



U i T

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Jobbing uten mobbing

Et studie av trakasseringsvernet i norsk arbeidsrett sammenlignet med andre beskyttede interesser som forbudet mot diskriminering, forbudet mot ulovlig gjengjeldelse og kravet til saklig grunn ved oppsigelse

Maud Bergesen

Stor masteroppgave i rettsvitenskap høsten/våren 2016/2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Tema for oppgaven	4
1.2	Aktualitet.....	7
1.3	Avgrensninger og presiseringer.....	8
1.4	Metode- og kildebruk	9
1.5	Terminologi	10
1.6	Den videre fremstillingen	11
2	Diskriminering	13
2.1	Utviklingen av diskrimineringsvernet i norsk rett.....	13
2.2	Det lovfestede forbudet mot diskriminering	19
2.2.1	Fellestrekk.....	19
2.2.2	De enkelte diskrimineringsgrunnlagene	19
2.2.3	Grunnvilkår for å fastslå diskriminering	21
2.3	Regler om bevisbyrde	22
2.4	Oppreisning og erstatning	23
3	Varsling	24
3.1	Utviklingen av vernet i norsk rett.....	24
3.2	Varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, jfr. aml. § 2-4.....	25
3.3	Arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling, jfr. aml. § 3-6	26
3.4	Vern mot gjengjeldelse ved varsling, jfr. aml. § 2-5	27
3.5	Regler om bevisbyrde	28
3.6	Oppreisning og erstatning	29
4	Usaklig oppsigelse	29
4.1	Utviklingen av vernet i norsk rett.....	29
4.2	Generelt om vernet mot usaklig oppsigelse, jfr. aml. § 15-7	31
4.3	Virkingen av usaklig oppsigelse mv., jfr. aml. § 15-12	32
4.4	Regler om bevisbyrde	32
4.5	Erstatning og oppreisning	33
5	Trakassering	33
5.1	Kort om kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.....	33
5.2	Utviklingen av trakasseringsvernet i norsk rett.....	34
5.3	Nærmere om innholdet i aml. § 4-3 tredje ledd	36
5.4	Seksuell trakassering	38
5.4.1	Generelt	38
5.4.2	Innholdet i likestillingsloven § 8 annet ledd annet pkt.	38
5.5	Trakassering som del av diskrimineringsforbudet	39
5.5.1	Generelt	39
5.5.2	Innholdet i trakasseringsbegrepet etter diskrimineringslovverket	40
5.6	Momenter i den rettslige standarden	41
5.6.1	Generelt	41
5.6.2	Negative handlinger	42
5.6.3	Gjentatte handlinger over tid.....	43
5.6.4	Styrkeforholdet mellom partene	45
5.6.5	Arbeidstakers subjektive opplevelse av situasjonen og en objektivt norm	46
5.6.6	Forholdet mellom trakasseringsbegrepene	48
5.7	Regler om bevisbyrde	49
5.8	Oppreisning og erstatning	49
6	Håndhevelse av de lovbeskyttede interesser	50

6.1	Generelt	50
6.2	Bevisbyrde og beviskrav	50
6.2.1	Diskriminering	52
6.2.2	Gjengjeldelse ved varslings.....	56
6.2.3	Usaklig oppsigelse.....	59
6.2.4	Trakassering.....	60
6.2.5	Sammenligning.....	62
6.3	Erstatning for økonomisk tap	66
6.3.1	Diskriminering	67
6.3.2	Gjengjeldelse ved varslings.....	69
6.3.3	Usaklig oppsigelse.....	70
6.3.4	Trakassering - oversikt over ansvarsgrunnlagene.....	72
6.3.5	Kontraktsansvar	73
6.3.6	Uaktsomhetsansvar.....	75
6.3.7	Arbeidsgiveransvar	77
6.3.8	Nærmere om økonomisk tap	80
6.3.9	Nærmere om kravet til adekvat årsakssammenheng	83
6.3.10	Sammenligning	84
6.4	Oppreisning for ikke-økonomisk tap	92
6.4.1	Diskriminering	92
6.4.2	Gjengjeldelse ved varslings.....	94
6.4.3	Usaklig oppsigelse.....	96
6.4.4	Trakassering.....	98
6.4.5	Sammenligning.....	103
6.5	Arbeidstilsynets kompetanse i trakasseringssaker	107
7	Samlede betraktninger	111
7.1	Oppsummering	111
7.1.1	Trakasseringbegrepene	112
7.1.2	Bevisbyrdereglene.....	114
7.1.3	Erstatning for økonomisk tap	115
7.1.4	Oppreisning for ikke-økonomisk tap.....	116
7.2	Refleksjoner	116
8	Kilder, forkortelser og vedlegg	117

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er en redegjørelse for utviklingen av det rettslige grunnlaget for å beskytte arbeidstakere mot trakassering, mot diskriminering og mot ulovlig gjengjeldelse ved forsvarlig varsling. Ansvarssubjektet vil i de fleste sammenhenger være arbeidsgiver, og redegjørelsen vil ha som mål å beskrive de plikter arbeidsgiver har for å realisere det vernet lovgiver har tilsiktet. Videre tar oppgaven sikte på å sammenligne rettstilstanden med tanke på hvor effektivt formålet med vernebestemmelsene realiseres. Det vil si i hvilken grad sikrede faktisk oppnår et resultat i samsvar med det tilsiktede. I den grad det påvises forskjeller i det rettslige grunnlaget, herunder hvilke lovteknikk som er anvendt, drøftes dette hva gjelder begrunnelse for og rimeligheten av forskjellene.

Det legislative vernet på alle disse områdene er i dag regulert gjennom lovgivning. Utover de overordnede normer til beskyttelse av personlig integritet og verdighet slik dette for eksempel er nedfelt i FNs Menneskerettserklæring med tilhørende konvensjoner¹, eller den Europeiske Menneskerettskonvensjon², går den norske diskrimineringslovgivningen tilbake til 1978 da lov om likestilling ble vedtatt.³ Senere har diskrimineringsvernet blitt lovfestet på en rekke nye områder. Denne lovreguleringen har kommet stykkevis og delt, og har for arbeidslivets vedkommende dels vært regulert i lov om arbeidsmiljø og dels i særlover på de aktuelle livsområder. I dag er det bare en mindre del av diskrimineringsvernet i arbeidslivet som er regulert gjennom arbeidsmiljølovens regler. Det må her nevnes at rettstilstanden på diskrimineringsrettens område i stor grad er preget av EU-retten og plikten til å innføre EUs forordninger og direktiver i norsk rett gjennom EØS-avtalen og EØS-loven.⁴

Mens de første arbeidervernlovene fokuserte på beskyttelse mot farlig arbeid, har lovgivningen etter hvert også fokusert på andre sider ved arbeidsmiljøet, herunder psykososiale forhold og psykiske skadevirkninger.⁵ Arbeidet er ansett å være en betydningsfull faktor for selvrealisering, samhandling, selvforsørgelse, helse m.v. Arbeidsmiljøloven setter i § 4-3 tredje ledd et forbud mot trakassering i arbeidslivet.⁶

¹ Menneskerettighetserklæringen av 10. desember 1948.

² Den europeiske menneskerettskonvensjon, inkorporert gjennom Lov av 21. mai 1999 nr. 30 § 3.

³ Lov av 9. Juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene.

⁴ Lov av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven)

⁵ NOU 2004:5 s. 26.

⁶ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven).

Trakasseringens vernet kom inn som en presisering i loven i 1995.⁷ Begrepet er i seg selv utfordrende, og det er ikke umiddelbart klart for verken pliktsubjektet (arbeidsgiver) eller den som skal beskyttes (arbeidstaker) hva vernet i realiteten innebærer. Et mål for oppgaven er å klargjøre begrepets innhold nærmere.

Arbeidstakeres rett til å ytre seg om arbeidsplassen, arbeidsvilkår, driftsmessige forhold m.v følger av den alminnelige ytringsfrihet, men underkastes en viss sensur gjennom den ulovfestede lojalitetsplikt hvor arbeidstaker ikke unødig skal skade arbeidsgivers interesser, samt de lovbeskyttede regler om taushetsplikt. Det ligger innebakt en motsetning mellom arbeidstakers bruk av ytringsfriheten og arbeidsgivers påberopelse av lojalitetsplikten. I særlig grad kan dette komme på spissen hvis arbeidstakeren tar opp kritikkverdige, uetiske eller straffbare forhold, enten innad i bedriften, eller utad i offentligheten. I 2006 ble det gitt lovregler som skal beskytte arbeidstaker mot gjengjeldelse ved varsling.

Selv om lovreglene som regulerer diskriminering, trakassering eller gjengjeldelse gjelder forskjellige interesser, er det også en del fellestrekk interessene i mellom. Dette kommer for eksempel til uttrykk ved at trakassering er trukket fram som en særlig form for diskriminering regulert i de forskjellige diskrimineringslovene. Tilsvarende beskytter diskrimineringslovene mot gjengjeldelse.

I en noe annen retning ligger lovgivningen som sikrer arbeidstakernes stillingsvern, det vil si beskyttelse mot usaklige oppsigelser. Dette vernet strekker seg tilbake til 1936 hvor saklighetskravet for første gang ble etablert som norm. Senere er stillingsvernet vesentlig utviklet både materielt, herunder muligheten til å få satt oppsigelsen til side som ugyldig, og prosessuelt, for eksempel retten til å stå i stilling mens oppsigelsen behandles av domstolene.

De interesser som denne oppgaven har til hensikt å beskrive og sammenligne har altså blitt til over et relativt langt tidsforløp, og har hver for seg også blitt revidert flere ganger. Spørsmålet er om det lar seg utlede noen fellestrekk med hensyn til hvordan lovgiver har forsøkt å gjøre vernet effektivt. Lovgiver kan ha et vidt spekter av virkemidler til bruk, for eksempel bruk av offentligrettslige sanksjoner som straff, overtredelsesgebyr, offentlig tilsyn og pålegg m.v. Et annet alternativ er å overlate rettshåndhevelsen til private gjennom for eksempel

⁷ I lov av 4. april 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. § 12 [opphevet].

klageordninger eller erstatningssøksmål. Det privatrettslige erstatningssporet kan på sin side reguleres gjennom særlige bevisbyrderegler som avviker fra det som ellers gjelder i erstatningsretten. Eller lovgiver kan fastsette særlige regler hva gjelder kravet til skyld hos den erstatningsansvarlige, f eks objektivt vs subjektivt ansvar. Det må antas at rettsvernet blir mer effektivt dersom bevisbyrden for den sikrede lempes, eller at beskyttelse av interessen bygger på objektivt erstatningsansvar uten krav til skyld.

Som nevnt avviker stillingsvernet noe fra de øvrige interesser som behandles i denne oppgaven. Mens de øvrige beskytter ulike sider ved den personlige integritet, herunder retten til likebehandling og til å ytre seg fritt, beskytter stillingsvernreglene retten til arbeid. Med retten til arbeid følger i første rekke muligheten til selvforsørgelse, selvrealisering og samfunnsdeltakelse. Stillingsvernet i Norge har særregler hva gjelder både bevisbyrde og krav til skyld som avviker fra de alminnelige regler, men som kan ha paralleller til noen av de øvrige interesser som denne oppgaven omfatter. Det er derfor aktuelt å foreta en tilsvarende redegjørelse for og sammenligning av stillingsvernet med diskriminering, trakassering og ulovlig gjengjeldelse.

Uten å forskuttere oppgavens «funn» er det udiskutabelt at trakasseringsvernet slik det er formulert i arbeidsmiljøloven § 4-3 har den minst detaljerte utformingen av de sammenlignede interesser. Bestemmelsen lyder kort og godt slik: «Arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden». Lovgiver har ikke formulert noe ytterligere om bevisspørsmålet eller sagt noe om skyldkrav for erstatningsansvar. I denne sammenheng adskiller trakasseringsvernet seg fra de andre interesser som oppgaven omhandler. I oppgaven vil det derfor bli lagt særlig vekt på å redegjøre for om slike legislative virkemidler likevel kan innfortolkes i vernet, og om ikke, hva som da blir den rettslige konsekvensen for den som mener seg trakassert.

Arbeidsmiljøloven trekker et skille mellom offentligrettslige og privatrettslige interesser. De offentligrettslige interesser håndheves av Arbeidstilsynet, mens partene må følge opp de privatrettslige på egen hånd. I oppgaven vil også Arbeidstilsynets myndighet og praksis vedrørende de interesser oppgaven omhandler bli beskrevet og vurdert.

1.2 Aktualitet

Fra samlet politisk hold er det enighet om at trakassering i arbeidslivet er et stort problem og det er et mål å ha et arbeidsliv så fritt for mobbing og trakassering som mulig. Det er derfor grunn til å undre seg over at lovverket for denne gruppen arbeidstakere ikke har blitt gjenstand for større interesse enn den har blitt, for eksempel som nevnt over at det ikke er gjort noe lovteknisk for å regulere bevisspørsmålet eller grunnlaget for erstatningsansvar.

I følge «Faktabok om arbeidsmiljø og helse 2015- status og utviklingstrekk» fra Statens arbeidsmiljøinstitutt («STAMI»), oppga 3 prosent av norske arbeidstakere i 2013 at de hadde blitt trakassert/mobbet på arbeidsplassen.⁸ Blant de som deltok i undersøkelsen opplevde 2,2 prosent seg trakassert av kollegaer minst en gang i måneden, og 1,5 prosent oppga at de ble trakassert av leder. Utbredelsen av trakassering i arbeidslivet har holdt seg relativt stabil i perioden 1989-2013, og sannsynligvis til dags dato.⁹ I selvrapporteringsundersøkelser må det imidlertid påregnes mørketall, og det er nærliggende å tro at det er et høyere antall arbeidstakere som i realiteten opplever trakassering.

Konsekvensene av trakassering er store for den som rammes. Disse har høyere forekomst av stressrelaterte symptomer og psykosomatiske helseplager sammenlignet med arbeidstakere som ikke utsettes for trakassering. Videre viser en annen STAMI-undersøkelse at arbeidstakere som har vært utsatt for trakassering har dobbelt så høy sannsynlighet for å rapportere om selvmordstanker sammenlignet med personer som ikke utsettes for denne type atferd.¹⁰

Selv om det rapporteres om mange slike saker, er det fremdeles flere uavklarte spørsmål. Ytterst få tilfeller av trakassering behandles i domstolene, og på tross av det relativt store antallet av ansatte som oppgir at de blir trakassert på arbeidsplassen, har det ikke vært ført en trakasseringssak for Høyesterett siden 2004.

Mens trakasseringsvernet i praksis ikke har blitt endret siden 1995, har lovgiveraktiviteten hva gjelder beskyttelse mot diskriminering og varslervernet stadig vært til stede de siste 10-15 årene. Senest trådte fire særlige diskrimineringslover i kraft 1. januar 2014 hvor det blant

⁸ Statens arbeidsmiljøinstitutt (2015) s. 80.

⁹ Statens arbeidsmiljøinstitutt (2015) s. 80.

¹⁰ Statens arbeidsmiljøinstitutt (2015): <https://stami.no/mobbing-i-arbeidslivet-er-en-mulig-risikofaktor-for-utvikling-av-selvmordstanker/> (sist besøkt 25. mai 2017).

annet er innført strengere regler for diskriminering i arbeidsforhold enn det som tolereres på andre samfunnsområder.

Nå foreligger ytterligere initiativ til lovendringer gjennom Prop. 72 L (2016-2017), Prop. 80 L (2016-2017) og Prop. 81 L (2016-2017) hvor det fremmes nye forslag for å styrke håndhevelsen både overfor varslere og diskriminerte. Fra lovgivningshold synes det ikke å foreligge tilsvarende initiativ hva gjelder trakasserte arbeidstakere.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Det faller utenfor denne oppgaven å redegjøre for det rent fysiske arbeidsmiljøet.

Arbeidsmiljøloven («aml.») stiller en rekke krav til det psykososiale arbeidsmiljøet i §§ 4-1, 4-2 og 4-3. Enkelte av disse reglene er av forebyggende eller preventiv karakter. Dette gjelder for eksempel rett på selvbestemmelse, faglig og personlig utvikling og sosial støtte, jfr. § 4-2 annet ledd og krav til kommunikasjon og kontakt med andre, jfr. § 4-3 annet ledd. Bestemmelsene tar også sikte på å oppstille forbud mot enkelte typer handlinger og atferd. Dette gjelder forbud mot at arbeidstaker utsettes for uheldige psykiske belastninger og trakassering, jfr. aml. § 4-1 første ledd annet pkt. og § 4-3 tredje ledd. Ettersom det er brudd på forbudsbestemmelsene som fører til rettslige konsekvenser, er det hensiktsmessig å avgrense mot de rent forebyggende kravene. De forebyggende krav vil kun tas inn i vurderingen dersom disse har betydning for den rettslige vurderingen.

Også mobbing og trakassering i skolesektorer vil falle utenfor oppgavens rammer. Det er imidlertid viktig å presisere at trakassering innenfor skolesektoren selvfølgelig er et meget alvorlig problem og et område som fortjener en særskilt rettslig analyse.

Jeg vil også avgrense mot de underliggende årsaker til at konflikter og trakassering oppstår, og personlige forutsetninger for å bli mobber eller mobbeofre.

Tyngden av diskrimineringssaker behandles av Likestillings- og diskrimineringsombudet («LDO») eller Likestillings- og diskrimineringsnemda («LDN»). Det avgrenses mot disse vedtakene i oppgaven. Dette er valgt både av plasshensyn, og fordi resultatet ikke er bindende

for andre enn partene. LDO og LDN sine uttalelser vil i så måte ha mindre rettskildemessig vekt enn diskrimineringsaker vurdert av domstolen.

Stillingsvernreglene i aml. kapittel 15 favner om både oppsigelse, avskjed og suspensjon. En oppsigelse innebærer at et arbeidsforhold avsluttes ved utløp av oppsigelsestiden, mens en avskjed innebærer en umiddelbar heving av arbeidskontrakten. Suspensjon innebærer at arbeidstaker fratras retten til å levere arbeidsytelsen i henhold til arbeidskontrakten, men beholder retten til lønn. Suspensjon kan benyttes der arbeidsgiver har behov for å undersøke nærmere om det er grunnlag for å benytte avskjed. Ved alle disse tilfellene er saksbehandlingsreglene langt på vei de samme, og det materielle grunnlaget er overlappende, skjønt det kreves mer graverende forhold for å reagere med avskjed i stedet for oppsigelse. For enkelhets skyld er det bestemmelsene om oppsigelse det vises til i redegjørelsen, og det er bare unntaksvis vist til de øvrige tilfellene hvor arbeidsavtalen settes til side helt eller delvis.

1.4 Metode- og kildebruk

Opgaven er basert på alminnelig rettsdogmatisk metode. Denne forutsettes kjent, men det gjøres likevel enkelte merknader til metodespørsmålet.

Det tas utgangspunkt i lovtekstens ordlyd, slik den fremstår etter en naturlig språklig forståelse. Videre ses det til forarbeidene ettersom disse kan anses å gi uttrykk for «lovgivers vilje». Mange av bestemmelsene er formulert som såkalte rettslige standarder, hvor rettspraksis blir sentralt for å fastslå det rettslige innholdet. Det vil bli vist til høyesterettspraksis der slik finnes. Det blir også vist til underrettspraksis der det anses relevant for å belyse rettstilstanden. Dette på tross av at underrettsavgjørelser tillegges mindre vekt enn Høyesterett.¹¹ Bakgrunnen for dette er at Høyesterett ikke har behandlet alle aspekter verken av trakasseringsbegrepets innhold, eller de erstatningsrettslige betingelser. Avgjørelser fra underrettsdomstolene kan derfor ha viktig illustrasjonsverdi. Når det henvises til juridisk teori er det som støtteargument og opplysningsfaktor.

Over de senere årene har arbeidsretten fått omfattende folkerettslige reguleringer. Dette bl.a. gjennom Norges tilslutning til ILO-konvensjonen og Den Europeiske

¹¹ Eckhoff (2001) s. 162.

Menneskerettighetskonvensjon («EMK»). Når det gjelder regler etter EMK, skal disse gå foran norsk intern lov. Dette følger av menneskerettighetsloven av 1999 § 3. I denne sammenheng må en også ha for øye at Grunnloven («Grl.») § 92 pålegger staten å «respektere og sikre menneskerettighetene». Men i særlig grad har Norges tilslutning til EØS-samarbeidet hatt betydning for rettstilstanden. Som eksempel har synet på diskriminering i arbeidslivet vært under stadig utvikling de senere år på bakgrunn av EU-retten, noe som har medført en tilnærmet kontinuerlig revisjon av diskrimineringsvernet. Dette har resultert i at mange av lovsaksdokumentene i oppgaven både har fungert som ordinære forarbeider og som etterfølgende lovgiverutsagn. Eksempel på viktige premisser fra EU-retten er EUs rammedirektiv 2000/78/EF vedrørende likebehandling i arbeidslivet og rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse.

1.5 Terminologi

Med *arbeidsgiver* menes «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste», jfr. aml. § 1-8 annet ledd. Arbeidsmiljøloven har et funksjonelt arbeidsgiverbegrep, der det skal legges vekt på hvem som reelt sett har opptrådt som arbeidsgiver, jfr. fortsettelsen av samme ledd der det er angitt at det skal gjelde «tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.» Det er sjelden problematisk å identifisere arbeidsgiver, ettersom dette skal fremgå av arbeidsavtalen, jfr. § 14-6 første ledd bokstav a.

Arbeidsmiljøloven gjelder for enhver *virksomhet* som «sysselsetter arbeidstaker», jfr. aml. § 1-2 første ledd. Arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet vil som regel ha samme innhold. Dette følger av arbeidsmiljølovens forarbeider hvor det fremgår at «for de fleste praktiske tilfeller vil en virksomhet være det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift.»¹²

Vernesubjektet etter arbeidsmiljøloven er ikke begrenset til arbeidstakere. Det anses likevel hensiktsmessig å kort redegjøre for arbeidstakerbegrepet. Med *arbeidstaker* menes «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste», jfr. aml. § 1-8 første ledd. Hvem som er omfattet av arbeidstakerbegrepet byr som regel ikke på tvil, men i tvilstilfeller er det enkelte kriterier som har dannet seg i praksis og gjengitt i lovens forarbeider.¹³ Oppdragstakere, herunder selvstendig næringsdrivende, konsulenter og frilansere omfattes ikke av arbeidstakerbegrepet.

¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74.

¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

Det skal redegjøres for diskrimineringsbegrepet under kapittel 2. Her nevnes kun at begrepene «diskriminering» og «forskjellsbehandling» er materielt like og brukes om hverandre.

I dagligtalen brukes begrepet «mobbing» og mer sjeldent lovens begrep «trakassering». I følge *Einarsen* brukes begrepet «trakassering» når fenomenet skal beskrives rettslig, men at det rettslige begrepet også omfatter «mobbing». Han presiser i den forbindelse at det «kanskje ikke [er] så viktig hvilket begrep man benytter i praktisk arbeid.»¹⁴ Oppgavens tema: «Jobbing uten mobbing» knytter seg til tidligere statsminister Bondevik sin nasjonale kampanje med samme navn som han lanserte i sin nyttårstale i 2004.¹⁵ Til tross for oppgavens tema benytter begrepet «mobbing», vil jeg i det følgende i stor grad anvende begrepet trakassering i tråd med begrepsbruken i aml. § 4-3 tredje ledd. Det bemerkes likevel at begrepene ikke tar sikte på noe realitetsforskjell i denne oppgaven.

1.6 Den videre fremstillingen

Kapittel 2-5 omhandler hver av de ulike beskyttelsesverdige interesser, herunder vernet mot diskriminering (kapittel 2), gjengjeldelse ved varsling (kapittel 3), usaklig oppsigelse (kapittel 4) og trakassering (kapittel 5). Innledningsvis under hvert kapittel redegjøres det for lovgiverhistorikken for de ulike beskyttelsesreglene. Disse reglene har blitt til over tid og er spredd over en rekke regelsett. Videre vil innholdet i de ulike bestemmelsene defineres, hvoretter jeg vil utlede de ulike rettsregler.

Kapittel 6 omhandler en analyse og sammenligning av resultatet av rettskildevurderingen med tanke på å klargjøre om de ulike rettslige reguleringer gir seg forskjellig utslag når det gjelder det konkrete rettsvern på de ulike arbeidslivsområder. Her vil reglene om bevisbyrde og de betingelser som må være oppfylt for at en arbeidstaker skal tilkjennes erstatning for økonomisk tap og oppreisning vurderes. En sammenligning av resultatet gjøres fortløpende under hvert hovedpunkt.

I den grad det lar seg dokumentere forskjeller, vil det i kapittel 7 bli gjort rede for en oppsummering av de funn som er gjort og en vurdering av rimeligheten i at arbeidstakere skal ha ulikt rettsvern med hensyn til hvilke eksponeringer de utsettes for i et arbeidsforhold.

¹⁴ Einarsen (2007) s. 94.

¹⁵ <http://www.arbeidstilsynet.no/nyhet.html?tid=79405>

Oppgaven avsluttes med en refleksjon rundt de trakassertes rettsstilling og hva som kan gjøres for å effektivisere rettsvernet.

Kursiveringer og parenteser i domssitater, juridisk teori og andre siterte tekster er foretatt av meg, med mindre annet er angitt. Ved henvisninger inneholder fotnoten kun forfatternavn, årstall og sidetall. Fullstendig kildeopplysninger blir gitt i kildelisten.

Rettsavgjørelser angis ofte med kallenavn. For en forenklet fremstilling og leservennlighet vil jeg gi alle norske rettsavgjørelser kallenavn. Dersom dommene ikke allerede har et populærnavn, vil jeg så godt det lar seg gjøre selv lage kallenavn som knytter seg til sakens faktum.

2 Diskriminering

2.1 Utviklingen av diskrimineringsvernet i norsk rett

Vernet mot diskriminering har i nasjonal rett blitt utviklet og styrket gjennom en lang lovgivningsprosess. Prosessen har ført til at stadig flere diskrimineringsgrunnlag har fått rettslig vern gjennom ny lovgivning, særlig de siste 10-15 årene. Utviklingen har nær sammenheng med EUs ikke-diskrimineringspakke¹⁶ og gjennom Norges forpliktelser knyttet til internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.¹⁷

Den første bestemmelsen som omhandlet diskrimineringsrettslige spørsmål ble inntatt i straffeloven (1902) § 135 annet ledd allerede i 1961 [opphevet] og oppstilte et forbud mot oppfordring til rasehat mv.¹⁸ Foranledningen var at det i begynnelsen av 1960 «gikk en bølge av antisemittiske handlinger og demonstrasjoner over store deler av Europa». I Norge hadde det vært tilfeller av hakekorsmaling og lignende hvor personer av jødisk avstamning hadde blitt særlig utsatt for sjikane gjennom trusselbrev.¹⁹ Det var derfor viktig å innta et slikt forbud i straffeloven for å hindre at denne form for organisert virksomhet skulle få «fotfeste i Norge». ²⁰ Uansett mente Justisdepartementet at et slikt straffebed under enhver omstendighet «forsvarte sin plass reint prinsipielt».²¹

I 1974 startet arbeidet med en lovrevisjon av arbeidsvernloven av 1956. Forslaget resulterte i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø (1977).²² I loven ble det bl.a. innført et forbud mot at arbeidsgiver «i utlysning [...] eller på annen måte» kunne kreve eller iverksette andre tiltak for å kartlegge søkerens oppfatning «om hvordan de stiller seg til politiske eller kulturelle spørsmål, eller om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner», jfr. § 55 bokstav a første ledd. Bakgrunnen for forslaget var at arbeidstakere med et bestemt politisk syn på venstrefløyen i en rekke tilfeller på midten av 1970-tallet ikke fikk arbeid.²³ Under behandlingen av lovforslaget viste komiteen bl.a. til lov om videregående opplæring fra

¹⁶ Herunder rammedirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet og rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase og etnisitet.

¹⁷ Jfr. Lov av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettighetsloven) § 2.

¹⁸ Lov av 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov.

¹⁹ Ot.prp. nr. 45 (1960-1961) s. 1.

²⁰ Ot.prp. nr. 45 (1960-1961) s. 2.

²¹ Ot.prp. nr. 45 (1960-1961) s. 2.

²² Lov av 4. Februar 1977 nr. 4

²³ Fougner (2003) s. 493.

1974²⁴ som hadde en bestemmelse om dette i § 19 annet ledd og fant at det måtte innføres et tilsvarende vern i arbeidsmiljøloven for «å hindre at folk blir stengt ute av arbeidslivet».²⁵

I 1978 trådte Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) i kraft.²⁶ Formålet med loven var å fremme likestilling mellom kjønnene og tok «særlig sikte på å bedre kvinners stilling», jfr. lovens § 1 første ledd. Likestillingsloven var den første diskrimineringsloven som gjaldt på alle samfunnsområder, jfr. § 2 første ledd og har dannet det juridiske bakteppe for den videre utviklingen av diskrimineringsvernet. Diskrimineringsvernet i nasjonal rett var i en årrekke begrenset til lov om likestilling og aml. § 55 bokstav a om arbeidsgivers forbud mot å etterspørre visse opplysninger ved ansettelse.

I Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) kom det forslag om å utvide diskrimineringsvernet i aml. § 55 bokstav a til å omfatte et forbud mot etnisk diskriminering ved ansettelse.²⁷ Forslaget var begrunnet i flere forhold. For det første antok departementet at «det forekommer diskriminering i arbeidslivet» basert på arbeidssøkeres etnisitet.²⁸ Antakelsen var basert på resultater fra undersøkelser som viste at innvandrere i stor grad opplevde at diskriminering var årsaken til at de ikke fikk jobb, og at «innvandrere [ble] vurdert etter forestillinger om egenskaper og ikke etter de kvalifikasjoner de har».²⁹ Departementet så derfor behovet for å iverksette tiltak for å «bedre innvandreres muligheter på arbeidsmarkedet».³⁰

For det andre inneholdt ikke aml. (1977) noe generelt arbeidsrettslig vern mot usaklig forskjellsbehandling på grunn av etnisitet. Vern mot denne type diskriminering fulgte kun av strl. 1902 §§ 135 a og 349 a [opphevet]. Disse bestemmelser var likevel ikke tilstrekkelig til å beskytte personer med etnisk bakgrunn mv. i arbeidslivet.

For det tredje hadde Norge ratifisert tre konvensjoner som direkte berører spørsmålet om etnisk diskriminering i arbeidslivet³¹, men hadde blitt kritisert av FNs rasediskriminerings-

²⁴ Lov av 21. juni 1974 nr. 55, men også Lov av 13. juni 1969 nr. 24 om grunnskolen som hadde tilsvarende bestemmelsen allerede i 1909.

²⁵ Referert til i Ot.prp. nr. 41 (1979-1980) s. 17.

²⁶ Lov av 9. juni 1978 nr. 45 [opphevet].

²⁷ Forslaget ble trukket tilbake og erstattet av Ot.prp. nr. 16 (1997-98).

²⁸ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 39.

²⁹ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 39.

³⁰ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 39.

³¹ ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke av 25. juni 1958, FNs rasediskrimineringskonvensjon av 21. desember 1965 (CERD), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (ØSK) og den Europeiske sosialpakt av 18. oktober 1961.

komité flere ganger for utilstrekkelig gjennomføring.³² Ved å lovfeste et slikt forbud i § 55 bokstav a antok departementet at det ville tilfredsstillte Norges internasjonale forpliktelser. Forslaget ble inntatt ved lovendring av 30. april 1998 nr. 24 hvor forbudet mot å forskjellsbehandle arbeidssøkere pga. «rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse» ble inntatt i aml. (1977) 55 bokstav a annet ledd.

Da forslaget ble behandlet i Innst.O. nr. 27 (1997-1998) ble det fra lagtinget uttrykt at også personer med homofil legning og samlivsform har behov for «lovbeskyttelse mot forbigåelse ved ansettelse». ³³ Flertallet i komiteen fant at det var «et sterkt behov for anti-diskrimineringsvern ved ansettelse for lesbiske og homofile ut over den beskyttelse mot diskriminering som ligger i loven i dag». ³⁴ Lovendringen trådte i kraft 30. april 1998 nr. 24 og forbudet ble tatt inn i aml. § 55 bokstav a første ledd nytt annet pkt.

Ved lovendring av 4. mai 2001 nr. 15 ble diskrimineringsforbudet i § 55 bokstav a annet ledd utvidet slik at også personer med funksjonshemming fikk diskrimineringsbeskyttelse. Foranledningen til forslaget var et privat lovforslag som ble oversendt Regjeringen for videre innlemming i aml. § 55 bokstav a. Departementet la til grunn at funksjonshemmede opplever «en sterk grad av diskriminering i arbeidslivet» og uttrykte at funksjonshemmede er en viktig arbeidsressurs som må gis «en mulighet til å få sin plass i arbeidslivet» uten å møte «barriere for sin inntreden på det norske arbeidsmarkedet». ³⁵

Samtidig som funksjonshemmede fikk beskyttelse ble det lovfestet bestemmelser om opplysningsplikt og bevisbyrde. Begrunnelsen for dette var ønsket om «en mer effektiv håndtering av diskrimineringsforbudet». ³⁶

Neste endring i aml. (1977) var omfattende og skjedde i 2004 og hadde sin bakgrunn i implementeringen av EUs ikke-diskrimineringspakke. ³⁷ Endringen resulterte i to nye kapitler som omhandlet diskriminering i arbeidslivet, kapittel 10A og 10B. I den forbindelse ble § 55

³² Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 41.

³³ Innst. O nr. 27 (1997-1998) s. 10.

³⁴ Innst. O nr. 27 (1997-1998) s. 11.

³⁵ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 8.

³⁶ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 13.

³⁷ Rådskolektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet (rammedirektiv) og rådskolektiv 2000/43 om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse. Direktivene, samt en handlingsplan ble vedtatt av EU i 2000. Direktivene var ikke en del av EØS-avtalen, men den norske regjeringen ønsket likevel å iverksette direktivene i norsk lov.

bokstav a opphevet, men videreført i kapittel 10A. Implementeringen førte til at diskrimineringsvernet ble utvidet til å gjelde «alle sider ved arbeidsforholdet, fra utlysning av stilling til opphør», jfr. ny § 54 bokstav a.³⁸ Diskrimineringsvernet ble videre utvidet til å gjelde «både direkte og indirekte forskjellsbehandling, samt trakassering og instruks om forskjellsbehandling».³⁹ Det ble samtidig inntatt et nytt diskrimineringsgrunnlag, herunder forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder. Endringen trådte i kraft 1. juni 2005.

Året før startet arbeidet med forslag til ny arbeidsmiljølov. Begrunnelsen for forslaget var de store forandringene som hadde skjedd i arbeidslivet siden 1977, herunder forandringen i næringsstrukturer, den økende arbeidsdeltakelsen, særlig blant kvinner, og tilslutningen til EØS-avtalen.⁴⁰ Loven trådte i kraft 1. januar 2006, og det ble bl.a. gjort store endringer vedrørende forbud mot diskriminering i arbeidslivet.

Reglene om vern mot diskriminering finnes nå i aml. (2005) kapittel 13. Reglene viderefører på mange måter kapittel 10A og 10B i 1977-loven, med enkelte endringer. En endring er at reglene om diskriminering pga. etnisitet, religion mv. ikke ble videreført, men erstattet med tilsvarende regler i egen lov.⁴¹ Begrunnelsen var at vernet mot diskriminering pga. etnisitet mv. var mangelfull og kun gjaldt på enkelte områder.⁴² Diskrimineringsloven ble derfor ansett nødvendig for å få et «helhetlig sivilrettslig lovverk med et generelt forbud som gjaldt på alle samfunnsområder».⁴³ Loven trådte i kraft samtidig som aml. (2005), dvs. 1. januar 2006.

For å sikre effektiv håndhevelse av diskrimineringsloven fremmet regjeringen samtidig et særskilt forslag om å etablere et eget ombud. Begrunnelsen for forslaget var at regjeringen mente det var en fordel «å samle statlig ikke-diskriminerings- og likestillingsarbeid i ett organ, fordi alle former for diskriminering og metoder for å bekjempe disse har fellestrekk, uavhengig av grunnlaget for diskriminering».⁴⁴ Et felles ombud ville på den måte «legge til rette for helhetstenkning og kompetanseoverføring, slik at det utvikles et sterkt fagmiljø på feltet».⁴⁵ Forslaget resulterte i diskrimineringsombudsloven.⁴⁶ Loven trådte i kraft på samme

³⁸ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 11.

³⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 11.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 13.

⁴¹ Lov av 3. juni 2005 nr. 33 (Diskrimineringsloven).

⁴² Herunder i arbeidslivet, boliglovgivningen og straffeloven.

⁴³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 48.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 51.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 51.

⁴⁶ Lov av 10. Juni 2005 nr. 40.

tidspunkt som aml. (2005), dvs. 1. januar 2006. Det allerede eksisterende likestillingsapparatet ble samtidig opphevet.⁴⁷

I 2008 ble vernet mot diskriminering grunnet nedsatt funksjonsevne også overført fra aml. (2005) til en egen lov, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.⁴⁸ Loven ble - på samme måte som begrunnelsen for diskrimineringsloven - ansett nødvendig for å få et «bedre og mer helhetlig grunnlag for å bekjempe diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne» på alle samfunnsområder, ikke bare i arbeidslivet.⁴⁹ Loven trådte i kraft 1. januar 2009.

I juni 2007 ble Diskrimineringslovutvalget satt til å utrede forslag om å samle diskrimineringsvernet i én lov, noe utvalget foreslo i sin hovedutredning NOU 2009:14 «Et helhetlig diskrimineringsvern». Ettersom diskrimineringsvernet hadde vært under store endringer hadde systemet med flere lover blitt uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig. Forslaget hadde derfor som formål å «sørge for et mer helhetlig og derigjennom styrket diskrimineringsvern i norsk lovgivning».⁵⁰

Til tross for at forslaget fikk støtte blant et stort flertall av høringsinstansene, gikk Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet våren 2013 imot forslag og besluttet at diskrimineringsvernet skulle fortsette å reguleres gjennom særlover. Departementet ønsket i likhet med Diskrimineringslovutvalget å «få mest mulig lik struktur i lovene», og målet var i størst mulig grad å ha «en felles språkdrakt», med lik struktur og oppbygning av kapitlene i alle lovene.⁵¹ På den måten ville diskrimineringsvernet bli «mer tydelig og tilgjengelig for brukerne».⁵²

Forslaget fikk støtte av regjeringen og sommeren 2013 vedtok Stortinget fire nye diskrimineringslover med ikraftsettelse fra 1. januar 2014. I tillegg til å videreføre egne særlover om diskriminering på bakgrunn av kjønn, etnisitet m.v., og nedsatt funksjonsevne ble det vedtatt en ny lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. De nye lovene viderefører i all hovedsak gjeldende regler i

⁴⁷ Herunder Likestillingssenteret, Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling og deler av oppgavene til Senter mot etnisk diskriminering.

⁴⁸ Lov av 20. juni 2008 nr. 42.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 11.

⁵⁰ NOU 2009:14 s. 21.

⁵¹ Prp. 88 L (2012-2013) s. 12.

