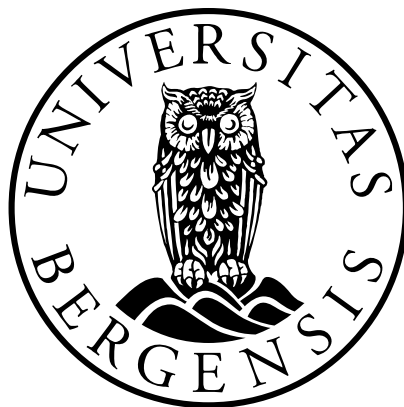


Arbeidstakers trakasseringsvern

Særlig om forholdet mellom vernet mot trakassering på arbeidsplassen etter arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd og trakasseringsvernet i likestillings- og diskrimineringsloven § 13.

Kandidatnummer:209

Antall ord: 14224



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Problemstilling	4
1.2 Begrepsavklaring.....	5
1.2.1 Arbeidstaker	5
1.2.2 Arbeidsgiver	6
1.2.3 Uønskede handlinger på arbeidsplassen.....	6
1.3 Avgrensing	7
1.4 Videre fremstilling	7
2 Psykososialt arbeidsmiljø	9
2.1 Hva er det psykososiale arbeidsmiljøet.....	9
2.1.1 Organisasjonspsykologiske betraktninger.....	10
2.2 Betydningen av et godt psykososialt arbeidsmiljø.....	11
2.2.1 For arbeidstaker	11
2.2.2 For arbeidsgiver.....	12
2.2.3 For samfunnet.....	13
2.3 Rettslig regulering av det psykososiale arbeidsmiljøet	13
2.3.1 Behov og utfordringer	13
2.3.2 Et historisk perspektiv	14
2.4 Arbeidsmiljøloven.....	15
2.5 “Fullt forsvarlig”	16
3 Trakassering og diskriminering.....	17
3.1 Grunnlag for sammenligning	17
3.2 Trakassering	17
3.3 Diskriminering	18
3.4 Arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd.....	20
4 Vernet mot trakassering	23
4.1 Negative handlinger	24
4.2 Gjentatte ganger	25
4.3 Ubalanse i styrkeforholdet	27
4.4 Objektiv eller subjektiv norm?.....	28

5	Arbeidstakers og arbeidsgivers plikter i forhold til trakasseringsvernet.....	31
5.1	Arbeidstakers varslingsplikt.....	31
5.2	Arbeidsgivers sikringsplikt	32
6	Rettsvirkninger av brudd.....	34
6.1	Straff.....	34
6.2	Oppsigelse	34
6.3	Erstatning	35
6.3.1	Arbeidsgiveransvaret.....	37
6.3.2	Culpaansvaret	38
6.3.3	Erstatning i kontraktsforhold.....	38
6.3.4	Terskel.....	39
6.3.5	Erstatning etter likestillings- og diskrimineringsloven	39
6.3.6	Bevisbyrderegulene, reell betydning eller kun en teoretisk forskjell?	41
6.4	Oppreisning	42
7	Avslutning	45
8	Litteraturliste	47
8.1	Lover og forarbeider.....	47
8.2	Rettspraksis	48
8.3	Litteratur.....	49
8.4	Annet	50

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Tema for masteroppgaven er det psykososiale arbeidsmiljøet. Hvordan vi har det på jobb er av stor betydning, både for arbeidstaker som enkeltmenneske, men også i rammer som går utover dette.

FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter inntatt i lov 21.05.1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) peker i artikkel 6 på retten til arbeid “som omfatter mulighet for enhver til å tjene sitt levebrød ved arbeid som han fritt har valgt eller godtatt”. For å kunne ha en fungerende velferdsstat er det nødvendig at så mange som mulig av de som er arbeidsføre er i arbeid. I tillegg til at dette fører til skattbar inntekt er det både helsefordeler og sosiale fordeler ved å være i arbeid. I Grunnloven § 110 fremgår det at *“Dei statlege styresmaktene skal leggje til rette for at kvart arbeidsført menneske kan leve av arbeidet sitt eller næringsverksemda si.”*

For å få dette til er det nødvendig for staten og sette noen rammer rundt arbeidslivet slik at det å være i arbeid ikke byr på utfordringer som veier opp for de nevnte fordelene.

Oppgaven vil gå nærmere inn på problematikken rundt trakassering i arbeidslivet og særlig se på forholdet mellom arbeidstakers vern mot trakassering i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven eller aml.) § 4-3 tredje ledd og trakasseringsvernet i lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven eller diskrl.) § 13.

Temaet trakassering, og særlig seksuell trakassering, har tatt stor plass i mediebildet den siste tiden gjennom “me-too” kampanjen som retter fokus mot dette. Mange av sakene som har vært oppe i media omhandler nettopp trakassering på arbeidsplassen. Dette viser at problematikken er relevant og aktuell. Jeg mener at problemstillingen også generelt sett er viktig fordi arbeidstakere som blir utsatt for mobbing ofte vil vegre seg for å gå til sak mot arbeidsgiver. Belastningen av trakasseringen vil ofte være så stor at arbeidstaker velger å si fra seg jobben frivillig, for å heller finne annet arbeid. For å gi arbeidstakere et bedre rettsvern må det tydeliggjøres hva som regnes som trakassering etter aml. § 4-3 slik at prosessrisikoen ikke blir så stor at det fremstår som urealistisk å anvende bestemmelsen. Jeg er også

interessert i trakasseringsvernet i aml. § 4-3 tredje ledd sitt særpreg. På flere måter skiller det seg fra andre trakasseringsvern, hva er grunnen til dette og er det rimelig at det er slik? Dette er årsaken til at deler av oppgaven vil vies til sammenligning med trakasseringsvernet i likestillings- og diskrimineringsloven § 13.

1.2 Begrepsavklaring

Begrep som er av betydning for oppgaven eller som brukes i stor utstrekning vil i det følgende forklares.

Arbeidstaker og arbeidsgiver er begreper som er sentrale i oppgaven. Det er ikke rom for en uttømmende forklaring av begrepene i denne oppgavens format, men en enkel fremstilling av hva som skal forstås med de ulike begrepene er nødvendig.

1.2.1 Arbeidstaker

Det er arbeidstaker som skal vernes mot trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd, og det er derfor en forutsetning for forståelse av oppgaven at det er klart hvem som er arbeidstaker. Arbeidstaker er i aml. § 1-8(1) definert som “enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”. Etter ordlyden er det altså en person som gjør et hvilket som helst arbeid for hvem som helst andre. En sentral del av forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver er at arbeidstaker er underordnet arbeidsgiver¹. I Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpres) som omhandlet refusjon av feriepenge etter ferieloven², ble det lagt vekt på at det i forarbeidene til ferieloven var et krav om at arbeidstaker måtte stå i et avhengighetsforhold til arbeidsgiver. Dette var en forutsetning for at en skulle regnes som arbeidstaker i ferielovens forstand.³ At arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven stort sett sammenfaller med ferielovens arbeidstakerbegrep følger av Rt. 1984 s. 1044.

Selvstendige oppdragsgivere, og personer som arbeider med grunnlag av et tillitsvern for eksempel stortingsrepresentanter er ikke arbeidstakere. Det vil ikke gås nærmere inn på dette da det ikke er av betydning for oppgaven.

¹ Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Oslo 2016 s. 41

² Lov 29.04.1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)

³ Rt. 1986 s. 1322 (s. 1324)

1.2.2 Arbeidsgiver

Arbeidsgiver er den som har hovedansvaret for å sørge for at arbeidstakerne vernes mot trakassering på arbeidsplassen. Arbeidsgiver defineres i arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) som enhver som har ansatt arbeidstaker for å “utføre arbeid i sin tjeneste”. Det fremgår også av bestemmelsen at det er den som faktisk leder virksomheten som skal regnes som arbeidsgiver.

Problematikk rundt delt arbeidsgiveransvar vil ikke behandles da det ikke er rom innenfor oppgavens format til å gå nærmere inn på spørsmålet betydning for trakasseringens vern.

1.2.3 Uønskede handlinger på arbeidsplassen

Arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd beskytter arbeidstaker mot trakassering og annen utilbørlig opptreden, dette er betegnelser som rommer en rekke ulike fenomener. Disse har som fellesnevner at de må regnes som uønskede. I det følgende vil noen slike fenomener som er aktuelle i arbeidslivet raskt presenteres. Arbeidstaker er vernet spesielt mot noen av fenomenene i andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven eller i andre lover.

Mobbing er det begrepet som alminnelig er brukt i dagligtale om handlinger som faller inn under trakasseringensbegrepet. Særlig i skolesammenheng er mobbing et begrep som er utbredt. Begrepene mobbing og trakassering vil i det følgende brukes om hverandre. Mobbing er ikke et begrep som er anvendt i lovgivningen, men innholdet av mobbing må regnes å ligge innenfor trakasseringensbegrepet i aml. § 4-3 tredje ledd.⁴

Seksuell trakassering er en betegnelse på uønsket oppmerksomhet av seksuell karakter⁵. Arbeidstaker er vernet mot seksuell trakassering både gjennom arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsloven. Seksuell trakassering på arbeidsplassen har den siste tiden vært fremtredende i media gjennom “me-too” kampanjen.

Diskriminering er også en type negativ handling som kan forekomme på arbeidsplasser. Både ulovlig forskjellsbehandling og trakassering på bakgrunn av diskrimineringsgrunnlagene er ulovlig. Det sistnevnte vil være fokus for sammenligningen i den videre fremstillingen. Diskriminering presenteres mer utførlig i punkt 3.3.

⁴ Ot.prp. nr.50 (1993-1994) s. 230, *begrepene mobbing og trakassering blir brukt om hverandre i forarbeidene til forløperen til aml. § 4-3 tredje ledd.*

⁵ jfr. diskrl. § 13 tredje ledd

Gjengjeldelse er også en type negativ handling som må regnes som uønsket på arbeidsplassen. Betegnelsen brukes om negative handlinger som arbeidsgiver utfører som reaksjon på arbeidstakers varsel. Gjengjeldelse vil typisk være endring av arbeidsoppgaver, advarsler ol., men vernet mot gjengjeldelse innbefatter også handlinger som må regnes som trakasserende⁶. Arbeidstaker har et særlig vern mot gjengjeldelse i aml. § 2 A-2, dette vil ikke behandles videre i oppgaven.

1.3 Avgrensing

Arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje verner arbeidstaker mot “trakassering og annen utilbørlig opptreden”. Oppgaven vil hovedsakelig fokuseres på vilkåret “trakassering”. “Annen utilbørlig opptreden” er et vagt vilkår som stort sett må regnes å til en viss grad utvide bestemmelsens virkeområde. I denne oppgavens format er det ikke rom for å undersøke nærmere i hvilken utstrekning begrepet utvider bestemmelsens virkeområde.

1.4 Videre fremstilling

Oppgaven vil innledningsvis belyse tematikken rundt det psykososiale arbeidsmiljøet og den rettslige reguleringen av dette, for å få en overordnet ramme for den videre fremstillingen. Videre vil fenomenene trakassering og diskriminering presenteres før trakasseringsvernet i de to lovene introduseres. Dette for å gi utgangspunkt for en god sammenlignende analyse i den videre oppgaven.

Deretter vil arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd være utgangspunktet for en gjeldende rett analyse for å vurdere hva som er innholdet i vernet. Herunder vil en rekke spørsmål undersøkes for å belyse nettopp hva som ligger i arbeidstakers vern; hva ligger i begrepet trakassering, hvilke rettsvirkninger kan brudd på bestemmelsen føre til og hvem er det som har ansvaret for å overholde vernet. Det vil foretas en løpende sammenligning med trakasseringsvernet i likestillings- og diskrimineringsloven.

⁶ Ståle V. Einarsen og Harald Pedersen, *Håndtering av konflikter og trakassering i arbeidslivet*, 2. utgave, Oslo 2017 s. 343.

Avslutningsvis vil det foretas en vurdering av gjeldende rett, hvordan er arbeidstakers vern mot trakassering på arbeidsplassen og hvordan burde dette eventuelt være.

2 Psykososialt arbeidsmiljø

For å sette problemstillingen inn i et større perspektiv er det nyttig å se på det overordnede temaet for oppgaven. Vernet mot trakassering i arbeidsmiljøloven er en del av kravene til det psykososiale arbeidsmiljøet. Det psykososiale arbeidsmiljøet kan ved en forenkling sies å handle om mellommenneskelig samhandling på arbeidsplassen. Temaet er viktig på flere fagfelt. På grunn av det mellommenneskelige aspektet er temaet sentralt i organisasjonspsykologien. Konsekvensene av et dårlig arbeidsmiljø kan være helsemessige og det vil derfor være naturlig å se på psykososialt arbeidsmiljø også fra et medisinsk perspektiv. Det psykososiale arbeidsmiljøet er altså ikke uttømmende eller hovedsakelig et juridisk tema, på bakgrunn av dette vil denne delen av oppgaven ha innslag av tverrfaglighet.

2.1 Hva er det psykososiale arbeidsmiljøet?

Begrepet *psykososialt* er satt sammen av ordene psykologisk og sosialt. Psykologien handler om menneskets “atferd og mentale prosesser”⁷, altså enkeltmenneskets indre liv og hvordan dette gir utslag i handlinger. Det sosiale handler om samhandling mellom mennesker. Det psykososiale er etter dette en samlingsbetegnelse på både de indre prosessene i menneske og samhandling mellom mennesker.

