



”Erstatningsansvaret for trakassering på arbeidsplassen”

av Jørgen Samuelsen

16289 ord

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2007*

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	GENERELT OM OPPGAVENS TEMA.....	3
1.2	BAKGRUNNEN FOR OPPGAVEN.....	3
1.3	BEGREPSAVKLARING.....	4
1.4	RETTSKILDENE	6
<u>2</u>	<u>HOVEDDEL</u>	<u>8</u>
2.1	ET FULLT FORSVARLIG ARBEIDSMILJØ.....	8
2.1.1	ARBEIDSGIVERS ANSVAR FOR ET FULLT FORSVARLIG ARBEIDSMILJØ.....	9
2.1.2	ARBEIDSTAKERS GENERELLE LOJALITETSPLIKT.....	10
2.1.2.1	Medvirkningsplikten i forhold til arbeidsmiljøet:.....	11
2.1.2.2	Medvirkningsplikten i forhold til konfliktløsning:.....	12
2.2	HVA LIGGER I TRAKASSERINGSBEGREPET.....	13
2.2.1	GENERELT OM TRAKASSERINGSBEGREPET.....	13
2.2.2	FORKJELLIGE DEFINISJONER AV TRAKASSERING.....	15
2.2.3	HVEM KAN TRAKASSERES?.....	17
2.2.4	HVEM KAN TRAKASSERE?	18
2.2.5	AML. KAPITTEL 13.	18
2.2.6	SÆRLIG OM BEVISSPØRSMÅLENE.....	22
2.2.6.1	Bevisbyrden.....	22
2.2.6.2	Beviskravet:.....	23
2.3	ERSTATNINGSANSVARET	26
2.3.1	GENERELT.....	26
2.3.2	ERSTATNINGSGRUNNLAGENE.....	27
2.3.2.1	Ulovfestet culpaansvar.....	27
2.3.2.2	Objektivt ansvar (arbeidsgiveransvaret).....	31
2.3.2.3	Det alminnelige kontraktsrettslige erstatningsansvar.....	35
2.3.2.4	Erstatning på bakgrunn av reglene om stillingsvern.....	38
2.3.3	NÆRMERE OM ÅRSAKSSAMMENHENG OG KRAVET TIL ØKONOMISK TAP.....	40
2.3.4	UTMÅLING AV ERSTATNING.....	41
2.4	FORSKJELLER MELLOM ARBEIDSRETTENS TRAKASSERINGSBEGREP OG ERSTATNINGSBETINGEDE TRAKASSERING.....	42
2.4.1	GENERELLE BETRAKTNINGER.....	42
2.4.2	SÆRLIG OM BEVISSPØRSMÅLENE.....	43
2.5	ANDRE PROBLEMSTILLINGER VEDRØRENDE TRAKASSERING.....	44
2.5.1	PROSESSUELLE SPØRSMÅL.....	44
2.5.1.1	Søksmålsfrister.....	44
2.5.1.2	Påskyndelse av saker om trakassering.....	44
2.5.2	ARBEIDSGIVERS PLIKT Å LEGGE TIL RETTE FOR VARSLING.....	45
<u>3</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>46</u>
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE.....</u>	<u>47</u>

1 Innledning

1.1 Generelt om oppgavens tema.

Temaet for denne masteroppgaven er erstatningsansvaret for trakassering på arbeidsplassen. I denne sammenheng vil erstatningsvilkårene bli belyst, spesielt de forskjellige erstatningsgrunnlag. Videre vil oppgaven belyse hva som ligger i trakasseringbegrepet og herunder hva som skal til for at en står overfor trakassering. I korthet vil så enkelte andre problemstillinger ved trakassering bli behandlet.

1.2 Bakgrunnen for oppgaven.

Et menneske befinner seg på arbeidsplassen store deler av sitt liv. Det er derfor meget viktig at en på arbeidsplassen har et sunt og godt miljø som fremmer velvære og menneskeverd. Dette søkes oppnådd gjennom lovgivning. Det finnes elementer i en rekke lover som søker å fremme et trygt arbeidsmiljø.¹ I denne sammenheng må en spesielt fremheve arbeidsmiljøloven², som avløste arbeidsmiljøloven fra 1977 (aml (1977)). I arbeidsmiljølovens formålbestemmelse, § 1-1 første ledd bokstav a, går det frem at lovens formål er:

”å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, og med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet”

Formålsbestemmelser er ikke ment som en bestemmelse en skal utlede materielle rettsregler fra, men heller et hjelpemiddel for hvordan andre bestemmelser i loven skal tolkes og forstås. Den danner samtidig en ramme for hvilke hensyn som faller inn under rettskildefaktoren reelle hensyn. På denne måten vil formålsbestemmelser ha ”direkte rettslig betydning selv om formålsbestemmelsen selv ikke innebærer noen bindende materiellrettslig regulering”, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68. Det som her er nevnt gjelder formålsbestemmelser generelt,

¹ Likestillingsloven, diskrimineringsloven, tjenestemannsloven, folketrygdloven for å nevne noen..

² Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17.juni Nr.62.2005. Lovens forarbeider er NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget – et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

noe som også må gjelde for arbeidsmiljølovens vedkommende. En kan i denne sammenheng vise til Rt.1991.616 (Gatekjøkkedommen), hvor Høyesterett uttaler at ”bestemmelsen må tolkes i lys av lovens bærende prinsipp, jf. formålsbestemmelsen i [aml (1977)] § 1”. Det var i angjeldende sak tale om avskjæring av bevis. At en slik tolking skal foretas finner en også støtte for i Rt.1997.1983 (KG- dommen).

Når en tar for seg § 1-1 første ledd bokstav a ser en at bestemmelsen favner vidt. For det første er bestemmelsen dynamisk, fordi arbeidsmiljøet til enhver tid skal være i tråd ”*med den teknologiske og sosiale utviklingen i samfunnet*”. Videre omfatter den helsefremmende og meningsfylte arbeidssituasjonen så vel de fysiske som psykiske forholdene for en arbeidstaker.

Arbeidsmiljøloven er i utgangspunktet ufravikelig (preseptorisk), jf. aml. § 1-9. Den kan altså ikke fravikes til skade for arbeidstakere og oppstiller med dette minstekrav til arbeidsmiljøet på en arbeidsplass, så sant ikke annet er uttrykkelig forutsatt. En skulle med dette tro at arbeidsmiljøet på norske arbeidsplasser tilfredsstillende oppstiller kravene oppstilt i loven. Slike er det dog ikke når en må anta at ukentlig mobbes opp mot 5% eller 85 000 norske arbeidstakere.³ Mobbing medfører forskjellige konsekvenser for offeret. Det kan dreie seg om alt fra uro, usikkerhet og søvnproblemer til familiære problemer så vel som selvmord. Mobbing på arbeidsplassen må med dette anses som et alvorlig problem, som i nyere tid og spesielt ved den såkalte ”Vallasaken” er satt på dagsordenen.

1.3 Begrepsavklaring.

I et ”arbeidsforhold” skal det inngås en skriftlig ”arbeidsavtale” mellom ”arbeidstaker” og ”arbeidsgiver” jf. aml. § 14-5 (1).

Når ordet ”*arbeidstaker*” brukes i oppgaven er det her arbeidsmiljølovens utvidede arbeidstakerbegrep som brukes, jf. § 1-6. Hva som her ligger i ”arbeidstaker” går videre frem av aml. § 1-8 (1), nærmere bestemt ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Ordlyden er noe forandret fra hva den var i arbeidsmiljøloven av 1977, men begrepets innhold er videreført. Det sentrale er med dette fortsatt at vedkommende er i ”annens tjeneste”. Etter

³ Se Bjørn Willadsen notat som i korte trekk fremgår i Rt.1997.786 (Falkedommen). I 2006 mottok Arbeidstilsynet nesten dobbelt så mange meldinger (216) om psykososiale problemer som i 2005 (114). Mental Helses Arbeidslivstelefon mener på sin side at det i tillegg foreligger store mørketall.

rettspraksis avhenger dette av en helhetsvurdering hvor de forskjellige momentene ikke kan sees isolert.⁴

”[A]rbeidsgiver” er ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”, jf. aml. § 1-8 (2) første ledd. Arbeidsgiverbegrepet er videreført fra arbeidsmiljøloven av 1977. Hvem som så omfattes av ”arbeidsgiver”, er som regel vedkommende rettssubjekt. Arbeidsgiver kan for eksempel være aksjeselskap, statsforetak, stiftelse, statsetat eller kommune/ fylkeskommune.

Undertiden kan det oppstå problemer med å identifisere rettssubjektet ”arbeidsgiver” i relasjon til lovens arbeidsgiverforpliktelser. Av aml. § 1-8 (2) annet punktum går det således frem at arbeidsgiverforpliktelsene gjelder tilsvarende ”den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten”. I et aksjeselskap vil dette for det første være selskapets styre og administrerende direktør, men også andre med selvstendige stillinger vil kunne inneha slike forpliktelser. Hva som her ligger i en selvstendig stilling illustreres i Rt.1990.419.⁵ Veiledning finnes også i forarbeidene.⁶

I Rt.1990.419 hadde et byggeteknisk konsulentfirma engasjert medlemmene i et musikkorps og deres familier, på vegne av byggherren, til å rive deler av et bygg hvor det var fare for asbest. For arbeidet skulle korpset få penger til en korpstur til Australia. Det ble i denne anledning ikke innhentet tillatelse fra Arbeidstilsynet før arbeidet tok til. Konsulentfirmaet hadde heller ikke undersøkt risikoen for asbeststøv. Høyesterett pådømte konsulentfirmaet å betale en bot på kr 100 000. Videre fant retten konsulentfirmaets daglige leder og byggeplassingeniøren straffeansvarlige med hjemmel i aml. (1977) § 85 annet ledd, da de ble ansett som dem ”som i arbeidsgivers sted leder virksomheten”.

Med ”*arbeidsforhold*” menes det samspillet som består mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, herunder deres plikter og rettigheter ovenfor hverandre. Viktigst er arbeidstakers plikt til å utføre den jobb som fremgår av stillingsbeskrivelsen og arbeidsgiver må for dette betale lønn og generelt påse et tilfredsstillende arbeidsmiljø. Det må dog presiseres at reglene om et fullt

⁴ Rt.1990.903

⁵ Se bla. Rt.1972.1311., Rt.1982.878, Rt.1988.692 og Rt.1990.419.

⁶ NOU 2004:5 pkt. 10.4.1 s. 150.

forsvarlig arbeidsmiljø, jf. § 4-1 og § 4-3 også gjelder for personer nevnt i § 1-6 (1), jf. § 1-6 (3).⁷

Når det er tale om en ”*arbeidsavtale*” i arbeidsretten er det som nevnt en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, som i det alt vesentligste er underlagt den alminnelige avtaleretten. I denne sammenheng er det verdt å nevne at arbeidsmiljøloven inneholder regler for hva en arbeidsavtale skal inneholde, jf. § 14-6. Videre blir arbeidstakeren sett på som den svake part i avtaleforholdet.

I dagligtalen brukes begrepet ”*mobbing*” og mer sjeldent lovens begrep ”*trakassering*”. Etter en naturlig språklig forståelse omfatter ”*trakassering*” mer enn ”*mobbing*”. I den videre fremstillingen vil jeg i det alt vesentligste bruke ”*trakassering*”, dog slik at begrepet avgrenses til psykisk trakassering. En må også ha for øye at trakasseringsbegrepet enten kan knytte seg til en eller flere av diskrimineringsgrunnene (det snevre trakasseringsbegrepet), jf. aml. kapittel 13, eller den kan også ha sitt grunnlag i generell misnøye med en arbeidstaker (det vide trakasseringsbegrep). Fremstillingen vil bli avgrenset mot diskrimineringsgrunnene. I tillegg vil fysisk trakassering og herunder seksuell trakassering i liten grad vil bli berørt utover som eksemplifisering.

1.4 Rettskildene

Rettskildebildet i arbeidsretten er komplekst og skiller seg noe fra andre rettsområder. Skillet ligger for det første i at retten til arbeid er grunnlovfestet, jf. GrL. § 110 første ledd, mens andre ledd grunnlovfester at nærmere regler om arbeidsmiljøet vil reguleres i lov. Dette er gjort gjennom arbeidsmiljøloven § 1-9. Grunnlovbestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes bokstavlig når det av første ledd går frem at staten skal påse at alle arbeidsdyktige skal ha rett til arbeid. Bestemmelsen skal heller forstås som en programerklæring som heller skisserer en ”vei” som myndighetene skal søke å følge, og en kan av denne grunn neppe bygge noen materielle rettigheter på bestemmelsen. Grunnlovbestemmelsen vil også kunne trekkes inn i tolkningen av formålsbestemmelsen, som er behandlet ovenfor.

Rettskildetilstanden på arbeidsrettens område skiller seg også noe fra andre rettsområder på grunn av at store deler av rettsområdet er regulert gjennom avtaler. Avtalen som gjelder

⁷ Se forskrift, FOR 2005-12-16 nr. 1568

mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vil ofte være det primære rettsgrunnlag i arbeidsretten.⁸ En skiller i denne sammenheng mellom individuelle og kollektive avtaler (tariffavtaler).⁹ At avtalen er så sentral henger dels sammen med at lovgivningen oppstiller minstekrav til arbeidstakers individuelle rettigheter, og dels sterke arbeidstakerorganisasjoner som har fått fremforhandlet gode kollektive avtaler. I denne sammenheng må det også trekkes frem at arbeidsreglementet vil måtte vektlegges ved tolkningen av avtalen og således må vektlegges som en rettskilde.

Videre har en gjennom lovgivningen delegert store deler av reguleringsadgangen ved forskrifter. En slik lovgivningsteknikk har gode grunner for seg når en lett og enkelt kan endre forskriftene etter behov. På den annen siden vil ofte forskrifter raskt foreldes med det resultat at rettstilstanden kan være vanskelig å navigere seg i, og til tider være uoversiktlig og lite forutberegnlig.

Sist skal det nevnes at arbeidsretten i nyere tid har fått omfattende folkerettslige reguleringer. Dette på grunn av Norges tilslutning til ILO¹⁰ og EMK¹¹. Når det gjelder regler etter EMK, skal disse gå foran norsk intern lov. Dette følger av menneskerettighetsloven av 1999 § 3.¹² I denne sammenheng må en også ha for øye at Grunnloven § 110 c pålegger staten å ”respektere og sikre Menneskerettighetene”.¹³ Men spesielt har Norges tilslutning til EØS-samarbeidet hatt betydning for rettstilstanden. Eksempelvis kan en nevne innføringen av EUs rammedirektiv 2000/78/EF vedrørende likebehandling i arbeidslivet, og dens endringsdirektiv 2002/73/EF, Rådskdirektiv 2002/14/EF (masseoppsigelser) og Rådskdirektiv 2001/23/EF (Virksomhetsoverdragelse).

⁸ Når det gjelder avtaler som primært rettsgrunnlag, se Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utg.

⁹ Det vil føre for langt å behandle dette temaet nærmere. For en mer utførlig fremstilling se Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsrett, 4 utg. (s. 538 flg.)

¹⁰ International Labour Organisation

¹¹ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (1950).

¹² Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr.30.

¹³ Det må i denne sammenheng poengteres at grl. §110 c i motsetning til §110 ikke bare er en programerklæring, men en bestemmelse en kan utlede materielle regler av, se Erik Møse, Menneskerettigheter (2002).

