

Beviskrav og bevisbyrde etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37

Av Magne Strandberg

Magne Strandberg er professor i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 gir en regel om omvendt bevisbyrde for spørsmål om diskriminering har skjedd. Så fremt det blir presentert en indikasjon på at diskriminering kan ha skjedd, skal det legges til grunn at diskriminering har skjedd med mindre noe annet er mer sannsynlig. I denne artikkelen diskuterer forfatteren om bestemmelsen skal praktiseres i ett eller to steg, hvilke krav som stilles før det foreligger en indikasjon, og hvilke krav som stilles til motbeviset. Forfatteren vurderer om EU/EØS-retten stiller andre krav til motbeviset enn det som har vært vanlig i norsk rett, og diskuterer dessuten om man kan fravike ldl. § 37 i tilfeller der en person beskyldes for å ha begått en svært grov handling.

Stikkord: diskriminering, beviskrav, bevisbyrde, omvendt bevisbyrde, sannsynlighetsovervekt, legalpresumsjon, effektivitetsprinsippet

1. Innledning¹

Beviskravet i sivile saker er som hovedregel et krav om sannsynlighetsovervekt, dvs. at dommere, nemndsmedlemmer eller andre rettsanvendere skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn for sin avgjørelse.² Da Torstein Eckhoff tilbake på 1940-tallet anbefalte dette overvektsprinsippet, var et av argumentene hans at vi slipper å ha bevisbyrderegler hvis dommeren alltid legger til grunn det mest sannsynlige faktumet.³ Det gikk likevel ikke lang tid før andre påpekte at man trenger bevisbyrderegler uansett, for eksempel når dommeren anser to alternativer som like sannsynlige.⁴ Det finnes også flere lovbestemmelser som presiserer hvem som har bevisbyrden, selv om beviskravet er sannsynlighetsovervekt,⁵ og domstolene finner ganske ofte grunn til å diskutere eller presisere hvem som har bevisbyrden for et bestemt forhold.⁶ Blant teoretikere er nok den dominerende oppfatningen at

¹ Artikkelen bygger på to foredrag holdt for Diskrimineringsnemnda, hvor jeg er varamedlem, våren 2022. Jeg takker for gode innspill fra professor Halvard H. Fredriksen, førsteamanuensis Tine Eidsvaag og en anonym fagfelle.

² Bl.a. Rt. 1992 s. 64 (s. 70) og NOU 2001: 32 *Rett på sak* s. 458–460. Utviklingen er mer sammensatt enn man får inntrykk av i mye av litteraturen, se Tarjei Røsvoll, «Overvektsprinsippet fremvekst», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2020 s. 161–218.

³ Torstein Eckhoff, *Tvilsrisikoen*, Oslo 1943 s. 14–21 og samme forfatter, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1949 s. 289–320, dessuten Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, Papinian 2017 s. 249–250.

⁴ Per Augdahl, *Norsk civilprosess*, 4. utg., Trondheim 1961 s. 101, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, Universitetsforlaget 2017 s. 916.

⁵ F.eks. forurensningsloven § 59, pasientskadeloven § 3 andre ledd, arbeidsmiljøloven §§ 15-8 (2) og 15-9 (1) andre setning, se også den helt nye forsikringsavtaleloven § 21-1.

⁶ F.eks. Rt. 1998 s. 774 (s. 780), Rt. 1999 s. 1473 (s. 1479), Rt. 2003 s. 612 avsnitt 42, Rt. 2008 s. 627 avsnitt 73, Rt. 2012 s. 424 og Rt. 2015 s. 1246.

det eksisterer bevisbyrderegler i sivile saker.⁷ Det er noe mer usikkerhet om hva som er de grunnleggende prinsippene for å plassere bevisbyrden, men det vanligste – og etter min mening mest dekkende – er å si at den som påberoper et rettsstiftende eller rettsendrende alternativ, har bevisbyrden for alle faktiske forhold som er nødvendige for å etablere retten.⁸ Den som derimot hevder at en allerede etablert rettighet er falt bort eller redusert, får bevisbyrden for alle faktiske forhold som trengs for at en slik virkning skal inntreffe.

Noen ganger er det grunnlag for å legge bevisbyrden på en annen part enn den som ville hatt bevisbyrden etter hovedregelen. Da snakker man gjerne om «omvendt bevisbyrde». Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 er et slikt grunnlag:⁹

«Diskriminering skal anses å ha skjedd hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd.»

Bestemmelsen gjelder ved brudd på de fleste av bestemmelsene i lovens kapittel 2, reglene om universell utforming i lovens §§ 17 og 18, reglene om individuell tilrettelegging i §§ 20 til 23, diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold i § 29, forbudet mot innhenting av opplysninger i ansettelsesprosesser i § 30, arbeidstakers rettigheter ved foreldrepermisjon i § 33 og kravet om lik lønn for likt arbeid i § 34. Tilsvarende bevisbyrdebestemmelser finnes i arbeidsmiljøloven § 13-8 og skipsarbeidsloven § 10-8. Opphavet er å finne i praksis fra Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling, som ble kodifisert i 1995 da bevisbyrderegler ble tatt inn i likestillingsloven 1977 §§ 4 til 6 og som senere har vært plassert i flere ulike lovbestemmelser.¹⁰ Selv om nåværende og tidligere bestemmelser har hatt ulike formuleringer, skal de ivareta samme formål, og det er neppe meningen at innholdet skal variere fra den ene bestemmelsen til den andre utover at anvendelsesområdet varierer. Det er derfor forsvarlig å snakke om en felles diskrimineringsrettslig bevisbyrderegulering, og rettskilder knyttet til én av bestemmelsene er relevante ved tolkingen av de andre.¹¹

⁷ F.eks. Hans Petter Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004 s. 465–496, Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Cappelen 2005 s. 354 flg., Anders Løvlie, «Feil og ugyldighet i forvaltningsretten», *Kritisk juss* 2022 s. 214–327 (s. 292 flg.), Anne Robberstad, *Hvem har bevisbyrden? Tvilrsikoen i sivile saker*, Universitetsforlaget 2021.

⁸ Rt. 1992 s. 64 (s. 70 forutsetningsvis), Rt. 1999 s. 1473 (s. 1479), Rt. 2012 s. 424 avsnitt 33, Rt. 2015 s. 1246 avsnitt 35 og HR-2019-1225-A avsnitt 75, Skoghøy s. 916, Truyen s. 356, Halvard H. Fredriksen og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2018 s. 141–205 (s. 187).

⁹ Forarbeider og teori om diskrimineringsrett bruker ofte «delt bevisbyrde», se f.eks. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerpning av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)* s. 129, 131 og 169, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)* s. 125, Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) *Om lov om endringer i likestillingsloven m.v.* s. 52, Prop. 81 L (2016–2017) *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)* s. 293, Mary-Ann Hedlund, «Bevisbyrde», *Diskriminerings- og likestillingsrett* (Hellum/Ketscher red.), Universitetsforlaget 2008 s. 323–339 (s. 323), og Anne Jorun Bolken Ballangrud og Margrethe Søbstad, *Likestillings- og diskrimineringsloven. Lovkommentar*, Universitetsforlaget 2021 s. 612. Innholdet i regelen er uansett at bevisbyrden på bestemte vilkår plasseres på en annen enn den som har den etter hovedregelen, noe som vanligvis kalles «omvendt bevisbyrde».

¹⁰ Nærmere om alt dette: Hedlund s. 324–326 og Ballangrud/Søbstad s. 612–613.

¹¹ Tilsvarende Rt. 2014 s. 402 avsnitt 63.

