

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Trakassering i arbeidslivet

Nærmere om begrepet trakassering og bevisreglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen

Kandidatnummer: 655

Leveringsfrist: 25.11.2017

Antall ord: 16 795



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Tema.....	1
1.2	Kort introduksjon .....	1
1.3	Aktualitet.....	2
1.4	Videre opplegg .....	4
1.5	Metode og rettskildebilde.....	5
1.5.1	Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda .....	6
1.5.2	Arbeidstilsynet .....	7
1.5.3	Forbindelsen til psykologien.....	7
1.6	Avgrensning .....	8
1.7	Begrepsforklaring.....	9
<b>2</b>	<b>TRAKASSERINGSBEGREPET</b> .....	<b>10</b>
2.1	Trakasseringsbegrepet i arbeidsmiljøloven.....	10
2.1.1	Arbeidsmiljøstandarden «fullt forsvarlig arbeidsmiljø», jf. aml. § 4-1 .....	10
2.1.2	Krav til det psykososiale arbeidsmiljøet, jf. aml. § 4-3 .....	11
2.1.3	«Trakassering» og «annen utilbørlig opptreden», jf. aml. § 4-3 (3).....	12
2.2	Trakasseringsbegrepet i diskrimineringslovgivningen.....	13
2.2.1	Tilknytningen til diskrimineringsgrunnlag .....	13
2.2.2	Legaldefinisjonen.....	14
2.3	En sammenligning av trakasseringsbegrepet i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen .....	16
2.4	Momenter i helhetsvurderingen .....	18
2.4.1	Gjentatte negative handlinger og tidsmomentet.....	18
2.4.2	Maktubalanse mellom partene .....	21
2.4.3	Subjektiv opplevelse og objektiv vurdering .....	23
2.5	Oppsummering .....	25
<b>3</b>	<b>ARBEIDSGIVERS OG ARBEIDSTAKERS PLIKTER</b> .....	<b>26</b>
3.1	Arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljøloven.....	26
3.1.1	Aml. § 2-1 .....	26
3.1.2	Arbeidsgivers omsorgs- og tilretteleggingsplikt.....	26
3.1.3	Krav til HMS- tiltak .....	27
3.2	Arbeidstakers plikt til medvirkning, jf. aml. § 2-3 (d) .....	29
3.3	Arbeidsgivers plikter etter diskrimineringslovgivningen.....	30

<b>4</b>	<b>BEVISKRAV OG BEVISBYRDE .....</b>	<b>31</b>
4.1	Generelt om beviskrav og bevisbyrde i norsk rett.....	31
4.2	Beviskrav og bevisbyrde etter arbeidsmiljøloven § 4-3 (3) .....	32
4.2.1	Beviskrav .....	32
4.2.2	Bevisbyrde .....	33
4.2.3	Rettspraksis .....	33
4.3	Beviskrav og bevisbyrde etter diskrimineringslovgivningen.....	36
4.3.1	Beviskrav .....	36
4.3.2	Bevisbyrde .....	37
4.3.3	Bakgrunn for innføringen av bevisbyrderegelen .....	38
4.3.4	Rettspraksis .....	38
4.3.5	Nemndspraksis .....	40
4.4	Oppsummering .....	43
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE VURDERING .....</b>	<b>44</b>
5.1	Vil innføring av en regel om «delt bevisbyrde» i aml. § 4-3 (3) gi arbeidstakeren et bedre vern mot trakassering? .....	44
5.2	Hvordan påvirker dagens bevisregel arbeidstakerens mulighet til å få erstatning etter aml. § 4-3 (3)? .....	49

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Temaet for avhandlingen er arbeidstakers vern mot trakassering. Mer spesifikt vil jeg se nærmere på det rettslige innholdet av begrepet trakassering og hvordan bevisreglene er regulert i dagens arbeidsmiljølov <sup>1</sup> og diskrimineringslovgivning. <sup>2</sup>

Formålet med avhandlingen er for det første å finne ut om trakasseringsbegrepet forstås likt i begge regelverk og om bevisreglene er regulert på samme måte. Dersom det finnes forskjeller, er mitt andre mål å se om forskjellene har noe å si for arbeidstakers vern mot trakassering. Herunder vil jeg diskutere hvordan forskjellene eventuelt påvirker arbeidstakers muligheter til å få prøvd sin sak rettslig og søke erstatning.

## 1.2 Kort introduksjon

I oppgaven vil jeg se nærmere på arbeidstakers vern mot trakassering i både arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen.

Dagens arbeidsmiljølov av 2005 har et større fokus på inkludering i arbeidslivet enn den tidligere loven <sup>3</sup>, og skal i hovedtrekk sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling og legge til rette for tilpasninger i arbeidsforhold som øker medbestemmelse. <sup>4</sup>

Til diskrimineringslovgivningen hører de nye likestillings- og diskrimineringslovene som trådte i kraft den 1. januar 2014. Dette har bakgrunn i lovendringene som ble foretatt i juni 2013.

De nye diskrimineringslovene består av likestillingsloven (likestl.), diskriminerings og tilgjengelighetsloven (dtl.), diskrimineringsloven om etnisitet (etndiskrl.) og diskrimineringsloven om seksuell orientering. Disse lovene vil samles i Likestillings- og diskrimineringsloven av 16 juni 2017 nr. 51 som trer i kraft 1.1.2018.

---

<sup>1</sup> Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) Lov – 2005- 06- 17- 62

<sup>2</sup> Likestillingsloven (lov av 21. Juni 2013 nr. 59), diskriminerings og tilgjengelighetsloven (Lov av 21. Juni 2013 nr. 61), diskrimineringsloven om etnisitet (lov av 21. Juni 2013 nr. 60), diskrimineringsloven om seksuell orientering (Lov av 21.juni 2013 nr. 58)

<sup>3</sup> Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 4. Februar 1977

<sup>4</sup> Lov –2005-06-17-62

Lovene er i stor grad en videreføring av tilsvarende eldre lover. I grove trekk har lovendringene i juni 2013 ført til at diskrimineringslovene har fått et mer likt innhold og struktur, samt at diskrimineringsvernet har blitt utvidet til å gjelde alle samfunnsområder<sup>5</sup>. Hovedformålet med endringene har vært å styrke og effektivisere diskrimineringsvernet. Til diskrimineringslovgivningen hører også arbeidsmiljølovens kapittel 13 som regulerer forbud mot diskriminering på arbeidsplassen.<sup>6</sup> I kapittel 13 har lovendringene i juni 2013 ført til at reglene om diskriminering på bakgrunn av andre grunnlag enn de som er nevnt i bestemmelsen, har blitt henvist til de særlige likestillings- og diskrimineringslovene.

### 1.3 Aktualitet

Begrepet «*trakassering*» har et noe ulikt innhold i jussen, psykologien og i dagligtale. I dagligtale brukes trakassering både til å beskrive uskyldig fleip og erting mellom arbeidskamerater, og alvorlige personlige motsetninger der en medarbeider plages, nedvurderes, latterliggjøres eller på en annen måte behandles på en lite respektfull måte. I denne sammenheng er det sistnevnte bruk av begrepet aktuelt. Mer konkret vil det ses på hvordan trakassering har blitt satt inn i en rettsregel for å verne arbeidstaker.

Helt grunnleggende er trakassering når en eller flere personer blir utsatt for uønskede negative ytringer, handlinger eller unnløstelse.<sup>7</sup> Jeg vil gjøre grundigere rede for det rettslige innholdet i begrepet i del 2.

Trakassering i arbeidslivssammenheng kan føre til en rekke negative konsekvenser både for den som rammes og andre i nærmiljøet, samt virksomheten i sin helhet. Hos den rammede kan konsekvensene utarte seg i psykiske og fysiske symptomer som angst, depresjon, søvnløshet, hodepine og magesmerter. Enkelte kan også utvikle sterkere symptomer som utbrenthet og posttraumatiske lidelser. På virksomhetsnivå vil trakassering kunne påvirke arbeidernes trivsel, effektivitet og produktivitet. Men trakassering på arbeidsplassen vil også kunne ha negative konsekvenser på et større samfunnsmessig plan, i form sykefravær, medisinsk og psykologisk behandling, arbeidsløshet og førtidspensjon.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Prop. 88 L (2012- 2013) s. 78

<sup>6</sup> Ot.prp. nr.49 s. 328

<sup>7</sup> Einarsen (2009) s.128, diskrimineringsloven om etnisitet § 9, Arbeidstilsynets definisjon på <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/mobbing/>

<sup>8</sup> Einarsen, Raknes, Matthiesen, et. al. 1994

En nyere undersøkelse i «Faktabok om arbeidsmiljø og helse 2015 – status og utviklingstrekk» viser at 3 % av yrkesaktive i 2013, dvs. 78 000 personer, har blitt trakassert på arbeidsplassen.<sup>9</sup> Av disse opplevde 2,2 % å bli trakassert av kollegaer, og 1,5 % av en leder minst en gang i måneden. Når det gjelder seksuell trakassering er tallet enda høyere. Her oppgir 4,7 %, dvs. om lag 123 000 yrkesaktive at de har blitt utsatt for uønsket seksuell oppmerksomhet minst en gang i måneden. De mest utsatte i denne gruppen er kvinner mellom 17- 24 år, som utgjør 14% av alle yrkesaktive. Forekomsten av trakassering i norsk arbeidsliv har holdt seg relativt stabilt i perioden 1989- 2013, og det ser ut til at det er en jevn fordeling på tvers av kjønn og alder. Yrkesaktive i håndverksyrker, helse og sosialyrker, politi/ vakt og servitøryrker opplever noe mer trakassering enn gjennomsnittet.

Som forskningen over viser er trakassering hyppig forekommende, og kan føre til helseproblemer, mistriivsel og relasjonelle problemer, samt tap av samfunnsressurser. For arbeidstakerne kan trakassering i verste fall føre til utstøting fra arbeidslivet, noe som er et alvorlig problem. Det er derfor aktuelt å se nærmere på lovreglene som regulerer arbeidstakers vern mot trakassering.

Videre er problemstillingen også aktuell for arbeidsgivere som har en lovpålagt plikt til å sørge for ett «fullt forsvarlig arbeidsmiljø», jf. aml. § 4-1. Arbeidsgiveren må kunne iverksette effektive tiltak for å forebygge konfliktsituasjoner og håndtere konflikter der de allerede har oppstått. Mer om arbeidsgivers plikter følger i oppgavens del 3.

Det er ikke uvanlig at de involverte partene i en trakasseringssituasjon blir sagt opp eller avskjediget, jf. aml. §§ 15-7 og 15-14. Årsaken kan for eksempel være at konflikten har ført til et brudd i arbeidskontrakten på grunn av dårlig oppførsel eller mangelfull arbeidsprestasjon. Dersom arbeidsgiveren kan klandres for ikke å ha tatt tak i konfliktsituasjonen etter sine lovpålagte plikter, kan arbeidstakerne også påberope seg et erstatningsgrunnlag i tillegg til vernet mot trakassering som følger i § 4-3 (3) eller diskrimineringslovgivningen. Et vanlig erstatningsgrunnlag som i slike tilfeller påberopes er arbeidsgivers objektive ansvar for arbeidstaker i skadeerstatningsloven (skl.)<sup>10</sup> § 2-1.

Et rettslig vern mot trakassering kan også være aktuell der arbeidstakeren har varslet om utilbørlige forhold på arbeidsplassen og er redd for gjengjeldelse eller blir utsatt for trakassering som følge av det, jf. aml. § 2 A-2.

---

<sup>9</sup> Faktabok om arbeidsmiljø og helse 2015 – status og utviklingstrekk (STAMI) s.8

<sup>10</sup> Lov-1969-06-13-26

Trakassering på arbeidsplassen skjer videre ofte i det skjulte enten i form av subtile handlinger eller på tomannshånd uten vitner. Situasjonen blir da ofte påstand mot påstand, og det blir vanskelig å bevise at trakassering har skjedd. Vitneforklaringer og skriftlige dokumentasjoner blir av retten ansett som særlig viktige bevis. Retten blir i trakasseringssaker stilt foran store utfordringer fordi bevismaterialet ofte er for utilstrekkelig og mangelfull til å kunne stadfeste trakassering. En slik bevissituasjon gjør det veldig vanskelig for en trakassert arbeidstaker å ta rettslige skritt for å ordne opp i situasjonen eller søke erstatning.

Det er derfor veldig aktuelt å se nærmere på reglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen som skal gi arbeidstakerne et vern mot trakassering. Dette er samtidig kjernen i oppgaven min.

#### **1.4 Videre opplegg**

Avhandlingen min berører et veldig vidt tema. Den røde tråden gjennom hele oppgaven vil imidlertid være å undersøke om dagens regler i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen gir arbeidstakerne et *reelt* vern mot trakassering i lys av de rettslige kravene som stilles til stadfestelsen av trakassering og til bevisvurderingen.

Den første delen av oppgaven er derfor en redegjørelse av det rettslige innholdet av trakasseringensbegrepets i del 2. Under redegjørelsen vil det fortløpende foretas sammenlignende analyser der eventuelle likheter og forskjeller mellom regelverkene blir trukket frem og diskutert.

I del 3 vil jeg se på arbeidsgivers lovpålagte plikter til å forebygge og hindre trakassering på arbeidsplassen. I tilfeller der en arbeidstaker ønsker å ta rettslige skritt mot trakassering, skjer det ofte i sammenheng med et erstatningskrav mot arbeidsgiver. Etterlevelsen av arbeidsgivers plikter er et viktig moment i denne vurdering. Det er uansett viktig å vite hva arbeidsgivers plikter er, slik at arbeidstakeren vet hva som kan forventes av ledelsen i form av tilrettelegging og støtte. Det er imidlertid ikke bare arbeidsgiveren som har et viktig ansvar her. Pliktene må ses i sammenheng med arbeidstakers rettslige medvirkningsansvar, jf. aml. § 2-3 (d), som jeg også vil gjøre rede for.

I del 4 vil jeg gå nærmere inn på det rettslige innholdet av bevisbyrderregelen og regelen om beviskrav i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen. Herunder vil jeg se på bakgrunnen og formålet med reglene, og hvordan reglene blir praktisert av retten i domstolpraksis og nemndspraksis for å få en dypere forståelse av bevisreglene. De forutgående redegjørelsene av regelverket mot trakassering vil danne et godt grunnlag for den avsluttende vurderingen i del 5 om hvorvidt bevisreglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen bør harmoniseres, og hvilken effekt dagens reglene har på den trakassertes erstatningsmuligheter.

## 1.5 Metode og rettskildebilde

I oppgaven benyttes norsk juridisk metode. Utgangspunkt tas i lovtekstens ordlyd, supplert med forarbeider og uttalelser om lovgivers intensjoner og formål bak reglene. Rettspraksis, og særlig høyesterettspraksis, anvendes som en viktig rettskilde i avhandlingen. Underrettspraksis fra lagmannsretten og tingsretten brukes til å supplere redegjørelser, der praksisen gir gode momenter og støtteargumenter for den nærmere forståelsen av det som studeres. Det bemerkes kort at dette i overensstemmelse med alminnelige metodiske vektprinsipper, der vekten til rettsavgjørelser er avhengig av instansen de blir avgjort av, dommens alder, dissens, eventuelle uttalelser om forbehold, bruken av rimelighetsbetraktninger og uttalelser fra lignende rettsavgjørelser.<sup>11</sup>

Rettskildebildet knyttet til regelverket mot trakassering i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen er noe ulikt. I arbeidsmiljøloven er forarbeidene og rettspraksis, herunder særlig høyesterettspraksis, viktige rettskilder. Mens i diskrimineringslovgivningen er forarbeidene og forvaltningspraksis viktige rettskilder. Grunnen til at forvaltningspraksis har blitt en viktig rettskilde i diskrimineringsaker, er fordi det er lite rettspraksis om de aktuelle reglene på diskrimineringsområdet. Rettspraksis knyttet til arbeidsmiljøloven vil derfor ha relevans for forståelsen av trakasseringbegrepet etter diskrimineringslovgivningen også.

I saker som omhandler trakassering er det vanlig at det kan oppstå visse grensdragninger om hvordan trakasseringbegrepet skal forstås og hvilke bevisregler som skal anvendes, avhengig av om arbeidsmiljøloven eller diskrimineringslovgivningen påberopes, eller begge regelverk. Det er ulike forvaltningsorganer som arbeidstakere og arbeidsgivere kan henvende seg til først, før det eventuelt går til sak i domstolen. I saker som omhandler brudd på arbeidsmiljøloven, er Arbeidstilsynet et slikt organ partene kan henvende seg til. Mens for lovbrudd som gjelder diskrimineringslovgivningen kan partene henvende seg til Ligestillings- og diskrimineringsombudet<sup>12</sup> og Ligestillings- og diskrimineringsnemnda<sup>13</sup>, som i det videre vil benevnt som ombudet og nemnda. Da praksis fra begge forvaltningsorganer kan være av betydning til å forstå det nærmere innholdet av trakasseringbegrepet og bevisreglene, vil det kort gjøres rede for hvordan de ulike forvaltningsorganer operer, og hvilken betydning de har i trakasseringssaker.

