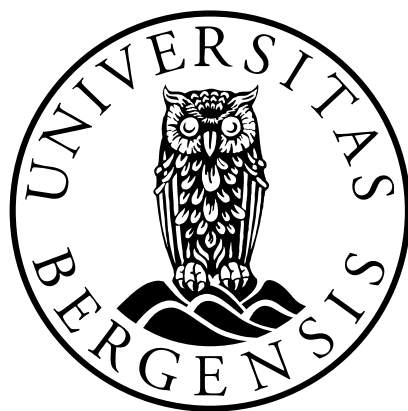


# Vernet mot graviditets- og permisjonsdiskriminering i arbeidslivet

*Er vernet mot graviditets- og permisjonsdiskriminering ved ansettelse og oppsigelser reelt og effektivt?*

Kandidatnummer: 296

Antall ord: 14992



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[10 mai 2023]

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1. Innledning: utviklingen av diskrimineringsvernet i arbeidslivet .....	2
1.1. begrepsavklaringer.....	3
1.1.1. Diskriminering .....	3
1.1.2. Diskrimineringsgrunnlag .....	4
1.1.3. Graviditetsdiskriminering .....	4
1.1.4. Lovlig forskjellsbehandling .....	4
1.1.5. EU/EØS-direktiver .....	5
1.2. Videre fremstilling: avgrensninger og presiseringer .....	5
2. rettslig regulering av vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet .....	6
2.1. Internasjonal innflytelse på vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet .....	6
2.2. Nasjonal regulering.....	7
2.2.1. Diskrimineringsgrunnlagene «graviditet» og «permisjon ved fødsel eller adopsjon» ...	7
2.2.2. Ansettelse og oppsigelser .....	9
2.2.3. Særlig om midlertidige stillinger og bemanningsbyrå.....	11
2.2.4. Refleksjoner om dagens regulering .....	12
3. Håndheving av diskrimineringsvernet .....	12
3.1. Diskrimineringsnemnda.....	13
3.1.1. 2017-reformens innvirkning på diskrimineringsnemnda.....	13
3.1.2. Diskrimineringsnemndas organisering .....	14
3.1.3. Krav til diskrimineringsnemndas kompetanse og kvalifikasjoner.....	15
3.1.4. Diskrimineringsnemndas saksbehandling .....	16
3.1.5. Diskrimineringsnemndas ansvarsområde og sanksjonsmyndighet .....	17
3.2. Den diskrimineringsrettslige bevisregelen og bevisbedømmelsen.....	19
3.2.1. Momenter under bevisvurderingen.....	22
3.2.2. Det spesielle årsakskravet ved oppsigelser knyttet til graviditet og permisjon .....	25
4. Sanksjonering.....	29
4.1. Internasjonale kilder om kravet til effektive sanksjonsmidler.....	29
4.1.1. Menneskerettighetskonvensjonene om kravet til effektive sanksjonsmidler .....	30
4.1.2. EU/EØS-retten om kravet til effektive sanksjonsmidler .....	30
4.2. Oppreisning og erstatning som diskrimineringsrettens primære sanksjonsformer.....	32
4.2.1. Erstatning .....	33
4.2 Oppreisning .....	38
4.2.1. Vurderingsmomenter ved utmåling av oppreisning .....	39
4.2.2. Har diskrimineringsnemnda en beløpsgrense ved utmåling av oppreisning? .....	40

4.2.3. Praksis knyttet til utmåling av oppreisning .....	41
5. Refleksjoner og konklusjon .....	44
Litteraturliste.....	46

## 1. INNLEDNING: UTVIKLINGEN AV DISKRIMINERINGSVERNET I ARBEIDSLIVET

---

Den nye likestillings- og diskrimineringsloven ble innført i 2018 og medførte flere drastiske endringer sammenlignet med tidligere regulering på likestillings- og diskrimineringsrettens område.<sup>1</sup> Én av disse var at man gikk vekk fra den tidligere ordningen i norsk rett hvor diskrimineringsvernet var fragmentert og fordelt på gruppespesifikke lover. Det som tidligere utgjorde diskrimineringsloven om seksuell orientering,<sup>2</sup> likestillingsloven,<sup>3</sup> diskrimineringsloven om etnisitet,<sup>4</sup> og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven,<sup>5</sup> ble nå samlet i én lov. Formålet med å vedta en slik felles regulering av diskrimineringsvernet i den nye likestillings- og diskrimineringsloven var å gi et mer helhetlig og effektivt vern.<sup>6</sup> Diskrimineringsvernets innhold kommer særlig til uttrykk i likestillings- og diskrimineringsloven § 6, hvor det blant annet er forbud mot å diskriminere noen på grunnlag av «graviditet» eller «permisjon i forbindelse med fødsel eller adopsjon», som denne avhandlingen skal fokusere på. Tidligere falt disse to diskrimineringsgrunnlagene under «kjønn», men ble med den nye likestillings- og diskrimineringsloven skilt ut slik at de ble selvstendige diskrimineringsgrunnlag. Forarbeidene uttaler at denne endringen var ment som en presisering, og at det ikke skal endre rettsstilstanden.<sup>7</sup> Følgelig vil både tidligere rettspraksis og øvrige rettskilder knyttet til diskrimineringsgrunnlaget kjønn fortsatt være av betydning for nærmere kartlegging og forståelse av de to diskrimineringsgrunnlagenes innhold.

---

<sup>1</sup> Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven – ldl.).

<sup>2</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering).

<sup>3</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven av 2013).

<sup>4</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet).

<sup>5</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

<sup>6</sup> Prop. 81 L (2016-2017) Om lov om likestilling og forbud mot diskriminering, s. 15.

<sup>7</sup> Prop.81 L (2016-2017) s. 313.

Regjeringens likestillingsmelding Meld. St. 7 (2015-2016) Likestilling i praksis – Like muligheter for kvinner og menn, sin kartlegging viser at kvinner fortsatt er dårligere stilt enn menn på de fleste samfunnsområder. Departementet uttalte i forarbeidene at de anså det som viktig å signalisere at kvinners rettigheter og likestilling mellom kvinner og menn er en grunnleggende verdi i samfunnet vårt, og ønsket å fremheve dette i lovens formålsbestemmelse, blant annet på bakgrunn av likestillingsmeldingen sine funn.<sup>8</sup> De uttalte samtidig at de delte høringsinstansenes syn om at særlige bestemmelser i loven om blant annet graviditetsdiskriminering ikke ville gi den samme signaleffekten som å innta kvinners rettigheter som et eget formål i formålsbestemmelsen.<sup>9</sup>

Rundt samme tid ble det også gjennomført en omfattende reform av det norske håndhevingsapparatet etter at PwCs evaluering av det norske virkemiddelapparatet på likestillings- og diskrimineringsrettens område la til grunn at det eksisterende håndhevingsapparatet ikke tilfredstilte internasjonale forpliktelser etter EU/EØS-rettens hvor det kreves effektiv sanksjonering.<sup>10</sup> Dette resulterte i den nye diskrimineringsombudsloven hvor Diskrimineringsnemnda fikk utvidet kompetanse og myndighet, blant annet til å tilkjenne oppreisning og erstatning ved brudd på likestillings- og diskrimineringslovgivningen i arbeidslivet.<sup>11</sup>

Disse funnene danner bakteppet for denne avhandlingens tema og problemstilling; er vernet mot graviditets- og permisjonsdiskriminering i arbeidslivet reelt og effektivt, sett i lys av dagens regulering og håndheving?

## 1.1. BEGREPSAVKLARINGER

---

### 1.1.1. DISKRIMINERING

---

Diskriminering betyr å behandle noen mindre gunstig enn andre,<sup>12</sup> og ordet brukes som regel for å betegne usaklig eller urimelig forskjellsbehandling av individer på grunnlag av faktorer

---

<sup>8</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 58.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> PricewaterCoopers, *Utredning av håndhevings- og virkemiddelapparatet på likestillings og ikke-diskrimineringsområdet*, utredning på oppdrag av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, 2016 (PwC-utredningen).

<sup>11</sup> Lov 16 juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven – diskrol.).

<sup>12</sup> Ik Dahl, Ingunn, *diskriminering*, i Store norske leksikon <https://snl.no/diskriminering>

tilknyttet dem slik som kjønn, graviditet, permisjoner og liknende. Dette gjenspeiles ofte i begreper som for eksempel kjønnsdiskriminering eller graviditetsdiskriminering.

I likestillings- og diskrimineringsloven er diskriminering definert som direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter §§ 7 og 8, som ikke er lovlig etter §§ 8, 9 eller 10.<sup>13</sup>

Direkte diskriminering regnes etter ldl. § 7 som tilfeller hvor en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon på grunn av forhold/faktorer som er vernet etter ldl. § 6 første ledd.

Indirekte diskriminering skal imidlertid forstås som enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd, jf. Ldl. § 8.

---

### 1.1.2. DISKRIMINERINGSGRUNNLAG

---

Diskrimineringsgrunnlag skal i denne sammenhengen forstås som de forholdene lovgivningen eksplisitt forbyr å diskriminere noen på grunnlag av.<sup>14</sup> Etter ldl. § 6 er det et eksplisitt forbud mot å diskriminere noen på grunnlag av «kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene», jf. første ledd. Denne opplistingen av diskrimineringsgrunnlag er uttømmende regulert, men det er mulig at det foreligger diskriminering som berører flere av disse samtidig.

---

### 1.1.3. GRAVIDITETSDISKRIMINERING

---

I forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven er all diskriminering som skjer på grunnlag av eller i relasjon til graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon omtalt som «graviditetsdiskriminering».<sup>15</sup> Graviditetsdiskriminering vil også bli brukt som et samlebegrep i denne fremstillingen, der diskrimineringsvernet i forbindelse med graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon omtales generelt.

---

### 1.1.4. LOVLIG FORSKJELLSBEHANDLING

---

---

<sup>13</sup> Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 fjerde ledd.

<sup>14</sup> Ikhdahl, Ingunn, *diskrimineringsgrunnlag* i Store norske leksikon. <https://snl.no/diskrimineringsgrunnlag>

<sup>15</sup> Prop. 81 L (2016-2017).

Lovlig forskjellsbehandling omfatter også positiv forskjellsbehandling og er motsetningen til diskriminering.

Lovlig forskjellsbehandling vil være tilfeller av forskjellsbehandling som ikke rammes av et lovforbud, eller som er gjort lovlig, men forutsatt at noen nærmere angitte vilkår er oppfylt, slik som for eksempel ldl. §§ 9 og 10. Positiv forskjellsbehandling skal forstås som tilfeller hvor det er gitt særskilt adgang til å behandle noen mer gunstig enn andre, som for eksempel etter ldl. § 11.

---

#### 1.1.5. EU/EØS-DIREKTIVER

---

EU/EØS-direktiver skal i denne avhandlingen forstås som EU-direktiver som er innlemmet som en del av EØS-retten, og som Norge dermed er forpliktet til å følge.

---

#### 1.2. VIDERE FREMSTILLING: AVGRENSNINGER OG PRESISERINGER

---

Denne avhandlingens spørsmål er om vernet mot graviditets- og permisjonsdiskriminering i arbeidslivet er reelt og effektivt, sett i lys av dagens regulering og håndheving. Det avgrenses dermed fra de øvrige diskrimineringsgrunnlagene som følger av ldl. § 6, og andre samfunnsområder enn arbeidslivet.

For å besvare avhandlingens problemstilling starter jeg i kapittel 2 med å redegjøre for det materielle vernet mot graviditetsdiskriminering sitt innhold og rekkevidde i forbindelse med ulike faser av et ansettelsesforhold, særlig ansettelser og oppsigelser hvor arbeidstakeren har et sterkere behov for vern. I kapittel 3 rettes fokuset mot diskrimineringsnemndas håndheving av diskrimineringsvernet for graviditet og permisjon, spesielt diskrimineringsnemndas organisering og kompetanse/myndighet som håndhevingsorgan. Det avgrenses fra å gjøre rede for de ordinære domstolene som håndhevingsorgan ettersom nemnda behandler og avgjør klart flest saker om graviditetsdiskriminering i arbeidslivet. Den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen vil behandles grundig i punkt 3.2. Avhandlingens 4 kapittel tar for seg nemndas sanksjonsmuligheter ved brudd på diskrimineringsvernet. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 komme med noen avsluttende refleksjoner og en konklusjon.

## 2. RETTSLIG REGULERING AV VERNET MOT GRAVIDITETSDISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET

---

For å kunne si noe om hvorvidt vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er reelt og effektivt, bør en også se på hvordan det er regulert i lovverket, og hvor vidtfavnende de materielle rettighetene er. I denne delen av fremstillingen vil jeg begynne med å presentere de internasjonale konvensjonene og direktivene som har virket inn på den norske reguleringen av diskrimineringsvernet. Deretter går jeg gjennom dagens regulering av vernet i norsk rett.

### 2.1. INTERNASJONAL INNFLYTELSE PÅ VERNET MOT GRAVIDITETSDISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET

---

Norsk lovgivning på likestillings- og diskrimineringsrettens område har i stor grad blitt påvirket av utviklingen i internasjonal rett. Allerede i 1945, i kjølvannet av andre verdenskrig, ble det grunnleggende dokumentet til De Forente Nasjoner (FN), FN-pakten utarbeidet og undertegnet.<sup>16</sup> Det følger av FN-pakten artikkel 1 nr. 3 at et av FNs formål er å fremme og oppmuntre til «respekt for menneskerettigheter og grunnleggende friheter for alle» uten hensyn til blant annet «kjønn».<sup>17</sup> I FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 konkretiseres det at alle har krav på rettighetene og frihetene som følger av erklæringen, «uten forskjell av noen art, for eksempel på grunn av [...] kjønn [osv.]», jf. artikkel 2 (1). FNs verdenserklæring om menneskerettighetene kodifiserte med dette for første gang at diskrimineringsvernet er en rettighet som tilfaller alle individer.

Den nasjonale reguleringen av graviditets- og permisjonsdiskriminering har nære forbindelser til EU/EØS-retten, og i den forbindelse er det særlig fire direktiver som er særlig relevante; kjønnslikestillingsdirektivet (direktiv 2006/54/EF), kjønnslikestillingsdirektivet om varer og tjenester (direktiv 2004/1113/EF), svangerskapsdirektivet (direktiv 92/85/EØF) og foreldrepermisjonsdirektivet (direktiv 2010/18/EU).<sup>18</sup> Ettersom de fire direktivene er minimumsdirektiver, så står Norge fritt til å vedta lovgivning som gir et sterkere vern enn det som følger av EØS-retten.<sup>19</sup> Disse vil gjennomgående trekkes inn i avhandlingen der de er relevante.

---

<sup>16</sup> FN-pakten av 1945.

<sup>17</sup> Ibid. Artikkel 1 nr. 3.

<sup>18</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 523.

<sup>19</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 158, Prop. 126 L (2011-2012) s. 14.

## 2.2. NASJONAL REGULERING

---

Likestillings- og diskrimineringsloven og dens bestemmelser gjelder «på alle samfunnsområder».<sup>20</sup> Ordlyden tilsier at loven også må gjelde i arbeidslivet. En slik forståelse støttes av forarbeidene som sier at de generelle reglene om forbud mot diskriminering gjelder fullt ut i arbeidslivet.<sup>21</sup>

Arbeidsmiljøloven henviser generelt til likestillings- og diskrimineringsloven når det gjelder diskrimineringsvernets innhold og regulering i tilfeller hvor det påberopte diskrimineringsgrunnlaget er graviditet og/eller permisjon ved fødsel eller adopsjon.<sup>22</sup> I likestillings- og diskrimineringslovens kapittel 5 finnes det særlige regler som gjelder i arbeidsforhold, og det følger blant annet en viktig presisering for diskrimineringsvernets virkeområde innenfor arbeidslivet av § 29. Bestemmelsen uttrykker at reglene i lovens kapittel 2 om forbud mot å diskriminere gjelder «*alle* sider av et arbeidsforhold». I utgangspunktet tilsier en naturlig forståelse av «arbeidsforhold» at det må være etablert en mer konkret og varig relasjon mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Diskriminering kan imidlertid forekomme i alle faser av et ansettelsesforhold, også der det ikke har startet enda. Behovet for vern må kunne sies å være vel så stort på vei inn i arbeidslivet som det er ellers, og det er dermed både naturlig og viktig at det i ldl. § 29 bokstav b presiseres at en også «ansettelse» er omfattet av «arbeidsforhold». På denne måten blir det tydelig at vernet gjelder allerede før det er inngått en mer bindende arbeidsavtale. Det følger av ldl. § 29 bokstav e gjelder til og med «opphør» av et arbeidsforhold.

