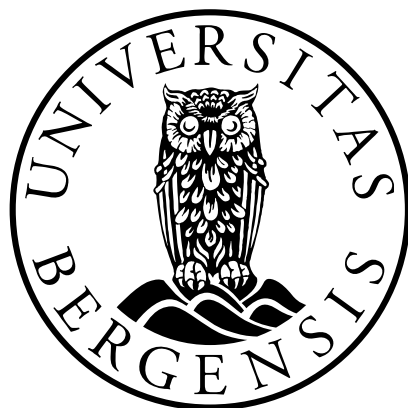


Graviditetsdiskriminering i arbeidslivet

Er diskrimineringsvernet for kvinnelige gravide arbeidstakere reelt?

Kandidatnummer: 94

Antall ord: 14304



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Avgrensning og fremstillingen videre.....	4
2 Det individuelle diskrimineringsvernet for gravide arbeidstakere.....	6
2.1 Historisk utvikling.....	6
2.2 Håndheving	7
2.2.1 Rettslig vekt av Diskrimineringsnemndas praksis	8
2.3 Det generelle diskrimineringsvernet i norsk rett.....	9
2.3.1 Graviditetsdiskriminering.....	11
2.3.2 Vilkår for ulovlig forskjellsbehandling.....	12
2.4 Det absolutte diskrimineringsvernet i norsk rett	15
2.4.1 Det absolutte diskrimineringsvernet ved ansettelse	15
2.4.1.1 Utlysning av stilling	16
2.4.1.1 Innkalling til intervju.....	17
2.4.1.3. Innhenting av opplysninger.....	18
2.4.1.4. Ansettelse	21
2.4.2 Det absolutte diskrimineringsvernet ved forlengelse av midlertidig stilling ...	23
2.4.3 Det absolutte diskrimineringsvernet ved opphør av arbeidsforhold	24
2.5 Sanksjoner ved brudd på individvernet.....	26
2.5.1 Oppreisning	27
2.5.2 Erstatning	29
2.6 Prinsippet om delt bevisbyrde	32
2.6.1 Høyesteretts forståelse av bevisbyrdereglene	34
2.6.2 Diskrimineringsnemndas praktisering av bevisbyrdereglene	36
2.6.3 Ulike syn i teorien	38
2.6.4 Rettstilstanden og veien videre	39
3 Det strukturelle diskrimineringsvernet for gravide arbeidstakere.....	41
3.1 Arbeidsgiveres aktivitets- og redegjørelsesplikt	41
3.1.1 Kritikk av aktivitetsplikten.....	43

4	Avsluttende bemerkninger	45
4.1	Er vernet reelt?	45
4.1.1	Diskrimineringsnemnda som lavterskeltilbud.....	45
4.1.2	Bevisbyrdeproblematikken.....	46
4.1.3	Strukturell diskriminering som et samfunnsproblem	47
4.1.4	Veien videre	48
	Litteraturliste	50
	Norske lover	50
	Forskrifter.....	51
	Direktiver og konvensjoner	52
	Forarbeider og høringsnotater	53
	Rettspraksis	55
	Norske domstoler	55
	Diskrimineringsnemnda og tidligere Likestillings- og diskrimineringsnemnda.....	56
	Avgjørelser fra Sivilombudet	57
	Dommer fra EU-domstolen.....	57
	Bøker og lovkommentarer.....	58
	Artikler, undersøkelser og statistikk.....	59
	Artikler	59
	Undersøkelser.....	59
	Statistikk.....	60

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Retten til arbeid er en menneskerett og en særlig viktig del av individets liv. Dette ikke bare fordi det egner til å tjene til livets opphold, men også fordi det er avgjørende for samfunnsdeltakelse og for selvrealisering. Av disse grunnene er arbeidslivet også en spesielt viktig arena for likestilling.¹

Det norske Stortinget har gjennom blant annet arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsloven gitt arbeidstakere et sterkt vern.² For gravide arbeidstakere innebærer det et nærmest absolutt diskrimineringsvern mot forskjellsbehandling med grunnlag i graviditeten. Til tross for dette sterke diskrimineringsvernet, viser statistikk fra Diskrimineringsnemnda, samt omfangsundersøkelser gjort av TNS Gallup og AFI på oppdrag fra Likestillings- og diskrimineringsombudet at graviditetsdiskriminering forekommer i norsk arbeidsliv. TNS Gallups undersøkelse fra 2014/2015 viste at hele 51 prosent av kvinnelige arbeidstakere oppgir å ha opplevd én eller flere former for diskriminering knyttet til graviditet og graviditetsrelatert permisjon.³ I 2020/2021 gjennomførte AFI en ny og mer omfattende undersøkelse av diskriminering av foreldre i arbeidslivet, som viste at graviditetsdiskriminering fortsatt var på samme nivå som det var i 2014/2015.⁴

Avhandlingen behandler det individuelle og strukturelle vernet mot graviditetsdiskriminering i norsk arbeidsliv. Kvinners individuelle graviditetsdiskrimineringsvern ivaretas gjennom positive rettigheter kodifisert i diskrimineringslovgivningen, herunder særlig muligheten til å fremme individklager for Diskrimineringsnemnda. Avhandlingen tar sikte på å undersøke i

¹ NOU 2009:14 pkt. 8.2 s. 98.

² Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

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

³ TNS Gallup (2015) s. 15.

⁴ AFI (2021) s. 4.

hvilken grad Diskrimineringsnemnda som klageorgan kan anses som et lavterskeltilbud som styrker norske gravide arbeidstakers diskrimineringsvern. Fokus vil være på Diskrimineringsnemndas myndighet til å ilegge erstatning og oppreisning, samt deres praktisering av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen. På den strukturelle siden ivaretas gravidens diskrimineringsvern gjennom arbeidsgivers plikt til å arbeide for å forebygge diskriminering og fremme likestilling i virksomheten. Avhandlingen tar sikte på å undersøke om arbeidsgivers aktivitets- og redegjørelsesplikt praktiseres og håndheves på en tilstrekkelig effektiv måte.

1.2 Avgrensning og fremstillingen videre

Denne avhandlingen vil i kapittel 2 redegjøre for det individuelle diskrimineringsvernet, herunder det generelle vernet og det absolutte diskrimineringsvernet for gravide kvinner ved ansettelse, forlengelse av midlertidig stilling og oppsigelse. Videre vil den ta for seg nemndas myndighet til å ilegge oppreisning og erstatning, samt tolkningen og anvendelse av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen i norsk rett. I fremstillingen vil praksis fra Høyesterett, Diskrimineringsnemnda og den tidligere Likestillings- og diskrimineringsnemnda og fra EU-retten, samt resultater fra AFI og TNS Gallup sine undersøkelser bli benyttet for å belyse rettstilstanden og utbredelsen av graviditetsdiskriminering i arbeidslivet. Rettsreglene og praksisen blir analysert med sikte på å undersøke om kvinnelige arbeidstakere og -søkere opplever et reelt diskrimineringsvern i praksis. I avhandlingens kapittel 3 behandles det strukturelle diskrimineringsvernet ved arbeidsgivers aktivitets- og redegjørelsesplikt relativt kort, før det oppsummeres og gis noen avsluttende bemerkninger i kapittel 4.

Avhandlingen behandler det diskrimineringsrettslige vernet knyttet til svangerskap, herunder svangerskapspermisjon. Det avgrenses mot behandling av fødselspermisjon og foreldrepermisjon. Under det individuelle vernet er det det absolutte diskrimineringsvernet ved ansettelse, forlengelse av midlertidig stilling og oppsigelse som er fokus. Avhandlingen fokuserer på arbeidstakers rettigheter og avgrenser mot behandling av midlertidig ansattes og

selvstendige næringsdrivendes graviditetsdiskrimineringsvern.⁵ Avhandlingen vil ikke behandle trygderettigheter. Avhandlingen avgrenser videre mot behandling av regler om individuell tilrettelegging, trakassering, positiv særbehandling, gjengjeldelse og varsling.

Avhandlingen tar utgangspunkt i alminnelig norsk rettsdogmatisk metode med en beskrivelse av gjeldende rett hvor relevante rettskildefaktorer tolkes og veies mot hverandre i tråd med etablerte rettskildeprinsipper.⁶ De mest relevante kildene som belyser temaet er lovt tekst, forarbeider, avgjørelser fra Høyesterett og fra Diskrimineringsnemnda. Under punkt 2.2.1 redegjøres det for den rettslige vekten av Diskrimineringsnemndas praksis. EU-direktiver som for Norge er bindende, samt tilhørende EU-rettslig praksis vil suppleres med der dette anses hensiktsmessig. Disse vil tolkes i tråd med alminnelige folkerettslige prinsipper om tolkning av direktiver og konvensjoner som kodifisert i Wien-konvensjonen art. 31.⁷

⁵ Selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere er ikke omfattet av det alminnelige arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1-8 (1). Likestillings- og diskrimineringsloven har imidlertid gjennom § 29 annet ledd gitt disse samme vern i arbeidsforhold som arbeidstakere.

⁶ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 19-22.

⁷ Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1968.

2 Det individuelle diskrimineringsvernet for gravide arbeidstakere

2.1 Historisk utvikling

Et sentralt hensyn bak diskrimineringsvernet for gravide kvinnelige arbeidstakere er å beskytte kvinnen og barnet. Norge har helt siden 1915 hatt regler om permisjon for kvinner i forbindelse med fødsel.⁸ En kvinne skulle ikke arbeide de første seks ukene etter fødsel og skulle heller ikke nektes fritakelse fra arbeid de siste fire uker før fødsel. Permisjonsreglene har blitt styrket en rekke ganger utover forrige århundre. Det første generelt virkende diskrimineringsforbudet kom med likestillingsloven i 1978 som forbød diskriminering på grunnlag av kjønn.⁹ Loven tok sikte på å fremme likestilling mellom kjønnene og særlig å bedre kvinners rettsstilling.¹⁰ Diskrimineringsvernet ble styrket i 2002 ved at likestillingsloven ble endret på en rekke punkter for å oppfylle Norges likestillings- og diskrimineringsrettslige forpliktelser etter EØS avtalen.¹¹ I 2014 ble likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet kodifisert i Grunnloven § 98 med ordlyden at «intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling».¹²

I 2013 besluttet Stortinget å vedta fire diskrimineringslover med den hensikt at samstemte lover vil gjøre diskrimineringsvernet mer tilgjengelig og dermed og styrke vernet.¹³ Lovene forbød diskriminering på grunn av kjønn, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsidentitet

⁸ Lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industriell virksomhet (arbeidervernloven) (opphevet) § 33.

⁹ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) (opphevet).

¹⁰ Likestillingsloven 1978 § 1.

¹¹ EU-direktiver som ble innlemmet i EØS-avtalen var Rådsdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet), senere avløst av rådsdirektiv 2006/54/EF (likestillingsdirektivet) og Rådsdirektiv 92/85/EØF (svangerskapsdirektivet). Den sikret også gjennomføring av FNs kvinnekonvensjon (1979) om å avskaffe av alle former for diskriminering av kvinner.

¹² Lov 17. mai 1814 kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven). Endret med FOR-2014-05-14-628 del I.

¹³ Prop. 88 L (2012-2013) kap. 1.1.1 s. 11.

og kjønnsuttrykk, samt etnisitet, religion og livssyn.¹⁴ De fire diskrimineringslovene ble i 2017 samlet til en felles likestillings- og diskrimineringslov.¹⁵ Siktemålet var å gjøre lovverket mer oversiktlig for å skape et mer enhetlig vern og enklere håndhevelse.¹⁶ Loven skal «fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av [...] graviditet [...]», jf. § 1. Med «likestilling» menes «likeverd, like muligheter og rettigheter [...]», jf. § 1 annet ledd. Tidligere ble diskriminering på grunn av graviditet vurdert som indirekte diskriminering på grunn av kjønn, men ble ved vedtagelse av 2017-loven skilt ut som et eget diskrimineringsgrunnlag. Til tross for at presiseringen ikke var ment å innebære realitetsendring, bidrar den til et mer uttalt og styrket vern mot graviditetsdiskriminering.¹⁷

2.2 Håndheving

I 2005 vedtok Stortinget å innføre et håndhevingsapparat for diskrimineringslovgivningen gjennom diskrimineringsombudsloven.¹⁸ Håndhevingen av diskrimineringsregelverket ble delt mellom Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Disse erstattet den tidligere Klagenemnda for likestilling.¹⁹ Likestillings- og diskrimineringsombudet skulle behandle klager fra enkeltpersoner angående diskriminering, i tillegg til å være en pådriver- og kompetanserolle som arbeidet for å fremme likestilling og hindre diskriminering i samfunnet. Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelser i enkeltsaker var ikke rettslig bindende for partene, men de ville forsøke å få partene til å komme til enighet. Dersom en part som hadde fått en uttalelse imot seg var misfornøyd eller uenig i denne, kunne vedkommende klage saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

¹⁴ Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) (opphevet).

Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) (opphevet).

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

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

¹⁵ Likestillings- og diskrimineringsloven.

¹⁶ Innst. 389 L (2016-2017) s. 1.

¹⁷ Prop.81 L (2016-2017) kap. 30 s. 312.

¹⁸ Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) (opphevet).

¹⁹ Klagenemnda for likestilling hadde fungert siden 1979.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda fungerte da som et klageorgan. Likestillings- og diskrimineringsnemndas vedtak kunne videre bringes inn for domstolene til full overprøving. Det ble i 2016 fremmet forslag til endring i håndhevingsapparatet.²⁰ En av utfordringene det ble pekt på var at en sammenblanding av Likestillings- og diskrimineringsombudets pådriver- og håndheverrolle var prinsipielt uheldig.²¹ Videre medførte to-trinns behandlingen svært lang behandlingstid som var dårlig egnet til å sikre et effektivt diskrimineringsvern.²² Endringene ble vedtatt med diskrimineringsombudsloven i 2017 som overførte håndheveroppgavene fra Likestillings- og diskrimineringsombudet til Diskrimineringsnemnda.²³ Et at formålene med reformen var å styrke Likestillings- og diskrimineringsombudets rolle som uavhengig veileder og pådriver for likestilling.²⁴ Likestillings- og diskrimineringsombudets veilederrolle skal både bidra til å realisere individets rett til ikke å bli diskriminert, samt å gi en empirisk og erfaringsbasert forankring til Likestillings- og diskrimineringsombudets arbeid for å fremme likestilling og hindre diskriminering i samfunnet mer generelt.²⁵ Samtidig som at Diskrimineringsnemnda fikk myndighet til å behandle og avgjøre klagesaker om diskriminering, fikk de også myndighet til å tilkjenne erstatning i enkle saksforhold, samt oppreisning i saker innenfor arbeidslivet.²⁶ Diskrimineringsnemndas myndighet til å håndheve likestillings- og diskrimineringsloven følger av likestillings- og diskrimineringsloven § 35 som henviser til diskrimineringsombudsloven.

