

# Seksuell trakassering – plagsom uønsket seksuell oppmerksomhet – et vern for de få?

AV ELSE LEONA MCCLIMANS

*Advokat, Norsk Lektorlag*

**SAMMENDRAG:** Vernet mot seksuell trakassering har både en individuell og strukturell side. Det individuelle vernet beskytter den enkelte mot ulovlig forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Det strukturelle vernet gir arbeidsgivere og organisasjoner en plikt til forebyggende arbeid for å forhindre forekomst. Vernet mot seksuell trakassering er lite behandlet i juridisk teori, og det finnes lite rettspraksis på området. Denne artikkelen beskriver det diskrimineringsrettslige vernet mot seksuell trakassering: Hva vernet omfatter, og hvordan håndheves. Den sparsomme rettspraksisen på området leder til en avsluttende bemerkning om eksisterende håndheving av vernet mot seksuell trakassering.

**NØKKELOD:** Seksuell trakassering, aktivitetsplikt, #me-too, diskrimineringsvern

**SUMMARY:** The protection against sexual harassment in Norwegian law consists of both an individual and a structural side: The individual is given a protection against sexual harassment, whereas employers and managers of organisations and educational institutions shall prevent and stop sexual harassment in their area of responsibility. The prohibition against sexual harassment has not been described at length in legal theory, and existing case-law is sparse. This article describes the protection against sexual harassment: What the protection encompasses and how the prohibition, as well as the preventative measures are enforced. Based on the sparse case-law in this area, existing enforcement mechanisms are commented upon.

Kampanjen #me-too har fra et kvinneverettslig ståsted synliggjort det store omfanget av grenseoverskridende seksuell opptreden og uakseptabel/uetisk oppførsel som har forekommet i arbeidslivet og innenfor store deler av organisasjonslivet.<sup>1</sup>

Emneknaggen #me-too er omfattende. Den dekker alt fra hendelser utenfor det nedre sjiktet av det diskrimineringsrettslige vernet mot seksuell trakassering til overgrep over det øvre sjiktet av forbudet mot seksuell trakassering som hendelser som beskriver seksuell vold og tvang. Sistnevnte er oppførsel med et strafferettslig tilsnitt, som skal og bør håndheves av politi og påtalemyndighet.<sup>2</sup> Historiene i kjølvanet av #me-too dekker følgelig et vidt spekter: fra historier om dårlig sjekking og flau flørt til grove integritetskrenkninger.

Vernet mot seksuell trakassering i likestillings- og diskrimineringsloven<sup>3</sup> er nær knyttet til arbeidsmiljølovens plikt for arbeidsgiver til å sikre arbeidstakerne et godt psykososialt arbeidsmiljø i arbeidsmiljølovens kapittel 4.<sup>4</sup> Forbudsbestemmelsens ordlyd i diskrimineringsloven er knyttet til arbeidsmiljølovens trakasseringbegrep. En del av de rutineene som bør benyttes av arbeidsgiver for å sikre godt arbeidsmiljø, gjenfinnes også i arbeidsgivers handlingsplikt til gode strukturer for å forebygge og forhindre seksuell trakassering.

Diskrimineringsloven gjelder på alle samfunnsområder, ikke bare i arbeidslivet eller på utdanningsområdet. Vernet på disse områdene er særlig viktig ettersom dette er arenaer hvor den enkelte selv ikke kan velge å forholde seg til visse personer (ledere, kollegaer, lærere), og hvor det vanligvis er nødvendig å være til stede hver dag. Det er i disse relasjonene et ujevnt maktforhold mellom partene kan settes på spissen. Vernets styrke er derfor spesielt tydelig på disse områdene. Dette er

- 
1. Rettslig endring begynner ofte med synliggjøring av problematisk praksis. Kvinneverettens «mor», professor Tove Stang Dahl, fremhevet viktigheten av statistikk og synliggjøring ettersom det ikke er mulig å gi rettigheter til noe som er usynlig.
  2. Grove tilfeller av seksuell trakassering vil i noen tilfeller også kunne rammes av straffeloven. Aktuelle bestemmelser kan være forbudene mot seksuallovbrudd, som voldtekt (§ 291), seksuell handling uten samtykke (§ 297) eller seksuelt krenkende adferd (§ 298), kroppskrenkelse (§ 271), eller bestemmelser om privatlivets fred (§ 267). Interessant i forhold til § 297 er Rt-2010-523 som gjaldt straffutmåling for seksuelle handlinger begått av en advokat under konsultasjon med en kvinnelig klient. I dommens premiss 14 fremgår det at «[h]andlingsforløpet fremstår som et grovt tillitsbrudd. B hadde oppsøkt advokat for å få bistand til å dokumentere resultatet av den kosmetiske operasjon hun hadde gjennomført. A utnyttet situasjonen og fikk henne til å kle av seg i større utstrekning enn fotograferingen krevde. Han var overlegen i forhold til henne både i alder, stilling og ved at handlingene foregikk på hans kontor, hvor de var alene. Misbruk av tillit er uttrykkelig nevnt som en skjerpene omstendighet i straffeloven § 193 første ledd og § 200 tredje ledd».
  3. Lov om likestilling og forbud mot diskriminering 16. juni 2017 nr. 51, i kraft fra 1.1.2018 (likestillings- og diskrimineringsloven).
  4. I tre av sakene som omhandler arbeidsgivers handlingsplikt ved seksuell trakassering, legger retten til grunn at seksuell trakassering er adferd en arbeidstaker ikke skal utsettes for, i samsvar med aml § 4-3(3), og hvor arbeidsgiver har en plikt til å reagere, se TSOFT-2017-93131, TOSLO-2015-31314 og TOSLO-2010-164960.

også områder hvor bransjevis regulativ og retningslinjer, personalhåndbøker eller organisasjoners etiske retningslinjer kan utfylle det lovbestemte vernet ved å stille strengere krav til arbeidstakeres eller tillitsvalgtes oppførsel.<sup>5</sup>

Denne artikkelen beskriver det diskrimineringsrettslige vernet mot seksuell trakassering: hva vernet omfatter, og hvordan det er håndhevet. Den sparsomme rettspaksisen på området leder til en avsluttende bemerkning om eksisterende håndheving av vernet mot seksuell trakassering.

### Hva er jussen i # me-too?

Vernet mot seksuell trakassering i likestillings- og diskrimineringslovens § 13 er todelt og består av et individuelt og et strukturelt vern.

Det individuelle vern gjelder den enkelte. Dersom seksuell trakassering har forekommet, defineres handlingen som ulovlig forskjellsbehandling etter loven.<sup>6</sup> Seksuell trakassering er erstatningspådragende. Den enkelte gis rett til å kreve at trakasseringen skal stoppes eller opphører.

Diskrimineringsvernets strukturelle side pålegger arbeidsgivere og organisasjoner plikt til å forhindre og motarbeide at seksuell trakassering skal skje, gjennom en aktivitets- og handlingsplikt. Her beskrives hvilke plikter arbeidsgivere og organisasjoner har til å forebygge trakassering. Dette gjelder både hvilke arbeidsrettslige virkemidler arbeidsgiver kan og bør benytte, og hvilke rapporteringsrutiner som bør være på plass for å sikre den enkelte et godt psykososialt arbeidsmiljø. Den ansvarlige håndtering av trakasseringvarsler er her sentralt.

- 
5. Disse beskriver vanligvis organisasjonens, bedriftens eller bransjens verdigrunnlag samt hvor og hvordan dårlig adferd skal rapporteres og konsekvenser ved brudd på retningslinjer, og kommer i tillegg til det lovfestede vernet i arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsloven. Et eksempel på uakseptabel oppførsel er Advokatforeningens disiplinærutvalgs sak ADA-2016-215. En advokat ga en kvinne gratis juridisk rådgivning først om mulig samboerbrudd, så om et testamente og fordeling av arv. Han la an på henne og søkte å innlede et seksuelt forhold. Hun sa på en hyggelig måte i fra at hun ikke var interessert, men han ga seg ikke. Advokaten sendte ca. 180 SMS-er i perioden februar – oktober 2016, hvorav 40 var relevante i forbindelse med rådgivningen. Klagers utseende karakteriseres på en seksuell måte. Han knytter henne til egne seksuelle tanker og handlinger. Disiplinærutvalgets flertall bemerket: «Det har så vidt vites aldri vært innklaget en advokat til Disiplinærorganene for seksuell trakassering. Heldigvis. Det er ikke tvilsomt at seksuell tilnærming til klient under utøvelse av advokatvirksomhet er i soleklar strid med Regler for god advokatskikk punkt 1.3 om advokaters opptreden.» Advokaten ble meddelt advarsel.
6. Jf. Ot.prp. nr. 77 (2001–2002) punkt 9.7.4 og direktiv 2006/54/EU art 2. At trakassering er diskriminering, det vil si ulovlig forskjellsbehandling, fremkommer av lovens forarbeider og av EU-domstolens til nå eneste sak om trakassering etter likebehandlingsdirektivene: sak C-303/06 *Coleman*. Trakasseringen en sekretær var utsatt for på grunn av sin sønns funksjonsnedsettelse, utgjorde et brudd på forbudet mot direkte forskjellsbehandling i direktiv 2000/78/EU art 2(2) lit. a.