⁵² Prp. 88 L (2012-2013) s. 48.

eksisterende lover, men ble vedtatt som nye ettersom det hadde blitt gjort «relativt omfattende lovtekniske og språklige endringer».⁵³ Samtidig som lovene trådte i kraft ble tilsvarende regler fjernet fra aml. (2005) hvorefter aml. etter dette bare regulerer vern mot diskriminering pga. politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner og alder, jfr. § 13-1 første ledd. Endringen har ført til at de nye diskrimineringslovene gjelder på alle samfunnsområder med unntak av «familieliv og andre rent personlige forhold», jfr. lovenes § 2. Aml. kapittel 13 har på sin side et mer begrenset virkeområde og gjelder kun i arbeidslivet.

Gjennom den lange lovendringsprosessen, som har resultert i de fire særlovene, har vernet for disse diskrimineringsgrunnlagene fått et vesentlig større anvendelsesområde. Denne utviklingen må også ses i sammenheng med at diskrimineringsvernet i 1999 ble et grunnleggende menneskerettslig prinsipp.⁵⁴ Diskrimineringslovgivningen er i stor grad en implementering av disse forpliktelsene og må tolkes i lys av de forpliktelsene som følger av konvensjonene og praksis fra de respektive håndhevingsorganene.

Diskrimineringsvernet må også ses i sammenheng med Grunnloven. Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 fikk flere sentrale menneskerettigheter grunnlovs rang, deriblant vern mot diskriminering, jfr. Grl. § 98. At vernet nå er inntatt i Grunnloven, innebærer en skranke for lovgiver ved at det ikke kan vedtas lover som er direkte eller indirekte diskriminerende.⁵⁵

Fra utviklingen av diskrimineringsvernet startet i aml. i 1977 fram til i dag har altså vernet mot diskriminering blitt vesentlig styrket ved at flere diskrimineringsgrunnlag har fått sin plass i lovverket. Utviklingen forklares i NOU: 2009:14 hvor det på s. 95 følger at:

«Historisk kan slik lovgivning gjerne forklares ved at en gruppe over lengre tid er blitt undertrykket eller diskriminert, og deretter [...] oppnådd rettslig beskyttelse. Lovgivningen vil typisk være resultat av fokus på undertrykkelsen av en spesiell gruppe og kampen for rettigheter som skal kompensere for dette».⁵⁶

Alle de fire særlovene er eksempler på dette. Formålet med diskrimineringslovgivningen er å styrke utsatte gruppers stilling i samfunnet. Fellesnevneren til kvinner, innvandrere, etniske

⁵³ Prp. 88L (2012-2013) s. 11.

⁵⁴ Se EMK art. 14, FN, SP art. 26 og ØSK art. 2 (2).

⁵⁵ NOU 2009: 14 s. 313.

⁵⁶ NOU 2009:14 s. 95.

minoriteter, personer med nedsatt funksjonsevne, homofile og eldre er at disse gjennom historien har vært særlig utsatt for diskriminering. For å oppnå likebehandling, og hindre at diskriminering av disse gruppene vedvarer, har det vært behov for beskyttelse gjennom lovgivning.⁵⁷ Også FNs kvinnekonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon og konvensjonen om nedsatt funksjonsevne er eksempler på hvordan enkelte rettigheter har utviklet seg fra å være ubeskyttet til å bli universelle menneskerettigheter uavhengig av nasjonal lov.

De nye lovene og endringene i aml. (2005) kapittel 13 er det foreløpig siste resultat av en lang lovgivningsprosess. Særlovene er imidlertid lagt opp på en slik måte at de enkelt kan slås sammen dersom dette senere viser seg å være hensiktsmessig. En slik endring er foreslått i Prop. 81 L (2016-2017). Det er også fremmet forslag til ny diskrimineringsombudslov i Prop. 80 L (2016-2017).

2.2 Det lovfestede forbudet mot diskriminering

2.2.1 Fellestrekk

I det følgende vil det redegjøres for det lovfestede vernet mot diskriminering. I den forbindelse må de ulike diskrimineringsgrunnlagene som omfattes av forbudet gjennomgås. Dette følger av pkt. 2.2.2. I pkt. 2.2.3 vil vilkårene for å fastslå at en handling eller unnlattelse er å regne som ulovlig diskriminering bli gjennomgått. Avslutningsvis vil reglene om bevisbyrde bli presentert i pkt. 2.3 og hvilke rettslige konsekvenser ulovlig diskriminering kan få for den det gjelder i pkt. 2.4.

De fire diskrimineringslovene, samt arbeidsmiljøloven dekker ulike diskrimineringsgrunnlag, men har fått lik struktur og i stor grad likt innhold. Det innebærer at enkelte punkter kan behandles i felleskap.

2.2.2 De enkelte diskrimineringsgrunnlagene

Både aml. kapittel 13 og likestillings- og diskrimineringslovene inneholder generelle regler om forbud mot diskriminering. Bestemmelsene forbyr diskriminering på grunn av nærmere

⁵⁷ NOU 2009:14 s. 95.

bestemte forhold, såkalte diskrimineringsgrunnlag. Det er diskrimineringsgrunnlaget som avgjør hvilken lov som kommer til anvendelse, jfr. aml. § 13-1.

I det følgende vil det kort gjøres rede for de enkelte diskrimineringsgrunnlagene i arbeidsmiljøloven og særlovene. Innholdet i bestemmelsene viderefører gjeldende rett, men kan ha en annen ordlyd enn tidligere uten at dette innebærer noen realitetsendring.⁵⁸ Opplistingen av diskrimineringsgrunnlag er uttømmende, forskjellsbehandling på annet grunnlag rammes derfor ikke av forbudene.

Diskrimineringsgrunnlagene i *arbeidsmiljøloven* er nedfelt i lovens § 13-1. Etter første ledd er det forbudt å diskriminere på grunn av «politiske syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner eller alder». Videre følger det av paragrafens tredje ledd at også diskriminering av «arbeidstakere som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt» omfattes. Diskriminering på bakgrunn av deltid eller midlertid ansettelse er med andre ord selvstendige diskrimineringsgrunnlag.⁵⁹ Vernet gjelder i følge forarbeidene «alle arbeidsvilkår».⁶⁰

Likestillingsloven («likestil.») § 5 første ledd første pkt. slår fast hovedregelen om at diskriminering på grunn av «kjønn er forbudt». Lovens diskrimineringsgrunnlag er med andre ord «kjønn» og omfatter både kvinner og menn. Vernet omfatter også diskriminering på grunn av «graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon», jfr. § 5 første ledd annet pkt.

Diskrimineringsgrunnlagene knyttet til *diskrimineringsloven om etnisitet* («etndiskrl.») er nedfelt i lovens § 6 hvor det følger at diskriminering knyttet til «etnisitet, religion eller livssyn er forbudt». Når det gjelder diskrimineringsgrunnlaget etnisitet omfatter dette «nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk», jfr. § 6 første ledd første pkt. Religion og livssyn er selvstendige diskrimineringsgrunnlag. Det innebærer at vernet gjelder uavhengig av om forskjellsbehandlingen har sammenheng med etnisitet.

For *diskriminerings- og tilgjengelighetsloven* («tilgjil.») er diskrimineringsgrunnlaget «nedsatt funksjonsevne». Diskriminering på dette grunnlag er forbudt og følger av § 5. Hva som menes

⁵⁸ Kun diskrimineringsloven om seksuell orientering har fått en utvidet diskrimineringsvern enn tidligere.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 199.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 200.

med «nedsatt funksjonsevne» er ikke definert i loven, men Prp. 88 L (2012-2013) gir på s. 180 en rekke eksempler på hva som omfattes uten at jeg går ytterligere inn på det her.

I *diskrimineringsloven om seksuell orientering* («sordiskrl.») § 6 omfatter diskrimineringsforbudet «seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk». Med «seksuell orientering» menes homofile, lesbiske og bifile og omfatter både seksuell legning og seksuell praksis.⁶¹ Diskrimineringsgrunnlagene «kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk» er nye i loven og omfatter transpersoner.

2.2.3 Grunnvilkår for å fastslå diskriminering

For at det skal foreligge diskriminering må enkelte grunnvilkår være oppfylt. Vilkårene er nedfelt i aml. § 13-1, likestil. § 5 annet ledd, etndiskrl. § 6 annet ledd, tilgj. § 5 annet ledd og sordiskrl. § 5 annet ledd. Vilkårene er likt utformet i samtlige lover.

Diskrimineringslovene oppstiller vern mot både direkte og indirekte forskjellsbehandling, noe som er inntatt og nærmere definert i bestemmelsene. Aml. § 13-1 inneholder ikke en tilsvarende definisjoner, men det følger av lovens forarbeider at begrepene for alle praktiske formål skal forstås på samme måte som etter de øvrige diskrimineringslovene.⁶²

Med direkte diskriminering menes at en person behandles dårligere enn det andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon, og at dette skyldes minst ett av diskrimineringsgrunnlagene som nevnt i pkt. 2.2.2. Det er forutsatt i forarbeidene at begrepet ikke skal tolkes snevert.⁶³ Noe som betyr at det ikke stilles krav om at arbeidstaker eller arbeidssøker stilles kvalifisert dårligere enn den det sammenlignes med. Det er tilstrekkelig at vedkommende stilles dårligere på grunn av de forhold som omfattes av bestemmelsens diskrimineringsforbud.

Med indirekte diskriminering menes «enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse» som faktisk virker slik at «en person stilles dårligere enn andre», og at dette skyldes minst ett av diskrimineringsgrunnlagene som nevnt i pkt. 2.2.2. Dette vil typisk være tilfellet dersom en behandling tilsynelatende fremstår som nøytral i

⁶¹ Prp. 88 L (2012-2013) s. 158.

⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

⁶³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

relasjon til diskrimineringsgrunnlagene, men i praksis får uforholdsmessig stor negative virkninger for en beskyttet gruppe eller enkeltperson.⁶⁴ Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.⁶⁵ Et eksempel kan være at pensjonsopptjening forutsetter en høy stillingsandel, noe som normalt vil ramme kvinner.

For at det skal være tale om ulovlig diskriminering må det foreligge årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og den dårlige behandlingen.⁶⁶ Dersom behandlingen ikke har sammenheng med diskrimineringsgrunnlaget, foreligger ikke diskriminering. Det er ikke noe krav om at vedkommende hadde til hensikt å diskriminere for at kravet til årsakssammenheng skal være oppfylt. Det er tilstrekkelig at man kan konstatere at virkningen av en handling eller unnløstelse har ført til at en person faktisk har blitt diskriminert⁶⁷.

Til sist må forskjellsbehandlingen ikke kunne begrunnes saklig og på den måten anses tillatt. Diskrimineringslovgivningen inneholder regler om lovlig forskjellsbehandling⁶⁸ og positiv særbehandling⁶⁹ hvoretter forskjellsbehandling kan være lovlig til tross for at den har sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag. Det er likevel forutsatt at unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt og ikke føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.⁷⁰

Hva som kreves for å konstatere diskriminering vil ikke bli nærmere behandlet da dette ikke har betydning for den videre drøftelsen.

2.3 Regler om bevisbyrde

Utgangspunktet etter alminnelige prosessregler i sivile saker er at den som hevder å ha et krav mot en annen må sannsynliggjøre sitt krav. Dette uttrykkes gjerne som at bevisbyrden påhviler den som hevder å ha et krav mot en annen, eksempelvis et erstatningskrav.⁷¹ I saker om diskriminering er det imidlertid innført særskilte regler hvoretter bevisbyrden er delt

⁶⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁶⁵ Definisjonen av indirekte diskriminering må ses i sammenheng med unntaket for forskjellsbehandling som er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende og unntaket vedrørende positiv særbehandling for å fremme likebehandling.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁶⁷ Jakhelln (2006) s. 72.

⁶⁸ Se aml. § 13-3, likestil. § 6, etndiskrl. § 7, tilgj. § 6 og sordiskrl. § 6.

⁶⁹ Se aml. § 13-6, likestil. § 7, etndiskrl. § 8, tilgj. § 7 og sordiskrl. § 7

⁷⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 40.

⁷¹ Se f.eks. Storeng (2014) s. 310.

mellom partene. Formålet med å innføre en slik regel var å lempe på arbeidstakers bevisbyrde og effektivisere håndhevelsen av forbudet mot diskriminering.⁷²

Bevisbyrderegelen er inntatt i aml. § 13-8, likestil. § 27, etndiskrl. § 24, tilgj. § 30 og sordiskrl. § 23 hvor arbeidstakeren i første omgang må fremlegge opplysninger som gir «grunn til å tro» at det har funnet sted diskriminering. Kravet «grunn til å tro» tilsier at det må foreligge en presumsjon for at så er tilfellet. Det kreves imidlertid ikke sannsynlighetsovervekt.⁷³

Dersom arbeidstaker fremskaffe opplysninger som gir «grunn til å tro» at diskriminering har funnet sted, går bevisbyrden over på arbeidsgiver. For arbeidsgiver innebærer dette at han må bevise at det har blitt lagt vekt på andre, saklige forhold. Etter ordlyden kreves det at arbeidsgiver «sannsynliggjør» at diskriminering ikke har skjedd. Det vil si at arbeidsgiver må bevise at det er større sannsynlighet for at diskriminering ikke har funnet sted enn at det har funnet sted.⁷⁴ I forarbeidene er dette uttrykt som at arbeidsgiver må «etablere en bevisovervekt på mer enn femti prosent sannsynlighet» for at forholdet ikke har noe med den påberopte diskrimineringen å gjøre.⁷⁵

Etter at bevisføringen er avsluttet gjelder de alminnelige prinsippene om fri bevisbedømmelse, jfr. tvisteloven («tvL.») § 21-2 første ledd hvor det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn for avgjørelsen.⁷⁶ Det presiseres i forarbeidene at det er arbeidsgiveren som sitter med «tvilsrisikoen» dersom det etter avsluttet bevisførsel fra begge parter fortsatt er absolutt tvil om det har forekommet diskriminering. Begrunnelsen for dette er trolig at det er mest rimelig å pålegge arbeidsgiver ansvar i situasjoner som omhandler diskriminering i tvilstilfeller. En nærmere gjennomgang av reglene om bevisbyrde følger av pkt. 6.2.1.

2.4 Oppreisning og erstatning

Den som utsettes for ulovlig diskriminering kan kreve erstatning og oppreisning, jfr. aml. § 13-9 første ledd, likestil. § 28, etndiskrl. § 25, tilgj. § 31 og sordiskrl. § 24. Det er bare

⁷² Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 56 flg.

⁷³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 49.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 57.

⁷⁶ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 (tvisteloven).

domstolen som har kompetanse til å pålegge arbeidsgiver et erstatning- eller oppreisningsansvar.⁷⁷

Dersom domstolen finner at arbeidstakeren har vært utsatt for ulovlig diskriminering, har vedkommende krav på erstatning og/eller oppreisning uavhengig av arbeidsgivers skyld. Det vil si at arbeidsgiver har et objektivt ansvar. Den diskriminerte trenger med andre ord ikke å påvise forsett eller erstatningsbetingende uaktsomhet hos arbeidsgiver. At arbeidsgiver kan bli ansvarlig uavhengig av skyld vil ifølge forarbeidene bidra til å bevisstgjøre arbeidsgiver om virksomhetens plikt ved ansettelse, lønnsfastsettelse, fordeling av arbeidsoppgaver osv.⁷⁸ En nærmere gjennomgang av reglene om erstatning og oppreisning følger av pkt. 6.3.1 og 6.4.1.

3 Varsling

3.1 Utviklingen av vernet i norsk rett

Arbeidsmiljølovens varslingsregler henger tett sammen med yringsfriheten i Grl. § 100. Aml. (1977) hadde ingen bestemmelser om retten til å varsle eller om ansattes yringsfrihet i sin alminnelighet. Reglene var i stor grad ulovfestet, med unntak av aml. (1977) § 16 nr. 1 tredje ledd som tok sikte å pålegge arbeidstakere å varsle internt om visse alvorlige, forutsetningsvis lovstridige forhold. Ut over dette var arbeidstakeres yringer, og i hvilken grad disse kunne møtes med sanksjoner fra arbeidsgivers side, kun et element i anvendelsen av de lovbestemmelser som ellers var gitt til vern av arbeidstakere.

Aml. § 2-4, og de tilhørende bestemmelsene i §§ 2-5 og 3-6, har en sammensatt forhistorie. Fra midten av 1990-tallet var det et økende fokus på yringsfrihetens vern i norsk rett, noe som førte til nedsettelse av Yringsfrihetskommisjonen og revisjon av Grl. § 100. Debatten rettet også søkelyset mot yringsfriheten for arbeidstakere. Kommisjonen vurderte om arbeidstakers rett til å ytre seg skulle reguleres særskilt i Grl., men fant dette ikke hensiktsmessig.⁷⁹ Kommisjonen fant det imidlertid «utilfredsstillende at reglene som begrenser ansattes yringsfrihet [i aml. (1977)] i så stor grad [var] ulovfestet og delvis

⁷⁷ Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda har ikke myndighet til å behandle og avgjøre krav om erstatning, jfr. likestil. § 26 (1) bokstav d, etndiskrl. § 23 (1) bokstav d, tilgj. § 28 (1) bokstav e, sordiskrl. § 22 (1) bokstav c.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

underutviklet» og anbefalte at et lovgivningsinitiativ bl.a. burde omfatte en nærmere avklaring/definisjon av begrepet illojalitet og at fenomenet varsling burde lovreguleres.⁸⁰

Med bakgrunn i kommisjonens innstilling, ble det drøftet ulike lovgivningsinitiativer med sikte på å styrke ansattes yringsfrihet.⁸¹ Da aml. (2005) ble vedtatt, ble det inntatt en bestemmelse om varsling i aml. § 2-4. Bestemmelsen trådte imidlertid ikke i kraft, da departementet mente det var behov for en nærmere utredning av regler for ansattes yringsfrihet og lojalitetspliktens grenser. Det ble derfor nedsatt en arbeidsgruppe som utarbeidet rapporten «Ansattes yringsfrihet». Departementet fremmet lovforslag i Ot.prp. nr. 84 (2004-2005), hvorefter forslaget var gjenstand for omfattende debatt i Stortinget.⁸² Det var betydelig uenighet om utformingen av de bestemmelsene som ble vedsatt, det samme gjaldt også bestemmelsen som trådte i kraft i 2005, som først fikk sin form under behandlingen i Stortinget.

Et av de grunnleggende hensyn bak innføringen av arbeidsmiljølovens varslingsregler var å «styrke den reelle yringsfriheten i ansettelsesforhold» og medvirke til en åpen varslingskultur i den enkelte virksomhet.⁸³ Dette kommer til uttrykk i forarbeidene hvor departementet fremholder at en slik regel ville signalisere at varsling både er lovlig og ønsket.⁸⁴ En endret aml. § 2-4, samt nye § 2-5 om vern mot gjengjeldelse og § 3-6 om arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling, ble inntatt ved lov 1. desember 2006 nr. 64 med ikraftsettelse fra 1. januar 2007. I nylig fremlagt Prop. 72 L (2016-2017) er det foreslått større endringer ved at varslingsreglene samles til et eget kapittel i arbeidsmiljøloven.⁸⁵

3.2 Varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, jfr. aml. § 2-4

Aml. § 2-4 slår fast at arbeidstaker har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» i virksomheten, så lenge det skjer på en «forsvarlig» måte. Retten til å varsle er et utslag av den alminnelige, grunnlovfestede yringsfriheten, og tar sikte på å bidra til å styrke den reelle yringsfrihet i arbeidsforhold.⁸⁶ Aml. § 2-4 regulerer på sin side kun en del av arbeidstakers

⁸⁰ NOU 1999:27 s. 128 og 132.

⁸¹ St.meld. nr. 26 (2003-2004) s 100.

⁸² Innst. O nr. 6 (2006-2007) pkt. 2.5.

⁸³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7.

⁸⁵ Prop. 72 L (2016-2017) s. 5.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7.

ytringsfrihet, og begrenses til retten til å ytre seg om «kritikkverdige forhold» på arbeidsplassen.

Dersom arbeidstakere oppdager forhold på arbeidsplassen som ikke er som de skal, er det viktig at slike forhold blir informert om, enten internt på arbeidsplassen, eller eksternt. Begrepet «kritikkverdige forhold» omfatter i grove trekk opplysninger om forhold som er ulovlige, skadelige og uetiske, eller som på annen måte bryter med påbud og forbud.⁸⁷ Arbeidstakers personlige formeninger om hva som er kritikkverdig ut fra sine politiske eller etiske holdninger omfattes ikke av bestemmelsen. Forholdet må med andre ord ha en viss grad av allmenn interesse.⁸⁸

I aml. § 2-4 annet ledd første pkt. fremgår det at fremgangsmåten ved varsling «skal være forsvarlig.» Bestemmelsen oppstiller med dette en begrensning i varslingsretten ved at arbeidstakeren må gå frem på en aktsom måte for å være vernet mot gjengjeldelse etter aml. § 2-5. Begrensningen er begrunnet i at arbeidstaker gjennom avtaleforholdet har en viss lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. Det ble i den forbindelse ansett nødvendig å innføre «noen kjøreregler som gjelder mellom arbeidsgiver og arbeidstaker når kritikkverdige forhold i virksomheten avdekkes.»⁸⁹ Hva som er forsvarlig må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Når det gjelder den konkrete avveiningen fremheves det i lovproposisjonen at det må foreligge en «vesentlig interesseovervekt» til fordel for arbeidsgivers interesser dersom man skal kunne gjøre inngrep i den ansattes ytringsfrihet.⁹⁰ Vurderingstemaet vil i følge proposisjonen være om «arbeidstakeren har saklig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens legitime interesser med hensyn til måten det varsles på.» Uttalelsen viser at forsvarlighetskravet retter seg mot både varselets innhold og fremsettelsen av varselet.

3.3 Arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling, jfr. aml. § 3-6

Etter aml. § 3-6 plikter arbeidsgiver å legge forholdene til rette for intern varsling dersom forholdene i virksomheten tilser det. Forarbeidene presiserer at det å varsle eller ytre kritikk «ikke [bør] betraktes som noe ekstraordinært i virksomheten, men tvert i mot som en ordinær

⁸⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

⁸⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51.

⁸⁹ Innst.O. nr. 6 (2006-2007) s. 10.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 16.

del av avviksrapportering, intern debatt, kommunikasjon mellom ledelse og medarbeidere, osv.»⁹¹ Formålet med bestemmelsen er med andre ord at arbeidsgivere skal signalisere, gjennom tilrettelegging, at det er adgang til å fremme kritikk. Bestemmelsen strekker seg imidlertid videre og stiller krav til hvordan virksomheten håndterer kritikk. At bestemmelsen er inntatt i aml. kapittel 3 understreker arbeidsgivers plikt som en del av HMS-arbeidet, jfr. § 3-1. Dersom tilrettelegging for eksempel er nødvendig for å ivareta lovens krav i aml. § 2-4 om retten til å varsle, skal tiltak i følge forarbeidene iverksettes.⁹² Det samme gjelder dersom «konkrete tilfeller har avslørt at saklig kritikk avvises, sanksjoneres eller ikke tas på alvor.»⁹³

3.4 Vern mot gjengjeldelse ved varsling, jfr. aml. § 2-5

Mens aml. § 2-4 slår fast prinsippet om rett til å varsle, oppstiller § 2-5 et særskilt vern for denne retten. For at retten til å varsle skal være reell og effektiv, må varsleren ha rettslig beskyttelse mot etterfølgende, negative reaksjoner fra arbeidsgiver. Aml. § 2-5 første ledd forbyr enhver form for gjengjeldelse mot arbeidstakere som har varslet i tråd med § 2-4.

For at en reaksjon skal karakteriseres som ulovlig gjengjeldelse, forutsettes det at to vilkår er oppfylt. For det første må arbeidstakeren være utsatt for en eller annen form for ugunstig behandling. For det andre må den ugunstige behandlingen være en følge av varslingen.⁹⁴ Det må med andre ord innfortolkes et krav om årsakssammenheng mellom varselet og gjengjeldelsehandlingen.

Når det gjelder det første vilkåret, er det i forarbeidene lagt til grunn at begrepet skal forstås vidt og omfatter «[e]nhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling.»⁹⁵ I Innst.O. nr. 6 (2006-2007) er dette presisert til at begrepet omfatter «formelle og uformelle negative reaksjoner som har karakter av en slags straff/sanksjon.»⁹⁶ Eksempler på formelle sanksjoner er i følge forarbeidene oppsigelse, suspensjon og avskjed, og for uformelle sanksjoner nevnes endringer i arbeidsoppgaver eller interne overføringer innad i virksomheten.⁹⁷ Vernet mot gjengjeldelse innebærer imidlertid ikke at arbeidsgiver ikke får

⁹¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46.

⁹² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 54.

⁹³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 54.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

komme med motytringer om de forhold varslingen gjelder.⁹⁸ Dersom arbeidsgiver korrigerer eller på annen måte imøtegår opplysninger eller synspunkter på en saklig måte, vil det ikke være tale om gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5.

Vernet gjelder tilsvarende for arbeidstakere som ikke har varslet, men som har signalisert at de kommer til å varsle, jfr. § 2-5 annet ledd. Bestemmelsen representerer en viktig forutsetning for at arbeidstakere i det hele tatt skal tørre å varsle ettersom frykten for represalier minker med et lovfestet vern.

Også diskrimineringslovene har regler om forbud mot gjengjeldelse. Dette følger av likestil. § 9, etndiskrl. § 10, tilgjil. § 9 og sordiskrl. § 9 og verner enhver som fremmer klage om brudd på diskrimineringsvernet. Regelen er tatt inn i diskrimineringslovene for å styrke rettssikkerheten for den som blir diskriminert, slik at problemer knyttet til diskriminering kan tas opp og forfølges uten frykt for gjengjeldelse fra motparten. Aml. § 13-8 hadde en tilsvarende regel knyttet til diskrimineringsgrunnlagene nedfelt i i kapittel 13, men denne ble opphevet da aml. §§ 2-4 og 2-5 omfatter varsling og gjengjeldelse uavhengig av grunnlaget for varsling. Når det gjelder gjengjeldelsesforbudet i særlovene, vil disse og aml. § 2-5 være delvis overlappende, jfr. Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52. Gjengjeldelsesforbudet vil også supplere og delvis overlapse med arbeidsmiljølovens stillingsregler og forbudet mot trakassering i aml. § 4-3 tredje ledd. En oppsigelse etter § 15-7 vil således være usaklig dersom den er en gjengjeldelse for lovlig varsling etter § 2-4.

3.5 Regler om bevisbyrde

For tvister om gjengjeldelse som påstås å være begrunnet i arbeidstakers varsling, har partene delt bevisbyrde, jfr. aml. § 2-5 første ledd annet pkt. I første omgang kreves det at arbeidstaker legger frem opplysninger som «gir grunn til å tro» at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med loven. I følge forarbeidene er beviskravet ikke strengt og det vil normalt være oppfylt dersom arbeidstaker kan vise at varsling har forekommet, og at oppsigelse eller annen reaksjon «kom tett på varslingen i tid».⁹⁹ I andre omgang må arbeidsgiver sannsynliggjøre at gjengjeldelse i strid med loven ikke har skjedd. Arbeidsgiver må sannsynliggjøre at handlingen var begrunnet i andre forhold enn varslingen. Noe som etter forarbeidene er beskrevet som at arbeidsgiver må bevise at det ikke er årsakssammenheng

⁹⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 53.

mellom varslingen og handlingen. En nærmere gjennomgang av reglene om bevisbyrde følger av pkt. 6.2.2.

3.6 Oppreisning og erstatning

Det følger av aml. § 2-5 tredje ledd at man kan kreve oppreisning og erstatning dersom man har blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse. Når det gjelder arbeidstakers krav på oppreisning, kan dette tilkjennes uten hensyn til arbeidsgiver skyld. Arbeidstaker må med andre ord ikke prosedere på skyldspørsmål da arbeidsgiver er ansvarlig på objektivt grunnlag.

Når det gjelder arbeidstakers krav på erstatning for økonomisk tap, er det ikke innført en tilsvarende lempelig regel om objektivt ansvar. Etter aml. § 2-5 tredje ledd kan arbeidstaker kreve erstatning etter de alminnelige regler, noe som henviser til de alminnelige vilkår om økonomisk tap, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. En nærmere gjennomgang av reglene om erstatning og oppreisning følger av pkt. 6.3.2 og 6.4.2 nedenfor.

4 Usaklig oppsigelse

4.1 Utviklingen av vernet i norsk rett

Kravet til saklig oppsigelse har lang tradisjon i norsk rett og har sin bakgrunn i arbeidervernloven av 1936. Da loven trådte i kraft ble det innført generelle bestemmelser om vern mot oppsigelser som ikke hadde saklig grunn, og oppsigelser som nok hadde saklig grunn, men som likevel virket ubillig overfor arbeidstakere.¹⁰⁰ Bestemmelsen slo fast at en arbeidstaker kunne kreve erstatning dersom vedkommende var oppsagt, og oppsigelsen ikke hadde «saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeidstakerens eller bedriftens forhold», men «skyldtes helt utenforliggende grunner», jfr. lovens § 33 punkt 3 bokstav a.¹⁰¹ Vernet var imidlertid betinget av en viss alder og tjenestetid i bedriften.¹⁰²

Før denne bestemmelsen trådte i kraft, var det ikke innført noe generelt krav om at oppsigelser måtte ha saklig grunn eller være begrunnet i omstendigheter som hadde noe med

¹⁰⁰ Se Innst. O. VI (1936) s. 42.

¹⁰¹ Se Innst. I VI (1936) tillegg 2.

¹⁰² Se Innst. I VI (1936) tillegg 2.

arbeidsforholdet å gjøre utover enkelte bestemmelser i tariffavtaler, for eksempel Verkstedoverenskomsten av 1911, som regulerte oppsigelsesvern for tillitsvalgte.¹⁰³

Da arbeidervernloven ble vedtatt i 1956 ble det lempet på kravet til opptjeningstid, jfr. lovens § 43 pkt. 1 og vilkåret «skyldtes helt utenforliggende grunner» ble strøket. Vernet ble igjen revidert i 1975 hvor kravet til alder og tjenestetid ble strøket helt samtidig som det også ble innført oppsigelsesvern for de prøvetidsansatte.¹⁰⁴

Da aml. (1977) trådte i kraft, ble vernet mot usaklig oppsigelse videreført i § 60. I proposisjonen fremholdt departementet at dersom man ser «på rettspraksis fra 1936 og frem til i dag, er det helt klart at det har skjedd en utvikling i retning av at det kreves sterkere grunner fra arbeidsgivers side, for at en oppsigelse skal være saklig.»¹⁰⁵ I den forlengelse presiserte departementet at «rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte [har] kommet sterkere inn i bildet, og det legges større vekt på arbeidsgivers forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket gjennom arbeid i vedkommende tjeneste.»¹⁰⁶ Loven innebar prinsipielle endringer og presiseringer av rettstilstanden. Det ble trukket et klarere skille mellom oppsigelser på grunn av arbeidstakers eget forhold og oppsigelser begrunnet i «driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak». For den siste gruppen ble arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid presisert, samt at det uansett skulle foretas en interesseavveining mellom virksomhetens behov og ulempen for den oppsagte. Ut av dette kom det senere opp spørsmål om slik interesseavveining også var relevant der arbeidstaker var oppsagt på grunn av egne forhold. I *Flykaptein* (Rt. 1992 s 1023) uttalte førstvoterende (flertallet): «Ut fra praksis og teori antar jeg likevel at det kan legges noe vekt på slike forhold også ved oppsigelse etter § 60 nr. 1, men i mindre utstrekning enn når oppsigelsen er begrunnet i driftsinnskrenkning eller rasjonalisering.» (s 1027)

Videre ble det innført en særlig bevisbyrderegel for å styrke oppsigelsesvernet ved sykdom og fravær tilknyttet svangerskap, fødsel, adopsjon og militærtjeneste, jfr. §§ 64, 65 og 65 A. Da aml. (2005) trådte i kraft tok ikke loven sikte på noen realitetsendringer av innholdet i arbeidstakers vern mot usaklig oppsigelse, men viderefører gjeldende rett.¹⁰⁷ Tidligere

¹⁰³ Johansen (2015) s. 697.

¹⁰⁴ Johansen (2015) s. 697.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

forarbeider og rettsavgjørelser er derfor fremdeles relevante for forståelsen av stillingsvernet i dagens aml.

4.2 Generelt om vernet mot usaklig oppsigelse, jfr. aml. § 15-7

Aml. (2005) inneholder flere bestemmelser som beskytter arbeidstakere mot oppsigelse. Aml. § 15-7 første ledd er den sentrale bestemmelsen i oppsigelsessaker, og angir at ingen kan bli sagt opp fra sin stilling uten at det er «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». Bestemmelsen er en rettslig standard hvor innholdet må fastsettes gjennom skjønnsmomenter som ligger utenfor selve lovteksten. Rettspraksis er rikholdig, men ofte kasuistisk og konkret med begrenset overføringsverdi til andre saker. Dette gjelder i mange tilfeller også Høyesteretts dommer, og det er uklart hvor saklighetsnormen skal settes.

Vurderingen av saklighetskravet må basere seg på om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Dette er bl.a. lagt til grunn i *Webredaktør* (Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52) hvor det videre uttales at «[t]erskelen for å si opp en ansatt er høy, og at arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.»

Det er ikke omtvistet at domstolene har full prøvelsesrett i oppsigelsessaker. Dette er lagt til grunn i *Haslund* (Rt. 1984 s. 1058) hvor førstvoterende uttalte :

«[d]et er etter min mening domstolens oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfatter de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.» (s. 1069)

Utover materielle beskyttelsesregler oppstiller aml. også saksbehandlingsregler som arbeidsgiver plikter å følge slik at en oppsigelse bygger på saklige hensyn og opplyste forhold, for eksempel drøftingsmøte før beslutning om oppsigelse tas. Brudd på drøftingsplikten har i seg selv ingen materiell virkning, men kan være en indikasjon på at

saksbehandlingen har vært så slett at det hefter usikkerhet ved om oppsigelsen er tilstrekkelig saklig.¹⁰⁸

4.3 Virkingen av usaklig oppsigelse mv., jfr. aml. § 15-12

Dersom domstolen finner at oppsigelsen er usaklig, skal oppsigelsen kjennes ugyldig, jfr. aml. § 15-12 første ledd. Bestemmelsen viderefører aml. (1977) § 62 uten realitetsendringer.¹⁰⁹ For at oppsigelsen skal kjennes ugyldig, kreves imidlertid særskilt påstand om dette fra arbeidstaker, jfr. bestemmelsens ordlyd. Virkningen av ugyldighet er at «arbeidstaker fortsetter i stillingen».¹¹⁰ Formålet med ugyldighetsbestemmelser er å styrke og effektivisere arbeidstakers stillingsvern.

Bestemmelsen inneholder likevel en unntaksregel om at domstolen kan avsi opphørsdom dersom arbeidsgiver har nedlagt særskilt påstand om dette, jfr. aml. § 15-12 første ledd annet pkt. selv om domstolen kommer til at saklighetskravet ikke er oppfylt. Bakgrunnen for unntaksregelen er at det i enkelte tilfeller kan være en «uheldig løsning om oppsigelsen skal kjennes ugyldig, med den virkning at arbeidstaker fortsetter i stillingen».¹¹¹ Det er imidlertid kun i «særlige tilfeller» at retten kan avsi dom om oppsigelse. Regelen er en snever unntaksregel og kan kun anvendes dersom det vil være «åpenbart urimelig» å opprettholde arbeidsforholdet. Jeg går ikke ytterligere inn på dette.

4.4 Regler om bevisbyrde

Det er ikke gitt egne bevisbyrdereregler i stillingsvernsaker, men bevisbyrden vil etter fast praksis i utgangspunktet påligge arbeidsgiver. Det skal være overveiende sannsynlig, dvs. mer enn 50 % sannsynlig, at de faktiske forhold er slik at de gir grunnlag for oppsigelse. Dette er lagt til grunn i *Sveiser* (Rt. 1959 s. 900) hvor retten la til grunn at arbeidsgiver selv måtte ta risikoen for feil forutsetninger når oppsigelse ble gitt. Tilsvarende følger også av *Norsk Hydro Aluminum* (HR 2001 s. 956), men denne kjennelsen viser at bevisbyrden også kan gå over på arbeidstaker avhengig av hva som er bevistema i saken. I enkelte tilfeller kan arbeidsgivers bevisbyrde skjerpes, for eksempel når arbeidsgiver gir en etterfølgende begrunnelse for oppsigelse, se *Autronica* (Rt. 1996 s. 1401), eller hvor grunnlaget bygger på straffbare eller

¹⁰⁸ Fougner (2013) s. 752.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 337.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

stigmatiserende forhold, se *Underslag* (Rt. 2014 s. 1161). En nærmere gjennomgang av reglene om bevisbyrde følger av pkt. 6.2.3.

4.5 Erstatning og oppreisning

Dersom en oppsigelse kjennes usaklig av domstolen, kan arbeidstaker kreve erstatning i henhold til § 15-12 annet ledd. Erstatningskravet kan fremmes som eneste reaksjon eller sammen med krav om at oppsigelsen er ugyldig.¹¹² Det kreves ikke skyld hos arbeidsgiver for å tilkjenne erstatning. I følge Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76 kan erstatningen dekke både økonomiske og ikke-økonomiske elementer, såkalt billighetserstatning eller tort og svie.

Erstatningsutmålingen er skjønnsmessig og skal vurderes «under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig», jfr. § 15-12 annet ledd siste pkt. Det skal således foretas en helhetsvurdering hvor flere momenter må vurderes. For det første omfattes arbeidstakers økonomiske skade frem til domsavsigelsen. Eksempelvis tapt lønn dersom arbeidstakeren ikke har stått i stillingen. For det andre kan arbeidstaker kreve erstatning for fremtidig inntektstap. For eksempel dersom vedkommende får reduserte muligheter på arbeidsmarkedet. En nærmere gjennomgang av reglene om oppreisning og erstatning følger av pkt. 6.3.3 og 6.4.3.

5 Trakassering

5.1 Kort om kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø

Arbeidstakeres helse og sikkerhet har stått sentralt i norsk arbeidsmiljølovgivning siden den første fabrikktilsynsloven kom i 1892. Denne lovgivningen tok i hovedsak sikte på å «forebygge ulykker og helsefare i fabrikker og annen industri» hvor vernetiltak stort sett omfattet ulykkesvern og rene tekniske forhold.¹¹³ Da aml. (1977) trådte i kraft hadde fokuset i større grad også rettet seg mot psykososiale forhold på arbeidsplassen, ikke bare fysiske helseskader. Hovedformålet med 1977-loven var derfor å «lage en lov som dekker alle faktorer i arbeidssituasjonen som har innvirkning på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd.»¹¹⁴ Dette fokuset er videreført i aml. (2005) aml. § 1-1 bokstav a, men loven setter et større fokus på trivsel og meningsfylt arbeid for de ansatte enn de tidligere lovene har gjort.

¹¹² Storeng (2014) s. 608.

¹¹³ NOU 2004:5 s. 39.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 5.

Aml. (2005) § 4-1 angir de generelle kravene til arbeidsmiljøet på en arbeidsplass og viderefører aml. (1977) § 7. Etter bestemmelsens første ledd skal arbeidsmiljøet være «fullt forsvarlig». Bestemmelsen gir ingen klare rammer for hva kravet omfatter, og er utformet som en rettslig standard.¹¹⁵ Lovens øvrige bestemmelser og arbeidsmiljølovens forskrifter er med på å utfylle og konkretisere hva som ligger i kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Det samme gjør forvaltningspraksis¹¹⁶ og domstolens tolkning av aktsomhetsnormen.