---

<sup>11</sup> Monsen, Erik (2012)

<sup>12</sup> LDO - <http://www.ldo.no/>

<sup>13</sup> LDN - <http://www.diskrimineringsnemnda.no/nb/innhold/side/forside>



### 1.5.1 Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Det overordnede formålet til ombudet og nemnda er å føre tilsyn med og medvirke til en god gjennomføring av likestillings- og diskrimineringslovene etter diskrimineringsombudsloven § 1<sup>14</sup> som gjelder for begge organer. Dette innebærer også en plikt til å føre tilsyn med reglene forbudet mot trakassering.

Ombudets sentrale oppgave er å gi veiledende, men ikke bindende, uttalelser om eventuelle brudd på diskrimineringsregelverket og/ eller uttale seg om hvordan reell likebehandling på arbeidsplassen kan fremmes. Ombudet skal imidlertid ikke representere parter utad.<sup>15</sup> Videre kan ombudet behandle saker både på eget initiativ eller etter klage. I utgangspunktet skal alle saker som bringes inn for ombudet realitetsbehandlet, men i særlige tilfeller kan ombudet henlegge en sak dersom den ikke finner grunn til videre behandling jf. diskrimineringsombudsloven § 3.

Nemnda behandler saker som bringes inn for den etter diskrimineringsombudsloven §§ 3 og 4. Beslutter ombudet ikke å bringe inn en sak etter § 3 (3), kan saken bringes inn av en part eller av en som har brakt saken inn for ombudet uten å være part, jf. § 6. Nemnda kan treffe vedtak om at det foreligger brudd på bestemmelser som nevnt i § 1 (2). Dersom nemnda ikke kan treffe vedtak, skal nemnda gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for nemnda er i strid med bestemmelsene i § 1 (2). Nemnda har videre kompetanse til å pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendig for å sikre at diskriminering og trakassering (...) opphører og for å hindre gjentakelse. Nemnda kan herunder sette diverse frister for oppfyllelse av pålegget og eventuelt tvangsmulkt, jf. § 8. Det fremgår av § 9 at nemnda imidlertid ikke har myndighet til å oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer.

I tilfeller av trakassering går opplysningsplikten foran taushetsplikten, slik at ombudet og nemnda kan kreve inn nødvendig informasjon fra arbeidsgiver og arbeidstaker for gjennomføring av bestemmelsene i § 1 (2).

---

<sup>14</sup> Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) – Lov-2005-06-10-40

<sup>15</sup> Diskrimineringsombudsloven § 3

## 1.5.2 Arbeidstilsynet

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at bestemmelsene i arbeidsmiljøloven blir overholdt, jf. aml. § 18- 1. Dermed har Arbeidstilsynet et direkte tilsynsansvar for vernet mot trakassering på arbeidsplassen etter arbeidsmiljøloven § 4-3 (3). Ved behov kan Arbeidstilsynet innhente sakkyndig ekspertise for å gjennomføre tilsyn og kontroll på arbeidsplasser. Taushetsplikten må også for Arbeidstilsynet vike, hvis det kreves særlige opplysninger som er nødvendige for utøvelsen av tilsynet jf. § 18-5.

Etter § 18-6 kan Arbeidstilsynet også gi pålegg og treffe enkeltvedtak, samt anvende tvangsmulkt og stansing av virksomhetens aktiviteter hvis pålegge ikke oppfylles, jf. §§ 18-7 og 18-8. Arbeidstilsynet kan slik gi arbeidsgiveren pålegg om å gjennomføre nødvendige tiltak for å sikre et «fullt forsvarlig arbeidsmiljø», jf. aml. § 4-1.

I forbindelse med trakasseringssaker skal påleggene utformes slik at virksomhetene skal gjennomgå en forbedringsprosess og få nødvendige det verktøy og kompetanse til å håndtere konflikter og trakassering på arbeidsplassen. Det kan for eksempel gis pålegg om å gjennomføre en kartlegging og vurdering av arbeidsmiljøet eller å iverksette forebyggende tiltak og rutiner for å redusere konflikter på arbeidsplassen, eller for å kunne håndtere dem på en effektiv måte. Dette forutsetter et godt samarbeid med arbeidsgiveren og en effektiv implementering av Arbeidstilsynets uttalelser og pålegge på arbeidsplassen.

## 1.5.3 Forbindelsen til psykologien

I den psykologiske fagdisiplinen har fenomenet trakassering vært studert lenge, og som følge av det har det vært utformet psykologiske definisjoner som også har hatt innvirkning på hvordan begrepet forstås og anvendes i rettslig sammenheng. En vanlig psykologisk forståelse av trakassering er at det dreier seg om en situasjon der en person over lengre tid føler seg utsatt for negativ behandling fra en eller flere andre personer på en slik måte at han eller hun ikke klarer å forsvare seg mot handlingene.<sup>16</sup>

Arbeidstilsynet har brukt flere elementer fra den psykologiske definisjon til sin redegjørelse av trakasseringbegrepet. Denne redegjørelsen av begrepet legges fortsatt ofte til grunn i rettspraksis som angår trakassering etter arbeidsmiljøloven.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Einarsen (2009) s.94

<sup>17</sup> <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/trakassering/>

I tillegg er psykologisk forskning og erfaringer fra HR (Humane ressurser) og HMS (Helse, miljø, sikkerhet) - arbeid viktige kilder for arbeidsgiveren når det skal lages bedre rutiner og utføres tiltak for å sikre et godt arbeidsmiljø.

Dette viser at den psykologiske fagdisiplinen på dette feltet hele tiden vil være tett knyttet opp mot den juridiske. Psykologiske definisjoner og referanser vil derfor i det videre brukes der det anses som relevant og hjelpsomt til å forstå det nærmere innholdet i trakasseringsbegrepet og hva som skal til for å verne arbeidstakeren mot trakassering.

## **1.6 Avgrensning**

Avhandlingens hovedfokus er å gjøre rede for det rettslige trakasseringsbegrepet og bevisreglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen. I denne sammenheng vil det avgrenses mot temaer som faller utenfor oppgavens kjerneområde.

Det avgrenses mot trakasseringstilfeller som berører utenforstående på arbeidsplassen, slik som klienter, pasienter og kunder. Det vil kun fokuseres på forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og forholdet mellom arbeidstakerne.

Jeg vil avgrense mot videre redegjørelser for diskrimineringsgrunnlagene, da fokuset i oppgaven er å finne fellesnevnerne om hvordan trakasseringsbegrepet forstås og bevisreglene er regulert.

Videre vil jeg avgrense mot ytterligere redegjørelser av tilfeller som gjelder trakassering på grunn av varsling og gjengjeldelse etter § 2 A-1.

Det vil også avgrenses mot redegjørelser av trakasseringstilfeller der oppsigelse eller avskjed er påberopt. Slike tilfeller vil kun nevnes der det er relevant. Dette fordi fokuset vil ligge på en «ren» redegjørelse av hvordan trakassering forstås og avgjøres i rettslig forstand, og mindre på hvordan andre rettsgrunnlag påvirker denne vurderingen.

Oppgaven vil videre avgrense mot større redegjørelser av relevant internasjonal rett, herunder EU/EØS- rett og konvensjoner. Dette vil imidlertid trekkes kort inn der det er relevant og hjelpsomt for å forstå reglens bakgrunn. Det forutsettes her ellers at norsk rett er i samsvar med relevant EU- rett (og direktiver), se pkt. 4.3.3.

## 1.7 Begrepsforklaring

Enkelte begreper vil dukke opp ofte i avhandlingen, og jeg anser det derfor som hensiktsmessig å definere det rettslige innholdet av dem innledningsvis.

Noen fagpersoner, særlig i psykologien, bruker begrepet «*mobbing*» istedenfor «*trakassering*». Lovgiveren gjør imidlertid ingen innholdsmessig skilnad mellom begrepene. Jeg vil derfor i det videre etter egen preferanse bruke begrepet trakassering.<sup>18</sup>

Med rettslige «*bevisregler*» menes her regler om «*delt bevisbyrde*» og «*beviskrav*». Generelt innebærer regelen om delt bevisbyrde (eller bevisbyrderegelen) en plikt til å føre bevis for en påstand i retten, og hvem bevisføringsrisikoen skal gå ut over, mens beviskrav sikter til graden av sannsynlighet som må være oppfylt for at et bevis kan legges til grunn i retten. Det nærmere innholdet i bevisreglene vil forklares i oppgavens del 4.

Med «*diskrimineringslovgivning*» siktes det både til likestillings- og diskrimineringslovene og til aml. § 13-1. I det videre vil jeg også bruke «*diskrimineringslover*» og «*særlover*» for å beskrive likestillings- og diskrimineringslovene.

Med en «*arbeidstaker*» i rettslig forstand menes «*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*», jf. aml. § 1-8 (1). Vanligvis vil det ikke by på tvil å definere en arbeidstaker rettslig, men i tvilstilfeller må det tas en skjønnsmessig vurdering med utgangspunkt i vurderingstemaer fra rettspraksis. Noen av hovedmomentene oppstilt i rettspraksis er at arbeidstaker må stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll. Oppdragstakere, slik som selvstendig næringsdrivende, konsulenter og frilansere faller utenfor arbeidstakerbegrepet, og det samme gjør personer som har verv.<sup>19</sup>

Med «*arbeidsgiver*» menes etter loven «*enhver som har tilsatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*», jf. aml. § 1-8 (2). Hvem som er arbeidsgiver skal fremgå klart av arbeidsavtalen, jf. aml. § 1-8 (2). I tvilstilfeller skal det også her foretas en konkret vurdering, der momenter fra rettspraksis er av betydning. Eksempler på viktige vurderingsmomenter her er om det har vært uklarheter i arbeidskontrakten om hvem arbeidsgiveren er og hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiveroppgaver.<sup>20</sup> Bestemmelsen i aml. § 1-8 (2) gjelder «*tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten*».

---

<sup>18</sup> Jakhelln (2017) s. 222

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004- 2005) s. 73

<sup>20</sup> RT- 1993- 490 (Reksten management)

Arbeidsmiljøloven gjelder videre for «*virksomhet*» som «*sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt*», jf. aml. § 1-2 (1). Virksomhetsbegrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven, men regnes som et funksjonelt begrep og må avgjøres ut fra regelverkets formål og reelle hensyn som gjøre seg gjeldende i den aktuelle sak. En definisjon som ofte anvendes er at det dreier seg som driftsmessige aktiviteter som ledes av arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme, og som kan være geografisk avgrenset i større eller mindre grad.<sup>21</sup>

## **2 Trakasseringsbegrepet**

### **2.1 Trakasseringsbegrepet i arbeidsmiljøloven**

#### **2.1.1 Arbeidsmiljøstandarden «fullt forsvarlig arbeidsmiljø», jf. aml. § 4-1**

Helt siden de første fabrikktilsynslovene på slutten av 1800- tallet, har arbeidstakers helse og sikkerhet stått sentralt i norsk arbeidsrett.<sup>22</sup> Arbeidsmiljølovens kapittel 4 består av en rekke ulike arbeidsmiljøstandarder. Den viktigste standarden er kravet til at arbeidsmiljøet skal være «fullt forsvarlig» i aml. § 4-1. Mer spesifikt lyder første ledd i aml. § 4-1 som følgende:

«Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd (...).»

Bestemmelsen må ses i sammenheng med lovens formål i aml. § 1-1 a) om å «sikre et arbeidsmiljø (...) med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utviklingen i samfunnet».

Ordlyden i aml. § 4-1 viser til at det må foretas en vurdering av hvorvidt faktorer ved arbeidsmiljøet, som kan påvirke arbeidstakers psykiske og fysiske helse, er i overensstemmelse med arbeidsmiljøstandarden. Her siktes det til både til en enkeltvis vurdering av faktorene, men en samlet helhetsvurdering av arbeidsmiljøet.

---

<sup>21</sup> NOU 1996:6 s. 157

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004- 2005) s. 14

Hva som menes med standarden et «fullt forsvarlig arbeidsmiljø» er vanskelig å angi presist. Formålet i aml. § 1-1 viser til en «rettslig standard» som må forstås i et dynamisk perspektiv der faktorer utenfor selve regelen vil være viktige i vurderingen. Slike faktorer kan være av samfunnsmessig, teknologisk og moralsk art og endre seg med tiden.<sup>23</sup> I tillegg påvirkes standarden av domstolers tolkninger og Arbeidstilsynets praksis.

Det tas ikke sikte på å eliminere all mulig risiko for belastende forhold på arbeidsplassen. Det loven krever, er at «virksomheter skal innrettes, og arbeidet organiseres på en slik måte at arbeidstakerne er sikre mot skader på liv og helse så langt dette rent praktisk lar seg gjennomføre».<sup>24</sup>

Industrialiseringen og ny teknologi har ført til at mange ansatte i dag utfører jobber i store kontorfellesskap med mange, og med oppgaver som krever mer hodearbeid enn fysisk arbeid. Dette har ført til at lovgiveren i større grad har rettet fokuset på *det psykososiale arbeidsmiljøet*, og lagd rettsregler som skal verne arbeidstakers psykiske helse mot belastninger som stress, utbrenthet, lange arbeidsdager og konflikter.

### 2.1.2 Krav til det psykososiale arbeidsmiljøet, jf. aml. § 4-3

I 1995 ble det innført en spesialisering av det generelle kravet i aml. § 4-1, som i dag er å finne i aml. § 4-3 og bare omhandler «det psykososiale arbeidsmiljøet».<sup>25</sup>

Aml. § 4-3 regulerer en beskyttelse av arbeidstakers integritet og verdighet (1) og et vern mot vold, trusler og andre uheldige belastninger som følger av kontakt med andre (4). Bestemmelsen krever også at arbeidsgiver skal legge til rette for at arbeidstaker ikke er sosialt isolert på arbeidsplassen (2).<sup>26</sup>

I bestemmelsens tredje ledd (3) følger et spesifikt vern mot «trakassering og annen utilbørlig opptreden». Ordlyden av bestemmelsen er vid og gjelder alle former for krenking av den ansattes verdighet og integritet.

---

<sup>23</sup> Gisle, Jon: mfl. «Jusleksikon», 3. utg. Oslo 2007 s. 273

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004- 2005) s. 36

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004- 2005) s. 89

<sup>26</sup> NOU – 2004- 5 kap. 2.3

### 2.1.3 «Trakassering» og «annen utilbørlig opptreden», jf. aml. § 4- 3 (3)

Trakasseringforbudet i aml. § 4-3 (3) gjelder såkalt «alminnelig trakassering», det vil si trakassering på bakgrunn av uoverensstemmelser eller en persons personlighet, holdninger og væremåte.<sup>27</sup> Bakgrunnen for innføringen av et spesifikt trakasseringsvern i aml. § 4-3 (3)<sup>28</sup> er som tidligere nevnt et større fokus på det psykososiale arbeidsmiljøet.

Av forarbeidene fremgår det at aml. § 4-3 (3) skal omfatte alle former for trakassering, herunder også «mobbing» og «seksuell trakassering».<sup>29</sup>

Når det gjelder spørsmålet om det finnes en legaldefinisjon av «trakassering» etter arbeidsmiljøloven, uttales i forarbeidene at det ikke anses som hensiktsmessig å definere begrepet rettslig, da trakassering er en rettslig standard og derfor må kunne tolkes vidt etter det som relevant og aktuelt i samfunnet til enhver tid, jf. aml. § 1-1<sup>30</sup>. Det følger her av Ot.prp. nr.50 (1993- 1994) s. 230 at trakassering «vil ha varierende uttrykk i ulike miljøer og til forskjellige tider». Det samme gjelder for «annen utilbørlig opptreden» som omfattes av «trakassering» etter loven.

Trakasseringvilkåret i aml. § 4-3 (3) har et vidt anvendelsesområde og gjelder trakassering fra både arbeidsgivere, kolleger og andre utenforstående personer slik som kunder, klienter og eller andre som ikke er ansatt.<sup>31</sup>

Arbeidstilsynets definisjon av trakassering som vanligvis legges til grunn i rettspraksis, er som følge:

Det er trakassering når et eller flere personer gjentatte ganger over tid blir utsatt for negative handlinger fra andre. Dette kan for eksempel være uønsket seksuell oppmerksomhet, plaging, utfrysning, fratakelse av arbeidsoppgaver, eller sårende fleiping og erting. Videre bør det være en ubalanse i styrkeforholdet.<sup>32</sup>

Definisjonen har flere likheter med den psykologiske forståelsen av begrepet. I begge definisjoner blir et ubalansert maktforhold mellom partene og handlingenes gjentakelse fremhevet.