Det psykososiale arbeidsmiljøet er en samlebetegnelse på flere faktorer som spiller inn på arbeidsmiljøet. I arbeidsmiljøloven skilles det mellom det fysiske og det psykososiale arbeidsmiljøet. De fysiske arbeidsmiljøfaktorene består av fysiske og mekaniske faktorer som støy, lys, arbeidsstilling ol., mens de psykososiale faktorene er de som dreier seg om mellommenneskelig samhandling på arbeidsplassen, for eksempel medbestemmelsesrett, organisering av arbeidstid, samarbeid ol. En annen måte å forklare forskjellen på de fysiske og psykososiale faktorene er at de fysiske faktorene vil påvirke arbeidstaker direkte, mens psykososiale faktorer påvirker gjennom arbeidstakerens opplevelse og fortolkning av hendelsene⁸

Det psykososiale arbeidsmiljøet er sentralt i organisasjonspsykologien og for å få et godt bilde av hva som ligger i begrepet er det ikke tilstrekkelig å se det kun fra et juridisk ståsted. I Stein

⁷ Store Norske Leksikon <https://snl.no/psykologi> (mai 2018)

⁸ Levi, L “Definitions and the conceptual aspects of health in relation to work”, *Psychosocial factors at work and their relation to health*, World Health Organization Geneva (1987) s. 9-14 (s. 9).

Evju sin spesialfagsavhandling fra 1974 hvor tema var “Vernekravene i arbeidervernlovenes § 5” gikk han tverrfaglig til verks og så på det medisinske perspektivet i forhold til lovens krav om vern av “liv og helse”⁹. På samme måte er det her nødvendig å se på organisasjonspsykologiske betraktninger rundt det psykososiale arbeidsmiljøet.

2.1.1 Organisasjonspsykologiske betraktninger

Spesialist i arbeids- og organisasjonspsykologi Anders Skogstad bruker betegnelsen psykososiale faktorer i arbeidet med betydningen “*de faktorer i arbeidet som gjør seg gjeldende på sosiale arenaer, og som blir fortolket av den enkelte arbeidstaker ut fra dennes individuelle kjennetegn, med konsekvenser for jobbtrivsel, helse og ytelser.*”¹⁰ Hvordan å nærmere beskrive innholdet i det psykososiale arbeidsmiljøet gjennom organisasjonspsykologien varierer, men det er særlig motivasjonsperspektiver og stressperspektiver som er utbredt. De ulike modellene som i det følgende presenteres sier noe om hva som er viktige psykososiale faktorer, men de kan også anvendes som metoder for å arbeide med det psykososiale arbeidsmiljøet.

Motivasjonsperspektivet er positivt begrunnet og modellene som er del av dette perspektivet fokuserer på hvilke faktorer som påvirker arbeidstaker til å ha for eksempel motivasjon, høy ytelse, høy jobbtrivsel og som fører til lavt fravær og gjennomtrekk¹¹. Gjennom å kartlegge hvilke kjennetegn ved arbeidet som fører til disse resultatene kan arbeidsgivere ha noen holdepunkter for hva som er viktig for å få et godt psykososialt arbeidsmiljø på arbeidsplassen. Som eksempel på en modell innenfor motivasjonsperspektivet kan jobbkjennetegnmodellen brukes. I modellen er oppgavens betydning, autonomi, ferdighetsvariasjon og tilbakemelding eksempler på slike faktorer som vil være av betydning for at arbeidstaker skal få det ønskede resultat som er nevnt ovenfor. Motivasjonsperspektiver har historisk sett vært viktige, og i Norge var de med å påvirke bestemmelsen i arbeidsmiljøloven som omhandler det psykososiale arbeidsmiljøet (tidligere aml. § 12- nå § 4-3)¹².

Innenfor et stressteoretisk perspektiv er det mer fokus på hvilke belastninger som ligger innenfor arbeidshverdagen og hvordan arbeidstaker med sine individuelle kjennetegn takler

⁹ Stein Evju, *Vernekravene i arbeidervernlovenes § 5*, Oslo 1974 s. 23

¹⁰ Anders Skogstad, *Det gode arbeidsmiljø*, 2.utgave Bergen 2011 s. 18

¹¹ Disse er eksempel fra jobbkjennetegnmodellen utformet av Hackman og Oldham (1976-1980)

¹² Skogstad 2011 s. 20

disse forskjellige utfordringene¹³. Jobbkraft-kontroll-modellen er eksempel på en modell innenfor stressteoretisk perspektiv¹⁴. Modellen fokuserer på forholdet mellom grad av kontrollering av arbeidet og krav til arbeidets gjennomføring. Hvor en arbeidssituasjon som består av høye krav og lav kontroll over arbeidet kan føre til stress og uheldig belastning, vil en jobb med høye krav og høy kontroll gi mestringsfølelse og motivasjon. Kontroll i denne modellen og autonomi i jobbkjennetegnmodellen kan nok sies å være samme faktoren, forskjellen på fremleggelsen i de ulike modellene er at Jobbkraft-kontroll peker på både positive og negative virkninger, mens jobbkjennetegn-modellen kun peker på de positive.

2.2 Betydningen av et godt psykososialt arbeidsmiljø

Å sikre et godt psykososialt arbeidsmiljø kan være ressurskrevende for arbeidsgiver. Staten bruker også ressurser gjennom blant annet arbeidstilsynet for å sikre at arbeidstakere i norske bedrifter har et godt arbeidsmiljø. For å forsvare dette er det nødvendig å forstå hvilken betydning et godt arbeidsmiljø har for ulike aktører. I det følgende vil betydningen for arbeidstaker, arbeidsgiver og samfunnet som helhet behandles.

2.2.1 For arbeidstaker

Store deler av det moderne menneskets liv tilbringes på arbeidsplassen, og arbeidet vil ofte være viktig for følelse av mestring, selvverd og fellesskap. Det psykososiale arbeidsmiljøet og mobbing kan utvilsomt påvirke den enkelte arbeidstaker, både positivt og negativt. Det psykososiale arbeidsmiljøet innbefatter som tidligere nevnt flere ulike faktorer som spiller inn på arbeidstakers grad av trivsel på arbeidsplassen. Derfor vil også virkningene av et dårlig arbeidsmiljø variere veldig. Det er her naturlig å fokusere på konsekvenser av trakassering, da dette er tema for oppgaven.

Det at mobbing på arbeidsplassen kan føre til mistriivsel hos arbeidstakeren som blir mobbet er utvilsomt, men forskning viser at mobbing også kan gi offeret både mentale og psykosomatiske helseplager¹⁵. Eksempler som nevnes i artikkelen er symptomer på

¹³ Skogstad 2011 s. 22

¹⁴ Skogstad 2011 s. 26

¹⁵Morten Birkeland Nielsen, og Ståle Einarsen "Outcomes of exposure to workplace bullying: A meta-analytic review", *Work & Stress*, Vol 26, 2012 – Issue 4. S 309-332 (s. 309)

posttraumatisk stress, utbrenthet, angst og depresjoner, søvnlidelser kan også være knyttet til mobbing på arbeidsplassen. Slike helseplager må regnes å kunne være særdeles tunge for enkeltmennesket og kan gå ut over evnen til å fungere optimalt i hverdagen og på arbeidet. Arbeidstakers avhengighet av arbeidet og lønnsutbetaling er en faktor som kan forsterke disse negative belastningene. Denne belastningen modereres igjen av det norske velferdssystemet som gir rett til sykepenger eller trygdeutbetalinger dersom arbeidstaker ikke klarer å stå i jobben. En studie laget av STAMI og universitetet i Bergen¹⁶ viste at arbeidstakere som ble mobbet hadde dobbelt så høy sannsynlighet for å ha selvmordstanker som de som ikke ble mobbet, dette viser problemets ytterste alvor.

2.2.2 For arbeidsgiver

Også for arbeidsgiver vil trakassering på arbeidsplassen kunne få uønskede konsekvenser. Det er lett å se for seg at de tidligere nevnte helseplagene en som er utsatt for mobbing opplever kan gå utover vedkommende sin arbeidsevne, og muligens også motivasjon til å gjøre en god jobb. At arbeidstaker sykemeldes på grunn av konsekvensene av mobbingen er ganske vanlig. Dette vil kunne være både økonomisk ugunstig for arbeidsgiver, men også organisatorisk hvor det for eksempel er utfordrende å finne en som har samme evne eller erfaring som den som er sykemeldt. Et eksempel kan være at hvor en lærer er sykemeldt kan det være vanskelig å finne en erstatter som på kort tid kan gi samme resultat som læreren som kjenner klassen.

På arbeidsplasser som preges av konflikter og uro er det nærliggende å tenke at samhandling mellom kollegaer vil være dårligere, dette kan også påvirke bedriftens effektivitet. Jakhelln¹⁷ har gått nærmere inn på det psykososiale arbeidsmiljøet som en “Grunnleggende produksjons- og resultatfaktor i kunnskapsbedrifter” Han poengterer at i kunnskapsbedrifter vil *de mellommenneskelige relasjoner være av den største betydning for de resultater som oppnås*. Med et slikt perspektiv på det psykososiale arbeidsmiljøet vil det være nødvendig for arbeidsgivere å investere i et godt psykososialt arbeidsmiljø, for å sikre optimal produksjon.

Dersom den trakasserte arbeidstaker sier opp sin stilling er det økonomisk krevende for arbeidsgiver å erstatte og lære opp en ny arbeidstaker. I ytterste konsekvens kan det være en

¹⁶ Morten Birkeland Nielsen mfl. “Workplace Bullying and Suicidal Ideation” *American journal of public health* Vol 105, Issue 11, November 2015 s. 23-28 (s.23)

¹⁷ Henning Jakhelln og Trond Welstad (red.), *Utdanningsrettslige emner*, Oslo 2012 s. 309.

stor økonomisk belastning for arbeidsgiver dersom arbeidstaker går til sak og krever erstatning eller oppreisning og får medhold.

2.2.3 For samfunnet

Det finnes også samfunnsøkonomiske hensyn som taler for å arbeide for et godt psykososialt arbeidsmiljø. Lange sykemeldinger og i ytterste konsekvens uførhet er en stor samfunnsøkonomisk utgift. Offentlig helsehjelp som kan være nødvendig ved medisinske eller psykologiske konsekvenser av trakasseringen er også en stor utgift for samfunnet. Under punktet om målsetninger for arbeidsmiljøpolitikken i forarbeidene til arbeidsmiljøloven påpekes det at å “få flere i arbeid og færre på trygd”¹⁸ er en av samfunnets hovedutfordringer og de psykiske og organisatoriske forhold på arbeidsplassen regnes som betydningsfulle for å kunne få dette til. Ot.prp. nr.3 (1975-1976) peker på sammenhengen mellom samfunnsøkonomi og psykososialt arbeidsmiljø:

“Med de kunnskaper vi i dag har om psykiske og sosiale miljøfaktorerets betydning for helsetilstanden, og med de store uttellingene trygdebudsjettet må tåle i forbindelse med reparative tiltak ved psykiske skader, ville det etter departementets oppfatning være et tilbakeskritt om man i en lov, hvis viktigste formål er å forebygge helseskader, unnlot å dekke nettopp de psykiske faktorer¹⁹.”

2.3 Rettslig regulering av det psykososiale arbeidsmiljøet

2.3.1 Behov og utfordringer

“For den enkelte arbeidstaker vil de psykologiske og organisatoriske faktorer på arbeidsplassen kunne være en like viktig helse- og trivselsfaktor som det fysiske miljøet.²⁰”

Betydningen av et godt psykososialt arbeidsmiljø og de mulige konsekvensene av et dårlig psykososialt arbeidsmiljø gjør at det er åpenbart at det er nødvendig å ha gode tiltak for å sikre et godt psykososialt arbeidsmiljø. Mange tiltak kan gjøres på den enkelte arbeidsplass,

¹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.60

¹⁹ Ot.prp. nr.3 (1975-1976) s. 29

²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 63

men for å sikre at alle arbeidstakere har et vern mot trakassering er det nødvendig med rettslig regulering.

Mellommenneskelig samhandling og hvordan vi opptrer i forhold til hverandre er normalt styrt av normer og uskrevne regler. Folk er forskjellige og hvordan én reagerer i en gitt situasjon kan skille seg vesentlig fra hvordan en annen reagerer i en tilsvarende situasjon. Vi har alle en subjektiv oppfatning av de tingene som skjer rundt oss basert på våre erfaringer, personlighet og andre ting. Et utsagn som noen oppfatter som en spøk, kan for andre fremstå som dypt krenkende. Disse faktorene gjør at det psykososiale arbeidsmiljøet er mindre egnet til å reguleres rettslig enn for eksempel det fysiske arbeidsmiljøet.^{21 22} Denne utfordringen fører igjen til at bestemmelsene blir skjønnsmessig utformet og dermed muligens vanskeligere å anvende.