For å avgjøre om arbeidsmiljøet er «fullt forsvarlig» skal det etter bestemmelsen foretas en «enkeltvis og samlet vurdering» av alle «faktorer» på arbeidsplassen som kan ha innvirkning på «arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd», jfr. aml. § 4-1 første ledd. Med «faktorer» menes alle faktorer som kan spille en rolle for arbeidstakers helse og velferd. De viktigste miljøfaktorene er nevnt i aml. §§ 4-2 til 4-6. Her nevnes særskilt aml. § 4-3 som oppstiller krav til de psykososiale faktorene på arbeidsplassen.

At vurderingen må baseres på en «enkeltvis og samlet vurdering» viser at arbeidsmiljøet på den konkrete arbeidsplassen må analyseres både ut fra de enkelte skadelige eller belastende faktorer og ut fra den samlede påkjønning disse medfører.

5.2 Utviklingen av trakasseringssvernet i norsk rett

Da aml. (1977) trådte i kraft, hadde ikke loven noe uttrykkelig vern mot trakassering. Lovens forarbeider tok heller ikke stilling til problematikken rundt trakassering.¹¹⁷ Dersom arbeidstaker ble utsatt for trakassering på arbeidsplassen, måtte forholdet vurderes etter den generelle regelen om uheldig psykisk belastning i aml. (1977) § 7 hvor arbeidstakers «psykiske helse og velferd» var omfattet av kravet til et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø. Samtidig inneholdt aml. § 12 første ledd første pkt. krav om at det måtte legges til rette slik at arbeidstakerne ikke ble utsatt for «uheldige [...] psykiske belastninger». Bakgrunnen for at loven ikke inneholdt noe uttrykkelig vern mot trakassering var trolig at dette ikke var et tema på 1970-tallet da loven trådte i kraft. Som eksempel var begrepet «mobbing» et fremmedord og først benyttet på 1970-tallet i skolesammenheng. Begrepet ble da brukt som en betegnelse på gruppeplaging av medelever.¹¹⁸

¹¹⁵ NOU 2004:5 s. 181 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 97.

¹¹⁶ Arbeidstilsynets tilsynspraksis og klagesaksbehandling.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976).

¹¹⁸ Kaldal, 2012 s. 136, hentet fra <http://www.kaldal.net/ingar/les/arbhist-trakassering.pdf>

I følge *Kaldal*, var det imidlertid en uvant tanke at «voksne mobbet andre voksne, og at dette skjedde på arbeidsplassen». ¹¹⁹ Det var likevel kjent at arbeidstakere kunne bli utsatt for systematisk erting, trakassering eller sosial utstøting, det ble bare ikke kategorisert med noe begrepet. ¹²⁰

Først på 1980-tallet begynte mobbebegrepet å få sin plass i arbeidslivssammenheng. Fenomenet «mobbing i arbeidslivet» ble gjenstand for stor oppmerksomhet fra media og norske og internasjonale forskere startet å kartlegge fenomenets omfang, årsaker og konsekvenser. Forskningen viste at trakassering foregikk i et mye større omfang og hadde langt alvorlige konsekvenser enn man hadde antatt tidligere. ¹²¹ Videre starter LO sin første store kampanje mot mobbing på arbeidsplassen i 1987. ¹²² Den store oppmerksomheten medførte at noen arbeidstakere tok ut søksmål mot sine arbeidsgivere som igjen bragte problemstillingen ut i offentligheten. ¹²³

På bakgrunn av det økte fokuset startet Arbeidsmiljølovutvalget i 1989 å utrede forslag til endring i aml. (1977) § 12. På det generelle plan hadde oppmerksomheten rundt mellommenneskelige relasjoner og betydningen av dette økt betraktelig siden loven ble utformet i 1977 og det hadde blitt et sterkere fokus på konflikter, mobbing og seksuell trakassering i arbeidslivet. I NOU 1992:20 fremholdt Utvalget at det var behov for å gi arbeidstakere et «sterkere vern mot psykiske belastninger som ikke direkte har sin årsak i formell organisering i virksomheten». ¹²⁴ Departementet støttet Utvalgets syn og uttalte at det burde tas inn en presisering i lovteksten for å tydeliggjøre at arbeidstaker ikke skal utsettes for denne type psykiske belastninger som trakassering og mobbing innebærer. ¹²⁵ Ved endringslov av 6. januar 1995 nr. 2 ble det derfor innført et uttrykkelig forbud mot trakassering og annen utilbørlig opptreden i aml. (1977) § 12 annet ledd siste pkt.

I 2004 lanserte tidligere statsminister Kjell Magne Bondevik en nasjonal kampanje mot mobbing i sin nyttårstale. I talen pekte han på at over 200 000 voksne ble utsatt for mobbet på

¹¹⁹ Kaldal, 2012 s. 137, hentet fra <http://www.kaldal.net/ingar/les/arbhist-trakassering.pdf>

¹²⁰ Kaldal, 2012 s. 137, hentet fra <http://www.kaldal.net/ingar/les/arbhist-trakassering.pdf>

¹²¹ Einarsen (2007) s. 126.

¹²² http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks_id=41589&a=3

¹²³ Einarsen (2007) s. 127.

¹²⁴ NOU 1992: 20 s. 132.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 65.

arbeidsplassen, hvorav halvparten av dem daglig.¹²⁶ Talen utløste en stor interesse og offentlig diskusjon. Kampanjen fikk etter hvert tittelen «Jobbing uten mobbing» som ble en del av avtalen om et inkluderende arbeidsliv. Kampanjen resulterte i nettsiden www.jobbingutenmobbing.no som benyttes til å gi informasjon og konkret råd og veiledning til alle parter som berøres av mobbekonflikter på arbeidsplassen.¹²⁷

Samme år ble Arbeidslivslovutvalget satt til å utrede forslag til ny arbeidsmiljølov. I NOU 2004:5 fremholdt Utvalget at det fortsatt ville være «behov for lovkrav rettet mot arbeidsmiljøproblemer av sosial/psykososial art, herunder for eksempel trakassering, mobbing, sosial isolasjon mv.»¹²⁸ I følge Utvalget hadde aml. (1977) § 12 blitt en «detaljert, uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig» bestemmelse slik at det var behov for å revidere og tydeliggjøre kravet til det psykososiale arbeidsmiljøet.¹²⁹ Utvalget foreslo derfor at kravet til det psykososiale arbeidsmiljøet skulle skilles ut til en egen bestemmelse. Både departementet og komiteen sluttet seg til forslaget og forbudet ble videreført med samme ordlyd i aml. (2005) § 4-3 tredje ledd.¹³⁰

5.3 Nærmere om innholdet i aml. § 4-3 tredje ledd

Det fremgår av aml. § 4-3 tredje ledd at arbeidstaker ikke skal utsettes for «trakassering eller annen utilbørlig opptrede». Bestemmelsen viderefører arbeidstakers vern mot trakassering etter aml. (1977) § 12 første ledd siste pkt. uten realitetsendringer.¹³¹ Forarbeider og rettspraksis knyttet til den eldre bestemmelsen vil derfor være relevant ved fastsettelse av innholdet i trakasseringsbegrepet etter aml. § 4-3 tredje ledd.

Bestemmelsen omfatter alle former for trakassering, herunder mobbing og seksuell trakassering, og utilbørlig opptreden.¹³² Hva som ligger i begrepene er imidlertid ikke nærmere definerte i arbeidsmiljøloven eller dens forarbeider.

¹²⁶ Statsministerens nyttårstale, hentet fra:

<https://tv.nrk.no/serie/statsministerens-nyttaarstale/NNFA80800103/01-01-2004#>

¹²⁷ <http://www.arbeidstilsynet.no/nyhet.html?tid=79405>

¹²⁸ NOU 2004:5 s. 182.

¹²⁹ NOU 2004:5 s. 182.

¹³⁰ Innst.O nr. 100 (2004-2005) s. 16.

¹³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 100.

¹³² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 230.

Ordlyden «trakassering» gir uttrykk for at det må være tale om krenkende behandling av en annen person. Trakassering kjennetegnes gjerne ved at en person blir utsatt for krenkelse over så lang tid at det går ut over vedkommendes psykiske helse og velferd. Høyesterett har ikke tatt konkret stilling til trakasseringsbegrepet innhold. I de sakene som har vært oppe for Høyesterett har spørsmålet omhandlet erstatningsbetingende trakassering og ikke det konkrete innholdet i hva som anses å være trakassering i lovens forstand.¹³³ De momentene Høyesterett har lagt til grunn vil likevel være relevant for forståelsen av trakasseringsbegrepet. Dette kommer jeg tilbake til i pkt. 5.6.

Ordlyden «annen utilbørlig opptrede» gir uttrykk for en utvidelse av bestemmelsens innhold og anvendelsesområde. Formuleringen «annen» trekker i retning av at begrepet «utilbørlig opptreden» er et samlebegrep som omfatter flere forhold enn hva som faller inn under trakasseringsbegrepet. Dette vil typisk kunne være urimelig eller upassende oppførsel, trusler, utskjelling, vold o.l. At opptreden må være «utilbørlig» markerer imidlertid en terskel for hvilke handlinger bestemmelsen er ment å beskytte arbeidstaker mot. Enhver ubehagelig konflikt eller urimelig tilsnakk kan ikke anses som utilbørlig i lovens forstand. Det må derfor trekkes en grense for hva som er utilbørlig, og hva en arbeidstaker må regne med å tåle.

I forbindelse med forberedelsen av 2005-loven etterspurte enkelte høringsinstans en legaldefinisjon av trakasseringsbegrepet i § 4-3 tredje ledd. Departementet fant det på sin side ikke hensiktsmessig å innta en definisjon i lovteksten. Begrunnelsen var nettopp at «bestemmelsen setter forbud ikke bare mot trakassering, men også mot 'annen utilbørlig atferd'.»¹³⁴ En legaldefinisjon av trakasseringsbegrepet ville derfor snevre inn anvendelsesområdet til bestemmelsen, noe som ikke var ønskelig. I stedet ble bestemmelsen utformet som en rettslig standard.¹³⁵ Dette gjør at begrepene kan tillegges ulikt innhold til forskjellig tid, avhengig av hva som er moralsk og sosialt akseptert.¹³⁶ For å avgjøre om det foreligger trakassering eller utilbørlig opptreden må det derfor gjøres en helhetsvurdering.

¹³³ Alle Høyesterettsdommene er avsagt etter aml. (1977).

¹³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 100.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 230.

¹³⁶ Jakhelln (2011) s. 199.

5.4 Seksuell trakassering

5.4.1 Generelt

Seksuell trakassering faller inn under begrepet trakassering og beskrives gjerne som ulike former for seksuelt betont plaging, ofte betegnet som uønsket seksuell oppmerksomhet.¹³⁷ I rettslig forstand er seksuell trakassering å anse som kjønnsdiskriminering da kjernen i problemet er et uttrykk for ulikestilling mellom kjønnene.¹³⁸

Seksuell trakassering faller inn under begrepet trakassering i aml. § 4-3 tredje ledd på samme måte som andre typer trakassering.¹³⁹ Arbeidstakere som utsettes for denne type atferd er imidlertid også vernet av likestil. § 8 som har en legaldefinisjon av begrepet. Forbudet mot seksuell trakassering knyttet til likestillingsloven vil bli nærmere redegjort for i det følgende.

5.4.2 Innholdet i likestillingsloven § 8 annet ledd annet pkt.

Likestillingsloven (2013) § 8 annet ledd annet pkt. inneholder en legaldefinisjon av seksuell trakassering som lyder: «Med seksuell trakassering menes *uønsket seksuell oppmerksomhet* som er *plagsom* for den oppmerksomheten rammer.» (min kursivering) Bestemmelsen viderefører likestil. (1978) § 8 bokstav a uten realitetsendring.¹⁴⁰

For at det skal være tale om seksuell trakassering, må det for det første utvises noen form for «seksuell oppmerksomhet». Dette vil være tilfellet dersom oppmerksomheten er «seksuelt betont eller av seksuell karakter.»¹⁴¹ I forarbeidene til den tidligere bestemmelsen i likestil. (1978), ble denne type oppmerksomhet kategorisert i tre former for trakassering, herunder verbalt, ikke-verbalt og fysisk.¹⁴² Begrepet skal med dette tolkes vidt og omfatter alt fra kommentarer, blikk og berøring til de mer grove tilfeller som voldtektsforsøk. Felles for disse er i følge forarbeidene at «de oppleves som overgrep mot den enkeltes personlige integritet.»¹⁴³

¹³⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 63.

¹³⁸ Meld. St. 44 (2012-2013) s. 95.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 65.

¹⁴⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 171.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁴² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 63.

For det andre må oppmerksomheten være «uønsket». I følge forarbeidene til likestil. (1978) må dette forstås som at «oppmerksomheten oppleves som uvelkommen.»¹⁴⁴ Hva som oppleves som uvelkommen og uønsket beror i følge departementet «utelukkende» på vedkommende subjektive oppfatning.¹⁴⁵ Departementet presiserer imidlertid at den som utøver handlingen må gjøres klar over at oppmerksomheten er uønsket.¹⁴⁶ Det innebærer at den seksuelle oppmerksomheten først vil gå over til seksuell trakassering dersom den som utøver handlingen fortsetter, til tross for at det er blitt gjort klart at oppmerksomheten ikke er ønsket.¹⁴⁷ Dette kravet må imidlertid i enkelte tilfeller lempes dersom oppmerksomheten er tilstrekkelig grov. I så fall kan en ikke i like stor grad forvente at handlingspersonen skal gjøres oppmerksom, da en ut fra en objektivt vurdering må kunne legge til grunn at handlingspersonen forsto eller burde forstå at handlingen var uønsket.¹⁴⁸

For at oppmerksomheten skal karakteriseres som trakassering må den ikke bare være «uønsket», men også «plagsom for den som rammes», jf. likestil. § 8 annet ledd annet pkt. Innholdet i vilkåret er nærmere drøftet i forarbeidene hvor det er oppstilt flere momenter som inngår i vurderingen. Om oppmerksomheten er å anse som «plagsom» må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering.¹⁴⁹ Det faller imidlertid utenfor oppgavens tema å gå nærmere inn på de ulike momentene i vurderingen.

5.5 Trakassering som del av diskrimineringsforbudet

5.5.1 Generelt

Det er ikke bare aml. § 4-3 tredje ledd som regulerer trakassering i arbeidslivet. I likestillings- og diskrimineringslovene, samt aml. § 13-1 annet ledd er det inntatt et særskilt forbud mot trakassering som likestilles med diskriminering.

Bakgrunnen for det særskilte vernet mot trakassering er begrunnet i Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og EUs ikke-diskrimineringspakke.¹⁵⁰ For å oppfylle forpliktelsene ble det ansett nødvendig å innføre et eksplisitt vern mot trakassering knyttet til de ulike

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72.

¹⁵⁰ Se pkt. 2.1 for nærmere redegjørelse for ikke-diskriminerings-pakken og dens betydning for diskrimineringsvernet i norsk rett.

diskrimineringsgrunnlagene. Departementet drøftet hvor det var mest hensiktsmessig å implementere forbudet og la til grunn at aml. (1977) § 12 per definisjon omfattet trakassering knyttet til diskriminering, men antok at bestemmelsen trolig ikke var tilstrekkelig for å «tilfredsstille rammedirektivenes krav til effektiv sanksjonering.»¹⁵¹ Vernet ble derfor tatt inn i diskrimineringskapittelet i aml. 10A § 54 bokstav C tredje ledd og videreført i aml. (2005) § 13-1 annet ledd.

Dersom en arbeidstaker blir trakassert, og trakasseringen har sammenheng med minst et av diskrimineringsgrunnlagene, gjengitt i pkt. 2.2.2, vil arbeidstakeren, i tillegg til å være beskyttet av det generelle trakasseringsvernet i aml. § 4-3 tredje ledd, også være beskyttet av diskrimineringslovverket.

5.5.2 Innholdet i trakasseringsbegrepet etter diskrimineringslovverket

Aml. § 13-1 annet ledd, likestil. 8, etndiskrl. § 9, tilgjil. § 8 og sordiskrl. § 8 inneholder forbud mot trakassering som knytter seg til diskrimineringsgrunnlagene, gjengitt i pkt. 2.2.2. For at bestemmelsene skal komme til anvendelse må det være årsakssammenheng mellom trakasseringen og mist et av diskrimineringsgrunnlagene bestemmelsene er ment å verne.

Til forskjell fra aml. § 4-3 tredje ledd, inneholder bestemmelsene i diskrimineringslovverket en legaldefinisjon av trakasseringsbegrepet. I aml. (1977) § 54 C nr. 3, som tilsvarende aml. (2005) § 13-1 annet ledd, var det inntatt en definisjon av trakassering. Definisjonen ble ikke videreført i aml. § 13-1 annet ledd ved lovrevisjonen i 2005, men tatt inn i lovens forarbeider uten realitetsendring.¹⁵²

Definisjonen i forarbeidene til aml. § 13-1 annet ledd og i særlovene er noe ulikt utformet, men er i stor grad sammenfallende. Når det gjelder særloven, viderefører definisjonen den tilsvarende definisjonen i diskrimineringsloven av 2005 («diskrl.») § 5. Forarbeidene til denne bestemmelsen vil derfor være relevant for forståelsen av trakasseringsvernet i særlovene.

Uavhengig av hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse, må to vilkår være oppfylt for at arbeidstakeren skal være beskyttet av trakasseringsvernet. For det første må atferden være

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 37.

¹⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

uønsket av den som utsettes, jfr. forarbeidene til aml. § 13-1.¹⁵³ At atferden må være uønsket viser i følge forarbeidene til at arbeidstakerens subjektive oppfatning av situasjonen har betydning for om forholdet skal anses som trakassering.¹⁵⁴

I diskrimineringslovverket er begrepet «uønsket» konkretisert til at det må være tale om «handling, unnlater eller ytring». Bakgrunnen for dette var i følge forarbeidene til diskrl. (2005) at det ble ansett overflødig å innta en slik presisering i ordlyden ettersom det er en forutsetning for å karakterisere noe som trakassering at den er «uønsket fra fornærmedes side».¹⁵⁵ Bestemmelsene må derfor forstås tilsvarende på dette punktet.

For det andre må den uønskede atferden ha til «hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet», jfr. aml. § 13-1 annet ledd. I diskrimineringslovverket har dette fått en noe annen ordlyden ved at atferden må «virke eller [ha] til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende.» Dette er alternative vilkår, men omfatter både tilsiktet og utilsiktet trakassering. Det er med andre ord ikke nødvendig at vedkommende hadde til hensikt å trakassere dersom vedkommende som ble utsatt for den uønskede handlingen oppfattet det som trakassering.

5.6 Momenter i den rettslige standarden

5.6.1 Generelt

Som nevnt under pkt. 5.3 inneholder ikke aml. § 4-3 tredje ledd noen definisjon av verken trakassering- eller utilbørlighetsbegrepet. Begrepene er utformet som en rettslig standard uten noe klart fastsatt innhold. Om det foreligger trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd, må derfor vurderes etter en konkret vurdering, jfr. *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1507).

Gjennom rettspraksis er det oppstilt flere objektive momenter som må være oppfylt for at det skal foreligge erstatningsbetingende trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd. Det bemerkes at det ikke tas sikte på å oppstille en uttømmende oppsummering av alle momenter.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 37.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) 108.

5.6.2 Negative handlinger

Trakassering kjennetegnes ved at man utsettes for negativ atferd som ikke er ønsket. Ordlyden i aml. § 4-3 tredje ledd gir imidlertid ingen veiledning på hvilke negative handlinger som omfattes av trakasserings- og utilbørighetskriteriet. Første spørsmål er derfor om det kan oppstilles noen retningslinjer for hvilke negative handlinger som etter sin art kan betegnes som trakassering eller utilbørlig.

Som et generelt utgangspunkt må en legge til grunn at en trakasserende, eller utilbørlige handling kan arte seg forskjellig og utøves på en rekke ulike måter. For det første kan det arte seg *direkte* overfor offeret, typisk gjennom ord eller handlinger. Dette var forløpet i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) hvor en kvinnelig ansatt hadde blitt utsatt for «forskjellige former for trakassering på det verbale plan, kombinert med trusler om ikke å gi seg før hun var fordrevet fra stillingen.» (s. 790) Førstvoterende viste til at kvinnen hadde blitt usatt for både skremmende og plagsomme handlinger, bl.a. at noen hadde «hengt en stor, levende edderkopp på innsiden av hennes kontordør, og at det ble hengt et kondom på bilen hennes en gang hun skulle til Oslo.» (s. 791) Dommen illustrerer det store spekteret over hvordan trakassering kan arte seg direkte overfor offeret.

For det andre kan trakassering og utilbørlig opptreden forekommer *indirekte* overfor offeret gjennom organisatorisk utstøtelse. Dette vil for eksempel være tilfellet dersom offeret fryses ut av det sosiale fellesskapet på arbeidsplassen, eller at vedkommende fratras arbeidsoppgaver. Dette kalles gjerne for «ikke-handlinger», som vil si at man unnlater å gjøre noe man ellers ville gjort. Indirekte trakassering kan bestå av små og uskyldige handlinger som til sammen har en styrke som utgjør trakassering.¹⁵⁶ Et eksempel på dette følger av *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1507). Arbeidsgiver hadde bl.a. anvendt lapper og telefaks som kommunikasjonsmiddel og spørsmålet var om arbeidsgiver kunne ilegges erstatningsansvar for brudd på arbeidskontrakten. Førstvoterende fremholdt at denne form for kommunikasjonsform i utgangspunktet var vanlig og praktisk, men at det etter en konkret vurdering fremsto som en «uheldig form for enveiskommunikasjon, som gjorde diskusjon om spørsmålene vanskelig.» (s. 1514) På bakgrunn av forholdene som ble godtgjort i saken, fant Høyesterett at arbeidsgiver hadde misligholdt arbeidskontrakten ved å neglisjere sine plikter etter aml. kapittel 4 om krav til arbeidsmiljø. Resultatet i saken viser at enkelthandlinger som ikke i seg

¹⁵⁶ Einarsen (2007) s. 100.

selv betegnes som negativ adferd, likevel kan inngå i et handlingsmønster som totalt sett fremstår som trakassering eller utilbørlig opptreden.

For det tredje kan trakassering og utilbørlig opptreden forekomme i det *skjulte* gjennom for eksempel baksnakking og ryktespredning, eller *åpent* ved at vedkommende skjelles ut foran øvrige kollegaer på en ydmykende måte.

Overnevnte drøftelse er i tråd med det som diskrimineringslovverket oppstiller som et vilkår, herunder at det må være tale om en «handling, unnlattelse eller ytring» som er uønsket fra offerets side. Det samme er lagt til grunn i Arbeidstilsynets definisjon av trakassering hvor det fremgår at det må være tale om «negative handlinger».¹⁵⁷ Drøftelsen viser likevel bare enkelte eksempler, eller utgangspunkt for hva som etter en nærmere vurdering kan regnes som negative handlinger eller unnlattelser. Hvilke handlinger som etter sin art omfattes av trakasserings- og utilbørlighetsbegrepet må uansett vurderes konkret, sett i lys av øvrige momenter.

5.6.3 Gjentatte handlinger over tid

Neste spørsmål er om det stille krav til et vist *omfang* av negative handlinger eller unnlattelser for at en negativ atferd skal regnes som trakassering eller utilbørlig etter aml. § 4-3 tredje ledd.

I Høyesterett har oppfatningen vært at det må være tale om gjentatte handlinger over tid for at vedkommende skal anses å være utsatt for erstatningsbetingende trakassering. Dette ble første gang lagt til grunn i *Moelven Mjøsbruket* (Rt. 1993 s. 616) som omhandler spørsmål om arbeidsgiver kunne holdes erstatningsrettslig ansvarlig for skader som arbeidstaker hadde pådratt seg som følge av trakassering på arbeidsplassen. Innledningsvis i domspremissene viser førstvoterende til en definisjon av mobbing fra litteraturen og forskning hvoretter det uttrykkes at mobbing må «forekomme gjentatte ganger over en viss tidsperiode.» (s. 629) Førstvoterende presiserte imidlertid at det ikke (på dette tidspunkt) forelå noe «fastlagt faktisk og rettslig innhold» av mobbebegrepet og at det var lite rettspraksis på området (s. 620). Høyesterett vurderte likevel omfanget og lengden av den påståtte trakasseringen og fant at forholdene «refererer seg til konkrete episoder og handlinger, og den knytter seg til et

¹⁵⁷ <http://www.jobbingutenmobbing.no/>

bestemt, relativt kortvarig tidsrom [...]». Høyesterett fant det bevist at A enkelte ganger hadde blitt utsatt for plagsomme handlinger, men at de ikke var tilstrekkelig for å anses som erstatningsbetingende trakassering (s. 621). Ut fra resultatet i dommen, kan det se ut som at det stilles strenge krav til trakasseringens art og omfang for at det skal anses som trakassering i en slik grad at det gir rett til erstatning.

Også i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) ble omfanget av de negative handlingene vurdert. I lagmannsretten ble det lagt til grunn at kvinnen over en periode på 4-5 måneder hadde blitt utsatt «[...] for et samlet press fra mannlige kollegaer som ikke kan karakteriseres som annet enn ren trakassering.»¹⁵⁸ Høyesterett støttet seg til lagmannsrettens uttalelse, men presiserte at «[s]elv om konsekvensene av mobbing kan være stor for den enkelte, vil bare en mindre del av tilfellene resultere i erstatningsbetingende skader. Særlig gjelder det hvis mobbingen blir avbrutt før den går for langt.» (s. 792). Førstvoterende støttet seg med dette til resultatet i *Moelven Mjøsbruket* (Rt. 1993 s. 616) hvor det oppstilles en høy terskel for hvor lenge vedkommende må utsettes for trakassering for at arbeidsgiver skal bli erstatningsansvarlig.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om kravet til gjentakelse i enkelte tilfeller må lempes. Det må kunne legges til grunn at jo grovere de negative handlingene er, desto lavere er terskel for at handlingene skal defineres som trakassering eller annen utilbørlig opptreden. Dette kan tolkes ut av *Falken* (Rt. 1997 s. 786) hvor det avgjørende for erstatningsansvaret var omfanget av trakasseringen, ikke lengden som sådan. Det samme er lagt til grunn i juridisk teori hvor *Einarsen* uttrykker at det vil ta lengre tid å stadfeste trakassering dersom vedkommende er blitt utsatt for sårende erting, enn hvor det dreier seg om grove trusler.¹⁵⁹

Ut fra rettspraksis å dømme er det i utgangspunktet et vilkår for å kunne si at det foreligger trakassering, at det dreier seg om gjentatte handlinger over tid. Dette innebærer at trakasserings- og utilbørlighetsbegrepet i utgangspunktet avgrenses mot enkeltstående handlinger. Dette er i tråd med Arbeidstilsynets definisjon av trakassering.¹⁶⁰

Dette skiller seg imidlertid fra særlovenes definisjon av trakassering hvor det er åpnet for at enkeltstående handlinger kan omfattes. Dette er lagt til grunn i særlovenes felles forarbeid

¹⁵⁸ LA 1995 s. 36.

¹⁵⁹ Einarsen (2007) s. 95. Se også Jakhelln (2011) s. 200.

¹⁶⁰ www.jobbingutenmobbing.no

hvor det fremgår at på tross av at man som regel sikter til «gjentakende, vedvarende eller grove handlinger eller ytringer», kan også «enkeltstående tilfeller av uønsket atferd [...] være ulovlig trakassering».¹⁶¹ Det kan på dette punktet se ut som at aml. § 4-3 tredje ledd gjennom Høyesteretts dommer oppstiller en høyere terskel for at et forhold skal regnes som trakassering sammenlignet med diskrimineringslovgivningen.

5.6.4 Styrkeforholdet mellom partene

Trakassering har ofte sammenheng med maktstrukturer eller maktubalanse. Med dette menes at det oppstår eller foreligger en ubalanse mellom partene, slik at den ene parten ikke klarer å ta igjen eller føler seg maktesløs.¹⁶² Forskjeller i styrkeforholdet har imidlertid ofte et subjektivt utgangspunkt, der offeret har en følelse av underlegenhet og mangler evne til å forsvare seg mot de handlinger vedkommende opplever.

I de sakene som har vært behandlet av Høyesterett har flertallet omhandlet trakassering fra en overordnet, herunder *Moelven Mjøsbruket* (Rt. 1993 s 616), *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1506) og *Nera* (Rt. 2004 s. 1844).¹⁶³ Selv om Høyesterett ikke uttrykkelig har lagt vekt på at det må foreligge en skjevhet i styrkeforhold mellom partene, må det legges til grunn at det stilles krav om en eller annen form for underlegenhet fra offerets side. At rettspraksis på området i all hovedsak omhandler trakassering fra arbeidsgiver, leder eller overordnet er en indikasjon på dette.

Dette støttes også opp av at den ledende oppfatningen i Arbeidstilsynet, juridisk teori og i psykologiske definisjoner har vært at det «bør» foreligge en ubalanse i styrkeforholdet for at det skal bli ansett som trakassering i arbeidslivet. Dette følger bl.a. av Arbeidstilsynets definisjon hvor det fremgår at det ikke er tale om trakassering «dersom to omtrent like sterke personer kommer i konflikt».¹⁶⁴ I definisjonen presiseres det imidlertid at styrkeforholdet ikke nødvendigvis handler om «formell plassering i organisasjonen.» Det vil si at det ikke er en betingelse for trakassering at de negative handlingene utøves av en overordnet mot en underordnet. Også trakassering mellom arbeidstakere kan omfattes av aml. § 4-3 tredje ledd

¹⁶¹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 162.

¹⁶² Einarsen (2007) s. 130.

¹⁶³ Med unntak av *Falken* (Rt. 1997 s. 786) hvor en kvinnelig overordnet ble utsatt for mobbing av flere underordnede arbeidstakere.

¹⁶⁴ www.jobbingutenmobbing.no

dersom offeret i realiteten er underlagt den andre. Dette støttes opp av situasjonen i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) hvor offeret hadde en overordnet stilling i virksomheten.

I diskrimineringslovverket er det lagt til grunn at trakassering «kan» ha sammenheng med maktubalanse. Det presiseres imidlertid i særlovenes felles forarbeid at «handlinger lettere vil være trakasserende» dersom konflikten står mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁶⁵ Noe som etter mitt skjønn må tolkes som at det ikke oppstilles et absolutt krav om ubalanse, kun at dette er et moment i vurdering. Det kan derfor fremstå som at kravet til kvalifisert negativ atferd senkes dersom trakasseringen forekommer mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.

5.6.5 Arbeidstakers subjektive opplevelse av situasjonen og en objektivt norm

For at noe skal regnes som trakassering er det en forutsetning at vedkommende har en subjektiv opplevelse av å bli trakassert. Hvilken vekt vedkommendes subjektive oppfatning skal tillegges i vurderingen av om det foreligger trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd, er imidlertid vanskelig å fastslå. Dette er en naturlig konsekvens av at det vil variere hva mennesker opplever som trakassering. Spørsmålet er derfor i hvilken grad arbeidstakers subjektive oppfatning skal legges til grunn i vurderingen av om det foreligger trakassering.

At det er en forutsetning for trakassering at vedkommende selv har en subjektiv oppfatning av å bli trakassering, tilsier at man i utgangspunktet må legge arbeidstakers opplevelse til grunn. Det vil imidlertid være uheldig om arbeidstakeren har den fulle definisjonsmakten. Sett fra motpartens ståsted vil det være stigmatiserende å bli utpekt som en som trakasserer dersom dette ikke er tilfellet. Arbeidstakerens egen oppfatning kan derfor ikke i seg selv være avgjørende for å påvise trakassering. Den subjektive opplevelsen må ha en viss støtte i objektive konstantbare handlinger. Noe som kan uttrykkes som at atferden må gå ut over hva som er påregnelig eller at handlingene har en viss alvorlighetsgrad.

At arbeidstakers subjektive oppfatning må holdes opp mot en objektiv vurdering illustreres første gang i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) hvor førstvoterende uttrykker at «[d]et avgjørende blir om de konkrete handlinger som utgjør mobbing, objektivt sett må sies å tilfredsstillende de vilkår som loven foreskriver for at arbeidsgiveren skal bli ansvarlig.» (s. 792) Førstvoterende viste til at vurdering måtte gå ut på om atferden til de påståtte trakassørene hadde «gått utenfor det

¹⁶⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 162.

som det er rimelig å regne med», men presiserte at «personlige momenter kunne spille en viss rolle ved siden av handlingens objektive karakter.» (s. 792) På bakgrunn av dokumentasjonen som forelå i saken fant Høyesterett at de påståtte trakassørene hadde overskredet hva som var rimelig å regne med og at det forelå erstatningsbetingende trakassering.

At den subjektive opplevelsen må suppleres av en objektiv vurdering fikk sin støtte av Høyesterett i *Nera* (Rt. 2004 s. 1844). Saken omhandlet en arbeidstaker som påsto at mobbing på arbeidsplassen hadde gjort ham depressiv med 100 % uførhet som resultat. I tingretten og lagmannsretten fikk arbeidstakeren medhold i at arbeidsgiveren hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt.¹⁶⁶ Høyesterett kom til motsatt konklusjon og fremholdt at «[d]et er ikke grunn til å tvile på at As egen opplevelse var at han ble dårlig behandlet. Men objektivt sett kan jeg ikke [...] se noen grunnlag for å oppfatte [overordnet] Bs generelle atferd som en trakassering av A.» (Premiss 43) Høyesterett slo fast at den subjektive opplevelsen av å bli trakassert ikke alene er tilstrekkelig for å fastslå trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd. Det må i tillegg foretas en objektiv vurdering av de anførte forhold. I saken fant Høyesterett etter en konkret vurdering ikke bevis for de påståtte mobbeanklagene og arbeidsgiver ble ikke ansett erstatningsansvarlig.

Ut fra uttalelsene i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) og *Nera* (Rt. 2004 s. 1844) kan det legges til grunn at arbeidstakers subjektive oppfatning ikke er tilstrekkelig for å konstatere trakassering. Vedkommendes subjektive opplevelse må suppleres med en objektiv vurdering av de påståtte forhold. Det må med andre ord foreligge identifiserbare eller målbare bevis som støtter opp om arbeidssakers påstand om trakassering eller utilbørlig opptreden, eksempelvis bekreftelser fra vitner og kollegaer eller annen dokumentasjon som skriftlige bevis, legejournaler el. Dersom arbeidstakeren ikke kan knytte sin subjektive oppfatning til konkrete forhold vil han vanskelig få gjennomslag i domstolen. Dette står til kontrast fra særlovene hvor det er lagt til grunn at «[...] den utsatte arbeidstakers subjektive opplevelse av situasjon skal være utslagsgivende for om atferden må kunne beregnes som trakassering.»¹⁶⁷ Det ble i den forbindelse fastlagt at det ikke kunne oppstilles noen «objektive normer for hva som oppfattes som verdighetskrenkelende for den enkelte» ettersom krenkelse av en persons verdighet høy grad er et subjektivt anliggende. Ut fra uttalelsen å dømme kan det se ut som at det i større grad skal legges vekt på vedkommendes subjektive opplevelse av situasjonen etter

¹⁶⁶ LG-2003-4666.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 37.

trakasseringsbegrepet i diskrimineringslovverket enn det som er lagt til grunn i praksis når det gjelder aml. § 4-3 tredje ledd.

5.6.6 Forholdet mellom trakasseringsbegrepene

Som en kan se av gjennomgangen, kan det fremstå som noe uklart om trakasseringsbegrepet i aml § 4-3 tredje ledd og definisjonen av trakasseringsbegrepet i forarbeidene til aml. § 13-1 og særlovene skal forstås på samme måte.

I forarbeidene til aml. § 13-1 annet ledd fremgår det at begrepet trakassering ikke skal «tolkes annerledes i [§ 13-1 annet ledd] enn det gjør i § 4-3 tredje ledd.»¹⁶⁸ Noe som må forstås som at begrepet trakassering innholdsmessig (materielt) skal tolkes og anvendes på samme måte. Det samme må legges til grunn når det gjelder innholdet i trasseringsbegrepet knyttet til særlovene.¹⁶⁹ Dette støttes opp av Stortingets uttalelse i Inst. O. nr. 52 (2003-2004) hvor Stortinget støtter seg til uttalelsene i brev datert 5. februar 2004 fra arbeids- og administrasjonsminister Norman til Stortinget v/representant Andersen hvor det fremgår at «[b]egrepet trakassering i § 12 og i kap. X A skal tolkes likt.»¹⁷⁰

På tross av dette, synes Høyesterett å gå i en annen retning enn det lovgiver har lagt til grunn ved at enkelte av momentene i vurderingen ser ut til å være noe strengere etter aml. § 4-3 tredje ledd enn etter særlovene.

På den andre siden kan dette ha å gjøre med at Høyesterett kun har behandlet spørsmålet om erstatningsbetingende trakassering knyttet til aml. § 4-3 tredje ledd. Noe som kan være forklaringen på at det ikke foreligger en samsvarende forståelse av begrepene. Dette indikerer at en ikke kan legge for stor vekt på Høyesteretts forståelse av begrepet for å finne meningsinnholdet i begrepet trakassering knyttet til aml. § 4-3 tredje ledd. Likevel vil det være Høyesteretts forståelse som så langt på vei er avgjørende for en arbeidstakers utsikt til å vinne frem med et erstatningssøksmål.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹⁶⁹ Jakhelln (2012) s. 644

¹⁷⁰ Innst. O. nr. 52 (2003-2004) s. 9.

5.7 Regler om bevisbyrde

For saker som omhandler trakassering er det innført ulike regler hva gjelder bevisbyrde. Dersom en arbeidstaker utsettes for trakassering knyttet til diskrimineringsgrunnlagene, gjengitt i pkt. 2.2.2 er det innført delt bevisbyrde mellom partene, se pkt. 2.3 med videre henvisning. Det samme gjelder dersom den påståtte trakasseringen skyldes at arbeidstakeren har varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen etter reglene om varsling i aml. § 2-4, se pkt. 3.5, med videre henvisning. I slike tilfeller er det arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at trakassering ikke har funnet sted etter reglene i aml. § 2-5 første ledd.

Dersom den påståtte trakasseringen derimot skyldes andre forhold, herunder trakassering eller utilbørlig opptreden i strid med aml. § 4-3 tredje ledd, er det arbeidstakeren som må sannsynliggjøre at slik trakassering har funnet sted. For aml. § 4-3 tredje ledd er det ikke innført en tilsvarende bevisbyrderegel. Her gjelder de alminnelige regler i sivilprosessen hvor det som utgangspunkt er den som hevder å ha et erstatningskrav mot en annen som har bevisbyrden. Dette innebærer at det er den som hevder seg trakassert i strid med aml. § 4-3 tredje ledd som må dokumentere at trakassering har forekommet. En nærmere gjennomgang av reglene om bevisbyrde knyttet til aml. § 4-3 tredje ledd følger av pkt. 6.2.4.