---

<sup>27</sup> Storeng (2016) s. 354

<sup>28</sup> Lovendringen skjedde først i 1995 i den tidligere aml. fra 1877 (nr.4) § 12

<sup>29</sup> Jakhelln (2017) s. 222

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004- 2005) kap. 7.3.5.

<sup>31</sup> NOU – 2004- 5 kap. 11.1.5.7

<sup>32</sup> <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/mobbing/>

Videre omfattes i begge definisjoner subtile handlinger slik som utfrysning og usynliggjøring.  
33

Arbeidslivsutvalget forklarer trakassering som en «uønsket atferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet». <sup>34</sup> Her blir det tydelig at det i en rettslig vurdering av om trakassering har skjedd, både må tas hensyn til subjektive opplevelser og til objektive omstendigheter ved hendelsen.

Jeg vil i pkt. 2.4 gå nærmere inn på vurderingsmomentene som er oppstilt i rettspraksis for å fastlegge trakassering i rettslig forstand etter henholdsvis arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen. Men først vil jeg se nærmere på hvordan trakassering er regulert i diskrimineringslovgivningen.

## 2.2 Trakasseringensbegrepet i diskrimineringslovgivningen

### 2.2.1 Tilknytningen til diskrimineringsgrunnlag

Et vern mot trakassering er nært relatert til et vern mot diskriminering da det ofte dreier seg om to sider av samme sak. Trakassering betegnes av lovgiver som en særlig form for diskriminering. Som følge av dette, inngår et uttrykkelig forbud mot trakassering både i arbeidsmiljøloven §§ 4-3 (3) og 13-1, og i likestillings- og diskrimineringslovene. I aml. § 13-1 blir det spesifikt henvist til særlovene som lovgrunnlag for diskriminering.

De nye likestillings- og diskrimineringslovene oppstiller i dag <sup>35</sup> et forbud mot trakassering på grunnlag av henholdsvis

- kjønn<sup>36</sup>;
- etnisitet, religion eller livssyn<sup>37</sup>;
- nedsatt funksjonsevne<sup>38</sup>;
- seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Einarsen (2009) s. 128

<sup>34</sup> NOU 2003: 2

<sup>35</sup> Lovene *oppheves* ved lov 16 juni 2017 nr. 51 (ikr. 1 jan 2018)

<sup>36</sup> Jf. likestillingsloven § 8.

<sup>37</sup> Jf. diskrimineringsloven § 9.

<sup>38</sup> Jf. tilgjengelighetsloven § 8.

<sup>39</sup> Jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 8.



Men selv om særlovene dekker ulike diskrimineringsgrunnlag, er de materielt sett i stor grad like og har en lik struktur. Lovene vil derfor behandles i fellesskap i denne avhandlingen. Da de nye lovene i hovedsak viderefører tidligere rett, vil forarbeider og rettspraksis til de eldre bestemmelsene fortsatt være relevante og brukes i den videre drøftelsen.

## 2.2.2 Legaldefinisjonen

### 2.2.2.1 Legaldefinisjonen i likestillings- og diskrimineringslovene

Forbudet mot trakassering og legaldefinisjonen som går igjen i alle likestillings- og diskrimineringslovene er som følge:<sup>40</sup>

«Trakassering på grunn av [et diskrimineringsgrunnlag] er forbudt.

Med trakassering på grunn av [et diskrimineringsgrunnlag] menes handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende».

I første ledd følger et absolutt forbud mot trakassering. I andre ledd er ordlyden vid og det inviteres til en konkret vurdering av hvorvidt vedkommende har vært utsatt for den trakasserende atferden som nevnes i bestemmelsen.

Med trakasserende atferd menes både aktive handlinger, som for eksempel fysisk plaging eller ødeleggelse og unnlater, eller mer passive handlinger som utfrysning, eksempelvis ved at vedkommende ikke blir invitert på møter, kurs og sosiale sammenkomster, eller andre former for sosial utstøting.

Etter ordlyden vil forbudet mot trakassering også ramme ytringer, slik at ytringer må avveies mot ytringsfriheten. Det er bare ytringer som direkte eller indirekte er rettet mot en eller flere bestemte personer som oppfyller vilkårene i trakasseringsforbudet. Generelle ytringer i den offentlige debatten er i ytringsfrihetens kjerneområde og vil derfor ikke ramme av forbudet.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Diskrimineringsloven om etnisitet § 9, Likestillingsloven § 8, Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 8 og Tilgjengelighetsloven § 8

<sup>41</sup> Ot.prp. nr.44 (2007-2008) s. 255

Etter samme forarbeider omfatter trakasseringsbegrepet både atferd som har krenkende formål og atferd som har en krenkende virkning. Det er ikke nødvendig å påvise trakasserende hensikt eller motiv. Forbudet rammer således både tilsiktet og utilsiktet trakassering. Begge tilfellene er hver for seg tilstrekkelig for at det skal foreligge trakassering.

Det må videre dreie seg om gjentatte eller vedvarende handlinger, unnlaterer eller unnlaterer, for at det skal regnes som trakassering. En vedvarende eller gjentakende plagsom atferd vil i seg selv lett kunne gjøre situasjonen uholdbar, slik at trakasseringsbestemmelsen kommer til anvendelse. Men også enkelttilfeller av uønsket atferd kan regnes som trakassering. I engangstilfeller vil det imidlertid kreves mer av handlingen og omstendighetene den har funnet sted under.<sup>42</sup>

Den subjektive opplevelsen har en viktig betydning i vurderingen etter diskrimineringslovgivningen. Hvert trakasseringstilfelle må vurderes konkret da ulike personer vil ha ulike terskler for hva de oppfatter som trakassering. Det må dermed tas utgangspunkt i den fornærmedes opplevelser av atferden. Handlingene må imidlertid være av en viss styrke og alvorlighetsgrad.

Lovgiver har funnet det utfordrende å oppstille mer objektive retningslinjer for hva slags atferd som rammes, noe som trolig har sammenheng med at subjektive opplevelser er svært individuelle og kan påvirkes av en persons unike personlighetstrekk, bakgrunn og erfaringer. Men i rettslig sammenheng er det veldig viktig at subjektive opplevelser suppleres av en mer objektiv vurdering av de faktiske forhold.<sup>43</sup>

Dette utgjør samtidig et viktig fellestrekk i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen. En vurdering av trakassering må etter begge regelverk gjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering, som både tar hensyn til den fornærmedes subjektive opplevelser og mer objektive faktorer.

---

<sup>42</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) side 85 og 86

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) side 85 og 86

### 2.2.2.2 Trakasseringsbegrepet i aml. § 13-1

Som nevnt tidligere er kapittel 13 i arbeidsmiljøloven en del av diskrimineringslovgivningen. I aml. § 13-1 (2) fremgår et spesifikt forbud mot diskriminering. I følge bestemmelsen skal «trakassering» på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder anes som diskriminering og er forbudt. Et tilsvarende forbud er som nevnt ovenfor, oppstilt i bestemmelsens ledd fire til syv, for diskrimineringsgrunnlag som finnes i særlovene. Bestemmelsen i aml. § 13-1 (2) er en videreføring av aml. (1977) § 54 C nr. 3 og 4.<sup>44</sup>

Til forskjell fra likestillings- og diskrimineringslovene, oppstiller arbeidsmiljøloven ingen legaldefinisjon av trakassering. Men etter forarbeidene<sup>45</sup> anses trakassering i aml. § 13-1 (2) i hovedtrekk som «en uønsket atferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet».

Begrepet har derfor de samme grunnelementer som også inngår i legaldefinisjonene etter særlovene. En forskjell er at vilkåret «verdighet» har blitt tatt med i bestemmelsen. Dette er gjort for å understreke betydningen av den fornærmedes subjektive opplevelser i trakasseringstilfeller. En ren objektivitetsnorm i slike saker ville stride mot formuleringen i EUs rådsdirektiv 2000/78/EF, som regelen opprinnelig er fra.<sup>46</sup>

I det videre vil jeg se nærmere på om begrepet trakassering skal forstås likt i aml. § 13-1, likestillings- og diskrimineringslovene og aml. § 4-3 (3).

## 2.3 En sammenligning av trakasseringsbegrepet i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen

Det er først relevant å se på bakgrunnen av bestemmelsene som regulerer trakasseringsforbudet i de to regelverk.

Arbeidsmiljøloven 13 (1) er i hovedsak en gjennomføring av EUs rammedirektiv 2000/78/EF. Rammedirektivet er en del av EUs «ikke-diskrimineringspakke». Arbeidslivsutvalget uttalte herunder at Norge skal ha et diskrimineringsvern på minst lik høyde med det vernet EU oppstiller.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Lov-1977-02-04-4

<sup>45</sup> Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 325

<sup>46</sup> Ot.prp. nr.104 (2002-2003) s.14

<sup>47</sup> Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) s. 14

Dette legges også til grunn i høyesterettsavgjørelser <sup>48</sup> der retten uttalte at det skal tas utgangspunkt EUs direktiver i tolkningen av tilsvarende norske lover. I Gjensidige- dommen <sup>49</sup> la Høyesterett til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes slik at de blir forenlige med EUs rammedirektiv.

Som følge av det, har rammedirektivet 2000/ 78/ EF ført til en rekke endringer i norsk lov, deriblant også i någjeldende § 13- 1 (2). Det ble ansett som nødvendig å innføre et spesifikt forbud mot trakassering i aml. § 13-1 knyttet til særskilte diskrimineringsgrunnlag. Grunnen til det var at det generelle trakasseringsvernet i dagjeldende aml. § 12 <sup>50</sup> – som i dag er aml. § 4-3 (3), ikke tilfredsstilte rammedirektivets krav til en effektiv sanksjonering av trakasseringsforbudet og dessuten ikke inkluderte regelen om delt bevisbyrde.

I aml. § 12 gjaldt nemlig ordinære bevisregler etter alminnelige sivilrettslige prinsipper, som også gjelder i dagens aml. § 4-3 (3) <sup>51</sup>. De ordinære bevisbyrderegler går i korte trekk ut på at den som føler seg trakassert må sannsynliggjøre dette selv, mens direktivet krever at den som mener seg trakassert skal kunne påberope seg delt bevisbyrde, som vil si at beviskravet er lempeligere innledningsvis og der bevisbyrden derfor enklere skal overføres til arbeidsgiveren. Det vil gjøres mer utførlig rede for innholdet i regelen om delt bevisbyrde i pkt. 4.3.2.

Definisjonen av trakasseringsbegrepet som er oppstilt i forarbeidene til aml. § 13-1 (2) tilsvarende i stor grad definisjonen rammedirektivet har oppstilt, med unntak av at direktivet har følgende tillegg: «”...å skabe et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmygende eller ubehagelig klima”.

Den norske lovgiver anså det ikke som nødvendig å ta dette tillegg med i formuleringen, da det i praksis alltid vil være nedverdiggende eller ydmykende å bli utsatt for en verdighetskrenkelse<sup>52</sup>.

Selv om forarbeidenes definisjon av trakasseringsbegrepet i aml. § 13-1, ble formulert noe annerledes enn i likestillings- og diskrimineringslovene, er det ikke ment at begrepet innholdsmessig skal avvike fra rammedirektivets definisjon. Endringsdirektivet 2002/ 73/EF tok også sikte på å bringe diskrimineringslovgivningen innholdsmessig på like linje med EUs rammedirektiv.

---

<sup>48</sup> RT- 2010- 202 (avsnitt 56 og 82 )

<sup>49</sup> RT- 2011- 964

<sup>50</sup> Lov-1977-02-04-4

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 37

<sup>52</sup> Ot.prp.nr. 104 (2002- 2003) s. 37

Videre ble det lagt vekt på at trakasseringsbegrepet skulle forstås likt i § aml. 4- 3 (3) som i diskrimineringslovgivningen.<sup>53</sup> I dagens regelverk er det klart at trakasseringsbegrepet i diskrimineringslovgivningen ikke skal tolkes annerledes enn i aml. § 4-3 (3). Dette følger eksplisitt av Ot.prp. nr. 49 s. 325.

## **2.4 Momenter i helhetsvurderingen**

Som vist skal trakasseringsbegrepet i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen etter lovgivers intensjon og i samsvar med EUs rammedirektiv, tolkes likt. Likevel har rettskildene samlet sett ikke klart å gi et entydig bilde av hva trakassering i rettslig forstand er. For å forstå det nærmere innholdet av trakasseringsbegrepet vil jeg derfor i det videre gjøre rede for relevant rettspraksis og vurderingsmomenter som har blitt oppstilt der. Da trakasseringsbegrepet i utgangspunkt skal forstås likt, vil rettspraksis etter arbeidsmiljøloven også være relevant for begrepets forståelse etter diskrimineringslovgivningen. Andre rettskilder vil også bli trukket inn der det anses som relevant.

### **2.4.1 Gjentatte negative handlinger og tidsmomentet**

Med trakassering etter diskrimineringslovgivningen siktes det til gjentakende, vedvarende eller grove handlinger eller ytringer som virker skremmende, fiendtlige eller nedverdiggende.<sup>54</sup>

Dette viser at trakassering i utgangspunktet også etter diskrimineringslovgivningen blir ansett som gjentatte negative handlinger som varer over tid. Enkeltstående handlinger er kun nok hvis en viss alvorlighetstærskel overskrides. Det kan i praksis være vanskelig å fastslå hvor terskelen ligger. Imidlertid vil det sannsynligvis være av mindre betydning, da enkeltstående handlinger, unnlatelser eller ytringer uansett oftest ikke tilfredsstillende kravet alene, men ses må i sammenheng med andre faktorer.

I motsetning til diskrimineringslovgivningen, synes det i rettspraksis etter arbeidsmiljøloven å være en mer fast oppfatning om at trakassering inneholder et vilkår om gjentatte negative handlinger over tid. Dette følger som vist av også av definisjonen til Arbeidstilsynet.

---

<sup>53</sup> Ot.prp. nr.35 (2004- 2005) s. 13

<sup>54</sup> Prop. 88 L (2012- 2013) s. 162

Høyesterettsdommer som er særlig relevante for forståelsen av det rettslige trakasseringsbegrepet, og som det vil bli henvist til i det videre, er «Moelven- Mjøsbruk»<sup>55</sup>, «Falken»<sup>56</sup>, «Stryn- Apotek»<sup>57</sup> og «Nera»<sup>58</sup> - dommen.

I Falken- dommen var spørsmålet om en arbeidsgiver på objektivt grunnlag etter skl. § 2-1 nr. 1 kan holdes erstatningsansvarlig for skade påført en arbeidstaker av andre arbeidstakere, som følge av trakassering. Retten kom til at trakassering hadde funnet sted og dømte arbeidsgiveren erstatningsansvarlig, jf. skl. § 2-1.

Saken handler om A som ble ansatt som stasjonsleder i Falken. I forkant ønsket de andre ansatte at det skulle ansettes ekstra personer på grunn av det pågående arbeidspresset. De andre søkerne for stillingen gjorde sine søknader betinget av at det ansettes ekstra personale. A gjorde ikke det. Dette var bakgrunnen for at det oppstod et dårlig forhold mellom de andre ansatte og A, noe som etter hvert gav utslag i at A ble utsatt for omfattende trakassering. Dette førte til at hun utviklet psykiske plager, ble sykemeldt fire ganger og måtte gå på attføring.

I vurderingen la retten vekt på hvor omfattende trakasseringen var. Trakasseringen ble oppsummert i 16 punkter, og omfattet forskjellige former for trakassering på det verbale plan, kombinert med trusler om ikke å gi seg før hun var fordrevet fra stillingen. Det har også vært skremmende og plagsomme handlinger. En av de verste episodene var da hun ble skremt med en stor, levende edderkopp på kontoret.

Trakasseringen foregikk over en lengre periode og det var snakk om mange negative handlinger. Dommen hører klart til sjeldenhetene både når det gjelder omfang og den omfattende bevisføringen. Dommen kan tolkes slik at det har betydning for vurderingen av trakassering, at de negative handlingene har forekommet ofte og over lengre tid.

Imidlertid kan dommen ikke tas til inntekt for at det finnes et *vilkår* om at gjentagende negative handlinger over tid må ha funnet sted. Det hadde i så fall fremkommet klarere av domspremissene. I stedet handler dommen først og fremst om hvorvidt arbeidsgiveren kan holdes erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag etter skl. § 2-1 nr.1.