2 Hoveddel

2.1 Et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Av arbeidsmiljøloven § 4-1 går det frem at:

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

For det første må en få på det rene hva som ligger i den rettslige standarden ”fullt forsvarlig”. Bestemmelsen setter ikke opp noen klar ramme for hva som skal anses å være et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og innholdet må derfor utpensles av rettspraksis og annen praksis (arbeidstilsynets tilsynspraksis og klagesaksbehandlingen). Bestemmelsen vil derfor ha en dynamisk funksjon, hvor en må foreta en konkret helhetsvurdering. Dette var en av begrunnelsene lovgiver ga for å videreføre bestemmelsen fra aml. (1977) § 7.¹⁴ Et slikt dynamisk preg vil også være i tråd med formålsbestemmelsen, jf. § 1-1, hvor loven nettopp skal være i ”samsvar med den teknologiske og sosiale utviklingen i samfunnet”. Formålsbestemmelsen vil også måtte være et viktig tolkningsmoment i helhetsvurderingen som må foretas. Bestemmelsen oppstiller med dette en vurderingsnorm utenfor seg selv som vil følge den teknologiske og sosiale utvikling.

Videre skal den ”fysiske og psykiske helsen” være fullt forsvarlig. Det kan her stilles spørsmål om det ikke ville vært tilstrekkelig med ”helsen” som klart nok dekker både den fysiske og psykiske helsen. Dette ble drøftet av både arbeidslivsutvalget og departementet, men begge kom til at det ville være uheldig å utelate presiseringen om at også psykisk helse var omfattet. Departementet utaler i denne sammenheng at ”lovrevisjonen bør styrke loven som virkemiddel for å forebygge organisatoriske og psykiske arbeidsmiljøproblemer. I en slik sammenheng vil det være et uheldig signal å ta presiseringen om psykisk helse ut av bestemmelsen, selv om det altså strengt tatt ikke er nødvendig at det nevnes.”¹⁵

¹⁴ NOU 2004:5, pkt.11.1.5.6 s.181 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005), pkt. 7.3.3 s. 97

¹⁵ NOU 2004: 5, pkt.11.1.5.6 s. 181 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), pkt. 7.3.3 s. 97. En har i denne sammenheng i norsk rett valgt en annen lovgivningsteknikk enn en har i Sverige og Danmark, hvor EUs rådsdirektiv 89/391/EØF er gjennomført ved forskrift. I Danmark og Sverige er det psykososiale arbeidsmiljøet vernet gjennom henholdsvis forskrift om ”arbejdets udførelse”, og forskrifter om ”Våld och hot i arbetsmiljön” og ”Kränkande särbehandling i arbetslivet”, begge fra 1993.

Dernest skal det presiseres at aml. § 4-1 må forstås som en forebyggende bestemmelse. Det vises i denne sammenheng til at det ikke må forekomme arbeidsmiljøfaktorer som ”kan” innvirke på arbeidstakerens helse eller velferd. Arbeidsmiljøfaktorene trenger derfor ikke å ha manifestert seg som en skade verken når det gjelder arbeidstakers fysiske eller psykiske helse. Det avgjørende er om faktorer *kan* innvirke på arbeidsgivers helse eller velferd. Om så dette ”kan” tenkes å skje vil avhenge av en helhetsvurdering, jf. passusen ”ut fra en enkeltvis og samlet vurdering”.¹⁶

Hvem som så er ansvarlig for at arbeidsmiljøet er ”fullt forsvarlig” fremgår ikke av aml. § 4-1. Dette spørsmålet er regulert i aml. § 2-1 og § 2-2, hvor det først og fremst er arbeidsgiver som har ansvaret. Jeg vil behandle dette nærmere under punkt. 2.1.1. Samtidig har også arbeidstaker – gjennom varslingsplikten – en plikt til å medvirke til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, se under punkt 2.1.2.

2.1.1 Arbeidsgivers ansvar for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø

Etter aml. § 2-1 plikter arbeidsgiver å ”sørge for at bestemmelser gitt i og i medhold av [arbeidsmiljøloven] blir overholdt”. Dette medfører at arbeidsgiver etter aml. § 2-1 plikter å påse at arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig. Spørsmålet blir således hvor langt denne plikten går.

Det følger av sikker rett at arbeidsgiver aktivt må opptre for å oppfylle arbeidsmiljølovens krav. I denne sammenheng vises det til Rt.1983.196 og Rt.1991.317.

I kjennelsen inntatt i Rt.1983.196, var en arbeider på en byggeplass kommet til skade ved fall mot oppstikkende armeringsjern som ikke var sikret. Anleggslederen ble i byretten bøtelagt for ikke i tilstrekkelig grad å ha forsikret at det oppstikkende armeringsjern var sikret. Anken til Høyesterett gjaldt lovanvendelsen, subsidiært saksbehandlingen. Høyesterett kom under dissens (3-2) til at dommen måtte oppheves på grunn av at byrettens domsgrunner, – for så vidt gjaldt aktsomhetskravet – var mangelfulle. Når det gjaldt lovanvendelsen var imidlertid Høyesterett samstemt i at byrettens lovanvendelse var riktig. Førstvoterende uttaler i denne sammenheng at byretten ”tar i sine bemerkninger om lovanvendelsen utgangspunkt i at § 8 nr. 1 f) må

¹⁶ Aml. §4-3 og arbeidsretten som sådan opererer således med et trakasseringsbegrep. Dette trakasseringsbegrepet er ikke sammenfallende med erstatningsrettens erstatningsbetingede trakasseringsbegrep. Spørsmål vedrørende dette vil bli behandlet nedenfor under punkt 2.4.

innebære en plikt for arbeidsgiveren til ikke bare å sørge for at nødvendig sikringsmateriell er til stede på arbeidsplassen og at arbeidstakerne blir gjort kjent med bruken av det, men også til å føre positiv kontroll med at sikringstiltakene blir iverksatt. Dette er jeg enig i.”

I Rt.1991.317 opphevet Høyesterett en frifinnende dom fra byretten. Førstvoterende uttaler i sammenheng med aktsomhetsnormen som byretten hadde lagt til grunn at: ”det må kunne forlanges at tiltalte følger med i det arbeidet som foregår og at han griper inn dersom vernetiltakene ikke er gode nok”.

2.1.2 Arbeidstakers generelle lojalitetsplikt.

Det klare utgangspunktet er at arbeidsgiver har hovedansvaret for arbeidsmiljøet, jf. punkt 2.1.1. På tross av dette klare utgangspunkt tilfaller det også arbeidstaker en plikt å medvirke til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Dette følger av arbeidstakers generelle lojalitetsplikt. En har ikke i arbeidsretten lovfestet at arbeidstaker har en generell lojalitetsplikt ovenfor arbeidsgiver, men Høyesterett har i dom inntatt i Rt.1990.607 fastslått at:

”[d]et må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitet- og troskapslikt i arbeidsforhold”.

Dette kan sees på som et utslag av at en arbeidstaker kommer i kontakt med informasjon om arbeidsgivers foretningsforhold, metoder, mål og prioriteringer for å nevne noe. Som en konsekvens av dette har en sett et behov for at arbeidstaker fra stiftelsen av arbeidsforholdet, under arbeidsforholdet, og ut oppsigelsesperioden må forholde seg lojalt ovenfor arbeidsgiver. Gode grunner taler også for at arbeidstaker har en lojalitetsplikt ovenfor arbeidsgiver etter at arbeidsforholdet har opphørt. For at lojalitetsplikten også skal gjelde etter arbeidsforholdets opphør, kreves det dog særbestemmelser enten i lov eller avtale.¹⁷ Brudd på lojalitetsplikten kan videre medføre straffeansvar etter straffeloven § 294 nr. 2, som fastslår at det vil være straffbart å lekke forretnings- eller driftshemmeligheter i en to års periode etter fratredelsen. For øvrig vil slike brudd være avskjedsgrunn, selv om vedkommende har handlet uaktsomt, jf. Rt.1937.62.

¹⁷ For en videre behandling se Henning Jakhelln, innføring i arbeidsrett s. 318. Av rettspraksis er Rt.1964.238 illustrerende.

Hvor langt denne plikten strekker seg, avhenger blant annet av arbeidstakerens posisjon hos arbeidsgiveren. Dette henger sammen med at en arbeidstaker i en høyere stilling som regel vil ha et større ansvar ved arbeidsgivers virksomhet, enn arbeidstakere i lavere stillinger, og er med dette tildelt større tillitt.¹⁸

En har flere typetilfeller hvor arbeidstakers lojalitetsplikt gir seg utslag. I oppgaven skal først arbeidstakers medvirkningsplikt til å oppnå et fullt forsvarlig arbeidsmiljø bli behandlet i punkt 2.1.2.1, før arbeidstakers medvirkningsplikt ved konfliktløsning blir behandlet under punkt 2.1.2.2.

2.1.2.1 Medvirkningsplikten i forhold til arbeidsmiljøet:

Arbeidstakers aktive medvirkningsplikt følger av § 2-3 og er tredelt. For det første må arbeidstaker *rette seg etter påbud* enten gitt ved lover, forskrifter eller etter påbud fra Arbeidstilsynet. For det andre plikter arbeidstakerne å *medvirke* ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner. Sist er vedkommende forpliktet til å *varsle* om feil og mangler, om trakassering eller diskriminering og om skade eller sykdom. Det er plikten til å melde fra om trakassering, jf. aml. § 2-3 (2), som vil bli behandlet i det følgende.

Etter aml. § 2-3 (2) bokstav d skal arbeidstaker:

”sørge for at arbeidsgiver eller verneombudet blir underrettet så snart arbeidstaker blir kjent med at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen”.

Bestemmelsen sier at en arbeidstaker ikke passivt kan se at en annen arbeidstaker blir trakassert. Gode grunner taler for at nettopp arbeidstakere på et tidligst mulig tidspunkt skal ha plikt til å varsle enten arbeidsgiver eller verneombudet om trakassering. Det er arbeidstakerne som lettest kan oppdage slike forhold på arbeidsplassen. Dette vil igjen medføre at arbeidsgiver har en bedre mulighet til å løse problemer før en situasjon har eskalert og ikke lenger er reversibel. Bestemmelsen har også en annen side, nemlig de ansattes rett til å ytre seg fritt. Lovgiver fremhever i forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven at arbeidstakeres rett til å varsle om uregelmessigheter på arbeidsplassen vil tjene

¹⁸ Illustrerende er bla. Rt.1997.1128.

samfunnsmessige interesser.¹⁹ Trakassering vil etter forarbeidende være en slik uregelmessighet.

Bestemmelsen ble inntatt ved den nye arbeidsmiljøloven av 2005. Departementet begrunner dette med at ”hensynet til å hindre helseskader og utstøting av arbeidslivet som følge av trakassering eller diskriminering må veie meget tungt. Etter departementets oppfatning bør det derfor presiseres i loven at arbeidstaker ikke kan forholde seg passiv dersom han eller hun får kjennskap til at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen.”²⁰ Arbeidslivslovutvalget uttrykker for sin del at ”hensynet til å kunne hindre helseskader og utstøting fra arbeidslivet som følge av trakassering eller diskriminering må veie meget tungt. *Utvalget* mener derfor det bør presiseres i loven at arbeidstakeren ikke kan forholde seg passiv dersom han får kjennskap til at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen, men i slike tilfeller har en plikt til å sørge for at arbeidsgiver eller verneombudet blir underrettet om dette.”²¹ Det skal her nevnes at en ved innføringen fikk en vridning fra at arbeidstakere tidligere hadde en rett til å si fra om trakassering, til i dag å ha en plikt til å si fra.

2.1.2.2 Medvirkningsplikten i forhold til konfliktløsning:

Etter aml. § 4-1 skal arbeidsgiver sørge for en forsvarlig konflikthåndtering. En forsvarlig konfliktløsning fra arbeidsgivers side vil ikke ha noen effekt dersom ikke partene slutter seg opp om de tiltak som arbeidsgiver igangsetter. Arbeidstaker må derfor ha en forpliktelse til å medvirke ved konfliktløsning.

I en dom inntatt i Rt.2001.1362 kom Høyesterett til at en adjutant var saklig oppsagt. Førstvoterende pekte i denne sammenheng på at det ikke var noe å bebreide arbeidsgiver, da arbeidstaker (adjutanten) ikke hadde vist noen vilje til å innordne seg da arbeidsgiver hadde forsøkt å løse en konflikt mellom adjutanten og en annen arbeidstaker. Dette tilla retten stor vekt i oppsigelsessaken.²²

¹⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 132 flg.

²⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 88.

²¹ NOU 2004:5 avsnitt 11.1.5.3 s.179

²² Se i denne sammenheng også NAD.1987.372

2.2 Hva ligger i trakasseringsbegrepet.

2.2.1 Generelt om trakasseringsbegrepet.

Trakassering er en del av diskrimineringsbegrepet, men skiller seg fra dette da det ikke forsettes noe makt- eller overordnet forhold.²³ Trakasseringsbegrepet favner som en juridisk standard vidt og vil i de konkrete tilfellene være vanskelig å bevise. Dette skyldes spesielt at det vil være meget subjektivt når en person føler seg trakassert. Mens noen tåler mye, tåler andre lite eller føler seg trakassert av den minste ting. Arbeidsmiljøloven inneholder ingen definisjon av hva som ligger i begrepet trakassering selv om termen brukes gjentatte ganger, jf. aml. § 2-3 (1) bokstav d, § 4-3, og § 13-1 (2). Det er også verdt å nevne at arbeidsrettens trakasseringsbegrep skiller seg noe fra erstatningsrettens krav for erstatningsbetinget trakassering, dette blir behandlet nærmer under punkt 2.4.

Trakassering kan forekomme i forskjellige former. Det kan forekomme i mer *indirekte* former slik som at vedkommende ikke blir invitert til sosiale arrangement; som fredagspils, julebord eller blir isolert under lunsjen. Det vil også kunne ansees som trakassering dersom sjefen ikke informerer om møter, forbigår den ansatte ved forfremmelser eller unnlater å invitere ham eller henne til seminarer eller annen videreopplæring. Når det her tales om indirekte trakassering, vil dette kunne henge sammen med arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten henger som nevnt sammen med arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstakere, hvor arbeidsgiver til tider har vide rammer for å styre arbeidstakeres arbeid. I rettspraksis har en to tilfeller hvor arbeidstakere har påstått seg trakassert på grunn av arbeidsgivers lederfunksjoner (styringsrett).²⁴ I Stryn apotek- dommen, Rt.1997.1506, går det frem at utstrakt detaljstyring vil kunne omfattes av trakasseringsbegrepet. Det heter i domspremissene at:

“I utgangspunktet er en kommunikasjonsform med lapper og telefakser vanlig og praktisk. Enkeltvis kan lappene heller ikke anses som noe problem. Det som imidlertid preger saken, er detaljene som kunne bli tatt opp og mengden av lapper, til dels med en ubehagelig tone, selv om noen hadde et alminnelig hyggelig innhold. Ankemotpartene ble stadig møtt med lapper om hva de skulle gjøre, hva de hadde glemt eller gjort galt, til dels om forhold som måtte fortone seg som bagateller. Mange av lappene var til bestyreren, men de kunne også være rettet til de andre. Dette var en

²³ Se. Rt.1997.786 (Falkendommen), som vil bli behandlet nedenfor under pkt. 2.3.3.2

²⁴ Rt.1997.1506 (Stryn apotek- dommen)og Rt.2004.1844 (Nera- dommen)

uheldig form for enveiskommunikasjon, som gjorde diskusjon om spørsmålene vanskelig. Lappene og det øvrige bevismaterialet viser at apoteker A la seg opp i detaljer helt ned til å fjerne julepynt og informasjonsmateriell fra skranken på apoteket.

