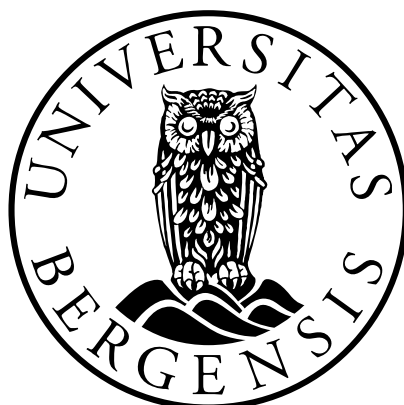


Flørt, spøk eller seksuell trakassering?

En analyse av vilkårene og den nedre grensen for seksuell trakassering etter ldl. § 13 tredje ledd, i lys av HR-2020-2476-A.

Kandidatnummer: 50

Antall ord: 13 795



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet	3
1.3 Rettskilder og metode.....	5
1.3.1 Rettskildebilde.....	5
1.3.2 Særlig om HR-2020-2476-A.....	8
1.3.3 Metodiske utfordringer.....	9
1.4 Avgrensninger	10
1.5 Videre oppsett.....	10
2 Rettslig utgangspunkt.....	12
2.1 Overordnet om likestillings- og diskrimineringsloven § 13 tredje ledd.....	12
2.2 «Seksuell oppmerksomhet»	14
2.3 «Uønsket».....	15
2.4 Krav til «formål eller virkning».....	17
3 Analyse av den nedre grensen for seksuell trakassering	19
3.1 Nærmere om «seksuell» oppmerksomhet.....	19
3.1.1 Relevante omstendigheter – eksempler fra Høyesterett.....	19
3.1.2 Øvrige eksempler på «seksuell oppmerksomhet»	22
3.1.3 Gjeldende rett etter HR-2020-2476-A.....	24
3.2 Når er seksuell oppmerksomhet «uønsket»?	25
3.2.1 Når har man signalisert at oppmerksomheten er uønsket?.....	25
3.2.2 Når behøver man ikke å si ifra?	26
3.3 Terskelvurderingen – «plagsom»	29
3.3.1 Nærmere om «plagsom» og momentene i helhetsvurderingen.....	29
3.3.2 Den nedre grensen – noen eksempler.....	31
4 Rettspolitiske betraktninger.....	35
4.1 «Uønsket» – bør det være et krav om å si ifra?.....	35
4.2 Prosessuelle utfordringer	37
4.2.1 Kort om rettsvirkninger og håndheving	37
4.2.2 Den anklagedes rettssikkerhet	39

5	Oppsummering og konklusjon	41
	Kilderegister	42

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven handler om vernet mot diskriminering, og mer konkret vernet mot seksuell trakassering. Dette er regulert i lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven, ldl.) § 13. Seksuell trakassering defineres i ldl. § 13 tredje ledd som enhver form for «uønsket seksuell oppmerksomhet som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom». Bestemmelsen inneholder flere vilkår med tidvis vanskelige grensedragninger.

Det er ofte knyttet en del usikkerhet rundt om en hendelse kan karakteriseres som erstatnings- og oppreisningsbetingende seksuell trakassering, eller om det kun er tale om en dårlig spøk eller misforstått berøring. Usikkerheten kan knytte seg til flere av vilkårene, eller til vurderingen av om en viss seksuell oppmerksomhet er alvorlig nok til å rammes av forbudet i § 13. For å sikre et godt nok vern mot seksuell trakassering er det behov for tydelige retningslinjer for hva som er å anse som seksuell trakassering, og hvordan man skal gå fram for å bedømme om et konkret tilfelle faktisk er seksuell trakassering eller ikke.

Problemstillingen for denne avhandlingen er å undersøke det nærmere innholdet av vilkårene i ldl. § 13 tredje ledd, om det kan trekkes en nedre grense for seksuell trakassering etter ldl. § 13 tredje ledd, og hvor denne i så tilfelle går. I analysen har den nye Høyesterettsdommen HR-2020-2476-A stor betydning.