## Utvikling av vernet mot seksuell trakassering

Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) beskrev i St.meld. nr. 70 (1991–1992) *Likestillingspolitikk for 1990-åra seksuell trakassering som «et nytt navn på et gammelt problem – uønsket seksuell oppmerksomhet i arbeidsforhold. Andre definerer det som bruk av sex som maktmiddel i en arbeidssituasjon».*<sup>7</sup>

Vern mot seksuell trakassering ble tatt inn i arbeidsmiljølovens § 12 nr. 1 i 1995,<sup>8</sup> i bestemmelsen om organisering og generelle krav til tilrettelegging av arbeidet, som fastslo i siste punktum at «[a]rbeidstakerne skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden». Seksuell trakassering var gjennom forarbeidenes merknader til bestemmelsen regnet som inkludert i bestemmelsen, og skulle behandles som annen trakassering.<sup>9</sup>

Et spesifikt forbud mot seksuell trakassering kom inn i likestillingsloven<sup>10</sup> i 2002 som lovens § 8a for å gjennomføre Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>11</sup> Det ble fastslått at seksuell trakassering innebærer forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

Delt bevisbyrde i saker om seksuell trakassering ble deretter innført i likestillingsloven i 2005 i forbindelse med gjennomføringen av bevisbyrdedirektivet (2002/73/EU) i norsk rett.<sup>12</sup> Lovens erstatningsbestemmelse ble endret ved at det ble innført objektivt erstatningsansvar for seksuell trakassering på arbeidslivets område: et ansvarsgrunnlag uten hensyn til skyld.

Diskrimineringslovutvalget gjennomgikk i 2009 bevisbyrderegelen for seksuell trakassering, men vurderte ikke håndhevingen av forbudet mot seksuell trakassering. Det ble fastslått som gjeldende rett at seksuell trakassering er forbudt og del av lovens diskrimineringsforbud.<sup>13</sup>

Likestillingsutvalget problematiserte håndhevingen av forbudet mot seksuell trakassering i NOU 2011: 18 Struktur for likestilling, og foreslo at Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) som et landsdekkende lavterskeltilbud skulle håndheve dette vernet.<sup>14</sup> Året etter gjennomgikk utvalget vernet mot seksuell trakassering, med utgangspunkt i at seksuell trakassering er en måte å utøve makt på,

7. Jf. St.meld. nr. 70 (1991–1992) punkt 6.8.1 s. 63. Ettersom lovverket ikke hadde en bestemmelse om seksuell trakassering, mente BLD at «[m]uligens ville en slik bestemmelse gjøre det lettere å få gjort noe med problemet».

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

9. Jf. Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) del VII, punkt 3.3 s. 59 og punkt 6.2 s. 66.

10. Lov om likestilling mellom kjønnene 9. juni 1978 nr. 45.

11. Jf. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) kapittel 9.7 s. 71 flg., og kommentarene til bestemmelsen.

12. Jf. Ot.prp. nr. 35 (2004–2005).

13. Jf. NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern.

14. Jf. NOU 2011: 18 Struktur for likestilling, kapittel 8.2.5.

og må forstås i lys av makt og ulikhetsstrukturer som kjønn, alder, klasse og etnisitet.<sup>15</sup> Det siste årets hendelser i media har vel nettopp understreket viktigheten – og riktigheten – av rapportens maktanalyse.

Prop. 88L (2012–2103) fulgte opp diskrimineringsutvalgets arbeid, men regjeringen besluttet å beholde diskrimineringsvernet i særlover basert på de ulike vernetede diskrimineringsgrunnlag fremfor å fremme en felles diskrimineringslov. Seksuell trakassering ble beholdt innholdsmessig uendret i likestillingsloven, med den endring at forbudet mot seksuell trakassering i 2013-loven ble til § 8.<sup>16</sup> Departementet vurderte om ombud og nemnd skal få myndighet til å håndheve saker om seksuell trakassering.<sup>17</sup> Dette ble ikke foreslått grunnet i rettssikkerhet: «Disse sakene innebærer ofte store bevismessige utfordringer med påstander og opplevelser som partene kan forstå og oppleve svært ulikt. Til dette kommer at sakene ofte finner sted i lukkede rom, der bare partene er tilstede.»<sup>18</sup> Det individuelle vernet mot seksuell trakassering håndheves derfor fortsatt bare av domstolene.

I likestillings- og diskrimineringsloven av 2017 følger ordlyden i forbudet mot seksuell trakassering ordlyden i de øvrige diskrimineringsgrunnlagene. Det skal ifølge departementet ikke bli en «endring» av gjeldende rett, men en «presisering».<sup>19</sup>

Spørsmål er om presiseringen vil virke mer forvirrende enn oppklarende, og hvorvidt endringen vil føre til en skjerping av et vern som knapt er behandlet i domstolene. Det er nettopp vernets manglende effektivitet og håndheving som har kommet i søkelyset blant våre folkevalgte de siste årene.<sup>20</sup> Et forslag om å etablere et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering har vært på høring høsten 2018.<sup>21</sup> Det foreslås i dette forslaget at Diskrimineringsnemnda skal kunne behandle saker om seksuell trakassering, inkludert å gi oppreisningserstatning, samt at Likestillings- og diskrimineringsombudet skal ha en utvidet veiledningsrolle i slike saker.

15. Jf. NOU 2012: 15 Politikk for likestilling, kapittel 14.3.

16. Lov om likestilling mellom kjønnene 21. juni 2013 nr. 59 §8.

17. Jf. Ot.prp. nr. 88 (2012–2013) kapittel 14.4.

18. Jf. s. 105.

19. Jf. Ot.prp. nr. 81 (2016–2017) punkt 18.9.3, s. 185–186.

20. En direkte konsekvens av #me-too høsten 2017 var at to ulike representantforslag ble fremmet på Stortinget, Dok nr 8:71 S fra Bjørnar Moxnes om tiltak mot seksuell trakassering, og Dok nr 8:75 S fra Øvstegård, Kaski, Fagerås og Lerbrekk om kamp mot seksuell trakassering, som begge omhandler ulike tiltak for bedre håndhevingen av vernet mot seksuell trakassering.

21. Se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-om-etablering-av-et-lavterskeltilbud-for-behandling-av-saker-om-seksuell-trakassering/id2606045/>

## Det individuelle vernet mot seksuell trakassering

Seksuell trakassering er «enhver form for uønsket seksuell oppmerksomhet som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom». Seksuell trakassering er forbudt.<sup>22</sup>

I den tidligere likestillingsloven § 8 som gjaldt frem til 31.12.2017, var ordlyden i forbudet klarere: «Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer.»

«Seksuell» spiller på kropp, kjønn og seksualitet. Oppmerksomheten må være seksuelt betont eller av seksuell karakter. I merknadene til lovens opprinnelige bestemmelse sies det at «[s]eksuell trakassering kan beskrives som ulike former for seksuelt betonet plaging. Seksuell trakassering arter seg ulikt og tar mange former [...]. Trakassering kan være alt fra uvelkomne kommentarer om arbeidstakers kropp fra en arbeidskollega, til press om seksuelle tjenester fra en overordnet».<sup>23</sup> Etter loven er «enhver form» dekket av bestemmelsen.

«Oppmerksomhet» omfatter både verbal, ikke-verbal og fysisk atferd. Fysisk atferd omfatter alt fra uønsket og unødvendig berøring og beføling/ «plukking» til voldtektsforsøk. Verbal atferd innebærer nærgående kommentarer om utseende, kropp, privatliv, kjønnsord, seksuelle fremstøt, forslag og hentydninger, inkludert «komplimenter». Ikke-verbal oppmerksomhet er seksuelle gester som plystring og kroppsbevegelser, pornografiske bilder, deling av bilder og filmer i nettbaserte medier, etablering av slike bilder på server m.m.

## «Uønsket» og gjentakende

Sentralt for at handlingen anses som seksuelt trakasserende, er at oppmerksomheten oppleves som uvelkommen og uønsket.<sup>24</sup> Forarbeidene understreker at oppmerksomheten verken må være velkommen eller gjensidig.<sup>25</sup>

Den som utøver «oppmerksomheten», må som utgangspunkt ha blitt gjort oppmerksom på at handlingen er uønsket. Bortsett fra i de groveste tilfellene er det ikke alene den seksuelle «oppmerksomheten» i seg selv, men det å fortsette med seksualiserte oppmerksomheter eller tilnærmelser som rammes av forbudet mot seksuell trakassering.

22. Jf. likestillings- og diskrimineringsloven 16. juni 2017 nr. 50, § 13 i kraft 01.01.2018.

23. Jf. Ot.prp. nr. 50 (1993–1994).

24. Alle typer handlinger av seksuell karakter som oppleves av mottakeren som uønskede, innbefattes i begrepet: alt fra «komplimenter, pornobilder på veggen, klyping i baken og over til direkte straffbare overgrep som voldtekt», jf. St.meld. nr. 70 (1991–1992) punkt 6.8.1 s. 63.