Denne form for detaljstyring og kommunikasjon måtte gi inntrykk av overvåking og nedvurdering av de ansatte, og var etter min mening egnet til å skape usikkerhet og utrygghet i arbeidet. Bevisførselen viser at A også på annen måte kunne gripe inn i den daglige drift ved filialapoteket, ved å fjerne bestillinger eller dirigere bestillingene på en slik måte at personalet kom i en vanskelig stilling overfor kundene.”

På bakgrunn av forholdene som ble godtgjort i saken, fant Høyesterett at de ansatte var blitt trakassert av apotekeren og de ble tilkjent erstatning. A hadde i den angjeldende sak med dette ikke holdt seg innenfor de rammer for hva styringsretten innebefattet. Et annet eksempel hvor en arbeidstaker påsto seg trakassert på bakgrunn av at arbeidsgiver hadde gått utenfor det som fulgte av styringsretten finner en i Nera- dommen inntatt i Rt.2004.1844. Høyesterett kom i motsetning til i Stryn apotek- dommen til at arbeidsgiver ikke hadde vært utenfor styringsrettens grenser. Et moment som særlig ble vektlagt, var om disposisjonene var saklig begrunnet – noe som for øvrig alltid vil være vurderingstemaet når en står ovenfor spørsmålet om arbeidsgiver har vært innenfor sin styringsrett. Vedkommende følte seg trakassert på grunn av at han mot sin vilje var blitt overflyttet til en annen avdeling; det var utarbeidet en ny stillingsinstruks som ikke tok hensyn til hans tidligere uavhengige stilling i bedriften; det var utarbeidet en dyktighetstest av vedkommende som han hadde kommet dårlig ut av, og han hadde blitt pålagt store arbeidsmengder. Arbeidstakeren påsto seg også trakassert på grunn av at han ved to anledninger var varslet om permitteringer. I den konkrete saken ble arbeidstakeren overflyttet på grunn av bedriftens behov for reduksjon av utgifter og et behov for å finne nye måter å skaffe inntekter på. Behovet stammet fra sviktende ordrettilgang, og det var av disse grunner en stadig risiko for oppsigelser i bedriften. Heller ikke permitteringsvarselene kunne da anses som usaklige.

Vedrørende overflyttingen uttaler førstvoterende: ”Jeg kan ikke se grunn til kritikk av fremgangsmåten ved overføringen; den lå klart innenfor arbeidsgiverens styringsrett, og

saksbehandlingen var ikke uforsvarlig”.²⁵ Vedrørende saksbehandlingen vektlegger retten at arbeidstakeren fikk anledning å uttale seg, og at han med dette hadde en reell mulighet å øve innflytelse på det som skjedde. Når det gjaldt styringsretten må det etter dommen være klart at økonomiske hensyn er et slikt saklig hensyn. Videre kunne ikke Høyesterett se at dyktighetstesten var utarbeidet på noen feilaktig måte, samtidig som slike tester vil kunne være effektive for å opprettholde en god og effektiv produksjon.

Trakassering kan også skje *direkte* og det er nok denne form for trakassering som i dagligtalen betegnes som ”mobbing”. Illustrerende for slik direkte trakassering er Falkendommen, inntatt i Rt.1997.768, hvor førstvoterende uttaler:

”Den mobbing av A som lagmannsretten har funnet bevist, er omfattende. Den har vært oppsummert i 16 punkter, og omfatter først og fremst forskjellige former for trakassering på det verbale plan, kombinert med trusler om ikke å gi seg før hun var fordrevet fra stillingen. Men det har også vært skremmende og plagsomme handlinger. Jeg nevner at hun en gang ble skremt av en av de andre ansatte da hun var opptatt med transport av et lik, at det ble 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.”²⁶

2.2.2 Forkjellige definisjoner av trakassering.

Det opereres i arbeidsretten med en rekke definisjoner av ”trakassering”, som varierer med begrepets formål i den enkelte sammenheng.

For det første går det frem av *diskrimineringsloven § 5 (1)* at ”handling, unnlater eller ytringer som har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende” er å anerkjenne som trakassering. Bestemmelsen oppstiller med dette en positiv angivelse av momenter for trakasseringsvurderingen. Det må således antas at det skal en del til før en kan statuere trakassering etter bestemmelsen.

²⁵ Rt.2004.1844 (avsnitt 33)

²⁶ Rt.1997.786 (s. 790)

Arbeidslivsutvalgets delinnstilling NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, definerer trakassering som: ”uønsket adferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke annens verdighet”. Når det gjelder arbeidslivsutvalgets definisjon favner den enda videre enn de ovennevnte. Etter Arbeidslivslovutvalgets definisjon er det tilstrekkelig at så lenge atferden har den ”virkning å krenke annens verdighet” foreligger det trakassering. En ser her at de subjektive forhold hos arbeidstakeren alene vil kunne danne grunnlag for å konstatere trakassering.

Videre opererer *Arbeidstilsynet* med en annen definisjon av mobbing, som bygger på boken *Mobbing og harde personkonflikter*.²⁷ Definisjonen lyder som følger:

”Det er mobbing når en person *gjentatte ganger og over tid* utsettes for negative handlinger. Dette kan dreie seg om trakassering, plaging, utfrysing, sårende erting o.l. Det er typisk for situasjonen at offeret *ikke er i stand til å forsvare seg*. Dersom partene som står mot hverandre er like sterke eller det handler om enkeltstående episoder, defineres det ikke som mobbing.”²⁸ (Kursivering i originalteksten.)

Etter denne definisjonen er det i motsetning til diskrimineringsloven lagt opp til en helhetsvurdering. Det kan i denne sammenheng blant annet vises til at det er en forutsetning at vedkommende har vært ”utsatt for negative handlinger”, som kan omfatte flere forhold. Eksempler på slike handlinger har jeg vist til ovenfor. Dernest må den trakasserte blitt utsatt for slike handlinger *gjentatte ganger*, og dette må ha skjedd *over tid*. Det må også foreligge en *ubalanse i styrkeforholdet* mellom trakasserer og den trakasserte, og sist vil *subjektive forhold* hos den trakasserte kunne spille inn.

I *Falkendommen* er det lagt til grunn en ”definisjon” som langt på vei er sammenfallende med den *Arbeidstilsynet* legger til grunn. Her går det frem at det som et utgangspunkt kreves at det dreier seg om gjentatte handlinger over tid før en taler om trakassering. Det nye ved *Falkendommen*, og hvor den skiller seg fra den tidligere *Moelven-* dommen²⁹, er at Høyesterett vektlegger om handlingene objektivt sett er å anse som trakassering.

²⁷ Ståle Einarsen m.fl, *Mobbing og harde personkonflikter* (Sigma Forlag).

²⁸ Se. <http://www.arbeidstilsynet.no/c26976/faktaside/vis.html?tid=28225> se også Rapport om Yssen, Valla og LO, pkt.7.3.4 (s. 111 flg.)

²⁹ Hvor Høyesterett i Rt.1993.616 uttaler at mobbing kan defineres som ”trakassering, plaging, utfrysning eller sårende erting og fleiping... som forekommer gjentatte ganger over en viss periode.” Høyesterett tilslutter seg dog ikke denne definisjonen.

Førstvoterende uttaler i denne sammenheng: ”Det avgjørende blir om de konkrete handlinger som utgjør mobbingen, objektivt sett må sies å tilfredsstille de vilkår som loven foreskriver for at arbeidsgiveren skal bli ansvarlig”.

At det må foreligge ytre forhold av objektiv karakter som etter en helhetsvurdering er å anse som trakassering, fikk sin tilslutning av Høyesterett i *Nera-dommen*. Førstvoterende fremhever i denne sammenheng 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 – når jeg foreløpig ser bort fra betydningen av As spesielle personlighetstrekk – se noe grunnlag for å oppfatte Bs generelle adferd som en trakassering av A.” Det nye ved denne avgjørelsen var at Høyesterett uttrykkelig uttalte at også subjektive forhold – personlighetstrekk – kunne vektlegges. Høyesterett presiserer dog at subjektive forhold ikke vil være tilstrekkelig for å statuere trakassering.³⁰ Det er nok i dag denne definisjonen som må legges til grunn som gjeldende rett.

2.2.3 Hvem kan trakasseres?

Alle arbeidstakere kan trakasseres. I forrige avsnitt ble det pekt på at det måtte være et misforhold i styrke mellom partene. Dette må ikke misforstås med at det bare går an å trakassere nedover i bedriftsstrukturen.³¹ Et eksempel på at trakassering både kan skje oppover og nedover finner en i Falkendommen. I denne avgjørelsen var det stasjonslederen som ble trakassert av de andre ansatte på stasjonen. Til dette nøyer Høyesterett seg med å uttale at ”[det] er klart at en arbeidsgiver som [stasjonslederen] må kunne stille det krav til virksomheten at hun ikke utsettes for en mobbing som overstiger den terskel som kan utløse erstatningsansvar”. Trakassering kan selvsagt også skje horisontalt.

Det er ikke bare ”arbeidstakere” arbeidsmiljølovens forbyr å bli trakassert. Tidligere er det nevnt, under pkt. 1.3, at også ”[p]ersoner som ikke er arbeidstakere” skal ”anses som arbeidstakere i forhold til lovens regler om helse, miljø og sikkerhet”, jf. § 1-6. Dette medfører altså at arbeidsmiljølovens kapittel 2 til 5 kommer til anvendelse for slike uegentlige arbeidstakere. Evt. unntak går enten frem av lov eller forskrift, jf. § 1-6 (3).³²

³⁰ Disse synspunktene finner en også støtte for i Fougner rapporten pkt 8.2 (s. 125)

³¹ Som nevnt under pkt. 2.2.1 første avsnitt

³² Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.302 (avsnitt 25)

2.2.4 Hvem kan trakassere?

I denne sammenheng er det viktig å presisere nok en gang at det er arbeidsgivers plikt å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. § 4-1 (1). Dette medfører igjen at alle personer som en arbeidstaker vil komme i kontakt med under utførelse av arbeidet, kan trakassere vedkommende arbeidstaker.

For det første vil dette gjelde arbeidstakers kolleger og arbeidsgiver eller den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten. Men som allerede nevnt er det forutsatt at det må foreligge misforhold mellom partenes styrke. Dette henger sammen med at en av partene må ha vanskeligheter med å forsvare seg. Dette vil være tilfellet hvor konflikten står mellom to parter som i utgangspunktet er "likeverdige", men hvor en av partene opparbeider støtte hos andre arbeidstakere og/ eller arbeidsgiver. I slike tilfeller vil det være et misforhold mellom partenes styrkeforhold. Når det gjelder styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver vil det allerede fra starten av foreligge et misforhold. Det vil også kunne tenkes tilfeller hvor den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten er den svake part, jf. Falkendommen.³³

Arbeidstaker vil også kunne utsettes for trakassering av tredjemenn. Dette henger sammen med det overnevnte, at arbeidsgiver forplikter seg ved arbeidsavtalen å påse et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. § 4-1. Tenkelige tilfeller vil være hvor en pasient trakasserer en hjemmehjelp, eller en elev trakasserer en lærer eller motsatt. I disse tilfelle vil arbeidsgiver, som jeg vil behandle nedenfor, kunne hefte for eventuelle erstatningskrav fra den trakasserte.³⁴

2.2.5 Aml. kapittel 13.

Et interessant spørsmål er om arbeidsmiljølovens kapittel 13 kommer til anvendelse for trakasseringstilfellene som behandles i denne oppgaven. Det er i denne sammenheng bestemmelsens andre ledd som er interessant. Det går frem at "[t]rakassering og instruks om å diskriminere personer av grunner nevnt i første ledd anses som diskriminering". Problemet retter seg her til hvilket trakasseringsbegrep som skal legges til grunn. Dersom det er det vide trakasseringsbegrep, vil såkalt mobbing falle inn under trakasseringsbegrepet, og aml. kapittel 13 kommer til anvendelse. Skal et snevert trakasseringsbegrep legges til grunn, slik at det er kun trakassering som har sitt grunnlag i et av diskrimineringsgrunnlagene som faller inn under

³³ Rt.1997.786

³⁴ Se NOU 2004:5 avsnitt 11.1.5.7 s. 182-183.

bestemmelsen, vil mobbing falle utenfor kapittel 13, og arbeidstaker vil ikke nyte godt av bevis- og erstatningsreglene, jf. §§ 13-8 og 13-9.

Ordlyden i aml. § 13-1 (2) er etter mitt skjønn noe vag. Det kan tenkes to tolkningsalternativer. For det første kan bestemmelsen forstås slik at ”trakassering” og ”instruks om å diskriminere personer av grunner nevnt i første ledd” skal ”anses som diskriminering”. På den annen side kan bestemmelsen tolkes slik at både trakasseringen og instruksjonen om å diskriminere personer må referere seg til grunnene nevnt i første ledd. Dersom en legger til grunn en slik forståelse anvender en her det snevre trakasseringsbegrep.

Forarbeidene gir ingen faste holdepunkter for hvordan bestemmelsen skal tolkes. Departementet nøyer seg med å si at trakasseringsbegrepet ”skal ikke tolkes annerledes i denne bestemmelsen enn det gjør i aml. § 4-3 tredje ledd”.³⁵ Av forarbeidene til aml. § 4-3 tredje ledd går det frem at departementet med bestemmelsen har ”ment å løfte fram og understreke lovens krav rettet mot arbeidsmiljøproblemer av sosial/psykososial art, for eksempel trakassering, mobbing, sosial isolasjon med videre.”³⁶ Kravet det her er tale om går blant annet frem av aml. § 4-1, nærmere bestemt et krav om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Departementet knytter etter dette ikke vurderingen opp mot noen av diskrimineringsgrunnene. Uttalelsen kan således tas til inntekt for at det er et vidt trakasseringsbegrep som skal legges til grunn. Videre i denne retning går det frem av forarbeidene at aml. § 4-3 tredje ledd er hentet fra aml. (1977) § 12 nr.1 første ledd. Bestemmelsen er således videreført og forarbeidene³⁷ til aml. (1977) § 12 nr. 1 første ledd skal også vektlegges ved tolkingen av § 4-3 tredje ledd. Av forarbeidene til aml. (1977) § 12 går det frem at ”[d]et er ingen klar definisjon av begrepet trakassering i gjeldende § 12 i arbeidsmiljøloven. Det følger av bestemmelsen at arbeidstakerne ikke skal utsettes for «trakassering eller annen utilbørlig opptreden». *Bestemmelsen er generelt utformet og det har vært lagt til grunn at reglen innebærer et vern mot trakassering uansett grunnlag.* Ut over dette ligger det også visse føringer i forarbeidene og noe rettspraksis som utdyper hva som ligger i begrepet.”³⁸ Av forarbeidene går det således frem at en i aml. (1977) § 12 taler om et vern mot enhver form for trakassering. Det spiller med andre ord ingen rolle hva som har motivert trakasseringen. Det er likegyldig om en har blitt trakassert fordi en er kvinne, mørkhudet, eller om det er fordi

³⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 325

³⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 307

³⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) spesielt s. 230

³⁸ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) avsnitt 8.3.1 s. 32 (kursivering foretatt av forfatter).

vedkommende (arbeidsgiver, arbeidstaker eller tredjemann) ikke liker den trakasserte. Til inntekt for et slikt syn taler også det faktum at det for offeret vil være like ille hva som er grunnlaget for trakasseringen.

