

Borgarting lagmannsrett – Dom.

Kollektiv pensjonsforsikring. Skatteloven av 1911 § 44 bokstav k, likestillingsloven § 3.

Lagmannsretten fant at kollektiv pensjonsforsikringsordning i flyselskap antakelig var i strid med likestillingsloven med det innhold den hadde i 1980- og begynnelsen av 1990-årene. Flyvertinne som ble ansatt i selskapet i 1979, men hadde permisjoner som følge av en abort, to fødsler og en studiepermisjon med etterfølgende sykdomsperiode, begynte som følge av en kombinasjon av opptaksvilkår (karenstid), utmeldingspraksis ved ulønnet permisjon og inndragning i premiefondet av fripoliser under en viss grense, først opptjening av pensjonsrettigheter fra 1991. Hennes krav om å bli stilt i den pensjonsmessige stilling hun ville ha hatt hvis pensjonsreglene hadde vært de samme for flyvertinner som for flyvere, kunne likevel ikke gis medhold, men hun ble fritatt for omkostningsansvar for lagmannsretten.

Avsagt: 28.10.2002 i sak LB-2001-2004

Saksgang: Asker og Bærum herredsrett Nr 00–01454 A/02 – Borgarting lagmannsrett LB–2001–2004 A/02. Anket til Høyesterett; lagmannsrettens dom punkt 1 stadfestet, se dom HR–2003–5–a.

Parter: **Ankende part: A (Prosessfullmektig: Advokat Sven Iver Steen, Oslo. Rettslig medhjelper: Advokatfullmektig Kjerstin Falkum Løvik). Motpart: Braathens ASA (Prosessfullmektig: Advokat Haakon Blaauw, Bergen. Rettslig medhjelper: Advokatfullmektig Erik Leganger).**

Dommere: Lagdommer Sissel Rydman Langseth, formann. Kst. lagdommer Merete Smith. Tilkalt dommer, tingrettsdommer John Grimstad.

Saken gjelder tvist om rettigheter etter kollektiv pensjonsforsikringsordning.

A er født i 1950. Etter bl.a. å ha fullført utdanning som barnepleier og som fysioterapeut, begynte hun ved årsskiftet 1978–79 på kurs for kabinansatte i Braathens SAFE AS (nå Braathens ASA), i det følgende også kalt Braathens. Hun ble ansatt som flyvertinne i selskapet 10. februar 1979 og tiltrådte stillingen samme dag, med stasjonering på Sola.

Ansettelsen gjaldt i følge ansettelsesbrevet «på de betingelser og i henhold til de bestemmelser som fremgår av overenskomst mellom N.A.F./SAFE og CAC» (Kabinansattes forening). I den overenskomst som ble inngått i 1980, og som i det vesentlige tilsvarte overenskomsten som gjaldt da A ble ansatt, het det i § 15:

- 15.1 *Svangerskapspermisjon*
- 15.1.1 Når en C/A blir gravid, skal hun så snart som mulig underrette selskapet.
- 15.1.2 En C/A kan, hvis hun selv ønsker det, fly de første 12 ukene av svangerskapet. Det forutsetter at leges godkjenning foreligger.
- 15.1.3 Selskapet skal, hvis mulig overføre henne til passende stilling på bakken inntil nedkomst. Dersom passende stilling ikke kan skaffes C/A, vil hun likevel oppbære full lønn inntil 14 dager før nedkomst. (Dette avsnitt gjelder enhver fast ansatt C/A som ved nedkomsten har vært ansatt i minst 15 måneder sammenhengende etter siste ansettelse.)
- 15.1.4 C/A kan videre søke permisjon uten lønn fra selskapet i inntil 12 måneder.
- 15.1.5 ...
- 15.1.6 C/A oppbærer lønns- og C/A-ansiennitet i den periode hun jobber på bakken. C/A som ikke får bakkejobb eller som arbeider mindre enn 4 måneder, vil likevel oppbære lønns- og C/A-ansiennitet for 4 måneder.

Den versjon av overenskomsten som gjaldt da A ble ansatt, hadde følgende protokolltilførsel:

Bedriften meddelte ved revisjonen av denne overenskomst våren 1978 at de har pensjonsspørsmålet for bedriftens ansatte under utredning.

Spørsmål om pensjon utsettes til denne utredning har funnet sted. ...

Her innskytes at Braathens allerede i 1954 innførte kollektiv pensjonsforsikring for

funksjonærer og arbeidere, og i 1956 for flyvere og annet flyvende personell. Ved tillegg nr. 2 undertegnet 8. januar og 4. februar 1957 til overenskomst av 7. april og 2. mai 1956 mellom Braathens og forsikringsselskapet Norske Folk ble den sist nevnte ordningen også gjort gjeldende for flyvertinnene. I forbindelse med innføringen av folketrygdloven oppsto det imidlertid tvil blant de ansatte om lønnsomheten ved å være medlem av pensjonsordningen, og arbeiderne i Braathens ble kollektivt utmeldt. Konsekvensen av dette var at det ikke lenger var adgang til å ta opp nye medlemmer fordi vilkåret om at ordningen måtte omfatte alle arbeidstaker, ikke lenger var oppfylt.

I november 1979 sendte Braathens ut en orientering til de ansatte om den nye pensjonsforsikringsordning som man tok sikte på å sette i verk fra og med 1980. Det skal også ha vært holdt orienteringsmøter med nærmere redegjørelse for pensjonsordningen, og med anledning for de ansatte til å stille spørsmål. Den skriftlige orienteringen, som er på seks sider, redegjør innledningsvis for Forsikringsrådets krav om at pensjonsordningen skal være lik for samtlige personellkategorier, og at pensjonsordningen for flyvende personell, som ansees å være den beste ordningen, derfor er lagt til grunn for den felles ordning, «med visse unntak som er godkjent av Forsikringsrådet. Dette gjelder bl.a. pensjonsalder og ansattes andel av premien. Det er for øvrig ikke anledning til å fravike de enkelte bestemmelser som gjelder for denne polise.»

Fra punkt 1 om opptakelse i pensjonsordningen gjengis:

Ved utvidelsen av pensjonsforsikringen pr. 1.1.1980 ... skal denne omfatte alle arbeidstagere i selskapet som har vært ansatt i minst 1 år og som har fylt 25 år, samt de som ikke har fylt 25 år men som har vært ansatt i selskapet i minst 5 år.

For ansatte som kvalifiserer for opptagelse i pensjonsordningen etter 1.1.1980, skal opptagelse finne sted pr. 1. desember nest etter at ovenstående opptagelsesvilkår er oppfylt.

Arbeidstagere som høyst 1 år før ansettelsen i selskapet gikk ut av en annen pensjonsordning hos en annen arbeidsgiver, skal allikevel tas opp i pensjonsordningen fra ansettelsesdatoen.

Det er videre redegjort for adgangen til å stå utenfor pensjonsordningen, pensjonsalder, pensjonsgrunnlag, krav til tjenestetid for å få full pensjon (30 år), ytelsene (alderspensjon, enkepensjon, barnpensjon og uførepensjon) og forsikringspremien med eksempler på fordelingen av denne mellom selskapet og arbeidstakeren. Avslutningsvis i punktet om ytelser heter det:

Den årlige premie vil variere sterkt med den forsikredes lønn og alder. Den enkeltes andel av premien føres som fradrag i inntekten i selvangivelsen.

Fra det siste punktet i orienteringen gjengis:

Rettigheter ved fratredelse

Den som har sluttet og er utmeldt av pensjonsforsikringen før pensjonsalderen er oppnådd, har eiendomsrett til den innbetalte premie. Den innbetalte premie gjøres om til en fripolise utstedt til den enkelte ...

Dersom fripolisen ... har en verdi som er mindre enn 1/4 G, ... føres verdien over til pensjonsforsikringens premiefond og representerer ingen verdi for den forsikrede. Dette er i overensstemmelse med Forsikringsrådets bestemmelser.

Dersom den forsikrede ønsker å opprettholde pensjonsforsikringen for egen regning etter fratredelsen, har han rett til dette.