2.3.2 Et historisk perspektiv

Allerede fra 1800-tallet av har det vært lovgivning om arbeid i Norge. De første lovene gjaldt hovedsakelig industriarbeidere og formålet med lovgivningen var å forebygge ulykker og helsefare på arbeidsplassen²³. Arbeidstakernes sikkerhet var altså et av de første aspektene ved arbeidslivet som ble lovregulert. Senere kom det regler om blant annet arbeidstid, oppsigelsesvern og ferie. I arbeidervernloven av 1956 § 5 var det krav om at arbeidsgiver skulle sørge for at bedriften var innrettet slik at arbeidstakernes liv og helse var vernet. Bestemmelsen inneholdt ikke et eksplisitt vern av arbeidstakernes psykiske helse, men det er nærliggende å anta at også slike faktorer var dekket av det generelle vernet av arbeidstakers helse²⁴. Arbeidsgivers plikt etter bestemmelsen strakk seg til å verne “så godt og hensiktsmessig som det etter forholdene lar seg gjøre”. I arbeidsmiljøloven av 1977 ble kravet til et “fullt forsvarlig” arbeidsmiljø tatt inn i § 7. Det nye lovforslaget skal ha blitt møtt med misnøye fra arbeidsgiverhold, som mente den nye regelen var “avskrekkende”²⁵

Endringen fra formuleringen “så godt og hensiktsmessig det etter forholdene lar seg gjøre” i arbeidervernloven til “fullt forsvarlig” i arbeidsmiljøloven bidro til en styrking av vernet. Arbeidsgivers plikt til å sikre “så godt og hensiktsmessig som det etter forholdene lar seg

²¹ Jakhelln og Trond Welstad 2012 s. 306.

²² Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. Utgave, Oslo 2006 s. 641

²³ <https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/arbeidsmiljo/loven/utvikling-arbeidervernlovgivning/id448286/> (Mai 2018)

²⁴ Odd Friberg, *Arbeidervernloven med kommentarer*, (1972) s.42

²⁵ Stein Evju *Ny arbeidsmiljølov- bedre arbeidsmiljø?* LOV OG RETT 1977 s. 97-98

gjøre” bar preg av å være en bestemmelse som pekte på et ideelt mål som skulle forsøkes nådd. Det nye kravet om et “fullt forsvarlig” arbeidsmiljø gav et konkret lovbestemt krav. Gjennom arbeidsmiljøloven ble det psykososiale arbeidsmiljøet eksplisitt vernet og vernet ble intensivert.

Trakasservernet har sitt grunnlag i lovrevisjonen av arbeidsmiljøloven i 1995, lovgiver ønsket å *“gi arbeidstakerne et sterkere vern mot psykiske belastninger som ikke direkte har sin årsak i formell organisering av virksomheten”*²⁶

2.4 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven fra 2005 regulerer sammen med lov 16.06.2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven) det norske arbeidslivet. Oppgaven vil ikke gå nærmere inn på statsansatteloven.

Arbeidsmiljølovens 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”*²⁷

Videre skal loven bidra til et inkluderende arbeidsliv, sikre likebehandling og gi grunnlag for utvikling av arbeidsmiljøet. Loven skal også bidra til at arbeid skal kunne tilrettelegges i forhold til arbeidstakers livssituasjon og forutsetninger²⁸.

Ordlyden av “full trygghet” peker på en streng norm. Bestemmelsen påpeker at arbeidssituasjonen skal ha en standard som er i samsvar med den teknologiske og sosiale utviklingen i samfunnet. Dette er helt klart et dynamisk trekk; hva som er innholdet i bestemmelsens krav varierer med samfunnets utvikling. Slike dynamiske momenter er helt nødvendige i arbeidsmiljøloven da arbeidslivet er i stadig endring, særlig på grunn av den teknologiske utviklingen.

²⁶ Ot.prp. nr.50 (1993-1994) s. 65

²⁷ Aml. § 1-1 bokstav a

²⁸ aml. § 1-1 bokstav b-e

Et viktig kjennetegn ved reglene i arbeidsmiljøloven er at de som hovedregel er preseptoriske og dermed ikke kan fravikes til arbeidstakers ugunst jfr. aml. § 1-9. Dette gir arbeidstakere et sterkt vern.

2.5 “Fullt forsvarlig”

Hovedbestemmelsen om arbeidsmiljø følger av arbeidsmiljøloven § 4-1, de videre bestemmelsene i lovens fjerde kapittel må regnes som presiseringer av dette kravet.

“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. Standarden for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet.”

Regelen gir uttrykk for omsorgsplikten arbeidsgiver har ovenfor sine arbeidstakere²⁹. Ordlyden av “fullt forsvarlig” tyder på at kravet er strengt. Hva som regnes som “fullt forsvarlig” vil kunne endre seg med tiden, bestemmelsen er således en rettslig standard. Det som er “fullt forsvarlig” på et gitt tidspunkt vil avgjøre hvordan bestemmelsen skal tolkes. Forskning, endret levestandard og endret samfunnsoppfatning på et gitt spørsmål er noen ting som kan være med å påvirke dette. I følge forarbeidene er det *“prinsipielt viktigste ved bestemmelsen er at kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø stilles som et minstekrav til alle virksomheter uten hensyn til den enkelte virksomhets økonomiske stilling”*³⁰. Denne presiseringen peker nok på utviklingen fra kravet i arbeidervernloven av 1956 hvor arbeiderenes helse skulle vernes så godt som det etter forholdene lot seg gjøre. Da var virksomhetens økonomi en av de faktorene som kunne moderere kravet til vernet³¹.

²⁹ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 169-170

³⁰ Ot.prp. nr 3 (1975-1976) s. 103

³¹ Stein Evju, *Arbeidervernlovens § 5 og en høyesterettskjennelse* LOV OG RETT 1974 s.116-129 (s. 118)

3 Trakassering og diskriminering

3.1 Grunnlag for sammenligning

Ved å sammenligne arbeidsmiljølovens vern mot trakassering med andre trakasseringsvern i norsk lov kan arbeidsmiljølovgivningens særpreg tydeliggjøres. Norsk lovgivning verner mot trakassering i en rekke ulike bestemmelser, men sammenligningen vil i denne fremstillingen fokusere på trakasseringsvernet i den nye likestillings- og diskrimineringsloven. Flere andre vern mot trakassering har fellestrekk med vernet i likestillings- og diskrimineringsloven, dette gjør at sammenligningen kan peke på noen av de tingene som skiller arbeidsmiljølovens § 4-3 fra de øvrige. For eksempel kan det nevnes at vernet mot gjengjeldelse i arbeidsmiljølovens § 2 A-2 har samsvarende regler om bevisbyrde og adgang til oppreisning som likestillings og diskrimineringsloven. Det samme gjelder forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljølovens kapittel 13. Det vil i gjennomgangen av trakasseringsvernet i aml. § 4-3 løpende sammenlignes med likestillings- og diskrimineringsloven. Det er derfor nødvendig å innledningsvis presentere både trakassering og diskriminering som fenomen.

3.2 Trakassering

Det fremgår av arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd at “arbeidstaker” ikke skal utsettes for “trakassering” og “annen utilbørlig opptreden”. Formålet med oppgaven er å gå dypt inn på bestemmelsen og forsøke å si noe om hva den innebærer i praksis.

Trakassering kan bestå i mange forskjellige typer handlinger. Eksempelvis kan plaging, utfrysning og truende oppførsel nevnes. Trakassering kan også deles inn i forskjellige former for trakassering etter hva som er foranledningen eller årsaken. I forarbeidene til forløperen til aml. § 4-3 er det presisert at alle typer trakassering er omfattet av bestemmelsen³².

Seksuell trakassering er en type trakassering som særlig har vært aktuell i media den siste tiden gjennom “Me-too” kampanjen. Svært mange av de sakene som har kommet opp i kampanjen har vært rettet mot seksuell trakassering nettopp på arbeidsplassen. Seksuell trakassering forklares i forarbeidene som seksuelt betonet plaging som er uønsket av

³² Ot.prp. nr.50 (1993-1994) s.230

mottaker³³. I en undersøkelse gjort av STAMI i 2012 kom det frem at hver sjette arbeidstaker har vært utsatt for seksuell trakassering.³⁴ Særlig er kvinner og unge utsatt for seksuell trakassering på arbeidsplassen.

Det er vanlig å dele mobbing inn etter om det er en bakenforliggende konflikt som ligger til grunn for mobbingen eller om den skjer mer tilfeldig.

Stridsmobbing er betegnelsen på mobbing som skjer som resultat av en konflikt. På en arbeidsplass er det ganske naturlig at det fra tid til annen vil oppstå konflikter. Mange forskjellige mennesker er satt sammen på ett sted og tilbringer mye tid sammen. Dette og flere faktorer rundt arbeidet vil naturlig kunne føre til konflikter. Konfliktteoretikeren Louis R. Pondy mener til og med at konflikter er en forutsetning for en levende organisasjon “med evne til selvkritikk og kurskorrigering”³⁵ Det er viktig å understreke at det er helt mulig å ha konflikter som ikke utvikler seg til mobbing. Dersom konflikten utvikler seg til mobbing kan de trakasserende virkemidlene blant annet brukes som kampmiddel i konflikten eller som hevn. Det er vanlig at konflikten i som i utgangspunktet dreide seg om en sak utvikler seg til å bli personlig og handle om negative følelser om motparten.³⁶

En annen kategori av mobbing er rovmobbing³⁷. Her er offeret valgt ut uten at det har vært en konflikt mellom mobber og offeret. Mobbingen kan ta mange former, men ledere som mobber for å vise makt vil ofte være i denne kategorien. Diskriminerende handlinger og seksuell trakassering er ytterligere eksempler på rovmobbing.

3.3 Diskriminering

Diskriminering er i følge store norske leksikon å behandle noen mindre gunstig enn andre³⁸. Det er ofte minoriteter som blir utsatt for diskriminering, men det ikke er utelukkende slik, det fremstår som tydelig på grunn av for eksempel diskriminering på bakgrunn av kjønn.

Krav på likebehandling er en viktig rettighet både internasjonalt og i norsk rett. Grunnloven § 98³⁹ har et krav om likhet for loven og at ingen må utsettes for “usakleg eller mishøveleg

³³ Ot.prp. nr 50 (1993-1994) s.230

³⁴ Nielsen, Morten Birkeland; Einarsen, Ståle “Prospective relationships between workplace sexual harassment and psychological distress” *Occupational Medicine Oxford University Press*, Vol 62, issue 3, p. 226–228

³⁵ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 20

³⁶ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 120

³⁷ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 121

³⁸ <https://snl.no/diskriminering> (mai 2018)

forskjellsbehandling”. Av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen fra 1950, inntatt i menneskerettsloven, artikkel 14 følger det også et forbud mot diskriminering.

Nedvurdering av grupper av mennesker har historisk sett vært et stort problem, og det er fortsatt nødvendig med regler mot diskriminering i Norge selv om vi er kommet langt når det gjelder likestilling. Å tilegne egenskaper til en hel gruppe mennesker er ikke ønskelig og det ideelle i et likestillingsperspektiv må være at alle skal ha samme verdi og like muligheter uansett religion, rase, kjønn osv.

Norsk lov forbyr diskriminering på en rekke forskjellige grunnlag. Diskrimineringsvernet i norsk lovgivning var tidligere sammensatt og fragmentarisk, hvor de ulike diskrimineringsgrunnene var vernet i forskjellige lover. 1.januar 2018 trådte Likestillings- og diskrimineringsloven som samler fire tidligere lover i ett i kraft. Formålet med å samle flere lover i en felles likestillings- og diskrimineringslov var at loven skulle være mer oversiktlig og tilgjengelig for de som har rettigheter og plikter etter loven⁴⁰. Det var også et ønske om at lovgivningen skulle være mer enhetlig slik at alle som ble diskriminert hadde det samme vernet.

Likestillings- og diskrimineringsloven skal “fremme likestilling” og verne mot diskriminering på bakgrunn av “kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder og andre vesentlige forhold ved en person.” jfr. § 1. Formålsparagrafen er nyttig for å forstå hensikten bak loven, men den kan også anvendes som tolkningsbidrag ved tolkning av enkeltbestemmelser i loven.

Trakasseringsvernet i diskrl. § 13 bestemmer at trakassering på bakgrunn av forhold som loven skal verne er forbudt. De ulike diskrimineringsgrunnlagene følger av diskrl. § 6 og er tilsvarende momentene som er nevnt i formålsparagrafen som er sitert i avsnittet ovenfor. Bestemmelsen nevner altså en rekke ulike diskrimineringsgrunner og rammer dermed vidt. Av bestemmelsens sjettede ledd følger det at arbeidsgiver skal arbeide for å forebygge og forhindre trakassering.

³⁹ Kongeriket Noregs grunnlov, 17.05.1814

⁴⁰ Prop.81 L (2016-2017) s. 15

For at noe skal regnes som diskriminerende må tre vilkår være oppfylt⁴¹. For det første må det foreligge en årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget, videre må virkningen av handlingen være at personen faktisk blir forskjellsbehandlet. Sist kan ikke forskjellsbehandlingen være lovlig.

Det skilles mellom direkte og indirekte diskriminering. Med direkte forskjellsbehandling menes det at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon jfr. diskrl. § 7. Et eksempel på direkte forskjellsbehandling kan være at Muhammed fra Afghanistan ikke får jobben som han har søkt på til tross for at han er den best kvalifiserte, hvor han hadde fått jobben dersom han het Lars og kom fra Ålesund.

Den indirekte forskjellsbehandlingen skjer når noe som i utgangspunktet skal være nøytralt stiller enkelte personer dårligere enn andre jfr. diskrl. § 8. Eksempelet kan være en tenkt bestemmelse om at det er påbudt med bikini i en svømmehall. Bestemmelsen rammer tilsynelatende alle likt, men personer som ikke ønsker eller kan bruke bikini for eksempel på grunn av religiøs eller kulturell overbevisning blir diskriminert og kan ikke bruke svømmehallen.

3.4 Arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd

Arbeidsmiljølovens § 4-3 vil i det følgende være grunnlaget for den rettslige analysen, en nærmere presentasjon av bestemmelsen er derfor nødvendig.