Med en bred og vidtfavnende regulering av vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet, fra oppstart til opphøret av et arbeidsforhold, legges det til rette for et reelt og effektivt vern.

---

### 2.2.1. DISKRIMINERINGSGRUNNLAGENE «GRAVIDITET» OG «PERMISJON VED FØDSEL ELLER ADOPSJON»

---

---

<sup>20</sup> Jf. ldl. § 2 (1).

<sup>21</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 31.

<sup>22</sup> Se aml. § 13-1 fjerde ledd.



Det følger av hovedregelen i ldl. § 6 første ledd at det er forbudt å diskriminere noen på grunn av «graviditet» eller «permisjon ved fødsel eller adopsjon». Et spørsmål som aktualiseres i den forbindelse er hva som er omfattet av de to diskrimineringsgrunnlagene.

#### «GRAVIDITET»

---

Graviditet som diskrimineringsgrunnlag omfatter ikke bare selve graviditeten, men også forhold som utløses av graviditet og fødsel, som blant annet graviditetsrelatert fravær.<sup>23</sup> Graviditetsrelatert fravær kan være blant annet graviditetsrelatert sykdom, fravær i forbindelse med svangerskapskontroller eller svangerskapspermisjon før fødsel etter arbeidsmiljøloven § 12-2.<sup>24,25</sup>

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har også presisert at forskjellsbehandling på grunn av fravær i forbindelse med prøverørsbehandlinger og forskjellsbehandling på grunn av graviditet må «ses under ett» og vurderes etter de samme reglene.<sup>26</sup> Med en slik tilnærming inkluderes prøverørsbehandling i diskrimineringsvernet, og bidrar til en helhetlig og omfattende regulering.

Forbudet mot graviditetsdiskriminering vil av naturlige årsaker være spesielt viktig for kvinner, men ved uttak av permisjonsrettigheter vil forbudet ha betydning for begge foreldrene, uavhengig av kjønn. Fedres uttak av permisjon har imidlertid ført til at også de i større grad enn tidligere diskrimineres i arbeidslivet som følge av uttak av foreldrepermisjon.<sup>27</sup>

#### «PERMISJON VED FØDSEL ELLER ADOPSJON»

---

Det følger av forarbeidene at også forhold i forbindelse med fødselen omfattes av «graviditet» og «permisjon ved fødsel eller adopsjon», herunder morens permisjon de første seks ukene etter fødselen, og lengre permisjoner i forbindelse med fødsel og adopsjon, omfattes.<sup>28</sup> Diskrimineringsgrunnlaget gjelder uavhengig av kjønn, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 313.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)

<sup>26</sup> LDN-2011-37.

<sup>27</sup> Et eksempel er LDN-2009-41, der nemnda konkluderte med at A kommune hadde utsatt en mann, som søkte på stillingen som eiendomssjef, for diskriminering på grunnlag av fødsels- og foreldrepermisjon i ansettelsesprosessen.

<sup>28</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 313.

<sup>29</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 107-108.

Når arbeidstakere benytter seg av permisjonsrettighetene de er tilkjent etter lovverket, så innebærer dette økonomiske og organisatoriske ulemper for arbeidsgivere, noe som gjør småbarnsforeldre spesielt utsatt for diskriminering i arbeidslivet, spesielt ved ansettelser eller oppsigelser.<sup>30</sup> Ettersom kvinner som regel tar ut en større andel av den samlede foreldrepermisjonen enn menn, så er de ekstra utsatt for diskriminering på dette grunnlaget.

I det følgende skal det redegjøres for hvordan arbeidstakere kan bli utsatt for graviditetsdiskriminering i de ulike fasene av et ansettelsesforhold, og reguleringen av vernet i disse tilfellene.

---

### 2.2.2. ANSETTELSE OG OPPSIGELSE

---

Arbeidstakere som enten er gravid eller skal ut i permisjon er som sagt i en særlig sårbar posisjon ved ansettelser.

En av måtene likestillings- og diskrimineringsloven har forsøkt å bøte på dette, er ved å forby arbeidsgiver å innhente opplysninger om «graviditet, adopsjon eller planer om å få barn», jf. § 30 første ledd bokstav a.<sup>31</sup> Forbudet omfatter hele ansettelsesperioden, herunder jobbintervju og lignende.<sup>32</sup> Det følger av forarbeidene at «planer om å få barn» omfatter en rekke situasjoner, som «planlagt graviditet, planlagt adopsjon, [både pågående og planlagt] infertilitetsbehandling og planlegging av hvordan man har tenkt til å ta ut foreldrepermisjonen».<sup>33</sup> Forbudet ble innført blant annet på grunn av statistikk som viste at en betydelig del av henvendelsene til Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) knyttet seg til graviditets- og permisjonsdiskriminering.<sup>34</sup>

Diskrimineringsvernet for graviditet og permisjon gjelder som sagt både ved ansettelse og oppsigelse, jf. ldl. § 29 første ledd bokstav a og e. Etter ldl. § 10 tredje ledd er det et absolutt forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelser og oppsigelser på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon. Det presiseres at dette absolutte vernet også gjelder ved forlengelse av midlertidig stilling.

---

<sup>30</sup> Ibid., s. 108.

<sup>31</sup> Se eksempelvis DIN-2018-268 hvor arbeidsgiveren hadde innhentet opplysninger om graviditet, og avsluttet ansettelsesprosessen da de ble klar over at arbeidssøkeren var gravid. Nemnda konkluderte med at det forelå brudd.

<sup>32</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 33-34.

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 55.

<sup>34</sup> Ibid., s. 14.

Norges EØS-rettslige forpliktelser innbefatter også at det skal være et sterkt vern mot forskjellsbehandling i arbeidslivet, og EU-domstolen har i flere avgjørelser lagt til grunn at det er et absolutt forbud mot graviditets- og permisjonsdiskriminering ved ansettelse og oppsigelser. Ved oppsigelser, som kan defineres som et tvunget opphør av et arbeidsforhold, finnes det også en særregulering i arbeidsmiljøloven § 15-9 som sier at det er forbudt å si opp en arbeidstaker på grunnlag av graviditet eller permisjon. En tilsvarende regel finnes i EUs likebehandlingsdirektiv 76/207/EØF. Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven gir i motsetning til likestillings- og diskrimineringsloven også anvisninger/konkretiseringer på/av bevisvurderingen, dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.2.2.

Forarbeidene uttaler at det absolutte vernet mot forskjellsbehandling ved ansettelse og oppsigelser innebærer at det ikke er tillatt å si opp eller la være å ansette noen på grunn av foreldrepermisjon, selv om permisjonen er av lenger varighet.<sup>35</sup> Dette er en praktisk viktig presisering, ettersom Norge har lange foreldrepermisjoner sammenlignet med mange andre europeiske land.<sup>36</sup> Selv om permisjonene i Norge er lange, så bør det likevel ikke være anledning til å la være å ansette noen eller si opp en arbeidstaker fordi vedkommende benytter seg av permisjonsrettighetene i arbeidsmiljøloven.

En dom som illustrerer forbudets absolutte karakter er *Mahlburg-dommen* hvor EU-domstolen fastsatte at det ikke var tillatt å la være å ansette en kvalifisert kvinne fordi hun var gravid, til tross for at det forelå nasjonal lovgivning som forbød gravide å utføre arbeid som utsatte dem for skadelige virkninger av helsefarlige stoffer.<sup>37</sup> Det absolutte vernet medfører altså at det ikke vil være tillatt å avstå fra å ansette en gravid kvinne for å beskytte henne mot skader som følge av arbeidet, selv i tilfeller som rammes av arbeidsforbud i lovgivningen. Det vil heller ikke være tillatt å si opp en person av slike vernegrupper.<sup>38</sup>

Å miste tilgangen til arbeidsmarkedet og de godene som følger med det, som for eksempel retten til foreldrepenger og pensjonsrettigheter, vil ikke være tråd med de likestillingshensynene som loven skal fremme, og tilsier at vernet av den grunn bør være absolutt.

---

<sup>35</sup> Prop. 88 L (2012-2013) side 68.

<sup>36</sup> Se <https://www.unicef.org/press-releases/sweden-norway-iceland-and-estonia-rank-highest-family-friendly-policies-oecd-and-eu>

<sup>37</sup> EU-domstolens sak C-207/98 *Silke-Karin Mahlburg mot Land Mecklenburg-Vorpommern*.

<sup>38</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 163.

---

### 2.2.3. SÆRLIG OM MIDLERTIDIGE STILLINGER OG BEMANNINGSBYRÅ

---

#### MIDLERTIDIGE STILLINGER

---

Gravide arbeidstakere eller arbeidstakere som skal ut i foreldrepermisjon og som enten søker på eller er ansatt i en midlertidig stilling, er i en spesielt sårbar og utsatt for diskriminering i arbeidslivet.<sup>39</sup> Likestillings- og diskrimineringsloven § 10 tredje ledd oppstiller derfor et absolutt vern mot graviditetsdiskriminering ved ansettelse, oppsigelse eller forlengelse av en midlertidig stilling. Departementet uttalte i forarbeidene at «å ikke få en stilling eller bli sagt opp fra en midlertidig stilling fordi man benytter seg av lovbestemte rettigheter, bør ikke være tillat, selv om stillingen er midlertidig».<sup>40</sup> Et slikt synspunkt harmonerer også godt med EU-domstolens praksis på området. I *Tele-Danmark* hadde en kvinne blitt sagt opp fra en midlertidig stilling fordi hun på grunn av fødselspermisjon bare kunne jobbe deler av ansettelses-perioden på 6 måneder.<sup>41</sup> EU-domstolen kom i saken frem til at oppsigelsen var i strid med det absolutte forbudet mot graviditetsdiskriminering. Det følger også av nemndspraksis at det absolutte graviditetsdiskrimineringsvernet gjelder for midlertidige ansatte.<sup>42</sup>

#### BEMANNINGSBYRÅ

---

Også arbeidstakere som er ansatt i bemanningsbyrå og som leies ut til oppdragsgivere på midlertidige kan havne i en særlig sårbar situasjon.<sup>43</sup>

I Bemanningsbyrå-saken var en kvinne ansatt i en 50% stilling i bemanningsbyrået C, og leid ut på et midlertidig oppdrag til B.<sup>44</sup> Oppdraget ble ikke forlenget, da det ble kjent at kvinnen var gravid, noe som var begrunnet i at kvinnen ikke kunne være vikar i alle sommermånedene på grunn av den kommende svangerskapspermisjonen. Bemanningsbyrået mente at oppdragsgiveren hadde arbeidsgiveransvaret for A, imens oppdragsgiver mente at det var en forutsetning for ansettelsesforholdet at kvinnen stilte sin arbeidskraft til disposisjon. Hun ble heller ikke tilbudt med arbeid av bemanningsbyrået i resten av graviditetsperioden da hun opplevde graviditetsrelaterte plager som skapte et behov for tilrettelegging for å kunne

---

<sup>39</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 536.

<sup>40</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 1.64.

<sup>41</sup> EU-domstolens sak *Tele-Danmark* 109/00.

<sup>42</sup> Se bl.a. Klagenemnda for likestillingssak nr. 7/2002.

<sup>43</sup> Hellum, og Blaker Strand (2022) s. 536.

<sup>44</sup> Felles behandling av sakene DIN-2019-196 og DIN-2019-115 Bemanningsbyrå-saken.

fortsette å arbeide. Dette hadde svært negative følger for hennes økonomiske situasjon. Nemnda uttale at «et slikt trepartsforhold [som utgangspunkt] ikke innebærer at utleiers eller innleierens plikt til å opptre i samsvar med diskrimineringslovgivningen, bortfaller eller reduseres». Det ble lagt til grunn at bemanningsbyrået og oppdragsgiver ikke kan legge alt ansvar over på den andre, og videre at «diskrimineringsvernet står på egne ben, og det må vurderes konkret om innleieren eller utleieren – eller begge – har handlet på en måte som innebærer at den aktuelle ansatte rent faktisk er kommet i en dårligere situasjon enn ansatte som ikke er omfattet av det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget». Nemnda kom til at kvinnen var blitt utsatt for brudd på ldl. § 6 i form av graviditetsdiskriminering da innleier besluttet å ikke forlenge oppdragsavtalen. Bemanningsbyrået ble ansett å ha medvirket til at kvinnen ble utsatt for graviditetsdiskriminering.<sup>45</sup> Arbeidsgivere bør ikke kunne omgå det diskrimineringsrettslige vernet ved å endre på den formelle konstellasjonen av et arbeidsforhold, og det er derfor bra at også bemanningsbyrå-tilfellene fanges opp av diskrimineringsvernet.

---

#### 2.2.4. REFLEKSJONER OM DAGENS REGULERING

---

Gjennomgangen av den materielle delen av vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet favner vidt og indikerer i utgangspunktet at vernet mot graviditetsdiskriminering er helhetlig, reelt og effektivt. Det hjelper imidlertid lite å ha et godt materielt rettsvern, hvis det ikke kan håndheves i praksis.

### 3. HÅNDHEVING AV DISKRIMINERINGSVERNET

---

For at vernet mot graviditetsdiskriminering skal være reelt og effektivt, så er det nødvendig med et håndhevingsapparat som er tilegnet tilstrekkelig kompetanse.<sup>46</sup> Dette gjelder både hvordan håndhevingsapparatet er strukturert, hvordan håndhevingsprosessen er organisert, og hvilke sanksjonsmidler som er tilgjengelig for dem til å benytte seg av. Når det gjelder de spesifikke sanksjonsmidlene ved brudd på vernet mot graviditetsdiskriminering, så vil dette bli behandlet mer gjennomgående under kapittel 4.

Internasjonal rett legger føringer for Norges regulering og håndheving av diskrimineringsvernet ved at det blant annet kreves at brudd på likestillings- og

---

<sup>45</sup> Se også DIN-2020-167 og DIN-2019-118.

<sup>46</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 708.

diskrimineringslovgivningen skal være gjenstand for effektiv sanksjonering. For å kunne oppfylle sine forpliktelser, må Norges regulering da sørge for at individer som mener at de har blitt utsatt for graviditetsdiskriminering har adgang til å få behandlet kravet sitt om både krenkelse og sanksjoner, av et kompetent håndhevingsorgan.<sup>47</sup>

### 3.1. DISKRIMINERINGSNEMNDA

---

#### 3.1.1. 2017-REFORMENS INNVIRKNING PÅ DISKRIMINERINGSNEMNDA

---

Ifølge juridisk teori var et karakteristisk trekk ved Norges diskrimineringsvern den store avstanden mellom det sterke materielle vernet og det svake håndhevings- og sanksjonsapparatet.<sup>48</sup> En situasjon som illustrerer de tidligere svakhetene, er at dersom en arbeidstaker fikk konstatert brudd på det materielle diskrimineringsvernet, så måtte vedkommende reise ny sak for domstolene for å kunne bli tilkjent oppreisning og erstatning.<sup>49</sup>

Likestillings- og diskrimineringsnemndas mangel på effektive sanksjonsmuligheter var gjenstand for omfattende kritikk, og førte til at Solberg-regjeringen tok initiativ til en omfattende håndhevingsreform som bar frukter i form av den nye diskrimineringsombudsloven i 2017.<sup>50</sup> Utredningen i forbindelse med lovreformen la til grunn at det eksisterende håndhevingsapparatet ikke tilfredstilte EU/EØS rettens krav om effektiv sanksjonering.<sup>51</sup> Det overordnede formålet med reformen var følgelig at sanksjoneringen av individvernet skulle effektiviseres slik at det var i tråd med Norges internasjonale forpliktelser.