Lovens formålsbestemmelse taler også for et slikt syn da en skal ”sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger”. Det er i formålsbestemmelsen på generelt grunnlag et krav om at enhver av arbeidsmiljølovens regler skal tolkes slik at arbeidstaker uansett skal ha et arbeidsmiljø som gir full trygghet mot blant annet psykiske skadevirkninger. Det må med dette, også etter formålsbestemmelsen, være likegyldig på hvilket grunnlag en arbeidstaker er påført skadevirkninger. Et slikt syn går også frem av forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven. Her fremhever departementet blant annet at ”[d]et første og viktigste hensynet er arbeidstakernes trygghet, helse og velferd”. Disse hensynene må trekkes frem uavhengig av hva arbeidstakerne eventuelt skulle utsettes for. Videre begrunner departementet dette med at ”[s]amfunnet har interesse i å forebygge helseskader hos arbeidstakerne og tredjeperson, og sikre at folks arbeidskraftpotensial blir brukt i produktivt arbeid”.³⁹

På den annen side er aml. § 13-1 (2) en videreføring av aml. (1977) § 54 C nr. 3 og § 54 C nr. 4, som ble tilføyd i et nytt kapittel om likebehandling i arbeidslivet (kapittel X A). Dette skjedde i sammenheng med gjennomføringen av Rådskonferansen 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.⁴⁰ I denne sammenheng drøfter departementet hvorvidt en endring av aml. (1977) § 12 ville være tilstrekkelig for å tilfredsstille kravene etter Rådskonferansen. Departementet uttaler her at:

”Gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 12 omfatter et generelt forbud mot trakassering på alle grunnlag, noe som pr. definisjon også vil omfatte trakassering med grunnlag i forhold som religion, funksjonshemming etc. Departementet mener likevel at det er nødvendig å innføre en spesifikk regulering av forskjellsbehandling i form av trakassering. Dette begrunnes i at gjeldende aml. § 12 etter departementets mening trolig ikke vil tilfredsstille rammedirektivets krav til effektiv sanksjonering (se

³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) avsnitt 4.2.2 s.61

⁴⁰ Rådskonferansen er ikke en del av EØS- avtalen og Norge var således ikke forpliktet å gjennomføre det. En må med dette se det som lovgivers vilje at norsk rett er i samsvar med Rådskonferansen. I denne sammenheng må det dog nevnes at forrangsregelen etter EØS-reglene ikke kommer til anvendelse, samtidig som EFTAs overvåkingsorgan og EFTA- domstolen ikke har kompetanse til å håndheve reglene.

nærmere om hva som ligger i effektivitetsprinsippet i direktivets artikkel 17 under pkt. 8.10). Arbeidsmiljøloven § 12 følger dessuten de ordinære bevisbyrderegler, slik at det er den som påstår seg trakassert som må sannsynliggjøre dette f.eks. i et erstatningssøksmål mot arbeidsgiver. Direktivet krever imidlertid at personer som mener seg krenket av forbudet mot forskjellsbehandling i form av trakassering skal kunne påberope seg delt bevisbyrde.”⁴¹

Uttalelsen må med dette forstås slik at ikke enhver form for trakassering gir grunnlag for og anledning til å nyte godt av bevisreglene i aml. (1977) § 54 I (dagens aml. § 13-8), men er begrenset til å gjelde for diskrimineringstilfellene. Dette medfører igjen at det vide trakasseringbegrep som følger av aml. (1977) § 12 følger de vanlige beviskravene.

Imidlertid viser departementet til arbeidslivslovutvalgets drøftelse av om hvilken modell som vil være den beste for å implementere trakasseringbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Her peker utvalget i sin begrunnelse for at bestemmelsen ikke skal plasseres i aml. (1977) § 12 på at:

”Dersom ovennevnte bestemmelser inntas i § 12, vil dette desstuen innebære at krav om delt bevisbyrde kun knyttes til trakassering som er å anse som diskriminering, og ikke til de øvrige bestemmelsene i § 12.”

Uttalelsen kan tolkes motsatt av det ovennevnte. Altså at arbeidslivslovutvalget ikke ville omgjøre aml. (1977) § 12 fordi reglene om omvendt bevisbyrde ikke bør begrense seg til kun å gjelde trakassering som knytter seg til diskriminering, men også til trakassering etter aml. (1977) § 12 som vil omfatte enhver form for trakassering. Denne fortolkning er dog ikke så klar og heller ikke så sikker.

Alt tatt i betraktning taler etter mitt syn de beste grunner for at kapittel 13 ikke kommer direkte til anvendelse for alle typer trakassering, men at aml. § 13-8 og § 13-9 kommer analogisk til anvendelse hvor det er tale om trakassering på grunn av andre forhold enn dem som er referert i § 13-1 (1). Det må her spesielt pekes på at mobbing på arbeidsplassen er et stort problem med alvorlige konsekvenser for den trakasserte.⁴² Videre er det vist at en ved

⁴¹ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) avsnitt 8.3.5.5 side 36-37

⁴² Se under punkt 1.2, over.

den nye arbeidsmiljøloven tar høyde for å bøte på dette problemet, noe som blant annet kommer frem av formålsbestemmelsen. En analogisk anvendelse av bestemmelsen vil kunne ha en slik formålstjenelig effekt. Det må i denne sammenheng kunne hevdes at bevis- og erstatningsreglene vil medføre en lavere prosessrisiko ved å anlegge sak om trakassering. Om omfanget av trakasserte arbeidstakere av denne grunn vil reduseres er vanskelig å si, men den skadelidte vil i alle fall ha en lettere vei å gå for å få erstatning. Dette vil igjen kunne medføre at arbeidsgivere i frykt for å bli erstatningsrettslig ansvarlig blir mer oppmerksom på problemet og setter i verk tiltak for å få slutt på trakasseringen. At prosessrisikoen blir lavere vil også kunne medføre at en reduserer mørketallene som det hevdes foreligger på området.⁴³ Avslutningsvis kan jeg ikke se noen legislative hensyn som taler for at ikke alle trakasserte skal nyte godt av bevis- og erstatningsreglene. En analogisk anvendelse av aml. § 13-8 og § 13-9 vil derfor ha de beste grunnen for seg. Jeg vil komme nærmere inn på disse reglene under punkt 2.2.6 (bevisreglene) og punkt 2.3 (erstatningsreglene).

2.2.6 Særlig om bevisspørsmålene.

Når det gjelder bevisspørsmålene må en skille mellom spørsmål vedrørende beviskravet eller kravet til sannsynlighet (punkt 2.2.5.2), og reglene om hvem som har bevisbyrden (punkt 2.2.5.1).

2.2.6.1 Bevisbyrden.

I arbeidsmiljøloven har en regler om bevisbyrden i aml. § 13-8. Som vist ovenfor taler de beste grunner for at trakasseringsbegrepet som denne oppgaven omhandler faller inn under kapittel 13. Etter bestemmelsen er det tilstrekkelig at en arbeidstaker godtgjør ”at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelsen i dette kapittel”. Er dette tilfellet, er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd. Det er tilstrekkelig fra arbeidstakers side å presumere trakassering og dermed går bevisbyrden over på arbeidsgiver. En står her ovenfor en såkalt delt bevisbyrd. Når bevisbyrden går over på arbeidsgiver medfører dette at arbeidsgiver både vil ha ansvar for bevisførselen og tvilsrisikoen. Ikke ulikt det som i alminnelighet skjer hvor A fremlegger bevis til sin fordel som B må motbevise med sine beviser, slik at ikke As fremstilling blir sett som den mest

⁴³ Mental Helses Arbeidslivstelefon mener på sin side at det i tillegg foreligger store mørketall.

sannsynlige. Den delte bevisbyrden medfører imidlertid at arbeidsgiver får et særlig ansvar for å opplyse saken.

2.2.6.2 Beviskravet:

Det stilles forskjellige krav til sannsynlighetsovervekt avhengig av hvilket rettsområde en befinner seg på. Utgangspunktet i sivile saker er simpel sannsynlighetsovervekt, altså mer en 50 prosent, mens all tvil skal komme tiltalte til gode etter uskyldspresumsjonen i strafferetten. Dette skille begrunnes i de konsekvenser en uriktig dom vil få for vedkommende som får dommen mot seg. Vi befinner oss her på privatrettens område og utgangspunktet vil således være simpel sannsynlighetsovervekt.

Spørsmålet vil i denne oppgavens sammenheng være hva som ligger i at arbeidsgiver må ”sannsynliggjøre” at diskriminering ikke har funnet sted, jf. § 13-8. Som allerede nevnt er den store hovedregel i sivile saker simpel sannsynlighetsovervekt, altså mer en 50% sikkert. Av forarbeidene går det frem at arbeidsgiver må bevise med mer en 50% sannsynlighet at diskriminering ikke har forekommet.⁴⁴ For diskrimineringstilfellenes vedkommende taler gode grunner for en slik løsning. Eksempelvis hvor arbeidssøker eller arbeidstaker føler seg diskriminert, vil det være arbeidsgiver som står nærmest å klargjøre hva som er lagt vekt på i avgjørelsesprosessen, da det er arbeidsgiver som har fattet beslutningen. Videre vil en slik regel kunne medføre at arbeidsgiver i større grad er seg bevist hva som vektlegges. Samfunnsmessige verdinormer kan på denne måten fremmes.

Når det så gjelder trakasseringstilfellene, gjør ikke disse hensynene seg i samme grad gjeldende. Arbeidsgiver vil for eksempel ikke ha like god innsikt i hva som har skjedd og med dette vil han vanskelig kunne sannsynliggjøre de faktiske forhold. På den annen side vil et slikt beviskrav kunne tenkes å skjerpe arbeidsgivers aktsomhet slik at han i større grad påser at trakassering ikke finner sted. Regelen om simpel sannsynlighetsovervekt vil på den andre siden igjen kunne ramme arbeidsgiver uforholdsmessig hardt.

Det følger imidlertid av rettspraksis⁴⁵ og juridisk teori⁴⁶ at en kan fravike hovedregelen. Unntaket begrunnes i hvilke konsekvenser en uriktig dom vil ha for den ene part kontra en uriktig dom for den andre part, som nevnt ovenfor.

⁴⁴ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) pkt. 8.9.5, se også Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.328 (merknader til §13-8)

⁴⁵ Gulating lagmansretts dommer LG 2003-13634, LG 2005-122048 og LG 2001-696.

I Gulating lagmannsretts dom LG 2003-13634 uttaler lagmannsretten at den har lagt til grunn et skjerpet beviskrav ”tilnærmet det som kreves for idømmelse av straff både for så vidt gjelder objektiv som subjektiv skyld.” Lagmannsretten ser et slikt skjerpet beviskrav for å være ”i pakt med det som anses å være gjeldende rett når *avskjedsgrunnen* er særlig infamerende”. I den konkrete sak ble tyveri ansett for å være en slik infamerende grunn. Når det gjelder tilfeller av trakassering går det frem av en annen dom fra Gulating lagmannsrett at retten er enig i partenes påstand om et strengt beviskrav ”og legger til grunn at det må foreligge en kvalifisert eller klar sannsynlighetsovervekt for at A har forholdt seg som beskrevet i *oppsigelsen*, eventuelt i forelegget, dersom dette faktum skal legges til grunn. Dog slik at det ikke skal legges til grunn samme strenge beviskrav som i strafferetten.”⁴⁷

De ovennevnte sakene gjelder begge opphør av arbeidsforholdet, hvor den første gjelder avskjed på grunn av tyveri, mens sistnevnte gjaldt oppsigelse på grunnlag av trakassering. Retten har i disse sakene kommet til at det er mindre betenkelig å komme til et uriktig resultat, hvor oppsigelsen/avskjeden blir kjent ugyldig når vedkommende har gjort seg skyldig i straffbare eller sterkt klanderverdige forhold, enn å kjenne oppsigelsen/avskjeden gyldig hvor vedkommende er uskyldig i forhold til påstandene. Det er i denne sammenheng vektlagt hvilken påkjenning det må være for arbeidstakeren å bli oppsagt/avskjediget på bakgrunn av alvorlige påstander som vedkommende ikke har gjort.

Videre finner en støtte i teorien for at samme hensyn må gjøre seg gjeldende for arbeidsgiver og at unntaket også bør gjelde i disse tilfellene. Bratholm uttaler i Lov og Rett 1986 s. 439 (på side 453) i sammenheng med bevistvil ved gransking at:

”Når det gjelder spørsmålet om noen skal holdes *ansvarlig* for en ulykke, en uheldig utvikling på et område e.l., kan det etter omstendighetene være rimelig å skjerpe beviskravene, slik at kritikk ikke tildeles uten at granskingskommisjonen er rimelig sikker i sin sak. Det vil ved vurderingen av hvor stor sikkerhet som bør kreves, ha betydning hva forholdet gjelder og hvor hardt kritikk vil ramme.”

⁴⁶ Se bla. Jens Edvin Skoghøy, *Tvistemål* (2001) s. 685 og Jo Hov, *Rettergang i sivil- og straffeprosess* (1999) s. 261 flg., Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* 4 utg. (2001) s. 307 flg. spesielt s. 309 og Anders Bratholm, *LoR* (1986) s. 452.

⁴⁷ Gulating lagmannsretts dom LG 2005-122048

Det samme syn fremgår av Skoghøys behandling av når overvektsprinsippet må fravikes i Tvistemål på side 684 flg. Her vises det blant annet til at hensynene bak unntaket gjør seg ”gjeldende i tilfeller hvor det er spørsmål om en part har gjort seg skyldig i straffbare eller annen form for sterkt klandreverdige forhold.” Videre viser han både til praksis og annen juridisk teori for å begrunne sitt syn; at det i enkelte tilfeller må stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

De samme hensynene må vektlegges i en evt. erstatningssak mot arbeidsgiver; det må anses som en stor påkjenning for en arbeidsgiver å bli kjent skyldig i sterkt klandreverdige forhold. At en arbeidsgiver ikke oppfyller sine forpliktelser til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, herunder at arbeidsgiver selv trakasserer eller ikke gjør tilstrekkelig for å forebygge trakassering, vil etter forholdene måtte være et slikt klandreverdige forhold. Det må i denne sammenheng pekes på den dårlige omtalen saken vil få utad for eksempel i pressen, men også de uheldige konsekvenser det vil kunne ha for bedriftens interne miljø.

Videre viser de ovennevnte dommene at hvor strengt beviskrav som skal kreves vil variere i forhold til hvor klandreverdige forhold det er tale om. Dette er også lagt til grunn i teorien.⁴⁸ Tyveritilfellet ble vurdert slik at det samme beviskravet skulle gjelde som i strafferetten, mens det i trakasseringstilfellet var tilstrekkelig med kvalifisert eller klar sannsynlighetsovervekt. Tyveritilfellet ble altså ansett for å være mer klandreverdige, ha større konsekvenser for vedkommende og det ble derfor krevd et strengere beviskrav.

