

# **Likestillingsloven 2013 og forenklingsjuss – en trussel mot individvernet?**

Vibeke Blaker Strand



Kvinnerettslig skriftserie nr. 96  
Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Universitetet i Oslo  
2014



Avdelling for kvinnerett

Kvinnerettslig skriftserie nr. 96/2014

Tittel : Likestillingsloven 2013 og forrenklingsjuss – en trussel mot individvernet?

Forfatter: Vibeke Blaker Strand

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

Institutt for offentlig rett

Universitetet i Oslo

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Besøksadresse:

Domus Nova 6. etg.

St. Olavs plass

E-post:

[womens-law@jus.uio.no](mailto:womens-law@jus.uio.no)

Nettside:

<http://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/index.html>

Editor: Professor Anne Hellum

ISSN: 0809-621X

## 1. Innledning

1. januar 2014 trådte en ny lov om likestilling mellom kjønnene i kraft: likestillingsloven 2013.<sup>1</sup> Loven erstattet den tidligere likestillingsloven av 1978.<sup>2</sup> Bakgrunnen for likestillingsloven 2013 var Stoltenberg II-regjeringens ønske om å etablere større grad av likhet mellom lovene på diskrimineringsfeltet. Departementet<sup>3</sup> uttrykte i lovproposisjonen blant annet at: «Likere og mer tilgjengelige lovtekster innebærer [...] et styrket diskrimineringsvern.»<sup>4</sup> For kjønnsdiskrimineringsvernets del må det imidlertid spørres om likestillingsloven 2013 isteden representerer en trussel for individers reelle vern mot diskriminering. Den tidligere likestillingsloven hadde vært gjenstand for en rekke justeringer som hadde medført en stadig mer finmasket og tydeliggjort regulering av vernet mot kjønnsdiskriminering. I særlig grad har Norges forpliktelser etter EØS-avtalen utgjort en brekkstang.<sup>5</sup> Gjennom opphevelsen av likestillingsloven 1978 og vedtakelsen av likestillingsloven 2013 har lovteksten blitt forenklet og flere elementer i vernet mot diskriminering på grunn av kjønn har blitt fjernet fra lovens ordlyd. I denne artikkelen rettes oppmerksomheten mot skjebnen til det som gjerne omtales som likestillingslovens kjernebestemmelse: selve forbudet mot kjønnsdiskriminering.

Siktemålet med denne artikkelen er å bidra til å synliggjøre og analysere utviklingen som har funnet sted i utformingen av likestillingslovens diskrimineringsforbud fra loven først ble vedtatt og frem til i dag. Lovtekst og lovforarbeider er sentrale kilder. I en situasjon med ny likestillingslov, er det viktig å ta med seg historien til den gamle loven, slik at den ikke blir tapt av syne.

I punkt 2 gis en overordnet presentasjon av rettsutviklingen på diskrimineringsfeltet, mens det i punkt 3 fokuseres på spenningen mellom forenkling og ivaretagelse av særegenhet for de ulike diskrimineringsgrunnlagene. I punkt 4 gjennomgås kjønnsdiskrimineringsforbudets struktur, dets utvikling i perioden 1978-2013, samt dets utforming i likestillingsloven 2013. Det rettes særlig oppmerksomhet mot 2013-lovens vide formulering av adgangen til tillatt forskjellsbehandling på grunn av kjønn, samt mot at det absolutte vernet mot graviditetsdiskriminering i likestillingsloven 1978 nå i stor grad er fjernet fra lovteksten. Derneft foretas det, i punkt 5, en nærmere analyse av hva som i dag er problematisk ved utformingen av

---

<sup>1</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven 2013), med ikrafttredelse 1.1.2014.

<sup>2</sup> Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven 1978) [opphevet], med ikrafttredelse 15.3.1979.

<sup>3</sup> Det var Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet som la frem Prop. 88 L (2012-2013).

<sup>4</sup> Prop. 88 L (2012-2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)* s. 10.

<sup>5</sup> EU-rettens bestemmelser om kjønnslikestilling utgjør en uttrykkelig del av EØS-avtalen gjennom avtalens artikkel 69 og 70, noe som har som konsekvens at EUs direktiver om likestilling mellom kvinner og menn gjøres til en del av EØS-avtalen. Norge har plikt til å gjennomføre EØS-direktivene i intern rettsorden.

diskrimineringsforbudet i likestillingsloven 2013, før det i punkt 6 knyttes kommentarer til at diskrimineringslovgivningen nå på nytt er i støpeskjeen.

## 2 Overordnet om rettsutviklingen på diskrimineringsfeltet

Arbeidet med en lov om likestilling mellom kjønnene startet da det ble sendt ut et høringsnotat med et lovforslag i 1974. Dette lovforslaget skapte stor debatt, og loven ble først vedtatt i juni 1978 etter annen gangs oversendelse til Stortinget.<sup>6</sup> Lovens formål var å fremme likestilling mellom kjønnene, og den skulle særlig ta sikte på å bedre kvinnens stilling, jf. lovens § 1 første ledd.

Likestillingsloven var lenge den eneste loven i den nasjonale rett som på en generell måte omhandlet vern mot diskriminering.<sup>7</sup> De siste ti år har imidlertid vernet mot diskriminering blitt styrket på det nasjonale plan, ved at det er etablert flere nye lover som gir vern mot diskriminering for stadig flere diskrimineringsgrunnlag.<sup>8</sup> I 2008 forelå det fire lover som omhandlet vern mot diskriminering. I tillegg til likestillingsloven 1978 om kjønnsdiskriminering, regulerte diskrimineringsloven 2005<sup>9</sup> spørsmål om diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn, diskriminering- og tilgjengelighetsloven 2008<sup>10</sup> omhandlet diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne og arbeidsmiljøloven 2005 inneholdt et eget kapittel<sup>11</sup> om diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder på arbeidslivets område.

Systemet med flere lover på diskrimineringsfeltet har vært kritisert for å være uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig. I juni 2007 ble Diskrimineringslovutvalget nedsatt.<sup>12</sup> Utvalget skulle utrede forslag til en helhetlig lov om vern mot diskriminering i Norge, noe den foreslo i sin hovedutredning NOU 2009:14 «Et helhetlig diskrimineringsvern». Arbeidet løftet til overflaten den grunnleggende spenning som foreligger mellom på den ene side hensynet til å oppnå forenkling og på den annen side hensynet til å utforme lovbestemmelser som ivaretar særegenheter for de ulike diskrimineringsgrunnlagene. Utvalgets tilnærmet seg denne spenningen gjennom å operere med et utgangspunkt om at det burde foreligge mest mulig harmonisering og likhet i reguleringen av vernet for de ulike diskrimineringsgrunnlagene, «med

<sup>6</sup> For en innføring i hvilke debatter som det opprinnelige forslaget til en likestillingslov aktualiserte, se Tove Stang Dahl, Kjersti Graver, Anne Hellum [m.fl.], *Juss og juks*, (Oslo: Pax, 1975). For en presentasjon av likestillingslovens historikk, se Mary-Ann Hedlund og Brit Djupvik Semner, *Likestillings- og diskrimineringslovene*, (Bergen: Fagbokforlaget, 2008) s. 17 flg.

