av likekjønnede ekteskap i 2009.¹¹ Det følger av barnelova § 4a at «[s]om medmor til barnet skal reknast moras kvinnelege ektefelle eller sambuar, dersom medmorskapen følgjer av ekteskap, erklæring eller dom.»

Definisjonen i barnelova § 4 a må ses i sammenheng med barnelova § 3 jf. «ekteskap», barnelova § 4 jf. «erklæring» og barnelova § 9 jf. «dom». Det oppstilles i disse bestemmelsene en rekke vilkår for at en kvinne som er gift eller samboer med den fødende kvinnen skal anses som medmor. Jeg vil gjøre rede for disse vilkårene og den nærmere prosessen som ligger til grunn for etablering av medmorskap i neste punkt.

¹⁰ For en mer utførlig redegjørelse se Syse (2016).

¹¹ Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 72.

2.2.2 Vilkår for medmorskap

Et av hensynene som skulle ivaretas ved lovendringen i 2009 var likestillingsperspektivet. Forarbeidene rettet oppmerksomhet mot at medmorskap skulle likestilles med farskap.¹² Ved å likestille farskap med medmorskap ville lovgiver likestille likekjønnede par med ulikkjønnede par. I det videre sammenlignes derfor etablering av medmorskap med etablering av farskap.

Barnelova skiller mellom etablering av foreldreskap for gifte og samboere. Hovedregelen ved etablering av farskap ved ekteskap er pater est-regelen, jf. barnelova § 3. Regelen oppstiller et prinsipp om at den som er gift med den fødende mor på fødselstidspunktet blir juridisk far.¹³ Pater est-regelen oppstilles også der den fødende mor er gift med en kvinne, jf. barnelova § 3 annet ledd. Det følger av Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) at pater est-regelen, på tross av at regelen kommer til anvendelse uavhengig av biologi, har et biologisk utgangspunkt. Regelen hviler på en idé om at i de fleste tilfeller vil de biologiske forhold være i overensstemmelse med ekteskapet.¹⁴ Det kan virke merkelig at det samme prinsipp oppstilles i et tilfelle hvor det er en biologisk umulighet at foreldreskapet følger av pater est-regelen. Det fremkommer av forarbeidene at pater est-regelen likevel skal være hovedregelen, også for medmødre. Dette begrunnes i et likestillingsperspektiv, og i at hovedformålet med foreldreskapet ikke er «å sikre overensstemmelse med biologiske forhold, men å sikre barna trygge juridiske rammer».¹⁵

For etablering av medmorskap oppstilles, i motsetning til for etablering av farskap, flere tilleggsvilkår. For det første må barnet fødes som et resultat av «assistert befruktning innafor godkjent helsestell».¹⁶ Dette medfører at kvinnen som er gift med mor ikke kan få etablert medmorskap dersom barnet for eksempel etter avtale er unnfanget med en mann eller befruktning har skjedd på andre måter enn det som er regulert i loven. I et slikt tilfelle må kvinnen i så fall søke om stebarnsadoptsjon. Her skiller reglene om medmorskap seg fra reglene om farskap for gifte foreldre, ettersom pater-est regelen fravikes. For det andre må den fødende mors ektefelle på forhånd ha gitt «sitt samtykke til befruktninga».¹⁷ Kravet til samtykke gjelder både for far og medmor i tilfeller hvor barnet fødes ved assistert befruktning, jf. bioteknologiloven § 2-5. For det tredje foreligger det et krav om at medmor må sende inn søknad om medmorskap, jf. forskrift om fastsetting av medmorskap § 4 første ledd. Etter forskriftens § 5

¹² Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 72.

¹³ Ot.prp. nr. 56 (1996–97) s. 5.

¹⁴ Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 72.

¹⁵ Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 72.

¹⁶ Barnelova § 3 annet ledd.

¹⁷ Barnelova § 3 annet ledd.

kan søknad sendes inn med det samme den assisterte befruktningen har funnet sted og har ledet til graviditet.¹⁸

Dersom ekteskap ikke foreligger må farskap/medmorskap erklæres, jf. barnelova § 4 første og tredje ledd. For erklæring av medmorskap gjelder de samme reglene som for erklæring av farskap. Det er imidlertid bare mulig for den fødende morens samboer å erklære medmorskap dersom barnet er født ved godkjent assistert befruktning, og hun på forhånd har samtykket til denne beslutningen. Den samme begrensningen gjelder ikke for erklæring av farskap. I tillegg må det, i likhet med etablering av medmorskap ved ekteskap, sendes inn søknad om medmorskap.

I en sak fra Diskrimineringsnemnda var spørsmålet om forskjellsbehandlingen mellom likekjønnede og ulikkjønnede foreldre var diskriminerende, ettersom likekjønnede må søke om foreldreskap mens det for ulikkjønnede automatisk sendes inn fødselsmelding.¹⁹ Spørsmålet ble imidlertid ikke avklart ettersom diskrimineringsnemnda i sak 1/2018 avviste saken.²⁰ Det faller utenfor oppgaven å behandle det konkrete diskrimineringsspørsmålet videre. Saken illustrer imidlertid at det foreligger særlige vilkår knyttet til medmorskap sammenlignet med farskap. På tross av at likestilling var et grunnleggende hensyn bak innføring av medmorskap som rettslig begrep, foreligger det således forskjeller ved etableringen av de ulike typene foreldreskap.

Et spørsmål som særlig gjør seg gjeldende er hvilke konsekvenser det får dersom søknad om medmorskap ikke sendes inn til offentlige myndigheter. Disse mulige konsekvensene vil være aktuelle både for ektefeller og samboere.

Det følger av barnelova § 5 at det offentlige har et selvstendig ansvar for at foreldreskap blir fastsatt. Det vil si at dersom ikke foreldrene selv sørger for at medmorskap/farskap blir etablert/registrert så vil barnet kun ha registrert én foreldre frem til det offentlige har fastsatt hvem som er medmor/far til barnet. Ettersom farskap, som vist i DIN 32/2016, automatisk etableres gjennom fødselsmelding vil plikt for det offentlige til å fastsette foreldreskap kunne bli aktuell oftere ved medmorskap enn ved farskap. Regelverket gjør det enklere for medmødre ikke å bli registrert som foreldre enn for fedre. Det vil selvfølgelig også oppstå situasjoner hvor det offentlige må fastsette farskap. Det er imidlertid mindre sannsynlig at denne situasjonen oppstår for de fedrene som skal ha omsorg for barnet, og dermed kan ha rett på foreldrepenger. Dersom medmorskap ikke registreres vil fødende mor regnes som alene om omsorgen frem til det

¹⁸ Barne- og likestillingsdepartementet (2013).

¹⁹ DIN 32/2016.

²⁰ DIN 1/2018.

offentlige fastsetter medmorskap. Som jeg skal komme tilbake til i punkt 3.6 kan dette ha betydning for fødende mødres rett til foreldrepenger ettersom den andre kvinnen i et slikt tilfelle ikke vil være registrert forelder til barnet.

Den tidligere nevnte saken fra diskrimineringsnemnda illustrerer at reglene om etablering av medmorskap på enkelte punkter er lite gjennomtenkt sett i et diskrimineringsrettslig perspektiv.²¹ Det samme kan sies om ordningen hvor det kreves søknad om medmorskap mens farsskap blir etablert automatisk dersom man ser den i et trygderettslig perspektiv. Det grunnleggende hensynet til likestilling mellom likekjønnede og ulikkjønnede par synes ikke gjennomført i regelverket. På tross av likestillingshensynet finner man markante forskjeller i kravene for å etablere foreldreskap. Dette kan medføre ulikheter, ikke bare på familierettens område, men også for andre rettsområder hvor disse definisjonene anvendes.

2.3 Trygderettens regler om foreldrepenger

2.3.1 Formålet med foreldrepenger

Lovgiver bør ha et bevisst forhold til formålet bak reglene ved utformingen av lovgivningen. For de senere drøftelser er det relevant å se på formålet med foreldrepenger ettersom det kan problematiseres om lovgiver har tatt alle hensyn i betraktning ved utformingen av bortfallsregelen.

Foreldrepenger er en trygdeytelse som er ment å erstatte bortfalt arbeidsinntekt for foreldre i forbindelse med permisjon ved fødsel, jf. folketrygdloven § 14-1 jf. § 14-5. Hovedformålet med ytelsen er å fungere som «dekning av utgifter til livsopphold» i en periode hvor foreldrene utfører omsorgsarbeid.²² Reglene skal tilrettelegge for at foreldre kan utføre omsorgsarbeid for egne barn uten at dette påvirker deres arbeids- eller økonomiske situasjon.²³

I NOU 2017: 6 fremheves tre overordnede mål som bør legges til grunn for foreldrepengeordningen

«i) gode oppvekst vilkår, ii) like muligheter for barn, og iii) likestilte foreldreskap gjennom yrkesdeltakelse og omsorg.»²⁴

Denne politiske målsetningen peker på viktige hensyn bak foreldrepengeordningen. Dersom disse grunnleggende hensyn skal ivaretas på en tilfredsstillende måte er det avgjørende at lov-

²¹ DIN 36/2016.

²² Ot.prp. nr. 29 (1995–96) s. 139.

²³ Narvland (2018) s. 135.

²⁴ NOU 2017: 6 s. 246.

giver har et bevisst forhold til dem, spesielt ved utredning av nye bestemmelser. Særlig relevant for oppgaven er hensynet til at reglene skal tilrettelegge for alle familier slik at foreldrene kan utføre omsorgsarbeid. Dette innebærer at lovgiver må ta hensyn til familier som har andre sammensetninger enn den heterofile. Videre er det relevant å fremheve hensynet til «gode oppvekstvilkår». I denne målsetningen innfortolkes et hensyn til barnets beste, herunder tilknytningshensyn og hensyn til amming.

2.3.2 Generelt om foreldrepenger og foreldrepermisjon

Lovgiver har valgt å tilpasse folketrygdloven til dagens mangfoldige samfunn med ulike typer familiesammensetninger ved å likestille medmorskap med farskap, jf. barneloven § 3 jf. § 4a tredje ledd. Medmorskap gir etter likestillingen samme rettsvirkninger som farskap, også ved rett til foreldrepenger.²⁵ Sammenligningsmodellen tar ikke hensyn til at «medmor» og «far» har ulike egenskaper, særlig fordi de er av forskjellig kjønn hvilket fører til ulike biologiske forutsetninger. En utfordring ved å anta at medmor uten videre kan likestilles med far, er at man muligens overser utfordringer som kan oppstå for det ene rettssubjektet men ikke det andre.²⁶

I det videre redegjøres det for grunnleggende trekk ved reglene om foreldrepenger, herunder sammenhengen med reglene om permisjon og noen utvalgte vilkår.

Reglene om foreldrepenger supplerer reglene om arbeidsfri i forbindelse med fødsel. Retten til foreldrepermisjon følger av arbeidsmiljøloven kapittel 12. Foreldrepermisjonen på til sammen 12 måneder etter første ledd omfatter mors rett til svangerskapspermisjon i inntil 12 uker før fødsel (§ 12-2) og mors plikt til fødselspermisjon i seks uker (§ 12-4). Det følger av arbeidsmiljøloven § 12-5 første ledd annet punktum at foreldrene uansett har «rett til permisjon når det ytes foreldrepenger fra folketrygden». Dette medfører at rett til permisjon ikke nødvendigvis gir rett til foreldrepenger. Retten til permisjon etter arbeidsmiljøloven strekker seg dermed lengre enn retten til foreldrepenger etter folketrygdloven.²⁷ Retten til permisjon er imidlertid for mange ikke reell med mindre man har rett til å få erstattet bortfalt arbeidsinntekt i permisjonsperioden. De fleste vil ikke ha mulighet til å være borte fra arbeid uten å få kompensert manglende inntekt.

For å ha rett til foreldrepenger oppstiller folketrygdloven en rekke vilkår. Blant annet krav om yrkesaktivitet, jf. folketrygdloven § 14-6 første ledd. Videre er retten til foreldrepenger direkte knyttet opp mot at det skjer en «fødsel», jf. folketrygdloven § 14-5 første ledd. Det samme er

²⁵ Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 92.

²⁶ Hentet inspirasjon fra Bornø (2018) s 10.

²⁷ Kjønstad (2017) s. 307.

tilfellet for reglene om foreldrepermisjon, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 12. Utgangspunktet er at en fødsel utløser et krav på foreldrepermisjon og foreldrepenger uavhengig av hvor mange barn som blir født. Ved flerbarnsfødsler oppstilles det likevel særreguleringer som skal ivareta foreldre i en slik situasjon og gjøre opp for den ytterligere belastningen dette medfører. Dette innebærer utvidelse av stønadsperioden og utvidet rett til samtidig uttak.²⁸

Etter folketrygdloven § 14-9 første ledd kan foreldrene velge om de ønsker å ta ut foreldrepenger med full eller redusert sats. Stønadsperioden ved fødsel er på henholdsvis 49 eller 59 uker.²⁹ Disse ukene deles opp i mødrekvote, fedrekvote og en fellesdel som foreldrene selv velger hvordan de disponerer over, jf. § 14-9 femte ledd. Unntatt fra deling er de tre obligatoriske ukene som mor skal ta ut før fødsel, jf. § 14-9 sjette ledd. Disse trekkes fra stønadsperioden, og stønadsperioden etter fødsel er således på henholdsvis 46 eller 56 uker.³⁰ De første seks ukene etter fødsel er også forbeholdt mor, og inngår i mødrekvoten på 15 uker, jf. folketrygdloven § 14-9 femte ledd. Mødrekvote eller fedrekvote som ikke benyttes av den tiltenkte forelderen faller bort. Dette har vært et middel for å få fedre til å ta mer ansvar i hjemmet, og et viktig grep i likestillingspolitikken for å sikre reell likestilling.³¹

Foreldre som oppfyller alle vilkår for foreldrepenger har i utgangspunktet rett til å ta ut hele den tildelte stønadsperioden, jf. folketrygdloven § 14-9 første ledd. Både folketrygdloven § 14-10 tredje ledd første og annet punktum oppstiller unntak fra denne hovedregelen. Det fremkommer av tredje ledd første punktum at «[f]oreldrepengene må tas ut innen tre år etter fødselen». Dersom foreldrene ikke har benyttet seg av hele stønadsperioden innen tre år bortfaller retten til å ta ut gjenværende periode. En ytterligere begrensning følger av regelen som er oppgavens hovedtema. Etter annet punktum bortfaller gjenværende stønadsperiode før det har gått tre år dersom foreldrene får et nytt barn i dette tidsrommet.

Uttak av stønadsperioden begrenses også av folketrygdloven § 14-10 sjette ledd. Samtidig uttak av stønaden kan ikke overstige 100 prosent. Det vil si at begge foreldrene i utgangspunktet ikke kan ta ut sin del av stønadsperioden samtidig. Dette utgjør et forbud mot dobbelkompensasjon. Unntak fra regelen oppstilles imidlertid ved flerbarnsfødsler, jf. folketrygdloven § 14-9 fjerde ledd, og ved uttak av fedrekvote/mødrekvote. I denne perioden kan den andre forelderen ha graderte foreldrepenger, jf. folketrygdloven § 14-12 annet ledd. I disse to situasjonene kan samtidig uttak av stønaden overstige 100 prosent.

²⁸ Folketrygdloven § 14-9 fjerde ledd og § 14-10 sjette ledd annet punktum.

²⁹ Folketrygdloven § 14-9 første ledd.

³⁰ Folketrygdloven § 14-9 syvende ledd.

³¹ Aune (2013) s. 39.