2.2.1 Rettslig vekt av Diskrimineringsnemndas praksis

Likestillings- og diskrimineringsretten er et rettsområde hvor relativt få saker blir behandlet av ordinære domstoler. Det er Diskrimineringsnemnda som er den primære håndhever av regelverket. Diskrimineringsnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan.²⁷ Den rettskildemessige vekten av domstolslignende forvaltningsorganers praksis vil blant annet

²⁰ Prop. 80 L (2016-2017).

²¹ Ibid. kap. 1 s. 1.

²² Ibid.

²³ Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).

²⁴ Prop. 80 L (2016-2017) kap. 6.5.2.2 s. 27-28.

²⁵ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 677-678.

²⁶ Diskrimineringsombudsloven § 12.

²⁷ Diskrimineringsombudsloven § 6.

avhenge av hvor utbredt og varig praksisen er, kyndighet i beslutningsorganene, hvor rimelig beslutningene er og hvilke andre rettskildefaktorer som spiller inn.²⁸

Diskrimineringsnemnda er et ekspertorgan på likestillings- og diskrimineringsrettens område, noe som taler for at praksisen bør tillegges stor vekt.²⁹ Det stilles også strenge kvalifikasjonskrav til Diskrimineringsnemndas ledere.³⁰ At Diskrimineringsnemnda viser til sin egen praksis og tilstreber å avgjøre like forhold likt gjør praksisen konsekvent, noe som bidrar til å skape forutberegnelighet og sikrer rettssikkerhet på diskrimineringsrettens område. I motsatt retning trekker det at det ikke stilles konkrete krav til avgjørelsers innhold eller form. Det innebærer at det kan være stor variasjon i kvaliteten på nemndsavgjørelser.³¹ På grunn av denne variasjonen argumenterer Blaker Strand og Hellum for at vekten av nemndspraksis avhenger av kvaliteten på den enkelte avgjørelse.³² Relevante momenter for å vurdere avgjørelsens rettskildemessige vekt, er om den følger langvarig og konsekvent praksis og om den vurderer og trekker slutninger fra alle relevante rettskilder, herunder om den er i tråd med EU/EØS-retten og med menneskerettighetene.³³ Et argument mot Blaker Strand og Hellums synspunkt er at dersom alle avgjørelser skal vurderes konkret bidrar det til lite forutsigbarhet og er dårlig egnet til å ivareta borgernes rettssikkerhet. Utgangspunktet bør derfor være at Diskrimineringsnemndas praksis tillegges stor vekt på Diskrimineringsrettens område, med mindre det er klart at en avgjørelse ikke har tatt alle relevante rettskilder i betraktning og dermed må anses som ugrunnet eller usikker.

2.3 Det generelle diskrimineringsvernet i norsk rett

²⁸ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 217.

²⁹ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 68.

³⁰ Diskrimineringsnemndas ledere skal oppfylle krav til dommere etter Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven) §§ 53 og 54. De skal også ha dommererfaring eller andre særskilte kvalifikasjoner.

³¹ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 69.

³² Ibid.

³³ Ibid.

Forskjellsbehandling innebærer at en person blir behandlet annerledes enn en annen person ville blitt i samme tilfelle. Forskjellsbehandling er kun ulovlig dersom den er usaklig begrunnet.³⁴ Diskriminering i rettslig forstand defineres som usaklig forskjellsbehandling som har sammenheng med et bestemt diskrimineringsgrunnlag.³⁵ Et diskrimineringsgrunnlag er et «kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle en person forskjellig fra andre personer i tilsvarende situasjon».³⁶

Vern mot diskriminering reguleres i likestillings- og diskrimineringsloven som gjelder på alle samfunnsområder.³⁷ I arbeidsforhold blir denne supplert av arbeidsmiljøloven.³⁸ Begge lovene er ufravikelige, og individuelle avtaler eller tariffavtaler som strider mot lovgivningen er derfor ugyldige.³⁹ Det alminnelige diskrimineringsforbudet i norsk rett følger av Likestillings- og diskrimineringsloven § 6, som angir at forskjellsbehandling 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. Diskrimineringsforbudet gjelder også forskjellsbehandling på grunn av slike egenskaper man antar at en person har, egenskaper en person har hatt eller vil kunne komme til å få, jf. § 6 annet ledd. For eksempel vil forskjellsbehandling av en arbeidssøker fordi hun feilaktig antas å være gravid eller fordi hun kan komme til å bli gravid stride mot diskrimineringsforbudet. Diskrimineringsforbudet gjelder videre dersom en person blir diskriminert på grunn av sin tilknytning til en annen person på grunn av nevnte diskrimineringsgrunnlag, jf. § 6 tredje ledd. Bestemmelsen forutsetter at det er en tilknytning eller relasjon mellom den som diskrimineres og den som har den aktuelle egenskapen.⁴⁰

³⁴ Likestillings- og diskrimineringsloven §§ 9, 10 og 11 regulerer lovlig forskjellsbehandling.

³⁵ Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 angir det at diskriminering på grunn av en rekke nærmere opplistede grunnlag, er forbudt.

³⁶ Prop. 88 L (2012-2013) kap. 2.1 s. 16.

³⁷ Det følger av Likestillings- og diskrimineringsloven § 2. Likestillings- og diskrimineringsloven § 29 presiserer at forbudet gjelder «alle sider av et arbeidsforhold». Denne presiseringen ble tatt inn av lovgiver i kapittel 5 om arbeidsforhold for å understreke viktigheten av diskrimineringsvernet på arbeidslivets område, jf. Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 331.

³⁸ Særlig relevant for gravide arbeidstakere er retten til svangerskapspermisjon i § 12-1 og oppsigelsesvernet i § 15-9.

³⁹ Ufravikelighet er regulert i likestillings- og diskrimineringsloven § 4 og arbeidsmiljøloven § 1-9.

⁴⁰ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 12.2.8 s. 105.

Både direkte og indirekte diskriminering er ulovlig, jf. § 6 fjerde ledd. Direkte diskriminering vil være når en handling, eller unnløtelse, har et formål eller en virkning som gjør at en person behandles dårdligere enn en annen person ville blitt i en tilsvarende situasjon, og dette skyldes et respektivt diskrimineringsgrunnlag.⁴¹ Indirekte diskriminering foregår dersom en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnløtelse fører til at en person stilles dårdligere enn en annen ville blitt i en tilsvarende situasjon, og dette skyldes et diskrimineringsgrunnlag.⁴²

2.3.1 Graviditetsdiskriminering

Forbudet mot graviditetsdiskriminering er først og fremst begrunnet i hensynet til det enkelte individ. Gravide er i en sårbar posisjon, hvor vernet av både kvinnen og fosterets sunnhet og helse er viktig.⁴³ Det er derfor viktig at kvinner beskyttes mot den fysiske og psykiske belastningen det medfører å måtte bytte jobb eller bli arbeidsledig under graviditeten. Videre har kvinnen behov for økonomisk trygghet, og adgangen til arbeid påvirker retten til og omfanget av trygderettigheter.⁴⁴ Vernet mot graviditetsdiskriminering har også som formål å gjøre det mulig for kvinner å kombinere yrkesaktivitet med det å få barn og ha omsorg for barn. Her står det sentralt at kvinner skal kunne benytte seg av lovbestemt permisjonsrettigheter uten å oppleve negativ forskjellsbehandling som følge av dette.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 forbyr diskriminering på grunnlag av "graviditet". Ordlyden «graviditet» gir anvisning på at det er diskriminering knyttet til svangerskapet som er omfattet av forbudet. Forarbeidene har slått fast at også forhold som direkte knytter seg til

⁴¹ Likestillings- og diskrimineringsloven § 7.

⁴² Likestillings- og diskrimineringsloven § 8.

⁴³ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 524-525.

⁴⁴ Svangerskapspengene beregnes ut fra inntekten til arbeidstakeren, jf. Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd § 14-4 femte ledd.

graviditeten, slik som svangerskapsrelatert sykdom eller fravær, også skal omfattes av diskrimineringsvernet.⁴⁵

Det arbeidsmiljørettslige arbeidstakerbegrepet omfatter «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste».⁴⁶ Svangerskapsdirektivet verner arbeidstakere som er gravide, nettopp har født eller ammer.⁴⁷ Etter direktivets art. 2 (a) beskytter diskrimineringsvernet arbeidstaker «som er gravid som opplyser arbeidsgiveren om sin tilstand i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis [...]». Norsk rett stiller ikke et krav om at arbeidstakeren har opplyst om graviditeten til arbeidsgiver for å oppnå diskrimineringsvern. Slike opplysninger kan likevel inngå i bevisvurderingen om hvorvidt arbeidsgiveren har lagt vekt på graviditeten.

Diskrimineringsnemnda har i perioden 2018-2021 avgjort 1195 klager hvorav 46 gjaldt graviditetsdiskriminering i arbeidslivet.⁴⁸ I samme periode mottok Likestillings- og diskrimineringsombudet i gjennomsnitt 254 henvendelser hvert år, som gjaldt diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon i arbeidslivet.⁴⁹ Det gir antydning på at graviditetsdiskriminering er et utbredt problem i norsk arbeidsliv.

2.3.2 Vilkår for ulovlig forskjellsbehandling

⁴⁵ Prop. 81. L (2016-2017) kap. 16.1 s. 317.

⁴⁶ Arbeidsmiljøloven § 1-8 (1).

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Statistikk hentet fra diskrimineringsnemnda.no. Avlest 05.05.2022.

10 i 2018, 10 i 2019, 15 i 2020 og 11 i 2021. Så langt i 2022 har Diskrimineringsnemnda avsagt 6 saker som gjelder graviditetsdiskriminering i arbeidslivet, avlest 05.05.2022.

⁴⁹ Likestillings- og diskrimineringsombudets årsrapport (2021) s. 8. Det var 319 i 2018, 245 i 2019, 197 i 2020 og 256 i 2021. Likestillings- og diskrimineringsombudet skiller ikke mellom graviditet og foreldrepermisjon i sin statistikk. Det kan begrunnet at tallet er såpass mye høyere enn antall saker for Diskrimineringsnemnda som kun gjelder graviditet som diskrimineringsgrunnlag.

For at forskjellsbehandling skal anses som ulovlig i rettslig forstand, må to vilkår være oppfylt. Forskjellsbehandlingen må ha ført til at en person har blitt stilt i en dårligere stilling enn andre, og denne behandlingen må ha sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag.⁵⁰

Det første vilkåret er kravet om dårligere behandling.⁵¹ Forskjellsbehandlingen må altså ha hatt en negativ virkning for den som er utsatt for den. Både handlinger og unnlaterer er omfattet av forbudet.⁵² For eksempel vil det å unnlate å innkalle en gravid kvinne til jobbintervju, kunne anses som en diskriminerende behandling. I forarbeidene presiseres det at forskjellsbehandlingen må ha ført til skade eller ulempe, for eksempel tap av fordeler, økonomisk tap, eller færre muligheter enn andre i en tilsvarende situasjon.⁵³ Det er tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen er egnet til å svekke arbeidstakers stilling, uten at en nødvendigvis må påvise konkrete konsekvenser.⁵⁴ Helt marginale og i praksis ubetydelige ulemper vil ikke oppfylle kravet om negativ virkning.⁵⁵ Det kreves ikke diskriminerende hensikt, det avgjørende er hvorvidt behandlingen har hatt en diskriminerende virkning.⁵⁶ Utgangspunktet ved vurderingen av om en handling har hatt en diskriminerende virkning, er en objektiv standard for hva som vanligvis anses som en negativ virkning.⁵⁷ Dersom det etter en objektiv vurdering er tvil om endringene i arbeidstakerens stilling skal kategoriseres som negative, vil vedkommende sin subjektive oppfatning av situasjonen være av betydning.⁵⁸

For å avgjøre om en arbeidstaker eller -søker har blitt stilt dårligere enn andre, må en sammenligne vedkommende med en annen i tilsvarende situasjon. Hva som skal anses som en tilsvarende situasjon må vurderes konkret, men det kan ikke stilles krav om helt like situasjoner.⁵⁹ Ordlyden «ville blitt» i likestillings- og diskrimineringsloven § 7 åpner imidlertid

⁵⁰ Vilkårene følger av ordlyden i likestillings- og diskrimineringsloven §§ 7 og 8 om henholdsvis direkte og indirekte forskjellsbehandling.

⁵¹ For direkte forskjellsbehandling er kravet at en person «behandles dårligere enn andre», jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 7, for indirekte forskjellsbehandling er kravet at forskjellsbehandlingen vil «stille personer dårligere enn andre», jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 8.

⁵² Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 314.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Hellum og Ketscher (2008) s. 196.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kap. 9.6.3.3 s. 102.

⁵⁶ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 59 og Rt. 2012 s. 424 avsnitt 32.

⁵⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 12.9.2.2 s. 111.

⁵⁸ Ibid. Som eksempel, se LDN-2006-7 og LDN-2006-22.

⁵⁹ Semner (2018) s. 57.

for at det kan foreligge direkte forskjellsbehandling selv om det ikke foreligger en faktisk sammenligningsperson. Forarbeidene har slått fast at en hypotetisk sammenligningsperson er tilstrekkelig.⁶⁰ Det er også lagt til grunn i forarbeidene til tidligere likestillingslov: «En slik situasjon foreligger for eksempel der en kvinne ikke blir ansatt når hun opplyser om at hun er gravid, uten at noen annen blir ansatt i stedet».⁶¹ I slike situasjoner er det avgjørende om et diskrimineringsgrunnlag er vektlagt til ugunst for den som mener seg diskriminert.⁶²

Det andre vilkåret for å konstatere ulovlig forskjellsbehandling er at behandlingen har sammenheng med det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget. Det er forskjellsbehandling «på grunn av» et diskrimineringsgrunnlag som er ulovlig.⁶³ Lovteksten sier ikke noe om hvor nær sammenheng som kreves for at årsakskravet skal anses oppfylt. I forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven ble det uttrykt at det er «tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen skyldes et diskrimineringsgrunnlag». Uttalelsen tilsier at en viss sammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og forskjellsbehandlingen kan medføre at årsakskravet anses oppfylt.

I Rt. 2014 s. 402 uttalte Høyesterett at det ville stride mot diskrimineringslovgivningen dersom arbeidsgiver hadde lagt «avgjørende vekt» på kjønn i ansettelsen.⁶⁴ Uttalelsen knytter seg konkret til sakens faktum, og det er ikke gjort en slik bred rettslig vurdering som skulle tilsi at Høyesterett mente å fastlegge årsakskravets innhold mer generelt. Formuleringen er likevel blitt adoptert og brukt både i forarbeidene og av Diskrimineringsnemnda i deres avgjørelser.⁶⁵ Et krav om at diskrimineringsgrunnlag skal ha vært avgjørende for forskjellsbehandlingen, legger opp til en høy terskel for at årsakskravet skal anses oppfylt. Det ville gjøre det vanskeligere å vinne frem med påstand om diskriminering. Det kan vanskelig forenes med lovens formål og lovgiverintensjonen, ikke minst i saker om graviditetsdiskriminering hvor diskrimineringsvernet står særlig sterkt. På grunn av disse argumentene tar Blaker Strand og Hellum til orde for at Høyesteretts formulering i Rt. 2014 s. 402 ikke gir et presist uttrykk for

⁶⁰ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 12.2.5.1 s. 103.

