



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Trakasseringsvernet og arbeidsgivers ansvar

Hvordan påvirker trakasseringsvernet arbeidsgivers aktivitets- og redegjørelsesplikt?

Jørgen Bunk Olsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstillingen.....	1
1.2	Metode.....	3
1.3	Rettskildebildet.....	3
1.4	Begrepsavklaring.....	6
2	EU-retten og internasjonal rett.....	7
2.1	EU/EØS-retten.....	8
2.2	Internasjonal rett.....	9
2.2.1	Sentrale internasjonale konvensjoner.....	9
2.3	Oppsummering.....	12
3	Rettslig standard som lovgivningsteknikk.....	12
4	Likestillings- og diskrimineringslovens trakasseringsvern.....	14
4.1	Likestillings- og diskrimineringslovens § 13.....	16
4.2	Alminnelig trakassering jf. ldl. § 13 andre ledd.....	16
4.2.1	Alminnelig trakassering og rettspraksis.....	21
4.2.2	Alminnelig trakassering i forvaltningspraksis.....	23
4.3	Seksuell trakassering etter § 13 tredje ledd.....	26
5	HR-2020-2476-A Metoo-dommen.....	32
5.1	Dommens innhold og resultat.....	32
5.1.1	Høyesteretts vurdering og vesentlige momenter.....	33
5.2	Offentlige kommentarer til dommen.....	35
5.2.1	Seksuell oppmerksomhet.....	35
5.2.2	Uønsket.....	38
5.2.3	Plagsom.....	38
5.3	Min vurdering av HR-2020-2476-A.....	39
6	Arbeidsmiljølovens trakasseringsvern.....	40

6.1.1	Arbeidsmiljølovens generelle trakasseringsvern.....	40
6.1.2	Arbeidsmiljølovens trakasseringsbegrep.....	41
7	Arbeidsgivers handlingsansvar	43
7.1	Innholdet i arbeidsgivers aktivitetsplikt etter likestillings- og diskrimineringsloven § 26	44
7.1.1	Arbeidsgivers forebyggingsplikt jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 26	44
7.1.2	Arbeidsgivers dokumentasjonsplikt etter likestillings- og diskrimineringsloven § 26	47
7.2	Arbeidsmiljølovens aktivitetsplikt.....	47
7.2.1	Arbeidsgivers forebyggingsplikt jf arbeidsmiljøloven.....	47
7.2.2	Arbeidsgivers dokumentasjonsplikt jf aml § 3-1 tredje ledd	48
8	Arbeidsgivers redegjørelsesplikt	49
9	Hvilken konsekvens får trakasseringsvernets rettslige standard for arbeidsgivers aktivitetsplikt?	50
10	Rettspolitiske kommentarer.....	52
	Referanseliste	55

1 Innledning

Denne oppgaven handler om arbeidsgivers ansvar for å sikre likestilling og hindre trakassering. Sentralt for oppgaven er arbeidsgivers lovbestemte plikter for å hindre trakassering og seksuell trakassering, de rettslige terskler for hva som vil kunne utgjøre trakassering, og innholdet av arbeidsgivers aktivitets og redegjørelsesplikt. Formålet er å redegjøre for utviklingen trakasseringbegrepet i likestillings- og diskrimineringsloven¹ og arbeidsmiljøloven², og se hvordan utviklingen påvirker arbeidsgivers aktivitets- og redegjørelsesplikt.

I oppgaven belyses hva som er gjeldende rett i dag og oppgaven er rettsdogmatisk³. Jeg har inkludert rettspolitiske betraktninger i kapittel 10.

1.1 Problemstillingen

Trakassering og seksuell trakassering er ulovlig etter norsk rett⁴. Avgjørende for utviklingen i trakasseringsvernet er de grunnleggende hensyn reglene skal verne om. Gjennom et omfattende regelverk skal vernet sikre enkeltmenneskets menneskeverd, integritet og evne til å delta i alle samfunnsfunksjoner, inkludert arbeidslivet⁵.

Norge har gjennom flere konvensjoner forpliktet seg til å gi et effektivt vern mot vold, trakassering og seksuell trakassering⁶. For å sikre et effektivt vern har lovgiver opprettet særlige organisasjoner som skal føre tilsyn med, og behandle saker som knytter seg til vernebestemmelsene. Likestillings- og diskrimineringsombudets mandat er å føre tilsyn ved selve overholdelsen av plikter Norge har etter sentrale konvensjoner⁷.

Diskrimineringsnemnda fikk 1.januar 2020 utvidet mandat, slik at nemnda også skulle behandle saker om seksuell trakassering. Nemndas mandat ble dermed utvidet til å dekke alle sider av trakassering etter likestillings- og diskrimineringsloven. Bakgrunnen for endringen er

¹ Lov 16.juni 2017 nr.51 om likestilling og forbud mot diskriminering

² Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern

³ Skoghøy, Jens Edvin A: *Rett og Rettsanvendelse*, 1.utgave, Universitetsforlaget AS, 2018 s. 25

⁴ Se oppgavens kapittel 4.1

⁵ Se eksempelvis FNs kvinnekonvensjon art 1 som fremhever at diskriminering av kvinner er all forskjellsbehandling, utestengning og begrensning som følge av kjønn. Konvensjonen skal sikre kvinners deltakelse i alle deler av samfunnet.

⁶ FNs kvinnediskrimineringskonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon, FNs konvensjon for rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne

⁷ <https://www.ldo.no/ombudet-og-samfunnet/om-ombudet/mandat/> lest 12.10.2021

ifølge regjeringens lovproposisjon⁸ å opprette et lavterskeltilbud for saker om seksuell trakassering.

Som del av denne utviklingen har lovgiver gjennom lovproposisjon fremhevet styrking av arbeidsgivers aktivitet- og redegjøringsplikt⁹. Lovgiver har styrket trakasseringsvernet både gjennom økt behandling av saker og reel håndhevelse, men også gjennom økt fokus og styrking av arbeidsgivers plikter.

Behovet for økt behandling og reell håndheving av trakasseringsvernet kan ses gjennom arbeidstilsynets rapport fra desember 2020 om mobbing og trakassering i arbeidslivet. Rapporten omfattet både forekomst av mobbing, trakassering og seksuell trakassering. Av rapporten kom det frem at 3,4% av alle yrkesaktive opplever mobbing hver måned¹⁰. I tillegg rapporterer 4,1% av alle yrkesaktive at de blir seksuelt trakassert minst en gang i måneden¹¹. Dette kom samtidig som Arbeidstilsynet under kontroll fant at omtrent halvparten av kontrollerte bedrifter brøt reglene rundt trakassering¹².

Høyesterett avsa 22. desember 2020 den første dommen om vernet mot seksuell trakassering etter likestillings- og diskrimineringsloven¹³. Dommen har fått tilnavnet «Metoo-dommen» i tilknytning til den sosiale bevegelsen som har vokst frem de siste årene. Dommen er veiledende for en ny lavere rettslig standard for hva som utgjør seksuell trakassering etter lovens § 13 tredje ledd.

Da det er vesentlig fokus og utvikling på likestillings- og diskrimineringsfeltet, reiser det spørsmål om hvordan arbeidsgivere må forholde seg til endringene.

⁸ Prop.63 L (2018-2019) s. 7

⁹ Prop.63 L (2018-2019) s. 8

¹⁰ Lysberg, Kari, Andersen, Gunn Robstad, Hegdal, Bjørg, Strømholm, Tonje, Søvik, Stian Rosenberg: «Mobbing og trakassering i arbeidslivet – Arbeidstilsynets erfaringer» Rapport. Nr 4 desember 2020 <https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/om-oss/forskning-og-rapporter/kompass-tema-rapporter/2020/kompass-tema-nr.-4-2020-mobbing-og-trakassering-i-arbeidslivet.pdf> s. 10

¹¹ Lysberg 2020 s. 10

¹² Lysberg 2020 s. 5

¹³ HR-2020-2476-A

1.2 Metode

Metoden som brukes i oppgaven er alminnelig norsk rettskildelære¹⁴. Rettskildelære er fremgangsmåten domstolene bruker for å fastslå innholdet av gjeldende rett, samt hvordan rettskildene skal vektlegges¹⁵.

Rettskildelærens retningslinjer om hvordan rettskilder behandles kalles rettskildeprinsipper¹⁶. De grunnleggende rettskildeprinsipper oppsummeres i juridisk teori som relevans, slutning og vekt¹⁷. Relevans er en vurdering om en kilde vil kunne bidra til å løse en rettslig problemstilling¹⁸. Med slutning menes tolkningsresultatet av den enkelte rettskilde¹⁹.

Avslutningsvis etter å ha funnet de relevante rettskilder og tolket disse, må argumentene fra tolkningene vurderes opp mot hverandre. Vurderingen av argumentene opp mot hverandre kalles vektingprosessen²⁰.

1.3 Rettskildebildet

Rettskildebildet i likestillings- og diskrimineringsretten er bredt, særlig grunnet bruken av rettslige standarder²¹ som lovgivningsteknikk. Flere internasjonale rettskilder er relevante for å gi et overblikk over Norges forpliktelser og hva som underbygger norsk lovtekst²².

Lovtekst

Oppgavens overordnede tema om trakasseringsvern og arbeidsgivers plikter reguleres av to sentrale lover.

Utgangspunktet for trakasseringsvernet etter norsk lov følger av Lov 16.juni 2017 nr.51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), heretter forkortet ldl.

¹⁴ Skoghøy 2018 s. 17

¹⁵ Skoghøy 2018 s. 17

¹⁶ Skoghøy 2018 s. 22

¹⁷ Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave, Universitetsforlaget AS, 2004 s. 34

¹⁸ Nygaard 2004 s. 34

¹⁹ Nygaard 2004 s. 34

²⁰ Nygaard 2004 s. 34

²¹ Se kapittel 3

²² Se kapittel 2

For arbeidslivet er trakasseringsvernet utvidet gjennom særlovgivning Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven), heretter forkortet aml.

Selv om de overnevnte lovene er oppgavens fokus, vil andre lover kunne brukes for å kontekstualisere problemstillinger.

Reguleringen av trakasseringsvern og arbeidsgivers plikter til å forhindre trakassering er preget av lovgivermetoden «*rettslig standard*»²³. Særegent for lovgivermetoden er at rettslige standarder er dynamiske bestemmelser hvor innholdet vil kunne endres over tid uten at lovtekstens ordlyd endres.

Forarbeider

Forarbeider til ldl og aml er relevante for oppgaven. Forarbeider gir veiledning til hvilke momenter som kan være relevante og hvordan disse skal vektas. Da det er lite rettspraksis på trakasseringsvernet, blir forarbeidene avgjørende for forståelsen av de enkelte momenter.

Selv om trakasseringsvernet er preget av rettslige standarder, må utgangspunktet for vurdering være lovgivers uttalte formål og ønsket virkning. Forarbeidene blir derfor avgjørende for å fastslå hvordan lovgiver har ønsket å gjennomføre vernet.

Rettspraksis

Rettspraksis er en avgjørende kilde. Som lovanvender er Høyesteretts vurdering og vektig av de ulike momenter relevant og kilder av stor vekt.

Trakassering og seksuell trakassering har tradisjonelt vært lite behandlet i Høyesterett. Da utgangspunktet for reguleringen er rettslige standarder må avgjørelser i domstolen vurderes opp mot tidspunktet den ble avsagt. Hvilke tilfeller som vil kunne utgjøre trakassering har utviklet seg svært mye i nyere tid, så eldre avgjørelser vil kunne gi uttrykk for generelle tolkningsforståelser, men ha begrenset vekt når det kommer til det nærmere innholdet.

²³ Se kapittel 3

Underrettspraksis er tradisjonelt av mindre vekt enn avgjørelser i Høyesterett. Fordi det er få avgjørelser på feltet, vil avgjørelser fra underretten være relevant dersom de gir uttrykk for det konkrete innholdet av en rettsregel eller nyanserer forståelsen av nyere rettsutvikling.

Forvaltningspraksis

Som nevnt under punkt 1.1 har lovgiver oppnevnt særskilte organisasjoner for å bidra til håndhevelse av likestillings- og diskrimineringsregulering. Diskrimineringsnemndas praksis etter utvidelsen av nemndas mandat er derfor særlig relevant da saksopptaket er langt høyere enn domstolens. Nemndas vurderinger kan belyse relevante momenter.

Nemnda som forvaltningsorgan er i seg selv ikke en domstol. Nemndas praksis er relevant knyttet opp mot forståelsen av innholdet i en konkret lovbestemmelse eller den praktiske bruken av lovens rettslige standard.

Reelle hensyn

Reelle hensyn kan være de grunnleggende hensyn som underbygger regelverket. Hensynene kan enten stamme fra forarbeidene og de uttalte bærende hensyn, men kan også være hensyn som naturlig gjør seg gjeldende på området.

Eksempelvis vil enhver vurdering av arbeidsgivers plikter medføre at hensynet til et effektivt og sikkert arbeidsliv vil gjøre seg gjeldende.

Rettslig standard som lovgivermetodikk gjør også at reelle hensyn får økt vekt, da hensyn som samfunnsoppfatning blir relevante for vurderingen av bestemmelsers innhold.

Reelle hensyn som rettskilde kan derimot ikke stå alene, men anvendes for støtte eller underbyggelse av argumenter utledet av de øvrige rettskilder.

Juridisk teori

Juridisk teori er viktig for området som skal behandles i oppgaven.

Da det tradisjonelt er lite rettspraksis på området, er det gjennom juridisk teori at mye av den nyere utviklingen blir belyst.

Juridisk teori vil gjennom bøker eller artikler belyse innholdet av hvordan enkelte bestemmelse bør forstås. Juridisk teori bidrar med argumenter som kan være av betydning for

spørsmål om relevans og vekt av rettskilder. Det kan også fremheves momenter som bidrar til forståelse av en rettslig standard, tolket i tråd med samfunnsoppfatningen.

Øvrige samfunnsartikler

Øvrige samfunnsartikler som nyhetsartikler o.l. egner seg hovedsakelig til å kontekstualisere situasjonen per i dag. For i seg selv kan slike kilder brukes for å gi forståelse for problembeskrivelsen eller effekten av dagens regulering.

1.4 Begrepsavklaring

Gjennom oppgaven vil begrep som arbeidsgiver og arbeidstaker bli brukt. Forståelsen som legges til grunn i aml legges til grunn i det følgende og gjennomgås derfor kortfattet.

Arbeidstaker

Arbeidstaker er definert i aml § 1-8 første ledd som «(...) enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Ordlyden gir uttrykk for et bredt spekter av situasjoner som faller inn under bestemmelsen. Dette medfører at man i tilfeller hvor det ikke foreligger formalia mellom den som gjennomfører arbeid og den som ønsker arbeidet gjennomført fremdeles kan foreligge et arbeidstakerforhold. Begrepet må derfor forstås i kontekst av lovverket det vurderes etter. Bakgrunnen for dette er at de ulike lovene skal verne om ulike interesser²⁴. Begrepet må også avgrenses med tanke på arbeidssituasjoner hvor en gjennomfører arbeid for noen, men ikke i et alminnelig arbeidstaker-arbeidsgiverforhold. Selvstendige oppdragstakere som enkeltmannsforetak eller andre former for oppdragsbasert arbeid faller ikke inn under arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep²⁵.

Arbeidsgiver

Arbeidsgiver er i aml § 1-8 andre ledd definert som «(...) enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Ut fra ordlyden kan det tolkes at det må foreligge et formelt og dokumentert forhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Utgangspunktet er at det må foreligge en form for avtale om arbeid mellom to parter. Juridisk teori har fremhevet at begrepets kjerneinnhold «(...) er det å være arbeidsavtalens sterke part, noe som utløser et

²⁴ Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum: *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017 s. 49

²⁵ Skjønberg 2017 s. 51

*ansvar for vern av den svakere arbeidstakerparten»*²⁶. Det må altså være et styrkeforhold gjennom partene. Et eksempel på dette kan være lønnsforholdet mellom partene, da arbeidstaker er avhengig av inntekt for livsutfoldelse. Den som utbetaler lønn, er derfor naturlig å se som den sterke parten. Som ved arbeidstakerbegrepet bør arbeidsgiverbegrepet vurderes opp mot den enkelte lovs verneverdige interesse, samt det faktiske forholdet mellom partene.

2 EU-retten og internasjonal rett

Norge har forpliktet seg internasjonalt, gjennom både EØS-avtalen og andre konvensjoner, til å gi et grunnleggende vern mot trakassering. Selv om norsk rett i dag går lengre enn konvensjonsforpliktelsene, utgjør disse et utgangspunkt for de norske vernebestemmelsene.

Norge har et dualistisk rettssystem. Internasjonalt vedtatte avtaler må inkorporeres i norsk rett før de får rettskraft av lovs rang. Ratifiserte avtaler som ikke er inkorporert utgjør sentrale rettskilder som understøtter argumenter, men kan ikke i seg selv gå fremfor norsk lovgivning.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon²⁷ og dens tillegg er inkorporert gjennom menneskerettighetsloven²⁸ og skal etter lovens § 2 gjelde som norsk rett. Utover dette har konvensjonen blitt styrket, da flere av dens bestemmelser har blitt inkorporert og løftet til grunnlovs rang gjennom grunnlovsrevisjonen av 2014.