2.3.3 Internasjonal regulering

Den norske stønadperioden er langvarig sammenlignet med lignende ordninger i andre europeiske land. Det fremkommer av NOU 2017: 6 at ingen andre land har en ordning med like høy kompensasjonsgrad som den norske.³² Tradisjonelt har Norge også vært anerkjent for å ha en av verdens beste foreldrepengeordninger.³³ Likevel er det ved ulike anledninger reist spørsmål om rettighetene som oppstilles i internasjonal rett er sikret. Norge er for eksempel klaget inn til EFTA-domstolen på grunn av ulovlig forskjellsbehandling av menn i tilknytning til aktivitetskravet.³⁴ Hvorvidt det er diskriminerende at den norske stønadperioden deles opp på en annen måte enn etter EU/EØS-rett har også vært opp til diskusjon.³⁵

Gjennom EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å ha nasjonal lovgivning som er i tråd med EU/EØS-retten.³⁶ EØS-avtalen oppstiller en plikt for den norske stat til å gjennomføre de forpliktelser som følger av avtalen på en lojal måte, jf. EØS-avtalen artikkel 3. De EU/EØS-rettslige forpliktelsene som gjør seg gjeldende på området for foreldrepenger er hovedsakelig gjennomført i norsk rett ved gjengivelse. Det er særlig foreldrepermisjonsdirektivet,³⁷ svangerskapsdirektivet³⁸ og likestillingsdirektivet³⁹ som er relevante og som setter grenser for den nasjonale lovgivningen.

Retten til permisjon er i EU/EØS-retten delt opp i «parental leave» (heretter foreldrepermisjon) og «maternity leave» (heretter fødselspermisjon). Rettighetene reguleres henholdsvis i foreldrepermisjonsdirektivet og svangerskapsdirektivet. En tilsvarende oppdeling finner vi i arbeidsmiljøloven kapittel 12, hvor lovgiver skiller mellom «foreldrepermisjon» og «fødselspermisjon». Et slikt skille er imidlertid ikke gjenspeilet i folketrygdlovens regler om foreldrepenger.

Det følger av svangerskapsdirektivet artikkel 8 nr. 1 at medlemstatene skal sikre «maternity leave of a least 14 weeks allocated before and/or after confinement». I denne perioden foreligger det et særskilt vern for mor og mors helse. Det følger videre av artikkel 8 nr. 2 at fødselspermisjonen skal omfatte en obligatorisk periode på «at least two weeks allocated before and/or after confinement». I direktivets artikkel 11 nr. 2 bokstav b fremkommer det at for til-

³² NOU 2017: 6 s. 260.

³³ Kuhnle (2013) s. 182.

³⁴ Saken er til behandling hos EFTA-domstolen. Sak E-01/18.

³⁵ Se blant annet Aune (2013) og Aune (2015).

³⁶ Sejersted (2011) s. 21.

³⁷ Rdir 2010/18/EU.

³⁸ Rdir 92/85/EØF.

³⁹ EP/Rdir 2006/54/EF.

feller som rammes av artikkel 8 skal statene sikre «maintenance of a payment to, and/or entitlement to an adequate allowance». Minimumsrettigheten som oppstilles for foreldrepenger er en rett til passende ytelse for kvinner i fødselspermisjon i minst 14 uker i tidsrommet før og/eller etter fødsel. Ettersom de fleste land ikke har like gode foreldrepengeordninger som Norge er det ikke oppstilt strenge minstekrav til kompensasjon for bortfalt arbeidsinntekt ved permisjon.⁴⁰ Direktivet regulerer kun en eksplisitt rett til å få kompensasjon for bortfalt arbeidsinntekt i «a least 14 weeks allocated before and/or after confinement».⁴¹

Det er bare svangerskapsdirektivet som oppstiller et krav om kompensasjon. Foreldrepermisjonsdirektivet gir kun rett til permisjon. Det oppstilles til gjengjeld en individuell rett for hver av foreldrene til å ta ut minst fire måneder med foreldrepermisjon.⁴² Videre oppstilles en begrensning i muligheten til å overføre permisjon til den andre forelder. Minst én måned av permisjonen skal ikke kunne overføres.⁴³

I tillegg til foreldrepermisjonsdirektivet og svangerskapsdirektivet kan det stilles spørsmål ved om likestillingsdirektivet har betydning for reglene om foreldrepenger. I direktivets artikkel 14 punkt 1 bokstav c oppstilles det et vern mot diskriminering for «employment and working conditions». I C-222/14⁴⁴ uttalte EU-domstolen at

«The granting of parental leave, which enables new parents to interrupt their professional activities to devote themselves to their family responsibilities, has consequences on the exercise of the professional activities of the civil servants concerned. Therefore, the conditions for granting parental leave fall within employment and working conditions, within the meaning of Article 14(1)(c).»⁴⁵

Vernet mot diskriminering etter likestillingsdirektivet omfatter således klart retten til permisjon. I etterkant av dommen har det blitt diskutert om også retten til foreldrepenger er vernet.⁴⁶ Ettersom rett til foreldrepenger i likhet med rett til permisjon «enables new parents to

⁴⁰ Kuhnle (2013) s. 182.

⁴¹ Rdir 92/85/EØF artikkel 8.

⁴² Rdir 2010/18/EU klausul 2 nr. 2.

⁴³ Rdir 2010/18/EU klausul 2 nr. 2.

⁴⁴ Sag C-222/14 Konstantinos Maïstrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomaton.

⁴⁵ Sag C-222/14 Konstantinos Maïstrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomaton avsnitt 45.

⁴⁶ Se blant annet Syse (2016).

interrupt their professional activities»⁴⁷ taler gode grunner for at direktivets vern også omfatter rett til foreldrepenger. Dette er også i tråd med generelle formålsbetraktninger om at dersom medlemsstatene først oppstiller rett til kompensasjon ved permisjon bør rettigheten tilkjennes på en ikke-diskriminerende måte.

2.4 Likestillings- og diskrimineringsretten

2.4.1 Rettskildebildet

Likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) trådte i kraft 1. januar 2018. Loven samlet de tidligere diskrimineringslovene som tok utgangspunkt i en fragmentarisk fremstilling basert på de enkelte diskrimineringsgrunnlagene. Loven oppstiller et generelt forbud mot diskriminering på bakgrunn av «kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse.», jf. ldl. § 6 første ledd. Formålet med loven er å «fremme likestilling og hindre diskriminering».⁴⁸ Særlig skal det tas sikte på å bedre kvinners og minoriteters stilling.⁴⁹

Likestillings- og diskrimineringsloven kan ikke anvendes uten at relevant omkringliggende regelverk tas i betraktning. Det følger av Grunnloven § 98 annet ledd at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.» Vernet mot diskriminering har således grunnlovsrang. Et av argumentene for å inkludere ikke-diskrimineringsprinsippet i Grunnloven var at prinsippet allerede ble regnet som «sentralt og gjennomgripende i rettsteningen».⁵⁰ Norge er forpliktet av en rekke internasjonale rettskilder på området, blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FNs konvensjon mot diskriminering av kvinner (KDK). De nevnte menneskerettskonvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og gitt forrang jf. menneskerettsloven § 3. I tillegg til disse foreligger det forpliktelser på det diskrimineringsrettslige området etter EU/EØS-retten, herunder det nevnte likestillingsdirektivet. Det er de nevnte rettskildene som hovedsakelig vil anvendes videre i oppgaven.

Både likestillings- og diskrimineringsloven og Grunnloven må tolkes i overenstemmelse med de forpliktelser som Norge er pålagt gjennom internasjonal lovgivning. Presumpsjonsprinsippet ligger til grunn for at de nevnte rettskildene må anvendes som tolkningsfaktorer med be-

⁴⁷ Sag C-222/14 Konstantinos Maïstrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropon Dikaiomaton avsnitt 45.

⁴⁸ Ldl. § 1 første ledd.

⁴⁹ Ldl. § 1 tredje ledd.

⁵⁰ NOU 2009: 14 s. 310.

tydelig gjennomslagskraft. De internasjonale rettskildene oppstiller begrensninger som setter rammer for den nasjonale lovgivningen.⁵¹ For å kartlegge den interne diskrimineringsretten må derfor de nasjonale bestemmelsene harmoniseres med de internasjonale rettskildene. Gjennom en slik harmonisering fastlegges diskrimineringsvernets rekkevidde, i form av «innholdet i gjeldende rett» og «tydeliggjøring av hvilket politisk spillerom som finnes».⁵²

2.4.2 Diskrimineringsvernets innhold

Diskrimineringsvernets kjerne er sammenfallende i nasjonal- og internasjonal rett. På tross av den klare kjernen i diskrimineringsvernet kan det i mange tilfeller være vanskelig å fastslå rekkevidden av reglene med sikkerhet.⁵³ Det er tale om et «generelt og tverrgående vern»⁵⁴ som tar utgangspunkt i et krav om likhet, verdighet og integritet.⁵⁵

Likhetskravet som ligger til grunn for diskrimineringsvernet innebærer et forbud mot usaklig forskjellsbehandling.⁵⁶ Det foreligger usaklig forskjellsbehandling dersom noen direkte eller indirekte forskjellsbehandles på en lovstridig måte, jf. ldl. § 6 fjerde ledd. Ikke all forskjellsbehandling anses som diskriminering. Forskjellsbehandling kan ha legitime grunner og av den grunn anses som lovlig.⁵⁷ Denne oppstillingen av diskrimineringsvernet samsvarer med Norges internasjonale forpliktelser. Dette kan omtales som diskrimineringsvernets individuelle side, ettersom det gir enkeltmennesker anledning til å bringe på det rene om direkte eller indirekte diskriminering har forekommet.⁵⁸

Diskrimineringsvernets strukturelle side går ut på at man må foreta aktive grep for å forminske og forhindre diskriminering. Dette gjøres for å oppnå substansiell og reell likhet. Det strukturelle vernet oppstilles i tillegg til det individuelle vernet. Det eksisterer en nær sammenheng mellom disse. Det strukturelle vernet oppstiller en plikt for staten til å sikre ikke-diskriminerende lover, og til å ta skritt dersom slike foreligger.⁵⁹ Dersom man aktivt arbeider for å unngå diskriminering på strukturelt plan er tanken at dette vil påvirke forekomsten av diskriminering på individnivå.⁶⁰

⁵¹ Hellum (2017) s. 11.

⁵² Blaker Strand (2012a) s. 31.

⁵³ NOU 2009: 14 s. 44.

⁵⁴ Blaker Strand (2016) s. 136.

⁵⁵ Ketscher (2008) s. 41.

⁵⁶ Ketscher (2008) s. 41.

⁵⁷ Prop.81 L (2016–2017) s. 118.

⁵⁸ Hellum (2017) s. 22.

⁵⁹ I noen tilfeller velger lovgiver ikke å gjøre endringer i tråd med diskrimineringsretten. Endringene som ble gjort i etterkant av LA-2008-70679 illustrerer dette. Se Blaker Strand (2016) s. 147.

⁶⁰ Følgende avsnitt er basert på fremstillingen i Blaker Strand (2016) s. 138.

2.4.3 Forholdet mellom diskrimineringsretten og annen lovgivning

Ikke-diskrimineringsprinsippet er et av de viktigste prinsippene som rettsstaten bygger på. Ettersom utgangspunktet er at forbudet mot diskriminering gjelder på «alle samfunnsområder», jf. ldl. § 2, kan man si at vernet legger seg «utenpå» annen lovgivning.⁶¹ Diskrimineringsretten legger grunnlag for hvordan andre lover skal anvendes. Vernet kan fungere som tolkningsfaktor ved at lovgivning tolkes slik at den ikke medfører diskriminering. I tillegg kan det fungere som skranke ved at lovgivning settes til side på bakgrunn av diskrimineringsforbudet.⁶²

En avgjørelse fra lagmannsretten illustrerer dette.⁶³ Saken omhandlet et enkeltvedtak om avslag på foreldrepenger. Spørsmålet var hvordan reglene om opptjening av rett til foreldrepenger ved adopsjon skulle forstås. Det problematiske var om adoptivmor måtte ha opptjent rett til foreldrepenger allerede ved omsorgsovertakelse, eller om hun i likhet med adoptivfar først måtte ha opptjent rettigheten ved uttakets start. Retten kom i denne saken til at folketrygdloven måtte tolkes slik at adoptivmor ble likestilt med adoptivfar. De begrunnet resultatet med en naturlig forståelse av ordlyden, som også var «best i samsvar med det allmenne prinsippet om likestilling mellom kjønn». Lagmannsretten poengterer at diskrimineringsforbudet vil være «ein relevant tolkningsfaktor når det er tvil om korleis innhaldet av dei aktuelle reglane i folketrygdlova skal forståast». Dommen illustrerer hvordan diskrimineringsretten anvendes som tolkningsfaktor, slik at man unngår diskriminerende resultater.

Det finnes ingen saker fra norske domstoler hvor diskrimineringsforbudet er anvendt direkte som skranke for annen lovgivning.⁶⁴ At diskrimineringsforbudet kan anvendes som skranke underbygges likevel av flere faktorer. For det første er det tale om et grunnlovsfestet prinsipp som er ment å oppstille rettslige skranke for lovgiver.⁶⁵ For det andre er ikke-diskrimineringsprinsippet gitt forrang i møte med nasjonale regler, jf. menneskerettsloven § 3. Dersom det foreligger motstrid, eller sagt på en annen måte – dersom lovtekst er diskriminerende må denne vike for diskrimineringsretten og ikke-diskrimineringsprinsippet.

⁶¹ Blaker Strand (2016) s. 136.

⁶² Blaker Strand (2016) s. 136.

⁶³ LA-2008-70679.

⁶⁴ Blaker Strand (2016) s. 145. Det har heller ikke i etterkant av 2016 blitt behandlet slike saker i domstolen.

⁶⁵ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 147.

3 Trygderettslig analyse av bortfallsregelen

3.1 Innledning

Denne delen av oppgaven analyserer bortfallsregelen. Analysen ser regelens innhold opp mot andre regler innenfor det trygderettslige området. Det overordnede spørsmålet er hvorvidt bortfallsregelen kan anvendes i tilfeller hvor det foreligger overlappende graviditeter. Herunder i hvilke grad bestemmelsen må gis mindre vidtrekkende rettsfølger enn det som følger av en konkret ordlydstolkning.

Bortfallsregelen lyder:

«Stønadsdager som ikke er tatt ut, faller bort når stønadsperiode for nytt barn starter.»

Lovbestemmelsen trådte i kraft 01.01.2019. I forarbeidene hvor lovfesting ble foreslått uttaler departementet at «[d]et følger av langvarig forvaltningspraksis at dersom hele stønadsperioden for et nytt barn ikke er avvirket når stønadsperiode for nytt barn starter faller ubrukte dager bort.»⁶⁶

Langvarig forvaltningspraksis ligger således til grunn for lovfesting av bestemmelsen. Først gjøres det derfor rede for denne praksisen i punkt 3.2. Redegjørelsen bidrar til å klargjøre utviklingen som fant sted i forkant av lovfesting. Deretter forklares det i punkt 3.3 hva som var begrunnelsen for lovfesting. Videre ser jeg nærmere på formålet bak bestemmelsen og hvordan dette må forstås i punkt 3.4. I punkt 3.5 foretas en nærmere analyse av bortfallsregelens anvendelsesområde. Deretter redegjøres det for en utfordring som kan medføre fare for omgåelse av regelverket i punkt 3.6, før jeg foretar en kort oppsummering i punkt 3.7.

3.2 Regelens forhistorie

For å kunne vurdere om regelen skal anvendes i tilfeller hvor det foreligger overlappende graviditeter er det avgjørende å se på hvilket fundament som ligger til grunn for utformingen.