I mange lovbestemmelser listes det opp klare og konkrete enten typetilfeller som utløser en rettsvirkning eller vilkår som faktum kan vurderes opp mot. Denne bestemmelsen er ikke av slik art. Begrepet “trakassering” i arbeidsmiljøloven har ingen legaldefinisjon som fastslår hva som er de nærmere vilkårene for at “trakassering” skal ha skjedd. Det fremgår av forarbeidene at dette var et bevisst valg fra lovgivers side⁴². Til tross for etterspørsel etter en legaldefinisjon fra flere av høringsinstansene anså ikke departementet en slik definisjon som *hensiktsmessig*. Dette begrunnet de med at en definisjon uansett ikke ville avgjøre bestemmelsens rekkevidde på grunn av at den også skulle verne arbeidstaker mot “annen utilbørlig adferd”. Dette gjør at bestemmelsen i noen tilfeller vil kunne anvendes ved handlinger som ikke faller inn under trakasseringsbegrepet.

⁴¹ Jakhelln 2006 s. 72.

⁴² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 100

Det er flere tenkelige grunner til at bestemmelsen ikke er av oppregnende art, men heller er utformet som en rettslig standard. Mellommenneskelig samhandling er mangefasettert og det er praktisk vanskelig for lovgiver å skulle se for seg og nevne alle situasjoner som er ment å dekkes av bestemmelsen. I tillegg har den rettslige standard en evne til å kunne endres i takt med samfunnets utvikling.

En positiv side med bestemmelser av slik art er at domstolene er fleksible til å kunne gjøre vurderinger fra sak til sak som fører til rettferdige avgjørelser, dette er nødvendig på et område hvor lovgiver ikke på forhånd kan se for seg alle situasjoner som kan oppstå. På den andre siden er et negativt trekk at det kan gi dårligere forutberegnelighet for arbeidstakere og arbeidsgivere. Arbeidstakere som har vært utsatt for mobbing på arbeidsplassen rådes i noe juridisk litteratur til ikke å gå til sak mot arbeidsgiver for å kreve erstatning, dette på grunnlag av den store prosessrisikoen⁴³. Den store risikoen kan være et utslag av flere forskjellige faktorer, men den vage utformingen av bestemmelsen, som gjør at det kan være vanskelig å på forhånd vite hva domstolene vil regne som trakassering, må regnes å være en av faktorene. Videre er rettspraksis, som kunne vært veiledende, begrenset. Sist er det helt klart en viktig faktor at sakene ofte faller på bevissspørsmålet da det kan være svært utfordrende å bevise at trakassering faktisk har skjedd.

Arbeidstakere som allerede er i en sårbar situasjon trenger bedre forutberegnelighet. Dette er en god grunn til å dykke dypere ned i bestemmelsen for å finne ut hva som skal til for at noe skal regnes som trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd.

Siden lovhjemmelen er en rettslig standard som kan endre innhold over tid er det bestemmelsens innhold akkurat nå som må være fokus for undersøkelsen. For å finne ut om det har skjedd trakassering i en gitt sak, må man se på hva som er de gjeldende “moralske og sosialt aksepterte normene” i samfunnet på det gitte tidspunktet⁴⁴. Det som undersøkes i det følgende må altså være hva som er utenfor det som er moralsk og sosialt aksepterte normer og dermed “trakassering”.

Psykologiske betraktninger og annen lovgivning som verner mot trakassering kan være med på å fastslå bestemmelsens innhold, sammen med rettspraksis.

⁴³ Nils H Storeng mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 4. utgave, Oslo 2016 s. 321

⁴⁴ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 130

Utformingen av arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd er omtrent lik som diskrl. § 13 første ledd, helt kort er innholdet at trakassering er ulovlig. Resten av bestemmelsen i likestillings- og diskrimineringsloven § 13 inneholder videre informasjon om innholdet i vernet. I bestemmelsens andre ledd fremgår det en presisering av hva som skal forstås med trakasseringsbegrepet. “Med trakassering menes handlinger, unnlater eller ytringer som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende.” Uten å gå inn på noen andre rettskilder enn lovteksten er det her noen vurderingstemaer som kan anvendes for å ta stilling til om noe kan regnes som trakassering. Det er i forarbeidene videre utbrodert hva som ligger i begrepet og hva som skal regnes som trakassering, for eksempel er det påpekt at også forsøk på trakassering kan omfattes av bestemmelsen.⁴⁵ Den nærmere beskrivelsen gjør bestemmelsen mer tilgjengelig og lettere å forstå for vanlige arbeidstakere, uten juridisk kompetanse.

Det er åpenbart at diskrimineringslovens bestemmelse inneholder mer informasjon om trakasseringsvernet enn arbeidsmiljølovens trakasseringsbestemmelse. Den må dermed regnes å være bedre egnet til å gi veiledning til den enkelte som trenger å kunne forutsi sin rettsstilling. All informasjonen kan også tenkes å til dels være begrensende og at bestemmelsen dermed ikke vil være like dynamisk som bestemmelsen i arbeidsmiljøloven. Den ytterlige informasjonen er uansett ikke ensbetydende med at de to trakasseringsbegrepene har, eller er ment å ha, forskjellig meningsinnhold. Utgangspunktet må derimot være at trakassering i likestilling- og diskrimineringsloven skal tolkes likt som arbeidsmiljølovens trakasseringsbegrep⁴⁶. Dette vil vurderes videre under del 4.

⁴⁵ Prop.81 L (2016-2017) s.319

⁴⁶ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 342

4 Vernet mot trakassering

Både arbeidsmiljøloven og likestilling- og diskrimineringsloven har bestemmelser som beskytter arbeidstaker mot trakassering. For å klargjøre hvilke handlinger arbeidstaker faktisk er beskyttet mot er det nødvendig å se nærmere på trakasseringsbegrepet i de to bestemmelsene.

Siden lovteksten ikke gir noen nærmere vilkår for hva som skal regnes som trakassering kan det være nyttig å bruke en definisjon som utgangspunkt for vurderingen av hva som er trakassering. Det finnes mange forskjellige definisjoner på trakassering, i denne sammenhengen gir det mening å ta utgangspunkt i definisjonen som arbeidstilsynet bruker:

" Det er trakassering når en eller flere personer gjentatte ganger over tid blir utsatt for negative handlinger fra en eller flere personer. Dette kan for eksempel være uønsket seksuell oppmerksomhet, plaging, utfrysing, sårende fleiping og erting. Videre bør det være en ubalanse i styrkeforholdet, slik at den som blir trakassert må ha vanskelig for å forsvare seg. Vi snakker ikke om trakassering dersom to omtrent like sterke personer kommer i konflikt, eller når det dreier seg om en enkeltstående konfliktepisode."⁴⁷

Definisjonen peker på flere kjennetegn som kan si noe mer om hva som skal regnes som trakassering. De ulike punktene i definisjonen vil i det følgende anvendes som inngangsporter for å se på hva som følger av forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn i de forskjellige kategoriene. Forarbeidene til den aml. § 4-3 tredje ledd er sparsommelige, men det finnes mer utfyllende forarbeider til andre bestemmelser som verner mot trakassering. Det må vurderes om disse bestemmelsene og forarbeidene kan anvendes som tolkningsbidrag til trakasseringsbegrepet i aml. § 4-3 tredje ledd.

Videre er det nødvendig å gå inn på rettspraksis for å vurdere hvilken betydning domstolene har tillagt bestemmelsen og hvilke vilkår de vurderer for å avgjøre om noe er "trakassering" etter aml. §4-3 tredje ledd. Særlig er høyesterettspraksis av interesse på grunn av prejudikatsvirkningen som følger Høyesteretts avgjørelser.

⁴⁷ <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/trakassering/> (Mai 2018)

4.1 Negative handlinger

Det mest grunnleggende ved trakassering er at den må bestå av negative handlinger. Dette er et vilkår som går igjen i forskjellige definisjoner av trakassering, men i litt ulik form.

Å skulle fastslå hva som er en negativ handling kan være utfordrende, både fordi det vil variere med tiden hva som ansees som en negativ handling, men også på grunn av at det vil variere fra person til person hva som oppfattes som negativt.

I definisjonen er det også nevnt en rekke eksempler på hva som typisk kan betegnes som negative handlinger. Dette kan gi veiledning, men det er også viktig å ikke fokusere overdrevent på disse eksemplene. Faren kan da være at en overser andre typer negative handlinger som også burde regnes som trakassering.

I arbeidsmiljølovens kapittel 13 som skal verne arbeidstakere mot diskriminering på grunnlag av politisk syn, medlemskap i organisasjoner og alder er det også et vern mot “trakassering” i § 13-1. I merknadene til bestemmelsen i forarbeidene står det at “*det ansees som trakassering når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.*”⁴⁸. Her ligger fokuset på at handlingene må være uønsket og krenke en annens verdighet. Å vurdere hvorvidt en handling har som hensikt å være krenkende er utvilsomt vanskelig. Både fordi det kun er den som utfører en handling som selv fullt ut kan vite begrunnelsen for handlingen, men også på grunn av at det være nærliggende å prøve å skjule sin hensikt dersom en handler for å krenke en annens verdighet. Å vurdere om en handling har den virkning at det krenker en annens verdighet er betraktelig lettere. For å kunne anvende forarbeidene til en annen bestemmelse som tolkningsbidrag kreves det at dette kan forsvares. Selv om det er samme begrep som er anvendt i samme lov er det ikke dermed sagt at begrepene fra lovgivers side er ment å ha samme betydning. I en sak i lagmannsretten, LE-2012-39402 (Fagarbeiderdommen) som omhandlet oppsigelse på grunnlag av trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd anvender domstolen forarbeidene til aml. § 13-1 for nærmere definere hva som skal regnes som trakassering. Lagmannsretten lovanvendelse må klart være et argument for at forarbeidene til aml. § 13-1 kan gi tolkningsbidrag til hva som skal regnes som trakassering i aml. § 4-3 tredje ledd.

⁴⁸ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.325

Ved å bruke forarbeidene og definisjonen sammen er det lettere å vurdere en faktisk handling opp mot trakasseringsbegrepet. En negativ handling vil ofte være uønsket og dersom handlingen krenker eller har som hensikt å krenke en annens verdighet er det nærliggende å vurdere det som trakassering.

Et annet spørsmål har vært om terskelen for at noe skal regnes som trakassering varierer med ytre omstendigheter. I fagarbeiderdommen nevnt ovenfor var det påstått at terskelen for at røff ordbruk skulle regnes som trakassering måtte være høyere på en arbeidsplass av maskulin karakter, lagmannsretten avviste dette.

RG 2001-99 omhandlet oppsigelse av en arbeidstaker på en borerigg i Nordsjøen med grunnlag i hans opptreden ovenfor sine kollegaer som blant annet innebar bruk av nedsettende kallenavn. Lagmannsretten vektla på den ene siden at arbeidsmiljøet er av særlig betydning på en slik arbeidsplass hvor arbeidstakerne periodevis både bor og arbeider sammen. Dette tilsa at kravene til arbeidstakernes atferd ovenfor hverandre måtte ansees som skjerpet i forhold til ordinære arbeidsplasser. På den andre siden måtte det også tas hensyn til at dette var en arbeidsplass med en røff tone.

Vurderinger rundt momenter som er relevante på den enkelte arbeidsplass er helt klart nødvendige å gjøre da det finnes et utall ulike arbeidsplasser med ulike arbeidssituasjoner og hensyn som er relevante. For at bestemmelsen skal være relevant på alle arbeidsplasser må aktuelle reelle hensyn være en del av vurderingen for hva som er trakassering.

I diskrl. § 13 er handlingene som skal falle inn under trakasseringsbegrepet nærmere forklart som “handling, unnlater eller ytringer som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende.” Det er ikke grunn til å tro at bestemmelsens krav om negative handlinger skiller seg fra det som gjelder for arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd.

4.2 Gjentatte ganger

Videre fremgår det av definisjonen at de negative handlingene må ha skjedd *gjentatte ganger over tid*. Det er altså i utgangspunktet ikke tilstrekkelig dersom det kun har vært én negativ handling. Det er mulig at en enkeltstående negativ handling som vil få konsekvenser i lang tid

også kan regnes som trakassering til tross for at handlingen ikke er gjentatt⁴⁹. Det er nærliggende å tenke at trakasserende handlinger som blir gjentatt over tid kan føre til en større belastning for offeret, i forhold til enkeltstående handlinger. Offerets belastning vil uansett avhenge av handlingens grovhet og offerets egne forutsetninger til å ta igjen eller motta trakasseringen.

I Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket) hvor arbeidstaker følte seg mobbet av sin leder anvendte Høyesterett en definisjon på mobbing som pekte på at handlingene måtte forekomme flere ganger over tid⁵⁰. Arbeidstaker fikk ikke medhold i saken, men det må uansett regnes å ha en viss verdi at Høyesterett trakk frem gjentakelse som vilkår. Også i Rt. 1997 s. 786 (Falken) la Høyesterett vekt på at de trakasserende handlingene hadde vært omfattende.