<sup>7</sup> Det fantes imidlertid visse andre enkeltbestemmelser i lovverket som også omhandlet diskrimineringsrettslige spørsmål, se særlig arbeidsmiljøloven 1977 [opphevet] § 55 A og straffeloven § 135a og § 349a.

<sup>8</sup> Utviklingen startet da det i 2004 ble det innført nytt kapittel XA og XB i arbeidsmiljøloven 1977 [opphevet] om likebehandling i arbeidslivet. I 2006 ble arbeidsmiljøloven 1977 erstattet av Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven 2005), med ikrafttredelse 1.1.2006, og bestemmelsene om diskrimineringsvern ble inntatt i dennes kapittel 13.

<sup>9</sup> Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven 2005) [opphevet], med ikrafttredelse 1.1.2006.

<sup>10</sup> Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2008) [opphevet], med ikrafttredelse 1.1.2009.

<sup>11</sup> Lovens kapittel 13.

<sup>12</sup> Utvalget ble ledet av jussprofessor Hans Petter Graver.

mindre tungtveiende hensyn taler for at vernet bør være ulikt.»<sup>13</sup> Utvalget uttalte videre at: «Fravikes dette utgangspunktet [det vil si målsettingen om harmonisering] ved særregler eller svakere vern for noen grunnlag, krever dette en særskilt begrunnelse.»<sup>14</sup>

Stoltenberg II-regjeringen gikk våren 2013 imot utvalgets hovedforslag om en felles lov og besluttet å opprettholde systemet med mange lover.<sup>15</sup> Samtidig ønsket imidlertid regjeringen å oppnå en del av den forenkling som hadde stått sentralt i Diskrimineringslovutvalgets forslag. Dette ble ansett å kunne ivaretas gjennom at enkeltbestemmelser ble utformet likest mulig i de ulike diskrimineringslovene. Sommeren 2013 vedtok Stortinget en hel pakke med lovendringer på diskrimineringsfeltet. Likestillingsloven 1978 ble erstattet av likestillingsloven 2013, diskrimineringsloven 2005 ble erstattet av diskrimineringsloven om etnisitet 2013<sup>16</sup>, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2008 ble erstattet av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2013<sup>17</sup> og det ble vedtatt en ny diskrimineringslov om seksuell orientering<sup>18</sup>. Det het i proposisjonen at:

De nye lovene viderefører i all hovedsak gjeldende regler i likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, men de fremmes som nye lover fordi det er gjort relativt omfattende lovtekniske og språklige endringer i gjeldende lover. Formålet med endringene er å fremme likestilling gjennom å styrke diskrimineringsvernet. Likere og mer tilgjengelige lovtekster innebærer også et styrket diskrimineringsvern.<sup>19</sup>

Det fremkom videre i proposisjonen at bestemmelsene i de nylig vedtatte lovene «i størst mulig grad har en felles språkdrakt.»<sup>20</sup>

### **3 Nærmere om spenningen mellom forenkling og ivaretagelse av særegenhet**

En sentral begrunnelse for konklusjonen om å beholde ordningen med flere lover var å sikre at særegne hensyn først og fremst i tilknytning til diskrimineringsgrunnlaget *kjønn* ble ivare tatt på en tilstrekkelig måte i lovverket. Departementet viste til at selv om et flertall av høringsinstansene støttet forslaget til en felles diskrimineringslov, var det også flere som uttrykte «bekymring for at en samlet diskrimineringslov vil kunne svekke diskrimineringsvernet for kvinner ved at likestillingsloven oppheves.»<sup>21</sup> Departementet viste til at lovgiver da likestillingsloven 1978 ble vedtatt hadde erkjent at kvinner på mange områder i samfunnet utsettes for diskriminering i større grad enn menn, noe som blant annet var synliggjort i lovens

<sup>13</sup> NOU 2009:14 *Et helhetlig diskrimineringsvern* s. 96.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Prop. 88 L (2012–2013) s. 47.

<sup>16</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet), med ikrafttredelse 1.1.2014.

<sup>17</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2013), med ikrafttredelse 1.1.2014.

<sup>18</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering), med ikrafttredelse 1.1.2014.

<sup>19</sup> Prop. 88 L (2012–2013) s. 11

<sup>20</sup> Ibid. s. 48.

<sup>21</sup> Ibid. s. 46.

formålsbestemmelse der det het at loven «tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling».<sup>22</sup> Departementet uttalte videre:

Det er fortsatt slik at kvinner i mange tilfeller utsettes for diskriminering i større grad enn menn. Dette viser for eksempel Likestillings- og diskrimineringsombudets statistikk over saker. I en felles diskrimineringslov vil ikke de enkelte diskrimineringsgrunnlagene kunne fremheves på samme måte som i særlover.

Departementet har, etter en samlet vurdering av innspillene fra høringen, kommet frem til at det ikke er ønskelig å oppheve likestillingsloven. Etter departementets vurdering vil en egen lov om kjønnslikestilling gi de beste rammene for arbeidet for likestilling mellom kvinner og menn. På samme måte mener departementet at egne lover vil gi de beste rammene for likestillingsarbeidet med hensyn til etnisitet og religion og nedsatt funksjonsevne.<sup>23</sup>

Opprettholdelsen av en egen lov om likestilling mellom kjønnene gjorde det mulig å beholde formuleringen om at «Loven tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling.» i lovens formålsbestemmelse, se likestillingsloven 2013 første ledd annet punktum.<sup>24</sup> En egen likestillingslov gjorde det også mulig å beholde et videst mulig virkeområde for loven, på samme måte som i likestillingsloven 1978, nemlig at «Loven gjelder på alle områder i samfunnet.», se likestillingsloven 2013 § 2 første ledd.<sup>25</sup> I de tre øvrige lovene på diskrimineringsfeltet<sup>26</sup> er lovenes saklige virkeområder uttrykkelig avgrenset mot familieliv og andre personlige forhold, men departementet ønsket ikke å innskrenke likestillingslovens virkeområde i forhold til likestillingsloven 1978.<sup>27</sup>

Den opprinnelige begrunnelsen for å inkludere familieliv og andre personlige forhold i likestillingslovens saklige virkeområde var at familieliv «ble ansett å være en av de viktigste livsområdene hvor diskriminering forekommer. Et unntak fra lovens virkeområde for dette kunne gi inntrykk av at diskriminerende behandling er tillatt og akseptert så lenge det dreier seg om handlinger som foretas i private hjem.»<sup>28</sup> Imidlertid har ombudet og nemnda ikke kompetanse til å håndheve forbudet mot kjønnsdiskriminering i tilknytning til familieliv og andre rent personlige forhold.<sup>29</sup> Dette er den samme løsningen som i 1978-loven.<sup>30</sup> Bakgrunnen for en slik avgrensning er de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i privatlivet.<sup>31</sup>

---

<sup>22</sup> Ibid. s. 46-47.

<sup>23</sup> Ibid. s. 47.

<sup>24</sup> Spørsmålet er nærmere behandlet i Ibid. s. 76-77. I 1978-loven ble det vist til «kvinnens stilling», ikke «kvinners».

<sup>25</sup> Likestillingsloven 1978 § 2 første ledd inneholdt imidlertid helt frem til 2010 en formulering som avgrenset lovens virkeområde opp mot «indre forhold i trossamfunn». Dette omtales nærmere nedenfor i punkt 4.2.

