

Bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37

*Forholdet til EU/EØS-retten og den ulovfestede
regelen om et skjerpet beviskrav for særlig
belastende anførsler*

Kandidatnummer: 141

Antall ord: 14 647



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema og aktualitet	4
1.2 Terminologi.....	5
1.3 Bevisspørsmål vs. rettsanvendelse	7
1.4 Det rettslige rammeverket	8
1.5 Metode.....	8
1.5.1 Første hovedspørsmål.....	8
1.5.2 Andre hovedspørsmål.....	11
1.6 Oppgavens struktur og avgrensning.....	12
2 Er innholdet i den norske diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen i strid med EU/EØS-retten?.....	13
2.1 Den EU/EØS-rettslige bevisbyrderegelen innhold: EU- og EFTA-statenes prosessuelle handlingsrom	13
2.1.1 Oversikt	13
2.1.2 Bevisbyrdebestemmelsene må leses i sammenheng med hvilken type diskriminering det er tale om	15
2.1.3 Behovet for bevisbyrderegelen.....	17
2.1.4 En totrinnsvurdering.....	19
2.1.5 Objektiv bevisbyrde? En presumsjonsregel	19
2.1.6 Oppsummering og videre fremstilling	20
2.1.7 Indikasjonen	21
2.1.8 Særskilt om indikasjonen i saker om seksuell trakassering	24
2.1.9 Oppsummering og videre fremstilling	27
2.1.10 Motbeviset.....	28
2.1.11 Konklusjon	30
2.2 Innholdet i likestillings- og diskrimineringsloven § 37	31
2.2.1 Oversikt	31
2.2.2 En totrinnsvurdering.....	31
2.2.3 Bevisbyrderegelen må leses i sammenheng med diskrimineringstypen	33
2.2.4 Indikasjonen	35
2.2.5 Motbeviset.....	36

2.2.6	Konklusjon	37
2.3	Er den norske regelen og praktiseringen av den i strid med EU/EØS-retten?	38
2.3.1	Innledning.....	38
2.3.2	Er det norske beviskravet for lavt?.....	38
2.4	Konklusjon	42
3	Er det grunnlag for å anvende regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler i saker om seksuell trakassering?	43
3.1	Innledning.....	43
3.2	Begrunnelsen for å gi bevisbyrderegelen anvendelse i saker om seksuell trakassering og høringsinstansenes innsigelser	44
3.2.1	Oppsummering	49
3.3	Kan og bør loven tolkes innskrenkende innenfor virkeområdet til den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler?.....	50
3.3.1	Konklusjon	52
3.4	Bør loven endres?.....	53
	Litteraturliste	54
	Høyesterettsavgjørelser	55
	Nemndsavgjørelser.....	56
	Avgjørelser fra EU-domstolen	57
	Avgjørelser fra EFTA-domstolen.....	58
	Generaladvokatuttalelser	59
	EU-rettsakter	60
	Lovsregister.....	61
	Forarbeider	62
	Høringsuttalelser mv.	63

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

Temaet for denne oppgaven er den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) § 37.

Det er særlig to forhold som gjør temaet aktuelt. For det første har det nylig blitt tatt til orde for at den norske regelens innhold ikke er i tråd med EU/EØS-retten.¹ Spørsmålet er omstridt,² og det har medført at Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) har bedt departementet om å utrede «hvordan bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven skal forstås og praktiseres for å oppfylle kravene i EU/EØS- retten».³

For det andre er regelen gitt anvendelse på saker om seksuell trakassering utenfor diskrimineringsdirektivenes virkeområder. Utvidelsen skjedde riktignok allerede i 2005, men de rettssikkerhetsmessige innvendingene mot den har ikke blitt tilstrekkelig drøftet hverken før eller etter vedtakelsen.⁴ Temaet ble nok en gang aktualisert i 2020, da Diskrimineringsnemnda fikk myndighet til å håndheve forbudet mot seksuell trakassering. Dagens rettstilstand har vekket oppsikt – Anne Robberstad mener f.eks. at «[d]et må sterk politisk vilje til for å lage lover på et så tynt juridisk-faglig grunnlag».⁵

Nylig har Magne Strandberg også påpekt at den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen står i et spenningsforhold til den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler, og vist til behovet for debatt om dette temaet.⁶ Spenningsforholdet kan illustreres med et eksempel på seksuell trakassering i den ekstreme enden av skalaen:⁷ For å

¹ Strand og Hellum (2022) s. 375.

² Sml. Strandberg (2022) s. 526. Se også Robberstad (2021) s.75-92.

³ Brev til Kultur- og likestillingsdepartementet 20.12.2022, departementets ref.: 22/2679- 1- CAWI, s. 14-15.

⁴ Se Ballangrud og Søbstad (2021) s. 611.

⁵ Robberstad (2021) s. 89.

⁶ Strandberg (2022) s. 526-529.

⁷ Som påpekt i Strandberg (2022) s. 529.

idømme noen til straff for voldtekt,⁸ må det bevises utover *enhver rimelig tvil* at vilkårene for straff er oppfylt. For å dømme den samme personen til å betale oppreisning eller erstatning for det samme forholdet, stilles det i utgangspunktet krav om *klar sannsynlighetsovervekt*.⁹

Dersom det reises sak mot den anklagde for erstatning eller oppreisning på grunnlag av ldl. § 38, er beviskravet imidlertid nærmest det motsatte av det strafferettslige. Her bestemmer ldl. § 37 at dommeren skal legge til grunn at den saksøkte har voldtatt saksøker, selv om dommeren mener det er akkurat like sannsynlig at dette ikke har skjedd – *tvilsrisikoen ligger hos den innklagde/saksøkte*. Når den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen tilsidesetter den rettssikkerhetsgarantien som den ulovfestede regelen for særlig belastende anførsler innebærer, er det naturlig å spørre om dette bør få betydning for tolkningen av regelen. Hvis svaret er nei, leder det til spørsmålet om loven eventuelt bør endres.

På bakgrunn av de to undertemaene ovenfor, vil jeg drøfte to hovedspørsmål *de lege lata*. Det første spørsmålet er om tolkningen og forståelsen av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen er i tråd med EU/EØS-retten. Det andre spørsmålet er om regelen bør tolkes innskrenkende i saker om seksuell trakassering som overskrider et visst alvorsnivå, til fordel for det ulovfestede beviskravet for særlig belastende anførsler.

Til slutt er spørsmålet, *de lege ferenda*, om regelen eventuelt bør endres i lys av de foregående drøftelsene.

1.2 Terminologi

Et «bevistema» angir hva som skal bevises, og et «beviskrav» angir hva som skal til for å anse et gitt bevistema som bevist. Hovedregelen etter norsk rett er at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn, og dette beviskravet vil jeg omtale som «overvektprinsippet».

Begrepet «bevisbyrde» brukes i ulike betydninger. *Plikten* til å føre bevis er i teorien omtalt som «subjektiv» eller «falsk» bevisbyrde.¹⁰ Den relaterer seg til partenes bevisføring i saken, og kan flytte seg fra den ene parten til den andre underveis.

⁸ Seksuell trakassering i diskrimineringslovens forstand omfatter «alt fra blikk, berøring og kommentarer, til voldtekt og voldtektsforsøk, jf. Prop.63L (2018-2019) s. 16, jf. ldl. § 13.

⁹ Se f.eks. Rt-1996-864, Rt-2003-1671, Rt-2005-1322 og HR-2016-2579-A.

¹⁰ Se Robberstad (2021) s. 27-28; Backer (2020) s. 341.

Den «objektive» bevisbyrden angir hvem som har *tvilsrisikoen* for at bevistemaet ikke er bevist i henhold til det aktuelle bevistemaet.¹¹ Hvis dommeren er i «absolutt bevistvil», vil tvilen gå utover den parten som har den objektive bevisbyrden.

Som jeg vil komme tilbake til nedenfor, forstår jeg bevisbyrderegelen slik at den angir en totrinnsvurdering.¹² Jeg vil derfor bruke ordet «beviskrav» både for kravet som stilles til styrken av bevis for å etablere presumsjonen, og for kravet til styrken av bevis for å motbevise presumsjonen.¹³ Dette til forskjell fra Robberstad som mener at en «[ikke] trenger [...] å anvende en slik mekanisk totrinnsoperasjon».¹⁴

Begrepet «absolutt bevistvil» beskriver den situasjonen der dommeren mener at partenes motstridende redegjørelser av faktum, er akkurat like sannsynlige.¹⁵ Dette til forskjell fra «relativ tvil», der den ene partens versjon er mer sannsynlig enn den andre.

I norsk rett er uttrykket «diskriminering» brukt for å beskrive ulovlig forskjellsbehandling.¹⁶ Dette i likhet med det engelske EU-rettslige begrepet «discrimination», men til forskjell fra det danske begrepet «forskelsbehandling». Jeg vil gjennomgående benytte begrepet «diskriminering».

Videre vil jeg hovedsakelig bruke begrepene «klager» og «innklagd» for å betegne det som i en domstol ville tilsvart saksøker og saksøkt.

Det er uenighet i litteraturen om regelen bør omtales som en regel om «omvendt»¹⁷, «overført»¹⁸ eller «delt»¹⁹ bevisbyrde. Jeg vil hovedsakelig omtale regelen som «bevisbyrderegelen». Der det er nødvendig, vil jeg bruke betegnelsen «delt», ettersom det er slik regelen betegnes i forarbeidene.²⁰

¹¹Se Robberstad (2021) s. 20-23; Backer (2020) s. 341.

¹² Se pkt. 2.1.4 og 2.2.2.

¹³ Tilsvarende Hedlund og Semner (2008) s. 371; Ballangrud og Søbstad (2021) s. 614-615; Strandberg (2022) s. 520.

¹⁴ Robberstad (2021) s. 91.

¹⁵ Se Robberstad (2021) s. 28-30.

¹⁶ Jf. ldl. § 6.

¹⁷ Strandberg (2022) s. 511.

¹⁸ Strand og Hellum (2022) s. 376-377.

¹⁹ Ballangrud og Søbstad (2021) s. 336

²⁰ Jf. bl.a. Prop.81L (2016-2017) s. 336.

1.3 Bevissspørsmål vs. rettsanvendelse

Skillet mellom bevissspørsmål og rettsanvendelse er ikke alltid like tydelig. Siden det vil ha betydning for noen av drøftelsene nedenfor.²¹ vil jeg knytte noen bemerkninger til skillet i det følgende.

Distinksjonen er for øvrig generelt sett viktig, fordi partenes kontradiksjonsrett i utgangspunktet er begrenset til det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse, jf. bl.a. tvisteloven (tvL) § 11-1 (3) første punktum.

Spørsmålet om hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn, er adskilt fra spørsmålet om hvorvidt disse omstendighetene oppfyller lovens vilkår. Det første spørsmålet beror på en vurdering av om bevisene som er forelagt retten oppfyller det aktuelle beviskravet. Det andre spørsmålet beror på hvordan det aktuelle rettsgrunnlaget skal tolkes og anvendes på det faktum som legges til grunn. Bevisregler regulerer det første spørsmålet, idet «[r]eglene om bevis gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken».²²

Dermed er ordlyden i ldl. § 37 noe misvisende.²³ Hvorvidt det som rent faktisk har skjedd utgjør «diskriminering», jf. ldl. § 6, er et *rettslig* spørsmål om hvordan loven skal tolkes og subsumeres i den konkrete saken. Retten er ansvarlig for rettsanvendelsen, jf. tvL § 11-3 første punktum, og det føres i all hovedsak ikke bevis for hvordan rettskildene skal anvendes på faktum i en sak.²⁴

Distinksjonen kan illustreres med et diskrimineringsrettslig eksempel: En innklager hevder å ha blitt utsatt for kjønnsdiskriminering, og viser til at vedkommende er høyt kvalifisert men likevel ikke ble innkalt til intervju. Her kommer retten frem til at det utgjør «diskriminering» å unnlate å innkalle en godt kvalifisert jobbsøker til intervju, hvis jobbsøkerens kjønn er årsaken til unnlattelsen (*rettsanvendelse*). For at bevisbyrden skal gå over på den innklagde, må klager derfor vise til «omstendigheter som gir grunn til å tro» at beslutningen ble tatt på bakgrunn av klagerens kjønn. Hvorvidt de aktuelle omstendighetene skal legges til grunn, og om de gir grunn til å tro at det var klagerens kjønn som lå til grunn for avgjørelsen, er *bevissspørsmål*.

²¹ Se særlig pkt. 2.1.8.

²² Jf. tvL § 21-2.

²³ Se tilsvarende Robberstad (2021) s. 33.

²⁴ Det kan tenkes unntak i saker der utenlandsk rett skal tolkes.

1.4 Det rettslige rammeverket

Bevisbyrderegelen gjelder grovt sett påståtte brudd på diskrimineringsforbudene i loven, herunder pliktene til universell utforming og individuell tilrettelegging.²⁵

Det ble tatt inn en regel om delt bevisbyrde i likestillingsloven i 1995.²⁶ Regelen gjaldt ikke for saker om seksuell trakassering og var begrenset til arbeidslivet. Ordlyden i bestemmelsen ble endret i 2002, slik at ordet «påvise» ble erstattet med «foreligger». I 2002 ble det også tatt inn en bestemmelse om delt bevisbyrde i saker om diskriminering ved ansettelse i arbeidsmiljøloven § 55 A.²⁷ Videre ble det i 2005 lovfestet et forbud mot trakassering på grunn av kjønn i likestillingsloven og regelen om delt bevisbyrde ble utvidet til å gjelde også for saker utenfor arbeidslivet.²⁸ Diskrimineringsloven om etnisitet og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, som ble vedtatt i hhv. 2005 og 2008, hadde begge med regler om delt bevisbyrde på alle samfunnsområder.²⁹ I 2013 ble de fire diskrimineringslovene revidert, og bevisbyrderegelen ble videreført med ett unntak.³⁰ I 2016 ble de fire diskrimineringslovene samlet i en felles lov og bevisbyrderegelen ble videreført.³¹

Også arbeidsmiljøloven, skipsarbeidsloven og opplæringsloven har regler om delt bevisbyrde.³²

1.5 Metode

1.5.1 Første hovedspørsmål

Presumsjonsprinsippet innebærer at norske lovbestemmelser må tolkes slik at de ikke er i strid med Norges internasjonale forpliktelser.³³ I tillegg medfører *prinsippet om EØS-konform tolkning* at en må tolke norsk rett i samsvar med EØS-retten, og, så langt som mulig, benytte

²⁵ Jf. Ballangrud og Søbstad (2021) s. 622

²⁶ Jf. Ot.prp. nr. 29 (1994-95) del III s. 10

²⁷ Ballangrud og Søbstad (2021) s. 336

²⁸ Jf. Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) kapittel 9.7.1.1 s. 56

²⁹ Jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 20 s. 210-211, Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kap. 18 s. 266

³⁰ Jf. Prop 88 L (2012-2013) kap. 14 og kap. 20 side 166 og s. 174 flg

³¹ Jf. Prop 81 L (2016-2017) kap. 28.4.8 side 295

³² Jf. aml. §§ 13-8, 15-8, 15-9 og 15-10, skipsarbeidsloven § 10-8 og opplæringsloven § 9 A-15 andre ledd

³³ Se f.eks. Arnesen og Stenvik (2015) s. 58, for en nærmere redegjørelse av presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning.

nasjonale rettskildeprinsipper, herunder presumsjonsprinsippet, for å oppnå en slik EØS-konform tolkning.³⁴

Videre har Høyesterett utviklet *effektivitetsprinsippet*, hvis prosessuelle side går ut på «at enhver skal sikres effektiv adgang til å få prøvet om deres rettigheter etter [...] EØS-avtalen, er krenket».³⁵ Dette tilsvarer det EU-rettslige effektivitetsprinsippet, selv om det riktignok kan «tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten».³⁶

Norsk rett må altså, så langt som mulig, tolkes EØS-konformt, og på en måte som sikrer at personer kan få håndhevet sine EØS-rettslige rettigheter. For å ta stilling til spørsmål 1 i oppgaven, er det derfor nødvendig å kartlegge det nasjonale prosessuelle spillerommet ved å tolke EØS-retten.