Kravet til gjentatte handlinger over tid fremgår verken av lovteksten i aml. § 4-3 tredje ledd eller diskrl. § 13. I likestillings- og diskrimineringsloven følger det imidlertid av forarbeidene at selv om trakassering ofte vil bestå av gjentatte eller vedvarende handlinger, så er det ikke noe krav at trakasseringen må ha vært gjentatt: *“Også enkeltstående ytringer eller ett enkelt tilfelle av uønsket atferd vil kunne rammes. I enkelttilfeller vil det imidlertid stilles krav om en mer kvalifisert alvorlighetsgrad”*⁵¹. Dette utgjør en klar forskjell fra slik domstolene har tolket trakasseringsvernet i aml. § 4-3 hvor det er lagt inn et krav om at kun gjentakende handlinger regnes som trakassering i lovens forstand.

Forskjellen gjør at det i utgangspunktet ser ut til at terskelen for å regne noe som trakassering er høyere i arbeidsmiljøloven enn i likestillings- og diskrimineringsloven. Dersom arbeidstaker kan knytte trakasseringen til et diskrimineringsgrunnlag er det ikke et absolutt krav om at trakasseringen må ha vært gjentakende så lenge handlingen er alvorlig nok. I forhold til kun trakasseringsbegrepet i arbeidsmiljøloven kan dette være rett, men innenfor utilbørighetsbegrepet i aml. § 4-3 tredje ledd vil antakeligvis også enkeltstående handlinger kunne regnes å være utilbørlig og dermed ha tilsvarende rettsvirkninger som trakassering⁵². Det er heller ikke utenkelig at grovere enkeltepisoder kunne blitt regnet som trakassering etter aml. §4-3 av domstolene. Forskjellen er altså trolig ikke av betydning for arbeidstaker i realiteten.

⁴⁹ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 133

⁵⁰ Rt. 1993 s. 616 (s.621)

⁵¹ Prop. 81 (2016-2017) s.320

⁵² Einarsen og Harald Pedersen 2017 s.130

4.3 Ubalanse i styrkeforholdet

For at noe skal kunne regnes som trakassering bør det etter definisjonen være en ubalanse i styrkeforholdet mellom den som trakasserer og den som blir trakassert. Selv om en slik definisjon ikke kan ordlydtolkes slik en lovt tekst kan, er det nødvendig å påpeke at ordet *bør* tyder på at dette ikke er et absolutt krav.

Hvor noen blir utsatt for negative handlinger fra andre gjentatte ganger vil det ofte være en ubalanse i styrkeforholdet mellom den som trakasserer og den som blir trakassert i utgangspunktet. Ellers vil det gjennom trakasseringen kunne utvikles en ubalanse hvor den som blir trakassert kan føle seg maktesløs og svak.

Rt. 1997 s. 786 (Falken) gjaldt en leder som ble trakassert av sine ansatte. I ansettelsesprosessen av lederstillingen hadde alle søkerne, med unntak av hun som ble ansatt, stilt som vilkår for å ta jobben at avdelingen måtte styrkes med en ansatt til på grunn av arbeidsmengden. Hun som fikk jobben ble utsatt for grov og gjentatt trakassering fra sine underordnede, som var tydelig på at de ville fortsatte trakasseringen til hun var fordrevet fra stillingen. Her ble arbeidsgiver erstatningsansvarlig. Kravet om ulikhet i styrkeforhold medfører altså ikke at underordnede ikke kan trakassere sine ledere. En leder har i utgangspunktet mer makt og er sterkere stilt enn sine ansatte, men styrkeforholdet beror på flere faktorer enn dette. I denne saken kan ubalansen i styrkeforholdet sies å ligge i blant annet at de var flere som trakasserte en, og at hun var forholdsvis ny i jobben. En ubalanse oppstår også som nevnt ofte sammen med at trakasseringen skjer.

Norske undersøkelser viser at rundt halvparten av de som blir mobbet på arbeidsplassen oppgir å bli mobbet av en leder.⁵³ I slike tilfeller er det forut for trakasseringen en ubalanse i maktforholdet mellom partene. I flere av sakene som har kommet opp for Høyesterett om trakassering etter aml. § 4-3 tredje ledd har det vært ledere stod bak den påståtte trakasseringen⁵⁴.

I saker som omhandler trakassering fra arbeidsgivers side er det sentralt å trekke en grense mellom handlinger som er trakasserende og handlinger som kun er utslag av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten ble i Rt. 2008 s. 856 (Theatercafé dommen) beskrevet som

⁵³ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 100

⁵⁴ Se bla. Rt. 2004 s. 1844 og Rt. 1977 s. 1506

arbeidsgivers rett til å “*organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet*.”⁵⁵”. Gjennom styringsretten kan arbeidsgiver i visse situasjoner ta upopulære avgjørelser som i verste fall kan oppleves krenkende for arbeidstaker, uten at dette nødvendigvis kan betegnes som trakassering. I den nevnte theatercafe-dommen ønsket arbeidsgiver å endre tipsordningen i cafeen. Tidligere hadde servitørene fått beholde den tipsen de selv hadde opptjent, arbeidsgiver ønsket en ordning hvor tipsen ble fordelt slik at også kokkene i cafeen skulle få en del. Den eksisterende tipsordningen medførte et spent arbeidsmiljø mellom kokkene og servitørene, og dårlig samarbeid mellom servitørene selv. På den andre siden ville endring av tipsordningen gi betydelig mindre inntekt til servitørene. Høyesterett kom til at endring av tipsordning lå innenfor arbeidsgivers styringsrett. Andre eksempler på bruk av styringsrett kan være endring av arbeidsoppgaver og annen organisering av arbeidet som går ut over den enkelte arbeidstaker. Arbeidsmiljøloven og arbeidsavtaler innskrenker arbeidsgivers styringsrett.

I Rt. 2004. s. 1844 (platearbeider-dommen) var flere hendelser anført som trakasserende, blant disse var overføring av arbeidstaker til en annen avdeling og utarbeidelse av ny stillingsinstruks for arbeidstaker. Høyesterett påpekte at disse punktene lå klart innenfor arbeidsgivers styringsrett og kunne ikke ansees som trakassering.

Det fremgår ingenting av diskrl. § 13 eller dens forarbeider om at ubalanse er et krav for at noe skal regnes som trakasserende etter bestemmelsen. I forarbeidene som ble opprettet i forbindelse med det ble inntatt et forbud mot diskriminering i arbeidsmiljøloven fremgår det at trakassering ikke forutsetter at den som trakasserer har en maktposisjon⁵⁶. Dette må trolig gjelde tilsvarende for likestillings- og diskrimineringsloven.

Det er altså ikke noe krav om at den som trakasserer har en maktposisjon verken etter arbeidsmiljøloven eller likestillings- og diskrimineringsloven. De to trakasseringsvernene må her regnes å være sammenfallende. Det som uansett kan understrekes er at i de fleste trakasseringssaker som ender opp i domstolene har det enten vært en ubalanse i styrkeforholdet forut for trakasseringen, ellers har en slik ubalanse oppstått ved trakasseringen.

4.4 Objektiv eller subjektiv norm?

⁵⁵ Rt. 2008 s. 856 (avsnitt 34)

⁵⁶ Ot.prp. nr.104 (2002-2003) s. 36

En av utfordringene ved å finne ut hva begrepet trakassering skal innbefatte er at det varierer fra person til person hva som oppleves som trakassering. Hvor en har evne til å ta igjen, eller oppfatter noe som en spøk vil en annen føle seg maktesløs og oppleve å bli krenket. Det er derfor sentralt å vurdere om det er en subjektiv norm som tar hensyn til den enkeltes tålegrense, eller om det er en objektiv norm om hva en normal person ville tålt som legges til grunn for å avgjøre om det har skjedd trakassering. Verken lovtekst eller forarbeider har noen retningslinjer for dette, men rettspraksis kan gi noen holdepunkter. Rt. 2004 s. 1844 (Platearbeider-dommen) omhandlet en platearbeider som mente at depresjonen hans, som resulterte i 100% uførhet, var oppstått på grunn av trakasseringen han var utsatt for av sine ledere. Arbeidstakeren vant ikke frem med erstatningskravet i denne saken.

I dommens avsnitt 43 fremgår det at retten ikke tviler på at arbeidstakeren opplevde at han ble dårlig behandlet, men at det objektivt sett ikke var noen grunn for å oppfatte lederens atferd som trakassering. Etter dette virker det tydelig at Høyesterett bruker en objektiv norm som ikke fokuserer på enkeltmenneskets egen oppfatning av å bli trakassert.

Høyesterett undersøkte videre om vurderingen måtte bli en annen på grunnlag av arbeidstakerens spesielle personlighetstrekk. Sakkyndig psykiater hadde vurdert arbeidstakeren som en *nærtakende person, med et stort behov for annerkjennelse*. Disse personlighetstrekkene ble likevel vurdert å være vanskelig å oppfatte for andre. At lederne ikke kunne forventes å forstå at de burde ha opptrådt mer skånsomt ovenfor arbeidstakeren ble tilsynelatende vektlagt som argument for at arbeidsgiver uansett ikke kan være erstatningsansvarlig. At Høyesterett i det hele tatt går inn på arbeidstakerens personlighetstrekk må kunne brukes som argument for at hvor den som trakasserer burde ha forstått at handlingene, som i utgangspunktet ikke kan regnes som trakasserende, var rettet mot en som var særlig sårbar, kan dette tale for et erstatningsansvar. Dommen har fått kritikk i *Arbeidslivets spilleregler*⁵⁷ hvor det påpekes at det i særlig grad er arbeidstakere med “*en noe annen innstilling til for eksempel samarbeid og kommunikasjon*” som typisk vil være utsatt for trakassering.

Etter dette må det legges til grunn at trakassering etter arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd skal vurderes ut fra en objektiv norm, med unntak av der hvor den som trakasserer hadde grunn til å tro at handlingene i særlig grad kunne gå inn på vedkommende.

⁵⁷ Storeng 2016 s. 314

I forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven legges det til grunn at vurderingen av om det har skjedd trakassering etter diskrimineringsloven § 13 må ta “utgangspunkt i den som mener seg utsatt for trakassering sin opplevelse av handlingen.”⁵⁸ Dette perspektivet må videre suppleres av en objektiv vurdering av atferdens alvorlighetsgrad. I tilknytning til endringen i arbeidsmiljøloven hvor diskrimineringsbestemmelsene ble inntatt, var det i forarbeidene⁵⁹ diskutert hvorvidt det skulle ligges en subjektiv eller objektiv norm til grunn. Departementet mente at det ikke var mulig å stille opp en objektiv norm for hva som var krenkende for den enkelte. Krenkelse av en persons verdighet var et “subjektivt anliggende”.

Normen virker å være omvendt av den som er lagt til grunn i saker etter arbeidsmiljøloven hvor utgangspunktet for vurderingen skal være det objektive. Det er viktig å understreke at både objektive og subjektive momenter blir vurdert i både saker etter likestillings- og diskrimineringsloven og etter arbeidsmiljøloven. Hva som er utgangspunktet for vurderingen kan uansett være av betydning. Den subjektive oppfatningen vil noen ganger kunne vike betraktelig fra det som regnes som normalt. Det må her poengteres at det er forskjell på trakassering etter likestillings- og diskrimineringsloven og etter arbeidsmiljøloven. I likestillings- og diskrimineringsloven er det som presentert i punkt 3.3 flere vilkår som må oppfylles for å kunne anvende bestemmelsen. Det er kanskje om personen subjektivt føler seg krenket som skal være utgangspunktet for om noe skal regnes som trakassering, men både årsakssammenheng og faktisk forskjellsbehandling må også være oppfylt for å kunne anvende bestemmelsen. Dette er klart objektive krav. Det er altså ikke tilstrekkelig etter likestillings- og diskrimineringsloven at den som påstår seg trakassert føler seg krenket, det må objektivt sett ha skjedd en ulovlig forskjellsbehandling. Dersom retten skulle avgjøre hva som var trakassering utelukkende etter hvordan den trakasserte selv opplevde situasjonen ville det ført til en meget usikker rettstilstand. Mennesker har ulik terskel for hva som gjør at en føler seg krenket, det er derfor nødvendig å sette en nedre grense for hvilke handlinger som er trakassering og hva som må regnes som bagatellmessige uønskede handlinger. Dette gjennomføres ved at det vurderes hva en normal person ville tålt.

⁵⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s.320

⁵⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 37

5 Arbeidstakers og arbeidsgivers plikter i forhold til trakasseringsvernet

For å sikre et arbeidsmiljø uten trakassering er det nødvendig med et samarbeid hvor både arbeidstaker og arbeidsgiver gjør det de kan for å unngå at trakassering skjer på arbeidsplassen. Det vil i det følgende være tema hvem som har plikter i forbindelse med bestemmelsen og hva disse pliktene går ut på, det vil særlig fokuseres på arbeidstakers varslingsplikt og arbeidsgivers sikringsplikt.

5.1 Arbeidstakers varslingsplikt

Den mest sentrale plikten arbeidstaker har i forhold til trakasseringsvernet i arbeidsmiljøloven er plikten til å unnlate å trakassere. Dette er åpenbart og trenger ikke noen videre rettslig analyse.

Arbeidstaker har videre en plikt til å varsle enten arbeidsgiver eller verneombud dersom de ser at noen blir trakassert eller diskriminert på arbeidsplassen⁶⁰. Denne plikten følger av arbeidsmiljøloven § 2-3 (2) bokstav d. Arbeidstaker vil ofte være nærmest til å kunne oppdage at kollegaer blir utsatt for trakassering, da de gjerne arbeider tettere på sine kollegaer enn arbeidsgiver gjør. Det er derfor nødvendig med en slik varslingsplikt. I forarbeidene forklares dette slik: *“Det er arbeidsgivers ansvar å sørge for at arbeidstakerne ikke utsettes for trakassering, men det er en forutsetning for oppfyllelse av denne plikten at arbeidsgiver faktisk er kjent med at dette forekommer på arbeidsplassen.”*⁶¹. Det er videre diskutert i forarbeidene hvordan denne varslingsplikten i praksis kan by på problemer for arbeidstaker fordi det kan være vanskelig å fastslå om det som skjer faktisk er mobbing eller kun uskyldig fleiping el.