I menneskerettighetsloven er den europeiske menneskerettighetskonvensjon også gjengitt i sin helhet. Nasjonalstater kan også velge å gjennomføre konvensjoner ved å lage egne lover som skal gjennomføre den internasjonale forpliktelsen. Det avgjørende er da at resultatet av loven oppfyller forpliktelsen staten har forpliktet seg til. Eksempelvis gjennomfører Ild gjennom sine bestemmelser flere forpliktelser etter EØS-avtalen.

Et alternativ til dette kan være sektorvis inkorporering gjennom lovbestemmelser.

Eksempelvis er dette tilfellet for ILO-konvensjonen²⁹ gjennom sameloven³⁰ § 1-1 annet ledd. Her presiseres det at loven gjelder etter «(...) *de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om stammefolk i selvstendige stater. Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens*

²⁶ Skjønberg 2017 s. 59

²⁷ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4 november 1950

²⁸ Lov 21.mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

²⁹ Konvensjon om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater ILO nr. 169 27.juni 1989

³⁰ Lov 12.juni 1987 nr.56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold

regler om urfolk og minoriteter». ILO-konvensjonen nr. 169 må derfor behandles sammen med sameloven for at man skal få et riktig resultat i lovanvendelsen.

2.1 EU/EØS-retten

EU/EØS-retten er sentral også ved vurdering av norsk rett. EØS-avtalen³¹ forbinder Norge, som en del av EFTA-landene³², til EUs indre marked gjennom EØS-systemet. EØS-avtalen er inkorporert i norsk rett gjennom EØS-loven³³ § 1. Lovens bestemmelser regulerer forholdet mellom norsk rett og EØS-retten.

Gjennom EØS-avtalen har Norge flere forpliktelser som knytter seg til likestillings- og diskrimineringsfeltet. Sentralt for oppgaven er EU-direktivene 2006/54/EF³⁴ og 2004/113/EF³⁵. Direktivene har likelydende definisjoner for trakassering og seksuell trakassering. I det følgende vil det tas utgangspunkt i 2006/54/EF artikkel 2.

Det følger av artikkel 2 bokstav C at «*Trakassering*» at *uønskt åtferd som har samband med kjønnet til ein person, finn stad og har som føremål eller verknad å krenkje verdet til ein person og skape eit trugande, fiendtleig, nedverdiggande, audmjukande eller utriveleg miljø*».

Gjennom ordlyden «*samband med kjønnet*» presiserer direktivene at det må være tilknytning mellom kjønnet til den som blir trakassert, og de handlinger som gjennomføres.

Videre gir ordlyden «*føremål eller verknad*» alternativer for hvilke situasjoner som kan være underlagt begrepet. Handlingen må ikke nødvendigvis være gjennomført med et formål om å være trakasserende, men dersom handlingen får den konsekvens vil det kunne utgjøre trakassering.

³¹ EØS-avtalen er en mellomstatlig avtale mellom EU-landene og flere EFTA-land. EØS står for det Europeiske samarbeidsområde. Avtalen gir EFTA-landene tilgang til det indre økonomiske frihandelsmarkedet uten at EFTA-landene må bli en del av det øvrige EU systemet.

³² Island, Lichtenstein, Norge og Sveits utgjør samlet EFTA-landene. Alle EFTA land med unntak av EØS har Sveits har tilknyttet seg EØS-avtalen.

³³ Lov 27.november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

³⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5.juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og like handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve

³⁵ Rådsdirektiv 2004/113/EF av 13. desember 2004 om gjennomføring av prinsippet om like handsaming av kvinner og menn når det gjeld tilgang til og levering av varer og tenester

Avgjørende for bestemmelsen er at ordlyden «*utriveleg*» tilsier en relativt lav terskel. De øvrige reaksjonene gir inntrykk av at handlingen må ha en mer alvorlig konsekvens. Alternativene truende eller fiendtlig opptreden vil ha en høyere objektiv terskel enn *utrivelig*.

Bruken av «*utriveleg*» gir et sterkere vern for det enkelte individ, og taler for at bestemmelsen etter EU-retten skal tolkes strengt. En slik forståelse øker kravet til de norske vernebestemmelsene, da de skal gi tilsvarende eller sterkere vern enn EØS-avtalen³⁶.

2.2 Internasjonal rett

Utover EU/EØS-avtalen har Norge ratifisert flere internasjonale konvensjoner som gir vern til ulike grupper. Som ved EU/EØS-retten skal Norge være i overholdelse av forpliktelsene gjennom nasjonal lovgivning. I det følgende gjøres det rede for sentrale internasjonale konvensjoner som inneholder vernebestemmelser knyttet til likestillings- og diskrimineringsretten.

Tolkning av internasjonale traktater i tilfeller hvor det ikke foreligger klare tolkningssystemer, som ved EU/EØS-retten, skal gjøres i tråd med alminnelige folkerettslige tolkningsprinsipper. Prinsippene gjøres rede for i Wien-konvensjonen³⁷ art 31-33.

Ved traktatstolkning er det bestemmelsens ordlyd som er det avgjørende vektete momentet. Ordlyden må ses i lys av partenes intensjon ved inngåelsen av avtalen. Dette medfører at likelydende ordlyd i ulike traktater kan ha svært forskjellig betydning basert på hvilken verneverdig interesse bestemmelsen skal beskytte³⁸.

2.2.1 Sentrale internasjonale konvensjoner

I det følgende gjennomgås sentrale bestemmelser fra Norges internasjonale forpliktelser som danner et grunnlag for trakasseringsvernet.

FNs kvinnekonvensjon³⁹

³⁶ Høyesterett har ved dom Rt-2000-1811 Finanger 1 uttrykt støtte for prinsippet om EU-konform tolkning. Prinsippet er likt presumsjonsprinsippet. Nasjonale regler skal tolkes i tråd med EFTA-domstolen og EØS-retten.

³⁷ Wien-konvensjonen om traktatretten, 23.mai, 1969

³⁸ Forarbeider har ved traktatstolkning mindre avgjørende vekt enn ved norsk rett. Det følger av Wien-traktaten artikkel 32 at forarbeider kun skal anvendes dersom ordlyden og traktatens formål gir et tolkningsresultat som enten

a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or

b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable

³⁹ Konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner, 18.desember, 1979

FNs kvinnekonvensjon er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven. Det følger av FNs kvinnekonvensjon artikkel 11 bokstav f «*The right to protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the function of reproduction*». Som vist til i innledning rapporterer kvinner flere tilfeller av trakassering og seksuell trakassering enn menn. Konvensjonen binder Norge til å iverksette regelverk som skal verne kvinner mot den trusselen de kan bli utsatt for på arbeidsteden.

Ordlyden «*the function of reproduction*» fremstår som en henvisning til kvinners seksuelle helse og kjønnsliv. Den norske oversettelsen lyder «(...) *herunder trygging av forplantningsfunksjonen*». Både den engelske og norske oversettelsen knytter seg spesifikt til reproduksjonsfunksjonen. Den snevre ordlyden taler for at vernet etter artikkel 11 bokstav f knytter seg konkret til sikkerhet og helse ved å verne mot fysiske overgrep på jobb.

FNs rasediskrimineringskonvensjon⁴⁰

FNs rasediskrimineringskonvensjon forplikter partene til å aktivt arbeide for å avskaffe alle former for rasediskriminering jf artikkel 2 første ledd. Konvensjonen er inkorporert gjennom ldl.

Det følger av konvensjonens artikkel 2 første ledd at statene er forpliktet til «(...) *uten opphold og med alle egnede midler, å føre en politikk som tar sikte på å avskaffe alle former for rasediskriminering (...)*». Dette kan tolkes som en forsikring om at vernet skal være reelt. Reelt vern oppstår ikke bare av enkelte vernebestemmelser. Reelt vern krever at man også eksempelvis ansvarliggjør tredjeparter for opprettholdelse av vernet. I tillegg bør det foreligge lovbestemte konsekvenser for dem som diskriminerer.

I tilknytning til arbeidssituasjonen følger det av artikkel 5 bokstav e punkt i) at konvensjonspartene skal sikre «(...) *rettferdige og gode arbeidsforhold*». Lovgiver er forpliktet til å forsikre at loven har et adekvat vern. Gjennomgående i norsk lovgivning gjennom både ldl og aml ilegges arbeidsgiver et ansvar for å forsikre seg om at vernebestemmelsene gjennomføres. Arbeidsgiver har derimot ikke et objektivt ansvar, men en innsatsforpliktelse⁴¹.

⁴⁰ Konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering – ICERD, 03.juli, 1966

⁴¹ Se oppgavens punkt 7.

Konvensjon om rett for personer med nedsett funksjonsevne⁴²

Det kommer frem av konvensjonens formålsbestemmelse at en del av formålet er å «(...) verne om og sikre (...) mennesker med nedsatt funksjonsevnes mulighet og rett til og «(...) nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter (...).

Konvensjonens artikkel 27 første ledd bokstav b) oppstiller et eget vern mot trakassering. Som FNs rasediskrimineringskonvensjon oppstiller bestemmelsen en rett «(...) til rettferdige og gode arbeidsforhold (...). Bestemmelsen går lengre enn FNs rasediskrimineringskonvensjon i at den spesifikt løfter frem en rett til «(...) vern mot trakassering og oppreisning for urett (...)».

Retten til arbeid og livsutfoldelse, da også vernet mot trakassering og annen urett skal være reelt. Det følger av artikkel 27 første ledd at konvensjonspartene er forpliktet til å treffe «(...) hensiktsmessige tiltak, også i lovs form (...)» for å oppfylle sine forpliktelser. Det må gjøres et helhetlig arbeid for å forsikre seg om at vernet er reelt.

Istanbul-konvensjonen⁴³

Istanbul-konvensjonen er ikke inkorporert i norsk lov. Da konvensjonen kun er ratifisert, men ikke inkorporert får den ikke forrang for norsk lov. Det følger av istanbul-konvensjonen artikkel 1 at formålet er og både forebygge å støtte opp om systematisk hjelp og vern av kvinner fra forskjellsbehandling og vold.

Konvensjonen inneholder flere bestemmelser som på ulikt vis kan sies å skulle verne fra trakassering. Det følger av eksempelvis konvensjonens artikkel 12 1) at partene skal treffe tiltak ment å fremme endring i relasjonen mellom menn og kvinner som stammer fra gamle kjønnsroller. Gamle kjønnsroller og verdigrunnlag kan føre til alminnelig og seksuell trakassering, og bestemmelsen kan derfor anses som en vernebestemmelse mot trakassering.

⁴² Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, 13. desember, 2006

⁴³ Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner CETS 210 (Istanbul-konvensjonen), 11. mai, 2011

Det følger av artikkel 40 en særskilt vernebestemmelse mot seksuell trakassering. Bestemmelsens ordlyd er i overenstemmelse med ldl § 13 tredje ledd. Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår.

For det første må atferden være uønsket. Dette gjelder uavhengig om atferden er «(...) verbal, ikke-verbal eller fysisk (...). For det andre må atferden være «(...) av seksuell art». Som ldl, og 2004/113/EF artikkel 2 skiller bestemmelsen mellom formål og virkning. Det fjerde vilkåret er alternative konsekvenser handlingen må ha, og samsvarer med alternative virkninger etter ldl § 13 tredje ledd.

Selv om konvensjonen ikke inneholder særegen bestemmelse om alminnelig trakassering, har både konvensjonens formål og ulike bestemmelser formulert en plikt som i stor grad overlapper med alminnelig trakassering.

2.3 Oppsummering

De internasjonale forpliktelsene Norge har utgjør samlet sett en minsteforpliktelse for trakasseringsvernet. Norsk rett har i stor grad utviklet seg videre fra konvensjonene, og er i dag strengere enn flere av våre internasjonale forpliktelser. Videre i oppgaven tas det derfor utgangspunkt i nasjonal lovgivning.

3 Rettslig standard som lovgivningsteknikk

Trakasseringsvernet er etter norsk rett utformet etter rettslig standard som lovgivningsteknikk. Rettslig standard skiller seg fra andre lovgivningsteknikker ved at bestemmelsen innhold kan utvikle seg over tid uten at ordlyden forandres. Ved andre lovgivningsmetoder vil lovverket være fastsatt på en slik måte at en endring vil kreve en endring av loven fra lovgiver. Rettslige standarder er anvendt som lovgivningsteknikk fordi det lar lovgiver verne om interesser som har en dynamisk utvikling.

Det dynamiske elementet av rettslig standard kan eksemplifiseres gjennom barneloven⁴⁴. Barneloven § 48 oppstiller krav om at flere sentrale avgjørelser som gjelder barnets liv skal vurderes opp mot «(...) det som er best for barnet». En domstol må ta stilling til hva som er

⁴⁴ Lov 08.april 1981 nr.7 om barn og foreldre

best for barnet ut fra en helhetlig vurdering. I vurderingen vil eksempelvis samfunnsoppfatning for hvilken type oppdragelse som er best for barnet få stor vekt.

Oppfatningen av barneoppdragelse har endret seg, og hva som er akseptabelt vil variere med tidsperioden. Å straffe barn med fysisk avstraffelse som ris er i dag ulovlig⁴⁵. Dersom et skilt par var uenig om barneoppdragelse, og en av foreldrene ønsket å gi barnet ris, vil tidsperioden være utslagsgivende for om det er lovlig, og er et praktisk eksempel på rettslig standard i utvikling.

Dersom saken fant sted på 1960-tallet ville samfunnsoppfatningen av barnets beste kunne være at det var uproblematisk å gi barnet ris. Samme sak vil med samme ordlyd i 2021 få et annet utfall. Samfunnet har gjennom moralske og etiske holdninger, forskning og erfaringer fastslått at fysisk avstraffelse er negativt for barnet. Domstolen kan dermed dømme i tråd med dagens oppfatning og i tråd med den verneverdige interesse, selv om ordlyden av bestemmelsen ikke har endret seg.

Utrykket ble utredet gjennom juridisk teori i Ragnar Knophs bok *Rettslige Standarder*⁴⁶. Boken fulgte opp uttrykket, da Knoph først introduserte det i sin bok *Åndsretten*⁴⁷. Knoph fremhevet flere eksempler på hvordan man skulle fastsette en rettslig standard.

Knoph presiserte at en rettslig standard ikke var sammenfallende med moral. Han fremhevet «(...) *Det kan være hvad det er sedvanlig og påregnelig i naboforhold, rimelig aktpågivenhet i dagliglivet, god forretningsskikk i handelsforhold, god forsikringspraxis o.s.v. Alt sammen sosiale normer i videre forstand, men ikke nødvendigvis moralske*»⁴⁸. Dette medfører at selv om noe kan anses som umoralsk, kan det fremdeles være den førende rettslige standard etter en helhetsvurdering. For å fastsette en rettslig standard er det ikke avgjørende hva partene i en saks subjektive oppfatning av forholdet er⁴⁹.

⁴⁵ Se eksempelvis HR-2005-1865-A. Høyesterett fant at ris ikke var lov, men måtte skilles fra forsiktige klaps. Dommen er illustrerende for rettslig standard, da Høyesterett i dag nok ikke hadde skilt mellom forsiktige klaps og ris. Samfunnet i dag misliker all form for fysisk avstraffelse av barn.

⁴⁶ Knoph, Ragnar: *Rettslige Standarder*, 1. utgave, I kommisjon hos Grøndahl, 1939

⁴⁷ Knoph, Ragnar: *Åndsretten*, 1. utgave, Nationaltrykkeriet, 1936

⁴⁸ Knoph 1939 s. 5

⁴⁹ Se Rt-1958-479. Det ble anført at Agnar Mykles bok «Sangen om den røde rubin» overskred daværende straffelov § 211 b om «*utuktig skrift*». Høyesterett fastslo at krenkelsen måtte være av en kvalifisert alvorlighetsgrad, det var ikke nok at noen fant innholdet av boken usmakelig.

For å fastsette innholdet av en rettslig standard må en se hen til både tidligere rettspraksis, utvikling i samfunnet og andre kilder som kan si noe om sosiale normer og faglig profesjonelle vurderinger.

Bruken av rettslige standarder for trakasseringsvernet må anses som et ønske om en dynamisk og tidsriktig lovgivning. Som ved eksempelet ved barnets beste, vil også oppfatninger om hva som utgjør trakassering og arbeidsgivers plikter endre seg med tiden. Lovgivningsteknikken åpner for at domstolen nettopp kan ta hensyn til utviklingen.

For å vurdere trakasseringsvernet og arbeidsgivers plikter mot hverandre, må trakasseringsvernets rettslige standard identifiseres. I den videre fremstillingen vil derfor trakasseringsvernets innhold og rettslige standard utredes. Deretter vil det vurderes hvordan trakasseringsvernet påvirker arbeidsgivers plikter.