Den norske diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen ble utviklet parallelt med lignende regler i EU. I EU-retten ble en slik bevisbyrderegulering først utviklet av EU-domstolen,¹² deretter kodifisert i det nå opphevede bevisbyrdedirektivet¹³ og så tatt inn i flere direktiver og forordninger med ulike anvendelsesområder.¹⁴ Bestemmelsene er mer eller mindre likelydende, og i kjønnsdiskrimineringsdirektivet artikkel 19 nr. 1 heter det at medlemsstatene skal «sikre»

«at når personer, der betrakter sig som krænket, fordi likebehandlingsprincippet ikke er anvendt over for dem, over for en domstol eller en anden kompetent myndighed påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det indklagede at bevise, at likebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.»

EU-direktivene om kjønnslikestilling er tatt inn i EØS-avtalen vedlegg XVIII nr. 19,¹⁵ mens rammedirektivet og rasedirektivet er frivillig gjennomført i norsk rett.¹⁶ De norske bestemmelsene om omvendt bevisbyrde skal tolkes i tråd med disse direktivene slik de til enhver tid blir praktisert og utviklet av EU-domstolen. Det gjelder ikke bare for de EØS-relevante direktivene, men også for direktivene som er frivillig gjennomført.¹⁷ Nå omfatter ldl. § 37 også enkelte saker som verken reguleres av EØS-relevante eller frivillig gjennomførte direktiver,¹⁸ og det kan stilles spørsmål ved om føringene fra EU-retten også skal være relevante for de sakene. Utformingen av ldl. § 37 tilsier imidlertid at det gjelder samme beviskrav og bevisbyrdefordeling for saker som dekkes av et EU-direktiv, og andre saker. En slik tilnærming har også gode retts tekniske grunner for seg.

EU-domstolen utviklet bevisbyrderegelen med grunnlag i effektivitetsprinsippet, som går ut på at nasjonale prosessregler ikke i praksis må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve eller utøve de materielle rettighetene som følger av EU-retten.¹⁹ Forankringen i effektivitetsprinsippet kom også klart frem da bevisbyrderegelen ble kodifisert, se bevisbyrdedirektivets fortale punkt 18:

«... bevisbyrdereglene skal gælde omvendt, når der foreligger en tilsynelatende forskelsbehandling, og at en effektiv gjennomførelse af likebehandlingsprincippet i de

¹² C-109/88 *Danfoss*, C-127/92 *Enderby* og C-400/93 *Royal Copenhagen*.

¹³ Direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn artikkel 4.

¹⁴ Direktiv 2000/43/EF om gjennomførelse af princippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse artikkel 8, direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv artikkel 10, direktiv 2004/113/EF af 13. december 2004 om gjennomførelse af princippet om likebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser artikkel 9 og direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gjennomførelse af princippet om like muligheter for og likebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv artikkel 19 nr. 1.

¹⁵ EØS-komiteens beslutninger 33/2008 av 14. mars 2008 og 147/2009 av 4. desember 2009.

¹⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) *Om lov om endring i lov. 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.*, del 1, og Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)*, s. 10.

¹⁷ Rt. 2010 s. 202 avsnitt 46 og 55–56, Rt. 2010 s. 944 avsnitt 9, Rt. 2011 s. 609 avsnitt 68–72, Rt. 2011 s. 964 avsnitt 39–44, HR-2012-325-A avsnitt og Rt. 2012 s. 424 avsnitt 30.

¹⁸ Se Jørgen Reinholdtsen, «Rettslig diskrimineringsvern i EU, EØS og Norge», *Jussens Venner* 2019 s. 223–244 (på s. 240–241).

¹⁹ Nærmere: Halvard H. Fredriksen, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289–359 (på s. 292–293).

tilfælde, hvor denne forskelsbehandling godtgøres, kræver, at bevisbyrden pålægges indklagede».²⁰

Slik er også hovedbegrunnelsen for den norske diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen.²¹ Den omvendte bevisbyrden skal bidra til en mer effektiv håndhevelse av forbudene mot diskriminering, noe det kan være behov for på dette rettsområdet fordi de faktiske forhold ofte er uoversiktlige og vanskelige å klarlegge. Dessuten er det, iallfall for diskriminering i arbeidslivet, ofte arbeidsgiveren som har hånd om bevisene eller mulighet for å skaffe dem. Bevisbyrderegelen skal gi arbeidsgivere incentiver til å skape gode rutiner for en ryddig saksbehandling, noe som kan bidra til at det blir færre diskrimineringssaker og at sakene blir bedre opplyst.²²

Både ordlyden i ldl. § 37 og dens hovedbegrunnelse stemmer altså med tilsvarende bestemmelser i EU/EØS-retten. Ifølge en nylig utgitt bok av Hellum og Blaker Strand, inspirert av en rapport utgitt av EU-kommisjonen i 2014,²³ er det visstnok «erkjent at en rekke land i praksis likevel ikke anvender regelen om bevisbyrde på en måte som er i tråd med EU/EØS-retten. Dette er også et problem i Norge».²⁴ Denne kritikken har blitt ytterligere aktualisert av en endring av Diskrimineringsnemndas beviskravs- og bevisbyrdeformuleringer. Endringen dreier seg primært om strukturen i spørsmålene som stilles og vurderingene som gjøres, men indirekte påvirkes også beviskravet og omfanget av den omvendte bevisbyrden.

2. Strukturen: ett bevistema med ett kriterium eller to bevistemaer med to kriterier?

Et første spørsmål er om ldl. § 37 skal anses for å ha ett eller to kriterier, og om bevisbedømmelsen skal gjøres i ett eller to steg. Bestemmelsens ordlyd tilsier at vurderingen skal gjøres i to steg; først må det foreligge en eller flere omstendigheter som indikerer at diskriminering kan ha skjedd, deretter må det vurderes om det likevel er mer sannsynlig at det ikke har funnet sted diskriminering.²⁵ Ordlyden tilsier at bestemmelsen er en *legalpresumsjon*.²⁶ Det er typisk for legalpresumsjoner at bevisbyrden blir snudd først etter at et presumerende faktisk forhold (indikasjonen) har blitt etablert. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 13-8 la også opp til en slik struktur:

«En arbeidstaker eller arbeidssøker som mener seg diskriminert og tar saken til domstolene, må således etablere en presumsjon for diskriminering ved å vise til at det foreligger indikasio-

²⁰ Direktiv 97/80/EF om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grunnlag af køn, fortalen punkt 18. Se også generaladvokat Sharpstons forslag til avgjørelse i C-531/15 *Elda Otero Ramos* avsnitt 65.

²¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven m.v.* s. 130.

²² Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 130.

²³ *Reversing the burden of proof: Practical dilemmas at the European and national level*, by Lilla Farkas og Orlagh O'Farrell, European Commission 2014. Rapporten er tilgjengelig her: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/1076-burden-of-proof-en> [sist besøkt: 22.08.2022].

²⁴ Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022 s. 373.

²⁵ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 130–131.