⁶¹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kap. 6.1.7 s. 30.

⁶² Prop. 81 L (2016-2017) kap. 12.2.5 s. 103.

⁶³ Likestillings- og diskrimineringsloven §§ 7, 8 og 10 tredje ledd.

⁶⁴ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 55.

⁶⁵ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 12.2.6 s. 104 og for eksempel DIN-2018-86 og DIN-2018-410.

årsakskravets innhold, og at den dermed ikke skal anses som gjeldende rett.⁶⁶ Gjeldende rett er etter deres mening at årsakskravet er oppfylt dersom det foreligger en sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget.⁶⁷ Denne forståelsen av gjeldende rett har gode grunner for seg. For å hindre ytterligere usikkerhet på området, bør det avklares i forarbeidene hvor terskelen for oppfyllelse av årsakskravet skal ligge.

2.4 Det absolute diskrimineringsvernet i norsk rett

Likestillings- og diskrimineringsloven åpner for at det unntaksvis kan være lovlig å forskjellsbehandle dersom det foreligger saklig formål, det er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende.⁶⁸ Forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon er lovlig der det er nødvendig for å «beskytte kvinnen, fosteret eller barnet, eller det det foreligger annen åpenbar grunn», og det ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 10 første ledd. Det er imidlertid gjort et unntak for dette i § 10 tredje ledd for ansettelse, forlengelse av midlertidig stilling eller oppsigelse. I disse situasjonene er forskjellsbehandling aldri tillatt, og diskrimineringsvernet omtales gjerne som absolutt. Det absolute vernet er begrunnet i at kvinnen er i en særlig sårbar posisjon hvor behovet for arbeid og trygge rammer er viktig.

2.4.1 Det absolute diskrimineringsvernet ved ansettelse

Et arbeidsforhold grunner i en avtale hvor en arbeidstaker forplikter seg til å utføre arbeid for en arbeidsgiver i henhold til dennes ledelse.⁶⁹ Det er normalt arbeidsgiveren som har risikoen

⁶⁶ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 251-252.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Likestillings- og diskrimineringsloven § 9.

⁶⁹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 49-50.

for at arbeidsinnsatsen ender i et arbeidsresultat. På grunn av forholdets karakter må arbeidsgiver, med visse begrensninger, ha anledning til å fatte ensidige beslutninger for arbeidsforholdet som påvirker arbeidstakeren. Dette omtales gjerne som arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten er ulovfestet. I Rt. 2000 s. 1602 definerte Høyesterett styringsretten som arbeidsgivers «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet [...] innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått».⁷⁰ En vid forståelse av styringsretten gir også arbeidsgiver rett til å ansette og si opp arbeidstakere.⁷¹ Styringsretten begrenses imidlertid av både lovgivning, tariffavtaler og den enkelte arbeidskontrakt.⁷² Diskrimineringsregelverket er en slik begrensning. Arbeidsgiver er begrenset fra å fatte beslutninger som innebærer at gravide kvinner blir stilt dårligere enn andre. Styringsretten er for offentlige virksomheter ytterligere begrenset av kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelse.⁷³ Forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet gjelder i hele ansettelsesprosessen, og ikke bare det endelige valget om hvem som blir ansatt.⁷⁴

2.4.1.1 Utlysning av stilling

Arbeidsmiljøloven § 14-1 pålegger alle arbeidsgivere å informere sine arbeidstakere og innleide om ledige stillinger i virksomheten. For arbeidsgivere i statlig sektor er det en plikt til å lyse ut ledige stillinger også eksternt.⁷⁵ Arbeidsgivere i privat sektor har ikke tilsvarende plikt til å utlyse stillinger eksternt.

Stillingsutlysninger skal som hovedregel kunngjøres på en nøytral måte, slik at ikke noen potensielle søkere som oppfyller stillingens krav, utelukkes fra å søke.⁷⁶ Arbeidsgiver bør av

⁷⁰ Rt. 2000 s. 1602 på s. 1609.

⁷¹ Andersen (1967) s. 149.

⁷² Rt. 2008 s. 856 avsnitt 34.

⁷³ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven) § 3 forplikter arbeidsgivere til å ansette den arbeidssøkeren som er best kvalifisert til stillingen.

⁷⁴ Dette følger av ordlyden i likestillings- og diskrimineringsloven § 29, men er også uttrykkelig slått fast av Høyesterett i Rt. 2012 s. 424 avsnitt 31.

⁷⁵ Statsansatteloven § 4.

⁷⁶ Semner (2018) s. 200.

hensyn til ikke-diskriminering kartlegge hvilke kvalifikasjonskrav som er nødvendige for stillingen i forkant av utlysningen, og forholde seg til disse kravene gjennom hele ansettelsesprosessen.⁷⁷ Det gjør prosessen mer objektiv og rettferdig og minsker sannsynligheten for at arbeidsgiveren vektlegger andre kvalifikasjoner som ikke på forhånd var bestemt som relevante.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ingen overvåkningsrolle for stillingsannonser, men kan i kraft av sin pådriverrolle for å fremme likestilling og hindre diskriminering på alle samfunnsområder, føre tilsyn med stillingsannonser. Enkeltpersoner kan klage inn en stillingsannonse til Diskrimineringsnemnda dersom denne ikke er nøytralt utformet og dermed diskriminerende.⁷⁸ Et eksempel på det er sak LDN-2006-10. Et renseri utlyste en stilling hvor de oppfordret «voksen dame 30-50 år» om å søke på stillingen. Likestillings- og diskrimineringsnemnda fant at utlysningen både stred mot likestillingsloven og mot forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven. Renseri hadde ikke sannsynliggjort at utlysningen hadde en åpenbar grunn, at den var nødvendig for å oppnå et saklig formål og at den ikke var å anse som et uforholdsmessig inngrep. Det var med andre ord ingen grunn til at kvinner utenfor den oppgitte aldersrommet og også menn ikke kunne være egnet til stillingen. Annonsen var dermed i strid med forbudet mot kjønnsdiskriminering.

2.4.1.1 Innkalling til intervju

Etter at en stilling er utlyst, vil arbeidsgiver kalle inn aktuelle kandidater til intervju. At en kvalifisert søker ikke blir innkalt til intervju kan innebære brudd på diskrimineringsreglene.⁷⁹ Dersom manglende innkalling har sammenheng med graviditet, skal vedkommende anses for å

⁷⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 24.4.10.4 s. 244.

⁷⁸ Det er et krav om at klageren har rettslig klageinteresse, jf. diskrimineringsombudsloven § 8.

⁷⁹ Semner (2018) s. 201.

ha blitt stilt i en dårligere stilling enn tilsvarende kvalifiserte søkere, og dermed for å ha blitt diskriminert.⁸⁰ Det er ikke avgjørende om søkeren ikke ville fått stillingen uansett.⁸¹

Diskrimineringsnemnda har i sin praksis stilt krav til arbeidsgivere om å dokumentere hvorfor en arbeidstaker ikke blir innkalt til intervju dersom vedkommende formelt oppfyller kvalifikasjonskravene. Et eksempel på dette er sak LDN-2007-6 som gjaldt forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon ved ansettelse til stilling som sykepleier i hjemmetjenesten. Søkeren ble ikke innkalt til intervju mens hun var i fødselspermisjon. Kvinnen oppfylte de formelle kvalifikasjonskravene til stillingen og hadde mer erfaring enn flere av de som ble innkalt til intervju for stillingen. Kommunen hevdet at kvinnen var mindre personlig egnet enn kandidatene som ble innkalt til intervju. Påstanden var imidlertid ikke konkretisert og det forelå ingen tidsnær dokumentasjon knyttet til intervjuprosessen. På grunn av kommunenes manglende dokumentering i ansettelsesprosessen, kom Likestillings- og diskrimineringsnemnda til at kommunen ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde for at manglende innkalling ikke hadde sammenheng med fødselspermisjonen. Det forelå derfor brudd på diskrimineringsregelverket.⁸² At det blir stilt krav til arbeidsgiveres dokumentasjon i intervjuprosesser bidrar til å sikre kvalitet på avgjørelsene som blir tatt, og styrker dermed også gravides diskrimineringsvern.

2.4.1.3. Innhenting av opplysninger

Diskrimineringsreglene setter en grense for hva arbeidsgiver med rette kan stille spørsmål om eller innhente opplysninger om i forbindelse med en rekrutteringsprosess.⁸³ Det er et absolutt

⁸⁰ Det skal anses som «forskjellsbehandlet på grunn av graviditet» i strid med likestillings- og diskrimineringsloven § 10 tredje ledd.

⁸¹ For eksempel LDN-2006-19.

⁸² Se også LDL-2009-3 som gjaldt et lignende saksforhold hvor nemnda kom til samme konklusjon.

⁸³ Når det gjelder oppbevaring av slike opplysninger reguleres de av Lov 16. juni 2018 nr. 38 kapittel 3 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven). Det gjelder et krav om behandlingen er nødvendig for å gjennomføre arbeidsrettslige plikter eller rettigheter, jf. § 6. Personvernforordning 2016/679 av 27. april 2016 (GDPR) art. 9 (1) regulerer behandling av særlige kategorier av personopplysninger som forbudt. Graviditet er ikke en av disse, men opplysninger om helseforhold, seksuelle forhold og seksuell orientering kan

forbud mot å innhente opplysninger om en søkers «graviditet, adopsjon eller planer om å få barn», jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 30 første ledd bokstav a. Forarbeidene presiserer at alternativet «planer om å få barn» skal forstås som opplysninger om planlagt graviditet, planlagt adopsjon eller infertilitetsbehandling, samt pågående eller planlagt foreldrepermisjon.⁸⁴ Opplysninger om omsorgsoppgaver inngår ikke som en del av forbudet i § 30, og arbeidsgiver kan dermed spørre arbeidssøker om sivilstatus, antall barn, alder på disse og lignende.⁸⁵ Dersom opplysningene blir brukt til å forskjellsbehandle søkere med omsorgsoppgaver for barn vil det stride mot det generelle diskrimineringsforbudet i § 6.

Overtredelse av forbudet mot innhenting av opplysninger utgjør et selvstendig brudd på loven.⁸⁶ Dermed er det ikke en forutsetning at den som blir spurt om graviditet på intervju også blir forbigått ved ansettelse i en stilling. Formålet bak forbudet er å hindre arbeidsgiver i å tilegne seg opplysninger som det uansett vil være ulovlig å vektlegge i en ansettelsesprosess. Regelen skal videre bidra til et effektivt diskrimineringsvern samt bedre sammenheng i lovverket.⁸⁷

I TNS Gallups omfangsundersøkelse fra 2014 kom det frem at 12 % av kvinnene som tok undersøkelsen hadde opplevd å få spørsmål om graviditet og familieplanlegging på jobbintervju.⁸⁸ I undersøkelsen fra AFI i 2020/2021 opplyste 14,6 % av kvinnene at de hadde fått slike spørsmål på jobbintervju.⁸⁹ At arbeidsgivere overser det absolutte forbudet mot innhenting av slike opplysninger, kan begrunnes i at det vil være vanskelig for en arbeidssøker å bevise hva som har blitt sagt i intervjuet. Det er ofte arbeidsgiveren som sitter på dokumentasjon fra intervjuprosessene, og som har oppfordringen til å dokumentere prosessene. Manglende bevis kan medføre at mange arbeidssøkere vegrer seg for å gå til sak fordi de er redd for å ikke bli trodd. Siden 2018 har Diskrimineringsnemnda kun behandlet seks klagesaker

være relevant sett opp mot familieplanlegging. Det er ikke gjenstand for nærmere behandling i denne avhandlingen.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) kap. 8.3.1 s. 55.

⁸⁵ Ibid. kap. 8.3.5 s. 57.

⁸⁶ Semner (2018) s. 209.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ TNS Gallup (2015) s. 39.

⁸⁹ AFI (2021) s. 23.

om ulovlig innhenting av opplysninger om graviditet ved ansettelse.⁹⁰ Det er svært få sett opp mot tallene som kommer frem av undersøkelsene, noe som kan tyde på at gravides diskrimineringsvern står svakt på dette området.

Arbeidstakere har ved uttak av permisjon varslingsplikt overfor arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 12-7. Denne gjelder imidlertid bare i etablerte arbeidsforhold, og det er dermed ingen plikt for arbeidssøkere om å oppgi graviditet eller planlagt permisjonstid i forkant av ansettelse. Forbudet mot innhenting av opplysninger er ikke i veien for at arbeidssøker uoppfordret velger å opplyse om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging. Det vil ofte være en naturlig del av en samtale på jobbintervju, og arbeidssøkere kan føle på at de holder tilbake informasjon og ikke er ærlig med arbeidsgiveren dersom de ikke opplyser om at de er gravide. Dersom arbeidstakeren på eget initiativ opplyser om graviditet, vil det være ulovlig for arbeidsgiveren å vektlegge dette i beslutningen om ansettelse. I en slik situasjon kan det imidlertid lett oppstå bevismessige spørsmål i etterkant, og forarbeidene presiserer derfor at det er viktig at arbeidsgivere har innarbeidet gode rutiner på dette punktet for å sikre seg mot eventuell etterfølgende klage.⁹¹ Dersom arbeidssøker velger å ikke opplyse om graviditet før ansettelse eller velger å lyve på spørsmål om dette fra arbeidsgiveren, kan arbeidsgiver ikke etter ansettelse påberope seg bristende forutsetninger og oppheve arbeidsavtalen.⁹² Slik avtalerettslig adgang til å oppheve arbeidsavtalen ville sette kvinnen i en umulig posisjon hvor hun risikerer å ikke bli vurdert på lik linje med andre søkere dersom hun forteller om graviditeten, og risikerer å miste jobben dersom hun ikke gjør det.⁹³

Et eksempel på en sak som illustrerer vanskelighetene knyttet til manglende dokumentasjon, er LDL-2006-19. Saken gjaldt en gravid kvinne som hevdet seg forbigått ved ansettelse i et vikariat som norsklærer for en privatskole. Klageren hevdet at privatskolen hadde gitt henne et muntlig tilbud over telefon etter førstegangsintervju, men at dette ble trukket tilbake da hun opplyste om at hun var gravid. Privatskolen hevdet at de ikke hadde tilbudt henne stillingen i

⁹⁰ DIN-2018-45, DIN-2018-168, DIN-2018-268, DIN-2019-418, DIN-2020-57 og DIN-2021-469. Av disse ble to henlagt som følge av bevisets stilling, i én ble det konstatert ikke brudd, og i tre ble det konstatert brudd.

⁹¹ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 331.

⁹² Det ble slått fast av EU-domstolen i Habermann-Beltermann-saken i C-421/92 og i Tele-Danmark saken i C-109/00.