4 Likestillings- og diskrimineringslovens trakasseringsvern

Vernet mot trakassering er hjemlet i flere lover. Utgangspunktet for vernet følger av ldl. Det følger av ldl. § 2 første ledd «*Loven gjelder på alle samfunnsområder*». Reguleringen kan derfor påberopes uavhengig av hvilken situasjon den eventuelle diskrimineringen eller trakasseringen oppstår i. Ettersom at loven er utgangspunktet for diskrimineringsvernet vil det være relevant for oppgaven, da loven vil utgjøre det grunnleggende diskrimineringsvernet også på arbeidsplassen.

Forbudet mot trakassering følger av ldl kapittel 2. Kapittelet regulerer både de ulike formene for diskriminering, og også unntak hvor visse typer diskriminering er tillatt. Det følger av lovens § 9 at forskjellsbehandling kan tillates dersom ulike vilkår er oppfylt. Oppgaven vil ikke gå nærmere inn på de lovlige formene for forskjellsbehandling.

Forbudet mot diskriminering har utgangspunkt i ldl § 6. Det følger av § 6 første ledd en uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag loven skal verne mot. Det fastslås av § 6 fjerde ledd at diskriminering vil omfatte både direkte og indirekte forskjellsbehandling. For at forskjellsbehandlingen skal være diskriminering må den derimot ikke omfattes av unntaket for lovlig forskjellsbehandling etter lovens §§ 9,10 eller 11.

Ordlyden medfører at enhver handling som singler ut enkeltindividet og skaper et ulikt forhold mellom mennesker, vil kunne utgjøre diskriminering. Dette gjelder bare så fremst de særlige vilkår for lovlig forskjellsbehandling ikke er oppfylt.

Det følger av forarbeidene⁵⁰ at det må foreligge årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen som har hendt, og de grunnlag som er uttømmende oppstilt etter § 6 første ledd. Dersom det ikke kan påvises årsakssammenheng, vil ikke ldl komme til anvendelse. Særlovgivning har på flere områder oppstilt egne diskrimineringsgrunnlag⁵¹.

Direkte forskjellsbehandling følger av ldl § 7. Ordlyden «(...) *menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon*».

Ordlyden er tydelig og omhandler situasjoner hvor det er klare holdepunkter for at forskjellsbehandling har skjedd. Eksempelvis dersom en kvinnelig ansatt ikke får gjennomføre oppgaven begrunnet i kjønn, uten faglige holdepunkter eller andre tilsvarende grunnlag, vil det kunne fastslås at hun er direkte forskjellsbehandlet som følge av et diskrimineringsgrunnlag etter lovens § 6.

Alternativet til direkte forskjellsbehandling er indirekte forskjellsbehandling. Ldl § 8 oppstiller at det ved indirekte forskjellsbehandling «(...) *menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre*». Ordlyden må forstås som adgang til å vurdere hvorvidt eksempelvis kleskoder på arbeidsstedet kan anses som diskriminering. «*Tilsynelatende nøytral*» kan forstås slik at det ikke må fremstå eksplisitt at bakgrunnen for handlingen er et av diskrimineringsgrunnlagene.

Det følger videre av ordlyden «(...) *som vil stille personer dårligere*» at også tiltak som ikke har hatt diskriminerende effekt ennå kan felles etter bestemmelsen, dersom det kan påvises at den i fremtiden vil kunne utgjøre diskriminering.

Forarbeidene⁵² presiserer at det er krav om årsakssammenheng. Årsakssammenhengen ved indirekte diskriminering er annerledes enn ved direkte diskriminering. Forarbeidene løfter frem at en blind mann som blir utestengt fra et kjøpesenter grunnet hundeforbud, kan være

⁵⁰ Prop.81 L (2016-2017) s. 314

⁵¹ Se eksempelvis aml § 13-1. Arbeidsmiljøloven har egne diskrimineringsgrunnlag som ikke er dekket av ldl.

⁵² Prop.81 L (2016-2017) s. 315

utsatt for indirekte diskriminering. Forbudet i seg selv er ikke ment å ramme blinde, men får en diskriminerende virkning.

Et eksempel er påbudt religionsnøytralitet for offentlige ansatte. Dersom en nektes å bære religiøse plagg eller symboler som offentlig ansatt, vil dette ha en diskriminerende virkning. Mennesker som etter sin religion må bære klesplagg eller symboler, vil da ikke kunne være offentlig ansatt. Dette var begrunnelsen da likestillings- og diskrimineringsombudet i 2009 ga støtte til at Politidirektoratet åpnet for bruk av hijab i politiet⁵³.

4.1 Likestillings- og diskrimineringslovens § 13

Forbudet mot alminnelig og seksuell trakassering følger av ldl § 13. Første ledd lyder *«trakassering på grunn av forhold nevnt i § 6 første ledd og seksuell trakassering er forbudt»*. Bestemmelsen fastslår at det etter loven foreligger to ulike trakasseringsgrunnlag. For det første kan en trakasseres på grunn diskrimineringsgrunnlagene etter § 6 andre ledd. For det andre er det et lovfestet generelt forbud mot enhver form for seksuell trakassering.

Ettersom at trakassering er delt i to særskilte grunnlag, inneholder også § 13 andre og tredje ledd ulike grunnlag for hvilke handlinger som vil kunne utgjøre trakassering.

4.2 Alminnelig trakassering jf. ldl. § 13 andre ledd

Det følger av ldl § 13 andre ledd de ulike handlingene og vilkårene som vil utgjøre alminnelig trakassering etter loven. Bestemmelsen fastslår at trakassering kan være *«(...)handlinger, unnlatelser eller ytringer som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende»*.

Bestemmelsens ordlyd *«eller»* oppstiller at *«formål eller virkning»* er alternative vilkår. Som ved diskriminering vil det altså kunne være manglende hensikt bak trakasseringen, men fremdeles kunne omfattes av forbudet. Videre vil *«virkning»* medføre at handlinger som ikke er ment å trakassere, rammes dersom det har en trakasserende konsekvens.

For ytringer er det ikke krav om at disse er muntlige. Det følger av forarbeidene⁵⁴ at forbudet omfatter både muntlige og skriftlige ytringer. Dette må anses som et utslag av den verneverdige interessen. Vernet skal sikre menneskeverdet i form av at en ikke skal oppleve

⁵³ <https://www.ldo.no/arkiv/nyheitsarkiv/20092/Hijab-i-politiet/> lest 14.10

⁵⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 320

trakassering. Dersom en opplever det, uavhengig av form, skal vernet fremdeles gjøres gjeldende. Det ville vært urimelig dersom en stilte krav til presentasjonsmetode.

Som ved ytringer er utgangspunktet at en skal vernes mot trakasserende inntrykk. Vernet omfatter derfor også symboler jf forarbeidene⁵⁵. Symboler kan som ytringer ha den samme trakasserende virkning. Dette kan være i form av en tenkt familie i et nabolag, som får et hatsymbol mot deres etniske opprinnelse eller religiøse tilknytning i postkassen fra naboen. Den trakasserende virkningen er lik uavhengig om den kommer i form av en muntlig beskjed fra naboen, eller at naboen gir symbolske objekter med samme meningsinnhold til familien.

Forbudet er ikke generelt, men forarbeidene⁵⁶ presiserer at handlingen må gjøres overfor en eller flere konkrete personer. Dette kan ses som et utslag av ytringsfriheten. Dersom en person er imot innvandring, og retter dette individuelt mot en kollega med bakgrunn i et annet land, kan dette utgjøre trakasserende opptreden. Dersom den samme personen organiserer en demonstrasjon mot innvandring fremfor et rådhus, vil dette være en praktisering av ytringsfriheten. Oppgaven er avgrenset mot ytringsfrihetens grenser.

Det er flere momenter som er relevante når det skal fastslås om en hendelse eller flere kan være trakassering. Avgjørende er det at vurderingen er en objektiv vurdering. Selv om det er en objektiv vurdering, skal den subjektive opplevelsen «(...)legges betydelig vekt på(...)»⁵⁷.

Bestemmelsen inneholder ikke alternativer for plagsom atferd. Dette i kontrast til EU-rettens vilkår⁵⁸ som oppstiller en lavere terskel. Forarbeidene⁵⁹ avskjærer derimot ikke at plagsom opptreden ikke vil kunne utgjøre trakassering. Det må gjøres en vurdering av den enkelte eller de mange handlingenes alvorlighetsgrad.

Den objektive vurderingen skal avklare alvorlighetsgraden av trakasseringen. Sentrale momenter ved vurderingen er «(...)atferdens grovhet og omstendighetene rundt handlingen(...) vedvart over tid eller gjentatt seg(...) om den krenkede har gitt uttrykk for at

⁵⁵ Prop.81 L (2016-2017) s. 320

⁵⁶ Prop.81 L (2016-2017) s. 320

⁵⁷ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁵⁸ Se oppgavens kapittel 2.1

⁵⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

atferden er uønsket(...) om den som har utøvet atferden selv innså eller burde ha innsett at handlemåten virket krenkende»⁶⁰.

Atferdens grovhet og omstendighetene rundt handlingen

Atferdens grovhet er et naturlig moment i helhetsvurderingen av om trakassering har funnet sted. Dette er fordi en grovere handling gjør at det er lettere å fastslå at trakassering har funnet sted. En særskilt grov handling vil eksempelvis kunne falle inn under truende eller skremmende atferd.

Omstendighetene rundt handlingen må ses i sammenheng med atferdens grovhet. Dette er fordi tid og sted ofte vil kunne påvirke den konsekvens handlingen har. Et tenkt eksempel er et julebord med jobben. Avdelingen sitter rundt et bord, og avdelingslederen kommer med en vits som kan tolkes som innvandringsfiendtlig. En av de ansatte rundt bordet er fra utlandet. Dersom kommentaren er ment som en vits og ikke var rettet mot den ansatte, vil det vanskelig kunne omfattes av trakasseringsforbudet.

Dersom samme avdelingsleder derimot stanser den ansatte i et mørkt hjørne på julebordet, slik at den ansatte er isolert av en person i maktposisjon, og retter samme kommentar direkte rettet mot den ansatte, øker handlingens alvorlighetsgrad.

Vedvart over tid eller gjentatt seg

Omfanget av handlingen er et relevant moment. En avdelingsleder kommer i et møte med en kommentar, som av en ansatt oppfattes som krenkende. Den ansatte er kvinne, og kommentaren kan tolkes kvinnefiendtlig. Det er første gang den ansatte opplever en slik kommentar fra avdelingslederen.

Hendelsen beskrevet er kritikkverdig, men i den objektive vurderingen av trakassering må det for enkelttilfeller kreves «(...) en mer kvalifisert alvorlighetsgrad»⁶¹. At det kreves mer for enkelttilfeller kan ses som en forsikring om at loven skal treffe riktig. Dersom lovens er for generell kan den treffe tilfeller den ikke er ment å treffe. Lovgiver har ved krav om mer

⁶⁰ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁶¹ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

kvalifisert alvorlighetsgrad avgrenset mot enkelttilfeller hvor en kommer med en dum eller misforstått kommentar.

Gjentakelse eller vedvarende trakasserende handlinger vil skjerpe alvorlighetsgraden. Dersom avdelingslederen flere ganger over et uspesifikt tidsrom kommer med slike kommentarer mot den ansatte, kan det ha den trakasserende virkning som ldl § 13 andre ledd er ment å verne mot. Avdelingslederen er i en maktposisjon og den ansatte kan føle seg ydmyket eller nedverdiget av kommentarene. Det er naturlig at flere gjentatte handlinger vil føre til at den objektive vurderingen kan komme til at trakassering har funnet sted.

Om den krenkede har gitt uttrykk for at atferden er uønsket

I en objektiv vurdering vil det være relevant om personen har gitt uttrykk for at handlingen eller atferden er uønsket. At forarbeidene løfter dette frem som et moment kan ses på som et utslag av hvem bestemmelsen er ment å treffe. Som ved tidsaspektet vil det kunne være uheldig dersom en godt ment kommentar falt inn under bestemmelsen.

En ny ansatt begynner på en arbeidsplass. På arbeidsplassen er det kultur for grov eller personlig humor. Den nye ansatte merker raskt at avdelingslederen synes det er morsomt å vitse om religion. Den ansatte er religiøs og føler seg krenket av humoren, men som ny ansatt sier de ikke i fra.

Det gis gjennom forarbeidenes presisering av momentet uttrykk for at avdelingslederen ikke burde kunne felles etter bestemmelsen. Avdelingslederen er i et arbeidsmiljø hvor slik humor er vanlig, og er fra hans side ikke ment som noe vondt.

På den andre siden burde momentet kunne lempes sett i sammenheng med de øvrige momentene. Mellom den nye kollegaen og avdelingslederen er det en klar maktubalanse. Ettersom at personen er ny tør de ikke si i fra at de ikke liker humoren. Om det ikke lempes på momentet om å si ifra, legges et urimelig ansvar på den som opplever trakasseringen.

Om den som har utøvet atferden selv innså eller burde ha innsett at handlemåten virket krenkende

Ved trakasseringstilfeller har forarbeidene oppstilt en aktsomhetsnorm som minner om erstatningsrettens bonus pater familias⁶². Utgangspunktet ved vurderingen er hva en alminnelig person burde ha innsett før eller under handlingen.

Om det ses tilbake til eksempelet ved den nye kollegaen. Religion er for mange noe dypt personlig og er et følelsesladd tema. Det er naturlig å tenke at en gjennomsnittlig person skjønnte eller burde ha forstått at det ikke var riktig tema å gjøre narr av. At en «burde ha innsett» løfter vurderingen til en objektiv vurdering som knytter seg mer til de allmenne samfunnsoppfatninger, og gjør at en blir adskilt det enkelte steds subjektive normer.

Øvrige momenter og vurderingsgrunnlag

Selv om forarbeidene løfter frem de overnevnte momentene i forarbeidene⁶³ presiseres det også at listen ikke er uttømmende «(...) og vil måtte utfylles gjennom praksis»⁶⁴. Dette kan anses som et naturlig utslag av rettslig standard som lovgivningsmetodikk. Ettersom at innholdet vil kunne endres hyppig eller vesentlig i takt med tiden, vil også avgjørende momenter og vurderingsgrunnlag endre seg.

Trakasseringvernet etter ldl er også ment å gjelde til enhver tid, i alle deler av samfunnet. Det er utallige hendelsesforløp som kan anses for å være trakassering, uten at hendelsesforløpene deler vesentlige momenter. For at alle skal kunne nyte et effektivt vern må også vurderingsmomentene være tilbøyelige til situasjonene. Det avgjørende er derimot at momentene gir veiledning for hvordan en skal vektlegge kjerne hensynene i den objektive vurderingen. Selv om en handling ikke nødvendigvis bærer store preg av momentene over, vil den i en riktig situasjon fremdeles kunne oppfattes som truende og knyttet opp mot diskrimineringsgrunnlagene etter ldl § 6.

For alminnelige trakassering er det også et vesentlig skille fra seksuell trakassering. Alminnelig trakassering, som diskriminering, er ikke avhengig av at subjektet som blir utsatt for en trakasserende handling eller atferd faktisk oppfatter dette selv⁶⁵. Dette viser igjen

⁶² Bonus pater familias har sitt utgangspunkt i romerretten. Ved vurdering av aktsomhet i erstatningssaker sammenligner man handlingene til den saksøkte med de handlinger en kan forvente av en gjennomsnittlig familiefar.

⁶³ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁶⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁶⁵ Prop.81 L (2016-2017) s. 320

bredden av mulige momenter, da eksempelvis momentet om den som blir trakassert har gjort utøver oppmerksom på dette, ikke vil være relevant i et slikt hendelsesforløp.

4.2.1 Alminnelig trakassering og rettspraksis

Forarbeidene presiserer at momenter må utfylles fra rettspraksis⁶⁶. For å identifisere den rettslige standarden for alminnelig trakassering vil det derfor gjennomgås noen sentrale momenter fra rettspraksis.

Rt-1997-786 Falken-dommen

Saken dreide seg om mobbing på arbeidsplassen og om arbeidsgiver på objektivt grunnlag kunne anses som ansvarlig og dermed erstatningspliktig. Selve dommen inneholder momenter hovedsakelig knyttet til arbeidsgivers ansvar. Dommen er derimot illustrerende når det kommer til momenter som maktbalanse og styrkeforhold.

A var i dette tilfelle ny leder ved en Falken redningsstasjon. Det formelle styrkeforholdet mellom A og de som stod bak mobbingen var at A stod i den sterke posisjon. I seg selv taler dette for at terskelen er høyere for å finne at mobbing hadde funnet sted.

Høyesterett gir i dommen⁶⁷ støtte til lagmannsrettens vurdering. Mobbingen var å anse som omfattende. Alvorlighetsgraden på de ulike handlingene samlet sett gjør at dommen ikke egner seg for å identifisere en lavere terskel for trakassering.