En ser av det ovennevnte at det er en konflikt mellom forarbeidene og praksis med støtte i juridisk teori. Etter rettskildelæren har forarbeidene som regel større rettskildeværdi enn rettspraksis og i alle fall juridisk teori som ikke skal vektlegges mer en argumentasjonens egenverdi.⁴⁹ Hvilken rettskildemessig verdi rettspraksis skal tillegges, vil ikke bare avhenge av i hvilken instans en avgjørelse er avsagt, men også om praksisen er fulgt over tid osv. Når den ovennevnte praksis er avsagt i lagmannsretten, taler gode grunner for at forarbeidenes regel om simpel sannsynlighetsovervekt bør legges til grunn. På den andre siden, og som nevnt ovenfor, passer regelen godt for tilfeller av diskriminering, men ikke fullt så godt for tilfeller av trakassering. Videre går det frem av departementets vurdering at de i forhold til

⁴⁸ Se. Jens Edvin Skoghøy, Tvistemål s. 685

⁴⁹ For en mer utførlig fremstilling se blant annet Torstein Echoff, Rettskildelære, 5. utgave (2000) se spesielt side 349 flg. hvor rettskildenes rang behandles, og Carl August Fleischer, Rettskilder og juridisk metode, (1998) spesielt side 211 flg. (kapittel 10) hvor juridisk teori som rettskilde belyses.

kravet om sannsynlighetsovervekt bare har vektlagt hensynene i forhold til diskriminering.⁵⁰ Mothensynene i forhold til trakasseringstilfellene er således ikke belyst. Departementet har med dette ikke i tilstrekkelig grad tatt stilling til trakasseringstilfeller som også vil falle inn under aml. § 13-8. På den annen side ser en at det foreligger en rettspraksis hvor det legges til grunn et skjerpet beviskrav og denne praksisen har støtte i teorien. I saker hvor det er tale om å statuere alvorlige forhold hos en av partene taler reelle hensyn for at forarbeidene, når det gjelder tilfeller av trakassering, ikke bør tillegges så stor rettskildemessig vekt. Etter min mening taler gode grunner for at forarbeidene bør vike for rettspraksis med tilslutning fra teorien, og en må kreve skjerpet sannsynlighetsovervekt avhengig av hvor klanderverdig forhold en står ovenfor.

2.3 Erstatningsansvaret

2.3.1 Generelt.

Når en taler om erstatning skiller en mellom erstatning i og utenfor kontrakt. For erstatning utenfor kontakt, eller den såkalte alminnelige erstatningsretten, oppstilles det tre kumulative vilkår for å tilkjenne erstatning. For det første må vedkommende ha blitt påført en skade som har medført et økonomisk tap. Skaden må stamme fra en handling eller i noen tilfeller unnlatt handling av den saksøkte. En taler gjerne om at det må være en adekvat årsakssammenheng mellom handlingen eller den unnlatte handlingen og skaden som har ført til tapet. Sist må erstatningen bygge på et ansvarsgrunnlag. Ansvarsgrunnlaget deles opp i skyldansvar (culpaansvaret) og det objektive erstatningsansvaret. Erstatning på culpagrunnlag vil bli behandlet under punkt 2.3.2.1, mens det objektive erstatningsgrunnlag vil bli behandlet i punkt 2.3.2.2.

Erstatning på grunnlag av det kontraktsrettslige erstatningsansvar stiller seg annerledes. Her kreves det ikke at vedkommende er påført en skade, men heller at en part har misligholdt sine kontraktsforpliktelser og på denne måten har påført den andre part et tap. Når det gjelder hensynene som gjør seg gjeldende i de to tilfellene, er heller ikke disse sammenfallende. Overordnet kan en si at i tilfellene utenfor kontrakt er det skadelidtes interesser som står i sentrum, mens i kontraktstilfellene er det hensynet til et sunt omsetningsliv og herunder at avtaler skal holdes som gjør seg gjeldende. Det kontraktrettslige erstatningsansvar vil behandles under punkt 2.3.2.3.

⁵⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.201

Videre sonderer en mellom erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Det økonomiske tapet refererer seg til tapet skadelidte er påført som følge av en skade eller at en avtale er misligholdt. Eksempelvis det økonomiske tap som A har påført B ved å kjøre på Bs bil eller den reduserte verdien av et hus som følge av at huset har store setninger, og hvor dette ikke har vært opplyst av selger. Når det gjelder erstatning for ikke-økonomisk tap er dette erstatning for ”tort og svie” eller et vederlag for skader hos en skadelidt, som ikke kan omgjøres i penger - også kalt oppreisning.⁵¹ En person kan eksempelvis bli trakassert, men hvor trakasseringen ikke har manifestert seg i noe tap som kan omgjøres i kroner og øre. I arbeidsmiljøloven har den trakasserte hjemmel for å kunne kreve slik erstatning, se § 13-9. Av bestemmelsen går det frem at dersom noen ”er blitt diskriminert i strid med dette kapittelet”, kan vedkommende kreve oppreisning på objektivt grunnlag. Det vil si at vedkommende kan kreve oppreisning uavhengig om arbeidsgiver har utvist skyld. Videre er det på det rene at ”trakassering” etter § 4-3(3) er sammenfallende med trakasseringsbegrepet som fremgår av § 13-1 (2).⁵² Dette medfører at dersom en blir utsatt for trakassering etter § 4-3 kan en på objektivt grunnlag kreve oppreisning etter § 13-9 (1).

2.3.2 Erstatningsgrunnlagene.

2.3.2.1 Ulovfestet culpaansvar.

Culpaansvaret⁵³ går ut på at den som ikke har opptrådt så aktsomt som en kan forlange av en god borger blir erstatningsansvarlig for det tap som er påført den skadelidte.

Det må skilles mellom tre grader av skyld. For det første har en *uaktsomhet* (culpa levis) som foreligger når skadevolder enten bevisst eller ubevisst har påført en annen skade. Hva som nærmere ligger i dette, er at skadevolder enten har handlet på en måte hvor han visste eller burde ha forstått at han utsatte andre for en risiko. For det andre har en *grov uaktsomhet*, som vil si at skadevolder ved sin handling ytterligere økte risikoen for skade. Sist har en den alvorligste graden av skyld, nemlig *forsett* (dolus). Forsett foreligger når skadevolder med viten og vilje har handlet på en måte som han visste eller mest sannsynlig så at handlingen ville påføre en annen skade.

⁵¹ For en mer utførlig presentasjon, se Peter Lødrup, Erstatningsrett, 1999, s.507.

⁵² Dette er behandlet ovenfor under punkt 2.2.5.1

⁵³ Som stammer fra romerretten og er den samme for de skandinaviske landene.

Ved bedømmelsen av culpanormen tar en utgangspunkt i en ”bonus pater familias”-vurdering. Det vil si at en stiller seg spørsmålet hvordan ville en normal forsvarlig person handlet. Eller med andre ord om vedkommende i det konkrete tilfellet har handlet på en måte som en med rimelighet kunne forlange. En må i disse tilfellene foreta en objektiv aktsomhetsvurdering. En kan med dette ikke legge personlige kvalifikasjoner til grunn. Eksempelvis vil ikke en dyktig og ellers forsiktig person lettere kunne komme i ansvar enn en uforsiktig og spontan person. Dette ville stride mot folks rettsfølelse og nærmest oppfordre befolkningen til å være uforsiktige for å slippe unna ansvar. Videre vil aktsomhetsnormen variere fra hvilket livsområde en befinner seg på. Alle bilførere vil for eksempel bli målt opp mot samme aktsomhetsnorm, mens en skytebas som feildoserer sprengstoffmengden og påfører nabotomtene skade, vil bli målt opp mot en strengere aktsomhetsnorm som er allmenn for folk som driver med sprengstoff. Det samme vil gjelde for arbeidsgivere; enhver arbeidsgiver vil bli målt opp mot samme aktsomhetsnorm når det gjelder arbeidsgivers plikt til å påse et fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter arbeidsmiljøloven.

Når det gjelder hva som skal anses å være uaktsomt, avhenger dette først og fremst av hva skadevolder driver med. Dette kan illustreres ved to Høyesterettsdommer fra midten av forrige århundre.⁵⁴ I en dom inntatt i Rt.1947.723 hadde en smed forlatt smia uten å låse døren. Smia lå i et tettbefolket strøk hvor mange barn lekte. Noen barn tok seg så inn i smia hvor et av barna slo i ambolten med en hammer med det resultat at en jensplint traff et av de andre barna i øyet. Høyesteretts flertall kom til at smeden hadde handlet ansvarsbetinget og tilkjente skadelidte erstatning. Flertallet peker i sin begrunnelse på at smia hadde en rekke faremomenter, det var mange barn som lekte i området samt at skaden med enkle grep kunne vært unngått. Mindretallet fremhevet på sin side at en hammer og en ambolt var ”velkjente og enkle redskaper som [bl.a. smeder] etter gammel skikk og bruk legger fra seg på arbeidsplassen”. På bakgrunn av dette kom mindretallet til at skaden var et hendelig uhell og at smeden av denne grunn ikke var erstatningsansvarlig. En kan trekke en parallell fra dommen til arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet. Her vil en arbeidsgiver som har mange ansatte måtte sette i verk større tiltak for å påse et tilfredsstillende arbeidsmiljø i og med at et stort arbeidsmiljø er mer uoversiktlig enn et lite.

⁵⁴ Rt.1947.723 og Rt.1951.212

Det følger av Moelv- dommen inntatt i Rt.1993.616, at erstatning for trakassering på arbeidsplassen kan tilkjennes skadelidte på bakgrunn av culpaansvaret. Arbeidstakeren hadde forlatt sin stilling da han følte seg trakassert av sin overordnet. Han anla erstatningssøksmål mot arbeidsgiveren (Moelven Mjøsbruket A/S) samt sin overordnet, som han mente hadde stått for trakasseringen. For hans overordnede ble det anført at vedkommende var erstatningspliktig på culpagrunnlag. For bedriftens vedkommende var det anført at ansvaret kunne bygge på skadeserstatningsloven⁵⁵ §2-1 (arbeidsgiveransvaret) og direkte på culpagrunnlag. På spørsmålet om disse kunne stilles til ansvar og evt. på hvilket grunnlag, uttalte førstvoterende:

”Jeg antar at det innenfor rammen av reglene om *skyldansvar* vil kunne være grunnlag for å holde en arbeidsgiver, og også medarbeidere på en arbeidsplass, erstatningsrettslig ansvarlig for skader av fysisk og psykisk karakter som en arbeidstaker har pådradd seg som en følge av slike fenomener som man betegner som mobbing”(min kursivering).

Etter dommen kan altså skadevolder både være den private person som har utført trakasseringen, men også arbeidsgiver som juridisk person kan hefte på culpagrunnlag. Når det gjelder arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, er det allerede ovenfor redegjort at arbeidsgiver aktivt må påse at lovens krav er oppfylt.⁵⁶ Aktsomhetsnormen må på bakgrunn av dette være streng.

Når det gjelder anførselen om arbeidsgiveransvaret, går ikke retten inn og drøfter om skl. § 2-1 kommer til anvendelse. Dette fordi formannen som var saksøkt ikke hadde ”opptrådt på en slik måte at det [kunne] føre til et erstatningssansvar på skyldgrunnlag”. Retten fant det altså ikke bevist at det hadde foregått noen trakassering. For skl. § 2-1 sitt vedkommende nøyter førstvoterende seg med å uttale: ”Det foreligger da heller intet ansvar for Mjøsbruket etter skadeserstatningsloven § 2-1 for Kristiansens opptreden. Det er ikke grunn for meg til å gå inn på spørsmålet om det – dersom Sørums fremstilling av saksforholdet skulle legges til grunn – kan antas å være slik påregnelig årsakssammenheng mellom de skadevoldende handlinger og Sørums arbeidsuførhet at de rettslige vilkår for erstatningsansvar ville ha vært oppfylt.”

Førstvoterende tar med dette, etter mitt syn, ikke stilling til om skl. § 2-1 er anvendelig for tilfeller hvor en ansatt er blitt trakassert av en annen på arbeidsplassen. Høyesterett gjorde først dette ved

⁵⁵ Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 Nr. 26

⁵⁶ Se pkt. 2.1.1.1

Falkendommen,⁵⁷ som vil bli behandlet nedenfor. I Falkendommen uttaler også førstvoterende seg om spørsmålet. Førstvoterende fremhever i denne sammenheng at de tidligere retter i saken ”har ved tolkingen av § 2-1 festet seg ved en uttalelse i Rt. 1993 side 616 på side 620. Dette er den eneste dommen der Høyesterett har behandlet spørsmålet om arbeidsgiverens ansvar for en arbeidstakers mobbing av en annen arbeidstaker. Saken endte imidlertid med frifinnelse, da retten ikke fant det godtgjort at det forelå mobbing. Avgjørelsen er derfor ikke noe prejudikat.” Etter å ha henvist og referert til Rt.1993.616 uttaler Høyesterett videre at ”[u]ttalelsen er på grunn av henvisningen til reglene om skyldansvar noe uklar, men etter min oppfatning er det naturlig å forstå den slik at det etter omstendighetene kan bli tale om et arbeidsgiveransvar etter § 2-1 ved mobbing som er utført av en arbeidstaker. Uansett hvordan uttalelsen skal forstås, må den ha begrenset betydning for Høyesteretts avgjørelse av den foreliggende sak.” Moelvdommen illustrerer, etter mitt skjønn, bare at culpa kan være grunnlag for erstatning når det er tale om trakassering på arbeidsplassen. Jeg er med dette ikke enig i Harald Pedersen og Aili S. Vatvedt når de bruker Moelvdommen som illustrasjon for ”at trakassering kan utløse erstatning på objektive grunnlag for arbeidsgiver”.⁵⁸

At aktsomhetsnormen skal være streng, finner en også støtte for i mindretallets votum i Falkendommen, (dissens 3-2).⁵⁹ Her uttaler annenvoterende at ”[m]ed de krav som i dag stilles til en arbeidsgivers plikt til å sørge for et godt arbeidsmiljø, vil han lett få et ansvar etter skyldreglene dersom arbeidstakere blir skadet ved mobbing på arbeidsplassen.”⁶⁰ Slik denne uttalelsen er å forstå mener annenvoterende, dommer Flock, med tilslutning av dommer Aasland, at det skal oppstilles meget strenge krav til arbeidsgivers aktsomhet, men ikke så strengt som flertallet tar til orde for, nemlig et objektive ansvar.⁶¹ Hvorfor mindretallet ikke vil slutte seg til førstvoterende, er at ”et objektive ansvar vil innebære at arbeidsgiver hefter selv om han fullt ut har oppfylt sin plikt etter arbeidsmiljøloven til å tilrettelegge arbeidet med sikte på å hindre trakassering av eller annen utilbørlig opptreden ovenfor arbeidstakerne.” På bakgrunn av dette kan en utlede at annenvoterende vil ha en sikkerhetsventil, hvor arbeidsgivere som har gjort alt i sin makt for å oppfylle sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven ikke blir pådømt erstatningsansvar. Det sistnevnte sitatet underbygger at ansvarsnormen til arbeidsgiver er meget streng. Arbeidsgiver kan bare gå fri dersom han ”fullt ut har oppfylt sin plikt etter arbeidsmiljøloven”. Votumet har liten prejudikatverdi i og med at annenvoterende var i mindretall, men det illustrer uansett poenget at dersom en skal bygge arbeidsgivers ansvar på et culpagrunnlag, vil arbeidsgivers aktsomhetsnorm være meget streng og grense opp mot det objektive ansvaret.