Homogenitetsprinsippet medfører i sin tur at EØS-regelverket må tolkes i samsvar med EU-regelverket, såfremt det ikke foreligger noe «EØS-rettslig hinder for å følge den EU-rettslige fortolkningen også i EØS-rettslig sammenheng».³⁷ Dermed beror den EØS-rettslige rammen for tolkningen av ldl. § 37 i første omgang på en tolkning av de tilsvarende bestemmelsene i de EU-rettslige diskrimineringsdirektivene.

EU er en autonom rettsorden, og dette forutsetter at EU-lovgivningen tolkes på en ensartet og selvstendig måte.³⁸ Jeg vil derfor kort redegjøre for noen sentrale kjennetegn ved den tolkningslæren som EU-domstolen har utviklet. Etersom bevisbyrdereglene er nedfelt i direktivform, vil redegjørelsen hovedsakelig dreie seg om *direktivtolkning*.

Direktiver³⁹ pålegger medlemsstatene å gjennomføre visse regler, men slik at statene i utgangspunktet selv velger hvordan reglene skal gjennomføres.⁴⁰ Dette til forskjell fra f.eks. forordninger,⁴¹ som får direkte virkning i medlemsstatene.⁴²

³⁴ Sak E-1/07 *Straffesak mot A*

³⁵ Rt-2005-597 (*Allseas*) avsnitt 38.

³⁶ Op.cit.

³⁷ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 328-329..

³⁸ Se f.eks. sak C-610/18 [SK] *AFMB*, avsnitt 50.

³⁹ Jf. Traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV) art. 288.

⁴⁰ Se Fredriksen og Mathisen (2022) s. 41 og s. 400-401.

⁴¹ Jf. TEUV art. 288.

⁴² Se Fredriksen og Mathisen (2022) s.41.

I likhet med norsk rettskildelære, tas det utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden i den aktuelle bestemmelsen. Ordlyden er imidlertid generelt sett en mindre tungtveiende rettskilde i EU-rettslig sammenheng. Dette skyldes bl.a. at prosessen frem mot vedtakelsen av EUs sekundærlovgivning innebærer forhandlinger mellom de ulike institusjonene i EU, noe som gjerne forutsetter kompromisser. Slike kompromisser vil ofte lede til vage formuleringer, som ikke gir klare tolkningsbidrag. I tillegg preges EU-retten av at regelverket består av svært mange språkversjoner. For å oppnå en ensartet fortolkning, kan det derfor være nødvendig å tolke ordlyden i en gitt språkversjon på tvers av det som fremstår som en naturlig forståelse.

På bakgrunn av slike særtrekk ved EU-retten, har EU-domstolen lagt særlig vekt på direktivets formål og kontekst. Ved en *kontekstuell tolkning* av en gitt direktivbestemmelse, må det bl.a. ses hen til den umiddelbare konteksten. Her er det aktuelt å se setningen eller ordet som er under fortolkning i sammenheng med de øvrige setningene i samme avsnitt, i tillegg til eventuelle andre bestemmelser i samme direktiv. Videre må bestemmelsen forstås i lys av sammenhengen og systematikken i direktivet i sin helhet, og i EU-rettssystemet som sådan. Dette innebærer at direktiver må tolkes i samsvar med hjemmelsgrunnlaget og materielle rettsregler i primærretten,⁴³ noe som omfatter både traktatene,⁴⁴ Grunnrettighetspakten⁴⁵ og alminnelige ulovfestede prinsipper utviklet av EU-domstolen. Fortalen er dessuten en svært viktig rettskilde ved kontekstuell og formålsrettet tolkning av direktiver, ettersom den bl.a. angir kompetansegrunnlaget og formålet med rettsakten.

Når det gjelder *formålsrettet tolkning*, må det både ses hen bestemmelsens spesifikke formål og direktivets overordnede formål. Begge er gjerne nedfelt i fortalen og/eller i formålsbestemmelser. Praksis fra EU-domstolen, kompetansegrunnlaget i primærretten og forhistorien til direktivet, kan også gi tolkningsbidrag ved fastsettelsen av formålet.

Videre bør tolkningsprinsippet *effet utile* nevnes i forbindelse med formålsrettet tolkning, da prinsippet vil ha betydning for drøftelsene nedenfor. Dette prinsippet tilsier at direktivbestemmelser ikke skal tolkes slik at de mister sin effektive virkning.⁴⁶

⁴³ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 400-401.

⁴⁴ Traktaten om Den europeiske union (TEU) og TEUV..

⁴⁵ Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter.

⁴⁶ Se Fredriksen og Mathisen (2022) s. 347.

Effet utile har for øvrig særlig betydning for tolkning av unntaksbestemmelser, som i EU-rettslig sammenheng generelt sett tolkes snevert av hensyn til formålet med rettsakten. Dette til forskjell fra hovedregler, som gjerne tolkes utvidende av samme grunn.⁴⁷

1.5.2 Andre hovedspørsmål

Spørsmålet om den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler får anvendelse på saker om seksuell trakassering, er til dels et spørsmål om hvordan ldl. § 37 skal tolkes i slike saker. Jeg vil, på bakgrunn av de foregående drøftelsene, argumentere for at en slik tolkning ligger innenfor Norges nasjonale prosessuelle handlingsrom i henhold til diskrimineringsdirektivene, både i og utenfor arbeidslivet.

Videre er spørsmålet om en slik innskrenkende tolkning av ldl. § 37 ligger innenfor rammen satt av norsk rettskildelære. Her er det grunnleggende spørsmålet om en lovgivers klare intensjon om å gi bevisbyrderegelen anvendelse i alle saker om seksuell trakassering, kan settes til side til fordel for en ulovfestet regel som ivaretar grunnleggende rettssikkerhetshensyn.

I utgangspunktet synes svaret å være nei. Det er imidlertid flere grunner til at dette kan stille seg annerledes med hensyn til ldl. § 37. For det første gjør ikke begrunnelsen for regelen seg gjeldende på det aktuelle området, og departementets begrunnelse for utvidelsen av regelens virkeområde er generelt sett veldig svak.

For det andre hviler den aktuelle lovgiverviljen på en feilaktig forutsetning om hva som var gjeldende norsk rett, og om Norges EØS-rettslige forpliktelser på diskrimineringsrettens område.

For det tredje fortrenger den aktuelle lovgiverviljen en regel som er satt til å ivareta helt grunnleggende rettssikkerhetshensyn, uten at dette er nærmere drøftet i forarbeidene. Når det dreier seg om en regel som verner om noe så viktig som rettssikkerheten til den innklagde/saksøkte, har det formodningen mot seg at lovgiver ønsket å sette den til side uten å drøfte problemstillingen.

⁴⁷ Se op.cit. s. 345-347.

1.6 Oppgavens struktur og avgrensning

Oppgaven er strukturert på denne måten:

I kapittel 2 drøfter jeg om den norske bevisbyrderegelen i ldl. § 37 er i tråd med EU/EØS-retten. Etter å ha klarlagt det nasjonale spillerommet i henhold til EU/EØS-retten,⁴⁸ vil jeg tolke den norske bestemmelsen i tråd med alminnelige norske tolkningsprinsipper.⁴⁹ Til slutt vil jeg ta stilling til spørsmålet om den norske forståelsen og anvendelsen av bevisbyrderegelen befinner seg innenfor handlingsrommet satt av EU/EØS-retten.⁵⁰

Fremgangsmåten tilsvarer i all hovedsak den som er skissert i både Fredriksen og Mathisen⁵¹ og Arnesen og Stenvik.⁵²

I kapittel 3 vil jeg først ta stilling til spørsmålet om ldl. § 37 kan og bør tolkes innskrenkende i saker om alvorlig seksuell trakassering, der en befinner seg innenfor anvendelsesområdet til den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler.⁵³ Deretter tar jeg stilling til spørsmålet, *de lege ferenda*, om loven bør endres i lys av de foregående drøftelsene.⁵⁴

⁴⁸ Pkt. 2.1.

⁴⁹ Pkt. 2.2.

⁵⁰ Pkt. 2.3.

⁵¹ Fredriksen og Mathisen (2022) kapittel VII.

⁵² Arnesen og Stenvik (2015), særlig s. 71.

⁵³ Pkt. 3.1-3.3.

⁵⁴ Pkt. 3.4.

2 Er innholdet i den norske diskrimineringsrettslige bevisbyrderregelen i strid med EU/EØS-retten?

2.1 Den EU/EØS-rettslige bevisbyrderregelen innhold: EU- og EFTA-statenes prosessuelle handlingsrom

2.1.1 Oversikt

Diskrimineringsforbudet er nedfelt i EUs primærrett.⁵⁵ I tillegg er det fire någjeldende diskrimineringsdirektiver, som alle inneholder bevisbyrdebestemmelser som i all hovedsak er utformet på samme måte.⁵⁶

I den danske språkversjonen av likestillingsdirektivet er riktignok ordet «fremfører» erstattet med «påviser».⁵⁷ De engelske versjonene er identiske.

Direktivene fastsetter minstekrav,⁵⁸ og har som formål å «sikre et fælles højt niveau for beskyttelse mod forskelsbehandling [dvs. diskriminering] i alle medlemsstater».⁵⁹

Samtlige av diskrimineringsdirektivene inneholder bestemmelser som åpner for at medlemsstatene kan vedta bevisregler som er mer fordelaktige for den som mener å ha blitt diskriminert.⁶⁰ I tillegg inneholder direktivene derogasjonsbestemmelser, som medfører at

⁵⁵ TEUV art. 19 og 157 og Grunnrettighetspakten art. 21.

⁵⁶ Rasediskrimineringsdirektivet (2000/43/EF) art. 8, Rammedirektivet (2000/78/EF) art. 10, Kjønnsligestillingsdirektivet om varer og tjenester (2004/113/EF) art. 9, Kjønnsligestillingsdirektivet (2006/54/EF) art. 19.

⁵⁷ 2006/54/EF art. 19 nr. 1.

⁵⁸ Se 2000/43/EF fortalens avsnitt 25, 2000/78/EF fortalens avsnitt 28, 2004/113/EF fortalens avsnitt 26 og 2006/54/EF art. 27.

⁵⁹ Jf. 2004/113/EF fortalens avsnitt 28, se også 2000/43/EF fortalens avsnitt 28, 2000/78/EF art. 5 og 2006/54/EF art.1.

⁶⁰ 2000/43/EF art. 8 nr. 2, 2000/78/EF art. 10 nr. 2, 2004/113/EF art. 9 nr. 2, 2006/54/EF art. 19 nr. 2.

medlemsstatene kan unnlate å anvende bevisbyrdereglene i saker hvor det er opp til den kompetente nasjonale myndigheten å undersøke faktum.⁶¹

Siden dansk er det språket som er enklest å flette inn i en oppgave på norsk, tar jeg utgangspunkt i de danske språkversjonene. Jeg vil imidlertid også benytte de engelske språkversjonene der dette kan bidra til tolkningen.

Ettersom bevisbyrdedirektivbestemmelsene, foruten den nevnte endringen i den danske språkversjonen av likestillingsdirektivet, er likt utformet, gjengir jeg den sist vedtatte bevisbyrdebestemmelsen i likestillingsdirektivet (2006) art. 19 i det følgende. Artikkelen har tittelen «Bevisbyrde», og nr. 1 angir at:

«Medlemsstaterne træffer *i overensstemmelse med deres nationale retssystemer* de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at når personer, der betragter sig som krænket, fordi ligebehandlingsprincippet 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 ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.» (min kursivering)

I det videre vil jeg kort redegjøre for de ulike formene for diskriminering,⁶² da dette er nødvendig for å forstå hvorfor det er et behov for regelen. Deretter vil jeg redegjøre for bevisbyrderegelens hovedfunksjoner i lys av de prosessuelle hindrene ofre for diskriminering blir møtt med.⁶³ Jeg vil så tolke den EU-rettslige bevisbyrderegelen i diskrimineringsdirektivene, for å kartlegge det nasjonale prosessuelle handlingsrommet på diskrimineringsrettens område.⁶⁴

⁶¹ 2000/43/EF art. 8 nr. 5, 2000/78/EF art. 10 nr. 5, 2004/113/EF art. 9 nr. 5, 2006/54/EF art. 19 nr. 3.

⁶² Pkt. 2.1.2.

⁶³ Pkt. 2.1.3.

⁶⁴ Pkt. 2.1.4-2.1.8

2.1.2 Bevisbyrdebestemmelsene må leses i sammenheng med hvilken type diskriminering det er tale om

Bevisbyrdebestemmelsene må leses i sammenheng med det aktuelle bevisetemaet, dvs. hva slags diskriminering («forskjellsbehandling») det er tale om.⁶⁵ Jeg vil derfor kort redegjøre for de ulike formene for diskriminering.

Diskrimineringsdirektivenes ulike former for diskriminering omhandler forskjellsbehandling, som oppstår som følge av fordommer og stereotyper assosiert med diskrimineringsgrunnlagene.⁶⁶

Direkte diskriminering i henhold til diskrimineringsdirektivene forutsetter at klageren behandles dårligere enn en annen blir, har blitt eller vil blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, og at denne forskjellsbehandlingen står i årsakssammenheng med diskrimineringsgrunnlaget, jf. «på grund af».⁶⁷

Direkte diskriminering innebærer altså to årsakssammenhenger. Det må være (i) årsakssammenheng mellom skaden lidt av klageren (at vedkommende ble behandlet dårligere) og den innklagdes adferd, og (ii) årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og adferden. Det er først når det foreligger årsakssammenheng mellom skaden og den innklagdes adferd at det blir tale om direkte diskriminering i direktivenes forstand, og det er hovedsakelig her bevisbyrderegelen kommer til nytte.

Farkas og O'Farrell poengterer også dette: «The key effect of the reversal of the burden of proof is that it alleviates the burden on plaintiffs to show a clear causal link between the protected ground and the harm.»⁶⁸ Det samme gjør Julie Ringelheim.⁶⁹

*Indirekte diskriminering*⁷⁰ forutsetter derimot ikke at det foreligger en direkte årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og den aktuelle bestemmelsen, betingelsen eller praksisen. Her er det tilstrekkelig at en tilsynelatende nøytral bestemmelse,

⁶⁵ Se tilsvarende Farkas og O'Farrell (2014) s. 51.

⁶⁶ Se tilsvarende op.cit., bl.a. på s. 7.