⁹³ Hellum og Ketscher (2008) s. 205.

telefonsamtalen, og at de heller ikke vektla kvinnens graviditet da de valgte å ansette en annen søker som var bedre kvalifisert. Ettersom det ikke var noen andre holdepunkter for hva som hadde blitt sagt i telefonsamtalen enn partenes påstander, kom Likestillings- og diskrimineringsnemnda til at det ikke forelå omstendigheter som ga grunn til å tro at graviditet hadde blitt vektlagt i vurderingen. I denne saken hadde arbeidsgiveren alt å vinne på å ikke dokumentere hva som ble sagt. Slike situasjoner må anses som en mangel i arbeidstakers diskrimineringsvern, som vanskelig kan tettes ved hjelp av lovgivning.

2.4.1.4. Ansettelse

Diskrimineringsforbudet ved ansettelse innebærer at arbeidsgiver ikke rettmessig kan unnlate å ansette en arbeidssøker fordi hun er gravid. Hensynet bak reglene er at arbeidsgivers frie ansettelsesrett må vike til fordel for kvinners adgang til og behov for lønnet arbeid.⁹⁴ I AFI sin undersøkelse oppgir 12,4 % av kvinnene at de ikke fikk en jobb fordi de var gravide, eller planla permisjon i forbindelse med fødsel.⁹⁵ Det er en økning fra 2014 med over 5 prosent.⁹⁶

En sak hvor Høyesterett vurderte spørsmål om diskriminering ved ansettelse, var Rt. 2014 s. 402. Saken gjaldt spørsmål om kjønnsdiskriminering ved tilsetting av sjef ved Forsvarets skolesenter. Klager i saken var en mann som mente seg forbigått ved utnevning til stillingen i strid med likestillingsloven da stillingen ble tildelt en kvinne. Han mente at det var blitt lagt vekt på kjønn i strid med likestillingsloven av 1978 § 4 annet ledd, jf. § 3. Høyesterett slo fast at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett kan bestemme hvilke kvalifikasjoner som skal kreves for ansettelse, og hvordan ulike kvalifikasjonskrav skal veies mot hverandre. Domstolene skal ikke overprøve om kvalifikasjonskravene er påkrevd eller optimale, men de kan overprøve om disse er saklige og forsvarlige, og om det foreligger misbruk av styringsretten.⁹⁷ Videre kan

⁹⁴ Hellum og Ketscher (2008) s. 203.

⁹⁵ AFI (2021) s. 24.

⁹⁶ TNS Gallup (2015) s. 39. I 2014 oppga 7 % av kvinner at de ikke har fått jobb på grunn av graviditet eller planlagt permisjon.

⁹⁷ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 69.

domstolen overprøve om de kvalifikasjonskrav som var oppstilt faktisk var fulgt.⁹⁸ Etter en konkret vurdering av kvalifikasjonskravene og vektingen av disse kom retten til at det ikke forelå brudd på diskrimineringslovgivningen. Høyesterett uttalte at «[l]oven er ikke uten videre brutt selv om den som er ansatt, har dårligere formelle kvalifikasjoner enn den som hevder seg forbigått. Det avgjørende er hvilke kvalifikasjoner arbeidsgiveren mener den som ansettes bør ha, og hvordan den totalt sett bedømmer søkerens kvalifikasjoner. Bare dersom arbeidsgiveren på grunn av kjønn har unnlatt å ansette den han mener er best kvalifisert, er likestillingsloven brutt».⁹⁹ Videre skriver Høyesterett at «[d]et forhold at den som er ansatt hadde dårligere formelle kvalifikasjoner enn andre søkeren, kan altså inngå i bevisvurderingen av hva arbeidsgiveren har lagt vekt på ved ansettelsen. Men dette er ikke uten videre avgjørende – andre omstendigheter kan peke i motsatt retning».¹⁰⁰ Dommen illustrerer hva som skal til for å si at forskjellsbehandling har skjedd «på grunn av» et diskrimineringsgrunnlag i en ansettelsesprosess hvor det ofte er mange kvalifiserte søkere som veies mot hverandre.

I ansettelsessaker hvor en søker mener seg forbigått på grunn av graviditet, viser arbeidsgiver ofte til manglende personlig egnethet hos den som mener seg forbigått. Personlig egnethet er et legitimt kvalifikasjonskrav.¹⁰¹ En slik påstand må imidlertid være etterprøvable ved at den er dokumentert med tidsnær dokumentasjon. For ansettelser i det offentlige har Sivilombudet i sin praksis lagt til grunn at arbeidsgiver skal kunne dokumentere konkret hvorfor en søker ble foretrukket over en annen.¹⁰²

En arbeidstaker som mener seg forbigått ved ansettelse kan etter likestillings- og diskrimineringsloven § 31 kreve at arbeidsgiver gir skriftlige opplysninger om den som ble ansatt. Arbeidssøkeren kan kreve å få innsyn i den ansattes utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner. Med klart konstaterbare kvalifikasjoner menes formelle kvalifikasjoner.¹⁰³ Det innebærer at andre forhold som vanligvis tillegges vekt ved ansettelser,

⁹⁸ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 70.

⁹⁹ Ibid. avsnitt 57.

¹⁰⁰ Ibid. avsnitt 66.

¹⁰¹ Ibid. avsnitt 86.

¹⁰² SOMB-2016-980.

¹⁰³ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 27.7.2 s. 290.

som for eksempel personlig egnethet ikke er omfattet av opplysningsplikten.¹⁰⁴ Arbeidssøker kan heller ikke kreve at arbeidsgiver gir en begrunnelse for ansettelsen, eller gjør rede for nærmere vurderinger eller avveininger som er gjort i prosessen.¹⁰⁵ Formålet bak opplysningsplikten er å effektivisere diskrimineringsvernet ved å gi en arbeidssøker som mener seg forbigått mulighet til å vurdere om det kan foreligge diskriminering.¹⁰⁶ Det fører samtidig til mer effektiv håndheving for Diskrimineringsnemnda.¹⁰⁷ Opplysningsplikten gjelder både eksterne og interne søkere. Den gjelder imidlertid kun ved ansettelse og ikke ved interne forfremmelser eller ved etablerte arbeidsforhold. Opplysningsplikten gjelder for alle arbeidsgivere, både i offentlig og privat sektor.¹⁰⁸

2.4.2 Det absolutte diskrimineringsvernet ved forlengelse av midlertidig stilling

Det følger av likestillings- og diskrimineringsloven § 10 tredje ledd at det absolutte diskrimineringsvernet også gjelder ved forlengelse av midlertidig stilling. Det er begrunnet i at å ikke få forlenget stilling, på samme måte som å ikke bli ansatt eller å bli oppsagt, medfører at arbeidstakeren står uten jobb i en sårbar periode. Når en midlertidig stilling kommer til naturlig opphør er det ofte vanskelig å bevise at unnlatt fornyelse har sammenheng med graviditet. Det skyldes at virksomheten har behov som nødvendiggjør bruken av midlertidige stillinger i utgangspunktet, og at disse kan benyttes som begrunnelsen for å unngå å forlenge en stilling. I TNS Gallup sin undersøkelse fra 2014 oppga 23 % av kvinnene at de ikke hadde fått forlenget vikariat eller annen midlertidig stilling som følge av at de var gravide.¹⁰⁹ I AFI sin undersøkelse

¹⁰⁴ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 27.7.2 s. 290-291.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ For offentlig sektor gjelder forvaltningsforskriften (FOR-2006-12-15-1456). Denne har spesielle reguleringer som gir en part i en ansettelsessak rett til å gjøre seg kjent med samtlige søkeres navn, alder og fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i offentlig og privat virksomhet, jf. § 15. Etter § 17 har en part i en ansettelsessak videre rett til å gjøre seg kjent med søknader fra søkere som er innstilt til eller tilsatt i stillingen og vedlegg til disse, samt dokumenter som inneholder faktiske opplysninger om søkere som er blitt innstilt, og om den søker som er tilsatt i stillingen.

¹⁰⁹ TNS Gallup (2015) s. 39.

fra 2020/2021 var tallet 26,4 %.¹¹⁰ Det er altså en relativt stor andel kvinner som mener seg diskriminert i strid med det absolutte diskrimineringsforbudet på dette området.

Siden Diskrimineringsnemnda ble opprettet i 2018 har de avgjort 18 saker som gjelder spørsmål om manglende forlengelse av midlertidig stilling som følge av graviditet.¹¹¹ Klagesakene viser at det avgjørende for utfallet er hvor god dokumentasjon arbeidsgiver har for at det var andre forhold enn graviditeten som var avgjørende for at arbeidstakeren ikke fikk forlenget sin midlertidige stilling.

Et eksempel på en sak hvor klager ikke nådde frem med påstand om diskriminering var DIN-2018-226. Saken gjaldt spørsmål om en kvinne hadde blitt diskriminert på bakgrunn av graviditet fordi hun ikke fikk forlenget sitt vikariat etter at hun ved en feiltagelse sendte inn sykemelding til arbeidsgiver hvor svangerskapskvalme var oppgitt som sykdomsgrunn. Arbeidsgiver anførte at vikariatet ikke ble forlenget fordi hun ikke innfridde forventningene til stillingen, og at hun ikke oppfylte arbeidsgivers behov. Diskrimineringsnemnda uttalte at det at arbeidstakeren på tidspunktet arbeidsforholdet opphørte var gravid, er en omstendighet som gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted. De etablerte altså en presumsjon for at diskriminering hadde skjedd. Likevel klarte arbeidsgiveren å sannsynliggjøre, blant annet ved å vise til konflikt med arbeidstakeren og manglende erfaring, at graviditeten ikke hadde betydning for beslutningen om å ikke forlenge vikariatet. Avgjørelsen viser at for å vinne frem med diskrimineringspåstand må arbeidstakeren ofte kunne vise til noe mer enn bare at hun ikke fikk forlenget stilling etter at hun ble gravid.

2.4.3 Det absolutte diskrimineringsvernet ved opphør av arbeidsforhold

¹¹⁰ AFI (2021) s. 28.

¹¹¹ Statistikk hentet fra diskrimineringsnemnda.no, avlest 05.05.2022. Av disse ble det konstatert ikke brudd i åtte saker, brudd i syv saker, én sak ble henlagt ut fra bevisets stilling og to saker ble avsluttet uten avgjørelse fordi klagen ble trukket.

Å bli sagt opp fra sitt arbeid er en svært inngripende reaksjon for en arbeidstaker. Oppsigelse vil ramme gravide kvinner særlig hardt, da de er i en sårbar posisjon. Å stå uten arbeid når man venter barn kan innebære både fysiske og psykiske belastninger for kvinnen som kan gå ut over både hennes og barnets helse. Derfor er oppsigelse inntatt i det absolutte graviditetsdiskrimineringsforbudet i likestillings- og diskrimineringsloven § 10 tredje ledd. Omfangsundersøkelsen fra TNS Gallup og AFI viser at det er relativt få kvinner som opplever å bli sagt opp fordi de var gravide. Trenden er også nedadgående. I 2014 var det 4,5 % av kvinnene som oppga å ha bli sagt opp på grunn av graviditet, og i 2020/2021, var der 2,1 %.¹¹² Diskrimineringsnemnda har siden 2018 avsagt to saker som gjaldt oppsigelse av gravid arbeidstaker.¹¹³ Ingen av disse endte i vedtak. Statistikken tyder på at kun et fåtall kvinner opplever slik diskriminering. Videre tyder tallene fra Diskrimineringsnemnda på at det er svært få som klager inn saker på dette grunnlag, og at det er vanskelig å vinne frem.

Arbeidsmiljøloven har i § 15-9 en spesialregel om oppsigelsesvern for en gravid arbeidstaker. Arbeidsmiljøloven § 15-9 første ledd slår fast at en gravid arbeidstaker «kan ikke av den grunn sies opp». Ordlyden gir uttrykk for et årsakskrav; forbudet gjelder oppsigelser som er begrunnet i graviditeten. Videre følger det av bestemmelsen at oppsigelsen «skal anses å ha sin grunn i dette forhold dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig». Ordlyden tilsier at det etableres en presumsjon for at svangerskapet har skyld i oppsigelsen, dersom oppsigelsen blir gitt når arbeidstakeren er gravid. Det avgjørende tidspunktet for når oppsigelsesvernet inntre er altså når arbeidstakeren blir gravid. Høyesterett har tolket uttrykket «overveiende sannsynlig» som at det rommer «et krav om klar sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen skyldes noe annet enn graviditeten.¹¹⁴ Begrunnelsen for et slikt beviskrav er at det er arbeidsgiveren som styrer en oppsigelsesprosess, og som kan underbygge at oppsigelsen skyldes andre forhold enn graviditeten.¹¹⁵ Det er også av hensyn til at arbeidstakeren, som allerede er i en krevende personlig situasjon, skal slippe å måtte sette i gang en prosess for å beholde arbeidet.¹¹⁶

¹¹² AFI (2021) s. 36.

¹¹³ Statistikk hentet fra diskrimineringsnemnda.no, avlest 05.05.2022. Disse var DIN-2018-201 og DIN-2020-375. I første sak kom Diskrimineringsnemnda til at arbeidsgiver ikke visste om graviditeten og at denne dermed ikke var grunnen for oppsigelsen. Den andre saken ble avsluttet da klager valgte å trekke klagen sin.

¹¹⁴ HR-2018-1189-A avsnitt 54.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 543.

HR-2018-1189-A gjaldt spørsmålet om oppsigelse av en gravid arbeidstaker var saklig begrunnet i bedriftens nedbemanningsbehov. Arbeidsgiver argumenterte med manglende lønnsomhet som begrunnet behov for driftsinnskrenkninger. Høyesterett fant ikke at bedriftens økonomi sannsynliggjorde et nedbemanningsbehov.¹¹⁷ På bakgrunn av dette, og at tidsnære bevis dokumenterte at arbeidstakers graviditet i ukene i forkant av oppsigelsen «var blitt et noe vanskelig tema mellom henne og selskapet», og at arbeidsgiver frem til oppsigelsestidspunktet hadde «foretatt disposisjoner og gitt tilkjenne vurderinger som tilsa at arbeidstakers arbeidsområde skulle bestå».¹¹⁸ På bakgrunn av dette konkluderte Høyesterett med at arbeidsgiver ikke hadde sannsynliggjort at oppsigelsen skyldtes andre forhold enn graviditeten, og denne var dermed i strid med arbeidsmiljøloven § 15-9.¹¹⁹

Arbeidsmiljøloven § 15-9 annet ledd regulerer særskilt oppsigelsesvern ved blant annet svangerskapspermisjon.¹²⁰ Etter denne kan ikke en arbeidstaker som har permisjon «sies opp med virkning i fraværsperioden». Bestemmelsen gjør det klart at oppsigelse ikke vil være lovmessig dersom denne er begrunnet i fraværet. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelse innenfor denne perioden skyldtes andre forhold enn fraværet.¹²¹ Vernet gjelder så lenge arbeidsgiveren har blitt informert om at fraværet skyldes svangerskapspermisjon.¹²² Arbeidstaker er forpliktet til å varsle arbeidsgiver om permisjon så snart som mulig, og senest en uke i forveien ved fravær utover to uker.¹²³ Ved tvist om arbeidsforholdet er brakt til lovlig opphør, gir arbeidsmiljøloven § 15-11 rett til å fortsette i stillingen.