---

<sup>55</sup> RT- 1993- 616

<sup>56</sup> RT- 1997- 786

<sup>57</sup> RT- 1997- 1506

<sup>58</sup> RT- 2004- 1844

Førstvoterende uttalte herunder at «selv om konsekvensene av mobbing kan være store for enkelte, vil bare en mindre del av tilfellene resultere i erstatningsbetingende skader». Dette utsagnet kan tolkes slik at selv om trakasseringen i seg selv er alvorlig eller kvalifisert nok, så er ikke det nødvendigvis nok for at vedkommende har krav på erstatning.

Videre sier Førstvoterende at dette er særlig tilfelle i situasjoner der «mobbingen blir avbrutt før den er gått for langt». Dette kan antyde at det likevel må foreligge en viss regelmessighet i trakasseringen, og er således forenlig med det tradisjonelle synet om at trakassering dreier seg om negative handlinger over tid.

I Nera- dommen <sup>59</sup> var spørsmålet om arbeidsgiver kunne holdes erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag for skade påført arbeidstaker jf. skl. § 2-1. I saken anførte saksøker (A) at han hadde blitt 100 % ufør som følge av trakasseringen. Anklagene om trakassering ble særlig rettet mot avdelingslederen, B. Etter en konkret helhetsvurdering kom retten vil at det ikke var grunnlag for å konstatere erstatningsansvar hos arbeidsgiver.

I selve vurderingen av om arbeidsgiver hadde opptrådt uaktsomt etter skl. § 2-1 tok retten utgangspunkt i den tidligere loven aml. § 12 (1977). Innholdsmessig er loven lik dagens aml. § 4-3 (3). Retten viste herunder til at «ikke enhver overtredelse av disse normene innebærer at det foreligger erstatningsgrunnlag.» Videre uttaler retten at «spørsmålet i saken ikke er om arbeidsledelsen i forhold til A har skjedd på den best tenkelige måte, men om den har vært klanderverdig på en måte som må sees som erstatningsmessig uaktsom». <sup>60</sup>

Den første uttalelsen viser til at det må passeres en viss alvorlighetsterskel for at en handling kan anses som trakassering i rettslig forstand. I den andre uttalelsen fremhever retten at det i saken er et overveiende fokus på hvorvidt arbeidsgiverens opptreden oppfyller erstatningsvilkårene etter skl. § 2-1. Det tas dermed ikke sikte på å definere trakasseringensbegrepet eller oppstille særlig vurderingsmomenter. Dette er en viktig bemerkning fra retten, da den viser at selv om trakasseringensbegrepet vurderes, så er ikke det hovedmålet til retten. Den sentrale vurderingen i saken er arbeidsgivers erstatningsansvar. Derfor kan dommen ikke sies å oppstille konkrete vilkår om trakasseringensbegrepets innhold, heller ikke at det *må* dreie seg om gjentatte negative handlinger over tid.

---

<sup>59</sup> RT- 2004- 1844

<sup>60</sup> RT- 2004- 1844, avsnitt 26

Imidlertid kan dommen antyde at det settes krav til en *viss alvorlighet* for at handlingene skal *kunne* anses som trakassering i rettslig forstand. Det samme fremgår av forarbeidene til diskrimineringslovgivningen.<sup>61</sup>

Ut fra rettskildene så langt, ser det ut til at både arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen tolkes slik at gjentatte negative handlinger over tid kan være et moment i vurderingen av det rettslige trakasseringsbegrepet. En forskjell er at det i forarbeidene til diskrimineringslovgivningen i tillegg blir uttalt at også enkeltstående negative handlinger kan regnes som trakassering hvis de er alvorlige nok. En lignende uttalelse finnes ikke i forarbeidene til arbeidsmiljøloven. Men momentet må uansett ses i lys av andre vurderingsmomenter som ofte oppstilles i forbindelse med en rettslig vurdering av trakassering. Et slikt moment er «maktubalanse» mellom partene.

#### 2.4.2 Maktubalanse mellom partene

Den som trakasserer (trakassør) er vanligvis i en maktposisjon overfor den trakasserte. Dette kan skyldes hierarkiske strukturer på arbeidsplassen, som når trakassør er den overordnede. Dette kalles formell maktubalanse. Ellers kan en maktubalanse skyldes forskjeller i personlighet, bakgrunn, utdanning, sosial status, alder eller kjønn. Da er det snakk om en reell maktubalanse.

I forarbeidene til diskrimineringslovgivningen blir en maktubalanse ikke lagt til grunn som vilkår for trakassering. Det fremgår at «trakassering skiller seg fra andre typer diskriminering ved at det ikke forutsettes at den som trakasserer har noen form for maktposisjon».<sup>62</sup> Som eksempler vises det til at trakassering både kan forekomme mellom arbeidstakere og i tilfeller der maktforholdet er omvendt, slik som der arbeidstaker trakasserer sin sjef. Dette taler for at det ikke finnes et vilkår om maktubalanse i diskrimineringslovgivningen.<sup>63</sup>

I høyesterettspraksis som omhandler trakassering etter arbeidsmiljøloven, ser den reelle maktubalansen ut til å være vanligst.

---

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) side 85 og 86

<sup>62</sup> Ot.prp. 104 (2002- 2003) pkt. 8.3.5.5

<sup>63</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet juni 2014 – håndbok, s. 6



I mange tilfeller er det lederen som trakasserer den ansatte.<sup>64</sup> Dette har også vært situasjonen i flere høyesterettsavgjørelser. Et unntak er imidlertid Falken- dommen.<sup>65</sup> Saken fremstår som et særtilfelle da det var lederen som ble trakassert av underordnede ansatte. Her ser man at den formelle maktposisjonen ikke nødvendigvis trenger å ha noe å si, og at det er den reelle maktubalansen som er viktigst.

I en annen Høyesterettsdom, Stryn- Apotek dommen<sup>66</sup>, var det filiallederen som hadde trakassert tre ansatte. Medarbeiderne ble sykemeldt som følge av det og måtte slutte i jobben. De krevde erstatning etter daværende bestemmelse aml. § 62. Filiallederen hadde detaljstyrt de ansatte på en slik måte at de følte seg maktløse, engstelige og usikre i arbeidet.

Det blir i slik saker sett alvorligere på der lederen trakasserer de ansatte, da lederen naturligvis allerede er i en formell maktposisjon og dessuten har et særlig ansvar til å sørge for et godt arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1.<sup>67</sup>

I andre tilfeller må ansatte ofte akseptere en viss grad av styring og formell maktubalanse hvis det ligger innenfor «arbeidsgivers styringsrett». Likevel kan mange arbeidstakere ha problemer med å akseptere og innse fullt ut rekkevidden av denne styringsretten. Derfor oppfatter enkelte arbeidstakere i blant at de blir trakassert selv om arbeidsgivers instruksjoner og handlinger ligger innenfor styringsretten. Et slikt tilfelle er å finne i Nera- dommen, der Høyesterett kom til at leders handlinger lå innenfor styringsretten.

Høyesterettsdommene referert ovenfor, viser ulike aspekter ved maktforholdet mellom partene i trakasseringssaker, men kan samlet sett ikke tas til inntekt for at det finnes et *vilkår* om at det *må* foreligge en maktubalanse for å stadfeste trakassering i rettslig forstand. Etter Arbeids- tilsynets definisjon følger også kun at det «*bør*» være en ubalanse i styrkeforholdet. I diskrimineringslovgivningen er det ikke oppstilt vilkår oppstilt om at en maktubalanse må foreligge. Gjennomgangen viser dermed at maktubalanse kun er *et* moment, av flere, i vurderingen.

---

<sup>64</sup> Faktabok om arbeidsmiljø og helse 2015 – status og utviklingstrekk (STAMI) s.8

<sup>65</sup> RT- 1997- 786

<sup>66</sup> RT- 1997- 1506

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) side 85 og 86

### 2.4.3 Subjektiv opplevelse og objektiv vurdering

Etter likestillings- og diskrimineringslovene skal det som nevnt tas utgangspunkt i klagers subjektive opplevelser i trakasseringssaker. Det er mindre viktig om handlingen hadde til hensikt å virke «krenkende, skremmende [eller] fiendtlig». Det viktige er hvordan handlingene opplevdes av fornærmede.<sup>68</sup> Det samme utgangspunktet har vært lagt til grunn i forarbeidene til aml. § 13-1 (2) der den subjektive opplevelsen anses som «utslagsgivende for om atferden må kunne betegnes som trakassering».<sup>69</sup>

Subjektive opplevelser må imidlertid ses opp mot en objektiv norm om hva et gjennomsnittlig menneske ville ha oppfattet som trakassering. Det må derfor tas hensyn til de objektive omstendighetene på tidspunktet trakasseringen skjedde. Etersom konteksten i en trakasseringssituasjon står sentralt, kan flere momenter være av betydning, slik som krenkelsens grovhet, under hvilke omstendigheter handlingen fant sted, om fornærmede har gjort trakassøren oppmerksom på at atferden føles krenkende, samt fornærmedes reaksjon. Det oppstilles dog ikke et generelt krav om at fornærmede *må* ha gitt uttrykk for at handlingene var uønskede.<sup>70</sup>

I Arbeidstilsynets forståelse av trakasseringbegrepet etter arbeidsmiljøloven blir også betydningen av fornærmedes subjektive opplevelser fremhevet ved at det må dreie seg om «uønsket atferd», jf. pkt. 2.1.3.

Nera- dommen<sup>71</sup> gir en god illustrasjonen på hvordan subjektive opplevelser blir holdt opp mot objektive normer i en vurdering etter arbeidsmiljøloven. I saken følte A seg trakassert av lederen (B) fordi sistnevnte endret stillingsinstruksen hans, og på grunn av Bs generelle væremåte og holdning. Førstvoterende uttalte herunder at det ikke var grunnlag for å tvile på As opplevelse av å være krenket, men at det objektivt sett ikke var grunnlag for å oppfatte B sin «generelle atferd som en trakassering av A».<sup>72</sup>

Uttalelsen til førstvoterende kan tolkes slik at en subjektiv opplevelse alene ikke er nok for å stadfeste trakassering og at det i tillegg må foretas en objektiv vurdering.

---

<sup>68</sup> Ot.prp.nr. 33 (2004- 2005) s. 108

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) 8.3.5.5

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004- 2005) s. 39

<sup>71</sup> RT- 2004- 1844

<sup>72</sup> RT- 2004- 1844 avsnitt 43

Videre gjorde retten en vurdering av om objektivitetsvilkåret likevel kunne modifiseres fordi A hadde en spesiell personlighetstype som kunne påvirke hans subjektive opplevelser. Det ble foretatt en uaktsomhetsvurdering der det ble vurdert hvorvidt arbeidsgiveren forstod eller burde ha forstått at handlingene kunne oppleves som trakasserende for A. Dette er i samsvar med den objektive vurderingen som må foretas for arbeidsgivers erstatningsansvar etter skl. § 2-1.

I en rapport fra en psykiater fremgikk det at A var en veldig nærtakende person «med et stort behov for anerkjennelse». I vitneforklaringene fulgte dessuten at det ikke var lett for de andre på arbeidsplassen å vite at A var noe særlig sensitiv og burde behandles på en annen måte. Et vitne uttalte at A ikke fremstod som spesielt sårbar og at han i flere år tvert imot hadde vist en «robusthet ved å høylytt markere sine meninger».<sup>73</sup>

I følge retten var det ikke lett for hverken arbeidsgiveren eller andre å skjønne at A burde behandles på en særlig måte. Retten ser dermed ikke ut til å ta særlig hensyn til at noen kan ha en særlig lav smerteterskel hvis dette ikke kan påvises av objektive faktorer. Imidlertid må dette ses i sammenheng med at en vurdering av trakassering knyttet arbeidsgivers uaktsomhetsvurdering etter skl. § 2-1.

Gjennomgangen av dommene viser at en subjektiv opplevelse av å ha blitt trakassert er et viktig utgangspunkt i vurderingen. Imidlertid er ikke en opplevelse alene nok. Den må kunne understøttes av tilstrekkelige objektive faktorer og bevis. Rimelighetsbetraktninger taler også for at objektive holdepunkter må trekkes inn i vurderingen da det ellers ville ha blitt umulig å argumentere for at trakassering ikke har skjedd.

Per i dag har Høyesterett ikke vurdert trakasseringssaker som ikke har vært knyttet til et erstatningskrav. I trakasseringsvurderinger blir det ofte lagt vekt på arbeidsgivers uaktsomhet og hva arbeidsgiver forstod eller burde ha forstått. Dette kan ha implikasjoner for hvordan trakasseringsbegrepet tolkes i rettspraksis. Det er derfor usikkert hvorvidt det kan oppstilles konkrete vilkår for hva trakassering er i rettslig forstand.

---

<sup>73</sup> RT- 2004- 1844 avsnitt 45

## 2.5 Oppsummering

Den første åpenbare forskjellen mellom regelverkene er at, trakasseringsbegrepet i aml. § 4-3 (3) gjelder for alminnelig trakassering, mens begrepet i aml. § 13-1 og likestillings- og diskrimineringslovene er knyttet til særskilte diskrimineringsgrunnlag.

I vurderingen av hvilke momenter som inngår i det rettslige trakasseringsbegrepet, er en annen forskjell at det etter diskrimineringslovgivningen ikke er et krav om gjentatte negative handlinger over tid, selv om et slikt moment *kan* legges til grunn i vurderingen. Enkeltstående negative hendelser kan også regnes som trakassering. Det er heller ikke et krav om at det *må* foreligge en maktubalanse mellom partene.

I arbeidsmiljøloven har det derimot tradisjonelt vært lagt til grunn at trakassering dreier seg om gjentatte negative handlinger over tid og at det er en maktubalanse mellom partene. Dette følger av både Arbeidstilsynets definisjon og tilsynelatende også av rettspraksis.

Imidlertid er det ingen klare rettskilder, hverken etter arbeidsmiljøloven eller diskrimineringslovgivningen som sier at det *må* foreligge bestemte vilkår for at trakassering i rettslig forstand har funnet sted.

De oppstilte momentene i forarbeidene og rettspraksis kan derfor heller anses som *veiledende* momenter i tolkningen av det rettslige trakasseringsbegrepet. Etter lovgivers intensjon skal trakasseringsbegrepet dessuten i stor grad tolkes tilsvarende i aml. § 4-3 (3), aml. § 13-1 og likestillings- og diskrimineringslovene.<sup>74</sup>

Likevel kan utfallet av vurderingen være noe ulikt etter hvile bevisregler som gjelder og hvilket erstatningsgrunnlag som kan påberopes. I aml. § 4-3 (3) gjelder som nevnt sivilrettslige bevisprinsipper og erstatningsgrunnlaget er vanligvis arbeidsgivers objektive skadeserstatningsansvar etter skl. § 2-1. I diskrimineringslovgivningen må det imidlertid ikke foretas en tilsvarende uaktsomhetsvurdering. Her gjelder et særlig objektivt erstatningsansvar. I tillegg gjelder regelen om delt bevisbyrde. Mer om dette følger i del 5.

Først vil jeg i korte trekk se på arbeidsgivers og arbeidstakers plikter i en trakasserings situasjon. Etterlevelsen av pliktene, eller en mangel på sådan, vil kunne ha betydning for vurderingen av trakassering og er knyttet til bevisspørsmål, samt eventuelle erstatningsmuligheter.

---

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325

### **3 Arbeidsgivers og arbeidstakers plikter**

#### **3.1 Arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljøloven**

##### **3.1.1 Aml. § 2-1**

Aml. § 2-1 inneholder en generell pliktregel som slår fast at arbeidsgiveren har hovedansvaret for at «bestemmelsene gitt i og i medhold av arbeidsmiljøloven blir overholdt». Ansvar må ses i sammenheng med aml. § 4-1, som blant annet innebærer at arbeidsgiveren skal sørge for å verne arbeidstakere mot uheldige psykiske og fysiske belastninger, ha en god arbeidsorganisering, og ha en åpen og god dialog med tillitsvalgte, verneombud, bedriftshelsetjenesten og arbeidsmiljøutvalget.<sup>75</sup> Etter aml. § 2-2 oppstilles ansvaret også for andre enn egne arbeidstakere, slik som innleide og selvstendige arbeidstakere.

På tross av den knappe ordlyden viser bestemmelsen at det påhviler et omfattende ansvar på arbeidsgiver. Manglende oppfølging av reglene kan stille arbeidsgiveren overfor en vanskelig situasjon hvis arbeidstakeren eksempelvis vil kreve erstatning etter skl. § 2-1. Det kan også være et vesentlig moment i vurderingen av om oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker har vært usaklig.