Det er opplyst at Braathens pr. 1. januar 1980 hadde 1580 ansatte, hvorav ca 1/3 var flyvende personell, 1/3 teknisk personell og 1/3 annet bakkepersonell. Av det flyvende personellet var ca 220 piloter, mens 270–80 tilhørte andre grupper flyvende personell.

Etter ca halvannet års tjeneste ble A 28. august 1980 «satt på bakken» etter å ha informert Braathens om at hun var gravid. Hun ble tilbudt arbeid ved Braathens' bookingkontor i Stavanger, som hun aksepterte. Arbeidet foregikk pr. telefon og dataskjerm. Vel en måned senere, 10. oktober 1980, spontanaborterte hun. Etter en kort sykemeldingsperiode og avvikling av restferie søkte hun og fikk permisjon uten lønn fra 9. november 1980, idet hun

ikke følte seg i form til å fortsette arbeidet i Braathens. I en del av permisjonstiden arbeidet hun som fysioterapeut ved Rogaland sentralsykehus, og ble i den forbindelse innmeldt i Kommunal Landspensjonskasse (i det følgende kalt KLP).

Ved permisjonstidens utløp gjenopptok hun 19. juni 1981 arbeidet som flyvertinne, etter først å ha gjennomført oppfriskningskurs i dagene 25. og 26. mai. For dagene som medgikk til oppfriskningskurset mottok hun lønn fra Braathens. I forbindelse med sin gjeninntreden – så vidt lagmannsretten forstår, i deltidsstilling (50 %) – fikk hun melding fra Braathens om bl.a. at hennes C/A-ansiennitet og lønnsansiennitet ble regnet fra 19. juni 1979.

Høsten 1981 ble A gravid igjen. Hun hadde sin siste arbeidsdag i luften 14. desember og mottok lønn ut måneden, idet hun hadde friperiode i dagene 15.–31. desember 1981. I de to første ukene i 1982 hadde hun ferie uten lønn, hvorefter hun gikk ut i ulønnet permisjon fra og med 13. januar 1982. Det fremgår av den fremlagte korrespondanse at Braathens har registrert at hun ikke ønsket arbeid på bakken i svangerskapsperioden. Det er imidlertid omtvistet om hun var blitt tilbudt arbeid som ikke forutsatte bruk av dataterminal, som hun var redd for å påta seg på grunn av frykt for stråling. Det er videre omtvistet om arbeid ved dataterminal var å anse som «passende stilling» i svangerskapsperioden, jf overenskomstens punkt 15.1.3.

A nedkom med sitt første barn 5. juli 1982. På nyåret 1983 gjennomførte hun på nytt oppfriskningskurs med lønn, og kom tilbake som flyvertinne 4. juli 1983, i første omgang visstnok som vikar. Forut for denne gjeninntreden hadde A i lengre tid – også før nedkomsten – forgieves forsøkt å oppnå bytte av stasjoneringssted fra Stavanger til Oslo, hvor hun var bosatt med sin familie. Ved brev til Braathens av 29. mai 1983 sa hun opp sin stilling under henvisning til at det ikke var mulig for henne å pendle fra Oslo til Stavanger mens hun hadde et lite barn. Samtidig søkte hun vikarjobb med stasjonering i Oslo. I brev til henne av 14. juni 1983 skrev Braathens bl.a. følgende:

Vi viser til ditt brev av 29.05.83 og vil med dette bekrefte at vi er innforstått med at du ønsker å fratre din stilling som flyvertinne i vårt selskap.

Vi regner 03.07.83 som formell dato for fratreden.

...

Ditt ønske om C/A-vikariat f.o.m. 0407.83 er innvilget på flg. vilkår:

Stasjoneringssted: Oslo

...

Det er omtvistet om oppsigelsen og vikararbeidet ble gjennomført, eller om partene senere avtalte at A likevel skulle fortsette i sin stilling i Stavanger. Fra og med 7. oktober 1983 var hun iallfall igjen fast ansatt som flyvertinne på deltid med stasjoneringssted Stavanger.

I 1984 ble A gravid igjen, og ble tatt ut av flytjeneste i september. Fra 22. oktober til 16. november utførte hun bakkearbeid i økonomiavdelingen, som ikke forutsatte bruk av dataterminal. Også dette arbeidet er av Braathens' personalavdeling betegnet som vikariat. Fra og med 17. november hadde hun permisjon uten lønn (med unntak for to dagers oppfriskningskurs i februar 1986) frem til 5. mai 1986, vel et år etter nedkomst 24. april 1985. Ved gjeninntreden, som fortsatt gjaldt halv stilling, ble hun stasjonert i Oslo.

Fra 30. april 1989 til 15. juni 1990 hadde A igjen permisjon uten lønn, denne gang studiepermisjon, som hun benyttet til å utdanne seg som gartner. Under denne permisjonen mottok hun et brev datert 18. juli 1989 med overskriften «Utmelding» fra UNI Forsikring, som på det daværende tidspunkt hadde pensjonsforsikringsavtalen med Braathens. Fra brevet gjengis:

Rettigheter ved Deres utmelding 30.04.1989 fra den kollektive pensjonsforsikringen for:
BRAATHENS SOUTH-AMERICAN & FAR EAST AIRTRANSPORT AS ...

ÅRLIGE PENSJONER

– Ved å fortsette premiebetalingen, kan De bli sikret følgende beløp:

– Alderspensjon

Fra Deres fylte 67 år og livsvarig 1.292

– Uførepensjon 1.292

...

Brevet har ingen opplysning om dato for innmeldelse i forsikringen. Det er imidlertid klarlagt at A ble innmeldt i ordningen første gang pr. 1. januar 1988. Det er videre på det rene at A valgte å fortsette premiebetalingen frem til 1. januar 1992.

Kort tid før A skulle ha gjeninntådt etter studiepermisjonen, ble hun utsatt for en bilulykke, og fikk derfor ikke tatt avsluttende eksamen. Hun var sykemeldt i et år til 15. juni 1991. Hun tok sin eksamen i denne perioden, men var fortsatt ikke i stand til å gjenoppta arbeidet som flyvertinne. For å sikre seg mot oppsigelse (jf arbeidsmiljøloven § 64 nr. 1 annet punktum) søkte hun og fikk permisjon uten lønn i seks måneder. Hun gjeninntådde i sin halvtidsstilling 30. desember 1991. Det er ikke opplyst om og eventuelt når hun har gått tilbake til full stilling.

Ved brev av 14. april 1998 sendte forsikringsselskapet forsikringsbevis til A. Av brevet fremgår det at hun regnes som ansatt pr. 30. desember 1991 og ble opptatt i forsikringsordningen pr. 1. januar 1993. Videre opplyses det at hennes pensjon, under forutsetning av fortsatt årlig premiebetaling, ut fra hennes beregnede tjenestetid er avkortet til 18/30 av full pensjon.

A reagerte på opplysningene i brevet, og tok – med bistand av Privatansattes Fellesorganisasjon – spørsmålet om pensjonsansienitet opp med Braathens. Det var enighet om at A som følge av medlemskapet i KLP skulle ha vært innmeldt i Braathens' pensjonsordning da hun kom tilbake etter sin første permisjon 19. juni 1981. Braathens påpekte imidlertid at unnlåtelsen av å melde henne inn på dette grunnlag ikke hadde redusert As pensjonsrettigheter, idet hun ikke ville ha opptjent rett til fripolise før hun ville ha blitt utmeldt pr. 13. januar 1982, da hun igjen gikk ut i permisjon. Også for øvrig tilbakeviste Braathens at A hadde krav på bedre pensjonsrettigheter enn hun nå har oppnådd.

Ved stevning til Asker og Bærum herredsrett (nå tingrett) av 27. juni 2000 anla A søksmål mot Braathens, opprinnelig med krav om at Braathens skulle kjennes uberettiget til å melde henne ut av pensjonsordningen etter 1. januar 1980. Påstanden ble senere endret til at A har pensjonsansienitet i Braathens fra 1981. Braathens påsto seg frifunnet. Herredsretten avsa 6. april 2001 dom i saken med slik *domsslutning*:

1. Braathens ASA frifinnes.
2. A dømmes til innen 2 –to– uker fra dommens forkynnelse å erstatte Braathens ASA saksomkostninger med kr 41.000 – førtiéntusen – med tillegg av den forsinkelsesrente som er fastsatt i forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra dommens forkynnelse til betaling skjer.