25. Jf. Ot.prp. nr. 81 (2016–2017) punkt 18.2.2.

Unntak fra kravet om å ha gjort oppmerksom på at atferden er uønsket, er aktuelt i avhengighetsforhold eller ved maktforskjeller som innebærer at det er vanskelig eller umulig å si ifra, og hvor fornærmede er redd for at avvisning kan føre til negative reaksjoner.<sup>26</sup> Det at trakassering kan ha forekommet uten at den fornærmede tydelig har sagt fra innledningsvis til den ansvarlige, er også lagt til grunn i rettspraksis:

«Lagmannsretten legger til grunn at A ikke ønsket den slags oppmerksomhet som B utviste. [...] Lagmannsretten finner det ikke særlig påfallende at hun ikke straks gjorde henvendelse til styret, tillitsvalgte eller andre, f.eks bedriftslegen. Det er naturlig at hun kviet seg for å gå til et slikt skritt bl.a fordi dette åpenbart kunne føre til vanskeligheter for hennes arbeid, som ble utført i nær kontakt med B. Lagmannsretten finner det ikke avgjørende at ingen av de øvrige ansatte var klar over forholdet. På den annen side kan denne omstendighet tyde på at pågangen fra B ikke har vært spesielt intens og merkbar for andre på selve arbeidsplassen.

Lagmannsretten finner det tvilsomt i hvilken utstrekning B har skjont at A ikke ønsket hans oppmerksomhet.»<sup>27</sup>

Selv om retten uttrykte forståelse for kvinnens ståsted, ble direktøren hørt med at han ikke forsto at kvinnen ikke ønsket hans tilnærmelser, og at han sluttet med tilnærmelsene umiddelbart da han fikk klar beskjed om at hun ikke var interessert i ham.

### «Plagsom»

Plagsom er et vilkår som gjelder for seksuell trakassering, men ikke for trakassering etter øvrige diskrimineringsgrunnlag.<sup>28</sup> «Plagsom» er et vilkår som lettere vil anses oppfylt enn de øvrige alternative vilkårene krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende om hvordan oppmerksomheten ble opplevd. De øvrige alternative vilkårene vil mer omfatte ondsinnede handlinger, mens begrepet «plagsom» også vil kunne omfatte tilsynelatende vennligsinnet oppmerksomhet som allikevel vil kunne oppfattes som plagsom.<sup>29</sup> Det er derfor av interesse å se spesielt på hvilke vurderingstemaer begrepet «plagsom» omfatter.<sup>30</sup> En bred og

26. Jf. Ot.prp. nr. 81 (2016–2017) punkt 18.9.3 s. 186.

27. Jf. LA-1998–877 s. 5.

28. Jf. diskrimineringsloven § 13(2) som definerer trakassering som krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende.

29. Se Advokatforeningens høringssvar som sitert i Prop. 81 L (2016–2017) kapitlene 18.8 og 18.9.3.

konkret vurdering av ulike momenter i den enkelte sak må gjøres for å fastslå om seksuell trakassering foreligger og er «plagsom».

Det er oppfatningen til den som blir rammet av oppmerksomheten, som bestemmer når oppmerksomheten er plagsom. Selv om departementet i forarbeidene til 2017-loven fremholder at man er på vei mot en mer objektiv norm for å fastslå om trakassering har forekommet, ved at det ikke bare er fornærmedes opplevelse av situasjonen som er bestemmende for om handlingen eller ytringen anses som seksuell trakassering, vil den trakassertes opplevelse av handlingen veie tungt. Hvordan opplever den som utsettes for tilnærmelsene, dem?

For å gi et effektivt vern mot seksuell trakassering må det legges til grunn en «kvinnenorm» og ikke en kjønnsnøytral norm. En rettesnor for vurderingen kan være hva den «alminnelige fornuftige kvinne» ville ha oppfattet som plagsomt.<sup>31</sup>

Seksuell oppmerksomhet som fortsetter etter at fornærmede har gitt uttrykk for at det er uønsket, utgjør trakassering. **Handlingens karakter** må tas i betraktning ved vurderingen av om handlingen anses som plagsom. Jo grovere handlingen er, jo lettere karakteriseres handlingen som trakasserende. Ett enkelt tilfelle av uønsket seksuell oppmerksomhet kan representere seksuell trakassering dersom handlingen er tilstrekkelig grov eller truende.<sup>32</sup>

Forholdet mellom den som trakasserer og den som blir trakassert, er sentralt i de tilfeller hvor det foreligger **avhengighetsforhold og maktforskjeller** dem imellom. Dersom det er store maktskjevheter, f.eks. i et arbeidsforhold, kan dette påvirke hvordan «seksuell oppmerksomhet» oppleves, og forutsetningene for hvordan det reageres. Slike omstendigheter rundt saken vil ha betydning for når man passerer grensen for hva som er forbudt.

Under hvilke **omstendigheter** fant handlingen sted? En spøk i et hyggelig lag kan sees som mindre alvorlig enn når samme hendelse skjer i en situasjon som rammer den enkeltes yrkesutøvelse. Dette er knyttet til **tid og sted** for handlingen, som må tas i betraktning ved vurderingen av om den seksuelle oppmerksomheten har fremstått som plagsom: I arbeidstiden med mange mennesker til stede? På et sted hvor kvinnen hadde kontroll på situasjonen? På et utested? Hjemme hos en av

30. Momentene er hovedsakelig tatt fra Ot.prp. nr. 77 (2001–2002) punkt 9.7.2 og utfylt med momenter fra rettspraksis som gjennomgått nedenfor.

31. Stine Andreassen bruker uttrykket «den fornuftige kvinnelige arbeidstaker» i boken *Arbeidsmiljølovens vern mot uønsket seksuell oppmerksomhet* (1997).

32. Svært ofte vil en handling som er så grov at den regnes som seksuell trakassering, basert på en enkelthendelse ha passert den nedre grensen for hva som regnes som seksuell krenkelse / seksuell tvang i straffelovens forstand. Arbeidsgiver bør dermed oppfordre til at saken også skal anmeldes og behandles i det strafferettslige sporet, i tillegg til at arbeidsgivers handlingsplikter etter diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven vil bestå.



partene? På en arbeidsplass som en oljeplattform hvor kvinnen ikke har hatt mulighet for å verge seg mot oppmerksomheten?

Om handlingene har **pågått over tid**, er et selvstendig moment i vurderingen av om den seksuelle oppmerksomheten har fremstått som plagsom. Uønsket seksuell oppmerksomhet over tid gir en tilleggsbelastning ved at den som mottar oppmerksomheten, ikke bare må forholde seg til handlingen når den skjer, men også risikoen for å bli utsatt for uønsket oppmerksomhet på nytt.

Har handlingen hatt **negative konsekvenser** av fysisk, psykisk eller arbeidsmessig karakter for den som er rammet av oppmerksomheten? For en student vil forskning i studieprogresjonen, som følge av uønsket seksuell oppmerksomhet, være et eksempel på en konsekvens både av psykisk og arbeidsmessig karakter. For en arbeidstaker er det å bli avskåret fra spennende arbeidsoppgaver eller hindret i forfremmelse karrieremessig negativt.

Burde den som trakasserer, innse at oppmerksomheten kunne oppleves som trakasserende? Det stilles ikke krav om subjektiv skyld hos den som har utført trakasseringen, idet både tilsiktet og utilsiktet trakassering er forbudt.

Den ovennevnte listen av momenter vil vurderes mot hverandre i den enkelte sak avhengig av sakens faktum. Momentene er ikke uttømmende og skal utfylles av praksis. Denne er foreløpig svært begrenset. Som gjennomgangen av rettspraksis nedenfor viser, er prosessrisikoen i saker om trakassering svært høy: det er lite sannsynlig at den som opplever seg trakassert vil vinne frem med et krav om erstatning etter det individuelle vernet, og det er stor sannsynlighet for å bli idømt saksomkostninger om saken tapes.

## Rettspraksis om det individuelle vernet

Det individuelle vernet mot seksuell trakassering hvor saksøker krever erstatning for konsekvenser av seksuell trakassering, er prøvet for domstolene i få tilfeller.<sup>33</sup> Det finnes bare ett eksempel på at erstatning er tilkjent.<sup>34</sup>

I sak LA-1998-877 hadde personalsjefen sagt sin stilling. Hun krevet erstatning av arbeidsgiver på grunn av «*oppmerksomhet av seksuell karakter*» fra admi-

33. Se LA-1998-877 (personalsjef), LB-2006-124840 (kinoreklame) og LA-2010-100200 (forsikring). I LE-2011-132038 ble seksuell trakassering brakt inn som et tema i en stillingsvernssak som omhandlet spørsmål om en oppsigelse var saklig, og om arbeidstaker var blitt utsatt for gjengjeldelse. Lagmannsretten fant at arbeidstaker ikke var utsatt for seksuell trakassering, hverken av seksuell eller annen art, og heller ikke gjengjeldelse. Saksomkostnader verken for tingrett eller lagmannsrett ble tilkjent, ettersom saken var av stor velferdsmessig betydning for arbeidstakeren, og arbeidsgiver til en viss grad kunne bebreides for at det var kommet til sak.