2017-reformen førte til at det ble gjort endringer i det eksisterende håndhevingsapparatets organisering, sammensetning og kompetanse. Det som tidligere var likestillings- og diskrimineringsnemnda endret navn til diskrimineringsnemnda, og fikk en utvidet myndighet hvor de nå kan tilkjenne oppreisning ved brudd på diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold, og tilkjenne erstatning ved enkle saksforhold. En annen nyvinning 2017-reformen førte med seg var innføringen av skriftlig saksbehandling, dette til tross for protestene som gjaldt tilgjengelighet og partenes rettssikkerhet på grunn av svekkelsen av kontradiksjonsprinsippet.

---

<sup>47</sup> European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (FRA) 2016, s.15-23.

<sup>48</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 644.

<sup>49</sup> NOU 2011: 18 punkt 10.

<sup>50</sup> Prop. 80 L (2016-2017).

<sup>51</sup> PwC-utredningen (2016).

De største endringene som fulgte av 2017-reformen var at håndhevingsapparatet ble omorganisert slik at diskriminerings saker nå behandles i én instans, diskrimineringsnemnda, med tilhørende endringer i kompetansekravene til nemndas medlemmer, at saksbehandlingen foregår skriftlig og at nemnda fikk utvidet sin myndighet til å også kunne tilkjenne oppreisning ved brudd på diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold, og tilkjenne erstatning ved enkle saksforhold. De nevnte endringene av diskrimineringsnemnda og deres innvirkning på diskrimineringsvernet, som omfatter vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet, vil bli gjort rede for og drøftet i det følgende.

---

### 3.1.2. DISKRIMINERINGSNEMNDAS ORGANISERING

---

Diskrimineringsnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan, som ikke kan instrueres i sin faglige virksomhet.<sup>52</sup> Nemnda er dessuten også førsteinstans for alle klagesaker knyttet til graviditetsdiskriminering, og behandler alle saker som bringes inn for den av en part, ombudet eller andre med rettslig klageinteresse.<sup>53</sup> Bakgrunnen for at diskriminerings saker nå skal behandles i én instans, var at én-instans-behandling ville bidra til å effektivisere saksbehandlingen, ved å få ned saksbehandlingstiden og på denne måten gjøre diskrimineringsvernet mer tilgjengelig. Dette bidrar igjen til å komme nærmere kravene om å ha et reelt og effektivt vern. Det uttales i forarbeidene at dersom en sak ble behandlet i to instanser så «tar [det] i gjennomsnitt dobbelt så lang tid» å få en avgjørelse, og at endringen til én-instans-behandling «vil kunne gi en tidsbesparelse på så mye som opptil ett år per sak». <sup>54</sup> Avgjørelsene truffet av nemnda kan ikke påklages til et høyere forvaltningsorgan, men det er mulig å bringe saken videre inn for de ordinære domstolene på ethvert stadium av saken.

Å anlegge sak for diskrimineringsnemnda er gratis, noe som også bidrar til å gjøre håndhevingen av vernet mer tilgjengelig sammenlignet med ordinær domstolsbehandling hvor det vil være saksomkostninger, og dessuten også lenger saksbehandlingstid. De økonomiske besparelsene og fordelene ved å bringe saken inn for diskrimineringsnemnda gjør også vernet mer reelt og effektivt.

Nemnda bistås i saksforberedelsen av et faglig sekretariat som også skriver et utkast til nemndas vedtak.<sup>55</sup> Sekretariatets faglige kompetanse og kunnskap har stor betydning for

---

<sup>52</sup> Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 første ledd.

<sup>53</sup> Likestillings- og diskrimineringsloven § 8 første ledd.

<sup>54</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 8.

<sup>55</sup> Diskrimineringsombudsloven § 6 sjette ledd.

saksbehandlingen i diskrimineringsaker da de på mange måter legger grunnlaget for nemndas avgjørelse. Denne fremstillingen fokuserer hovedsakelig på diskrimineringsnemnda, men siden sekretariatet kan sees på som en forlengelse av nemnda, så vil også deres rolle og kompetanse bli behandlet.

---

### 3.1.3. KRAV TIL DISKRIMINERINGSNEMNDAS KOMPETANSE OG KVALIFIKASJONER

---

Nemnda inndeles i avdelinger med nemndledere,<sup>56</sup> og etter dagens ordning er utgangspunktet at diskrimineringsaker behandles av tre medlemmer hvorav en er leder og to er faste medlemmer.<sup>57</sup> Det stilles ulike krav til nemndas faste medlemmer og nemndlederne, hvor det for sistnevnte kreves dommererfaring eller det foreligger andre «særlige kvalifikasjoner» som tilsier at dommererfaring ikke er nødvendig.<sup>58</sup> Bakgrunnen for at det er ønskelig med nemndledere som har dommererfaring er at dette bedre ivaretar hensynet til å sikre forsvarlig saksbehandling og rettslige korrekte avgjørelser.<sup>59</sup>

Hva som utgjør «særlige kvalifikasjoner» er ikke utdypet noe nærmere verken i lovteksten eller lovforarbeidene, men Hellum og Blaker Strand mener det i alle fall må være relevant å vektlegge fagkompetanse og erfaring innenfor likestillings- og diskrimineringsrett da det på diskrimineringsfeltet er svært få saker som behandles av domstolene.<sup>60</sup>

For nemndas øvrige medlemmer stiller ikke loven i seg selv noen kompetansekrav, men forarbeidene uttaler at «Behandlingen av saker i nemnda består i stor grad av ren rettsanvendelse. Likheten med domstolenes virksomhet er stor. Nemnda skal vurdere bevis og anvende rettsregler på sakens faktum. Det er oppgaver som etter sin art krever juridisk kompetanse»,<sup>61</sup> utgangspunktet er dermed at det er ønskelig med juridisk kompetanse. Formålet med dette utgangspunktet er å sikre effektiv og rettsriktig klagebehandling. Forarbeidene uttaler at innføringen av et krav om juridisk kompetanse også for nemndas øvrige medlemmer blant annet er begrunnet i utvidelsen av nemndas myndighet til å tilkjenne oppreisning i arbeidsforhold, jf. Diskrol § 12.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Diskrimineringsombudsloven § 6 andre ledd.

<sup>57</sup> Diskrimineringsnemndforskriften 2017 § 8 sjetten ledd.

<sup>58</sup> Diskrimineringsloven § 6 tredje ledd.

<sup>59</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 104.

<sup>60</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 652.

<sup>61</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 40.

<sup>62</sup> Ibid.



Hva angår sekretariatets medlemmer, så kan det for ordens skyld nevnes at forskjellene i kompetansekrav er begrunnet med at sekretariatets rolle er begrenset til å bistå nemnda i saksforberedelsen, og at de ikke besitter noen avgjørelsesmyndighet.<sup>63</sup> Hellum og Blaker Strand har imidlertid tatt til orde for at det burde kunne kreves at sekretariatets medlemmer i alle fall besitter såkalt lavterskelkompetanse på diskrimineringsrettens område, siden de har stor makt gjennom sin veilednings- og sakforberedelsesfunksjon.<sup>64</sup> En måte å sikre partenes rettssikkerhet og forutberegnelighet på er å gi sekretariatet et kompetanseløft, ettersom de legger grunnlaget for nemndas avgjørelser.

Diskrimineringsnemndas kompetanseløft bidrar til å sikre partenes rettssikkerhet og forutberegnelighet samtidig som det også gjør at håndhevingsapparatet er mer effektivt og at vernet som oppstilles i likestillings- og diskrimineringslovgivningen dermed også blir mer reelt og tilgjengelig.

---

#### 3.1.4. DISKRIMINERINGSNEMNDAS SAKSBEHANDLING

---

Hovedregelen er at saksbehandlingen i nemnda er skriftlig jf. diskrol. § 9.

Diskrimineringsnemnda er ment å være et lavterskeltilbud, og i tråd med dette er det ikke nødvendig for partene å anskaffe seg advokatbistand. LDO har en veiledningsplikt overfor partene, men det har blitt stilt spørsmål ved om veiledningsplikten er tilstrekkelig kompensasjon for de endringene reformen har innført. Kravet etter kvinnediskrimineringsdirektivet om «access to justice» og diskrimineringsombudslovens veiledningsrett var tema under kvinnediskriminerings-komiteens behandling av Norges niende statsrapport. Komiteen uttrykte i den forbindelse bekymring over at «kvinner ikke tilbys fri rettshjelp etter loven for å fremme saker for nemnda».<sup>65</sup>

Diskrimineringsnemnda anmodet i sin høringsuttalelse i rettshjelpsutvalgets utredning at klagere bør gis fritt rettsråd og fri rettshjelp for å fremme klager for nemnda, og framhevet at ombudets veiledningsplikt ikke er tilstrekkelig til å nå disse målene da den uttalte at: «Sjølvs om likestillings- og diskrimineringsombudet gjer ein god jobb med å rettleia moglege

---

<sup>63</sup> Ibid. s. 42.

<sup>64</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 654.

<sup>65</sup> KDK-komiteen, Concluding Observations on the 9th periodic report of Norway (2017) avsnitt 12.

klagarar og andre om likestillings- og diskrimineringsregelverket, så er det likevel ofte behov for meir hjelp enn kva ombodet kan gje i enkeltsaker for Diskrimineringsnemnda.»<sup>66</sup>

Da 2017-reformen innførte skriftlig klagebehandling som hovedregel innebar det at partene fikk et større ansvar for å ivareta sine egne interesser i klageprosessen. De må nå selv avgjøre hvilken informasjon som er best egnet til å belyse og dokumentere deres versjon av hendelsesforløpet som skal gi grunn til å tro eller sannsynliggjøre at diskriminering har/ikke har funnet sted. Ved muntlige forhandlinger kunne de endre, legge til eller presisere informasjon det ble stilt spørsmål ved, denne muligheten er nå utelukket underveis i nemndas klagebehandling. Forarbeidene begrunner overgangen til skriftlig saksbehandling som hovedregel med at en hovedregel om muntlighet ville gå på bekostning av hurtighet og effektivitet, og at hensynet til partenes rettssikkerhet vil være tilstrekkelig ivaretatt gjennom partenes adgang til å kommentere skriftlige dokumenter.<sup>67</sup> Etter diskrol. § 9 andre punktum kan nemnda likevel ha en muntlig klagebehandling dersom de vurderer at det av hensyn til sakens opplysning likevel bør være muntlige forhandlinger. Etter diskrimineringsnemndforskriften § 5 første ledd skal nemndleder som utgangspunkt ta stilling til dette etter innspill fra sekretariatet. Noe som igjen viser sekretariatets sentrale betydning rolle og påvirkningskraft. Etter diskrol. § 9 fjerde punktum har partene rett til å kreve muntlige forhandlinger i saker hvor det er fremmet fram om oppreisning. Klager vil som regel be om erstatning og oppreisning i saker hvor de anfører å ha blitt utsatt for graviditetsdiskriminering i arbeidslivet.

---

### 3.1.5. DISKRIMINERINGSNEMNDAS ANSVARSOMRÅDE OG SANKSJONSMYNDIGHET

---

Diskrimineringsnemnda er et forenklet, forvaltningsrettslig og gratis alternativ til ordinær domstolsbehandling av klagesaker knyttet til diskriminering. Det er bare anledning for partene å få nemndas avgjørelse overprøves av domstolene dersom de skulle være misfornøyde med resultatet. Endringene i nemndas organisasjonsform har også ført til en rekke endringer i deres ansvarsområde og sanksjonsmyndighet.

Nemnda fikk med 2017-reformen utvidet sin kompetansen med at de nå også kunne tilkjenne oppreisning og erstatning. Myndigheten til å tilkjenne oppreisning er begrenset til

---

<sup>66</sup> Diskrimineringsnemndas høringssvar til Rettshjelpsutvalgets utredning NOU 2020: 5.

<sup>67</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 54-55.

diskriminering knyttet til arbeidsforhold, og ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.<sup>68</sup> Myndigheten til å tilkjenne erstatning er begrenset til tilfeller hvor det er brudd på likestillings- og diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13.<sup>69</sup>

Bakgrunnen for utvidelsen av nemndas kompetanse var at håndhevingsystemet viste få tegn til å ha en reparerende og avskrekkende funksjon. Det var svært få saker om oppreisning og erstatning på grunn av diskriminering i arbeidslivet oppe til behandling for domstolene, og dette skyldtes nok delvis den økonomiske risikoen og de høye kostnadene det å anlegge sak utgjorde for partene.<sup>70</sup> Det økonomiske aspektet kan nærmest sies å ha vært oppmuntrende fremfor avskrekkende overfor arbeidsgiver, fordi det var så liten sannsynlighet for at den som var utsatt for diskriminering kom til å gå videre med saken til domstolene. Dette medførte også at diskrimineringsvernet i praksis ble mer utilgjengelig. Den manglende utnyttningen av domstolene som håndhevingsapparat på likestillings- og diskrimineringsrettens område, var ikke i tråd med det EU/ EØS-rettslige kravet om effektiv sanksjonering av diskrimineringsvernet.

Det ble prioritert å gi nemnda myndighet til å tilkjenne oppreisning i diskrimineringsaker innenfor arbeidslivet fordi tilgang til arbeid er viktig både for den enkelte og for samfunnet. Forarbeidene uttaler at det er spesielt nødvendig med en effektiv sanksjonering av brudd på diskrimineringslovgivningen innenfor arbeidslivet både fra et individuelt og fra et samfunnsøkonomisk perspektiv.<sup>71</sup> Klager knyttet til diskriminering i arbeidslivet utgjorde dessuten 48% av diskrimineringsombudets klager fra 2007-2015, og mellom 45 og 59% av nemndas saker fra 2013-2016, og var med dette det samfunnsområdet som utgjorde størsteparten av nemndas klagesaker. Følgelig vil innføringen av en utvidet sanksjonsmyndighet for nemnda også ha størst innvirkning på vernet mot diskriminering i arbeidslivet.

I forarbeidene uttales det at også «styrkeforholdet mellom partene» tilsier at en arbeidstaker bør ha tilgang til et lavterskeltilbud.<sup>72</sup> Tidligere måtte arbeidstakeren reise søksmål for å få tilkjent oppreisning, selv om det forelå et bindende vedtak fra nemnda som slo fast at

---

<sup>68</sup> Likestillings- og diskrimineringsloven § 38 annet ledd første punktum og aml. §§ 2 A-5 og 13-9.

<sup>69</sup> Diskrimineringsombudsloven § 12 andre ledd, jf. § 1 andre ledd.

<sup>70</sup> Kleven (2013).

<sup>71</sup> Prop. 80 L (2016-2017), s. 90.

<sup>72</sup> Ibid. s. 89-90.

arbeidstakeren hadde blitt diskriminert.<sup>73</sup> På bakgrunn av styrkeforholdet mellom partene var det også nærliggende å legge søksmålsbyrden på arbeidsgiveren, som «gjennomgående vil ha bedre forutsetninger i form av både økonomisk og juridiske ressurser til å bringe en sak inn for domstolene».<sup>74</sup>

Diskrimineringsombudslovens forarbeider fremhever dessuten at nemndas begrensede sanksjonskompetanse er begrunnet i hensynet til den innklagdes rettssikkerhet.<sup>75</sup> Fordi retten til oppreisning og erstatning etter ldl. § 38 kan tilkjennes på objektivt grunnlag, så vil det rettslige vurderingstemaet være enklere å vurdere, og etter departementets syn forutsetter en skyldvurdering at det «stilles strengere krav til bevisføring enn det som kan gjennomføres på en hensiktsmessig og rimelig måte i en uavhengig nemnd utenfor domstolsystemet».<sup>76</sup>

Departementet trekker frem at en negativ konsekvens av å ikke begrense nemndas sanksjonsmyndighet til arbeidslivet ville vært muligheten for å ilegge privatpersoner oppreisningskrav. Dette ville vært problematisk fordi privatpersoner gjennomgående har «dårligere forutsetninger for å ivareta sine interesser og som regel [...] dårligere betalingsevne enn profesjonelle parter».<sup>77</sup> Departementet uttalte avslutningsvis at dersom «nemnda skulle gis adgang til å tilkjenne oppreisning på alle samfunnsområder, vil ordningen også bli lite forutsigbar fordi diskrimineringslovgivningen har et så bredt virkeområde».