5.8 Oppreisning og erstatning

Også når det gjelder arbeidstakers rett på erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap er det innført ulike regler avhengig av hvilket grunnlag trakassering knytter seg til. For trakassering knyttet til diskriminering er det innført et objektivt ansvar for arbeidsgiver, se pkt. 2.4. Dersom domstolen finner at en arbeidstaker er trakassert i strid med diskrimineringsforbudet, er arbeidsgiver ansvarlig uten hensyn til skyld. Regelen gjelder både for krav på erstatning for økonomisk tap og oppreisning. Tilsvarende regler er innført i aml. § 2-5 første ledd når det gjelder arbeidstakers krav på oppreisning i strid med gjengjeldelsesforbudet, se pkt. 3.6.

Når det gjelder aml. § 4-3 tredje ledd, er det ikke innført tilsvarende regler om objektivt ansvar for arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker ønsker å få sitt økonomiske tap knyttet til trakassering, eller oppreisning for den tort og sveie trakasseringen har medført, må arbeidstakeren kreve dette etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

For økonomisk tap, kommer reglene om arbeidsgivers kontraktsansvar, ulovfestet uaktsomhetsansvar og regelen om arbeidsgiveransvar i skadeserstatningsloven («skl.») § 2-1 til anvendelse.¹⁷¹ For arbeidstakers krav på oppreisning for ikke-økonomisk tap, gjelder den alminnelige oppreisningsregelen i skl. § 3-5. Denne regelen oppstiller personlig erstatningsansvar og arbeidsgiver kan som utgangspunkt ikke bli ansvarlig for andre ansattes trakasserende handlinger overfor en kollega. Arbeidstakers mulighet for å bli tilkjent erstatning for økonomisk tap er nærmere redegjort for i pkt. 6.3.4-6.3.7. Hva gjelder arbeidstakers krav på oppreisning følger dette av pkt. 6.4.4.

6 Håndhevelse av de lovbeskyttede interesser

6.1 Generelt

En sentral side ved lovgivning er lovens formål og at de materielle regler skal realiseres effektivt. Lovgiver har flere virkemidler av lovteknisk art når det gjelder å gjøre lovbestemmelser effektive. Et virkemiddel kan ligge på sanksjonssiden gjennom for eksempel tilsynsorganer med kompetanse til å gi pålegg og ilegge overtredelsesgebyr, eller ved å gjøre brudd på bestemmelser straffbare. En annen metode kan være å lette bevissituasjonen for den beskyttede interessen ved for eksempel å pålegge ansvarssubjektet bevisbyrden helt eller delvis. Et tredje alternativ er å knytte erstatningsansvar til bestemmelsen hvor skyldkravet avviker fra det som generelt gjelder i erstatningsretten. For eksempel ved å innføre objektivt ansvar hvor det ellers normalt ville være et krav om subjektiv skyld. For oppgaven er det sentralt å gå nærmere inn på de beskyttede interesser som behandles, herunder vernet mot diskriminering, gjengjeldelse ved varsling, usaklig oppsigelse og trakassering for å undersøke om lovgiver har brukt særlige rettslige instrumenter med den hensikt å effektivisere det vernet de aktuelle lovbestemmelsene er ment å ivareta.

6.2 Bevisbyrde og beviskrav

Når domstolen skal avgjøre en sivil sak, må den anvende rettsregler på et nærmere angitt faktum. I arbeidsrettslige tvister er partene som regel enige om jussen, men ofte uenige om de faktiske forhold. Partene vil derfor legge frem forskjellige bevis for å underbygge deres syn på faktum. Rettens vurdering av de fremlagte bevisene fra partene er det som i juridisk terminologi kalles for *bevisvurdering*. Domstolens bevisvurdering vil munne ut i det

¹⁷¹ Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.

saksforholdet som retten legger til grunn for sin rettsanvendelse. Bevisvurderingen er lovfestet i tvl. § 21-2 hvor prinsippet om fri bevisvurdering er slått fast i første ledd.

Det er den parten som påstår at det foreligger et rettsendrende eller rettsstiftende faktum som har bevisbyrden.¹⁷² Normalt vil dette være saksøkeren. Med *bevisbyrde* siktes det til hvilken av partene som må bære risikoen for en eventuell bevisvil. Den parten som har bevisbyrden, vil ikke få medhold i bevisbedømmelsen dersom retten er i tvil om resultatet. Det betyr at vedkommende som har bevisbyrde, også har «tvilsrisikoen».¹⁷³

Når domstolen skal fatte en avgjørelse, oppstår spørsmålet om hvilket *beviskrav* som gjelder. Skoghøy beskriver dette som «spørsmål om hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at retten skal legge et bestemt faktum til grunn.»¹⁷⁴ Hvilken grad av sannsynlighet som kreves, reguleres ikke av generelle lovbestemmelser. Rettspraksis har på sin side utviklet ulovfestede prinsipper på dette området. I sivile saker er det som hovedregel tilstrekkelig med alminnelige sannsynlighetsovervekt for å vinne frem med sin påstand, også kalt «overvektsprinsippet».¹⁷⁵ Bakgrunnen for regelen om sannsynlighetsovervekt er i *Søren* (Rt. 2008 s. 1409) begrunnet i hensynet til partenes ulike interessert og at overvektsprinsippet totalt sett vil sikre flest materielt riktige resultat (avsnitt 39 i dommen). At det er den som krever et rettsstiftende eller rettsendrende faktum som i utgangspunkt har «tvilsrisikoen», medfører at det går ut over denne part dersom spørsmålet om hva som er mest sannsynlig fortsatt fremstår som uklart etter at alle bevisene er vurdert.

På enkelte områder er det imidlertid fastsatt andre og mer lempelige bevisregler enn det som ellers gjelder for sivile saker. Bakgrunnen for dette er begrunnet i behovet for å sikre et effektivt vern for angitte personer, eller bestemt ut fra hensynet i konkrete tvister. Arbeidsmiljøloven og andre sentrale arbeidsrettslige lover inneholder enkelte særskilte bevisbyrde- og beviskravsregler, hvor arbeidsgiver er pålagt en strengere plikt.

¹⁷² Skoghøy (2014) s. 879.

¹⁷³ Skoghøy (2014) s. 874.

¹⁷⁴ Skoghøy (2014) s. 874.

¹⁷⁵ Rt. 1992 s. 64 s. 70 (P-pilledom II).

For det første er det alminnelig antatt at det gjelder en regel om «omvendt bevisbyrde» i saker oppsigelse og avskjed.¹⁷⁶ Det vil si at arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelsen eller avskjeden var rettmessig.

For det andre er det for enkelte lovbeskyttede interesser innført «delt bevisbyrde» mellom partene.¹⁷⁷ Delt bevisbyrde er en slags mellomform hvor det i første omfang er arbeidstaker som har bevisbyrden. Noe som er i samsvar med de generelle sivilrettslige prinsipper. Dersom saksøker klarer å fremskaffe opplysninger om faktiske forhold som gir grunn til å tro at det vedkommende hevder seg utsatt for, har funnet sted, går bevisføringsansvaret og tvilsrisikoen over fra arbeidstaker til arbeidsgiver. Arbeidsgiver må da fremlegge bevis som sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted slike omstendigheter som arbeidstaker hevder, til tross for at de ytre omstendigheter i seg selv kunne tyde på dette.¹⁷⁸ En slik bevisregel er innført i diskrimineringslovverket og aml. § 2-5 om forbudet mot gjengjeldelse.

I det følgende vil jeg gå inn på hvilke beviskrav som kreves for de ulike lovbeskyttede interesser som oppgaven tar sikte på å klargjøre. Under hvert punkt vil jeg også gå inn på hvem som har bevisbyrden i det konkrete tilfellet.

6.2.1 Diskriminering

Dersom en arbeidstaker eller arbeidssøker hevder seg diskriminert, inneholder aml. kapittel 13 og likestillings- og diskrimineringslovene særlige bevisbyrderegler. Dette følger av aml. § 13-8, likestil. § 27, etndiskrl. § 24, tilgjil. § 30 og sordiskrl. § 23 hvor det fremgår at bevisbyrden er delt mellom partene. Bevisbyrderegelen gjelder for alle diskrimineringssaker som knytter seg til lovenes diskrimineringsgrunnlag og uavhengig av om påstanden omhandler direkte eller indirekte diskriminering, trakassering, instruks om å diskriminere eller påstand om brudd på forbudet mot å innhente opplysninger. For særlovene kommer også bestemmelsen til anvendelse ved påstand om gjengjeldelse. Dersom en arbeidstaker varsler

¹⁷⁶ Jakhelln (2011) s. 726.

¹⁷⁷ Enkelte teoretikere retter kritikk mot begrepet «delt bevisbyrde», se f.eks. Skoghøy (2014) s. 882. Regelen innebærer ikke at bevisbyrden er delt, men at ansvaret skifter fra arbeidstaker til arbeidsgiver dersom arbeidstakeren oppfylder sin bevisbyrde. Det er i den forlengelse heller ikke dekkende å kalle regelen for omvendt eller snudd bevisbyrde all den tid overgangen er betinget av at arbeidstakers bevisføring først etablerer en presumsjon for sin påstand. Jeg vil likevel anvende terminologien «delt bevisbyrde» i det følgende da dette er et etablert begrep innenfor «likestillingsjussen». Se for øvrig arbeidsrett.no (nettversjon) kommentar til aml. § 13-9 note 1.

¹⁷⁸ NOU 2004:5 s. 253.

om diskriminering i henhold til aml. kapittel 13, reguleres forbudet mot gjengjeldelse etter den generelle bestemmelsen i aml. § 2-5 første ledd annet pkt.

Bevisbyrderegelen kommer til anvendelse i alle instanser, det vil si ved bevisbedømmelsen i likestillings- og diskrimineringsapparatet, for domstolene og eventuelle andre organer som tar stilling til diskriminerings spørsmål, eksempelvis Sivilombudsmannen.¹⁷⁹ Regelen kommer imidlertid ikke til anvendelse i straffesaker hvor strafferettens bevisregler kommer til anvendelse. For diskrimineringslovverkets vedkommende får dette for eksempel betydning for brudd på etndiskrl. § 26 om straff for grove overtredelser som er begått av flere i fellesskap.

Bevisbyrdebestemmelsen i aml. § 13-8 viderefører aml. (1977) § 54 1 uten realitetsendringer.¹⁸⁰ For likestillings- og diskrimineringslovenes vedkommende viderefører disse også gjeldende rett.¹⁸¹ Bevisbyrderegelen i aml. og særlovene skal i følge forarbeidene tolkes på samme måte.¹⁸² Eldre forarbeider og rettspraksis på området er derfor fortsatt relevant.

Hovedbegrunnelsen for at det er innført en regel om delt bevisbyrde i arbeidslivet er hensynet til å ivareta en effektiv håndheving av forbudet mot diskriminering.¹⁸³ Regelen ble i sin tid begrunnet i at det i denne type tvister er vanskelig for arbeidstaker eller arbeidssøker å «oppfylle sin bevisbyrde etter de alminnelige reglene om sannsynlighetsovervekt».¹⁸⁴ Bakgrunnen for dette er først og fremst fordi den aktuelle diskriminerende handlingen eller unnlatsen m.v. ofte fremstår som skjult og uklar, slik at det blir vanskelig for arbeidstaker/søker å føre tilstrekkelig bevis for at diskriminering har skjedd.¹⁸⁵ Dette uttrykkes i forarbeidene til den tidligere likestil. (1978) som at «[s]aksforholdet i en konkret sak kan være uoversiktlige og vanskelig å få klarhet i, samtidig som det er arbeidsgiveren [...] som sitter med det vesentligste av dokumentasjon i saken.»¹⁸⁶ Departementet fant med andre ord at arbeidsgiver er den av partene som har enklest for å bevise at diskriminering eventuelt ikke har forekommet. Samtidig er ofte styrkeforholdet mellom partene i diskrimineringssaker skjevt i den diskriminertes disfavør. Det er derfor ansett rimelig å pålegge arbeidsgiver en

¹⁷⁹ Jakhelln: arbeidsrett.no (nettversjon) McClimans, aml. § 13-8 note 4. (sist besøkt 16.04.17).

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328.

¹⁸¹ Se Prop. 88 L (2012-2013) s. 175, 179 og s. 183.

¹⁸² Prop. 88 L (2012-2013) s. 166.

¹⁸³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90 til likestillingsloven av (1978).

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129.

¹⁸⁵ Jakhelln: arbeidsrett.no (nettversjon), McClimans, aml. § 13-8 note 1. (sist besøkt 15.04.17).

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90-91.

strengere bevisbyrde. Dette kommer til uttrykk i forarbeidene til diskrl. (2005) hvor det fremgår at «rettsikkerheten vil være tilstrekkelig ivaretatt ved at denne parten [arbeidsgiver] bærer tvilsrisikoen i saker om diskriminering.»¹⁸⁷ Noe som er videreført i de nye særlovenes felles forarbeid.¹⁸⁸ Dersom en slik bevisbyrderregel ikke hadde blitt inntatt i lovverket, og arbeidstaker/søker hadde hatt den fulle bevisbyrden, ville denne type saker i stort omfang ikke fått en «reell prøving fra håndhevingsapparatets side.»¹⁸⁹

For det andre gjør en slik bevisbyrderregel arbeidsgivere mer bevisste på nødvendigheten av å undersøke bakgrunner for deres beslutninger, jfr. *Aldersdiskriminering* (Rt. 2012 s. 424). Saken gjaldt en 61 år gammel mannlig arbeidssøker som mente seg utsatt for aldersdiskriminering da han ikke ble innkalt til intervju i forbindelse med ansettelse i offentlig stilling. I dommen fremheves det at formålet med bevisbyrderregelen er å «inspirere arbeidsgiveren til en ryddig og forsvarlig saksbehandling.» (avsnitt 36). Bestemmelsen er med dette også ment som en preventiv regel.

For at bevisbyrden skal gå over på arbeidsgiver, må arbeidstaker/søker etablere en presumsjon for at diskriminering har funnet sted. Dette innebærer at arbeidstaker/søker har bevisføringsansvaret og tvilsrisikoen i første omgang, noe som er i samsvar med det alminnelige bevisbyrdeprinsippet i sivile saker. Hva som kreves for at bevisbyrden skal gå over på arbeidsgiver er imidlertid utformet noe forskjellig i aml. og særlovene. Etter ordlyden i aml. § 13-8 må arbeidstaker «fremlegge *opplysninger* som gir grunn til å tro» at det har forekommet diskriminering i strid med lovens kapittel 13 (min utheving). Etter særlovene er dette oppstilt som at det skal «legges til grunn at diskriminering har funnet sted» dersom «det foreligger *omstendigheter* som gir grunn til å tro» at det har funnet sted diskriminering (min utheving).¹⁹⁰ Bakgrunnen for at særlovene anvender ordlyden «omstendigheter» kan se ut til å være begrunnet i at håndhevingsapparatet (ombudet og nemda) kan ha relevante opplysninger i sakene, og at disse opplysningene kan tas med i vurderingen for domstolen.¹⁹¹ Ordvalget viser på denne måten til at opplysningene ikke nødvendigvis trenger å frembringes fra arbeidstaker/søker selv. Ulikheten innebærer imidlertid ikke noen realitetsforskjell og bestemmelsene skal tolkes på samme måte.

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129.

¹⁸⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129.

¹⁹⁰ Begrepet «omstendigheter» er en oversettelse av begrepet «facts» i EUs rådsdirektiv 2000/43/EF, jfr. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 210.

For at bevisbyrden skal gå over på arbeidsgiver må opplysningene eller omstendighetene «gi grunn til å tro» at det har funnet sted diskriminering i strid med loven. I følge forarbeidene til den tidligere diskrl. (2005) viser begrepet «grunn til å tro» til en «lempeligere standard enn det alminnelige beviskravet i sivile saker om sannsynlighetsovervekt.»¹⁹² Det er med dette tilstrekkelig at påstand om usaklig forskjellsbehandling støttes opp av «ytre omstendigheter» som gir en indikasjon på at det er lagt vekt på usaklige hensyn.¹⁹³ En ren påstand om diskriminering er imidlertid ikke tilstrekkelig for at bevisbyrden går over på arbeidsgiver. Dette er i forarbeidene til diskrl. (2005) formulert som at bevisføringsrisikoen fortsatt påhviler arbeidstaker/søker dersom vedkommende ikke frembringer bevis som «tilfredsstillende kravet om en viss grad av sannsynlighet».¹⁹⁴ Påstanden må med andre ord underbygges av faktiske omstendigheter i saken ved at arbeidstaker/søker må vise til konkrete omstendigheter som gir holdepunkter for å kunne si noe om hva som har skjedd.¹⁹⁵ Hvorvidt det er grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, vil derfor bero på en konkret vurdering, noe som er slått fast i Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) på s. 130.

I *Aldersdiskriminering* (Rt. 2012 s. 424) fant Høyesterett at det ut fra de ulike søkerens formelle og reelle kompetanse, var å forvente at A ble innkalt til intervju. I den forbindelse fremholdt førstvoterende:

«Når så ikke skjedde, er det nærliggende å mistenke arbeidsgiver for å ha tatt usaklige hensyn. Alderssammensetningen hos de søkerne som ble innkalt til intervju, gjør at As alder kan fremstå som en aktuell forklaring på hvorfor han ikke kom i betraktning.»
(avsnitt 42)

Det forelå etter dette «grunn til å tro» at diskriminering hadde funnet sted, og bevisbyrden gikk over på arbeidsgiveren.

Dersom arbeidstaker/søker klarer å etablere en presumsjon for at vedkommende har blitt utsatt for diskriminering, slik som i *Aldersdiskriminering* (Rt. 2012 s. 424), går bevisbyrden over på arbeidsgiver. Dette innebærer at diskriminering antas å foreligge med mindre arbeidstaker «sannsynliggjør» at brudd på nevnte bestemmelse likevel ikke har skjedd.

¹⁹² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

¹⁹³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 49.

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

I forarbeidene til den tidligere diskrl. (2005) fremgår det at arbeidsgiver må «sannsynliggjøre med mer enn 50 prosent» at handlingen eller unnlåtelsen ikke har noe med den påberopte diskrimineringsgrunnen å gjøre.¹⁹⁶ I *Aldersdiskriminering* (Rt. 2012 s. 424) ble dette formulert som at staten (dvs. arbeidsgiver) måtte «sannsynliggjøre at As alder likevel var uten betydning for beslutningen om ikke å innkalle ham til intervju – at dette valget utelukkende hadde ikke-diskriminerende årsaker.» (avsnitt 43). Noe Høyesterett fant sannsynliggjort da «årsaken til at A ikke ble innkalt til intervju, mest sannsynlig var at NAV Smøla ønsket å rekruttere personer med annen kompetanse enn den sosialfaglige.» (avsnitt 51). Arbeidssøkerens krav på oppreisning ble derfor ikke tatt til følge.

Dersom det etter avsluttet bevisførsel fortsatt er tvil om det har forekommet diskriminering, vil *arbeidsgiver* ha tvilsrisiko.¹⁹⁷ Det innebærer at domstolens avgjørelse vil gå i favør av arbeidstaker. Dette følger uttrykkelig av Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) på s. 210. Departementet presiserer imidlertid at det alminnelige prinsippet om fri bevisbedømmelse og utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn for en avgjørelse, ikke endres gjennom regelen om delt bevisbyrde i diskrimineringssaker.¹⁹⁸ Dette er også lagt til grunn i *Aldersdiskriminering* (Rt. 2012 s. 424, avsnitt 40).

6.2.2 Gjengjeldelse ved varsling

Aml. § 2-5 slår fast forbudet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver knyttet til varsling i samsvar med § 2-4. Dersom en arbeidstaker mener seg ugunstig behandlet som følge av og reaksjon på varsling, er bevisbyrden delt mellom partene, jfr. § 2-5 første ledd annet pkt. Det følger av bestemmelsens forarbeider at bevisbyrderegelen virkeområde er tvister om gjengjeldelse som «påstås å være begrunnet i arbeidstakers ytringer.», jfr. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 53.

Bevisbyrderegelen er utformet på samme måte som bevisbyrdereglene i diskrimineringslovgivningen. I første omgang må varsleren fremlegge opplysninger som «gir grunn til å tro» at det har forekommet ulovlig gjengjeldelse. Ordlyden oppstiller med dette et lempelig beviskrav for den som påstår seg gjengjeldt, hvilket også fremgår av forarbeidene.¹⁹⁹ Departementet fremholder i den forbindelse at det normalt bør være tilstrekkelig at varsleren

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 131.

¹⁹⁷ Se pkt. 6.2 for beskrivelse av begrepet tvilsrisiko.

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 210.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 45.

kan vise til at varsling har skjedd, og at gjengjeldelsen «kom tett på varslingen i tid.»²⁰⁰ Dersom varsleren kan påvise en slik sammenheng, «skal det legges til grunn» at slik gjengjeldelse har funnet sted, med mindre arbeidsgiver «sannsynliggjør noe annet», jfr. § 2-5 første ledd annet pkt. På samme måte som etter diskrimineringslovgivningen, må arbeidsgiver påvise sannsynlighetsovervekt for manglende årsakssammenheng.²⁰¹ Dersom arbeidsgiver klarer å sannsynliggjøre at handlingen var begrunnet i andre forhold enn varslingen, vil arbeidsgiver frifinnes.

På samme måte som etter bevisbyrderegelen i diskrimineringslovgivningen innebærer ikke regelen noen endring eller tilsidesettelse av prinsippet om fri bevisvurdering etter tvl. § 21-2, og utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn for en avgjørelse. Dette er lagt til grunn i *Fengselsinspektør* (LB-2010-40623) hvor en ansatt ved Oslo fengsel hadde varslet om en rekke forhold knyttet til fengselets virksomhet, bl.a. uberettiget utbetaling av lønn, uhjemlede lønnstillegg mv. Retten fant at arbeidstakeren hadde varslet forsvarlig, men fant ikke at det forelå gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5 første ledd.

Bevisbyrderegelen i § 2-5 første ledd annet pkt. kommer også til anvendelse på tilfeller hvor arbeidstakeren ennå ikke har varslet, men har gitt til kjenne at retten til å varsle vil bli brukt i henhold til § 2-5 annet ledd. Dessuten presiseres det i forarbeidene at bevisbyrderegelens virkeområde omfatter «oppsigelser og andre stillingsvernsvister som behandles etter reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 15 og 17 [...]»²⁰² Etter ikraftsettelsen av de nye diskrimineringslovene 1. januar 2014 ble bestemmelsens virkeområdet ytterligere utvidet. Særlovene inneholder en bestemmelse om forbud mot gjengjeldelse knyttet til tilfeller der noen har fremmet klage om brudd på loven, eller som har gitt uttrykk for at klage vil bli fremmet, jfr. likestil. § 9, etndiskrl. § 10, tilgjil. § 9 og sordiskrl. § 9. Aml. kapittel 13 inneholdt en tilsvarende bestemmelse i § 13-9, men denne ble opphevet da aml. § 2-5 nå omfatter alle former for gjengjeldelse, også der arbeidstaker gjengjeldes på bakgrunn av at vedkommende har tatt opp en diskrimineringsaker knyttet til aml. § 13-1.

Avslutningsvis må det bemerkes at forbudet mot gjengjeldelse gjelder varsling som er innenfor lovens grenser etter § 2-4. Det følger imidlertid av § 2-4 tredje ledd at det er

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 45.

²⁰² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

arbeidsgiver som må bevise at varsling eventuelt faller utenfor rammen av varslingsretten. Varsling som ikke skjer innenfor denne rammen, vil falle utenfor anvendelsesområdet til aml. § 2-5, jfr. Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53. Bestemmelsen skal i følge proposisjonen «ikke tolkes antitetisk.» At vernet mot gjengjeldelse i aml. § 2-5 ikke kommer til anvendelse i tilfeller hvor arbeidstaker har varslet i strid med aml. § 2-4, innebærer likevel ikke at arbeidsgiver uten videre er berettiget til gjengjeldelse. Det følger av forarbeidene at «[s]elv om arbeidstaker ikke hadde rett til å si fra på den måten [vedkommende] gjorde, vil dette ikke uten videre gi arbeidsgiver rett til gjengjeldelse.»²⁰³ Arbeidsmiljølovens krav om saklighet ved oppsigelse, det alminnelige saklighetskravet i offentlig forvaltning og ulovfestede saklighetsnormer gjelder også i slike tilfeller.²⁰⁴ Dette innebærer at arbeidstaker likevel er vernet mot gjengjeldelse, bare at andre beskyttelsesregler kommer til anvendelse. I proposisjonen er det imidlertid forutsatt at det skal en del til før man kan regne arbeidstakers varslingsmetode som uforsvarlig og i strid med aml. § 2-4.²⁰⁵

Dersom arbeidsgiver mener arbeidstakeren har varslet i strid med loven, må vedkommende bevise at «varslingen ikke er forsvarlig etter annet ledd, eventuelt at arbeidstakers varsling ikke var i samsvar med varslingsplikt eller rutiner for varsling.»²⁰⁶ Poenget er i følge departementet at det er arbeidsgiver som skal «begrunne innskrenkningen i ytringsfriheten, og ikke arbeidstaker som må begrunne retten til å varsle.»²⁰⁷ *Arna* beskriver dette som at arbeidsgiver må føre tilstrekkelige bevis for at «varslingen skadet eller kunne skade virksomheten, og at arbeidstakeren har opptrådt i strid med forsvarlighetskravet i annet ledd.»²⁰⁸ Videre må arbeidsgiveren bevise at «arbeidstakeren forsto eller burde forstått at det ble varslet om forhold som ikke medførte riktighet.»²⁰⁹ Det er med andre ord ikke er tilstrekkelig at arbeidsgiver beviser at det ikke foreligger kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, han må også bevise at arbeidstakeren burde forstått dette.

²⁰³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51.

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

²⁰⁸ *Arna* (2015, 26. mai). Kommentar til arbeidsmiljøloven. Hentet fra Norsk lovkommentar, 5. mars 2017, fra www.rettsdata.no, note 61.

²⁰⁹ *Arna* (2015, 26. mai). Kommentar til arbeidsmiljøloven. Hentet fra Norsk lovkommentar, 5. mars 2017, fra www.rettsdata.no, note 61 .

6.2.3 Usaklig oppsigelse

Aml. § 15-7 første ledd er den sentrale bestemmelsen i arbeidsgivers vern mot oppsigelse, og angir at ingen kan bli sagt opp fra en stilling uten at det foreligger «saklig grunn». Hvordan bevisbyrden skal fordeles mellom partene i denne type saker, fremgår imidlertid ikke av bestemmelsen. I saker om oppsigelse og avskjed er det imidlertid alminnelig antatt at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at oppsigelsen er rettmessig. Dette er lagt til grunn i kjennelsen *Norsk Hydro Aluminium* (HR 2001 s. 956) hvor det fremgår at «det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for de faktiske forhold som avskjeden bygge på». Selv om avgjørelsen omhandler avskjed, gjelder samme beviskrav også i oppsigelsessaker. Dette kommer frem i *Sveiser* (Rt. 1959 s. 900) hvor en arbeidstaker hadde blitt sagt opp fra sin stilling fordi han hadde påtatt seg ekstraarbeid i sin fritid hos en annen arbeidsgiver. Virksomheten hadde ikke foretatt nærmere undersøkelser av om ekstraarbeidet ville nedsette arbeidstakerens arbeidsytelse, slik oppsigelsen bygde på. At virksomheten hadde lagt til grunn feilaktige forutsetninger i sitt grunnlag for oppsigelse, måtte virksomheten selv ta risikoen for (s. 903).

Men arbeidsgivers bevisbyrde er ikke utelukkende utviklet gjennom rettspraksis. I tidligere arbeidsmiljølov (1977) var det for oppsigelse under prøvetid § 63 første ledd uttrykt følgende: «Arbeidsgiver skal ved eventuell domstolsbehandling [...] godtgjøre hva oppsigelsen bygger på, slik at domstolene kan etterprøve arbeidsgiverens vurderinger.» En slik «godtgjøring» må kanskje i enda større grad være aktuell ved oppsigelse av fast ansatte. Bestemmelsen ble ikke videreført i aml (2005).

Arbeidsgivers bevisbyrde gjelder som nevnt de faktiske forhold oppsigelsen bygger på, ikke nødvendigvis ethvert bevistema i saken. I *Norsk Hydro Aluminium* (HR 2001 s. 956) fastslo kjæremålsutvalget som nevnt over at arbeidsgiver hadde bevisbyrden for avskjedens faktiske grunnlag, mens det var arbeidstaker som hadde bevisbyrden for at avskjedsgrunnlaget var tvilsomt.

Autronica (Rt. 1996 s. 1401) illustrerer visse sider av bevisbyrdespørsmålet. I dommen slo Høyesterett fast at arbeidsgiver har en «relativt streng bevisbyrde» for at et nytt faktisk forhold hadde vært motiverende slik som anført (s. 1406 i dommen). Høyesterett fant at bevisbyrden ikke var oppfylt i dette tilfellet.

Oppsigelse begrunnet i alvorlige anklager reiser særlige bevisbyrdespørsmål. Er det strafferettens beviskrav om at forholdet skal «være bevist utover enhver rimelig tvil», er det sivilrettens alminnelige krav om sannsynlighetsovervekt, eller er det noe i mellom som gjelder når retten skal fatte sin avgjørelse? *Underslag* (Rt. 2014 s. 1161) gjaldt avskjed begrunnet i underslag. Høyesterett uttalte at bevisbyrden kan skjerpes for faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part, men tok avstand fra at strafferettens beviskrav gjaldt og uttalte at det bør «også i avskjedssaker som den foreliggende i alminnelighet kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt.» (avsnitt 23)

I aml (2005) §§ 15-8 til 15-10 er det gitt særlige beskyttelsesregler for arbeidstakere som har lovfestet rett til fravær som for eksempel ved sykdom, under svangerskaps-/fødselspermisjon/adopsjon eller ved avtjening av militærtjeneste. Her er det lagt til grunn en presumsjon om at oppsigelse i verneperioden har sin grunn i fraværet «dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig.» Med overveiende sannsynlig menes bare det alminnelige, sivilrettslige prinsippet om sannsynlighetsovervekt, dvs at det ikke er snakk om noe skjerpet beviskrav ut over dette.

6.2.4 Trakassering

Når det gjelder saker vedrørende «trakassering eller annen utilbørlig opptreden» etter aml. § 4-3, inneholder ikke bestemmelsen noen særskilt bevisbyrde-regel. Det er derfor de alminnelige reglene i sivilprosessen som gjelder. Dersom en arbeidstaker tar saken inn for retten, innebærer dette at vedkommende har bevisbyrden for at trakassering har forekommet, samt tvilsrisikoen. Hva gjelder beviskravet, er denne lik som for de øvrige lovbeskyttede interesser. Det må med andre ord være overveidende sannsynlig at arbeidstaker har blitt utsatt for trakassering for at domstolen skal legge påstanden til grunn.

Gjennom rettspraksis kan en se at arbeidstakers bevisbyrde i trakasseringssaker ofte er vanskelig å oppfylle. Problemet knyttet til den bevismessige situasjonen ble særlig bemerket av Høyesterett i *Moelven Mjøsbruket* (Rt. 1993 s. 616) hvor det heter at:

«I erstatningsrettslig sammenheng vil [...] påstander om mobbing kunne stille domstolene overfor vanskelige spørsmål når det gjelder bevisbedømmelse og rettsanvendelse, knyttet til årsakssammenheng, skyldansvar og påregnelighet.» (s. 620 i dommen)

Selv om uttalelsen knytter seg til bevisbedømmelsen ved spørsmål om det skal tilkjennes erstatning, vil de samme problemene som førstvoterende refererer til oppstå ved bevisvurderingen av om det har forekommet trakassering eller utilbørlig opptreden i strid med aml. § 4-3 tredje ledd. Bakgrunnen for dette er at mangelen på skriftlig dokumentasjon i denne type konflikter er stor og fordi partenes oppfatning av situasjonen vil være motstridende. Som nevnt under pkt. 5.6 er det samtidig flere momenter som må være oppfylt for at negativ atferd skal anses som trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd. Vedkommende arbeidstaker må med dette bevise at trakasseringen har pågått gjentatte ganger over tid. Videre må arbeidstakers subjektive oppfatning av situasjonen suppleres av objektive holdepunkter. *Einarsen* fremhever at trakassering blant voksne ofte er basert på «subtile hersketeknikker som usynliggjøres mv.»²¹⁰ At arbeidstaker må ha støtte i objektive holdepunkter, gjør bevissituasjonen desto vanskeligere. Noe som innebærer at man i mange tilfeller ikke kommer så langt som til bedømmelsen av om trakassering foreligger, fordi det ikke kan påvises objektive holdepunkter for at handlingen faktisk har skjedd.

Et annet eksempel hvor Høyesterett illustrerer problematikken med å bevise sin opplevelse av å være trakassert, fremgår i *Nera* (Rt. 2004 s. 1844). Etter å ha gjennomgått bevisene i saken fremholder førstvoterende at:

«Det er ikke grunn til å tvile på at As egen opplevelse var at han ble dårlig behandlet. Men objektivt sett kan jeg ikke [...] se noe grunnlag for å oppfatte Bs generelle atferd som en trakassering av A. Det samme blir konklusjonen når jeg ser denne atferden i sammenheng med de mer konkrete hendelsene som jeg har gått gjennom.» (avsnitt 43)

At arbeidstaker har bevisbyrden innebærer at arbeidstaker ofte kommer til kort med å bevise trakassering. At arbeidstaker i tillegg har tvilsrisikoen, innebærer at domstolen ofte vil komme til at arbeidsgiver frifinnes for anklagen da arbeidstaker ikke klarer å sannsynliggjøre at den trakasserende handlingen er kvalifisert. Dette har ført til en høy terskel for å få medhold etter aml. § 4-3 tredje ledd.

²¹⁰ Einarsen (2007) s. 291.

6.2.5 Sammenligning

Som det fremgår av drøftelsen inneholder diskrimineringslovverket, gjengjeldelsesforbudet og vernet mot usaklig oppsigelse særskilte regler om bevisbyrde. Mens det på diskrimineringslovenes område og i gjengjeldelsesforbudet er inntatt formelle bestemmelser, er denne bevisbyrderegelen ulovfestet på stillingsvernets område. Men at arbeidsgiver har bevisbyrden for de faktiske forhold oppsigelsen bygger på, har imidlertid vært gjeldende rett siden *Sveiserdommen* i 1959 (Rt. 1959 s. 900). Disse reglene skiller seg fra utgangspunktet om at bevisbyrden, og således tvilsrisikoen, normalt vil ligge på saksøker i erstatningssaker. Et slikt unntak er ikke innført for trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd. Spørsmålet i den forbindelse er om det kan utledes noen konkrete holdepunkter for hvorfor det er innført ulike regler for å beskytte tilnærmet samme interesse, herunder utsatte arbeidstakere.

Regelen om delt bevisbyrde i diskrimineringslovverket og gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2-5 er utformet likt. Reglene er som nevnt begrunnet i å effektivisere arbeidstakernes vern mot diskriminering og gjengjeldelse. Dette er i forarbeidene til aml. § 2-5 formulert som at «[d]elt bevisbyrde vil gjøre det enklere for arbeidstakere å nå frem med en påstand om ulovlig gjengjeldelse.»²¹¹ Det samme hensyn gjør seg gjeldende for de trakasserte, men slik aml. § 4-3 tredje ledd er utformet er det høyere terskel for å få medhold i påstand om trakassering.

Bevisbyrderegelen i diskrimineringslovverket og gjengjeldelsesforbudet er videre begrunnet i at det er «arbeidsgiveren som i de fleste tilfeller vil ha best tilgang til virksomhetsrelaterte opplysninger og som dermed vil ha de beste forutsetningene for å føre bevis om slike spørsmål.»²¹² Denne begrunnelsen gjør seg også i stor grad gjeldende i trakasseringstilfellene. I STAMI-rapporten fra 2015 opplyser 1,6 % av deltakerne i undersøkelsen at de utsettes for trakassering på arbeidsplassen av en leder.²¹³ Noe som kan tyde på at arbeidsgiver, også når det gjelder trakassering, har best tilgang til faktiske opplysninger og dermed har de beste forutsetningene for å føre bevis. Lovgivers uttalelser kan derfor ikke begrunne lovens ulike bevisregulering på dette grunnlag.

Dette støttes opp av at bevistemaet i diskriminerings-, gjengjeldelses- og trakasseringssaker i stor grad er sammenfallende og derfor overlapper hverandre. Diskrimineringslovverket

²¹¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44, se også Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90 til likestil (1978).

²¹² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44, se også Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90-91 til likestil (1978).

²¹³ Statens arbeidsmiljøinstitutt (2015) s. 80.

omfatter trakassering knyttet til diskrimineringsgrunnlag. Videre kan arbeidsgiverens gjengjeldelsehandlinger være trakasserende handlinger. Dette følger uttrykkelig av forarbeidene til aml. § 2-5 hvor det fremgår at «gjengjeldelsesvernet supplerer og er delvis overlappende med [...] forbudet mot trakassering i arbeidsmiljøloven».²¹⁴ I begge disse situasjonene er terskelen for å konstatere trakassering lavere enn etter aml. § 4-3 tredje ledd. Først og fremst fordi arbeidstakeren ikke behøver å konstatere kvalifisert negativ adferd, som er et vilkår etter aml. § 4-3 tredje ledd. For det andre behøver arbeidstakeren, på bakgrunn av bevisbyrderegelen, kun å fremsette opplysninger som gir «grunn til å tro» at det har forekommet trakassering i strid med diskrimineringslovverket, eller at trakassering startet kort tid etter varsling, jfr. § 2-5 tredje ledd. Det kan etter dette fremstå som påfallende at arbeidstakere skal ha et så vidt forskjellig vern, avhengig av hvilken bestemmelse trakasseringen faller inn under.

Det fremgår videre av forarbeidene til aml. § 2-5 at regelen om delt bevisbyrde var begrunnet i at aml. § 13-8 og særlovene hadde en slik regel knyttet til gjengjeldelse som følge av at arbeidstakere har tatt opp en sak om diskriminering. Departementet fant det derfor nødvendig å innføre «et tilsvarende prinsipp i øvrige gjengjeldelsestvister» for å få et sammenhengende lovverk.²¹⁵ Det kan imidlertid spørres om ikke sammenhengen i regelverket også tilsier at det bør innføres en tilsvarende regel om delt bevisbyrde i aml. § 4-3 tredje ledd. Først og fremst fordi vernet i bestemmelsene til en viss grad supplerer og delvis overlapper med forbudet i aml. § 4-3 tredje ledd. Bestemmelsene tar sikte på å verne om samme interesse, herunder at arbeidstaker uansett årsak, ikke skal utsettes for trakassering.

Videre har det skjedd en utvikling av diskrimineringsvernet siden likestil. (1978) fikk innført regel om delt bevisbyrde i 2002. På dette tidspunktet gjaldt ikke bevisbyrderegelen i saker om seksuell trakassering. En av begrunnelsene for dette var at det ikke var innført en regel om delt bevisbyrde i aml. (1977) § 12 (tilsvarende aml. (2005.) § 4-3 tredje ledd).²¹⁶ Det ville derfor fremstå som «påfallende dersom det skulle gjelde andre bevisbyrderegler der saken ble behandlet etter likestillingsloven enn der saken ble behandlet etter arbeidsmiljøloven.»²¹⁷

²¹⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

²¹⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

²¹⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 98.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 98.