34. LA-2009-202366.

nistrerende direktør. Erstatningskravet var hjemlet i arbeidsmiljøloven § 12 nr. 1 og skadeserstatningsloven §§ 3-5 og 3-6. Hun ble tilkjent kr 200 000 i erstatning i herredsretten. Arbeidsgiver ble frifunnet for erstatning i lagmannsretten, selv om «administrerende direktør kunne bebreides for sin oppførsel» og «en overordnet må utvise varsomhet med tilnærmelser overfor underordnede på det personlige og private plan». Ifølge personalsjefen hadde administrerende direktør gjentatt og hyppig forsøkt seg på tilnærmelser, inkludert klemming og forsøk på å kysse henne. Hun avviste ham, og mente at hun etter dette ble trakassert gjennom en begrensning av hennes ansvar og arbeidsoppgaver: Han kommuniserte med henne gjennom lapper, og kom med grove beskyldninger om hennes personlighet. Administrerende direktør mente at det foregikk en form for gjensidig flørtning mellom dem som hadde opphørt da hun ga uttrykk for at hun ikke ønsket mer av den slags oppmerksomhet. Lagmannsretten tok utgangspunkt i at et eventuelt erstatningsansvar måtte bygge på et erstatningsbetingende brudd på arbeidsavtalen, og påpekte at det skal meget til for at vesentlig mislighold foreligger.<sup>35</sup> Lagmannsretten fant at forholdene hverken enkeltvis eller samlet medførte erstatning. Omkostningsansvaret ble delt ettersom saken hadde budt på tvil.

Dommen ble avsagt på et tidspunkt hvor ansvarsgrunnlaget for erstatning var et skyldkrav. Ettersom vernet mot seksuell trakassering i diskrimineringsloven § 13 nå følges av et objektivt erstatningsansvar i lovens § 38, har trolig dommen begrenset overføringsverdi til dagens rettstilstand.

I sak LB-2006-124840 (kinoreklame) krevet en kvinnelig arbeidstaker oppreisning fra arbeidsgiver etter skadeserstatningsloven § 3-5 som følge av psykisk skade etter seksuell trakassering. Erstatning etter daværende likestillingslov § 17 var ikke påberopt fra saksøker, selv om brudd på forbudet mot seksuell trakassering i likestillingsloven § 8a var påberopt. Saksøker anførte ulike hendelser som grunnlag for at hun var utsatt for seksuell trakassering, blant annet ulike handlinger begått av administrerende direktør ved seks ulike anledninger. Dette var blant annet at han ved en middag ved et salgsmøte i Stockholm hadde kysset henne ned i utringningen øverst på brystene. Administrerende direktør beskrev hendelsen som et uhell, ved at han som følge av en kneskade fikk en svikt i knærne, som innebar at hans hode traff hennes bryster. Det fremstår som om det var omfattende vitneførsel omkring puppe-episoden både i tingretten og i lagmannsretten. Lagmannsretten la til grunn at omstendighetene rundt episoden var uklare, og fant det ikke sannsynliggjort at arbeidstakeren var utsatt for seksuell trakassering. Når det gjaldt de øvrige fem episodene hun hadde påberopt, fant ret-

---

35. Lagmannsretten henviste til Stryn apotek-dommen, Rt-1997-1506 s 1512, i vurderingen av dette.

ten det ikke sannsynliggjort at hendelsene hadde funnet sted. Saksøker tapte og ble idømt motpartens saksomkostninger med kr 345 000 for lagmannsretten, i tillegg til at hun allerede var idømt saksomkostninger i tingrettens dom.

Agder lagmannsretts sak LA-2009-202366 (frisør) er den hittil eneste saken hvor en arbeidstaker har fått erstatning på grunn av seksuell trakassering. En kvinnelig frisør som ble sagt opp i prøvetiden, krevet oppsigelsen kjent usaklig samt erstatning for usaklig oppsigelse og seksuell trakassering i arbeidsforholdet etter både arbeidsmiljøloven og likestillingsloven § 17. Frisøren ble oppsagt muntlig, og etter håndgemeng med arbeidsgiver fordi hun nektet å forholde seg til en ordre hun fikk fra arbeidsgivers 10-årige datter. Hun gikk etter hendelsen umiddelbart til sin lege, som noterte at hun hadde betydelige kloremerker og rødme på høyre overarm, og at hun over en tid hadde vært seksuelt trakassert av sin sjef ved at han hadde prøvd å kysse henne og satt på pornofilmer som han ønsket at hun skulle se på. Frisøren forklarte i lagmannsretten at hun ble bedt om å vaske sin sjefs hår og massere hårbunnen hans ved en vask som sto slik plassert i lokalene at man hadde innsyn til kontoret der han samtidig viste en film med pornografisk tilsnitt. Ved ett tilfelle stilte han seg ved siden av henne slik at hun kjente at han hadde reisning, og uttalte ett eller annet i retning av «*kjenn hvor hard den er, den er til deg*». Lagmannsretten fant at det var «grunn til å tro» at hun var utsatt for seksuell trakassering som omfattes av likestillingsloven § 8a, slik at bevisbyrden gikk over på arbeidsgiver etter likestillingsloven § 16. Arbeidsgiver måtte derfor føre bevis for at seksuell trakassering ikke hadde skjedd. Arbeidsgiver viste til at ingen andre hadde bevitnet de påståtte hendelsene, noe lagmannsretten bemerket nærmest var i sakens natur. Den som ønsker å utsette en annen for seksuell trakassering, sørger vanligvis for at det skjer uten at det er andre til stede. Frisøren fikk oppreisning på 80 000 kroner med hjemmel i aml § 15-12 annet ledd og likestillingsloven § 17. Hun ble også tilkjent 60 000 i erstatning for økonomisk tap som følge av den usaklige oppsigelsen. Arbeidsgiver ble idømt sakens kostnader.

En svært spesiell sak hvor seksuell trakassering allerede var konstatert, er sak LA-2010-100200 som gjaldt et krav mot If Skadeforsikring om erstatning utover tre år for en kvinnelig arbeidstakers økonomiske tap som følge av seksuell trakassering fra arbeidsgiver etter skadeserstatningsloven § 3-2. Saksøker var en 26 år gammel nyansatt kvinne som hadde flyttet fra Lakselv til Larvik for å begynne i ny jobb. I slutten av hennes første måned i firmaet tok hennes sjef henne med på forretningsreise med overnatting i Ålesund og Trondheim for kundebesøk og opplæring av henne. Allerede på bilturen opp til Trondheim hadde sjefen begynt å beføle henne, og komme med komplimenter fordi hun var så pen. I Trondheim, i baren etter middag, dreide sjefen samtalen inn på sex. Hun følte seg presset til å bli

med ham opp til hotellrommet etterpå, hvor han utsatte henne for så direkte og grov sexprat at hun ble redd for å bli voldtatt. Denne redselen fortsatte under hele turen. Hun utviklet som følge av forretningsreisen PTSD (posttraumatisk stresslidelse) og falt ut av arbeidslivet. Bedriften hadde forsikring i If, som utbetalte erstatning til henne for inntektstap i tre år samt dekning av advokat og behandlingsutgifter som følge av at hun hadde vært utsatt for seksuell trakassering. Spørsmålet for retten var om If hadde erstatningsplikt utover dette, dersom As fortsatte arbeidsuførhet og økonomiske tap var en adekvat følge av Bs opptreden. Lagmannsretten uttalte at *«vår sak gjelder en særegen og uvanlig type skadevoldende handling; uønsket seksuell oppmerksomhet av så langvarig og massiv karakter at det må karakteriseres som trakassering, men uten trusler i ord eller handling eller bruk av fysisk makt. B benyttet sin maktposisjon til å utøve langvarig og massivt seksuelt betonet press»*. Selv om lagmannsretten fant at Bs opptreden var fullstendig uakseptabel ved at saksøker som nyansatt ble satt i en overraskende, langvarig og vanskelig tvangssituasjon, fant ikke lagmannsretten at saksøkers kroniske psykiske lidelser og tap av inntektsevne var en påregnelig og adekvat følge av det B utsatte saksøker for, slik at forsikringsselskapet ble frifunnet for ytterligere erstatningsansvar.

Sakene som her er redegjort for, utgjør de eneste dommene hvor saksøker har påberopt seg seksuell trakassering som erstatningsgrunnlag. I tillegg til at dommene gjennomgår det faktiske grunnlaget detaljert, fremstår det som om det i liten grad er lagt vekt på sentrale momenter som maktforskjeller og styrkeforholdet mellom partene når domstolen vurderer erstatningsansvar. Dette henger også sammen med beviskravet i slike saker.