⁶⁷ Jf. 2000/43/EF art. 2 nr. 2 a), 2000/78/EF art. 2 nr. 2 a), 2004/113/EF art. 2 a), 2006/54/EF art. 2 nr. 1 a).

⁶⁸ Farkas og O'Farrell (2014) s. 47.

⁶⁹ Julie Ringelheim (2019) s. 52.

⁷⁰ 2000/43/EF art. 2 nr. 2 b), 2000/78/EF art. 2 nr. 2 b), 2004/113/EF art. 2 b), 2006/54/EF art. 2 nr. 1 b).

betingelse eller praksis «vil stille» personer med en vernet karakteristikk (diskrimineringsgrunnlaget) «særlig ufordelaktig i forhold til andre personer» (skaden). Med andre ord er det bare nødvendig å bevise en årsakssammenheng mellom skaden og bestemmelsen, betingelsen eller praksisen.

Definisjonen av indirekte diskriminering innebærer på denne måten i seg selv en presumsjon om at den ufordelaktige behandlingen har oppstått som følge av diskrimineringsgrunnlaget, som plukker opp tilfeller av systematisk og utilsiktet diskriminering: Siden det «særlig» er personer med en vernet karakteristikk som rammes, har det formodningen for seg at dette er på grunn av diskrimineringsgrunnlaget

Videre forutsetter både direkte og indirekte diskriminering også en *sammenligning*, jf. henholdsvis «en anden i en tilsvarende situasjon»⁷¹ og «særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer».⁷² Det som skiller de to på dette punktet, er at direkte diskriminering forutsetter en sammenligning mellom to *homogene* grupper, i den forstand at gruppe 1 *har* den vernede karakteristikken, mens gruppe 2 *ikke har* den.⁷³ Derimot kan det foreligge indirekte diskriminering selv om de to gruppene er *heterogene*, men slik at personer med den vernede karakteristikken er *overrepresentert* i gruppe 1 og *underrepresentert* i gruppe 2.

Trakassering («chikane»)⁷⁴ er en form for direkte diskriminering.⁷⁵ Trakassering forutsetter at den innklagde har utvist uønsket adferd, med det formål eller den virkning å krenke en persons verdighet og skape et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig klima.

I tillegg tilsier ordlyden at det må det foreligge en viss sammenheng mellom adferden og diskrimineringsgrunnlaget, jf. «i relation til». Det kreves imidlertid ingen sammenligning.⁷⁶ Ordlyden er uklar på hva slags «relation» som kreves, men kravet om en relasjon til diskrimineringsgrunnlaget tilsier likefullt at eventuelle fordommer o.l. til en viss grad må bevises. Dermed får bevisbyrderegelen potensielt også her en sentral betydning. At

⁷¹ 2000/43/EF art. 2 nr. 2 a), 2000/78/EF art. 2 nr. 2 a), 2004/113/EF art. 2 a), 2006/54/EF art. 2 nr. 1 a).

⁷² 2000/43/EF art. 2 nr. 2 b), 2000/78/EF art. 2 nr. 2 b), 2004/113/EF art. 2 b), 2006/54/EF art. 2 nr. 1 b).

⁷³ Se Farkas og O'Farrell (2014) s. 44.

⁷⁴ Jf. 2000/43/EF art. 2 nr. 3, 2000/78/EF art. 2 nr. 3, 2004/113/EF art. 2 c), 2006/54/EF art. 2 nr. 1 c).

⁷⁵ Jf. 2000/43/EF art. 2 nr. 3, 2000/78/EF art. 2 nr. 3, 2004/113/EF art. 4 nr. 3, 2006/54/EF art. 2 nr. 2 a).

⁷⁶ Se Farkas og O'Farrell (2014) s. 45.

bevisbyrderegelen kommer til anvendelse i trakasseingssaker, ble slått fast av EU-domstolen i *Coleman*⁷⁷.

Seksuell trakassering («sexchikane»)⁷⁸ utgjør også en form for direkte diskriminering.⁷⁹ Seksuell trakassering omfatter «enhver form for uønsket verbal, ikke-verbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner» som har som «formål eller den virkning at krænke en persons værdighet».

Seksuell trakassering forutsetter en årsakssammenheng mellom den innklagedes adferd og skaden (verdighetskrenkelsen). Til forskjell fra andre former for direkte diskriminering, forutsettes det imidlertid ikke en årsakssammenheng mellom adferden og et diskrimineringsgrunnlag. Dette henger sammen med at denne typen adferd i seg selv har en klar sammenheng med det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget, kjønn.⁸⁰

At seksuell trakassering bare forutsetter at klageren beviser en årsakssammenheng mellom adferden og skaden, medfører i sin tur at vurderingen av om de faktiske omstendighetene «giver anledning til at formode» at det er tale om seksuell trakassering, er en utelukkende *rettslig* vurdering av om de påviste faktiske omstendighetene oppfyller vilkårene for trakassering.⁸¹ Dette har betydning for anvendelsen av bevisbyrderegelen i saker om seksuell trakassering, og er noe jeg vil komme tilbake til nedenfor.⁸²

2.1.3 Behovet for bevisbyrderegelen

Utgangspunktet blant medlemsstatene er, i likhet med det norske rettssystemet, at «the party making the allegation must prove a fact at issue to the required standard of proof».⁸³ Det er imidlertid flere grunner til at dette utgangspunktet kan være problematisk i diskrimineringsaker.⁸⁴

⁷⁷ Case C-303/06 avsnitt 62.

⁷⁸ 2004/113/EF art. 2 d), 2006/54/EF art. 2 nr. 1 d).

⁷⁹ 2004/113/EF art. 4 nr.3, 2006/54/EF art. 2 nr. 2 a).

⁸⁰ Jf. 2004/113/EF art. 4 nr.3, 2006/54/EF art. 2 nr. 2 a).

⁸¹ Pkt. 1.3.

⁸² Pkt. 2.1.8.

⁸³ Farkas og O'Farrell (2014) s. 9.

⁸⁴ Se op.cit.; Beale (2015) avsnitt 8-10; Ringelheim (2019) s. 49.

Bevisbyrderegelen i diskrimineringsdirektivene, må forstås på bakgrunn av at direkte diskriminering forutsetter en årsakssammenheng mellom adferden og ett eller flere diskrimineringsgrunnlag. En slik årsakssammenheng vil det som regel være svært vanskelig å bevise, fordi motivet bak adferden ofte bare eksisterer i sinnet til den innklagde.⁸⁵ Den innklagde vil heller ikke alltid selv være klar over at adferden skyldes egne fordommer knyttet til et diskrimineringsgrunnlag.⁸⁶ Her kommer bevisbyrderegelen inn som en uvurderlig hjelp for klageren, siden den innebærer at klageren ikke trenger å påvise en klar årsakssammenheng mellom adferden og diskrimineringsgrunnlaget.

Videre er det ofte den innklagde som sitter på bevisene som er egnet til å underbygge klagerens påstand om diskriminering. I fravær av effektive bevistilgangsregler, og hvis den kompetente instansen ikke innhenter bevis av eget tiltak,⁸⁷ vil dette gjerne medføre et uoverkommelig hinder for klageren. Uten tilgang til bevis, blir det nemlig umulig å gjennomføre den sammenligningen som både direkte og indirekte forskjellsbehandling forutsetter.⁸⁸ Klageren står da uten et effektivt diskrimineringsvern, og det var derfor med henvisning til *effektivitetsprinsippet* at EU-domstolen først snudde bevisbyrden i to saker om likelønn.⁸⁹

Bevistilgangsproblematikken vil dessuten kunne aktualiseres dersom den innklagde f.eks. anfører at, til tross for at en gitt praksis står i årsakssammenheng med det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget, er den «objektivt begrundet i et legitimt mål» og «midlerne til at oppfylle det er hensigtsmessige og nødvendige».⁹⁰ Også her vil bevisene som er nødvendige for å motbevise påstandene ofte ligge hos den innklagde, noe som aktualiserer behovet for regelen også i saker om indirekte diskriminering.⁹¹

Slik sett er bevisbyrderegelen særlig viktig for å sikre et effektivt diskrimineringsvern i fravær av effektive bevistilgangsregler, noe jeg skal komme tilbake til i forbindelse med spørsmålet

⁸⁵ Se Liddell og O'Flaherty (2018) s. 231.

⁸⁶ Se Beale (2015) avsnitt 8 a.

⁸⁷ Noe som åpner for derogasjon fra bevisbyrderegelen, jf. 2000/43/EF art. 8 nr. 5, 2000/78/EF art. 10 nr. 5, 2004/113/EF art. 9 nr. 5, 2006/54/EF art. 19 nr. 3.

⁸⁸ Se pkt. 2.1.2.

⁸⁹ C-109/88 *Danfoss* avsnitt 13-14; C-127/92 *Enderby* avsnitt 15.

⁹⁰ Se f.eks. Rammedirektivet art. 2 nr. 2 bokstav b i).

⁹¹ Tilsvarende Beale (2015) avsnitt 10.

om tolkningen og praktiseringen av den norske regelen befinner seg innenfor EFTA-statenes prosessuelle handlingsrom i henhold til direktivene.

2.1.4 En totrinnsvurdering

Ordlyden i bevisbyrdedirektivbestemmelsene legger opp til en vurdering i to trinn. I utgangspunktet har klageren den subjektive bevisbyrden, ettersom klageren må «påvise[...] faktiske omstendigheter», som «giver anledning til at formode» at det foreligger direkte eller indirekte forskjellsbehandling.

Etter at slike faktiske omstendigheter er påvist, flyttes den subjektive bevisbyrden over på den innklagde, som må «bevise» at likebehandlingsprinsippet ikke ble krenket. Den innklagde kan gjøre dette enten ved å vise til et unntak fra likebehandlingsprinsippet som rettferdiggjør adferden,⁹² eller ved å motbevise at det foreligger årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnet og skaden klageren ble påført. Fokuset i denne oppgaven er på sistnevnte.

At det dreier seg om en totrinnsvurdering gjenspeiles også i EU-domstolens praksis,⁹³ og er den gjengse oppfatningen i teorien.⁹⁴

2.1.5 Objektiv bevisbyrde? En presumsjonsregel

Robberstad har reist spørsmålet om regelen *bare* regulerer den subjektive bevisbyrden, ikke den objektive.⁹⁵ Hun har i den forbindelse bl.a. vist til at EU-domstolen har omtalt «*Pligten* til at føre modbevis [...]» (min kursivering).⁹⁶

Det følger imidlertid direkte av ordlyden at dersom klageren har etablert en presumsjon i første trinn av vurderingen, blir bevistemmet i andre trinn at «likebehandlingsprinsippet ikke er blevet krænket». Dersom innklagde ikke har bevist at likebehandlingsprinsippet *ikke* er blitt krenket, må presumsjonen om det motsatte bli avgjørende. Når beviskravet for å etablere

⁹² Se f.eks. 2004/113/EF art. 2 b).

⁹³ Se f.eks. c-415/10 *Meister* avsnitt 36.

⁹⁴ Se Farkas og O'Farrell (2014), s. 34, Julie Ringelheim (2019), s. 51; Liddell og O'Flaherty (2018) s. 230-232.

⁹⁵ Robberstad (2021) s. 82-83.

⁹⁶C-54/07 *Feryn* avsnitt 30.

presumsjonen er oppfylt, bærer altså den innklagde risikoen for at beviskravet for å *motbevise* presumsjonen ikke er oppfylt. Ordlyden innebærer på denne måten at bevisbyrderegelen regulerer både den subjektive, jf. «påhviler», og den objektive bevisbyrden i diskrimineringsaker.

At det dreier seg om en presumsjonsregel, som per definisjon innebærer at den objektive bevisbyrden ligger på den innklagde, underbygges også klart av praksis fra EU-domstolen. I samme avsnitt av dommen som Robberstad anfører til støtte for at bevisbyrderegelen ikke regulerer den objektive bevisbyrden (*Feryn*), taler f.eks. EU-domstolen om «[...] a *presumption* of discrimination [...]» (min kursivering).⁹⁷ Tilsvarende formuleringer finnes også i f.eks. *Susanna Brunnhofer*, ([...] giving rise to a *presumption* that there is unequal pay [...])» (min kursivering).⁹⁸

At bevisbyrderegelen i direktivene regulerer den objektive bevisbyrden er også lagt til grunn i teorien.⁹⁹

Samlet sett er det etter min mening klart at det dreier seg om en presumsjonsregel, som plasserer både den subjektive og den objektive bevisbyrden hos den innklagde dersom klageren har påvist «faktiske omstendigheter som giver anledning til at formode».

2.1.6 Oppsummering og videre fremstilling

Etter dette er det klart at det dreier seg om en presumsjonsregel som gir anvisning på en totrinnsvurdering.

I det følgende vil jeg tolke hva som kreves etter diskrimineringsdirektivene for å etablere presumsjonen om diskriminering (indikasjonen).¹⁰⁰ Her vil jeg også særskilt hvordan dette stiller seg i saker om seksuell trakassering, ettersom disse sakene skiller seg ut med hensyn til bevisspørsmålet.¹⁰¹

⁹⁷ Op.cit.

⁹⁸ C-381/99 *Susanna Brunnhofer* avsnitt 57.

⁹⁹ Se f.eks. Beale (2015) avsnitt 5.

¹⁰⁰ Pkt. 2.1.7.

¹⁰¹ Pkt. 2.1.8.

Deretter vil jeg tolke hva som skal til for å motbevise presumsjonen.¹⁰² Jeg avgrenser her mot tilbakevisning i form av en rettfærdiggjøring i henhold til et av unntakene diskrimineringsdirektivene.

2.1.7 Indikasjonen

Når det gjelder indikasjonen, krever bevisbyrdebestemmelsene for det første at klageren «påviser» de faktiske omstendighetene vedkommende anfører. I den engelske versjonen brukes ordet «establish». En naturlig språklig forståelse tilsier at det dreier seg om en *etablering, utpekning, godtgjørelse* e.l. av de aktuelle faktiske omstendighetene, noe som kan tas til inntekt for et relativt høyt beviskrav.

Lest i sammenheng med setningen «i overensstemmelse med deres nasjonale retssystemer», tilsier ordet «påviser» (og «establish») likevel at fastleggelsen av de aktuelle faktiske omstendighetene må gjøres i henhold til nasjonale beviskravregler. Presiseringen i nr. 2, om at bestemmelsen i nr. 1 «ikke [er] til hinder for, at medlemsstaterne indfører regler for bevisførelse, der er gunstigere for klager», trekker i samme retning.

Fortalene til diskrimineringsdirektivene tilsier dessuten det samme, idet den klargjør at «det fortsatt tilkommer den relevante nasjonale instans at vurdere de faktiske omstendigheter, der giver anledning til at formode, at der er sket direkte eller indirekte forskjelsbehandling, i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis».¹⁰³ Lest i sammenheng med den vage ordlyden, tilsier dette at det i utgangspunktet er nasjonale prosessuelle regler som avgjør hvilket beviskrav som gjelder med hensyn til etableringen («påvisningen») av de faktiske omstendighetene som er anført.