Hva angår diskrimineringsvernet for arbeidstakere som er gravide, eller skal ut i permisjon i forbindelse med fødsel eller adopsjon, vil uansett denne utvidelsen av nemndas sanksjonsmyndighet bidra til at vernet er mer tilgjengelig ved at det faktisk kan håndheves.

I saker som gjelder diskriminering av en arbeidstaker som jobber deltid eller er midlertidig ansatt, så mangler imidlertid nemnda fortsatt myndighet til å tilkjenne erstatning, jf. diskrol. § 12, jf. § 1 annet ledd.

### 3.2. DEN DISKRIMINERINGSRETTLIGE BEVISREGELEN OG BEVISBEDØMMELSEN

---

Bevisregelen innenfor likestillings- og diskrimineringsretten avviker fra hovedregelen om bevisbyrde i sivile saker. Utgangspunktet følger av tvl. § 11-2, hvor det er den som ønsker et

---

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid. s. 88-93.

<sup>76</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 88-89.

<sup>77</sup> Ibid.

faktum lagt til grunn som har bevisbyrden,<sup>78</sup> og det alminnelige beviskravet er sannsynlighetsovervekt.<sup>79</sup> Hensynet bak regelen om delt bevisbyrde innenfor diskrimineringsretten er at det skal være en reell mulighet for å vinne frem med en påstand om diskriminering. Dersom den ordinære hovedregel om bevisbyrde i sivile tvister skulle ha blitt lagt til grunn, ville klager ha tapt saken dersom det hersket tvil om faktum.<sup>80</sup> Det å snu bevisbyrden avhjelper dette noe, i den forstand at det er den som er anklaget for diskriminering som bærer tvilsrisikoen.<sup>81</sup> Det at den innklagde har tvilsrisikoen innebærer at hvis bevisføringen er avsluttet og det fortsatt foreligger tvil, så vil det konkluderes med at diskriminering har funnet sted.

Den spesielle bevisregelen innenfor diskrimineringsretten er forankret i ldl. § 37, og har stor betydning og innvirkning på håndhevingen av vernet mot graviditetsdiskriminering. Bestemmelsen legger som nevnt opp til en delt bevisbyrde hvor klager (arbeidstaker) først må påvise at det foreligger «omstendigheter som gir grunn til å tro» at vedkommende har blitt diskriminert på grunnlag av graviditet eller permisjon. Dersom klager klarer å påvise eller skape en presumsjon for dette, så overføres bevisbyrden til den innklagde (arbeidsgiver). Den innklagde må på sin side forsøke å motbevise denne presumsjonen og «sannsynliggjøre» at diskriminering likevel ikke har funnet sted. Skulle den innklagde ikke klare dette, så skal diskriminering på grunnlag av graviditet eller permisjon «anses å ha skjedd» slik at det foreligger et brudd som kan gi grunnlag for rettslige sanksjoner.

Ordlyden av «omstendigheter» favner vidt og tilsier at alle typer forhold og momenter omfattes. Når det gjelder hva som gir «grunn til å tro» tilsier ordlyden at det ikke stilles høye krav til sannsynligheten for at det kan konstateres diskriminering på grunn av graviditet og/eller permisjon ved fødsel eller adopsjon. Det følger av forarbeidene at vilkåret «omstendigheter som gir grunn til å tro» innebærer et krav om at det foreligger holdepunkter eller indikasjoner på at diskriminering har skjedd.<sup>82</sup> Momenter som tyder på, eller gir mistanke om at det har skjedd graviditetsdiskriminering, vil normalt være tilstrekkelig for å oppfylle beviskravet.

---

<sup>78</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven -tvl.).

<sup>79</sup> Skoghøy (2017), s. 379.

<sup>80</sup> Prop.81 L (2016-2017) s. 293.

<sup>81</sup> Ibid., s. 336.

<sup>82</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 336.

Praksis viser at utgangspunktet etter ldl. § 37 er klageren må påvise konkrete holdepunkter som indikerer at de har blitt utsatt for diskriminering, en ren påstand om diskriminering er ikke tilstrekkelig.<sup>83</sup> I likestillings- og diskrimineringslovens forarbeider er det gjort nærmere rede for hvordan denne vurderingen foregår og hva mer som kreves av klager i forhold til bevisføring etter å ha fremsatt en påstand om diskriminering. Påstanden vurderes opp mot «hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter».<sup>84</sup> Dersom sakens ytre omstendigheter underbygger påstanden om diskriminering i tilstrekkelig grad, så er det ikke noe krav om at påstanden må styrkes av andre bevismidler som for eksempel dokumenter eller vitner.<sup>85</sup> Det understrekes også i forarbeidene at hver enkelt sak må igjennom en individuell og konkret vurdering av om dette er tilfellet eller ikke.<sup>86</sup>

Når det gjelder den innklagde, så må de «sannsynliggjøre» at diskriminering likevel ikke har funnet sted når bevisbyrden overføres til dem, og ordlyden indikerer at det kreves sannsynlighetsovervekt. Høyesterett uttalt at innklagdes evne til å motbevise den presumsjonen klager har dannet vil avhenge av begivenhetsnære bevis og slutninger som kan trekkes av mer objektive forhold.<sup>87</sup> Det behandlingsorganet som har diskrimineringsaken til behandling, uavhengig av om det er de ordinære domstolene eller om det er diskrimineringsnemnda, vil uansett måtte foreta en helhetlig bevisvurdering av alle sakens bevis og omstendigheter. Hellum og Blaker Strand har gitt uttrykk for at det vanligvis er tre vilkår som må være oppfylte for at det skal kunne konstateres diskriminering.<sup>88</sup> Disse er som følger:

- (1) Det må foreligge forskjellsbehandling.
- (2) Det må foreligge sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget [som her er graviditet, eller permisjon ved fødsel eller/og adopsjon].
- (3) Forskjellsbehandlingen må ikke ha en begrunnelse som likevel gjør den tillatt.<sup>89</sup>

I saker som gjelder graviditetsdiskriminering følger det imidlertid av ldl. § 10 tredje ledd at det «aldri» vil kunne foreligge begrunnelser som vil tillate forskjellsbehandling ved

---

<sup>83</sup> Se blant annet DIN-2019-115, DIN-2019-196 og DIN-2020-57.

<sup>84</sup> Prop. 81 (2016-2017) s. 293, hvor det siteres fra Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

<sup>85</sup> Prop. 81 (2016-2017) s. 293.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Rt. 2012 s. 424 avsnitt 40, gjentatt i Rt. 2014 s. 402 avsnitt 67.

<sup>88</sup> Hellum og Blaker Strand (2022), s. 538.

<sup>89</sup> Ibid.

ansettelser eller oppsigelser, og det presiseres at dette også gjelder ved forlengelser av midlertidige stillinger. Dette setter subjektene for graviditetsdiskrimineringens vern i en særstilling, og illustrerer hvor sterkt vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er. Som en konsekvens av at vernet mot graviditetsdiskriminering er av en absolutt karakter, så viser praksis at bevisvurderingen i disse tilfellene fokuserer mer på vilkår nummer 2 ovenfor; sammenhengen mellom forskjellsbehandlingen og graviditeten eller permisjonen ved fødsel eller adopsjon.

---

### 3.2.1. MOMENTER UNDER BEVISVURDERINGEN

---

Som nevnt i 3.2 er beviskravet todelt, hvor klager må bevise at det er «grunn til å tro» at det foreligger diskriminering, og innklagde på sin side må «sannsynliggjør[e]» at diskriminering likevel ikke har skjedd, jf. ldl. § 37. Hellum og Blaker Strand har nevnt at ved for eksempel midlertidige stillinger, så vil det være et moment som gir «grunn til å tro» at det foreligger diskriminering dersom vedkommende ikke får forlenget eller fornyet stillingen sin i en periode hvor vedkommende er gravid eller ute i permisjon.<sup>90</sup> Dette vil særlig være tilfellet dersom klageren har tilsvarende utdanning og/eller praksis som den som blir ansatt i stedet for.<sup>91</sup>

Fra innklagde/arbeidsgiver sitt ståsted, så vil de måtte presentere argumenter som bygger oppunder at forskjellsbehandlingen er grunnet i andre forhold enn graviditet eller permisjon. Ofte vil disse argumentene omhandle egenskapene og de faglige kvalifikasjonene til personen som forskjellsbehandles eller forholdene på arbeidsplassen som eksempelvis behov for omstrukturering eller endrede kompetansekrav eller lignende.<sup>92</sup>

Momenter som ofte har blitt tillagt vekt i praksis fra nemndene er hvor konkret, tidsnær og etterprøvbar dokumentasjon en arbeidsgiver/innklagde kan legge frem. Tidligere praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN) viser at det sjelden har vært nok at arbeidsgiver argumenterer med etterfølgende og/eller uprøvbare forklaringer om den gravide, som for eksempel manglende egnethet eller lignende for å oppfylle beviskravet og sannsynliggjøre at det likevel ikke har forekommet diskriminering.<sup>93</sup> Selv om diskrimineringsaker nå håndheves av diskrimineringsnemnda, så er tidligere praksis etter

---

<sup>90</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 538.

<sup>91</sup> Syse og Helgeland (2009) s. 601 i Aune, Fauchald, Lilleholt og Michaelsen (red.).

<sup>92</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 539.

<sup>93</sup> Se blant annet LDN-2006-25, LDN-2006-26 og LDN-2007-6.

likestillings- og diskrimineringsnemnda fortsatt relevant for dagens regelverk og håndheving fordi bevisregelen i ldl. § 37 og dens innhold er uendret ved innføringen av likestillings- og diskrimineringsloven.

En relevant sak fra LDN er Kokke-saken.<sup>94</sup> Her var spørsmålet om en oppsigelse utgjorde diskriminering på grunn av graviditet. B opplyste A om at hun var gravid kort tid etter at hun begynte å arbeide hos dem. Hun ble deretter sykemeldt i 3 uker i forbindelse med graviditeten, og fra dette tidspunktet av regnet A arbeidsforholdet som opphørt. Det fantes verken en underskrevet arbeidskontrakt mellom partene, eller dokumentasjon om belyste opphøret av arbeidsforholdet.

Når nemnda foretok vurderingen av om det forelå «grunn til å tro» at Bs graviditet var en faktor i opphøret av arbeidsforholdet, la de vekt på nærheten i tid fra B opplyste om at hun var gravid til arbeidsforholdet opphørte. Sammenfallet i tid antydte etter nemndas oppfatning at det var tale om diskriminering, og bevisbyrden ble flyttet over på A for å sannsynliggjøre at diskriminering likevel ikke hadde funnet sted, dette klarte de imidlertid ikke å sannsynliggjøre. I den forbindelse ble den manglende formaliseringen og dokumenteringen av arbeidsforholdet vektlagt, og nemnda uttalte at arbeidsgiver «[...] selv må ta risikoen for [...] misforståelser og for at arbeidsforholdets opphør er formalisert». Ettersom arbeidsgiver ikke hadde noen dokumentasjon som underbygget deres versjon av hendelsesforløpet, så konkluderte nemnda med at A hadde diskriminert B på grunnlag av graviditet.

Et annet tilfelle som illustrerer en rekke ulike momenter i bevisvurderingen er *Ekstravakt-saken* hvor en gravid kvinne ikke ble tilbudt en ny rammeavtale som ekstravakt ved et sykehjem i Oslo kommune.<sup>95</sup> Kvinnen/klager (A) hadde tidligere hatt en rammeavtale med Oslo kommune/innklagde (B) for perioden 29 september 2017 til 28 mars 2018. A fant ut at hun var gravid i januar 2018, og hadde noe etterfølgende sykefravær i forbindelse med graviditeten. Da rammeavtalen utløp i mars 2018, fikk ikke A tilbud om en ny rammeavtale, og hun mente at mangelen på ny rammeavtalen skyldtes graviditeten. Det at hun ikke ble

---

<sup>94</sup> LDN-2016-21.

<sup>95</sup> DIN-2018-410.



tilbudt noen ny rammeavtale hadde store økonomiske konsekvenser for A ved at hun ikke fikk tjent opp rett til foreldrepenger.

Det at klager var gravid og arbeidsgiver var klar over dette på det tidspunktet da de besluttet å ikke tilby henne en ny rammeavtale, var ifølge nemnda «konkrete omstendigheter som tal[te] for at vilkåret om [«grunn til å tro» var] oppfylt». Innklagde argumenterte for at opphøret av rammeavtalen var begrunnet i flere forhold uten tiknytning til graviditeten, herunder klagers sykefravær, manglende personlige egenskaper og manglende fagkompetanse. Nemnda uttalte generelt om bevisvurderingen at de foretok «en konkret vurdering av om klagers påstand støttes av blant annet *hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter*. I de tilfeller der bevisbyrden går over på innklagde, vil nemnda vurdere om den innklagde likevel ikke har klart å sannsynliggjøre at diskriminering ikke har funnet sted. Nemnda vil foreta en *totalvurdering ut fra den fremlagte dokumentasjonen og partenes skriftlige forklaringer*» (mine kursiveringer). Utover de konkrete omstendighetene nemnda allerede hadde trukket frem ovenfor, kunne nemnda heller ikke se at det forelå «åpenbare grunner på det tidspunktet til at A ikke skulle tilbys ny rammeavtale». Nemnda trakk også frem at «arbeidslederen var fornøyd med As arbeidsinnsats og at hun hadde fungert godt med sine kollegaer». På bakgrunn av innklagdes kunnskap om graviditeten på det tidspunktet de fattet avgjørelsen om å ikke fornye rammeavtalen, samt fraværet av andre plausible omstendigheter, så kom nemnda frem til at det var «grunn til å tro» at diskriminering hadde skjedd.

Oslo kommune klarte ikke å sannsynliggjøre at det likevel ikke hadde forekommet diskriminering overfor nemnda. I den forbindelse vektla nemnda at kommunen hadde ansatt to nye tilkallingsvikarer i samme periode som A ikke ble tilbudt ny rammeavtale, og at den ene av dem manglet formell kompetanse. Dette svekket argumentet deres om at A ikke hadde fått ny rammeavtale på grunn av manglende faglig kompetanse. Det ble konkludert med graviditetsdiskriminering i strid med ldl. § 6.

Dommen har vært gjenstand for diskusjon og har blant annet blitt kritisert av Hellum og Blaker Strand fordi de mener at Diskrimineringsnemnda bygget sin tilnærming til årsakskravet til formuleringer fra Høyesterett i Rt. 2014 s. 402 (Kontreadmiral) i for stor grad.<sup>96</sup> I den nevnte Høyesterettsdommen ble årsakskravet «grunn til å tro» formulert som et krav om at diskrimineringsgrunnlaget måtte ha vært avgjørende for forskjellsbehandlingen.

---

<sup>96</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 541.

Jeg stiller meg bak denne kritikken da den ikke stemmer overens med forklaringen av bevisregelens innhold som fremkommer av blant annet forarbeidene, hvor terskelen er mye lavere og bare krever at hendelsesforløpet og de ytre omstendighetene *indikerer* at det foreligger diskriminering. I likhet med Hellum og Blaker Strand mener jeg derfor at en slik forståelse av beviskravet ikke er i tråd med gjeldende rett eller hensynet bak den spesielle bevisregelen, og ville medført en svekkelse av vernet mot graviditetsdiskriminering.