1.2 Aktualitet

Seksuell trakassering, både i arbeidslivet og utenfor, er et samfunnsproblem som har en vedvarende aktualitet. «Me too»-bevegelsen, som for alvor fikk fotfeste i 2017, har bidratt til å gi seksuell trakassering i arbeids- og organisasjonslivet mer oppmerksomhet enn tidligere. «Me too» var en kampanje som begynte på nettstedet «Twitter», som avdekte et omfang av

seksuell trakassering som var langt større enn hva den manglende oppmerksomheten rundt problematikken skulle tilsi.¹ Kampanjen ga seksuell trakassering en økt aktualitet.

I en forskningsartikkel fra 2020 gjennomgår Bråten seksuell trakassering i utvalgte bransjer i norsk arbeidsliv.² På spørsmål om de var blitt utsatt for seksuell trakassering³ de siste tre år svarte 21 % av de spurte i hotell- og restaurantbransjen, 17 % av de spurte i helse- og omsorg, 6 % av spurte leger og 11 % av spurte scenekunstnere ja. Andelen kvinner som svarte at de hadde blitt utsatt for seksuell trakassering var høyere enn menn, spesielt i hotell- og restaurantbransjen der 23 % av de spurte kvinnene sammenliknet med 12% av de spurte mennene svarte at de hadde blitt utsatt for seksuell trakassering.⁴ SSBs levekårsundersøkelse for 2019 viser at 8 % av kvinner og 2 % av menn var utsatt for uønsket seksuell oppmerksomhet månedlig eller mer.⁵

Bråtens forskning viser også at mange ikke melder ifra om at de blir utsatt for seksuell trakassering på arbeidsplassen. Andelen som ikke meldte ifra om at de var utsatt for seksuell trakassering var 85 % av legene, 70% av scenekunstnerne, 53 % av ansatte i hotell- og restaurantbransjen og 42 % av helse- og omsorgsarbeiderne.⁶ Den vanligste grunnen til at de spurte i undersøkelsen ikke meldte ifra, var at de selv ikke anså hendelsen(e) som alvorlig nok. En annen viktig grunn til at man ikke meldte fra, var frykt for hvilke konsekvenser det kunne få for videre karriere.⁷

Det er få eksempler på saker om seksuell trakassering i rettspraksis.⁸ Det er usikkert hva dette skyldes, men mulige årsaker kan være at en domstolsprosess er svært kostnadskrevende og langvarig.⁹ Når det også er få som sier ifra om seksuell trakassering, er det naturligvis enda færre som tar saken til domstolene. Regelverket rundt seksuell trakassering har lenge vært

¹ Se mer om me too-kampanjen i Ogeret (2020).

² Se Bråten (2020).

³ Definisjonen av seksuell trakassering som ble brukt i undersøkelsen var hentet fra EU-direktiv 2006/54/EC og lød som følger: ”enhver form for uønsket verbal, ikke-verbal eller fysisk atferd av seksuell art som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom”, se Bråten (2020) s. 27.

⁴ Se Bråten (2020) s. 28

⁵ Statistisk sentralbyrå (2020).

⁶ Se Bråten (2020) s. 32

⁷ Se Bråten (2020) s. 33

⁸ Av saker som gjelder seksuell trakassering som grunnlag for erstatning kan HR-2020-2476-A, LA-2009-202366, LB-2006-124840, LA-2010-100200 og LA-1998-877 nevnes. Utover dette er eksemplene fra rettspraksis for det meste oppsigelses/avskjedssaker. Se TOSLO-2015-31314, TSOFT-2017-93131, TSUMO-2017-174831, LG-2006-95785, LA-2009-189015-2 og Rt. 2002 s. 273.