I rettspraksis blir arbeidsgivers plikter etter aml. § 2-1 vanligvis knyttet til HMS- reglene i aml. §§ 4-1 til 4-3 (3) og § 3-1. Reglene innebærer en omsorgs- og tilretteleggingsplikt og en plikt til internkontroll og HMS- arbeid.

##### **3.1.2 Arbeidsgivers omsorgs- og tilretteleggingsplikt**

Arbeidsgivers omsorgs- og tilretteleggingsplikt fremgår tydelig av aml. § 4-1 og dens forskrifter som pålegger arbeidsgiveren å sikre at alle ansatte har et arbeidsmiljø som til enhver tid er «fullt forsvarlig». Lovens andre ledd sier videre at arbeidets organisering, *tilrettelegging* og ledelse skal være slik at arbeidstakeren ikke utsettes for uheldige belastninger, jf. § 4-1 (2). Kravene er ment å være både forebyggende, og gi arbeidstakere et kontinuerlig vern mot uheldige belastninger.

---

<sup>75</sup> Johansen Sønsteli (2016) s. 105

Men det stilles ikke et absolutt krav om at alle farerisikoer må elimineres, da arbeide alltid kan innebære en viss risiko. Hvilke nødvendige tiltak som må iverksettes vil avhenge av den enkelte virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse.<sup>76</sup>

I trakasseringssaker må arbeidsgivers plikter i aml. §§ 2-1 og 4-1, ses i sammenheng med trakasseringsvernet i aml. § 4-3 (3), da dårlig organisering og tilrettelegging kan føre til en høyere risiko for trakassering på arbeidsplassen. Det fremgår klart av ordlyden i § 4-3 (3) at arbeidstakere er vernede subjekter. Arbeidsgiver plikter derfor å sørge for at arbeidstakere ikke utsettes for trakassering.<sup>77</sup>

Betydningen av arbeidsgivers plikter blir også understreket av høyesterettspraksis. I Falkendommen uttalte førstvoterende at «Det er av stor betydning at arbeidsgivere gjør hva de kan for å unngå mobbing på arbeidsplassen».<sup>78</sup>

Etter aml. § 4-3 (1) har arbeidsgiver plikt til at arbeidet «legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas». Innholdet i denne tilretteleggingsplikten er imidlertid uklart da bestemmelsen er vidt utformet og ikke sier noe om hvilke konkrete tiltak som skal gjennomføres. I slike tilfeller vil aml. § 3-1 om krav til HMS-arbeid kunne være veiledende.

### 3.1.3 Krav til HMS- tiltak

Aml. § 3-1 inneholder krav til HMS- tiltak, og gir hjemmel til forskrift om internkontroll i virksomheter i tredje ledd.<sup>79</sup> Bestemmelsen er ny og tatt inn for å tydeliggjøre plikten til kontinuerlig og systematisk HMS- arbeid. Bakgrunnen for det er at de organisatoriske og sosiale arbeidsmiljøfaktorene i den senere tid har blitt mer sentrale for lovgiver, og behovet for å tydeliggjøre og presisere arbeidsgivers plikter dermed er større. Et sentralt hovedmål herunder er naturligvis også vernet mot trakassering og annen utilbørlig atferd, jf. aml. § 4-3 (3). Manglende tiltak og oppfølging kan føre til at konflikter og trakassering eskalerer.

Internkontrollen og HMS- tiltakene skal i praksis gjennomføres sammen med arbeidstakere og andre viktige HMS- aktører som tillitsvalgte og verneombudet, jf. §§ 3-1 (1) og 6-2 (4). Arbeidsgiver skal etter aml. § 3-1 (2) iverksette rutiner for å avdekke, rette opp i og forebygge overtredelser av krav fastsatt i loven. Arbeidstilsynet skal føre kontroll med at HMS- reglene og de andre bestemmelsene i arbeidsmiljøloven blir overholdt, jf. aml. § 18-1.

---

<sup>76</sup> Jakhelln (2017) s. 196

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 66

<sup>78</sup> RT- 1997- 786 s. 793

<sup>79</sup> Forskrift om internkontroll av 6. Desember 1996 nr. 112

Imidlertid er også HMS- reglene i aml. § 3-1 vidt definerte og gir ikke konkrete eksempler på hvilke tiltak som skal gjennomføres. Som nevnt er det avhengig av den enkelte virksomheten og andre faktorer. Det er opp til arbeidsgiveren å avgjøre hvilke tiltak som skal iverksettes.

Kjernepunktene i aml. § 3-1 (2) og internkontrollforskriften kan oppsummeres i tre hovedpunkter som er karlegging, risikovurdering og en handlingsplan. I tilfeller der en arbeidstaker utsettes for trakassering, må det foretas mer konkrete tiltak; undersøkelse, konklusjon og oppfølging/ tiltak.<sup>80</sup>

Når det gjelder arbeidsmiljøundersøkelser må det skilles mellom en kartlegging av det generelle arbeidsmiljøet, og *faktaundersøkelse* av den spesifikke saken som et klagemål bygger på. Den første undersøkelsestypen innebærer at det kollektive arbeidsmiljøet undersøkes gjennom spørreskjemaer, personalmøter o.l., for å identifisere generelle risikofaktorer og potensielle forbedringsmetoder.

I en faktaundersøkelse skal det derimot foretas en mer konkret undersøkelse av en konfliktsak der det anvendes intervju av de involverte vitner, samt befaringer og saksdokumenter for å kartlegge hva som faktisk har skjedd i saken.<sup>81</sup>

Målet er å komme frem til en anbefaling eller konklusjon til arbeidsgiver som danner grunnlag for videre oppfølging av saken i tråd med en forsvarlig saksbehandling. Arbeidsgiveren må deretter sørge for å utforme en handlingsplan med konkrete og målbare tiltak som kan etterprøves og sette frister for gjennomføring.<sup>82</sup>

I kjølvannet av dette gir Ståle Einarsen og Harald Pedersen eksempler på både uformelle og formell tiltak som arbeidsgivere bør ha tilgjengelig eller oppfordre sine ansatte til å bruke:<sup>83</sup>

- Gi arbeidstakerne adgang til å be om veiledning og samtale med en nøytral og uavhengig person
- Tilrettelegging for at konflikter blir tatt opp og løst på lavt nivå, helse direkte mellom partene
- Tilby mulighet for å søke uformell megling med uavhengig tredje part

---

<sup>80</sup> Einarsen (2009) s. 205

<sup>81</sup> Einarsen, Ståle, Harald Pedersen og Helge Hoel (2016)

<sup>82</sup> Einarsen (2009) s. 210

<sup>83</sup> Einarsen (2009) s. 219

- Mulighet til å ta opp saken med leder direkte uten hjelp fra tillitsvalgte eller verneombud
- Et enkelt system for å levere inn formell klage
- Tilgang på profesjonell hjelp (psykolog, lege, psykiater og hjelp fra bedriftshelsetjenesten)
- Gjøre det klart at trakassering blir møtt med sanksjoner slik som muntlig eller skriftlig advarsel, oppsigelse eller i verste fall avskjed i tråd med avtaleverk, lovverk, og bedriftens personalpolitikk

### **3.2 Arbeidstakers plikt til medvirkning, jf. aml. § 2-3 (d)**

Arbeidstakerne skal medvirke ved innføring og utøvelse av internkontroll jf. aml. § 2-3 og internkontrollforskriften § 4 (2).

I bestemmelsens bokstav d) fremgår det mer spesifikt at arbeidstakere skal sørge for at arbeidsgiver eller verneombudet blir underrettet om trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen så snart arbeidstaker blir kjent med forholdet. Hvor viktig det er med medvirkning fra arbeidstakerne i arbeidet med internkontroll, blir også understreket av Arbeidstilsynet og forarbeidene. I følge Arbeidstilsynet er arbeidstakernes erfaringer en vesentlig forutsetning for en velfungerende internkontroll og det settes derfor strenge krav til arbeidstakernes medvirkningsplikt.

Det er arbeidstakerne selv som best vet hvor «skoen trykker». <sup>84</sup> I forarbeidene følger at arbeidstakernes medinnflytelse i oppbygging og gjennomføring av internkontroll er vesentlig, både for å kartlegge problemfelter og utarbeide gode rutiner og prosedyrer. <sup>85</sup>

Arbeidsgivers omsorgs- og aktivitetsplikter etter aml. § 2-1 må ses i lys av arbeidstakers medvirkningsplikt i § 2-3. I trakasseringssaker blir det vanskelig å bevise trakassering hvis de ansatte ikke melder fra om forholdet. Det kreves dermed en viss grad av samarbeid mellom ledelsen og de ansatte.

En lovpålagt plikt til å samarbeide i slike tilfeller kan også lette trykket på det å varsle om utilbørlige forhold og gjøre redselen for represalier muligens mindre, jf. varslingsplikten i aml. § 2 A- 1.

---

<sup>84</sup> Sak nr. 98/ 00 398

<sup>85</sup> Ot.prp. 48 (1989- 1990) s. 20



### 3.3 Arbeidsgivers plikter etter diskrimineringslovgivningen

På lik linje med arbeidsmiljøloven, har også diskrimineringslovgivningen bestemmelser som oppfordrer arbeidsgiveren til å forebygge og forhindre trakassering på arbeidsplassen. Plikten er likt formulert i alle særlover.<sup>86</sup>

I diskrimineringsloven om etnisitet er den eksempelvis utformet i § 22 som følge: «Arbeidsgivere skal forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering i strid med § 9».

Betydningen av arbeidsgivers plikter blir sett opp mot de store påkjennelser trakassering kan medføre for arbeidstakeren.<sup>87</sup> Forarbeidene nevner som eksempel på gjennomføring av denne forebyggings- og aktivitetsplikten tiltak som holdningskampanjer og utforming av retningslinjer på arbeidsplassen.<sup>88</sup> I tillegg har arbeidsgiver etter særlovene en aktivitetsplikt til «å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål innenfor sin virksomhet».<sup>89</sup> Det foreligger dermed i diskrimineringslovgivningen lignende krav som i arbeidsmiljøloven og en forutsetning om et kontinuerlig arbeid for å fremme et godt arbeidsmiljø.

I aml. § 13-1 fremgår det ingen eksplisitt forebyggings- eller aktivitetsplikt. Men bestemmelsen må ses i sammenheng med aml. § 2-1 om at arbeidsgiveren plikter å sørge for at alle bestemmelser i arbeidsmiljøloven blir overholdt, derav også pliktene i aml. §§ 4-1 og i 3-1.

I en sak som gjaldt seksuell trakassering, innfortolket ombudet tilsynelatende en forebyggingsplikt i aml. § 13-1 (2) i forhold til HMS- reglene i § 3-1. Ombudet la vekt på hensynet til sammenheng i diskrimineringslovverket og formålet om et effektivt vern mot trakassering.<sup>90</sup>

Som i arbeidsmiljøloven gjelder det også på diskrimineringsområdet en medvirkningsplikt for arbeidstakere i aml. § 2-3 (2).

I det hele er arbeidsgivers- og arbeidstakers plikter i trakasseringssaker i stor grad sammenfallende i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen, det avgrenses derfor mot ytterligere redegjørelser på dette punktet.

---

<sup>86</sup> Diskrimineringsloven om etnisitet § 22, Likestillingsloven § 25, Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 21 og Tilgjengelighetsloven § 27

<sup>87</sup> Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 114

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 33 (2004- 2005) s. 208

<sup>89</sup> Tilgjengelighetsloven § 24

<sup>90</sup> Sak 29/ 2013

## 4 Beviskrav og bevisbyrde

Retten til ikke å bli trakassert og få sin verdighet og integritet ivaretatt på arbeidsplassen, er en sentral menneskerettighet.<sup>91</sup> En viktig forutsetning for å kunne ivareta denne rettigheten er en effektiv håndtering av vernet mot trakassering gjennom reglene om beviskrav og bevisbyrde i trakasseringssaker.

I det videre vil jeg gjøre rede for det nærmere innholdet i bevisreglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen ved gjennomgå relevante lover, alminnelige prinsipper, forarbeider, rettspraksis og teori.

### 4.1 Generelt om beviskrav og bevisbyrde i norsk rett

Med det rettslige beviskravet siktes det til graden av sannsynlighet som må foreligge at de bevis som føres i saken skal legges til grunn av retten. I sivile saker kreves det ikke mer enn at noe er mest sannsynlig, det vil si at det må være mer enn 50 % sannsynlighet for et faktum. Dette kalles også for «overvektsprinsippet». Unntak gjelder kun der særskilte hensyn taler for det.<sup>92</sup> Eckhoff gir følgende begrunnelse for prinsippet: «Under ellers like vilkår, vil en oftest treffe det rette, ved alltid å legge til grunn for den oppfatningen som er mest sannsynlig».<sup>93</sup> Den gjennomgående oppfatningen blant teoretikere er at overvektsprinsippet sørger for at det fattes flere riktige enn uriktige avgjørelser.

I strafferetten gjelder det et langt strengere beviskrav. Her kreves det en tilnærmet 100 % sannsynlighet for at de faktiske forhold har skjedd, med minimal margin for tvil. Slik sørger man for at all rimelig tvil går i tiltaltes favør. Dette er i tråd med den alminnelige uskyldspresumpsjonen, og at det er bedre at en skyldig går fri enn at en uskyldig straffes.

Reglene om bevisbyrde er kun aktuelle i sivile saker der beviskravet er hva som er mest sannsynlig. Hvis dommeren er i «absolutt tvil» etter den første bevisvurderingen, blir det avgjørende hvem som har bevisbyrden. Dette er også et spørsmål om hvem tvilsrisikoen skal gå utover.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) kap. 7.3.5, jf. ØKS 16.des 1996 vedlegg 3, art.2

<sup>92</sup> Hov (2009) s. 804

<sup>93</sup> Eckhoff (2001) s. 64

<sup>94</sup> Eckhoff (1943)

I følge Hov <sup>95</sup> skilles det mellom den objektive og subjektive bevisbyrden. Den subjektive bevisbyrden går på at den ene eller andre part på et gitt tidspunkt under sakens gang har en plikt til å føre bevis for ikke å tape saken. Den objektive bevisbyrden er det samme som beviskravet ifølge Hov. Han referer til beviskrav og bevisbyrde som bevisbyrderegler.

Jeg vil for oversiktens skyld gjøre et skille mellom beviskrav og bevisbyrde. Beviskrav vil brukes i den forstand at det signaliserer om bestemte terskelverdier som enten er oppfylt eller ikke, mens bevisbyrde vil brukes for bevisføringsrisikoen man har til å legge frem bevis for å få medhold i en rettssak.

## **4.2 Beviskrav og bevisbyrde etter arbeidsmiljøloven § 4-3 (3)**

### **4.2.1 Beviskrav**

I saker vedrørende trakassering etter aml. § 4-3 (3), som i andre sivile saker, gjelder overvektsprinsippet. Men selv om det er hovedregelen, vil det i noen tilfeller måtte kreves en høyere sannsynlighetsgrad. Dette er tilfelle fordi det, som i straffesaker, kan tenkes at en uriktig dom vil kunne medføre særlig alvorlige konsekvenser. <sup>96</sup>

I arbeidsretten kreves kvalifisert sannsynlighet i saker som eksempelvis angår oppsigelse eller avskjed. I aml. § 15-14 om avskjed følger det at en arbeidsgiver kun kan avskjedige en arbeidstaker hvis han har gjort seg skyldig i «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen». Bestemmelsen gir uttrykk for at bevisbyrden ligger hos arbeidsgiver og at det er en høy terskel for avskjedigelse. <sup>97</sup>

I en lagmannrettsdom <sup>98</sup> uttalte retten at grunnlaget for avskjed som arbeidsgiveren påberoper seg må være klart og utvetydig i tråd med det skjerpede beviskravet. Et slikt beviskrav er ikke regulert noen steder i loven. Imidlertid er det lagt til grunn i flere rettsavgjørelser, herunder også i Høyesterett. I en høyesterettsdom fra 2014 <sup>99</sup> som gjaldt avskjed som følge av underslag, uttalte retten at beviskravet må skjerpes etter faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part. Hvor stor grad at rettssikkerhet dette beviskravet i realiteten gir er usikkert.

---

<sup>95</sup> Hov, Jo. Innføring i prosess (2009) s. 804-805

<sup>96</sup> Hov (2009) s. 805

<sup>97</sup> HR- 2016- 2579- A note 33 og RT- 1996- 1401

<sup>98</sup> LG- 2016- 81107

<sup>99</sup> RT- 2014- 1161

Men det er klart at beviskravet ligger et sted mellom sivilprosessens alminnelige krav om sannsynlighetsovervekt og strafferettens høye beviskrav.