## Beviskrav

Saker om brudd på forbudet mot seksuell trakassering avgjøres etter alminnelige sivilrettslige bevisregler, der det som er det mest sannsynlige faktum, skal legges til grunn for bedømmelsen av saken. I motsetning til i straffesaker kreves det altså ikke at trakasseringen er bevist utover all rimelig tvil, og det kreves heller ikke kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Det er ikke arbeidsgivers/trakassørens hensikt eller skyld som er i fokus, men resultatet: Ble vedkommende utsatt for seksuell trakassering eller ikke?

I den nyeste saken på området problematiserer tingretten behovet for å benytte et skjerpet beviskrav ettersom deler av faktum som ble lagt til grunn i saken, gjaldt utsendte nakenbilder. Her mente tingretten at faktum var av en slik karakter at det var nødvendig med et skjerpet beviskrav. Spørsmålet ble ikke satt på spissen, etter-

som retten fant at det forelå klar sannsynlighetsovervekt for det faktum som lå til grunn for oppsigelsen av arbeidstakeren, se nedenfor.<sup>36</sup>

## Delt bevisbyrde

Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 inneholder en regel om delt bevisbyrde, som skal bidra til å gjøre rettsvernet i diskrimineringssaker mer effektivt.<sup>37</sup> Dersom klageren kan peke på omstendigheter som etter en konkret vurdering gir grunn til å tro at det har skjedd seksuell trakassering, flyttes bevisføringsrisikoen over på den påstått ansvarlige, slik at den påstått ansvarlige må sannsynliggjøre at dette likevel ikke har funnet sted. Denne regelen ble vedtatt blant annet fordi styrkeforholdet mellom de involverte i diskrimineringssaker ofte er skjevt, og det fordi den som beskyldes for diskriminering, ofte vil være den som sitter på dokumentasjon som kan belyse saken.

Hva innebærer dette? En påstand om at trakassering har forekommet, vil vanligvis ikke være nok for at det skal være «grunn til å tro» at bevisbyrden har gått over. Etter diskrimineringsnemndas praksis har man holdt seg til en mindretallsuttalelse i en tidlig sak (26/2006) hvor det ble uttalt at klagers påstand må «støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter», uten at kravet til bevis stilles strengt. Det er som utgangspunkt den tidsnære dokumentasjonen som vil vektlegges, selv om etterfølgende informasjon også kan utgjøre holdepunkter som innebærer at bevisbyrden snus.<sup>38</sup>

## Erstatning

Diskrimineringsloven § 38 hjemler et objektivt erstatningsansvar i arbeidsforhold og for behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere, mens erstatningsansvaret på andre områder enn arbeidslivet forutsetter at den ansvarlige kan bebreides.

---

36. TSOFT-2017-93131.

37. Delt bevisbyrde ble innført for seksuell trakassering i 2005 ved vedtakelsen av diskrimineringsloven om etnisitet og de endringene som skjedde i likestillingsloven som følge av et ønske om harmonisering og som følge av å gjennomføre bevisbyrdedirektivet, direktiv 2002/73/EU, i norsk rett. Hovedargumentet var at departementet ikke ønsket et lavere beskyttelsesnivå i saker om seksuell trakassering enn det som gjelder andre områder med forbud mot trakassering, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 57.

38. Jf. Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 16/2007.

Det er et uttrykkelig unntak i erstatningsansvaret for arbeidsgivers forebyggingsansvar/aktivitetsplikt – det strukturelle vernet – etter diskrimineringsloven § 13 sjette ledd, jf. § 38(1) litra a.

Erstatningen skal dekke økonomisk tap som følge av den ulovlige behandlingen. Oppreisning for ikke-økonomisk skade skal som etter aml § 15-12 annet ledd *«fastsettes til det som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig»*.

Som følge av EUs likebehandlingsdirektiv, som har forrang gjennom innlemmelsen i EØS-avtalen, skal EU-rettens effektivitetsprinsipp legges til grunn i saker om seksuell trakassering for domstolene.<sup>39</sup> Sanksjoner skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha avskrekkende virkning. Det finnes lite veiledning i norsk rett om gjennomføringen av dette prinsippet, men det er lagt til grunn at oppreisning som følge av effektivitetsprinsippet skal være reelt avskrekkende.<sup>40</sup> Dette vil gjelde også i saker om seksuell trakassering.

## Det strukturelle vernet mot seksuell trakassering

Arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner skal innenfor sitt ansvarsområde «forebygge og forhindre» seksuell trakassering, jf. diskrimineringsloven § 13 sjette ledd. Loven gir arbeidsgiver en klar aktivitetsplikt på sine «ansvarsområder». Kjernen i arbeidsgivers ansvarsområder omfatter forhold som skjer på arbeidsstedet eller i arbeidet eller i tilknytning til arbeidet som for eksempel tjenestereiser hvor den ansatte er i arbeid. Sosiale arrangementer i arbeidstakers regi i arbeidstiden samt sosiale reiser i arbeidsgivers regi vil være omfattet. Sosiale arrangementer utenfor arbeidstid hvor de ansatte er forventet å delta, som for eksempel julebord og sommerfester, vil omfattes av arbeidsgivers ansvarsområde. Mer perifert blir arrangementer og tilstelninger utenfor arbeidstiden hvor det er frivillig for arbeidstaker å delta eller ikke. Her kan spørsmålet om arbeidstaker betaler selv eller ikke, kunne være et avgjørende moment for om arrangementet har tilknytning til arbeidsgiver eller ikke. Arbeidsgivers ansvar vil bare i helt spesielle tilfeller omfatte forhold som gjelder sosiale arrangement organisert av og for de ansatte, hvor det er frivillig å være med, som for eksempel fredagspils,

---

39. Jf. direktiv 2006/54/EU art 25.

40. Jf. LH-2008-99829 hvor en gravid oppsagt arbeidssøker fikk erstatning etter arbeidsmiljøloven og likestillingsloven. Ved utmåling av oppreisningserstatning, som ble satt til kr 150 000 kr, ble det vist til praksis fra EU-domstolen som innebar at *«erstatning skal ha et slikt nivå at den virker reelt avskrekkende, ikke bare i forhold til den konkrete arbeidsgiver, men like mye for å fremme likestilling som et allment samfunnsmessig mål»*.

kulturtilbud arrangert av en kulturgruppe, eller bedriftsidrett med selvstendig identitet.

De foreslåtte endringene i diskrimineringsloven når det gjelder aktivitets- og redegjørelsesplikten i § 26, som høsten 2018 er sendt på høring, inneholder også forslag om at arbeidsgivers plikt til å forebygge seksuell trakassering tydeliggjøres i likestillingsloven § 24 og § 26.<sup>41</sup>

Forebyggende tiltak kan bestå av for eksempel holdningskampanjer og utforming av og bekjentgjøring om retningslinjer for hvilken type oppførsel som forventes på arbeidsplassen. Det kan videre bestå av å opprette interne klage- eller kontrollsystem med klare og kjente rutiner for meldinger om trakassering. Det bør foreligge retningslinjer for hvordan meldinger om trakassering skal håndteres, og av hvem, samt konsekvenser for den ansvarlige ved brudd på forbudet mot seksuell trakassering.

Arbeidsgiver er som utgangspunkt forpliktet til å forhindre at seksuell trakassering foregår på arbeidstedet mellom kollegaer eller mellom ledelse og ansatte. Arbeidsgivers aktivitetsplikt vil som utgangspunkt ikke omfatte kunder eller brukere, dersom ikke arbeidsgivers virksomhet utelukkende omfatter service-stillinger. Dersom dette er tilfellet, vil arbeidsgiver også ha en plikt til å søke å hindre at en ansatt utsettes for seksuell trakassering fra kunder og brukere.

I arbeidsgivers aktivitetsplikt knyttet til å «forhindre» at seksuell trakassering forekommer, er en viktig forholdsregel effektivt å ta tak i klager, meldinger eller varsler om seksuell trakassering for å hindre at trakassering fortsetter (se nedenfor). Det fremkommer av forarbeidene at den ansvarlige bør gjøre det klart at seksuell trakassering ikke tolereres i virksomheten, og opplyse om hvilke negative konsekvenser dette kan ha både for den som rammes direkte, og for miljøet rundt. Hvilken strategi man bør velge, vil kunne variere etter de ulike typer virksomheter og etter omstendighetene i det enkelte tilfelle. Hva som vil ha betydning, er for eksempel den påståtte trakasseringens art og omfang, organisasjonens eller arbeidsplassens størrelse og utforming og arbeidsstyrkens sammensetning.<sup>42</sup>

#### *Arbeidsgivers handlingsplikt når det meldes fra om plagsom seksuell oppmerksomhet*

Om arbeidsgiver gjøres kjent med at trakassering forekommer, har arbeidsgiver etter diskrimineringsloven § 13 sjette ledd en plikt til å utrede hva som har skjedd,

41. Se høringsnotatet på <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-om-styrking-av-aktivitets-og-redegjorelsesplikten-pa-likestillingsområdet/id2606825/> sendt på høring 4. juli 2018.