⁹ Se McClimans (2018) s. 113.

uklart når det gjelder gråsonetilfellene. Det kan spørres om en tydeligere avklaring på hvor den nedre grensen for seksuell trakassering etter likestillings- og diskrimineringsloven går, kan bidra til at partene i arbeidslivet kan bli problemet mer bevisst og gjenkjenne seksuell trakassering når det først oppstår. Det finnes neppe et klart svar på dette spørsmålet, men det må likevel være fordelaktig at jussen bidrar med verktøy til å håndtere påstander om seksuell trakassering.

Forbudet har siden 2017 vært regulert av likestillings- og diskrimineringsloven § 13.

Bestemmelsen fikk i forbindelse med den nye loven en ny og mer objektiv formulering sammenliknet med den tidligere likestillingsloven § 8, men skal gi et like sterkt vern.¹⁰ I desember 2020 avsa Høyesterett sin første dom om seksuell trakassering i HR-2020-2476-A, som gjaldt den nedre grensen for seksuell trakassering etter likestillingsloven 2013 § 8. Dommen gir avklaring på flere punkter og gir anvisning på hvor terskelen for seksuell trakassering skal gå. Samtidig gjenstår flere spørsmål. Det er behov for å se nærmere på hva som er gjeldende rett etter Høyesteretts dom.

Fra 1. januar 2020 fikk Diskrimineringsnemda myndighet til å behandle saker om seksuell trakassering, og på den måten fungere som et lavterskeltilbud.¹¹ Ettersom ofre for seksuell trakassering ikke lenger må gå til domstolene for å få behandlet sin sak, er det grunn til å tro at man vil oppleve en økning i antall saker om seksuell trakassering i Diskrimineringsnemda sammenliknet med hva man har sett i domstolene. Da er det behov for klare og effektive juridiske verktøy for å kunne håndtere disse sakene.

1.3 Rettskilder og metode

1.3.1 Rettskildebilde

Rettskildebildet består i all hovedsak av lovtekst, forarbeider og rettspraksis. Det finnes også noe juridisk teori, i tillegg til hensyn. Den mest sentrale loven er likestillings- og diskrimineringsloven av 2017. Likestillings- og diskrimineringsloven har som formål å «fremme likestilling» og «hindre diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse,

¹⁰ Se Prop.81 L (2016-207) s. 185-186, punkt 18.9.3.

¹¹ Se lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudsloven, diskrol.) § 7 jf. § 1 og Prop.63 L (2018-2019).

seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder og andre vesentlige forhold ved en person», jf. § 1 første ledd. Loven samler de tidligere diskrimineringslovene i en felles lov.¹² Den nye likestillings- og diskrimineringsloven er ellers en videreføring av det som var gjeldende rett.¹³ Loven gjelder på alle livsområder, jf. § 2. Dette innebærer at man har et vern mot seksuell trakassering både på jobb og på fritiden, uavhengig av hvem som utfører trakasseringen.

Forbudet mot diskriminering står i ldl. § 6 første ledd, mens trakassering skilles ut som et eget forbud i § 13. Paragraf 13 definerer trakassering og seksuell trakassering, samt arbeidsgivers plikt til å forebygge og søke å forhindre trakassering og seksuell trakassering. Trakassering kan anses som en form for diskriminering, og forhold som faller innenfor § 13 tredje ledd kan etter omstendighetene også rammes av § 6, men man har valgt å særskilt regulere seksuell trakassering.¹⁴

Selve forbudet mot seksuell trakassering i ldl. § 13 tredje ledd er den norske gjennomføringen av EUs likebehandlingsdirektiv (2006/54/EF) og EUs direktiv om likebehandling av kvinner og menn i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester (2004/113/EF). Seksuell trakassering defineres i art. 2 bokstav d på følgende måte: «enhver form for uønsket, verbal, ikke-verbal eller fysisk atferd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighet, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubahageligt klima». Direktiv 2004/113/EF art. 2 bokstav d har samme ordlyd.