LA-1995-36

Avgjørelsen er forløperen til Falken-dommen, og gjennomgår i større detalj mobbingen som foregikk på arbeidsstedet. Da avgjørelsen er eldre vil den ha mindre avgjørende vekt for terskel, men dommen gir fremdeles en god illustrasjon på flere momenter.

Det følger av dommens faktum at A ble utsatt for 16 ulike episoder. Episodene var av ulik karakter, blant annet både verbal og fysisk. Førstevoterende løfter frem i dommen at selv om 3 av de 16 episodene individuelt sett kan anses som del i en arbeidskonflikt, må de ha hatt en svært krenkende virkning overfor A.

⁶⁶ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁶⁷ Rt-1997-786 s.791 siste avsnitt

Sentralt for dommen fremstår det også at A fikk en klar skadekonsekvens av handlingene. Lagmannsretten uttaler at bevisverdien for vitnene ble styrket av en påviselig skadekonsekvens.

Det ble anført mot A at hun selv måtte anses for å ha medvirket til skaden da hun ikke gjorde tilstrekkelige grep til å forhindre at skaden fant sted. Selv om det er et erstatningsrettslig spørsmål, er Lagmannsrettens vurdering relevant. Lagmannsretten presiserte i dommen at det ville vært urimelig å stille slike krav til henne, selv om hun var leder. Hun var ny i stillingen. Dersom hun innførte tiltak for å verne seg selv mot skaden «(...) ville hun indirekte ha gitt de kolleger medhold som hevdet hun ikke var i stand til å klare jobben». Helhetsbildet rundt trakasseringen lempet altså på kravene til As egne handlinger.

LG-2020-176005

Saken omhandlet flere anklager mot arbeidsgiver. Hovedspørsmålet i saken dreide seg omkring om arbeidstaker var utsatt for trakassering eller annen utilbørlig opptreden som er ulovlig jf aml § 4-3.

Arbeidsgiver ble i tingretten funnet skyldig for overtredelse og ilagt erstatningsansvar. Lagmannsretten var i midlertidig uenig og fant at det ikke forelå trakassering eller utilbørlig opptreden.

Lagmannsretten har gjennomgående i dommen lagt stor vekt på at majoriteten av tilfeller som var fremhevet som trakasserende etter aml var en del av arbeidsgivers styringsrett, og et resultat av at A selv hadde prestert under evne. Selv om hendelsene var opplevd som utilbørlig opptreden av A, var de objektivt sett saklig begrunnet og dokumentert av arbeidsgiver.

Til støtte for A var det fremhevet at arbeidsgiver selv etter å ha innhentet ekstern hjelp, ikke klarte å gjennomføre ryddig saksbehandling om As forhold. Selv om dette var kritikkverdig kunne det derimot ikke anses som trakassering, da retten fant at det ikke hadde trakasserende hensikt eller virkning.

Det kommer frem av dommen at hensynet til styringsretten og et effektivt arbeidsliv står som en naturlig motvekt til opplevelsen av trakassering eller utilbørlig opptreden. Selv om en opplevelse subjektivt oppleves som tyngende, er det avgjørende at hendelsen en opplever ikke er faglig og saklig begrunnet, og det må kunne sannsynliggjøres grunnlag utover de tiltak man

forventer at en arbeidsgiver kan måtte gjøre. Ettersom at arbeidsgiver i denne saken kunne dokumentere behov og begrunnelser for handlingene som ble gjort mente lagmannsretten at man ikke her stod overfor flere grensetilfeller som samlet sett kunne utgjøre trakassering.

4.2.2 Alminnelig trakassering i forvaltningspraksis

Diskrimineringsnemnda har mandat til å behandle saker som omhandler trakassering og seksuell trakassering. Da sakstilførselen er langt høyere til nemnda enn domstolen vil rettspraksis utfylles ved forvaltningens praksis. Selv om forvaltningspraksis har lavere vekt enn avgjørelser fra domstolen, vil de fremdeles være relevante. Da bakgrunnen for diskrimineringsnemndas utvidede mandag er økt sakstilgang, er det naturlig at en stor del av utviklingen innen diskrimineringsfeltet vil finne sted i nemndas behandling. Nemnda er bundet av lov og rettspraksis, og er derfor en god kilde til den praktiske anvendelsen av Høyesteretts praksis.

Sak DIN-2020-175

Saken omhandlet et tilfelle hvor en person som kom til Norge som i en alder av 3 år mente seg diskriminert av politiet. Personen mente han var blitt stoppet i kontroll uforholdsmessig ofte mens han var ute og kjørte bil. Dette mente han utgjorde direkte diskriminering med grunn i hans bakgrunn. Videre anførte han også at Politiet indirekte diskriminerte da de ikke loggførte kontrollene og gjennom tipsregistrering.

Ved spørsmålet om de gjentatte politikontrollene utgjorde diskriminering, svarte nemnda positivt på dette. Det ble lagt vekt på at Trøndelag Politidistrikt selv i tilsvar 25.juni 2020 uttalte at de uforholdsmessig mange kontrollene nok ikke kunne forklares på annen måte enn etnisitet. Dette sammenlagt med at politiet fant grunnlag for oppfølging med kontrollene gjorde at nemnda *«nøyer seg med å konstatere at etnisitet har vært den utslagsgivende grunnen i flere tilfeller»*.

Nemnda fastslo at diskriminering av personen var bevist. Det ble derimot ikke funnet at det forelå trakassering. Bakgrunnen for dette var flere momenter. En del av den påståtte trakasserende opptreden gjennom eksempelvis at det var flere som så trafikkstoppene og at han måtte blåse i promilleapparat, måtte anses som påregnelig ved ethvert trafikkstopp uavhengig av etnisitet.

Videre mente nemnda at det ikke forelå årsakssammenheng mellom manglende identifisering fra politiets side, og personens etnisitet. De enkelte handlingene måtte ses i sammenheng med alminnelig praksis ved trafikkstopp. Det er derimot noe spesielt at nemnda finner at det ikke foreligger trakassering da det her er tale om gjentatte tilfeller.

Sak DIN-2020-299

Saken gjaldt en lege som omtalte en pasient ved feil kjønnspronomen i pasientens journal. Legen hadde anvendt det kjønnsnøytrale pronomenet «*hen*» da pasienten var transeperson. Pasienten mente at legen ved journalføring for biologiske kvinner ville brukt «*hun*» og at dette også skulle brukes i pasientens tilfelle.

Fastlegen mente det var beklagelig at situasjonen oppstod slik den var gjort, da anvendelsen av *hen* var bevisst fordi pasienten identifiserte seg som transperson. Dette mente pasienten var uakseptabelt da det ifølge pasienten at det var allmennkunnskap at *hun* også skal brukes for transpersoner.

Nemnda fastslo at det ikke kreves diskriminerende hensikt for at forbudet skal gjøre seg gjeldende. Selv om det forelå subjektiv oppfattelse av trakassering, mente nemnda at tilfellet ikke objektivt sett kunne utgjøre dette.

Det ble trukket frem at «*etter nemndas mening stilles det for høye krav til den enkelte om det forventes at vedkommende intuitivt skal vite hvordan alle transpersoner ønsker å omtales*». Selv om det altså kan foreligge trakassering uten at det har vært en hensikt, vil det kunne lempes i tilfeller hvor det er uforholdsmessig at personen skulle agert annerledes. At det var en pasientjournal som er unntatt offentligheten ble også vektlagt.

Det ble avslutningsvis fremhevet at «*det skal legges betydelig vekt på den subjektive opplevelsen til den som utsettes for ytringen eller handlingen, kreves en viss alvorlighetsgrad*».

Sak DIN-2020-112

Saken omhandlet en kvinnelig frisør som mente seg trakassert under sin tid i frisørkjeden Cutters. Bakgrunnen var flere hendelser under Cutters eget opplæringskurs «*Cutters Academy*».

Innklager anførte at Cutters instruktører på flere tidspunkt opptrådte diskriminerende og trakasserende mot henne.

Første episode påstod innklager at en av instruktørene hadde uttalt at innklager var for gammel, og at hennes alder påvirket de andres opplæring da hun ikke visste hva hun gjorde.

Den andre episoden knyttet seg til at det ble kjent at innklager var biseksuell. Dette medførte flere hendelser innklager mente utgjorde diskriminering og trakassering. Det var kommet både kommentarer mot henne legning, men også indirekte handlinger som at hun fikk færre modeller å arbeide med enn de andre på kurset.

Nemnda vektla at det gjennom praksis og juridisk teori er fremhevet at utgangspunktet for trakassering kreves gjentatte hendelser. Dersom enkelthendelser skal utgjøre trakassering må disse hendelsene være av en «*viss styrke eller alvorlighetsgrad*».

Det ble fremhevet at man til tross for subjektiv opplevelse må bygge vurderingen på en objektiv norm. Det ble så presisert at dette kan lempes dersom man står overfor «*personer som man kjenner til er særlig sårbare*». Det avgjørende for særlig sårbare personer er hvorvidt den som utøver handlingen kjenner til at mottaker er særlig sårbar. Dette ble fremhevet ved at nemnda vektla at Cutters ikke kjente til kvinnens PTSD og derfor ikke kunne hensynta dette.

For hendelsen fra kjøkkenet fant nemnda at det ikke kunne fastslås hva som faktisk hadde hendt. Avgjørende for hendelsen var derimot at den ikke kunne sies å utgjøre trakassering etter gjeldende terskel.

Det ble videre funnet at til tross for at det var problemer mellom kvinnen og Cutters, kunne ikke nemnda finne at det hadde grunnlag i diskriminering og trakassering. De ga tillitt til at kvinnen subjektivt har blitt dårlig behandlet av Cutters, men at det ikke ville falle inn under trakasseringsforbudets objektive vurdering. Dette gjaldt uavhengig av hendelsene som enkelthendelser eller samlet.

Oppsummert

Nemndas praksis er egnet til å avklare i større grad hva som er avgjørende momenter ved vurderingen av hvorvidt det foreligger trakassering etter § 13 tredje ledd.

For det første er vilkåret om årsakssammenheng avgjørende. Det må kunne påvises at det er mer sannsynlig at det foreligger årsakssammenheng, enn at det ikke gjør det. Ut fra nemndas avgjørelse DIN-2020-175 må årsakssammenhengen foreligge ved alle deler av den eller de trakasserende hendelsene. Sett i sammenheng med DIN-2020-112 kan det utledes at årsakssammenhengen må klart foreligge. Dersom det kan sannsynliggjøres andre årsaker til at handlinger gjennomføres, årsakssammenhengen bortfalle.

For det andre er det klart at den subjektive opplevelse skal vektlegges, men at det fremdeles må være en objektiv vurdering av hvorvidt hendelsene kan sies å være trakasserende. Det kan utledes av DIN-2020-299 at selv om det subjektive skal ilegges mye vekt, må det fremdeles foreligge noe som objektivt sett kan anses som trakasserende for at det skal dømmes for dette. Som ved DIN-2020-112 er det vanskelig å kunne fastslå trakassering dersom forholdet enten ligger inn under den alminnelige styringsretten fra arbeidsgiver, eller det foreligger annet grunnlag for handlingene.

Det kan utledes av avgjørelse DIN-2020-175 at terskelen for alminnelig trakassering er høy. Selv om påfølgende handlinger som ruskontroll var del av rutine og ikke var å anse som trakassering, er det et faktum at personen ble stanset av politiet gjentatte ganger uten annet grunnlag enn personens etnisitet. Nemnda går ikke inn på selve trafikkontrollen, bare de ulike handlinger som ble gjort under selve kontrollen. Nemndas egen begrunnelse for manglende årsakssammenheng ser ut til å underbygge at trafikkestoppene i seg selv burde kunne utgjøre trakassering, da Trøndelag politidistrikt selv har innrømt at stoppene først ble iverksatt fordi personen var mørkhudet.

4.3 Seksuell trakassering etter § 13 tredje ledd

Ettersom at Idl skiller mellom alminnelig trakassering og seksuell trakassering er det nødvendig å vurdere den rettslige standarden separat. Dette fordi hva som kan ligge i ordet trakassering kan skille seg vesentlig mellom de to punktene.

Det følger av § 13 tredje ledd at seksuell trakassering etter loven vil kunne være «(...) enhver form for uønsket seksuell oppmerksomhet som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom».

Ordlyden «formål eller virkning» taler for at seksuell trakassering, som trakassering etter § 13 andre ledd, vil kunne ha funnet sted selv om intensjonen ikke har vært til stede. Det er altså et subjektivt element av hvordan handlingen oppfattes av den som har vært utsatt for

handlingen. Som ved annen trakassering vil det være naturlig å ilegge den subjektive opplevelsen stor vekt.

Et vesentlig skille fra alminnelig trakassering er at tredjeparter ikke kan påberope at trakasseringsvernet er brutt dersom de observerer en situasjon. Forarbeidene⁶⁸ presiserer at «*Oppmerksomheten må være uønsket*». Dette kan anses som et utslag av at vernet skal treffe de tilfeller de er ment å verne om. De mange ulike sjargonger som kan finnes i vennskapelige forhold for eksempel, eller i en daglig tale, kan for en tredjepart oppfattes som trakasserende, uten at verken formålet eller virkningen er til stede.

Videre er det klart av ordlyden «*eller*» at vilkårene er alternative. En handling må ikke ha som formål å være trakasserende, men vil falle under forbudet dersom den har en trakasserende virkning.

Forarbeidene⁶⁹ presiserer at det ved ny lovsutforming endret definisjonen av seksuell trakassering for å «*(...) fremstå mer objektiv i sin utforming*». Seksuell oppmerksomhet er inndelt i oppmerksomhet «*(...) av seksuell karakter eller seksuelt betont oppmerksomhet*». Dette kan forstås slik at både klart seksuelle handlinger og handlinger som kan oppfattes å ha en underliggende seksuell tone omfattes av forbudet.

Forarbeidene⁷⁰ gir flere eksempler på hva som kan utgjøre seksuell trakassering. Det fremkommer derimot klart av «*For eksempel (...)*» at listen ikke er uttømmende. Ved behandling av saker må det konkret vurderes i det enkelte tilfelle. Som begrunnelsen av hvorfor det kreves subjektiv oppfattelse av den seksuelle oppmerksomheten og at denne er uønsket, er det naturlig at også et bredt spekter av handlinger mulig kan utgjøre seksuell oppmerksomhet og trakassering. Avgjørende er det at oppmerksomheten som utgjør trakassering kan være enten «*(...) verbal, ikke-verbal eller fysisk*»⁷¹. At de alternative handlingene er mange, gjør at vurderingen av hvorvidt en handling er å anse som seksuell oppmerksomhet er enda viktigere. Det kan være handlinger som i utgangspunktet ikke er seksuelle, men som oppfattes og får konsekvenser som om de var det.

⁶⁸ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁶⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁷⁰ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁷¹ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

Forarbeidene⁷² poengterer at det også i utgangspunktet kreves at den som mottar den uønskede oppmerksomheten, har gjort den som trakasserer oppmerksom på at det er uønsket. Det er imidlertid ikke et absolutt krav om dette. Forarbeidenes ordlyd «(...) *må den som utøver oppmerksomheten ha bli gjort klar over at den er uønsket*»⁷³ åpner for en bredere vurdering av hva som kan anses som å ha sakt i fra. Det naturlige utgangspunktet er en verbal beskjed om at en handling som kan skje er uønsket eller mens handlingen pågår. Samtidig er det flere måter noen kan gi uttrykk for at noe er uønsket. Dersom noen har et vegrende kroppsspråk, eller fysisk forsøker å komme seg ut av situasjonen, kan dette anses som klare indikasjoner på at oppmerksomheten er uønsket.

Vurderingen av om noen har gjort det klart overfor den som utfører handlingen at det er uønsket, må ses på i det enkelte tilfelle. Dersom en har verbalt sakt at handlingen er uønsket levner det lite rom for tvil. Ved ikke-verbale handlinger vil det måtte gjøres en konkret vurdering for å fastslå om det er naturlig at en person burde forstått at det ikke var ønskelig.

Hensynet til den krenkede og posisjonen personen står i gjør at det vanskelig kan stilles absolutte krav til hvordan en går frem i saken når det er tale om seksuell trakassering. Det kan være mange ulike situasjoner som gjør at en ikke kan tilstrekkelig si i fra, eller at et krav om å si ifra ville være å gi offeret en uforholdsmessig tung byrde.

Lill Egeland har sammen med Thorgeir Hole og Ingrid Fladberg Brucker skrevet «*Seksuell trakassering i arbeidslivet*»⁷⁴. Gjennomgående i kapittelet «Hva er seksuell trakassering?»⁷⁵ brukes eksempelet mellom en ansatt som er ny, men har gjort det veldig bra på arbeidsplassen. Den nye ansattes sjef som har fulgt opp den ansatte jevnlig, tror den ansatte kan være interessert i noe mer. Under et julebord gjør sjefen tilnærmelser han tror og forventer skal mottas godt. Den krenkede sier i dette tilfelle ikke ifra, men gjennom eksempelet får man innblikk i den krenkedes indre tanker. Dersom de sier i fra, vil de da miste progresjon på jobb eller mer oppgaver? Denne helhetsvurderingen må gjøres for å se om det er hensiktsmessig å ilegge den som utsettes et slikt ansvar.