<sup>26</sup> Se diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 2, diskrimineringsloven om etnisitet § 2 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 2.

<sup>27</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 59.

<sup>28</sup> NOU 2009:14 s. 106.

<sup>29</sup> Se likestillingsloven 2013 § 26 annet ledd.

<sup>30</sup> Se likestillingsloven 1978 § 2 første og annet ledd.

<sup>31</sup> Se NOU 2009:14 s. 106. Det faller utenfor temaet i denne artikkellet å problematisere en slik avgrensning nærmere.

Det har imidlertid blitt tatt til orde for at ordlyden i seg selv ikke utelukker at domstolene kan prøve spørsmålet om hvorvidt det foreligger kjønnsdiskriminering innenfor familielivet og andre rent personlige forhold.<sup>32</sup> Både departementet og stortingskomiteen presiserte imidlertid ved vedtakelsen av likestillingsloven 2013 at verken ombudet, nemnda eller domstolene skal håndheve forbudet mot diskriminering i familieliv og andre rent personlige forhold.<sup>33</sup>

#### **4 Kjønnsdiskrimineringsforbudet – likestillingslovens kjernebestemmelse**

Vi har sett at opprettholdelsen av en egen lov om likestilling mellom kjønnene gjorde det mulig å beholde bestemmelsen om at likestillingsloven særlig skal ta sikte på å bedre kvinners stilling og bestemmelsen om at loven gjelder på alle samfunnsområder. Den klare intensjonen var at de nye lovene, herunder likestillingsloven 2013, «i all hovedsak» skulle videreføre gjeldende regler.<sup>34</sup> Samtidig ble det ved lovendringene i 2013 foretatt «relativt omfattende lovtekniske og språklige endringer i gjeldende lover.»<sup>35</sup>

I det følgende er siktemålet å se nærmere på utviklingen som har funnet sted i forhold til det som anses å være likestillingslovens kjernebestemmelse: selve forbudet mot diskriminering. Først, i punkt 4.1, gis en overordnet beskrivelse av diskrimineringsforbudets struktur, før det i punkt 4.2 foretas en gjennomgang av utviklingen i bestemmelsens utforming fra den første likestillingsloven ble vedtatt i 1978 og frem til den ble opphevet i 2013. Dette gir den nødvendige bakgrunn for deretter, i punkt 4.3, å foreta en nærmere analyse av diskrimineringsforbudet i likestillingsloven 2013. Her blir det særlig rettet fokus mot to ting: At unntaksbestemmelsen har fått en vag og vid formulering og at det absolutte vernet mot graviditetsdiskriminering i stor grad er fjernet fra lovteksten.

##### **4.1 Diskrimineringsforbudets struktur**

Selve kjernebestemmelsen i både likestillingsloven 1978 og likestillingsloven 2013 er forbudet mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av kjønn. Forbudet mot direkte diskriminering begrenser adgangen til å opprettholde reguleringer og praksiser som direkte – eksplisitt – behandler kvinner og menn ulikt. Det har således som siktemål å sikre formell likhet mellom kjønnene. Forbudet mot indirekte diskriminering innebærer begrensninger i adgangen til å opprettholde reguleringer og praksiser som fører til at et kjønn stilles dårligere enn det annet, selv om det formelt sett ikke gjøres forskjell på kvinner og menn. Her er det dermed reglers og praksisers *virksomheter* man er opptatt av. Målet er ikke bare formell likhet mellom kjønnene, men reell likhet.

For at det skal foreligge diskriminering i rettslig forstand (enten direkte eller indirekte) må tre vilkår være oppfylt. Det må for det første eksistere en situasjon med forskjellsbehandling. Dette vil si at noen må ha havnet i en mindre gunstig stilling enn andre. For det andre må denne situasjonen ha sammenheng med kjønn, det vil si at det må være årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og den dårligere posisjonen en person befinner seg i. For det tredje

<sup>32</sup> Se for eksempel Hege Brækhus sin mindretallsuttalelse i NOU 2009:14 s. 110 flg.

<sup>33</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 57.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 11

må forskjellsbehandlingen ikke kunne begrunnes på en måte som gjør at den likevel anses som tillatt, eller sagt med andre ord, unntaksadgangen må ikke komme til anvendelse. En konklusjon om at det foreligger diskriminering er dermed et resultat av en nærmere vurdering av de faktiske og rettslige forhold i et enkelttilfelle.

I juridisk terminologi brukes begrepet diskriminering om det som er forbudt, mens forskjellsbehandling er videre og brukes om både tillatt og ulovlig forskjellsbehandling.<sup>36</sup> I denne artikkelen brukes disse to begrepene på denne måten.

## **4.2 Kjønsdiskrimineringsforbudets utvikling 1978-2013**

Da likestillingsloven ble vedtatt i 1978 inneholdt dens generalklausul § 3 ikke noe uttrykkelig forbud mot direkte og indirekte diskriminering, og det var heller ikke inntatt noen bestemmelse om adgang til tillatt forskjellsbehandling. Det het i lovens § 3 første og annet ledd:

### **§ 3 (Generalklausul)**

Forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.

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

I 1978-loven § 3 er begrepet «forskjellsbehandling» benyttet synonymt med det som i dag omtales som «diskriminering», nemlig ved at det refererer til den type handlinger som er forbudte. Selv om begrepene direkte og indirekte diskriminering ikke var nevnt, ble det presisert i ordlyden at vernet mot diskriminering både gjaldt på et formelt og et reelt plan. I realiteten etablerte dermed loven et vern mot direkte og indirekte diskriminering.

Et helt sentralt element i diskrimineringsvernet er hvor vid adgangen til tillatt forskjellsbehandling er lagt opp til å være. Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd ikke åpnet opp for direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, ble en snever unntaksadgang i praksis innfortolket. Dette kunne typisk være tilfelle dersom det var nødvendig at en ansatt hadde et bestemt kjønn for å fylle noen konkrete arbeidsoppgaver, for eksempel dersom en teatergruppe trengte en kvinnelig skuespiller til å spille den kvinnelige hovedrollen i et stykke.<sup>37</sup> I et slikt tilfelle er det kjønn direkte som utgjør begrunnelsen for forskjellsbehandlingen av menn. Spørsmålet om adgang til indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn ble ansett å følge av ordlyden selv, ved at det i § 3 annet ledd annet punktum het at diskriminering forelå i tilfeller der «det ene kjønn på en urimelig måte stilles dårligere enn det annet». Ordet «urimelig» ble

---

<sup>36</sup> Selv om begrepsbruken og forholdet mellom hva som anses som «diskriminering» og hva som anses som «forskjellsbehandling» er avklart i dag, har ikke grenseoppgangen mellom de to begrepene alltid vært like klar, se nærmere Vibeke Blaker Strand, «Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett - et ensartet vern?», (2007) årg. 46 nr. 3 *Lov og rett* s. 131-153, på s. 140.