Det nærmere saksforholdet fremgår av herredsrettens dom og av lagmannsrettens bemerkninger i det følgende.

A har i rett tid påanket herredsrettens dom til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling ble holdt i Oslo tinghus 27. – 29. august 2002. A møtte med sin prosessfullmektig og avga partsforklaring. Braathens var representert ved sin prosessfullmektig. Braathens' personaldirektør Halfdan Haaland fulgte forhandlingene 27. og 28. august med hjemmel i tvistemålsloven § 213 annet ledd, og forklarte seg som vitne. Det ble avhørt ytterligere seks vitner og foretatt dokumentasjon som angitt i rettsboken.

Den ankende part, A, har i det vesentlige anført:

Med unntak av et drøyt år da hun hadde studiepermisjon for å utdanne seg til anleggsgartner, har A hatt hele sitt yrkesaktive liv i Braathens' tjeneste.

Braathens' praktisering av pensjonsordningen innebærer en kombinasjon av innmeldingsregler, utmeldingspraksis og bruk av fripoliser som fører til et urimelig pensjonsmessig resultat for A. Virkningen av de permisjoner hun har hatt i tilknytning til en spontanabort, to fødsler og en sykemelding er at hun i betydelig utstrekning har mistet pensjonsrettigheter. Hun aksepterer at opptjening av pensjon ikke skjer i selve permisjonsperiodene, men ikke tapet av pensjonsrettigheter som følge av at Braathens ved senere permisjon har meldt henne ut av pensjonsordningen og strøket ervervede pensjonsrettigheter, for deretter å beregne ventetid før ny innmeldelse i pensjonsordningen. Praktiseringen av reglene har utilsiktede

konsekvenser for kvinnelige arbeidstakere, som ut fra sin biologiske funksjon er avhengige av å ta ut permisjoner i større utstrekning enn mannlige ansatte. Den praksis Braathens har valgt er økonomisk gunstig for selskapet, men gir det verst tenkelige alternativ for de kvinnelige ansatte.

I tillegg har selskapet sviktet med hensyn til å gi A «annet passende arbeid» eller permisjon med lønn i graviditetsperiodene, da hun etter luftfartslovgivningen ikke hadde adgang til å arbeide i kabinen. Hvis hun under graviditeten i 1984–85 hadde fått «annet passende arbeid» eller permisjon med lønn, som hun etter overenskomsten hadde rett til, ville hun i det minste ha oppfylt vilkårene for innmelding i pensjonsordningen pr. 1. januar 1985.

Braathens, som sitter med personalarkivet, må ha bevisbyrden for at A ble tilbudt «annet passende arbeid» i graviditetsperiodene. Arbeid ved dataterminal kunne ikke anses som «passende arbeid». Det var på det daværende tidspunkt stor usikkerhet om risikoen ved den stråling fosteret ble utsatt for, som var langt sterkere enn den moderne dataterminaler gir. Særlig på bakgrunn av den spontanabort A tidligere hadde hatt mens hun utførte terminalarbeid, var hun engstelig. Denne engstelsen skulle arbeidsgiveren ha tillagt avgjørende vekt, jf Friberg m. fl.: Arbeidsmiljøloven (1998), side 453, siste hele avsnitt. Dersom Braathens ikke kunne tilby annet enn terminalarbeid, hadde A krav på lønn i graviditetsperioden.

Braathens' utmeldingspraksis var i strid med den preseptoriske forskriften om private tjenstepensjonsordninger av 28. juni 1968. Forskriften er gitt av Sosialdepartementet som en del av sosiallovgivningen, med det siktepunkt å verne arbeidstakere. Det fastslås i forskriftens § 4 at tjenstepensjonsordningen skal omfatte «alle arbeidstakere» i bedriften, med nærmere angitte unntak. Av § 13 nr. 1 fremgår det at arbeidstakeren «har til enhver tid eiendomsrett til opptjent pensjon beregnet på grunnlag av den premiereserve som er oppsamlet for vedkommende ...», mens § 13 nr. 3 regulerer situasjonen når arbeidstakeren «slutter i arbeidsgiverens tjeneste uten rett til straks begynnende pensjon».

Etter punkt 9 i den forsikringsavtale mellom Braathens og forsikringsselskapet som gjaldt fra 1. januar 1980, trer arbeidstakeren ut av kollektivforsikringen når han «fratrer sin stilling hos forsikringstakeren». Den naturlige språklige forståelse av dette er at uttrede skal skje når arbeidstakerens arbeidsforhold avsluttes med endelig virkning. Det erkjennes at det kan være tvil om tolkningen, men formuleringen må tolkes mot den som burde ha uttrykt seg klarere, og mot den sterkeste parten i forholdet, nemlig Braathens. Uansett må arbeidsgiveren, hvis han velger en vid fortolkning som også omfatter midlertidig fratreden, i det minste gjøre dette klart for arbeidstakerne. Braathens har i sitt informasjonsbrev av 12. november 1979 i denne sammenheng benyttet ordet «sluttet», som gir klart inntrykk av at det er tale om en endelig avslutning av arbeidsforholdet. Braathens har aldri gitt noen konkret informasjon om tap av pensjonsrettigheter ved permisjoner. For arbeidstakerne har det vært naturlig å oppfatte Braathens' opplysninger om ansiennitet som avgjørende også for pensjonsrettighetene, særlig når dette ses i sammenheng med formuleringen i informasjonsbrevet.

I tiden etter 1982 er det gjort en tilføyelse i tjenstepensjonsforskriften § 4 nr. 3, hvorefter førtidspensjonerte og «permitterte» kan omfattes av pensjonsordningen. Det må legges til grunn at dette ikke tar sikte på arbeidstaker i ordinær permisjon, men bare permitterte som følge av driftsinnskrenkning e.l. Uansett er dette punktet av liten interesse. Braathens' utmeldelsespraksis er iallfall i strid med forskriften når utmeldelse praktiseres ved svangerskaps- og fødselspermisjon.

Også den fripolisep praksis som er ført for Braathens' tjenstepensjoner er i strid med forskriften, siden § 13 begrenser adgangen til å utstede fripolise – og eventuelt innlemme fripoliseverdien i selskapets premiefond – til arbeidstakere som «slutter» i arbeidsgiverens tjeneste. Når forsikringsavtalen på dette punkt bruker ordet «fratrer», må det også i denne sammenheng tolkes som endelig avslutning av arbeidsforholdet.

Etter bevisførselen må det legges til grunn at mange arbeidsgivere har praktisert de samme regler som Braathens. Det anføres imidlertid at denne praksis er i strid med preseptorisk lovgivning, og at domstolene må utøve sensur. Noen fast bransjepraksis som får selvstendig rettskildemessig betydning, er det ikke tale om. Det vises til Andreas Arntzen: Forsikringsrett II (1995), side 65–66.

Det anføres ikke at Braathens har brutt sin informasjonsplikt, men at den informasjon til

de ansatte om pensjonsordningen som faktisk er gitt, må trekkes inn ved tolkningen av pensjonsdelen av arbeidsavtalen.

Det anføres heller ikke at likestillingsloven danner rettslig grunnlag for påstanden, men loven er et tolkningsmoment ved fastleggelsen av innholdet av de begreper som er avgjørende for As rettsstilling, herunder termen «fratreden».

Retten kan velge mellom å anse Braathens' praksis som stridende med pensjonsregelverket eller med likestillingslovgivningen.

Et krav om like opptaksvilkår for begge kjønn følger ikke bare av likestillingsloven, men også direkte av tjenstepensjonsforskriften av 27. oktober 1969, som nå er opphevet.

I Braathens' pensjonsordning ble flyverne – som inntil 1990 utelukkende var menn – opptatt som medlemmer ved tiltredelsen, mens flyvertinnene – som tidligere utelukkende var kvinner – måtte vente i minst 1 år. I Braathens' opprinnelige pensjonsforsikringsavtaler er ulikheten i opptaksvilkår knyttet direkte til kjønn, men formuleringene er senere blitt endret, uten at dette endrer konklusjonen. Avgjørende for om de ulike opptaksvilkårene skal anses stridende mot forskriften må være om det finnes noen saklig grunn til forskjellsbehandlingen, jf uttalelser om det tilsvarende spørsmål i likestillingsloven i Ot.prp.nr.33 (1974–1975) side 26 og 28.