⁷² Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁷³ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁷⁴ Egeland, Lill, Hole, Thorgeir, Brucker, Ingrid Fladberg: *Seksuell trakassering i arbeidslivet*, 1.utgave, Gyldendal norsk forlag AS 2020

⁷⁵ Egeland 2020 s. 15-53

Bakgrunnen for utgangspunktet med at en må si ifra må sies å være hensynet til utøver. Det kan vanskelig legitimeres å dømme noen som ikke har fått en indikasjon på at det de gjør er galt. Dette medfører ikke at enhver kan slippe idømt overtredelse bare fordi en ikke var klar over det, da aktsomhetsvurdering av utøver fremdeles er et moment i helhetsvurderingen. Jeg kommer nærmere inn på aktsomhetsvurderingen senere.

Som ved annen trakassering presiseres det i forarbeidene at «*ett eneste tilfelle kan utgjøre trakassering dersom oppførselen er tilstrekkelig alvorlig*»⁷⁶. Dette samsvarer med lovens systematikk sett opp mot alminnelig trakassering. Selv om alminnelig- og seksuell trakassering i utgangspunktet omhandler handlinger som har gjentatt seg eller vedvart over tid, vil det gi et lite effektivt vern dersom alvorlige enkelttilfeller ikke vil kunne falle inn under vernet. Loven skal gi et effektivt vern både mot den alvorlige enkelthendelse, men også de mange mindre alvorlige hendelser samlet sett. Vernet skal verne en fra å føle den konsekvens loven oppstiller gjennom sine alternative virkninger.

Terskelen for at handlinger kan utgjøre seksuell trakassering kan anses noe lavere enn for alminnelig trakassering utfra bestemmelsens ordlyd. De ulike alternative virkningene handlingen har er likelydende, med unntak av alternativet «*plagsom*» for seksuell trakassering.

Bruken av «*plagsom*» taler for en lavere terskel, da den naturlige forståelsen av uttrykket er handlinger som ikke i seg selv gir en negativ konsekvens, men som er et irritasjonsmoment som kan skape ubehag. Forarbeidene⁷⁷ oppstiller flere momenter. Som ved alminnelig trakassering er momentene ikke uttømmende, men er sentrale i vurderingen.

Momentene ved seksuell trakassering er lik momentene for alminnelig trakassering. Forarbeidene gir derimot en utvidelse av momentene for å forsikre seg om at også den lavere terskel ved bruken av «*plagsom*» er ivaretatt.

Handlingens karakter

For det første må en vurdere handlingens karakter. Som behandlet over er det en objektiv vurdering hvor det subjektive må tillegges tung vekt. Handlingens karakter vil bidra, da

⁷⁶ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁷⁷ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

eksempelvis seksuell oppmerksomhet i form av et spørsmål om middag med jevne mellomrom vil anses som svært forskjellig fra et spørsmål om en ansatts kropp eller lignende.

Tid og sted

Tiden og stedet for handlingen er også relevant. Dersom det kommer kommentarer i plenum om kropp kan det oppfattes vesentlig mer plagsomt enn dersom en kommentar kommer på tomannshånd. Et annet kan være om tilnærmelsen eller kommentaren kommer på et sted hvor den krenkede ikke føler de kan unngå situasjonen.

Aktsomhetsvurdering av kjønnsnorm

Forarbeidene gir også uttrykk for en form for aktsomhetsvurdering ved hendelser. Det følger av forarbeidene⁷⁸ at det skal vektlegges at de ulike kjønnene har ulik oppfatning av hva som kan utgjøre «(...) negativ seksuell oppmerksomhet». Det oppstilles altså en kjønnsnorm for hvordan det skal vurderes. Kjønnsnormen ble først utredet i forbindelse med endringer til tidligere likestillingslov⁷⁹ og er videreført i dagens lovgivning. Kjønnsnormens formål er «(...) å gi et effektivt vern mot seksuell trakassering (...). Bakgrunnen er at menn og kvinner opplever seksuell trakassering ulikt. Da kvinner i større grad enn menn opplever seksuell trakassering må også det være utgangspunktet for vernereglene. Dersom utgangspunktet ble en mannlig definisjon kan man risikere at loven gir et lite effektivt vern fra en kvinnes synspunkt.

Forarbeidene presiserer at normen gjelder «(...) uavhengig av om den som opplever å bli utsatt for seksuell trakassering er en kvinne eller en mann, da begge kjønn har likt rettsvern i disse sakene». Egeland har i juridisk teori⁸⁰ omtalt normen som en form for «(...) bonus mater familias-prinsipp». Utgangspunktet for vurderingen blir derfor hvordan den gjennomsnittlige kvinne ville oppfattet eller opplevd situasjonen. Høyesterett gir i rettspraksis⁸¹ støtte til normen.

Relasjonen mellom partene

⁷⁸ Prop.81 L (2016-2017) s. 321

⁷⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s.74

⁸⁰ Egeland 2020 s. 51

⁸¹ HR-2020-2476-A avsnitt 69

Relasjonen mellom partene handler om maktforholdet og er nevnt over. Dersom det er ens leder som trakasserer vil det være en formell maktubalanse mellom partene. Med formell maktubalanse menes det er hvor en av partene har formell makt over avgjørelser som kan påvirke motparten. Dersom ens leder er den som utøver handlingen overfor en ansatt, kan den ansatte velge å ikke si ifra. Dette kan være på grunn av mange forhold, slik som frykt for represalier eller svekket karriereprogresjon.

I tillegg til formelle maktforhold, vil også rent objektive vurderinger av maktbalanse være viktig. Dersom en blir trakassert av en person som er vesentlig sterkere kan eksempelvis frykten for fysiske represalier gjøre at en ikke sier ifra om at oppmerksomheten er uønsket. Det kan i slike tilfeller være urimelig å ilegge vekt på manglende beskjed fra den som blir trakassert.

Egeland skriver i sin bok⁸² at også maktubalansen kan komme i form av uformelle forhold. Eksempelet Egeland bruker tilfellet hvor en part «(...) ikke bare var en stjerne innad i selskapet, men i hele lokalmiljøet, og i tillegg satt svært tett på daglig leder». Personen må i tilfellet anses for å stå i et forhøyet styrkeforhold til nye ansatte. I helhetsvurderingen må man altså ofte gå lengre enn bare en vurdering av det formelle forholdet mellom partene.

Plagsom

At bruken av «*plagsom*» taler for en lavere terskel for seksuell trakassering støttes av forarbeidene. Det fremheves at en eventuell fjerning av uttrykket ville svekket vernet mot seksuell trakassering⁸³, og departementet ga støtte til Advokatforeningens høringsuttalelse⁸⁴. Advokatforeningen argumenterte med at en eventuell fjerning av «*plagsom*» ville være uheldig ved at den kunne medføre en innsnevring av reglene. Argumentasjonen var at også vennligsinnete men unødige seksuelle tilnærmelser var noe man skal vernes mot fordi det kan ødelegge arbeidshverdagen. En eventuell fjerning av plagsom etterlot «(...) *kun den mer ondsinnede versjonen av seksuell oppmerksomhet*».

⁸² Egeland 2020 s. 37

⁸³ Prop.81 L (2016-2017) s. 187

⁸⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 185

Bevarelsen av plagsom kan anses som et utslag av flere grunnleggende hensyn. Det første og viktigste er hensynet til individets selv og den kroppslige og psykiske integritet. Det er derimot også hensynet til et effektivt og godt arbeidsliv som gjør seg gjeldende.

Oppsummert

De øvrige momentene er tilleggsmomenter som utvider utgangspunktet for vurdering ved seksuell trakassering. Det fremkommer av forarbeidene at de utvidede momentene bærer med seg utgangspunktet fra alminnelig trakassering. Seksuell trakassering skiller seg fra alminnelig trakassering ved at man må ha et bredere vurderingsgrunnlag for å komme frem til et riktig resultat. Dette medfører at man får ulike terskler for når seksuell trakassering har funnet sted sett opp mot den alminnelige trakassering.

5 HR-2020-2476-A Metoo-dommen

Høyesterett avsa 22 desember 2020 dom i sak som har fått populærnavnet Metoo-dommen. Da dommen er en av få nyere på trakasseringsfeltet og er den eneste dom om seksuell trakassering etter nye likestillings- og diskrimineringslov, får den prejudikatsvirkning både overfor dagens rettslige standard, men også bruken av momenter for nyere saker.

5.1 Dommens innhold og resultat

Saken gjaldt en kvinnelig industrimekaniker som påstod at hun var utsatt for seksuell trakassering fra to ulike kunder hos verkstedet hun jobbet for. I tillegg ble det i lagmannsretten vurdert om arbeidsgiver måtte holdes ansvarlig.

I lagmannsretten ble en av de to påståtte kundene dømt, og arbeidsgiver ble funnet å ha solidaransvar med den dømte, men hadde ikke særegent erstatningsansvar.

I det følgende vil A være den krenkede. B og C er de to ulike kundene.

Hendelsesforløpet mellom A og B

B var en kunde som ofte var innom verkstedet. Dette var fordi han var fast kunde og båten stod også til reparasjon.

Ved de mange besøkene viet B mye tid til A. Oppmerksomheten A fikk fra B var ikke i tilknytning de ærender han hadde som fast kunde. B oppsøkte A aktivt både gjennom å lete etter henne og spørre andre ansatte hvor hun kunne befinne seg.

I de tilfeller hvor B fant A, hadde han flere anledninger stukket fingrene i midjen hennes for å kile henne. A sa ifra om at B ikke skulle gjøre dette. Lagmannsretten fant det bevist at dette skjedde flere ganger etter A hadde sakt i fra.

På bakgrunn av Bs handlinger, hadde A ofte gjemt seg eller oppsøkt trygghet hos andre ansatte når han kom til verkstedet.

Utover handlingene på arbeidsstedet hadde også B sommer/høst 2017 gitt A et klapp på baken i det de passerte hverandre i utgangen av en butikk. I forkant av denne hendelsen hadde B fått beskjed av As arbeidsgiver om ikke å oppsøke henne.

Hendelsesforløpet mellom A og C

Som B var som C ofte innom verkstedet. Bakgrunnen for anklagen var to ulike hendelser.

Den første hendelsen fant sted i 2016. I forbindelse med at A utførte arbeid på en kran, satt hun på kne på gulvet. C hadde observert dette og kom bakfra, hvor han la hendene sine på ryggen til A under genseren slik at det var på bar hud.

A ble så overrasket av dette at hun reiste seg opp og forlot stedet uten å si noe⁸⁵.

Det andre tilfellet skjedde senere i verkstedets kontorlokaler. A skulle forlate pauserommet. C stod så fremfor A og strakk ut hånden. C lot som han skulle ta A på skrittet. Dette medførte at A ble sint og skjelte ut C før hun forlot området.

5.1.1 Høyesteretts vurdering og vesentlige momenter

For tilfellet med B ga Høyesterett i avsnitt 105 støtte til lagmannsrettens vurderinger for at oppmerksomheten i tilstrekkelig grad var seksuelt betont. Høyesterett sier derimot at killingen og klapset er i det nedre sjiktet av seksuell oppmerksomhet.

Det omtvistede var om C kan sies å ha trakassert A. C var frifunnet i Lagmannsretten.

⁸⁵ HR-2020-2476-A avsnitt 84

Høyesterett presiserte at vilkåret «seksuell» oppmerksomhet ikke medfører at handlingen er motivert av seksuelt begjær⁸⁶. Kravet beror bare på om handlingens art kan sies å være seksuell.

For berøringen av nedre rygg svarte Høyesterett positivt på dette⁸⁷. Bakgrunnen var en helhetsvurdering av hendelsen. Ettersom at C kom bakfra, hadde A ingen mulighet til å avverge hendelsen. Videre var det bar hud mot nedre del av rygg, som måtte anses som en intim del av kroppen.

Høyesterett synes å vektlegge at A ikke hadde muligheten til å avverge situasjonen. Som nevnt under redegjørelsen for hva som kan utgjøre seksuell trakassering vil handlingens tid og sted være et viktig moment i vurderingen.

Selv om A ikke sa ifra til C, mente Høyesterett at hennes handlinger ved å reise seg og forlate umiddelbart oppfylte kravet til at handlingen skal være «Uønsket». Helhetsvurderingen av situasjonen hvor C var en godt voksen mann som representerte en viktig kunde, lempet ifølge Høyesterett på kravet til å si ifra om at oppmerksomheten er uønsket.

Høyesterett legger til grunn at C etter rygg hendelsen burde forstått at A ikke ønsket noen seksuell oppmerksomhet fra C⁸⁸. Vilkåret om uønsket måtte derfor anses oppfylt ved begge hendelsene.

Til forskjell fra rygg hendelsen, fastslår Høyesterett at hendelsen på pauserommet «(...) var klart seksualisert»⁸⁹.

Vurderingen var om de to handlingene samlet sett oppfylte kravet til plagsom.

Den subjektive opplevelse ilegges stor vekt. I dette tilfelle hadde A etter hendelsene blitt sykemeldt på to ulike tidspunkt, og A var klart påvirket at forholdene på arbeidsstedet.

Da den subjektive opplevelse var tydelig, mente Høyesterett at også de objektive forholdene overskred terskelen for forbudet. Hendelsen ved rygg var «(...) uønsket berøring mot bar hud

⁸⁶ HR-2020-2476-A avsnitt 82

⁸⁷ HR-2020-2476-A avsnitt 83

⁸⁸ HR-2020-2476 avsnitt 92

⁸⁹ HR-2020-2476 avsnitt 94

*mens A befant seg i en sårbar situasjon»*⁹⁰. Helhetsbildet med at A var eneste kvinne og under utføring av arbeid forsterket ifølge Høyesterett sårbarheten.

Da handlingen ved pauserommet var både uønsket grunnet den tidligere hendelsen og var klart seksuelt mente høyesterett at oppmerksomheten samlet sett overskred lovens terskel.

5.2 Offentlige kommentarer til dommen

Da dommen er første avgjørelse fra Høyesterett om seksuell trakassering etter nye likestillings- og diskrimineringslov, har det kommet flere uttalelser og artikler i etterkant. Dommens innhold gjennom Høyesteretts vurderinger av særlig terskel for trakassering og grundighet av vurderingsmomentene har skapt debatt.

Lill Egeland har i kommentar til dommen skrevet 8.mars 2021, kommet med flere momenter av Høyesteretts vurdering⁹¹. Gjennom sin artikkel oppstiller hun flere kommentarer til tre sentrale momenter ved trakassering. Seksuell oppmerksomhet, at oppmerksomheten er uønsket og at den er plagsom.

5.2.1 Seksuell oppmerksomhet

Innledningsvis kan det virke som Egeland mener Høyesterett tar et galt utgangspunkt, ved å ikke grundig vurdere hva som faktisk ligger i ordlydsforståelsen av ordet «*seksuell*»⁹².

Høyesterett går rett til forarbeidene uten å gjøre en selvstendig ordlydsforståelse. Bakgrunnen for at Egeland kritiserer dette er fordi bokmålsordbokas definisjon «*som gjelder kjønnslivet, kjønnslig*» kan mulig gi en bredere forståelse for hvilken type oppmerksomhet som omfattes. Egeland mener at ordet seksuell uten «*(...) flere mentale knagger*»⁹³ raskt kan resultere i at den som gir oppmerksomhet må ha en form for seksuell intensjon.

Egeland mener at Høyesteretts momenter ikke er tilstrekkelige⁹⁴. Gjennom artikkelen tegner Egeland eksempel hvor særlig C byttes ut med en annen person enn han var i virkeligheten.

⁹⁰ HR-2020-2476 avsnitt 94

⁹¹ Egeland, Lill: *Kommentar til Høyesteretts dom i Metoo-saken HR-2020-2476-A*. 8.mars 2021 <https://juridika.no/innsikt/lill-egeland-kommentar-til-h%C3%B8yesteretts-dom-i-me-too-saken-hr-2020-2476-a> lest 18.10.2021

⁹² Egeland 2021 punkt 4.2.1

⁹³ Egeland 2021 punkt 4.2.1

⁹⁴ Egeland 2021 punkt 4.2.2.1

Sentralt i Egelands kritikk av momentene er at Høyesterett ikke går grundig nok inn på det enkelte momentet knyttet opp mot de faktiske forhold i saken. Resultatet blir at momentsvurderingen kunne vært anvendt på flere situasjoner som i sin natur ikke burde felles av bestemmelsen.

For hendelsen mellom A og C endres tilfellet til at det er en eldre kvinnelig kollega som skremmer A ved å ta henne på ryggen. Momentene er de samme ved at A ikke kunne vegre seg for situasjonen, hun var i en sårbar arbeidssituasjon og kroppsdelen den eldre kvinnelige kollegaen berører er fremdeles en intim del av kroppen.