<sup>37</sup> NOU 2009:14 s. 58.



ansett å romme en interesseavveining der motstående interesser skulle avveies mot hverandre i vurderingen av om diskriminering forelå.<sup>38</sup>

I 2002 ble det vedtatt en rekke endringer i § 3.<sup>39</sup> Fra departementets<sup>40</sup> side ble det med henvisning til lovens generalklausul fremhevet at:

Flere forhold bidrar til å svekke forutberegneligheten og å skape rettsusikkerhet på feltet: Generelt er lovens ordlyd i dag uklar og ikke lett tilgjengelig med hensyn til hvilke handlinger som omfattes av lovens forbud mot kjønnsdiskriminering. [...] Diskrimineringsforbudet er siden loven ble vedtatt i 1978 blitt utviklet og presisert gjennom praksis. Forbudet har i dag et innhold som til dels ikke følger – eller ikke kan leses ut av – lovens ordlyd.<sup>41</sup>

Departementet viste dessuten til Norges internasjonale forpliktelser, herunder forpliktelsene under EØS-avtalen, og påpekte «behovet for en klarere og mer utfyllende lovtekst.»<sup>42</sup> § 3 ble endret slik at: begrepene direkte og indirekte diskriminering ble inntatt i og uttrykkelig definert i lovteksten, ved å inkludere graviditet, fødsel og permisjon i definisjonen av direkte diskriminering det ble etablert et absolutt vern mot graviditetsdiskriminering, og adgangen til tillatt indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn ble presisert nærmere. Etter endringen fikk § 3 en struktur der forbudet mot diskriminering var fastslått i første ledd, direkte diskriminering ble definert i annet ledd, indirekte diskriminering ble definert i tredje ledd og adgangen til tillatt indirekte forskjellsbehandling ble utdypet i fjerde ledd. Bestemmelsen så slik ut etter lovendringen [Merk at begrepet ‘forskjellsbehandling’ i første til tredje ledd må leses som ‘diskriminering’ ut ifra dagens etablerte terminologi]:

### § 3. (Generalklausul)

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

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som

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

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

---

<sup>38</sup> 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.)* s. 28-29.

<sup>39</sup> Lov 14. juni 2002 nr. 21 om endringer i likestillingsloven mv., med ikrafttredelse 1. juli 2002.

<sup>40</sup> Det tidligere Barne- og familiedepartementet.

<sup>41</sup> Ot.prp. nr.77 (2000-2001) s. 35

<sup>42</sup> Ibid.

I særlige tilfeller er indirekte forskjellsbehandling likevel tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.

Ved lovendringen fant det sted en tydeliggjøring av vernet mot forskjellsbehandling av kvinner «på grunn av graviditet eller fødsel», eller forskjellsbehandling av kvinner eller menn på grunn av «utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt mor eller far», ved at disse tilfellene ble definert som direkte diskriminering. 'Graviditetsdiskriminering' brukes gjerne som samlebetegnelse om alle disse situasjonene.<sup>43</sup>

Etter 1978-loven ble forskjellsbehandling ved uttak av permisjonsrettigheter *utover* perioden som er «forbeholdt mor eller far» vurdert som et spørsmål om indirekte forskjellsbehandling, noe som innebar en i teorien videre mulighet til å begrunne forskjellsbehandlingen under lovens unntaksbestemmelse i § 3 fjerde ledd. Det skulle imidlertid også i disse tilfellene tungtveiende grunner til for at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel kunne aksepteres.<sup>44</sup>

Det var presisert i forarbeidene at diskrimineringsvernet i § 3 annet ledd nr. 2 skulle være «absolutt» og således – i utgangspunktet – uten unntaksmulighet. Det svært sterke diskrimineringsvernet knyttet til forskjellsbehandling ved graviditet, fødsel og permisjon ble gjennomført i loven for å ivareta Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Siktemålet med lovendringen var blant annet å unngå at vernet mot graviditetsdiskriminering skulle være betinget av en rimelighetsvurdering. Departementet uttalte at det hadde:

lagt stor vekt på å bringe den norske likestillingsloven i tråd med Norges internasjonale forpliktelser. Dette forutsetter et skjerpet forbud mot graviditetsdiskriminering ved at forbudet ikke gjøres betinget av en konkret interesseavveining.

Departementet har lagt stor vekt på at norsk praksis er i strid med EF-domstolens praksis. EF-domstolen har lagt til grunn at graviditetsdiskriminering er direkte forskjellsbehandling, og at eventuelle ulemper som likebehandling innebærer, derfor ikke er et relevant moment i vurderingen av om handlingen er lovlig. Som nevnt [...] har EF-domstolen lagt til grunn et kategorisk prinsipp med et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering, uansett hvilke konsekvenser dette kan få for den aktuelle virksomheten.<sup>45</sup>

Likestillingsloven 1978 § 3 har vært gjenstand for enkelte andre endringer frem til den nye likestillingsloven ble vedtatt i 2013. I 2010 ble det presisert i § 3 annet ledd nr. 2 at det også regnes som direkte diskriminering dersom man i en ansettelsesprosess stilles spørsmål om "graviditet, adopsjon eller familieplanlegging".<sup>46</sup> Samtidig ble det inntatt i loven et uttrykkelig

<sup>43</sup> Det gjøres også i denne artikkelen.

<sup>44</sup> Hedlund og Semner, note 6 s. 131.

<sup>45</sup> Ot.prp. nr.77 (2000-2001) s. 36.

<sup>46</sup> Dette skjedde ved Lov 9. april 2010 nr. 12 om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, med ikrafttredelse 9.4.2010. § 3 annet ledd nr. 2 lød etter endringen slik:

forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging i ansettelsesprosesser.<sup>47</sup> Bakgrunnen for denne ytterligere styrkingen av diskrimineringsvernet var blant annet statistikk fra Likestillings- og diskrimineringsombudet som viste at omlag 1/3 av alle henvendelser til ombudet dreier seg om spørsmål om diskriminering i forbindelse med graviditet og foreldrepermisjon.<sup>48</sup>

I 2010 ble det også inntatt et nytt femte ledd i § 3, der det het:

Forskjellsbehandling i trossamfunn på grunn av kjønn som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, er tillatt. Ved ansettelser i trossamfunn må kravet til et bestemt kjønn i tillegg ha avgjørende betydning for utøvelsen av arbeid eller yrke.

Bestemmelsen avveier diskrimineringsvern mot religionsfrihet.<sup>49</sup> Ved denne bestemmelsen ble det for første gang i likestillingsloven lovfestet en adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.<sup>50</sup> Første punktum omhandler virksomheten i trossamfunn generelt, for eksempel gjennomføringen av religiøse seremonier, og her er det etablert videst adgang til å forskjellsbehandle, mens annet punktum gir snevrere adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn ved ansettelser. Her er det inntatt et særlig krav om at direkte forskjellsbehandling først kan skje dersom krav om kjønn har «avgjørende betydning for utøvelsen av arbeid eller yrke». Et særlig sterkt vern mot diskriminering på arbeidslivets område ivaretar Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>51</sup> Et tilsvarende sterkt vern mot direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn også ellers i arbeidslivet – ikke bare i trossamfunn – ble i norsk rett innfortolket i loven i praksis, men ble aldri formalisert i 1978-loven.

#### 4.2.1 Oppsummering

Vi har sett at likestillingsloven 1978 har gjennomgått en utvikling i hvordan forbudet mot diskriminering er utformet. Generalklausulen i § 3 var opprinnelig relativt generell, noe som ble ansett som problematisk. I 2002 svingte pendelen. § 3 ble utvidet og presisert på en måte som bedre skulle ivareta hensynet til tydelighet og forutberegnelighet, samt Norges EØS-rettslige forpliktelser. Dette førte til en lenger lovtekst der mer kunne leses direkte ut av loven. Gjennom

---

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som  
[...]

2. setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt mor eller far. Tilsvarende skal spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen, uavhengig av søkerens kjønn, regnes som direkte forskjellsbehandling.

<sup>47</sup> Se likestillingsloven 1978 § 4 tredje ledd. Bestemmelsen er videreført i likestillingsloven 2013 § 18.

<sup>48</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)* s. 14.

<sup>49</sup> Se nærmere ibid. s. 49 flg. Tematikken er nærmere behandlet i Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: hvor langt rekker individvernet?* (Oslo: Gyldendal juridisk, 2012) kapittel 5.

<sup>50</sup> Tidligere hadde den nærmere avgrensning mellom kjønnsdiskrimineringsvernet og virksomheten i trossamfunn skjedd gjennom lovens saklige virkeområde, der det i likestillingsloven 1978 § 2 første ledd het at: «Loven gjelder på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn.»

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 52–53.

definisjonen av direkte diskriminering i annet ledd uttrykte loven et svært sterkt vern mot graviditetsdiskriminering.

Adgangen til tillatt forskjellsbehandling på grunn av kjønn (unntaksadgangen) var differensiert: Adgangen til indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn var videst og var i lovteksten presisert slik at indirekte forskjellsbehandling kunne være tillatt dersom den bygget på «et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.» Det var ikke lovfestet noen generell adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, men en snever unntaksadgang ble innfortolket. Adgangen til direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn var snevrest i arbeidslivet, noe som kom tydelig frem i 1978-lovens § 3 femte ledd om adgangen til forskjellsbehandling på grunn av kjønn i trossamfunn, etter at denne ble innført i 2010.

At adgangen til direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn er snevrest i arbeidslivet er i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser. I EUs likebehandlingsdirektiv<sup>52</sup> er det i artikkel 14 nr. 2 kun etablert adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn i tilfeller der kjønn utgjør et såkalt regulært – det vil si ekte eller reelt – og avgjørende yrkesmessig krav. Dette etablerer en snever adgang til å legge vekt på en jobbsøkers kjønn. For at slik forskjellsbehandling skal kunne være tillatt må den begrunnes i de aktuelle arbeidsoppgaver eller den sammenheng der arbeidsoppgavene skal utføres. I tillegg må den bygge på et legitimt mål og det må foreligge forholdsmessighet mellom mål og middel.<sup>53</sup>

### 4.3 Kjønnsdiskrimineringsforbudet i likestillingsloven 2013

Gjennom likestillingsloven 2013 er forbudet mot diskriminering formulert etter et helt annet mønster enn tidligere, noe som har sammenheng med at forbudene mot diskriminering og

---

<sup>52</sup> Direktiv 2006/54/EF av 5. juni 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv (likebehandlingsdirektivet) er et helt sentralt direktiv på kjønnslikestillingsens område. Direktivet samler en rekke eldre EU-direktiver og kodifiserer rettsutviklingen. Blant annet er det opprinnelige likebehandlingsdirektivet, direktiv 76/207/EØF, som ble endret ved direktiv 2002/73/EF, innlemmet i direktiv 2006/54/EF. Utenfor arbeidslivets område er direktiv 2004/113/EF om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester sentralt.

<sup>53</sup> Artikkel 14 nr. 2 har følgende ordlyd:

Med hensyn til adgangen til beskjeftigelse, herunder den dertil førende utdanning, kan medlemsstatene fastsette, at ulige behandling, der er basert på et kønnspecifikt træk, ikke udgør forskelsbehandling, når et sådant kønnspecifikt træk på grund af de pågældende erhvervsaktiviteters art eller den sammenhæng, hvori de udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervs-mæssigt krav, forudsat at målet hermed er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.

Det er på det rene at dette er en snever unntaksbestemmelse. I punkt 19 i direktivets fortale er adgangen til unntak fra prinsippet om likebehandling beskrevet på følgende måte:

”At sikre lige adgang til beskjeftigelse og erhvervsuddanning er af afgørende betydning for anvendelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskjeftigelse og erhverv. Undtagelser fra princippet bør derfor udelukkende omfatte erhvervsaktiviteter, som på grund af deres særlige karakter eller den sammenhæng, de foregår i, kræver beskjeftigelse af en person af et bestemt køn, forudsat at formålet hermed er legitimt og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.”

adgangen til tillatt forskjellsbehandling nå er likt formulert i de fire diskrimineringslovene. I likestillingsloven 2013 er hovedregelen om forbud mot diskriminering inntatt i en egen bestemmelse, § 5, mens adgangen til lovlig forskjellsbehandling er inntatt i § 6. Bestemmelsene ser slik ut:

### *§ 5. Hovedregel om forbud mot diskriminering*

Diskriminering på grunn av kjønn er forbudt. Diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon regnes som diskriminering på grunn av kjønn. Forbudet gjelder diskriminering på grunn av en persons faktiske, antatte, tidligere eller fremtidige graviditet eller permisjon. Forbudet gjelder også diskriminering på grunn av kjønn til en person som den som diskrimineres har tilknytning til.

Med diskriminering menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 6 eller § 7. Med direkte forskjellsbehandling menes en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes kjønn. Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av kjønn.

### *§ 6. Lovlig forskjellsbehandling*

Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

- a) den har et saklig formål,
- b) den er nødvendig for å oppnå formålet og
- c) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.

#### **4.3.1 Vag og vid bestemmelse om unntak**

Mens forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn slås fast i § 5, er adgangen til tillatt forskjellsbehandling regulert i § 6 og § 7. § 6 er hovedbestemmelsen om tillatt forskjellsbehandling og er den det vil bli rettet oppmerksomhet mot i det følgende.<sup>54</sup> § 6 har en meget vid utforming og lovfester tre vilkår for tillatt forskjellsbehandling: krav om saklig formål, at forskjellsbehandlingen er nødvendig og at det foreligger rimelighet.

Som ledd i fremleggelsen av forslag til en felles lov om diskriminering, utformet Diskrimineringslovutvalget forslag til en felles unntaksbestemmelse. I denne sammenheng uttalte utvalget:

---

<sup>54</sup> § 7 regulerer adgangen til positiv særbehandling og er i loven klassifisert som et unntak fra diskrimineringsforbudet. Bestemmelsen omtales ikke nærmere i denne artikkelen.