2.5 Sanksjoner ved brudd på individvernet

¹¹⁷ HR-2018-1189-A avsnitt 70-73.

¹¹⁸ Ibid. avsnitt 68 og 74.

¹¹⁹ Diskrimineringsnemnda har i flere lignende saker kommet til samme resultat, se for eksempel LDN-2009-32 hvor arbeidstakers anførsel om at økonomiske hensyn tilsa oppsigelse av en gravid kvinne, ikke ble tatt til følge.

¹²⁰ Oppsigelsesvernet gjelder for permisjon som følger av arbeidsmiljøloven §§ 12-2, 12-3, 12-4 og 12-5.

¹²¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) kap. XVII s. 239.

¹²² Det følger av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-9 annet ledd.

¹²³ Arbeidsmiljøloven § 12-7.

Et reelt diskrimineringsvern forutsetter effektiv sanksjonering ved brudd på diskrimineringslovgivningen som både har en reparerende og en preventiv funksjon.¹²⁴ Oppreisning og erstatning anses i dag som de primære reaksjonene ved brudd på diskrimineringslovgivningen.¹²⁵ Sanksjonene er ment å ha både en reparerende og en preventiv funksjon ved at de skal sikre at forbudet mot diskriminering overholdes. Med vedtakelse av diskrimineringsombudsloven i 2017 fikk Diskrimineringsnemnda myndighet til å tilkjenne erstatning og oppreisning.¹²⁶ Tidligere måtte en reise sak for domstolene for å få avgjort spørsmål om erstatning og oppreisning. Formålet bak endringen var å sikre rimelige og effektive sanksjonsmuligheter som bidrar til et styrket diskrimineringsvern.¹²⁷ Videre medførte endringen at sanksjoneringen var i bedre overensstemmelsen med EU/EØS-retten.¹²⁸

Arbeidsgivers oppreisnings- og erstatningsansvar følger av likestillings- og diskrimineringsloven § 38. Arbeidsgiveransvaret er objektivt, og arbeidsgiver er dermed ansvarlig uavhengig av om vedkommende kan bebreides. Arbeidsgiver blir ansvarlig både for egne handlinger og unnlater, samt handlinger og unnlater foretatt av noen arbeidsgiver kan identifiseres med.¹²⁹

2.5.1 Oppreisning

Med oppreisning menes kompensasjon for ikke-økonomisk skade, som vederlag for den krenkelsen den som er blitt diskriminert, har blitt utsatt for.¹³⁰ Diskrimineringsnemndas myndighet til å treffe vedtak om oppreisning i arbeidsforhold, følger av

¹²⁴ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 708.

¹²⁵ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 561.

¹²⁶ Diskrimineringsombudsloven § 12.

¹²⁷ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 563.

¹²⁸ EU/EØS-retten oppstiller et overordnet krav om at sanksjoner skal være effektive, proporsjonale og avskrekkende, jf. for eksempel Direktiv 2006/54/EF (likestillingsdirektivet) art. 18, jf. art. 25.

¹²⁹ Prop. 63 L (2018-2019) kap. 2.6.5.4 s. 31. Avhandlingen avgrenser mot en nærmere behandling av hvem som skal anses som arbeidsgiver eller noen arbeidsgiver kan identifiseres med.

¹³⁰ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 28.5.2.1 s. 296.

diskrimineringsombudsloven § 12. Etter likestillings- og diskrimineringsloven § 38 første ledd bokstav a, kan enhver som mener seg behandlet i strid med diskrimineringsforbudet i kapittel 2 kreve oppreisning. Likestillings- og diskrimineringsloven § 38 første ledd bokstav c angir også at personer som mener seg behandlet i strid med blant annet likestillings- og diskrimineringsloven §§ 29 og 30 kan kreve oppreisning. Det er dermed klart at oppreisningsadgangen gjelder ved alle sider av et arbeidsforhold, også ved utlysning av stilling, ansettelse og ved innhenting av opplysninger.

Etter likestillings- og diskrimineringsloven § 38 tredje ledd skal oppreisningen fastsettes til det som er rimelig ut fra skadens omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Bestemmelsen legger opp til en konkret rimelighetsvurdering hvor krenkelsens art, utvist skyld, styrkeforholdets art og partenes økonomi kan tillegges vekt.¹³¹ Bestemmelsen setter ingen beløpsmessig begrensning for oppreisningens størrelse, men Departementet har i forarbeidene uttalt at beløpet som hovedregel skal ligge et sted mellom 20 000 og 80 000 kroner, med rom for å gå høyere i særlig graverende tilfeller.¹³² Det stilles krav til forholdsmessighet mellom oppreisningens størrelse og den krenkelsen den diskriminerte er påført.¹³³

Diskrimineringsnemnda har siden myndighetstildelingen i 2018 tilkjent oppreisning i ti saker som gjelder graviditetsdiskriminering.¹³⁴ Oppreisningsbeløpene har variert fra 15 000 kroner til 60 000 kroner. Diskrimineringsnemnda har i disse sakene blant annet lagt vekt på om arbeidsgiver kan bebreides, hvor store de økonomiske konsekvensene er for den diskriminerte, særlig om hun blir stående uten jobb, videre legges det på styrkeforholdet mellom partene, om arbeidsgiver er en profesjonell aktør, samt arbeidsgivers økonomi. Et eksempel på en sak hvor Diskrimineringsnemnda tilkjente oppreisning, er DIN-2021-390. I denne saken spurte en arbeidssøker, etter å ha mottatt jobbtilbud, om mulighetene for å forhandle om lønn. Hun opplyste samtidig om at hun var gravid. Arbeidsgiver svarte ikke på klagerens spørsmål om lønnsforhandlinger, og etter akseptfristen var gått ut fikk klager tilbakemelding på at hun ikke lenger var ønsket som kandidat. Diskrimineringsnemnda konkluderte med at klageren var blitt

¹³¹ Prop. 80 L (2016-2017) kap. 12.3 s. 106.

¹³² Ibid.

¹³³ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30, s. 337.

¹³⁴ Statistikk hentet fra diskrimineringsnemnda.no, avlest 05.05.2022.

diskriminert. Ved utmåling av oppreisning la Diskrimineringsnemnda spesielt vekt på at kvinnen hadde fått jobbtilbud og at hun derfor i realiteten ble fratatt en jobbmulighet. Oppreisningen ble utmålt til 50 000 kroner.

2.5.2 Erstatning

Erstatning er kompensasjon for økonomisk tap som følger av diskrimineringen. Etter diskrimineringsombudsloven § 12 annet ledd har Diskrimineringsnemnda myndighet både i og utenfor arbeidslivet til å enstemmig treffe vedtak om erstatning. Etter likestillings- og diskrimineringsloven § 38 tredje ledd skal erstatningen “dekke økonomisk tap som følge av den ulovlige behandlingen”. Bestemmelsen må ses i sammenheng med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper som stiller krav om at det foreligger økonomisk tap, ansvarsgrunnlag, og årsakssammenheng mellom tapet og den ansvarsbetingende handlingen.

Diskrimineringsnemndas rett til å fatte vedtak om erstatning gjelder dersom vedtaket er enstemmig, og innklagede ikke gjør gjeldende “annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser”, jf. diskrimineringsombudsloven § 12 annet ledd. Diskrimineringsnemnda har i saker hvor det er konstatert brudd på forbudet mot graviditetsdiskriminering oppstilt en høy terskel for hva som skal anses som en holdbar innsigelse mot erstatningskravet fra innklagedes side.¹³⁵ Det følger av forarbeidene at dersom Diskrimineringsnemnda skal kunne treffe vedtak om erstatning, må det gjelde en relativt enkel og oversiktlig sak.¹³⁶ Dersom partene er uenige om faktiske forhold av rettslig betydning, vil ikke Diskrimineringsnemnda kunne ilegge erstatning dersom ytterligere bevisføring ville kunne bringe frem avgjørende momenter for vurderingen. I slike tilfeller må saken behandles av en domstol.

¹³⁵ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 721-722. I DIN-2020-57 fraskrev arbeidsgiver seg erstatningskrav etter å ha blitt ansett for å ha diskriminert den ansatte på bakgrunn av graviditet. Diskrimineringsnemnda kom til at anførselen om at den gravide kvinnen ikke hadde oppfylt arbeidsavtalens forutsetninger kunne settes til side som åpenbart uholdbare.

¹³⁶ Prop. 80 L (2016-2017) kap. 10.6.5 s. 94-97.

Om erstatningsbeløpets størrelse skrives det i forarbeidene at det i diskrimineringsaker «i hovedsak vil dreie seg om beskjedne beløp, og at Diskrimineringsnemnda vedtaksmyndighet begrenses til beløp som ligger under kr. 10.000.”¹³⁷ Denne forarbeidsuttalelsen trekker i retning av at Diskrimineringsnemndas myndighet til å tilkjenne erstatning er beløpsmessig begrenset oppad til 10 000 kroner. Dette avfeide imidlertid Kulturdepartementet i høringsnotat knyttet til endringer i diskrimineringsombudsloven; “Det presiseres at departementet her har ment å gi uttrykk for det nivå man antar at oppreisning og erstatning normalt vil ligge på, og skal således ikke tolkes som en formell begrensning i Diskrimineringsnemndas myndighet. Diskrimineringsnemndas utmåling av oppreisning og erstatning skal følge de ordinære erstatningsreglene og de formelle tilleggsvilkårene som er oppstilt i diskrimineringsombudsloven § 12.”¹³⁸ Diskrimineringsnemnda viste til Kulturdepartementets uttalelse i sak DIN-2020-57 og kom til at Diskrimineringsnemndas myndighet til å tilkjenne erstatning ikke var beløpsmessig begrenset til kr. 10.000.¹³⁹

Arbeids- og sosialdepartementet uttalte i forbindelse med vedtagelse av endringer i arbeidsmiljøloven og i diskrimineringsombudsloven at den forståelsen Diskrimineringsnemnda la til grunn i DIN-2020-57 innebærer en endring i praksis som ikke samsvarer med lovgivers intensjon.¹⁴⁰ Videre utalte departementet at de vil klargjøre rettstilstanden ved å lovfeste en beløpsbegrensning for Diskrimineringsnemndas myndighet til å ilegge erstatning for å unngå ytterligere misforståelser.¹⁴¹ En slik utredning må sendes på en separat høring og det er ikke klart hvor lang tid det vil ta.¹⁴²

Det kan argumenteres for at en beløpsgrense vil stride med formålet bak håndhevingsreformen som var å sikre et effektivt diskrimineringsvern og et reelt lavterskeltilbud for de som mener

¹³⁷ Prop. 80 L (2016-2017) kap. 3 s. 106.

¹³⁸ Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturdepartementet, «Høringsnotat – endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven» (2020), pkt. 7.4 s. 26.

¹³⁹ Det samme har Diskrimineringsnemnda lagt til grunn i DIN-2020-167, DIN-2020-171 og DIN-2020-207.

¹⁴⁰ Prop. 154 L (2020-2021) kap. 5.4 s. 35-36.

¹⁴¹ Prop. 154 L (2020-2021) kap. 5.4 s. 35-36.

¹⁴² Ibid.

seg diskriminert. Det blir fremhevet i forarbeidene at «Rettspraksis viser at svært få saker om erstatning og oppreisning blir brakt inn for domstolene. Kostnadene ved domstolsbehandling er høye og en lang prosess kan oppleves belastende».¹⁴³ Manglende erstatningsmuligheter vil i realiteten svekke diskrimineringsvernet da det blir mindre motiverende for en som mener seg utsatt for diskriminering å klage en sak inn for Diskrimineringsnemnda, samtidig som det også blir mindre insentiv for en arbeidsgiver til å endre en diskriminerende praksis eller oppførsel. Blaker Strand og Hellum peker på at en beløpsgrense kan stride mot EU/EØS-rettens krav om at sanksjoner skal være effektive, proporsjonale og avskrekkende.¹⁴⁴ Et argument for å lovfeste en beløpsgrense, er at denne vil sikre forutberegnelighet for innklagde. Forutberegnelighet ivaretas likevel ved at Diskrimineringsnemndas myndighet uansett er begrenset til enkle saksforhold hvor motparten ikke har innvendinger til kravet. Et annet poeng er at domstolene har større tilfang av erstatningssaker og dermed mer erfaring enn Diskrimineringsnemnda. Domstolsbehandling kan derfor bidra til å sikre rettsikkerhet både for klager og for innklagde. Likevel stilles det strenge krav til nemndlederens og -medlemmers kompetansenivå. Behandling av Diskrimineringsnemnda er også mer effektiv og mindre ressurskrevende enn ved ordinær domstolsbehandling. I forbindelse med håndhevingsreformen vurderte departementet at det ikke burde være noe i veien for at en faglig tung nemnd gis samme mulighet som en domstol.¹⁴⁵ Det fremstår dermed som flere gode grunner til å gi Diskrimineringsnemnda en vid kompetanse til å tilkjenne erstatning.

Diskrimineringsnemnda har tilkjent erstatning i to saker som gjaldt graviditetsdiskriminering.¹⁴⁶ Det ene var DIN-2020-57 hvor en kvinne ble tilbudt stilling som kosmetisk sykepleier ved en privat helseklinikk, men hvor tilbudet ble trukket tilbake da hun opplyste om at hun var gravid. Diskrimineringsnemnda kom til at kvinnen var blitt diskriminert, og tilkjente 50 000 kroner i oppreisning samt 75 000 kroner i erstatning. Erstatningsbeløpet ble satt til kvinnens garantilønn for stillingen. Den andre saken var DIN-2020-167 hvor en kvinne var blitt diskriminert ved at hun ikke fikk forlenget et vikariat på 20 %. Kvinnen ble likevel ikke stående uten arbeid da hun hadde en fast stilling på 80 %. Kvinnen ble tilkjent 20 000

¹⁴³ Prop. 80 L (2016-2017) kap. 10.1 s. 81.

¹⁴⁴ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 732-733. Krav til sanksjoner ved brudd på diskrimineringsforbudene følger av alle EUs diskrimineringsdirektiver, se for eksempel EUs likebehandlingsdirektiv (2006/54/EF) artikkel 18.

¹⁴⁵ Prop. 80 L (2016-2017) kap. 10.6.2.3 s. 91.

¹⁴⁶ Statistikk hentet fra diskrimineringsnemnda.no, avlest 05.05.2022. Sakene DIN-2020/57 og DIN-2020/167.

kroner i oppreisning og 19 207 kroner i erstatning for tap i form av reduserte foreldrepenger. Sakene illustrerer hvilke typer saker det vil være aktuelt for Diskrimineringsnemndas å tilkjenne erstatning i. Sakene tyder på at dersom det først har funnet sted graviditetsdiskriminering i et arbeidsforhold, er det sannsynlig at dette tapet overstiger 10 000 kroner, enten som tapte inntekter eller som tap av trygdeytelser. En fremtidig lovfestet beløpsgrense vil derfor betydelig begrense Diskrimineringsnemndas mulighet til å ilegge erstatning i disse sakene, og dermed også svekke gravides diskrimineringsvern.