Videre mener Egeland at det samme gjør seg gjeldende dersom handlingene ved rygg-episoden gjennomføres av As datter. I et tenkt tilfelle har A en tre år gammel datter som gjør de samme handlinger.

Også ved tilfellet mellom A og B i butikken, hvor B ga A et «klaps på rumpa» mener Egeland at Høyesterett er for lite konkret. Dersom man isteden bytter sier at B gir et klaps på rumpa til sitt eget barn i det de gikk forbi ville det vanskelig kunne tolkes som seksuell oppmerksomhet.

Egeland mener Høyesterett, ved en bedre forståelse av ordet «seksuell», burde anvendt en annen test. Hun stiller opp en alternativ test for å vurdere hvorvidt noe er seksuelt ved å knytte det opp til Bomålsordbokas definisjon⁹⁵. Spørsmålet Egeland stiller er

«Hvis vi tar omstendighetene rundt oppmerksomheten i betraktning: Er det sannsynlig at avgivers oppmerksomhet hadde med avgivers eget kjønnsliv- eller tanker om eget eller andres kjønnsliv – å gjøre?»⁹⁶.

Ved anvendelsen oppstiller Egeland seks sentrale momenter i vurderingen⁹⁷.

Var oppmerksomheten nødvendig

⁹⁵ Egeland 2021 punkt 4.2.2.2 1

⁹⁶ Egeland 2021 punkt 4.2.2.2 1

⁹⁷ Egeland 2021 punkt 4.2.2.2 2

Er berøringen nødvendig? Dersom fastlegen under en brystkreftkontroll berører en kvinnes bryster kan dette anses som naturlig. Dersom besøket derimot gjelder smerter i arm eller kne vil det sannsynligvis være unødvendig.

Hvor på kroppen skjedde berøringen?

Ulike kroppsdeler vil ha ulik grad av tilhørighet til en persons kjønnsliv. Dersom en berører ens kjønnslegemer eller områder i nærheten av disse, øker dette sannsynligheten for at avgiver av handlingen har en intensjon tilknyttet ens kjønnsliv.

Hvilken del av kroppen avgiver brukte for å berøre den andre

Dersom avgiver bruker sine egne lepper vil oppmerksomheten mest sannsynlig ha med det kjønnslige å gjøre. Egeland bruker kontrasten mellom bruken av lepper til berøring, sett opp mot å dulte i noen med en skulder.

Bevegelsens karakter

Et klapp på skulderen fordi man har gjort en god jobb, eller et fast håndgrep på skulderen mens en gir ros, skiller seg i det vesentlige fra å stryke noen over låret.

I hvilken kontekst berøringen skjedde, herunder om noe ble sagt

Det verbale kan gi klarere kontekst rundt intensjonen av en handling. Egeland bruker eksempelet ved å stryke noen over ryggen. Dersom dette gjøres uten å si noe mens personen er opprørt vil det være naturlig å anse dette som trøst. Om avgiver stryker mottaker over ryggen mens man sier «*du er så pen*» er det derimot klarere at situasjonen kan anses som seksuell.

Avgivers kjønn og seksuelle legning, og mottakers kjønn

Egeland anser momentet som klart relevant, men som må brukes med forsiktighet. På en side er det mer sannsynlig at en heterofil mann som stryker over ryggen til en heterofil jente utøver seksuell oppmerksomhet, enn dersom det er en annen heterofil jente eller homofil mann som utøver handlingen.

Bakgrunnen for at Egeland mener momentet må brukes med forsiktighet, synes å være fordi momentet blir for snevert. På en side er det mer sannsynlig, men ikke faktisk at det er seksuell oppmerksomhet bare fordi det er en heterofil gutt og heterofil jente.

På den andre side behøver ikke oppmerksomhet etter Egelands forståelse av seksuell å ha noe med avgivers kjønnsliv å gjøre. Oppmerksomheten kan også ha med andres kjønnsliv å gjøre, noe som i det vesentlige utvider mulige handlinger. Egeland trekker særlig frem to eksempler. Uttalelser med seksuelt tema som ikke nødvendigvis handler om relasjonen mellom avgiver og mottaker, men fremdeles om kjønnsliv vil kunne omfattes av forbudet. En heterofil gutt som later som han har sex med en homofil venn, omhandler også det kjønnslige.

5.2.2 Uønsket

Egeland fremhever at hun mener at Høyesteretts vurdering av om oppmerksomheten fra C var uønsket er riktig⁹⁸. Bakgrunnen for kritikken er at Egeland mener Høyesteretts vurdering av rygg-episoden, og at den ikke alene oppfylte vilkåret om «uønsket», var feil⁹⁹.

Sentralt i Egelands kritikk er Høyesteretts aktsomhetsvurdering av C i rygg-episoden. Hun mener at Høyesteretts ikke treffer riktig i sin vurdering, selv etter testen de selv oppstiller i dommens avsnitt 63 og 64. Egeland mener at det ikke kan være tvil om at en alminnelig aktsom handlingsperson burde forstått at oppmerksomheten ville være uønsket, da særlig sett i lys av begge de involvertes situasjon. A hadde kort tid i selskapet og var en ung kvinne, C var en eldre mann og arbeidsgivers største kunde.

5.2.3 Plagsom

Maktbalansen mellom A og C er avgjørende for Egelands kritikk av plagsom vurderingen. Høyesterett selv uttalte at det var «(...) *visse innslag av maktforskjeller*»¹⁰⁰. Som ved vurderingen av uønsket, mener Egeland at maktforskjellen mellom A og C er åpenbar for en alminnelig aktsom person.

⁹⁸ Egeland 2021 punkt 4.3.2

⁹⁹ Egeland 2021 punkt 4.3.2

¹⁰⁰ HR-2020-2476-A avsnitt 94

Ettersom at maktbalansen mellom partene påvirker plagsom momentet, og at man ikke sier ifra grunnet eksempelvis frykt for represalier, mener Egeland at Høyesteretts uttalelser er «(...) *lite treffende*»¹⁰¹.

5.3 Min vurdering av HR-2020-2476-A

Selv om trakasseringsvernet styrkes gjennom Høyesterettsdommen, er det rom for å kritisere Høyesteretts vurderinger fordi det flere steder mangler en konkret vurdering¹⁰². Slike vurderinger ville ha fått stor betydning som rettesnor for andre arbeidsgivere i deres praktiske forebyggende arbeid. Da dommen fastsetter en nedre grense for seksuell trakassering er nyansene i vurderingene viktig. Her er jeg i det vesentlige enig med Egelands kritikk av Høyesteretts vurderinger.

Da dommen er den første av sitt slag til vurdering hos Høyesterett, er det kritikkverdig at domstolen velger å ikke gi mer utfyllende innhold til sine vurderinger. Dommens prejudicatsverdi legger premiss for den videre utviklingen. Høyesterett har fastsatt en lavere rettslig standard, men har ikke gitt etterfølgende domstoler tydelige føringer for hvordan standarden skal praktiseres.

Egelands kritikk for den manglende utredningen av seksuell oppmerksomhet er sentral. Menneskelige relasjoner er nyanserte, og enhver situasjon vil utspille seg annerledes. Selv om hensynet til den som opplever noe personen oppfatter som trakassering er tungtveiende, skal alle ha et rettsvern. Dersom forståelsen av seksuell oppmerksomhet blir for unyansert, kan man stå overfor to mulige tilfeller.

En unyansert forståelse av seksuell oppmerksomhet, vil medføre vanskeligheter for senere domstoler. Dersom domstolen dømmer i tilfeller samfunnet ikke anser som uakseptable, med bakgrunn i en manglende nyansering, vil trakasseringsvernet kunne miste oppslutning.

¹⁰¹ Egeland 2021 punkt 4.4.2

¹⁰² Se HR-2020-2476-A avsnitt 84. Vurderingen av om vilkåret uønsket var oppfylt da A reiste seg og forlot området. Høyesterett kunne her gjort en vurdering av hvilke momenter som er relevante og gått mer nøye gjennom punktet. Ville det eksempelvis ikke være nok dersom A frøs til og ikke gjorde noen form for kontakt eller lignende med C. Er det andre handlingsmønstre som også ville oppfylt vilkåret om uønsket uten at det var verbal kommunikasjon?

De manglende føringene på hvordan den nye rettslige standarden skal praktiseres i domstolen kan gi manglende forholdsmessighet, da domstolen ikke har et tydelig vurderingsgrunnlag å bygge fremtidig praksis på.

6 Arbeidsmiljølovens trakasseringsvern

Aml skiller seg fra ldl ved at den bare knytter seg til arbeidsforhold. Loven inneholder egne bestemmelser om diskriminering og trakassering. Da loven regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og deres plikter, er det i oppgavens interesse å identifisere den rettslige standard for trakassering etter loven.

Loven har flere formål jf. § 1-1. Bestemmelsen kan som helhet forstås slik at lovens formål er å sikre et arbeidsmiljø som er effektivt, inkluderende og trygt for alle som deltar i arbeidslivet.

Aml § 1-1 a) fastsetter at loven skal sikre arbeidsmiljøet på en slik måte at det gis «(...) full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger (...)». Bestemmelsen må forstås slik at dette gjelder både det fysiske arbeidsmiljøet, i form av trygghet under utførelsen av arbeid, men også det psykiske arbeidsmiljøet slik at man forhindrer fysiske og psykiske skadevirkninger som følge av psykisk uhelse.

Det følger av lovens § 2-1 at det er arbeidsgivers ansvar at pliktene og rettighetene som følger av loven blir overholdt. Selv om arbeidstaker har plikt til medvirkning etter § 2-3 presiserer forarbeidene at endringen ved ny arbeidsmiljølov i § 2-1 hadde som formål å «(...) tydeliggjøre arbeidsgivers overordnede ansvar for at loven etterleves»¹⁰³.

6.1.1 Arbeidsmiljølovens generelle trakasseringsvern

Arbeidsmiljølovens generelle trakasseringsvern utledes av aml § 4-1. Bestemmelsen fastsetter de generelle krav loven stiller til arbeidsmiljøet.

Det følger av § 4-1 første ledd første punkt at «Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd». Lovgiver har gjennom § 4-1 andre punkt fastsatt at terskel for hva som vil være fullt forsvarlig skal følge en rettslig

¹⁰³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 304

standard. Det følger av § 4-1 første ledd siste punkt «(...) skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet».

Trakasseringsvernet er videre utdypet gjennom aml § 4-3 tredje ledd. Bestemmelsen lyder: «arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden». Ordlyden må ses i sammenheng med bestemmelsen som helhet. Bestemmelsen regulerer grunnkrav til arbeidsmiljøet. Ordlyden «eller annen utilbørlig opptreden» taler for at handlinger som ikke nødvendigvis omfattes av trakasseringsvernet også kan falle inn under kravet. Eksempelvis kan en ansatt som er påvirket av rusmidler vise utilbørlig adferd uten at det nødvendigvis oppfyller kravet til trakassering. Aml stiller dermed en lav terskel for hva en ansatt må tolerere i arbeidslivet.

Arbeidstilsynet har på sine sider løftet frem at vurderingen av om noe er trakassering er vanskelig i praksis. De har presisert frem at bruken av «annen utilbørlig opptreden» favner videre, da slik opptreden vil være enten ulovlig opptreden slik som ved ruseksempelen, men også opptreden som går utover de sosialt aksepterte normer¹⁰⁴.

Forarbeidene¹⁰⁵ presiserer at vernet også omfatter handlinger gjort av eksterne parter, eksempelvis klienter. Det er videre presisert at tiltak for å oppfylle kravet må «(...) vurderes konkret i det enkelte tilfelle»¹⁰⁶.

Bakgrunnen for at § 4-3 tredje ledd er et krav til arbeidsmiljøet, er at det skal fremme en «(...) sikkerhets- og trygghetsstandard i arbeidslivet»¹⁰⁷. Dersom dette ses i sammenheng med ordlyden «eller annen utilbørlig opptreden» etter aml § 4-3 er det naturlig at det vil omfatte mer enn det samfunnet eller retten vil oppfatte som trakassering.

6.1.2 Arbeidsmiljølovens trakasseringsbegrep

Arbeidsmiljøloven § 4-3 oppstiller krav om at ansatte ikke skal utsettes for trakassering på jobb. Verken bestemmelsen eller dens forarbeider sier noe om hva som omfattes av uttrykket trakassering.

¹⁰⁴ <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/trakassering/> Lest 08.09.2021

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 308

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 308

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309

Lovens kapittel 13 oppstiller vern mot diskriminering. Hva diskrimineringsvernet skal omfatte følger av § 13-1 første ledd. Diskriminering på grunn av «(...)politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder er forbud». I aml er det flere diskrimineringsgrunnlag som ikke følger av ldl og som er relevante for arbeidslivet. Det kan derfor anses som en supplerende, da ldl gjelder generelt for alle sider av samfunnet, også i arbeidslivet.

Det følger av § 13-1 andre ledd «*trakassering og instruks om å diskriminere personer av grunner nevnt i første ledd anses som diskriminering*».

Forarbeidene presiserer at trakasseringsbegrepet skal tolkes likt som ved lovens § 4-3 tredje ledd¹⁰⁸. Utover dette fremkommer det en definisjon hvor utgangspunktet er trakassering «(...) når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet». Som ved ldl er det altså alternative oppfyllelsesvilkår. Handlinger må ikke ha et trakasserende formål for at en domstol eller nemnda kan finne at det foreligger trakassering.

Loven gir ikke en nærmere definisjon av hva som vil utgjøre trakassering. Juridisk teori¹⁰⁹ henviser til at en kan se til diskrimineringslovgivningen. Teorien henviser til den gamle likestillingsloven § 2 andre ledd. Det er naturlig å se til dagens likestillings- og diskrimineringslov når loven ikke var ment for å endre innholdet, men å samle de ulike diskrimineringsgrunnlagene. En kan derfor se på nåværende lovgivning for å finne det nærmere innholdet av arbeidsmiljølovens trakasseringsbegrep.

En vurdering av det nærmere innholdet av trakasseringsbegrepet vil derfor, likt vurderingen etter likestillingsloven, ha en objektiv vurdering av handlingen eller virkningen, hvor den subjektive opplevelsen skal ilegges en del vekt. Ulikt ldl har derimot aml både egne diskrimineringsgrunnlag etter kapittel 13, men også de reglene som stiller krav til det psykososiale arbeidsmiljø etter § 4-3.

Vernet etter § 4-3 åpner for en større bredde i hva som kan utgjøre trakassering da det ikke knytter seg til et spesifikt diskrimineringsgrunnlag. Eksempelvis kan dette være mobbing på grunn av personlige egenskaper som talemåte eller utseende over lengre tid.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 326

¹⁰⁹ Skjønberg 2017 s. 280

Som nevnt under gjennomgangen av ldl, kan trakassering deles opp etter seksuell trakassering, og alminnelig trakassering. Da arbeidsmiljølovens regler favner bredere, kan man dele opp trakasseringsbegrepet ytterligere.

Arbeidstilsynet deler trakasseringsbegrepet opp i personorientert og jobborientert trakassering¹¹⁰. Personorientert trakassering løftes frem som trakassering som er rettet mot den personen man er. Dette kan være omfattet av diskrimineringsgrunnlagene, eksempelvis opprinnelsesland, eller andre personlighetstrekk som ikke omfattes av ldl.

Jobborienterte trakasseringstilfeller omhandler selve arbeidet. Det kan være både arbeidsoppgavene en har, eller utførelsen av arbeidet. En ansatt under opplæring, vil ha behov for veiledning og korrigerende. Hvis korrigerende utvikler seg til å være uforholdsmessig omfattende sett i sammenheng med feilens omfang, vil dette kunne utgjøre trakassering.

7 Arbeidsgivers handlingsansvar

Som beskrevet over er trakasseringsvernet både i og utenfor arbeidsplassen omfattende. Vernet i seg selv vil bare være et teoretisk vern, så fremst det ikke er noen som står ansvarlig for å tilrettelegge og håndheve reglene.

På arbeidsplassen er det naturlig at arbeidsgiver anses for å ha ansvar for at de ansatte opplever et tilstrekkelig vern. I det følgende skal det utredes hvilket omfang arbeidsgiver har til å forebygge og tilrettelegge for et effektivt trakasseringsvern, samt hvilke konsekvenser arbeidsgiver kan møte dersom det forebyggende arbeidet ikke er tilstrekkelig.

Utgangspunktet for arbeidsgivers plikt følger av forbudsbestemmelsen i ldl § 13 siste ledd. Det følger av bestemmelsen at «*Arbeidsgivere og ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner(...)*» har ansvar for å arbeide aktivt mot trakassering og seksuell trakassering.

Ordlyden «*(...) forebygge og søke å hindre(...)*» taler for at ansvaret er todelt. For det første må det gjøres tiltak som skal «*forebygge*». Forebyggende arbeid kan være eksempelvis holdningsarbeid på arbeidsteden, klare rutiner og lignende.

¹¹⁰ <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/trakassering/> Lest 08.09.2021

Ordlyden «(...)søke å hindre(...)» taler for en mer aktiv rolle, hvor det i tillegg til rutiner, kursing o.l gjøres aktive grep som egner seg for å hindre at trakassering finner sted i den praktiske hverdagen.