⁵⁷ Rt.1997.786

⁵⁸ Arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven, s.161

⁵⁹ Rt.1997.786

⁶⁰ Rt.1997.786 (s.794)

⁶¹ Vil bli behandlet under pkt. 2.3.3.2

Det ulovfestede culpaansvaret er for det siste et personlig ansvar. Hva som menes med dette er at det kun er skadevolder som kan holdes ansvarlig. Arbeidsgiver må med andre ord kunne bebreides for den skaden som er påført skadelidte. Det vil med dette ikke være tilstrekkelig at en av arbeidsgivers ansatte kan bebreides. Er dette tilfellet, vil en ikke kunne kreve arbeidsgiver for erstatning, men man må nøye seg med å gå til erstatningssøksmål mot vedkommende som kan bebreides. Når det gjelder fysiske arbeidsgivere vil det neppe by på problemer å fordele ansvar. Det vil være klart om det er arbeidsgiver selv eller hans ansatte som kan klandres.

2.3.2.2 Objektivt ansvar (arbeidsgiveransvaret)

Arbeidsgiveransvaret, jf. skadeserstatnings § 2-1, er eksempel på lovfestet objektivt ansvar.⁶² En må imidlertid ha for øye at også i disse tilfellene er den som utfører den skadegjørende handling personlig ansvarlig etter culpaansvaret. Grunntanken bak regelen er at det er arbeidsgiver som ansetter arbeidstakere, setter dem i arbeid og har den økonomiske interessen i virksomheten. Videre gjør forsikringshensynet og pulveriseringshensynet seg gjeldende, ved at arbeidsgiver kan tegne forsikringer som dekker de skader de ansatte evt. vil påføre andre og disse kostnadene vil arbeidsgiver kunne pulverisere gjennom driften. En kan i denne sammenheng også nevne dekningshensynet, prevensjonshensynet (økonomisk) og driftsrisikohensynet som henger sammen med pulveriseringshensynet.

At arbeidsgiver hefter for erstatning på objektivt grunnlag vil si at han ikke trenger å ha utvist noe skyld. Det må derimot arbeidstakeren ha gjort, jf. skl. § 2-1 hvor det forsettes at arbeidstaker "forsettlig eller uaktsomt" må ha forvoldt skade "under utførelse av arbeid eller verv for arbeidsgiveren". En begrensning for hva arbeidsgiver hefter for etter arbeidsgiveransvaret fremgår av skl. § 2-1 første ledd annet punktum. Her går det frem at arbeidsgiver ikke hefter for skaden dersom "arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet".⁶³

⁶² Liknende regler finner en for sjøfart, jf. sjøloven §151, hvor det er rederen som står ansvarlig.

⁶³ For en utførlig fremstilling se Nils Nygaard, Skade og ansvar, 5. utgave 2000 (s. 216 flg.) og Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 4. utgave 1999 (s. 171 flg.)

Det første kriteriet skl. § 2-1 oppstiller er at trakasseringen – den skadegjørende handling – er påført skadelidte enten ”forsettlig eller uaktsomt” av en arbeidstaker. Hva som her ligger i passusen er en reservasjon at trakasseringen må være rettsstridig eller urettmessig ovenfor den trakasserte. Uaktsomhetsvurderingen henger i og for seg sammen med den objektive vurderingen om handlingene utad fremstår som trakassering.⁶⁴ En kan vanskelig ha handlet uaktsomt dersom forholdene ikke utad blir ansett som trakassering. Urimelighetsvurderingen bygger jo nettopp på hvordan en normal, sunn og forsvarlig person ville ha handlet (bonus pater familias). Imidlertid er ikke enhver trakassering erstatningsbetingende, noe jeg kommer tilbake til mer inngående nedenfor under pkt. 2.4. Illustrerende er Nera-dommen, hvor Høyesterett kommer til at det som ovenfor A måtte ansees som trakassering, ikke oppfylte kravene i skl. § 2-1. Førstvoterende peker i denne sammenheng på at As spesielle forhold ikke var kjent for arbeidsgiver eller den påståtte trakasserer B. Slik votumet er å forstå, kunne arbeidsgiver vært ansvarlig for trakasseringen dersom arbeidsgiver eller B viste om As personlighetstrekk, men allikevel ikke behandlet ham skånsomt. Retten kommer således til at når de ikke var klar over disse trekkene hadde de ikke opptråd uaktsomt og erstatning var derfor utelukket. Når det gjelder Falkendommen fant retten det klart at trakasseringen var foretatt forsettlig. Det var i saken blant annet fremsatt trusler fra de som trakasserte at de ikke skulle gi seg før den trakasserte var fordrevet fra stilling.

Når det gjelder det andre kriteriet taler en gjerne i den alminnelige erstatningsretten om at skaden må ha skjedd ”i tjenesten”. En avgrenser med dette ansvaret til at det må foreligge en sammenheng mellom den skaden som er voldt og arbeidstakerens funksjoner hos arbeidsgiveren, men samtidig må det være en rimelig nærhet mellom disse to forholdene.

Etter flertallets votum i Falkendommen går det frem at det samme også vil gjelde når en taler om trakassering.⁶⁵ Førstvoterende uttaler i denne sammenheng at det må foreligge en tilknytning mellom tjenesten og de handlingene som har medført skade hos den trakasserte. Samt at tilknytningen må ha vært rimelig for at arbeidsgiver skal bli ansvarlig. Til dette fremhever førstvoterende at:

”Mobbing på arbeidsplassen har sammenheng med arbeidet i den forstand at dette bringer sammen mennesker med forskjellig bakgrunn og personlighet under forhold

⁶⁴ Som behandlet under punkt 2.2

⁶⁵ Rt.1997.786 (Falkendommen)

der man erfaringsmessig må regne med at det kan bli gnisninger og personlige konflikter som utløser mobbebehandlinger på arbeidssstedet i arbeidstiden”.

Flertallet finner det med dette godtgjort at trakassering ”på arbeidssstedet i arbeidstiden” må anses å være skade som en arbeidstaker foretar i arbeidsgivers tjeneste.

Det kan i denne sammenheng problematiseres om trakassering som verken finner sted på det ordinære arbeidssstedet eller i den ordinære arbeidstiden vil falle utenfor arbeidsgiveransvaret. Det må være klart at arbeidsgiver ikke hefter for skader som en arbeidstaker forvolder i sin fritid. Spørsmålet blir likevel om arbeidsgiver må hefte for trakassering som strengt tatt foregår på fritiden, så som at en arbeidstaker ikke får bli med på fredagspils, blir trakassert på julebord eller andre sosiale arrangementer.

Så vidt meg bekjent er disse spørsmålene verken avklart i praksis eller i teorien. Når det gjelder julebordeksempelet, taler gode grunner for at vedkommende arrangement har en så nær tilknytning til arbeidsplassen og herunder at arbeidsgiveren har en oppfordring om å gripe inn dersom trakassering forekommer. På den annen side vil nok neppe trakassering på julebord ha den kontinuiteten og omfang som kreves for å statuere trakassering etter arbeidsmiljøloven. Når det gjelder sosiale tilstelning som ”fredagspils” vil det måtte avhenge av hvem som er arrangør. Er det arbeidsgiver som arrangerer en fredagspils som påskjønnelse til de ansatte, vil han kunne unnlate å invitere en eller et fåtall av de ansatte. Det må dog foreligge en saklig grunn for dette. En grunn kan være at butikken må holdes åpen. At arbeidsgiver har en slik anledning følger av arbeidsgivers styringsrett. Annerledes vil det stille seg dersom unnlatsen fremstår som en vedvarende forskjellsbehandling eller isolering av enkelte arbeidstakere over tid. Det er eksempelvis de samme arbeidstakerne som gjentatte ganger blir satt til å holde butikken åpen. En slik situasjon vil kunne ansees som et brudd med arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø, se aml. § 4-1 jf. § 4-3. Det samme må gjelde dersom arbeidsgiver på samme måte utelukker enkelte fra seminarer eller andre sosiale arrangementer. Når det gjelder sosiale arrangementer som er i regi av arbeidstakerne selv, vil ikke arbeidsgiver kunne stilles til ansvar for at noen enten blir utelatt fra disse eller blir utsatt for negative handlinger. Slike arrangementer skjer på arbeidstakernes fritid og er ikke under arbeidsgivers herredømme.

Når det gjelder det tredje vilkåret – at arbeidstakeren ikke må ha gått utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet – uttaler førstvoterende at det er ”[d]en vurdering som her volder størst vansker. ... Her vil nok personlige momenter kunne spille en viss rolle ved siden av handlingens objektive karakter.”⁶⁶

Førstvoterende viser så til Avdelingsleder Bjørn Willadssens gjennomgang av diverse studier vedrørende mobbing. Av gjennomgangen går det i korthet frem at opp mot 5% eller 85 000 norske arbeidstakere mobbes. Til dette uttaler flertallet:

”Når dette er situasjonen, mener jeg at det er urealistisk å regne mobbing som en mer tilfeldig hendelse i forhold til arbeidssituasjonen, uten noen egentlig forbindelse med denne. Jeg mener tvert imot at mobbing henger intimt sammen med arbeidssituasjonen, og at det da er et naturlig utgangspunkt at det kan pålegges ansvar etter skadeserstatningsloven § 2-1.”

En ser av dette at retten legger vekt på denne hyppige forekomsten av mobbing i arbeidslivet, og konkluderer ut fra dette at det etter en objektiv vurdering må anses ”rimelig å regne med” at en arbeidstaker mobber en annen på arbeidsplassen. Sist i denne sammenheng vektlegger flertallet at ”det objektive ansvar vil kunne tjene til å skjerpe arbeidsgiverens aktsomhet når det gjelder å hindre mobbing på arbeidsplassen”. En ser her at retten vektlegger prevensjonshensynet.

Etter en naturlig språklig forståelse av skadeserstatningsloven kan en vanskelig subsumere mobbing eller trakassering inn under ”arbeid eller verv for arbeidsgiver”, men kanskje enda merkeligere er det – i alle fall ved første øyekast – at Høyesterett ikke subsumerte trakassering under forhold som ligger ”utenfor det som er rimelig å regne med” etter arbeidets karakter. Dette henger jo nettopp sammen med at arbeidstakere er på arbeidet for å oppfylle arbeidskontrakten, som regel å utføre inntektsbringende arbeid, ikke trakassere sine kolleger. Når Høyesterett likevel kommer til at trakassering faller inn under bestemmelsen, må dette sees som et ønske fra Høyesteretts side om å styrke arbeidstakeres vern mot trakassering. Uten å eksplisitt si det vektlegger Høyesterett med dette også formålbestemmelsen, jf. aml.

⁶⁶ Rt.1997.786 (s.791)

(1977) § 1. Bestemmelsen tok som dagens formålsbestemmelse (aml. § 1-1) høyde for å fremme arbeidstakeres stilling og bestemmelsene peker på at en i denne sammenheng skal foreta en dynamisk helhetsvurdering.⁶⁷ På den annen side kan en stille spørsmål om ikke Høyesterett her beveger seg for nær lovgivers oppgaver, nemlig den rettskapende funksjon. Til dette må det i dag være på det rene at Høyesterett ikke bare innehar en dømmende funksjon, men også en viss rettskapende funksjon og at denne ordningen til tider vil være den mest hensiktsmessige i og med at det er Høyesterett som kommer bort i de konkrete problemstillingene. Historien har i denne sammenheng vist at det vil være vanskelig – om ikke umulig – å lovregulere alle tenkelige scenarier fullt ut. Videre og ettertrykkelig må det legges vekt på at lovgiver tidligere har sett at arbeidsretten er et dynamisk rettsområde, og av denne grunn har gitt domstolene friere tøyler gjennom å gi en formålsbestemmelse med et så vidt vurderingstema. En kan på bakgrunn av det nevnte forsvars Høyesteretts standpunkt.

Et annet eksempel på at Høyesterett har lagt til grunn at arbeidsgiver kan stilles erstatningsrettslig ansvarlig for trakassering på arbeidsplassen etter arbeidsgiveransvaret, går frem av —Nera-dommen.⁶⁸ I saken var det ikke omtvistet hvorvidt skl. § 2-1 skulle komme til anvendelse, og retten nøyde seg med å vise til Falkendommen. Sakens springende punkt var om trakassering hadde forekommet, noe retten enstemmig kom til ikke hadde skjedd.

2.3.2.3 Det alminnelige kontraktsrettslige erstatningsansvar.

Grunnprinsippet i norsk rett er at avtaler skal holdes, dette klare utgangspunkt er også lovfestet ved NL 5-1-2.⁶⁹ Arbeidsgiver har som nevnt vidtgående plikter vedrørende arbeidsmiljøet, herunder et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø. Arbeidsmiljøloven § 4-1, jf. § 4-3, oppstiller således en plikt for arbeidsgiver, samt en rett for arbeidstaker, som i alle fall oppstår ved tiltredelse og opphører ved arbeidsforholdets slutt. I og med at trakassering ikke tilfredsstillende arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, vil det foreligge et avtalebrudd fra arbeidsgivers side dersom trakassering finner sted. Dette går blant annet frem av rettspraksis, se Rt.1997.1506 (Stryn apotek- dommen) hvor førstvoterende uttaler på side 1512:

⁶⁷ Se nærmere behandlingen under punkt 1.2

⁶⁸ Rt.2004.1844.

⁶⁹ Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15 april. 1687.

”Ankemotpartene har subsidiært krevd erstatning ut fra alminnelige kontraktsrettslige regler. Det gjøres gjeldende at apoteker A vesentlig har misligholdt sine plikter overfor dem. For så vidt er vist til bestemmelsene i arbeidsmiljøloven om de krav som stilles til arbeidsmiljøet ved en virksomhet og arbeidsgiverens plikter i den forbindelse.

Den ankende part kan etter min mening ikke høres med anførselen om at dette er regler av offentligrettslig art, som ikke kan påberopes som en del av en arbeidsgivers kontraktsrettslige forpliktelser overfor de ansatte. At de grunnleggende krav til arbeidsmiljøet i utgangspunktet inngår som en del av rettigheter og plikter i et arbeidsforhold i dag, finner jeg klart.”

På denne bakgrunn fant Høyesterett at arbeidsgiver hadde misligholdt arbeidskontrakten med de ansatte og arbeidstakerne ble tilkjent erstatning på kontraktrettslig grunnlag. Misligholdet retter seg her til at arbeidsgiver ikke har påsett et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, som han har forpliktet seg til ved inngåelse av arbeidsavtalen. Når så er tilfellet, går det klart frem av obligasjonsretten at den av avtalepartene som ikke har fått oppfyllelse av sine rettigheter etter avtalen, kan kreve misligholdsbeføyelser.⁷⁰

Når en har kommet til at trakassering er et brudd på kontrakten inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, blir spørsmålet hvilke misligholdsbeføyelser den trakasserte kan påberope seg. Etter den alminnelige kontraktsrett kan en ved mislighold kreve heving, erstatning, omlevering, retting osv. Det er heving og erstatning som er interessante hvor arbeidstaker har blitt utsatt for trakassering.