At bevisvurderingen i diskrimineringsaker i utgangspunktet er et nasjonalt anliggende, er også lagt til grunn av EU-domstolen. I *Accept* viste for eksempel EU-domstolen til avsnitt 15 i fortalet til rammedirektivet, og uttalte at «[det] påhviler [...] den nasjonale domstol eller en anden kompetent instans at vurdere de faktiske omstendigheder, der giver anledning til at

¹⁰² Pkt. 2.1.10.

¹⁰³ Jf. 2006/54/EF fortalets avsnitt 30, se også 2000/78/EF fortalets avsnitt 15 og 2000/43/EF fortalets avsnitt 15, 2000/78/EF art. 10 nr. 5, 2004/113/EF art. 9 nr. 5.

formode, at der er sket forskelsbehandling, i overensstemmelse med national ret og/eller praksis».¹⁰⁴

En slik tolkning er også i tråd med primærretten. Prinsippet om nasjonal prosessautonomi tilsier nemlig at det, i fravær av relevant EU-lovgivning, er nasjonal rett som angir prosessuelle regler for håndheving av individers rettigheter etter EU-retten.¹⁰⁵ Ettersom direktivene ikke spesifikt regulerer beviskravet i diskrimineringsaker, er det derfor nærliggende å falle tilbake på dette utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi.

EU-domstolen har dessuten eksplisitt gitt uttrykk for at bevisbyrdereglene ikke innebærer noe avvik fra alminnelige nasjonale bevisregler ved påvisningen av de faktiske omstendighetene påberopt av klageren. Se f.eks. *Susanna Brunnhofer*, der EU-domstolen uttalte:

«In accordance with the normal rules of evidence, it is [...] for the plaintiff in the main proceedings to establish before the national court that the conditions giving rise to a presumption that there is unequal pay prohibited by Article 119 of the Treaty and by the Directive are fulfilled.» (min kursivering).¹⁰⁶

Når det gjelder klagerens plikt til å «påvise» de faktiske omstendighetene vedkommende anfører, står altså medlemsstatene fritt til å anvende alminnelige nasjonale beviskravregler.

Ekvivalensprinsippet innebærer riktignok en begrensning, ved at bevisreglene «ikke [må] være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret».¹⁰⁷

Når de aktuelle faktiske omstendighetene er «påvist» i henhold til alminnelige beviskravregler, er det imidlertid tilstrekkelig at de «giver anledning til at formode» at de oppfyller vilkårene for direkte eller indirekte diskriminering. Ordlyden klargjør dermed at klager ikke må bevise en årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnet og adferden, da det er tilstrekkelig at de beviste faktiske omstendighetene innebærer en viss grad av sannsynlighet for at adferden skyldes diskrimineringsgrunnet.

¹⁰⁴ C-81/12 avsnitt 42.

¹⁰⁵ Forente saker C-430/93 og C-431/93 *Van Schijndel og Van Veen mot SPF*, avsnitt 17.

¹⁰⁶ C-381/99 *Susanna Brunnhofer* avsnitt 57.

¹⁰⁷ C-432/05 *Unibet*, avsnitt 43.

Farkas og O'Farrell viser til tre muligheter for å bevise en slik årsakssammenheng: «The causal link may be established in three ways: by facts that show that 1. the protected ground is the only reason leading to the conduct; 2. the protected ground is one of many reasons leading to the conduct; or 3. it cannot be ruled out that the protected ground is a reason leading to the conduct.»¹⁰⁸

Hva som nærmere bestemt skal til for at vilkåret «som giver anledning til at formode» er oppfylt, er det ikke mulig å utlede av ordlyden. EU-domstolen har heller ikke eksplisitt tatt stilling til hvor terskelen ligger.

Det er likevel klart at medlemsstatenes prosessuelle handlingsrom i dette henseende er begrenset som følge av primærretten, i form av en rekke EU-rettslige prinsipper. For det første vil en tolkning av bevisbyrdebestemmelsene som legger terskelen for høyt kunne innebære at regelen nærmest blir innholdsløs, noe som vil være i strid med tolkningsprinsippet *effet utile*.¹⁰⁹

En åpenbar forutsetning for at regelen ikke skal bli innholdsløs, er at den ikke tolkes slik at klageren må *bevise* en årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og adferden. Hvis det kreves like sterke bevis for å etablere presumsjonen som det ellers gjør for å etablere et faktum, vil jo bevisbyrden reelt sett fortsatt ligge hos klageren.¹¹⁰

Dette ble også lagt til grunn av Generaladvokat Kokott i *Belov*, som uttalte at det ikke kreves en «definite ‘conclusion’». ¹¹¹ Derimot var det tilstrekkelig å etablere «facts which substantiate a prima facie case of discrimination», ¹¹² og hun presiserte at «[a]ny other, stricter interpretation [...] would [...] mean that the rule on the reversal of the burden of proof would be practically redundant». ¹¹³

Det nasjonale handlingsrommet begrenses dessuten ytterligere i henhold til ekvivalensprinsippet, effektivitetsprinsippet og «prinsippet om forbud mod forringelse af beskyttelsesniveauet». ^{114 115}

¹⁰⁸ Farkas og O'Farrell (2014) s. 53

¹⁰⁹ Jf. pkt. 1.5.1.

¹¹⁰ Se Generaladvokat Kokotts uttalelser i C-394/11, avsnitt 90-94.

¹¹¹ Op.cit. avsnitt 88

¹¹² Op.cit. avsnitt 94.

¹¹³ Op.cit. avsnitt 90.

¹¹⁴ Se C-246/09 *Susanna Bulicke* avsnitt 24-47.

¹¹⁵ Se Farkas og O'Farrell (2014) s. 67

Effektivitetsprinsippet setter en klar skranke for hvor høyt terskelen kan settes. Hvis det kreves en for høy grad av sannsynlighet for å fastslå at de faktiske omstendighetene «giver anledning til at formode», vil det kunne medføre at det blir uforholdsmessig vanskelig for personer å få håndhevet sine rettigheter etter direktivene.¹¹⁶

Det dreier seg likevel om minimumsdirektiver,¹¹⁷¹¹⁸ Dermed er det ikke nødvendigvis i og for seg i strid med EU-retten dersom bevisbyrderregelen får liten praktisk betydning på nasjonalt plan, så lenge plikten til å sikre effektiv håndheving av diskrimineringsvernet etterleveres.

At den praktiske betydningen av bevisbyrderregelen isolert sett ikke nødvendigvis er avgjørende, underbygges dessuten klart av at medlemsstatene er gitt anledning til å *ikke* anvende bevisbyrderregelen «i saker, hvor det påhviler en domstol eller den kompetente instans at undersøge sagens faktiske omstendigheter».¹¹⁹ Der den kompetente instansen har en slik funksjon, vil diskrimineringsvernet formodentlig håndheves på tilfredsstillende vis i praksis, uten at det er nødvendig å også flytte bevisbyrden over på den innklagde.

Unntaket gjenspeiler for øvrig en av hovedbegrunnelsene for bevisbyrderregelen, nemlig at det ofte vil være umulig for den som er utsatt for diskriminering å få tilgang til bevis for å underbygge påstanden om diskriminering.¹²⁰ Dersom den kompetente instansen innhenter bevis av eget tiltak, vil dette problemet til dels være løst.

Spørsmålet om effektivitetsprinsippet er tilfredsstillt beror etter dette på en bred vurdering av hvor effektivt diskrimineringsvernet håndheves i det aktuelle rettssystemet som sådan, herunder bl.a. hvilke bevistilgangsregler som gjelder. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor.¹²¹

2.1.8 Særskilt om indikasjonen i saker om seksuell trakassering

¹¹⁶ Op.cit.

¹¹⁷ Jf. pkt. 2.1.1.

¹¹⁸ Jf. pkt. 1.5.1.

¹¹⁹ Se pkt. 2.1.1.

¹²⁰ Se pkt. 2.1.3.

¹²¹ Pkt. 2.1.8. og pkt. 2.3.

Det er klart at bevisbyrderegelen kommer til anvendelse i saker om seksuell trakassering. Dette følger av at regelen gjelder både «direkte og indirekte forskjelsbehandling», og at «sexchikane» utgjør en form for «forskelsbehandling». ¹²²

Som det ble redegjort for ovenfor, ¹²³ er bevissituasjonen i saker om seksuell trakassering annerledes enn den som preger andre former for direkte diskriminering. Jeg vil derfor drøfte hvilken betydning den særegne bevissituasjonen har for første trinn i vurderingen.

Temaet har også betydning for drøftelsene i de neste kapitlene. Dette gjelder både for spørsmålet om Norges forpliktelser etter EU/EØS-retten (kapittel 3), og for drøftelsen opp mot den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler (kapittel 4).

Til forskjell fra andre former for direkte diskriminering, må ikke klageren sannsynliggjøre en årsakssammenheng mellom den aktuelle adferden og et diskrimineringsgrunnlag. Vurderingen av om de faktiske omstendighetene «giver anledning til at formode», synes derimot å være en utelukkende *rettslig* vurdering av om de påviste faktiske omstendighetene oppfyller vilkårene for «sexchikane». ¹²⁴

For eksempel mener klageren at hen har blitt utsatt for seksuell trakassering, og viser til adferden til en kollega ved en rekke hendelser. Spørsmålet om disse hendelsene *har skjedd*, beror på om bevisene oppfyller beviskravet, ettersom de faktiske omstendighetene må «påvises» av klageren. Spørsmålet om de påviste faktiske omstendighetene «giver anledning til at formode» at det er tale om «direkte [...] forskjelsbehandling» i form av «sexchikane», beror derimot på en *rettslig* vurdering av om de faktiske omstendighetene oppfyller vilkårene i art. 2 nr. 1 bokstav d. Med andre ord dreier ikke det sistnevnte spørsmålet seg om hva som har skjedd, men om den påviste adferden hadde «seksuelle undertoner med [...] den virkning at krænke en persons værdighet». Dette til forskjell fra andre former for direkte diskriminering, der spørsmålet om de faktiske omstendighetene «giver anledning at formode [...]» utgjør et spørsmål om det foreligger faktisk årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og adferden.

¹²² Se pkt. 2.1.2.

¹²³ Pkt. 2.1.8.

¹²⁴ Se pkt. 1.3.

Hvorvidt adferden var «uønsket» er tilsynelatende et spørsmål som angår sakens faktiske omstendigheter. Det er imidlertid på det rene at spørsmålet beror på en objektiv vurdering av hva en kan forvente at en alminnelig oppegående person/kvinne ville tenkt i en tilsvarende situasjon, slik at også dette er en utpreget *rettslig* vurdering.

Som nevnt ovenfor,¹²⁵ må den rettslige vurderingen holdes adskilt fra fastleggelsen av faktum. Bevisbyrdebestemmelsen regulerer plasseringen av den subjektive og den objektive bevisbyrden i diskrimineringsaker, ikke den rettslige vurderingen av om faktum kan subsumeres under en av direktivenes definisjoner av diskriminering.

I saker om seksuell trakassering vil bevisbyrderegelen ikke innebære noen lemping av beviskravet for indikasjonen, da bevisvurderingen står og faller på om de faktiske omstendighetene er «påvist» eller ikke. Bevisbyrderegelen synes dermed ikke å innebære noe avvik fra alminnelige prosessuelle regler overhode i saker om seksuell trakassering, ettersom den subjektive og den objektive bevisbyrden ligger på klager frem til hen har påvist de faktiske omstendighetene i henhold til alminnelige beviskravregler.

For å illustrere dette kan vi for eksempel ta utgangspunkt i det alminnelige EU-rettslige beviskravet, og legge til grunn at klageren har påvist gitte faktiske omstendigheter med kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Videre kan vi legge til grunn at dommerne anser disse omstendighetene for å være slik at de oppfyller vilkårene for «sexchikane». Her er det uten betydning at den subjektive og den objektive bevisbyrden deretter flyttes over på den innklagde. Siden de påviste faktiske omstendighetene allerede oppfyller vilkårene for «sexchikane», er utfallet av saken allerede gitt: det foreligger seksuell trakassering, jf. likestillingsdirektivet art. 2 nr. 1 bokstav d. Den innklagde kan selvsagt motbevise de faktiske omstendighetene, men i så fall vil de aldri kunne anses «påvist», slik at bevisbyrderegelen uansett ikke aktualiseres.

Behovet for bevisbyrderegelen slår heller ikke til i slike saker (se pkt. 2.3). Seksuell trakassering forutsetter nemlig ikke en årsakssammenheng mellom adferden og et diskrimineringsgrunnlag (direkte diskriminering), og heller ingen sammenligning (direkte diskriminering og indirekte diskriminering). Videre er det ingenting som tilsier at den innklagde i en sak om seksuell trakassering generelt sett har bedre tilgang til bevis enn det

¹²⁵ Pkt. 1.3.

klageren har. Til slutt kan det nevnes at den innklagde heller ikke vil ha anledning til å rettfærdiggjøre seksuell trakassering, så bevisilgangsproblemet melder seg heller ikke på dette punktet.

Definisjonen av seksuell trakassering innebærer altså at bevisbyrderregelen ikke får noen betydning i saker om seksuell trakassering. Dette leder til spørsmålet om en slik tolkning er i strid med *effet utile*-prinsippet.

EU-domstolen har ennå ikke tatt stilling til spørsmålet om hvordan bevisbyrderregelen skal tolkes og anvendes i saker om seksuell trakassering.

Etter mitt skjønn må dette besvares med nei, ettersom det er klart at en slik tolkning ikke stenger for regelens effektive virkning i saker om direkte diskriminering som ikke angår seksuell trakassering.

Videre har det betydning at begrunnelsen for bevisbyrderregelen ikke slår til i disse sakene. *Effet utile* henger sammen med den formålsrettede tolkningsmetoden som preger EU-retten.¹²⁶ Når en slik tolkning ikke er i strid med formålet med bestemmelsen, dvs. å effektivisere diskrimineringsvernet i møte med de utfordringene som er skissert ovenfor, tilsier det at det ikke kan bli avgjørende at regelen ikke får betydning i saker om seksuell trakassering.

2.1.9 Oppsummering og videre fremstilling

For å oppsummere, står medlemsstatene fritt til å anvende alminnelige beviskravregler med hensyn til spørsmålet om de faktiske omstendighetene klageren har anført er «påvist».

Når det gjelder spørsmålet om de aktuelle faktiske omstendighetene «gir anledning til at formode» at de påviste faktiske omstendighetene oppfyller vilkårene for direkte eller indirekte diskriminering, forutsetter prinsippet om *effet utile* at beviskravet settes lavere enn det alminnelige beviskravet, samt lavere enn beviskravet for motbeviset.

¹²⁶ Se Fredriksen og Mathisen (2022) s.347.

Effektivitetsprinsippet forutsetter videre at beviskravet for indikasjonen ikke settes så høyt at det gjør det uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet. Hvorvidt effektivitetsprinsippet er tilfredsstillt, beror imidlertid på en bredere vurdering av det aktuelle rettssystemet. Jeg vil se nærmere på hvilke momenter som er relevante for denne vurderingen nedenfor.¹²⁷

Videre medfører bevisemaet i saker om seksuell trakassering, jf. definisjonen av «sexchikane» i art. 2 nr. 1 bokstav d, at bevisbyrderegelen ikke aktualiseres i slike saker.

I det følgende vil jeg gå videre i tolkningen, og redegjøre for hvordan presumsjonen kan motbevise, samt drøfte om diskrimineringsdirektivene innebærer et spesifikt beviskrav for motbeviset.