Det nærmere innholdet av arbeidsgivers plikter er utredet i lovens ldl § 26.

7.1 Innholdet i arbeidsgivers aktivitetsplikt etter likestillings- og diskrimineringsloven § 26

Ldl § 13 oppstiller bare en generell plikt for arbeidsgiver uten å konkretisere plikten. ldl § 26 oppstiller det nærmere innholdet i den generelle aktivitetsplikten.

Det fremkommer av forarbeidene at bakgrunnen for en aktivitetsplikt var at «(...) *diskrimineringsforbud ikke alene er tilstrekkelig til å oppnå lovens formål, som er å fremme likestilling og hindre diskriminering (...)*»¹¹¹. Pliktens bakgrunn er å realisere vernet enhver skal nyte på arbeidsstedet. Det kan trekkes til at man gjennom plikten ansvarliggjør arbeidsgiver. Forarbeidenes uttalelse kan ses på som en konkretisering også av arbeidsmiljølovens bestemmelser i det proaktive arbeidet som skal til for å oppnå et godt arbeidsmiljø jf aml § 4-1 (1).

Bestemmelsen oppstiller to ulike plikter som må gjennomføres for at aktivitetsplikten kan anses som oppfylt. For det første må det gjøres tilstrekkelig forebyggingsarbeid gjennom ikke-fastsatte og fastsatte metoder, for det andre oppstiller bestemmelsen en dokumentasjonsplikt av arbeidet som gjøres.

7.1.1 Arbeidsgivers forebyggingsplikt jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 26

Arbeidsgivers aktivitetsplikt jf ldl § 26 første ledd oppstiller en plikt for enhver arbeidsgiver å «(...) *arbeide aktivt, målrettet og planmessig (...)*». Ordlyden taler for at aktiviteten må være av visst omfang. Sammenholdt med hverandre gir ordlyden inntrykk av at arbeidsgiver må sette av tid og ressurser til utarbeidelse av både målsetninger, og konkrete planer for å fremme målsetningene. Det må også anses klart av ordlyden at det ikke er nok å kunne henviser til arbeidsdokumenter eller lignende, men at det må være en synbar aktivitet på arbeidsstedet for å oppfylle målsetningene.

¹¹¹ Prop.81 L (2016-2017) s. 241

Det følger videre av ordlyden at aktiviteten skal ha tre overordnede målsetninger. Det skal fremme likestilling, hindre diskriminering og «(...) *søke å hindre trakassering, seksuell trakassering og kjønnsbasert vold*».

Ordlyden «*søke å hindre*» taler for at tilfeller av trakassering og vold ikke er noe som faller på arbeidsgivers ansvar. Bestemmelsen oppstiller en innsatsforpliktelse fra arbeidsgiver. Arbeidsgiver kan altså ikke holdes ansvarlig om en hendelse finner sted, til tross for forebyggende arbeide. Dersom arbeidsgiver blir funnet å ikke ha overholdt sin aktivitetsplikt, vil de derimot kunne holdes ansvarlig for hendelser på arbeidsstedet.

Arbeidet skal omfatte alle deler av arbeidslivet. Fra ansettelse og gjennom alle arbeidslivets faser skal arbeidet fremme de overordnede målene jf § 26 første ledd siste punkt. Det følger av samme punkt at arbeidet skal «(...) *blant annet omfatte områdene (...)*». Arbeidsstedets særegne egenskaper kan altså medføre at arbeidsgiveres forebyggingsarbeid også må omfatte områder ikke nevnt av loven.

Bestemmelsen fastslår ikke hvordan det konkrete forebyggingsarbeidet skal gjennomføres. Dette kan anses som naturlig da alle arbeidssteder og arbeidssituasjoner er forskjellige. Samtidig vil gjennomføring av plikten kunne være synbar og etterkontrollerbart hvis en følger alle pliktens deler om planlegging etter klare målsetninger. Forarbeidene ¹¹² presiserer at bestemmelsen ikke pålegger bestemte tiltak. Bakgrunnen er de store forskjellene mellom ulike arbeidssteder.

Aktivitetsplikten etter første ledd er generell. Det følger en utvidet aktivitetsplikt med fastsatte arbeidsmetoder jf § 26 annet ledd. Bestemmelsen oppstiller en konkret arbeidsmetodikk blant annet gjennom kartlegging og analysering av resultater knyttet til kjønnsbalanse, likestilling- og diskriminering. Det kommer frem av forarbeidene at arbeidsmetoden ikke er å anse som et tiltak i seg selv, men en metode for å komme frem til eventuelle tiltak dersom behovet skulle være der¹¹³.

Plikten etter § 26 annet ledd er begrenset til å gjelde offentlige virksomheter i sin helhet, private virksomheter som «(...) *jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte (...)*» og private virksomheter som jevnlig sysselsetter mellom 20 og 50 ansatte. For sistnevnte gjelder bare

¹¹² Prop.81 L (2016-2017) s. 242

¹¹³ Prop.81 L (2016-2017) s. 241-242

pplikter dersom en av «(...) arbeidslivets parter i virksomheten krever det». Dette kan anses som en forsikring om at problemer håndteres. Selv om en virksomhet ikke er av en slik størrelse at loven pålegger arbeidsmetodikken, kan enten ledelse eller ansatte i virksomheten ha et ønske om et mer strukturert arbeid som følge av problematikk på arbeidsstedet.

Forarbeidene presiserer at metoden som følger av § 26 andre ledd «(...) kan være veiledende også for mindre virksomheters arbeid (...)»¹¹⁴. Metoden kan forstås som lovgivers ønskede arbeidsmetode for alle virksomheter, men sett i sammenheng med virksomhetens størrelse er det naturlig at mange virksomhet enten ikke har kapasitet til eller behov for det grundige arbeidet.

Selv om lovtteksten ikke fastsetter konkrete forebyggende tiltak en arbeidsgiver skal iverksette, har forarbeidene løftet frem eksempler. Det følger av forarbeidene¹¹⁵ at arbeidsgivere bør utvikle konkrete retningslinjer. Retningslinjene skal fastsette at trakassering og seksuell trakassering ikke er tillatt. Videre bør arbeidsgivere ha tiltak som holdningskampanjer og klare rutiner for varsling. Varslingsrutiner som tiltak har blitt lovfestet gjennom aml kapittel 2A.

Avgjørende følger det av forarbeidene at forebyggende tiltak som de nevnt over skal skje «(...) uavhengig av om det ved arbeidsgivers kartlegging avdekkes en risiko for trakassering i virksomheten»¹¹⁶.

Forarbeidene¹¹⁷ poengterer tre momenter som kravet til forebyggingsarbeid må ses i lys av. Kravet til forebygging må ses i lys av virksomhetens størrelse, om virksomheten tidligere har hatt tilfeller av trakassering og arbeidsstyrkens sammensetning. Selv om § 26 og forarbeidene fremhever at mindre virksomheter krever mindre tiltak, vil det være nødvendig med forebygging i en liten virksomhet om situasjonen tilsier det. Eksempler på dette kan være virksomheter hvor kjønnsbalansen er svært skjev, det tidligere har vært problematikk med trakassering eller virksomheten har sosiale arrangementer hvor alkohol er involvert¹¹⁸.

¹¹⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 242

¹¹⁵ Prpo.81 L (2016-2017) s. 187

¹¹⁶ Prpo.81 L (2016-2017) s. 187

¹¹⁷ Prpo.81 L (2016-2017) s. 187

¹¹⁸ Arbeidsgivers aktivitetsplikt gjelder også utenfor arbeidsstedet. Det avgjørende er om det er i tilknytning til arbeidet. Sosiale sammenhenger gjelder også i arbeidsgivers regi jf LA-2009-189015-2

Det må gjøres en helhetlig vurdering av alle arbeidsstedets forhold før en kan fastsette om arbeidsgiver har overholdt sin aktivitetsplikt.

7.1.2 Arbeidsgivers dokumentasjonsplikt etter likestillings- og diskrimineringsloven § 26

Kravet til dokumentasjon er fastsatt også gjennom bestemmelsens fjerde ledd. Det følger av § 26 fjerde ledd at «*Arbeid som nevnt i denne bestemmelsen skal dokumenteres*». Det følger ikke av bestemmelsen krav til hvordan dokumentasjonen skal utformes. Det må anses som naturlig at dokumentasjonen gir tilstrekkelig innsyn i arbeidet til at målsetningene kan anses som oppfylt. Tilstrekkelig dokumentasjon vil som regel være skriftlig. Andre dokumentasjonsformer kan bare godkjennes, om det tydelig fremkommer at aktivitetsplikten er oppfylt.

7.2 Arbeidsmiljølovens aktivitetsplikt

Gjennom aml har lovgiver formalisert arbeidsgivers aktivitetsplikt med et mer konkret innhold enn ldl. Loven oppstiller både generaliserte plikter lik ldl, men har også konkrete bestemmelser som fastsetter tiltak arbeidsgiver må gjennomføre.

Aml kapittel 2A oppstiller eksempelvis omfattende regulering rundt varsling. Kravet til gode varslingsrutiner og forbud mot gjengjeldelse kan anses som et tydelig tiltak som kan hjelpe både forebyggende, men også hindre nye tilfeller av trakassering.

Arbeidsgiver har en generell plikt til å forsikre seg om at arbeidsmiljølovens regulering blir overholdt jf aml § 2-1. Forarbeidene presiserer at arbeidsgiver har et overordnet ansvar for etterlevelse¹¹⁹. Formaliseringen kan anses for å forsikre seg om at ansattes medvirkningsansvar ikke overgår arbeidsgivers ansvar.

7.2.1 Arbeidsgivers forebyggingsplikt jf arbeidsmiljøloven

Aml § 3-1 fastslår en plikt til systematisk arbeid for å bedre HMS¹²⁰ forhold på arbeidsstedet. Bestemmelsen oppstiller i første ledd en plikt som forplikter arbeidsgiver til å gjennomføre arbeidet. Det er klart av ordlyden «*alle*» at det ofte eksempelvis ikke vil være nok med et overordnet generelt arbeid, da det skal omfatte alle ledd i en virksomhet.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 304

¹²⁰ Helse, miljø og sikkerhet

Aml § 3-1 andre ledd oppstiller en arbeidsmetodikk som er mer utfyllende enn ldl § 26 andre ledd. Ulikt ldl skiller ikke aml mellom virksomheter av ulike størrelser. Plikten etter § 3-1 gjelder etter ordlyden for alle virksomheter.

Arbeidsmetodikken etter § 3-1 knytter seg til arbeidet arbeidsgiver er forpliktet til å gjennomføre etter aml § 4-1. Bestemmelsen oppstiller det generelle kravet til arbeidsmiljøet. Det følger av bestemmelsens første ledd at «*Standarden for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet*».

Bestemmelsen § 4-1 må ses i sammenheng med de øvrige bestemmelser etter kapittelet. § 4-3 oppstiller krav til det psykososiale miljøet. Trakassering er omfattet av bestemmelsen gjennom § 4-3 tredje ledd.

Samlet sett kreves det at arbeidsgiver metodisk arbeider med at standarden i arbeidsmiljøet til enhver tid skal være fullt forsvarlig sett fra samfunnet. Som ved trakassering begrepet i seg selv står man overfor en rettslig standard for dette arbeidet. Som lovgivningsteknikk er den naturlig å bruke på feltet, da hva samfunnet anser som et fullt forsvarlig arbeidsmiljø endrer seg i takt med tiden. Dette gjelder både for arbeidsmiljøet som helhetsbegrep, men da også som vist når det kommer til hva som kan anses som trakassering.

At standarden er en dynamisk standard som utvikler seg med tiden er også presisert i forarbeidene¹²¹. Forarbeidene presiserer at kravet skjerpes ved utvikling også da ved «*(...) ny kunnskap om risikofaktorer i arbeidsmiljøet*». Sett i sammenheng med trakassering begrepet utvikling medfører dette at nye tilfeller som kan utgjøre trakassering utgjør nye risikofaktorer på arbeidsteden. Det er naturlig at arbeidsgiver må ta hensyn til denne utviklingen i sitt metodiske arbeid for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø.

7.2.2 Arbeidsgivers dokumentasjonsplikt jf aml § 3-1 tredje ledd

Av § 3-1 tredje ledd kan regulering av gjennomføring av bestemmelsens ulike plikter forskriftsfestes. Det følger av tredje ledd siste punkt at leddet knytter seg til dokumentasjonskrav.

¹²¹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 308

Bestemmelsens innhold er konkretisert gjennom internkontrollforskriften¹²². Det følger av internkontrollforskriftens § 1 at formålet for forskriften er å fremme forbedringsarbeidet med blant annet HMS «(...) slik at målene i helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen oppnås». Arbeidsmiljølovens regulering av arbeidsmiljø, inkludert arbeidet med vernebestemmelsene og arbeidsgivers forebyggingsplikt gjør seg derfor gjeldende.

Internkontroll er definert i forskriftens § 3. Det følger av bestemmelsen at internkontroll er «Systematiske tiltak som skal sikre at virksomhetenes aktiviteter planlegges, organiseres, utføres, sikres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen». Forskriftens tiltak skal altså forsikre seg om at de indre tiltak faktisk gjennomføres korrekt og gir reelle virkninger.

Gjennom forskriftens § 5 fastsettes både hvilke tiltak som omfattes av internkontrollen og hvilket dokumentasjonskrav som ligger til grunn for det enkelte kravet. Selv om tiltakene er generelt formulert følger det av § 5 første ledd at internkontrollen må tilpasses den enkelte virksomheten¹²³. Til forskjell fra ldl § 26 fastsettes det ingen nedre grense for internkontrollens innhold. En helhetsvurdering må gjennomføres for å fastslå graden av internkontroll den enkelte virksomhet bør ha.

Det kommer frem av forskriftens § 5 tredje ledd at bestemmelsens krav til skriftlig dokumentasjon er et minstekrav. Sett opp mot bestemmelsens helhetsvurdering av omfanget internkontrollen skal ha, er det naturlig at også andre deler av internkontrollen dokumenteres skriftlig dersom situasjonen tilsier det. Eksempelvis vil en virksomhet som tidligere har hatt problematikk med omfattende HMS brudd eller manglende kunnskap om varslingsrutiner kunne kreves å ha skriftlig dokumentasjon på ansattes kunnskap til varslingsrutinene.

8 Arbeidsgivers redegjørelsesplikt

Arbeidsgivers redegjørelsesplikt følger av ldl § 26a. Plikten innebærer at arbeidsgivere som plikter å følge metodikk for forebyggingsarbeid etter § 26 andre ledd, skal redegjøre for

¹²² Forskrift 06.desember 1996 nr 1127 om systemisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften)

¹²³ Internkontrollforskriftens § 5 «Internkontrollen skal tilpasses virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse i det omfang som er nødvendig for å etterleve krav i eller i medhold av helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen»

forebyggingsarbeidet som foregår og hvordan tilstanden for likestillingsarbeidet er i deres virksomhet.

De generelle redegjørelser nevnt i § 26a første ledd skal redegjøres for offentlig jf § 26a andre ledd. Det skal være tilgjengelig for offentligheten å gjennomgå en virksomhets tilstand og arbeid.

Da den videre innsynsretten i også anonymiserte opplysninger knytter seg til lønnsfastsettelse og mistanke om ulovlig forskjellsbehandling jf § 26 a tredje og fjerde ledd vil det ikke gjennomgås nærmere her.

Redegjørelsesplikten virkning er at den ansvarliggjør selskapene. Trakasseringsvernet skal være reelt og krever aktivt forebyggingsarbeid fra arbeidsgiver. Redegjørelsesplikten kan anses som en forsikring om at arbeidsgivere i realiteten må gjennomføre konkret arbeid. Plikten må ses i sammenheng med forebyggings og dokumentasjonsplikten, da disse tre i et samspill skaper en arbeidsmetodikk.

Sammenlagt kan etterfølgelse av pliktene gi positiv innvirkning både for ansatte og en virksomhet som helhet. Et bedre arbeidsmiljø kan skape arbeidsvilje. En tydelig systematikk gjør det enklere for arbeidsgivere å ta tak i problematikken og utarbeide konkrete retningslinjer og tiltak¹²⁴.

9 Hvilken konsekvens får trakasseringsvernets rettslige standard for arbeidsgivers aktivitetsplikt?

Trakasseringsvernet og arbeidsgivers aktivitetsplikt er sammenbundet gjennom lovens system. Dette er to ulike systemer som må ses i sammenheng. Trakasseringsvernet oppstiller arbeidsgivers innsatsforpliktelse. Arbeidsgivers aktivitetsplikt fastsetter hva den konkrete innsatsen skal inneholde og hvordan den skal gjennomføres. Plikten etter vernebestemmelsene og aktivitetsplikten resulterer samlet i et reelt vern mot trakassering gjennom arbeidsgivers systematiske og metodiske arbeid.