Det er også interessant hvordan det ikke er kun den som selv blir trakassert eller diskriminert som har en varslingsplikt, selv om denne er nærmest til å ha kunnskap om trakasseringen. En som er utsatt for trakassering vil ofte være i en sårbar situasjon hvor det vil kunne være utfordrende å skulle varsle.

⁶⁰ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s.251

⁶¹ NOU 2004:5 s 179

Den trakassertes egen varsling kan uansett ha betydning blant annet ved søksmål med erstatningskrav. Trakasseringssaker er som tidligere nevnt ofte vanskelige bevissaker og hvor den som blir trakassert har tatt dette opp med ledelse eller formelt har varslet vil det være betraktelig lettere å bevise trakasseringen for retten. Dersom den som blir trakassert ikke gir noe form for beskjed eller varsel om trakasseringen er det trolig sjeldent at arbeidsgiver kan være erstatningsansvarlig. I Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket) mente en mann seg trakassert av sine ledere. Det fremkommer av dommen at han i svært liten grad hadde tatt dette opp med noen på arbeidsplassen og Høyesterett mente at fornærmedes forklaring ikke var underbygget på en slik måte at retten kunne legge den til grunn. Her virker de manglende bevisene å være helt avgjørende for at den fornærmede ikke vant frem med sitt erstatningssøksmål.

Arbeidstaker har også en medvirkningsplikt som følger av aml. § 2-3(1), dersom alle jobber sammen for et bedre arbeidsmiljø er sjansen for å lykkes mye større.

5.2 Arbeidsgivers sikringsplikt

I NOU 2004:5 fremgår det at *“Det er et grunnleggende prinsipp at arbeidsgiver har hovedansvaret for at lovens krav etterleves”*⁶².

Arbeidsgiver skal altså sørge for at bestemmelsene i medhold av arbeidsmiljøloven blir overholdt jfr. aml. § 2-1. Dette ansvaret er omfattende, men det er også logisk at ansvaret må være hos akkurat arbeidsgiveren. Arbeidsgiver har ved sin styringsrett stor mulighet til å påvirke organiseringen av arbeidet, og har med dette mulighet til å gjøre tiltak for å hindre og eventuelt stoppe trakassering på arbeidsplassen.

Arbeidsmiljølovens kapittel 3 går nærmere inn på virkemidler som kan eller skal anvendes for å sikre et godt arbeidsmiljø. Når det gjelder det psykososiale arbeidsmiljøet er det aml. § 3-1 som er mest relevant. Bestemmelsen setter krav til at det skal gjennomføres systematisk arbeid for å sikre at arbeidstakers helse, miljø og sikkerhet blir ivaretatt (HMS-arbeid). Det er blant annet krav om at det må fastsettes mål for området, farer og problemer skal kartlegges og det skal iverksettes rutiner for avdekking og oppretting når overtredelser har skjedd. Bestemmelsen gir ikke bare arbeidsgiver en plikt til å gjennomføre arbeidet, men det gir også langt på vei et verktøy i form av en sjekklister. Bestemmelsen har nok evnen til å gjøre arbeidsgiver oppmerksom på hvor omfattende arbeidet med å sikre arbeidstakerne et godt

⁶² NOU 2004:5 s. 177

arbeidsmiljø faktisk er. Det påpekes i bestemmelsen at arbeidet skal gjøres i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte. Selv om ansvaret til sist ligger på arbeidsgiver er det nødvendig og ønskelig at arbeidstakerne selv er aktive i HMS-arbeid.

Det er også viktig at arbeidsgiver reagerer når det skjer trakassering på arbeidsplassen. Dette sender generelt ut et signal om trakassering ikke er greit og det kan også gi den som blir utsatt for trakasseringen en følelse av at problemet blir tatt på alvor. Advarsel er en typisk sanksjon som kan iverksettes av arbeidsgiver dersom noen blir trakassert på arbeidsplassen. Advarsler er ikke lovregulerte og en advarsel har som oftest ikke noen umiddelbar faktisk virkning, men den peker på at arbeidstaker må endre sin handlingsmåte for å beholde sin stilling.

6 Rettsvirkninger ved brudd

Ved å fastsette regler om arbeidslivet er lovgivers ønske at arbeidsplasser skal organiseres i tråd med retningslinjene. Fastsettelsen av rettsvirkninger ved brudd er sentralt både for å gjøre det mindre attraktivt å bryte reglene og for å gjenopprette når loven er brutt. Det første er et preventivt hensyn. Fordi brudd på reglene kan føre til represalier som erstatningsansvar ønsker ikke arbeidsgiver å bryte loven.

I arbeidsgiver plikt til å sørge for et godt arbeidsmiljø ligger det et preventivt aspekt.

Arbeidsgivers plikter ikke kun å gjenopprette når skade har skjedd, men også å gjøre tiltak før eventuell trakassering skulle finne sted. Merknadene i forarbeidene til aml. § 4-1 peker på forebyggingsaspektet som *“selve grunntanken bak arbeidsmiljøreguleringen.”*⁶³

For å kunne effektivisere arbeidstakernes vern er det uansett nødvendig med rettslige konsekvenser ved brudd på bestemmelsen. Det fremgår ingen rettsvirkninger direkte av aml. § 4-3, men rettslige konsekvenser ved brudd på bestemmelsen følger av en rekke andre rettsgrunnlag. Da det ofte er utfordrende å bevise at trakassering faktisk har skjedd kan det være vanskelig å ta seg nytte av disse virkemidlene. I det følgende vil straff, oppsigelse, erstatning og oppreisning behandles.

6.1 Straff

Arbeidsmiljøloven kapittel 19 regulerer straff ved brudd på lovens bestemmelser.

Arbeidsgivers ansvar er regulert av § 19-1, strafferammen for forsettlig eller uaktsom overtredelse av arbeidsmiljølovens bestemmelser er bøter eller fengsel inntil ett år. Det er arbeidsgiver eller den som leder virksomheten i arbeidsgivers sted som kan straffes.

Arbeidstaker straffeansvar reguleres av § 19-2, det skilles her mellom uaktsomme handlinger som kan føre til bøter og forsettlige som kan straffes med inntil tre mnd. fengselsstraff.

Det er ikke vanlig at brudd på aml. § 4-3 fører til straffeansvar, straff som rettslig reaksjon vil derfor ikke utgreies nærmere.

6.2 Oppsigelse

⁶³ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 307

Oppsigelse er en mer nærliggende konsekvens av at det har skjedd trakassering. Dersom en ser bort fra det rettslige er det rent faktisk en konsekvens at mange som blir trakassert velger å si opp jobben frivillig, men oppsigelse kan også være en rettslig konsekvens ved brudd på aml. § 4-3 tredje ledd.

En rettslig konsekvens av trakassering på arbeidsplassen kan være oppsigelse av den som har stått for trakasseringen. Eksempel på dette finnes i professorsaken Rt.2002 s.273 hvor en professor ble avskjediget fordi han hadde drevet med seksuell trakassering.

At arbeidstaker selv sier opp sitt arbeid på grunn av trakasseringen er som nevnt en vanlig faktisk konsekvens. I visse tilfeller kan det derimot hevdes at arbeidstaker blir presset ut av sitt arbeid. Spørsmålet blir da hvilke rettslig vern arbeidstaker har i slike situasjoner. I Stryn Apotek-dommen Rt. 1977 s. 1506 var flere ansatte på et apotek blitt sykemeldt med depressiv nevrose. Sykdommen var et resultat av en omfattende detaljstyring fra arbeidsgivers side. Ved bruk av lapper og telefaxer ble arbeidstakerne kontrollert og styrt gjennom store deler av sin arbeidshverdag. Høyesterett kom til at det var “et ualminnelig dårlig arbeidsmiljø ved filialapoteket”⁶⁴ og dette var arbeidsgivers ansvar. Arbeidstakerne gikk ikke tilbake til arbeidet og arbeidsforholdet ble brutt uten at noen av partene hadde gått til en formell oppsigelse. Arbeidstakerne fremmet påstand om at arbeidsgiver gjennom sitt mislighold måtte regnes å ha oppsagt arbeidstakerne og at det hadde skjedd en usaklig oppsigelse etter aml. § 62 som de kunne kreve erstatning for. Høyesterett pekte på kravet til skriftlighet ved oppsigelse og at oppsigelse er et påbud fra arbeidsgiver til arbeidstaker. Det som i denne saken hadde skjedd kunne ikke rubriseres som en oppsigelse. Denne delen av dommen har vært kritisert i Arbeidslivets spilleregler.⁶⁵ Grunnlaget for kritikken er at dersom tilfellet er at det kun er skriftlig påbud fra arbeidsgiver til arbeidstaker som kan regnes som oppsigelse åpner dette for at useriøse arbeidsgivere kan presse arbeidstakere til å si opp frivillig for å slippe å bli stilt overfor et eventuelt oppreisningskrav.

6.3 Erstatning

⁶⁴ Rt. 1997 s.1506 (s.1515)

⁶⁵ Storeng mfl. 2016 s. 318

Mange arbeidstakere som har vært utsatt for trakassering vil ha et behov for en avslutning av saken som innebærer at det belyses at en har vært utsatt for urett og at rettferdigheten gjenopprettes⁶⁶. Erstatning kan for noen være en slik type avslutning.

Det er ingen hjemmel for å kreve erstatning i aml. § 4-3, men det er mulig å kreve erstatning på grunn av trakassering på arbeidsplassen med grunnlag i flere forskjellige erstatningshjemler.

For å kunne kreve erstatning må tre grunnvilkår være oppfylt. For det første må det foreligge et ansvarsgrunnlag, altså en hjemmel for å kunne kreve erstatning. Det er i saker om trakassering på arbeidsplassen blitt brukt flere ulike ansvarsgrunnlag som i det følgende vil behandles. Videre må det foreligge et økonomisk tap. Dette er et vilkår som ofte kan være problematisk i saker om trakassering på arbeidsplassen da det økonomiske tapet ofte vil dekkes av for eksempel sykepenges. I mange saker foreligger det altså ikke et økonomisk tap, og i de tilfellene kan ikke erstatning tilkjennes. Sist må det være årsakssammenheng mellom handlingen (i dette tilfellet trakasseringen) og det økonomiske tapet. Årsakssammenhengen må være adekvat og dermed kan den ikke være for fjern eller upåregnelig, se flymanøverdommen Rt. 1973 s. 1268. Eksempel på trakasseringssak hvor deler av tapet ble regnet å være for avledet til at det kunne knyttes erstatningsansvar opp mot det finnes i LA 2010-100200. Saken omhandlet en kvinnelig arbeidstaker som ble seksuelt trakassert av sin eldre leder. Trakasseringen førte til store psykiske belastninger for arbeidstakeren og lagmannsretten tilkjente henne erstatning for tre års tapt arbeidsinntekt. Krav om erstatning for tapt arbeidsinntekt utover dette ble avvist på grunnlag av at livslang uførhet var en upåregnelig følge av trakasseringen, det var dermed ikke rimelig å knytte ansvar til skaden.

Videre kan hovedårsakslæren være relevant i saker om trakassering. Hvor en arbeidstaker for eksempel blir depressiv og sykemeldet vil det ofte være flere årsaker som sammen utgjør grunnen til dette. Dersom trakasseringen på arbeidsplassen er hovedårsaken til sykdommen og den utløsende faktoren vil det være årsakssammenheng mellom trakasseringen og det eventuelle økonomiske tapet, se Rt. 1992 s. 64. Spørsmålet blir om trakasseringen var en nødvendig betingelse til sykdommen. Dersom det er andre faktorer som må regnes som hovedårsaken til arbeidstakers skade, for eksempel belastninger på hjemmebane eller andre personlige problemer er det ikke naturlig at arbeidsgiver stilles ansvarlig for skaden som har skjedd.

⁶⁶ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s.310

I Rt. 2004 s. 1844 platearbeiderdommen peker retten i avsnitt 26 på at daværende arbeidsmiljølovs §12 (tilsvarende § 4-3 tredje ledd nå) om trakassering gir en pekepinn på hva som skal anses som uaktsom opptreden fra leder ovenfor arbeidstaker. Videre understreker retten at spørsmålet i så henseende ikke er om arbeidsledelsen har skjedd på *“den best tenkelige måte, men om den har vært klanderverdig på en måte som må ansees som erstatningsmessig uaktsom”*.

6.3.1 Arbeidsgiveransvaret

Arbeidsgiveransvaret er et objektivt ansvarsgrunnlag som følger av skadeerstatningsloven⁶⁷ § 2-1. Ansvaret innebærer at arbeidsgiver kan holdes ansvarlig for trakasseringen selv om denne ikke har noen subjektiv skyld. Arbeidsgiveransvaret er veldig praktisk i den forstand at arbeidsgivere ofte er mer pengesterke enn sine ansatte og dermed har høyere betalingsevne enn en eventuell skadevolder⁶⁸. Det kan derfor være fordelsmessig for arbeidstaker som har opplevd trakassering å rette erstatningsrettslige søksmål mot arbeidsgiver.