Ordlyden i § 13 tredje ledd bygger på definisjonen av trakassering i EUs likebehandlingsdirektiv. En viktig forskjell er imidlertid at den norske bestemmelsen ikke inneholder et vilkår om at den seksuelle oppmerksomheten skal ha til formål eller virkning «at krænke en persons værdighet», slik EU-regelen har. Dette var et bevisst grep fra departementets side, ettersom det kan tenkes tilfeller av seksuell trakassering som ikke krenker personens verdighet.¹⁵ Videre har EU-regelen et alternativ til formål eller virkning som ikke finnes i den norske regelen – ldl. § 13 stiller ikke noe krav om «ubehageligt klima»,

¹² Tidligere var diskrimineringsgrunnlagene fordelt mellom likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering. Se Semner (2018) s. 24-26 for nærmere redegjørelse for lovhistorikken.

¹³ Se Prop.81 L (2016-2017) side 15

¹⁴ Se også Egeland, Hole og Fladberg Brucker (2020) s. 21

¹⁵ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 186

men har derimot «plagsom» som et eget vilkår. Den norske regelen er dermed etter sin ordlyd en lavere grense for seksuell trakassering enn EU-regelen. Det er ingenting i veien for at man i nasjonal rett kan vedta en strengere regel, ettersom likebehandlingsdirektivet er et minimumsdirektiv, jf. art. 27. Den praktiske konsekvensen av dette blir at praksis fra EU-domstolen og EU-rettslige kilder om den nedre grensen for seksuell trakassering har begrenset betydning ved tolkningen av den norske regelen i ldl. § 13.¹⁶

På arbeidslivets område blir likestillings- og diskrimineringsloven supplert av enkelte bestemmelser i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, aml.). Arbeidsgiver plikter å sørge for et godt psykososialt arbeidsmiljø, herunder å sikre at arbeidstaker ikke utsettes for «trakassering eller annen utilbørlig opptreden», jf. aml. § 4-3 tredje ledd. Det er imidlertid ldl. § 13 som regulerer forbudet mot seksuell trakassering, også i arbeidsforhold.¹⁷

Vernet mot diskriminering er grunnlovsfestet. Det følger av Grunnloven (Grl.) § 98 andre ledd at «intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Bestemmelsen er ny, og kom med etter grunnlovsrevisjonen i 2014.¹⁸ Det er offentlige instanser som er pliktsubjekt etter Grl. § 98.¹⁹ I dette ligger en plikt til å ikke utsette privatpersoner for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, og å sørge for lovgivning som beskytter privatpersoner mot diskriminering fra andre private. Grunnlovsbestemmelsen får i all hovedsak selvstendig betydning i de tilfellene de alminnelige lovene ikke gir et godt nok vern.

FNs kvinnediskrimineringskonvensjon²⁰ art. 2 gjelder som norsk lov, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 5, og danner også en ramme for vernet mot seksuell trakassering. Det stilles ikke noe eksplisitt krav til statene om å forebygge og forhindre seksuell trakassering, men FNs kvinnediskrimineringskomite har uttalt at konvensjonen gir vern mot seksuell trakassering.²¹

¹⁶ Se også Egeland, Hole og Fladberg Brucker (2020) s. 14.

¹⁷ Se også Semner (2018) s. 161-162.

¹⁸ Se grunnlovsforslaget i Dok. 16 (2011-2012) kapittel 26.

¹⁹ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 148

²⁰ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination of Women, 18. December 1979, New York (tråde i kraft 3. September 1981).

²¹ Se Prop.81 L (2016-2017) side 181.

Forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven er omfattende, og inneholder en rekke presiseringer av lovteksten, særlig når det gjelder seksuell trakassering.²² Forarbeidene til både dagens bestemmelse i ldl. § 13 tredje ledd og dens forgjengere vil derfor være viktige tolkningsbidrag i analysen.