I arbeidsretten er et strengere beviskrav kun aktuelt ved svært krenkende påstander og saker av stor personlig betydning. I saker som angår trakassering etter aml. § 4-3 (3) uten oppsigelse/ avskjed gjelder derimot det alminnelige beviskravet. Et alminnelig beviskrav kan by på en rekke utfordringer for den trakasserte da det ofte er vanskelig å fremskaffe nok bevis.

#### 4.2.2 Bevisbyrde

Arbeidsmiljøloven har ikke noen uttrykkelig regulering av bevisbyrde i trakasseringssaker etter aml. § 4-3 (3). I tråd med den alminnelige bevisregelen i sivile saker er det saksøker, altså den som hevder å ha lidd skade som følge av trakassering, som har plikt til å føre tilstrekkelige bevis for sine påstander. Saksøkeren har dermed både bevisføringsplikt og tvilsrisikoen hvis retten finner at de fremlagte bevis fortsatt byr på tvil etter bevisvurderingen.<sup>100</sup>

#### 4.2.3 Rettspraksis

I en bevisvurdering vurderer retten sannsynlighetsgraden for at trakassering faktisk foreligger. Vanlige bevis som legges frem i trakasseringssaker er eksempelvis forklaringer fra parter, vitner og sakkyndige, samt skriftlige dokumentbevis slik som møtereferater. Digitale bevis i form av eposter eller kommentarer på sosiale medier o.l. har også vært brukt mer i den senere tid.

Etter tvisteloven (tvL.) § 21-4 har partene i sivile saker rett til å legge frem alle bevis de ønsker. Retten kan begrense bevisførselen etter sakens betydning og omfang, og eventuelt supplere bevisførselen ved mangel. Men det er opp til partene å sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst, jf. § 21-3.

I trakasseringssaker kan det være vanskelig å få saken tilstrekkelig opplyst av flere årsaker. En av årsakene for bevismangelen er mangelen på vitneforklaringer. Trakassering skjer nemlig ofte på tomannshånd. I tillegg kan trakassering skje subtilt ved usynliggjøring, tilbakeholdelse av informasjon, nedvurdering av andres meninger eller faglige kompetanse eller bruk av andre hersketeknikker.<sup>101</sup> Mangelen på mer synlige og aktive handlinger kan gjøre det vanskelig å oppdage trakassering.

---

<sup>100</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 100

<sup>101</sup> Ås, Berit (2007) s. 21

I noen tilfeller kan trakassering også skje i form av organisatorisk utstøtelse over tid, der arbeidstakeren eksempelvis ikke blir gitt nok arbeidsoppgaver eller inkludert i andre viktige begivenheter på jobb. Arbeidstakeren kan da havne i en posisjon av maktløshet og bli drevet ut av jobben indirekte ved etter hvert å måtte sykemelde seg, gå på attføring eller slutte helt.

Videre foreligger det kun i de sjeldne tilfeller nok skriftlige bevis som kan vise at trakassering har skjedd. Men også da må retten se bevisene i lys av andre faktorer og foreta en konkret helhetsvurdering.

Det som gjør trakasseringssaker veldig utfordrende for retten er at det dreier seg om et mellommenneskelig fenomen som det kan være vanskelig å forstå og regulere rettslig, og at det i stor grad dreier seg om subjektive opplevelser.

Høyesterettsdommene om trakassering kan illustrere noen av utfordringene knyttet til bevisvurderingen i trakasseringssaker.

I Nera- dommen vurderte retten hvorvidt det forelå tilstrekkelige bevis for trakassering slik at arbeidsgiver kunne holdes erstatningsansvarlig etter skl. § 2-1.<sup>102</sup> Uenighetene i saken gjaldt i første rekke bevisene, altså det som faktisk hadde foregått mellom A (arbeidstaker) og B (leder), og i forlengelsen av det, hva B burde ha forstått av As opplevelse.

A oppfattet ulike endringer i stillingsinstruksen og lederens generelle væremåte og kroppsspråk som trakassering. Når det gjelder endringene i stillingsinstruksen ble det av retten fremholdt at disse var innenfor arbeidsgivers styringsrett. I retten kom det frem ulike vitneforklaringer om B sin generelle væremåte. Noen ansatte mente at B som leder var god, effektiv og hjelpsom, mens andre mente at han var arrogant og krevende. Men ingen kunne vitne om direkte trakasserende handlinger. A bygget sine uttalelser på rent subjektive opplevelser. I lys av psykiaterrapporten om As spesielle personlighet, fant ikke retten det som tilstrekkelig bevist at trakassering hadde funnet sted. Med en bevisbyrde liggende på A alene kan det bli slik.

---

<sup>102</sup> RT- 2004- 1844

I Moelven Mjøsbruk- dommen uttalte førstvoterende om bevisvurderingen at siden trakassering ikke har «noe fastlagt faktisk og rettslig innhold, og det i rettspraksis synes å være lite omkring fenomenet (...), vil det i erstatningsrettslig sammenheng stille domstolene for vanskelige spørsmål både når det gjelder bevisbedømmelse og rettsanvendelse». <sup>103</sup>

I vurderingen av de faktiske forhold i saken så retten på flere konfliktepisoder mellom arbeidstaker (A) og leder (B). I det som ble kalt «lommedelseepisoden» hevder A at B opplevde et prestisjenederlag på grunn av uenigheter om bruk av maskiner, og derfor gikk inn for å trakassere sistnevnte. B skal ifølge A ha stukket fingrene i ryggen hans for å skremme ham og var overvåkende. Høyesterett fant imidlertid at påstandene ikke kunne underbygges med nok bevis, da det manglet vitner og A ikke hadde rapportert om forholdet til ledelsen eller andre. A fikk derfor ikke medhold.

I Stryn- Apotek dommen fikk saksøkerne derimot medhold i erstatningskravet mot lederen. Grunnlaget for erstatningen var kontraktsbrudd. I saken hadde filiallederen (A) trakassert tre ansatte som etter hvert måtte sykemelde seg i flere episoder og til slutt opphøre helt. Det er en høy terskel for å påberope seg kontraktsbrudd på grunn av et dårlig arbeidsforhold. Men As opptreden var ifølge retten alvorlig nok. I bevisvurderingen la retten vekt på flere forhold. A hadde detaljstyrt og kontrollert de ansatte og ofte lagt igjen små lapper med instruksjoner. Et vitne kunne bekrefte de ansattes historie og uttalte at As negative atferd gav «inntrykk av overvåking og nedvurdering av de ansatte».

Gjennomgangen av de to høyesterettsdommene viset viktige aspekter ved bevisvurderingen. Den subjektive opplevelsen til saksøkerne ble tatt som utgangspunkt for bevisvurderingen, men det er de objektive forhold og bevis som har hatt avgjørende betydning. Herunder fremkom det at vitneforklaringer og skriftlige bevis ble ansett som særlig viktige bevis.

I Moelven Mjøsbruk- dommen ble det i bevisvurderingen ansett som negativt at arbeidstakeren ikke hadde rapportert om hendelsene til tillitsvalgte eller ledelsen. I en tingrettsdom om trakassering med avskjed som følge, ble det bevismessig ansett som bra at arbeidstakeren hadde rapportert om hendelsene til legen og ledelsen.<sup>104</sup> Det er synes dermed å være hensiktsmessig at arbeidstakeren oppsøker tillitsvalgte, ledelsen eller andre slik som psykolog, lege, bedriftshelsetjenesten o.l. og sier fra om opplevelsene. Rapporter og dokumentasjoner kan understøtte klagers versjon av hendelsene.

---

<sup>103</sup> RT- 1993- 616 s. 621

<sup>104</sup> Sak 16- 173614TVI

### 4.3 Beviskrav og bevisbyrde etter diskrimineringslovgivningen

Bevisreglene i diskrimineringslovgivningen er regulert i de enkelte lovene, til forskjell fra arbeidsmiljøloven. Reglene om beviskrav og bevisbyrde er identiske i de fire likestillings- og diskrimineringslovene<sup>105</sup> og skal derfor tolkes på samme måte.<sup>106</sup>

I diskrimineringslovenes bevisbestemmelse følger beviskravet i bokstav a) og regelen om delt bevisbyrde i bokstav b). Etter bevisregelen i eksempelvis likestillingsloven § 27 skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:

a) det foreligger «omstendigheter» som gir «grunn til å tro» at det har skjedd diskriminering og

b) den ansvarlige «ikke sannsynliggjør» at diskriminering «likevel ikke» har funnet sted.

#### 4.3.1 Beviskrav

I bokstav a) må begrepet «omstendigheter» etter ordlyden tolkes vidt og tilsier at det meste kan føres under beviskravet "grunn til å tro", jf. likestillingsloven § 27

Vilkåret «grunn til å tro» kan forstås på ulike måter. Det kan bety at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt. Men det kan også bety at sannsynlighetskravet ligger nærmere 50 % fordi motstykket er at det ikke er «grunn til å tro». Ordlyden hva gjelder beviskravet er dermed uklar.

Forarbeidene<sup>107</sup> om innføringen av de nye bevisbyrdereglene i likestillingsloven gir en god og grundig redegjørelse av bevisreglene og vil derfor i det videre brukes for å se nærmere på reglenes innhold.

Formuleringen «grunn til å tro» angir etter forarbeidene en lempeligere standard enn det alminnelige overvektspinsippet i sivile saker. Det er imidlertid ikke nok med bare påstander om diskriminering. Det kreves mer. Imidlertid kreves det ikke sannsynlighetsovervekt her.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Likstl. § 27 (1), sokrl § 23 (1), dtl. § 30 og etnl. § 24 (1)

<sup>106</sup> Prop. 88 L (2012- 2013) s. 167

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 35(2004-2005) s. 57

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 35(2004-2005) s. 57

Det må etableres en *presumpsjon* fra klageren om at diskriminering har skjedd. Det vil si at hvis det foreligger «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd, så legges dette til grunn til noe annet er bevist.

En påstand om trakassering fra klager må vurderes opp mot «hendelsesforløpet» og saken «ytre omstendigheter». <sup>109</sup> Det må foreligge en tilstrekkelig *årsakssammenheng* mellom den påstått trakasserende handlingen, unnlatelsen eller praksisen og det påberopte rettsgrunnlaget. <sup>110</sup> Dette følger av ordlyden «på grunn av» i for eksempel likestillingslovens definisjon av diskriminering.

Det er herunder ikke et krav om at påstanden må styrkes av andre bevismidler i form av dokumenter eller vitner så lenge objektive faktorer i tilstrekkelig grad underbygger påstanden. Det kan således utledes et lavere beviskrav for klager etter diskrimineringslovene enn i andre sivile saker – herunder trakasseringssaker etter aml. § 4-3 (3).

#### 4.3.2 Bevisbyrde

En naturlig språklig forståelse av bevisbestemmelsens bokstav b) sett i lys av a) tilsier at det foreligger diskriminering hvis det kan bevises, forutsatt at den saksøkte deretter ikke kan motbevise det.

Bestemmelsen er et uttrykk for regelen om «delt bevisbyrde». Regelen må forstås slik at hvis det foreligger «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd fordi klager har klart å fremskaffe nok opplysninger som taler for det, påhviler det den innklagede å motbevise påstandene. Hvis beviskravet «grunn til å tro» er oppfylt går bevisbyrden fra klageren til innklagede, som da må etablere en bevisovervekt på mer enn 50 % sannsynlighet for at diskriminering ikke har skjedd.

Ved overføring av bevisbyrden til innklagede må retten dermed foreta en vanlig bevisvurdering med sannsynlighetsovervekt. Vekten av bevisbyrden innklagede får, er avhengig av styrken på bevisene klageren fremlegger. <sup>111</sup> Hvis det fortsatt er tvil om det faktiske forholdet i saken etter en slik samlet bevisvurdering, vil tvilsrisikoen påhvile den innklagede.

Dette står i motsetning til bevisvurderingen etter aml. § 4-3 (3) der tvilsrisikoen påhviler klager ved bevisvilk.

---

<sup>109</sup> Ot.prp. 35 (2004-2005) s. 56

<sup>110</sup> <http://www.juristkontakt.no/i/2015/8/juko-2015-08-811>

<sup>111</sup> Else McClimans (2013) foredrag om «EU gender equality»



### 4.3.3 Bakgrunn for innføringen av bevisbyrderegelen

Bevisbyrderegelen har sin bakgrunn fra implementeringen av bevisbyrdedirektivet 97/80/EF i likestillingsloven § 16 (1978). Regelen ble deretter foreslått innført i de andre diskrimineringslovene. Lovgiveren så ingen grunn til at Norge skulle ha et lavere beskyttelsesnivå mot diskriminering enn det som eksisterte etter EU-regelverket. De samme bevisbyrderegler ble derfor innført i aml. § 13-1 og likestillings- og diskrimineringslovene, og gjelder både i og utenfor arbeidslivet.

Et hovedformål bak bevisbyrderegelen er at den skal effektivisere diskrimineringsvernet. Saksforholdet i en trakasseringssak er ofte uoversiktlig og bevisføringen vanskelig. I de fleste tilfeller er det den påståtte trakassør som sitter inne med mest informasjon om forholdet og kan forklare sine intensjoner bak handlingene. Derfor ønsket man å gjøre det innledende beviskravet lempeligere for klageren, slik at bevisbyrden enklere går over til innklagede, som da må gjøre rede for sine handlinger.

Det andre hovedformålet bak regelen er at den skal virke preventiv, i den forstand at det er en oppfordring til å bli mer bevisst sine handlinger og plikter.<sup>112</sup> Dette er særlig viktig hva gjelder arbeidsgivere. Bevisbyrderegelen gjør at innklagede i mindre grad kan forholde seg passivt til anklagene, hvis det allerede foreligger en presumsjon om diskriminering har skjedd.<sup>113</sup>

Men hva skal konkret til for at det innledende beviskravet «grunn til å tro» etter diskrimineringslovgivningen er oppfylt? I det videre vil jeg undersøke nettopp dette ved å se på relevant rettspraksis og nemndspraksis.

### 4.3.4 Rettspraksis

Hva som ligger i at beviskravet skal tolkes «lempeligere» i diskrimineringslovgivningen, er et tolkningsspørsmål som EU-direktivene har overlatt til de nasjonale domstolene å avgjøre.

En høyesterettsdom fra 2014 kan her være retningsgivende.<sup>114</sup> Dommen behandlet spørsmålet om arbeidsgiver i strid med likestillingsloven §§ 3, jf. 4 (2), hadde lagt vekt på kjønn da B ble utnevnt som kontreadmiral og beordret til å bli forsvarsjef ved et skolesenter.

---

<sup>112</sup> Ot.prp.nr. 33 s. 143

<sup>113</sup> Ot.prp.nr. 35 s. 57

<sup>114</sup> RT. 2014 -1161 s. 402

Likestillingsloven fra 1978 ble anvendt <sup>115</sup>, men retten gjorde det klart at dette ikke betydde materielle endringer fra dagens lov. Klageren (A) i saken var en mann som følte seg forbigått av staten v/ Forsvarsdepartementet i ansettelsesprosessen. Retten kom etter en samlet bevisvurdering til at ansettelsen av B ikke var et brudd på likestillingsloven §§ 3, jf. 4 (2). Avgjørelsen ble avsagt under dissens (4:1).

Innledningsvis i vurderingen uttalte førstvoterende at for å oppfylle det innledende beviskravet, krevdes det «holdepunkter» eller «indikasjoner» på at usaklig forskjellsbehandling på grunn av kjønn hadde forekommet. Det forhold at andre fremstår som bedre kvalifisert, kan i seg selv være tilstrekkelig til at slike holdepunkter foreligger ifølge retten. Mens indikasjoner også kan fremgå av eksempelvis ansettelsesvedtak eller andre sakspapirer. <sup>116</sup>

I bevisvurderingen la retten vekt på et dokument X der det stod at det at B var kvinne kunne «bidra til å profilere Forsvaret på en svært positiv måte». Disse uttalelsene gav «grunn til å tro» at forskjellsbehandling på grunn av kjønn kunne ha forekommet, og bevisbyrden gikk dermed over på staten.

Bruken av begrepene «holdepunkter» og «indikasjoner» i dommen kan antyde at det skal legges til grunn et lavt beviskrav innledningsvis. Dette understøttes av at det ikke krevdes mye i vurderingen før beviskravet var oppfylt. En uttalelse i et dokument var her nok.

Etter overføringen av bevisbyrden til staten, uttalte retten at det skulle foretas bevisvurdering der særlig «begivenhetsnære» bevis skulle vektlegges og slutninger skulle trekkes på basis av «objektive forhold», der vitneforklaringer fra dem som deltok i ansettelsesprosessen var av særlig bevismessig interesse. Dette viser at retten etter overføringen av bevisbyrden foretok en alminnelig sivilrettslig bevisvurdering.