²⁶ Slik også Hellum/Blaker Strand s. 371. Det samme gjelder for den svenske Diskrimineringslagen § 6 kap. 3, se NJA 2006 s. 170 og Sabina Hellborg, *Diskrimineringsansvar*, lustus 2018 s. 197. Nærmere om legalpresumsjoner: Magne Strandberg, *Skadelidtes hypotetiske inntekt – om erstatningsutmåling og bevis*, Fagbokforlaget 2005 s. 123–126.

ner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling. Her er det altså ikke krav om sannsynlighetsovervekt. Dersom arbeidstaker klarer å etablere en slik presumsjon påligger det arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted lovstridig diskriminering.»²⁷

I sin første dom om bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsretten viste Høyesterett til dette forarbeidsutsagnet og tolket bestemmelsen slik at bevisbyrden først snus når det er påvist indikasjoner eller omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd.²⁸ I den konkrete vurderingen konstaterte Høyesterett først at det forelå omstendigheter som ga grunn til å tro at det hadde skjedd aldersdiskriminering,²⁹ deretter ble bevisbyrden snudd, og spørsmålet ble om staten hadde sannsynliggjort at «As alder likevel var uten betydning for beslutningen om ikke å innkalle ham til intervju – at dette valget utelukkende hadde ikke-diskriminerende årsaker».³⁰

Den samme tottrinnsstrukturen ble brukt i Rt. 2014 s. 402 om påstått kjønnsdiskriminering ved ansettelse som kontreadmiral:

«Arbeidsgiveren har altså bevisbyrden dersom det er holdepunkter for – eller indikasjoner på, som er begrepet førstvoterende bruker i Rt-2012-424 – at en person er ansatt fordi vedkommende er av et bestemt kjønn.» (avsnitt 64)

Også i den saken ble den konkrete vurderingen gjort i to ledd. Først vurderte Høyesterett om det forelå omstendigheter som ga grunn til å tro at det var skjedd kjønnsdiskriminering, deretter om staten hadde sannsynliggjort at det likevel ikke hadde skjedd diskriminering.³¹

En tottrinnsstruktur er i samsvar med ordlyden i de ulike EU-direktivene. EU-domstolen følger opp dette i flere saker, f.eks. sak C-303/06 *Coleman*:

«Hvad angår den bevisbyrde, som gælder i en situation som den i hovedsagen omhandlede, bemærkes, at medlemsstaterne ifølge artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 i overensstemmelse med deres nationale retsorden skal træffe alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at når en person, der mener sig krænket, fordi princippet om ligebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, og når denne for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det sagsøgte at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat.» (avsnitt 52)

EU-domstolen legger opp til at det først må foreligge indikerende omstendigheter, og at bevisbyrden deretter blir snudd, noe som følges opp i de neste avsnittene i dommen.³² Et tottrinnsmonnster er muligens ikke strengt påkrevd etter EU/EØS-retten i og med at det er snakk om minimumsdirektiver som

²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)* s. 328–329.

²⁸ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 38. Slik også Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 130–131 og 169–170, Ot.prp. nr. 33 (2004–2004) s. 125 og 130, Ot.prp. nr. 35 (2004–2004) s. 57, Prop. 81 L (2016–2017) s. 293.

²⁹ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 42.

³⁰ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 43.

³¹ Rt. 2014 s. 402 avsnitt 72–74.

³² Tilsvarende C-104/10 *Kelly* avsnitt 30-31, C-415/10 *Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH* avsnitt 36, C-81/12 *Asociatia Accept v Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii* avsnitt 42, C-531/15 *Elda Otero*

åpner for at statene anvender regler som beskytter bedre mot diskriminering. Men det er enklere å vise at nasjonale regler er i samsvar med direktivene, dersom de nasjonale reglene har samme struktur som direktivene, og det er ingenting som tyder på at norske myndigheter har valgt en annen struktur for å gi et bedre diskrimineringsvern.

Også Diskrimineringsnemnda har pleid å følge et slikt tottrinns-mønster, se bl.a. den såkalte «Håndhilsesaken» der nemnda først spør om det «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering», og deretter om den «ansvarlige [...] sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted».³³ I løpet av det siste året har imidlertid nemnda gått over til et mønster med bare ett steg, se for eksempel:³⁴

«I bevisvurderingen gjelder det alminnelige beviskravet i sivile saker. Nemnda legger til grunn det faktum som etter en samlet vurdering av bevisene er mest sannsynlig, se Høyesteretts dom i HR-2020-2476-A avsnitt 74 og 75. Dersom det etter en slik bevisvurdering unntaksvis er absolutt bevistvil, fremgår det av bevisbyrderegelen i § 37 at tvilen skal gå utover den påstått ansvarlige.»

Ifølge nemnda tilsier disse avsnittene i HR-2020-2476-A *Mekanikerlærling* at man skal gå over til én samlet vurdering:

«Det er innledningsvis viktig å slå fast at bevisbyrderegelen i [§ 27](#) ikke innebærer noe unntak fra det alminnelige *beviskravet* i sivile saker. Beviskravet er, her som ellers, at det mest sannsynlige faktum – etter en samlet vurdering av bevisene i saken – skal legges til grunn. Alminnelige utgangspunkter for bevisvurderingen, som at de tidsnære bevis har størst vekt, gjelder også på samme måte som ellers. En annen sak er at bestemmelsen pålegger begge parter en plikt til å føre de bevisene de har tilgang til.

Dersom det etter en slik samlet bevisvurdering foreligger *absolutt bevistvil*, det vil si at det ene faktum er like sannsynlig som det andre, fastsetter bestemmelsen at denne bevistvilen skal gå ut over 'den ansvarlige', jf. [§ 27](#) første ledd bokstav b. Slike bevissituasjoner forekommer imidlertid sjelden i praksis.» (avsnitt 74–75)

Isolert sett kan disse avsnittene tolkes slik at man skal gå rett på en helhetsvurdering av bevisene og spørre om det er sannsynlighetsovervekt for at diskriminering ikke har skjedd.

Samtidig er det vanskelig å akseptere at Høyesterett – uten å ha begrunnet det eksplisitt – skal ha tolket bestemmelsen på en måte som klart er i strid med dens ordlyd, med Høyesteretts tidligere tolkninger av bestemmelsen og som er vanskelig å harmonere med EU/EØS-retten. Hvis Høyesterett hadde ønsket å fravike det som følger av så tunge rettskilder, ville det trolig skjedd etter en uttrykkelig gjennomgang av rettskildene og en begrunnelse for hvorfor man endrer forståelsen av loven. Det er også enkelte trekk i Høyesteretts begrunnelse som tilsier at man *ikke* har ment å endre vurderingsmønsteret, men heller er foranlediget av den konkrete saken og måten den hadde vært lagt opp på

Ramos avsnitt 70, C-14/17 *Isabel González Castro* avsnitt 72 flg. I Sverige har overgangen til en slik tottrinnsstruktur blitt ansett som nødvendig for å oppfylle EU-retten, se Hellborg s. 191 med henvisning til svenske forarbeider.

³³ DN-2018-48.

³⁴ DN-21-382. Se også DN-20-180.

av partene. For Høyesteretts drøftelse av bevisbyrdebestemmelsen starter med en gjengivelse av følgende anførsel:

«C har gjort gjeldende at det i saker om seksuell trakassering mellom private parter må oppstilles en sivilrettslig uskyldspresumsjon, og at retten til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1 er til hinder for regler om delt eller omvendt bevisbyrde.»³⁵

Høyesteretts drøftelse ender med en helt korrekt konklusjon om at anførselen ikke kunne føre frem,³⁶ og de avsnittene som kommer i mellomtiden – herunder de siterte avsnittene 74–75 – fremstår som en argumentasjon rettet inn mot denne temmelig spesielle anførselen. Det sentrale for Høyesterett er derfor ikke å finfortolke vilkårene for å snu bevisbyrden, men å vise at effekten av å snu bevisbyrden er for liten til at regelen kan være i strid med Grunnloven eller EMK. Høyesterett utdyper dette ved å gå inn på hvilken betydning bevisbyrderegelen kan ha i ulike bevissituasjoner.³⁷ For den type bevissituasjon som var oppe i saken, omtalt av Høyesterett som en situasjon der bevisbedømmelsen «har to mulige utfall», heter det at bestemmelsen om omvendt bevisbyrde «ikke har noen selvstendig rettsvirkning ut over at tvilsrisikoen ligger hos C, og det altså går ut over ham dersom det ene alternativet ikke fremstår som mer sannsynlig enn det andre, etter en samlet bevisvurdering».³⁸