2.1.10 Motbeviset

Det er to måter den innklagde kan motbevise en presumsjon om diskriminering i henhold til diskrimineringsdirektivene. Vedkommende kan enten rettferdiggjøre den ufordelaktige forskjellsbehandlingen av klageren under henvisning til et EU-rettslig unntak fra forbudet mot direkte og indirekte diskriminering, eller føre bevis som undergraver presumsjonen om årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og adferden. Spørsmålet i det følgende er hvilket krav som må stilles til motbeviset i henhold til diskrimineringsdirektivene.

Det er klart at den innklagde også kan motbevise de faktiske omstendighetene som klageren påberoper seg, men i så fall vil de ikke kunne anses «påvist», og bevisbyrderegelen vil ikke aktualiseres.

Direktivene angir simpelthen at den innklagde må «bevise» at likebehandlingsprinsippet ikke er krenket. I lys av drøftelsene ovenfor er det naturlig å tolke ordlyden slik at den i utgangspunktet overlater det til nasjonale domstoler eller kompetente instanser å vurdere motbeviset. At beviskravet for å motbevise presumsjonen i utgangspunktet må avgjøres i henhold til nasjonale bevisregler, ble også lagt til grunn av Generaladvokaten i *Feryn*-saken.¹²⁸

¹²⁷ Pkt. 2.1.10.

¹²⁸ Opinion of Advocate General Poiras Maduro delivered 12. mars 2008 i C 54/07 *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:155, avsnitt 24.

Det prosessuelle handlingsrommet rekker likevel bare så langt beviskravet som benyttes ikke gjør at regelen blir innholdsløs, jf. *effet utile*-prinsippet, eller gjør det uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet, jf. *effektivitetsprinsippet*.¹²⁹

For at bestemmelsen skal ha en effektiv virkning, jf. *effet utile*, er det klart at beviskravet for motbeviset må være høyere enn det som kreves for å etablere presumsjonen som skal motbevises.

Spørsmålet om hvor lavt beviskravet kan være før det vil gjøre det uforholdsmessig vanskelig å håndheve likebehandlingsprinsippet, jf. effektivitetsprinsippet, kan derimot ikke besvares på generelt grunnlag. Den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelens betydning for håndhevingen av diskrimineringsvernet, vil variere ut fra hvilke bevisregler som ellers gjelder i rettssystemet den gjennomføres i.¹³⁰ Spørsmålet må derfor vurderes i lys av de øvrige prosessreglene i det aktuelle rettssystemet.

Ettersom behovet for regelen særlig oppstår som følge av klagerens mangel på bevistilgang,¹³¹ vil det her særlig være aktuelt å se hen til hvilke bevistilgangsregler som gjelder i det aktuelle rettssystemet, samt hvor effektive de er.

Bevistilgangsproblematikken er dessuten løftet frem i litteraturen som et vesentlig praktisk hinder for et effektivt diskrimineringsvern.¹³² Dette underbygger at regler som bidrar til å gi klageren tilgang til bevis, vil være et viktig moment i vurderingen av om effektivitetsprinsippet er tilfredsstillt. For eksempel omtaler Farkas og O'Farrell klagerens mangel på bevistilgang som «the weakest link in the scheme created by the reversal of the burden of proof».¹³³

Farkas og O'Farrell skriver også: «The outstanding issue that awaits resolution by the CJEU or further legislation at the EU level is ensuring the plaintiff's access to information necessary to make the comparison if the respondent is unwilling or – due to confidentiality – unable to provide such information.»¹³⁴

¹²⁹ Jf. pkt. 2.1.7.

¹³⁰ Se pkt. 2.1.7.

¹³¹ Pkt. 2.1.3.

¹³² Se f.eks. Farkas og O'Farrell (2014) s. 89; Beale (2015) avsnitt 8 og 9.

¹³³ Farkas og O'Farrell (2014) s. 6 og s. 31.

¹³⁴ Se f.eks. Farkas og O'Farrell s. 89.

Derogasjonsbestemmelsen som gjelder for saker der det påhviler den kompetente instansen å undersøke sakens faktiske omstendigheter,¹³⁵ tilsier også at klagerens tilgang til bevis har stor betydning for om effektivitetsprinsippet er tilfredsstillt.

Videre, selv om den aktuelle staten ikke har benyttet seg av unntaket, vil det i denne forbindelse dessuten ha betydning om den kompetente instansen faktisk har adgang til å undersøke sakens faktiske omstendigheter. Dette er fordi problematikken i forbindelse med klagerens bevisstilgang i så fall, i hvert fall til dels, vil være imøtegått.

Jeg kommer tilbake til disse momentene ved drøftelsen av om den norske bevisbyrderegelen er i tråd med EU/EØS-retten.¹³⁶

2.1.11 Konklusjon

Etter dette er det klart at bevisbyrderegelen i diskrimineringsdirektivene angir en presumsjonsregel, som gir anvisning på en totrinns vurdering. Den innebærer at den innklagde bærer risikoen for at beviskravet ikke er oppfylt etter at bevisføringen er avsluttet, altså at dommerens (absolutte) tvil i så henseende vil gå ut over den innklagde.

Regelen angir ikke et spesifikt beviskrav, men både ekvivalensprinsippet, effektivitetsprinsippet og «prinsippet om forbud mod forringelse af beskyttelsesniveauet», samt tolkningsprinsippet *effet utile*, begrenser medlemsstatenes prosessuelle handlingsrom.

Dette innebærer bl.a. at nasjonale prosessuelle regler ikke må gjøre det uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet, jf. effektivitetsprinsippet.

Ved vurderingen av om effektivitetsprinsippet er tilfredsstillt, vil en måtte foreta en bredere vurdering av diskrimineringsvernets gjennomslagskraft i det aktuelle rettssystemet. Her er det særlig aktuelt å se hen til om det foreligger effektive bevisstilgangsregler og om den kompetente instansen har myndighet til å innhente bevis på eget initiativ, jf. det behovet som regelen dekker.

¹³⁵ Se pkt. 2.1.1.

¹³⁶ Pkt. 2.3.

Som nevnt i innledningen (punkt 1.5.1), tilsier homogenitetsprinsippet at EØS-regelverket må tolkes i samsvar med EU-regelverket, så lenge det ikke foreligger noe «EØS-rettslig hinder».¹³⁷ Det foreligger ingen EØS-rettslige hindre i forbindelse med gjennomføringen av Diskrimineringsdirektivene, slik at EØS-regelverket må tolkes i samsvar med EU-retten på diskrimineringsrettens område.

2.2 Innholdet i likestillings- og diskrimineringsloven § 37

2.2.1 Oversikt

I det følgende vil jeg tolke den norske bevisbyrdebestemmelsen i tråd med alminnelige norsk metodelære. Deretter vil jeg ta stilling til om den norske bevisbyrderegelen befinner seg innenfor EFTA-statenes prosessuelle handlingsrom på diskrimineringsrettens område, dvs. om den norske bevisbyrderegelen er i tråd med EU/EØS-retten.

Den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) § 37 gjennomfører bevisbyrdereglene nedfelt i diskrimineringsdirektivene.

Ordlyden i første ledd er som følger:

«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.»

2.2.2 En totrinnsvurdering

Ordlyden gir anvisning på en vurdering i to trinn. Det første spørsmålet er om det foreligger «omstendigheter som gir grunn til å tro» at faktum i saken kan subsumeres under et diskrimineringsgrunnlag. Dersom svaret er ja, skal «diskriminering» i lovens forstand «anses å ha skjedd», med mindre den anklagde «sannsynliggjør» at de faktiske omstendighetene i saken likevel ikke oppfyller vilkårene for «diskriminering». Ordlyden tilsier dermed at det

¹³⁷ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 328-329.

dreier seg om en presumsjonsregel: dersom det foreligger «omstendigheter som gir grunn til å tro» at faktum i saken er slik at det oppfyller vilkårene for diskriminering, «skal» faktum presumeres å være slik, jf. «anses å ha skjedd».

At det dreier seg om en presumsjonsregel som innebærer en slik totrinnsvurdering, underbygges av forarbeidene. Departementet skriver f.eks. følgende om den tilsvarende regelen i arbeidsmiljøloven (aml.) § 13-8:

«En [...] som mener seg diskriminert [...] må således etablere en *presumsjon* for diskriminering ved å vise til at det foreligger indikasjoner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling.» (min kursivering)¹³⁸

Høyesterett har basert seg på samme forståelse, noe som fremgår tydelig av de to første høyesterettsdommene der bevisbyrderegelen ble anvendt.¹³⁹ Den første, *Nav Smøla-dommen*, gjaldt «[e]n 61 år gammel mannlig sosionom [som] mente han var utsatt for aldersdiskriminering når han ikke ble innkalt til intervju i forbindelse med ansettelse i en offentlig stilling, og krevet oppreisningserstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9».¹⁴⁰ Dommen ble avsagt i avdeling, og Høyesterett kom enstemmig frem til at det ikke forelå diskriminering i strid med arbeidsmiljøloven (aml.) § 13-1 (1).

Her foretok Høyesterett en totrinnsvurdering. Først ble det konkludert med at det forelå «omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd», noe som innebar en presumsjon om at saksøkers alder forklarte hvorfor vedkommende ikke ble innkalt til intervju.¹⁴¹ Når denne presumsjonen var etablert, var det opp til staten å «sannsynligjør[e] at As alder likevel var uten betydning for beslutningen om ikke å innkalle ham til intervju [...]».¹⁴² Med dette ble den subjektive og den objektive bevisbyrden (tvilsrisikoen) flyttet over på den saksøkte.

Etter å ha gjennomgått bevisene i saken, konkluderte Høyesterett med at «årsaken til at A ikke ble innkalt til intervju, mest sannsynlig var at NAV Smøla ønsket å rekruttere personer med

¹³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004–2005) side 328.

¹³⁹ Se Rt-2012-424 (Nav Smøla) og Rt-2014-402 (Kontreadmiral)

¹⁴⁰ Lovdatasammendrag.

¹⁴¹ Avsnitt 42.

¹⁴² Avsnitt 43.

annen kompetanse enn den sosialfaglige».¹⁴³ Dermed hadde staten bevist med sannsynlighetsovervekt at vilkårene for aldersdiskriminering ikke var oppfylt.

Den andre høyesterettsdommen der bevisbyrderegelen ble anvendt, *Kontreadmiraldommen*, gjaldt en person som hadde søkt på stillingen som sjef ved Forsvarets skolesenter og anså seg forbigått ved utnevnelsen. Høyesteretts flertall foretok også her en vurdering i to trinn, og saksøker fikk ikke medhold i at forbigåelsen utgjorde diskriminering i strid med den nå opphevede likestillingsloven. Dommen ble avsagt i avdeling, under dissens 4-1. Dissensen knyttet seg til om staten hadde sannsynliggjort at vilkårene for diskriminering likevel ikke var oppfylt.

Det samme vurderingsmønsteret fremgår derimot ikke like klart av den siste høyesterettsdommen der bevisbyrderegelen ble anvendt: *Mekanikerlærlingdommen*.¹⁴⁴ Av hensyn til ordgrensen, nøyer jeg meg her med å slutte meg til Strandbergs oppfatning om at Høyesterett «ikke har ment å tolke bort vilkåret som etter bestemmelsens ordlyd stilles for å snu bevisbyrden».¹⁴⁵

2.2.3 Bevisbyrderegelen må leses i sammenheng med diskrimineringstypen

I likhet med den EU-rettslige regelen om bevisbyrde, er det naturlig å lese den norske bevisbyrderegelen i lys av det som skal bevises, nemlig «diskriminering», jf. ldl. § 6.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 (1) angir de ulike diskrimineringsgrunnlagene, og (4) definerer «diskriminering» som «direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter §§ 7 og 8 som ikke er lovlig etter §§ 9, 10 eller 11».

Direkte forskjellsbehandling forutsetter at en person «behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon», og at dette er «på grunn av» et av diskrimineringsgrunnlagene i § 6 (1), jf. ldl. § 7.

¹⁴³ Avsnitt 51.

¹⁴⁴ HR-2020-2476-A

¹⁴⁵ Se tilsvarende Strandberg (2022), s.518, se også 514-519. Sml. Robberstad (2021) s. 91.

Den norske bestemmelsen om direkte forskjellsbehandling tilsvarer altså den EU/EØS-rettslige regelen i diskrimineringsdirektivene.

Indirekte forskjellsbehandling etter ldl. § 8 forutsetter en «tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre», og at de aktuelle personene «stilles dårligere» «på grunn av» et av diskrimineringsgrunnlagene i § 6 (1).

Når det gjelder indirekte diskriminering går altså den norske regelen i ett henseende tilsynelatende lenger enn den EU/EØS-rettslige, ved at også «handling eller unnlattelse» er omfattet.

Den norske bestemmelsen om indirekte diskriminering synes imidlertid også å være strengere enn den EU/EØS-rettslige, idet den forutsetter en årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og forskjellsbehandlingen, jf. «på grunn av». Dette til forskjell fra diskrimineringsdirektivene, som bare forutsetter at praksisen e.l. har denne virkningen.¹⁴⁶ Dermed får den norske bevisbyrderegelen tilsynelatende større betydning for saker indirekte diskriminering enn den EU/EØS-rettslige.

På samme måte som etter direktivene, forutsetter begge former for diskriminering en sammenligning. Jeg viser derfor her til fremstillingen ovenfor.¹⁴⁷

Når det gjelder «trakassering», stilles det krav om årsakssammenheng mellom adferden og diskrimineringsgrunnlaget, jf. «på grunn av forhold som nevnt [...]».¹⁴⁸ Ordlyden synes her å stille et strengere krav enn det som følger av ordlyden i direktivene («i relation til»).

For «seksuell trakassering» stilles det ikke krav om årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og adferden,¹⁴⁹ i likhet med definisjonen av seksuell trakassering i direktivene.¹⁵⁰ Den norske definisjonen av seksuell trakassering skiller seg imidlertid fra den

¹⁴⁶ Pkt. 2.1.2.

¹⁴⁷ Pkt. 2.1.2.

¹⁴⁸ Jf. ldl. § 13 (1).

¹⁴⁹ Jf. ldl. § 13 (1).

¹⁵⁰ Se pkt. 2.1.2.

EU/EØS-rettslige ved at den også omfatter «plagsom» oppmerksomhet, slik at den har «et videre anvendelsesområdet enn forbudet i direktivet».¹⁵¹

2.2.4 Indikasjonen

Hvilket beviskrav som stilles til indikasjonen, beror naturligvis på hva som skal til for å bevise at det «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro» at vilkårene for diskriminering er oppfylt.

Ordlyden tilsier et lavt beviskrav med hensyn til spørsmålet om de aktuelle omstendighetene «gir grunn til å tro [...]».¹⁵²

Spørsmålet om de aktuelle omstendighetene «foreligger» er imidlertid strengt tatt et annet enn om disse omstendighetene «gir grunn til å tro» at det har skjedd «diskriminering» i lovens forstand. Ettersom de aktuelle omstendighetene må «foreligge» før en kan vurdere om de «gir grunn til å tro», er det ingenting ved ordlyden i seg selv som tilsier at kravet for å bevise at de aktuelle omstendighetene skiller seg fra det som ellers gjelder. En naturlig forståelse av ordlyden i og for seg, kan slik sett tas til inntekt for at «omstendighetene» må bevises i henhold til overvektprinsippet.