I NOU 1993: 12 ble «tidskonto-ordningen» presentert. Ordningen ga foreldre mulighet til å «forlenge fødselspengeperioden ved at deler av de opptjente fødselspengerettighetene tas ut over en lengre periode i kombinasjon med lønnsinntekter».⁶⁷ Reglene om tidskonto hadde som formål å gi en mer fleksibel foreldrepengordning som blant annet skulle «bedre familie-

⁶⁶ Prop.168 L (2016–2017) s. 14.

⁶⁷ NOU 1993: 12 punkt 2.1.1.

nes muligheter til å gi de aller yngste nærhet og omsorg». ⁶⁸ Utvalget la til grunn at retten til tidskontouttak skulle være lik ved hver fødsel. De oppstilte dermed et forslag om at de opp-tjente rettighetene som var utsatt ved bruk av tidskonto, ikke skulle falle bort selv om man fikk et nytt barn innen hele stønadsperioden var tatt ut.

Ot.prp. nr. 107 (1992–93) følger opp utredningen. Her uttaler departementet at de ikke kan slutte seg til utvalget på dette punktet ettersom

«[p]raktiske administrative hensyn og folketrygdlovens grunnprinsipp – erstatning for inntektsbortfall – tilsier at et tilfelle med løpende fødselspenger avsluttes når ny ned-komst inntreffer.» ⁶⁹

Departementet tar videre det standpunkt at

«tidskonto-rettigheter knyttet til det første barnet opphører når retten blir aktuell i for-bindelse med en ny fødsel eller adopsjon. Derved ivaretas hensynet til å kompensere inntektstapet ved fødsel. Videre innebærer et slikt standpunkt at inntektstapet bare dekkes en gang.» ⁷⁰

Det fremstår som at det her forutsettes at hensynet til å kompensere tapet av arbeidsinntekt ivaretas gjennom ordningen. I Ot.prp. nr. 104 (2004–2005) nevnes forvaltningspraksisen på nytt. Denne gangen i forbindelse med innføring av regler for gradert uttak av foreldrepenger. ⁷¹ De nye reglene innebar en mulighet til å fordele foreldrepengene utover en periode på tre år. En slik ordning ville i større omfang kunne medføre situasjoner hvor en stønadsperiode ikke var fullstendig gjennomført før en ny fødsel forekom. Til dette uttaler departementet at:

«Foreldrene må i slike tilfeller sørge for, gjennom en endring av en ordning med gra-dert uttak, at stønadsperioden for det første barnet avvikles i tide.» ⁷²

Vurdering av forvaltningspraksisen har først og fremst blitt gjort i forbindelse med utredning-en av tidskontoordningen og reglene for gradert uttak av foreldrepenger. Lovgiver har således hatt for øye de situasjonene hvor foreldrepengerrettighetene blir begrenset først over ett år etter

⁶⁸ NOU 1993: 12 punkt 1.3.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 107 (1992–93) s. 19.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 107 (1992–93) s. 19.

⁷¹ Ot.prp. nr. 104 (2004–2005) s. 36.

⁷² Ot.prp. nr. 104 (2004–2005) s. 36.

fødsel. Det er ikke tatt høyde for overlappende graviditeter og at foreldre i slike tilfeller ikke vil ha mulighet til å avvikle stønadsperioden for det første barnet i tide.

Forvaltningspraksisen som forelå før lovfestingen av bortfallsregelen førte til flere Trygderettssaker. Sakene som kom opp omhandlet spørsmålet om far kunne motta fedrekvote, også etter at nytt barn var født. I TRR-2009-1476 kom retten til at fedrekvoten ikke kunne falle bort i tilfeller hvor far hadde fått gyldig vedtak på utsettelse av fedrekvoten. Trygderetten tolket forarbeidene som at det var «løpende stønadsforhold» som var ment rammet av forvaltningspraksisen. De uttalte at «[p]remissene er neppe utformet med tanke på fedrekvoten, som er en eksklusiv og avgrenset del av foreldrepengeperioden». ⁷³ Ettersom hensynet til å unngå dobbelkompensasjon ikke gjorde seg gjeldende kom retten til at det kunne oppstilles unntak fra forvaltningspraksisen.

Trygderetten har imidlertid i senere avgjørelser eksplisitt gått bort i fra denne tolkningen. I TRR-2011-377 heter det at

«[e]tter rettens mening gir departementet (...) klart uttrykk for at ubrukte tid med rett til foreldrepengeperioder ikke skulle kunne overføres til tidsrom etter en ny fødsel. Sitatet kan vanskelig leses slik at fedrenes del av den samlede foreldrepengetiden skulle stå i en særstilling, slik retten i ankesak TRR-2009-1476 synes å gi uttrykk for.» ⁷⁴

Bakgrunnen for at Trygderetten gikk bort fra resultatet i TRR-2009-1476 var hovedsakelig at lovgiverviljen ble ansett som klar – regelen om at to foreldrepengeperioder ikke kunne overlape hverandre var ment å komme til anvendelse for hele stønadsperioden. Det ble også uttalt at løsningen som ble presentert i TRR-2009-1476 ville vanskeliggjøre behandlingen av saker hos forvaltningen. Trygderetten har i flere senere avgjørelser bemerket at det ikke er adgang til å dispensere fra regelen. ⁷⁵ Etter denne gjennomgangen er det klart at bortfallsregelen har stødig forankring i lovforarbeider og rettspraksis.

3.3 Begrunnelse for lovfestingen

Bortfallsregelen bygger som redegjort for over på lang forvaltningspraksis. I Prop.168 L (2016–2017) ble lovfestingen av regelen begrunnet i et forenklingsønske. Det ble argumentert med at det var «enklere å veilede brukerne når etaten [kunne] vise til en klar lovhjemmel». ⁷⁶

⁷³ TRR-2009-1476.

⁷⁴ TRR-2011-377.

⁷⁵ TRR-2009-1619, TRR-2010-328, TRR-2010-2433, TRR-2012-1241 og TRR-2013-590.

⁷⁶ Prop.168 L (2016–2017) s. 14.

Videre ble regelen begrunnet i et ønske om større forutberegnelighet som også skulle redusere antall klager.⁷⁷

Både forenklingønsket og ønsket om større forutberegnelighet ser ut til å være begrunnet i at lovgiver ville unngå ytterligere saker for Trygderetten vedrørende problemstillingen. Lovfestingen er kun ment å klargjøre den tidligere rettsstilling, og skal ikke innebære ytterligere innstramming i foreldres rettigheter.⁷⁸ Dette underbygges av at hovedinnholdet i proposisjonen er å forenkle foreldrepengeordningen.⁷⁹

Ved lovfestingen ble det ikke gjort noen ytterligere rettslig, empirisk eller konsekvensorientert analyse av praksisen. Det er ikke vurdert hvorvidt det er tale om en saklig og forholdsmessig begrensning av foreldrepenger. Det er heller ikke vurdert om det foreligger andre hensyn som medfører at praksisen ikke bør opprettholdes eller eventuelt om det bør gjøres unntak. Videre er det ikke tatt stilling til anvendelsen av regelen på andre familiekonstellasjoner enn den heterofile. Regelen er heller ikke vurdert opp mot internasjonale regler. Den knappe begrunnelsen for lovfestingen fordrer en nærmere klargjøring av formålet bak bestemmelsen.

3.4 Klargjøring av formålet bak bestemmelsen

Ved flere anledninger har lovgiver uttalt at formålet bak bortfallsregelen «er at inntektstapet ikke kompenseres to ganger».⁸⁰ Det kan stilles spørsmål ved hva lovgiver har ment med dette. Hvordan formålet skal forstås må klargjøres for å se om det gjør seg gjeldende ved overlappende graviditeter. Det er ikke gitt noen nærmere redegjørelse for hvordan formålet skal forstås. Forarbeidene viser kun til tidligere lovforarbeider hvor praksisen er nedfelt. Slik det fremstår i disse har man ikke har vært oppmerksom på at formålet om å unngå at inntektstapet kompenseres to ganger kan ha dobbeltbetydning. Enten å unngå dobbelkompensering av den individuelle stønadsmottakers inntektstap eller å unngå kompensering av foreldrenes samtidige inntektstap.

Formålet til bortfallsregelen må forstås i sammenheng med folketrygdlovens overordnede formål. Det konkrete formålet bak foreldrepenger er «å sikre inntekt for foreldre i forbindelse med (...) fødsel», jf. folketrygdloven § 14-1, og det generelle formålet med folketrygdloven er «å gi økonomisk trygghet ved å sikre inntekt», jf. folketrygdloven § 1-1 første ledd. I Ot.prp. nr. 107 (1992–93) tar departementet det standpunkt at regelen om at to foreldrepenge-

⁷⁷ Prop.168 L (2016–2017) s. 14.

⁷⁸ Prop.168 L (2016–2017) s. 15.

⁷⁹ Prop.168 L (2016–2017) s. 5.

⁸⁰ Blant annet i Prop.168 L (2016–2017) s. 14 og Ot.prp. nr. 104 (2004–2005) s. 37.

perioder ikke kan overlappe vil ivareta hensynet til å kompensere bortfalt arbeidsinntekt, samtidig som den medfører at inntektstapet kun dekkes en gang.⁸¹

Det er personen som tar fri fra inntektsgivende arbeid som skal kompenseres for sitt omsorgsarbeid. Dersom omsorgsarbeidet består av å ta vare på to barn bør imidlertid ikke denne personen få dobbel støtte, ettersom vedkommende uansett bare mister én inntekt. En slik forståelse av formålet har gode grunner for seg. Det er rimelig at den individuelle stønadsmottaker ikke får dobbel lønn for å være hjemme med to barn.

Likevel kan det stilles spørsmål ved om dette er den korrekte forståelsen av formålet bak bestemmelsen. I den nevnte Trygderettspraksisen blir retten til foreldrepenger avskåret for far i tilfeller hvor mor får et nytt barn. Dersom deres rett til foreldrepenger ikke hadde blitt avskåret ville det ikke medført dobbel kompensasjon av den individuelle stønadsmottaker, men av foreldrenes samtidige inntektstap. Spørsmålet blir på denne bakgrunn om formålet bak bestemmelsen heller må sies å være at begge foreldrene ikke skal kompenseres samtidig for å være hjemme med begge barna.

Folketrygdløven oppstiller andre regler som begrenser foreldrenes rett til å ta ut sin stønadperiode samtidig. Som redegjort for i punkt 2.2.2 oppstiller folketrygdløven § 14-10 sjette ledd en regel om at samtidig uttak av stønaden ikke kan overstige 100 prosent. Kun i særlige tilfeller oppstilles unntak, jf. folketrygdløven §§ 14-10 sjette ledd. Folketrygdløven har gjennom sin detaljregulering tatt hensyn til og begrunnet de tilfeller hvor foreldrene kan få samtidig kompensasjon. En ytterligere regulering av forbudet mot å ta ut foreldrepenger samtidig er dermed ikke nødvendig i henhold til lovens struktur. Tolkningalternativet medfører således en unødvendig dobbelregulering. Slik jeg forstår den nevnte trygderettspraksisen, begrunnes avgjørelsene i den tydelige lovgivervilje om å begrense retten til foreldrepenger. Avgjørelsene fattes på tross av at en slik begrensning kan stride mot formålet. At trygderettssakene medfører at foreldrene ikke kompenseres for sitt samtidige inntektstap er således ikke i veien for at det konkluderes med at formålet bak bestemmelsen er å unngå dobbelkompensasjon for den individuelle stønadsmottaker.

Det konkluderes etter dette med at formålet bak bortfallsregelen er å unngå dobbelkompensasjon av den individuelle stønadsmottaker.

⁸¹ Ot.prp. nr. 107 (1992–93) s. 19.

3.5 Nærmere analyse av bortfallsregelens anvendelsesområde

3.5.1 Innledende bemerkninger

For å besvare spørsmålet om bortfallsregelen begrenser retten til foreldrepenger for mødrene, må regelens innhold fastlegges. Regelens innhold ses opp mot andre trygderettslige regler. Analysen beror hovedsakelig på en vurdering av om bestemmelsen må gis mindre vidtrekkende rettsfølger enn det som følger av en konkret ordlydstolkning.

Gjennomgående i analysen er tidsmellomrommet som foreligger mellom fødslene av avgjørende betydning. Jeg har derfor valgt å ta utgangspunkt i disse mellomrommene for å strukturere drøftelsen. Ved å dele opp drøftelsen i ulike tidsmellomrom kommer det tydelig frem hvilke rettskilder som er sentrale og hvilke hensyn som slår inn i ulik grad for drøftelsen av det aktuelle tidsrommet. Oppdelingen tydeliggjør også hvor snevert bestemmelsens anvendelsesområde kan bli i møte med overlappende graviditeter. Oppdelingen vil fremheve hvor den eventuelle grensen går for adgangen til å begrense retten til foreldrepenger ved anvendelse av bortfallsregelen. Innledningsvis påpekes det at jo kortere tids mellomrom som foreligger mellom hver fødsel, jo mer inngripende vil anvendelse bortfallsregelen være. Dette er fordi kortere tids mellomrom medfører større inngrep i retten til foreldrepenger.

Jeg vil i det følgende først gjøre rede for noen hovedpunkter av betydning for forståelsen av bortfallsregelen. Deretter tar jeg for meg ulike tidsmellomrom kronologisk. Jeg ser på tidsrommene «null til to uker», «to til seks uker» og «over seks uker» etter fødsel av barn nr. 1, og frem til barn nr. 2 fødes. Det vurderes om svangerskapsdirektivet, folketrygdloven § 14-9 sjette ledd eller foreldrepermisjonsdirektivet er til hinder for anvendelse av bortfallsregelen ved overlappende graviditeter.

3.5.2 Lovfortolkning i lys av forarbeidene

For heterofile par vil bortfallsregelen kun komme til anvendelse etter minst ni måneder, ettersom det i et slikt parforhold er samme kvinne som føder barn nr. 1 og nr. 2. Det er ikke tale om stønadsmottakere med overlappende graviditeter som har mulighet til å føde to barn med betydelig kortere mellomrom. Som påpekt tidligere har lovgiver valgt å tilpasse folketrygdloven til samfunnets mangfoldige familiesammensetninger, ved å likestille medmorskap med farskap.⁸² Utover dette er det ikke gjort tilpasninger som er ment å avhjelpe situasjoner hvor varierte familiesammensetninger samles i tradisjonelle kategorier som den heterofile familien. I likhet med utformingen av øvrig lovgivning ser det ut til at lovgiver ved utforming av bortfallsregelen har tatt utgangspunkt i at barn fødes inn i en tradisjonell familie med «mor» og

⁸² Barneloven § 3 jf. § 4a tredje ledd.

«far». Den manglende tilpassingen av lovverket reiser spørsmål om bestemmelsen i det hele tatt kommer til anvendelse i tilfeller hvor to stønadsmottakere har overlappende graviditeter.

Etter ordlyden er bortfallsregelen generell og får samme virkning for alle stønadsmottakere uavhengig av om det er tale om overlappende graviditeter. Bestemmelsen oppstiller ingen unntak. Uavhengig av når barn nr. 2 fødes oppstilles det en regel om at «[s]tønadsdager som ikke er tatt ut, faller bort når stønadsperiode for nytt barn starter».⁸³ Bestemmelsens ordlyd trekker i retning av at den anvendes i alle tilfeller hvor et nytt barn fødes i stønadsperioden. I samme retning trekker nevnte trygderettspraksis hvor det heter at det «finnes (...) ikke rettslig grunnlag for å gjøre unntak fra dette».⁸⁴

I Ot.prp. nr. 104 (2004–2005) har departementet uttalt at «[h]vis stønadsmottaker får nytt barn i stønadsperioden, bortfaller (...) eventuell gjenværende stønadsperiode for det forrige barnet.»⁸⁵ Det kan stilles spørsmål ved hvordan denne formuleringen skal forstås. Omfatter uttrykket «stønadsmottaker» foreldrepåret i fellesskap eller kun den individuelle stønadsmottaker?