42. Jf. Ot.prp. nr. 77 (2001–2002) punkt 9.7.3.3.

og forsøke å hindre at videre seksuell trakassering forekommer.<sup>43</sup> Det fremkommer uttrykkelig av forarbeidene til forbudet mot seksuell trakassering at klager ikke skal være nødt til å bevise at trakassering faktisk har funnet sted, før den ansvarlige griper inn.<sup>44</sup> Uttalelser i media i forbindelse med #me-too-historier som arbeidsgiver har brukt for å desavuere den enkelte melder eller klagers opplevelser, eksempelvis: «du har sikkert misforstått», «det var nok bare et sjekketriks», «det er jo bare sånn han er», «ikke bry deg om det», vil være i motstrid til denne plikten.

Seksuell trakassering må søkes forhindret på arbeidsplasser etter både arbeidsmiljøloven § 4-3(3) og likestillings- og diskrimineringsloven § 13. Arbeidsgiver har imidlertid et stort handlingsrom med tanke på hva som skal gjøres, hvordan prosessen skal gjennomføres i virksomheten, samt hvilke arbeidsrettslige konsekvenser trakassering skal ha for den påstått ansvarlige.

Arbeidsgiver bør ha tydelige meldingsrutiner som klarlegger til hvem og hvordan meldinger skal fremsettes, og hvordan fakta i situasjonen så skal avklares, og av hvem.

At arbeidsgiver har rutiner for å kunne gjennomføre en saksbehandling som bygger på tilstrekkelig grad av kontradiksjon, er avgjørende for å sikre rettssikkerheten til begge parter. Anonyme klager er i slike saker problematisk ettersom den som blir beskyldt for å ha trakassert, ikke får mulighet til å kunne ta til motmæle. I de tilfeller hvor anonyme klager unntaksvis tillates innledningsvis, for eksempel på grunn av stor maktubalanse eller andre usymmetriske maktforhold, vil det være avgjørende at de faktiske forhold i saken kartlegges på en slik måte at full kontradiksjon sikres.

Arbeidsgivers utfordring i situasjoner hvor begge er ansatt hos arbeidsgiver, er plikten til å ivareta det psykososiale arbeidsmiljøet for begge arbeidstakerne.

### *Konsekvenser for arbeidstaker av å trakassere?*

Hvilket handlingsrom arbeidsgiver har for å gjennomføre arbeidsrettslige tiltak som følge av sin aktivitetsplikt overfor den som trakasseres, er lite utdypet gjennom rettspraksis. Den sparsomme rettspraksisen som finnes om arbeidsgivers aktivitetsplikt som følge av seksuell trakassering, spriker, selv om de nyeste dommene er klare på at arbeidsgiver har en handleplikt og bør bruke virkemidler når grenser for hva som anses som akseptabelt på arbeidsplassen, overskrides.

---

43. Jf. Prop. 81 L (2016–2017) kap. 18.9.4.3: «Arbeidsgiver bør utrede saken og komme med forslag til tiltak for å hindre gjentagelse.»

44. Jf. Ot.prp. nr. 77 (2001–2002) punkt 9.7.3.3.



Det finnes bare tre saker hvor arbeidsgiver har fått medhold i at seksuell trakassering er oppsigelses- eller avskjedsgrunnlag.

I Rt-2002-273 var en professor i zoologi avskjediget etter tjenestemannsloven § 15 første ledd som følge av omfattende trakassering av kvinnelige ansatte og studenter. Han ble første gang gitt en muntlig påtale i 1988 for uønskete seksuelle tilnærmelser i perioden 1982–1984 overfor anonyme klagere. I 1990 mottok universitetet skriftlig klage fra seks kvinnelige studenter for seksuell forulempning ved et annet universitet, noe professoren fikk en skriftlig korreks for. I 1996 reiste professoren med en stipendiat til USA, noe som medførte en skriftlig klage for fysisk tilnærming av seksuell karakter. Stipendiaten avbrøt studieoppholdet etter to uker. Professoren mente at et nært fysisk samvær og seksuell kontakt var en åpen og klar forutsetning for avreisen. Som følge av klagen ble professoren suspendert, men ble deretter gitt permisjon. I etterkant av dette mottok universitetet en skriftlig klage fra en tekniker som gjaldt seksuell trakassering under et opphold ved samme laboratorium i USA. Klageren mente at professoren utnyttet sin overordnede posisjon til å ha seksuell omgang med henne mot hennes vilje, blant annet ved at han insisterte på at de skulle dele leilighet, selv om en mannlig deltager ble plassert i en ettroms leilighet. Professoren mente at den seksuelle omgangen var frivillig. Høyesterett fant at vilkårene for avskjed var til stede grunnet grov krenkelse av tjenesteplikter. Høyesterett viste til forbudet mot seksuell trakassering i henholdsvis arbeidsmiljøloven § 12 nr. 1 og likestillingsloven § 8a, og påpekte at «*seksuell trakassering faller klart utenfor allment aksepterte normer for atferd*» (min utheving). Seksuell trakassering innebærer en overtredelse av tjenesteplikter, som i dette tilfellet ble ansett som grov fordi det var i strid med hans tjenesteplikter konkretisert gjennom advarselen i 1988 og tilrettevisningen i 1990. Høyesterett gjennomgikk universitetets saksbehandling, og påpekte at ordensstraff ikke var et realistisk alternativ ut fra professorens opptreden mot stipendiaten og teknikeren etter muntlig advarsel og skriftlig tilrettevisning, og med de krav som må stilles til en professor i forholdet til medarbeidere og studenter. Høyesterett uttalte videre at forbudet mot seksuell trakassering «*må forstås slik at arbeidsgiver må sette i verk tiltak for å hindre seksuell trakassering mellom arbeidstakerne. Oppsigelse eller avskjed kan være nødvendige tiltak for å bevare arbeidsmiljøet*».

I LA-2009-189015-2 fant Agder lagmannsrett en bedrifts oppsigelse av en teamleder i telefonsalg som følge av dårlig oppførsel på et julebord gyldig. Teamlederen hadde bestilt drinker for bedriftens regning uten fullmakt og i tillegg utsatt to nyansatte 18 år gamle kvinnelige kollegaer for «*uverdige adferd av seksuell karakter*». Den ene av dem hadde han utnyttet til å ha sex med i en hotellkorridor da hun var overstadig beruset, slik at gjester på hotellet varslet hotell-

personalet. Teamlederen var en 40 år gammel mann med en ledende stilling i bedriften. Plikten til etisk ansvarlig opptreden under julebordet var nedfelt i bedriftens retningslinjer og innskjerpet på forhånd. Teamlederen husket ingen ting av hendelsen, og hevdet at det skyldtes uforskyldt rus. Flertallet fant oppsigelsen gyldig. Han hadde «i kraft av alder og stilling et moralsk ansvar for å dra omsorg for jenta og sørge for at hun kom seg trygt hjem. I stedet utnyttet han situasjonen til å tilfredsstillte egen kjønnsdrift». Lagmannsretten understreket at ved å gi klare retningslinjer om forventet opptreden fra ledere, og ved å håndheve alvorlige brudd effektivt, har arbeidsgiver vist at selskapet tar sine forpliktelser til å verne ansatte mot seksuell trakassering på alvor. Mindretallet i saken fant at oppsigelsen fremsto som en uforholdsmessig streng reaksjon fordi det dreiet seg om en forgåelse ved én anledning, slik at en streng advarsel burde være tilstrekkelig som sanksjon.

I den hittil siste rettskraftige avgjørelsen på området, TSOFT-2017-93131, var en 40-årig mannlig ansatt på en av Statoils plattformer i Nordsjøen sagt opp etter at han hadde sendt bilder av kjønnsorganet sitt til en 18-årig lærling, samt meldinger til henne med upassende innhold. Han hadde også sendt uønskede seksualiserte meldinger til tre andre kollegaer. Retten fant at han hadde et «mønster av seksualisert kontakt mot unge kvinner som begynner på arbeid på plattformen». Dette ga arbeidsgiver et saklig grunnlag for oppsigelse idet det ikke kunne stilles krav om at arbeidsgiver brukte andre virkemidler som advarsler eller omplassering. Som følge av styrkeforholdet mellom partene ble arbeidstaker frifunnet for deler av sakskostnadene.

I de øvrige fire relevante sakene fikk ikke arbeidsgiver medhold i at oppsigelse eller avskjed var en berettiget konsekvens av seksuell trakassering, selv om domstolen i tre av tilfellene kommenterte at arbeidsgiver hadde en form for handlingsplikt ut fra et arbeidsmiljøperspektiv.