På den annen side er det mulig å tolke ordlyden slik at «omstendigheter som gir grunn til å tro» angir et lempet beviskrav med hensyn til indikasjonen som sådan, altså både for etableringen av «omstendighetene» og for spørsmålet om de «gir grunn til å tro». Dette underbygges av at klager ikke er pålagt å «påvise» «faktiske» omstendigheter, til forskjell fra det som er påkrevd etter bevisbyrdebestemmelsene i diskrimineringsdirektivene.

I forarbeidene er det ikke skilt mellom spørsmålet om de anførte «omstendighetene» «foreligger», og spørsmålet om de «gir grunn til å tro» at vilkårene for diskriminering er oppfylt. Departementets uttalelser gir derimot inntrykk av at setningen «omstendigheter som gir grunn til å tro» bare skal forstås slik at den angir en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt for første trinn i vurderingen. For eksempel uttaler departementet at «[m]ed omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd menes at det må

¹⁵¹ Se HR-2020-2476-A avsnitt 56.

¹⁵² Tilsvarende Strandberg (2022) s. 520.

være holdepunkter for eller indikasjoner på at diskriminering har skjedd», og at «[s]annsynlighetsovervekt kreves ikke».¹⁵³

Høyesterett har også lagt til grunn «en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt»,¹⁵⁴ og synes ikke å ha skilt mellom vurderingene av om omstendighetene «foreligger» og om de «gir grunn til å tro».

Når det gjelder hva som nærmere bestemt ligger i kravet «omstendigheter som gir grunn til å tro [...]», gir ikke ordlyden klare føringer. Ifølge forarbeidene er «en påstand [...] ikke nok».¹⁵⁵ På den annen side presiserte departementet at «[d]et [...] ikke [er] et krav om at påstanden må styrkes av andre bevismidler i form av dokumenter eller vitner så lenge sakens ytre omstendigheter underbygger påstanden i tilstrekkelig grad».¹⁵⁶

Samlet sett kan det konkluderes med at beviskravet for indikasjonen innebærer en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt, men en påstand om diskriminering må likevel underbygges av «sakens ytre omstendigheter».

2.2.5 Motbeviset

Dersom klager har bevist at det foreligger «omstendigheter som gir grunn til å tro [...]», etablerer dette som nevnt en presumsjon om at vilkårene for «diskriminering»¹⁵⁷ er oppfylt. Dermed blir det opp til den innklagde å «sannsynliggjør[e]» at faktum i saken likevel ikke oppfyller vilkårene for «diskriminering».¹⁵⁸

Ordlyden «sannsynliggjøre» tilsier at kravet til motbevis er det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt, jf. *overvektprinsippet*. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene, der det påpekes at «[d]et alminnelige prinsippet om fri bevisbedømmelse og utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn for en avgjørelse endres ikke gjennom regelen om bevisbyrde».¹⁵⁹

¹⁵³ Prop.81 L (2016-2017) s. 336.

¹⁵⁴ Rt-2012-424 avsnitt 38. Se også rt-2014-402 avsnitt 64.

¹⁵⁵ Prop.81 L (2016-2017) s. 293.

¹⁵⁶ Op.cit. s. 293-294, jf. Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 130.

¹⁵⁷ Jf. ldl. § 6.

¹⁵⁸ Jf. ldl. § 37 (1).

¹⁵⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 336.

Dette medfører igjen at den innklagde bærer risikoen for eventuell tvil om hvorvidt det er sannsynlighetsovervekt for at det foreligger faktiske omstendigheter som oppfyller vilkårene for diskriminering. At det er «bevisbyrde» i sin objektive betydning (tvilsrisiko) bestemmelsen regulerer, gjenspeiles i følgende uttalelse fra departementet:

«At bevisbyrden snus har betydning for hvem tvil går utover. Den som påstås å diskriminere har tvilsrisikoen der det etter avsluttet bevisførsel fortsatt er tvil om det har skjedd diskriminering.»¹⁶⁰

Høyesterett har også lagt til grunn et krav om sannsynlighetsovervekt i de tre dommene som hittil er avsagt,¹⁶¹ og har klargjort at ldl. § 37 først får betydning i de sakene der dommeren er i absolutt tvil om hvilket faktum som er mest sannsynlig.¹⁶²

2.2.6 Konklusjon

Ved første trinn i vurderingen innebærer ikke ldl. § 37 et avvik fra det alminnelige sivilrettslige utgangspunktet om at den subjektive bevisbyrden ligger hos den som fremmer et krav, selv om det gjelder en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt. Her må klageren bevise at det «foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro [...]» (subjektiv bevisbyrde), og klageren bærer også risikoen for at beviskravet i første vurderingstrinn ikke er oppfylt.¹⁶³

Dersom retten kommer frem til at slike omstendigheter foreligger, medfører det at både den subjektive og den objektive bevisbyrden flyttes over på den innklagde.

Beviskravet er det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt. Regelen blir avgjørende der dommeren, etter avsluttet bevisføring, er i absolutt tvil om det er sannsynlighetsovervekt for «at diskriminering [...] ikke har skjedd».

¹⁶⁰ Prop.81 L (2016-2017) s. 336.

¹⁶¹ Rt-2012-424, rt-2014-402 og HR-2020-2476-A.

¹⁶² HR-2020-2476-A avsnitt 78.

¹⁶³ Se tilsvarende Ballangrud og Søbstad (2022) pkt. 37.2.4.

2.3 Er den norske regelen og praktiseringen av den i strid med EU/EØS-retten?

2.3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis er det for tiden et omstridt spørsmål om Høyesteretts tolkning av ldl. § 37 i bl.a. Mekanikerlærlingdommen, er i tråd med EU/EØS-retten. Strand og Hellum skriver for eksempel at «[e]n tolkning av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen som går ut på at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn, [...] ikke [er] i tråd med EU/EØS-retten».¹⁶⁴ Begrunnelsen er tilsynelatende at dersom regelen bare får anvendelse ved absolutt bevistvil, får ikke regelen den virkningen som direktivbestemmelsene forutsetter (*effet utile*), og det blir uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet (*effektivitetsprinsippet*).

Magne Strandberg mener på sin side at «de beste grunner [taler] for at kravet om sannsynlighetsovervekt ikke er i strid med EU/EØS-retten, men [at] det [...] heller ikke helt [kan] utelukkes.»¹⁶⁵ På den annen side påpeker Strandberg at «[d]et 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.»¹⁶⁶ Oppfatningen om at overvektprinsippet gjør det lettere å motbevise presumsjonen, henger sammen med at det alminnelige beviskravet i flertallet av stater som er bundet av diskrimineringsdirektivene, er høyere enn sannsynlighetsovervekt.¹⁶⁷

Spørsmålet beror på om en tolkning i tråd med overvektprinsippet befinner seg innenfor den rammen som er satt av EU/EØS-retten.

2.3.2 Er det norske beviskravet for lavt?

¹⁶⁴ Strand og Hellum (2022), s. 375.

¹⁶⁵ Strandberg (2022), s. 526.

¹⁶⁶ Strandberg (2022), s. 524.

¹⁶⁷ Se bl.a. Fredriksen og Mathisen (2022) s. 156.

I pkt. 2.2 har jeg vist at beviskravet for å etablere presumsjonen ikke kan være for høy, jf. prinsippet om *effet utile*. Av samme grunn må beviskravet for motbeviset være høyere enn det som kreves for å etablere presumsjonen som skal motbevises.

Når det gjelder hva som skal til for å etablere presumsjonen, synes faktisk ldl. § 37 å stille klageren i en bedre posisjon enn det som i utgangspunktet er påkrevd etter bevisbyrdebestemmelsene i diskrimineringsdirektivene. Dette skyldes for det første at den norske regelen ikke skiller mellom etableringen av «omstendighetene» klageren påberoper seg og spørsmålet om «de gir grunn til å tro». For det andre kreves det alminnelig sannsynlighetsovervekt selv for spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og adferden i majoriteten av EUs medlemsstater. Etter den norske regelen gjelder det derimot en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt.

Når det gjelder motbeviset, er beviskravet imidlertid lavere enn det som synes å ha vært forutsatt i direktivene. Mens det alminnelige beviskravet etter norsk rett er sannsynlighetsovervekt, opererer EU-domstolen og flertallet av medlemsstatene normalt med et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Dette innebærer likevel ikke at regelen blir innholdsløs, ettersom den likefullt flytter den objektive bevisbyrden (tvilsrisikoen) over på den innklagde. At bevisbyrderregelen i ldl. § 37 tolkes i henhold til overvektprinsippet, er altså ikke i strid med tolkningsprinsippet *effet utile*.

Ettersom overvektprinsippet er hovedregelen i norsk rett, er det dessuten ikke i strid med *ekvivalensprinsippet* å anvende det i diskrimineringsaker. Videre vil det ikke medføre at gjennomføringen av diskrimineringsdirektivene svekker diskrimineringsvernet, slik at det heller ikke vil være i strid med «prinsippet om forbud mod forringelse af beskyttelsesniveauet».¹⁶⁸

Spørsmålet som gjenstår er om overvektprinsippet medfører at det blir uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet etter norsk rett, noe som i så fall vil være i strid med *effektivitetsprinsippet*.

¹⁶⁸ C-246/09 *Susanna Bulicke*, avsnitt 43.

Den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelens betydning for håndhevingen av diskrimineringsvernet, vil variere ut fra hvilke bevisregler som ellers gjelder i rettssystemet den gjennomføres i. Spørsmålet om det blir uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet etter norsk rett, må derfor vurderes i lys av de øvrige norske prosessreglene.

Som forklart ovenfor,¹⁶⁹ vil et tungtveiende moment i så henseende være om det foreligger omfattende og effektive bevistilgangsregler som kan bøte på bevistilgangsproblematikken som begrunner den EU/EØS-rettslige bevisbyrderegelen. Videre, selv om den aktuelle staten ikke har benyttet seg av derogasjonsbestemmelsene,¹⁷⁰ vil det av samme grunn ha betydning om den kompetente instansen likevel har adgang til å undersøke sakens faktiske omstendigheter.

I norsk rett har vi omfattende bevistilgangsregler,¹⁷¹ som i og for seg synes å være bedre egnet til å tilfredsstille klagerens behov for bevistilgang enn det den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen er. Dette medfører at et av behovene som begrunner den EU/EØS-rettslige bevisbyrderegelen,¹⁷² ikke gjør seg gjeldende med samme tyngde i Norge.

Dette behovet svekkes ytterligere ved at Diskrimineringsnemnda kan innhente bevis av eget tiltak¹⁷³

Når det gjelder vanskelighetene med å bevise at det er årsakssammenheng mellom den aktuelle adferden og det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget, er den norske bevisbyrderegelen også egnet til å bøte på dette problemet. Riktignok er beviskravet for å motbevise presumsjonen lavere enn ellers i Europa, noe som isolert sett tilsier at det blir enklere å motbevise presumsjonen. Men dette kan ikke bli avgjørende, all den tid bevistilgangsreglene og Diskrimineringsnemndas myndighet til å innhente bevis på eget tiltak medfører at den innklagde ikke selektivt kan tilbakeholde bevis til egen gunst.

¹⁶⁹ Pkt. 2.1.10.

¹⁷⁰ Se pkt. 2.1.1.

¹⁷¹ Jf. tvl. §§ 26-5 til 26-8

¹⁷² Pkt. 2.1.3.

¹⁷³ Jf. fvl. § 17 og diskrimineringsombudsloven § 2.

Til slutt bør det på den annen side nevnes at Farkas og O'Farrell antyder, i en rapport utarbeidet på vegne av EU-kommisjonen i 2014, at det norske beviskravet er for lavt. Strand og Hellum viser til en uttalelse i rapporten om at «[t]he applicable standard of proof for rebuttal [...] seems to be too lenient in [...] Norway»,¹⁷⁴ til støtte for sitt syn gjengitt ovenfor.¹⁷⁵ Det er imidlertid flere momenter som tilsier at en ikke bør legge for mye vekt på denne uttalelsen.

For det første har ikke uttalelser i en slik rapport noen rettskildemessig verdi utover argumentasjonsverdien.¹⁷⁶ Dette fremgår for øvrig av rapporten selv, da den innledningsvis presiserer at rapporten «reflects the views only of the authors».¹⁷⁷ Ettersom det ikke argumenteres særskilt for forfatterens oppfatning om at det norske beviskravet synes å være for lavt, er det vanskelig å legge noen betydelig vekt på uttalelsen.

Argumentasjonsverdien svekkes dessuten ytterligere ved at Farkas og O'Farrell synes å gi uttrykk for en feilaktig oppfatning av det norske beviskravet, idet beviskravet formuleres som et krav om at den innklagde må «substantiate that discrimination did not in fact occur».¹⁷⁸ Direkte oversatt synes oppfatningen å være at alt som skal til for å motbevise presumsjonen etter norsk rett, er å *underbygge* («substantiate») en påstand om at diskriminering faktisk ikke skjedde. Dette fremstår i det hele tatt mer som det kravet som etter norsk rett stilles til indikasjonen (jf. «grunn til å tro»-kriteriet) enn som et krav om sannsynlighetsovervekt.

For det andre, til tross for den bekymringen Farkas og O'Farrell gir uttrykk for med hensyn til det norske beviskravet, viser de senere i rapporten til at «the burden of proof as it is currently implemented [...] [in Norway] is considered to work quite well».¹⁷⁹

Ifølge dem var utfordringen i Norge i 2014 en annen enn den som løftes frem av Strand og Hellum: «The challenge in Norway is that the number of cases brought before the judiciary is marginal, so that it is unknown how the burden of proof will be implemented by the courts in discrimination cases.»¹⁸⁰

¹⁷⁴ Farkas og O'Farrell (2014) s. 77.

¹⁷⁵ Strand og Hellum (2022), s. 375.

¹⁷⁶ Se tilsvarende om «etterarbeider» i Fredriksen og Mathisen (2022) s. 341.

¹⁷⁷ Farkas og O'Farrell (2014) s. 2.

¹⁷⁸ Op.cit. s. 77.

¹⁷⁹ Op.cit. s.84.

¹⁸⁰ Op.cit.

2.4 Konklusjon

I det foregående har jeg vist til at derogasjonsbestemmelsene i diskrimineringsdirektivene tilsier at det ligger innenfor Norges prosessuelle handlingsrom å avstå fra å anvende bevisbyrderegelen, ettersom Diskrimineringsnemnda er gitt myndighet til å innhente bevis.

Videre har jeg argumentert for at omfattende bevisilgangsregler og Diskrimineringsnemndas myndighet til å innhente bevis på eget initiativ, reduserer behovet for den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen i norsk rett. Dette tilsier igjen at overvektprinsippet ikke i seg selv gjør det uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet etter norsk rett, jf. effektivitetsprinsippet.

Samlet sett er det etter dette mest nærliggende å konkludere med at bevisbyrderegelen i ldl. § 37, slik den er tolket og praktisert i norsk rett, befinner seg innenfor EFTA-statenes prosessuelle handlingsrom i henhold til diskrimineringsdirektivene.