2.6 Prinsippet om delt bevisbyrde

På diskrimineringsrettens område gjelder et prinsipp om delt bevisbyrde.¹⁴⁷ Etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37 skal diskriminering anses for å ha skjedd dersom det foreligger «omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd».¹⁴⁸ Regelen kom inn i likestillingsloven i 1995 som følge av at det EU-rettslige bevisbyrdedirektivet ble vedtatt.¹⁴⁹

Reglene om delt bevisbyrde for likestillings- og diskrimineringsloven gjør et unntak fra den alminnelige sivilrettslige regelen om at den som fremsetter et krav må føre bevis for det. Regelen har som formål styrke vernet mot diskriminering og sørge for tilgjengelig og effektiv håndheving av regelverket.¹⁵⁰ I arbeidsforhold er styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ofte skjevt, og det er arbeidsgiver som oftest sitter med relevante opplysninger eller kunnskaper om hva som faktisk har skjedd og hvilke forhold som har vært avgjørende. Arbeidsgiver vil derfor også i de fleste tilfeller være nærmest til å føre bevis. Bevisbyrderegelen

¹⁴⁷ Både betegnelsen omvendt og delt bevisbyrde er brukt for å betegne en forskyvning av bevisbyrden fra klager og over på innklagde. I nyere forarbeider er hovedsakelig betegnelsen delt bevisbyrde brukt, se blant annet Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) kap. 9 s. 52.

¹⁴⁸ Tilsvarende bestemmelser i arbeidsmiljøloven § 13-8 og i Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeiderloven) § 10-8. Disse skal i utgangspunktet forstås på samme måte, jf. Rt. 2014 s. 402 avsnitt 59. Rettspraksis som knytter seg til de andre bestemmelsene er derfor relevant for tolkningen av likestillings- og diskrimineringsloven § 37.

¹⁴⁹ Rådsdirektiv 97/80/EF av 15. desember 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) kap. 9.7.1.1 s. 56.

er utslag av et ønske om å skape reell mulighet for en klager til å vinne frem med en diskrimineringspåstand.¹⁵¹ Bestemmelsen tar også sikte på å ha en preventiv funksjon ved å oppfordre arbeidsgiver til en ryddig og forsvarlig saksbehandling.¹⁵²

Bevisbyrderegelen oppstiller en to-trinns prosess. For det første må klager påvise «omstendigheter» som gir «grunn til å tro» at det har skjedd diskriminering. Tidligere stilte ordlyden krav om at klageren måtte «påvise» forskjellsbehandling for at tvilen skulle gå over på innklagde, men denne ble endret i 2002 med sikte på å senke kravet til klagers bevisførsel.¹⁵³ I Rt. 2012 s. 424 uttalte Høyesterett at «den rene påstand om diskriminering ikke er nok til å flytte bevisbyrden på arbeidsgiver. Det må påvises [...] indikasjoner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling».¹⁵⁴ I Rt. 2014 s. 402 uttalte Høyesterett at klager må fremsette «holdepunkter for – eller indikasjoner på» diskriminering.¹⁵⁵ Det må altså etableres en presumsjon for at diskriminering har skjedd basert på ytre omstendigheter.¹⁵⁶ Det er ikke et krav om dokumenter eller vitner for å oppfylle beviskravet.¹⁵⁷ Det er heller ikke et krav om at bevisene må ha kommet fra klager.¹⁵⁸ Om standarden «grunn til å tro» har Høyesterett slått fast at uttrykket sikter til en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt.¹⁵⁹ Det er også lagt til grunn i forarbeidene at ordlyden «angir en lempeligere standard enn det alminnelige beviskravet i sivile saker om sannsynlighetsovervekt».¹⁶⁰ Det er likevel krav om en viss grad av sannsynlighet for at diskriminering foreligger.¹⁶¹

Dersom klager lykkes i å etablere en presumsjon for at diskriminering har skjedd, går bevisbyrden over på innklagde. Innklagde må da «sannsynliggjør[e] at diskriminering likevel ikke har skjedd». Beviskravet som gjelder, er da alminnelig sannsynlighetsovervekt, altså mer

¹⁵¹ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 28.4.2.1 s. 293.

¹⁵² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kap. 12.2.3 s. 91.

¹⁵³ Ibid. kap. 12.7.3 s. 98.

¹⁵⁴ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 38.

¹⁵⁵ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 64.

¹⁵⁶ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 28.4.2.2 s. 293.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kap. 11.8.1 s. 130.

¹⁵⁸ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 336.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

enn 50 prosent sannsynlig.¹⁶² Innklagde gis da byrden med å motbevise presumsjonen, og denne byrden er tilsvarende økt som klagerens bevisbyrde er redusert.¹⁶³ Dersom det er tvil om hva som er mest sannsynlig etter endt bevisførsel har innklagde ikke oppfylt sin bevisbyrde, og tvilen må da gå ut over vedkommende.¹⁶⁴ I Rt. 2012 s. 424 uttalte førstvoterende at det «gjennomgående vil ha liten selvstendig bevisverdi at arbeidsgiver forsikrer at det ikke har funnet sted diskriminering», men at forklaringer fra de som deltar i prosessen kan ha bevismessig interesse sett i sammenheng med mer objektive forhold.¹⁶⁵ Vedkommende må kunne vise til tidsnære bevis.¹⁶⁶ Ettfølgende forklaringer vil ofte ikke være tilstrekkelig til å oppfylle bevisbyrden.¹⁶⁷ Om den innklagde har klart å sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd, vurderes ut fra det samlede bevisbildet.¹⁶⁸

2.6.1 Høyesteretts forståelse av bevisbyrdereglene

Høyesterett har i tre dommer kommet med uttalelser om hvordan den diskrimineringsrettslige bevisbyrdereglene skal forstås. Den første var Rt. 2012 s. 424 som gjaldt oppreisning etter påstått aldersdiskriminering i forbindelse med at klageren, som var en sosialfaglig utdannelse på 61 år, ikke ble innkalt til intervju som førstekonsulent ved NAV Smøla. Ettersom denne saken gjaldt aldersdiskriminering var det bevisbyrdereglene i arbeidsmiljøloven § 13-8 som var relevant. I den konkrete saken var partene enige, ut fra alderssammensetningen av de som ble innkalt til intervju, om at det forelå omstendigheter som ga grunn til å tro at det hadde funnet sted aldersdiskriminering.¹⁶⁹ Bevisbyrden gikk derfor over på staten. Førstvoterende rettet kritikk mot statens saksbehandling, men kom til at staten hadde sannsynliggjort at begrunnelsen for at klageren ikke var blant de innklagde var fordi de ønsket å rekruttere personer med annen

¹⁶² Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 336. Kravet om sannsynlighetsovervekt er utviklet teoretisk gjennom Eckhoff, Tvilsrisikoen (1943). Det er også konsekvent anvendt av Høyesterett, se særlig Rt. 1992 s. 64 (p-pilledom II).

¹⁶³ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 372.

¹⁶⁴ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 28.4.2.1 s. 293.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ LDN-2007-6.

¹⁶⁸ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 95.

¹⁶⁹ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 42.

kompetanse enn den sosialfaglige.¹⁷⁰ Det forelå dermed ikke diskriminering i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd.¹⁷¹

Den andre saken var Rt. 2014 s. 402 som gjaldt spørsmål om kjønnsdiskriminering.¹⁷² Høyesterett anvendte bevisbyrderegelen i likestillingsloven § 16 første ledd. Arbeidsgiver hadde i ansettelsesprosessen vektlagt at en kvinne ville kunne bidra til å profilere Forsvaret på en god måte. Det ga indikasjoner på at kjønn var blitt vektlagt i ansettelsesprosessen, og bevisbyrden gikk derfor over på arbeidsgiver.¹⁷³ Staten la frem dokumentasjon på at kvinnen var best kvalifisert til stillingen, og at det at hun var kvinne ikke var avgjørende for utnevnelsen.¹⁷⁴ Høyesteretts flertall (4-1) kom etter en vurdering av kvalifikasjonskravene til at kvinnen var best kvalifisert til stillingen, og at det ikke var ansatt i strid med likestillingsloven.

Den siste saken inntatt i HR-2020-2476-A gjaldt seksuell trakassering. Høyesterett anvendte bevisbyrderegelen i likestillingsloven 2013 § 27. Førstvoterende presiserer innledningsvis at bevisbyrderegelen ikke innebærer et unntak fra det alminnelige beviskravet i sivile saker.¹⁷⁵ Høyesterett foretok ikke en slik to-trinns vurdering som ordlyden legger opp til eller som ble foretatt av Høyesterett i de to tidligere nevnte sakene. Førstvoterende la til grunn at «[d]ersom det etter en slik samlet bevisvurdering foreligger absolutt bevisvil, det vil si at det ene faktum er like sannsynlig som det andre, fastsetter bestemmelsen at denne bevisvilen skal gå ut over «den ansvarlige», jf. § 27 første ledd bokstav b. Slike bevissituasjoner forekommer imidlertid sjelden i praksis».¹⁷⁶ Høyesterett viste til forarbeidene som uttaler at det at bevisbyrden snus har betydning for hvem tvilen går utover.¹⁷⁷ Den innebærer at der det etter avsluttet bevisførsel fortsatt er tvil om det har skjedd diskriminering, medfører bevisbyrderegelen at den som påstås

¹⁷⁰ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 45 og 51.

¹⁷¹ Ibid. avsnitt 51.

¹⁷² Se avhandlingens pkt. 2.4.1.4.

¹⁷³ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 73.

¹⁷⁴ Ibid. avsnitt 95.

¹⁷⁵ HR-2020-2476-A avsnitt 74.

¹⁷⁶ HR-2020-2476-A avsnitt 75.

¹⁷⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 336.

å diskriminere har tvilsrisikoen.¹⁷⁸ Førstvoterende poengterer at bevisbyrderegelen ikke endrer det sivilrettslige utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn.¹⁷⁹

Dommen er relativt kortfattet og det er uklart hvorvidt Høyesterett med disse uttalelsene har ment å endre to-trinns vurderingen som tidligere har vært praksis i saker på diskrimineringsrettens område. Dersom det mest sannsynlige faktum legges til grunn også i diskrimineringsaker, medfører det ikke at klager får fordelene av et lempeligere beviskrav som ligger lavere enn sannsynlighetsovervekt. Videre vil en slik praktisering være lite forenelig med det som følger av en alminnelig forståelse av ordlyden i likestillings- og diskrimineringsloven § 37, tilhørende forarbeider og tidligere Høyesterettspraksis. Det fordi det vil innskrenke bevisbyrderegelenes anvendelsesområde til kun de tilfeller hvor det foreligger absolutt bevisvil, noe som vil være ytterst sjeldent. Dommen reiser tvil om hvilken selvstendig verdi bevisbyrderegelen har på diskrimineringsrettens område.

2.6.2 Diskrimineringsnemndas praktisering av bevisbyrdereglene

Diskrimineringsnemndas rolle er å håndheve diskrimineringslovgivningen, og ikke virke rettsskapende på området.¹⁸⁰ På grunn av dette er de forpliktet til å innrette seg etter Høyesteretts praksis. Diskrimineringsnemnda har etter HR-2020-2476-A endret sitt vurderingstema for når bevisbyrden går over på innklagde.

Før Høyesterett avsa dommen i HR-2020-2476-A, brukte Diskrimineringsnemnda konsekvent uttalelse om at «[d]et skal legges til grunn at diskriminering har skjedd dersom det foreligger omstendigheter som gir «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd, med mindre innklagede sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd, jf. ldl. § 37.».¹⁸¹ DIN-2019-405 var

¹⁷⁸ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 336.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Diskrimineringsombudsloven § 7.

¹⁸¹ DIN-2019-405.

den siste saken om graviditetsdiskriminering som Diskrimineringsnemnda avsa forut for Høyesteretts dom i HR-2020-2476-A. Saken gjaldt en kvinne som ikke fått forlenget sitt vikariat hos barnevernstjenesten etter at det ble kjent at hun var gravid. Kvinnen hadde tidligere fått forlenget vikariatet sitt to ganger, og det var flere andre arbeidstakere som på samme tid fikk forlenget sine vikariater. Det var tilstrekkelig til at det var etablert en presumsjon for diskriminering og at bevisbyrden gikk over på arbeidsgiver. Arbeidsgiver kunne ikke sannsynliggjøre at unnlåtelsen av å forlenge vikariater «ikke skyldtes graviditet» og det forelå dermed diskriminering.

I etterkant av at Høyesterett avsa dom i HR-2020-2476-A, endret Diskrimineringsnemnda det bevisbyrderettslige vurderingstemaet. DIN-2021-434 var den første saken Diskrimineringsnemnda avsa om graviditetsdiskriminering i etterkant av HR-2020-2476-A. Om bevisbyrderegelen uttalte Diskrimineringsnemnda at «[i] bevisvurderingen gjelder det alminnelige beviskravet i sivile saker. Diskrimineringsnemnda skal legge til grunn det faktum som etter en samlet vurdering av bevisene er mest sannsynlig. Dersom det etter en slik bevisvurdering foreligger absolutt bevisvil, fremgår det av likestillings- og diskrimineringsloven § 37 at tvilen vil gå utover den påstått ansvarlige. I så fall skal det antas at diskriminering har funnet sted dersom det er omstendigheter som gir «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd, og innklagede ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd.».¹⁸² Saken gjaldt en gravid arbeidssøker som ikke ble tilbudt stilling som miljøterapeut i en kommune. Kommunen hevdet hun ikke var kvalifisert til stillingen, men oppfordret henne samtidig til å søke på lignende stillinger i fremtiden. Det kunne tilsi at kommunen hadde vektlagt graviditet, men ettersom det ikke forelå andre objektive holdepunktet for at graviditet var vektlagt i avgjørelsen, forelå det ikke absolutt bevisvil og bevisbyrden gikk da ikke over på arbeidsgiver. Avgjørelsene kan tyde på at Diskrimineringsnemnda har inntatt en strengere praktisering av bevisbyrderegelen som gjør det vanskeligere for klager å nå frem med en påstand om diskriminering. Det er likevel kun avsagt et fåtall avgjørelser etter dommen i HR-2020-2476-A og det er derfor vanskelig å si noe om den reelle påvirkningen på gravides diskrimineringsvern.

¹⁸² Se også DIN-2020-483, DIN-2021-92 og DIN-2021-390 som alle gjaldt graviditet og hvor Diskrimineringsnemnda bruker samme uttalelse.

2.6.3 Ulike syn i teorien

Det er ulike syn i den juridiske teorien på hvordan likestillings- og diskrimineringslovens bevisbyrderregel skal forstås og praktiseres. Anne Robberstad har tatt til orde for at den diskrimineringsrettslige bevisbyrderregelen først får anvendelse etter at bevisbedømmelsen er ferdig.¹⁸³ Bare der et avgjørelsesorgan finner det sannsynliggjort at loven er overtrådt, og den ansvarlige ikke har sannsynliggjort det motsatte, får bevisbyrderregelen betydning, da den medfører at tvilen må gå ut over den innklagde. En slik forståelse medfører i realiteten at regelen står uten selvstendig betydning, da samme resultat ville fulgt av de alminnelige sivilrettslige bevisreglene om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn.