Selv om gjeldende unntaksregler er noe ulikt utformet i de forskjellige lovene, så har de i all hovedsak de samme hovedelementer og samme reelle innhold. Reglene er uttrykk for at saklig forskjellsbehandling ikke skal regnes som diskriminering. Felles for alle reglene er også – med visse variasjoner – at unntaksadgangen er betinget av at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Alle gjeldende unntaksregler bygger på at unntaksadgangen avhenger av en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering.<sup>55</sup>

I valget mellom forenkling eller differensiering uttalte utvalget:

Det er etter utvalgets vurdering ikke hensiktsmessig å ta inn i lovteksten alle variasjoner og presiseringer i unntaket for saklig forskjellsbehandling. En slik lovtekst vil bli svært detaljert, vanskelig å finne frem i og vanskelig å forstå for de som skal bruke loven. Unntaksadgangen må nødvendigvis bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Det vil antakelig ikke være mulig å formulere alle de hensyn som uansett må tillegges vekt i en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering. Utvalget mener på denne bakgrunn at mer detaljerte regler ikke vil gi større forutsigbarhet og tilgjengelighet enn en generell regel som er lik for alle grunnlag. Utvalget har derfor valgt ikke å lovfeste nærmere eksempler, kriterier eller liknende.<sup>56</sup>

Utvalget foreslo en unntaksbestemmelse med følgende ordlyd inntatt i lovutkastets § 5:

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering [...]<sup>57</sup>

Imidlertid ønsket utvalget at det særlig sterke diskrimineringsvernet på arbeidslivets område, som er felles for alle grunnlagene, skulle bli synliggjort i lovteksten. Det ble derfor foreslått inntatt et tilleggsvilkår om at:

I arbeidsforhold kan forskjellsbehandling bare skje dersom dette er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke.<sup>58</sup>

Utvalget presiserte at unntaket for arbeidsforhold «skal fortolkes svært restriktivt for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.»<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> NOU 2009:14 s. 190.

<sup>56</sup> Ibid. s. 191.

<sup>57</sup> Se ibid. s. 327.

<sup>58</sup> Ibid. Den særlig skjerpede unntaksadgangen skulle imidlertid ikke gjelde for diskrimineringsgrunnlaget alder.

<sup>59</sup> NOU 2009:14 s. 193.

I lovproposisjonen som ble lagt frem, støttet departementet utvalgets syn om at det var behov for forenkling av bestemmelsen som regulerte adgangen til tillatt forskjellsbehandling. Departementet viste til at ingen i høringen hadde hatt innvendinger til utvalgets forslag og uttalte at:

Gjeldende regler gjenspeiler en kompleks og mangfoldig virkelighet som de skal regulere. Departementet mener det er svært vanskelig og heller ikke hensiktsmessig å formulere alle disse nyansene i enkle og klare og forståelige lovtekster. Slike lovtekster kan også resultere i regler som slår urimelig ut i enkelttilfeller.

Lik formulering av lovbestemmelsen om lovlig forskjellsbehandling gjør det enklere å vite når det er lovlig å forskjellsbehandle, uansett hvilket diskrimineringsgrunnlag det er tale om. For eksempel er adgang til saklig forskjellsbehandling på grunn av kjønn ulovfestet. Departementet mener det er uheldig at bestemmelsene om forskjellsbehandling er ulikt formulert, når de likevel innehar de samme hovedelementer. [...]

Departementet støtter utvalgets vurdering om at saklighetskravet slik det er innarbeidet gir rimelige avveininger mellom de motstridende hensyn som kan gjøre seg gjeldende, og ser ikke grunn til å endre rekkevidden av unntaksadgangen slik den følger av lovtekst, forarbeider og praksis. [...] Departementet legger til grunn at de nevnte vilkår for lovlig forskjellsbehandling skal videreføres i de nye felles bestemmelsene i diskrimineringslovene. Forslaget innebærer derfor ingen innholdsmessige endringer i unntaksadgangen etter gjeldende rett.<sup>60</sup>

Til spørsmålet om lovfesting av et særlig sterkt diskrimineringsvern innenfor arbeidslivet viste departementet til at enkelte av arbeidslivsorganisasjonene i høringsrunden hadde gitt uttrykk for at et særlig sterkt vern innenfor arbeidslivet «gjør vurderingen av adgangen til å forskjellsbehandle unødvendig komplisert.»<sup>61</sup> Følgende begrunnelse ble gitt da departementet gikk inn for en løsning der det særlig sterke diskrimineringsvernet innenfor arbeidslivet ikke ble artikulert i lovteksten i noen av lovene på diskrimineringsfeltet:

Departementet er enig med høringsinstansene om at tilleggsvilkåret kompliserer vurderingen av om en forskjellsbehandling er lovlig på en unødvendig måte. Departementet viser til at forslaget til ny og generell bestemmelse i diskrimineringslovene om lovlig forskjellsbehandling, vil være en tilstrekkelig regulering av adgangen til forskjellsbehandling, enten denne finner sted i eller utenfor arbeidslivet. Selv om lovteksten ikke stiller ett ut[t]rykkelig tilleggsvilkår om nødvendighet for å utøve arbeid eller yrke, reguleres dette uansett av de tre vilkår som må oppfylles for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig. Departementet legger derfor til grunn at diskrimineringsvernet i arbeidslivet vil være ivaretatt av kravet til lovlig

---

<sup>60</sup> Prop. 88 L s. 86

<sup>61</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 87.

forskjellsbehandling. Blant annet er kravet til forholdsmessighet et spørsmål om rimelighet og avveining av motstridende interesser, og kravet tolkes strengere i arbeidslivet da det ofte er snakk om grunnleggende goder som rett til arbeid eller liknende. Adgangen til å forskjellsbehandle i arbeidslivet vil derfor være særlig snever, jf. at dette skal fortolkes i samsvar med EU-direktivene.

Departementet foreslår på denne bakgrunn å fjerne tilleggsvilkåret i likestillingsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og arbeidsmiljøloven om nødvendighet for utøvelse av arbeid eller yrke. Forslaget innebærer ingen endring i gjeldende rett.»<sup>62</sup>

Situasjonen for likestillingslovens del er i dag at loven i § 6 inneholder en bestemmelse om tillatt forskjellsbehandling på grunn av kjønn der en rekke helt sentrale nyanser om diskrimineringsvernets rekkevidde er fjernet fra lovteksten. Formelt sett differensierer ikke unntaksbestemmelsen mellom direkte eller indirekte forskjellsbehandling og den gir ingen signaler om at diskrimineringsvernet er særlig sterkt innenfor arbeidslivet og ved graviditetsdiskriminering. Vilkårene om saklig formål, nødvendighet og rimelighet er meget generelle og åpne. Gjennom sin utforming gir lovteksten ingen indikasjon på at det på kjønnsdiskrimineringens område har vokst frem et differensiert og finmasket vern mot diskriminering gjennom mange år. Lest isolert kan lovteksten gi inntrykk av at all forskjellsbehandling på grunn av kjønn – direkte eller indirekte, innenfor arbeidslivet eller utenfor – vil kunne være tillatt forutsatt at vilkårene om saklig formål, nødvendighet og rimelighet er til stede.

#### **4.3.2 Usynliggjøring av vernet mot graviditetsdiskriminering**

Mens forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel og permisjon i likestillingsloven 1978 var definert som direkte diskriminering, er situasjonen helt annerledes i likestillingsloven 2013. Departementet ønsket i tråd med Diskrimineringslovutvalgets forslag at forbudet mot diskriminering skulle utformes likt i diskrimineringslovene.<sup>63</sup> Vernet mot graviditetsdiskriminering måtte dermed finne sin plass innenfor en felles struktur. Fra å ha vært en del av selve definisjonen av direkte diskriminering, der det var etablert et absolutt vern som ikke var betinget av rimelighetsvurderinger, ble vernet mot graviditetsdiskriminering i likestillingsloven 2013 koblet opp mot lovens angivelse av selve diskrimineringsgrunlaget *kjønn*. Dette var en løsning som ble fremsatt av departementet i proposisjonen. Spørsmålet var ikke direkte berørt av Diskrimineringslovutvalget.<sup>64</sup> I likestillingsloven 2013 § 5 første ledd første og annet punktum heter det:

Diskriminering på grunn av kjønn er forbudt. Diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon regnes som diskriminering på grunn av kjønn.