Departementet mente imidlertid at de måtte se utviklingen an og heller holde mulighetene åpne for å vurdere å utvide bevisbyrderegelen på et senere tidspunkt.²¹⁸

Ved endringslov i 2005 ble bevisbyrderegelen imidlertid utvidet til også å gjelde ved seksuell trakassering og trakassering på grunn av kjønn.²¹⁹ Departementet fant nå at det var behov for å «styrke vernet mot trakassering og sikre en effektiv håndheving av loven». Bevisbyrderegelen ble ansett å være en «vesentlig forutsetning» for dette.²²⁰

De hensyn som er lagt til grunn for regelen om delt bevisbyrde for trakassering etter likestil. (1978) burde gjøre seg gjeldende for trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd. Det fremstår derfor som påfallende at arbeidstakere ikke nyter et tilsvarende vern som etter aml. § 2-5 og diskrimineringslovverket.

Bakgrunnen for at det ikke ble innførte en regel om delt bevisbyrde da aml. (2005) trådte i kraft er uklar, men en forklaring kan være at aml. kapittel 4 er offentligrettslig og håndheves av det offentlige, jfr. aml. § 18-1. Se nærmere om dette i pkt. 6.5.

Spørsmålet er imidlertid hvilke konsekvenser det ville fått dersom det ble innført et prinsipp om delt bevisbyrde i aml. § 4-3 tredje ledd. En slik regel ville naturligvis ført til en enklere situasjon for arbeidstaker.

På den ene siden kunne en slik regel potensielt føre til en større økonomisk belastning for arbeidsgiver, eksempelvis ved at arbeidstakere søker erstatning med feil motivasjon. Det er imidlertid lite sannsynlig at særlig mange ville gått gjennom de store påkjennningene en rettssak medfører, uten at de faktisk mener seg trakassert i strid med loven. Dette støttes opp av at selv der det er innført delt bevisbyrde mellom parten, er det et fåtall saker som er vurdert i Høyesterett. Når det gjelder diskriminering, har Høyesterett kun vurdert 7 saker.²²¹ Per våren 2017 har Høyesterett aldri behandlet en sak om gjengjeldelse knyttet til aml. § 2-5. Noe som taler i retning av at antallet søksmål vedrørende trakassering, jfr. aml. § 4-3 tredje ledd, neppe ville økt betydelig som følge av en lempeligere bevisbyrderregel.

²¹⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 98.

²¹⁹ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 56.

²²⁰ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 56.

²²¹ Basert på lovdatasøk den 28. mai 2017.

På den andre siden følger det av undersøkelser at mange opplever seg mobbet selv om de ligger under de grenseverdier som er oppstilt i praksis.²²² Noe som potensielt taler for at det kunne ført til et større antall søksmål. Resultatet hadde med dagens rettstilstand ført til at arbeidsgiver hovedsakelig ville blitt frifunnet som følge av at den påståtte trakassering ikke oppfyller de kriterier som er oppstilt i praksis, herunder kravet til kvalifisert negativ atferd.

Grunner som likevel taler for å innføre en regel om delt bevisbyrde i aml. § 4-3 tredje ledd er for det første at regelen ikke ville endret utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn. Dette er bl.a. forutsatt i forarbeidene til likestil. (1978).²²³ Det vil på lik linje med de øvrige bestemmelsene ikke være tilstrekkelig med «påstand mot påstand» for at trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd anses bevist. Påstanden må i samme grad støttes opp av sakens ytre omstendigheter.

Ved å innføre en regel om delt bevisbyrde, ville arbeidstakere for det andre fått en sterkere posisjon enn det som følger av de generelle prinsipper i sivilprosessen. En slik regel ville også kunne virke preventivt ved at arbeidsgiver må være tydelig i sine handlinger og begrunnelser. Noe som bl.a. har blitt fremhevet i forarbeidene til likestil. (1978).²²⁴ Det ville samtidig ført til et mer sammenhengende regelverk, noe som for eksempel var begrunnelsen for at det ble innført en slik bevisbyrderregel i aml. § 2-5.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvordan regelen ville stått seg der det er arbeidstaker(e) som trakasserer. Det er oppstilt i praksis at det «bør» foreligge en skjevhet i styrkeforholdet mellom partene for at det skal regnes som trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd. Således at det ikke er å anse som trakassering dersom partene er jevnbyrdige. Et slik krav oppstilles ikke etter diskrimineringslovverket. I forarbeidene til likestil. (1978) ble imidlertid dette temaet drøftet. Departementet fant at regelen om delt bevisbyrde ikke ville innebære noe betydelig avvik fra de alminnelig prosessuelle regler, selv om «det ikke er et (formelt) ulikt styrkeforhold».²²⁵ Det ble i den forbindelse vist til at regelen også i slike tilfeller ville fungere «slik at dersom klager har fremlagt opplysninger som underbygger hans krav, vil innklagede for å ivareta sine interesser måtte fremlegge motbevis.» Ettersom det er en forutsetning for at bevisbyrden skal gå over på motparten at arbeidstakeren kan etablere en

²²² <https://stami.no/web-tv/mobbing-arbeidslivet/> (sist besøkt 18. mai 2017).

²²³ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 57.

²²⁴ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 57.

²²⁵ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 57.

presumsjon for at det er skjedd trakassering, vil en regel om delt bevisbyrde i følge forarbeidene «bidra til å forhindre at den innklagede risikerer grunnløse søksmål med påstand om trakassering.»²²⁶

6.3 Erstatning for økonomisk tap

Etter alminnelige erstatningsrettslige regler er rett til erstatning betinget av at tre vilkår er oppfylt. Det må foreligge et økonomisk tap, adekvat årsakssammenheng mellom det erstatningsbetingende forholdet og det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlag. Dersom disse vilkårene er oppfylt, foreligger det rett til erstatning. Dersom en arbeidstaker hevder seg utsatt for en rettstridig handling, herunder diskriminering, gjengjeldelse, usaklig oppsigelse eller trakassering, må vedkommende ta saken inn for domstolene. Det er kun domstolen som har kompetanse til å ilegge erstatning. Likestillings- og diskrimineringsapparatet har ikke en slik kompetanse. I Prop. 81 L (2016-2017) er det nylig foreslått at LDN skal kunne ilegge erstatning for økonomisk tap i enkelte saksforhold. Dette gjelder tilfeller hvor «innklagede overhodet ikke har noen innsigelser mot erstatningskravet og dersom nemda finner forsvarlig grunnlag for å sette innsigelsene til side som åpenbart uholdbare.»²²⁷ Forslaget er nå til behandling i stortingskomitéen med innstillingsfrist 1. juni 2017.

Erstatningen skal som hovedregel tilsvare det faktiske økonomiske tap vedkommende har lidt. Utmålingsbeløpet kan imidlertid strekke seg lengre og omfatte framtidig inntektstap i enkelte tilfeller.

Ansvarsgrunnlaget sier noe om når skadevolder plikter å dekke en skade. Ansvarsgrunnlagene er utviklet i rettspraksis hvor det skilles mellom subjektivt og objektivt ansvar. En arbeidsgiver kan også ved lov bli ansvarlig på objektivt grunnlag for skade andre på arbeidsplassen har voldt. Dette ansvarsgrunnlaget kan ses som et unntak fra utgangspunktet om at erstatning forutsetter skyld. En slik regel er innført i diskrimineringslovverket og er lagt til grunn som gjeldende rett i aml. § 15-12 om usaklig oppsigelse. Etter disse reglene kan arbeidsgiver bli erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag for økonomisk tap arbeidstakere har lidt. Arbeidsgivers objektive ansvar gjelder på sin side ikke etter reglene om forbud mot gjengjeldelse i aml. § 2-5 og ved brudd på trakasseringsvernet i aml. § 4-3 tredje ledd. Etter

²²⁶ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 57.

²²⁷ Prop. 81 L (2016-2017) s. 96.

disse reglene kommer det alminnelige skyldkravet til anvendelse så fremt det er snakk om erstatning for økonomisk tap.

For at en arbeidstaker skal tilkjennes erstatning for økonomisk tap må arbeidstaker for det tredje påvise adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og skaden. Skaden må med dette ikke være en fjern følge av den skadevoldende handlingen eller unnlatelsen, eller være inadekvat.

6.3.1 Diskriminering

Avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag som er overtrådt, følger det av aml. § 13-9 første ledd, likestil. § 28, etndiskrl. § 25, tilgj. § 31 og sordiskrl. § 24 at den som blir utsatt for diskriminert kan kreve erstatning. Erstatningen skal dekke det «økonomiske tap som følge av diskrimineringen.»²²⁸ Erstatningen skal med andre ord kompensere for det faktiske økonomiske tap den som er blitt diskriminert, er utsatt for.

«Økonomisk tap» kan ses i sammenheng med selve diskrimineringsbegrepet. Etter alle bestemmelsene forutsettes det at vedkommende behandles eller stilles dårligere enn andre begrunnet i et usaklig forhold. Dette vil ofte være knyttet til økonomiske forhold, som dårligere lønn eller dårligere mulighet til avansement med høyere lønn.²²⁹ Dersom en arbeidssøker blir forbigått i en ansettelsesprosess, og forbigåelsen skyldes at arbeidsgiver har lagt vekt på usaklige forhold, vil søkerens økonomiske tap tilsvare den tapte inntekten.

Når det kommer til diskriminering i arbeidslivet, følger det av bestemmelsene at arbeidsgiver vil være ansvarlig for erstatningskravet uavhengig av om han kan «bebreides for diskrimineringen.»²³⁰ Ordlyden viser til at brudd på diskrimineringsforbudene utløser ansvar uten hensyn til skyld. Bestemmelsene knesetter med dette et objektivt ansvar for arbeidsgiver.

Før de nye likestillings- og diskrimineringslovene trådte i kraft i 2014, inneholdt lovverket hva gjaldt virkningen av diskriminering i arbeidslivet, ulike regler om ansvar for økonomisk tap og oppreisning. Før lovendringen måtte erstatning for økonomisk tap tilkjennes etter

²²⁸ jfr. aml. § 13-9 (1) annet pkt., likestil. § 28 (3) første pkt., etndiskrl. § 25 (3) første pkt., tilgj. § 31 (3) første pkt. og sordiskrl. § 24 (3) første pkt.

²²⁹ Arbeidsrett (2011) s. 734.

²³⁰ På andre samfunnsområder gjelder ansvaret etter likestillings- og diskrimineringslovene dersom den som har diskriminert kan bebreides for dette.

alminnelige erstatningsrettslige regler. For at arbeidsgiver skulle ilegges erstatningsplikt for økonomisk tap, måtte vedkommende med dette utvise *uaktsomhet*. Vurderingstemaet var da om arbeidsgiver forsto eller burde forstått at handlingen, unnlatsen mv. ville virke diskriminerende.²³¹

Da særlovene trådte i kraft i 2014, ble det imidlertid ansett nødvendig med like bestemmelser om oppreisning og erstatning. Departementet uttalte i denne sammenheng at «[...] det [er] ingen grunn til å ha forskjellige skyldkrav for de ulike diskrimineringsgrunnlagene.»²³² Etter dette ble erstatningsansvaret for økonomisk tap endret fra vanlig uaktsomhet til objektivt ansvar.²³³ Ansvaret gjelder imidlertid ikke på andre samfunnsområder enn i arbeidslivet.²³⁴

Bakgrunnen for å innta et objektivt ansvar i diskrimineringslovverket var for å skape en preventiv effekt. Departementets ønske var at arbeidsgiver og andre skal skjerpe sin aktsomhet slik at diskriminering unngås. Departementet anså et ansvar uten skyld i arbeidslivet for å være en nødvendig reaksjon ved brudd på diskrimineringsbestemmelsene i tråd med kravet til effektive sanksjoner etter EUs rammedirektiv.²³⁵

For at arbeidstaker/søker skal ha krav på erstatning, må det foreligge årsakssammenheng mellom den diskriminerende handlingen og det økonomiske tapet, jfr. ordlyden «som følge av». Ansvaret er begrenset til tilfeller der det er adekvat eller påregnelig årsakssammenheng. Ekstraordinære og helt uventede følger faller derfor utenfor erstatningsansvaret.²³⁶ For at vilkåret om årsakssammenheng skal være oppfylt må arbeidstaker dokumentere sitt økonomiske tap. Det er arbeidstaker som har bevisbyrden for at disse vilkårene er oppfylt.²³⁷

Når vilkårene for erstatning foreligger, vil den diskriminerte som hovedregel ha krav på å få erstattet sitt fulle økonomiske tapet.

²³¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 51.

²³² Prop. 88 L (2012-2013) s. 97.

²³³ Prop. 88 L (2012-2013) s. 184.

²³⁴ Prop. 88 L (2012-2013) s. 97.

²³⁵ Se for eksempel Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 49.

²³⁶ Lødrup (2011) s. 53.

²³⁷ Johansen (2015) s. 556.

6.3.2 Gjengjeldelse ved varsling

Dersom en arbeidstaker utsettes for gjengjeldelse i strid med aml. 2-5 første og annet ledd, kan vedkommende kreve erstatning for økonomisk tap, jfr. aml. § 2-5 tredje ledd siste pkt. Bestemmelsen fastslår at erstatning for økonomisk tap kan kreves etter «alminnelige regler» noe som henviser til de alminnelige erstatningsrettslige regler. For at arbeidstakeren skal ha rett på erstatning for økonomisk tap, må arbeidsgiveren etter dette ha handlet uaktsomt eller forsettlig, arbeidstaker må ha lidt et økonomisk tap og det må påvises årsakssammenheng mellom tapet og arbeidsgivers handlinger. Dette følger uttrykkelig av lovens forarbeider.²³⁸

Lidt økonomisk tap knytter seg til dokumentert inntektstap, tap i fremtidig inntekt og merutgifter. Tap i fremtidig inntekt kan være aktuelt dersom varslingen har ført til at vedkommende i etterkant får problemer med å skaffe seg nytt arbeid eller drive egen virksomhet.

Et eksempel fra rettspraksis hvor arbeidstaker krevde erstatning for lidt tap og tap i fremtidig erverv er inntatt i *Norweld* (LB-2009-36995). En nyansatt NDT-teknikker hadde varslet om en rekke til dels svært kritikkverdige og ulovlige forhold ved bedriftens avdelingskontor i Oslo. Arbeidstakeren anførte at han på bakgrunn av varslingen ikke ville ha noen fremtid i «NDT-bransjen» og at han derfor hadde behov for omskolering. Arbeidstakeren ble tilkjent erstatning for lidt tap, men ikke for tap i fremtidig erverv. Til tross for at lagmannsretten la til grunn at han «mest sannsynlig [...] ikke ville gå tilbake til noe jobb i X», ble det lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren fortsatt var formelt ansatt i bedriften. Det ble i den forlengelse fremholdt at det var usikkert om arbeidstakeren ville ha noen fremtid i «NDT-bransjen», eller ikke.

En nærmere gjennomgang av kravet til uaktsom skadeforvoldelse følger av pkt. 6.3.6. Kravet til årsakssammenheng vil bli nærmere gjennomgått i pkt. 6.3.9.

Dersom en arbeidstaker blir oppsagt på bakgrunn av varsling, vil tilfellet kunne fanges opp av reglene i aml. § 15-12 dersom oppsigelsen er usaklig. Med mindre arbeidstakeren har overtrådt lojalitetsplikten vil arbeidsgiver etter aml. § 15-7 ikke ha saklig grunn til oppsigelse på grunn av arbeidstakers ytringer. Dersom ytringen fremstår som illojal, og ikke er vernet av

²³⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 22.

ytringsfriheten, følger det av forarbeidene at det likevel må være tale om «et brudd på lojalitetsplikten som må ha en viss alvorlighetsgrad» for at oppsigelsen skal anses å være saklig begrunnet.²³⁹ Dersom oppsigelsen er usaklig, vil arbeidsgiver kunne bli ilagt erstatningsansvar uavhengig av om han har utvist skyld, se pkt. 6.3.3.

6.3.3 Usaklig oppsigelse

Aml. § 15-12 om virkninger av usaklig oppsigelse inneholder en særskilt erstatningsregel som skiller seg fra de alminnelige reglene om erstatning. Bestemmelsen viderefører aml. (1977) § 62 slik at tidligere forarbeider og rettspraksis fortsatt vil være relevant for forståelsen av bestemmelsen.²⁴⁰ Arbeidstaker kan alene eller sammen med krav om ugyldighet fremsette krav om erstatning dersom oppsigelsen er i strid med kravene til saklighet i aml. §§ 15-6 til 15-10.²⁴¹ Det er med andre ord en forutsetning at det finner sted en realitetsprøvelse av oppsigelses saklighet for at kravet om erstatning skal vurderes.

For at bestemmelsen om erstatning skal komme til anvendelse, forutsettes det at det foreligger usaklig oppsigelse fra arbeidsgiver. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse hvis arbeidstaker sier opp stillingen på eget initiativ.

Dersom arbeidsforholdet opphører uten at det foreligger oppsigelse fra noen av partene, vil bestemmelsen ikke komme til anvendelse. Dette ble lagt til grunn i *Apotekerdommen* (Rt. 1997 s. 1506) hvor det anstrengte forholdet på arbeidsplassen ikke kunne rubriseres som en oppsigelse fra arbeidsgivers side. Høyesterett fant at dagjeldende aml. (1977) § 62 annet ledd (nåværende § 15-12) ikke kunne komme til anvendelse og erstatning etter vanlige kontraktsrettslige regler. I samme retning går *Songa Services* (Rt. 2012 s. 983) hvor Høyesterett i motsetning til lagmannsretten kom til at det ikke var tale om oppsigelse i forbindelse med virksomhetsoverdragelse, og derfor utmålte erstatning for lidet tap etter de ulovfestede regler om ansvar i kontraktsforhold.

For at en arbeidstaker skal ha rett på erstatning må det foreligge ansvarsgrunnlag. Ordlyden i aml. § 15-12 sier ingenting om arbeidsgivers skyldkrav. Det er imidlertid lagt til grunn i rettspraksis at erstatning kan idømmes uavhengig av skyld hos arbeidsgiver, se for eksempel

²³⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 21.

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 337

²⁴¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

Autronica (Rt. 1996 s. 1401 på s. 1495). Tilsvarende er det i forarbeidene til endring av likestil. (1978) i 2001 uttalt at aml. (1977) § 62 annet ledd hjemler objektivt erstatningsansvar ved usaklig oppsigelse.²⁴²

Etter aml. § 15-12 annet ledd annet pkt. skal erstatningsutmålingen baseres på en skjønsmessig helhetsvurdering. I vurderingen skal det etter ordlyden tas hensyn til «det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.» Videre er det lagt til grunn at erstatning ikke må være «mindre enn det økonomiske tapet [arbeidstaker] har lidd», forutsatt at «arbeidstaker ikke er særlig å bebreide».²⁴³ Arbeidstakers minimumskrav vil med dette være å få sitt økonomiske tap dekket så lenge vedkommende ikke kan klandres for oppsigelsen. Dette er lagt til grunn i *Dolphin* (Rt. 2001 s. 1253) hvor en arbeidstaker på en flyterigg ble avskjediget etter et uhell begrunnet i hans uforsvarlige arbeidsledelse. Høyesterett fant at avskjeden var urettmessig, men at arbeidsforholdet skulle opphøre som oppsigelse, jfr. aml. (1977) § 64 nr. 4 tredje pkt. Arbeidstakeren ble derfor tilkjent erstatning for inntektstap fram til antatt fratredelsestidspunkt dersom oppsigelse hadde blitt valgt i stedet for avskjed. I tillegg ble han tilkjent kr 100 000 i erstatning for økonomisk tap etter fratreden.

Ved erstatningsutmålingen må det trekkes et skille mellom lidet tap fram til domstidspunktet og et eventuelt framtidig tap i de tilfeller arbeidsforholdet ikke fortsetter, tilsvarende *Dolphin* (Rt. 2001 s. 1253). Hvorvidt, og hvor lenge, det kan bli snakk om erstatning for framtidstap beror på en samlet vurdering av alle sakens forhold. I *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1506) ble det utmålt erstatning for framtidig inntektstap begrenset oppad til to år. Dommen gjaldt riktig nok ikke erstatning for oppsigelse, men det må antas at dette danner en yttergrense også i vanlige stillingsvernsaker.

Det økonomiske tap i personskaderetten beregnes normalt til differansen mellom den inntekt skadelidte ville hatt uten skaden fratrukket inntekt med skaden, jfr. skl. § 3-1. Dette prinsippet gjelder ikke fullt ut i stillingsvernsaker. I Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) s 78 er det lagt til grunn at det normalt ikke skal gjøres fradrag dersom arbeidstaker har mottatt lønn annetstedsfra under sakens behandling med mindre arbeidstaker har vært forholdsvis lenge ute av stillingen. «Det at arbeidstakeren i en slik situasjon gjør sitt beste for å skaffe seg inntekter bør komme

²⁴² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

²⁴³ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

arbeidstaker til gode. Arbeidsgiveren må derfor alltid regne med at det ikke blir gjort fradrag for slike inntekter.»²⁴⁴ Uttalelsen i lovforarbeidene er knyttet til avskjedsspørsmålet. I *Notodden fotball* (Rt. 2012 s 168), som gjaldt oppsigelse av to fotballspillere, konkluderte Høyesterett med at det ikke var noen grunn til å behandle arbeidstakere annerledes ved urettmessig avskjed og ved oppsigelse (avsnitt 84). Slik sett avviker erstatningsutmåling i oppsigelsessaker seg klart fra det som ellers gjelder ved erstatningsutmåling for personskade.

6.3.4 Trakassering - oversikt over ansvarsgrunnlagene

Aml. § 4-3 inneholder ingen særskilt regel om virkningen av trakassering eller utilbørlig opptreden. Dersom arbeidstaker ønsker å få dekket sitt økonomiske tap knyttet til trakassering, må vedkommende kreve dette etter ulovfestede erstatningsrettslige regler og generelle regler i skadeerstatningsloven. Det kan med dette ikke oppstilles noen direkte sammenheng mellom brudd på arbeidsmiljølovens krav til det psykososiale arbeidsmiljøet og adgangen til å få utbetalt erstatning.

Dette kommer til uttrykk i *Nera* (Rt. 2004 s. 1844) hvor det i avsnitt 26 fremgår at «[...] spørsmålet i vår sak er ikke 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.» Dette innebærer at ikke enhver overtredelse av arbeidsmiljølovens krav til det psykososiale arbeidsmiljøet innebærer at det foreligger erstatningsgrunnlag.

Når det kommer til erstatning for økonomisk tap knyttet til trakassering på arbeidsplassen, kan arbeidstaker kreve dette på flere ansvarsgrunnlag. I norsk erstatningsrett er det to hovedformer for ansvarsgrunnlag: uaktsomhetsansvar (eller ansvar på subjektivt grunnlag) og ansvar på objektivt grunnlag. For at disse ansvarsgrunnlagene skal komme til anvendelse forutsettes det at arbeidstakeren er påført en skade som har medført et økonomisk tap. Når det gjelder uaktsomhetsansvaret, må det trekkes en grense mellom handlinger som må betegnes som uaktsomme eller uforsvarlige, og handlinger som ikke er subjektivt klanderverdige. Ansvar på objektivt grunnlag fordrer ikke en tilsvarende sontring. Et tredje alternativ er at arbeidstaker kan kreve erstatning på bakgrunn av brudd på arbeidsgivers kontraktsansvar. Etter kontraktsansvaret kreves det ikke at vedkommende er påført en skade, men at

²⁴⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 78.

arbeidsgiver har misligholdt sine kontraktsforpliktelser, og på denne måten påført arbeidstakeren et tap.

I det følgende vil jeg gå igjennom de ulike ansvarsgrunnlagene som kan gjøre seg gjeldende i trakasseringssaker i pkt. 6.3.5 til 6.3.7 I pkt. 6.3.8 og 6.3.9 vil de øvrige vilkårene for erstatning ble gjennomgått, herunder krav om økonomisk tap og årsakssammenheng.

6.3.5 Kontraktsansvar

En arbeidsavtale er en kontrakt, og vesentlig brudd på denne avtalen kan utløse kontraktsansvar og derved erstatning.²⁴⁵ Arbeidsgiver har bl.a. vidtgående plikter knyttet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i aml. kapittel 4, som også omfatter psykososiale forhold. Ettersom trakassering og annen utilbørlig opptreden ikke tilfredsstillende arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jfr. aml. § 4-3 tredje ledd, vil det regnes som et avtalebrudd fra arbeidsgivers side dersom slik behandling finner sted på arbeidsplassen.

Dette går bl.a. frem av *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1506). I saken hadde arbeidsforholdet opphørt uten at det forelå noen oppsigelse. Krav på erstatning etter arbeidsmiljølovens regler for usaklig oppsigelse var derfor ikke aktuelt. Videre var det ikke naturlig å vurdere erstatning på objektivt grunnlag etter skl. § 2-1 da det var arbeidsgiveren selv som opptrådte som skadevolder. Arbeidstakerne hadde på subsidiært grunnlag krevd erstatning ut fra alminnelige kontraktsrettslige regler på bakgrunn av at arbeidsgiveren hadde misligholdt sine plikter ovenfor dem. Arbeidsgiveren hadde anført at «dette er regler av offentligrettslig art, som ikke kan påberopes som en del av arbeidsgivers kontraktsrettslige forpliktelser overfor de ansatte.» Høyesterett fant imidlertid at «de grunnleggende krav til arbeidsmiljøet i utgangspunktet inngår som en del av rettigheter og plikter i et arbeidsforhold [...]» (s. 1513) På denne bakgrunn fant en enstemmig Høyesterett at arbeidsgiver hadde misligholdt arbeidskontrakten ved å neglisjere sine plikter etter aml. kapittel 4. Arbeidstakerne ble derfor tilkjent erstatning på kontraktsrettslig grunnlag. (s. 1513)

Erstatning i kontraktsforhold skiller seg fra alminnelig erstatningsrettslige regler på flere måter. For det første knytter den alminnelige erstatningsrettens regler seg i all hovedsak til skade på person eller gjenstander (integritetskrenkelser), men hjemler også ansvar for

²⁴⁵ Se Hagstrøm (2011) for en inngående gjennomgang av erstatningsansvar i kontraktsforhold, s. 466 flg.

formuestap i skl. § 4-1. Kontraktsansvar knytter seg på sin side til rent formuestap.²⁴⁶ Noe som innebærer at de alminnelige erstatningsreglene strekker seg lengre enn kontraktsbruddansvaret.

For det andre er stiftelsesgrunnlaget for erstatning etter alminnelige regler og kontraktsansvar forskjellig. For erstatningskrav er den skadegjørende handlingen stiftelsesgrunnlaget. For kontraktserstatning er kravet knyttet til en misligholdsbeføyelse som kan oppfattes som en betinget fordring allerede fra avtaleinngåelsen.²⁴⁷

Selv om arbeidstakerne vant frem i *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1506), understrekte Høyesterett på samme måte som i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) at det skal en del til før trakassering på arbeidsplassen blir erstatningsbetingende. Førstvoterende fremholder i den forbindelse at:

«[...] vurderingen av om det foreligger mislighold fra en arbeidsgivers side på grunn av forhold ved arbeidsmiljøet, som ikke går på fysiske innretninger og omstendigheter, kan reise vanskelige spørsmål. Når det gjelder konflikter grunnet i kommunikasjon og samarbeid, vil årsaks- og ansvarsforholdene kunne være meget vanskelige å trenge inn i. Ikke bare arbeidsgiveren har plikter i så henseende. Også arbeidstakerens plikter må tas i betraktning. Arbeidsmiljølovens bestemmelser er i stor grad skjønnsmessige. Jeg nevner også at loven inneholder bestemmelser som tar sikte på å gjøre det mulig for partene selv, eller ved bistand utenfra, å finne løsninger på oppståtte problemer. Etter mitt syn skal det meget til for at det kan bli tale om vesentlig mislighold og erstatning i et slikt forhold.» (s. 1512)

Det som kan utledes av de to høyesterettsdommene fra 1997, er nok at det skal foreligge temmelig klare og kvalifiserte brudd på arbeidsgivers plikter før det kan bli tale om erstatningsansvar. Noe som er forenelig med premissene i *Nera* (2004 s. 1844) hvor det kreves klandreverdighet for at det kan konstateres «erstatningsmessig uaktsomhet» (avsnitt 26).

²⁴⁶ Hagstrøm (2011) s. 466.

²⁴⁷ Hagstrøm (2011) s. 466-467.

I de tilfeller det foreligger fysisk/psykisk skade vil ikke kontraktsansvaret være anvendelig og hjemmel for skadelidtes erstatning må søkes i de alminnelige erstatningsregler utenfor kontrakt.

6.3.6 Uaktsomhetsansvar

Det alminnelige ansvarsgrunnlaget i norsk erstatningsrett er uaktsomhetsansvaret, også kalt ansvar på subjektivt grunnlag eller culpa. En arbeidstaker som mener seg trakassert, kan søke erstatning direkte av skadevolderen for det tap som er påført etter ulovfestede erstatningsrettslige regler. Dette forutsetter imidlertid at arbeidstakeren er påført en «skade». For at arbeidstakeren skal tilkjennes erstatning etter uaktsomhetsansvaret, må vedkommende dokumentere at trakasseringen kan knyttes til uaktsomhet fra skadevolder.

I vurderingen av om skadevolderen har opptrådt uaktsomt, må det skilles mellom den uaktsomme handlemåten og den rettmessige handlemåten.²⁴⁸ Det må vurderes om skadevolderen har handlet slik man med rimelighet kan kreve. Dette er bl.a. lagt til grunn i *Ubåtdommen* (Rt. 1973 s. 1364) hvor en ubåtsjef ikke kunne bebreides for skade på en nederlandsk fiskebåt da besetningen hadde opptrådt «normalt og forsvarlig» (s. 1369). Hvorvidt det i arbeidsrettslig sammenheng er «normal(t) og forsvarlig» opptreden, må vurderes i lys av relevant regelverk, arbeidsgivers instruksjer, retningslinjer som gjelder på arbeidsplassen mv. I trakasseringssaker vil arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø være en rettesnor i vurderingen, særlig §§ 4-1 og 4-3. Dersom skadevolderen opptrer i tråd med relevant regelverk og retningslinjer, vil vedkommende som et utgangspunkt ikke opptre uaktsomt.

Dersom det på den andre siden kan påvises avvik mellom den foretatte handlingen eller unnlattelse og retningslinjene, må det vurderes om skadevolderen burde handlet annerledes. Kjernen i uaktsomhetsansvaret er nettopp om skadevolder burde eller kunne handlet annerledes. Dette er bl.a. lagt til grunn i *Jernsplintdommen* (Rt. 1947 s. 723) og *Rulledommen* (Rt. 1950 s. 1091) hvor Høyesterett fant at risikoen for skade kunne vært unngått med enkle midler. Dersom det kan påvises avvik fra forsvarlig handlemåte, vil det som regel medføre erstatningsansvar. I trakasseringssaker må det vurderes om vedkommende visste eller burde vite at adferden ble oppfattet som trakassering av motparten. Dette må vurderes etter en

²⁴⁸ Einarsen (2007) s. 296.

helhetsvurdering hvor en rekke momenter vil være relevante. Dersom en arbeidsgiver eller arbeidstaker gjentatte ganger over tid kommer med negative ytringer mot en arbeidstaker, og vedkommende forsto eller burde forstå at arbeidstakeren oppfattet dette som trakassering, er det en presumsjon for at det foreligger uaktsomhet.²⁴⁹

Arbeidsgiver står her i en særstilling ved at vedkommende har et maktovertak på arbeidsplassen. Det kreves derfor større aktsomhet for arbeidsgivers være- og handlemåte. På den andre siden må det settes en grense for hva som faller inn under arbeidsgivers styringsrett, og hva som grenser til uaktsom trakassering. Ikke enhver handling eller unnlatelser er å anse som uaktsom, selv om den som utsettes opplever disse som trakassering. Dette gjelder også når trakasseringen står mellom arbeidstakere. Vurderingstemaet blir derfor om vedkommendes væremåte fremstår som krenkende etter en objektivt vurdering.²⁵⁰

Første gang Høyesterett behandlet spørsmål om uaktsomhetsansvar for trakassering i arbeidslivet var i *Moelven Mjøsbruket* (Rt. 1993 s. 616). Dommen ble avsagt før aml. (1977) fikk lovfestet et eksplisitt forbud mot trakassering, men trakassering inngikk i forbudet mot uheldige fysiske og psykiske belastninger i arbeidsforhold. Arbeidstakeren påberopte blant annet at overordnet B personlig var erstatningspliktig etter reglene om uaktsomhetsansvar. Høyesterett fant i første rekke at uaktsomhetsansvaret kunne være grunnlag for å holde en arbeidsgiver eller medarbeider erstatningsansvarlig «for skade av fysisk og psykisk karakter som en arbeidstaker har pådradd seg som følge av [...] mobbing.» (s. 620). Et enstemmig Høyesterett fant likevel at det ikke var godtgjort at B hadde «foretatt slike skadevoldende handlinger, eller for øvrig opptrådt på en slik måte at det kan føre til erstatningsansvar på skyldgrunnlag.» (s. 623) B kunne derfor ikke anses å ha opptrådt uaktsomt og i strid med forsvarlig handlemåte.

Selv om arbeidsgiveren ikke egenhendig har trakassert arbeidstaker, kan vedkommende bli ansvarlig etter uaktsomhetsansvaret dersom han ikke har oppfylt sine lovbestemte plikter for å hindre at arbeidstaker blir trakassert på arbeidsplassen. Dette forutsetter imidlertid at arbeidsgiveren er noe å klandre for sin unnlattelse av handleplikt. En arbeidsgiver som ikke er kjent med at det forekommer trakassering på arbeidsplassen, og heller ikke burde vite dette, kan ikke opptre uaktsomt.

²⁴⁹ Einarsen (2007) s. 297.

²⁵⁰ Einarsen (2007) s. 297.

Et slikt ansvarsgrunnlag ble også påberopt i *Moelven Mjøsbruket* (Rt. 1993 s. 616). Begrunnelsen var at arbeidsgiveren ikke hadde håndtert konflikten mellom A og B på en forsvarlig måte. Høyesterett fant på sin side at arbeidsgiveren hadde oppfylt sin omsorgsplikt overfor A. Det var ikke synbart for bedriftsledelsen at det besto en slik konflikt mellom partene som A beskrev, «og som bedriften kunne hatt foranledning til å ”rydde opp” i for å beskytte A.» (s. 624) Videre fant Høyesterett at det var «uklart hvorvidt bedriftsledelsen i det hele tatt har vært oppmerksom på at A følte seg plaget av B» da han ikke på noe tidspunkt hadde tatt opp problemene med ledelsen (s. 624). Arbeidsgiver var derfor ikke noe å bebreide.

6.3.7 Arbeidsgiveransvar

SkI. § 2-1 inneholder en regel om arbeidsgivers ansvar for arbeidstakere. Bestemmelsen slår på samme måte som aml. §§ 2-5, 13-9 og 15-12 fast at arbeidsgiver kan bli ansvarlig for skade på objektivt grunnlag. SkI. § 2-1 skiller seg imidlertid fra de overnevnte bestemmelsene ved at det forutsettes at *arbeidstakeren* har utvist skyld. De øvrige bestemmelsene oppstiller ikke et slikt krav.

I *Falken* (Rt. 1997 s. 786) ble det konstatert at skl. § 2-1 kan få anvendelse der en arbeidstaker utsettes for trakassering av andre arbeidstakere. At det hadde forekommet mobbing på arbeidsplassen var allerede avgjort i lagmannsretten og spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsrettens rettanvendelse var riktig, herunder om mobbingen omfattes av arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 nr. 1. Førstvoterende tok først for seg vilkåret om hvilke krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten. Det ble i den forbindelse uttalt at «[d]et er klart at en arbeidstaker som A må kunne stille det krav til virksomheten at hun ikke utsettes for en mobbing som overstiger den terskel som kan utløse erstatningskrav, slik tilfellet er her.» (s. 791) Førstvoterende presiserer at arbeidsgivere har en plikt til å «gjøre hva de kan for å unngå mobbing på arbeidsplassen», jfr. aml. (1977) § 12 (nåværende aml. (2005) § 4-3 tredje ledd).

Det er imidlertid ikke gitt at arbeidsgiver har et objektivt ansvar etter skl. § 2-1 for den mobbing som eventuelt forekommer. For at arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 skal anvendes i trakasseringssaker må en rekke vilkår være oppfylt. Disse vil bli gjennomgått i det følgende i lys av *Falken* (Rt. 1997 s. 786).

For det første må trakasseringen være voldt «forsettlig eller uaktsomt» fra arbeidstakerens side. Ansvar er på denne måten en «blanding» mellom et objektivt og subjektivt ansvar.²⁵¹ Dersom arbeidsgiveransvaret kommer til anvendelse, innebærer dette at arbeidsgiver og arbeidstaker blir solidarisk ansvarlig for skaden, jfr. skl. § 5-3. Arbeidsgiver hefter uavhengig av egen skyld, samtidig som arbeidstakeren er ansvarlig etter uaktsomhetsregelen. Begge hefter på hvert sitt grunnlag for den samme skaden.²⁵²

At bestemmelsen omfatter både forsettlige og uaktsomme handlinger, innebærer at skyldkravet er oppfylt når den eller de som trakasserer handler uaktsomt, og burde ha forstått at trakasseringen kunne skade den som ble utsatt for handlingen. Det er i så måte ikke et vilkår for ansvar at arbeidstaker har til hensikt eller ønsker å trakassere, eller at trakasseringen skjer med forsett.²⁵³

I *Falken* (Rt. 1997 s. 786) fant Høyesterett at trakasseringen av arbeidstakeren var foretatt forsettlig. Dette på bakgrunn av at arbeidstakerne bl.a. hadde fremsatt trusler om at de ikke skulle gi seg før den trakasserte var fordrevet fra stillingen (s. 790 i dommen).

Et illustrerende eksempel hvor arbeidstakers skyldkrav ikke var oppfylt følger i *Nera* (Rt. 2004 s. 1844) hvor Høyesterett kom til at de trakasserende handlingene arbeidstakeren mente seg utsatt for, ikke oppfylte kravet i skl. § 2-1 første ledd. Høyesterett fant at As spesielle personlighetstrekk verken var kjent for arbeidsgiver eller B og at de derfor ikke hadde noen forutsetning for å forstå at A opplevde seg trakassert.²⁵⁴

For at skl. § 2-1 skal komme til anvendelse forutsettes det videre at arbeidstakeren har foretatt trakasseringen «under [...] utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren.», jfr. første ledd første pkt. Bestemmelsen oppstiller med dette en ytre ramme for ansvaret ved at det kun omfatter «skade» arbeidstaker volder *i tjeneste*.²⁵⁵ For at arbeidsgiver skal være ansvarlig for

²⁵¹ Lødrup (2011) s. 205.

²⁵² I praksis er det imidlertid som regel arbeidsgiver som er mest søkegod og blir saksøkt av skadelidte. Arbeidsgiver kan imidlertid søke regress hos arbeidstakeren, jfr. skl. § 2-3 nr. 1.

²⁵³ For en nærmere gjennomgang av uaktsomhetsansvaret se pkt. 6.3.6.

²⁵⁴ Slik votumet er å forstå, kunne arbeidsgiveren blitt ansvarlig for trakasseringen dersom arbeidsgiver eller overordnet B visste om As personlighetstrekk og på tross av dette ikke behandlet han skånsomt. Ettersom verken arbeidsgiver eller B var klar over disse trekkene, hadde de ikke opptrådt uaktsomt. Erstatning var derfor utelukket.