Arbeidsgivers erstatningsrettslige ansvar for “skade” som voldes “forsettlig eller uaktsomt” “under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren” følger av skl. § 2-1. Ansvaret gjelder ikke ting som skyldes at arbeidstaker går utenfor det som er “rimelig å regne med” etter arten av virksomheten eller saksområdet.

I de fleste saker om trakassering som når domstolene vil kravet om “skade” være oppfylt. Trakassering fører som tidligere forklart ofte til både psykiske og fysiske helseplager⁶⁹.

Det siste vilkåret er trolig det som byr på mest utfordring i forhold til en trakasseringssak. Er det å mobbe sine kollegaer, ledere eller arbeidstaker noe som går utenfor det som er “rimelig å regne med”? I den tidligere nevnte Falken-dommen var skl. § 2-1 anført som hjemmel for erstatningskravet, her ble dette diskutert. Etter en gjennomgang av hvor mange som blir mobbet på norske arbeidsplasser og hvilke følger dette kunne få mente retten at mobbing hang *“intimt sammen med arbeidssituasjonen”*⁷⁰ og at det dermed naturlig kunne kreves erstatning for dette etter skl. § 2-1. Det måtte altså være en påregnelig risiko for arbeidsgiver at trakassering forekom på arbeidsplassen fordi det er så vanlig. Det ble også påpekt at det

⁶⁷ Lov 13.06.1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven eller skl).

⁶⁸ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s.321

⁶⁹ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 314

⁷⁰ Rt. 1997 s. 786 (s.793)

objektive ansvaret kunne være et virkemiddel for å “*skjerpe arbeidsgivers aktsomhet når det gjelder å hindre mobbing på arbeidsplassen*”⁷¹. Arbeidstaker vant frem med saken og arbeidsgiver ble holdt erstatningsansvarlig.

Også i Rt. 2004. s. 1844 (platearbeider) ble det krevd erstatning etter arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1. Denne saken falt på grunnlag av bevisene, Høyesterett kunne etter den konkrete bevisbedømmelsen ikke konstatere at arbeidsgiver hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt.

6.3.2 Culpaansvaret

Arbeidsgiver og skadevolderen, altså den som har stått for trakasseringen, kan være erstatningsrettslig ansvarlig etter culpaansvaret. Culpaansvar er et ulovfestet subjektivt ansvarsgrunnlag som bygger på at skadevolder har handlet uaktsomt. Uaktsomhet er et vagt uttrykk, men det er klart at det er forskjellen mellom den aktuelle handlingsmåten og en forsvarlig handlingsmåte som skal vurderes. Spørsmålet er om skadevolder har handlet slik en med rimelighet kunne forvente, eller han har gått ut over dette. Dersom skadevolder ikke har handlet forsvarlig kan vilkåret om uaktsomhet regnes som oppfylt. Aktsomhetsvurderingen må trolig være streng i slike saker⁷².

I Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket) som ikke endte med erstatningsansvar kom Høyesterett med et obiter dictum om at det antas at det innenfor rammen av skyldansvar vil kunne være grunnlag for å holde en arbeidsgiver eller medarbeidere, erstatningsrettslig ansvarlig for skader av fysisk og psykisk karakter pådratt som følge av mobbing.

6.3.3 Erstatning i kontraktsforhold

Arbeidsavtalen må regnes som en kontrakt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Stryn Apotek dommen Rt. 1977 s. 1506 er eksempel på at brudd på arbeidsavtalen kan være grunnlag for erstatningskrav. Flere apotekere vant i saken frem med sine erstatningskrav mot arbeidsgiver på grunnlag av trakassering som bestod i detaljstyring av arbeidet. Erstatning i kontraktsforhold er ulovfestede regler som krever subjektiv skyld.

⁷¹ Rt. 1997 s. 786 (s.793)

⁷² Storeng mfl. 2016 s. 315

6.3.4 Terskel

Høyesteretts avgjørelser på området styrer hvor høy terskelen skal være for at noe skal regnes som erstatningsberettiget trakassering, dette er også av betydning. I platearbeiderdommen⁷³ fremgår det at det ikke er om arbeidsledelsen har skjedd på “best tenkelige måte” men om den har vært klanderverdig i den grad at det må regnes som erstatningsrettslig uaktsomt som må være spørsmålet. Dette er helt klart et utgangspunkt, det er ikke noe krav om ledelsen av arbeidet er perfekt men at det ikke overstiger grensen til å være så klanderverdig at det bør knyttes erstatningsansvar til den. I Rt. 1977 s. 1506 (Stryn Apotek) som gjaldt mobbing på arbeidsplassen ved detaljstyring av de ansatte uttales det at det skal “meget til for at det kan bli tale om vesentlig mislighold og erstatning i et slikt forhold”. I denne saken var grensen for vesentlig mislighold overtrådt og arbeidstakerne fikk tilkjent erstatning. I disse sakene peker Høyesterett på at det skal være en høy terskel for at noe skal regnes som trakasserende handlinger som kan knyttes erstatningsansvar opp mot.

I saker om diskriminering er det ikke på samme måte uttrykt en slik høy terskel⁷⁴. Forskjellen i denne terskelen innebærer i praksis at det skal mer til for at en handling kan knyttes erstatningskrav til etter arbeidsmiljøloven enn etter likestillings- og diskrimineringsloven, dette medfører at det vil være lettere for arbeidstakeren som kan knytte trakasseringen til et diskrimineringsgrunnlag å få tilkjent erstatning.

6.3.5 Erstatning etter likestillings- og diskrimineringsloven

Likestillings- og diskrimineringsloven har i § 38 en egen hjemmel for erstatning ved brudd på bestemmelsen. Det mest sentrale som skiller erstatning i saker om trakassering etter diskrl. § 13 i forhold til trakassering etter aml. § 4-3 er bevisbyrden.

Bevisbyrden gir uttrykk for hvilken part som må bære risikoen dersom retten er i tvil om resultatet. I norsk rett er hovedregelen ved sivile saker at den som tar saken til retten og anfører at en rettsregel er brutt har bevisbyrden. I saker om trakassering på arbeidsplassen, hvor arbeidstaker krever erstatning fra arbeidsgiver er det normal bevisbyrde. Dette innebærer at det er arbeidstaker som har bevisbyrden. Som tidligere påpekt er det ofte vanskelig å bevise hva som faktisk har skjedd i en trakasseringssak og bevistvil hos retten er ikke urealistisk.

⁷³ Rt. 2004 s.1844 (avsnitt 26)

⁷⁴ Einarsen og Harald Pedersen 2017 s. 312

Når det gjelder likestillings- og diskrimineringsloven viker reglene om bevisbyrde fra hovedregelen. Dersom det foreligger “omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd” og “den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd” skal diskriminering ansees å ha skjedd jfr. diskrl. § 37. Her er det altså slik at det er arbeidsgiver, som “den ansvarlige”, som må sannsynliggjøre at diskrimineringen ikke har skjedd dersom arbeidstaker frem holder punkter eller indikasjoner som gir grunnlag for å tro at det har skjedd diskriminering.

Regelen om delt bevisbyrde er en videreføring av de tidligere diskrimineringslovenes bevisregler. Reguleringen har sitt grunnlag i EU retten, gjennom direktiver mot diskriminering. Rådskonferansen 2000/78/EF er eksempel på et slikt direktiv, dette omhandler likebehandling i arbeidslivet og var sentralt ved innføringen av diskrimineringsloven i arbeidsmiljøloven. Rådskonferansens artikkel 10 fastsetter krav om delt bevisbyrde.

I forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven er det lagt frem flere årsaker som sammen utgjør bakgrunnen for den delte bevisbyrden. Bakgrunnen for at det er brukt regler om delt bevisbyrde er blant annet at det “ofte vil være vanskelig å bevise at en handling er diskriminerende”⁷⁵ Dersom noen har utført en diskriminerende handling vil det være nærliggende at denne ønsker å skjule sine motiver. Videre er det ikke alltid at en selv er bevisst på hvorfor en handler som en gjør, en diskriminerende handling kan være ubevisst og fortsatt ulovlig. Når det gjelder saker som har skjedd på arbeidsplassen er det også i hovedsak arbeidsgiver som har tilgang til saksopplysningene. Det er da naturlig at arbeidsgiver er den som står for det meste av bevisføringen. Dersom arbeidsgiver ikke greier å tilstrekkelig belyse hva som er lagt vekt på er det rimelig at denne står for risikoen.

I en sak om aldersdiskriminering etter aml. § 13-1 som gikk helt til Høyesterett, Rt. 2012 s. 424, ble bakgrunnen for den delte bevisbyrden gjennomgått. Det var bevisbyrden i arbeidsmiljøloven § 13-8 som var relevant i saken, men betraktningene må regnes å gjelde tilsvarende ved bevisbyrde-reglene i likestillings- og diskrimineringsloven. I dommens avsnitt 26 fremgår det at bevisbyrden skal “*inspirere arbeidsgivere til en ryddig og forsvarlig saksbehandling.*”. At arbeidsgiver kan måtte bevise at handlingene som er gjort ikke er gjort med diskriminerende hensikt gjør at arbeidsgiver har behov for å dokumentere sine valg og opptre ryddig.

⁷⁵ Prop 81 L (2016-2017) s.293

Forskjellen på bevisreglene i de to hjemlene som skal verne mot trakassering er tilsynelatende stor. Hvor arbeidstaker som krever erstatning etter aml. § 4-3 selv har bevisbyrden og må sannsynliggjøre at trakasseringen har skjedd er det arbeidsgiver som i saker om diskriminering har bevisbyrden og må bevise at diskrimineringen ikke har skjedd.

Det kan tenkes flere årsaker til dette, for det første er det ulikt hva som faktisk skal bevises i de ulike hjemlene. I saker om trakassering i aml. § 4-3 er det arbeidstakers oppgave å bevise at det har skjedd trakasserende handlinger. I en sak om trakassering etter likestillings- og diskrimineringsloven er det ikke tilstrekkelig å bevise at det faktisk har skjedd en trakasserende handling, i tillegg til dette må det bevises at handlingen er diskriminerende. Det diskriminerende motivet er ikke en faktisk handling slik som trakasseringen og må regnes som mer utfordrende å bevise enn faktiske handlinger. Selv om trakasseringssaker er vanskelige bevissaker er det grunn til å anta at det er enda mer utfordrende å bevise at noe er diskriminerende. For å gi de som blir diskriminert en reell mulighet for å kunne kreve erstatning ble det regnet som nødvendig å dele bevisbyrden.

6.3.6 Bevisbyrdereglene, reell betydning eller kun en teoretisk forskjell?

Over er forskjellen på den vanlige og den delte bevisbyrden gjort rede for. Teoretisk sett er det helt klart forskjell i hva som kreves av den som saksøker, men gjør den delte bevisbyrden det faktisk lettere for arbeidstaker å vinne frem i slike saker? Spørsmålet blir om det hadde hatt noen betydning for vernet i arbeidsmiljøloven dersom bevisreglene hadde vært endret.

I forarbeidene til ny arbeidsmiljølov foreslo LO å innføre regler om delt bevisbyrde i saker om trakassering og utilbørlig opptreden⁷⁶. Departementet fant det ikke hensiktsmessig eller naturlig å endre bevisreglene, dette ble begrunnet med at reglene i arbeidsmiljøloven er av offentligrettslig art og håndheves av det offentlige. Dersom det er brudd på enkeltbestemmelser er det ikke dermed sagt at arbeidstaker har noen krav mot arbeidsgiver.

En del av årsaken til at bevisbyrden ligger hos den som trakasserer i diskrimineringssaker er at det som oftest vil være denne som sitter på bevisene om hva som har skjedd og hva som er bakgrunnen for handlingene. Eksempelet i en arbeidssituasjon kan være utvelgelsesprosessen

⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 100

ved ansettelse. Det er arbeidsgiver som her sitter på informasjon om alle de ulike søkerne til en jobb og som vet på hvilke grunnlag avgjørelsen om ansettelsen er tatt. Det er utfordrende for jobbsøker som ikke får jobben å skulle fastslå at dette er på grunn av diskriminering nettopp fordi det er arbeidsgiver som sitter på bevisene. I en ordinær trakasseringssak etter arbeidsmiljøloven er det mer sannsynlig at både den som trakasserer og den trakasserte sitter med hver sin forklaring og eventuelle beviser for det som har skjedd.

Den delte bevisbyrden har vært betydningsfull i diskrimineringslovgivningen og i mange saker vinner arbeidstaker frem med påstander om diskriminering fordi arbeidsgiver ikke klarer å oppfylle sin bevisbyrde, heller enn at retten konstaterer at arbeidsgiver faktisk har opptrådt diskriminerende.⁷⁷ Selv om en skulle ha innført delte bevisregler for saker etter § 4-3 er det ikke med det sagt at dette ville fått en stor faktisk betydning for hvor mange flere saker som hadde gått i arbeidstakers favør enn med de gjeldende bevisbyrde reglene. Uavhengig av den faktiske effekten ville en endring kunne sende signaler til arbeidsgiver om viktigheten av å sikre en arbeidsplass uten trakassering og å fremtre på en måte som ikke levner tvil om hvorvidt trakassering som oppstår blir håndtert.

6.4 Oppreisning

Oppreisning er en type erstatning som ikke krever økonomisk tap, oppreisningen skal bøte på den urett som skadelidende har blitt utsatt for. Siden det ofte ikke foreligger et økonomisk tap i saker om trakassering på arbeidsplassen ville det i utgangspunktet være nærliggende for arbeidstaker å kreve oppreisning. Dette er i de fleste saker ikke et reelt alternativ for arbeidstaker da adgangen til å kunne kreve oppreisning på grunnlag av å være utsatt for trakassering på arbeidsplassen er smal.