---

<sup>62</sup> Ibid. s. 87

<sup>63</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 82.

<sup>64</sup> Utvalget hadde imidlertid foreslått at graviditet skulle være ett av diskrimineringsgrunnlagene i en felles lov, men diskuterte ikke spørsmålet om hvordan et absolutt vern mot graviditetsdiskriminering skulle formaliseres innenfor en felles lov.



Departementet uttrykte i lovproposisjonen følgende:

Det presiseres i bestemmelsens første ledd andre punktum at diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon regnes som diskriminering på grunn av kjønn. Bestemmelsen erstatter gjeldende likestillingslov § 3 andre ledd nr. 2, som sier at graviditet, adopsjon og permisjonsrettigheter som er forbeholdt mor eller far, regnes som direkte diskriminering. Den nye bestemmelsen har en annen lovteknisk løsning, som ikke skal endre gjeldende vern mot graviditetsdiskriminering.<sup>65</sup>

Denne uttrykte intensjonen fra departementets side er imidlertid ikke reflektert i lovens egen ordlyd. I § 5 annet ledd første punktum slås det uttrykkelig fast at: «Med diskriminering menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 6 eller § 7.»<sup>66</sup> Før det kan slås fast om diskriminering foreligger eller ikke, legger loven opp til at det må foretas en vurdering opp mot adgangen til lovlig forskjellsbehandling. Med den lovtekniske løsningen som er valgt i likestillingsloven 2013, er forskjellsbehandling som har sammenheng med graviditet m.m. blitt inkludert i lovens alminnelige lovstruktur. Og den alminnelige lovstrukturen inneholder, som vi har sett i punktet foran, en meget vidt utformet unntaksadgang der all forskjellsbehandling på grunn av kjønn formelt sett kan bli ansett som lovlig forutsatt at vilkårene om saklig formål, nødvendighet og rimelighet er til stede. Gjennom utformingen av likestillingsloven 2013 er det dermed etablert en situasjon der det lett kan oppstå misforståelser og uklarhet rundt graviditetsdiskrimineringsvernets innhold.<sup>67</sup>

Et mindretall i Stortingets familie- og kulturkomité, bestående av komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet, Høyre og Kristelig Folkeparti, uttrykte bekymring for at lovendringen knyttet til graviditetsdiskriminering kunne føre til svekkelse av vernet mot diskriminering på grunn av graviditet, fødsel og permisjon. Medlemmene viste til at Norsk Kvinnesaksforening blant annet hadde påpekt at:

regjeringen fjerner det absolutte vern mot forskjellsbehandling i forbindelse med graviditet, fødsel og foreldrepermisjon. Også Likestillings- og diskrimineringsombudet er svært bekymret for at diskrimineringsvernet for gravide og foreldre som tar ut foreldrepermisjon i praksis vil bli svekket dersom lovforslaget blir vedtatt. Disse

---

<sup>65</sup> Prop. 88 L (2012-2013) s. 168. Departementet påpeker også i Ibid s. 170 at: «Forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel eller permisjon ved fødsel eller adopsjon (herunder amming) skal regnes som kjønnsdiskriminering. Forskjellsbehandling på disse grunnlag skal, som i dag, ikke være lovlig, og vil ikke omfattes av § 6.» Ved her å uttale at denne type forskjellsbehandling er å anse som kjønnsdiskriminering, signaliseres et sterkere vern enn det som lovteksten selv uttrykker.

<sup>66</sup> § 7 om adgang til positiv særbehandling er ikke relevant i forhold til det som diskuteres her.

<sup>67</sup> Det kan spekuleres i om valg av begrepsbruk likestillingsloven 2013 skyldes en feil. Følgende formulering kunne trolig ha løst det hele: «Diskriminering på grunn av kjønn er forbudt. *Forskjellsbehandling* [ikke «diskriminering»] på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon regnes som [direkte] diskriminering på grunn av kjønn.» En slik formulering ville gitt uttrykk for at adgangen til tillatt forskjellsbehandling i § 6 ikke skulle gjelde i disse tilfellene.

medlemmer legger til grunn at diskrimineringsvernet for gravide og foreldre som tar ut foreldrepermisjon ikke skal svekkes, og ber regjeringen sikre at dette ikke skjer.<sup>68</sup>

Medlemmene fremmet forslag om at regjeringen skulle komme «tilbake til Stortinget med en evaluering av lovendringens virkninger og konsekvenser for diskrimineringsvernet for gravide og foreldre som tar ut foreldrepermisjon, innen to år etter lovens ikrafttredelse.»<sup>69</sup>

## 5 Hvor ligger problemet?

Det fremkommer klart i både lovproposisjon og komitéinnstilling at hensikten med å innføre nye lover på diskrimineringsfeltet, blant annet likestillingsloven 2013, ikke har vært å svekke vernet mot diskriminering og at vernet skal tolkes på samme måte som tidligere. For kjønnsdiskrimineringsvernets del vil dette innebære at det ved tolkning av likestillingsloven 2013 er av vesentlig betydning å legge vekt på ordlyden i likestillingsloven 1978, forarbeidene til likestillingsloven 1978 og tilhørende tolkningspraksis. I tillegg vil EØS-direktiver, FNs kvinnediskrimineringskonvensjon og internasjonal håndhevingspraksis være sentralt, på samme måte som tidligere. Så hvor ligger problemet når man gjennom tolkning kan komme til de samme resultater som før?

### 5.1 EØS-rettslige krav

EØS-avtalen inneholder omfattende krav til nasjonal gjennomføring av EØS-retten. Når det gjelder direktiver omfattet av EØS-avtalen, slik som på kjønnsdiskrimineringsfeltet, er hovedregelen at «gjennomføringen må skje på en måte som gjør rettstilstanden klar og utvetydig, og som gjør det mulig for borgerne effektivt å forutberegne sin rettsstilling.»<sup>70</sup> Kravet til gjennomføring er nærmere konkretisert på følgende måte:

Nasjonale myndigheter kan for eksempel velge om de vil gjennomføre et direktiv i lov eller forskrift, men de kan ikke gi en vag hovedregel, og så vise til at nærmere rettigheter og plikter fremgår av forarbeidene til gjennomføringen. Dersom nasjonal rett allerede er i overensstemmelse med direktivet, kan de nøye seg med å slå fast dette («rettsharmoni»), men bare dersom rettstilstanden fremgår klart av skreven lov eller av autorativt innarbeidet rettspraksis. Dersom den kun følger av forvaltningspraksis, interne instruksjoner eller forarbeider er kravet til gjennomføring ikke oppfylt, og staten kan dømmes for traktatbrudd.<sup>71</sup>

På kjønnslikestillingens område var det i 2002, og også senere, foretatt en rekke justeringer for å sikre presis gjennomføring av EØS-retten. Ved likestillingsloven 2013 er mye tatt ut av

---

<sup>68</sup> Innst. 441 L (2012-2013) s. 19. Problemstillingen hadde 5.2.2013 blitt tatt opp av Blaker Strand, Hellum og Schmölder i debattinnlegget «Ett skritt frem og to tilbake» i Klassekampen.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad [m.fl.], *EØS-rett*, 2. utg. (Oslo: Universitetsforlaget, 2004) s. 186.