Det er per i dag (2017) ikke kjent at Høyesterett har avgjort flere dommer der det ble gjort rede for bevisreglene som i denne. Dette kan skyldes at bevisbyrderegelen enda er forholdsvis ny i norsk rett. Foruten det er det få saker som kommer til domstolene. De fleste saker blir fanget opp og håndhevet av forvaltningspraksis, herunder Likestillings og diskrimineringsombudet og -nemnda. Derfor får nemndpraksis en større vekt som rettskilde på diskrimineringsområdet til å forstå hvordan bevisreglenes anvendes i praksis i trakasseringssaker.

---

<sup>115</sup> Lov nr. 45/ 1978

<sup>116</sup> RT. 2014 -1161 s. 402 avsnitt 64

I det videre vil jeg foreta en kort gjennomgang av seneste nemndspraksis som omhandler trakassering, og se på se nærmere på hvordan bevisreglene anvendes i praksis i slike saker.

#### 4.3.5 Nemndspraksis

En av de seneste trakasseringssaker er sak 99/2015.<sup>117</sup> Saken gjaldt spørsmålet om B (arbeidsgiver) handlet i strid med forbudet mot trakassering på grunn av kjønn overfor A. Klageren A er en kvinne som arbeidet som eneste kvinnelig mekaniker ved et verksted. A kom etter hvert ikke overens med kollega C og D, som hun mente seg dårlig behandlet av, i tillegg til at de hadde kommet med nedsettende uttalelser til henne.

I bevisvurderingen sluttet nemnda seg hovedsakelig til ombudets tidligere behandling av saken. Ombudet vurderte først spørsmålet om det var «grunn til å tro» at trakassering hadde forekommet. Herunder ble det understreket at det kreves en «viss alvorlighet» og at ikke «enhver plagsom handling» omfattes.

A anførte at C, da det skulle løftes en tom lufttank, skal ha uttalt: «det skulle løftes av en annen» Trenger en mann». Ved en anledning skal han ha sagt: «dette gikk alt for seint! Du gjør ikke jobben din! Udugelig!» Hun ble i tillegg overvåket av C selv om hun ikke hadde spurt om hjelp. D skal blant annet ha sagt: «Du er ikke ferdig. Slutt å sluntre, du gjør bare feil» og «... du [vet ikke] hva du skal eller holder på med. Ta og pakk sammen for dagen ...». Behandlingen ved verkstedet skal ha gjort A syk og hun hadde etter dette slitt med stress og angst.

D og C bestred at de trakasserte henne på grunn av kjønn. D medgav at han til tider kunne være krass i sin væremåte overfor mekanikere, men at det er uavhengig av en persons kjønn.

Både uttalelser fra As familie, venner og lege, viste derimot at A hadde opplevd situasjonen på arbeidsplassen som utfordrende og en stor belastning.

Nemnda fremhevet imidlertid her at klager ikke hadde klart å oppfylle beviskravet innledningsvis. Særlig fordi det var påstand mot påstand, og forklaringene fra de andre ikke ble ikke ansett som tilstrekkelige. Påstandene hadde ikke passert en «viss alvorlighet». Nemnda la derfor til grunn at denne saken heller handlet om en personalkonflikt, og ikke kjønnsdiskriminering.

---

<sup>117</sup> Sak nr. 99/2015

Avgjørelsen tyder på at det kreves *tydelige* holdepunkter som kan underbygge klagers påstander om diskriminering og at disse må være av en «viss alvorlighet» for å oppfylle beviskravet. Dette synes å stride mot lovgivers intensjon om at beviskravet innledningsvis skal tolkes lempeligere enn etter sivilrettslige bevisregler. I motsetning til det var det i høyesterettsdommen fra 2014 nok med en enkel uttalelse for å oppfylle beviskravet og overføre bevisbyrden på innklagede.<sup>118</sup>

I sak 53/2014 var spørsmålet om en stiftelse B hadde handlet i strid med forbudet mot trakassering på grunn av etnisk opprinnelse og religion, jf. diskrimineringsloven § 5.<sup>119</sup> Ved vurderingen av beviskravet «grunn til å tro» uttalte nemnda at det kreves «noe mer» enn kun påstander og at det må foreligge «ytterligere holdepunkter». Dette måtte ses i sammenheng med at «det å bli anklaget for trakassering er alvorlig». Uklare bevis kunne derfor ikke legges til grunn ifølge ombudet.<sup>120</sup>

A jobbet på en gård drevet av stiftelsen. A hevdet at hun i tiden hun jobbet på gården ble utsatt for trakassering. Hun skal ha blitt kalt «rasist» på bakgrunn av at hun er hvit og trakassert fordi hun er jødisk. Z anklaget henne for rasehat av tyske D og E fremsatte flere sårende kommentarer, som for eksempel «om hun ikke var redd for ikke å få en annen jobb». I følge henne medvirket flere medlemmer i ledelsen gården, ved å ikke hindre trakasseringen.

Men i følge arbeidsgiver B, involverte ledelsen seg i saken etter at både A og D hadde fremsatt gjensidige klager på hverandre om rasistiske holdninger. Det foreligger likevel ingen referater fra samtalene. D og E bestred anklagene fra A. Det var dermed et tilfelle av påstand mot påstand. I følge nemnda fantes det ikke tilstrekkelige holdepunkter for å etablere en presumsjon om trakassering. Møtet med ledelsen var ikke nok, og det fantes ingen skriftlige bevis. Beviskravet var derfor ikke oppfylt. Klagen til A førte ikke frem.

I en sak fra 2014<sup>121</sup> var spørsmålet om A hadde blitt trakassert på grunn av religion av B, ved arbeid i sistnevntes hjem. Saken reiste videre spørsmål om kommunen som arbeidsgiver kan holdes ansvarlig for trakasseringen, og om kommunen handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av religion da As arbeidskontrakt ikke ble forlenget, jf. diskrimineringsloven §§ 4 og 5.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> RT. 2014 -1161 s. 402

<sup>119</sup> Lov nr. 33/2005

<sup>120</sup> Sak nr. 53/2014 s. 5

<sup>121</sup> Sak nr. 11/2014

<sup>122</sup> Lov nr. 33/2005

A var muslim og brukte hijab. A hadde siden 2008 vært personlig assistent for B, og har vært ansatt i kommunen i 4 år (ikke fast). A anførte at B hadde utsatt henne for trakassering på grunn av hennes religion. Hun nevnte en hendelse den 11.juli 2012 der B med hat i øynene skal ha uttalt at hun mislikte As religion sterkt. Hun ble sykemeldt som følge av dette. Den 22 august samme år var A tilbake på jobb, men ble igjen sykemeldt kort tid etter fordi B på ny skal ha utsatt henne for trakassering. Hendelsene skjedde på tomannshånd mens A jobbet hos B.

Nemnda viste først i bevisvurderingen til at det etter loven må foreligge «grunn til å tro» at trakassering har skjedd, og at dette viser til en «lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt». <sup>123</sup>

I følge nemnda var det tilstrekkelig «grunn til å tro» at B hadde kommet med trakasserende uttalelser mot A. Beviskravet var dermed oppfylt. Det er i denne forbindelsen lagt vekt på forklaringen fra A om hva som har skjedd. <sup>124</sup> B innrømmet også at det hadde falt noen bemerkninger uten at hun ønsket å si hva som ble sagt direkte. Dette ble sett i sammenheng med misnøyen fra B om at A ba i soverommet hennes, og at Bs mor ikke ønsket at A jobbet hos henne. Bevisbyrden ble dermed overført til B og det ble foretatt en samlet bevisvurdering.

Nemndas vurdering her er interessant, da den for eksplisitt nevner at beviskravet innledningsvis skal tolkes «lempeligere». I de andre sakene jeg har gjennomgått har nemnda ikke gjort det samme. Videre uttalte nemnda at klagerens subjektive opplevelser måtte tillegges vekt i vurderingen. Dette står i kontrast til de to forutgående nemndsaker der klagers subjektive opplevelser ikke ble tillagt vekt, selv om klageren hadde fortalt andre om opplevelsene.

Saken kan sies å være i overenstemmelse med lovgivers og høyesterettspraksis sin intensjon om å tolke beviskravet innledningsvis lempeligere. Men gjennomgåelsen av nemndspraksis viser her også at hvor «lempelig» beviskravet tolkes kan variere veldig etter det konkrete faktum som foreligger i saken.

Dette gjelder også for nemndsaker der bevisreglene i aml. § 13-8 ble anvendt. <sup>125</sup> Det bemerkes her at det er ingen forskjeller i bevisreglenes innhold og formål etter aml. § 13-8 og diskrimineringslovene.

---

<sup>123</sup> Ot.prp. nr. 33 (2004- 2005) s. 130

<sup>124</sup> Sak nr. 11/2014 s. 9

<sup>125</sup> Sak nr. 6-2/ 2015, Sak nr. 9/2007, Sak nr. 15/2009, Sak nr. 10/ 2013

#### 4.4 Oppsummering

Gjennomgangen av rettspraksis- og nemndpraksis har så langt vist sprikende vurderinger av beviskravet «grunn til å tro». I flere nemndsaker har nemnda fortolket klagers beviskrav innledningsvis strengere enn det er lovgivers intensjon. I noen saker synes nemnda til og med innledningsvis allerede å foreta en mer omfattende bevisvurdering som kan minne om bevisvurderingen etter sivilrettslige prinsippet.

Som eksempel ble det i vurderingen av beviskravet brukt både skriftlige dokumenter og digitale bevis, vitneforklaringer, partsforklaringer og bevis nemnda selv syntes kunne virke klargjørende. Ombudets tidligere vurderinger ble også i noen saker tillagt vekt.<sup>126</sup> Nemnda tok dermed ikke kun hensyn til klagers bevisfremleggelse innledningsvis, slik det gjøres vanligvis etter en alminnelige sivilrettslige bevisregler. Det må imidlertid bemerkes at ordlyden i hvis «foreligger» omstendigheter som gir grunn til å tro (...) <sup>127</sup> er vidt formulert og avgrenser dog ikke mot at bevis kan fremskaffes av både klager selv og andre.<sup>128</sup>

I noen nemndsaker virket det å være tilstrekkelig med kun subjektive opplevelser uten vitner tilstede.<sup>129</sup> I andre tilfeller var subjektive opplevelser, i tillegg til forklaringer fra andre som kunne bekrefte den trakassertes versjon av historien, ikke nok til å oppfylle beviskravet.<sup>130</sup>

I sak 53/2014 uttalte nemnda at det krevdes en «viss alvorlighet» for at klagers påstander kunne anses å oppfylle beviskravet. Her ble den påstått trakassertes opplevelser om at hun ble kalt «rasist» imidlertid ikke ansett som alvorlig nok. Heller ikke det at ledelsen hadde kalt henne og en annen inn til konfliktmegling angående uttrykket var tilstrekkelig bevis.

Samlet gir nemndpraksisen uttrykk for at det må *tydelige* nok holdepunkter til å oppfylle beviskravet. Dette kan muligens ses i sammenheng med nemndas uttalelse i sak 53/2014 om at det å bli anklaget for trakassering er «alvorlig». Hvis beviskravet innledningsvis er oppfylt, betyr dette at trakassering eller diskriminering legges til grunn. En slik presumpsjon kan virke stigmatiserende for innklagede. Det kan derfor tenkes som en grunn til at nemnda er varsom med å legge en presumpsjon om trakassering til grunn, uten tilstrekkelig *tydelige* bevis.

---

<sup>126</sup> Sak nr. 6-2/2015

<sup>127</sup> Likstl. § 27 (1)

<sup>128</sup> Hellum (2008) s. 328

<sup>129</sup> Sak nr. 11/2014

<sup>130</sup> Sak nr. 99/2015

Det kan også tenkes at det blir tatt hensyn til innklagedes rettssikkerhet.

Angående dette fremgår det imidlertid av forarbeidene at rettssikkerheten ivaretas ved at det uansett skal foretas en alminnelig bevisvurdering med krav til sannsynlighetsovervekt når bevisbyrden overføres til innklagede.<sup>131</sup> Kontradiksjonsprinsippet er slik også ivaretatt.

Det er ikke enkelt å fastslå hvilke spesielle vurderingsmønstre nemnda legger til grunn i forståelsen av beviskravet. Det er klart at nemnda må foreta en konkret vurdering i hver enkel sak, der flere individuelle faktorer kan påvirke vurderingen.

Etter en grundig gjennomgang av bevisreglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovgivningen, samt tilhørende relevant retts- og nemndpraksis, er spørsmålet videre om en harmonisering av bevisreglene i regelverkene hadde gitt arbeidstakeren et bedre vern mot trakassering.

## **5 Avsluttende vurdering**

### **5.1 Vil innføring av en regel om «delt bevisbyrde» i aml. § 4-3 (3) gi arbeidstakeren et bedre vern mot trakassering?**

Redegjørelsen av trakasseringsbegrepet innledningsvis har vist at begrepet i stor grad er sammenfallende i begge regelverk. Den viktigste forskjellen er at i diskrimineringslovgivningen kan også enkelthendelser regnes som trakassering hvis de er alvorlige nok, mens det etter aml. § 4-3 (3) er vanlig å se om de negative hendelsene har forekommet flere ganger og over lengre tid. Imidlertid skal det etter begge regelverk foretas en helhetsvurdering der vurderingsmomentene tilpasses den konkrete saken, og *kan* ha innvirkning på vurderingen men *må* ikke. Dette må ses i sammenheng med at trakassering etter loven er en «rettslig standard».

Men selv om trakasseringsbegrepet forstås nærmest likt i regelverkene, er ikke bevisreglene de samme. Etter aml. § 4-3 (3) anvender retten en alminnelig sivilrettslig bevisvurdering der klager innledningsvis må kunne påvise en 50% sannsynlighetsovervekt for at trakassering har skjedd. Klarer ikke klageren det går tvilsrisikoen utover han.

---

<sup>131</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 57

Bevisvurderingen etter aml. § 13-8 og diskrimineringslovene har derimot en todelt vurdering.<sup>132</sup>

Først skal det vurderes om beviskravet «grunn til å tro» innledningsvis er oppfylt, ved å se om klagers påstander kan underbygges med tilstrekkelige ytre omstendigheter eller holdepunkter. Hvis dette ikke foreligger, avsluttes saken allerede på dette punktet.

Hvis det foreligger tilstrekkelige indikasjoner, etableres det en *presumsjon* om at diskriminering har funnet sted. Innklagede må da bevise at trakassering ikke har skjedd. I denne andre vurderingen gjelder alminnelig sannsynlighetsovervekt. Tvilsrisikoen går utover innklagede ved bevistvil.

Men er det gode grunner som taler for at lovgiveren skal oppstille ulike bevisregler i de to regelverk?

Det lave beviskravet i diskrimineringslovgivningen er for det første begrunnet i hovedformålet om å sikre et mer effektivt diskrimineringsvern og gjøre det enklere for klager å igangsette en rettslig prosess, gitt den vanskelig bevissituasjonen den trakasserte ofte befinner seg i, og der det vanligvis er innklagede (påstått trakassør) som sitter med den meste informasjon.<sup>133</sup>

En lagmannsrettsdom som kan illustrere bevisbyrderegelens effekt, er LA–2009-202366. Saken gjaldt oppsigelse av ansatt B i prøvetid, jf. aml. § 15-6, og påstand om seksuell trakassering jf. likestillingsloven § 8a. A er innehaver av en frisørsalong der B jobbet. I følge B ba A henne om å massere hodebunnens hans ved en vask, samtidig som han så på en pornografisk film. A skal ved flere anledninger også ha prøvd å kysse B, skifte klær foran henne og lignende. Da B avviste alle forsøk på seksuelle tilnærmelser endret As oppførsel seg til trakassering. Disse forhold skal ha vært årsaken til A til slutt sa opp B. Det var ingen vitner tilstede under noen av de anførte hendelsene. Bs forklaringer ble kun støttet av vitneforklaringer fra hennes sønn og venninne, og noen medisinske journaler. Dette var tilstrekkelig for at lagmannsretten fant at det var «*grunn til å tro*» at seksuell trakassering hadde funnet sted, jf. likestillingsloven § 8a. A kunne ikke sannsynliggjøre at seksuell trakassering ikke hadde skjedd og B fikk følgende medhold i saken.

Bevisvurderingen i dommen viser at selv uten vitner fant retten at det forelå nok bevis til å oppstille en *presumsjon* om at seksuell trakassering hadde skjedd, og bevisbyrden ble som følge overført på innklagede.