Markus Jerkø omtaler i sin artikkel “Den rettslige bevisbyrden” bevisbyrderregelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37 som en legalpresumsjon.¹⁸⁴ Han skriver at legalpresumsjonen medfører at «arbeidstakeren ikke trenger å godtgjøre at det har funnet sted diskriminering; det er tilstrekkelig om at han fører bevis for de «omstendighetene som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd».¹⁸⁵ Han skriver videre at denne legalpresumsjonen medfører at «beviskravet lettere vil anses oppfylt, fordi det vil presumeres at diskriminering har skjedd».¹⁸⁶ Dette synspunktet taler for å anvende likestillings- og diskrimineringsloven § 37 i tråd med en alminnelig språklig forståelse av ordlyden. En slik forståelse, uten innvirkning fra det sivilprosessrettslige utgangspunktet om bevisbedømmelse, vil medføre en lavere terskel for å komme til at diskriminering har skjedd, noe som er godt egnet til å ivareta hensynet om et effektivt diskrimineringsvern.

Blaker Strand og Hellum uttrykker i deres bok Likestillings- og diskrimineringsrett fra 2022 at Høyesteretts tilnærming om at det mest sannsynlige faktumet skal legges til grunn ikke er

¹⁸³ Robberstad (2011) kap. 11.

¹⁸⁴ Jerkø (2019) kap. 5.3. Dette bygger videre på det som er lagt til grunn av Eckhoff (1943) s. 28-29.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid.

forenelig med at beviskravet settes lavere enn sannsynlighetsovervekt for klager.¹⁸⁷ Praktiseringen vil dessuten stride mot en alminnelig forståelse av ordlyden i likestillings- og diskrimineringsloven § 38, arbeidsmiljøloven § 13-8 og skipsarbeiderloven § 10-8, og mot lovgivers intensjon om at bevisbyrderegelen skulle effektivisere diskrimineringsreglene.¹⁸⁸ Det påpekes videre at den EU/EØS-rettslige bevisbyrderegelen forplikter den innklagde til å motbevise den presumsjonen som klager har etablert, ikke bare å etablere alminnelig sannsynlighetsovervekt for at diskriminering ikke har skjedd. Dermed vil den praksisen som Høyesterett og Diskrimineringsnemnda har trolig stride mot EU/EØS-retten.¹⁸⁹ Blaker Strand og Hellum taler for at ordlyden tolket i tråd med lovgivers intensjon, samt hensynet til å anvende loven i tråd med EU/EØS-retten medfører «en svekkelse av den rettskildemessige vekten til forarbeidsuttalelser, rettspraksis og teori som bygger på og viderefører den motsetningsfylte og inkonsistente oppfatningen om innholdet i den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen».¹⁹⁰

2.6.4 Rettstilstanden og veien videre

Formålet bak den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen er å bidra til effektivt diskrimineringsvern og lavere bevismessige krav til den som er utsatt for diskriminering.¹⁹¹ Kommunal- og regionaldepartementet uttalte i forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2013 at bevisbyrderegelen vil kunne få “stor betydning for å sikre at loven virker i samsvar med intensjonene”.¹⁹² Dersom Høyesteretts tolkning av bevisbyrderegelen legges til grunn vil imidlertid bestemmelsen ha motsatt effekt. Dette fordi bestemmelsen kun vil ha selvstendig betydning i tilfeller hvor det foreligger absolutt bevisvil. I alle andre saker vil alminnelige sivilrettslige regler gjelde, og klager vil ikke få fordelen av et lavere beviskrav enn innklagde.

¹⁸⁷ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 374.

¹⁸⁸ Ibid. s. 375-376.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kap. 11.8.1 s. 130.

¹⁹² Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kap. 1.2 s. 17.

Høyesterett finner i HR-2020-2476-A støtte for sitt synspunkt i forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven av 2017. Disse fremstår som lite gjennomarbeidet da de skiller seg fra det som er skrevet i tidligere forarbeider og i forarbeidene til arbeidsmiljøloven, uten at forskjellene blir kommentert. Det skjer også uten at lovteksten er endret. Dersom departementet med disse forarbeidsuttalelsene hadde ment å endre innholdet i bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37, skulle dette ha kommet tydeligere frem.

Høyesterett avsier få dommer på diskrimineringsrettens område. At det historisk sett har gått lang tid mellom avgjørelsene, medfører at den uklare rettsstilstanden som er nå kan bli stående over lengre tid. Det er problematisk ettersom Diskrimineringsnemnda har innrettet seg etter Høyesteretts forståelse av bevisbyrderegelen, og anvender denne konsekvent i sine avgjørelser. Dermed kan det bli avsagt en rekke avgjørelser hvor en for streng praktisering av bevisbyrderegelen gjør at arbeidstakere får et svekket diskrimineringsvern. Denne uklare rettsstilstanden som praktiserer til ulempe for arbeidstakeren, inviterer lovgiver til å komme med en avklarende uttalelse i etterarbeider om bevisbyrderegelens selvstendige betydning på diskrimineringsrettens område.

3 Det strukturelle diskrimineringsvernet for gravide arbeidstakere

Diskrimineringsforbudet er ikke alene tilstrekkelig egnet til fremme likestilling og hindre diskriminering.¹⁹³ Det er fordi individklagevernet umulig kan favne om alle som mener seg diskriminert. Det er en viss terskel for å ilegge klager på diskriminering, både fordi det kan være vanskelig å bevise at slike forhold har skjedd, og av frykt for konsekvensene det kan få å klage inn en arbeidsgiver. Dessuten kan samfunnsmessige strukturer og systemer inneholde elementer av diskriminerende karakter som vil være vanskelig eller umulig å nå frem med gjennom individklagesystemet.¹⁹⁴ Dette omtales gjerne som strukturell eller systematisk diskriminering. I tillegg til forbudet mot diskriminering har lovgiver av disse grunnene ansett det som nødvendig å lovfeste en aktivitetsplikt for arbeidsgivere.¹⁹⁵ Det bakenforliggende hensynet var at plikten skulle bidra til å «endre holdninger og styrke bevisstheten rundt diskriminerings spørsmål og verdien av likestilling og mangfold».¹⁹⁶

3.1 Arbeidsgiveres aktivitets- og redegjørelsesplikt

Aktivitetsplikten skal særlig bidra til å avdekke underliggende strukturer og praksiser som kan føre til diskriminering, eller som er til hinder for at arbeidssøkere og arbeidstakere får like muligheter i arbeidslivet.¹⁹⁷ Arbeidsgivers aktivitetsplikt er regulert i likestillings- og diskrimineringsloven § 26. Etter første ledd er alle arbeidsgivere forpliktet til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling og hindre diskriminering. Det er presisert at arbeidet skal omfatte rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, utviklingsmuligheter, tilrettelegging, samt mulighet for å kombinere arbeid og familieliv.

¹⁹³ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 24.4.10.1 s. 240.

¹⁹⁴ Prop. 63 L (2018-2019) kap. 3.10.1.1 s. 89.

¹⁹⁵ Prop. 81 L (2016-2017) kap. 24.4.10.1 s. 240.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Semner (2018) s. 180.

Annet ledd regulerer det som gjerne omtales som den «konkretiserte aktivitetsplikten».¹⁹⁸ Det er en lovbestemt arbeidsmetode i fire trinn. Plikten gjelder for alle offentlige virksomheter og private virksomheter som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte. Reguleringen kom inn i lovverket i 2017 for å konkretisere innholdet i aktivitetsplikten, ikke for å utvide plikten for arbeidsgivere.¹⁹⁹ Arbeidsmetoden pålegger arbeidsgiver å undersøke om det finnes risiko for diskriminering eller andre hindre for likestilling, analysere årsakene til disse risikoene, iverksette tiltak som er egnet til å bidra til økt likestilling og mangfold og motvirke diskriminering og vurdere resultatet av dette arbeidet. Loven stiller ingen krav til hvilke tiltak som skal iverksettes, men disse må være relevante sett opp mot de likestillingsutfordringene som er avdekket på arbeidsplassen.²⁰⁰ Arbeidet skal skje fortløpende og i samarbeid med de ansattes representanter.²⁰¹ Aktivitetspliktens omfang øker i tråd med virksomhetens størrelse. Desto større virksomheten er, desto mer vil derfor kreves av aktivt likestillingsarbeid.²⁰²

Arbeidsgivers redegjøringsplikt reguleres av likestillings- og diskrimineringsloven § 26 a. Etter denne har alle offentlige virksomheter samt private virksomheter som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte, plikt til å redegjøre for den faktiske tilstanden når det gjelder kjønnslikestilling i virksomheten og hva de gjør for å fremme likestilling og motvirke diskriminering. Dette skal gjøres gjennom årsberetning eller annet offentlig tilgjengelig dokument, jf. annet ledd første punktum. Likestillings- og diskrimineringsloven § 26 fjerde ledd første setning pålegger i tillegg alle arbeidsgivere en dokumentasjonsplikt om å dokumentere det arbeidet som blir gjort for å oppfylle aktivitetsplikten. Dokumentasjonsplikten har særlig selvstendig betydning for private virksomheter med mindre enn 50 ansatte som er unntatt fra redegjøringsplikten. Formålet med redegjøringsplikten er å bidra til effektiv praktisering av aktivitetsplikten i § 26.²⁰³ Det både øker bevisstheten for den enkelte arbeidsgiveren og gir mulighet for kontroll av virksomheters likestillingsarbeid.²⁰⁴

¹⁹⁸ Ballangrud og Søbstad (2021) pkt. 26.3.1.

¹⁹⁹ Blaker Strand og Hellum (2022) s. 417.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Likestillings- og diskrimineringsloven § 26 fjerde ledd annet punktum.

²⁰² Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 329.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ballangrud og Søbstad (2021) pkt. 26a.1.

Likestillings- og diskrimineringsombudet er etter diskrimineringsombudsloven § 5 forpliktet til å veilede arbeidsgivere og følge opp gjennomføringen av aktivitets- og redegjørelsesplikten. Diskrimineringsnemnda har ikke myndighet til å håndheve aktivitetsplikten, og individer kan dermed ikke påberope seg brudd på de strukturelle pliktene i enkeltsaker.²⁰⁵ Diskrimineringsnemnda kan imidlertid i individuelle klagesaker legge vekt på om arbeidsgiver har unnlatt å oppfylle aktivitetsplikten sin ved utmåling av oppreisning.²⁰⁶ Videre kan Diskrimineringsnemnda påpeke dårlige rutiner hos arbeidsgiveren og komme med en indirekte oppfordring til arbeidsgiver om å endre rutiner for å unngå tilsvarende saker om diskriminering i fremtiden.²⁰⁷ Diskrimineringsnemnda har myndighet til å håndheve redegjørelsesplikten i likestillings- og diskrimineringsloven § 26 a.²⁰⁸

3.1.1 Kritikk av aktivitetsplikten

Arbeidsgivers aktivitetsplikt har vært gjenstand for mye kritikk både grunnet i den vage utformingen og i mangelen på håndheving.²⁰⁹ Til tross for styrkingen i aktivitetsplikten de siste årene, er det fortsatt uklart hva arbeidsgiverne konkret er forpliktet til å gjøre for å ivareta plikten. AFI sin omfangsundersøkelse fra 2020/2021 avdekker at flere arbeidsgivere anser aktivitetsplikten for å være uklar og uforpliktende.²¹⁰ Det er både fordi den ikke oppstiller konkrete retningslinjer og tiltak som må gjennomføres, og fordi den ikke håndheves aktivt. Utformingen av aktivitetsplikten medfører at arbeidsgivere i stor grad selv avgjør hvor mye tid og ressurser de ønsker å legge i likestillingsarbeidet. AFI-rapporten fremhever at mange arbeidsplasser har likestillingsplaner, men at disse ofte blir værende i skuffen.²¹¹ Den peker videre på at aktivitetsplikten fremstår som en gråsoner hvor arbeidsgiver har stor grad av skjønn,

²⁰⁵ Diskrimineringsombudsloven § 7.

²⁰⁶ Semner (2018) s. 186.

²⁰⁷ Dette var tilfelle i sak DIN-2021-434 omtalt i avhandlingens pkt. 2.6.2. Nemnda påpekte at «ansettelsesprosessen med fordel kunne hatt høyere notoritet».

²⁰⁸ Dette følger av en antitetisk tolkning av diskrimineringsombudsloven § 7 første ledd.

²⁰⁹ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, «NOU 2011:18 Struktur for likestilling» (2011).

²¹⁰ AFI (2021) s. 69.

²¹¹ Ibid. s. 11.

særlig knyttet til hvordan de ønsker å tilrettelegge for gravide.²¹² Et problem er også at arbeidsgivere har varierende og ofte begrenset kunnskap til hvilke behov gravide arbeidstakere har for tilrettelegging, samt hvordan de skal imøtekomme disse behovene. Listen over tiltak i forarbeidene kan være utilgjengelig for mange arbeidsgivere. Det kunne derfor vært aktuelt å lovfeste enkelte mer generelle plikter, som for eksempel krav til dokumentering i ansettelsesprosesser. Samfunnet kan ikke ha overdreven tiltro til at en lovfestet plikt er egnet til å være normdannende så lenge denne ikke håndheves. At et felt formelt lovreguleres er ikke ensbetydende med at loven får reelle virkninger for likestilling i praksis. Av denne grunn er det viktig at Likestillings- og diskrimineringsombudet er nøye med sin veiledning av hva plikten innebærer for de enkelte arbeidsplassene. Dersom arbeidsgivere er usikre, bør de også oppsøke Likestillings- og diskrimineringsombudet for å få konkret veiledning. Så lenge plikten ikke blir håndhevet, må likevel aktivitetsplikten anses som manglende når det kommer til om gravide arbeidstakere har et reelt diskrimineringsvern.

²¹² AFI (2021) s. 11.

4 Avsluttende bemerkninger

4.1 Er vernet reelt?

Gravide kvinner fikk et løftet diskrimineringsvern med lovendringen i 2017 som nå uttrykkelig verner om «graviditet» som eget diskrimineringsgrunnlag. Endringen bidrar til å tydeliggjøre vernet for arbeidstakere og -søkere, men også for arbeidsgiver. Sett i sammenheng med konkretiseringen av aktivitetsplikten i 2017, samt Diskrimineringsnemndas utvidede adgang til å tilkjenne oppreisning og erstatning i 2018, skulle det tilsi at gravide kvinner har fått et styrket diskrimineringsvern de siste årene. Imidlertid viser omfangsundersøkelsene fra TNS Gallup og AFI, samt statistikk fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda, viser at diskriminering ved graviditet fortsatt er på samme nivå som det var før lovendringene. Det kan tilsi at endringene i praksis ikke har hatt den effekten som lovgiverintensjonen ønsket.