²⁵⁵ Lødrup (2011) s. 206.

trakassering, må det foreligge en «saklig sammenheng og rimelig nærhet» mellom den trakasserende handlingen og arbeidstakerens funksjon i virksomheten.²⁵⁶

I *Falken* (Rt. 1997 s. 786) fant førstvoterende at:

«[m]obbing på arbeidsplassen har sammenheng med arbeidet i den forstand at dette bringer mennesker med forskjellig bakgrunn og personlighet under forhold der man erfaringsmessig må regne med at det kan bli gnisninger og personlige konflikter som utløser mobbehandling på arbeidsstedet i arbeidstiden.» (s. 786)

Uttalelsen må forstås som at trakassering på arbeidsplassen faller inn under kriteriet «utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiver», samt at dette er noe både arbeidsgiver og arbeidstaker i en del tilfeller må forvente kan forekomme på arbeidsplassen.

Bestemmelsens første ledd annet pkt. presiserer rammen for ansvar ytterligere. Selv om det kan legges til grunn at trakasseringen er voldt av arbeidstaker i tjeneste, er arbeidsgiver likevel ikke ansvarlig dersom arbeidstakeren har gått «utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.» Kriteriet må forstås som at arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 første ledd første pkt. ikke omfatter de mer upåregnelige skadeforvoldelser. I *Hjemmehjelp* (Rt. 2008 s. 775) er kriteriet konkretisert til at det er «ekstraordinær adferd som ikke kan sies å være utslag av den normale risiko for skade på grunn av menneskelige feil i et arbeidsforhold» som faller utenfor det arbeidsgiver med rimelighet kan regne med (avsnitt 38). Ut fra uttalelsen kan det virke som utviklingen har gått i retning av at terskelen for hva arbeidsgiver med rimelighet må regne med har blitt senket da det kun er mer «ekstraordinære» forhold som nå faller utenfor.

Arbeidsgiveransvaret inntreffer kun dersom vilkårene i første ledd, første pkt. er til stede, og unntaket i annet pkt. ikke kommer til anvendelse. I *Hjemmehjelp* (Rt. 2008 s. 775) i avsnitt 27 fremholder førstvoterende at det etter rettspraksis er en glidende overgang mellom de to vilkårene og at de ofte vurderes samlet.

²⁵⁶ Lødrup (2011) s. 206.

Forholdet mellom første og annet punktum ble i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) sammenfattet dit hen «at den skadegjørende handling må ha rimelig tilknytning til tjenesten for at arbeidsgiveren skal bli ansvarlig.» (s. 791) Det er ofte denne vurderingen som volder størst vansker i praksis.

I saken fant førstvoterende at trakassering er relativt utbredt på norske arbeidsplasser og at det derfor var «urealistisk å regne mobbing som en mer tilfeldig hendelse i forhold til arbeidssituasjon, uten noen egentlig forbindelse med denne.» Det ble i den forbindelse fastslått at «mobbing henger intimt sammen med arbeidssituasjonen, og at det da er et naturlig utgangspunkt at det kan pålegges ansvar etter skadeserstatningsloven § 2-1.» (s. 793). At trakassering var en hyppig forekomst på norske arbeidsplasser var med andre ord en presumsjon for at dette var noe arbeidsgivere med rimelighet måtte regne med.

Til tross for resultatet i *Falken* (Rt. 1997 s. 786) går det en grense for hva arbeidsgiveren skal hefte for. Dette uttrykkes i dommen som at «[...] meget av det som foregår av mobbing på arbeidsplassen [kan ikke] medføre erstatningsansvar, selv om handlingene kan være utiltalende og kritikkverdige.» (s. 791) Et eksempel på dette er dersom arbeidstaker forvolder skade med forsett. Lovens utgangspunkt er i og for seg klart da arbeidsgiveransvaret omfatter både forsettlige og uaktsomme handlinger begått av arbeidstaker. I praksis kan likevel forsettlig skadeforvoldelse falle utenfor det arbeidsgiver med rimelighet kan regne med, jfr. skl. § 2-1 første ledd annet pkt. I denne sammenheng må det vurderes om grensen for arbeidsgiveransvar er overskredet eller ikke, jfr. *Falken* (Rt. 1997 s. 786, s. 793).

6.3.8 Nærmere om økonomisk tap

For at en arbeidstaker skal ha krav på erstatning, må vedkommende være påført et økonomisk tap. For at dette skal være aktuelt, må vedkommende være påført en «skade». Skadebegrepet kan deles inn i tre grupper, herunder skade på ting, personskade og rent formuestap. I trakasseringstilfeller er det personskade og formuestap som er aktuelt.

På dette punktet skiller ansvarsgrunnlagene innenfor og utenfor kontrakt seg fra hverandre. Som nevnt avslutningsvis under 6.3.5 knytter kontraktsansvaret seg til lidt formuestap. Erstatning for formuestap er ikke betinget av at skadelidte er påført en personskade, men

refererer seg til vedkommendes økonomiske stilling i sin alminnelighet.²⁵⁷ Dette ansvarsgrunnlaget vil gjøre seg særlig gjeldende i de tilfeller arbeidstakeren, som følge av trakasseringen, slutter i bedriften fordi vedkommende ikke makter å stå i situasjonen. I slike tilfeller vil arbeidstakeren normalt ha sin fulle arbeidsevne i behold. *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1506) er et eksempel på en slik situasjon. Her ble arbeidstakerne tilkjent erstatning for både lidet og fremtidig tap for arbeidsgivers kontraktsbrudd. Utmålingen var basert på rent formuestap.

Hvor trakassering kun har medført et formuestap, er antagelig et søksmål basert på kontraktsbrudd den enkleste måte å forfølge erstatningskravet.

Ved krav på erstatning utenfor kontraktsforhold, er det særlig erstatning for en fysisk skade på person man har i tankene. Personskade omfatter både fysisk og psykisk skade. I dag er det medisinsk og erstatningsrettslig anerkjent at trakassering og mobbing kan gi alvorlige fysiske og psykiske helseskader. Se for eksempel *Falken* (Rt. 1997 s. 786) hvor trakasseringen hadde påført arbeidstakeren betydelig skade. Skaden ble av sakkyndige vurdert til en medisinsk invaliditet på 35-40 prosent, som motsvarte en ervervsmessig uførhet på 70-80 prosent.²⁵⁸ Arbeidstakeren ble tilkjent full erstatning for inntektstap fra arbeidsgiveren.

En skade på arbeidstaker vil ofte regnes som yrkesskade. I slike tilfeller er ikke arbeidsgiver ansvarlig, jfr. lov av 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring («yforsl.») § 8 første ledd. Ved mobbing og trakassering er skadelidtes tap som utgangspunkt ikke dekket under yrkesskadeforsikringen fordi skaden ikke oppfyller kravet til «arbeidsulykke», jfr. yforsl. § 11. Unntak kan imidlertid tenkes dersom arbeidstakeren for eksempel mottar drapstrusler fra kunder, pasienter el., eller skremsler fra kolleger som oppfyller kravet til «plutselig, uforutsett hendelse».

Dersom arbeidstakeren er påført en skade som følge av trakasseringen, er det de økonomiske konsekvensene knyttet til skaden vedkommende skal ha erstattet. Rammen for økonomisk tap fremgår av skl. § 3-1 hvor skadesummen skal innbefatte tapte inntektstap og andre merutgifter, samt tap i fremtidig arbeidsinntekt og fremtidige merutgifter. Som utgangspunkt skal det ytes

²⁵⁷ Lødrup (2011) s. 48.

²⁵⁸ Høyesterett vurderte kun lovanvendelsen. At arbeidstakeren var påført en slik betydelig skade følger av lagmannsrettens avgjørelse, se LA-1995-36.

full dekning for tapet, men erstatning for fremtidig inntektstap skal etter skl. § 3-1 første ledd «fastsettes særskilt» etter en konkret vurdering.

I trakasseringssaker vil lønnstapet som regel knytte seg til lidt tap ved sykefravær, med mindre vedkommende har sagt opp stillingen på bakgrunn av forholdene. Ved sykefravær vil imidlertid arbeidstaker sjeldent ha lidt et økonomisk tap da lønn ved sykefravær vil bli dekket av arbeidsgiver og folketrygden. Sykepengegrunnlaget kan imidlertid ikke overstige seks ganger grunnbeløpet per år, jfr. bestemmelsens § 8-10 annet ledd, så for høytlønte kan det oppstå tap likevel. Ved langvarig sykdom utover ett år vil videre arbeidstaker gå over på arbeidsavklaringspenger som normalt er 2/3 av lønnsgrunnlaget og det kan da bli tale om et erstatningsmessig tap.

Når det gjelder erstatning for fremtidig tap, vil det ofte være vanskelig for arbeidstaker å sannsynliggjøre årsakssammenheng mellom slikt tap og den trakasserende handlingen. Et eksempel hvor arbeidstakerne ble tilkjent erstatning for fremtidig inntektstap følger av *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1506). Høyesterett konkluderte med at «det [måtte] være påregnelig at [arbeidstakerne] etter en viss tid skaffet seg annet arbeid som eliminerte deres økonomiske tap. Tapet vil derfor knytte seg til en periode som jeg etter omstendighetene mener bør settes til et par års tid.» (s. 1516) Uttalelsen viser at domstolen i vurderingen av om det skal tilkjennes erstatning for økonomisk tap i fremtidig erverv til en viss grad anvender de samme momentene som etter aml. § 15-12, hvorefter bl.a. at arbeidstakers tapsbegrensningsplikt er en del av vurderingen. Selv om uttalelsen knytter seg til erstatning på bakgrunn av kontraktsbrudd, vil den samme vurderingen gjøre seg gjeldende også der det er spørsmål om å tilkjenne erstatning på bakgrunn av uaktsomhetsansvaret eller arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1.

I tillegg til økonomisk tap kan arbeidstakeren tilkjennes ménerstatning, jfr. skl. § 3-2. Den økonomiske kompensasjonen skal tilkjennes for mén av ikke-økonomisk art og utmåles som særskilt post, uavhengig av om skadelidte også har fått erstattet sitt økonomisk tap etter skl. § 3-1. Ménerstatning skal tilkjennes dersom skadelidte har fått «varig og betydelig skader av medisinsk art», jfr. skl. § 3-2 første ledd. Erstatningen fastsettes under hensyn til ménets medisinske art og størrelse og dets betydning for den personlige livsutfoldelsen.²⁵⁹

²⁵⁹ Einarsen (2007) s. 298.

Med medisinsk art forstås både fysiske og psykiske skader, herunder psykiske og somatiske lidelser.²⁶⁰ Utmålingen fastsettes etter invaliditetsgraden i henhold til invaliditetstabell i Forskrift om ménerstatning ved yrkesskade del II.²⁶¹ Det er i den forbindelse klart at psykiske senskader som følge av trakassering på arbeidsplassen vil kunne gi varig medisinsk mén som faller inn under invaliditetstabellen, jfr. Forskriftens del II pkt. 1.10. *Falken* (Rt. 1997 s. 798) er et eksempel på dette hvor arbeidstakeren ble tilkjent 165.000 kr. i ménerstatning i tråd med lagmannsrettens dom.

6.3.9 Nærmere om kravet til adekvat årsakssammenheng

For at arbeidstaker skal ha krav på erstatning for økonomisk tap, forutsettes det at det er årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og skaden.

Kravet til årsakssammenheng henger nøye sammen med beviskravet. Arbeidstakeren må for det første bevise at det har forekommet trakassering, dernest må vedkommende bevise at trakasseringen har medført et økonomisk tap. Kravet vil som regel være oppfylt dersom arbeidstakeren kan vise til dokumentasjon som viser at trakasseringen har resultert i helseskader, gjerne kombinert med utstøting fra arbeidsforholdet, eller i en del tilfeller fra arbeidslivet i sin helhet. Uttalelser eller skriftlig dokumentasjon fra lege, psykiater eller psykolog vil i følge *Einarsen* tillegges vesentlig vekt i denne vurderingen.²⁶²

Det er likevel ikke tilstrekkelig å påvise at trakasseringen var en nødvendig betingelse for at helseskaden har oppstått for at det foreligger en ansvarsbetingende årsakssammenheng. I følge *Thelle* (Rt. 2000 s. 418) er det også et «krav om at de skader som oppstår som følge av den utløsende årsak, ikke fremstår som for upåregnelige og fjerne.» (s. 432-433) For at skadevolder skal ilegges ansvar må skaden eller omfanget av skaden med andre ord være påregnelig.

Det er kravet til påregnelighet som ofte viser seg å være vanskelig for trakasseringsofre å bevise. Ofte vil domstolen finne at konsekvensene av trakassering fremstår som for fjerne og avledede til at skadevolderen eller virksomheten med rimelig grunn burde ha forutsett dem. Dette bl.a. resultatet i *Rica Sjølyst* (RG 2001-1226) hvor arbeidstakeren ikke fikk fullt

²⁶⁰ Lødrup (2011) s. 514.

²⁶¹ Forskrift av 21. Februar 1997 nr. 373 (Forskrift om ménerstatning ved yrkesskade).

²⁶² Einarsen (2007) s. 298.

medhold i sitt krav. Dette til tross for at lagmannsretten fant det bevist at arbeidstakerens psykiske sykdom ble utløst av trakasseringen og at det ikke forelå tilstrekkelig holdepunkter for at A ville utvikle en tilsvarende sykdomsbilde uavhengig av mobbingen. Lagmannsretten fant imidlertid at skadefølgen var «klart større og mye mer langvarige enn det som var rimelig å forvente ut fra de foretatte handlinger», noe bedriften ikke hadde grunn til å forutse. Dommen viser at det ikke er tilstrekkelig å konstatere årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og skaden. Dersom skadefølgen ikke er påregnelig, kan ikke skadevolder ilegges erstatningsansvar.

6.3.10 Sammenligning

Som en kan se av gjennomgangen er det innført ulike regler når det gjelder arbeidstakers rett på erstatning for økonomisk tap. Etter diskrimineringslovverket og aml. § 15-12 om virkninger av usaklig oppsigelse, er det oppstilt en regel om at erstatning kan tilkjennes uten hensyn til arbeidsgivers skyld. For aml. § 2-5 om vernet mot gjengjeldelse og § 4-3 tredje ledd om forbudet mot trakassering, er det ikke innført en slik lempelig erstatningsregel. Etter disse reglene må arbeidstaker kreve erstattet sitt økonomiske tap etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

For å forstå hvorfor reglene har blitt så vidt forskjellig utformet, må en se reglene i et historisk perspektiv.

Det er vernet i diskrimineringslovverket som har vært gjenstand for flest endringer på dette området. Før lovrevisjonen i 2013 inneholdt lovverket vidt forskjellige regler knyttet til erstatning for økonomisk tap. I denne sammenheng er likestil. (1978) av særlig interesse. Da loven trådte i kraft i 1978 inneholdt § 16 en regel om erstatningsansvar hvor det fremgikk at skadevolder var erstatningspliktig etter alminnelige regler «[v]ed forsettlige eller uaktsomme overtredelser».²⁶³ I 2002 ble bestemmelsen skjerpet ved at det ble innført objektivt ansvar for arbeidsgiver som gjaldt både for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Regelen kom til anvendelse for brudd på lovens §§ 3 til 6 og ble inntatt i lovens § 17 første ledd. Den skjerpede erstatningsregelen var først og fremst begrunnet i statens forpliktelser etter EØS-avtalen.²⁶⁴ Regelen var også begrunnet i at overtredelse av loven i praksis ikke ført til sanksjoner, og at den som overtrådte loven ikke risikerte annet enn å få en «kritisk uttalelse

²⁶³ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) s. 69.

²⁶⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

mot seg i Likestillingsombudet og Klagenemda».²⁶⁵ Erstatningsregelen var «i praksis nesten [...] sovende.»²⁶⁶ Det var derfor behov for å gjøre regelen mer effektivt.

Forslaget måtte tåle kritikk fra en rekke høringsinstanser som pekte på flere momenter som talte mot å innføre en regel om objektivt ansvar. Det ble bl.a. stilt spørsmål om det var rimelig å stille arbeidsgiver ansvarlig i en situasjon hvor det kunne være vanskelig for arbeidsgiver å holde oversikt.²⁶⁷ Departementet fant på sin side at «behovet for å få en erstatningsregel som har en reell betydning, må veie tyngre i denne sammenheng enn hensynet til skadevolder.»²⁶⁸ Uansett fremholdt departementet at arbeidsgivers rettssikkerhet var ivaretatt ved at erstatningens størrelse kunne lempes dersom den ville få et urimelig utslag.²⁶⁹ Til støtte viste departementet til at aml. (1977) § 62 hjemlet objektivt erstatningsansvar ved usaklig oppsigelse.²⁷⁰

Samtidig som lovendringen trådte i kraft, ble det innført et eksplisitt vern mot seksuell trakassering i lovens § 8 bokstav a. I bestemmelsens femte ledd ble det imidlertid uttrykkelig fastlagt at regelen om objektivt ansvar i § 17 første ledd ikke kom til anvendelse i saker om trakassering.²⁷¹ Begrensningen ble imidlertid opphevet i 2005 og regelen om objektivt erstatningsansvar ble utvidet til å gjelde for seksuell trakassering og for trakassering på grunn av kjønn.²⁷² Se pkt. 6.2.5 for en nærmere beskrivelse. Endringen ble for det første begrunnet i behov for harmonisering av diskrimineringslovverket. Det hadde blitt innført en regel om objektivt erstatningsansvar i aml. (1977) § 54 bokstav j nr. 1 som omfattet alle typer diskriminering, herunder trakassering.²⁷³ En tilsvarende regel var også foreslått i NOU 2002:12 om rettslig vern mot etnisk diskriminering. Departementet fant på dette grunnlag at det ikke kunne oppstilles et svakere vern for personer som ble utsatt for trakassering på grunn av kjønn i arbeidslivet enn det som fulgte av aml. (1977) og diskrimineringsloven (2005).²⁷⁴ Likestil. (1978) § 8 bokstav a femte ledd ble derfor opphevet.

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

²⁶⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

²⁶⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

²⁶⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

²⁷⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 103.

²⁷¹ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 43.

²⁷² Vernet mot trakassering på grunn av kjønn ble inntatt ved lovendring i 2005.

²⁷³ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 45.

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 49.

Likestil. (1978) § 17 sto på tross av behovet for harmonisering i lovverket i en særstilling. Etter aml. (1977) § 54 bokstav j første ledd og diskrl. (2005) § 14 første ledd begrenset arbeidsgivers objektive ansvar seg til arbeidstakers/søkers krav på oppreisning. Erstatning for økonomisk tap måtte etter bestemmelsene kreves etter alminnelige regler.²⁷⁵ Likestil. (1978) § 17 skilte på sin side ikke mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap. For arbeidstakere/søkere som ble diskriminert i strid med likestil. (1978) var det innført lempeligere regler, også ved krav på erstatning for lidt tap. Det fremgår ikke klart av forarbeidene til likestil. (1978) hvorfor regelen fikk et bredere vern enn aml. (1977) og diskrl. (2005). Begrunnelsen er trolig Norges forpliktelser etter EUs rådsdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektiv) og at EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet i direktivet krevde en objektiv erstatningsregel, uten å skille mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap.²⁷⁶ Det kan derfor stilles spørsmål om hvorfor lovgiver ikke strekte seg lengre og innførte et tilsvarende vern i aml. (1977) og diskrl. (2005) for å skape et helhetlig og effektivt vern mot diskriminering.

Likestil. (1978) sto i en særstilling frem til den store lovrevisjonen av diskrimineringsvernet i 2013. Da særlovene trådte i kraft, ble det innført like regler i hele lovverket knyttet til diskriminering. Begrunnelsen var behovet for å innføre samme reaksjoner ved brudd på diskrimineringsgrunnlagene.²⁷⁷ Bestemmelsene ble utformet etter modellen av likestil. (1978) § 17. Dette innebærer at regelen om objektivt ansvar kommer til anvendelse både for krav på erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap, jfr. aml. § 13-9, likestil. § 28, etndiskrl. § 25, tilgil. § 31 og sordiskrl. § 24. Reglene gjelder for alle typer diskriminering, herunder også trakassering knyttet til diskrimineringsgrunnlagene.

Når det gjelder vernet mot gjengjeldelse i aml. § 2-5, inneholder bestemmelsen som nevnt ikke en regel om objektivt ansvar for økonomisk tap. Bestemmelsen ble tilføyd ved lovendring av 1. desember 2006 nr. 64 og ble utformet etter inspirasjon fra aml. § 13-9 som på dette tidspunktet inneholdt et eksplisitt vern mot gjengjeldelse som følge av brudd på diskrimineringsvernet i aml. (2005) kapittel 13. Også likestil. (1978) § 6 sjette ledd og diskrl. (2005) § 9 inneholdt regler om forbud mot bruk av gjengjeldelse ved varsling. Etter § 13-9 første ledd og diskrl. (2005) § 14 annet ledd kunne vedkommende som ble utsatt for

²⁷⁵ Da aml. (2005) trådte i kraft ble aml. (1977) § 54 j videreført i § 13-9.

²⁷⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 101.

²⁷⁷ Prop. 88 L (2012-2013) s. 97.

gjengjeldelse kreve oppreisning på objektivt grunnlag. Erstatning for økonomisk tap måtte på sin side vurderes «etter de alminnelige regler», jfr. bestemmelsens annet ledd.²⁷⁸

Etter lovrevisjonen av diskrimineringslovverket i 2013 ble det innført en eksplisitt regel om forbud mot gjengjeldelse i særlovene, se likestil. § 9, etndiskrl. § 10, tilgj. § 9 og sordiskrl. § 9. Etter lovenes felles forarbeid kan arbeidstaker ved brudd på disse bestemmelsene «kreve erstatning [...] uavhengig av om arbeidsgiver er å bebreide.»²⁷⁹ Dette kommer også til uttrykk i likestil. § 28, etndiskrl. § 25, tilgj. § 31 og sordiskrl. § 24 hvor det fremgår at arbeidstaker kan kreve erstatning for økonomisk tap uten hensyn til arbeidsgivers skyld.

På tross av at aml. § 2-5 var inspirert av gjengjeldelsesforbudet i aml. § 13-9, og innført for å skape harmoni og sammenheng i lovverket, har ikke bestemmelsen blitt endret i tråd med utviklingen av vernet i særlovene. Om dette er bevisst eller ubevisst fra lovgivers side fremgår ikke klart av lovens forarbeider. Etter en nærmere undersøkelse kan jeg heller ikke se at dette er berørt i juridisk teori.

I Prop. 72 L (2016-2017) er det foreslått endringer i arbeidsmiljølovens varslingsregler. Proposisjonen er oversendt Stortinget og foreløpig dato for behandling er 1. juni 2017. Forslaget tar bl.a. sikte på å samle reglene om varsling i et eget kapittel, samt utvide bestemmelsenes virkeområde slik at innleide arbeidstakere blir vernet mot gjengjeldelse også ved varsling om kritikkverdige forhold i innleievirksomheten. Forslaget tar på sin side ikke sikte på å innføre et objektivt ansvar for arbeidstakers økonomiske tap i tråd med tilsvarende regler i diskrimineringslovgivningen. Etter mitt skjønn er det påfallende at departementet ikke har foreslått å innføre lempeligere regler når det gjelder arbeidstakers krav på erstatning for økonomisk tap ved ulovlig gjengjeldelse.

Gode grunner taler for at det bør oppstilles like regler for erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap i aml. § 2-5. Først og fremst fordi arbeidstaker på dette tidspunkt har ulikt vern avhengig av om varslingen knytter seg til ulovlig diskriminering eller andre kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Ved å innføre et objektivt ansvar for arbeidsgiver også for økonomisk tap, vil det igjen bli harmoni og sammenheng i regelverket i tråd med det

²⁷⁸ Likestil. (1978) § 17 sto imidlertid i en særstilling og oppstilte objektivt grunnlag både for krav på økonomisk og ikke-økonomisk tap, se ovenfor.

²⁷⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 25.

bakenforliggende hensynet for bestemmelsen. For det andre viser all erfaring fra varslingsaker at det å varsle er en stor påkjenning. Derfor er det viktig at varslere har tilstrekkelig rettslig vern gjennom lovverket. Det må derfor stilles høye krav til arbeidsgivere og deres opptreden overfor sine ansatte.

Spørsmålet er videre om det kan oppstilles noen konkrete holdepunkter for hvorfor aml. § 4-3 tredje ledd ikke nyter det samme vernet for trakassering som diskrimineringslovverket.

Det er flere grunner som taler for at arbeidsgiver burde være objektivt ansvarlig for arbeidstakers økonomiske tap knyttet til trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd. I denne sammenheng er det verdt å minne om at arbeidstakere kan kreve erstatning på en rekke, og til dels overlappende, rettslige grunnlag. Disse spenner fra ulovfestede erstatningsrettslige regler til generelle regler i skadeserstatningsloven. Dette skaper i følge *Einarsen* en «uoversiktlig rettstilstand hvor det kan være vanskelig å orientere seg, og hvor sakene kan få et betydelig omfang med store saksomkostninger.»²⁸⁰ Sett i lys av at trakassering i enkelte tilfeller også kan falle inn under særlovene og aml. kapittel 13 skaper dette også rom for et særdeles uoversiktlig rettsområdet.

Gjennom reglene som gjelder for erstatning i dag, har arbeidstaker bevisbyrden for at det foreligger forsettlig eller uaktsom overtredelse av aml. § 4-3 tredje ledd. Dette danner en høy terskel for at arbeidstaker skal få medhold i sin påstand. Arbeidstaker må ikke bare bevise med sannsynlighetsovervekt at han eller hun er utsatt for trakassering, vedkommende må også bevise at motparten har opptrådt klanderverdig. Rettspraksis viser at arbeidstakere har vansker for å oppfylle sin bevisbyrde når det gjelder krav på erstatning for økonomisk tap knyttet til trakassering.

I følge *Einarsen* medfører trakassering «nesten alltid at offeret opplever en vesentlig og vedvarende krenkelse av selvbylde og integritet.»²⁸¹ Videre påpeker han at dette er enormt belastende uavhengig av hvilket årsaksforhold som ligger bak.²⁸² I denne sammenheng kan det virke noe inkonsekvent av lovgiver å ikke lempe på de erstatningsrettslige betingelser i samme grad som etter diskrimineringslovverket. Bakgrunnen for å innføre et objektivt ansvar

²⁸⁰ Einarsen (2007) s. 291.

²⁸¹ Einarsen (2007) s. 290.

²⁸² Einarsen (2007) s. 290.

for brudd på diskrimineringslovene var nettopp å effektivisere arbeidstakers vern mot denne type adferd, herunder også trakassering. I denne sammenheng kan det fremstå som påfallende at arbeidstakere som eksempelvis trakasseres på grunn av deltid, alder, midlertidig ansettelse eller politisk syn etc. nyter et bedre vern enn personer som trakasseres i strid med aml. § 4-3 tredje ledd. Ved å innføre et objektivt ansvar for arbeidsgiver i aml. § 4-3 tredje ledd ville dette gitt arbeidstakere bedre beskyttelse mot trakassering og annen utilbørlig opptreden.

Da regelen om objektivt ansvar ble utvidet til å gjelde for trakassering i strid med likestil. (1978) § 8 bokstav a, uttrykte departementet at en slik regel var en «hensiktsmessig reaksjon ved brudd på forbudet mot trakassering.»²⁸³ Departementet fant at den gjeldende regelen hadde mindre preventiv effekt og at det var vanskelig for arbeidstaker å oppfylle vilkårene for erstatning. Departementet fant derfor at det var «rimelig at hensynet til den krenkende veier tyngre enn hensynet til den som har begått overtredelse dersom det først konstateres ulovlig trakassering.»²⁸⁴ Uttalelsen i forarbeidene er overførbar til hvordan vernet i aml. § 4-3 tredje ledd står i dag. På grunn av kravet om påvist skyld, har arbeidstaker vanskelig for å oppfylle vilkårene for erstatning. Aml. § 4-3 tredje ledd står i så måte i en særstilling ved at den ikke sikrer en like effektivt sanksjonering ved brudd på trakasseringvernet som arbeidsmiljølovens øvrige regler av lignende art.

I forarbeidene til likestil. (1978) § 8 bokstav a ble det videre lagt vekt på at ikke ville fremstå som urimelig «at arbeidsgiver som selv har opptrådt på en slik måte at noen har blitt trakassert blir ansvarlig.»²⁸⁵ Uavhengig av om arbeidsgiveren hadde til hensikt å trakassere eller ikke. Videre ble det lagt til grunn at arbeidsgiver står nærmest til å bære risikoen/ta ansvar for sine handlinger, samt har størst forutsetning for å bære eventuelle økonomiske tap som følge av brudd på loven, enn den som har blitt trakassert.²⁸⁶ De samme hensyn må kunne sies å gjøre seg gjelde dersom arbeidsgiver trakasseres i strid med aml. § 4-3 tredje ledd. Det burde derfor, på lik linje med diskrimineringslovverket, ikke oppstilles et krav om at arbeidsgiver har handlet forsettlig eller uaktsomt.

Hadde det blitt innført en regel om erstatningsansvar uavhengig av arbeidsgivers skyld, ville det for det første effektivisere vernet i aml. § 4-3 tredje ledd betraktelig. For det andre ville

²⁸³ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

²⁸⁴ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

²⁸⁵ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

regelen gitt arbeidsgiver et incitament til å forebygge og forhindre at trakassering forekommer på arbeidsplassen. For det tredje fremheves det i forarbeidene til likestil. (1978) § 8 bokstav at «[d]ersom erstatningsansvaret bare skal være betinget av skyld, vil dette undergrave betydningen av det subjektive elementet ved trakasseringssituasjonen.»²⁸⁷ Departementet begrunner ikke uttalelsen nærmere, men trolig menes det at den krenkedes egen opplevelse av situasjonen er relevant og at det ikke forutsetter trakasserende hensikt.

Det er også enkelte hensyn som taler mot å oppstille en regel om objektivt ansvar i aml. § 4-3 tredje ledd. Først og fremst taler rettssikkerhetshensyn mot å oppstille en slik regel. Det er stigmatiserende å få en påstand om trakassering rettet mot seg. At trakassering er et subjektivt anliggende stiller også domstolene i en vanskelig situasjon når de skal ta stilling til fremlagte bevis. Avgjørelsen i saken kan derfor i stor grad måtte bygge på partenes troverdighet. I denne sammenheng kan det fremstå som urimelig å bli ilagt erstatningsansvar for trakasserende handlinger der man ikke selv har hatt onde intensjoner.

Uheldige resultater med en objektivt erstatningsregelen vil imidlertid kunne avhjelpes ved at trakassering må vurderes i et objektivt lys. For at noe skal karakteriseres som lovstridig trakassering må arbeidstaker i like stor grad som tidligere vise til objektive holdepunkter som støtter opp skadelidte sin subjektive oppfatning. Noe som bl.a. er lagt til grunn i *Falken* (Rt. 1997 s. 786, s. 792).

Et annet moment som taler mot å innføre en objektivt regel er at ansvaret ikke bare utløses dersom arbeidsgiver selv utfører trakasseringen, men også dersom trakasseringen forekommer mellom arbeidstakere. Dette var særlig omtvistet i arbeidslivslovutvalget og under høringsrundene under utarbeidelse av aml. § 13-9 og ansvaret for oppreisning på objektivt grunnlag.

Flere høringsinstanser nevnte trakasseringssaker som spesielt problematisk knyttet til bestemmelsen om objektivt erstatningsansvar, blant annet at «det ville få en uheldig effekt å ikke stille krav til skyld.»²⁸⁸ Et objektivt oppreisningsansvar kombinert med delt bevisbyrde ville medføre at arbeidsgiver risikerte belastende anklager og økonomiske krav knyttet til forhold arbeidsgiver ikke kunne klandres for. Departementet fant på sin side at trakassering er

²⁸⁷ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

²⁸⁸ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

svært belastende for den som utsettes, og at det i trakasseringssaker er vanskelig å stadfeste skyld hos arbeidsgiver, «særlig der trakasseringen utføres av andre arbeidstakere.»²⁸⁹ Det ble i den forbindelse uttalt at

«[...] muligheten for at arbeidsgiver kan bli utsatt for uriktige påstander om trakassering med påfølgende objektivt erstatningskrav utgjør etter departementet syn ikke tilstrekkelig grunn til å utelate arbeidstakere som er utsatt for forskjellsbehandling i form av trakassering for å kunne påberope sanksjonsbestemmelsen i § 54 J nr. 1.»²⁹⁰

Ut fra uttalelsen å dømme ble det lagt større vekt på å gi arbeidstakere som utsettes for trakassering i strid med aml. kapittel 13 et effektivt vern, enn hensynet til arbeidsgivers rettssikkerhet. Etter mitt skjønn må departementets uttalelse forstås som at dette gjør seg fullt ut gjeldende uavhengig av hvem som utfører trakasseringen. Arbeidsgiver står ansvar etter aml. kapittel 13 til tross for at han/hun ikke har vært kjent med at trakassering forekommer mellom arbeidstakere på arbeidsplassen.

Selv om det ikke er fastslått av Høyesterett, er det lagt til grunn i juridisk teori og i Arbeidstilsynets definisjon at aml. § 4-3 tredje ledd ikke kommer til anvendelse dersom trakasseringen forekommer mellom jevnbyrdige parter. Noe som innebærer at aml. § 4-3 tredje ledd kun kommer til anvendelse på tilfeller hvor det er arbeidsgiver selv, eller en overordnet som trakasserer en arbeidstaker. Det kan derfor spørres om uttalelsen i forarbeidene til aml. (1977) § 54 bokstav j nr. 1 (tilsvarende aml. (2005) § 13-9) vil være overførbar til en regel om objektivt ansvar etter aml. § 4-3 tredje ledd. Dersom aml. § 4-3 tredje ledd ikke anvendes på tilfeller hvor trakassering forekommer mellom jevnbyrdige parter, vil arbeidsgiver i liten grad risikere belastende anklager uten at vedkommende selv er å bebreide.

Uansett vil arbeidsgivers rettsvern i en viss grad ivaretas ved at arbeidstakere har plikt til å sørge for at arbeidsgiver eller verneombud blir underrettet så snart arbeidstaker blir kjent med at det forekommer trakassering på arbeidsplassen, jfr. aml. § 2-3 annet ledd bokstav b. Denne meldeplikten vil sette arbeidsgiver bedre i stand til å forebygge trakassering, og dermed også

²⁸⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

²⁹⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52, bestemmelsen er videreført i aml. (2005) § 13-9.

lettere kunne unngå erstatningskrav m.v. Meldeplikten innebærer også at arbeidstakere får et medansvar for forebygging av trakassering.

6.4 Oppreisning for ikke-økonomisk tap

Oppreisning er et økonomisk vederlag fastsatt av domstolene som skal kompensere for en ikke-økonomisk skade eller krenkelse. Oppreisning ble tidligere kalt erstatning for «tort og svie». Oppreisningsinstituttets formål og funksjon er sammensatt. For det første er det et grunnleggende hensyn at skadelidte skal få kompensasjon for den fysiske eller psykiske belastning vedkommende er utsatt for. Dette kalles for *kompensasjonshensynet*. Som *Kjelland* uttrykker det, står man ovenfor et ikke-økonomisk tap (ideell skade), som kompenseres gjennom et pengebeløp (oppreisningsbeløpet).²⁹¹

For det andre skal oppreisning ha en *pønal funksjon*, ved at oppreisning skal virke som en form for «straff» for skadevolder.²⁹² For det tredje kan det sies at oppreisning skal gi uttrykk for *samfunnets misnøye* med den skadevoldende hendelsen.²⁹³

Tort og svie er belastning som er vanskelig å måle, i motsetning til eksempelvis økonomisk tap eller medisinsk skade. Lidt økonomisk tap vil som regel være enkelt å fastlegge. Også skade av medisinsk art kan i noen grad måles, og kan gi grunnlag for gradert ménerstatning etter skl. § 3-2. Oppreisning for ikke-økonomisk tap må på sin side vurderes skjønnsmessig etter en konkret vurdering. Etter alminnelig erstatningsrett er det et vilkår for oppreisning at skadevolder har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt, ikke simpelt uaktsomt. Aml. §§ 13-9, 2-5, 15-12 og særlovene oppstiller imidlertid objektivt ansvar for arbeidsgiver også på dette området. Når det gjelder trakassering, foreligger det ikke en slik særskilt hjemmel og vurderingen må baseres på den alminnelige oppreisningsregelen i skl. § 3-5.

6.4.1 Diskriminering

En arbeidstaker/søker som blir diskriminert kan kreve oppreisning i tillegg til erstatning for økonomisk tap. Dette kommer til uttrykk i aml. § 13-9 første ledd, likestil. § 28, etndiskrl. § 25, tilgjil. § 31 og sordiskrl. § 24. Bestemmelsene er likelydende og skal tolkes tilsvarende.²⁹⁴

²⁹¹ Kjelland (2016) s. 705.

²⁹² Lødrup (2011) s. 523.

²⁹³ Kjelland (2016) s. 705.

²⁹⁴ Prop. 88 L (2012-2013) s. 97.

På samme måte som for erstatning for inntektstap eller mén er arbeidsgiver ansvarlig på objektivt grunnlag for handlinger eller unnlatelser som vedkommende selv har foretatt, eller der andre har handlet på arbeidsgivers vegne. Da bestemmelsen om objektivt oppreisningsansvar for arbeidsgiver ble inntatt i aml. (1977) § 54 bokstav j ved lovendring 26. mars 2004, ble bestemmelsen ansett som en hensiktsmessig reaksjon ved brudd på diskrimineringsbestemmelsene i tråd med kravet til effektive sanksjoner etter EUs rammedirektiv.²⁹⁵ Aml. § 13-9 viderefører aml. (1977) § 54 J og tidligere forarbeider er således relevante.

Bakgrunnen for regelen var i følge Ot.prp. nr. 104 (2005-2006) at oppreisning virker gjenopprettende ved at arbeidstaker får en kompensasjon for den krenkelsen som vedkommende er påført. Når det gjelder den ansvarlige, vil oppreisning virke som en reaksjon som både har preventiv effekt og fungerer som en rimelig oppgjørsform.²⁹⁶

Når det gjelder oppreisningsbeløpet, skal dette fastsettes «til det som er rimelig». Oppreisningens størrelse fastsettes av domstolen etter en konkret, skjønnsmessig vurdering hvor flere momenter vil være relevante, jfr. aml. § 13-9 første ledd annet pkt., likestil. § 28 tredje ledd annet pkt., etndiskrl. § 25 tredje ledd annet pkt., tilgj. § 31 tredje ledd annet pkt., sordiskrl. § 24 tredje ledd annet pkt.

Det første momentet i vurderingen er «skadens omfang og art». Formuleringen kom inn i aml. § 13-9 ved lovrevisjonen i 2005 og fulgte ikke direkte av ordlyden i den tidligere aml. (1977) § 54 j. Dette var likevel ett moment i vurderingen, også etter § 54 J.²⁹⁷ Momentet må ses i sammenheng med oppreisningens formål. Jo grovere handlingen er, desto høyere må oppreisningen være for å virke gjenopprettende.