Også likestillingsloven er relevant for de aktuelle pensjonsspørsmål. Det vises i den forbindelse til at de alminnelige forsikringsvilkår som gjaldt for kollektiv pensjonsforsikring i Norske Folk i 1970- og 1980-årene, uttrykkelig fastslår at ved siden av vilkårene og den konkrete forsikringsavtalen mellom arbeidsgiveren og forsikringsselskapet gjelder «lov om forsikringsavtaler ... og lovgivningen ellers.»

I denne saken er det ingen motstrid mellom likestillingsloven og pensjonslovgivningen, som her eventuelt går foran i kraft av lex specialis-prinsippet. Saken gjelder tolkning og praktisering av A s pensjonsavtale, sammenholdt med lovgivningen, og fremstillingen ovenfor viser at Braathens' tolkning og praktisering av avtalen ikke er i samsvar med pensjonslovgivningen.

Hvis man likevel skulle finne at det foreligger lovstrid, anføres subsidiært at likestillingsloven har forrang foran tjenstepensjonsforskriften ut fra så vel lex superior- som lex posterior-prinsippet. Ad forholdet mellom likestillingsloven og forskrifter gitt med hjemmel i andre lover, vises til Holgersen: Likestillingsloven (1984) side 207–09.

Ulik behandling i pensjonsforhold på grunnlag av kjønnsforskjeller aksepteres bare når det foreligger saklig grunn. Eksempelvis fant Likestillingsombudet i uttalelse av 17. november 2000 at det forelå saklig grunn til forsikringsselskapenes praksis med å kreve høyere premie av kvinner enn av menn for visse forsikringsprodukter, begrunnet med kvinners statistisk sett høyere levealder. Ombudet la avgjørende vekt på at det ikke foreligger noe gjennomførbart alternativ til forsikringsselskapenes praksis. På dette punkt er den foreliggende saken annerledes. Braathens hadde valget mellom flere ulike løsninger, og måtte da velge en løsning i overensstemmelse med likestillingsloven.

Det vises også til Likestillingsombudets uttalelse i 1990 i sak nr. 88/366, som gjaldt lovligheten av utmelding av en kollektiv pensjonsordning under svangerskapspermisjon.

Den kombinasjon av innmeldingsregler, fripolisepraksis og utmeldingspraksis som Braathens har valgt, rammes nå av likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2, som den lyder etter lovendringen i 2002, som direkte og formell diskriminering. Men også etter den tidligere likestillingsloven § 3 annet ledd annet punktum ble dette ansett som indirekte kjønnsdiskriminering som rammer kvinnelige arbeidstakere på en urimelig måte. Dette fremgår klart av Ot.prp.nr.77 (2000–2001) punkt 6.1.6.

Et slikt graviditetsvern har i lang tid – også i 1980-årene – vært anerkjent internasjonalt. Det vises til NOU 2001:27 – Om kjønnsnøytralitet i pensjonsordninger i privat sektor – hvor det på side 31 flg. som ledd i en fremstilling av de av Norges internasjonale forpliktelser som kan ha betydning for bruk av kjønn som faktor ved fastsettelse av innbetalinger og ytelser i pensjonsinnretninger, er redegjort for EUs rådsdirektiv 86/378/EØF. Videre kan det bl.a. vises til FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 10 (i kraft fra 1976) og Den europeiske sosialpakt (1961), artikkel 8 nr. 1.

Både likestillingsloven og de nevnte konvensjoner fantes før 1981, slik at det ikke er

snakk om at likestillingsloven gis tilbakevirkende kraft på pensjonsforpliktelser stiftet før loven.

Fra rettspraksis vises det til RG–1986–409 og Stavanger byretts dom av 20. oktober 2001 i sak nr. 1280/00 A, og fra forvaltningspraksis vedtak av Klagenemnda for likestilling av 15. september 1998 i sak mellom Lufthansa og Luftfartens funksjonærforening.

Braathens' praksis rammes også av likestillingsloven § 5 sammenholdt med generalklausulen i § 3 annet ledd annet punktum. Det vises til Ot.prp.nr.33 (1974–1975) side 38 annen spalte i. m.

Et annet mulig grunnlag for As krav er avtalelovens § 36. Bestemmelsen må anvendes på den tredjemannsavtale forsikringsordningen innebærer, slik den er formidlet til de ansatte. Det vises til at det er Braathens som har valgt vilkårene i forsikringsavtalen.

Det som kreves, er at Braathens oppfyller pensjonsavtalen med A. Hvis praktiseringen av ordningen er i strid med likestillingsloven, må avtalen oppfylles ut fra en korrekt tolkning.

Dersom man legger til grunn de samme opptaksvilkår som flyverne hadde, skulle A ha vært innmeldt i pensjonsordningen fra 1. januar 1980, eller iallfall fra 1. desember 1980, da hun oppfylte kravet om ventetid etter ansettelse. Dersom man legger til grunn at hun på dette tidspunkt ikke oppfylte kravet om full arbeidsførhet, blir opptakstidspunktet forskjøvet til 19. juni 1981, da hun var helt arbeidsfør igjen. Ved gjeninntreden denne dato oppfylte hun dessuten innmeldingsvilkårene som følge av sitt medlemskap i KLP.

Også 1. desember 1981 er en mulig innmeldelsesdato. Da var ventetiden etter ansettelse oppfylt, samtidig som A var fullt arbeidsdyktig.

Uansett hvilken av de nevnte datoene som velges, skulle A ha vært innmeldt i pensjonsordningen innen utløpet av 1981. Subsidiært anføres at hun skulle ha vært innmeldt 1. januar 1984, da hun enten skulle ha vært i «annet passende arbeid» eller mottatt lønn uten å arbeide.

Det bestrides at det hadde vært adgang til å melde henne ut i 1982 eller senere i den forstand at hun mister rettigheter i tiden før og etter selve permisjonsperiodene. Hun krever imidlertid ikke pensjonsopptjening i permisjonsperiodene. Hennes krav følger så vel av arbeidsavtalen som av likestillingsloven § 3 annet ledd. Det vises særlig til As sammenhengende ansettelsesforhold, bare avbrutt av en stillingsendring i noen uker i 1983. Hun har aldri «sluttet» i Braathens. Hennes kortvarige vikarstatus endrer ikke dette, jf også Kredittilsynets brev av 17. november 1997, hvor det uttales at «alle ansatte» i en tjenestepensjonsordning også antas å omfatte vikarer og midlertidig ansatte.

A har nedlagt slik *påstand*:

1. A har pensjonsansiennitet i Braathens ASA fra 1981.
2. Braathens ASA tilpliktet å betale sakens omkostninger for herreds- og lagmannsrett med tillegg av 12 % rente fra 2 uker etter forkynnelsen av lagmannsrettens dom til betaling skjer.

Ankemothparten, Braathens, har i det vesentlige anført:

Det krav som fremsettes i saken, bygger på en pensjonsavtale som ikke eksisterer. Arbeidsgiveren har forbeholdt seg å fastlegge vilkårene for pensjonsordningen og eventuelt endre dem med virkning for fremtiden. Retten må ta utgangspunkt i den forsikringsavtale som Braathens faktisk har etablert. Verken Braathens eller A har betalt premie for den pensjonsytelse som kreves. A er ikke stilt i utsikt noen bedre pensjonsordning enn den hun har fått.

Etter opptaksvilkårene kunne A ha vært innmeldt i pensjonsordningen 1. desember 1980, men da var hun ute i avtalt permisjon. Hun kan ikke ha trodd at hun var med i ordningen når hun ikke betalte premie. Slik premiebetaling ville ha fremgått så vel av den månedlige lønnslisten som av den lønnsoppgave hun mottok årlig. Også utmeldingsbrevet hun mottok fra forsikringsselskapet i 1989 må ha gitt en klar indikasjon på at de opparbeidede pensjonsrettigheter var helt marginale.