Dersom bestemmelsen kun er ment å omfatte de tilfeller hvor den individuelle stønadsmottaker får et nytt barn, så vil tilfellene av overlappende graviditeter falle utenfor. Det vil da ikke være den individuelle stønadsmottaker som får et nytt barn i stønadsperioden, men hennes ektefelle/samboer. Dersom «stønadsmottaker» motsetningsvis forstås som foreldrepåret i fellesskap så vil tilfeller hvor medmødrene får hvert sitt barn med kort tids mellomrom omfattes. Dette er fordi begge foreldrene da regnes som «stønadsmottaker» og begge kan få et nytt barn i stønadsperioden. Den enes fødsel kan i et slikt tilfelle avskjære den andres rett til foreldrepenger.

Et argument som trekker i retning av at foreldrepåret i fellesskap er «stønadsmottaker» er at foreldrepenger utbetales til «mor og far» ved fødsel, jf. folketrygdloven § 14-5 første ledd. Ordlyden kan tolkes i den retning at det er tale om en felles ytelse til foreldrene, og at det på denne bakgrunn er disse i fellesskap som regnes som «stønadsmottaker». En slik forståelse underbygges også av TRR-2011-377 hvor Trygderetten uttaler at de, på tross av at deler av stønadsperioden er forbeholdt den enkelte forelderen, anser foreldrepenger som «én felles ytelse».⁸⁶ I motsatt retning trekker det at likekjønnede par ikke hadde rettigheter til foreldrepenger på tidspunktet da begrunnelsen for bestemmelsen ble redegjort for. Det forelå på dette

⁸³ Bortfallsregelen.

⁸⁴ TRR-2009-1619.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 104 (2004–2005) s. 37.

⁸⁶ Se også TRR-2013-590.

tidspunktet ingen mulighet for at problemstillingen om overlappende graviditeter skulle oppstå. Når Ot.prp. nr. 104 (2004–2005) oppstiller regelen om at foreldrepengeperioden opphører når «stønadmottaker» får et nytt barn må dette derfor forstås som at forarbeidene sikter til at den samme kvinnen får et nytt barn. Uttalelser i forarbeidene trekker således i retning av at bortfallsregelen ikke anvendes ved overlappende graviditetsperioder.

I rundskrivet ser det videre ut som at man kun har tatt i betraktning at fedrekvoten kan begrenses av regelen.⁸⁷ En slik betraktning er i samsvar med at det kun er tatt hensyn til regelens virkning for den tradisjonelle familiesammensetningen. Dette trekker i retning av at bortfallsregelen ikke kan anvendes for å avskjære stønadperioden på et så tidlig tidspunkt, slik som i mødrenes tilfelle.

Det fremstår på bakgrunn av disse rettskildene ikke som at man har sett for seg at «stønadmottaker» kan være to kvinner med overlappende graviditetsperioder. Dette underbygges videre ved at bestemmelsens formål ikke gjør seg gjeldende i slike tilfeller. Det er i mødrenes tilfelle tale om to individuelle stønadsmottakere som føder hvert sitt barn og har hvert sitt inntektstap. Når hovedformålet med foreldrepenge er å «sikre inntekt», jf. folketrygdloven § 14-1 første ledd, bør dette medføre at begge mødrene får kompensert sitt individuelle inntektstap. Anvendelse av bortfallsregelen vil først og fremst medføre at mødrene ikke får kompensasjon for å være hjemme samtidig. Formålet bak bestemmelsen vil derfor i utgangspunktet ikke gjøre seg gjeldende for problemstillingene som denne oppgaven reiser. Formålet bak bestemmelsen gjør seg kun gjeldende når bortfallsregelen begrenser den individuelle stønadsmottakers mulighet til å få kompensert sitt inntektstap to ganger for å utføre omsorgsarbeid for to barn samtidig. At bestemmelsens formål ikke gjør seg gjeldende for disse tilfellene er imidlertid ikke et avgjørende moment. Som redegjort for ovenfor har regelen blitt anvendt også i tilfeller hvor formålet ikke gjorde seg gjeldende.

Når lovgiver ikke har hatt den forestående situasjonen i tankene ved utformingen av bestemmelsen må reelle hensyn tas i betraktning. Anvendelse av bortfallsregelen ved overlappende graviditetsperioder kan medføre urimelige resultater hvor retten til foreldrepenge opphører allerede etter et par uker etter fødsel. Noe som er svært uheldig både for mor og barnets helse. Dette trekker i retning av at bortfallsregelen ikke kommer til anvendelse. På den andre side medfører en slik forståelse at likekjønnede par behandles annerledes enn ulikkjønnede par. Dersom bortfallsregelen ikke anvendes på tilfeller av overlappende graviditeter kan det oppstå situasjoner hvor likekjønnede par kommer bedre ut enn ulikkjønnede par.

⁸⁷ NAV (2019).

På tross at bortfallsregelen kan medføre urimelige resultater ved overlappende graviditeter har jeg kommet til at anvendelsesområdet ikke kan innskrenkes på generelt grunnlag for disse tilfellene. Begrunnelsen for konklusjonen er først og fremst den klare ordlyden som er oppstilt. Momentene som trekker i motsatt retning er etter min mening ikke vektige nok til å begrunne fravikelse av ordlyden på generelt grunnlag. Jeg vil i det videre vurdere om andre rettskilder begrenser bortfallsregelens anvendelsesområde.

3.5.3 Null til to uker etter fødsel

I dette punktet vurderes hvorvidt svangerskapsdirektivet er til hinder for at bortfallsregelen anvendes ved overlappende graviditeter. Som redegjort for i punkt 1.2 foreligger det et vidtgående presumpsjonsprinsipp som medfører at norsk rett må tolkes i samsvar med relevante direktiver.

Svangerskapsdirektivet oppstiller minimumsrettigheter for kvinner som er gravide, nylig har født eller som ammer, jf. artikkel 2.⁸⁸ Det er retten til fødselspermisjon som reguleres av direktivet, og som er relevant i det følgende. I C-519/03 uttaler EU-domstolen at foreldrepermisjon og fødselspermisjon har forskjellige formål. Hovedformålet med foreldrepermisjon er ifølge dommen å «enable [parents] to take care of their child».⁸⁹ Motsetningsvis beskrives formålet med fødselspermisjon slik:

«It is intended to protect a woman's biological condition and the special relationship between a woman and her child over the period which follows pregnancy and childbirth, by preventing that relationship from being disturbed by the multiple burdens which would result from the simultaneous pursuit of employment.»⁹⁰

Som redegjort for i punkt 2.3.3 oppstiller svangerskapsdirektivet en rett til å ta ut minst 14 uker fødselspermisjon, hvorav to uker er obligatoriske, «before and/or after confinement»⁹¹. Det har tidligere vært omdiskutert hvilke forpliktelser dette medfører for statene som er bundet av direktivet, herunder hvor stor del av permisjonen som må sikres etter fødsel.

Aune argumenterer for at direktivet oppstiller en rett til 14 uker med fødselspermisjon i etterkant av fødselen.⁹² En slik forståelse er etter mitt synspunkt imidlertid ikke i tråd ordlyden i

⁸⁸ Gráinne de Búrca (2015) s. 925.

⁸⁹ Sag C-519/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Storhertugdømmet Luxembourg, avsnitt 32.

⁹⁰ Sag C-519/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Storhertugdømmet Luxembourg, avsnitt 32.

⁹¹ Rdir 92/85/EØF artikkel 8.

⁹² Aune (2015) s. 67.

artikkel 8. Ordlyden angir en frihet til å fordele fødselspermisjonsukene på tidsrommet før og etter fødsel. Etter en naturlig ordlydstolkning kan permisjonen tas ut i sin helhet enten før eller etter fødsel. Friheten må imidlertid begrenses av formålet bak direktivet som er å verne både gravide arbeidstakere, arbeidstakere som nylig har født og arbeidstakere som ammer. Alle de nevnte risikogrupperne må vernes gjennom direktivets bestemmelser.⁹³ En ordning hvor for eksempel kun gravide arbeidstakere har krav på fødselspermisjon er dermed ikke i tråd med forpliktelsene etter direktivet. Permisjonsukene må således fordeles på ukene i forkant og etterkant av fødsel.⁹⁴

Videre kan det stilles spørsmål ved hvorvidt det er den enkelte stønadsmottaker eller staten som skal fordele permisjonsukene i tidsrommet «before and/or after».⁹⁵ Det følger av artikkel 8 at «Member States shall take the necessary measures to ensure that workers (...) are entitled to a continuous period of maternity leave of a least 14 weeks». Etter ordlyden er det dermed opp til «Member States» å sørge for at det foreligger en ordning som er i tråd med direktivet. Valgfriheten med tanke på fordeling av permisjon før og etter fødsel legges således til medlemsstaten.⁹⁶ Den norske foreldrepengeordningen pålegger den fødende kvinnen å ta ut foreldrepenger minst tre uker i forkant og seks uker i etterkant av fødselen, jf. folketrygdloven § 14-9 sjette ledd jf. arbeidsmiljøloven § 12-4. Det åpnes imidlertid for at mor kan ta ut foreldrepenger allerede fra og med 12 uker før fødselen, jf. folketrygdloven § 14-10 første ledd, jf. arbeidsmiljøloven § 12-2. I tillegg har mor mulighet til først å ta ut den resterende mødrekvoten (ni uker), og deretter å bruke det hun ønsker av felledelen. Det er klart at denne ordningen åpner for at fødselspermisjon kan tas ut i minst 14 uker, og således i tråd med svangerskapsdirektivets minimumskrav.

Dersom mor nr. 2 for eksempel har termin fem uker etter mor nr. 1, vil mor nr. 1 miste sin rett til foreldrepenger allerede to uker etter fødselen. Dette fordi mor nr. 2 går ut i permisjon tre uker før sin egen termin. Dersom ordlyden i bortfallsregelen legges til grunn mister mor nr. 1 retten til kompensasjon for omsorgsarbeidet hun utfører etter kun to uker. Hvis mor nr. 1 hadde tatt ut sin stønadsperiode fra 12 uker før fødsel i tillegg til de 2 ukene etter fødsel kunne hun likevel oppnådd en stønadsperiode på 14 uker før mor nr. 2 gikk ut i permisjon.

Det oppstilles ikke noen konkrete krav til fordeling av fødselspermisjonen utover at den må tas ut «before and/or after confinement».⁹⁷ Svangerskapsdirektivet er derfor til hinder for an-

⁹³ Rdir 92/85/EØF fortalen.

⁹⁴ Inspirasjon til argumentasjon hentet fra Kalstø (2016) s. 23.

⁹⁵ Rdir 92/85/EØF artikkel 8.

⁹⁶ Inspirasjon til argumentasjon hentet fra Kalstø (2016) s. 23.

⁹⁷ Rdir 92/85/EØF artikkel 8.

vendelse av bortfallsregelen bare dersom stønadsmottaker mister muligheten til å ta ut 14 uker fødselspermisjon med kompensasjon. Ettersom den norske foreldrepengeordningen åpner for at foreldrepenger kan tas ut fra 12 uker før fødsel, er det dermed kun to uker etter fødsel som er vernet etter direktivet. Bortfallsregelen kan etter dette ikke anvendes dersom to fødsler skjer med mindre enn fem ukers tidsmellomrom.

3.5.4 To til seks uker etter fødsel

Etter er de seks første ukene etter fødsel forbeholdt mor. Etter sin ordlyd vil bortfallsregelen avkorte retten til foreldrepenger også i denne perioden. Spørsmålet i dette punktet er om folketrygdloven § 14-9 sjette ledd er til hinder for at bortfallsregelen anvendes i dette tidsrommet. Sagt på en annen måte; medfører lovens system, hvor de seks første ukene etter fødsel er forbeholdt mor, at bortfallsregelen må tolkes innskrenkende?

Begrunnelsen for at ukene nevnt i folketrygdloven § 14-9 sjette ledd er forbeholdt mor er først og fremst for å avhjelpe de biologiske utfordringer og påkjennelser for mor og barn i den første perioden etter fødsel. Disse ukene er gjort obligatoriske, jf. arbeidsmiljøloven § 12-4. Det foreligger en plikt for mor til å ta ut permisjon i de aktuelle ukene. Formålet er å gi moren mulighet til å komme seg fysisk og psykisk etter en barnefødsel, samt at kvinnen skal få mulighet til å ha omsorg for barnet i dets første levetid. At mor plikter å ta ut permisjon i de aktuelle ukene taler for at retten til kompensasjon ikke kan begrenses i denne perioden.

Et argument som ytterligere begrunner en innskrenkende tolkning er at mor, også i tilfeller hvor hun ikke har omsorg for barnet, har rett til foreldrepenger de første seks ukene etter fødsel, jf. folketrygdloven § 14-10 fjerde ledd. At retten til foreldrepenger i denne perioden tilkjennes mor uavhengig av omsorgssituasjonen, underbygger at det er tale om en individuell rett for den fødende mor, som ikke kan begrenses. Hensynet bak regelen bygger på klare helsemessige betraktninger hvor mors behov for rekonvalesens etter fødsel tillegges særlig stor vekt. Motsetningsvis kan man anføre at den resterende stønadsperioden begrunnes i andre velferdsmessige betraktninger, herunder retten til kompensasjon for bortfalt arbeidsinntekt.

Slik bortfallsregelen er utformet synes det videre som om at bestemmelsen bygger på en forutsetning om at en stønadsperiode ikke vil opphøre med mindre den blir erstattet av en ny stønadsperiode, jf. «når stønadsperiode for nytt barn starter». Når en ny stønadsperiode starter er de første ni ukene (tre uker før fødsel og seks uker etter) forbeholdt mor, jf. folketrygdloven § 14-9 sjette ledd. Bestemmelsen bygger således på en grunnleggende forutsetning om at personen som føder barnet skal ta ut den første delen av stønadsperioden. Med et slikt utgangspunkt, taler gode grunner for at bestemmelsen ikke har ment å begrense mors rett til å ta ut foreldrepenger den første perioden etter fødsel, selv om en medmor i forholdet føder og starter en ny stønadsperiode.

I punkt 3.4 er det konkludert med at formålet bak regelen ikke gjør seg gjeldende for mødrene. I slike tilfeller er det mindre betenkelig å tolke unntaksregelens virkeområde innskrenkende. Det er tale om to bestemmelser som er delvis uforenelige, det foreligger således særlig grunn for innskrenkende tolkning. Både hensyn til mors helse og hensyn til sammenhengen i regelverket medfører at bortfallsregelen ikke kan anvendes i perioden som er forbeholdt mor, jf. folketrygdloven § 14-9 sjette ledd.

3.5.5 Over seks uker etter fødsel

Ovenfor er det konkludert med at bortfallsregelen ikke kan begrense mødrenes rett til foreldrepenger de første seks ukene etter fødsel. I tillegg foreligger det et særlig vern de to første ukene etter fødsel, jf. svangerskapsdirektivet. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvorvidt bortfallsregelens anvendelsesområde er ytterligere begrenset i tilfeller hvor det foreligger overlappende graviditeter.