Som praksisen over viser vil det at klager var gravid eller ute i permisjon på oppsigelsestidspunktet i seg selv være et moment som trekker i retning av at det er «grunn til å tro» at vedkommende har blitt utsatt for graviditetsdiskriminering. Det vil dermed i de fleste tilfeller være opp til arbeidsgiver å gi en forklaring og dokumentasjon på at oppsigelsen og graviditeten/permisjonen likevel ikke er relatert til hverandre. I en del saker vil arbeidsgiver ofte benekte å inneha kunnskap om graviditeten forut for eller på oppsigelsestidspunktet, og bruke dette som et argument for å sannsynliggjøre at diskriminering likevel ikke har funnet sted, på grunn av manglende forbindelse mellom forskjellsbehandlingen og graviditeten. Dette var blant annet argumentasjonen i DIN-2017-31 og DIN-2018-201. De to sakene illustrerer også at det kan være viktig for kvinnen å sikre seg dokumenterbare holdepunkter som viser at arbeidsgiveren har hatt kunnskap om graviditeten, selv om forarbeidene i utgangspunktet har uttalt at beviskravet ikke krever noen bevisføring i form av dokumenter, jf. Prop. 81 (2016-2017) punkt 28.4.2.2 s. 293.<sup>97</sup> Hellum og Blaker Strand argumenterer for at nemnda og domstolene i slike saker bør avstå fra å pålegge klager å underbygge at arbeidsgiver har hatt faktisk kunnskap om graviditeten, fordi et slikt krav vil medføre en svekkelse av vernet mot graviditetsdiskriminering.<sup>98</sup>

---

### 3.2.2. DET SPESIELLE ÅRSAKSKRAVET VED OPPSIGELSER KNYTTET TIL GRAVIDITET OG PERMISJON

---

Som nevnt tidligere etablerer ldl. § 10 tredje ledd et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering ved ansettelser og oppsigelser. Bestemmelsen utfylles av aml. § 15-9 som er en spesialregulering som fastlegger en arbeidstakers rettigheter i de tilfellene hvor

---

<sup>97</sup> Se Andersen mfl. (2016) s. 115-116.

<sup>98</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 542.

arbeidstakeren er gravid eller ute i permisjon, og blir sagt opp, men hvor oppsigelsen er begrunnet i andre forhold enn graviditet eller permisjon.<sup>99</sup>

Arbeidsmiljøloven § 15-9 bidrar til gjennomføringen av det brede oppsigelsesvernet som følger av EU-direktiver som Norge har forpliktet seg til å følge. Direktivene er minimumsdirektiver, slik at de oppstiller en nedre grense for diskrimineringsvernet i forbindelse med graviditet og permisjon, men Norge står fritt til å gi bedre vern enn det som følger av direktivene.

## GRAVIDITET

---

Etter EUs svangerskapsdirektiv (92/85/EØF) artikkel 10 er det et forbudt å si opp en arbeidstaker på grunnlag av graviditet, og dersom en arbeidstaker sies opp i en periode hvor vedkommende er gravid, så kreves det en særskilt begrunnelse. Etter aml. § 15-9 første ledd første punktum kan ikke en arbeidstaker sies opp på grunn av graviditet. Andre punktum avviker fra den diskrimineringsrettslige bevisbyrden ved at det ikke kreves at klager må gi opplysninger som gir «grunn til å tro» at det har forekommet diskriminering, dette legges nemlig automatisk til grunn etter bestemmelsen dersom oppsigelse finner sted i denne perioden. Bevisbyrden ligger her helt og holdent på arbeidsgiver som må vise at det er «overveiende sannsynlig» at oppsigelsen skyldes andre forhold.<sup>100</sup> Arbeidstakeren er vernet mot oppsigelse også i de tilfellene hvor arbeidsgiver ikke er klar over at vedkommende er gravid, noe som også medfører at det ikke kreves at arbeidstakeren har informert arbeidsgiveren sin om dette på forhånd.<sup>101</sup> Graviditeten må imidlertid dokumenteres ved legeattest dersom arbeidsgiveren krever det.<sup>102</sup> Etter bestemmelsen må arbeidstakeren være gravid på det tidspunktet vedkommende blir sagt opp, dette innebærer at dersom arbeidstakeren først blir gravid under oppsigelsesfristen, så vil hun ikke være dekket av oppsigelsesvernet i aml. § 15-9.<sup>103</sup>

Selv om arbeidsgiveren ikke er fullstendig blokkert fra å si opp en arbeidstaker som er gravid, så må det som sagt være begrunnet i andre forhold enn graviditeten, og arbeidsgiveren er da automatisk underlagt den strenge bevisbyrderregelen i aml. § 15-9 andre punktum. Det at arbeidstakeren er gravid ved oppsigelse, er uansett et forhold arbeidsgiver må ta hensyn til og

---

<sup>99</sup> Se Nordstrøm og Haugedal, kommentarer til aml. § 15-9 på [www.arbeidsrett.no](http://www.arbeidsrett.no) for en nærmere utredning av aml. § 15-9 sin utvikling og innhold.

<sup>100</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-9 første ledd andre punktum.

<sup>101</sup> Jan Fougner mfl., *Lovkommentar, § 15-9. Oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon.*

<sup>102</sup> Arbeidsmiljøloven. § 15-9 første ledd tredje punktum.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 77.

tillegge vekt, så lenge de har kunnskap om det. Dette skyldes at oppsigelser kan ha en ekstra negativ effekt for gravide arbeidstakere, fordi det for eksempel kan påvirke grunnlaget for foreldrepenger eller lignende. I forarbeidene er arbeidsgiverens bevisbyrde beskrevet som streng, og det stilles store krav til bevisene arbeidsgiveren legger frem.<sup>104</sup>

Høyesterett har gjort rede for det nærmere innholdet av arbeidsgivers beviskrav «overveiende sannsynlig» i HR-2018-1189-A. I avsnitt 53 i dommen viser Høyesterett til at formålet bak det strenge beviskravet har vært å skåne arbeidstakere som allerede er i en krevende personlig situasjon fra en prosess for å kunne beholde jobben sin. Videre uttales det at beviskravet må forstås som et krav om «klar sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen skyldes noe annet enn graviditeten», og at et sentralt element i begrunnelsen for et slikt beviskrav er at det er «arbeidsgiveren som styrer en oppsigelsesprosess og som kan underbygge at oppsigelsen skyldes andre forhold enn det loven skal verne».<sup>105</sup> I den aktuelle saken fant Høyesterett det klart at arbeidsgiver ikke oppfylte beviskravet om klar sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen av den ansatte, som var gravid i 7 måned, ikke skyldes andre forhold enn graviditeten. Arbeidsgiver hadde forsøkt å argumentere for at oppsigelsen skyldtes behovet for driftsinnskrenkninger, men blant annet fordi de det forelå tidsnære dokumenter som viste at arbeidstakerens graviditet «var blitt et noe vanskelig tema mellom henne og selskapet» i ukene forut for oppsigelsen, og fordi arbeidsgiver hadde «foretatt disposisjoner og gitt tilkjenne vurderinger som tilsa at arbeidstakers arbeidsområde skulle bestå» helt frem til oppsigelsestidspunktet, så ble de ikke hørt med dette.<sup>106</sup> Da det i tillegg ikke var gjennomført noe drøftelsesmøte før oppsigelsen, slik arbeidsgiveren er pålagt etter aml. § 15-1, så uttalte Høyesterett at arbeidsgiver på denne måten hadde «vanskeliggjort sin posisjon og mulighet for å oppfylle beviskravet i en etterfølgende rettstvist».<sup>107</sup>

## PERMISJON

---

EUs svangerskapsdirektiv artikkel 10 fastslår også at det er forbudt å si opp arbeidstakere som tar ut svangerskapspermisjon.<sup>108</sup> Det samme følger av EUs kjønnslikestillingsdirektiv (2006/54/EF) artikkel 1 nr. 2 bokstav c. Artikkel 16 i kjønnslikestillingsdirektivet verner dessuten også eksplisitt mot oppsigelse som følge av uttak av fedrekvoten eller uttak av permisjon i forbindelse med adopsjon. I tillegg er Norge forpliktet etter

---

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> HR-2018-1189-A avsnitt 54.

<sup>106</sup> Ibid., avsnitt 67 og 74.

<sup>107</sup> Ibid., avsnitt 77.

<sup>108</sup> Tilsvarende vern følger også av EUs likestillingsdirektiv (2006/54/EF).

Foreldrepermisjonsdirektivet (2010/18/EU) til å beskytte arbeidstakere mot blant annet oppsigelse som følge av permisjon.<sup>109</sup> Vernet er med andre ord godt forankret innenfor EU-retten og gjelder for begge kjønn når det kommer til permisjon og adopsjon.

Arbeidsmiljøloven § 15-9 andre ledd begrenser virkningen av oppsigelser av arbeidstakere som er ute i svangerskapspermisjon etter aml. §§ 12-2 til 12-5 første ledd, og supplerer det absolutte forbudet mot oppsigelse på grunn av permisjon som følger av ldl. § 10 tredje ledd. Til forskjell fra oppsigelsesforbudet etter aml. § 15-9 første ledd, så er andre ledd knyttet til selve fraværet og vernet er absolutt slik at det verken er lov med oppsigelser begrunnet i fraværet eller oppsigelser begrunnet i andre forhold, så lenge de faller innunder permisjonsperioden.<sup>110</sup>

Formålet bak dette sterke vernet mot graviditetsdiskriminering ved oppsigelser i permisjonsperioden er å verne arbeidstakere som benytter seg av retten til permisjon ved svangerskap, fødsel eller adopsjon i henhold til aml. §§ 12-1 til 12-5.<sup>111</sup> Opprinnelig var hensynet bak det forsterkede oppsigelsesvernet at kvinnen i den første tiden etter fødselen skulle være vernet mot å miste jobben og dermed også måtte søke nytt arbeid i den første tiden etter fødselen. Dette vernet har siden blitt utvidet til å gjelde for farspermisjonen og permisjoner utover de 12 ukene det opprinnelige vernet dekket, men vernet er fortsatt absolutt til tross for at vekten av det opprinnelige hensynet vak regelen er svekket av samfunnsutviklingen. Det følger imidlertid av forarbeidene at det er en betingelse for det absolutte vernet at arbeidstakeren har opplyst arbeidsgiveren om grunnen til fraværet (fødsel eller adopsjon).<sup>112</sup> I praksis er dette sjeldent et problem, fordi det er vanlig å utveksle slik informasjon i god tid før den planlagte permisjonen. Så lenge arbeidsgiveren er klar over grunnen til fraværet, eller arbeidstakeren gir beskjed om grunnen til fraværet uten unødig opphold, vil dette være tilstrekkelig. Det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for å bevise at de ikke har eller har hatt en slik kunnskap på oppsigelsestidspunktet, eller uten unødig opphold etter oppsigelsesvarselet.<sup>113</sup>

Det understrekes i aml. § 15-9 andre ledd første punktum at arbeidstakeren ikke kan sies opp med «virkning i fraværsperioden». Regelen er dermed ikke til hinder for at arbeidstakeren

---

<sup>109</sup> Rammeavtalen til direktiv 2010/8/EU § 5 nr. 4.

<sup>110</sup> Jan Fougner mfl., *Lovkommentar*, § 15-9. Oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 77.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Ot.prp. Nr. 50 (1993-1994), merknader til § 65.

mottar en lovlig oppsigelse under fraværet, som er begrunnet i andre forhold enn permisjonen, men da vil oppsigelsen forlenges med «tilsvarende tidsrom».<sup>114</sup> Forarbeidene viser til et eksempel hvor halve oppsigelsesfristen er gått når permisjonen starter, i det tilfellet kan siste halvdel av oppsigelsesfristen begynne å løpe når permisjonstiden er over og arbeidstakeren er tilbake i arbeid.<sup>115</sup> Det understrekes dessuten i forarbeidene at oppsigelsesvernet kun gjelder for arbeidstakere som er *helt* fraværende,<sup>116</sup> noe som medfører at oppsigelsestiden ikke kan forskyves for arbeidstakere som har delvis permisjon. Dersom oppsigelsen blir gitt under permisjonstiden, så skal reglene forstås slik at de løper fra dato til dato, fra og med den dagen arbeidstaker er tilbake i arbeid.<sup>117</sup> Dette vil gjelde både når arbeidstaker er tilbake fra full permisjon, men også i de tilfellene hvor arbeidstakeren delvis returnerer til arbeidet og fortsetter å ha delvis permisjon.

## 4. SANKSJONERING

---

Håndhevingsorganene må ha effektive sanksjonsmuligheter til rådighet ved brudd på vernet mot graviditetsdiskriminering for at vernet skal være reelt. Dette forutsetter også at håndhevingsorganenes sanksjonsmidler har en reparerende, preventiv, og avskrekkende effekt,<sup>118</sup> noe som skal undersøkes og drøftes for i det følgende.

### 4.1. INTERNASJONALE KILDER OM KRAVET TIL EFFEKTIVE SANKSJONSMIDLER

---

Kravet til effektiv sanksjonering stammer fra internasjonale kilder som påvirker vår nasjonale regulering av sanksjonsmuligheter i likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Norges menneskerettslige og EU/EØS-rettslige forpliktelser er følgelig gitt en sentral plass i forarbeidene til diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringslovens punkt om sanksjonsregler.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-9 andre ledd andre punktum.

<sup>115</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 77.

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 239.

<sup>117</sup> Jan Fougner mfl., *Lovkommentar, § 15-9. Oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon.*

<sup>118</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. 708.

<sup>119</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 20-21 og PwC-utredningen (2016).

---

#### 4.1.1. MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONENE OM KRAVET TIL EFFEKTIVE SANKSJONSMIDLER

---

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og FNs menneskerettighetskonvensjoner hjemler den generelle menneskerettslige plikten til å sørge for effektiv sanksjonering ved brudd på menneskerettighetene.<sup>120</sup> Innenfor det menneskerettslige regelverket omtales individets rett til å ha effektive rettsmidler eller sanksjonsmuligheter som retten til «effective remedies». EMD har uttrykt at dette innebærer at «there must be a domestic remedy allowing the competent national authority [...] to grant appropriate relief». <sup>121</sup> Larsen har uttalt at slike aktuelle rettsmidler kan være tilkjennelse av erstatning, oppreisning, pålegg om stansing eller retting av en menneskerettsstridig handling mv. <sup>122</sup> EMD har imidlertid ikke prøvd saker som gjelder brudd på dette kravet i tilknytning til EMK artikkel 14, som hjemler retten til å ikke bli diskriminert.

På diskrimineringsrettens område har kravet til effektive sanksjoner blitt utdypet i generelle kommentarer fra blant annet FNs kvinneediskrimineringskomité (KDK-komiteen). Det følger av KDK artikkel 2 bokstav b at for at konvensjonspartene skal oppnå formålet med å iverksette alle egnede midler for å avskaffe diskriminering av kvinner, så må de «vedta egnede tiltak [...], herunder sanksjoner når det er nødvendig, som forbyr all diskriminering av kvinner». Videre har KDK-komiteen slått fast at statene må sørge for «appropriate remedies» til kvinner som har blitt utsatt for diskriminering, fordi at «without reparation the obligation to provide an appropriate remedy is not discharge». <sup>123</sup> Komiteen uttaler også at «such remedies should include different forms of reparation» som for eksempel “monetary compensation, restitution, rehabilitation and reinstatement”, men også “measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials and guarantees of non-repetition”, og dersom det er nødvendig endre “relevant law and practices” slik at “the perpetrators of violations of human rights of women [are brought to justice]”. <sup>124</sup>

---

#### 4.1.2. EU/EØS-RETTEEN OM KRAVET TIL EFFEKTIVE SANKSJONSMIDLER

---

---

<sup>120</sup> Se EMK artikkel 13 og blant annet konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 2 nr. 3.

<sup>121</sup> EMD, *de Tommaso mot Italia*, Application no. 43395/09, avsnitt 179.

<sup>122</sup> Larsen (2019) s. 396.

<sup>123</sup> KDK-komiteen, General Recommendation No. 28 avsnitt 32.

<sup>124</sup> Ibid.