<sup>71</sup> Ibid. s. 186-187.

lovteksten og det «lovgis» isteden i forarbeidene ved at disse i stor grad viser tilbake til innholdet i likestillingsloven 1978. Utviskingen av presisjonsnivået i likestillingsloven 2013 reiser tydelige spørsmål om mulig strid med EØS-forpliktelsene på de områdene av loven som omfattes av EØS-avtalen.

## 5.2 Svekket tydelighet og forutberegnelighet

Lovgivningen på diskrimineringsfeltet bør være utformet på en måte som i størst mulig grad bidrar til et reelt vern mot diskriminering. Selv om spesialister på feltet vil kunne finne frem til gammel lovtekst, gamle forarbeider og håndhevingspraksis, og på den måten bidra til at vernet mot kjønnsdiskriminering etter den nye loven ikke svekkes for eksempel i forbindelse med håndheving, er det klart at likestillingsloven – som i prinsippet gjelder *alle* kvinner og menn – vil være aktuell i en rekke tilfeller der diskrimineringsrettsspesialister ikke er involvert. En kvinne som ikke fikk jobben hun søkte på fordi hun var gravid, vil ved å slå opp i likestillingsloven 2013 ikke få noen indikasjon på det absolutte forbudet som foreligger mot graviditetsdiskriminering.<sup>72</sup> Dette kan føre til at hun ikke går videre med saken. Forenklingjussen fører til at det er fare for et i *praksis* svekket diskrimineringsvern for de personer likestillingsloven er ment å beskytte, fordi lovteksten ikke i tilstrekkelig grad gir uttrykk for vernets reelle innhold.

Viktigheten av tydelige og forutberegnelige rettsregler på diskrimineringsfeltet er ikke bare viktig for enkeltindivider som utsettes for ulovlig forskjellsbehandling. Det er også viktig med tydelighet og forutberegnelighet for de som påleggs plikter. Fra perspektivet til aktører som vil kunne holdes ansvarlig for å ha diskriminert, er det uheldig den faktiske adgangen til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn er langt snevrere enn det loven gir uttrykk for, ikke minst – som vi har sett – på arbeidslivets område. Ved kun å lese lovteksten vil arbeidsgivere – og andre – kunne få inntrykk av at handlefriheten på dette området er vid. Dette kan igjen føre til at det foretas handlinger som i neste omgang konstateres å være i strid med forbudet mot diskriminering.

## 6 Diskrimineringsvernet på nytt i støpeskjeen

I Solberg-regjeringens politiske plattform av 7. oktober 2013 heter det at regjeringen vil «fremme forslag om en universell likestillings- og antidiskrimineringslov.» Det arbeides i Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet med et høringsnotat med forslag til en felles diskrimineringslov. At diskrimineringsvernet på nytt er i støpeskjeen, gir mulighet til å stoppe opp og tenke om igjen på hvordan reguleringen på dette feltet bør se ut.

Lovgivningen som regulerer spørsmål om likestilling mellom kjønnene bør ikke bare utformes med tanke på lovhåndheving der jurister med spesialkompetanse i diskrimineringsrett er lovens adressat. Likestillingsloven er vårt mest sentrale nasjonalt utformede rettelige instrument i

---

<sup>72</sup> Merk imidlertid at det fremdeles er fastslått et forbud mot å spørre om graviditet og familieplanlegging i ansettelsesprosesser, se likestillingsloven 2013 § 18. Denne bestemmelsen dekker imidlertid ikke alle situasjoner som kan oppstå i forbindelse med forskjellsbehandling på grunn av graviditet m.m. i forbindelse med ansettelser.

arbeidet for reell likestilling mellom kjønnene. En lov om likestilling må utformes slik at den er forståelig – og kan brukes av – de som arbeider med likestillingsspørsmål i praksis, for eksempel av personer som jobber i organisasjonslivet, av aktivister, politikere, journalister, advokater, lovhåndhevere og forskere med ulik faglig bakgrunn. Ikke minst må loven kunne brukes av alle dem som er utsatte i forhold til å oppleve, eller har opplevd, diskriminering.

Den franske filosofen Simone Weil<sup>73</sup> uttalte at: «Hvis man ikke kjenner fortiden, forstår man ikke nåtiden og eger seg ikke til å forme fremtiden.» Likestillingsloven må utformes på en måte som tar med seg lovens historie. Selv om diskrimineringsfeltet i bred forstand er i støpeskjeen, kan man aldri på kjønnslikestillingens område starte med helt blanke ark. Dette er et felt som har vært gjenstand for stor politisk strid helt fra det første utkastet til likestillingslov ble fremmet i 1974, og likestillingsloven har utviklet seg over lang tid. Dersom loven utformes slik at den usynliggjør historien, blir det i tråd med Weils uttalelse, umulig å forstå nåtiden, hva loven sier i dag. Da gjøres også loven til et dårlig redskap i arbeidet fremover for likestilling mellom kjønnene, fordi den i mange tilfeller ikke vil kunne utgjøre et fast punkt som er forutsetningen for videre navigasjon.

Likestillingsloven 2013 er etter min oppfatning utformet på en måte som representerer en trussel mot individvernet, fordi forenklingen fører til at rettsreglens reelle innhold blir vanskelig tilgjengelig og utydelig. Det sentrale spørsmålet på diskrimineringsfeltet er, slik jeg ser det, ikke først og fremst spenningen mellom hvorvidt det bør innføres én eller flere lover. Det er spenningen mellom forenkling og ivaretagelse av særegenhet for det enkelte grunnlag. Særegenhet kan ivaretas dersom man opprettholder løsningen med flere lover på diskrimineringsfeltet. I så fall bør likestillingsloven 2013 justeres på flere punkter tilbake mot 1978-loven. Én lov med flere kapitler vil imidlertid også kunne utformes på en måte som ivaretar særegenhetene til det enkelte grunnlag, om man er villig til å gjøre hvert kapittel, som fokuserer på hvert sitt grunnlag, detaljert nok. Et tredje alternativ vil være å beholde en egen lov om likestilling mellom kjønnene, mens øvrige diskrimineringsgrunnlag inntas i en felles lov. Historikken, den rettslige utviklingen og de særegne faktiske sider ved spørsmål om kjønnsdiskriminering, som oppstår for eksempel i tilknytning til graviditet, kan begrunne en slik løsning.

Selv om spørsmål om diskrimineringsvern inneholder likhetstrekk på tvers av de ulike diskrimineringsgrunnlagene, er det ikke slik at «one size fits all». Dette er tydelig reflektert på den internasjonale arena, der man har ulike FN-konvensjoner som fokuserer på rettighetene til ulike grupper: en konvensjon om rasediskriminering, en om kvinnesdiskriminering, en om barns rettigheter og en om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. Forskjelligheten mellom de ulike grunnlagene må heller ikke tapes av syne her hjemme.

---

<sup>73</sup> Født 3. februar 1909, død 24. august 1943.