Arbeidstaker har som arbeidsgiver rett til å *heve* en arbeidsavtale, men mens arbeidsgivers adgang er regulert i aml § 15-14 (avskjed), hjemler ikke loven arbeidstakers mulighet å heve. Dette medfører at dersom arbeidstaker vil heve avtalen, må dette gjøres på bakgrunn av alminnelige kontraktsrettslige regler. Det kreves fortsatt at det på arbeidsgivers side har forekommet *vesentlige kontraktsmislighold*. Eksempelvis mislighold av lønnsutbetaling, dårlige arbeidsforhold, herunder trakassering.

⁷⁰ For en mer utførlig fremstilling se. Viggo Hagstrøm, Obligasjonsretten 1. utg (2003).

Illustrerende er Stryn apotek-dommen, hvor tre arbeidstakere ble sykemeldte på grunn av trakassering på arbeidsplassen. De led alle av psykisk nevrose. Arbeidstakerne anførte prinsipielt at de i realiteten var oppsagt av arbeidsgiver og av denne grunn hadde krav på erstatning, dette fikk de ikke medhold i.⁷¹ Retten kom likevel til at de trakasserte hadde krav på erstatning for det tap de hadde lidt på bakgrunn av arbeidsgivers vesentlige mislighold av arbeidsavtalen. Misligholdet knyttet seg her til arbeidsgivers forsømmelse av å ivareta et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Retten bygde således på arbeidstakernes subsidiære anførsel at arbeidsgiver var erstatningsansvarlig etter alminnelig kontraktrettslige regler.

En arbeidstaker må også kunne heve etter læren om *bristende forutsetninger*. Etter sjøloven⁷² § 12 første ledd bokstav d til h er dette lovregulert, hvor arbeidstaker kan heve avtalen dersom ”skipet mister retten å føre norsk flagg”, jf. bokstav d, hvis arbeidstakeren er ansatt for en bestemt reise, men hvor ”reisen blir vesentlig endret” (bokstav f) eller skipet står i fare for å bli brukt i krig (bokstav g) og sist dersom det etter tiltredelse om bord viser seg at det i den havn skipet er bestemt til, hersker en ondartet farsott”(bokstav h). Men det må utover dette være klart at arbeidstaker også kan heve i tråd med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

I noen enkelttilfeller er arbeidstakers adgang å heve arbeidsavtalen regulert, som allerede nevnt hjemler sjøloven § 12 en slik rett til å heve arbeidsavtalen når det foreligger særlige grunner. I denne sammenheng kan også opplæringsloven⁷³ § 4-6 nevnes, som både regulerer arbeidsgivers og arbeidstakers (en lærlings) mulighet å heve en lærekontrakt. Etter første ledd kan avtalepartene heve dersom det foreligger vesentlig brudd fra en av avtalepartene eller dersom en av avtalepartene er ute av stand til å fortsette læreforholdet, jf. annet ledd. Sist kan en læreavtale heves etter tredje ledd dersom enten lærlingen eller lærekandidaten skriftlig erklærer at det vil medføre urimelige ulemper å fortsette ut den avtalte perioden.

Det må i denne sammenheng nevnes at det foreligger en betydelig risiko for arbeidstaker som – under henvisning til at han har vært utsatt for trakassering – ønsker å heve en arbeidsavtale med øyeblikkelig virkning og forlate arbeide på dagen. Dette henger sammen med arbeidsgivers mulighet til å både anmelde forholdet og motregne i arbeidstakers lønn og

⁷¹ Spørsmålene om erstatning på bakgrunn av stillingsvernet vil bli behandlet under punkt 2.3.2.4

⁷² Lov om sjøfarten (sjøloven) av 24. juni 1994 nr. 39.

⁷³ Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1998 nr. 61.

feriepenger dersom arbeidstaker går på dagen og dette er en rettsstridig fratreden.⁷⁴ Retten vil komme til at arbeidstakers fratreden er rettsstridig dersom det ikke foreligger et vesentlig mislighold fra arbeidsgivers side i form av trakassering eller en bristende forutsetning. For denne oppgavens vedkommende vil arbeidstaker anses å ha fratrudd rettsstridig dersom trakassering ikke anses å ha funnet sted. Det vil ofte være vanskelig å bevise trakassering og følgelig løper arbeidstaker en stor risiko ved å velge å fratre med umiddelbar virkning som reaksjon på noe han føler er trakassering.

At en avtale heves utelukker ikke at arbeidstaker også kan kreve *erstatning*. Spørsmålet vil så være hva vedkommende kan få erstattet. I kontraktsretten skiller en gjerne mellom den negative og positive kontraktsinteressen. Erstattes den negative kontraktsinteressen, sier en ofte at vedkommende blir stilt som om avtalen ikke var inngått, mens når den positive kontraktsinteressen erstattes, blir vedkommende stilt økonomisk som om avtalen var oppfylt rettmessig. Generelt er det situasjonsbetinget hvilken av kontraktsinteressene som er gunstigst å få oppfylt. Eksempelvis vil det være mest gunstig ved kjøp av aksjer å kreve den negative kontraktsinteressen dersom aksjene synker i kurs, mens det vil være den positive som er mest lukrativ dersom kursen går opp. For trakasseringens tilfelle vil det bare være anledning å kreve den *positive kontraktsinteressen*. En blir altså satt i en økonomisk stilling som om arbeidsmiljøet hadde vært fullt forsvarlig. Differansen mellom en riktig oppfylt arbeidskontrakt og en hvor det foreligger mangler, vil ofte være vanskelig å finne når arbeidstakeren sjeldent vil ha lidt noe økonomisk tap.

Når det gjelder kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, som denne oppgaven omhandler, er problemstillingen om arbeidstakers rettigheter mellom ansettelsestidspunktet og tiltredelsestidspunktet ikke et aktuelt tema i forhold til trakassering. Vedkommende nyansatt vil vanskelig kunne utsettes for trakassering i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Det vises her både til at trakasseringens kvalitet og kvantitet neppe vil kunne nås i denne perioden.

2.3.2.4 Erstatning på bakgrunn av reglene om stillingsvern.

Det er i rettspraksis ved et tilfelle anført at arbeidstakerne på bakgrunn av reglene om stillingsvern hadde krav på erstatning. I Stryn apotek-dommen ble det hevdet at

⁷⁴ I de alvorligste tilfelle vil arbeidstaker dersom han "uden lovlige eller antagelige Grund" bryter en arbeidsavtale kunne straffes med bøter eller fengsel inntil 3 måneder, jf. strl. §409 første og annet ledd. Se om motregning aml. §14-15 (2)bokstav e.

arbeidstakerne, på grunn av at arbeidsmiljøet var så dårlig at de var forhindret fra å gå tilbake til sitt arbeid, i realiteten var oppsagt av arbeidsgiver. Erstatningskravet var i denne sammenheng bygget på aml. (1977) § 62 som hjemlet erstatning for usaklig oppsigelse. Det skal i denne sammenheng fremheves at det vil være gunstig for arbeidstakerne å kunne bygge erstatningsansvaret på reglene om stillingsvern. Dette henger sammen med at arbeidstakerne ikke trenger å påvise noe skyld hos arbeidsgiveren, da erstatningsansvaret bygger på den usakelige oppsigelsen. Bestemmelsen hjemler videre erstatning for ikke-økonomisk tap (oppreisning). Det skal i tilknytning til dette bemerkes at aml. (1977) ikke hadde en tilsvarende regel som en i dag finner i aml. § 13-9. Arbeidstakerne hadde med dette vanskeligere for å nå frem med krav om oppreisning, da skadeerstatningsloven oppreisningsbestemmelse krevde enten grov uaktsomhet eller forsett fra den skadevoldendes side.

Denne påstanden fikk arbeidstakerne ikke medhold i. Førstvoterende uttaler i denne sammenheng at oppsigelse fra en arbeidsgivers side er et påbud til arbeidstakeren. Noe slikt påbud kunne ikke anses å være gitt i den forelagte sak, da oppsigelse verken skriftlig eller muntlig var meddelt de ansatte. Førstvoterende så det heller ikke godtgjort at en sto ovenfor en endringsoppsigelse. Det pekes her på at "[s]ituasjonen var den at [arbeidstakerne] ikke hadde vært på arbeid siste del av 1994. Etter en totalvurdering og i tråd med anbefaling fra legen, fant de ikke å kunne gå tilbake til sine stillinger. Selv om dette skyldtes det dårlige arbeidsmiljøet som hadde utviklet seg gjennom årene, og som A etter lagmannsrettens flertalls vurdering hadde ansvaret for, er det for anstrengt å rubrisere forholdet som oppsigelse fra apotekerens side. Jeg kan heller ikke se at det er behov for å ty til en slik betraktningmåte." Avslutningsvis begrunner førstvoterende videre sitt syn med at han verken ser et behov "for å ty til en slik betraktningmåte" og viser til at arbeidstakerne vil kunne kreve erstatning etter de alminnelige kontraktsrettslige reglene.

Av dommen kan en trekke ut at det vern arbeidstaker nyter etter reglene om stillingsvern ikke kommer til anvendelse med mindre oppsigelse er gitt skriftlig eller muntlig. Det holder med andre ord ikke at arbeidsforholdet er så utholdelig at arbeidstakerne av helsemessige årsaker ikke kan gå tilbake til jobb, og på denne måten de facto er utestengt fra arbeidsplassen. Annerledes vil det kunne stille seg hvor arbeidsgiveren fysisk utestenger de ansatte.

Dette standpunktet kritiseres av Due Lund m.fl.,⁷⁵ fordi det ”kan tenkes å oppfordre useriøse arbeidsgivere til å presse ut uønskede arbeidstakere uten å gå veien om oppsigelse.” Til inntekt for sitt syn tar forfatterne det at arbeidstakerne ikke kan bygge sine krav og nyte godt av den objektive erstatningsregelen, jf. aml § 15-12. Dette er jeg enig i, men når det gjelder deres videre begrunnelse om at ”aml. §15-12 ... også åpner for oppreisning, altså ikke-økonomisk tap” som bygger på et objektivt ansvar, synes jeg ikke denne gjør seg like gjeldende. Uenigheten retter seg her først og fremst mot å bøte på urimeligheten på en annen måte enn å se det hele som en avskjedssak fra arbeidsgivers side; et slikt syn synes jeg blir noe kunstig. En bedre måte vil være å stille arbeidstakere i en rimeligere posisjon ved å – slik som jeg har argumentert for ovenfor – åpne for at arbeidstakere som utsettes for trakassering kan påberope både bevis- og erstatningsreglene i kapittel 13.

2.3.3 Nærmere om årsakssammenheng og kravet til økonomisk tap.

Den alminnelige erstatningsretten krever i tillegg til at det foreligger et ansvarsgrunnlag, at det foreligger et *økonomisk tap* samt at det er en *adekvat årsakssammenheng* mellom tapet og handlingen, for at det skal betales erstatning.⁷⁶

Tapet vil som hovedregel referere seg til lønnstap ved sykefravær. Slike tap vil vedkommende arbeidstaker sjeldent ha lidt, fordi lønn ved sykefravær dels vil bli dekket av arbeidsgiver og dels gjennom folketrygden. Det skal dog presiseres at folketrygden bare dekker sykepenger opp til seks ganger grunnbeløpet, jf. folketrygdloven § 8-10. Når da vilkårene, som nevnt, er kumulative vil det ikke være tale om erstatning i de tilfeller hvor den trakasserte ikke har lidt noe økonomisk skade. Annerledes vil det kunne stille seg for fremtidige tap som stillingsforfremmelse eller ansiennitet, slike tap vil på den annen side være vanskelig å sannsynliggjøre. En annen mulighet er å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter den alminnelige erstatningsrettens regler om *oppreisning*. Det må i denne sammenheng nevnes at en så langt i rettspraksis ikke har tilkjent oppreisning for trakassering. Annerledes vil dette kunne stille seg ved vedtakelse av aml. § 13-9 hvor arbeidsgiver på objektivt grunnlag hefter for oppreisning.⁷⁷

Sist skal det nevnes at den adekvate *årsakssammenheng* henger nøye sammen med beviskravet. Det må med andre ord for det første bevises at det har forekommet trakasserende handlinger, dernest må disse trakasserende handlingene bevises å ha medført et økonomisk tap. Det foreligger en rekke vanskeligheter vedrørende bevisføring som eksplisitt ble tatt opp i

⁷⁵ Se Due Lund mfl., Arbeidslivets spilleregler, (s.191)

⁷⁶ For en inngående fremstilling se Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2 utgave. og Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 4 utgave.

⁷⁷ Se nærmere ovenfor under pkt. 2.3.1

Moelven-dommen. Her uttaler førstvoterende at i ”erstatningsrettslig sammenheng vil nok påstander om mobbing kunne stille domstolen overfor vanskelige spørsmål både når det gjelder bevisbedømmelse og rettsanvendelse, knyttet til årsaksammenheng, skyldvurdering og påregnelighet.”

2.3.4 Utmåling av erstatning.

Når vilkårene for erstatning foreligger, har den trakasserte som hovedregel krav på å få dekket sitt økonomiske tap fullt ut. Når det gjelder *lidt tap*, vil erstatningens størrelse sjeldent by på de store problemer. Tapet i disse tilfellene vil som regel referere seg til lønnstap. En tar eksempelvis utgangspunkt i inntektene den trakasserte hadde hos arbeidsgiver før sykefraværet, og beregner ut i fra denne hva vedkommende ville tjent i perioden fra sykemeldingen start og frem til domstidspunktet med fratrukk for inntekter vedkommende i denne perioden har mottatt fra andre enn den tidligere arbeidsgiver.⁷⁸ For *fremtidig tap* er situasjonen vanskeligere. Av rettspraksis⁷⁹ går det frem at retten på linje med det den etter aml. § 15-12 (2) annet punktum (tidligere aml. (1977) § 62 annet ledd) må foreta en skjønnsmessig vurdering hvor lang tid det med rimelighet vil ta for vedkommende å få ny jobb på bakgrunn av de fremlagte opplysninger. Etterspørselen av arbeidskraft vil kunne være et moment.⁸⁰ Det samme vil etterfølgende omstendigheter være, se Lørenskog kommunedommen,⁸¹ hvor en arbeidstaker etter arbeidsforholdets opphør hadde blitt ufør.

Til dette utgangspunktet kan en tenke seg flere unntak hvor erstatningen settes ned. Det følger i denne sammenheng av skl. § 5-1 at erstatningen kan settes ned dersom den skadelidte har medvirket. Videre følger det av den alminnelige lempningsregelen, jf. skl. § 5-2, at også forhold på skadevolders side (arbeidsgiver) kan medføre at erstatning settes ned dersom full erstatning vil virke urimelig tyngende.

⁷⁸ ((hva her med trygdeytelser??))

⁷⁹ Rt.1997.1506 (Stryn apotekdommen) (s.1516 siste avsnitt).