Braathens hadde adgang til å operere med ulike opptaksvilkår for ulike grupper ansatte og til å bestemme at man ved gjeninntreden etter permisjon måtte meldes inn på nytt. Den praksis som ble fulgt med hensyn til utmeldelse av pensjonsordningen ved permisjon, var i overensstemmelse med regelverket og med bransjepraksis, og ble praktisert likt for alle

kategorier ansatte.

Ordet «fratreden» i regelverket har ulikt konkret innhold i forskjellige sammenhenger, og kan også omfatte midlertidig fravær ved permisjon. Det tilbakevises bestemt at utmelding ved permisjon skal være ulovlig. Den adekvate problemstilling er ikke ulovlighet, men i hvilken utstrekning man kan beholde et medlem innmeldt i pensjonsordningen, og eventuelt for hvor lang tid.

Termen «arbeidstaker» i forskriften om private tjenestepensjonsordninger av 28. juni 1968 § 4 nr. 1 sikter bare til aktive arbeidstakere. En annen forståelse ville føre til bl.a. at den som tar permisjon for å prøve et annet arbeid, kunne opparbeide seg pensjonsrettigheter flere steder samtidig.

Selv om man legger til grunn den ankende parts tolkning av ordene «fratrer», «slutter» og «arbeidstaker» i forskrifts- og informasjonsmaterialet, kommer man ikke utenom at A sa opp sin faste stilling og gikk over til å arbeide som vikar. Dermed falt hun utenfor pensjonsordningen. Den uttalelse av 17. november 1997 fra Kredittilsynet som går i motsatt retning, forelå først lang tid senere.

Alle i As situasjon er blitt tilbudt annet passende arbeid når de settes på bakken i forbindelse med graviditet. Det har bare i begrenset omfang vært tale om arbeid ved dataterminal. Det er for øvrig på det rene at det ikke er påvist noen risiko ved slikt terminalarbeid. Uansett må A ha vært fullt informert om de rettigheter hun hadde dersom hun ble tilbudt arbeid som ikke ble ansett «passende», og kan iallfall ikke nå påberope seg at hun ikke ble tilbudt annet arbeid eller permisjon med lønn, når dette ikke ble tatt opp på det aktuelle tidspunkt.

Pensjonsordningen er ikke i strid med likestillingsloven. Dette spørsmål må vurderes ut fra rettstilstanden i årene forut for 1993. Hvis man legger til grunn den oppfatning av likestillingsspørsmål som gjelder i dag, risikerer man å tillegge loven tilbakevirkende kraft.

Likelønnsbestemmelsen i likestillingsloven § 5 er ikke overtrådt. Det foreligger heller ikke brudd på generalklausulen i likestillingsloven § 3. Det er tillatt innen forsikring å ta hensyn til ulikheter mellom kjønnene. Det er ikke avgjørende at A er kommet uheldig ut, men om pensjonsordningen generelt er urimelig.

Det foreligger heller ikke noe brudd på informasjonsplikten etter FAL § 19–3.

Braathens ASA har nedlagt slik *påstand*

1. Herredsrettens dom stadfestes.
2. A dømmes til å betale Braathens ASAs saksomkostninger for lagmannsretten med tillegg av 12 % rente fra dommens oppfyllelsesfrist til betaling skjer.

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at saken står i en annen stilling for lagmannsretten enn for herredsretten ved at A s anførsler er blitt vesentlig utvidet og endret under ankesaksforberedelsen.

Bakgrunnen for den tjenestepensjonsordning Braathens – i likhet med mange andre selskaper – har hatt for sine ansatte, er bestemmelsen i skatteloven § 44 første ledd bokstav k (nå § 6–46) som gir fradrag i arbeidsgiverens inntekt for «... tilskudd til privat tjenestepensjonsordning som er i samsvar med regler gitt av Kongen. .. ». Inntil ikrafttredelsen (1. januar 2001) av lov av 24. mars 2000 nr. 16 om foretakspensjon, var denne formen for pensjonsordning regulert ved forskrift av 28. juni 1968 (også kalt TPES-forskriften), gitt med hjemmel i den nevnte bestemmelse i skatteloven. Foruten å regulere nærmere hvilke midler det kan kreves skattefradrag for med hjemmel i skatteloven § 44 k, oppstiller forskriften krav til de pensjonsordninger som kan gi grunnlag for fradrag. Fra forskriften som den opprinnelig lød, gjengis:

§ 4. Tjenestepensjonsordningens omfang.

1. Pensjonsordningen ... skal omfatte alle arbeidstakere som er obligatorisk trygdet etter bestemmelsene i lov om folketrygd. Det kan likevel opprettes pensjonsordning som bare omfatter arbeidstakere hvis lønn overstiger et fastsatt beløp, forutsatt at vilkårene i § 6 er oppfylt. ...
2. Bestemmelsene i punkt 1 er ikke til hinder for at det kan settes som alminnelig vilkår for opptakelse i pensjonsordningen at arbeidstakeren
 - a) har en arbeidstid som utgjør minst halvparten av full arbeidstid i tilsvarende

stilling. ...

- b) har vært i arbeidsgiverens tjeneste en viss tid, høyst fem år. Arbeidstakere som har fylt 25 år skal likevel tas med i pensjonsordningen senest etter ett års tjeneste,

...

- d) er arbeidsfør. Er arbeidstakeren ikke arbeidsfør på det tidspunkt da han ellers skulle tas opp i pensjonsordningen, skal han tas opp når han blir arbeidsfør igjen,

3. Pensjonsordningen kan ikke omfatte andre personer enn de som er nevnt i punkt 1. ...
Med samtykke av Forsikringsrådet kan annen arbeidstaker enn nevnt i punkt 1 tas med i pensjonsordningen.

...

§ 6. Forholdsmessighet mellom pensjonene i tjenstepensjonsordning.

1. Pensjonen skal i prinsippet fastsettes slik at det blir et rimelig forhold mellom de samlede pensjonsytelser – inklusive ytelser fra folketrygden – som de enkelte arbeidstakere er sikret når det tas hensyn til lønn og tjenestetid hos arbeidsgiveren. ...

...

§ 13. Eiendomsrett til opptjent pensjon.

1. Den som omfattes av fast tjenstepensjonsordning har til enhver tid eiendomsrett til opptjent pensjon beregnet på grunnlag av den premiereserve som er oppsamlet for vedkommende ved årlig premiebetaling og ved dekning av naturlig premiereserve.

...

3. For den som slutter i arbeidsgiverens tjeneste uten rett til straks begynnende pensjon, skal kapitalverdien av rettigheter etter punkt 1 og 2 nyttes til å sikre oppsatte ytelser i fast tjenstepensjonsordning eller ved individuell pensjonsforsikring. ...

4. Bestemmelsene i punkt 3 i denne paragraf er ikke til hinder for at det i forsikringsavtale eller vedtekter fastsettes at kapitalverdien skal overføres til ordningens pensjonsreguleringsfond dersom

- a) kapitalverdien av pensjonsrettighetene er mindre enn en fjerdedel av folketrygdens grunnbeløp ved fratredelsen eller
b) medlemstiden i pensjonsordningen er mindre enn 1/10 av det tidsrom som kreves for full pensjon.

Dersom ordningen ikke har pensjonsreguleringsfond, overføres midlene i tilfelle til premiefond.

Ved forskrift av 27. oktober 1969 er det fastsatt enkelte presiseringer i 1968-forskriften, som etter endringsforskrift av 25. mars 1982 hadde slik ordlyd:

§ 4. Tjenstepensjonens omfang.

Punkt 2.

Opptakelsesvilkår som fastsettes i henhold til bestemmelsene i punkt 2 b), behøver ikke være de samme for alle grupper av arbeidstakere. Ved opptakelse av nye arbeidstakere i pensjonsordningen etter 1. april 1982 kan det ikke benyttes ulike opptakelsesvilkår på grunn av kjønn.

Det vil fremdeles være adgang til å la opptakelsen i pensjonsordningen utstå inn til første premieforfall (hovedpremieforfall) etter at opptaksvilkårene er oppfylt.