EU/EØS-retten har oppstilt krav om sanksjonenes effektivitet, proporsjonalitet og avskrekkende effekt for å sikre et reelt diskrimineringsvern. EU-rettens krav om effektiv sanksjonering er forankret i artikkel 47 i EUs charter om grunnleggende rettigheter. Bestemmelsene i EU/EØS-rettens fire diskrimineringsdirektiver pålegger ikke statene å innføre spesifikke sanksjoner, men EU-domstolen har uttalt at det er et krav at de sanksjonene som iverksettes, skal være effektive, stå i et rimelig forhold til overtredelsen, og ha en avskrekkende virkning.<sup>125</sup>

Reguleringen av retten til reell og effektiv erstatning eller godtgjørelse er forankret i blant annet kjønnslikestillingsdirektivet (direktiv 2006/54/EF) artikkel 18 og kjønnslikestillingsdirektivet om varer og tjenester (direktiv 2004/113/EF) artikkel 8. De to bestemmelsene har tilsvarende utforming, og fastslår at «medlemsstatene indfører i deres nationale retsorden de nødvendige bestemmelser for at sikre reel og effektiv erstatning eller godtgjørelse etter medlemsstatens afgørelse for tab og skader, der er påført en person som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn, således at det har en præventiv virkning og står i et rimeligt forhold til det tab, den pågældende har lidt. [...]». Ettersom sanksjonen må stå i et «rimeligt forhold til det tab, den pågældende har lidt», så tilsier dette at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, ettersom tapet vil variere fra sak til sak. Begge bestemmelsene slår med dette fast at en erstatning eller godtgjørelse ikke kan begrenses til et på forhånd fastsatt maksimumsbeløp.<sup>126</sup>

Kravet om effektiv sanksjonering i diskrimineringsdirektivene regnes som en helt avgjørende hjørnestein for å kunne oppnå et reelt diskrimineringsvern. Rettsvitenskapelig teori som tar for seg forholdet mellom diskrimineringsrett og erstatningsrett har omtalt det diskrimineringsrettslige kravet om at en sanksjon i konkrete tilfeller skal virke gjenopprettende og avskrekkende, som reaksjonens doble formål.<sup>127</sup> Hellborg har forklart de to sidene som at sanksjonen i konkrete saker skal virke gjenopprettende ved å kompensere for krenkelsen som har funnet sted, samtidig som den skal avskrekke den som har stått bak krenkelsen, og allmenheten, fra å diskriminere i fremtiden.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Dette er også presisert av EU-domstolen i sakene C-81/12 *Accept* og C-54/07 *Feryn* avsnitt 36 og 38.

<sup>126</sup> Kjønnslikestillingsdirektivet fastslår unntak dersom «den eneste skade, som en ansøger til et job hat lidt som følge af forskjelsbehandling i dette direktivets betydning er, at den pågældendes ansøgning ikke er blevet behandlet».

<sup>127</sup> Hellborg (2018) s. 366-377 og Frøseth (2019) s. 612 i Matningsdal og Strandbakken (red.).

<sup>128</sup> Hellborg (2018) s. 366-377.



EU-domstolen har i praksis utdypet hva som ligger i kravet om effektive, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner. Et eksempel fra praksis som aktualiserte vurderingen av om det tilgjengelige sanksjonsmiddelet tilfredstilte dette kravet er C-81/12 *Accept-saken*. Her kom domstolen imidlertid til at den eneste tilgjengelige sanksjonsmuligheten i den aktuelle saken, bøter, ikke var tilstrekkelig avskrekkende, og dermed heller ikke et effektivt sanksjonsmiddel.<sup>129</sup>

Selv om saken gjaldt spørsmål om diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, og ikke graviditetsdiskriminering, så har saken rettskildemessig betydning for denne avhandlingen da kravet om reelle, effektive og avskrekkende/preventive sanksjonsmuligheter gjelder for begge diskrimineringsgrunnlagene.

#### 4.2. OPPREISNING OG ERSTATNING SOM DISKRIMINERINGSRETTENS PRIMÆRE SANKSJONSFORMER

---

Oppreisning og erstatning regnes som de primære sanksjonene ved brudd på diskrimineringsvernet både etter internasjonal diskrimineringsrett og den norske likestillings- og diskrimineringsloven.<sup>130</sup> Det er følgelig disse sanksjonsformene denne avhandlingen kommer til å fokusere på, og det avgrenses mot de øvrige.

Det er nær sammenheng mellom de prosessuelle reglene som regulerer Diskrimineringsnemndas kompetanse til å ilegge sanksjoner, og de materielle reglene som regulerer vilkårene for å tilkjenne oppreisning og erstatning på likestillings- og diskrimineringsrettens område.

Som tidligere nevnt var nemnda avskåret fra å benytte seg av oppreisning og erstatning som sanksjonsmidler frem til den nye diskrimineringsombudsloven av 2017 trådte i kraft. Klagere som hadde fått medhold i at det forelå ulovlig diskriminering var dermed nødt til å anlegge sak for de alminnelige domstolene for å kunne bli tilkjent oppreisning og/eller erstatning fra arbeidsgivere. Nå følger diskrimineringsnemndas kompetanse til å ilegge oppreisning i saker innenfor arbeidslivet og erstatning i enkle saksforhold av diskrol. § 12.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 38 og arbeidsmiljøloven §§ 13-9 og 15-12 andre ledd gir blant annet arbeidstakere som mener de er utsatt for ulovlig graviditetsdiskriminering,

---

<sup>129</sup> EU-domstolens sak C-81/12 *Accept*, avsnitt 73.

<sup>130</sup> Se Ballangrud og Søbstad (2021) s. 624.

adgang til å kreve oppreisning og erstatning. Erstatning kan dessuten også kreves etter de alminnelige erstatningsrettslige reglene.<sup>131</sup>

---

#### 4.2.1. ERSTATNING

---

Likestillings- og diskrimineringsloven § 38 regulerer retten til oppreisning og erstatning ved brudd på likestillings- og diskrimineringslovens forbud mot blant annet graviditetsdiskriminering. Bestemmelsen viderefører rettstilstanden fra de fire tidligere diskrimineringslovene,<sup>132</sup> og medfører ikke noen begrensning på personens rett til å kreve erstatning etter alminnelige erstatningsregler.

I arbeidsforhold er det etter ldl. § 38 andre ledd etablert et objektivt ansvar, noe som medfører at arbeidsgiver kan pålegges å betale erstatning til en arbeidstaker uavhengig av om de kan bebreides for den ulovlige diskrimineringen som har funnet sted eller ikke.<sup>133</sup> Det objektive arbeidsgiveransvaret er spesielt for diskriminering på arbeidsrettens område og utgjorde en styrking av vernet mot diskriminering i arbeidslivet generelt, og dermed også en styrking av vernet mot graviditetsdiskriminering.

Innføringen av det objektive ansvaret var begrunnet i hensynet til å effektivisere diskrimineringsvernet i arbeidslivet, og de diskrimineringsrettslige erstatningsreglene ble innført som et ledd i implementeringen av kravet om effektiv sanksjonering som følger av de EU/EØS-rettslige diskrimineringsdirektivene.<sup>134</sup>

Erstatning som sanksjonsmulighet innen EU/EØS-retten følger av kjønnslikestillingsdirektivet (direktiv 2006/54/EF) artikkel 25 som er gitt en tilnærmet lik utforming som rasediskrimineringsdirektivet (direktiv 2000/43/EF) artikkel 15. Sistnevnte lyder som følger: «[...] Sanktionerne, der kan indebære, at der ydes ofret skadeserstatning, skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning». Frøseth har beskrevet det EU/EØS-rettslige kravet om effektive sanksjoner som

---

<sup>131</sup> Prop. 63 L (2018-2019) s. 30.

<sup>132</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 298.

<sup>133</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 33.

<sup>134</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 298.

«både er overgripende og gjennomgripende hensyn, som på et abstrakt og prinsipielt nivå styrer relevans og vektlegging av ulike formål i erstatningsutmålingen».<sup>135</sup>

Erstatning skal gjøre opp for det faktiske økonomiske tapet vedkommende har lidt som følge av diskrimineringen, jf. ldl. § 38 tredje ledd første punktum. I tillegg til å være reparerende, så må erstatningen også være en effektiv sanksjonsform ved at den må ha en avskrekkende effekt for å være i tråd med kravene etter internasjonal rett som vi har forpliktet oss til å følge. Hva som er avskrekkende vil gjerne variere fra tilfelle til tilfelle og fra arbeidsgiver til arbeidsgiver, men når det gjelder erstatning, så vil det først og fremst være erstatningsbeløpets størrelse som utgjør det avskrekkende aspektet ved sanksjonen.

Et negativt aspekt ved nemndas kompetanse til å tilkjenne erstatning til en arbeidstaker som har blitt utsatt for graviditetsdiskriminering, er at nemnda må være enstemmig i sin avgjørelse.<sup>136</sup> Dette er en særegen begrensning av nemndas kompetanse til å tilkjenne erstatning, og utgjør en forskjell fra de alminnelige domstolenes kompetanse hvor det ved flere dommere bare kreves flertall. Kravet om enstemmighet svekker sanksjonens effektivitet, og utgjør dermed også en svekkelse av vernet mot graviditetsdiskriminering.

#### 4.2.1.1. UTMÅLING AV ERSTATNING I ARBEIDSFORHOLD VED GRAVIDITETSDISKRIMINERING

---

Det følger av ldl. § 38 tredje ledd at erstatning skal «dekke økonomisk tap som følge av den ulovlige behandlingen». Nemnda skal følge vanlige erstatningsrettslige regler ved utmålingen, som innebærer at det må foreligge et økonomisk tap, og at det må være årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og den diskriminerende handlingen. Det er som nevnt tidligere et objektivt ansvar for arbeidsgivere innenfor diskrimineringsretten, som gjør dem erstatningsansvarlig uavhengig av om de kan klandres for den diskriminerende handlingen, så lenge de to øvrige vilkårene er oppfylt. Det erstatningsrettslige kravet til årsakssammenheng innebærer at «skadelidte må bevise at vedkommende ikke ville lidt det økonomiske tapet hvis den diskriminerende handlingen ikke hadde skjedd».<sup>137</sup> I tillegg har Høyesterett oppstilt et krav om at tapet må være en påregnelig og adekvat følge av krenkelsen.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Frøseth (2019) s. 612 i Matningsdal og Strandbakken (red.).

<sup>136</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 95.

<sup>137</sup> Prop. 81 L (2016-2017) s. 296 og Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturdepartementet (2020), høringsnotat punkt 7.4.

<sup>138</sup> Ibid.

Nemnda har lagt til grunn at de har en rett og plikt til å ilegge full erstatning Dette illustreres blant annet av *Skjønnshetsklinikk-saken* hvor nemnda kom til at det kvinnen hadde lidt et inntektstap over 3 måneder på 75 000 kroner, og at dette var på grunn av graviditetsdiskrimineringen hun var blitt utsatt for på arbeidsplassen.<sup>139</sup> Nemnda satte erstatningsbeløpet tilsvarende hele inntektstapet på 75 000 kroner, uten reduksjon for tapsbegrensningsplikten ettersom de mente det ikke kunne forventes at kvinnen skulle skaffe seg nytt arbeid de siste 3 månedene av graviditeten.

I en sak for Alta tingrett i 2007 ble en kvinne tilkjent 112.000 kroner i erstatning for økonomisk tap i form av tapt rett til foreldrepenge. Tingretten viste i den forbindelse til likestillingsloven 1978 § 17, som uttrykte at det skulle tas hensyn til det økonomiske tapet, partenes forhold og omstendighetene for øvrig ved erstatningsutmålingen. Tingretten mente at kvinnen i den aktuelle saken hadde oppfylt sin tapsbegrensningsplikt ved å søke på en annen stilling. Siden saksøkeren valgte å søke en stilling som var lavere lønnet enn den hun søkte seg bort fra, og ikke andre høyere eller like høyt lønnede stillinger som lå ute, så fant retten at erstatningen måtte avgrenses mot erstatning for fremtidig arbeidstap.

Jeg mener i likhet med Frøseth at det burde kunne trekkes inn individuelle momenter i vurderingen av erstatningens størrelse, for at sanksjonene skal virke tilstrekkelig effektive, proporsjonale og avskrekkende.<sup>140</sup>

#### 4.2.1.2. ERSTATNING VED BRUDD PÅ VERNET MOT GRAVIDITETSDISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET

---

EU/EØS-rettens diskrimineringsdirektiver krever at de nasjonale sanksjonsordningene er egnet til å gi en «reel og effektiv erstatning eller godtgørelse etter medlemsstatens afgørelse for tab og skader».

EU-domstolen understreker i *Colson-saken* at «sanktionen skal være egnet til, at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse. Sanktionen skal endvidere have en reelt afskrækkende virkning over for arbeidsgiveren. Heraf følger, at når medlemsstaten har valgt at sanksjonere overtrædelsen af forbudet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal

---

<sup>139</sup> DIN-2020-57 *Skjønnshetsklinikk-saken*.

<sup>140</sup> Frøseth (2019) s. 611 i Matningsdal og Strandbakken (red.).

denne i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opstående tab». <sup>141</sup> Det poengteres også at det ikke vil være tilstrekkelig med «en rent symbolsk godtgjørelse [...]». <sup>142</sup>

Det har vært uenigheter om hvorvidt nemnda har en fast beløpsgrense for utmåling av erstatning eller om det i stedet er en mer veiledende grense. Departementet la opprinnelig til grunn i forarbeidene til diskrol. § 12 at «erstatningsbeløpene i disse sakene i hovedsak vil dreie seg om beskjedne beløp, og at nemndas vedtaksmyndighet begrenses til beløp som ligger under 10.000». <sup>143</sup> I etterkant ga et høringsnotat uttrykk for at nemndas kompetanse til å tilkjenne erstatning ikke var beløpsmessig begrenset til 10.000. <sup>144</sup> noe som førte til at nemnda uttalte at de hadde en bredere adgang til utmåling av erstatning i Skjønnshetsklinikk-saken i 2020. Departementet presiserte imidlertid i etterkant av dette at «det ikke har vært departementets intensjon å utvide nemndas myndighet til å ilegge erstatning generelt. Departementet ønsket å vurdere hvorvidt det kunne være hensiktsmessig med en beløpsgrense som ikke var absolutt, men likevel slik at det skulle dreie seg om beskjedne beløp». <sup>145</sup>

Jeg mener i likhet med Hellum og Blaker Strand at diskrimineringsnemndas forståelse og tolkning av kompetanseregelen i diskrol. § 12 har gode grunner for seg, blant annet fordi den har støtte i EU/EØS-rettens krav om effektive, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner som i konkrete tilfeller både skal virke gjenopprettende og avskrekkende. En såpass snever erstatningsmyndighet vil ha vanskelig for å virke avskrekkende, og det vil også stride mot noe av begrunnelsen for utvidelsen av nemndas kompetanse; effektivitet og en reell mulighet for å få saken sin avgjort.

Det følger dessuten eksplisitt av kjønnslikestillingsdirektivet artikkel 18 at erstatning eller godtgjørelse ikke kan begrenses til et maksimum som er fastsatt på forhånd. Å fastsette en beløpsgrense for nemndas erstatningsmyndighet pålydende 10.000 vil dermed være stikk i strid med denne reguleringen.

Hellum og Blaker Strand mener at det vil være problematisk i forhold til våre EU/EØS-rettslige forpliktelser å ha en forhåndsdefinert beløpsgrense for erstatning, som ikke kommer til uttrykk i selve lovteksten, men presenteres gjennom skiftende syn i forarbeider og

---

<sup>141</sup> EU-domstolens sak C-14/83 *Colson*, avsnitt 23.

<sup>142</sup> *Ibid.*, avsnitt 24.

<sup>143</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 95.

<sup>144</sup> Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturdepartementet (2020), høringsnotat, punkt 7.4 s. 26.

<sup>145</sup> Prop. 154 L (2020-2021).

etterarbeider.<sup>146</sup> Det er særlig kravet om at klager skal ha en erstatning som står i et rimelig forhold til det oppståtte tapet, og samtidig ha en preventiv effekt,<sup>147</sup> de mener vil komme i konflikt med en slik beløpsbegrensning.