Det er dessuten verdt å merke seg at Høyesteretts utsagn om at den omvendte bevisbyrden bare har betydning ved absolutt tvil, støttes av en henvisning til forarbeidene til en lovendring fra 2019.³⁹ Høyesterett siterer der et avsnitt som i korthet går ut på at den omvendte bevisbyrden bare påvirker hvem som har «tvilsrisikoen der det etter avsluttet bevisførsel fortsatt er tvil om det har skjedd diskriminering», at beviskravet fortsatt er et krav om sannsynlighetsovervekt, og bevisbedømmelsen skal gjøres på vanlig måte. Men på samme side i forarbeidene står følgende:

«Delt bevisbyrde innebærer at dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted. ... Beviskravet i diskrimineringsaker er like fullt alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Med omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd menes at det må være holdepunkter for eller indikasjoner på at diskriminering har skjedd. Sannsynlighetsovervekt kreves ikke.»⁴⁰

Når Høyesterett siterer fra et senere avsnitt på samme side i proposisjonen, og som kalles «oppsummeringen» av redegjørelsen, tilsier det at Høyesterett ikke har ment å fravike det som følger av en samlet lesning av proposisjonssiden. I samme retning trekker det når Høyesterett i avsnitt 79 tolker

³⁵ HR-2020-2476-A avsnitt 71.

³⁶ HR-2020-2476-A avsnitt 80.

³⁷ HR-2020-2476-A avsnitt 77.

³⁸ HR-2020-2476-A avsnitt 78.

³⁹ HR-2020-2476-A avsnitt 76 med henvisning til Prop. 63 L (2018–2019) *Endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven* s. 17.

⁴⁰ Prop. 63 L (2018–2019) s. 17.

lagmannsretten slik at den hadde lagt til grunn samme oppfatning – lagmannsretten bygget på at bevisbyrden først snus «dersom det først foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd seksuell trakassering».⁴¹

Det virker dermed som Høyesterett i *Mekanikerlærling* er opptatt å få frem hva bevisbyrden innebærer og hvilken effekt den har, men ikke har ment å tolke bort vilkåret som etter bestemmelsens ordlyd stilles for å snu bevisbyrden. Med en slik lesning blir det Høyesterett skriver om «helhetsvurdering» og «sannsynlighetsovervekt» forenelig med at det stilles et krav om indikasjoner i forkant av helhetsvurderingen. Med en slik lesning blir det også samsvar mellom Høyesteretts siste dom og andre rettskilder som lovens ordlyd, en rekke forarbeidsuttalelser, Høyesteretts tidligere praksis og praksis fra EU-domstolen. Etter min mening skal dermed den diskrimineringsrettslige bevisbyrde-regelen fortsatt praktiseres i to ledd.⁴² Den praktiske betydningen av dette er det ikke helt enkelt å ha noen bestemt mening om, men det er uansett dristig å hevde at en endring av strukturen i bevisbedømmelsene er helt uten effekt på resultatene. I alle tilfeller er det grunn til å tro at saksbehandlingsprosessene i mange enkle saker kan gjøres mer effektive hvis det stilles et krav om en indikerende omstendighet før man eventuelt går videre.

3. Indikasjonen

Bevisbyrden blir altså snudd hvis den som hevder å være diskriminert, påviser «omstendigheter som gir grunn til å tro» at det har forekommet diskriminering. En forutsetning for å kunne vurdere om det foreligger en slik omstendighet, er at det er angitt hva den påstått diskriminerende handlingen, unnlatelsen, tilstanden eller praksisen går ut på. Den som hevder å være utsatt for diskriminering, må påberope et konkret diskriminerende forhold som kan oppfylle vilkårene i et diskrimineringsgrunnlag. Det er vanskelig å omtale konkretiseringskravene nærmere uten å gå inn på de enkelte diskrimineringsgrunnlag, men vanligvis vil det være snakk om å angi hvem som skal ha diskriminert, når diskrimineringen skal ha skjedd, og hva den diskriminerende praksisen eller handlingen skal ha vært.⁴³ En slik konkretisering er nødvendig for at bevisbedømmelsen skal kunne gjøres på en god måte, og for motpartens mulighet for kontradiksjon.

Bevisbyrden blir snudd dersom saksøker (eller klager) påviser «omstendigheter som gir grunn til å tro» at det konkretiserte diskriminerende forholdet faktisk har skjedd. En ren påstand om at det har forekommet diskriminering, er dermed ikke nok.⁴⁴ I flere forarbeider er det understreket at påstand mot påstand ikke er tilstrekkelig, og at påstanden må ha støtte i sakens «ytre omstendigheter».⁴⁵ Utover dette stilles ingen bestemte krav om hva indikasjonen går ut på, eller hva slags type bevis eller informasjon påstanden må ha støtte. Indikasjonen kan være statistikk,⁴⁶ en konkret uttalelse fra

⁴¹ LH-2019-87696, LH-2019-135298 og LH-2019-135300.

⁴² Tilsvarende Bolken Ballangrud/Søbstad s. 613 og 614–621.

⁴³ I sivilprosessen følger dette alminnelige regler om anførsels- eller påberopelsesbyrde, se Gunnar Aasland, «Rettsens stilling til partenes anførsler i tvistemål», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1969 s. 157–200. Domstolen skal veilede parten om hva som må til for å ha påberopt et tilstrekkelig konkretisert forhold, se tvl. § 11-5 (1) og (3). Også saker som behandles av Diskrimineringsnemnda, må oppfylle slike krav til konkretisering, og nemnda har vidtrekkende plikt til å veilede, se forvaltningsloven § 11 og diskrimineringsombudsloven § 2.

⁴⁴ Rt. 2012 s. 424 (avsnitt 38).

⁴⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 107 og 130, Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 56–58, Prop. 81 L (2016–2017) s. 293. Se også Mary-Ann Hedlund og Brit Djupvik Semner, *Likestillings- og diskrimineringslovene – med kommentarer*, Fagbokforlaget 2008 s. 373.

⁴⁶ F.eks. sak C-274/18 *Minoo Schuch-Ghannadan mot Medizinische Universität Wien* avsnitt 46–50.

f.eks. en arbeidsgiver,⁴⁷ utfallet av en ansettelsesprosess som hevdes å være diskriminerende, eller opplysninger om at en bestemt hendelse har funnet sted.⁴⁸ Dommeren eller nemndmedlemmet må i hvert enkelt tilfelle vurdere om det foreligger en indikasjon, og i de fleste saker er det nok å gjøre en temmelig isolert vurdering av ett eller noen få bevis.

Indikasjonen må gi «grunn til å tro» at den påberopte diskrimineringen har skjedd, noe som åpenbart er et mildt beviskrav.⁴⁹ Det er ikke noe krav om at indikasjonen gir sannsynlighetsovervekt for den påståtte diskrimineringen.⁵⁰ Indikasjonen må være et pro-bevis for at diskriminering har skjedd, men trenger ikke å være noe sterkt bevis. Høyesterett bruker ord som at det må foreligge «en indikasjon» eller «et holdepunkt» for at diskrimineringen har skjedd.⁵¹ EU-domstolen krever at de faktiske omstendighetene må gi grunnlag for en presumsjon, se C-54/07 *Feryn*.⁵²

«Artikel 8 i direktiv 2000/43 præsiserer i denne henseende, at det påhviler den indklagede at bevise, at prinsippet om likebehandling ikke er blevet tilsidesat, såfremt faktiske omstændigheder giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling. Pligten til at føre modbevis, som således påhviler den, der angiveligt har udøvet forskelsbehandling, er alene betinget af, at det konstateres, at der består en formodning for, at der er udøvet forskelsbehandling, såfremt formodningen er baseret på faktiske omstændigheder.» (avsnitt 30)

Vilkåret kan noe mer presist formuleres som at indikasjonen må gi *en begrunnet mistanke om at den påståtte diskrimineringen har skjedd*, se f.eks. Rt. 2012 s. 424 om aldersdiskriminering i en ansettelsesprosess:

«Det er for meg tilstrekkelig å vise til utlysningsteksten og til de ulike søkeres formelle og reelle kompetanse, som jeg kort redegjorde for innledningsvis. I lys av det alminnelige kvalifikasjonsprinsippet var det å forvente at A ble innkalt til intervju. Når så ikke skjedde, er det nærliggende å mistenke arbeidsgiver for å ha tatt usaklige hensyn. Alderssammensetningen hos de søkerne som ble innkalt til intervju, gjør at As alder kan fremstå som en aktuell forklaring på hvorfor han ikke kom i betraktning.» (avsnitt 42)

Når det foreligger begrunnet mistanke, er det i mange tilfeller nærliggende å si at det er grunn til å søke etter en forklaring på hva som har skjedd.