...

§ 6. Forholdsmessighet mellom pensjonene i tjenstepensjonsordning.

Kravet om forholdsmessighet mellom pensjonene er ikke til hinder for at arbeidstakere som er tatt med i pensjonsordningen, men som kunne ha vært holdt utenfor etter bestemmelsene i § 4, sikres lavere pensjonsytelser enn de øvrige arbeidstakere.

...

I 1983 fikk 1968-forskriftens § 4 nr. 3 første ledd følgende tilføyelse:

Dog kan førtidspensjonerte bli stående i pensjonsordningen, forutsatt at medlemskapet opprettholdes for alle førtidspensjonerte. Tilsvarende gjelder for permitterte.

På grunnlag av uttalelser i forarbeidene til foretakspensjonsloven må lagmannsretten legge til grunn at ordet «permitterte» bare tok sikte på arbeidstakere som må fratren sin stilling for kortere eller lengre tid fordi det ikke lenger er arbeidsoppgaver til dem. Om personer med permisjon på annet grunnlag heter det i Ot.prp.nr.47 (1998–1999) side 54:

1968-reglene gir etter sin ordlyd ... ingen anvisninger på håndtering av medlemskap i pensjonsordningen under permisjon hvor fratreden fra stillingen ikke skyldes forhold hos arbeidsgiver.

Etter lagmannsrettens vurdering sto arbeidsgiverne (og forsikringsselskapene) etter dette fritt med hensyn til om medlemskap i pensjonsordningen skulle opprettholdes for ansatte som hadde permisjon uten lønn, uansett om grunnlaget for permisjonen var lov- eller avtalebestemt. Regelverket kan vanskelig forstås slik at det ikke var adgang til å opprettholde medlemskapet. På den annen side setter ikke forskriften noe forbud mot utmelding, eller mot suspensjon av medlemskapet i selve permisjonstiden.

Braathens har opplyst at selskapet konsekvent har foretatt utmelding av alle ansatte som har permisjon. Lagmannsretten må i mangel av konkret materiale som tyder på annet, legge opplysningen til grunn, men er likevel i tvil om kortvarige permisjoner for andre stillingskategorier enn kabinansatte – f.eks. ved repetisjonsøvelser – har medført utmelding. Det er imidlertid mulig at det i slike tilfeller har vært innvilget permisjon med lønn. I så fall kan ikke permisjonene likestilles i pensjonsmessig henseende med de permisjoner A har hatt. Lagmannsretten har for øvrig merket seg at det i brev fra Braathens til A av 2. mai 1995 opplyses følgende:

Er man ute av pensjonsordningen mer enn ett år starter man på ny opptjening.

Dette kan forstås slik at alle permisjoner uten lønn medfører formell utmelding av pensjonsordningen, likevel slik at kortvarige permisjoner reelt bare medfører en suspensjon av medlemskapet, slik at reglene om fripolise og karenstid ikke praktiseres i disse tilfellene.

TPES-forskriften inneholder heller ikke noe forbud mot eller krav om godkjenning av den ulikhet i innmeldingsregler mellom flyverne og kabinpersonalet som ble praktisert i Braathens, iallfall ikke for tiden før forskriftsendringen 1. april 1982.

I forbindelse med innmeldingsreglene bemerkes at bakgrunnen for at flyverne ble tatt opp i pensjonsordningen ved ansettelse, synes iallfall delvis å ha vært at de kom fra plikttjeneste i Forsvaret, og dermed hadde hatt medlemskap i Statens Pensjonskasse. De ville derfor ha blitt medlemmer fra ansettelsesdatoen også etter de opptaksregler som gjaldt for kabinpersonalet. Men ved gjeninntreden etter senere tjenesteavbrudd ville flyverne slippe den karenstid som de kabinansatte måtte gjennom for å bli gjeninnmeldt i pensjonsordningen.

Også den fripolisepraksis som innebærer at premieinnbetalingen for ansatte med kort ansettelsestid ikke kommer den ansatte til gode, men går inn i Braathens' premiefond, er i overensstemmelse med forskriftsverket. Den reelle begrunnelse for denne del av regelverket synes dels å knytte seg til at administrasjon av små premiereserver medfører uforholdsmessig store omkostninger, dels har det vært et ønske å tilgodese arbeidstakere med lang ansettelsestid på bekostning av arbeidstakere med kortvarig ansettelsesforhold. Det siste leddet i begrunnelsen passer dårlig på As tilfelle.

Spørsmålet er om Braathens' opptaksregler, praksisen med utmeldelse ved permisjon og fripolisepraksis sett i sammenheng gir et pensjonsmessig resultat for den kabinansatte som står i strid med de rettigheter som er tilsagt i arbeidsavtalen, eller med lovgivningen om likestilling. Lagmannsretten er enig med A i at hun er kommet særdeles dårlig ut av den kollektive pensjonsforsikringsordning, og at det ikke er grunnlag for å bortforklare dette med at hennes permisjonshistorikk er enestående – med forbehold for studiepermisjonen og den derpå følgende permisjon som følge av bilulykken. Lagmannsretten ser det slik at As permisjoner som følge av én abort og to svangerskap/fødsler er i overensstemmelse med et permisjonsmønster som gjelder svært mange kvinnelige arbeidstakere. Retten har også stor forståelse for at A ikke tidligere har hatt slik innsikt i de relevante elementer i pensjonsforsikringsordningen at hun har vært i stand til å reise spørsmål om sine rettigheter på et tidspunkt da det hadde vært mulig å rette opp skjevhetene ved ordningen uten å foreta en slik

etterfølgende revisjon som hun nå krever. Pensjons- og forsikrings spørsmål er ofte vanskelige og kompliserte, ikke minst når det, som her, gjelder å se konsekvenser av et samvirke av flere ulike elementer.

Lagmannsretten er videre enig med A i at den umiddelbart naturlige forståelse av ordene «fratrer», «fratreden» og «slutter», slik de er brukt i TPES-forskriften, forsikringsvilkårene og orienteringen til de Braathens-ansatte, er at det siktes til en endelig avslutning av arbeidsforholdet. Men ordene kan også ha en annen betydning. Som eksempel nevnes lov om Statens Pensjonskasse, hvor det i § 20 første ledd bokstav d) er tale om at et medlem «midlertidig har fratrudd tjenesten». På samme måte kan man bruke ordet «slutte», f.eks. i forbindelse med at man går ut i permisjon. Også ordet «arbeidstaker» kan sies å være tvetydig slik det er brukt i TPES-forskriften, og kan oppfattes med den begrensning at det bare omfatter dem som faktisk utfører arbeid. Som påpekt av Braathens, kunne en annen tolkning føre til at en arbeidstaker med permisjon for å prøve et annet arbeid, samtidig opparbeidet pensjonsrettigheter hos flere arbeidsgivere. Dette ville være i strid med forholdsmessighetsregelen i TPES-forskriften § 6.

Selv om det kan virke søkt å legge en slik alternativ betydning i ordbruken, må formuleringene vurderes i sammenheng med pensjonsordningen for øvrig. Et sentralt element i ordningen er at forsikringspremien i stor utstrekning betales av arbeidsgiveren, som derfor er gitt en viss adgang til å utforme de nærmere regler for den konkrete pensjonsordningen. Samtidig er det av betydning at de ansatte har plikt til å betale egenandel av premien. På dette punkt hadde de ansatte utvilsomt fått tilstrekkelig informasjon. De hadde dermed det nødvendige materiale til å kunne se at permisjoner uten lønn skapte problemer for premiebetalingen i pensjonsforsikringen.

Plikten til å betale egenandel av premien innebar videre at de ansatte kunne se av lønns slipper og lønnsoppgaven til bruk ved utfylling av selvangivelsen om de var opptatt i forsikringsordningen. Psykologisk sett er det lett å forstå at A ikke har reagert på at oppgavene ikke har opplysninger om premietrekk, men den omstendighet at det ikke er gitt melding om trekk, sammenholdt med den skriftlige orientering som var gitt om at egenandelen var fradragsberettiget ved ligningen, må likevel tillegges vekt ved en rettslig vurdering av hvilke rettigheter A og andre kabinansatte hadde etter pensjonsordningen.