Beløpsbegrensningen strider også mot formålet bak håndhevingsreformen. Bakgrunnen for nemndas kompetanseløft var at den tidligere håndhevingsordningen ble ansett som utilstrekkelig i møte med EU/EØS-rettens krav om effektiv sanksjonering.<sup>148</sup> Klagere som hadde fått medhold i at det forelå diskriminering, var tidligere nødt til å reise ny sak for de ordinære domstolene for å kunne få erstatning. Dersom denne beløpsbegrensningen skal gjelde, innebærer det at klagerne henvises tilbake til den gamle ordningen hvor de må reise ny sak for domstolene for å få full erstatning. I en allerede krevende og sårbar situasjon er dette meget uheldig, og de fleste vil nok avstå fra en slik langtekkelig og ressurskrevende prosess, noe som igjen gjør at vernet blir ineffektivt fordi sanksjonen er utilstrekkelig og ineffektiv.

I tillegg er denne beløpsbegrensningen satt lavt, 10 000 at den ikke engang dekker den gjennomsnittlige månedslønnen, og den vil da heller ikke dekke det faktiske økonomiske tapet arbeidstakeren har lidt.

På bakgrunn av argumentasjonen presentert ovenfor så er jeg av den oppfatning at beløpsbegrensningen ideelt sett burde avskaffes da den svekker vernet diskrimineringsvernet generelt, og dermed også vernet mot graviditetsdiskriminering på arbeidsplassen. Skulle dette mot formodning ikke la seg gjøre, så burde i alle fall grensen økes slik at den er i stand til å kompensere for faktisk tap av en gjennomsnittlig månedslønn, og aller helst mer.

### Hensyn i forbindelse med erstatningsutmålingen

Nemndspraksis viser at det stilles strenge krav til hva som anses som en holdbar innsigelse mot erstatningskravet fra innklagdes side i saker hvor det er konstatert graviditetsdiskriminering. Et eksempel på dette er Skjønshetsklinikk-saken hvor en arbeidsgiver forsøkte å fraskrive seg erstatningsansvar fordi den gravide kvinnen ikke hadde opplyst om graviditeten underveis i jobbintervjuet.<sup>149</sup> Nemnda uttalte at arbeidsgiverens innsigelser var åpenbart uholdbare, og påpekte at arbeidstakeren (A) ikke hadde noen plikt til å opplyse om graviditeten i forbindelse med ansettelsesprosessen. Nemnda understreket

---

<sup>146</sup> Hellum og Blaker Strand (2022).

<sup>147</sup> EU-domstolens sak C-14/83 *Colson*, avsnitt 21.

<sup>148</sup> PwC-utredningen (2016).

<sup>149</sup> DIN-2020-57 *Skjønshetsklinikk-saken*.

dessuten at vernet mot graviditetsdiskriminering i forbindelse med ansettelse er absolutt, og at det gjelder både for arbeidstakere og for selvstendige næringsdrivende. Det ble konstatert brudd på forbudet mot graviditetsdiskriminering i saken, og tilkjent erstatning.

## 4.2 OPPREISNING

---

Oppreisning er et forsøk på å kompensere for den krenkelsen som en person har vært utsatt for. Nemnda har siden den nye diskrimineringsombudsloven ble innført også kunnet ilegge oppreisning for ikke-økonomisk skade i diskrimineringsaker på arbeidsrettens område, jf. diskrol. § 12 første ledd. Det følger av ldl. § 38 tredje ledd at oppreisning fastsettes til det «som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig».<sup>150</sup>

I forarbeidene til diskrimineringsombudsloven vises det til behovet for et særlig sterkt vern på arbeidsrettens område ettersom «tilgang til arbeid er viktig både for den enkelte og for samfunnet», og at det derfor «både fra et individuelt og et samfunnsøkonomisk ståsted [er] nødvendig med en effektiv sanksjonering av brudd på diskrimineringslovgivningen».<sup>151</sup>

Departementet uttalte i forarbeidene at «En lettere tilgjengelig sanksjonsform kan samtidig bidra til at arbeidsgivere gis sterkere insentiver til å oppfylle den lovbestemte plikten til å arbeide aktivt for likestilling, for eksempel ved å ha gode rutinger for ansettelsesprosesser og lønnsfastsettelse. Ved å sørge for ryddige og rettferdige prosesser, vil arbeidsgiver minske risikoen for å få et fellende vedtak mot seg i nemnda».<sup>152</sup> Det antas med dette at oppreisning som sanksjon for brudd på likestillings- og diskrimineringslovgivningen i arbeidslivet, har et stort preventivt potensial, særlig nå som sanksjonsformen er lettere tilgjengelig ved at også diskrimineringsnemnda kan tilkjenne oppreisning.

FNs menneskerettighetskomité har fremhevet at et effektivt diskrimineringsvern omfatter å sikre at individene har «accessible and effective remedies to vindicate those rights»,<sup>153</sup> og videre at sanksjoner bør være tilrettelagt slik at spesielt sårbare grupper blir hensyntatt.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> Se også Prop. 81 L (2016-2017) s. 296.

<sup>151</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 89.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> FN's menneskerettighetskomité, General Comment No. 31 (2004) avsnitt 15.

<sup>154</sup> Ibid.

---

#### 4.2.1. VURDERINGSMOMENTER VED UTMÅLING AV OPPREISNING

---

Det følger som sagt av ldl. § 38 tredje ledd at utmålingen av oppreisning fastsettes ut ifra det «som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig». I tillegg følger det av forarbeidene at utmålingen skal skje ut fra en konkret rimelighetsvurdering, hvor oppreisningen skal stå i et rimelig forhold til krenkelsens art og ha en avskrekkende virkning.<sup>155</sup> Dette er et viktig aspekt av oppreisning som sanksjonsform ved graviditetsdiskriminering, fordi den som utsettes for denne formen for diskriminering vil være i en særlig sårbar situasjon utover den alminnelige sårbarheten i arbeidslivet, og fordi at dersom oppreisningen ikke har en avskrekkende effekt, så vil problemet vedvare og vernet være ineffektivt. EU-domstolens uttalelser om utmålingsvilkårene, og særlig uttalelsene knyttet til vilkåret om allmennpreventive hensyn, vil være relevant ved tolkningen og anvendelsen av ldl. § 38 tredje ledd.

Ved den nærmere vurderingen skal det ifølge forarbeidene legges vekt på krenkelsens art og omfang, utvist skyld, styrkeforholdet mellom partene og den ansvarliges økonomi.<sup>156</sup> Særlig den diskriminerende handlingens art og omfang, eller grovhet, er i forarbeidene fremhevet som et viktig moment.<sup>157</sup> Ved graviditetsdiskriminering i arbeidslivet, for eksempel dersom en gravid kvinne blir sagt opp underveis i graviditeten, så vil handlingens art i de aller fleste tilfeller bli regnet som grov. Dersom det i tillegg er tale om en fast stilling, så vil omfanget av krenkelsen ofte være større enn ved en midlertidig stilling, som er tidsbegrenset og som dermed også begrenser omfanget av den diskriminerende handlingen.

Også styrkeforholdet mellom partene og hvorvidt den som utsettes for diskriminering er i en utsatt og sårbar situasjon, skal vurderes ved utmålingen av oppreisning.<sup>158</sup> Dette er to momenter som nesten alltid vil tale for at det tilkjennes en høyere oppreisning i tilfeller hvor klager har blitt utsatt for graviditetsdiskriminering i arbeidslivet. Det antas i diskrimineringstvister i arbeidslivet at arbeidsgiver i de fleste tilfeller vil være en langt sterkere part med mer tilgjengelige ressurser enn arbeidstakeren. I tillegg vil arbeidstakeren være i en spesielt sårbar situasjon i forbindelse med graviditet og permisjon, og avgjørelser om deres rolle i arbeidslivet under denne tiden har ofte stor betydning for deres økonomiske

---

<sup>155</sup> Prop. 80 L (2016-2017) punkt 10.6.3 s. 93-94 og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 12.3.7.3 s. 144-145.

<sup>156</sup> Prop. 80 L (2016-2017) punkt 10.6.3 s. 93 og Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 30, merknader til § 38, s. 337.

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> Prop. 81 L (2016-2017) merknader til § 38, s. 337.



situasjon og helse. Tidligere forarbeider fremhevet blant annet psykiske vansker i forbindelse med graviditeten som et relevant moment,<sup>159</sup> og siden det nye lovverket er ment som en videreføring av gjeldende rett, så vil dette ha betydning også etter dagens regelverk.

Selv om det på arbeidsrettens område ikke kreves skyld, jf. ldl. § 39 andre ledd, så vil graden av arbeidsgiverens utviste skyld også tillegges betydning ved utmålingen av oppreisning. Dersom den diskriminerende handlingen er begått med vitende og vilje, så tilsier det at oppreisningsbeløpet settes høyt. Det er også til en viss grad adgang til å ta hensyn til den ansvarlige arbeidsgiverens økonomi ved utmåling av erstatning,<sup>160</sup> men adgangen til å vektlegge dette momentet har vist seg å være snever.

---

#### 4.2.2. HAR DISKRIMINERINGSNEMNDA EN BELØPSGRENSE VED UTMÅLING AV OPPREISNING?

---

Ettersom oppreisning skal ha en avskrekkende og allmennpreventiv effekt, så taler dette i seg selv for at det ikke bør fastsettes noen øvre beløpsgrense. En på forhånd fastsatt beløpsgrense ville kunne medføre at større bedrifter spekulerer i om diskriminering vil være «verdt det» fra et rent økonomisk perspektiv, og hvis maksgrensen i tillegg settes for lavt vil det for enkelte av de store bedriftene knapt utgjøre en ripe i lakken.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 38 setter ikke noen øvre beløpsgrense for oppreisning. Departementet har imidlertid uttalt at de «forutsetter at oppreisningsbeløpene som hovedregel vil ligge et sted i sjiktet mellom kr 20 000 og kr 80 000, med mulighet for å gå høyere i svært graverende tilfeller», og at det «bør stilles krav til forholdsmessighet mellom oppreisningen og den krenkelsen den diskriminerte er påført».<sup>161</sup> Her legger de tilsynelatende ikke bare føringer for nemndas utmåling av oppreisning, men også begrensninger. Dette underbygges av forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven som uttaler at «[o]ppreisningsbeløpene i arbeidsforhold forutsettes holdt på et nivå mellom 20 000 og 80 000 kroner».<sup>162</sup>

Hellum og Blaker Strand har tatt til orde for at det i lys av bestemmelsens ordlyd og EU/EØS-rettens krav om at oppreisningen skal stå i rimelig forhold til krenkelsens art og ha en

---

<sup>159</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), merknader til § 17, s. 118.

<sup>160</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 93-94 og Prop. 81 L (2016-2017) merknader til § 38, s. 337.

<sup>161</sup> Prop. 80 L (2016-2017) s. 93-94.

<sup>162</sup> Prop. 81 L (2016-2017) merknader til § 38, s. 337.

avskrekkende virkning, ikke er holdepunkter for å innfortolke en beløpsbegrensning.<sup>163</sup> Jeg må si meg enig med Hellum og Blaker Strand på dette punktet, ikke bare vil vernet bli mindre effektivt, men som jeg allerede har vært inne på ovenfor, så vil en maksgrænse ramme bedrifter ulikt ut ifra om det er en liten, mellomstor eller stor bedrift. Store bedrifter vil kunne få en vilkårlig fordel hvor de kan vurdere om diskrimineringen er «verdt det» sett opp imot de fordelene det vil være for dem å ansette noen andre enten i stedet for eller for å erstatte vedkommende, som ikke er gravid, eller skal ut i permisjon.

Et av de sterkeste argumentene mot en slik beløpsgrænse er at det ikke er holdepunkter for det i ordlyden, verken i diskrimineringsombudsloven § 12 eller i likestillings- og diskrimineringsloven § 38. Dersom en ut ifra forarbeidsuttalelser skulle ha innfortolket en slik begrensning ville det i tillegg til å svekke vernet mot graviditetsdiskriminering også svekke hensynet til rettssikkerhet og forutberegnelighet. Dersom lovgiver mente at det var behov for en slik øvre grænse, så burde de ha fått dette frem i lovteksten.

Et annet negativt aspekt ved en slik begrensning er at den som har blitt utsatt for diskriminering risikerer å få ulike utfall ut ifra om vedkommende anlegger sak for de ordinære domstolene eller om de klager tilfellet inn for nemnda, siden domstolene ikke er underlagt en slik begrensning. Dette vil også gå imot hensikten med å tilkjenne nemnda en slik kompetanse i utgangspunktet, da den som har blitt utsatt for diskriminering gjerne vil se seg nødt til å anlegge sak for de ordinære domstolene i stedet for, for å få «full oppreisning».

Ut ifra argumentasjonen ovenfor er jeg av den oppfatning at en slik begrensning i oppreisningens størrelse verken er forenlig med våre internasjonale forpliktelser til å ha effektive og avskrekkende sanksjonsmidler, eller ordlyden i dagens lovgivning, samt at det medfører en risiko for vilkårlighet med tanke på at like tilfeller ikke vurderes likt og potensielt gir ulike resultater.

---

#### 4.2.3. PRAKSIS KNYTTET TIL UTMÅLING AV OPPREISNING

---

Forarbeidene forutsetter at oppreisningens nivå og relevante vurderingsmomenter blir utdypet og presisert gjennom nemnds- og rettspraksis. Både rettspraksis og nemndspraksis har lagt til grunn at graviditetsdiskriminering regnes som en grov krenkelse.

---

<sup>163</sup> Hellum og Blaker Strand (2022) s. X.

I en sak som gikk for Alta tingrett ble en kvinne som hadde blitt utsatt for diskriminering på grunnlag av graviditet tilkjent 100 000 kroner i oppreisning etter likestillingsloven 1978 § 17.<sup>164</sup> Tingretten la i sin vurdering vekt på «belastningen ved å være gravid og måtte gå gjennom en slik sak». Arbeidsgiver forsøkte å anføre at de ikke burde belastes for at A selv hadde valgt å gå til sak i en slik periode. Dette argumentet førte imidlertid ikke frem med, da tingretten uttalte at «[...] A har blitt forskjellsbehandlet og nådde ikke frem på andre måter. Rettslige skritt blir dermed eneste måten hun kunne nå frem på». Avslutningsvis uttalte de at «Proessen har vært en ekstra belastning for A i den tiden hun gikk gravid og dette bør kompenseres». Dette er en sak fra 2007, og allerede på denne tiden ble den krenkede parten tilkjent en oppreisning av domstolen som overgår lovgivers foreslåtte maksbeløp for diskrimineringsnemndas oppreisnings-myndighet.

Nemnda har benyttet seg av sin utvidede kompetanse i flere saker siden lovreformen og ilagt oppreisning for ikke-økonomisk skade der det er konstatert graviditetsdiskriminering.

En av disse er Ekstravakt-saken fra 2018,<sup>165</sup> som var den første saken hvor diskrimineringsnemnda påla arbeidsgiveren å betale oppreisning etter regelen i diskrol. § 12. Oppreisningsbeløpet ble her satt til 60 000 kroner, og det kan se ut til at nemnda vektla ekstrabelastningen ved å måtte bringe saken inn for nemnda i mindre grad enn tingretten i TALTA-2007-74733. Nemnda ga følgende begrunnelse for sin konklusjon:

«Ved vurderingen av oppreisningsbeløpets størrelse er det sett hen til at forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet i ansettelsesforhold er gitt et særlig sterkt vern av lovgiver, og at arbeidsgiver i denne saken kan bebreides for diskrimineringen.

Saken gjelder en rammeavtale – noe som betyr at skadens omfang er mer begrenset enn om det hadde vært en fast ansettelse. Nemnda har imidlertid vektlagt at uavhengig av hva slags ansettelsesavtale det gjelder, så er uretten den samme. Det er også vektlagt at diskrimineringen fikk store økonomiske konsekvenser for A, som mistet sin rett til foreldrepenger. Videre er det lagt vekt på styrkeforholdet mellom partene er stort, og at kommunen er en stor og profesjonell aktør. Nemnda legger videre til grunn at innklagdes økonomi er god».

Med tanke på alle argumentene som talte for et høyere oppreisningsbeløp, er det betenkelig at dette likevel ikke var resultatet, og da særlig når krenkelsen regnes som grov, det var stor

---

<sup>164</sup> TALTA-2007-74733.