---

<sup>132</sup> Hellum (2008) s. 323

<sup>133</sup> Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) s. 143



Det er riktignok slik at utenforstående kunne bekrefte Bs historie. Likevel er det høyst tvilsomt at en slik bevisføring hadde vært tilstrekkelig etter aml. § 4-3 (3), da mangel på vitner blir ansett som en viktig bevismangel, slik bl.a. Moelven- Mjøsbruk-dommen har vist.

Når det gjelder mangelen på vitner, bemerket retten i lagmannsrettsdommen at det ligger i «sakens natur» at den som ønsker å utsette noen for seksuell trakassering sørger for at det skjer uten at andre er tilstede.<sup>134</sup>

Det er imidlertid veldig vanlig at trakassering, også etter aml. § 4-3 (3), skjer på tomannshånd. En arbeidsgiver som eksempelvis trakasserer en ansatt på grunn av hans personlighet, væremåte, posisjon eller holdninger, vil også ønske å skjule handlingene sine. Det samme vil en arbeidsgiver gjøre som utsetter en arbeidstaker for uønsket seksuell oppmerksomhet eller er trakasserende ved å kommentere upassende om en arbeidstakers etnisitet, religion eller kjønn. Trakasseringens effekter er de samme, og kan være like psykisk belastende for de involverte.

Det er derfor minst like viktig for en arbeidstaker etter aml. § 4-3 (3) å kunne forholde seg til en bevisregel som gir en reell mulighet til å få saken rettslig prøvd, som det er for en arbeidstaker som påberoper seg et diskrimineringsgrunnlag for trakasseringen. Dette taler for å innføre en regel om delt bevisbyrde i aml. § 4-3 (3).

Beviskravet slik det er i dag i aml. § 4-3 (3) med en sannsynlighetsovervekt på mer enn 50%, synes for høyt sett i lys av den vanskelig bevissituasjonen saksøker er i.

Det har tidligere vært forslag om å innføre tilsvarende bevisbyrderegel i aml. § 4-3 (3) som i diskrimineringslovene. Lovgiver ville imidlertid ikke innføre regelen med begrunnelsen om at bestemmelser som gjelder det *psykososiale arbeidsmiljøet* «i likhet med de øvrige arbeidsmiljøbestemmelsene, er av offentligrettslig art og håndheves av det offentlige. Det anses ikke naturlig eller hensiktsmessig å knytte regler om bevisbyrde til slike regler».<sup>135</sup>

Det kan stilles spørsmålsteget ved om en slik begrunnelse er tilstrekkelig, når interessen som står på spill muligens er et mer effektivt vern mot trakassering for arbeidstakere etter aml. § 4-3 (3).

---

<sup>134</sup> LA – 2009- 202366 s. 6

<sup>135</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004- 2005) s. 100

Diskrimineringsstilfeller kan påvirke det psykososiale arbeidsmiljøet i like stor grad som trakasseringstilfeller etter aml. § 4 – 3 (3), da begge fenomener er av mellommenneskelig art og innebærer krenkende handlinger som kan virke negativt både på den som blir utsatt for dem og nærmiljøet.

Tilfeller der både arbeidsmiljøloven og likestillingsloven samtidig hevdes som grunnlag, som vist i saken over <sup>136</sup> og der bevisbyrderegelen blir brukt på hele vurderingen, behandles og håndheves allerede av domstolen. Dette taler for at det i praksis ikke er vanskelig å innføre regelen om delt bevisbyrde i trakasseringstilfeller etter aml. § 4-3 (3).

Da de reelle hensyn som begrunner regelen om delt bevisbyrde i diskrimineringslovgivningen også gjør seg gjeldende for trakasseringstilfeller etter aml. § 4-3 (3), taler hensynet til likhet i lovgivningen for at regelen også bør gjelde i sistnevnte regelverk. I den samme retningen taler likhet mellom bestemmelsene innad i arbeidsmiljøloven, slik at reglene er de samme etter aml. § 4-3 (3) som aml. § 13-8.

En mulig ulempe med å innføre bevisbyrderegelen i aml. § 4-3 (3) er at det vil kunne føre til en mengde saker som kun har en *presumsjon* om trakassering, men der bevismaterialet i sum er utilstrekkelig. En slik situasjon ville ha vært både tids- og kostnadskrevende. Noen ville muligens også ha forsøkt å utnytte et lavere beviskravet til sin fordel og påstå seg trakassert ut fra feil motiver, eksempelvis for å få erstatning. Det kan også tenkes at dette ville ha virket negativt på arbeidsmiljøet fordi man da ville være mer på vakt for å ikke trække noen på tærne. Videre vil det kanskje føre til økt stigmatisering.

Det er imidlertid lite sannsynlig at noen ville sette seg i en så vanskelig situasjon. Påstander alene hadde uansett ikke vært tilstrekkelig, selv med et lavere beviskrav. Det kreves som nevnt i tillegg ytre omstendigheter som kan underbygge at det foreligger *årsakssammenheng* mellom de aktuelle handlingene og det påberopte rettsgrunnlaget. Rettssystemet hadde trolig fanget opp slike usanne påstander tidligere.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om en innføring av delt bevisbyrde i aml. § 4-3 (3) i realiteten hadde utgjort en forskjell for den trakasserte. Retten må nemlig uansett legge til grunn det mest sannsynlige faktum etter at bevisbyrden er overført, og begge parter har ført sine bevis. Dette tilsier at bevisbyrderegelen i realiteten kanskje ikke ville føre til et bedre vern for arbeidstaker.

---

<sup>136</sup> LA – 2009- 202366

Imidlertid må lovgivers intensjon med regelen og høyesterettspraksis legges til grunn for hvordan regelen skal forstås og anvendes. Det fremgår av disse vektige rettskilder at beviskravet etter diskrimineringslovgivningen *skal* være lempeligere enn etter alminnelig sivilrettslige prinsipper.

Denne forskjellen i kravet til bevisets styrke, har stor praktisk betydning. Forskjellen er begrunnet i reelle hensyn. Klager vil for det første ha større muligheter til å få prøvd sin sak rettslig hvis kravene til bevis innledningsvis er lavere. I forarbeidene <sup>137</sup> er det foruten lagt til grunn at det også er lettere for den ansvarlige å føre bevis for at en ulik behandling ikke er i strid med loven hvis det er fremlagt konkrete bevis som etablerer en presumsjon. <sup>138</sup>

En viktig forskjell i bevisreglene er videre at tvilsrisikoen forblir hos klageren etter aml. § 4-3 (3) hvis han ikke klarer å fremskaffe nok bevis. Etter diskrimineringslovgivningen går imidlertid tvilsrisikoen over på innklagede, hvis det etter en samlet bevisvurdering fortsatt er tvil. Dette kan styrke klagers vern mot trakassering.

Det andre hovedformålet med bevisbyrderegelen er at den skal gi en preventiv effekt. <sup>139</sup> Hvis arbeidsgiveren får bevisbyrden på seg lettere, blir han nødt til å kunne gi gode begrunnelser og tilstrekkelig dokumentasjon for at trakassering ikke har funnet sted. Ideelt sett skal dette føre til at arbeidsgiveren blir mer bevisst sine handlinger og etablerer gode rutiner som sørger for et godt arbeidsmiljø og bedre mellommenneskelig samhandling.

Hvis en regel om delt bevisbyrde i aml. § 4-3 (3) kan føre til at arbeidsgiver foretar tiltak som kan hindre trakassering og undersøker konflikt- og trakasseringssituasjoner før de eskalerer, er dette i seg selv en god nok grunn til å innføre regelen også for alminnelig trakassering.

Hensynet til at klager skal få en reell mulighet til å prøvd sin sak og de preventive formål taler dermed for at det innføres en bevisbyrderregel i aml. § 4-3.

---

<sup>137</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004- 2005) s. 56- 57

<sup>138</sup> Hellum (2008) s. 329

<sup>139</sup> Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) s. 143

## 5.2 Hvordan påvirker dagens bevisregel arbeidstakerens mulighet til å få erstatning etter aml. § 4-3 (3)?

Det er blitt fremhevet i juridisk teori at dagens bevisregel i aml. § 4-3 (3) påvirker arbeidstakers mulighet til å få saken rettslig prøvd og til å få erstatning, negativt.<sup>140</sup>

Arbeidstaker som blir utsatt for trakassering kan i utgangspunktet fremme et erstatningskrav mot arbeidsgiver. Det må her skilles mellom erstatning for lidt økonomisk tap, herunder også fremtidig tap og erstatning for ikke- økonomisk tap, såkalt oppreisning.

For å få erstatning kreves det at tre grunnvilkår for erstatning er oppfylt, som er at det må foreligge et ansvarsgrunnlag (uaktsomhetsansvar), økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom den skadegjørende handling og det påførte tap.

I situasjoner der en arbeidstaker over tid har blitt organisatorisk utstøtt, eller der trakasseringen har medført en sykemelding vil offeret ha liten mulighet for erstatning.<sup>141</sup> Dette skyldes at offeret ikke vil kunne sannsynliggjøre et økonomisk tap der man har mottatt fulle sykepenger fra folketrygden. Offeret er i så fall henstilt til å fremme krav på oppreisning etter skl. § 3-5.

Det vil imidlertid også være vanskelig for den trakasserte å nå frem med et oppreisningskrav. Dette skyldes for det første at et oppreisningskrav er personlig og ikke kan pålegges bedriften som sådan. Videre gjelder oppreisningsansvaret bare der gjerningsmannen er i en lederstilling hvor bedriften identifiseres med trakassør (organansvar). I tillegg til disse hindrene krever loven at trakassør har opptrådt med forsett eller grov uaktsomhet. Rettspraksis har vist at det stilles svært strenge krav før slik skyld anses bevist. Ingen av de foreløpig fire høyesterettsdommer<sup>142</sup> om trakassering har gitt trakasseringsofferet dom for oppreisning.

En oppsagt eller avskjediget arbeidstaker vil således ha bedre muligheter for erstatning etter aml. § 15-12, 2.ledd, enn et trakasseringsoffer som ikke makter å opprettholde arbeidsforholdet, jf. Apoteker- dommen<sup>143</sup>, der Høyesterett kom til at aml. 1977 § 62 (dagens aml. § 15-12) ikke kunne anvendes analogisk i slike tilfeller.

---

<sup>140</sup> Storeng (2016) s. 325

<sup>141</sup> Storeng (2016) s. 325

<sup>142</sup> Moelven- Mjøsbruk (RT- 1993- 616) Falken (RT- 1997- 1506), Apoteker (RT- 1997-1506) og Nera (RT- 2004-1844)

<sup>143</sup> RT- 1997- 1506

Noen av de fremste arbeidsrettsadvokater i dag råder arbeidstakere som er trakassert derfor å være veldig tilbakeholdne med å gå til erstatningssak mot arbeidsgiver og heller prøve å få til et avviklingsavtale eller vende blikket fremover for å komme inn i annet inntektsgivende arbeid.<sup>144</sup>

En samlet vurdering, der det legges vekt på at trakasseringsbegrepet i begge regelverk i stor grad skal forstås likt<sup>145</sup> og de samme reelle hensyn og formål bak bevisbyrderregelen gjør seg gjeldende for alminnelig trakassering<sup>146</sup>, tilsier til sies at det bør innføres en bevisbyrderregel og et særlig objektivt erstatningsansvar i aml. § 4-3 (3), tilsvarende det man finner i diskrimineringslovgivningen.

Det er ingen gode grunner som taler for å ha et lavere rettslig vern for saker som omhandler alminnelig trakassering etter aml. § 4-3 (3), enn for trakasserings saker der det i tillegg påberopes et diskrimineringsgrunnlag.

---

<sup>144</sup> Storeng (2016) s. 321

<sup>145</sup> Ot.prp. nr. 49 s. 325

<sup>146</sup> Se pkt. 5.1

## Kilde- og litteraturliste

### Lover

- 2017 Lov av 16. juni 2017 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)
- 2013 Lov av 21. juni nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet)
- 2013 Lov av 21. juni nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- 2013 Lov av 21. juni nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering)
- 2005 Lov av 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2005 Lov av 3. juni om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
- 2005 Lov av 10. juni 2005 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
- 1978 Lov av 9. juni 1978 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
- 1977 Lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø

1969 Lov av 13. juni om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

### **Forskrifter**

1996 Forskrift om internkontroll av 6. desember 1996 nr. 112

### **Forarbeider**

Ot.prp.nr.44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Ot.prp. nr. 49 (2004- 2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN- konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov

Ot.prp.nr. 33 (2004- 2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot.prp. nr.104 (2002- 2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Ot.prp. 48 (1989- 1990)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø, lov 21. mai 1971 nr. 47 om brannfarlige varer, lov 14. juni 1974 nr. 39 om eksplosive varer, lov 5.juni 1987 nr. 26 om brannvern, lov 13.mars 1981 nr. 6 om forurensninger og om avfall og lov 11.juni 1976 nr. 79 om produktkontroll – internkontroll

## **Proposisjoner**

Prop. 88 L (2012- 2013)

Om diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminering- og tilgjengelighetsloven)

## **Norges offentlige utredninger**

NOU 2004: 5

Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU 2003: 2

Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU 1996: 6

Arbeidstakers stilling i konsernforhold m.v.

## **Høyesterettspraksis**

HR- 2016- 2579-A

RT- 2014- 1161

RT- 2011- 964

RT- 2010- 202

RT- 2004- 1844

RT- 1997- 786

RT- 1997- 1506

RT- 1993- 616

RT- 1993- 490

RT- 1996- 1401



## **Lagmannsrettspraksis**

LG- 2016- 81107

LA – 2009- 202366

## **Tingsrettspraksis**

Sak 16- 173614TVI

## **Nemndspraksis**

Sak nr. 99/2015

Sak nr. 6-2/ 2015

Sak nr. 53/2014

Sak nr. 11/2014

Sak nr. 10/ 2013

Sak nr. 29/ 2013

Sak nr. 15/2009

Sak nr. 9/2007

## **EU/EØS - direktiv**

Endringsdirektivet 2002/ 73/EF

EUs rådsdirektiv 2000/78/EF

Bevisbyrdedirektivet 97/80/EF

## **Juridisk litteratur**

Arbeidsmiljøloven med kommentarer (2017) Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth

Arbeidslivets spilleregler (2016) Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Thomas B. Svendsen

Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis (2016) Johansen Sønsteli, Atle og Einar Stueland

Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk (2012) Monsen, Erik

Arbeidsrett og styringsrett- et perspektiv  
Arbeidsrett og arbeidsliv.  
Bind 1, s. 3-32 (2003) Evju, Stein

Diskrimineringsrett og Likestillingsrett (2008) Hellum, Anne og Kirsten Ketscher

Innføring i prosess (2009) Hov, Jo

Berit Ås og hersketeknikkene (2007) Ås, Berit

Rettskildelære (2001) Eckhoff, Torstein

### **Annen litteratur**

Faktaundersøkelse (2016) Einarsen Ståle, Harald Pedersen, og Helge Hoel

Håndtering av konflikter og trakassering i arbeidslivet (2009) Einarsen, Ståle og Harald Pedersen

Bullying and Harassment at Work and Their Relationships to Work Environment Quality: And Exploratory Study (1994) Einarsen, Ståle, Raknes, Matthiesen, et.al.

## Øvrige rettskilder

Foredrag om «EU gender equality» (2013)

Else McClimans

[http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03\\_Burden\\_of\\_proof/McClimans\\_ERA\\_burden\\_of\\_proof\\_April\\_2013\\_EN.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/McClimans_ERA_burden_of_proof_April_2013_EN.pdf)

(sitert 22.11.17)

Arbeidstilsynet

<https://www.arbeidstilsynet.no/tema/trakassering/>

(sitert 22.11.17)

Arbeidstilsynet,

<https://www.arbeidstilsynet.no/tema/mobbing/>

(sitert 22.11.17)

Likestillings- og diskrimineringsombudets nettside

<http://www.ldo.no/>

(sitert 22.11.17)

Likestillings- og diskrimineringsnemndas nettside

<http://www.diskrimineringsnemnda.no/nb/innhold/side/forside>

(sitert 22.11.17)

Likestilling- og diskrimineringsombudet «Forbudet mot trakassering i arbeidslivet» (2014)

[http://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/rapporter\\_analyser/oppsummering-trakassering-10.06.14.pdf](http://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/rapporter_analyser/oppsummering-trakassering-10.06.14.pdf)

(sitert 22.11.17)

Statens arbeidsmiljøinstitutt (STAMI)

«Faktabok om arbeidsmiljø og helse 2015- status og utviklingstrekk» (2015)

<https://stami.no/publikasjon/faktabok-om-arbeidsmiljo-og-helse-2015-status-og-utviklingstrekk/>

(sitert 22.11.17)