¹²⁴ Se eksempelvis <https://www.pwc.no/no/pwc-aktuelt/aktivitets--og-redegjorelsesplikten.html> (lest 25.11.2021) PwC fronter tre konkrete punkter hvor etterfølgelse av pliktene kan gi positive konsekvenser for et arbeidssted. Særlig punkt 3 «åpenhet og transparens» er relevant for arbeidsgivere i dag.

Utviklingen av den rettslige standarden for trakassering og seksuell trakassering har flere konsekvenser for arbeidsgivers aktivitetsplikt. Sterkere vern som følge av økt fokus fra både samfunn og domstol, har gitt en utvikling mot en lavere terskel for trakassering. Den lavere terskelen for hva som kan utgjøre trakassering påvirker hvordan man må vurdere arbeidsgivers aktivitetsplikt, samt gir rettspolitiske konsekvenser for fremtiden. I det følgende oppstilles det konkrete eksempler knyttet til momentene i aktivitetspliktens bredde nevnt under punkt 7.1.1.

En lavere rettslig standard gjør at andre momenter enn virksomhetens størrelse må vektet tyngre enn tidligere. For eksempel vil dagens rettslige standard for seksuell trakassering gjøre at flere tilfeller enn tidligere vil regnes som trakassering. Da flere ulike situasjoner og handlinger enn tidligere kan utgjøre trakassering, utvides omfanget av aktivitetsplikten. Da det ikke bare er virksomhetens størrelse, men også eksempelvis en særlig sårbar ansatt som forplikter arbeidsgiver, må arbeidsgiver utvide forebyggingsarbeidet. Arbeidsgivere i alle virksomheter og alle virksomhetens ledd er i større grad ansvarliggjort som følge av utviklingen, og må både jobbe mer aktivt og dokumentere arbeidet.

Mindre virksomheter har tradisjonelt hatt lavere krav til aktivitetsplikt. Disse virksomhetene må nå gjennomføre konkret planleggings, og utredningsarbeid for å fastslå om deres virksomhet har behov for større tiltak. En virksomhet som i utredning finner at kjønnsbalansen er skjev, hvor en av syv ansatte er kvinner, vil måtte gjennomføre og redegjøre for konkrete tiltak.

Er en virksomhet tradisjonelt mannsdominert, kan det være kutymene og arbeidskulturer som ikke er i overensstemmelse med et kjønnsdelt arbeidsmarked. Avdekker arbeidsgiver gjennom sitt arbeid en slik kultur, vil arbeidsgiver være forpliktet til å aktivt forebygge dette for å skape et inkluderende arbeidsliv.

En virksomhet som tidligere har hatt problemer med alminnelige eller seksuell trakassering har et forhøyet krav til forebyggingsarbeid for å ha oppfylt sin plikt, uavhengig av størrelse.

Selv om loven ikke fastsetter konkrete tiltak, er det klart at den lavere rettslige standarden gir føringer for tiltaksgraden. En lavere terskel skjerper arbeidsgivers plikt til å agere effektivt og raskt på utfordrende områder. For større virksomheter vil det ikke være tilstrekkelig at HR-avdelingen og øverste ledelse har inngående kursing i håndtering av trakassering. Alle ledernivå må ha inngående kunnskap for at plikten skal være oppfylt.

Oppsummert vil en lavere rettslig standard for hva som kan utgjøre seksuell trakassering, ikke forsterke arbeidsgivers aktivitetsplikt, men utvide dens innhold. Omfanget av hvilke tiltak som kan være nødvendig og hvilke arbeidsgivere som må iverksette tiltak er nå større enn tidligere. Da den rettslige standarden for alminnelig trakassering er adskilt standarden for seksuell trakassering, må arbeidsgivere utvikle klare målsetninger for hver av de to trakasseringsformene.

10 Rettspolitiske kommentarer

Utviklingen i trakasseringsvernet både samfunnsmessig og juridisk har gitt, og kan gi, flere konsekvenser.

Lovgivers bruk av rettslig standard som lovgivningsteknikk skaper forutberegnelighet gjennom at samfunnets oppfatning av hva som vil utgjøre trakassering i stor grad blir styrende. Den nyere utviklingen på området seksuell trakassering kan derimot skape konsekvenser for forutberegneligheten.

Høyesteretts manglende nyansering av vurderinger i HR-2020-2476-A kan skape problemer for etterfølgende domstoler. Manglende nyanseringer kan gjøre det vanskelig for underretten og etterfølgende Høyesterettsdommer å gjenskape vurderingsmomentene fra dommen. Dette kan skape svekket forutberegnelighet, da vurderingsinnholdet blir noe mer uklart enn tidligere.

Den lavere rettslige standarden kan skape problemer for arbeidsgivere. Da omfanget av tilfeller som kan utgjøre seksuell trakassering er utvidet, vil arbeidsgivere måtte inkludere flere mulige tilfeller i sitt forebyggende arbeid. Uklarheten i Høyesteretts vurderinger av hvorfor de konkrete tilfellene ble ansett som seksuelt trakasserende i HR-2020-2476-A gjør det vanskelig for arbeidsgiver å gjenskape andre mulige tilfeller som svarer til de samme vurderingene.

Utviklingen kan ha konsekvenser for vernet mot alminnelig trakassering. Det økte forebyggingsarbeidet som følge av en lavere rettslig standard for seksuell trakassering, kan medføre at fokuset på alminnelig trakassering øker. Som følgeeffekt kan samfunnets aksept for alminnelig trakassering blir lavere. Som ved Metoo-bevegelsen vil samfunnsutviklingen i Norge kunne føre til at domstolen tar opp saker om alminnelig trakassering og fastsetter en lavere rettslig standard.

Vernet mot alminnelig trakassering vil også bli styrket uten egen rettslig behandling. Arbeidsgivere vil være mer årvåkne for problematikk på arbeidsstedet. Både fokus og flere tiltak vil gjøre at arbeidsgiver i større grad fanger opp tilfeller som ikke er seksuell trakassering. Konsekvensen er et mer trygt og inkluderende arbeidsliv.

Det utvidede innholdet av aktivitets og redegjørelsesplikten ansvarliggjør arbeidsgivere i større grad for forholdet mellom ansatte. Samtidig vil økningen av sosiale bevegelser som Metoo-kampanjer og Black Lives Matter bevegelsen gi konsekvenser for virksomheters prioriteringer. Tidligere har trakassering og seksuell trakassering vært underlagt HR-avdelingen, mens ledelse har arbeidet aktivt med virksomhetens øvrige arbeid. Utviklingen med sosiale bevegelser har gitt konsekvenser som gjort sosialt ansvar til et styreanliggende.

En praktisk konsekvens er at virksomheter i dag bruker sosialt ansvar som investorstyring. Gjennom ESG-rapportering¹²⁵ redegjør virksomheter blant annet om sitt arbeid mot trakassering. Samfunnets økte fokus på trakassering og arbeidstakers velvære har gjort at store selskaper som Yara og Hydro fremlegger rapporter på sosiale og miljøforhold offentlig¹²⁶.

Utviklingen i både samfunnets og virksomheters fokus, vil kunne få konsekvenser for den øvrige samfunnsutviklingen. Selv om Metoo-kampanjen startet for flere år siden, er det fremdeles noen bransjer som først nå opplever fokuset. Fiskeribransjen har gjennom 2020 og 2021 hatt flere saker om seksuell trakassering og ukultur i media. Reaksjonene gjorde at seksuell trakassering for første gang ble et fokusområde under Norsk Fiskarlags landsmøte¹²⁷.

Konsekvensen av utviklingen på samfunnet kan sammenlignes med Norges forhold til røyking. Kampen mot røyk har siden 1964 vært en pågående utvikling¹²⁸. Mens reguleringen av røyking har blitt strengere gjennom utvikling av tobakksskadeloven¹²⁹, har påstander om

¹²⁵ ESG-rapporter er Enviromental, Social og Governance. Rapportene inneholder et selskaps ulike målsetninger og tiltak for å ivareta sitt samfunnsansvar innen miljømessige og sosiale forhold, samt hvordan en virksomhet styres. Se eksempelvis <https://www.dnb.no/om-oss/samfunnsansvar/dnb-samfunnsansvar.html> (Lest 25.11.2021)

¹²⁶ Yara: <https://www.yara.com/this-is-yara/sustainability/sustainability-reporting/latest-sustainability-report/> (Lest 25.11.2021)

Hydro: <https://www.hydro.com/en/sustainability/> (Lest 25.11.2021)

¹²⁷ <https://www.nrk.no/trondelag/seksuell-trakassering-i-fiskerinaeringen-landsmotet-til-norges-fiskarlag-skal-stemme-over-ny-retning-1.15715219> (Lest 25.11.2021)

¹²⁸ <https://www.adressa.no/nyheter/article16991.ece> (Lest 25.11.2021) Interpellasjon i Stortinget mot røyking av Kjell Bondevik.

¹²⁹ Lov 09.mars 1973 nr.14 om vern mot tobakksskader

diskriminering av røykere oppstått som følge av at samfunnet har sluttet å røyke¹³⁰.

Konsekvensen av økt fokus på røyks skadeeffekt og tiltak mot røyking har derimot vært et drastisk fall av antall mennesker som røyker i Norge¹³¹.

Som ved kampen mot røyking, vil utviklingen av trakasseringsvernet kunne ha klare følgeeffekter. Samfunnets oppfatning om hva som er lov både, for seksuell trakassering og alminnelig trakassering, vil bli tydeligere. En tydeligere samfunnsoppfatning videreutvikle den rettslige standarden. Utviklingen kan gi vesentlig lavere andel tilfeller av både seksuell trakassering og alminnelig trakassering på arbeidsplassen, men også i hverdagen.

I fremtiden vil man mest sannsynlig se en økning av vekselvise påvirkninger på likestillings- og diskrimineringsretten. Da temaet om trakassering når er løftet til alle samfunnslag gjennom lovgiver, arbeidsgiver, samfunn og domstol vil disse fire påvirke hverandre aktivt. Sosiale bevegelser som Metoo-kampanjen er ikke lengre noe som er kortvarig, men stiller konkrete og langvarige krav frem til rettsfølelsen er oppnådd. Dette vil presse de tre andre parter i form av domstol, arbeidsgiver og lovgiver til å ta aktive grep, som igjen vil videreutvikle de sosiale krav. Konsekvensen av en slik utvikling vil være et tryggere og mer inkluderende arbeidsliv.

¹³⁰ <https://www.aftenbladet.no/innenriks/i/KG0o6/hoeybraaten-frykter-diskriminering-av-roeykere> (Lest 09.12.2021)

¹³¹ <https://www.fhi.no/nettpub/tobakkinorge/bruk-av-tobakk/utbredelse-av-royking-i-norge/> (lest 25.11.2021)

Referanseliste

Lover og forskrifter

- 1973 Lov 09.mars 1973 nr.14 om vern mot tobakksskader (Tobakksskadeloven)
- 1981 Lov 08.april 1981 nr.7 om barn og foreldre (Barneloven)
- 1987 Lov 12.juni 1987 nr.56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (Sameloven)
- 1992 Lov 27.november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven)
- 1999 Lov 21.mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettighetsloven)
- 2005 Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (Arbeidsmiljøloven)
- 2017 Lov 16.juni 2017 nr.51 om likestilling og forbud mot diskriminering (Likestilling- og diskrimineringsloven)

Forskrifter

- 1996 Forskrift 06.desember 1996 nr 1127 om systemisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften)

Internasjonale konvensjoner

- 1950 *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4 november, 1950*
- 1966 *Konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering – ICERD, 03.juli, 1966*
- 1969 *Wien-konvensjonen om traktatretten, 23.mai, 1969*
- 1979 *Konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner, 18.desember, 1979*
- 1991 *Konvensjon om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater ILO nr. 169 27.juni 1989*
- 2006 *Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, 13.desember, 2006*
- 2011 *Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner CETS 210 (Istanbul-konvensjonen), 11.mai, 2011*

EU-Direktiver

- 2004 Rådskonklusjon 2004/113/EF av 13. desember 2004 om gjennomføring av prinsippet om like handsaming av kvinner og menn når det gjeld tilgang til og levering av varer og tenester
- 2006 Europaparlaments- og rådskonklusjon 2006/54/EF av 5.juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og like handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve

Forarbeider

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven)
Prop.81 L (2016-2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)
Prop.63 L (2018-2019)	Endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven (etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og en styrking av aktivitetens og redegjøringsplikten)

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1958-479

Rt-1997-786

Rt-2000-1811

HR-2005-1865-A

HR-2020-2476-A

Lagmannsrett

LA-1995-36

LA-2009-189015-2

LG-2020-176005

Offentlig praksis

DIN-2020-112

DIN-2020-175

DIN-2020-299

Juridisk litteratur

- (Egeland 2020) Egeland, Lill, Hole, Thorgeir, Brucker, Ingrid Fladberg: *Seksuell trakassering i arbeidslivet*, 1.utgave, Gyldendal Norsk Forlag As, 2020
- (Egeland 2021) Egeland, Lill: *Kommentar til Høyesteretts dom i Metoo-saken HR-2020-2476-A*. 8.mars 2021
<https://juridika.no/innsikt/lill-egeland-kommentar-til-h%C3%B8yesteretts-dom-i-me-too-saken-hr-2020-2476-a> [Hentet 18.10.2021]
- (Knoph 1939) Knoph, Ragnar: *Rettslige Standarder*, 1.utgave, I kommisjon hos Grøndahl, 1939
- (Knoph 1936) Knoph, Ragnar: *Åndsretten*, 1.utgave, Nationaltrykkeriet, 1936
- (Nygaard, 2004) Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave, Universitetsforlaget AS, 2004
- (Skjønberg 2017) Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum: *Individuell arbeidsrett*, 2.utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017
- (Skoghøy 2018) Skoghøy, Jens Edvin A: *Rett og Rettsanvendelse*, 1. utgave, Universitetsforlaget, 2018

Nettbaserte/Utenomrettslige kilder

- Stavanger Aftenblad Forfatter ikke kjent: «*Høybråten frykter diskriminering av røykere*» 08.08.2001 [Hentet 09.12.2021]
<https://www.aftenbladet.no/innenriks/i/KG0o6/hoeybraaten-frykter-diskriminering-av-roeykere>
- Adresseavisen Forfatter ikke kjent: «*Milepæler i Norges Røykehistorie*» 04.06.2004
<https://www.adressa.no/nyheter/article16991.ece>
[Hentet 25.10.2021]
- Likestilling og diskrimineringsombudet «*Hijab i politiet*»
<https://www.ldo.no/arkiv/nyheitsarkiv/20092/>
05.februar, 2009 [Hentet 14.10.2020]
- Folkehelseinstituttet Vedøy, Tord Finne: «*Utbredelse av røyking i Norge*». 19.06.2018
<https://www.fhi.no/nettpub/tobakkinorge/bruk-av-tobakk/utbredelse-av-royking-i-norge/> [Hentet 25.10.2021]
- (Lysberg 2020) Lysberg, Kari, Andersen, Gunn Robstad, Hegdal, Bjørg, Strømholm, Tonje, Søvik, Stian Rosenberg: «*Mobbing og trakassering i arbeidslivet – Arbeidstilsynets erfaringer*» Rapport. Nr 4 Desember 2020
<https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/om-oss/forskning-og-rapporter/kompass-tema-rapporter/2020/kompass-tema-nr.-4-2020-mobbing-og-trakassering-i-arbeidslivet.pdf>
- PwC «*Skjerpet likestillingslov for arbeidsgivere: Oppfyller du aktivitets og redegjørelsesplikten?*» 23.09.21 <https://www.pwc.no/no/pwc-aktuelt/aktivitets--og-redegjorelsesplikten.html>
[Hentet 25.10.2021]

- (Andersen 2021) Andersen, Morten, Kringstad, Kirsti: «*Det kan virke som #metoo kom litt sent til fiskeribransjen*». 03.11.2021
https://www.nrk.no/trondelag/seksuell-trakassering-i-fiskerinaeringen_-landsmotet-til-norges-fiskarlag-skal-stemme-over-ny-retning-1.15715219 [Hentet 25.10.2021]
- Likestilling og diskrimineringsombudet «*Vårt mandat*» Uten årstall,
<https://www.ldo.no/ombudet-og-samfunnet/ombudet/mandat/> [Hentet 12.10.2020]
- Arbeidstilsynet «*Trakassering*» Uten årstall,
<https://www.arbeidstilsynet.no/tema/trakassering/>
[Hentet 08.09.2021]
- DnB «*Om oss*» Uten årstall, <https://www.dnb.no/om-oss/samfunnsansvar/dnb-samfunnsansvar.html>
[Hentet 25.10.2021]
- Yara «*Sustainability report 2020*» Uten årstall,
<https://www.yara.com/this-is-yara/sustainability/sustainability-reporting/latest-sustainability-report/> [Hentet 25.10.2021]
- Hydro «*Sustainability*» Uten årstall,
<https://www.hydro.com/en/sustainability/>
[Hentet 25.10.2021]