<sup>165</sup> DIN-2018-410 *Ekstravakt-saken*.

forskjell i styrkeforholdet, og den innklagde arbeidsgiverens økonomi var god. Særlig det siste vil kunne påvirke oppreisningens preventive effekt negativt. Avgjørelsen indikerer at nemnda føler seg bundet av forarbeidsuttalelsene som legger opp til en maksgrænse for oppreisning.

Et annet eksempel fra nemndas praksis hvor de tilkjente erstatning på grunnlag av graviditetsdiskriminering er *Barnehageansatt-saken*, som omhandlet en barnehageansatt som ble nektet muligheten til å søke en lederstilling fordi hun var gravid.<sup>166</sup> Her ble oppreisningen for ikke-økonomisk skade satt til 30 000 kroner, og nemnda viste til sin tidligere vurdering i *Ekstravakt-saken* da de kom med sine uttalelser. Nemnda tydeliggjorde blant annet at det i den aktuelle saken var av betydning at A bare hadde gått glipp av *muligheten* til å søke og få de aktuelle stillingene, og at det ikke var ført bevis for at hun faktisk ville ha fått dem. Nemnda uttalte at de «likevel [så] alvorlig på at en ansatt i As situasjon på denne måten er fratatt muligheter som kan ha betydning for hennes videre karriere».

I slike tilfeller som det i *Barnehageansatt-saken* vil effekten av diskrimineringen ofte ha en mindre negativ effekt overfor den som blir diskriminert enn for eksempel ved oppsigelser, noe som tilsier at også oppreisningsbeløpene vil være lavere da det er mindre å gjøre opp for. Siden krenkelsen ikke er like grov eller omfattende i slike situasjoner, vil nok et lavere oppreisningsbeløp også være både forsvarlig og effektivt.

Den siste saken jeg har lyst til å nevne i denne forbindelse er *Bemanningsbyrås-saken* hvor en gravid kvinne ikke fikk forlenget oppdragsavtalen hun hadde hos innleier fordi hun skulle ut i fødselspermisjon.<sup>167</sup> Nemnda påla her innleieren å betale 15 000 kroner i oppreisning og bemanningsbyrået måtte betale 25 000 kroner. I vurderingen av oppreisningsbeløpets størrelse vektla nemnda blant annet at «forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet i ansettelsesforhold er gitt et særlig sterkt vern av lovgiver» og at både [innleier] og [bemanningsbyrået] «[kunne] bebreides for hvordan de håndterte A som henholdsvis arbeidsgiver/bemanningsbyrå og innleier». Nemnda la også vekt på at «diskrimineringen [hadde] fått store økonomiske konsekvenser for A» og at det var en «betydelig ulikhet i styrkeforholdet mellom partene».

---

<sup>166</sup> DIN-2019-118 *Barnehageansatt-saken*.

<sup>167</sup> DIN-2019-196 *Bemanningsbyrå-saken*.

Ut ifra praksisen jeg har gjennomgått ovenfor virker det så langt som om at nemnda har lagt seg på et lavere oppreisningsnivå enn de ordinære domstolene. Dette kan være problematisk med tanke på å ha et reelt og effektivt vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet ettersom klagere igjen vil bli henvist til ordinær domstolsbehandling for å få «full kompensasjon». Den beste løsningen vil etter mitt syn være å gå vekk ifra beløpsbegrensningen forarbeidene tar til orde for og heller gi mer konkrete retningslinjer som er i tråd med domstolenes vurderinger slik at en i det minste sikrer at sanksjonsnivået er likt uavhengig av håndhevingsorganet. Et alternativ kan være å innføre en økning i denne grensen for arbeidsgivere som er «gjengangere», men denne løsningen vil ikke være til hjelp for den som er først i «diskrimineringsrekken».

## 5. REFLEKSJONER OG KONKLUSJON

---

Dagens regulering av vernet mot graviditets- og permisjonsdiskriminering i arbeidslivet er vidtfavnende, og danner et godt grunnlag for et reelt og effektivt diskrimineringsvern for arbeidstakere. Ved ansettelse og oppsigelser er det et absolutt vern etter ldl. § 10 tredje ledd for de fleste arbeidstakere, inkludert midlertidige ansatte og dem som er utleid på oppdrag fra bemanningsbyrå.

Når det kommer til diskrimineringsnemnda har de vært gjenstand for en rekke omfattende endringer. Ved å gå over til éininstans-behandling har diskrimineringsnemnda klart å korte ned saksbehandlingstiden og på denne måten bidratt til at vernet har blitt mer effektivt og tilgjengelig. Samtidig endret også behandlingsformen seg i nemnda til skriftlig saksbehandling. Denne endringen har medført en svekkelse av kontradiksjonsprinsippet, som er et viktig virkemiddel for å belyse saken best mulig og få korrekte avgjørelser. På denne måten kan det sies at vernet arbeidstakere etter lovgivningen har blitt mindre reelt fordi sannsynligheten for ukorrekte avgjørelser er høyere. Dette kan avhjelpe noe dersom sekretariatet får et kompetanseløft og/eller oppretter et eget veiledningsorgan som partene kan benytte seg av, slik at det sikres at saken er tilstrekkelig opplyst. Generelt er diskrimineringsnemnda som et alternativt håndhevingsorgan et positivt bidrag til at vernet er reelt og effektivt, da det er mer tilgjengelig enn domstolene i form av gratis og raskere saksbehandling.

Bevisbyrderegelen skal bidra til at det er en reell mulighet å vinne frem med en påstand om diskriminering, og stiller derfor i utgangspunktet lave krav til klager. I Kontreadmiraldommen ble imidlertid vilkåret om «grunn til å tro» tolket slik at diskrimineringsgrunnlaget måtte ha vært ha vært avgjørende for forskjellsbehandlingen. Dersom denne tolkningen skal legges til grunn bidrar det etter mitt syn til å svekke klagers muligheter til å vinne frem i diskrimineringsaker. Et alternativ kan være å legge bevisbyrden over på den profesjonelle parten, arbeidsgiveren, og fjerne beviskravet for klager. Jeg mener imidlertid at dersom bevisregelen håndheves i tråd med ordlyden og forarbeidsuttalelsene slik at beviskravet er lavt for klager, så vil det være tilstrekkelig for at diskrimineringsvernet er mer reelt og effektivt. Beviskravet bør etter mitt syn være lavt, fordi det vil være vanskelig å bevise diskriminering i en ansettelsesprosess, som ofte er muntlig helt frem til signering av arbeidskontrakten og inngåelsen av arbeidsforholdet.

Det største bidraget til å gjøre vernet mot graviditets- og permisjonsdiskriminering mer reelt og effektivt er de nye sanksjonsmulighetene nemnda fikk ved 2017-reformen. Arbeidstakere slapp med denne endringen å ty til ordinær domstolsbehandling for å få oppreisning og erstatning når de ble utsatt for diskriminering, og på denne måten ble håndhevingen av vernet mer tilgjengelig. Et skår i gleden er imidlertid de omdiskuterte beløpsbegrensningene, som medfører at det kan bli store forskjeller i sanksjonsbeløpet ved nemndsbehandling kontra domstolene. Klager kan fortsatt bringe saken videre for domstolene dersom de mener sanksjonene er for milde, men dette vil gjøre vernet mindre tilgjengelig, og det vil ta lenger tid slik at vernet også blir mindre reelt og effektivt. Et forslag er å fjerne beløpsbegrensningene slik at «like tilfeller behandles likt» i domstolene og nemnda, og heller innfører noen strengere og mer konkrete retningslinjer som nemnda kan følge i utmålingen.

Oppsummert vil jeg si at vernet mot graviditets- og permisjonsdiskriminering i arbeidslivet er mer reelt og effektivt nå enn før, men at enkelte utviklinger i praksis demper noen av de positive bidragene reformene førte med seg.

# Litteraturliste

## Litteratur

Andersen, Agnete L., Ruth Nielsen, Kirsten Precht og Christina D. Tvarnø, *Likestillingslovene bind 1*, 8 utg., Jurist og Økonomforbundets Forlag 2016.

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

Fougner, Jan mfl., Lovkommentarer til aml. § 15-9 på [juridika.no](http://juridika.no).

Frøseth, Anne Marie, *Hybridsanksjoner etter krenkelse av den personlige integritet – særlig om oppreisningskrav etter trakassering*, i *Integritet og ære. Festskrift til Henry John Mæland*, Magnus Matningsdal og Asbjørn Strandbakken (red.), Gyldendal juridisk 2019 s. 601-626.

Hellborg, Sabina, *Diskrimineringsansvar. En civilrättslig undersøkning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*, Iustus 2018.

Hellum, Anne og Vibecke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022.

Ikdahl, Ingunn, *Diskriminering*, i store norske leksikon 2022,  
<https://www.snl.no/diskriminering>

Ikdahl, Ingunn, *Diskrimineringsgrunnlag*, i store norske leksikon 2022,  
<https://www.snl.no/diskrimineringsgrunnlag>

Kleven, Isabelle Linnea, *Adgangen til rettshjelp og håndhevingsapparatet i diskriminerings saker», Kvinnerettslig skriftserie nr. 93*, Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD), 5. utg., Universitet i Oslo 2013.

Larsen, Kjetil Mujezinovic, *Retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13: En studentrettet oversikt*, *Jussens venner*, vol 54, nr. 6 2019 s. 388-402.

Nordstrøm, Tina Storsletten og Monica Haugedal, kommentarer til aml. § 15-9 på [www.arbeidsrett.no](http://www.arbeidsrett.no).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017.

Syse, Aslak og Geir Helgeland, *Reglene om 'delt bevisbyrde' i norsk diskrimineringsrett*, i *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michelsen (red.), Cappelen Akademiske 2009.

## **Nasjonalt regelverk**

### ***Norske lover***

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

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

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

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

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

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

Lov 16. juni 2017 nr. 50 om likestillings- og diskrimineringsombudet og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).

### ***Forskrifter***

Forskrift 20. desember 2017 nr. 2260 om organisasjon, oppgaver og saksbehandling for Diskrimineringsnemnda (Diskrimineringsnemndforskriften).

## **Internasjonalt regelverk**

### ***Konvensjoner og erklæringer***

FN-pakten: *De forente nasjoners pakt*, San Francisco, 26. juni 1945

Verdenserklæringen: *FNs verdenserklæring om menneskerettigheter*, Paris 10. desember 1948



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

ILO-konvensjon nr. 100 *Konvensjon om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidere for arbeids av lik verdi*, Genève 29. juni 1951

EMK TP1: *Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950*, Paris 20. mars 1952

Romatraktaten: *Traktat om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap*, Roma 25. mars 1957

SP: *Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter*, New York 16. desember 1966

ØSK: *Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter*, New York 16. desember 1966

KDK: *Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner*, New York 18. desember 1979

ILO-konvensjon nr. 156: *Konvensjon om like muligheter for kvinner og menn i arbeidslivet: arbeidstakere med familieforpliktelser*, Genève 23. juni 1981

EØS-avtalen: *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*, Oporto 2. mai 1992

EUs charter om grunnleggende rettigheter: *Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter*, 7. desember 2000

### **EU- og EØS-lovgivning**

Rådsdirektiv 92/85/EØF: *Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværsettelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbeidstakere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (svangerskapsdirektivet).*

Rådsdirektiv 2004/113/EF: *Rådets direktiv 2004/113/EF af 13. desember 2004 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang*

*til og levering af varer og tjenesteydelser (EUs kønnslikestillingsdirektiv om varer og tjenester)*

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2006/54/EF: *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5 juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning) (EUs kønnslikestillingsdirektiv)*

Rådsdirektiv 2013/34/EU: *Rådets direktiv 2010/18/EU af 8 marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF (foreldrepermisjonsdirektivet)*

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (FRA) 2016.

## **Norsk praksis**

### ***Rettspraksis***

#### Høyesterett

Rt. 2012 s. 424

Rt. 2014 s. 402 (Kontreadmiral)

HR-2018-1189-A

#### Tingrett

TALTA-2007-74733

## **Nemndspraksis**

### ***Klagenemnda for likestilling (1979-2005)***

Klagenemnda for likestillingssak nr. 7/2002

### ***Likestillings- og diskrimineringsnemnda (2006-2017)***

LDN-2006-25

LDN-2006-26

LDN-2009-41 (Fedrekvote-saken)

LDN-2011-37

LDN-2016-21 (Kokke-saken)

***Diskrimineringsnemnda (2018-)***

DIN-2017-31

DIN-2018-201

DIN-2018-268

DIN-2018-410 (Ekstravakt-saken)

DIN-2019-118 (Barnehageansatt-saken)

DIN-2019-196 og DIN-2019-115 (felles behandling) (Bemanningsbyrå-saken)

DIN-2020-57 (Skjønnhetsklinikk-saken)

DIN-2020-167

**Internasjonal praksis**

***Den europeiske menneskerettsdomstol***

Application No. 43395/09, de Tommaso mot Italia (storkammer), 23. februar 2017

***EU-domstolen***

C-14/83, Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, 10. april 1984

C-207/98, Silke Karin Mahlburg mot Land Mecklenburg-Vorpommern, 3. februar 2000

C-81/12, Asociația Accept mot Consiliul National pentru Combaterea Discriminării, 24. April 2013

## **FNs menneskerettighetskomiteer: generelle kommentarer, individklager, konkluderende observasjoner**

### *FNs kvinnediskrimineringskomité (KDK-komiteen)*

General Recommendation No. 28 On the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2010

Joint General Recommendation/ General Comment No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child On harmful practices, 2014

### *FNs menneskerettskomité*

General Comment No. 31, The nature of the general legal obligation imposed on states parties to the covenant, 2004.

## **Norske lovforarbeider**

### *NOU-er og høringsnotater*

NOU 2011: 18 Struktur for likestilling

NOU 2020: 5 Likhet for loven

Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturdepartementet. *Høringsnotat – Endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven*, 2020.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/9a57245aabaf407d9b893ae303a2e727/endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljoloen.pdf>

### *Odelstingsproposisjoner*

Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) *Lov om likestilling mellom kjønnene*

Ot.prp. nr. 41 (1979-1980) *Om endringer i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø, lov om arbeidstvister og lov om trossamfunn osv.*

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) *Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om Likestilling mellom kjønnene*

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

### ***Lovproposisjoner***

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

Prop. 88 L (2013-2014) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*

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

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

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

Prop. 154 L (2020-2021) *Endringer i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsombudsloven (nemndløsning for gjengjeldelsessaker etter varsling mv.)*

### ***Stortingsmeldinger***

Meld. St. 7 (2015-2016) *Likestilling i praksis – Like muligheter for kvinner og menn*

### **Andre norske offentlige dokumenter**

#### ***Utredninger***

PricewaterhouseCoopers, *Utredning av håndhevings- og virkemiddelapparatet på likestillings- og ikke-diskrimineringsområdet*, utredning på oppdrag av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, 2016

<https://www.regjeringen.no/contentassets/04bd6c545ae74c4ebea246f44dcf4942/utredning-av-handhevings--og-virkemiddelapparatet-pa-likestillings--og-diskrimineringsfeltet.pdf>

## **Rapporter**

### ***Høringsuttalelser***

Diskrimineringsnemnda, *Høyringsssvar – NOU 2020: 5 likhet for loven*,

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---rettshjelpsutvalgets-utredning-nou-20205/id2705307/?uid=0bf504fd-00cc-4481-8400-d0233236f06e>

## **Internasjonale resolusjoner, dokumenter, rapporter mv.**

### ***FNs kvinnediskrimineringskomité***

*FNs kvinnediskrimineringskomité*, Concluding Observations on the 9th periodic report of Norway, 2017

## **Nettressurser (statistikk, veiledere, håndbøker m.m.)**

Unicef, *Sweden, Norway, Iceland and Estonia rank highest family friendly policies oecd and eu*, 2019, <https://www.unicef.org/press-releases/sweden-norway-iceland-and-estonia-rank-highest-family-friendly-policies-oecd-and-eu>.