Loven åpner for arbeidsgivers oppreisningsansvar i saker hvor arbeidstaker har blitt utsatt for usaklig oppsigelse jfr. aml. §15-12. Dette følger av forarbeidene hvor det fremgår at bestemmelsen ikke kun er ment å være en skadeerstatningsbestemmelse men også hjemmel for "billighetserstatning"⁷⁸. En oppsigelse regnes som usaklig dersom den ikke har saklig grunn i virksomheten, arbeidstaker eller arbeidsgivers forhold jfr. aml. § 15-7 (1). Det krever altså en aktiv handling fra arbeidsgiver for at arbeidstaker kan kreve oppreisning etter denne bestemmelsen. Dette blir ekstra tydelig dersom en ser på Stryn Apotek dommen som tidligere

⁷⁷ Storeng mfl. 2016 s.359

⁷⁸ Ot.prp. nr.41 (1975-76) s. 75

er nevnt hvor arbeidsgivers opptreden ikke kunne rubriseres som en oppsigelse, selv om arbeidstakerne på sett og vis ble presset ut av sitt arbeid på grunn av det dårlige arbeidsmiljøet. Det er altså et krav om en uttalt oppsigelse fra arbeidsgivers side og denne må også være usaklig.

Et annet alternativ for oppreisningsansvar følger av skl. § 3-5. For å vinne frem med oppreisningskrav etter bestemmelsen kreves det at skadevolder har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt. Bevisbyrden ligger hos den som er krenket som i tillegg til å bevise at selve trakasseringen faktisk har skjedd må sannsynliggjøre for retten at trakasseringen er skjedd ved forsett eller grov uaktsomhet. Å bevise noen andre sitt forsett må generelt sett regnes å være svært utfordrende. Oppreisningsansvaret er i tillegg et personlig ansvar og kan kun i unntakssituasjoner gi foretak ansvar, i så tilfelle ved reglene om identifikasjon. Dette gjelder typisk hvor den som regnes som skadevolder har vært leder eller en del av styret i selskapet at denne identifiseres med arbeidsgiver som dermed får oppreisningsansvaret. Rica Sjølystsaken Rt. 2001 s. 1266 er eksempel på en sak hvor arbeidstaker fikk gjennomslag for både erstatningskrav og oppreisningskrav, her gjennom identifikasjon med arbeidsgiver.

Alle disse momentene tatt i betraktning fremstår det som klart at adgangen til å kunne kreve oppreisning ved trakassering på arbeidsplassen er svært smal og for de aller fleste som blir trakassert på arbeidsplassen er det helt urealistisk å vinne frem med krav om oppreisning.

I Likestillings- og diskrimineringsloven er det klart større mulighet for å vinne frem med krav om oppreisning ved trakassering med grunnlag i et diskrimineringsgrunnlagene. Hjemmel for krav om oppreisning følger av §38. Bestemmelsen viderefører de hjemlene som tidligere lå i de spesifikke diskrimineringslovene og er ikke ment å endre rettstilstanden⁷⁹. Forskjellen fra arbeidsmiljølovens bestemmelse ligger ikke bare i at det faktisk foreligger en hjemmel for å kreve oppreisning på grunnlag av trakassering, men også i hvilke krav som stilles for forsett. I likestillings- og diskrimineringsloven er det ved arbeidsgivers utvelgelse og behandling av arbeidstakere ingen krav om at arbeidsgiver kan bebreides jfr. diskrl. § 38, 2.ledd. Dette innebærer en mye lavere terskel for å kunne kreve oppreisning. I tillegg er bevisreglene i likhet med slik det er ved ordinær erstatning ulike, Bevisbyrden er delt, noe som skal gjøre det lettere for arbeidstakere å vinne frem i slike saker.

⁷⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 337

Det er her fremtredende forskjeller på arbeidstakers rettigheter ved trakassering hvor denne kan knyttes opp mot en diskrimineringsgrunn og hvor trakasseringen ikke består i diskriminering. Arbeidstakere som kan knytte trakasseringen opp mot diskriminering har ved ønske om å kreve oppreisning en stor fordel i forhold til andre arbeidstakere som trakasseres for andre årsaker eller kanskje uten at det foreligger noe identifiserbar grunn.

7 Avslutning

På mange områder er trakasseringsvernet i arbeidsmiljøloven sammenfallende med vernet i likestillings- og diskrimineringsloven. Reglene er like når det kommer til hvilke handlinger som ligger innenfor trakasseringsbegrepet og hva som vektlegges for å avgjøre om noe er trakassering. Dette er naturlig da trakassering kan bestå av helt tilsvarende handlinger uavhengig av om det er et diskrimineringsgrunnlag som danner bakgrunnen for trakasseringen eller ikke. Når det gjelder innholdet i selve trakasseringsbegrepet har jeg altså ikke funnet noen forskjell av betydning mellom de to grunnlagene.

På andre områder er det tydelige forskjeller mellom vernet mot trakassering i arbeidsmiljøloven og trakasseringsvernet i likestillings- og diskrimineringsloven. Forskjellene består i hovedsak av hvilke rettsvirkninger som kan tas i bruk og tilgjengeligheten av disse. Her er det særlig bevisbyrdereglene og adgangen til oppreisning som er fremtredende.

Når det gjelder bevisbyrden finnes det mange gode argumenter for at det er rimelig at den er delt i saker etter likestillings- og diskrimineringsloven. Særlig i diskrimineringsaker som oppstår på arbeidsplassen er den delte bevisbyrden ofte helt nødvendig for at arbeidstaker skal ha mulighet for å vinne frem mot arbeidsgiver. Når arbeidsgiver er den som sitter på informasjon og eventuell dokumentasjon som begrunner eller avkrefter den påståtte diskrimineringen er det naturlig at bevisbyrden ligger hos arbeidsgiver. Disse betraktningene gjelder særlig i saker som ikke omhandler trakassering, men for eksempel ved diskriminering ved ansettelse. I trakasseringsaker etter likestillings- og diskrimineringsloven må både den trakasserende handlingen og det diskriminerende grunnlaget bevises.

Selv om det kanskje foreligger mer tungtveiende grunner for å ha delt bevisbyrde i saker som omhandler diskriminering er dette ikke ensbetydende med at det ikke burde være delt bevisbyrde også i saker etter arbeidsmiljøloven. Ved vurdering av rettspraksis blir det tydelig at å bevise trakassering etter aml. §4-3 tredje ledd også kan være svært utfordrende.

Selv om delt bevisbyrde ikke nødvendigvis ville endret utfallet i mange saker ville det kunne gjøre det enklere for arbeidstakere som opplever trakassering å gå til sak. Det ville vært mindre attraktivt for arbeidsgiver å møte arbeidstaker i retten med krav om å motbevise at trakassering har skjedd. Dette kunne gi arbeidsgiver et klart insentiv om å sørge for at trakassering på arbeidsplassen ikke skjer, og blir tatt hånd om dersom det skulle skje.

Når det gjelder adgangen til å kreve oppreisning er det mer utfordrende å finne gode argumenter for at det er ulike regler i de to lovene. Belastningen av å bli trakassert kan være like stor for offeret uavhengig av om diskriminering er grunnlaget for trakasseringen eller ikke. Hvorfor er det da slik at det er mye vanskeligere å få oppreisning etter arbeidsmiljøloven enn etter likestilling- og diskrimineringsloven? For den trakassertes rettferdighetsfølelse er der absolutt et behov for oppreisningsadgang også i saker etter arbeidsmiljøloven, særlig på grunn av at erstatning ofte ikke vil være et alternativ fordi det ikke foreligger et økonomisk tap.

Det må vurderes om det er noen grunn til at diskriminering vernes særlig på denne måten. Her kan gjerne historiske momenter være en del av årsaken. Diskriminering har nok i større grad vært ansett som et verdensproblem, mens trakassering uten tilknytning til diskrimineringsgrunner i større grad ansees å være et problem for den enkelte som trakasseres.

Likestillings- og diskrimineringsloven skal sikre likestilling. Når tilfeller som er tilnærmet like, kun skilt ved den som trakasserer sitt motiv, har utpreget ulikt vern kan det være relevant å vurdere om dette er forskjellsbehandling i seg selv. Forskjellsbehandlingen består i at arbeidstakere som kan knytte trakasseringen til et av diskrimineringsgrunnlagene har et vern som både innebærer lavere terskel for erstatning, større adgang til å kreve oppreisning og delt bevisbyrde. Ser en alle disse faktorene i sammenheng er det et betydelig skille mellom vernet mot trakassering i aml. § 4-3 tredje ledd og i diskrl. § 13. Dette vil rokke ved enkeltmenneskers rettferdighetsfølelse hvor det er sammenlignbare saker med ulikt utfall. Eksempelet kan være to arbeidstakere som blir trakassert av samme leder på samme arbeidsplass. Lederen har rasistiske holdninger og bakgrunnen for trakasseringen av den ene arbeidstakeren er at denne er av utenlandsk opprinnelse. Den andre arbeidstakeren blir trakassert på akkurat samme måte, men grunnlaget for trakasseringen er at han mener at arbeidstakeren gjør en dårlig jobb. Arbeidstakeren med utenlandsk opprinnelse vil i en slik sak ha et bedre vern mot trakasseringen enn den andre arbeidstakeren.

Det fremstår som sannsynlig for meg at endring av reglene om bevisbyrde og oppreisningsadgang i tilknytning til arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd ville kunne gjøre det enklere for arbeidstaker å vinne frem med saker om trakassering på arbeidsplassen noe som igjen vil gi arbeidsgiver incentiv til å i større grad arbeide forebyggende for et godt arbeidsmiljø.

8 Litteraturliste

8.1 Lover og forarbeider

Lover:

- 1814 Kongeriket Noregs grunnlov, 17.05.1814
- 1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven), 13.06.1969 nr. 26
- 1988 Lov om ferie (ferieloven), 29.04.1988 nr. 21
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21.05.1999 nr.30
- 2015 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), 17.06.2005 nr. 62
- 2017 Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), 16.06.2017 nr. 51
- 2017 Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven) 16.06.2017 nr. 67

Lovforarbeider:

- Ot.prp. nr.3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot.prp. nr.41 (1975-76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- Ot.prp. nr.50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

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

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

8.2 Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1973 s. 1268 Flymanøver
Rt. 1977 s. 1506 Stryn Apotek
Rt. 1984 s. 1044
Rt. 1986 s. 1322 Norsk Stålpres
Rt. 1992 s. 64 P-pilledom II
Rt. 1993 s. 616 Mjøsbruket
Rt. 1997 s. 786 Falken
Rt. 2001 s. 1266 Rica Sjølyst
Rt. 2002 s.273 Professor
Rt. 2004. s. 1844 Platearbeider
Rt. 2008 s. 856 Theatercafé
Rt. 2012 s.424

Lagmannsretten:

RG 2001-99
LA 2010-100200
LE-2012-39402 Fagarbeiderdommen

8.3 Litteratur

Bøker:

- Einarsen Ståle V Einarsen og Harald Pedersen, *Håndtering av konflikter og trakassering i arbeidslivet*, 2. utgave (Oslo 2017).
- Evju Stein Evju, *Vernekravene i arbeidervernlovenes § 5*(Oslo 1974).
- Friberg Odd Friberg, *Arbeidervernloven med kommentarer* (1972).
- Jakhelln Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006).
- Jakhelln/Welstad Henning Jakhelln og Trond Welstad (red.), *Utdanningsrettslige emner* (Oslo 2012).
- Skjønberg Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett* (Oslo 2016).
- Skogstad Anders Skogstad, *Det gode arbeidsmiljø*, 2.utgave (Bergen 2011).
- Storeng Nils H Storeng mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 4. utgave (Oslo 2016).

Artikler:

- Evju Stein Evju, “Arbeidervernlovens § 5 og en høyesterettskjennelse” *LOV OG RETT* 1974 s.116-129

- Evju Stein Evju “Ny arbeidsmiljølov- bedre arbeidsmiljø?” *LOV OG RETT* 1977 s. 97-98
- Levi Levi, L “Definitions and the conceptual aspects of health in relation to work”, *Psychosocial factors at work and their relation to health, World Health Organization Geneva* (1987) s. 9-12
- Nielsen/Einarsen Morten Birkeland Nielsen, og Ståle Einarsen “Outcomes of exposure to workplace bullying: A meta-analytic review”, *Work & Stress*, Vol 26, 2012 – Issue 4 s.309-332
- Nielsen Morten Birkeland Nielsen mfl. “Workplace Bullying and Suicidal Ideation” *American journal of public health* Vol 105, Issue 11, November 2015 s. 23-28
- Nielsen/Einarsen Morten Birkeland Nielsen og Ståle Einarsen “Prospective relationships between workplace sexual harassment and psychological distress” *Occupational Medicine Oxford University Press* Vol 63, Issue 3, April 2012 s. 226–228

8.4 Annet

Nettsider

Store Norske Leksikon <https://snl.no/psykologi> (Sist besøkt 30.05.18)

Store Norske Leksikon <https://snl.no/diskriminering> (Sist besøkt 30.05.18)

Regjeringen.no

<https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/arbeidsmiljolovent/utvikling-arbeidervernlovgivning/id448286/> (Sist besøkt 30.05.18)

Arbeidstilsynet.no

<https://www.arbeidstilsynet.no/tema/trakassering/> (Sist besøkt 30.05.2018)