En spesiell situasjon oppstår hvis den som hevder å være diskriminert, ikke kan få tilgang til de relevante bevisene. Hvis motparten sitter på relevante bevis og nekter å utlevere dem, har EU-domstolen åpnet for at dette i seg selv kan være en indikasjon på at diskriminering har skjedd.⁵³ I norsk rett kan det her være aktuelt å bruke reglene om bevis tilgang, f.eks. tvisteloven kapittel 26 kombinert med

⁴⁷ F.eks. C-54/07 *Feryn* avsnitt 29 der arbeidsgiver offentlig hadde fremsatt uttalelser om sin ansettelsespolitikk.

⁴⁸ NJA 2006 s. 170.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 141–142.

⁵⁰ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 37–38, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 130, Prop. 81 L (2016–2017) s. 336.

⁵¹ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 42, Rt. 2014 s. 402 avsnitt 64. Se også Prop. 63 L (2018–2019) s. 17.

⁵² Tilsvarende C-303/06 *Coleman* avsnitt 53 og 62.

⁵³ C-415/10 *Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH* avsnitt 47 og C-274/18 *Minoo Schuch-Ghannadan mot Medizinische Universität Wien* avsnitt 57.

trusselen om å utferdige fristforelegg etter § 16-7 (2), dersom en arbeidsgiver nekter å legge bevisene frem. Hvis arbeidsgiveren ikke lenger har bevisene fordi hen enten har ødelagt dem eller hatt for dårlige rutiner for å innhente eller lagre dem, så kan det tilsi at hen får bevisbyrden og muligens også må oppfylle et høyere beviskrav, se punkt 5.

4. Motbeviset

Hvis det foreligger en indikasjon på at det har skjedd en slik diskriminering som er anført, snus bevisbyrden for spørsmålet om det faktisk har funnet sted en slik diskriminering. Ordlyden «sannsynliggjøre» i ldl. § 37 tilsier at det er snakk om en ren vending av bevisbyrden, og at beviskravet er sannsynlighetsovervekt. Dette følger også uttrykkelig av forarbeidene til flere bestemmelser om diskrimineringsrettslige bevisbyrderegler,⁵⁴ og det er formulert av Høyesterett flere ganger,⁵⁵ senest i HR 2020-2476-A:

«Det er innledningsvis viktig å slå fast at bevisbyrderegelen i § 27 ikke innebærer noe unntak fra det alminnelige *beviskravet* i sivile saker. Beviskravet er, her som ellers, at det mest sannsynlige faktum – etter en samlet vurdering av bevisene i saken – skal legges til grunn.» (avsnitt 74)

Det skal altså legges til grunn at det påberopte diskriminerende forholdet har skjedd, med mindre man etter en samlet bevisvurdering kommer til at det er mer sannsynlig at det ikke har skjedd. Her skal det gjøres en vanlig bevisvurdering basert på hele bevissituasjonen. På generelt grunnlag er det neppe mulig å si så mye mer enn at bevisene som tilsier at det ikke foreligger diskriminering, samlet sett må være sterkere enn bevisene som tilsier at det foreligger diskriminering. Hvis man skal si noe mer konkret om hvilke bevis som kreves, må man analysere mer bestemte typetilfeller.⁵⁶ Den praktiske effekten av bevisbyrderegelen vil også variere fra sak til sak,⁵⁷ men gjennomgående er effekten av bevisbyrderegelen liten når beviskravet ikke er strengere enn sannsynlighetsovervekt. I teorien har det, som sagt innledningsvis, vært diskutert om en ren bevisbyrderegel i det hele tatt har noen effekt når beviskravet er sannsynlighetsovervekt. Samtidig kan det hende at en ren bevisbyrderegel får større praktisk betydning enn man ofte tenker seg, og spesielt for bevistema som er vanskelig å bevise, kan det fort skje at bevisbedømmeren kommer til at bevisene er like dårlige i begge retninger.

Hellum og Blaker Strand er imidlertid inne på at EU/EØS-retten krever et strengere beviskrav for å motbevise presumsjonen om diskriminering:

«En tolkning av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen som går ut på at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn, er ikke i tråd med EU/EØS-retten. Den EU/EØS-rettslige bevisbyrderegelen legger til grunn at det – dersom det først er etablert en presumsjon for diskriminering gjennom 'grunn til å tro'-kravet – påhviler den innklagede/saksøkte noe *mer* enn å etablere alminnelig sannsynlighetsovervekt for at diskriminering ikke har

⁵⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 170, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 131, Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 57, Prop. 81 L (2016–2017) s. 294 og 336, Prop. 63 L (2018–2019) s. 17.

⁵⁵ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 40, Rt. 2014 s. 402 avsnitt 65.

⁵⁶ Se Hedlund/Semner s. 374–380 om noen slike tilfeller.

⁵⁷ Se også HR-2020-2476-A avsnitt 77.

skjedd: Det påhviler den innklagede/saksøkte å *motbevise presumsjonen*.» (s. 375, uth. i orig.)

De to forfatterne viser blant annet til en rapport innhentet fra EU-kommisjonen i 2014 der enkelte land kritiseres for måten bevisbyrdereglene i diskrimineringsaker praktiseres:

«The applicable standard of proof for rebuttal is not known for all states but seems to be too lenient in a few, such as Austria, Liechtenstein, Norway, and Slovakia.»⁵⁸

Rapporten går ikke særlig grundig inn på hva beviskravet er i Norge og andre land, men rapporten omtaler en dom fra den slovakiske konstitusjonsdomstolen som ser ut til å ha lagt til grunn at det ikke forelå diskriminering, fordi saksøkte hadde bevist at det var mer trolig at diskriminering ikke hadde funnet sted enn at det hadde funnet sted. Rapporten konkluderer med at en slik tolkning «seems to be in breach of European law».⁵⁹

Det virker som kritikken fra Hellum og Blaker Strand dreier seg om to aspekter. For det første kritiserer de norske domstoler og andre rettsanvendere for å legge for liten vekt på at bestemmelsen er en presumsjonsregel. Dersom dette dreier seg om at strukturen i vurderingen skal være som i en presumsjonsregel, er det lett å være enig, se punkt 2 ovenfor. Ettersom bestemmelsen er en legalpresumsjon, skal indikasjonen få betydning to ganger; eksistensen av en indikasjon gir først grunnlag for å snu bevisbyrden, deretter skal indikasjonen inngå i den samlede vurderingen av om det foreligger sannsynlighetsovervekt for at diskriminering ikke har skjedd. For i den samlede bevisvurderingen skal retten legge vekt på alt som har kommet frem under hovedforhandlingen (eller som på andre måter kan inngå i bevisgrunnlaget i saken),⁶⁰ noe som inkluderer beviset eller bevisene som indikasjonen bygger på. Hva som konkret må til før det er ført tilstrekkelig motbevis, avhenger derfor blant annet av bevisverdien til bevisene som støtter indikasjonen.