Videre vil både arbeidsgivers og arbeidstakers forhold være relevant, jfr. formuleringen «partenes forhold.» Med dette menes at oppreisningsbeløpets størrelse vil kunne settes opp eller ned dersom særlige hensyn tilsier det. I følge proposisjonen til aml. (1977) gjelder ikke dette kun i skjerpende retning.²⁹⁸ Forhold på arbeidsgivers side vil ofte omhandle vedkommendes skyld. Dersom arbeidsgiver med viten og vilje foretar en diskriminerende

²⁹⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

²⁹⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

²⁹⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 54.

²⁹⁸ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53.

handling, taler preventive hensyn for at oppreisningen settes høyere enn der det foreligger lavere grad av skyld. Slike tilfeller må i følge departementet «markeres med en streng reaksjon» fra domstolene.²⁹⁹ Motsatt vil det være grunnlag for å sette ned oppreisningsbeløpet dersom arbeidsgiver ikke kan klandres for opptreden.

Forhold på arbeidstakers side som kan være relevant for utmålingen er om følgene av krenkelsen har vært betydelig. Dersom skaden er betydelig, vil dette kunne være et moment i skjerpene retning. På den andre siden kan oppreisningsbeløpet settes ned dersom arbeidstaker har fremprovosert den diskriminerende handlingen fra arbeidsgiver. I den forbindelse fremholder departementet at oppreisningskravet kan falle helt bort dersom arbeidstaker gjennom provokasjon har vært «like god».³⁰⁰

At det skal tas hensyn til omstendigheter for øvrig betyr at det skal foretas en bred helhetsvurdering av saken og av andre momenter som kan ha betydning for saken. Som eksempel her vil styrkeforholdet mellom partene kunne trekkes inn. Det samme gjelder partenes økonomi.³⁰¹ Det avgjørende for om oppreisningserstatning skal tilkjennes i diskrimineringsaker må etter dette vurderes ut fra resultatet eller virkningen av den diskriminerende handlingen.

6.4.2 Gjengjeldelse ved varsling

Dersom en arbeidstaker utsettes for urettmessig gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5 første eller annet ledd, kan vedkommende etter bestemmelsens tredje ledd tilkjennes oppreisning for ikke-økonomisk tap, uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Erstatningsansvaret er rent objektivt, og det kreves ikke at arbeidstaker har lidt noe økonomisk tap. Bestemmelsen er med dette utformet likelydende som oppreisningsbestemmelsen i diskrimineringslovverket, og skal forstås på samme måte.³⁰²

Oppreisningen skal utmåles skjønnsmessig «under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig», jf. § 2-5 tredje ledd annet punktum. Det fremgår av forarbeidene at dette skal fortolkes på samme måte som den tilsvarende regelen i § 13-9.³⁰³ Det betyr at det

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53.

³⁰⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

³⁰¹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 297

³⁰² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

³⁰³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

i vurderingen også skal «legges vekt på arten og alvorlighetsgraden av den ulovlige gjengjeldelsen», samt at «forhold på arbeidstakerens side vil kunne trekkes inn». Videre er hensynet til prevensjon trukket frem som sentralt moment som må tillegges betydelig vekt ved utmålingen.

Twist vedrørende ulovlig gjengjeldelse etter aml. § 2-5, og spørsmål om kompensasjon for dette, har så langt ikke vært vurdert i Høyesterett. Det finnes imidlertid en rekke eksempler fra underrettene. Et eksempel er *Miljøarbeider* (LA-2009-57115) hvor en kvinnelig ansatt hadde varslet om kritikkverdige handlinger fra leder på et av sine arbeidsteder, noe som hadde resulterte i total utestengelse fra arbeidsoppdrag i andre deler av kommunens virksomhet. I tråd med kravet i forarbeidene fant retten at utestengelsen var «massiv» og at «[k]ommunens gjengjeldelse [i form av utestengelse] fremstår som sterkt klanderverdig og fullstendig uproporsjonal.» Oppreisning ble på bakgrunn av dette fastsatt til 150.000 kr., i tråd med arbeidstakerens påstand.

Et annet eksempel er *Norweld* (LB-2009-36995) hvor en nyansatt hadde varslet om en rekke til dels svært kritikkverdige og ulovlige forhold ved bedriftens avdelingskontor. For dette hadde arbeidstakeren flere ganger blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse, herunder trakassering, sjikane og utfrysing fra avdelingslederen. Arbeidstakeren ble tilkjent 100. 000 kr i oppreisning på bakgrunn av «den massive og gjentatte trakassering [han] har vært utsatt for fra [avdelingslederens] side.» Beløpet utgjorde kun en femtedel av beløpet arbeidstakeren hadde krevd. Selv om lagmannsretten ikke begrunner nedskjæringen, viser dommen at til tross for at man er utsatt for «massiv og gjentatt» gjengjeldelse, og at dette har vært en «meget stor belastning» for den som rammes, kan domstolen sette beløpet til et nøkternt nivå ut fra hva retten finner rimelig.

I forarbeidene er det videre vist til at praksis knyttet til aml. § 15-12, som hjemler erstatning og oppreisning for usaklig oppsigelse, vil kunne gi en viss veiledning ved oppreisningsutmålingen.³⁰⁴ Dersom gjengjeldelsen består i oppsigelse, suspensjon eller avskjed, vil arbeidstakeren også kunne kreve oppreisning etter aml. § 15-12 annet ledd, eventuelt §§ 15-13 fjerde ledd eller 15-14 tredje ledd.

³⁰⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

6.4.3 Usaklig oppsigelse

Selv om det ikke følger uttrykkelig av ordlyden i aml. § 15-12 er det på det rene at en arbeidstaker som blir sagt opp på usaklig grunnlag ikke bare kan kreve erstattet sitt økonomiske tap, men også sitt ikke-økonomiske tap. Dette følger av forarbeidene til den tidligere aml. (1977) § 62 hvor det fremgår at «[...] erstatning ikke bare [skal] anses som en skadeserstatning, men Også som en billighetserstatning hvor ikkeøkonomiske forhold skal tas i betraktning.»³⁰⁵

Hvorvidt oppreisningserstatning skal idømmes, baseres på domstolenes skjønnsmessige vurdering. Etter bestemmelsen skal det legges vekt på «arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.» Bestemmelsen viser i så måte at vurderingen må baseres på en konkret vurdering hvor flere momenter kan ha betydning. En forutsetning for erstatning etter bestemmelsen er at det foreligger en oppsigelse, se tilsvarende pkt. 6.3.3. I *Songa Services* (Rt. 2012 s 983) utmålte lagmannsretten først kr 400 000 i oppreisningserstatning for usaklig oppsigelse i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Høyesterett kom imidlertid til at det ikke forelå en oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand og da kunne ikke aml § 15-12 andre ledd hjemle erstatningen. (Premiss 116). Det ble derfor kun tilkjent erstatning for økonomisk tap.

At det skal legges vekt på arbeidsgivers forhold vil ha selvstendig betydning ved utmåling av oppreisningskravet. Selv om det ikke kreves skyld for å ilegge oppreisningsansvar, vil det være et moment om arbeidsgiveren for eksempel har opptrådt hensynsløst eller unødig krenkende, eller ikke fulgt betryggende saksbehandling. Et eksempel på det siste er *Dolphin* (Rt. 2001 s. 1253) hvor Høyesterett fant at avskjeden var urettmessig, men vilkårene for oppsigelse var oppfylt. Arbeidstakeren fikk likevel tilkjent oppreisning for ikke-økonomisk skade fordi arbeidsgiver ikke hadde avholdt drøftelsesmøte med arbeidstakeren før avskjeden. Videre var avskjed feilaktig benyttet og avskjedsbrevet innhold uriktig og belastende kritikk.

Tilsvarende har det betydning om arbeidsgiver er lite å bebreide, se for eksempel *Autronica* (Rt. 1996 s. 1401) hvor arbeidstakeren ikke fikk tilkjent oppreisningserstatning bl.a. fordi arbeidsgiveren hadde gått korrekt frem i oppsigelsesprosessen.

³⁰⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

Arbeidstakers forhold er også av betydning. Om også arbeidstaker er å bebreide, kan erstatningen settes ned eller falle helt bort. *Lørenskog kommune* (Rt. 1991 s. 236) er et illustrerende eksempel på at retten må bedømme forholdene på begge sider. Arbeidstaker ble tilkjent oppreisning på bakgrunn av arbeidsgivers kritikkverdige håndtering av saken, selv om arbeidstaker hadde et vesentlig ansvar for det forhold som medførte at oppsigelse ble gitt. Kommunen hadde ikke håndtert oppsigelsessaken på en profesjonell måte og blant annet nektet arbeidstakeren tilgang til arbeidsstedet.

Et annet utmålingsmoment kan være om domstolen finner at arbeidstaker har et særlig beskyttelsesbehov. Et eksempel på sistnevnte er *Sjøkapteindommen* (Rt. 2011 s. 596) hvor en arbeidstaker ble oppsagt under sykefravær. Oppsigelsen var begrunnet i en udyktighetserklæring som viste at arbeidstakeren ikke var helsemessig skikket til å gjøre tjeneste om bord. Udyktighetserklæringen hadde sin bakgrunn i skade arbeidstakeren hadde pådratt seg om bord i tjeneste flere år tidligere. I motsetning til tingretten og lagmannsretten fant Høyesterett at årsaken til oppsigelsen var sykefraværet, og oppsigelsen ble kjent ugyldig fordi den hadde funnet sted under perioden der arbeidstakeren var vernet, jfr. tidligere sjømannsloven § 14 nr. 1. Arbeidstakeren ble tilkjent 72 000 kr i oppreisning.

Et annet eksempel på arbeidstakers forhold som taler for oppreisning følger av *Varetektsfengsling* (Rt. 2011 s. 74) hvor en kommunalt ansatt ble oppsagt i prøvetiden pga. varetektsfengsling. Straffesaken endte med frifinnelse og Høyesterett kjente oppsigelsen ugyldig. Arbeidstakeren ble tilkjent 50. 000 kr i oppreisning hvoretter retten la særlig vekt på at oppsigelsen var særlig belastende, og kunne oppfattes som en bekreftelse på at arbeidstakeren hadde begått den straffbare handlingen.

Eksemplene viser at grunnlaget for erstatningsutmålingen er mangesidig og at den bunner i en konkret vurdering av sakens ulike sider. Et siste tilfelle som kan nevnes av betydning for oppgavens tematikk er de tilfeller hvor det foreligger dobbelt grunnlag for erstatning, for eksempel der en usaklig oppsigelse også innebærer en ytterligere krenkelse i form av diskriminering eller ulovlig gjengjeldelse. For det økonomiske tapets del er det klart at tapet ikke kan utmåles for mer enn en gang. For oppreisningserstatningen kan det stille seg annerledes. Det foreligger ikke høyesterettspraksis rundt spørsmålet på arbeidsrettens område, men temaet er behandlet flere ganger i underrettspraksis. Skal det utmåles særlig erstatning på hvert grunnlag som er krenket, eller skal for eksempel diskriminering anses som en

skjerpende utmålingsregel under aml § 15-12 andre ledd? I *Reisebyrå* (LH-2008-99829) og *Frisør* (LA-2009-202366), som begge gjaldt kjønnsdiskriminerende oppsigelse, kom domstolene til at diskrimineringen var et skjerpende moment som økte oppreisningens størrelse. Resultatet kan være godt forenlig med synspunktet om at det uansett er det samme rettslige forholdet som begrunner begge erstatningsgrunnlagene.³⁰⁶ Erstatningsbeløpene ble satt til henholdsvis kr 150 000 og kr 80 000.

6.4.4 Trakassering

Erstatning for ikke-økonomisk tap krever særskilt hjemmel. Når det kommer til arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, herunder også vern mot trakassering i aml. § 4-3 tredje ledd, inneholder ikke loven slik hjemmel. For trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd, må oppreisning derfor søkes etter den alminnelige oppreisningsregelen i skl. § 3-5 om oppreisning for skade av ikke-økonomisk art, eller § 3-6 om erstatning for krenking av privatlivets fred. Jeg går ikke ytterligere inn på erstatning etter § 3-6 utover at trakassering i enkelte tilfeller også kan innebære æreskrenkelse. Vilåårene for å få tilkjent oppreisningserstatning etter skl. § 3-5 er strenge og absolutte. Både de objektive og subjektive vilåårene etter bestemmelsen må være oppfylt.³⁰⁷

Skl. § 3-5 gir anvisning på to hovedsituasjoner som kan gi rett til oppreisning. Den ene omfatter tilfeller hvor skadevolder forsettlig eller grovt uaktsomt har forårsaket en personskade, jfr. første ledd bokstav a. Den andre situasjonen er regulert i bokstav b som gir hjemmel for å kreve oppreisning ved overtredelse av forskjellige straffebud som angitt i skl. § 3-3. Felles for de krenkelsene som omfattes av straffebestemmelsene det vises til i skl. § 3-3, er at de kan medføre skader av psykisk eller sosial karakter. Noe som kan likestilles med personskade.³⁰⁸ Hvilke påkjenninger som kan gi grunnlag for oppreisning etter bestemmelsen er presisert i forarbeidene hvor det fremgår at det «siktes til fysiske smerter, angst og psykiske lidelser, plager og ulemper ellers, lengre sykeopphold, hindring i normal livsførsel mm.»³⁰⁹ Dette innebærer at både fysiske og psykiske skader omfattes. I følge *Lødrup* kreves det verken at skaden er varig, betydelig eller av medisinsk art.³¹⁰ Bestemmelsenes oppregning er uttømmende.

³⁰⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 106.

³⁰⁷ Lødrup (2011) s. 523.

³⁰⁸ Kjelland (2016) s. 708.

³⁰⁹ Ot.prp. nr. 20 (1991-1992) s. 41 som for øvrig er videreført i *Hjerneskode* (Rt- 2011 s. 769, avsnitt 20).

³¹⁰ Noe som skiller seg fra vilåårene for rett til ménerstatning etter skl. § 3-2.

Konsekvensen av at en krenkelse faller utenfor skl. § 3-3, er at et oppreisningskrav i så fall må bygge på skl. § 3-5 første ledd bokstav a og derav oppfylle kriteriet om personskade. Oppreisning kan tilkjennes selv om betingelsene for ménerstatning ikke er oppfylt, noe som følger direkte av bestemmelsens ordlyd.

Forskjellen på de to hovedsituasjonene er at det etter bokstav a kreves at det kan påvises en konkret skade, mens dette ikke kreves etter bokstav b. Etter bokstav b er det tilstrekkelig at det foreligger en krenkelse som erfaringsmessig medfører skadevirkninger, jfr. *Overgrep* (Rt. 2011 s. 247) avsnitt 31 og 37. Bokstav b ligner i så måte på de hensyn oppreisningsinstituttet etter diskrimineringslovverket og aml. § 15-12 er ment å ivareta, nettopp den krenkelsen arbeidstaker er utsatt for.

For det andre må skadevolderen omfattes av den relevante kretsen av ansvarssubjekter i skl. § 3-5.³¹¹ Oppreisning bygger på et personlig skyldansvar, jfr. ordlyden «den som» i bestemmelsens første ledd. Noe som innebærer at oppreisningskravet som utgangspunkt må fremmes mot skadevolderen personlig. Det innebærer at arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 som utgangspunkt er utelukket i oppreisningssaker etter § 3-5. Oppreisningskravet dekkes som hovedregel heller ikke av ansvarsforsikring.³¹² I trakasseringssaker må den som er utsatt for de negative handlingene dermed fremme krav direkte mot den som trakasserer. Dette skiller seg vesentlig fra ansvarsgrunnlaget i aml. §§ 2-5, 13-9, 15-12 og særlovene hvor arbeidstaker kan søke erstattet sitt ikke-økonomiske tap direkte overfor arbeidsgiver på objektivt grunnlag.

Det var lenge uavklart hvorvidt juridiske personer kunne bli ilagt oppreisningsansvaret på bakgrunn av organansvar. Dette ble imidlertid fastsatt i *Omsorgssvikt* (Rt. 1995 s. 209, s. 216) hvor retten fant at en kommunes organansvar også omfattet oppreisningserstatning.³¹³ Saken gjaldt oppreisning etter skl. § 3-6, men resultatet har tilsvarende betydning for skl. § 3-5.

Organansvar er ansvar på ulovfestet grunnlag hvoretter en krets av organer eller personer anses å ha en slik tilknytning til den juridiske personen at deres handlinger anses som den juridiske personens egne handlinger. For å avgjøre om organansvar kan gjøres gjeldende i det konkrete tilfellet, må det vurderes hvilken krets av personer eller organer som må anses å ha

³¹¹ Kjelland (2016) s. 707.

³¹² Lødrup (2011) s. 524.

³¹³ Dette er senere fulgt opp i rettspraksis, se for eksempel *Exide Sønnak* (Rt. 1997 s. 58, på s. 65).

en slik tilknytning til virksomheten at deres handlinger kan anses foretatt på vegne av virksomheten. Spørsmålet er i den forbindelse hvem som kan identifiseres med den juridiske personen.

Organansvaret kan gjøres gjeldende både overfor stat, kommune og andre private selskaper, som aksjeselskap, foreninger mv. Da organansvar vil variere ut fra organisasjonsform, vil det bli for omfattende å gå i dybden vedrørende hvem som kan identifiseres med organene og hvilke momenter som inngår i denne vurderingen. Noe må imidlertid nevnes.

Først og fremst har Høyesterett distansert seg fra selskapsrettslige og organisatoriske betraktninger, og knytter ansvaret til den som har den øverste kompetansen til å treffe beslutninger på det enkelte saksområdet, jfr. *Omsorgssvikt* (Rt. 1995 s. 209) og *Exide Sønnak* (Rt. 1997 s. 58).

Når det kommer til private selskaper, kan disse organiseres på ulike måter. Dette innebærer at grenser som kan trekkes for organansvar må avgjøres konkret etter omstendighetene og i relasjon til det aktuelle kravet. *Lødrup* oppstiller en kjerne i ansvaret.³¹⁴ For aksjeselskaper fremholder han at «generalforsamling, styret, styreformann og daglig leder utvilsomt [identifiseres med] selskapets organer.»³¹⁵ For avdelingsledere er imidlertid rettstilstanden omstridt. *Lødrup* påpeker at spørsmålet om vedkommende skal identifiseres med virksomheten må vurderes ut fra en konkret vurdering av «vedkommendes funksjon som leder» og om «den ansvarsbetingende handling eller unnlattelse [er et] utslag av lederfunksjonen.»³¹⁶

Spørsmålet om organansvar for assisterende direktør var oppe i *Rica Sjølyst* (RG-2001-1226). Spørsmålet i saken var om virksomheten måtte hefte for assisterende direktør sine trakasserende handlinger overfor en arbeidstaker. I vurderingen viste lagmannsretten til at organansvar kan bli aktuelt dersom et «organ» for selskapet har utvist grov uaktsomhet. Lagmannsretten fant dette bekreftende da vedkommende var ansett å være en del av selskapets ledelse. Dommen er i så måte et eksempel på at virksomheten kan bli erstatningsansvarlig på bakgrunn av trakassering utført av en leder, men ikke øverste leder.

³¹⁴ Lødrup (2011) s. 204.

³¹⁵ Lødrup (2011) s. 204.

³¹⁶ Lødrup (2011) s. 204.

I kommuner må kommunestyret klart omfattes. *Lødrup* viser til at også «formannskap, byråd og ordfører» regnes å representere kommunale organer.» Videre påpeker han at identifikasjon også kan være aktuelt hvor «råd, nemd o.l.» er øverste organ i kommunen. Når det gjelder statens organer, fremholder *Lødrup* at «Stortinget og Kongen i statsråd og den enkelte statsråd anses som «organet». Han påpeker at også her må man kunne gå lengre ned i det statlige hierarkiet etter de kriterier som er gitt for private virksomheter og kommunesektoren.³¹⁷

Selv om det er eksempler i rettspraksis på at organansvar kan gå et stykke ned i virksomheten, se *Omsorgssvikt* (Rt. 1995 s. 209) og *Rica Sjølyst* (RG-2001-1226), vil den identifiserende krets normalt befinne seg helt helt øverst i organisasjonshierarkiet. Det vil derfor bare unntaksvis skje at en arbeidstaker kan påberope seg organansvar. Dog vil slik identitet lettere bli konstatert i små enn i store virksomheter.

Dersom organansvaret gjør seg gjeldende, kan arbeidstakeren rette erstatningskravet for ikke-økonomisk tap knyttet til trakassering etter skl. § 3-5 direkte mot virksomheten. Det forutsettes på samme måte som for krav rettet mot gjerningspersonen direkte at vedkommende har utvist kvalifisert skyld, se straks nedenfor.

For det tredje er det skadelidte selv som har rett på oppreisning, jfr. ordlyden «den fornærmede» i skl. § 3-5 første ledd første pkt. Det kan imidlertid gjøres unntak for en bestemt krets av tredjemenn, herunder «ektefelle, samboer, barn og foreldre» angitt i skl. § 3-5 annet ledd dersom vedkommende omkommer.³¹⁸

For det fjerde må det foreligge kvalifisert skyld. Oppreisning kan med andre ord ikke tilkjennes på rent objektivt grunnlag, jfr. *Villfarelse* (Rt. 2013 s. 1118). Etter ordlyden må det foreligge forsett eller grov uaktsomhet. Kjernen i forsettsbegrepet er at noen handler med viten og vilje – altså at følgen er tilsiktet.³¹⁹ Når det gjelder innholdet i begrepet grov uaktsomhet, viser *Testamentdommen* (Rt. 1989 s. 1318, på s. 1320) til at handlingen anses grov dersom den er «kvalifisert klanderverdig» eller om det foreligger «markert avvik fra det forsvarlige». I praksis kan det være vanskelig å trekke grensen mellom vanlig uaktsomhet og grov uaktsomhet. Vurderingen vil i følge *Einarsen* bero på «hvor sannsynlig det er at skaden

³¹⁷ *Lødrup* (2011) s. 204.

³¹⁸ Kjelland (2016) s. 706.

³¹⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111.

inntreffer som følge av skadevolderens handlinger.» I vurderingen peker han på at det må vurderes om handlingen er preget av likegyldighet overfor omgivelsene, om handlingen fremstår som sterkt klanderverdig, eller om skadevolderen på andre måter er sterkt å bebreide for sin mangel på aktsomhet.³²⁰

Rettspraksis viser at det stilles svært strenge krav før slik skyld anses bevist. Ingen av (de foreløpige) fire høyesterettsdommene om mobbing og trakassering på arbeidsplassen har gitt mobbeofferet dom for oppreisning. Spørsmålet var oppe i *Falken* (Rt. 1997. 786) for lagmannsretten (LA-1995-36) hvor A bl.a. krevde oppreisningserstatning direkte fra arbeidstakerne for den skade hun hadde blitt påført på bakgrunn av trakasseringen. Lagmannsretten fant at arbeidstakerne «må ha hatt evne til å forstå at deres adferd overfor [A] ville være til skade for hennes psykiske helse. Deres handlinger vurderes som klart uaktsomme.» Arbeidstakerne ble likevel frifunnet idet lagmannsretten ikke fant at deres uaktsomhet kunne anses grov. Resultatet i saken viser den høye terskelen for at domstolen skal finne at trakassering regnes som grov uaktsom.

Når det gjelder ansvarsetableringen, er det uten betydning hvilken av skyldformene som foreligger, herunder forsett eller grov uaktsomhet, men det vil kunne ha betydning for selve utmålingen.³²¹ Skyldkravet må omfatte selve atferden. I *Akbari* (Rt. 1999 s. 887, s. 895) er det lagt til grunn at skylden ikke behøver å dekke skadefølgen som i sin tur begrunner oppreisningskravet.³²² Når oppreisningserstatning etter skl. § 3-5 første ledd bokstav a knytter seg til de etterfølgende omstendigheter som en skade kan medføre, vil ansvar være etablert dersom den voldt skade var en påregnelig følge av den skadevoldende handling, jfr. *Hjerneskode* (Rt. 2011 s. 769, avsnitt 22).

For det fjerde må årsakskravet være oppfylt. I Skl. § 3-5 anvendes uttrykkene «voldt skade» og «voldt en annens død». Ordlyden viser til at det må foreligge en form for årsakssammenheng: Skadevolderens forsettlige eller grovt uaktsomme handling (eller unnlåtelse) må være en nødvendig betingelse for å fremkalle den påførte tort og smerte, og handlingen må ikke være en så uvesentlig årsaksfaktor at det ikke er rimelig å knytte ansvar

³²⁰ Einarsen (2007) s. 301.

³²¹ Kjelland (2016) s. 709.

³²² Dette er lagt til grunn i senere rettspraksis, se *Hjerneskode* (Rt. 2011 s. 769, avsnitt 22), *Lavangsdalen* (Rt. 2008 s. 1360, avsnitt 16) et utvalg.

til den. Som ellers i erstatningsretten må det være adekvat årsakssammenheng slik dette er uttrykt i *P-pille II* (Rt. 1992 s. 64).

6.4.5 Sammenligning

Som gjennomgangen viser, inneholder diskrimineringslovverket og aml. § 2-5 tredje ledd sammenfallende regler når det kommer til oppreisning. Etter bestemmelsenes ordlyd kan arbeidstaker tilkjennes oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Etter disse bestemmelsene er oppreisning ment å være hovedreaksjonen ved konstatert brudd.³²³ Det er tilsvarende lagt til grunn i rettspraksis at arbeidsgiver er ansvarlig på objektivt grunnlag ved usaklig oppsigelse etter aml. § 15-12.³²⁴ Oppreisningsbeløpet tar sikte på å kompensere for den *krenkelse* vedkommende er påført som følge av den rettstridige diskrimineringen, gjengjeldelsen eller den usaklige oppsigelsen. Dette skiller seg vesentlig fra det generelle oppreisningsinstituttets formål etter skl. § 3-5 hvor oppreisning skal kompensere for *personskade*.

Den overordnede begrunnelsen for at det ble innført et objektivt ansvar knyttet til oppreisning for arbeidsgiver i *diskrimineringslovverket*, var at det ble ansett som en «hensiktsmessig og effektiv reaksjon» ved brudd.³²⁵ Videre ble det lagt til grunn at dette gjorde seg særlig gjeldende i trakasseringstilfeller da det i slike saker som regel var den ikke-økonomiske skaden, herunder den krenkelse trakassering innebærer, som var det primære. I følge *Einarsen* medfører som nevnt trakassering «nesten alltid at offeret opplever en vesentlig og vedvarende krenkelse av selvbilde og integritet.»³²⁶ En slik krenkelse er ikke ensbetydende med at arbeidstakeren har blitt påført en skade eller lidt et økonomisk tap. Noe som støtter opp om at oppreisning i stor grad er det naturlige erstatningsalternativet i trakasseringssaker. Videre vil det ofte være vanskelig å dokumentere et økonomisk tap i trakasseringssaker. Det ble derfor ansett nødvendig å innføre lempeligere regler for å tilkjenne erstatning i form av oppreisning.³²⁷

³²³ Prop. 88 L (2012-2013) s. 99.

³²⁴ Se pkt. 6.4.3.

³²⁵ Se for eksempel Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 48.

³²⁶ Einarsen (2007) s. 291.

³²⁷ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 45.

Før regelen om objektivt ansvar for oppreisning ble innført i likestil. (1978) i 2002, fremholdt en rekke høringsinstanser at forslaget om en regel om objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap brøt med tradisjoner i norsk rett.³²⁸ Videre ble det pekt på at det fremsto som lite rimelig å stille arbeidsgiver ansvarlig uten hensyn til skyld.³²⁹ Departementet fant på sin side at dagjeldende erstatningsregel innebar «et rettferdighetsproblem i forhold til den som forskjellsbehandles.»³³⁰ Departementet fremholdt at «[d]et må tas i betraktning at den som er diskriminert har opplevd en krenkelse av sin rettighet» som både kan ha vært praktisk og følelsesmessig belastende.³³¹

Da regelen videre ble utvidet til å gjelde også for trakassering i likestil. (1978), ytret igjen en rekke høringsinstanser kritikk til forslaget. I høringsrunden til forslaget ble det bl.a. fremhevet at det ville være stigmatiserende å få en påstand om seksuell trakassering mot seg.³³² Det samme ble lagt til grunn i høringsrunden til forslaget i diskrl. (2005) hvor det fremgår at det «i likhet med seksuell trakassering, vil [...] oppleves meget belastende å bli beskyldt for rasisme.»³³³ Departementene opprettholdt likevel sine forslag om at regelen om objektivt erstatningsansvar for oppreisning skulle komme til anvendelse i saker om trakassering, både etter likestil. (1978), aml. (1977) og diskrl. (2005).³³⁴

Avgjørende for at departementene i alle de overnevnte lovene fant at den skjerpede erstatningsregelen måtte komme til anvendelse, også i trakasseringssaker, var at oppreisningsbeløpet uansett måtte vurderes skjønnsmessig. Departementene fant at arbeidsgivers rettssikkerhet var tilstrekkelig ivaretatt på denne måten.³³⁵ Domstolen kan vurdere oppreisningsbeløpets størrelse ut fra hva den finner rimelig, og det kan tas hensyn til en rekke forhold i helhetsvurdering. Dersom arbeidsgiveren er den som har trakassert arbeidstakeren, og vedkommende gjør dette med hensikt, vil dette komme til uttrykk i erstatningsutmålingen. Motsatt vil beløpet kunne reduseres dersom arbeidsgiver ikke visste

³²⁸ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 103.

³²⁹ Samme kritikk ble rettet til forslaget i diskrimineringsloven (2005) se Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 141 og i aml. (1977), se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 51.

³³⁰ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 103.

³³¹ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 103.

³³² Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

³³³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 141.

³³⁴ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 48 og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 142.

³³⁵ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

eller burde vite at det forekom trakassering på arbeidsplassen. Videre vil det at trakasseringen må vurderes i et objektivt lys bidra til å styrke rettsikkerheten.³³⁶

Før den tilsvarende regelen om objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap ble innført i aml. § 2-5 tredje ledd om *vern mot gjengjeldelse ved varslings*, stilte flere arbeidsgiverorganisasjoner seg i mot forslaget, særlig i kombinasjon med regelen om delt bevisbyrde. Departementet viste på sin side til den tidligere problematikken med erstatningsregelen i saker om ulovlig diskriminering. Departementet pekte på at erfaring viste at arbeidstaker hadde vansker med «å vinne frem med et krav om erstatning når det må påvises skyld, økonomisk tap og årsakssammenheng mellom tapet og gjengjeldelsen.»³³⁷ Det ble konkludert med at den samme problematikken ville gjøre seg «gjeldende i forhold til et krav om erstatning ved gjengjeldelse.»³³⁸ Departementet fant på dette grunnlag at en bestemmelse om objektivt ansvar for oppreisningserstatning skulle utformes på samme måte som aml. § 13-9.³³⁹

Når det gjelder *trakassering* i strid med aml. § 4-3 tredje ledd, kan det stilles spørsmål om hvorfor det ikke er innført en tilsvarende regelen om objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap.

På den ene siden er det alminnelige utgangspunktet i norsk erstatningsrett at det må foreligge økonomisk tap, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det økonomiske tapet. Videre må det foreligge kvalifisert skyld (forsett eller grov uaktsomhet) fra skadevolders side. Ved å innføre en regel om objektivt erstatningsansvar, bryter dette radikalt med hovedregelen i norsk erstatningsrett om vilkårene for erstatning.

Videre vil en regel om objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap bryte med de alminnelige erstatningsrettslige reglene i skl. § 3-5 ved at arbeidsgiver vil være ansvarlig uavhengig av hvem som har utført trakasseringen. Arbeidsgiveransvaret vil komme til anvendelse så lenge trakasseringen har skjedd på arbeidsplassen og har gått ut over en arbeidstaker. Etter skl. § 3-5 er hovedregelen at ingen andre enn skadevolder selv hefter for oppreisning. Juridiske personer, herunder arbeidsplassen som sådan, kan ikke pålegges ansvar

³³⁶ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 50.

³³⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

³³⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

³³⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

med mindre gjerningsmannen er i en lederstilling hvor bedriften identifiseres med mobberer (organansvar). Konsekvensene av en regel om oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld i aml. § 4-3 tredje ledd ville føre til at arbeidsgiver hefter for trakassering begått av andre arbeidstakere, kunder, klienter mv. Dette vil utvide oppreisningsinstituttet betraktelig.

På den andre siden kan en si at arbeidstakere som utsettes for trakassering i arbeidslivet i strid med aml. § 4-3 tredje ledd ikke har et reelt oppreisningsvern i dagens lovverk. Ingen av de foreløpig fire høyesterettsdommene som omhandler trakassering og mobbing; *Moelven* (Rt. 1993 s. 616), *Falken* (Rt. 1997 s. 786), *Apoteker* (Rt. 1997 s. 1506) eller *Nera* (Rt. 2004 s. 1844) har som nevnt gitt mobbeofferet dom for oppreisning.

Dette står i kontrast til diskrimineringslovverket og gjengjeldelsesvernet hvor utgangspunktet er at enhver overtredelse av loven som primærreaksjon medfører oppreisning.³⁴⁰ Det fremstår derfor som lite rimelig at den som blir utsatt for trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd ikke har krav på en tilsvarende kompensasjon for den krenkelse vedkommende er utsatt for, på lik linje med arbeidstakere som trakasseres i strid med diskriminerings- eller gjengjeldelsesforbudet. Et argument for å innføre en regel om objektivt ansvar for ikke-økonomisk tap vil derfor i første rekke være at det bør være større harmoni og sammenheng i regelverket på dette punktet.

I denne sammenheng vil en forutsetning for erstatning for ikke-økonomisk tap i aml. § 4-3 tredje ledd fortsatt være at arbeidstakere kan bevise at det foreligger årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og krenkelsen.³⁴¹ Forskjellen er at arbeidstaker ikke behøver å prosedere på at det foreligger forsettlig eller grov uaktsom trakassering.

Videre vil erstatningsutmålingen på lik linje med de øvrige bestemmelsene settes til det beløp domstolen finner rimelig ut fra nærmere angitte kriterier. Etter aml. §§ 2-5, § 13-9, 15-12 og særlovene følger det at domstolen i vurderingen av beløpets størrelse skal legge vekt på det økonomiske tap, partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Domstolen vil på denne måten kunne ta hensyn til en rekke forhold. Domstolen kan derfor også finne at det ikke skal

³⁴⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 139.

³⁴¹ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 51.

tilkjennes opprensning i det hele tatt, til tross for at det foreligger brudd på aml. § 4-3 tredje ledd.³⁴²

Ved å innføre et objektivt erstatningsansvar i aml. § 4-3 tredje ledd, ville vernet mot trakassering videre blitt mer effektivt. En slik regel ville også gitt arbeidsgiver et incitament til å forebygge og forhindre trakassering og dårlig arbeidsmiljø i frykt for å bli ilagt erstatningsansvar. At arbeidsmiljøloven allerede hjemler objektivt erstatningsansvar, bl.a. ved ulovlig diskriminering, gjengjeldelse og usaklig oppsigelse, taler også for å innføre en tilsvarende regel i aml. § 4-3 tredje ledd. En slik regel vil ikke i for stor grad bryte med de alminnelige erstatningsrettslige regler i norsk rett.

6.5 Arbeidstilsynets kompetanse i trakasseringssaker

Arbeidstilsynet er en statlig etat som er underlagt Arbeids- og sosialdepartementet og fører kontroll og tilsyn med at virksomheter overholder arbeidsmiljølovens krav, jfr. aml. § 18-1 første ledd.

For å forstå Arbeidstilsynets virkeområde, må det i første rekke skilles mellom arbeidsmiljølovens regler som tar sikte på å verne om offentligrettslige interesser på den ene siden, og regler som tar sikte på å verne om private interesser på den andre. Arbeidstilsynets kompetanse vil variere ut fra hvilken interesse bestemmelsen tar sikte på å verne. Grensen mellom offentligrettslige og privatrettslige regler er ikke klare og kan gli over i hverandre. Det har likevel vært tradisjon for å betrakte «arbeidsmiljøproblematikk» som et isolert miljørettlig fenomen hvor de involverte rettigheter og plikter springer ut fra arbeidsmiljølovens offentligrettslige regler om helse, miljø og sikkerhet. Motsatt har situasjoner som kun får konsekvenser for arbeidsforholdet vært ansett som et privatrettslig spørsmål mellom arbeidsgiver og arbeidstaker hvor spillereglene er oppstilt i arbeidsmiljølovens regler om kontraktsvern. Dette er regler partene selv må håndheve, eventuelt ved hjelp av domstolene.³⁴³

Arbeidsmiljølovens regler som er å anse som offentligrettslig, er de bestemmelser som pålegger det enkelte rettssubjektet, herunder arbeidstaker, arbeidsgiver og virksomheten

³⁴² Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 45.

³⁴³ Ot.prp. nr. 77. (1998-1999) s. 1 til den tidligere aml. (1977).

plikter ut fra allmennpreventive,- individualpreventive,- og samfunnsmessige hensyn.³⁴⁴ Dette er regler som pålegger plikter overfor det offentlige som rettighetshavere.³⁴⁵ Et typisk eksempel er aml. kapittel 4 som oppstiller krav til arbeidsmiljø.

Når det kommer til arbeidsmiljølovens privatrettslige regler, omfatter disse alle bestemmelser som tar sikte på å regulere forholdet mellom partene på arbeidsplassen. Dette vil typisk være reglene i aml. kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold. Til forskjell fra offentligrettslige regler, er det partene selv som har råderetten over saken og således må avklare dette uten hjelp fra det offentlig. Det offentlige er ikke rettighetshaver til arbeidsgivers privatrettslige plikter overfor arbeidstakerne.³⁴⁶

Et av Arbeidstilsynets hovedoppgaver er som nevnt å føre kontroll og tilsyn med lovens verne- og sikkerhetsbestemmelser. Ved brudd på bl.a. kapittel 4, har Arbeidstilsynet ikke bare tilsynsansvar, men også påleggskompetanse. Dette omfatter således aml. § 4-3 tredje ledd om vernet mot «trakassering eller annen utilbørlig opptreden». Dersom Arbeidstilsynet blir kjent med at det forekommer trakassering på en arbeidsplassen, kan tilsynet gi arbeidsgiver pålegg, samt følge opp med tvangsmulkt eller stans av virksomheten dersom pålegget ikke oppfylles. Dette følger av aml. §§ 18-6 til 18-8.

I NOU 2004:5 til aml. (2005) ble det vurdert om rettsregler og myndighetskontroll var et egnet virkemiddel for forebygging og oppfølging av psykososiale arbeidsmiljøproblemer, som i stor grad handler om mellommenneskelige relasjoner.³⁴⁷ Arbeidslivslovutvalget fant at Arbeidstilsynet verken hadde kapasitet eller kompetanse til å gå inn som konfliktløser i enkeltsaker. Likevel ble det lagt til grunn at Arbeidstilsynet skulle fortsette sitt virke på dette området. Arbeidslivslovutvalget mente at en styrking, tydeliggjøring og opprydding av loven ville bidra til å forebygge organisatoriske og psykososiale arbeidsmiljøproblemer.³⁴⁸

Det har imidlertid vist seg vanskelig for Arbeidstilsynet å gå inn i denne type personalsaker, ut over å gi generell veiledning eller informasjon til de involverte parter.³⁴⁹ Generelt sett er det vanskeligere å håndheve mellommenneskelige relasjoner som det psykososiale

³⁴⁴ Pedersen (2002) s. 229.

³⁴⁵ Ot.prp. nr. 77 (1998-1999) s. 2.

³⁴⁶ Ot.prp. nr. 77 (1998-1999) s. 2.