Konklusjonen på det overordnede spørsmålet i kapittel 2 er altså at den norske regelen ikke er i strid med EU/EØS-retten.

3 Er det grunnlag for å anvende regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler i saker om seksuell trakassering?

3.1 Innledning

Høyesterett har utviklet flere unntak fra overvektprinsippet. Blant annet vil «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» (min kursivering).¹⁸¹

Seksuell trakassering i likestillings- og diskrimineringslovens forstand omfatter «alt fra blikk, berøring og kommentarer, til voldtekt og voldtektsforsøk»,¹⁸² slik at det er ingen tvil om at de mest alvorlige formene for seksuell trakassering faller innenfor virkeområdet til regelen for særlig belastende anførsler. Det er også på det rene at Høyesterett anså dette som «et alminnelig prinsipp» lenge før det ble vedtatt at den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen skulle anvendes i saker om seksuell trakassering.¹⁸³

At det gjelder et skjerpet beviskrav i voldtektssaker følger klart av følgende uttalelse fra Høyesterett i *Selvmondsdommen*: «[...] Det ble [i Rt-2005-1322] lagt til grunn at det skjerpede kravet gjelder for alvorlige forhold som seksuelle overgrep, voldtekt og drap. Utover dette måtte beviskravet «avgjøres ut fra en konkret vurdering av det aktuelle forholdet».»¹⁸⁴

¹⁸¹ HR-2016-2579-A avsnitt 42. Se også bl.a. NOU 2001: 32 s. 459 og Rt. 1976 s. 239, Rt. 1989 s. 674, Rt. 1990 s. 688

¹⁸² Prop.63L (2018-2019) s. 16.

¹⁸³ Rt-1996-864 s. 869.

¹⁸⁴ Avsnitt 37.

Spørsmålet i dette kapittelet er om ldl. § 37 kan og bør tolkes innskrenkende i saker om seksuell trakassering i øvre sjikt, som faller innenfor virkeområdet for den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler.

Jeg vil først redegjøre for begrunnelsen for at bevisbyrderegelen ble gitt anvendelse i saker om seksuell trakassering, i lys av de innvendingene som ble fremsatt av ulike høringsinstanser.¹⁸⁵ Deretter vil jeg ta stilling til det overordnede spørsmålet om det er rom for en innskrenkende tolkning.¹⁸⁶ Til slutt vurderer jeg, de lege ferenda, om loven bør endres.¹⁸⁷

3.2 Begrunnelsen for å gi bevisbyrderegelen anvendelse i saker om seksuell trakassering og høringsinstansenes innsigelser

Forarbeidene klargjør at formålet med å gi bevisbyrderegelen anvendelse i saker om seksuell trakassering, bl.a. var å «gjøre likestillingsloven i samsvar med kravene i direktiv 2002/73/EF».¹⁸⁸¹⁸⁹

Som jeg har redegjort for ovenfor (pkt. ...), inneholder imidlertid alle diskrimineringsdirektivene derogasjonsbestemmelser, som åpner for at EFTA-statene (og EUs medlemsstater) kan unnlate å anvende bevisbyrderegelen «i saker, hvor det påhviler den domstol eller den kompetente instans at undersøge sagens faktiske omstændigheder».¹⁹⁰ Dette innebærer som tidligere nevnt at Norge i prinsippet kunne unnlatt å anvende bevisbyrderegelen, ettersom Diskrimineringsnemnda har myndighet til å innhente bevis på eget initiativ.¹⁹¹ Formålet om å «gjøre likestillingsloven i samsvar med kravene i direktiv 2002/73/EF», var dermed ikke i seg selv en holdbar begrunnelse for å gjennomføre regelen.

¹⁸⁵ Pkt. 3.2.

¹⁸⁶ Pkt. 3.3.

¹⁸⁷ Pkt. 3.4.

¹⁸⁸ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 56

¹⁸⁹ Direktivet er i dag erstattet med 2006/54/EF.

¹⁹⁰ Se f.eks. 2006/54/EF art. 19 nr. 3.

¹⁹¹ Jf. fvl. § 17 og diskrimineringsombudsloven § 2. Se tilsvarende Strandberg (2022) s. 525.

Dette underbygges dessuten av at definisjonen av seksuell trakassering i likestillingsdirektivet medfører at bevisbyrderregelen i diskrimineringsdirektivene vil være uten betydning i slike saker, og at hensynene som begrunner regelen ikke gjør seg gjeldende i slike saker.¹⁹²

Videre utgjorde ikke formålet om å «gjøre likestillingsloven i samsvar med [EU/EØS-retten]» en begrunnelse for å gi regelen et større virkeområde enn direktivet, noe forarbeidene klargjør at det uansett var et ønske om.¹⁹³

Et annet formål med å innføre bevisbyrderregelen i saker om seksuell trakassering, var «å gi klager sterkere posisjon enn det som følger av de generelle prinsippene i sivilprosessen».¹⁹⁴ Grunnen til at det var ønskelig med en styrking av klagers posisjon, synes å ha vært at det «i mange tilfeller [vil] være [...] innklagede [...] som [...] sitter inne med opplysningene og kunnskapen om hva som faktisk har skjedd og hva som har vært avgjørende».

At det bare er den innklagede som «sitter inne med opplysningene og kunnskapen om hva som faktisk har skjedd og hva som har vært avgjørende», er det imidlertid vanskelig å se for seg at er tilfellet i saker om seksuell trakassering. Det er i hvert fall ingen grunn til å anta at det er den innklagede som oftest «vil være den som er nærmest til å føre bevis for grunnlaget for avgjørelsen» i slike saker, i motsetning til det som kan være tilfelle i f.eks. ansettelsessaker.¹⁹⁵

Når det gjaldt spørsmålet om å gi bevisbyrderregelen anvendelse utenfor arbeidslivet, og utenfor direktivets virkeområde, viste departementet til at flertallet av høringsinstansene støttet forslaget:

«På bakgrunn av støtten fra flertallet [9-5] av høringsinstansene som har uttalt seg om spørsmålet, opprettholdes forslaget om at regelen om delt bevisbyrde også skal gjelde utenfor arbeidslivet, også når det gjelder trakasseringssaker.»¹⁹⁶

¹⁹² Se pkt. 2.1.8.

¹⁹³ Se bl.a. Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 59-60.

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 56.

¹⁹⁵ Se i samme retning Robberstad (2021) s. 82.

¹⁹⁶ Innst.O.nr.70 (2004-2005), pkt. 1.8.2.2 og Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 59.

Departementet synes med dette å ha lagt betydelig vekt på at det var flere positive enn negative høringsinstanser, da det var «[p]å bakgrunn av støtten fra flertallet» at forslaget ble opprettholdt.

Her er det verdt å nevne at Justis- og politidepartementets høringsuttalelse ble utelatt, til tross for at det uttrykte bekymring for rettssikkerheten til den innklagde: «[...] Selv om det er ønskelig med en effektiv regel, er det *et spørsmål om ikke rettssikkerhetshensyn taler for at man ikke fraviker de alminnelige regler om bevisbyrde for disse tilfellene.*»¹⁹⁷ Den siterte uttalelsen adresserte formodentlig ikke strengt tatt spesifikt spørsmålet om delt bevisbyrde i trakasseringssaker *utenfor arbeidslivet*, men bekymringen om rettssikkerheten er likefullt aktuell i begge sammenhenger, og i større grad utenfor arbeidslivet. Medregnet justis- og politidepartementet var altså stillingen egentlig 8-6, noe som i og for seg gir et ganske annet inntrykk.

Det er imidlertid svært betenkelig å vektlegge hver av høringsinstansene likt på denne måten, uten å ta hensyn til hvilke høringsinstanser det gjaldt og hvordan de begrunnet standpunktene sine.

Dette fremstår enda mer betenkelig når en tar i betraktning innholdet i innsigelsene. Kommunenes Sentralforbund (KS) ga for eksempel tidlig uttrykk for at «[d]en bevisvurderingen departementet legger opp til, må anses som en svekkelse av rettssikkerheten i norsk rett», og at «de foreslåtte bevisreglene [...], må anses som særdeles betenkelig utfra hensynet til rettssikkerheten».¹⁹⁸

Regjeringsadvokaten mente at det var «prinsipielt betenkelig å etablere en delt bevisbyrde regel som foreslått ved trakassering på grunnlag av kjønn, og *spesielt utenfor ansettelses- og arbeidsforhold.*»¹⁹⁹ Videre har Regjeringsadvokaten bl.a. påpekt at det utenfor ansettelsessaker «åpenbart knytter seg stor[e] bevisproblemer til forhold som ikke er objektivt konstaterbare», og at «det [...] [kan] være uklart hvilke omstendigheter klageren må påvise [...] og hvilket faktum den innklagede må sannsynliggjøre».²⁰⁰

¹⁹⁷ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 54.

¹⁹⁸ Høringsuttalelse vedrørende forslag til endringer i likestillingsloven 21.01.2000, s. 3. Se også Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 55-56.

¹⁹⁹ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 54.

²⁰⁰ Høringsbrev – NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering, 14.02.2003, s. 5. Se også Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 55.

Når det gjaldt spørsmålet om hvorfor det skulle gjelde en regel om delt/omvendt bevisbyrde i saker mellom parter der det i utgangspunktet ikke var et ujevnt styrkeforhold, viste departementet på sin side til at «delt bevisbyrde uansett ikke innebærer noe betydelig avvik fra de alminnelige prosessuelle regler.»²⁰¹

Departementet antok altså at bevisbyrdebestemmelsen ikke ville få noen stor praktisk betydning, hverken i eller utenfor arbeidslivet, ettersom den ifølge departementet bare ville innebære et ubetydelig avvik fra dagjeldende prosessuelle regler. Dette benyttes så som en begrunnelse for å gi regelen anvendelse i saker der det ikke er et ujevnt styrkeforhold mellom partene.

Dette er oppsiktsvekkende, ettersom departementet nettopp anså det som nødvendig å gi regelen et større virkeområde enn Norge var forpliktet til etter EØS-retten, og at bevisbyrderegelen var egnet til å oppfylle formålet om å effektivisere diskrimineringsvernet.²⁰² Men hvis regelen innebar et såpass lite avvik fra gjeldende rett at svekkelsen av rettssikkerheten ikke kunne bli avgjørende, er det vanskelig å se hva som var hensikten med å i det hele tatt gi den et større virkeområde enn direktivet.

Uansett utgjør ikke en antagelse om at omfanget av rettssikkerhetsmessig betenkelige utslag av å utvide virkeområdet til en regel vil være lite, en positiv begrunnelse for å utvide virkeområdet. De rettssikkerhetsmessige betenkelighetene ved utvidelsen er ikke adressert på tilfredsstillende måte bare ved å vise til at de som oftest ikke vil aktualiseres.

En regel om at tvilen skal komme klager til gode *vil* kunne få avgjørende betydning i en del saker – en antagelse om at regelen sjeldent får avgjørende betydning, er i og for seg uinteressant for partene i de sakene der den faktisk gjør det. Når det dreier seg om noe så grunnleggende som rettssikkerheten til den enkelte, er det ikke tilstrekkelig å vise til at det eventuelt vil være svært få enkeltpersoner som vil bære konsekvensene.

Påstanden om at den foreslåtte bevisbyrderegelen ikke ville innebære noe betydelig avvik fra de alminnelige prosessuelle reglene, synes dessuten å ha vært feil. Som nevnt innledningsvis, gjaldt det nemlig en ulovfestet regel som utvilsomt omfattet saker om seksuell trakassering i øvre sjikt, og som ble omtalt av Høyesterett som et alminnelig prinsipp.²⁰³ Etter alminnelige

²⁰¹ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 57.

²⁰² Se Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 58.

²⁰³ Av hensyn til ordgrensen tar jeg ikke stilling til grensetilfeller.

prosessuelle regler ville altså beviskravet ha vært «kvalifisert sannsynlighetsovervekt» i disse sakene.²⁰⁴ Den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen innebærer til sammenligning at beviskravet i disse sakene senkes til alminnelig sannsynlighetsovervekt, i tillegg til at den lar eventuell (absolutt) tvil vil gå ut over den innklagde/saksøkte.²⁰⁵ Utvidelsen utgjorde dermed etter mitt skjønn et betydelig avvik fra alminnelige prosessuelle regler, til forskjell fra den forutsetningen departementet la til grunn.

Under enhver omstendighet var påstanden kontroversiell, noe som gjenspeiles i Regjeringsadvokatens uttalelse om at «omvendt/delt bevisbyrde [...] klart brøt med tradisjonelle rettsprinsipper i Norge».²⁰⁶ Denne uttalelsen er det imidlertid ikke tegn til at departementet har drøftet.

Videre uttalte departementet at det la «hovedvekt» på at styrkeforholdet mellom klager og innklagde kan være ujevnt også utenfor arbeidslivet, ved spørsmålet om bevisbyrderegelen burde gis anvendelse utenfor arbeidslivet.²⁰⁷ Dette var fordi det ville være «urimelig» med ulike bevisbyrderegler i og utenfor arbeidslivet.

At det finnes ujevne styrkeforhold i alle typer mellommenneskelige relasjoner, er imidlertid ikke et holdbart argument for at det alltid skal gjelde en delt bevisbyrde i den innklagedes disfavør, da det i alle slike relasjoner er fare for at det etableres et reelt sett ujevnt styrkeforhold. Utenfor arbeidslivet vil enhver mellommenneskelig relasjon kunne bære mer eller mindre preg av et ujevnt styrkeforhold, og det er ingen grunn til å anta at det alltid eller oftest vil være klager som er den svake parten. Hvis departementets begrunnelse for den omvendte bevisbyrderegelen ikke gjør seg gjeldende utenfor arbeidslivet, er det ikke urimelig at det ikke gjelder en slik regel utenfor – snarere tvert imot.

Videre gjør heller ikke begrunnelsen for regelen seg gjeldende i saker om seksuell trakassering overhodet, hverken i eller utenfor arbeidslivet.²⁰⁸ I dette perspektivet, og med KS og Regjeringsadvokatens kritikk i mente, settes departementets argument på hodet: det vil

²⁰⁴ Se Rt-1999-1363 s. 1379.

²⁰⁵ Se tilsvarende Strandberg (2022) s. 529.

²⁰⁶ Høring – NOU 2005:8 Likeverd og tilgjengelighet, 30.12.2005, s.1.

²⁰⁷ Se pkt. 9.7.2

²⁰⁸ Se pkt. 2.1.8.

være urimelig om rettssikkerheten ikke svekkes både i og utenfor arbeidslivet, og derfor bør den gjelde på alle samfunnsområder. Argumentet holder med andre ord ikke vann.

3.2.1 Oppsummering

Jeg har argumentert for at Diskrimineringsdirektivene ikke innebar en forpliktelse til å anvende bevisbyrderegelen i saker om seksuell trakassering. Norges EØS-rettslige forpliktelser utgjorde altså ikke et holdbart argument for å gi bevisbyrderegelen anvendelse i slike saker.