Det andre aspektet i kritikken ser ut til å angå selve beviskravet. Det som følger uttrykkelig av direktivene, er imidlertid bare et krav om omvendt bevisbyrde, og direktivene sier ikke noe om hva beviskravet skal være. Det henger sammen med en mer generell tilbakeholdenhet med å regulere prosessuelle spørsmål i EU.⁶¹ Dessuten henger det sammen med at beviskravene i sivile saker varierer sterkt fra den ene medlemsstaten til den andre. I de fleste stater, slik som Tyskland, Østerrike og mange

⁵⁸ EU-kommisjonens rapport (fn. 23) s. 77.

⁵⁹ EU-kommisjonens rapport (fn. 23) s. 77.

⁶⁰ Tvl. § 21-2 (1) og (2), jf. NOU 2001: 32 s. 457 og Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget 2012 s. 325. Ord som «hovedforhandling» og så videre passer ikke for nemndsbehandling, men også nemnden skal selvsagt legge vekt på alle bevis som har kommet frem i saken.

⁶¹ Se om prinsippet om nasjonal prosessautonomi, f.eks. sak C-33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* avsnitt 5, forente saker C-430-431/93, *van Schijndel og van Veen mot Stichting Pensionsfonds voor Fysiotherapeuten* avsnitt 17, sak C-432/05 *Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd. mot Justitiekanslern* avsnitt 37–39. Se videre Fredriksen s. 292–296, Stephanie Law og Janek T. Nowak, «Procedural Harmonisation by the European Court of Justice: Procedural Autonomy and the Member States' Perspective», *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?* (Inchausti/Hess red.) Intersentia 2020 s. 17–68, Bart Krans og Anna Nylund (red.), *Procedural Autonomy Across Europe*, Intersentia 2020.

øst-europeiske land, skal beviskravene være meget høye også i sivile saker.⁶² I Frankrike og Nederland er beviskravet tradisjonelt sett (nesten) ikke rettslig regulert i sivile saker og derfor vanskelig å definere.⁶³ I Danmark er den rettslige reguleringen slik at beviskravet varierer fra rettsområde til rettsområde, fra typetilfelle til typetilfelle og fra sak til sak.⁶⁴ Innenfor EU/EØS er det bare i Norge, i tillegg til common law-statene Irland og Malta, at beviskravet i sivile saker som hovedregel er et krav om sannsynlighetsovervekt.⁶⁵

Så langt har ikke EU-domstolen innfortolket et beviskrav i antidiskrimineringsdirektivene. I C-54/07 *Feryn* ble EU-domstolen spurt om «hvilken strenghed» en nasjonal domstol skal anvende for bedømmelsen av motbeviset i en sak hvor arbeidsgiver hadde gitt offentlige uttalelser som tilsa at ansettelsespraksisen i selskapet var rasediskriminerende. EU-domstolen svarte:

«Det tilkommer den forelæggende ret dels at undersøge, om de omstændigheder, arbejdsgiveren foreholdes, er godtgjort, dels at vurdere, om de forhold, som arbejdsgiveren har anført til støtte for sine påstande, hvorefter han ikke har tilsidesat princippet om ligebehandling, er tilstrækkelige.» (avsnitt 33)

På den andre siden har EU-domstolen foreløpig ikke blitt forelagt et spørsmål som direkte angår om sannsynlighetsovervekt kan godkjennes som beviskrav etter diskrimineringsdirektivene. Hvis et slikt spørsmål blir forelagt, må domstolen vurdere det opp mot effektivitetsprinsippet forbud mot at en nasjonal prosessregel gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve materielle EU/EØS-rettigheter.⁶⁶ Det virker som EU-domstolen foretar en temmelig konkret og isolert vurdering av den bestemte nasjonale prosessregelen som foreleggelsen angår, men samtidig vurderer hvilken betydning regelen har i den samlede nasjonale prosessretten, og hvilke prinsipper som styrer den nasjonale prosessretten.⁶⁷

Et lavt beviskrav kan gjøre at en EU-rettslig bestemmelse om omvendt bevisbyrde ikke får den effekten som den ville fått med et strengere beviskrav.⁶⁸ Det er grunn til å tro at det lave beviskravet i norsk rett gjør at det blir lettere å motbevise en presumsjon om at det har skjedd diskriminering hos oss, enn det er i flertallet av EU/EØS-stater. På den annen side er der noen trekk ved norsk bevisrett som henger så tett sammen med beviskravene at de må kunne trekkes inn i vurderingen. For det

⁶² Wolfgang Lüke, *Zivilprozessrecht I*, 11. utg., C.H. Beck, 2020 s. 266–267, Hans-Jürgen Ahrens, *Der Beweis im Zivilprozess*, Otto Schmidt Verlag, 2015 s. 349–351, Walter Rechberger, «Standard of Proof: The Austrian Approach», *Standard of Proof in Europe* (Tichý red.) s. 123–132, Isabelle Berger-Steiner, *Das Beweismass im Privatrecht*, Stämpfi Verlag, 2008.

⁶³ Emmanuel Jeuland, «The Standard of Proof in France», *Standard of Proof in Europe*, (Tichý red.), Mohr Siebeck 2019, s. 183–195, Remco van Rhee, «Evidence in civil procedure in the Netherlands: tradition and modernity», *Evidence in Contemporary Civil Procedure* (van Rhee/Uzelac red.), Intersentia 2015 s. 257–289.

⁶⁴ Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. utg., Karnov 2013 s. 644 flg., Christian Dahlager, *Civile retssager*, Jurist- og økonomforbundet forlag, 2015 s. 147–148.

⁶⁵ Om denne common-law-tradisjonen: John Sorabji, «The English Approach to the Standard of Proof in Civil Proceedings», *Standard of Proof in Europe* (Tichý red.) s. 249–269.

⁶⁶ F.eks. sak C-168/05 *Mostaza Claro mot Centro Móvil Milenium SL* avsnitt 24, sak C-618/10 *Banco Espanol de Crédito mot Camino* avsnitt 49, *Unibet* avsnitt 43.

⁶⁷ F.eks. sak C-312/93 *Peterbroeck, van Campenhout & Cie SCS mot État belge* avsnitt 14 og sak C-377/14 *Radlinger og Radlingerová mot Finway a.s.* avsnitt 50.

⁶⁸ Se også Halvard H. Fredriksen og Magne Strandberg, «Utviklingstrekk i norsk sivilprosess – europeisering, konstitusjonalisering og prinsipporientering», *Med ære og samvittighet. Festskrift til Magnus Matningsdal* (Bergsjø mfl. red.), Gyldendal 2021 s. 572–601 (s. 593).

første har Norge, først og fremst gjennom edisjonsplikten i tvl. §§ 26-5 til 26-8, vidtrekkende regler for bevis tilgang i sivile rettssaker. Mange europeiske land har mye mer restriktive bevis tilgangsregler; for eksempel kan man i tysk rett bare kreve tilgang til bevis dersom man har et materielt rettsgrunnlag for det, eller dersom man svært nøyaktig spesifiserer beviset man vil ha tilgang til.⁶⁹ Diskrimineringsdirektivene stiller ikke noe krav om at nasjonalstatene skal ha regler om bevis tilgang,⁷⁰ men hvis stater mangler effektive bevis tilgangsregler, så understreker EU-domstolen at det kan medvirke til at reglene mister sin effektive virkning:

«Selv om der i direktivets artikkel 4, stk. 1, ikke foreskrives noen særlig ret for den person, som betrakter sig som krænket, fordi likebehandlingsprincippet ikke er blevet iagttaget over for ham eller hende, ret til at få adgang til opplysninger, således at den pågældende har mulighed for at fremføre 'faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling' i henhold til denne bestemmelse, kan det ikke udelukkes, at sagsørgtes afslag på at udlevere sådanne opplysninger, som er relevante for fremlæggelse af sådanne faktiske omstændigheder, kan være medvirkende til, at formålet med direktivet ikke kan opfyldes, og dermed fratage den nævnte bestemmelses effektive virkning.»⁷¹

I stater som mangler effektive bevis tilgangsregler, er det en tendens til å anvende omvendt bevisbyrde eller lignende for å bøte på denne mangelen.⁷² Det er mulig at den omvendte bevisbyrden i diskrimineringsdirektivene delvis har hatt en slik bakgrunn, men fra et norsk perspektiv er det viktig å minne om at plikten til å føre og gi tilgang til bevis følger av andre regler enn bevisbyrdereglene.⁷³ For det andre kan Diskrimineringsnemnda innhente bevis på eget initiativ,⁷⁴ og bevisene nemnda henter inn, kan også anvendes i en senere rettssak. Formelt sett kunne dette vært brukt som begrunnelse for ikke å stille noe krav om omvendt bevisbyrde i det hele tatt.⁷⁵ Nå har ikke Norge brukt denne muligheten, men eksistensen av en offentlig nemnd med ansvar for å opplyse saken må være relevant i vurderingen under effektivitetsprincippet.

Etter min mening taler de beste grunner for at kravet om sannsynlighetsovervekt ikke er i strid med EU/EØS-retten, men det kan heller ikke helt utelukkes. Selv om EU-domstolen gjennomgående har unnlatt å regulere prosessuelle spørsmål, kan det hende at dette endres i fremtiden – kanskje spesi-

⁶⁹ Tyske Zivilprozessordnung §§ 142–144.

⁷⁰ C-104/10 *Kelly* avsnitt 34–38 og 43–48 og C-415/10 *Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH* avsnitt 40–42.

⁷¹ C-104/10 *Kelly* avsnitt 34.

⁷² Se f.eks. Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab og Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. utg., C.H. Beck 2018 s. 662–663 og 706 om sammenheng mellom bevis tilgang og det som kalles «Sekundäre Behauptungs- und Darlegungslast».

⁷³ Det er vanlig å si at den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen også regulerer hvem som har «bevisføringsplikten», se f.eks. Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 52 og Hedlund s. 323. Den ordbruken er ikke (lenger) treffende, fordi partenes plikt til å føre og gi tilgang til bevis følger av en rekke regler i tvisteloven, slik som §§ 21-3, 21-4, 21-5 og 26-5 til 26-8, og som gjelder uavhengig av hvem som har bevisbyrden. I HR-2020-2476-A avsnitt 74 heter det: «En annen sak er at bestemmelsen pålegger begge parter en plikt til å føre de bevisene de har tilgang til.» Høyesterett får her med rette frem at plikten til å føre bevis ikke følger av bevisbyrden, og jeg ville lagt til at plikten (også) følger av tvisteloven.

⁷⁴ Jf. forvaltningsloven § 17 og diskrimineringsombudsloven § 2.

⁷⁵ Direktiv 2000/78/EF artikkel 10 nr. 5, direktiv 2004/113/EF artikkel 9 nr. 5, direktiv 2006/54/EF artikkel 19 nr. 3.

elt etter at de nye ELI-UNIDROIT-modellreglene for europeisk sivilprosess nå har kommet. Modellreglene ble vedtatt i 2021, de omfatter det meste av sivilprosessen, og det er snakk om anbefalte regler utviklet i et samarbeid mellom 50–60 eksperter fra alle deler av Europa. ELI-UNIDROIT-reglene er ikke formelt bindende, men de kan muligens medvirke til at EU-domstolen i fremtiden går mer aktivt til verks i prosessuelle spørsmål. Interessant nok inneholder ELI-UNIDROIT Rule 87 et temmelig høyt beviskrav for sivile saker.⁷⁶ Bestemmelsen selv sier riktignok bare at dommeren må være «reasonably convinced» om det påberopte faktiske forhold, men det følger klart av merknadene til bestemmelsen at den skal gi et kvalifisert, høyt beviskrav.⁷⁷ Man kan ikke se bort fra at EU-domstolen bruker dette for å utvikle mer bestemte beviskrav, og i så fall gjerne høyere beviskrav enn vi er vant til.

5. Rom for å bruke de ulovfestede unntakene?

Den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen er som sagt et unntak fra hovedregelen om bevisbyrden i sivile saker, men det vanlige beviskravet – sannsynlighetsovervekt – anvendes likevel etter at bevisbyrden har blitt snudd. I tilfeller der det finnes lovfestede unntak fra de de alminnelige reglene, kan det være tvil om man også kan anvende de andre, ulovfestede unntakene. Om man kan anvende de ulovfestede unntakene for tilfeller som i utgangspunktet reguleres av en lovfestet beviskravs- eller bevisbyrdebestemmelse, må bero på en tolkning av den enkelte lovbestemmelse, og da særlig ut fra forarbeidene og de formålene bestemmelsen skal ivareta.

For det første inneholder de ulovfestede bevisreglene et unntak fra hovedregelen om beviskrav og bevisbyrde når *bevissikringshensyn* tilsier det. Å få arbeidsgivere og andre til å sikre bevis er en del av begrunnelsen for den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen (se punkt 1), slik at dette hensynet i og for seg allerede er ivaretatt ved den omvendte bevisbyrden. Det ldl. § 37 ivaretar, er imidlertid at arbeidsgivere og andre *generelt sett* har lettere for å sikre bevis, mens den ulovfestede regelen vel så mye dreier seg om tilfeller der en part *i den enkelte sak* har unnlatt å sikre bevis. I forarbeidene til tvisteloven er det lagt til grunn at en part som lar være å sikre bevis som hen hadde oppfordring til å sikre, kan bli møtt med et strengere beviskrav.⁷⁸ En slik situasjon kan også oppstå i diskriminerings saker, f.eks. hvis en arbeidsgiver i en ansettelsesprosess har unnlatt å produsere eller sikre bevis som burde ha vært sikret, og der det er umulig å produsere bevisene i etterkant. Når arbeidsgiver etter de ulovfestede beviskravsreglene trolig ville blitt møtt med omvendt bevisbyrde og strengere beviskrav i sin disfavør, er det er vanskelig å se noen grunn til at arbeidsgiver skal stilles bedre i en diskriminerings sak. Formålene med den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen er å gjøre det lettere å bevise at diskriminering har skjedd, og sammenligningsgrunnlaget må vel da være de reglene som ville kommet til anvendelse hvis spesialregelen ikke var der.

For det andre er det ulovfestede regler om at beviskravet blir strengere – oftest et krav om klar eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt – når et påberopt faktisk forhold er *særlig belastende for en part*.⁷⁹ I praksis har unntaket f.eks. blitt anvendt når det påberopes at et forsikringstilfelle er fremkalt med forsett, og når det påberopes at en person har begått en kriminell handling som er mer alvorlig enn

⁷⁶ ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, se https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf [sist besøkt: 22.08.2022].

⁷⁷ Rule 87 merknad 1.

⁷⁸ Bl.a. NOU 2001: 32 s. 459. Se også Rt. 1976 s. 239, Rt. 1989 s. 674, Rt. 1990 s. 688, HR-2016-2579-A avsnitt 38 og 39, og Skoghøy s. 936–937.