⁸⁰ Rt.1997.1506 (Stryn apotekdommen)

⁸¹ Rt.1991.236

2.4 Forskjeller mellom arbeidsrettens trakasseringsbegrep og erstatningsbetingede trakassering.

2.4.1 Generelle betraktninger

Det er viktig å skille mellom hva som i arbeidsretten karakteriseres som trakassering og hva som etter erstatningsretten er erstatningsbetingende trakassering. Av dom inntatt i Rt.2004.1844 går det i denne sammenheng frem at det er ”på det rene at ikke enhver overtredelse av [trakasseringsnormene] innebærer at det forligger erstatningsgrunnlag”. Videre presiserer førstvoterende at det ikke er avgjørende om arbeidslederen i den forelagte sak hadde opptrådt klandreverdigg eller hadde trakassert vedkommende, ”men om den har vært klandreverdigg på en måte som må sees som erstatningsmessigg uaktsomm”. En ser her av det siterte at en må skille mellom arbeidsrettslig trakassering og erstatningsbetinget trakassering. Dette henger sammen med at en følger de arbeidsrettslige reglene og de underliggende hensynene for å statuere trakassering etter arbeidsretten, mens en etter aml. 4-3 (3) anvender de alminneligg erstatningsrettslige regler og hensynene som her gjør seg gjeldende for å statuere et eventuelt erstatningsansvar på grunn av trakassering.

For det første kan det pekes på at hensynene som ligger bak de to regelsettene til en viss grad er forskjellige. Mens hensynene som ligger bak arbeidsretten tar høyde for å beskytte arbeidstakeren, skal de erstatningsrettslige reglene beskytte skadelidte på en måte hvor en tenker skaden borte. En skal med andre ord stille skadelidte i samme posisjon som han var før skaden. Det kreves altså et økonomisk tap for at trakasseringen skal være erstatningsbetinget. Når det gjelder erstatning for trakassering, vil arbeidstaker sjeldent ha lidt noe økonomisk tap.⁸² Dette medfører ofte at retten vil kunne komme til at det har foregått trakassering, men siden den trakasserte ikke har lidt noe tap, har han heller ikke krav på erstatning. Vedkommende må dermed nøye seg med å kreve oppreisning. En må i denne sammenheng også nevne at det for de to tilfellene også foreligger en rekke sammenfallende hensyn som prevensjonshensynet, hvem står nærmest til å bære ansvaret, med mer.

Videre kreves det ansvarsgrunnlag og etter culpa- og arbeidsgiveransvaret kreves det at trakasseringen har foregått enten forsettlig eller uaktsomt for at erstatning skal kunne tilkjennes. Dette momentet skiller seg også fra det arbeidsrettslige trakasseringsbegrep, hvor

⁸² Se ovenfor under 2.3.3

det vil være tilstrekkelig at vedkommende føler seg trakassert. I denne sammenheng kan en vise til Nera- dommen hvor det i ettertid var klart at den trakasserte hadde spesielle personlighetstrekk som medførte at han var spesielt sårbar. Når han allikevel ikke ble tilkjent erstatning henger dette sammen med at verken arbeidsgiver eller noen av hans ansatte var forsettlig eller uaktsomt ansvarlig for den skaden som var påført vedkommende. Det ble godtgjort at de ikke hadde noen anledning til å vite om den trakassertes personlighetstrekk. Det erstatningsrettslige trakasseringsbegrep var således ikke oppfylt.

2.4.2 Særlig om bevisspørsmålene.

Skillet gjør seg også gjeldende ved bevisreglene som skal anvendes. Når det gjelder erstatning for trakassering på arbeidsplassen, vil en måtte foreta bevisførsel i to omganger. For det første må en ta standpunkt til om det har forekommet trakassering. I denne sammenheng tar en i bruk bevisreglene som følger av aml. § 13-8, som er behandlet under punkt 2.2.5.

Derneft må en skille mellom lidt- og fremtidig økonomisk tap, og ikke-økonomisk tap (oppreisning). For ikke-økonomisk tap bør dette tapet kunne kreves etter aml. § 13-9, som bygger på et objektivt ansvar. Det vil med andre ord si at kommer en til at det har forekommet trakassering, er det samtidig bevist at en har krav på oppreisning. Oppreisningens størrelse fastsettes skjønnsmessig av retten, jf. aml. § 13-9 (1) annet punktum.⁸³

Når det gjelder økonomisk tap, herunder lidt- og fremtidig tap, ”som følge av diskriminering i strid med dette kapittel... kan [slik erstatning] kreves etter de alminnelige regler”, jf. aml. § 13-9 (2). Trakassering vil som vist være i strid med dette kapitlet. Dette medfører som nevnt ovenfor at de tre vilkårene for erstatning må bevises. For denne bevisførselen foreligger det ingen spesielle regler og de vanlige reglene om sannsynlighetsovervekt og at saksøker har bevisbyrden kommer således til anvendelse. Det må med andre ord bevises at det foreligger et økonomisk tap, en adekvat årsakssammenheng og et ansvarsgrunnlag (herunder skyld fra arbeidsgiver eller en av hans arbeidstakere).

⁸³ Når det gjelder oppreisningens størrelse blant annet på grunn av trakassering eller diskriminering følger det av Direktiv 2000/78/EF artikkel 17 at sanksjonen skal være effektiv, den skal stå i rimelig forhold til overtredelsen og sanksjonene skal ha en avskrekkende funksjon. Kravet til effektivitet kommer bla. frem av EF domstolens praksis, se Colson- saken (C-14/83) og Harz- saken (C-79/83). Når dette er sagt virker det som den avskrekkende funksjon i for liten grad vektlegges i norsk rett, jf. Rt.2004.76, Rt.2003.1071. Det kan vanskelig tenkes at det har noen særlig avskrekkende virkning at arbeidsgiver ble pålagt å utbetale oppreisning på henholdsvis 25 000 kr og 50 000 kr. Begrunnelsen for at beløpene er så beskjedene har nok mye med tradisjonen en i norsk rett har når det gjelder utmåling av erstatning, men når det gjelder erstatning for trakassering og diskriminering taler gode grunner for at en til en viss grad fraviker den tidligere praksis, tilkjenner større beløp i erstatning og på denne måten ”tvinger” arbeidsgivere til å tilfredsstille lovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

2.5 Andre problemstillinger vedrørende trakassering.

2.5.1 Prosessuelle spørsmål.

2.5.1.1 Søksmålsfrister.

Når det gjelder søksmålsfrister ved tilfeller av trakassering, gjelder de alminnelige fristreglene som oppstilles i tvistemålsloven og domstolsloven, det samme gjelder for diskriminering. I forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven ble det i høringsrunden av NHO og HSH fremmet forslag om å fastsette søksmålsfrister i flere tilfeller hvor det har oppstått tvist, og særlig når det gjaldt tilfeller av trakassering og diskriminering.⁸⁴ Dette begrunnet de med de særlige hensynene som gjør seg gjeldende i og med at det er innført delt bevisbyrde og objektivt ansvar for arbeidsgiver. Et slikt syn var departementet ikke enig i. For det første ville det etter departementets mening være uheldig å operere med faste søksmålsfrister fordi det vil være vanskelig, om ikke umulig, i tilfeller av trakassering og diskriminering, å fastsette punktet hvor søksmålsfristen starter å løpe. For det andre ville det være uheldig om offeret skal måtte ta opp saken for rettslig behandling mens vedkommende er midt oppe i situasjonen.⁸⁵

2.5.1.2 Påskyndelse av saker om trakassering.

Arbeidslivsutvalget foreslo i sitt utkast at retten skal påskynde alle saker som gjelder rettigheter og plikter etter arbeidsmiljøloven.⁸⁶ Herunder faller saker om trakassering, som bygger på rettigheter og plikter mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Til inntekt for dette viste utvalget til både arbeidsgiver og arbeidstakers behov for å få en rask løsning på slike tvister.

I og med at behandling av rettslige spørsmål ved norske domstoler er et begrenset gode, vil en sak bli forfordelt dersom en tillater en annen sak påskyndet. På denne måten sier en at sak A er viktigere enn sak B, og for at så skal skje må sak A stå i en særstilling. Departementet fant at slike grunner ikke foreligger når det gjelder rettigheter og plikter generelt etter arbeidsmiljøloven. Departementet sa seg med dette enig i Regjeringsadvokatens og Justisdepartementets uttalelser om at slike spørsmål etter arbeidsmiljøloven ikke har en slik særstilling.⁸⁷

⁸⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.275 og 276

⁸⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.278

⁸⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.277, pkt. 22.4.4

⁸⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.277

2.5.2 Arbeidsgivers plikt å legge til rette for varsling.

Det følger av aml. § 3-1 at arbeidsgiver, som nevnt ovenfor under punkt 2.1.1, skal sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og i denne sammenheng aktivt sørge for ” at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten.” Herunder skal arbeidsgiver blant annet ”kartlegge farer og problemer og på denne bakgrunn vurdere risikoforholdene i virksomheten, utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen”, jf. aml. § 3-1 (2) bokstav c. I denne sammenheng må aml. § 3-6 fremheves. Av bestemmelsen går det frem at arbeidsgiver plikter å ”utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i samsvar med § 2-4”. Det kreves dog at ”forholdene i virksomheten tilsier det.”

Når det så gjelder interne varslingsrutiner for trakassering, er det klart at forholdene faller innunder HMS-reglene og arbeidsgiver er dermed forpliktet til å påse at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Spørsmålet blir således om forholdene i virksomheten tilsier det. Lovens ordlyd taler for at en skal foreta en konkret helhetsvurdering. Men tar en Falkendommen på ordet, vil forholdene i en virksomhet som hovedregel tilsi at det kan forekomme brudd på HMS-reglene ved trakassering. Førstvoterende uttaler for sin del at trakassering ”på arbeidsplassen har sammenheng med arbeidet i den forstand at dette bringer sammen mennesker med forskjellig bakgrunn og personlighet under forhold der man erfaringsmessig må regne med at det kan bli gnisninger og personlige konflikter som utløser mobbebehandlinger på arbeidsstedet i arbeidstiden”.⁸⁸ Videre går det frem av forarbeidene at ”[d]et skal ikke være høy terskel for at det skal være plikt til å sette i verk tiltak som beskrevet i bestemmelsen, og det er først og fremst «ukompliserte» virksomheter med få ansatte som vil falle utenfor”.⁸⁹ Arbeidsgiver plikter med dette som hovedregel å utarbeide rutiner for intern varsling, eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i samsvar med § 2-4.

⁸⁸ Rt.1997.786 (s.792)

⁸⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.54

3 Oppsummering

Etter det ovennevnte er det spesielt to ting jeg vil fremheve i en oppsummering: For det første vil jeg trekke frem skillet mellom arbeidsrettens trakasseringsbegrep og erstatningsbetinget trakassering. En kan stille spørsmålet hvor heldig det er å operere med et slik skille, og om det har noen nytte at en arbeidstaker anses trakassert, men ikke er berettiget til noen kompensasjon for de handlinger vedkommende ble utsatt for. På den ene siden vil arbeidstakeren blir hørt, og arbeidsgiveren vil bli oppmerksom på at arbeidsmiljøet ikke tilfredsstillende arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Det siste momentet skal en ikke undervurdere. En må kunne regne med at de fleste arbeidsgivere ønsker et best mulig arbeidsmiljø, og jobber målrettet mot dette. For disse vil en statuering av brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser kunne ha en effekt uavhengig om de blir gjort erstatningspliktig. Problemet er at dette ikke gjelder alle arbeidsgivere, og for enkelte vil kun hardere virkemidler, som økonomisk erstatning (oppreisning), ha en positiv effekt på arbeidsmiljøet. Når dette er tilfelle bør erstatningen, slik som forutsatt av EU, ha en avskrekkende effekt. Når oppreisningsinstituttet i Norge på langt nær kan sies å ha en slik avskrekkende funksjon, må det være på sin plass å etterlyse en forandring i norsk rettstradisjon hvor erstatningsbeløpene settes slik at den avskrekkende funksjon og målet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø kan oppnås.

Det andre jeg vil trekke frem, refererer seg også til erstatningsspørsmålet, nemlig veien til å bli tilkjent erstatning. En hensiktsmessig vei å gå vil være at bevis- og erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 13 kommer til anvendelse for enhver form for trakassering. Det må i denne sammenheng kunne rettes en liten kritikk til lovgiver at dette ikke er gjort uttrykkelig, når et av målene ved den nye arbeidsmiljøloven nemlig var å få bukt med enhver form for trakassering. Uansett ville det i alle fall vært ønskelig om lovgiver, dersom det ikke var meningen at kapittel 13 skulle komme til anvendelse, på en klar måte ga uttrykk for dette. Slik situasjonen er nå, er det for meg uklart om bestemmelsene kommer til anvendelse for enhver form for trakassering, samtidig som lovgivers vilje tilsynelatende taler for det.

4 Litteraturliste

Juridisk Teori:

Norsk lovkommentar	ved Rune Ytre Arne
Arbeidsrett.no (kommentarutgaven av aml.)	Jakhelln & Aune m.fl
Oversikt over arbeidsretten (2006)	Henning Jakhelln
Personaljuridik (2005)	Tommy Iseskog
AML kommentarutg. (2006)	Jan Fougner, Lars Holo
Arbeidslivets spilleregler (2006)	Due Lund m.fl
Rapporten om Yssen, Valla og LO	Fougner m.fl
Mobbing og harde personkonflikter (2002)	Ståle Einarsen m.fl
Tvistemål (2001)	Jens Edvind Skoghøy
Lærebok i erstatningsrett (2002)	Peter Lødrup
Obligasjonsrett (2003)	Viggo Hagstrøm
Oppsigelse i arbeidsforhold (2001)	Arne Fanebust
Rettergang i sivil- og straffeprosess (1999)	Jo Hov
LoR (1986) side 452	Anders Bratholm
Tidsskrift for erstatningsrett, 2005, side 157-166	Tarjei Thorkildsen og Trond Fondevik

Arbejdsret (1992)	Ole Hasselbalch
Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgåve (2004).	Nils Nygaard
Rettskilder og juridisk metode, (1998)	Carl August Fleischer
Rettskildelære, 5.utgave (2000)	Torstein Echhoff

Forarbeider:

NOU 2003:2 Arbeidslivsutvalgets delinnstilling – Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget – et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp.nr.104 (2002-2003) (endringslov) Arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

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

Ot.prp.nr.84 (2005-2006) (endringslov) Arbeidsmiljøloven (varsling)

Annet:

Rådsdirektiv	89/391/EØF
Direktiv	2000/78/EF
Rådsdirektiv	2001/23/EF
Rådsdirektiv	2002/14/EF
Endringsdirektiv	2002/73/EF

Rettspraksis:

Høyesterett:

Rt.1937.62	Rt.1991.317
Rt.1947.723	Rt.1991.616
Rt.1951.212	Rt.1993.616 (Moelven dommen)
Rt.1964.238	Rt.1997.786 (Falkendommen)
Rt.1972.1311	Rt.1997.1128
Rt.1982.878	Rt.1997.1506 (Stryn apotek- dommen)
Rt.1983.196	Rt.1997.1983
Rt.1988.692	Rt.2001.1362
Rt.1990.419	Rt.2003.1071
Rt.1990.603	Rt.2004.1844 (Neradommen)
Rt.1990.903	
Rt.1991. 236	

Lagmansrettene:

LG.2001-696
LG.2003-13634
LG.2005-122048

EF- domstolen:

Carlson- saken (C-14/83)
Harz- saken (C-79/83)