Når det gjelder juridisk teori finnes det en del om likestillings- og diskrimineringsrett generelt, men det er kun et begrenset utvalg litteratur om seksuell trakassering spesielt og den nedre grensen for dette.²³

1.3.2 Særlig om HR-2020-2476-A

HR-2020-2476-A gjaldt en ung, kvinnelig industrimekaniker (heretter A), som var eneste kvinnelige ansatte på et mekanisk verksted. Hun ble ansatt som lærling i 2015 da hun var 18 år gammel. A mente seg seksuelt trakassert av to kunder, C og B. C hadde tidligere vært ansatt i virksomheten A jobbet for, og var nå driftstekniker hos en av virksomhetens største kunder. C var en godt voksen mann. B var pensjonert fisker og hadde et fartøy til reparasjon ved flere anledninger i 2016 og 2017. Begge kunder hadde tilgang til verkstedet, og oppholdt seg tidvis der.

Anklagen om seksuell trakassering fra C gikk ut på at han ved ett tilfelle hadde lagt hendene på nedre del av As rygg under genseren, mens hun satt fremoverbøyd på gulvet og utførte arbeid. A reagerte på dette ved å reise seg brått opp og forlate stedet uten å si noe. Ved en senere anledning hadde A møtt C på bedriftens pauserom, hvor C gjorde en armbevegelse som om han skulle ta henne i skrittet. A ga tydelig uttrykk for at hun ikke godtok Cs atferd ved å si «dra til helvete».

For Bs vedkommende gikk anklagen om seksuell trakassering ut på at han gjentatte ganger oppsøkte verkstedet og spurte etter A. I perioder oppsøkte B verkstedet opptil flere ganger i uken. Han var ofte opptatt av hvor A var og oppsøkte henne, uten at hun hadde noe med hans ærend på verkstedet å gjøre. Ved flere anledninger stakk han fingrene sine i midjen hennes og kilte henne. A hadde bedt B om å slutte med dette, men B fortsatte også etter hun hadde sagt

²² Se særlig Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) og Prop.81 L (2016-2017)

²³ Se Ballangrud og Søbstad (2021), Egeland, Hole og Fladberg Brucker (2020), Egeland (2021), McClimans (2018) og Semner (2018).

ifra. Ved en anledning hadde A møtt B på butikken, hvorpå han hadde klappet henne på baken. Bs atferd førte til at A ofte gjemte seg da B oppsøkte verkstedet.

Både tingretten og lagmannsretten frikjente C for seksuell trakassering.²⁴ Lagmannsretten mente at rygg-episoden «neppe [kunne] karakteriseres som seksuell oppmerksomhet» og at «C ikke ble gjort oppmerksom på at A opplevde handlingene som trakasserende før etter hendelsen ved pauserommet», se lagmannsrettens dom side 6. For Bs tilfelle konkluderte både tingretten og lagmannsretten med at seksuell trakassering hadde skjedd.

Høyesterett konkluderte med at både B og C hadde utsatt A for seksuell trakassering. Førstvoterende mente at «rygg-episoden» og hendelsen på pauserommet sett i sammenheng, var «uønsket seksuell oppmerksomhet». Høyesterett uttalte imidlertid at «[m]ye kan tyde på at «rygg-episoden» i seg selv ikke innebar seksuell trakassering i strid med likestillingsloven 2013 § 8. Jeg tar imidlertid ikke uttrykkelig stilling til dette», se dommens avsnitt 87.

Når det gjaldt Bs atferd konkluderte Høyesterett med at han hadde utsatt A for seksuell trakassering. Det avgjørende spørsmålet var om den uønskede, plagsomme oppmerksomheten var «seksuell». Høyesterett besvarte dette spørsmålet bekreftende, men påpekte at handlingene lå i nedre sjikt av oppfyllelsen, se dommens avsnitt 105.

1.3.3 Metodiske utfordringer

I analysen skal jeg benytte rettsdogmatisk metode²⁵ etter de etablerte rettskildeprinsippene om relevans, slutning og vekt. Dette gjelder særlig kapitlene 2 og 3, mens kapittel 4 inneholder mer rettspolitiske analyser.