⁷⁹ NOU 2001: 32 s. 459, Rt. 1985 s. 211, Rt. 1987 s. 657, Rt. 1990 s. 1082, Rt. 1995 s. 1641, Rt. 1996 s. 1635, Rt. 2005 s. 1322, Rt. 2012 s. 5, Rt. 2014 s. 1161 og HR-2016-2579-A.

rene bagatellovertredelser. Avgjørende er om det påberopte forholdet sosialt sett oppfattes som en særlig belastende beskyldning å få rettet mot seg, se HR-2016-2579-A *Selvmondsdommen*:

«Rettskildene kan sammenfattes med at det normalt oppstilles et kvalifisert beviskrav der det faktum det er spørsmål om å bygge på, er kvalifisert klanderverdig, belastende eller infamerende for den ene parten.» (avsnitt 42)

En del av sakene som omfattes av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen, kunne vært kandidater til å regnes som særlig belastende faktiske forhold. De fleste ville se det som meget ubehagelig å bli anklaget for å ha kjønns- eller rasediskriminert noen, noe som ut fra de ulovfestede reglene kunne ført til et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Samtidig ville en slik anvendelse av de ulovfestede reglene uthule den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen, man ville sette til side betraktningene som er gjort i forarbeidene til bestemmelsen, og det ville være i strid med dens formål.

Det kan likevel diskuteres om det er rom for å anvende unntaket for særlig belastende faktiske forhold i tilfeller i øvre sjikt av det som omfattes av ldl. § 37, f.eks. der en privatperson innklages eller saksøkes for å ha grovt trakassert en annen privatperson. Enkelte svært grove handlinger omfattes av «seksuell trakassering», som etter lovens § 13 andre ledd er «enhver form for uønsket seksuell oppmerksomhet som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom». Handlingene kan være «alt fra blikk, berøring og kommentarer, til voldtekt og voldtektsforsøk».⁸⁰ Hvis en person blir beskyldt for å ha voldtatt en annen, har man åpenbart et tilfelle som etter de ulovfestede reglene ville begrunnet et strengere beviskrav. Forhistorien til ldl. § 37 tilsier imidlertid at de ulovfestede reglene heller ikke her skal komme til anvendelse, og at regelen om omvendt bevisbyrde skal gjelde i stedet:

Like etter årtusenskiftet kunne bare domstolene behandle saker om seksuell trakassering, og den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen kom ikke til anvendelse, noe som ble begrunnet med at påstander om seksuell trakassering var «svært stigmatiserende og belastende for den saken gjelder».⁸¹ I en reform fra 2005 ble imidlertid trakasseringssakene lagt inn under den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen. Begrunnelsen var blant annet at endringsdirektivet 2002/73/EF krevde at omvendt bevisbyrde ble innført for seksuell eller annen trakassering innenfor arbeidslivet.⁸² Dessuten fremhevet departementet behovet for «å styrke vernet mot trakassering og sikre en effektiv håndheving av loven», at det vanligvis er arbeidsgiver som sitter på de mest sentrale bevisene, og at regelen kan virke preventivt overfor arbeidsgiver.⁸³ Departementet valgte å la bevisbyrderegelen komme til anvendelse også utenfor arbeidslivet, noe som først og fremst ble begrunnet med at det også her kunne være ujevne styrkeforhold, og at behovet for å gjøre loven mer effektiv gjorde seg gjeldende her også.⁸⁴ I senere lovreformer er det også lagt til grunn at saker om seksuell trakassering omfattes av bestemmelsen om omvendt bevisbyrde, noe som senest ble bekreftet i 2019 da nemnda ble gitt

⁸⁰ Prop. 63 L (2018–2019) s. 16.

⁸¹ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 139.

⁸² Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 56.

⁸³ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 56.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 58.

kompetanse til å behandle saker om seksuell trakassering, og da basert på de samme bevisbyrderegulene som for andre saker.⁸⁵ Det er også verdt å merke seg at ldl. § 39 medfører at den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen ikke kommer til anvendelse for saker om straff, noe som tilsier at unntaket fra bevisbyrderegelen bare skal gjelde for selve straffekravet.

Denne lovhistorikken tilsier at den omvendte bevisbyrden i ldl. § 37 bare kan settes til side dersom den strider mot en trinnhøyere norm. De saksøkte i *Mekanikerlærling* anførte at den omvendte bevisbyrderegelen var i strid med en sivilrettslig uskyldspresumsjon som skulle kunne tolkes inn i GrL § 95 og EMK art 6 nr. 1, men Høyesterett kom som nevnt til at anførselen ikke kunne føre frem.⁸⁶ Høyesterett har riktignok kommet til at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 medfører at beviskravet minst må være et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, men det gjelder bare for ileggelse av sanksjoner som er straff etter konvensjonens autonome straffebeleg.⁸⁷

Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 gir altså hjemmel for at en person – av en nemnd eller en domstol – regnes for å ha voldtatt en annen, basert på omvendt bevisbyrde. Hvis en voldtektsak reises for domstolen og inneholder både et straffekrav og borgerlige rettskrav, kan man dermed få tre ulike beviskrav for mer eller mindre samme faktiske forhold: I straffesaken skal enhver rimelig tvil komme tiltalte til gode, i et krav om oppreisning eller erstatning basert på alminnelige erstatningsregler skal saksøkte frifinnes med mindre det foreligger kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at han er skyldig, og i et krav om erstatning eller oppreisning basert på ldl. § 38 skal den saksøkte frifinnes dersom det er sannsynlighetsovervekt for at den påståtte voldtekten ikke har skjedd. Det er grunn til å nevne at også voldsoffererstatningsloven § 3 fjerde ledd stiller et krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Bestemmelsen er ikke videreført i den nye voldsoffererstatningsloven som ble vedtatt 30. mai 2022,⁸⁸ men det følger av forarbeidene at et høyt beviskrav også i fremtiden skal oppstilles for å beskytte den som får en spesielt belastende anførsel rettet mot seg.⁸⁹

Etter min mening har forholdet til den ulovfestede regelen om høyere beviskrav for spesielt belastende anførsler vært for lite fremme i debatten om beviskrav og bevisbyrde i diskrimineringsretten. En del av departementets begrunnelse for å anvende omvendt bevisbyrde i trakasseringssakene var at det «uansett ikke innebærer noe betydelig avvik fra de alminnelige prosessuelle regler»,⁹⁰ men da har man antagelig sammenlignet med overvektsprinsippet og ikke med det forhøyede beviskravet som ville kommet til anvendelse etter den ulovfestede unntaksregelen. Og når Høyesterett skriver at den omvendte bevisbyrde bare får betydning ved absolutt tvil,⁹¹ er det i og for seg riktig – men bestemmelsen om omvendt bevisbyrde har også den effekten at den stenger for å anvende det høyere beviskravet som man ellers ville ha brukt i en del saker. Det er også verdt å merke seg at lovgiver –

⁸⁵ Prop. 63 L (2018–2019) s. 17.

⁸⁶ Se punkt 2 ovenfor.

⁸⁷ Rt. 2007 s. 1217 (dissens 3–2), Rt. 2008 s. 1409 (dissens 6–5), Rt. 2011 s. 910. I saker om et erstatningskrav som henger sammen med et mulig straffbart forhold, vil EMK artikkel 6 nr. 2 stille visse krav til begrunnelsen av erstatningskravet, se om dette: Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 3. utg., Fagbokforlaget 2022 s. 443–444.

⁸⁸ <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/lovvedtak/2021-2022/vedtak-202122-070.pdf>

⁸⁹ Prop. 238 L (2020–2021) *Lov om erstatning fra staten til voldsutsatte (voldserstatningsloven)* s. 45–46.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 57. Se også Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 129.

⁹¹ HR-2020-2476-A *Mekanikerlærling* avsnitt 75.

nettopp i trakasseringssakene – understreker at bevisbyrden ikke skal snus før det foreligger indikasjon for dette, og at påstanden om at det har skjedd diskriminering, må ha støtte i «ytre omstendigheter».⁹²

⁹² Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 107.