Foreldrepermisjonsdirektivet oppstiller en individuell rett for hver av foreldrene til å ta ut fire måneder med foreldrepermisjon. Arbeidsmiljølovens regler om permisjon gjennomfører direktivet i norsk rett. Som nevnt i punkt 2.2.3 oppstiller direktivet kun regler om permisjon, ikke kompensasjon. Det er likevel interessant å se på hvor langt disse minimumsrettighetene rekker, herunder om det kan foretas sammenligninger mellom retten til foreldrepermisjon og retten til foreldrepenger. Spørsmålet er om retten til permisjon som oppstilles i foreldrepermisjonsdirektivet, har overføringsverdi for hvordan retten til foreldrepenger skal forstås.

I C-519/03⁹⁸ var spørsmålet for EU-domstolen om en nasjonal bestemmelse fra Luxemburg var i strid med foreldrepermisjonsdirektivet klausul 2 nr. 1.⁹⁹ Bestemmelsen lød:

«In the event of pregnancy or adoption of a child during parental leave giving entitlement respectively to maternity leave or adoption leave, the latter shall replace parental leave which comes to an end.»¹⁰⁰

Bestemmelsen omhandlet i motsetning til bortfallsregelen retten til foreldrepermisjon og ikke retten til foreldrepenger. Likevel foreligger likhetstrekk ved de to bestemmelsene. Begge opp-

⁹⁸ Sag C-519/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Storhertugdømmet Luxembourg.

⁹⁹ Rdir 96/34/EF som ble vurdert i saken er erstattet av Rdir 2010/18/EU. Det er ikke gjort innholdsmessige endringer i bestemmelsen sett bort i fra utvidelsen av vernet fra tre til fire måneder.

¹⁰⁰ Sag C-519/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Storhertugdømmet Luxembourg, avsnitt 4.

stiller en begrensning for tilfeller hvor to permisjonsperioder overlapper hverandre, i tillegg er utformingen av bestemmelsene relativt lik.

Ved vurderingen av forpliktelsene som følger av klausul 2 nr. 1 uttalte EU-domstolen at:

«It follows that each parent is entitled to parental leave of at least three months' duration and that this may not be reduced when it is interrupted by another period of leave which pursues a purpose different from that of parental leave, such as maternity leave.»¹⁰¹

Etter foreldrepermisjonsdirektivet kan dermed ikke en annens rett til fødselspermisjon forkorte stønadsmottakers rett til foreldrepermisjon, jf. C-519/03. EU-domstolen begrunner dette i at det er tale om en individuell rett til permisjon og at permisjonene har forskjellige formål. Det kan stilles spørsmål ved om forbudet som oppstilles i dommen har overføringsverdi for retten til foreldrepenger.

I likhet med retten til permisjon må retten til foreldrepenger anses som en individuell rettighet. Dette både fordi vilkårene for foreldrepenger hovedsakelig er individuelle og på grunn av at trygderettigheter i økende grad går i retning av å være av individuell karakter. Det er videre klart at foreldrepenger i de første ukene, som er forbeholdt mor, har et annet formål enn senere kompensasjon. Begrunnelsen som ble anvendt i C-519/03 gjør seg således gjeldende også for retten til foreldrepenger. Den nære tilknytningen mellom rett til permisjon og rett til kompensasjon trekker også i retning av at forbudet har overføringsverdi.

Det fremkommer imidlertid av innledningen i foreldrepermisjonsdirektivet at det er opp til den enkelte medlemsstat å regulere hvilke trygdeytelser som tilkjennes ved foreldrepermisjon.¹⁰² I arbeidsmiljøloven § 12-5 oppstilles en rett for foreldrene til å ta ut foreldrepermisjon i til sammen 12 måneder. Regelen er ikke til hinder for at ny permisjon tas ut ved barnefødsel i perioden for foreldrepermisjon.¹⁰³ I juridisk teori blir det imidlertid påpekt at

«Folketrygdlovens regler om beregning av fødselspenger samsvarer imidlertid ikke med permisjonsrettens omfang etter arbeidsmiljøloven, jf. folketrygdloven §§ 14-5 flg., og vil i praksis kunne begrense den valgfrihet som arbeidsmiljøloven gir.»¹⁰⁴

¹⁰¹ Sag C-519/03 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Storhertugdømmet Luxembourg, avsnitt 33.

¹⁰² Rdir 2010/18/EU punkt 18 og 19.

¹⁰³ Fougner (2018) til § 12-5.

¹⁰⁴ Fougner (2018) til § 12-5.

Ettersom praksisen som bortfallsregelen bygger på tidligere var innfortolket i folketrygdloven §§ 14-5 og 14-7,¹⁰⁵ kan det tenkes at det er nettopp begrensningen i denne bestemmelsen som forfatterne sikter til. En slik forståelse taler i retning av at retten til foreldrepenger kan begrenses på tross av at retten til foreldrepermisjon ikke kan begrenses. Det ser ut som at lovgiver her bevisst har valgt å skille mellom retten til permisjon og kompensasjon ved permisjon i norsk rett. Minimumsrettighetene som oppstilles i foreldrepermisjonsdirektivet kan på denne bakgrunn ikke gis overføringsverdi til bortfallsregelen. Disse er ikke til hinder for at bestemmelsen anvendes i perioden etter at det har gått mer enn seks uker etter fødsel.

3.6 Fare for omgåelse av regelverket på grunn av bortfallsregelen

I analysen av bortfallsregelen må problemstillingen knyttet til at medmødre, i motsetning til fedre, må sende inn søknad for å få registrert foreldreskap også nevnes.¹⁰⁶ Dette fordi bortfallsregelen kan gjøre det fordelaktig for medmødre ikke å søke om foreldreskap.

Dersom ikke mødrene registreres som medmødre til hverandres barn vil ikke deres respektive fødsler påvirke den andres rett til foreldrepenger. Dette er fordi registrert foreldreskap ligger til grunn for retten til foreldrepenger.¹⁰⁷ Slik lovverket er lagt opp vil dermed begge kvinnene ha rett til hver sin fulle stønadperiode dersom medmorskap ikke blir registrert. En slik ordning kan skape incentiver for medmødre til ikke å søke om medmorskap.

Dersom søknad om medmorskap ikke blir sendt, er det NAV som offentlig myndighet som må undersøke hvem som skal registreres som medmor.¹⁰⁸ En slik undersøkelse tar tid, noe som medfører at mødrene kan rekke å ta ut sine respektive foreldrepenger før medmorskap blir fastlagt. En slik mulig omgåelse av regelverket står i kontrast til hensynet til barnets beste. Det fremkommer i forarbeidene at et viktig hensyn bak etablering av foreldreskap er nettopp barnets beste, og departementet uttaler at det er viktig «å sikre barna trygge juridiske rammer».¹⁰⁹ Dersom barnet ikke er registrert med to foreldre foreligger det større usikkerhet rundt foreldreskapet, noe som for eksempel kan få betydning dersom en av foreldrene skulle gå bort.

¹⁰⁵ Se den nevnte trygderettspraksisen.

¹⁰⁶ Se punkt 2.2.2.

¹⁰⁷ Folketrygdloven § 14-5 første ledd.

¹⁰⁸ Barnelova § 5 første ledd.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 73.

Bortfallsregelen gjør det økonomisk fordelaktig for medmødre ikke å registrere seg. Dette er et lite ønskelig incentiv både ettersom det fører til merarbeid for NAV og større usikkerhet rundt foreldreskapet.

3.7 Oppsummering

Etter analysen som er foretatt i dette kapitlet fremkommer det at bortfallsregelen ikke er tilstrekkelig gjennomtenkt av lovgiver med hensyn til anvendelse på andre familiekonstellasjoner enn den heterofile. Bestemmelsen er hovedsakelig begrunnet i hensynet til å unngå at den individuelle stønadsmottaker får dobbel kompensasjon for ett inntektstap. Det er ikke tatt høyde for at unntak må kunne oppstilles dersom hensynet ikke gjør seg gjeldende.

Det er tydelig at rettskildebildet i tilknytning til bestemmelsen varierer alt ettersom hvor langt tidsmellomrom som foreligger mellom de to fødslene. Desto lenger mellomrom som foreligger mellom fødslene, desto mindre insentiv foreligger for at bortfallsregelen ikke kommer til anvendelse ved overlappende graviditeter. Dette er fordi hensynet til mors rekonvalesens og hensynet til barnets beste gjør seg særlig gjeldende i perioden etter fødsel. Av drøftelsene over fremkommer det at bortfallsregelen kan anvendes i tilfeller hvor det foreligger overlappende graviditeter. Bestemmelsens anvendelsesområde må imidlertid begrenses slik at den ikke gis rettsfølger etter sin ordlyd i de første seks ukene etter fødsel. EU/EØS-rettslige forpliktelser oppstiller ikke ytterligere hinder for bestemmelsens anvendelsesområde. Etter en trygderettslig tilnærming kan bortfallsregelen etter dette ikke gis de rettsfølger som følger direkte av ordlyden i de første seks ukene etter fødsel. I dette tidsrommet vil retten til foreldrepenger ikke kunne begrenses.

Drøftelsene er imidlertid, som nevnt, foretatt med en snever, fagspesifikk tilnærming. I kapittel 4 utvides tilnærmingen slik at den tverrgående diskrimineringsretten også kommer inn som en mulig skranke for anvendelse av bortfallsregelen.

4 Diskrimineringsrettslig analyse av bortfallsregelen

4.1 Innledning

I denne delen av oppgaven vurderes det om bortfallsregelen fører til diskriminering ved overlappende graviditeter. Som nevnt i punkt 2.4.3 ligger diskrimineringsretten «utenpå» annen lovgivning. Den anvendes både som skranke og tolkningsmoment.¹¹⁰ I kapittel tre ble det konkludert med at bortfallsregelen ikke begrenser retten til å ta ut foreldrepenger de første seks ukene etter fødsel dersom det foreligger overlappende graviditeter. Det må redegjøres for om diskrimineringsvernet oppstiller en ytterligere begrensning for anvendelsen av bortfallsregelen, slik at det regnes som diskriminering dersom bortfallsregelen kommer til anvendelse i perioden etter dette. Drøftelsen gjøres med utgangspunkt i redegjørelsen for rettskildebildet, herunder forholdet mellom ldl. og annen lovgivning, som ble presentert i punkt 2.4.

Det presiseres innledningsvis at bortfallsregelen etter sin ordlyd begrenser retten til foreldrepenger når det fødes et nytt barn i stønadsperioden. Det er imidlertid kun begrensning av retten til foreldrepenger i perioden frem mot ni måneder etter fødsel som vurderes, ettersom det kun i disse tilfellene vil være tale om overlappende graviditetsperioder.¹¹¹

Bestemmelsens utgangspunkt er at alle tilfeller behandles likt. Det er tale om en lovbestemmelse med klare vilkår. Etter sin ordlyd gir den liten frihet for rettsanvendere til å bruke skjønn med hensyn til hvilke tidspunkt stønadsperioden for det første barnet skal bortfalle. Dersom det konkluderes med at det foreligger diskriminering er det tale om diskriminering på et strukturelt nivå. I et slikt tilfelle er det ikke tilstrekkelig å stadfeste at diskriminering foreligger. Det oppstilles en plikt for staten til å endre regelverket slik at det ikke strider mot diskrimineringsretten.¹¹²

For heterofile par medfører bortfallsregelen at retten til foreldrepenger bortfaller ved tette fødsler med mellomrom på minst ni måneder, eventuelt på et senere tidspunkt dersom de har utsatt stønadsperioden eller tatt ut graderte foreldrepenger. Regelen vil imidlertid kunne få andre, mer inngripende konsekvenser for mødrene. Ved overlappende graviditeter kan regelen i realiteten medføre at man fratras muligheten til å motta foreldrepenger for barn nr. 1. Be-

¹¹⁰ Blaker Strand (2016) s. 144.

¹¹¹ Det kan stilles spørsmål ved om man, i Trygderettssakene nevnt i punkt 3.2, kunne prosedert på at bortfallsregelen var indirekte diskriminerende for fedrene som mistet sin rett til foreldrepenger på grunn av deres tilknytning til fødende mor. Det faller imidlertid utenfor oppgavens siktemål å vurdere dette nærmere.

¹¹² Blaker Strand (2016) s. 141.

stemmelsen rammer denne særegne gruppen i helt annen grad enn den rammer andre foreldre. Gruppen kjennetegnes av at det er tale om kvinner (kjønn) i et likekjønnet parforhold (seksuell orientering) som føder hvert sitt barn med kort tids mellomrom (fødsel). Det er tale om en sammensatt gruppe, noe som medfører at ulike innfallsvinkler kan anvendes for den diskrimineringsrettslige vurderingen. Det er klart at begge mødrene mister rettigheter dersom bortfallsregelen anvendes. Mor nr. 1 og nr. 2 kan således vurderes hver for seg. Mødrene påvirkes imidlertid direkte av hverandres situasjoner, og det er derfor vanskelig å skille dem fra hverandre. På denne bakgrunn har jeg valgt å behandle mødrene samlet, på tross av at det er deres individuelle rett til foreldrepenger som bortfaller. Dette er også i tråd med oppgavens siktemål om å belyse hvordan trygderettsliglovgivning kan medføre utfordringer i tilfeller hvor denne anvendes på «utradisjonelle» familiesammensetninger.

For at bortfallsregelen skal anses som diskriminerende må det foreligge et tilfelle av forskjellsbehandling, forskjellsbehandlingen må skyldes et eller flere diskrimineringsgrunnlag og behandlingen kan ikke være lovlig.¹¹³ Jeg vil i det videre gjøre rede for vilkårene og vurdere om anvendelse av bortfallsregelen ved overlappende graviditeter utgjør diskriminering.

4.2 Diskrimineringsgrunnlag

For at diskriminering skal kunne konstateres må forskjellsbehandlingen skje på grunn av et diskrimineringsgrunnlag. Et diskrimineringsgrunnlag er «et forhold ved en person som det er ulovlig å diskriminere på grunn av».¹¹⁴ Det følger av ldl. § 6 at

«[d]iskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene er forbudt.»

Innfortolket i dette utgangspunktet ligger et krav om årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget, jf. «på grunn av». Spørsmålet som skal besvares i dette punktet er hvilke diskrimineringsgrunnlag som er relevante, herunder om det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng.

I noen tilfeller skjer forskjellsbehandling ikke på grunn av ett av diskrimineringsgrunnlagene, men en kombinasjon av disse. Ldl. § 6 tydeliggjør vernet mot sammensatt diskriminering ved bruk av ordlyden «eller kombinasjoner av disse grunnlagene». I forarbeidene understreker

¹¹³ Prop.81 L (2016–2017) s. 99.

¹¹⁴ Prop.81 L (2016–2017) s. 81.

departementet at forutsetningen for at det skal være tale om sammensatt diskriminering er at de aktuelle diskrimineringsgrunnlagene har spilt en «avgjørende rolle» i forskjellsbehandlingen.¹¹⁵ Det må foreligge en klar årsakssammenheng mellom alle de relevante grunnlagene og forskjellsbehandlingen. Videre må det legges frem bevis for at det er «den aktuelle kombinasjonen av diskrimineringsgrunnlag [som] har ført til forskjellsbehandlingen».¹¹⁶ Det er ikke tilstrekkelig at man er vernet av grunnlagene.

Slik situasjonen er presentert innledningsvis er det hovedsakelig tre diskrimineringsgrunnlag som kjennetegner den aktuelle gruppen.