Når det gjaldt spørsmålet om å gi bevisbyrderegelen anvendelse utenfor arbeidslivet, synes det å ha vært tre forhold som medførte at departementet tilsidesatte den kraftige kritikken mot forslaget fra bl.a. Justis- og politidepartementet, KS og Regjeringsadvokaten: (i) At antallet positive høringsinstanser var høyere enn antallet negative høringsinstanser; (ii) at regelen ikke innebar et betydelig avvik fra alminnelige sivilprosessuelle regler; og (iii) at styrkeforholdet kan være ujevnt også der det ikke formelt sett er det, og at det vil være urimelig om vernet skulle være annerledes i og utenfor arbeidslivet.

Jeg har argumentert for at det er svært betenkelig å utelukkende legge vekt på *andelen* høringsinstanser for og imot forslaget, uten å se hen til hvilke instanser det gjaldt og innholdet i uttalelsene.

Jeg har også argumentert for at alle mellommenneskelige relasjoner innebærer et potensial for et ujevnt styrkeforhold, og at det ikke uten videre er slik at dette potensialet er større i saker om seksuell trakassering enn ellers. I denne forbindelse har jeg også vist til at det ikke i og for seg er noe urimelig ved at bevisbyrden er ulik i og utenfor arbeidslivet, så lenge begrunnelsen for regelen ikke gjør seg gjeldende utenfor arbeidslivet. Videre har jeg vist til at begrunnelsen uansett ikke gjør seg gjeldende i slike saker overhodet, noe som underbygger at et skille mellom i og utenfor arbeidslivet ikke kan begrunne en utvidelse av regelens virkeområde.

Når det gjelder påstanden om at bevisbyrderegelen ikke ville medføre noe betydelig avvik fra de alminnelige sivilprosessuelle reglene, har jeg for det første påpekt at dette ikke utgjør noen positiv begrunnelse, og at det ikke adresserer rettssikkerhetshensynene som lå til grunn for

kritikken mot forslaget. For det andre at påstanden er feil, jf. at det ulovfestede beviskravet aktualiseres i en rekke saker som omfattes av definisjonen av seksuell trakassering.²⁰⁹

3.3 Kan og bør loven tolkes innskrenkende innenfor virkeområdet til den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav for særlig belastende anførsler?

Det foregående viser at utvidelsen av bestemmelsens virkeområde manglet en positiv begrunnelse, og at den hvilte på en feilaktig forutsetning om at det bare ville medføre et ubetydelig avvik fra de alminnelige sivilprosessuelle reglene, samt en feiloppfatning om Norges EØS-rettslige forpliktelser.

På den ene siden har vi altså en ulovfestet regel som verner om saksøktes rettssikkerhet, ved å skjerpe beviskravet i saker der det faktisk det er spørsmål om å bygge på er kvalifisert klanderverdig, belastende eller infamerende for den saksøkte. På den andre siden har vi en lovregel som svekker rettssikkerheten på dette punktet, og som mangler en positiv begrunnelse og hviler på feiloppfatninger.

Spørsmålet i det følgende er om regelen må tolkes innskrenkende i saker om seksuell trakassering i øvre sjikt, som faller innenfor kjernevirkeområdet til den ulovfestede regelen om et skjerpet beviskrav.

Strandberg synes å være skeptisk til dette, idet han påpeker at «lovhistorikken» klart viser at bevisbyrderegelen var ment å gjelde i alle saker om seksuell trakassering.²¹⁰ Han mener derfor at «lovhistorikken tilsier at den omvendte bevisbyrden i ldl. § 37 bare kan settes til side dersom den strider mot en trinnhøyere norm».²¹¹ Eppersom Høyesterett avviste en anførsel om en «sivilrettslig uskyldpresumsjon», jf. Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1, i

²⁰⁹ Jf. ldl. § 13.

²¹⁰ Strandberg 2022, s. 528.

²¹¹ Op.cit.

Mekanikerlærlingdommen,²¹² taler det for at det er utelukket å anvende den ulovfestede regelen i saker om seksuell trakassering.

Det er i og for seg riktig at en ulovfestet regel ikke kan begrense Stortingets lovgivningsmyndighet. Når det klart er gitt uttrykk for at bevisbyrderegelen får anvendelse i saker om seksuell trakassering, først i 2005²¹³ og senest i 2019,²¹⁴ er det i utgangspunktet utelukket å fravike denne klare lovgiverviljen til fordel for en ulovfestet regel.

Spørsmålet jeg drøfter er imidlertid ikke om bevisbyrderegelen i ldl. § 37 kan *settes til side* som sådan, men om regelen kan tolkes *innskrenkende*²¹⁵ i saker om seksuell trakassering i øvre sjikt, for å ivareta rettssikkerheten til den innklagde/saksøkte. Dette synes for så vidt også Strandberg å være åpen for:

«Det kan [...] 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».²¹⁶

At Høyesterett anvendte det alminnelige beviskravet i en sak om seksuell trakassering i *Mekanikerlærlingdommen*, taler imidlertid isolert sett for at det ikke er adgang til å tolke ldl. § 37 innskrenkende i saker om seksuell trakassering. Dette kan likevel ikke bli avgjørende, ettersom saken gjaldt tilfeller i nedre sjikt, jf. «plagsom»,²¹⁷ som neppe uten videre ville aktualisert et skjerpet beviskrav.²¹⁸

Derimot svekkes den demokratiske legitimiteten bak lovvedtakene som følge av at lovgiver tilsynelatende ikke har tatt stilling til problemstillingene knyttet til at bevisbyrderegelen fortrenger en beviskravregel som verner om noe så grunnleggende som rettssikkerheten til den saksøkte/innklagde. Dette reduserer igjen den rettskildemessige vekten av lovteksten og forarbeidene.

²¹² HR-2020-2476-A avsnitt 80

²¹³ Se pkt. 3.2.

²¹⁴ Prop.63L (2018-2019) s. 17.

²¹⁵ Se Nygaard 2017 s. 235.

²¹⁶ Strandberg 2022 s. 527.

²¹⁷ Jf. ldl. § 13 (3).

²¹⁸ HR-2020-2476-A avsnitt 93-95 og 105.

Det samme gjør uttalelsen om at regelen ikke innebar et betydelig avvik fra alminnelige prosessuelle regler, som ble gitt som en begrunnelse for å gi regelen anvendelse i saker der det ikke er et ujevnt styrkeforhold mellom partene. Dette synes nemlig dermed å ha vært en forutsetning for å gi regelen anvendelse utenfor det som ble oppfattet som bevisbyrdedirektivbestemmelsenes anvendelsesområde, noe som igjen taler for en innskrenkende tolkning på de områdene der denne forutsetningen ikke slår til, som i saker om seksuell trakassering i øvre sjikt.

At departementet dessuten synes å ha vært under en feilaktig oppfatning om at Norge var forpliktet til å innføre bevisbyrderegelen, herunder i saker om seksuell trakassering, trekker i samme retning.

Videre taler det også for en innskrenkende tolkning at det ikke er gitt noen holdbar begrunnelse for at regelen skal få anvendelse i saker om seksuell trakassering i det hele tatt, og at de rettssikkerhetsrelaterte innsigelsene fra høringsinstansene ikke er imøtegått.

Til slutt kan det nevnes at begrunnelsen for overvektprinsippet i seg selv er omstridt, bl.a. fordi en ikke har noen klare holdepunkter for at det vil føre til flest materielt riktige avgjørelser å legge det mest sannsynlige faktum til grunn.²¹⁹ På bakgrunn av dette har Strandberg tatt til orde for at terskelen for å gjøre unntak fra det bør være relativt lav.²²⁰ I saker som aktualiserer et skjerpet beviskrav av hensyn til den innklagde/saksøktes rettssikkerhet, synes den svake begrunnelsen å gjøre unntak fra overvektprinsippet særlig nærliggende.

3.3.1 Konklusjon

Samlet sett mener jeg at fraværet av en holdbar begrunnelse sammenholdt med at utvidelsen av bestemmelsens virkeområde ble gjort på grunnlag av feilforutsetninger, gjør at regelen kan tolkes innskrenkende i saker om seksuell trakassering i øvre sjikt. Etter mitt skjønn tilsier hensynet til den innklagdes/saksøktes rettssikkerhet, at den ulovfestede regelen om et skjerpet

²¹⁹ Strandberg (2010), se bl.a. s. 388-389; Motsatt: Jerkø (2017) s. 297-312.

²²⁰ Strandberg 2017 s. 58 og 72-73.

beviskrav for særlig belastende anførsler bør få anvendelse på saker om alvorlig seksuell trakassering som faller innenfor dens virkeområde.

3.4 Bør loven endres?

De grunnene som underbygger en innskrenkende tolkning, tilsier også at loven endres slik at den ikke får anvendelse i saker om alvorlig seksuell trakassering som aktualiserer et skjerpet beviskrav. Etter min mening tilsier hensynet til innklagde privatpersoners rettssikkerhet at det bør være rom for å gjøre unntak fra bevisbyrderegelen og overvektprinsippet i saker om alvorlig seksuell trakassering, i henhold til de ulovfestede reglene som skjerper beviskravet under nærmere bestemte vilkår.

Derogasjonsbestemmelsene i diskrimineringsdirektivene tilsier at dette i utgangspunktet ligger innenfor EFTA-statenes prosessuelle handlingsrom. Ved vurderingen må det imidlertid selvsagt forsikres om at grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsipper er tilfredsstillt, og da særlig at det ikke blir uforholdsmessig vanskelig å håndheve diskrimineringsvernet, jf. *effektivitetsprinsippet*.

I lys av det foregående er det ingen god grunn til å tro at det vil være i strid med effektivitetsprinsippet å gjøre unntak fra bevisbyrderegelen til fordel for et skjerpet beviskrav i saker om alvorlig seksuell trakassering. Dette følger for det første av at det etter norsk rett bl.a. gjelder omfattende bevisgangsregler som bøter på det som fremstår som et av de største hindrene som ofre for diskriminering står overfor, nemlig mangelen på bevisgang. For det andre aktualiserer ikke saker om seksuell trakassering det andre store hinderet som ofre for diskriminering står overfor, nemlig det å etablere en årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og adferden.

Et potensielt videre spørsmål, *de lege ferenda*, er om det bør være adgang til å anvende et skjerpet beviskrav i alle typer diskrimineringsaker der vilkårene for dette er oppfylt, på samme måte som det ellers er i henhold til langvarig høyesterettspraksis. Dette faller imidlertid utenfor rammen for denne fremstillingen.

Litteraturliste

Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2015.

Austgulen, Thea og Jonassen, Bjørk Gudmundsdottir, «Absolutt tvilsrisiko til hinder for diskrimineringsvernet?», publisert 8. mars 2022 12:52 på juridika.no, lastet ned 12. desember 2022 09:17.

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2. utgave, Oslo 2020.

Ballangrud, Anne Jorun Bolken og Søbstad, Margrethe, *Lovkommentar: Likestillings- og diskrimineringsloven*, lastet ned fra juridika.no 19. desember 2022.

Beale, Anna, «Proving Discrimination: The shift of the burden of proof and access to evidence», *Cloisters* 2015.

Farkas, Lilla og O'Farrell, Oragh, *Reversing the burden of proof: Practical dilemmas at the European and national level*, European Commission – Directorate-General for Justice and Consumers, 2014.

Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2022.

Hedlund, Mary-Ann og Semner, Brit Djupvik, *Likestillings- og diskrimineringslovene*, Oslo 2008.

Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Oslo 2022.

Liddell, Roderick og O'Flaherty, Michael, *Handbook on European non-discrimination law* European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018.

Jerkø Markus, *Bevisvurderingens rettslige rammer*, Oslo 2017.

Ringelheim, Julie, «The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland», *European equality law review* 2019/2, s. 49-64.

Robberstad, Anne, *Hvem har bevisbyrden?* 1. utgave, Oslo 2021.

Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker – En bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, (doktoravhandling) Bergen 2010.

Strandberg, Magne, «Beviskrav i sivile saker – kommentarer til HR-2016-2579-A om beviskrav for selvmord», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2017/1, s. 50-73.

Strandberg, Magne, «Beviskrav og bevisbyrde etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37», *Lov og Rett*, vol. 61, 2022, s. 510-529.

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1976 s. 239

Rt. 1989 s. 67

Rt. 1990 s. 688

Rt-1996-864 s. 869

Rt-1999-1363 (Karmøysaken)

Rt-2005-597 (Allseas)

Rt-2012-424 (Nav Smøla)

Rt-2014-402(Kontreadmiral)

HR-2016-2579-A (Selvmord)

HR-2020-2476-A (Mekanikerlærling)

Nemndsavgjørelser

LKN-1981-2.

Avgjørelser fra EU-domstolen

Dom av 17. Oktober 1989, C-109/88 *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383.

Dom av 27. Oktober 1993, C-127/92 *Enderby*, ECLI:EU:C:1993:859.

Dom av 14. desember 1995 forente saker C-430/93 og C-431/93 [GC], *Van Schijndel og Van Veen*, ECLI:EU:C:1995:441.

Dom av 26. juni 2001, *Susanna Brunnhoffe*, C-381/99 [C5], ECLI:EU:C:2001:358.

Dom av 13. mars 2007 *Unibet*, C-432/05 [GC], ECLI:EU:C:2007:163.

Dom av 8. juli 2008, C-246/09 [C3], *Susanna Bulicke*, ECLI:EU:C:2010:418

Dom av 10. juli 2008, C-54/07 [C5], *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397.

Dom av 17. juli 2008 [GC], *Coleman* C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

Dom av 19. april 2012, C-415/10 [C3], *Meister*, ECLI:EU:C:2012:217.

Dom av 16. juli 2020, C-610/18 [GC] *AFMB*, ECLI:EU:C:2020:565.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-1/07 Straffesak mot A

Generaladvokatuttalelser

Opinion of Advocate General Kokott delivered on 20 September 2012, C-394/11 *Belov v CHEZ Elektro Bulgaria AG* [2013] 2 CLMR 29, avsnitt 90-94.

Opinion of Advocate General Poiras Maduro delivered on 12. march 2008, C 54/07 *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:155, avsnitt 24.

EU-rettsakter

Traktaten om den europæiske union 7. juni 2016, C202/3

Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde 7. juni, C-202/1

Den Europæiske unions charter om grundlæggende rettigheder (2012/C 326/02)Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse.

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Rådets direktiv 2004/113/EF af 13. december 2004 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning)

Lovsregister

Lov 4. februar 1977. nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

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

Lov av 3. juni 2005 nr. 33 om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbod mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbod mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering)

Lov 16. juni nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda

Lov 16. juni 2016 nr. 51 om likestilling og forbod mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbod mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet)

Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbod mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)

Lov 21. juni 2016 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Forarbeider

Prop.81 L (2016-2017).

Prop.63L (2018-2019).

Ot.prp. nr. 29 (1994-1995)

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 35 (2004-2005)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

NOU 2001: 32 s. 459

Innst.O.nr.70 (2004-2005)

Ot.prp.nr.35 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 44 (2007-2008)

Prop 88 L (2012-2013)

Høringsuttalelser mv.

Høringsuttalelse vedrørende forslag til endringer i likestillingsloven 21.01.2000,
arkivnummer: 376.00, saksnummer: 99/00153.

Høring – NOU 2005:8 Likeverd og tilgjengelighet Ref: 200504026 EO HI

Høringsbrev – NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering, s. 5. 14.02.2003, s. 5.

Brev fra LDO til Kultur- og likestillingsdepartementet 20.12.2022, departementets ref.:
22/2679- 1- CAWI, s. 14-15.