Sak LG-1999-607 gjaldt avskjed av en forpleiningssjef i Nordsjøen, som ble kjent ugyldig og heller ikke godtatt som oppsigelse. Forpleiningssjefen hadde i en årrekke oppført seg delvis mobbende og trakasserende overfor kvinnelige ansatte. Han fremsto som et arbeidsmiljøproblem, noe arbeidsgiver mente at de var forpliktet til å reagere på. Det var hans oppførsel særlig overfor to kvinner som ble lagt til grunn som avskjedsgrunnlag. Den ene var utsatt for utstrakt uønsket kysing og klemming blant annet i forbindelse med levering av hennes timelister til ham. Forpleiningssjefen hadde uinvitert kommet til hennes lugar og uttrykt at han ønsket sex med henne. Han hadde også ringt henne privat og kommet med utilslørte seksuelle invitasjoner. Den andre kvinnen var utsatt for samme oppførsel. Hun oppga at hun håndterte hans seksuelle tilnærmelser på en uproblematisk

måte, men at hans generelle oppførsel mot henne var mye verre å takle. Byretten mente at avskjed var for strengt, og at oppsigelse var en passende reaksjon. Lagmannsretten var ikke enig i det, da de på grunn av svakheter ved bevismaterialet ikke fant det bevist at trakassering hadde forekommet. Arbeidsgiver hadde valgt å ikke føre kvinnene som vitner i retten, for å skåne dem, og førte heller ikke den daværende personalsjefen som vitne, noe som innebar at retten var avskåret fra å danne seg et eget inntrykk av kvinnene og deres opplevelser. Lagmannsrettens mindretall fant at avskjeden burde opprettholdes som en saklig oppsigelse idet det ble lagt til grunn at forpleiningssjefen var en helsefarlig leder med en destruktiv lederstil. Forpleiningssjefen ble tilkjent 592 000 kroner i erstatning og 100 000 i oppreisning.

I sak LG-2006-95785 ble en annonsekonsulent i en avis sagt opp på grunn av en rekke anklager om trakasserende oppførsel, herunder seksuell trakassering av tre kvinnelige kollegaer. Han hadde sendt uønskede meldinger privat til en mye yngre kollega, noe som endte med en sykemelding for hennes vedkommende. Han hadde overfor en annen kommet med spørsmål med seksuell undertone, og kalt henne «pus» også etter at hun uttrykkelig hadde bedt ham om å la være. En tredje kvinne ble sendt meldinger med spesielt innhold, på spesielle dager og til dels svært sent på kvelden. Annonsekonsulenten ble først beordret til et nytt arbeidssted i en annen etasje. Han nektet, kom med trusler, og ble deretter oppsagt. Lagmannsretten fant oppsigelsen ugyldig ettersom de ikke fant tilstrekkelig bevismessig grunnlag for å karakterisere hans behandling av kvinnene som seksuell trakassering, selv om det ble lagt til grunn at begge kvinnene ble utsatt for uønsket oppmerksomhet som de betraktet som plagsom. Lagmannsretten fant ikke at oppmerksomheten hadde et slikt innhold og omfang at den ga grunnlag for oppsigelse, men fant at arbeidsgiver hadde rett og plikt til å ta forholdene opp med arbeidstakeren. Annonsekonsulenten hadde ikke lidd økonomisk tap, og ble ikke tilkjent oppreisning, fordi han ikke hadde forholdt seg slik at det var rimelig å tilkjenne oppreisning. Avisen ble idømt saksomkostninger på 45 000 kroner.

I to saker fra Oslo tingrett, TOSLO-2010-164969 og TOSLO-2015-31314, ble oppsigelsene av to arbeidstakere kjent ugyldig fordi oppsigelse i begge tilfeller fremsto som en for streng reaksjon og uforholdsmessig for verbal seksuell trakassering. Arbeidstakerne hadde ikke i noen av sakene lidd økonomisk tap, og ble heller ikke i noen av sakene tilkjent oppreisning, fordi de aktuelle episodene og fremsatte uttalelser ble ansett som kritikkverdige. I begge saker vises det uttrykkelig til arbeidsgivers plikt til å sørge for et godt psykososialt arbeidsmiljø (jf. aml § 4-3(3)) og at arbeidsgiver hadde en plikt til å reagere, samtidig som saksøker

«med fordel» kunne ha utvist større forståelse for at han hadde opptrådt feil. I førstnevnte sak fant retten at arbeidsforholdet skulle opphøre fra og med dagen dommen ble forkynt, grunnet den seksuelle trakasseringen.

Som det fremgår av gjengivelsen av dommene ovenfor, er oppsigelse en så streng arbeidsrettslig reaksjon at dette sjelden aksepteres. Oppsigelse er et virkemiddel som fra arbeidsgivers side bare kan benyttes i tilfeller med gjentakende eller særlig grove seksuelle tilnærmelser. Det kan se ut som om mildere arbeidsrettslige reaksjoner som advarsler og omplasseringer bør benyttes før oppsigelse benyttes. Slik sett støtter rettspraksis verken oppunder diskrimineringslovens individuelle vern mot seksuell trakassering eller gir arbeidsgivere støtte i bruken av virkemidler for å oppfylle diskrimineringslovens strukturelle vern, nemlig oppfyllelse av arbeidsgivers aktivitetsplikt.

#### *Forvaltningsorganenes vurdering av arbeidsgivers aktivitetsplikt*

Likestillings- og diskrimineringsombudet<sup>45</sup> og Likestillings- og diskrimineringsnemnda<sup>46</sup> har siden 2006 hatt kompetanse til å behandle individuelle saker om trakassering etter andre diskrimineringsgrunnlag, unntatt seksuell trakassering, samt saker om arbeidsgivers forpliktelse med hensyn til å forebygge og hindre trakassering på de øvrige diskrimineringsgrunnlag.<sup>47</sup>

Hverken ombudet eller nemnda har kompetanse til å vurdere det individuelle vernet mot seksuell trakassering.

Imidlertid har både Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda inntil 31.12.2017 med hjemmel i den tidligere likestillingsloven (2013) og diskrimineringsombudsloven (2005) vurdert saker om brudd på arbeidsgivers aktivitetsplikt i saker om seksuell trakassering.<sup>48</sup> Vurderingstema for både ombud og nemnd er om den ansvarlige har gjort nok for å forebygge eller søke å hindre at seksuell trakassering oppstår i virksomheten, herunder om det er gjort tilstrekkelig for å løse aktuelle problemer.

45. Trakasseringssaker som omfatter alle diskrimineringsgrunnlag, er allerede behandlet av både ombudet og nemnda, se LDOs saksnummer 08/376 (kjønn, arbeidsliv), sak 08/182 (etnisitet, tilgang til tjenester), sak 09/564 (etnisitet, arbeidsliv), sak 09/2390 (etnisitet, arbeidsliv), sak 09/1807 (nedsatt funksjonsevne, innsatt), sak 09/1927 (etnisitet, oppdragsgivere), sak 09/2501 (nedsatt funksjonsevne, tilgang til tjenester), sak 10/1030 (etnisitet, universitet), sak 10/1308 (funksjonsevne, borettslag), sak 11/878 (etnisitet arbeidsliv), sak 11/935 (språk arbeidsliv), sak 12/733 (nasjonal opprinnelse utested), sak 12/296 (nasjonal opprinnelse arbeidsliv, med oppfølgende sak 12/314 om gjengjeldelse), sak 12/691 (seksuell orientering arbeidsliv) og sak 13/489 (seksuell orientering arbeidsliv).

46. Jf. sak 13/2007 (etnisitet), sak 15/2011 (etnisitet), sak 46/2011 (kjønn, nedsatt funksjonsevne), sak 17/2013 (etnisitet) og sak 29/2013 (seksuell orientering).

47. Jf. sak 09/1680 og sak 10/1521.

48. Jf. sak 10/394, sak 11/358 og sak 2004/233.

Nemnda har i realiteten bare vurdert to saker om arbeidsgivers plikt til å forhindre seksuell trakassering,<sup>49</sup> og som kan gi kunnskap om hva arbeidsgiver må ha gjort for å ha oppfylt sin aktivitetsplikt. I begge tilfeller kom nemnda til at den ansvarlige hadde oppfylt sin aktivitetsplikt, riktignok under tvil i den siste saken.

Sak LDN-2014-16 gjaldt en kvinne som mente seg trakassert av sin veileder i 1995, og spørsmål om universitetet hadde gjort nok for å oppfylle sin aktivitetsplikt. Nemnda fant at universitetet i 2008 og 2009 hadde iverksatt en rekke tiltak, som å utarbeide en handlingsplan for HMS der avvikshendelser er omtalt, og en lærings- og miljøundersøkelse i 2009. Kontaktgrupper ble etablert, og det ble utarbeidet prosedyrer for innmelding av trakasseringssaker. Studenter kunne varsle om kritikkverdige forhold via universitetets hjemmeside, og det ble etablert et eget studentombud. Varslingsrutinene for ansatte ble revidert. Et generelt arbeid knyttet til avvikshåndtering, inkludert seksuell trakassering, ble iverksatt, og det ble utarbeidet en ny handlingsplan om likestilling, hvor det tydeliggjøres hvem som er ansvarlig for hva.