Disse rettighetene må betraktes som en del av lønnsvilkårene etter arbeidsavtalen. Selv om det hadde vært ønskelig at Braathens (eller forsikringsselskapet) hadde orientert de kabinansatte bedre om de pensjonsmessige konsekvenser av en permisjon, kan ikke lagmannsretten se at den mangelfulle informasjon i seg selv – eller den konkrete informasjon som man i dag kan påvise at ble gitt – kan føre til at forskrifts- og avtalematerialet tolkes annerledes i forhold til de ansatte, som er begunstiget etter den tredjemannsavtale forsikringsavtalen representerer, enn det som utvilsomt har vært avtalepartenes – d.v.s. Braathens' og forsikringsselskapets – mening. Det er heller ikke grunnlag for noen revisjon av arbeidsavtalen med hjemmel i avtaleloven § 36 eller annet avtalerettslig grunnlag.

Når så vel karenstid ved opptak som utmelding ved langvarig permisjon uten lønn må aksepteres, kan ingen av de alternative opptakstidspunkter som A har krevet lagt til grunn, føre frem etter arbeidsavtalen. Dette må også gjelde i forhold til studiepermisjonen og den etterfølgende permisjonsperioden, selv om A da betalte forsikringspremie i hele permisjonstiden.

I graviditetsperiodene antar lagmannsretten at A ville ha foretrukket å arbeide på bakken, forutsatt at hun slapp å arbeide ved dataterminal, eller å få permisjon med lønn, som hun hadde krav på hvis Braathens ikke hadde «annet passende arbeid» til henne. Lagmannsretten antar videre at personaladministrasjonen i Braathens ikke så det som noe problem at gravide ansatte arbeidet ved dataterminal, selv om det i 1970- og 80-årene var betydelig usikkerhet om stråling fra dataskjermer kunne føre til fosterskader. Retten behøver ikke å ta stilling til om slikt arbeid var «passende» for gravide, idet det uansett må legges avgjørende vekt på at de kabinansatte hadde fått utførlig skriftlig informasjon om sine rettigheter under graviditet, slik at spørsmålet om annet arbeid eller full lønn uten arbeid kunne og burde ha vært tatt opp på det aktuelle tidspunkt. Når A ikke foretok seg noe med dette, men aksepterte permisjon uten lønn uten protester, må det være for sent å påberope seg disse rettighetene nå. Uansett

ville hun ha blitt utmeldt av pensjonsordningen i forbindelse med de etterfølgende fødselspermisjoner.

Etter dette kan ikke lagmannsretten se at As krav kan føre frem på pensjonsrettslige eller avtalerettslige grunnlag.

Retten har vært i atskillig større tvil med hensyn til om pensjonsordningen strider mot likestillingslovgivningen. As anførsel på dette punkt er formulert som et krav om at likestillingsloven må inngå som et tolkningsmoment ved fastleggelsen av innholdet av de omtvistede formuleringer i forskrifts- og avtaleverket.

Likestillingsloven av 9. juni 1978 trådte i kraft 15. mars 1979, og gjaldt således da Braathens' pensjonsordning ble satt i verk. De bestemmelser som kan tenkes anvendt er likelønnsbestemmelsen i § 5 og, alene eller i kombinasjon med § 5, generalklausulen i § 3, som inntil 2002 har hatt slik ordlyd:

Forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.

Med forskjellsbehandling menes handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn. Som forskjellsbehandling regnes videre en handling som faktisk virker slik at det ene kjønn på urimelig måte stilles dårligere enn det annet.

...

Etter lovendring av 14. juni 2002, i kraft fra 1. juli 2002, lyder de siterte ledd i bestemmelsen slik:

Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som

- 1) stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,
- 2) setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.

Det er neppe tvilsomt at tolkningen og vurderingen av pensjonsordningen må skje på grunnlag av det innhold likestillingsloven hadde i årene 1980–92, da den aktuelle forskjellsbehandlingen av de kabinansatte i forhold til flyverne skjedde. Innenfor denne perioden er det særlig årene 1980–87 som er av interesse, siden de pensjonsmessige konsekvensene for A av graviditet og fødsler inntreffer da. Men også virkningene av studiepermisjonen og sykdomsperioden i 1989–91 reiser spørsmål om kjønnsdiskriminering som følge av den karenstid for nytt opptak i pensjonsordningen som ble praktisert for de kabinansatte, men ikke for flyverne.

Dersom loven i perioden 1980–92 hadde hatt den ordlyd den nå har fått, finner lagmannsretten at Braathens' pensjonsordning for kabinansatte ville ha vært i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2. Spørsmålet er om pensjonsordningen også var i strid med bestemmelsen med den ordlyd og det innhold den hadde i den nevnte periode. Ved avgjørelsen er to separate utviklingslinjer av betydning; den ene gjelder kjønns sammensetningen av de ulike stillingskategorier i Braathens, den andre gjelder det nærmere innholdet av likestillingslovens regler.

Opprinnelig var 100 % av flyverne menn, mens 100 % av de kabinansatte var kvinner. Den første kvinnelige flyveren i Braathens ble ansatt i 1990. I dag er 5 eller 6 av flyverne kvinner. Det er ikke opplyst når Braathens første gang ansatte en mann til arbeid i kabinen, men i dag er ca 10 % av de kabinansatte menn. Hvis utviklingen hos Braathens har vært den samme som i andre flyselskaper, antar lagmannsretten at mannlige kabinansatte forekom tidligere enn kvinnelige flyvere. En slik kjønnsmessig utjevning innen stillingskategoriene som skjer i selskapet, bidrar noe til å dempe det inntrykk av kjønnsdiskriminering som den ulike utformingen av pensjonsvilkårene gir.

I denne sammenheng nevnes også at de pensjonsrettigheter som de senere år er gitt menn

i forbindelse med fødsler, trekker i samme retning.

Ved fastleggningen av det nærmere innhold av likestillingslovens generalklausul tar retten utgangspunkt i følgende uttalelse på side 32 i Ot.prp.nr.33 (1974–1975):

... det sier seg selv at likestillingsloven ikke kan brukes til å endre samfunnet over natten. Det er med sikte på dette at lovutkastet bare gjelder de tilfellene hvor et kjønn «på u r i m e l i g måte stilles dårligere enn det annet». Urimelighetskriteriet er ment å begrense rekkevidden av § 2 tredje ledd [NÅ § 3 ANNET LEDD ANNET PUNKTUM I LOVEN] slik at den bare omfatter de tilfellene som innen rammen av vårt samfunnssystem synes vanskelig å forene med prinsippet om likestilling. Men samtidig som det ligger en begrensning i kravet til urimelighet, er det meningen å gi rom for en utvikling. Etter hvert som tiden går, vil synet på hva som er urimelig endre seg, og likestillingsloven vil kunne omfatte stadig flere tilfelle hvor det ene kjønn faktisk stilles dårligere enn det annet. ...

I Ot.prp.nr.77 (2000–2001) kommenteres denne passus slik:

... Med andre ord forutsatte man den gang den utvikling som har skjedd i praksis mot en gradvis utvidelse av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling.

Det må etter dette legges til grunn at likestillingslovens innhold har endret seg i løpet av den periode loven har virket. Dette dynamiske elementet ved loven gjør at man må være forsiktig med å slutte fra dagens syn på likestilling og kjønnsdiskriminering når man vurderer en konflikt fra en tidligere periode i lovens virketid.

Det må legges til grunn at pensjonsmessig forskjellsbehandling av menn og kvinner i en viss utstrekning må aksepteres. Fra Likestillingsombudets praksis nevnes vedtak av 17. november 2000 i spørsmålet om lovligheten av å beregne ulike forsikringspremier for kvinner og menn, basert på statistiske forskjeller i levealder og uførhetsrisiko. Ombudet fant at denne praksis innebar en forskjellsbehandling på grunn av kjønn, jf likestillingsloven § 3, men at det var saklig grunn til forskjellsbehandlingen, slik at den ikke var i strid med loven. I begrunnelsen uttaler ombudet at hun « per i dag ... ikke [KAN] se at det foreligger noe gjennomførbart alternativ til dagens praksis». Noe tilsvarende problem foreligger ikke i den sak retten behandler.