Parets «seksuelle orientering» er relevant ettersom kun lesbiske par kan ha overlappende graviditetsperioder. Den seksuelle orienteringen er en nødvendig forutsetning for at bortfallsregelen begrenser retten til foreldrepenger før det har gått minst ni måneder. Et annet relevant diskrimineringsgrunnlag er «kjønn». Dette fordi et likekjønnet mannlig par ikke ville kommet i den aktuelle situasjonen. Bare et kvinnelig likekjønnet par har mulighet til å ha overlappende graviditetsperioder. «Fødsel» er også vernet etter ldl. § 6, og anses som et selvstendig diskrimineringsgrunnlag etter loven. Situasjonen som vurderes krever at det er tale om to kvinner som begge får hvert sitt barn. Forskjellsbehandlingen er dermed ikke avhengig kun av deres «seksuelle orientering», men også av deres «kjønn» og deres mulighet til å bli gravide og føde barn. Mødrene er imidlertid ikke først og fremst i en særegen situasjon på grunn av sin egen fødsel. Det er begge fødselene sett i sammenheng som medfører at bortfallsregelen begrenser deres rett til foreldrepenger.

Diskrimineringslovgivningen beskytter ikke kun mot forskjellsbehandling på grunn av persons egne egenskaper. Lovgivningen beskytter personer som forskjellsbehandles på grunn av at noen vedkommende har nær tilknytning til, innehar disse egenskapene.¹¹⁷ Dette omtales som tilknytningsdiskriminering, jf. ldl § 6 tredje ledd. Vernet mot tilknytningsdiskriminering utvider personkretsen som omfattes av vernet, og anvendes for å fastlegge at det foreligger diskrimineringsgrunnlag.

Spørsmål om tilknytningsdiskriminering ble behandlet av EU-domstolen i C-303/06¹¹⁸ og C-83/14¹¹⁹. I disse sakene vurderte ikke EU-domstolen om «discrimination by association» var aktuelt for alle de ulike diskrimineringsgrunnlagene. I Prop.88 L (2012–2013) heter det at alle

¹¹⁵ Prop.81 L (2016–2017) s. 116.

¹¹⁶ Prop.81 L (2016–2017) s. 116.

¹¹⁷ Prop.81 L (2016–2017) s. 105.

¹¹⁸ Sag C-303/06 S. Coleman mod Attridge Law, Steve Law.

¹¹⁹ Sag C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mod Komisia za zashtita ot diskriminatsia.

diskrimineringsgrunnlagene er omfattet av forbudet mot tilknytningsdiskriminering da departementet mente at det ikke var hensiktsmessig «å differensiere mellom grunnlagene».¹²⁰ Ettersom EU-retten kun oppstiller minimumsvilkår legges det til grunn at norsk diskrimineringslovgivning oppstiller et bedre vern som omfatter alle diskrimineringsgrunnlag, jf. ldl. § 6 første ledd. I C-83/14 bemerket EU-domstolen at både indirekte og direkte «discrimination by association» var vernet etter EU-retten. Spørsmålet om tilknytningsdiskriminering også omfatter indirekte forskjellsbehandling er ikke problematisert i de nasjonale lovforarbeidene. Det må etter presumpsjonsprinsippet legges til grunn at det nasjonale diskrimineringsvernet er i tråd med EU-retten.

Det kan stilles spørsmål ved om tilknytningsdiskriminering må anvendes i dette tilfellet for å etablere fødsel som et relevant diskrimineringsgrunnlag. Mødrene stilles i en særskilt situasjon på grunn tilknytningen de har til hverandres fødsler. Mor nr. 2 sin graviditet fører til at retten til foreldrepenger for barn nr. 1 bortfaller på et tidligere stadiet enn det som er mulig for ulikkjønnede par. Dette påvirker begge foreldrene ettersom begge har rett på foreldrepenger for barn nr. 1. Mor nr. 1 vil imidlertid påvirkes i større grad enn mor nr. 2, ettersom hun kan miste retten til å være hjemme kort tid etter sin fødsel. På denne bakgrunn er tilknytningsdiskriminering på grunn av fødsel relevant.

Som redegjørelsen over viser, er det ikke kun ett diskrimineringsgrunnlag som er aktuelt for tilfellet til de to mødrene. Både «seksuell orientering», «kjønn» og «fødsel» spiller en avgjørende rolle i hvordan kvinnene blir behandlet. Det er tale om en kombinasjon av flere grunnlag, jf. ldl. § 6 første ledd. Det må derfor vurderes hvilke type sammensatt forskjellsbehandling som er aktuell. Forarbeidene skiller mellom multippel og interseksjonell diskriminering.¹²¹ Interseksjonell diskriminering defineres som en «unik kombinasjon av flere diskrimineringsgrunnlag som gjensidig påvirker hverandre» og multippel diskriminering som en situasjon hvor «flere grunnlag berøres samtidig».¹²² Interseksjonell diskriminering skiller seg fra multippel diskriminering ved at de enkelte diskrimineringsgrunnlagene ikke kan vurderes separat.¹²³

I vårt tilfellet er det vanskelig å skille grunnlagene fra hverandre ettersom det er grunnlagenes sammensetning og hvordan de står i forhold til hverandre, som er særegen. Det er tale om et tilfelle hvor kvinnenens seksuelle orientering, deres kjønn og deres fødsler i kombinasjon har ført til at bortfallsregelen kommer til anvendelse på et tidligere tidspunkt for denne gruppen

¹²⁰ Prop.88 L (2012–2013) s. 85.

¹²¹ Prop.81 L (2016–2017) s. 114.

¹²² Prop.81 L (2016–2017) s. 114.

¹²³ NOU 2009: 14 s. 180.

enn andre. Det legges derfor til grunn at det er tale om en interseksjonell form for forskjellsbehandling. Dette har betydning for den videre diskrimineringsvurderingen, i form av at de enkelte diskrimineringsgrunnlag vanskelig kan vurderes separat.¹²⁴ Det må derfor foretas en samlet vurdering hvilket medfører at alle grunnlagene må ses i sammenheng når det kartlegges om det foreligger forskjellsbehandling. Av forarbeidene følger det at i en slik vurdering må terskelen for hva som regnes som lovlig forskjellsbehandling justeres slik at det sterkeste vernet legges til grunn.¹²⁵

4.3 Forskjellsbehandling

4.3.1 Direkte eller indirekte diskriminering

For at diskriminering skal anses å foreligge må forskjellsbehandling ha funnet sted. Forbudet mot diskriminering gjelder både direkte og indirekte forskjellsbehandling, jf. ldl. §§ 7 og 8. Spørsmålet er om bortfallsregelen medfører direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Dette er av betydning blant annet for reglene om lovlig forskjellsbehandling, ettersom direkte forskjellsbehandling fordrer en høyere terskel for at forskjellsbehandlingen skal anses som lovlig.

Bortfallsregelen er nøytral i sin fremstilling. Det kan stilles spørsmål ved om det likevel er tale om direkte diskriminering, jf. ldl. § 7, på grunn av tilknytningen til fødsel og graviditet. Det fremgikk av tidligere lovgivning at diskriminering på grunn av graviditet og fødsel måtte anses som direkte diskriminering, uavhengig av formen på forskjellsbehandlingen.¹²⁶ Et slikt standpunkt fremgår også av EU/EØS-retten, herunder fortalen til likestillingsdirektivet hvor det fremkommer at «[i]t is clear from the case-law of the Court of Justice that unfavourable treatment of a woman related to pregnancy or maternity constitutes direct discrimination on grounds of sex.»¹²⁷

Slik det fremstår i dagens likestillings- og diskrimineringslov kategoriseres likevel ikke slik diskriminering som direkte forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel vurderes som indirekte eller direkte avhengig av formen på forskjellsbehandlingen. I stedet for å betegne graviditets- og fødselsdiskriminering som direkte diskriminering er det oppstilt et særlig vern for forskjellsbehandling på grunn av «graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon» i ldl. § 10 første ledd. Denne bestemmelsen viderefører det tilnærmede absolutte diskrimineringsvernet. Terskelen for graviditets- og fødselsdiskriminering er dermed, på samme måte som tidligere, høyere enn ved diskriminering på andre

¹²⁴ NOU 2009: 14 s. 180.

¹²⁵ Prop.81 L (2016–2017) s. 117.

¹²⁶ Prop.88 L (2012–2013) s. 169.

¹²⁷ EP/Rdir 2006/54/EF fortalens punkt 23.

grunnlag. Bestemmelsens anvendelsesområde vurderes nærmere i punkt 4.4.2. Det avgjørende er, slik jeg ser det, hvilken terskel som oppstilles for lovlig forskjellsbehandling. Hvilken definisjon som blir benyttet er etter min mening av mindre betydning.¹²⁸

Det følger av ldl. § 8 at «[m]ed indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre». Forbudet mot indirekte diskriminering er blant annet ment å fange opp tilfeller hvor det kreves strukturelle endringer for avskaffe diskriminering.¹²⁹ Bortfallsregelen lyder «[s]tønadsdager som ikke er tatt ut, faller bort når stønadsperiode for nytt barn starter.» Det er tale om en lovbestemmelse som er «tilsynelatende nøytral», jf. ldl. § 8. Bestemmelsen skiller ikke mellom ulike tilfeller hvor et nytt barn blir født i stønadsperioden.

Bortfallsregelen må etter dette regnes som et tilfelle av indirekte forskjellsbehandling, jf. ldl. § 8, forutsatt at de øvrige vilkårene er oppfylt. Videre blir spørsmålet om den tilsynelatende nøytrale bestemmelsen «vil stille personer dårligere enn andre», jf. ldl. § 8.

4.3.2 Negativ forskjellsbehandling

For at det skal være tale om indirekte forskjellsbehandling må en person bli stilt «dårligere enn andre» jf. ldl. § 8. Etter bestemmelsens ordlyd må handlingen ha negativ betydning for den som forskjellsbehandles. Det må foreligge en konkret forskjellsbehandling, og denne forskjellsbehandlingen må objektivt sett medføre «skade eller ulempe for den som forskjellsbehandles».¹³⁰ I vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling oppstilles det videre et krav til sammenligningsgrunnlag, jf. «enn andre».

Bortfallsregelen medfører en konkret økonomisk ulempe for mødrene. Som nevnt vil ikke bortfallsregelen påvirke retten til permisjon. Bestemmelsen har uansett en konkret negativ betydning ettersom kompensasjon for bortfall av inntekt for de fleste er en nødvendig betingelse for at de skal kunne ta ut foreldrepermisjon.

Mødrene representerer en særskilt gruppe som rammes av bortfallsregelen på en mer inngripende måte enn andre som får sin rett til foreldrepenger begrenset av regelen. De befinner seg i en situasjon med overlappende graviditeter som ikke kan forekomme for andre foreldre. Ulikkjønnede pars stønadsperiode vil ikke kunne forkortes av at deres partner får et nytt barn

¹²⁸ Det kan stilles spørsmål ved om Norge oppfyller sin forpliktelse overfor EU ettersom graviditetsdiskriminering ikke er betegnet som direkte diskriminering i nasjonal lovgivning. Det faller imidlertid utenfor oppgavens siktemål å gå nærmere inn på denne vurderingen.

¹²⁹ Blaker Strand (2016) s. 140.

¹³⁰ Prop.81 L (2016–2017) s. 101.

kun kort tid etter at de har født sitt eget barn. I motsetning til andre som rammes av bortfallsregelen kan kvinnene i denne situasjonen risikere å miste opp mot hele stønadsperioden. Det faktum at mødrene mister store deler av stønadsperioden for barn nr. 1 må anses som negativ forskjellsbehandling.

Konklusjonen må på denne bakgrunn være at det foreligger negativ forskjellsbehandling.

4.4 Lovlig forskjellsbehandling

4.4.1 Ulik terskel for lovlig forskjellsbehandling

I punkt 4.4 vurderes spørsmålet om den etablerte forskjellsbehandlingen er lovlig. Dersom forskjellsbehandlingen ikke anses lovlig etter lovens oppstilte vilkår utgjør bortfallsregelen et tilfelle av strukturell diskriminering.

Utgangspunktet er at forskjellsbehandling er lovlig dersom den har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles, jf. ldl. § 9 første ledd. For forskjellsbehandling på grunn av «graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel» oppstilles det imidlertid et særlig strengt forbud mot forskjellsbehandling, jf. ldl. § 10 første ledd.

Bestemmelsene oppstiller ulike terskler for om forskjellsbehandlingen er lovlig. Som nevnt i punkt 4.2 skal den strengeste terskelen for adgangen til forskjellsbehandling legges til grunn ved sammensatt diskriminering. Forskjellsbehandlingen er begrunnet både i «seksuell orientering», «kjønn» og «fødsel», jf. ldl. § 6 første ledd. Det er ovenfor konkludert med at «fødsel» kommer inn som diskrimineringsgrunnlag gjennom tilknytning, jf. ldl. § 6 tredje ledd. Spørsmålet som først må avklares er hvorvidt den strenge terskelen i ldl. § 10 første ledd kommer til anvendelse hvor fødsel er etablert som et diskrimineringsgrunnlag gjennom tilknytning.

Dette konkrete spørsmålet er ikke nevnt eller problematisert i hverken forarbeider eller juridisk teori. Det finnes heller ikke rettspraksis som belyser spørsmålet vedrørende hvilken terskel som må anvendes hvor diskrimineringsgrunnlaget «fødsel» er etablert gjennom tilknytning. Jeg vil i det følgende vurdere hvilke løsninger som må legges til grunn for den videre drøftelsen.

4.4.2 Likestillings- og diskrimineringsloven § 10 første ledd

Det følger av ldl. § 10 første ledd at bestemmelsen gir vern mot forskjellsbehandling som skjer på grunn av «graviditet, fødsel og amming, herunder fravær etter arbeidsmiljøloven», jf. bokstav a. Bestemmelsens ordlyd trekker på den ene siden i retning av at kun forskjellsbehandling som knytter seg direkte til fødsel eller er fødselsrelatert, omfattes av vernet. Med dette menes ikke at det kun er direkte diskriminering som dekkes, men at forskjellsbehand-

lingen må være direkte i den forstand at det ikke er tale om tilknytning. Bestemmelsen lister opp «egne» diskrimineringsgrunnlag noe som kan trekke i retning av at utvidelsen av diskrimineringsvernet som følger av ldl. § 6 tredje ledd (tilknytningsdiskriminering) ikke får anvendelse i relasjon til terskelen for lovlig forskjellsbehandling i ldl. § 10 første ledd.

På den annen side taler ordlyden for at vernet som oppstilles i ldl. § 10 første ledd bokstav a ikke er ment å være uttømmende. En slik tolkning begrunnes i uttrykket «herunder». Tolkningen støttes av uttalelser i forarbeidene. Det uttales at bestemmelsene som det vises til i bokstav a «gir rettigheter som er direkte knyttet til graviditet og amming».¹³¹ Videre påpekes det at dette likevel ikke skal være til hinder for at også «andre forhold knyttet til (...) fødsel» kan omfattes av den høye terskelen.¹³² Dette trekker i retning av at også tilknytningsdiskriminering kan falle inn under bestemmelsen.

Vernet mot diskriminering på grunn av fødsel bygger på en grunnleggende forutsetning om at et slikt vern skal føre til reell likestilling mellom kjønnene.¹³³ Dersom far/medmor forskjellsbehandles på grunn av sin tilknytning til mors graviditet kan det på bakgrunn av likestillingshensyn argumenteres for at disse bør tilkjennes det samme vern som mor har ved graviditet. Et slikt vern vil medføre at foreldrene som omsorgspersoner i større grad beskyttes mot forskjellsbehandling. Likevel er det slik at det tilnærmede absolutte vernet mot diskriminering på grunn av fødsel hovedsakelig er begrunnet «i mors behov for restitusjon etter fødselen og i hensynet til barnet».¹³⁴ Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende i tilsvarende grad dersom bestemmelsen anvendes for tilknytningsdiskriminering. Beskyttelse av mors biologiske rolle synes å være tillagt størst vekt som hensyn bak det tilnærmede absolutte vernet.¹³⁵ Etersom dette hensynet ikke direkte gjør seg gjeldende ved tilknytning til fødsel, har jeg kommet til at ldl. § 10 første ledd ikke kan anvendes hvor fødsel er etablert som et diskrimineringsgrunnlag gjennom tilknytning.