I LDN-2014-60 hevdet klager at kommunen skulle ha satt i gang både kartleggingstiltak og forebyggingsstiltak for å statuere nulltoleranse for trakassering i kommunen. Hun mente at kommunen lot det være opp til den enkelte leder å gi informasjon om retningslinjer for varsling, og at kommunen burde ha foretatt arbeidsmiljøundersøkelser for å avdekke kritikkverdige forhold blant sine ansatte. Nemnda fant under tvil at kommunen hadde oppfylt sin aktivitetsplikt ved at varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen hadde vært tema på flere leder-samlinger, at retningslinjer om varsling var tilgjengelige på nett, at retningslinjene var sendt til alle ansatte, og at kommunen hadde gjennomført to medarbeiderundersøkelser med konkrete spørsmål om arbeidsmiljøet og kritikkverdige forhold. Nemnda vurderte også om kommunen hadde brutt plikten til å søke å hindre seksuell trakassering overfor klager, og viste til at det var holdt over 20 møter i sakens anledning, at varselet var meldt til politiet, og at vedkommende som varselet gjaldt, var omplassert mens politisaken pågikk. Vedkommende fikk påbud om ikke å kontakte klager, samt at det ble gitt råd til ham om hans fremferd og oppførsel. Nemnda bemerket at kommunen kunne ha gjort mer i etterkant av politiets henleggelse av saken, men hadde forståelse for kommunens dilemma med hensyn til at det var to arbeidstakere som skulle ivaretas. Nemnda oppfordret kommunen til å evaluere varslingsprosessen.

---

49. Ved søk i Lovdata fremkommer også to andre saker, som av ulike grunner ikke er så relevante: i sak LDN-2011-46 mente en kvinne seg seksuelt trakassert etter at et treningssenter hadde henvendt seg til en bruker av senteret de mistenkte hadde anoreksi. Her vurderte nemnda saken direkte etter § 8a som en individuell sak, og kom til at forholdet ikke var i strid med loven. I nemndas foreløpig siste sak om seksuell trakassering, LDN-2014-68, ble saken avvist fra behandling i nemnda ettersom saksanlegget var anlagt mot Fellesforbundet som ikke var part i saken.

Utfordringen ved begge sakene er at ingen av disse belyser den nedre grensen for hva som kan aksepteres for at arbeidsgiver skal ha oppfylt sin aktivitetsplikt.

### *Effektivisering og håndheving av vernet mot seksuell trakassering*

Som gjennomgangen viser, er rettspraksis om seksuell trakassering sparsommelig de siste 20 årene, både når det gjelder vernets individuelle og dets strukturelle side. Når det gjelder det individuelle vernet, er frisørsaken<sup>50</sup> den eneste saken hvor arbeidstaker er gitt medhold i å ha blitt utsatt for seksuell trakassering, mens arbeidsgiver bare har fått medhold i oppfølging av sin aktivitetsplikt for å forhindre seksuell trakassering gjennom oppsigelse og avskjed i professorsaken,<sup>51</sup> teamledersaken<sup>52</sup> og plattformfomsaken<sup>53</sup>.

Håndheving av vernet etter vedtakelsen av likestillings- og diskrimineringsombudsloven i 2017 er noe endret ved at Likestillings- og diskrimineringsombudet ikke lenger behandler individuelle klagesaker. Departementet forutsetter i forarbeidene at ombudet fortsetter med å gi utstrakt rettighetsveiledning, også i saker om seksuell trakassering.<sup>54</sup> Ombudet kan også ha en rolle som partshjelp i saker om seksuell trakassering.<sup>55</sup>

Likestillings- og diskrimineringsnemnda skal fra 1.1.2018 håndheve alle individuelle klagesaker etter diskrimineringsloven, og også håndheve arbeidsgivers aktivitetsplikt vedrørende seksuell trakassering.<sup>56</sup>

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har etter 1.1.2018 kompetanse til å tilkjenne oppreisning i arbeidsforhold etter diskrimineringsombudsloven § 12. Dette gjelder foreløpig ikke i saker om seksuell trakassering ettersom nemnda ikke har kompetanse til å behandle det individuelle vernet i saker om seksuell trakassering i diskrimineringslovens § 13 første ledd, jf. diskrimineringsombudsloven § 7 første ledd litra a. Dette er nå foreslått endret.<sup>57</sup>

Nemndas kompetanse til å behandle saker om arbeidsgivers strukturelle vern for seksuell trakassering gir ikke ansvarsgrunnlag for erstatning og oppreisning, jf. diskrimineringslovens § 38 første ledd litra a. Dette er ikke foreslått endret.

---

50. LA-2009-202366.

51. HR-2002-273.

52. LA-2009-189015-2.

53. TSOFT-2017-93131.

54. Jf. diskromb § 5(2).

55. Jf. Prop. 80 L (2016–2017) punkt 7.4.9.4. Dette fremheves også i høringsnotatet som har vært på høring høsten 2018, se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-om-etablering-av-et-lavterskeltilbud-for-behandling-av-saker-om-seksuell-trakassering/id2606045/>

56. Jf. diskromb § 7(1).

57. Se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-om-etablering-av-et-lavterskeltilbud-for-behandling-av-saker-om-seksuell-trakassering/id2606045/>

For å få erstatning for seksuell trakassering, både etter forbudets individuelle og strukturelle vern, har det til nå vært nødvendig å reise sak for domstolene. Som vist ovenfor foreligger lite rettspraksis på området, trolig som følge av en høy pro-sessrisiko og vanskelige bevisituasjoner i den enkelte sak, som saksgjennomgan-gen viser. Det vil i ytterst få saker foreligge dokumentasjon som beviser at seksuell trakassering har funnet sted. Det er heller ikke mulig å få rettshjelp i saker om sek-suell trakassering.<sup>58</sup>

For å effektivisere vernet mot seksuell trakassering vil det være nødvendig å jobbe med ulike virkemidler samtidig. Dette kan være å gi Likestillings- og diskri-mineringsnemnda kompetanse til å behandle saker om seksuell trakassering. Det kan også være å få et sterkere likestillings- og diskrimineringsombud med tilstrek-kelige ressurser til å veilede både arbeidsgivere og arbeidstakere i saker om seksu-ell trakassering. Begge disse forslagene har vært på høring høsten 2018. Å kunne ha tilgang til fri rettshjelp i saker om seksuell trakassering, både gjennom å kon-takte lavterskeltilbud for rådgivning og hjelp og å ha tilgang til fri rettshjelp i kon-krete saker for domstolene, vil være en praktisk hjelp for den enkelte. På struktu-relt nivå vil innarbeiding av risikovurderinger med henblikk på trakassering og seksuell trakassering i arbeidsgivers internkontrollsystem med oppfølging av Arbeidstilsynet trolig virke svært forebyggende.

For å få en sak om seksuell trakassering vurdert i domstolen er det nødvendig at saken gjelder et rettskrav, jf. tvl § 1-3, noe krav om erstatning og oppreisning gjør.

I saker om seksuell trakassering hvor klager ikke vil fremsette krav om erst-atning eller oppreisning, vil ikke vedkommende kunne få en vurdering av saken. For noen vil det aller viktigste i en sak om trakassering være at trakasseringen opp-hører og at det fastslås at trakassering har forekommet. Dette kan vurderes av Likestillings- og diskrimineringsnemnda dersom de får kompetanse til å hånd-heve saker om seksuell trakassering, idet nemnda har kompetanse til for eksempel å vurdere om rasistisk trakassering har forekommet eller ikke, og til å kreve stan-sing, retting og andre tiltak for å sikre at trakassering opphører.<sup>59</sup>

---

58. Manglende tilgang til rettshjelp i saker om seksuell trakassering er ikke i samsvar med Norges for-pliktelser etter FNs kvinnekonvensjon artikkel 2a og 2c, jf. mrl § 2. Kvinnekonvensjonen krever et reelt vern mot kjønnsdiskriminering. Dette innebærer ifølge kvinnekomiteens generelle anbefaling nummer 35 om kjønnsbasert vold (punkt 40c) å sikre kvinnelige klagere tilgang til rettshjelp.

59. Jf. diskrombl § 11 annet ledd.

### **Hva nå?**

Inntil nye virkemidler iverksettes, er situasjonen høsten 2018 for håndheving av saker om seksuell trakassering ikke noe særlig annerledes enn den var sommeren 2017 før #metoo-sakene satte sitt preg på media og i sosiale fora. Imidlertid har kampanjen vært en endringsagent ved å synliggjøre dårlig oppførsel i arbeidslivet, i utdanningsinstitusjoner og i organisasjoner. Den har gjort kvinners psykososiale arbeidsmiljø – og hvordan vi oppfører oss mot hverandre – til et tema det ikke lenger er mulig å neglisjere dersom det meldes fra om slikt. Den har også gjort arbeidsgivere som varsles om seksuell trakassering, bevisst på eksistensen av en aktivitets- og handlingsplikt for å forebygge og forhindre seksuell trakassering.