Av særlig interesse for den foreliggende sak er Likestillingsombudets sak nr 88/366, inntatt på side 30–31 i årsmeldingen for 1990. Saken gjaldt en kvinnelig arbeidstaker som ble utmeldt av den kollektive forsikring mens hun hadde svangerskapspermisjon. Som følge av utmeldingen fikk hun ikke rett til uførepensjon og uførekapital da hun før det var gått to år fra hun gjenopptok arbeidet, ble syk og senere ervervsufør. Fra Likestillingsombudets uttalelse gjengis:

Ombudet finner det for sin del vanskelig å hevde at utmeldingspraksisen *på urimelig måte* rammer kvinner.

Etter hva jeg forstår blir kvinner som tar ut svangerskapspermisjon bare utmeldt i den ulønnede delen av permisjonen. Medlemskap i kollektiv pensjonsordning og gruppelivsforsikring utgjør et tillegg i lønn. Så lenge arbeidstakeren ikke mottar lønn i permisjonstiden, kan en neppe kreve at arbeidsgiveren skal betale premien for vedkommende.

...

Saksforholdet skiller seg på enkelte punkter fra As sak. Ombudets sak gjaldt uførhetspensjon, ikke alderspensjon, men dette er ikke avgjørende. Derimot er det en viktig forskjell at arbeidstakeren i ombudets sak synes å ha blitt gjeninnmeldt i pensjonsordningen ved gjeninntreden, uten noen slik karenstid som gjaldt for Braathens' kabinansatte. Dette må anses vektlagt i ombudets begrunnelse, jf forutsetningen om at utmeldingen bare gjelder den ulønnede del av permisjonen. Det fremstår dermed som et åpent spørsmål om Likestillingsombudet ville ha kommet til samme resultat dersom manglende opptjeningsstid hadde hatt sammenheng med en slik karenregel. Lagmannsretten peker særlig på at ombudets forutsetning om at et resultat i arbeidstakerens favør innebærer premiebetaling uten at arbeidstakeren har krav på lønn, ikke slår til når man ser på karenperioden isolert.

Også Norges internasjonale forpliktelser kan tenkes å gi støtte for å anse den aktuelle pensjonsordning som stridende mot forbudet mot urimelig kjønnsdiskriminering. A har særlig vist til EØS-avtalen artikkel 69 som svarer til EF-traktatens artikkel 141 (tidligere nr. 119) om lik lønn for kvinner og menn for samme arbeid, og til rådsdirektiv nr. 1986/378, hvor det i artikkel 6 heter:

Under bestemmelser som er i strid med prinsippet om likebehandling, hører bestemmelser som enten direkte eller indirekte tar utgangspunkt i kjønn, særlig under henvisning til sivilstatus eller familiesituasjon, ved fastsettelse av

- a) ...
- g) suspensjon av adgangen til under en fødselspermisjon eller permisjon av familiemessige årsaker å beholde eller opptjene en rettighet som følger av lov eller avtale, og som betales av arbeidsgiveren,
- h) ...

Lagmannsretten er enig med A i at rådsdirektivet er av innholdsmessig interesse for det spørsmål saken gjelder, selv om reglene ikke var bindende for Norge i den aktuelle tidsperiode. Retten peker imidlertid på at det følger av direktivets artikkel 8 at medlemsstatene pålegges å treffe de nødvendige foranstaltninger til at bestemmelser i ervervstilknyttede sikringsordninger som er i motstrid med likebehandlingsprinsippet, blir tatt opp til revisjon senest 1. januar 1993. I samme artikkel fastslås det uttrykkelig at direktivet ikke er til hinder for at rettigheter og plikter som vedrører en periode for medlemskap av en ervervstilknyttet ordning som ligger forut for den påbudte revisjon av ordningen, fortsatt er undergitt de bestemmelser i ordningen som gjaldt for den aktuelle periode. Endelig heter det i artikkel 12 at medlemsstatene har tre års frist fra meddelelsen av direktivet (d.v.s. til 30. juli 1989) til å sette i kraft de nødvendige lover og forskrifter for å etterkomme direktivet. På denne bakgrunn har reglene etter rettens oppfatning liten betydning ved siden av reglene i likestillingsloven.

Lagmannsretten kan heller ikke se at de konvensjoner som A har vist til, bl.a. FN's konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, etter sitt innhold kan fortolkes slik at de setter forbud mot den indirekte diskriminering som det her er tale om.

Etter dette er det de nasjonale regler som blir avgjørende. Lagmannsretten er kommet til at den kombinasjon av regler og praksis som Braathens' pensjonsordning bygget på i den aktuelle periode antakelig var i strid med likestillingsloven med det innhold den da hadde. Men det er ikke dette As påstand går ut på. Hun krever at hun i ettertid skal bli stilt som om pensjonsordningen hadde vært en helt annen enn den faktisk var, og baserer kravet på at forsikringsavtalen skal fortolkes i lys av likestillingsloven. Lagmannsretten kan ikke se at tolkningen av forskrifts- og avtalegrunnlaget er særlig tvilsomt på de punkter det er vist til, og viker derfor tilbake for å revidere det rettslige grunnlaget for pensjonsordningen på denne måten. Retten peker i den forbindelse på at hjemmelsgrunnlaget for utmeldingspraksis synes å ha vært nøyaktig det samme i den sak som ovenfor er referert fra Likestillingsombudets årsmelding 1990, uten at ombudet har hatt bemerkninger til dette punktet.

Lagmannsretten viser dessuten til Gudrun Holgersens monografi om likestillingsloven (utgitt 1984), hvor hun på side 92 skriver følgende om en nærmere angitt form for kjønnsdiskriminerende regler om aldersgrense:

Selve utformingen av ordningen er etter min mening i strid med loven og kan ikke aksepteres. Den må derfor endres for fremtiden, men kan neppe gis noen tilbakevirkende kraft. Pensjonsordningen vil være lagt opp og finansieringen ordnet med sikte på at pensjon først skal ytes fra den fastsatte pensjonsalder er nådd. Det kan her ikke ses bort fra hensynet til opparbeidede rettigheter og økonomi og pålegges en pensjonsutbetaling som ikke er forberedt. Loven kan ikke fortolkes slik at dette blir resultatet.

På tilsvarende måte må man etter lagmannsrettens oppfatning resignere når det gjelder As krav om oppretting av den urett hun – etter lagmannsrettens mening med rette – mener å ha vært utsatt for.

Etter dette må herredsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.

Lagmannsretten er også enig i herredsrettens saksomkostningsavgjørelse, som må vurderes ut fra sakens stilling på tiden for herredsrettens behandling. Også lagmannsretten finner at søksmålet, slik det var begrunnet for herredsretten, fremsto som uten rettslig grunnlag. Herredsretten har imidlertid fastsatt et uriktig utgangspunkt for renteplikten, idet renten først begynner å løpe to uker etter forkynnelsen av herredsrettens dom. Det må derfor utformes ny domsslutning på dette punkt.

Lagmannsretten er enig med herredsretten i at Braathens' nødvendige saksomkostninger for herredsretten ikke omfattet utgifter påløpt som følge av at Braathens benyttet en utenbys prosessfullmektig.

Anken har vært forgiveves. Saksomkostningsspørsmålet for lagmannsretten skal dermed avgjøres etter tvistemålsloven § 180 første ledd. Lagmannsretten finner at saken har reist prinsipielle og uavklarte spørsmål som A har hatt fyllestgjørende grunn til å bringe inn for domstolene – også for lagmannsretten, og at det dermed foreligger særlige omstendigheter som gir grunn til å fritta henne for det saksomkostningsansvar overfor motparten som man etter hovedregelen i § 180 første ledd vanligvis pålegges. Etter dette bærer hver av partene sine saksomkostninger for lagmannsretten.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

- 1. Herredsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.*
- 2. I saksomkostninger for herredsretten betaler A innen 2 –to– uker fra forkynnelse av herredsrettens dom til Braathens ASA 41.000 –førtientusen– kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.*
- 3. Saksomkostninger for lagmannsretten tilkjennes ikke.*