4.1.1 Diskrimineringsnemnda som lavterskeltilbud

Individuelle klagesaker er viktige for et reelt diskrimineringsvern fordi de fører til sanksjoner som kan håndheves. Likevel er det få som klager saker inn for Diskrimineringsnemnda og enda færre som når frem med klagene sine. Undersøkelsen fra AFI viser at flere kvinner vegrer seg for å klage inne en sak for Diskrimineringsnemnda.²¹³ Det opplyses om at flere kvinner lar være å klage inn saker fordi de tror det vil være vanskelig å bevise diskrimineringen og fordi det å gå til sak oppleves som en stor belastning. Det er både fordi den som mener seg diskriminert selv er forpliktet til å drive frem saken sin og føre bevis for denne, og fordi det kan skade videre muligheter i arbeidsmarkedet. Flere deltakere i undersøkelsen var bekymret for å fremstå som kranglete og vanskelige, og at det vil bli fokuset, i større grad enn diskrimineringen som kvinnen påstår seg utsatt for.²¹⁴ Disse grunnene kan samlet sett føre til at det fremstår som en

²¹³ AFI (2021) s. 57.

²¹⁴ Ibid.

større byrde å føre en sak, enn å akseptere og bevege seg videre fra den uretten en har vært utsatt for.

AFI gjennomførte dybdeintervjuer med noen av kvinnene i undersøkelsen som mente seg diskriminert i forbindelse med graviditet. Dybdeintervjuene viste at det kan medfører store psykiske, økonomiske og karrieremessige belastninger for dem som er utsatt.²¹⁵ Hvilke muligheter arbeidstaker har til å benytte seg av diskrimineringsvernet avhenger av individuelle ressurser og mulighetsrom.²¹⁶ Ved å gå til sak kan arbeidstaker få en følelse av rettferdighet og de kan ta et oppgjør med den forskjellsbehandlingen de har vært utsatt for. Det å bli trodd og hørt er for mange viktig for å kunne legge hendelsen bak seg. Å stå i en slik sak inviterer også til støtte fra kollegaer, familie og venner. Likevel er det mange kvinner som ikke føler de har de ressursene som trengs for å stå i en slik sak. De mulige negative virkningene, både psykisk og også med tanke på fremtidige jobbmuligheter er for mange større enn de potensielle positive virkningene ved å vinne frem med sin sak.

At Diskrimineringsnemnda kan tilkjenne oppreisning og erstatning ved brudd på diskrimineringslovgivningen, kan føre til en økning i antall saker fordi arbeidstakeren finner at det er en større verdi i det å stå i en sak mot arbeidsgiveren sin. En lovfestet beløpsbegrensning av Diskrimineringsnemndas myndighet til å ilegge erstatning vil imidlertid medføre at en klager som mener å ha rett på erstatning av en viss størrelse må anlegge en ny sak for domstolene, noe som innskrenker Diskrimineringsnemndas reelle funksjon som lavterskeltilbud. Det vil gjøre prosessen mer tungvint for en arbeidstaker som mener seg diskriminert, og ha en mindre avskrekkende virkning på arbeidsgivere. Av disse grunner vil en beløpsgrense kunne svekke gravides diskrimineringsvern i arbeidslivet. Lovgiver bør ta dette hensynet i betraktning i det kommende lovgiverarbeidet om en beløpsbegrensning.

4.1.2 Bevisbyrdeproblematikken

²¹⁵ AFI (2021) s. 57.

²¹⁶ Ibid.

Som nevnt ovenfor kan mange kvinner vegre seg for å anlegge klage på arbeidsgiver for Diskrimineringsnemnda, fordi de selv må føre bevis for at diskriminering har skjedd. I arbeidsforhold utgjør fysiske bevis ofte stillingsbeskrivelser, referater og interne notater hos arbeidsgiveren. AFI påpeker at man ikke skal se bort ifra at referater kan bli tuklet med, stillingsbeskrivelser endret og at etterfølgende notater blir skrevet først etter at en sak er kommet opp, for å bygge opp under det arbeidsgiveren anfører.²¹⁷ Det gjør det ekstra utfordrende for en arbeidstaker å gå til sak, når vedkommende ikke vet hvilke bevis som finnes. Med den praktiseringen av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen som Høyesterett la opp til HR-2020-2476-A, får ikke arbeidstakeren fordel av et lavere beviskrav. Det fordi det mest sannsynlige faktumet uansett skal legges til grunn. Dermed blir heller ikke styrkeforholdet mellom partene utjevnet. Dersom arbeidsgiveren har vært dårlig på å dokumentere sine prosesser, vil dette slå negativt ut for arbeidstakeren. Bare hvor det foreligger absolutt bevisvil, vil arbeidstakeren få fordel av bevisbyrderegelen. Dette vil imidlertid være tilfelle i ytterst få saker. Praktiseringen er dårlig egnet til å ivareta diskrimineringslovgivningens formål om et effektivt diskrimineringsvern, og bidrar dermed til å svekke gravide arbeidstakers diskrimineringsvern. Lovgiver bør av disse grunner komme med en avklarende presisering om bevisbyrderegelens selvstendige betydning på diskrimineringsrettens område.

4.1.3 Strukturell diskriminering som et samfunnsproblem

Rapporten fra AFI peker på at mange av diskrimineringstilfellene ikke skyldtes direkte diskriminerende praksis, men heller strukturell diskriminering.²¹⁸ Det er ofte en kombinasjon av holdninger og kommunikasjon fra ledelsen, lite systematikk i personalarbeidet, ad-hoc-baserte beslutninger og lite fleksible holdninger fra ledere og mellomledere.²¹⁹ Problemet er da at tilfellene ikke nødvendigvis faller inn under diskrimineringsbegrepet i juridisk forstand.²²⁰ Strukturelt diskriminerende praksiser kan noen ganger bli fanget opp som indirekte

²¹⁷ AFI (2021) s. 60.

²¹⁸ Ibid. s. 12.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid. s. 71.

diskriminering, men vil ofte være vanskelig å bevise og i mange tilfeller blir det ikke fanget opp i det hele tatt. Det er begrunnet i at det kan være vanskelig å identifisere hva det er som gjør at noen grupper kommer uheldig ut, og dermed også hvordan en skal endre praksisen som ofte er langvarig og grundig inkorporert. Omfangsundersøkelsen fra AFI viser at det er de færreste arbeidsgivere som forsettlig mener å diskriminere sine ansatte på grunn av graviditet, men at det eksisterer mange praktiske utfordringer rundt graviditetsrelatert fravær og permisjon som kan slå uheldig ut overfor gravide.²²¹ Utfordringene som blir trukket frem i undersøkelsen går ofte på organisasjonskulturer og administrative prosedyrer. Dette gjelder særlig på offentlige arbeidsplasser som sykehus, skoler og barnehager. Dette er virksomheter med stramme budsjetter og med mer rigide rammer for arbeidstid og -oppgaver enn det en finner i private virksomheter som kan gjøre tilrettelegging for gravide arbeidstakere vanskelig. Fravær under svangerskap er på grunn av slike praktiske utfordringer ofte høyere for kvinner i offentlige virksomheter enn i private.²²² I tillegg er det en større andel av kvinnene i disse yrkene som arbeider i deltidsstillinger eller i vikariater, enn det er i andre yrker. For disse vil graviditetsdiskriminering kunne ramme særlig hardt. For å motvirke strukturell diskriminering er det viktig at arbeidsgiverne er bevisst på problematikken og at de jobber målrettet med å eliminere slik diskriminering ved å iverksette konkrete aktive tiltak i tråd med aktivitetsplikten. Lovgiver bør vurdere en ytterligere konkretisering av aktivitetsplikten, samt mulighetene for å håndheve at arbeidsgivere faktisk oppfyller sin lovmessige plikt til å fremme likestilling og hindre diskriminering.

4.1.4 Veien videre

Etter å ha sett på hvordan gravide kvinners diskrimineringsvern er i dag, er det relevant å bemerke hvordan den vil kunne endre seg fremover. Likestillings- og diskrimineringsloven og diskrimineringsombudsloven er relativt nye lover, men til tross for å bare ha vært i kraft i noen få år, har det allerede skjedd flere lovendringer og reformer. Systemendringer har enda ikke satt seg ordentlig i samfunnet, og det vil nok ta flere år før vi ser den reelle påvirkningen endringene

²²¹ AFI (2021) s. 63.

²²² Ibid. s. 65-66.

har hatt. Det gjelder ikke minst fordi koronapandemien de siste to årene har hatt innvirkninger på norsk arbeidsliv, både i form av permitteringer og bruk av hjemmekontor. Hvordan gravides diskrimineringsvern vil se ut i fremtiden avhenger av hvordan reglene blir tolket og praktisert fremover, og om lovgiver finner grunn til å uttrykkelig uttale seg for å sikre at diskrimineringsregelverket praktiseres i tråd med det bakenforliggende hensynet om å sikre et mest mulig effektivt diskrimineringsvern.

Litteraturliste

Norske lover

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 kongeriket Norges Grunnlov
Domstolloven	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene
Arbeidervernloven	Lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industriell virksomhet (opphevet)
Likestillingsloven	Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (opphevet)
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd
Diskrimineringsombudsloven	Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (opphevet)
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Diskrimineringsloven om seksuell orientering	Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (opphevet)

Likestillingsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (opphevet)
Diskrimineringsloven om etnisitet	Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (opphevet)
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (opphevet)
Skipsarbeiderloven	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip
Diskrimineringsombudsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda
Likestillings- og diskrimineringsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering
Statsansatteloven	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.
Personopplysningsloven	Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger

Forskrifter

Forvaltningsforskriften	FOR-2006-12-15-1456. Forskrift til forvaltningsloven
Redigeringsfullmakt om endringer i Grunnloven	FOR-2014-05-14-628 del 1. Kunngjøring av Stortingets vedtak 13. mai 2014 om endringer i Grunnloven

Direktiver og konvensjoner

Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatrett av 23. mai 1968
FNs kvinnekonvensjon	Konvensjonen om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979
Likebehandlingsdirektivet	Rådskonklusjon 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår
Svangerskapsdirektivet	Rådskonklusjon 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidssøkere som nylig har født eller ammer
Bevisbyrdedirektivet	Rådskonklusjon 97/80/EF av 15. desember 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn

Likestillingsdirektivet	Direktiv 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
GDPR	Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)

Forarbeider og høringsnotater

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.
NOU 2002:12	Rettslig vern mot etnisk diskriminering
Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

Ot.prp. nr. 35 (2004-2005)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. Nr. 44 (2007-2008)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
Ot.prp. nr. 79 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)
NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern; Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK
Prop. 88 L (2012-2013)	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
Innst. 389 L (2016-2017)	Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Prop. 80 L (2016-2017)	Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
Prop. 81 L (2016-2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)
Prop. 63 L (2018-2019)	Endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven (etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og styrking av aktivitets- og redegjørelsesplikten)
Prop. 154 L (2020-2021)	Endringer i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsloven (nemndløsning for gjengjeldelsessaker etter varsling mv.).
Høringsnotat 02.07.2020	Høringsnotat fra Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturrepartementet, <i>Høringsnotat – endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven</i> , 2. juli 2020
Høringsnotat 13.12.2011	Høringsnotat fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, <i>NOU 2011:18 Struktur for likestilling</i> , 13.12.2011.

Rettspraksis

Norske domstoler

Rt. 1992 s. 64

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2008 s. 856

Rt. 2012 s. 424

Rt. 2014 s. 402

HR-2018-1189-A

HR-2020-2476-A

Diskrimineringsnemnda og tidligere Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN)

LDN-2006-7

LDN-2006-10

LDN-2006-19

LDN-2006-22

LDN-2006-26

LDN-2007-6

LDN-2009-3

Diskrimineringsnemnda (DIN)

DIN-2018-45

DIN-2018-86

DIN-2018-168

DIN-2018-226

DIN-2018-268

DIN-2018-410

DIN-2019-405

DIN-2019-418

DIN-2020-57

DIN-2020-167

DIN-2020-171

DIN-2020-207

DIN-2020-483

DIN-2021-92

DIN-2021-390

DIN-2021-434

DIN-2021-469

Avgjørelser fra Sivilombudet

SOMB-2016-980.

Dommer fra EU-domstolen

C-421/92

Dom av 5. mai 1994, Gabriele Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. E.V, ECLI:EU:C:1994:187

C-109/00

Dom av 4. oktober 2001, Tele Danmark A/S v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), ECLI:EU:C:2001:513

Bøker og lovkommentarer

Andersen (1967)

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, Oslo: Tanum 1967

Ballangrud og Søbstad (2021)

Ballangrud, Anne Jorun Bolken og Søbstad, Margrethe, *Likestillings- og diskrimineringsloven; Lovkommentar*, Universitetsforlaget 2021

Blaker Strand og Hellum (2022)

Blaker Strand, Vibeke og Hellum, Anne, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal Akademisk 2022

Eckhoff (1943)

Eckhoff, Torstein, *Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)*, Oslo: Tanum 1943

Eckhoff og Helgesen (2001)

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære, 5 utg.*, Universitetsforlaget 2001

Hellum og Ketcher (2008)

Hellum, Anne og Ketcher, Kirsten, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Universitetsforlaget 2008

Semner (2018)

Semner, Brit Djupvik, *Diskrimineringsvern i arbeidslivet – en håndbok; likestillings- og diskrimineringsloven 2017*, Fagbokforlaget 2018

Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik og Hotvedt, Marianne Jennum, *Individuell arbeidsrett, 2. utgave*, Gyldendal 2017

Artikler, undersøkelser og statistikk

Artikler

Jerkø (2019) Jerkø, Markus, «Den rettslige bevisbyrden», *Jussens venner*, 2019, årgang 54, side 39-72. Publisert 24. april 2019. Hentet fra:
<https://www.idunn.no/doi/10.18261/issn.1504-3126-2019-01-02>

Robberstad (2011) Robberstad, Anne, «Om forståelser av bevisbyrde», *Jussens venner*, 2011, årgang 46, side 65-86. Publisert 29. mars 2011. Hentet fra
<https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-3126-2011-02-01>

Undersøkelser

TNS Gallup (2015) TNS Gallup, *Undersøkelse om diskriminering på grunnlag av graviditet og foreldrepermisjon*, publisert 16. februar 2015. Hentet fra:
<https://kantar.no/globalassets/fra-webnodes/ekspertiseomrader/politikk-og-samfunn/undersokelse-om-diskriminering-tns-gallup-2015.pdf>

AFI (2021) Pedersen, Eirin, Nordberg, Tanja Haraldsdottir, Egeland, Cathrine, Tøge, Anne Grete og Ingelsrud, Mari Holm,

Arbeidsforskningsinstituttet, *Diskriminering av foreldre i arbeidslivet; Forekomst av og erfaringer med negativ forskjellsbehandling*, rapport nr. 2021:03, publisert: juni 2021. Hentet fra: https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/bitstream/handle/11250/2757601/AFI_r2021_03_Diskriminering%20av%20foreldre%20i%20arbeidslivet.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Statistikk

Diskrimineringsnemnda, statistikk over klagesaker. Hentet fra: <https://www.diskrimineringsnemnda.no/klagesaker-og-statistikk/s%C3%B8klagesaker> (avlest 05.05.2022)

Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Årsrapport 2021*. Hentet fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/7810678ef3fe48d2927637a83abcd90f/ldo-arsrapport-for-2021.pdf>