³⁴⁷ NOU 2004:5 s. 182.

³⁴⁸ NOU 2004:5 s. 182.

³⁴⁹ NOU 2004:5 s. 182.

arbeidsmiljøet representerer til forskjell fra de mer håndfaste reglene om krav til det fysiske arbeidsmiljøet. For at det psykososiale arbeidsmiljøet skal være optimalt forutsettes det at arbeidsgiver og arbeidstakere tar arbeidsmiljøproblematikk på alvor, samt jobber målrettet for gode sosiale relasjoner. Det er imidlertid vanskelig å pålegge mennesker som ikke liker hverandre å samarbeide samtidig som det vil variere hva personer anser som et godt og forsvarlig arbeidsmiljø. Det gjør det enda vanskeligere å påvise om det foreligger brudd på arbeidsmiljølovens krav til det psykososiale arbeidsmiljø.

Videre mottar Arbeidstilsynet mange henvendelser som viser et stort veiledningsbehov knyttet til trakasseringsbestemmelsen. Dette har ført til at sakene i praksis sjelden følges opp gjennom kontroll og pålegg. Dette støttes opp av tall fra Arbeidstilsynet som viser hvor sjeldent det foretas tilsyn på norske arbeidsplasser knyttet til aml. § 4-3 tredje ledd om trakassering og annen utilbørlig opptreden:

Antall tilsyn³⁵⁰	2014	2015	2016	Totalsum
Om arbeidsgiver har kartlagt/undersøkt om trakassering foreligger og eventuelt iverksatt tiltak for å sørge for at dette opphøre eller forebygges?	22	14	19	55
Om arbeidsgiver har iverksatt tiltak for å sørge for at trakassering opphører?	20	10	14	44

Figur 1: «Oversikt over Arbeidstilsynets tilsyn med norske arbeidsplassen knyttet til aml. § 4-3 tredje ledd».

Det samme gjelder tall som viser hvor sjeldent Arbeidstilsynet har gitt reaksjon med hjemmel i aml. § 4-3 tredje ledd:

Antall reaksjoner³⁵¹	2014	2015	2016	Totalsum
Reaksjon med hjemmel i aml. § 4-3 (3)	5	5	5	15

Figur 2: «Oversikt over Arbeidstilsynets reaksjon med hjemmel i aml. § 4-3 tredje ledd».

Resultatet av Arbeidstilsynets iverksettelse av tilsyn og reaksjon de siste 3 årene knyttet til aml. § 4-3 tredje ledd, står i kontrast til resultatet i STAMI-rapport 2015 hvor 3 % sysselsatte, dvs. 78 300 arbeidstakere, opplyser at de i 2013 opplevde å bli trakassert på arbeidsplassen.³⁵²

³⁵⁰ Viser til e-post fra Arbeidstilsynet datert 15. mai 2017, se vedlegg 4.

³⁵¹ Viser til e-post fra Arbeidstilsynet datert 15. mai 2017, se vedlegg 4.

³⁵² Statens arbeidsmiljøinstitutt (2015) s. 80

Tallene viser at ordningen med at Arbeidstilsynet har et overordnet ansvar for trakassering som forekommer på arbeidsplassen, ikke er tilfredsstillende.

Arbeidstilsynet skal være nøytral og opererer ikke som representant for noen av partene. Arbeidstilsynet har ikke rolle som megler eller konfliktløser, eller er ment å forhandle frem løsninger eller kompromisser mellom partene, eller et bestemt resultat av en prosess. Arbeidstilsynets rolle vil i så fall være å pålegge partene å gjennomføre en konflikthåndteringsprosess.

Dessuten har Arbeidstilsynet utarbeidet egen policy for tilsyn av trakasseringssaker på individnivå som i all hovedsak gjennomføres som et generelt tilsyn med virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. I følge Arbeidstilsynet selv, «vil tilsynet ikke omhandle det konkrete forholdet, men heller virksomhetens forebyggende HMS-arbeids knyttet til tematikken.»³⁵³ Etter mitt skjønn fremstår uttalelsen fra Arbeidstilsynet som at de selv har innskrenket sin egen myndighet til veiledning og forebygging, særlig sett i lys av at Arbeidslivslovutvalget i 2004 uttrykte at Arbeidstilsynet har myndighet til å gå inn i enkeltsaker.

Det kan nok fremstå som en god intensjon fra lovgivers side at Arbeidstilsynet skal føre tilsyn med trakasseringbestemmelsen i aml. § 4-3 tredje ledd. Likevel virker denne type saker å være for innfløkte til at arbeidstakere nyter godt av Arbeidstilsynets veiledning og kompetanse. Det kan se ut som at Arbeidstilsynet i større grad fungerer som et preventivt virkemiddel enn som en bidragsyter for at arbeidsgiver skal løse konkrete trakasseringstviser på arbeidsplassen. Dette innebærer at arbeidstaker står igjen som taper dersom Arbeidstilsynets veiledning og pålegg ikke bidrar til å løse konflikten. Vedkommende må da ta saken inn for domstolen, eventuelt si opp sin stilling.

Arbeidstilsynets påleggskompetanse omfatter ikke aml. §§ 2-4 og 2-5 om varsling og gjengjeldelse, kapittel 13 om vern mot diskriminering eller reglene i kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold, jfr. aml. § 18-6 første og annet ledd. Reglene har som nevnt en del fellestrekk og kan til dels overlape med hverandre. Det er derfor naturlig å spørre om hvorfor lovgiver har kommet til at aml. § 4-3 tredje ledd skal være underlagt et annet regime. Hvorfor for

³⁵³ E-post fra Arbeidstilsynet med vedlegg datert 24. mai 2017, se vedlegg 5.

eksempel aml. §§ 2-4 og 2-5 er ansett som privatrettslig anliggende fremgår verken av loven eller klart av bestemmelsenes forarbeider.

Ved at arbeidstakere varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, bidrar dette til at samfunnet gjøres kjent med at virksomheten ikke drives innenfor de rammevilkår som arbeidsmiljøloven oppstiller. Varsling kan for det første avverge og redusere faren for ulykker og skader, samtidig som det kan bidra til å avklare, motvirke og kanskje forhindre trakassering og diskriminering. Videre kan varsling bidra til at samfunnet gjøres kjent med at virksomheten for eksempel forurensrer miljøet utover det tillatte, eller at virksomheten benytter uetiske eller kanskje endog straffbare metoder som korrupsjon m.v. At bestemmelsene i aml. §§ 2-4 og 2-5 er unntatt Arbeidstilsynets påleggskompetanse, kan derfor ikke utelukkende begrunnes i at bestemmelsene regulerer privatrettslige forhold. Bestemmelsene i aml. §§ 2-4 og 2-5 har nær sammenheng med, og stor betydning for de krav arbeidsmiljøloven oppstiller til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Det kan i denne sammenheng fremstå noe inkonsekvent av lovgiver at aml. § 3-6 om arbeidsgivers plikt til å legge forholdene til rette for varsling, er underlagt Arbeidstilsynets påleggskompetanse, jfr. aml. § 18-1. Etter aml. § 18-1 har Arbeidstilsynet kompetanse til å ilegge pålegg som er nødvendig for gjennomføring av tilretteleggingsplikten i aml. § 3-6. At aml. §§ 2-4 og 2-5 ikke er underlagt Arbeidstilsynets kompetanse innebærer at svikt i eller brudd på eventuelle interne rutiner eller andre tiltak i virksomheten ikke i realiteten kan påtales av Arbeidstilsynet.

Samlet sett fremstår ikke en realisering av trakasseringsvernet å ha noe effektiv håndhevelse gjennom Arbeidstilsynets myndighet. Antall tilsyn er få og antall pålegg enda færre.

7 Samlede betraktninger

7.1 Oppsummering

Studiet av trakasseringsvernet gir grunnlag for flere samlede betraktninger. Oppsummeringen er rettet mot oppgavens hovedproblemstillinger: Å klargjøre trakasseringsbegrepets innhold, samt undersøke om det kan innfortolkes tilsvarende legislative virkemidler som delt bevisbyrde eller objektivt erstatningsansvar i aml. § 4-3 tredje ledd som i aml. §§ 2-5 og 13-9, samt i diskrimineringslovene.

I kapittel 2-5 har jeg foretatt en systematisk gjennomgang av det materielle innholdet i de ulike regelsettene bestemmelsene er ment å verne. I kapittel 6 har jeg analysert og sammenlignet de ulike regelsettene og påpeke likheter og forskjeller.

Fremstillingen av oppsummeringen gjøres med støtte i tabellen nedenfor, som viser strukturen av vernet for de ulike interesser. Figuren bidrar til en enklere forståelse av de samlede betraktninger.

	Aml. § 2-5	Aml. § 4-3 (3)	Aml. kap. 13	Aml. § 15-12	Særlovene
Særlig bevisbyrderregel	X		X	(X)	X
Objektivt ansvar (erstatning)			X	(X)	X
Objektivt ansvar (oppreisning)	X		X	(X)	X
Offentligrettslig art		X			

Figur 3: «Oversikt over rettstilstanden». Tabellen viser i hvilke tilfeller det er innført særskilt bevisbyrderregel, objektivt ansvar for arbeidsgiver knyttet til erstatning for henholdsvis økonomisk og ikke-økonomisk tap og hvilken regel som er ansett å være av offentligrettslig art og underlagt Arbeidstilsynets myndighet. Parentesene angir at de særskilte reglene ikke er knyttet til bestemmelsens ordlyd, men utledet av rettspraksis med støtte i forarbeider.

Gjennomgangen bekrefter en viss felles struktur eller sammenheng mellom disse reglene. Stikkordet er *beskyttelse*. Mens vernet mot gjengjeldelse, diskriminering og usaklig oppsigelse går langt i å beskytte arbeidstaker ved å innføre særskilte regler om bevisbyrde og objektivt ansvar ved lovbrudd, gjelder ikke det samme for trakassering eller annen utilbørlig opptreden i strid med aml. § 4-3 tredje ledd.

7.1.1 Trakasseringsbegrepene

Gjennomgangen gir ikke grunnlag for å si at det foreligger en faktisk forskjell mellom trakasseringsbegrepet i aml. § 4-3 tredje ledd og de definisjoner som er oppstilt i diskrimineringslovgivningen.

Mens lovgiver har skissert en ramme for trakasseringsbegrepets innhold knyttet til diskrimineringsforbudene, er det ikke gjort en tilsvarende innsats for å klargjøre trakasseringsbegrepets i aml. § 4-3 nærmere. Det er tilsvarende uklart om definisjonen i diskrimineringslovgivningen har overføringsverdi til forståelsen av aml. § 4-3 tredje ledd.

På den ene siden er det belegg for å si at definisjonene i særlovgivningen ikke kan anvendes på aml. § 4-3 tredje ledd all den tid Høyesterett har oppstilt momenter som langt på vei trekker i motsatt retning av det lovgiver har lagt til grunn i diskrimineringslovgivningens mangfoldige forarbeider. Spesielt gjelder dette kravet om at trakasseringen må ha gjentatt seg over tid, og at det bør være et ulikt styrkeforhold mellom partene.

På den andre siden er diskrimineringslovverkets trakasseringsforbud aldri behandlet av Høyesterett, og en må derfor være forsiktig med å trekke konklusjoner om at innholdet i trakasseringsbestemmelsene er så ulike som drøftelsen kan antyde.

Likevel er det problematisk at arbeidstakere allerede innledningsvis i en trakasserings-situasjon møtes med et kaleidoskopisk bilde av det juridiske begrepet trakassering. Om det i realiteten kun er tale om små nyanseforskjeller, tilfeldigheter som ulik lovhistorikk eller ulike internasjonale forpliktelser, eller om begrepet faktisk har et ulikt innhold, er ikke fastslått i praksis. Det fremstår likevel som et paradoks at ett og samme begrep er utformet på så vidt forskjellig måte.

For det andre viser studiet at det også foreligger motsetninger når det gjelder terskelen for brudd på aml. § 4-3 tredje ledd, og der det foreligger *erstatningsbetingende* trakassering i strid med bestemmelsen. Det vil si at arbeidsgiver nok kan ha forbrutt seg mot bestemmelsen, men ikke i en slik grad at han kommer i erstatningsansvar. Det kan stilles spørsmål om hvor heldig det er å operere med et slik skille, og om det har noen nytte at en arbeidstaker anses trakassert, men ikke i en slik grad at vedkommende er berettiget til noen kompensasjon for de handlinger vedkommende har blitt utsatt for. På denne måten kan vernet fremstå som illusorisk.

Når det konstateres brudd på trakasseringsforbudet knyttet til diskrimineringslovverket, er reaksjonen at vedkommende skal tilkjennes oppreisning for den krenkelse trakassering innebærer og erstatning for lidt økonomisk tap. Etter Høyesterett å dømme kreves noe mer utover trakassering for at vedkommende skal tilkjennes samme kompensasjon etter aml. § 4-3 tredje ledd da de trakasserende handlingene må være kvalifisert. Det som etter diskrimineringslovverket fremstår som en hovedregel, er etter aml. § 4-3 tredje ledd snarere en snever unntaksregel.

7.1.2 Bevisbyrdereglene

I møte med rettsapparater viser figur 3, og gjennomgangen i pkt. 6.2, at arbeidstakers bevisbyrde er forskjellig avhengig av hvilket rettsgrunnlag som påstås overtrådt. Utviklingen av diskrimineringsvernet har gått fra det alminnelige utgangspunkt i norsk sivilprosess hvor den som mener seg utsatt for en lovstridig handling har bevisbyrden, og således tvilsrisikoen, til at bevisbyrden i 2001 ble revidert slik at arbeidstaker må fremlegge opplysninger som gir «grunn til å tro» at det har funnet sted diskriminering. Da blir det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at så likevel ikke er tilfelle. Tilsvarende regel ble innført for vernet mot gjengjeldelse i aml. § 2-5 i 2006. Når det gjelder vernet mot usaklig oppsigelse, har det gjennom rettspraksis blitt lagt til grunn at arbeidsgiver har bevisbyrden for de faktiske forhold oppsigelsen begrunnes med.

Når det gjelder aml. § 4-3 tredje ledd, er det ikke innført en tilsvarende bevisbyrderegel. Dette har for det første ført til at arbeidstaker har bevisbyrden for at det har forekommet trakassering i tråd med påstanden. Dette har vist seg vanskelig da trakassering i arbeidslivet ofte er subtil uten håndfaste bevis. Dersom arbeidstaker ønsker kompensasjon for økonomisk tap, må arbeidstaker for det andre bevise med overveiende sannsynlighet at skadevolder har handlet uaktsomt. Kreves det oppreisningserstatning må grov uaktsomhet eller forsett bevises. Dette har medført at offeret i stor grad kan oppleve møtet med jussens krav til bevis som ny trakassering.

De legislative hensyn som ligger bak bevisbyrderegelen i diskrimineringslovgivningen og gjengjeldelsesforbudet gjør seg også i stor grad gjeldende når det kommer til trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd. Dette gjelder særlig hensynet til en effektiv håndhevelse av bestemmelsene. Som pkt. 6.5 viser, fremstår lovgivers begrunnelse om at § 4-3 tredje ledd er en bestemmelse av offentligrettslig art underlagt Arbeidstilsynets tilsyns- og påleggskompetanse, å være lite effektivt når det gjelder å realisere vernet.

Som vist til i pkt. 6.2.5 er det også en del fellestrekk interessene i mellom, og vernet mot diskriminering og gjengjeldelse vil ofte overlape med den interesse aml. § 4-3 tredje ledd tar sikte på å beskytte. Lovgivers valg på dette punktet er da tilsynelatende at det avgjørende for bevisspørsmålet er *hvorfor* arbeidstakeren trakasseres. Skyldes den påståtte trakasseringen at arbeidstaker har varslet om kritikkverdige forhold ved virksomheten, eller diskrimineringsgrunnlagene gjennomgått i pkt. 6.2.1 og 6.2.2, må *arbeidsgiveren* sannsynliggjøre at slik

trakassering ikke har funnet sted etter reglene i aml. § 2-5 og § 13-8. Hvis den påståtte trakasseringen derimot skyldes andre forhold, er det imidlertid *arbeidstaker* som må sannsynliggjøre at slik trakassering har funnet sted. Departements begrunnelse om at det ikke fremsto som «naturlig eller hensiktsmessig» å innføre en tilsvarende bevisbyrderregel i aml. § 4-3 tredje ledd fremstår derfor verken som opplagt eller rettsystematisk holdbar.

Sett i sammenheng med det overlappende virkefeltet til diskrimineringslovgivningen og gjengjeldelsesforbudet, samt at Arbeidstilsynet ikke har kapasitet til å følge opp trakassering på arbeidsplassen på en tilfredsstillende måte, taler gode grunner for å innføre en lempeligere bevisbyrderregel i aml. § 4-3 tredje ledd.

7.1.3 Erstatning for økonomisk tap

I pkt. 6.3 ble det redegjorde for hvilke regler som gjelder for arbeidstakers rett på erstatning for økonomisk tap. Reglene er utformet på noe ulik måte, hvor det er innført objektivt ansvar i reglene om vern mot diskriminering i aml. § 13-8 og særlovene, og mot usaklig oppsigelse etter aml. § 15-12. Når det gjelder aml. § 2-5 om vern mot gjengjeldelse ved varsling, og for aml. § 4-3 tredje ledd om forbud mot trakassering, er det ikke innført tilsvarende lempelige regler hvor arbeidsgiver er ansvarlig uten hensyn til skyld. Det vises til figur 3.

For påstand om trakassering i strid med aml. § 4-3 tredje ledd kan arbeidstaker påberope ulike ansvarsgrunnlag, herunder kontraktsansvar, uaktsomhetsansvar eller arbeidsgiveransvar etter skl. § 2-1. Til forskjell fra regelen i diskrimineringslovgivningen og oppsigelsesvernet, må arbeidstaker bevise at det foreligger uaktsom skadeforvoldelse for å kunne tilkjennes erstatning for økonomisk tap.

I pkt. 6.3 ble det videre konkludert med at aml. §§ 4-3 tredje ledd og 2-5 oppstiller en høyere terskel for å tilkjenne arbeidstakere erstatning for økonomisk tap. Den historiske utviklingen av særlig diskrimineringslovgivningens vern mot gjengjeldelse og trakassering tilsier at det av hensyn til sammenhengen i regelverket burde innføres tilsvarende lempelige regler også på disse områdene.

7.1.4 Oppreisning for ikke-økonomisk tap

Figur 3 viser at det er kun brudd på aml. § 4-3 tredje ledd hvor det ikke er gitt en regel om objektivt ansvar.

I pkt. 6.4 ble det lagt til grunn at arbeidstaker i realiteten ikke har særlig mulighet til å tilkjennes oppreisning for trakassering i dagens lovverk. For å tilkjennes oppreisning må vedkommende arbeidstakere være påført en skade, samtidig som det er oppstilt en skjerpet skyldregel som krever grov, uaktsom skadeforvoldelse. Som *Einarsen* antyder er ikke trakassering ensbetydende med at arbeidstaker påføres en skade som følge av trakasseringen. Dette står til kontrast fra diskrimineringslovgivningens regler hvor arbeidstaker ved brudd på diskrimineringsforbudet skal tilkjennes oppreisning for den *krenkelse* diskrimineringen innebærer. Dette gjelder uavhengig av om vedkommende blir trakasserte eller diskriminert på grunn av eksempelvis deltids- eller midlertidig ansettelse, kjønn osv.

For det andre hjemler skl. § 3-5 kun et personlig ansvar, noe som innebærer at arbeidsgiver ikke kan bli ansvarlig med mindre det kan påvises organansvar.

Oppreisning tar i trakasseringstilfellene sikte på å kompensere for den *krenkelse* av den personlige integritet. Dette ligner på de hensyn som verner mot rettstridig diskriminering eller gjengjeldelse. Dette skiller seg vesentlig fra de generelle oppreisningsinstituttets formål etter skl. § 3-5 hvor oppreisning skal kompensere for *personskade*. Skl. § 3-5 kan vanskelig danne grunnlag for utforming av oppreisningsinstituttet i trakasseringstilfeller.

7.2 Refleksjoner

Etter mitt skjønn er det ikke samsvar mellom de skader trakassering påfører både enkeltpersoner og arbeidsmiljø som sådan. Trakasserte arbeidstakere utgjør enkeltskjebner. Det er ingen sterke talpersoner som taler de trakassertes sak. Som i tilfelle med mange andre svake grupper må det etableres et effektivt regelverk til beskyttelse. Et nærliggende virkemiddel ville være å starte med å lette på den trakassertes bevisbyrde. Hensynet til sammenhengen i lovverket tilsier også dette. Videre bør sanksjoneringen ved brudd på trakasseringsvernet fokusere mer på handlingen og mindre på resultatet/skaden. Innføring av objektivt ansvar både for erstatning og oppreisning vil kunne flytte fokus fra den skadelidte og over på arbeidsgivers plikt til å forhindre trakassering.

8 Kilder, forkortelser og vedlegg

Forkortelser

Aml.	Arbeidsmiljøloven
Diskrl.	Diskrimineringsloven av 2005 (opphevet)
Etdiskrl.	Diskrimineringsloven om etnisitet
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon
Grl.	Grunnloven
LDN	Likestillings- og diskrimineringsnemda
LDO	Likestillings- og diskrimineringsombudet
Likestil.	Likestillingsloven
Skl.	Skadeerstatningsloven
Sordiskrl.	Diskrimineringsloven om seksuell orientering
STAMI	Statens Arbeidsmiljøinstitutt
Tilgjil.	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven
Tvl.	Tvisteloven
Yforsl.	Yrkesskedeforsikringsloven

Lover

Lov av 22. mai 1902 nr. 10	om Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) [opphevet].
Lov av 7. desember 1956 nr. 2	om arbeidervern [opphevet].
Lov av 13. juni 1969 nr. 24	om grunnskole [opphevet].
Lov av 13. juni 1969 nr. 26	om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).
Lov av 21. juni 1974 nr. 55	om videregående opplæring [opphevet].
Lov av 4. april 1977 nr. 4	om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. [opphevet].
Lov av 9. juni 1978 nr. 45	om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) [opphevet].
Lov av 16. juni 1989 nr. 65	om yrkesskedeforsikring (yrkesskedeforsikringsloven)
Lov av 27. november 1992 nr. 109	om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov av 21. mai 1999 nr. 30	om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).
Lov av 3. juni 2005 nr. 33	om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) [opphevet].
Lov av 10. juni 2005 nr. 40	om likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudsloven).
Lov av 17. juni 2005 nr. 90	om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).
Lov av 20. juni 2008 nr. 42	om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) [opphevet].
Lov av 21. juni 2013 nr. 58	om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering).
Lov av 21. juni 2013 nr. 59	om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).
Lov av 21. juni 2013 nr. 60	om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet).
Lov av 21. juni 2013 nr. 61	om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Konvensjoner

Menneskerettighetserklæringen av 10. desember 1948 (UDHR)

ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke av 25. juni 1958

Den Europeiske sosialpakt av 18. oktober 1961.

FNs rasediskrimineringskonvensjon av 21. desember 1965 (CERD)

FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (ØSK)

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979.

Direktiver

Rådsdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektiv).

Rådskonrektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet (rammedirektiv)

Rådskonrektiv 2000/43 om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse.

Direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrke.

Lovforarbeider

NOU 1992: 20	Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle
NOU 1999:27	Ytringsfrihet bør finde Sted – Forslag til ny Grunnlov § 100
NOU 2004:5	Et arbeidsmiljø for trygghet, inkludering og vekst
NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern

St.meld. nr. 26 (2003-2004) Om endringer i Grunnloven § 100.

Meld. St. 44 (2012-2013) Likestilling kommer ikke av seg selv.

Ot.prp. nr. 45 (1960-1961) Om endringer av § 135 i den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902.

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

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø.

Ot.prp. nr. 41 (1979-1980) Om endringer i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø, lov om arbeidstvister og lov om trdomssamfunn og ymista anna.

Ot.prp. nr. 20 (1991-1992) Om endringer i straffeloven og skadeerstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn).

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

Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) Om lov om endringer i lov av 4 februar 177 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 16 (1997-1998) Om lov om endringer i lov av 4 februar 177 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 77. (1998-1999) Om lov om endringer i lov av 4 februar 177 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv (arbeidsmiljøloven).

- Ot.prp. nr. 34 (2000-2001)** Om lov om endringer i lov av 4 februar 177 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)** Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestillings, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).
- Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)** Om lov om endringer i lov av 4 februar 177 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)** Om lov om straff (straffeloven).
- Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)** Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).
- Ot.prp. nr. 34 (2004-2005)** Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudsloven).
- Ot.prp. nr. 35 (2004-2005)** Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov).
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)** Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- Ot.prp. nr. 84 (2005-2006)** Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).
- Ot.prp. nr. 44 (2007-2008)** Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
- Prop. 88 L (2012-2013)** Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
- Prop. 72 L (2016-2017)** Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid).
- Prop. 80 L (2016-2017)** Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudslove).
- Prop. 81 L (2016-2017)** Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)
- Innst. O. VI (1936)** Innstilling fra Socialkomitéen angående lov om arbeidervern.

Innst. O nr. 27 (1997-1998) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. Februar 1877 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Innst.O nr. 52 (2002-2003) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. Februar 1877 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Innst.O nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Innst. O nr. 6 (2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Forskrifter

Forskrift av 21. Februar 1997 nr. 373 (Forskrift om menerstatning ved yrkesskade).

Rettsavgjørelser

Norske Rettstidene

Rt. 1947 s. 723	<i>Jernsplintdommen</i>
Rt. 1950 s. 1091	<i>Rulledommen</i>
Rt. 1959 s. 900	<i>Sveiser</i>
Rt. 1973 s. 1364	<i>Ubåtdommen</i>
Rt. 1984 s. 1058	<i>Haslund</i>
Rt. 1989 s. 1318	<i>Testamentdommen</i>
Rt. 1991 s. 236	<i>Lørenskog kommune</i>
Rt. 1992 s. 64	<i>P-pilledom II</i>
Rt. 1992 s. 1023	<i>Flykaptein</i>
Rt. 1993 s. 616	<i>Moelven Mjøsbruket</i>
Rt. 1995 s. 209	<i>Omsorgssvikt</i>
Rt. 1996 s. 1401	<i>Autronica</i>
Rt. 1997 s. 58	<i>Exide Sønnak</i>
Rt. 1997 s. 786	<i>Falken</i>
Rt. 1997 s. 1507	<i>Apoteker</i>
Rt. 1999 s. 887	<i>Akbari</i>
Rt. 2000 s. 418	<i>Thelle</i>
HR 2001 s. 956	<i>Norsk Hydro Aluminum</i>

Rt. 2001 s. 1253	<i>Dolphin</i>
Rt. 2004 s. 1844	<i>Nera</i>
Rt. 2008 s. 775	<i>Hjemmehjelp</i>
Rt. 2008 s. 1360	<i>Lavangsdalen</i>
Rt. 2008 s. 1409	<i>Søren</i>
Rt. 2009 s. 685	<i>Webredaktør</i>
Rt. 2011 s. 74	<i>Varetektsfengsling</i>
Rt. 2011 s. 247	<i>Overgrep</i>
Rt. 2011 s. 596	<i>Sjøkapteindommen</i>
Rt. 2011 s. 769	<i>Hjerneskode</i>
Rt. 2012 s. 168	<i>Notodden fotball</i>
Rt. 2012 s. 424	<i>Aldersdiskriminering</i>
Rt. 2012 s. 983	<i>Songa Services</i>
Rt. 2013 s. 1118	<i>Villfarelse</i>
Rt. 2014 s. 1161	<i>Underslag</i>

Lagmannsrettsavgjørelser

LA-1995-36	<i>Falken</i>
LG-2003-4666	<i>Nera</i>
RG-2001-1226	<i>Rica Sjølyst</i>
LH-2008-99829	<i>Reisebyrå</i>
LB-2009-36995	<i>Norweld</i>
LA-2009-57115	<i>Miljøarbeider</i>
LA-2009-202366	<i>Frisør</i>
LB-2010-40623	<i>Fengselsinspektør</i>

Litteratur

- Einarsen, Pedersen 2007** Einarsen, Ståle, Pedersen, Harald. *Håndtering av konflikter og trakassering i arbeidslivet*. Oslo: Gyldendal Akademisk 2007.
- Einarsen, Glasø, Nilesen 2008** Einarsen, Ståle, Glasø, Lars, Nielsen, Morten B. *Mobbing i arbeidslivet: En litteraturoversikt*. Tidsskrift for Norsk psykologforening, Vol 45, nr. 3, 2008, s. 308-317.
- Eckhoff (medf. Helgesen) 2001** Eckhoff, Torstein, Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Fanebust 2015** Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett, den individuelle del*. 4. utg. Bergen: Universitetsforlaget, 2015.
- Fougner, Holo, Friberg 2003** Fougner, Jan, Holo, Lars og Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven: Kommentarutgave*. 8. Utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2003.
- Fougner, Holo, Sundet, Thorkildsen 2013** Fougner, Jan, Holo, Lars, Sundet, Tron L, Thorkildsen, Tarjei. *Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave*. 2. Utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Fougner, Holo, Løkke Et al. 2016 (kommentarutgaver.no)** Fougner, Jan, Holo, Lars, Sundet, Tron Løkken og Thorkildsen, Tarjei. *Generelle krav til arbeidsmiljøet: kommentarutgave* Universitetsforlaget/kommentarutgaver.no, 2016.

- Hagstrøm 2011** Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget. 2011.
- Jakhelln 2006** Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo: N.W. Damm & Søn, 2006.
- Jakhelln, Aune, Korke (red.) 2011** Jakhelln, Henning, Aune, Helga, Kroken, Nina, Lenth Claude (red.). *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 3. Utg. Cappelen Damm Akademisk, 2011.
- Jakhelln** Jakhelln, Henning, Aune, Helga, Kroken, Nina, Lenth Claude (red.). *Arbeidsrett.no: kommentarer til arbeidsmiljøloven (nettversjon, www.arbeidsrett.no)*.
- Johansen, Stueland (red.) 2015** Johansen, Atle Sønsteli og Stueland, Einar (red.). *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*. 2. utg. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2015.
- Kjelland 2016** Kjelland, Morten. *Oppreisningserstatning ved fysisk og psykisk krenkelser. En analyse av høyesterettspraksis og sentrale utviklingslinjer*. Rettsavklaring og rettsutvikling - Festskrift til Tore Schei. Universitetsforlaget, 2016 ISBN 9788215026091. s. 703-758.
- Lødrup (medf. Kjelland) 2011** Lødrup, Peter, Kjelland, Morten. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2011.
- Pedersen 2002** Pedersen, Harald. *Arbeidsmiljøloven § 12 og psykososialt arbeidsmiljø*. Oslo: Tiden Norsk Forlag AS, 2002.

Skoghøy 2014

Skoghøy, Jens E. *Tvisteløsning*. 2. Utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

Storeng, Beck, Due Lund 2014

Storeng, Nils H, Beck, Tom H og Due Lund, Arve. *Arbeidslivets spilleregler*. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

**Ytre-Arna 2015
(Rettsdata.no)**

Ytre-Arna, Rune. *Norsk lovkommentar*. Gyldendal/www.rettsdata.no, 2015.

Annet

Statens arbeidsmiljøinstitutt 2015

Faktabok om arbeidsmiljø og helse, status og utviklingstrekk, 2015.

Elektroniske kilder

<https://stami.no/mobbing-i-arbeidslivet-er-en-mulig-risikofaktor-for-utvikling-av-selv-mordstanker/> (publisert 5. oktober 2015. Sist besøkt 25. mai 2017).

Kaldal, «Trakassering og autoritære sjefer. Naturliggjøring av nyliberale tanke- og tåle måter fra starten av 1980-årene» (2012): hentet fra:

<http://www.kaldal.net/ingar/les/arbhist-trakassering.pdf>

Statsminister Bondevik sin nyttårstale, hentet fra:

<https://tv.nrk.no/serie/statsministerens-nyttaarstale/NNFA80800103/01-01-2004#> (publisert 1. januar 2004)

Om kampanjen «Jobbing uten mobbing»:

<http://www.arbeidstilsynet.no/nyhet.html?tid=79405>

Arbeidstilsynets nettside om mobbing/trakassering: www.jobbingutenmobbing.no

STAMI-TV, Kurs og undervisning: «Mobbing i arbeidslivet», hentet fra <https://stami.no/web-tv/mobbing-arbeidslivet/> (publisert 17. februar 2015, sist besøkt 18. mai 2017).

Vedlegg:

Vedlegg 1:

Antall tilsyn	2014	2015	2016	Totalsum
Om arbeidsgiver har kartlagt/undersøkt om trakassering foreligger og eventuelt iverksatt tiltak for å sørge for at dette opphøre eller forebygges?	22	14	19	55
Om arbeidsgiver har iverksatt tiltak for å sørge for at trakassering opphører?	20	10	14	44

Figur 1: «Oversikt over Arbeidstilsynets tilsyn med norske arbeidsplassen knyttet til aml. § 4-3 tredje ledd».

Vedlegg 2:

Antall reaksjoner ³⁵⁴	2014	2015	2016	Totalsum
Reaksjon med hjemmel i aml. § 4-3 (3)	5	5	5	15

Figur 2: «Oversikt over Arbeidstilsynets reaksjon med hjemmel i aml. § 4-3 tredje ledd».

Vedlegg 3:

	Aml. § 2-5	Aml. § 4-3 (3)	Aml. kap. 13	Aml. § 15-12	Særlovene
Særlig bevisbyrderegulering	X		X	(X)	X
Objektivt ansvar (erstatning)			X	(X)	X
Objektivt ansvar (oppreisning)	X		X	(X)	X
Offentligrettslig art		X			

Figur 3: «Oversikt over rettstilstanden». Tabellen viser i hvilke tilfeller det er innført særskilt bevisbyrderegulering, objektivt ansvar for arbeidsgiver knyttet til erstatning for henholdsvis økonomisk og ikke-økonomisk tap og hvilken regel som er ansett å være av offentligrettslig art og underlagt Arbeidstilsynets myndighet. Parentesene angir at de særskilte reglene ikke er knyttet til bestemmelsens ordlyd, men utledet av rettspraksis med støtte i forarbeider.

³⁵⁴ Viser til e-post fra Arbeidstilsynet datert 15. mai 2017, se vedlegg 1.

Vedlegg 4: E-post fra Arbeidstilsynet, dater 15. mai 2017

Hei

Tok med tall for 2014-2016.

Her er hvor ofte vi har kontrollert følgende:

Antall tilsyn kontrollpunktet er benyttet i	2014	2015	2016	Totalsum
5904 Har arbeidsgiver kartlagt/undersøkt om trakassering eller annen utilbørlig opptreden foreligger og eventuelt iverksatt tilstrekkelige tiltak for å sørge for at dette opphører og forebygges?	22	14	19	55
5906 Har arbeidsgiver iverksatt tiltak for å sørge for at trakassering eller annen utilbørlig opptreden opphører?	20	10	14	44
Totalsum	26	16	20	62

Her er hvor ofte vi har gitt reaksjon med hjemmel i 4-3 (3)

	2014	2015	2016	Totalsum
Antall reaksjoner	5	5	5	15

Så bemerkes det at disse tallene ikke nødvendigvis reflekterer all veiledning som gjøres på området, både i tilsyn og egen veiledningsaktivitet. Arbeidstilsynet har også de siste årene hatt økende fokus på veiledning som virkemiddel. I tillegg vil temaet selvfølgelig omfattes av alminnelige kartleggings- og risikovurderingspålegg, som en del av det løpende hms-arbeidet. Arbeidstilsynet går aldri inn i trakasseringssaker med en rolle som meglere eller konfliktløser, og skal ikke forhandle frem løsninger eller kompromisser mellom partene eller bestemt resultat av en prosess. Eksempelvis kan Arbeidstilsynet pålegge partene å gjennomføre en konflikthåndteringsprosess, men man kan ikke pålegge dem å bli enige.

Vedlegg 5: E-post med vedlegg fra Arbeidstilsynet, datert 24. mai 2017

De sakene Arbeidstilsynet håndterer som omhandler trakassering, kommer inn til Arbeidstilsynet som tips. Enten pr telefon, brev, personlig oppmøte eller registrering av henvendelse på våre nettsider. Med bakgrunn i informasjonen i henvendelsen vurderer Arbeidstilsynet både om, og hvordan henvendelsen skal følges opp videre.

En forutsetning for at Arbeidstilsynet skal kunne gå direkte inn i en sak som omhandler påstander om trakassering er at arbeidstaker fortsatt er ansatt i virksomheten og at arbeidstaker gir Arbeidstilsynet skriftlig samtykke til å ta opp den konkrete saken med arbeidsgiver.

Arbeidstilsynet har utarbeidet egen policy for saker som blant annet omhandler trakasseringssaker på individnivå. Av vår policy går det frem at veiledning skal prioriteres som virkemiddel i slike saker, og at tilsyn først skal vurderes der saken har vært forsøkt tatt opp internt, om mulig med ekstern bistand fra for eksempel bedriftshelsetjeneste. Velger vi tilsyn, skal det som hovedregel gjennomføres som et generelt tilsyn med virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Nettopp for å oppnå størst mulig arbeidsmiljøgevinst.

Arbeidstilsynets erfaring er at mange av henvendelsene vi får inn blir avsluttet gjennom veiledning med den som henvender seg til oss. Disse henvendelsene resulterer derfor ikke i tilsyn, og vi har dermed ikke kontrollert hvorvidt arbeidstakers påstander ville medført er brudd på lov.

I de fleste tilfellene der vi følger opp med tilsyn, vil tilsynet ikke omhandle det konkrete forholdet men heller virksomhetens forebyggende HMS-arbeid knyttet til tematikken. Arbeidstilsynet vil da velge tilsynsmetode som gjør at temaet for tilsynet i tilstrekkelig grad kan belyses. I enkelttilfeller følger Arbeidstilsynet opp den konkrete innmeldte saken på individnivå.

Tabellen nedenfor viser antall tilsyn hvor trakassering har vært kontrollert, og i hvor mange tilsyn det er gitt reaksjoner på dette. Tabellen viser tall for alle tilsyn utført i saksbehandlersystemet Betzy for årene 2013-2017

Kontrollpunkt	Antall tilsyn kontrollpunktet er benyttet i	Antall reaksjoner
5904 Har arbeidsgiver kartlagt/undersøkt om trakassering eller annen utilbørlig opptreden foreligger og eventuelt iverksatt tilstrekkelige tiltak for å sørge for at dette opphører og forebygges?	89	8
5906 Har arbeidsgiver iverksatt tiltak for å sørge for at trakassering eller annen utilbørlig opptreden opphører?	72	5
Totalsum	149	59

Vi registrerer ikke så spesifikt hvilke tema våre veiledninger omfatter at vi kan identifisere om de omhandler trakassering. Siden saker som omhandler trakassering løses både ved tilsyn

og veiledning, og ikke kun ved å se spesifikt på trakassering, men virksomhetenes forebyggende HMS-arbeid. Kan vi ikke gi ut noen komplette data over hvor mange ganger vi har enten veiledet eller ført tilsyn med trakassering. Vi har kun data for hvor ofte de forholdene som er nevnt i tabellen er kontrollert, og hvor mange ganger vi har gitt reaksjon på bakgrunn av disse. Tallene i tabellen viser derfor ikke den komplette oversikten over vårt arbeid med trakassering.