Dette medfører at spørsmålet om hvorvidt forskjellsbehandlingen er lovlig må vurderes etter den alminnelige terskelen i ldl. § 9 første ledd.

¹³¹ Prop.81 L (2016–2017) s. 158.

¹³² Prop.81 L (2016–2017) s. 158.

¹³³ Vigerust (2008) s. 188.

¹³⁴ Prop.81 L (2016–2017) s. 158.

¹³⁵ Prop.81 L (2016–2017) s. 158.

4.4.3 Likestillings- og diskrimineringsloven § 9 første ledd

4.4.3.1 Innledende bemerkninger

Spørsmålet som skal besvares er hvorvidt forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf. ldl. § 9 første ledd. Det er tale om tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal anses som lovlig. Terskelen for hva som anses som lovlig forskjellsbehandling fastlegges i samsvar med blant annet EMK art. 14. I *Willis v. The United Kingdom* ble det formulert slik:

«difference of treatment is discriminatory for the purposes of Article 14 of the Convention if it “has no objective and reasonable justification”, that is if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.»¹³⁶

Det følger av en rekke dommer fra EMD at det skal «particular weighty reasons»¹³⁷ til for at forskjellsbehandling basert på kjønn, fødsel og seksuell orientering skal anses som lovlig forskjellsbehandling.¹³⁸ Med dette utgangspunktet vurderes det om vilkårene for lovlig forskjellsbehandling foreligger.

4.4.3.2 Saklig forskjellsbehandling

Det oppstilles et saklighetskrav for at forskjellsbehandlingen skal anses som lovlig, jf. ldl. § 9 første ledd bokstav a. I vurderingen av om forskjellsbehandlingen er saklig skal det vektlegges om denne er objektivt begrunnet i et legitimt formål.¹³⁹ Det er grundig redegjort for formålet med bortfallsregelen og hvordan dette må forstås i punkt 3.4. At «inntektstapet ikke kompenseres to ganger»¹⁴⁰ kan enten forstås som et ønske om å unngå dobbelkompensering av den individuelle stønadsmottakers inntektstap eller å unngå kompensering av foreldrenes samtidige inntektstap. Begge de alternative tolkningsalternativene vurderes i spørsmålet om formålet bak bestemmelsen er saklig.

Hovedregelen ved rett til foreldrepenger er at foreldre som oppfyller vilkårene kan ta ut full stønadsperiode, jf. folketrygdloven § 14-9 første ledd. Dersom to stønadsperioder overlapper hverandre oppstiller imidlertid bortfallsregelen en begrensning. Hvis det legges til grunn at begrensningen oppstilles slik at den individuelle stønadsmottaker ikke skal få kompensert sitt inntektstap to ganger for å være hjemme med to barn er dette i tråd med det generelle formålet

¹³⁶ *Willis v. The United Kingdom* avsnitt 39.

¹³⁷ Se for eksempel *L. and V. v. Austria* avsnitt 38.

¹³⁸ Prop.81 L (2016-2017) s. 121.

¹³⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 315.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 104 (2004-2005) s. 37.

bak folketrygdloven. Foreldre skal ikke kompenseres for mer enn den inntekten de mister ved å utføre omsorgsoppgaver for barn. Det er kun det reelle inntektstapet som skal sikres. Personen som er hjemme mister kun én inntekt uavhengig av om vedkommende har omsorgsansvar for ett eller flere barn. Etter dette må formålet, i form av å hindre dobbelkompensasjon til den individuelle stønadsmottaker, sies å være en legitim begrunnelse for bortfallsregelen på generelt grunnlag.

Hva som er et saklig formål kan imidlertid ikke fastlegges generelt, ettersom de konkrete forholdene i den enkelte sak må tas i betraktning.¹⁴¹

For de konkrete tilfellene hvor det er tale om anvendelse av bortfallsregelen ved overlappende graviditeter, er det konkludert i punkt 3.4 med at formålet om å unngå dobbelkompensasjon av den individuelle stønadsmottaker ikke gjør seg gjeldende. Ettersom de økonomiske hensyn som begrunner forbudet mot dobbelkompensasjon ikke blir oppfylt ved anvendelse av bortfallsregelen i tilfeller med overlappende graviditeter kan ikke bestemmelsens formål anses som saklig, jf. ldl. § 9 første ledd bokstav a.

Dersom det legges til grunn at formålet bak bestemmelsen er å unngå den individuelle stønadsmottakers inntektstap er det dermed ikke tale om lovlig forskjellsbehandling, og forskjellsbehandlingen er indirekte diskriminerende, jf. ldl. § 8.

Dersom det motsetningsvis legges til grunn at formålet er å unngå kompensering av foreldrenes samtidige inntektstap må det vurderes om dette er en saklig grunn. Som nevnt i punkt 2.3.2 oppstiller folketrygdloven et generelt forbud mot at foreldrene tar ut sin stønadsperiode samtidig. Begrunnelsen for at man ønsker å unngå dette omtales ofte som «dobbelsomsorgsprinsippet».¹⁴² Staten har lagt opp til en ordning hvor kun en av foreldrene skal få kompensasjon for å utføre omsorgsoppgaver for barnet. Det er tale om en økonomisk vurdering som er gjort av staten. Dette må anses som en saklig begrunnelse for bestemmelsen på generelt grunnlag.

Anvendelsen av bortfallsregelen bygger på et reelt behov for å begrense kostnader. I tilfeller med overlappende graviditeter vil det skje en kompensasjon av foreldrenes samtidige inntektstap dersom bortfallsregelen ikke anvendes. Etter en konkret vurdering er det derfor grunnlag for å konstatere at formålet om å unngå kompensasjon av foreldrenes samtidige inntektstap er legitimt også ved overlappende graviditeter. Dersom det legges til grunn at formå-

¹⁴¹ Prop.81 L (2016–2017) s. 118.

¹⁴² Prop.64 L (2011–2012) s. 6.

let bak bortfallsregelen er å unngå kompensering av foreldrenes samtidige inntektstap, må bestemmelsens formål dermed anses å oppfylle saklighetskravet.

Det første vilkåret for lovlig forskjellsbehandling er oppfylt, jf. ldl. § 9 første ledd bokstav a. Den videre forholdsmessighetsvurderingen foretas med utgangspunkt i at formålet bak bestemmelsen er å unngå kompensering av foreldrenes samtidige inntektstap.

4.4.3.3 *Nødvendig forskjellsbehandling*

For at forskjellsbehandlingen skal være lovlig er det videre et vilkår at denne er nødvendig for å oppnå det saklige formålet, jf. ldl. § 9 første ledd bokstav b. I forarbeidene presiseres det at forskjellsbehandlingen må være mer enn «ønskelig, men på den annen side behøver den ikke være uunnværlig».¹⁴³ Videre skal det tillegges vekt i vurderingen om det foreligger alternative reguleringer som ikke medfører diskriminering. Spørsmålet er om det er mulig å oppnå formålet på andre ikke-diskriminerende måter. Dersom disse ikke er uforholdsmessig ressurskrevende vil det være et sterkt argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig.¹⁴⁴

Som nevnt tidligere ble det foreslått i NOU 1993: 12 at de opptjente rettighetene til foreldrepenger ikke skulle falle bort selv om man fikk et nytt barn i tidsrommet før hele stønadsperioden var tatt ut. En slik ordning åpnet for at et tilfelle med foreldrepenger kunne utsettes til et annet tilfelle var ferdig. Dette er en alternativ ikke-diskriminerende regulering ettersom alle foreldre etter denne ordningen ville fått mulighet til å motta full stønadsperiode. Ordningen ivaretar formålet om å unngå kompensering av foreldrenes samtidige inntektstap.

I Ot.prp. nr. 107 (1992–93) argumenterte departementet for hvorfor de ikke sluttet seg til en slik løsning. De mente at regelen om at to foreldrepengerperioder ikke kunne overlappe hverandre var nødvendig. Det ble blant annet fremhevet at foreldrepenger ville «miste sin karakter av korttidsytelse»¹⁴⁵ dersom man ikke hadde en slik regel. I tillegg ville det bety en «administrativ merbelastning for så vel arbeidsgiver som trygdeetat».¹⁴⁶

Det kan på bakgrunn av redegjørelsen i Ot.prp. nr. 107 (1992–93) stilles spørsmål ved om alternativet som ble oppstilt i NOU 1993: 12 er uforholdsmessig ressurskrevende slik at bortfallsregelen må anses som nødvendig. Det er utfordrende å foreta en slik vurdering ettersom det klart er tale om en ressurskrevende ordning i form av logistiske utfordringer i forvaltningen. Samtidig er det ikke sikkert at en slik ordning hadde medført stor administrativ mer-

¹⁴³ Prop.81 L (2016–2017) s. 315.

¹⁴⁴ Prop.81 L (2016–2017) s. 315.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 107 (1992–93) s. 19.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 107 (1992–93) s. 19.

belastning. Blant annet kunne det vært en mulighet å begrense foreldrenes uttak av graderte foreldrepenger i tilfeller med kort tids mellomrom mellom fødsler slik at stønadsperiodene ikke overlappet hverandre. Det kan på tross av dette ikke utelukkes at ordningen som ble presentert i NOU 1993: 12 er uforholdsmessig ressurskrevende, og at bortfallsregelen dermed er nødvendig for å oppnå formålet. På denne bakgrunn konkluderes det med at forskjellsbehandlingen er nødvendig, jf. ldl. § 9 bokstav b.

Det avgrenses mot en vurdering av flere alternative reguleringer da lovgiver ikke har sett på andre løsninger. Det bemerkes i tillegg at om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å unngå dobbelkompensasjon av foreldrenes samtidige inntektstap er av mindre betydning i dette konkrete tilfellet. En alternativ regulering som fremmer det saklige formålet vil også være ufordelaktig for mødrene. For mødrene foreligger det et behov for å få samtidig kompensasjon slik at begge kan motta foreldrepenger i etterkant av sin egen fødsel. Om det saklige formålet bak bestemmelsen må settes til side ved overlappende graviditeter drøftes i neste punkt.

4.4.3.4 Forholdsmessig forskjellsbehandling

Det siste spørsmålet som må avklares er om anvendelse av bortfallsregelen ved overlappende graviditeter er uforholdsmessig inngripende for mødrene som rammes. Av ldl. § 9 første ledd bokstav c følger det at forskjellsbehandlingen ikke kan være «uforholdsmessig inngripende». I forholdsmessighetsvurderingen må det stilles spørsmål ved om det er «et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere».¹⁴⁷ Det er tale om en interesseavveining hvor de negative konsekvensene for vedkommende som forskjellsbehandles veies opp mot den positive effekten bestemmelsen har for å fremme det saklige formålet.¹⁴⁸

På den ene siden skal bortfallsregelen begrense muligheten foreldrene har til å kompensert sitt samtidige inntektstap. Dette er den positive effekten bestemmelsen har ved å fremme det saklige formålet. Som redegjort for i saklighetsvurderingen er formålet om å unngå kompensasjon av foreldrenes samtidige inntektstap begrunnet i «dobbelomsorgsprinsippet».¹⁴⁹ I særlige tilfeller oppstilles det imidlertid unntak fra dette prinsippet slik at foreldrene til sammen kan ta ut mer enn 100 prosent kompensasjon for inntektsbortfall, jf. folketrygdloven § 14-10 sjetten ledd. I lys av at lovgiver i noen tilfeller tillater slik kompensasjon, kan det stilles spørsmål ved om en et forbud mot kompensasjon av foreldrenes samtidige inntektstap er forholdsmessig hvor bortfallsregelen anvendes for tilfeller hvor det foreligger overlappende graviditeter.

¹⁴⁷ Prop.81 L (2016–2017) s. 119.

¹⁴⁸ Prop.81 L (2016–2017) s. 119.

¹⁴⁹ Prop.64 L (2011–2012) s. 6.

For tvillingforeldre fravikes prinsippet på bakgrunn av foreldrenes særlige behov for å «være hjemme og ha omsorg for barna i den første tiden etter fødselen».¹⁵⁰ Det samme hensynet gjør seg gjeldende i tilfeller hvor bortfallsregelen kommer til anvendelse for tilfeller med overlappende graviditeter. To barn som blir født med kort tids mellomrom vil ikke bare medføre tilsvarende omsorgsarbeid som ved tvillingfødsler. Det kan også argumenteres med at omsorgsarbeidet er mer belastende for disse foreldrene ettersom det er tale om barn på forskjellig alder med forskjellig omsorgsbehov. Videre taler hensynet til barnets beste, herunder at hvert barn bør ha samme rettigheter, for at foreldrene gis lik mulighet til å ta ut permisjon med kompensasjon for hvert barn. Etter dette kan det stilles spørsmål vedrørende om det er rimelig å oppstille unntak fra «dobbelomsorgsprinsippet» for tvillingforeldre, men ikke for mødrene. Når hensynene som begrunner unntak for tvillingforeldre er de samme som gjør seg gjeldende ved overlappende graviditeter kan formålet om å unngå kompensasjon av foreldrenes samlede inntektstap ikke veie særlig tungt i interesseavveiningen.

På den andre siden medfører anvendelse av bortfallsregelen ved overlappende graviditeter negative konsekvensene for mødrene. I interesseavveiningen er det av betydning hvor langt mellomrom som foreligger mellom de to fødslene. Det vil være mer inngripende å begrense retten til foreldrepenger, jo kortere tid som foreligger mellom fødslene. Dette er fordi hensynet til mors helse og rekonvalesens kommer inn i større grad, jo kortere tid det er siden første fødsel. I tillegg vil forskjellsbehandlingen ha et større økonomisk omfang ettersom en større del av stønadsperioden faller bort. Forholdsmessighetsvurderingen vil på denne bakgrunn variere med den enkelte sak. Det er vanskelig å trekke en klar grense for når forskjellsbehandlingen må anses som «uforholdsmessig inngripende».

Det synes ikke som at lovgiver har tatt i betraktning at bestemmelsen kan komme i konflikt med hensynet til mors helse. Det er klart at hensynet til mors rekonvalesens gjør seg gjeldende med størst tyngde i perioden rett etter fødsel. I artikkelen «Barseltid et faktum – Barselpermisjon en rettslig sannhet» påpeker Nylander at det «normalt tar minst 12 uker før kroppen stort sett er restituert tilbake til førgravid tilstand» etter fødsel.¹⁵¹ I tillegg bemerkes det at noen biologiske forandringer bruker opptil ett år før de er gått tilbake til førgravid tilstand.¹⁵² Med disse biologiske utgangspunktene for kvinnehelse kan det argumenteres for at de 12 første ukene etter fødsel har et særlig vern mot inngripen. Hensynet til de som rammes av forskjellsbehandlingen er særlig sterkt i de 12 første ukene etter fødsel.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 6 (1995–96) s. 6.

¹⁵¹ Aune (2015) s. 52.

¹⁵² Aune (2015) s. 52.

Videre kan det argumenteres med at bortfallsregelen ikke bør begrense kvotene som er forbeholdt den enkelte forelderen, jf. folketrygdloven § 14-9 femte ledd. Ved uttak av kvotene er det for det første mer fleksible ordninger for samtidig uttak av foreldrepenger. Hensynet til å unngå samtidig kompensasjon er av lovgiver tillagt mindre vekt i disse periodene. Videre er formålet med kvotene å sikre at begge foreldrene skal delta i omsorgsarbeidet, og at barnet skal etablere en god relasjon med begge foreldrene.¹⁵³ Dette taler for at bortfallsregelen ikke med rimelighet kan begrense den individuelle retten hver av foreldrene har til å ta ut sin kvote, jf. folketrygdloven § 14-9 femte ledd. Dersom bortfallsregelen anvendes for å begrense rett til foreldrepenger i disse periodene, kan dette føre til mindre likestilte omsorgsroller.

4.5 Konklusjon

I punkt 3.4 ble det konkludert med at formålet bak bortfallsregelen er å unngå dobbelkompensasjon av den individuelle stønadsmottaker. Dersom denne forståelsen av bestemmelsens formål legges til grunn utgjør forskjellsbehandlingen indirekte diskriminering i tilfeller med overlappende graviditeter, jf. ldl. § 8. Konklusjonen fattes på bakgrunn av at det ved den konkrete forskjellsbehandlingen ikke foreligger et saklig formål. På tross av at bestemmelsen har en nøytral utforming, medfører den i realiteten en særlig ulempe for mødrene som andre foreldre ikke utsettes for. Det er virkningen bortfallsregelen har i møte med overlappende graviditeter som fører til indirekte diskriminering.

For det tilfellet at formålet bak bestemmelsen er å unngå kompensasjon av foreldrenes samtidige inntektstap er det utfordrende å fastlegge et konkret tidspunkt for når bortfallsregelen er indirekte diskriminerende, jf. § 8. Etter min mening må det i alle fall foreligge indirekte diskriminering dersom bortfallsregelen medfører bortfall av foreldrepenger for mor nr. 1 i de første 12 ukene etter fødsel. Videre taler gode grunner for at det også vil være indirekte diskriminering dersom retten for foreldrene til å ta ut sine individuelle kvoter bortfaller.

Etter den diskrimineringsrettslige vurderingen i kapittel fire kan det konkluderes med at diskrimineringslovgivningen oppstiller en ytterligere begrensning av bortfallsregelens anvendelsesområde.

¹⁵³ Prop.64 L (2011–2012) s. 3.

5 Avsluttende bemerkninger

Store deler av dagens regelverk på det trygderettslige området er nøytralt, men likevel først og fremst tilrettelagt og tilpasset den heterofile familiesammensetningen. Bortfallsregelen er et eksempel på dette. Oppgaven har illustrert utfordringer hvor «utradisjonelle» familiesammensetninger må passe inn i de tradisjonelle modellene som lovgivningen tar utgangspunkt i. Problemstillingene underbygger at det bør foretas en helhetlig lovrevisjon hvor lovgiver vurderer regelverket og hvordan dette virker i et mangfoldig samfunn med varierte familiesammensetninger.

Ved utformingen av reglene om foreldrepenger har det lenge vært rettet oppmerksomhet mot likestilling mellom far og mor. Dette er et godt utgangspunkt, men det er viktig å ta i betraktning at det foreligger forskjeller mellom fødende mor og den andre forelderen. Den formelle likestilling må ikke gå for langt, slik at det biologiske perspektiv faller bort. Reglene tar utgangspunkt i at stønadsmottakerne er «mor» og «far/medmor» og at mor er den part som føder barn. Det er ikke tatt høyde for at medmor også har reproduktive egenskaper og at dette kan medføre overlappende graviditeter. Problemstillingen viser at medmor og far er to ulike rettslige fenomener, og at det ikke i alle tilfeller er tilstrekkelig å ivareta medmors rettigheter ved å gi henne like rettigheter som far. Det oppstår utfordringer når mennesker som lever i «utradisjonelle» familier forventes å passe inn i en ordning som ikke er tilpasset dem.

Bortfallsregelen er gjennom oppgaven analysert for å illustrere hvilke utfordringer den manglende tilpassingen medfører. Oppgaven har hatt som siktemål å vurdere om regelens anvendelsesområde kan begrenses, slik at konsekvensene for kvinner i et likekjønnet parforhold som føder hvert sitt barn med kort tids mellomrom og er medmødre for hverandres barn ikke blir så inngripende.

Dersom man ønsker å oppnå faktisk likestilling er ikke formell likestilling, gjennom nøytralt lovverk, tilstrekkelig. Dette gjelder særlig der man implisitt har tatt utgangspunkt i den heterofile familiesammensetningen, uten å vurdere konsekvensene av lovverket for andre grupper. Det kreves at lovgiver kontinuerlig foretar vurderinger av lovgivningen med oppmerksomhet rettet mot å oppheve ulikheter og diskriminerende virkninger av denne. Dette er også pålagt oss gjennom internasjonale forpliktelser.¹⁵⁴ Menneskerettskonvensjonene gir i større grad enn nasjonal rett uttrykk for samspillet mellom diskrimineringsretten og velferdsretten.¹⁵⁵ Ettersom lovgivningen virker inn i en sosial, kulturell og økonomisk kontekst er det avgjørende for å

¹⁵⁴ Se blant annet KDK artikkel 2, SP artikkel 2 nr. 2 og ØSK artikkel 2 nr. 2.

¹⁵⁵ Blaker Strand (2012b) s. 56.

sikre et ikke-diskriminerende lovverk at lovgiver holder seg oppdatert på samfunnsutviklingen, herunder problemstillinger i tilknytning til nye familiesammensetninger. I dette arbeidet er det særlig viktig at lovgiver har diskrimineringsregelverket og internasjonale forpliktelser for øye ved utformingen av alt lovverk. Det er gjennomoppgaven belyst at det ikke er tilstrekkelig å se på trygderettsområde separat.

Slik jeg ser det er bortfallsregelen et eksempel på en lovregel som medfører uheldige virkninger ved overlappende graviditeter. Disse har ikke vært tilsiktet fra lovgivers side. Det gjenstår likevel å se om lovgiver ønsker å komme problemstillingene i møte for å sikre at bortfallsregelen ikke får anvendelse i tilfeller hvor det er kort tids mellomrom mellom fødsle-
ne. Lovgiver har en plikt til å medvirke til at regelverket er i tråd med internasjonale forpliktelser både på det trygderettslige området og etter en diskrimineringsrettslig tilnærming.

6 Litteraturliste

Lover og forskrifter

Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven).
- 1981 Lov 8. april 1981 om barn og foreldre (barnelova).
- 1991 Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven).
- 1992 Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), inntatt i lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven).
- 1997 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- 2003 Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 46 om endring av juridisk kjønn.
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven)

Forskrifter

- 2008 Forskrift 15. desember 2008 nr. 1362 om fastsetjing av medmorskap.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 107 (1992-93)	Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd, lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. og i visse andre lover (tidskonto).
NOU 1993: 12	Tid for barna.
Ot.prp. nr. 29 (1995-96)	Om ny lov om folketrygd (folketrygdloven).
Ot.prp. nr. 6 (1995-96)	Om endringer i lov av 17. juni 1966 nr 12 om folketrygd. Utvidelse av stønadperioden ved adopsjon og ved flerbarnsfødsel og –adopsjon.
Ot.prp. nr. 104 (2004-2005)	Om lov om endringer i folketrygdloven og enkelte andre lover (endringer i regelverket for ytelser ved svangerskap, fødsel og adopsjon).
Ot.prp. nr. 33 (2007-2008)	Om lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par).
Dok. nr. 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
Prop.64 L (2011-2012)	Endringer i folketrygdloven (tredeling av foreldrepengeperioden).
Prop.88 L (2012-2013)	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
NOU 2009: 14	Et helhetlig diskrimineringsvern.
Prop.168 L (2016-2017)	Endringer i folketrygdloven (forenklinger i foreldrepengeordningen).
Prop.81 L (2016-2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

NOU 2017: 6

Offentlig støtte til barnefamiliene.

Rundskriv

Barne- og
likestillingsdepartementet (2013)

BLDs kommentarer
til Forskrift av 15. desember 2008 nr. 1362 om
fastsetjing av medmorskap. (V3-51-01-C13)

NAV (2019)

Rundskriv til folketrygdloven kapittel 14.
Ytelser ved fødsel og adopsjon. (R14-00-2-D19)

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser (sitert fra lovdata)

Rt. 2000 s. 1811.

Lagmannsrettsavgjørelser (sitert fra lovdata)

LA-2008-70679.

Trygderettsavgjørelser (sitert fra lovdata)

TRR-2009-1476.

TRR-2009-1619.

TRR-2010-328.

TRR-2010-2433.

TRR-2012-1241.

TRR-2013-590.

Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemda (sitert fra lovdata)

DIN 32/2016.

DIN 1/2018.

Internasjonale rettskilder

Traktater

EMK

Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene
og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

KDK

Konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskri-
minering av kvinner, 18. desember 1979.

SP	Konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember. 1966.
ØSK	Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16. desember 1966.
<i>Direktiver</i>	
Rdir 96/34/EF	Rådsdirektiv 96/34/EF av 3. juni 1996 om rammeavtalen om foreldrepermisjon inngått mellom UNICE, CEEP og EFF.
Rdir 92/85/EØF	Rådsdirektiv 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (tiende særdirktiv i henhold til artikkel 16 nr. 1 i direktiv 89/391/EØF) [svangerskapsdirektivet].
EP/Rdir 2006/54/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse [likestillingsdirektivet].
Rdir 2010/18/EU	Rådsdirektiv 2010/18/EU av 8. mars 2010 om gjennomføring av den reviderte rammeavtalen vedrørende foreldrepermisjon, som er inngått av BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP OG ETUC, og om oppheving av direktiv 96/34/EF [foreldrepermisjonsdirektivet].
<i>Avgjørelser</i>	
Sag C-519/03	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Storhertugdømmet Luxembourg. ECLI:EU:C:2005:234.
Sag C-303/06	S. Coleman mod Attridge Law, Steve Law. ECLI:EU:C:2008:415.
Sag C-83/14	CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mod Komisia za zashtita ot diskriminatsia. ECLI:EU:C:2015:480.

Sag C-222/14	Konstantinos Maïstrellis mod Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaiomaton. ECLI:EU:C:2015:473.
Willis v. The United Kingdom	Case of Willis v. The United Kingdom. Application no. 36042/97. 11.06.2002.
L. and V. v. Austria	Case of L. and V. v. Austria. Applications nos. 39392/98 and 39829/98. 09.01.2003.
Sak E-01/18	EFTA Surveillance Authority v. Norway E-01/18.
Litteratur	
Administrasjonsdepartementet (2009)	«EØS-notat til foreldrepermisjonsdirektivet» (2009) https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2009/okt/foreldrepermisjon---nytt-direktiv/id2431913 [Sisert 17.04.19]
Adopsjonsforum (2019)	«Ofte stilte spørsmål.» (2019) https://www.adopsjonsforum.no/adopsjon/sp%C3%B8rsm%C3%A5l-og-svar/3476/ofte-stilte-sp%C3%B8rsm%C3%A5l-faq [sisert 19.03.2019]
Aune (2013)	Aune, Helga. «Fedrekvoten, normer og stereotype kjønnsroller», i <i>Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad</i> , Aslak Syse, Kirsten Ketscher, Kåre Lilleholt og Eivind Smith (red.), Oslo: Gyldendal juridisk, 2013, s. 35-48. (sisert fra lovdata.no)
Aune (2015)	Aune, Helga, Gro Nylander. "Barseltid et faktum – Barselpermisjon en rettslig sannhet", <i>Nordisk Socialrättslig Tidsskrift</i> nr. 11-12.2015 (2015), s. 45-83.
Blaker Strand (2012a)	Blaker Strand, Vibeke. <i>Diskrimineringsvern og religionsutøvelse</i> , Oslo: Gyldendal juridisk, 2012.

- Blaker Strand (2012b) Blaker Strand, Vibeke. «En diskrimineringsrettslig tilnærming versus en velferdsrettslig tilnærming for bedring av utsatte grupper og individers rettsstilling», *Retfærd* Årg. 35 nr. 1/136 (2012), s. 55-80.
- Blaker Strand (2016) Blaker Strand, Vibeke. «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i *Rettigheter i velferdsstaten: begreper, trender, teorier*. Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), Oslo: Gyldendal juridisk, 2016, s. 135-166.
- Bornø (2018) Bornø, Nora Marie Haune. «*Likestillingsrelaterte utviklingstrekk i foreldrepengeordningen – en rettighetsanalyse*», Masteroppgave Universitetet i Oslo 2018.
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/61569/2/04.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [sitert 14.04.19]
- Bufdir (2019) Bufdir. *Adoptere fra utlandet gjennom en organisasjon*. (2019), https://www.bufdir.no/Adopsjon/Jeg_onsker_a_adoptere/Adoptere_fra_utlandet/ [sitert 19.03.2019]
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. «*Rettskildelære*», 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Fougner (2018) Fougner, Jan, Lars Holo, Trond Løkken Sundet m.fl.. «Kapittel 12. Rett til permisjon» i *Kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven nettverson*. [Sivert fra Juridika.no 18.04.19]
- Haugedal (2019) Haugedal, Monica og Tina Storsletten Nordstrøm, «12 Rett til permisjon», i *Kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven nettverson*. [Sitert fra Arbeidsrett.no 18.04.19].
- Hellum (2016) Hellum, Anne. «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett», i *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: Festskrift til Aslak Syse* 2016. s. 191-213. (Sitert fra lovdata.no)

- Hellum (2017) Hellum, Anne. «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet: - Uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring», *Kritisk juss* nr. 4 (2017) s. 4-34. (Sisert fra lovdata.no)
- Gráinne de Búrca (2015) Gráinne de Búrca, Paul Craig. *EU LAW Text, cases and materials* 6. utg., Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Kalstø (2016) Kalstø, Maria. «Arbeidstakeres fødsels- og foreldrepermisjoner i et likestillingsperspektiv». Masteroppgave. Universitetet i Oslo 2016.
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/50723/Masteroppgave.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [sisert 14.04.19]
- Ketscher (2008) Ketscher, Kirsten, «Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser», i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Kirsten Ketcher (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2008, s. 33-58.
- Kjønstad (2017) Kjønstad, Asbjørn, Aslas Syse og Morten Kjelland. *Velferdsrett 1 Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang* 6. utg., Oslo: Gyldendal juridisk 2017.
- Kuhnle (2013) Kuhnle, Stein. «Den norske velferdsstaten i et langsiktig og internasjonalt perspektiv» i *Arbeidsdepartementet 100 år*, Hege Forbord (red.), Oslo: Arbeidsdepartementet, 2013.
- Narvland (2018) Narvland, Runar. *Trygderett til et nøtteskall* 2. utg., Oslo: Gyldendal, 2018.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad mfl.. *EØS-rett*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Sørli (2016) Sørli, Anniken. «Rettssubjekter i endring: Den fødende mannen», i *Rettigheter i velferdsstaten: begreper, trender, teorier*. Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), Oslo: Gyldendal juridisk, 2016, s. 227-248.

- Syse (2016) Syse, Aslak. «Verdens beste foreldrepengeordning», i *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*. Hans Christian Bugge, Hilde Indreberg, Aslak Syse (red.). Oslo: Universitetsforlaget, 2016a, s. 513-532. (siteret fra lovdata.no)
- Syse (2018) Syse, Aslak. «Kommentar til folketrygdloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal rettsdata [siteret 18.04.19].
- Verdens barn (udatert) *Besvarte spørsmål*. (udatert), <https://verdensbarn.no/adopsjon/besvarte-sporsmal> [siteret 19.03.2019]
- Vigerust (2008) Vigerust, Elisabeth, «Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold», i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Kirsten Ketcher (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2008, s. 187-212.