Rettsområdet er ikke innenfor verken det strafferettslige eller det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippets område, slik at legalitetsprinsippet ikke legger føringer i lovtolkningen. Likevel er en påstand om seksuell trakassering en belastende anklage. Selv om det ikke er tale om en formell straffereaksjon eller et forvaltningsmessig inngrep, er seksuell trakassering med påfølgende erstatnings- og/eller oppreisningsansvar belastende å bli dømt for. Man bør derfor være varsom med å gjøre tolkninger som strekker lovens ordlyd for langt.

²⁴ Se tingrettens dommer med felles referanse TSENJ-2018-152351, TSENJ-2018-152389 og TSENJ-2018-152424, og lagmannsrettsdommen LH-2019-87696, LH-2019-135298 og LH-2019-135300

²⁵ Se Graver (2008) for en nærmere redegjørelse for rettsdogmatisk metode og hvordan dette skiller seg fra «alminnelig» juridisk metode.

HR-2020-2476-A er som eneste Høyesterettsdom om problemstillingen et prejudikat når det gjelder de nedre grensene for seksuell trakassering. I mangel på andre eksempler fra Høyesterettspraksis, vil jeg bruke underrettspraksis og praksis fra Diskrimineringsnemda som eksempler i oppgaven. Den rettskildemessige vekten sammenliknet med Høyesterettsdommen er imidlertid begrenset, og vil kun få betydning dersom Høyesterettsdommen ikke løser spørsmålet.²⁶

1.4 Avgrensninger

Selv om likestillings- og diskrimineringsloven gjelder på alle livsområder, er de fleste eksempler på seksuell trakassering å hente fra arbeidslivet. Jeg kommer derfor å ha hovedfokus på seksuell trakassering på arbeidslivets område i oppgaven.

Arbeidsgivere, organisasjonsledelse og utdanningsinstitusjoner er pålagt en særskilt plikt til å «forebygge og søke å hindre trakassering og seksuell trakassering» innenfor sitt ansvarsområde, jf. § 13 sjette ledd. Dette utgjør det strukturelle vernet mot seksuell trakassering. Oppgaven avgrenses mot en nærmere vurdering av dette.

Mange tilfeller av atferd som faller innunder ldl. § 13 tredje ledd, kan også rammes av straffelovens kapittel om seksuallovbrudd. Det avgrenses imidlertid mot en vurdering av den strafferettslige siden av seksuell trakassering. Bruken av ordet ”fornærmede” i denne oppgaven må derfor ikke forveksles med den strafferettslige fornærmede-begrepet.

Jeg har valgt å inkludere en kort bemerkning til de rettssikkerhetsmessige utfordringene ved håndheving av forbudet i kapittel 4.2. Formålet med denne delen er å sette problemstillingen i dens kontekst, og belyse eventuelle utfordringer. Det er ikke ment som en inngående analyse av håndhevingen av forbudet.

1.5 Videre oppsett

Avhandlingen legges opp på følgende måte. Kapittel 2 er en nærmere redegjørelse for vilkårene og de rettslige utgangspunktene for analysen. Selve analysen av den nedre grensen

²⁶ Se for eksempel Mestad (2019) s. 94

er i kapittel 3, og det er her og i kapittel 4.1 jeg har hatt mitt hovedfokus. I 4.2 løfter vi blikket og ser på eventuelle prosessuelle utfordringer, før oppsummering og konklusjon i kapittel 5.

2 Rettslig utgangspunkt

2.1 Overordnet om likestillings- og diskrimineringsloven § 13 tredje ledd

Seksuell trakassering er i ldl. § 13 tredje ledd definert som «enhver form for uønsket seksuell oppmerksomhet som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom». Definisjonen har flere likheter med den generelle definisjonen av trakassering i § 13 andre ledd, foruten vilkåret om «uønsket seksuell oppmerksomhet» og vilkåret om at formålet eller virkningen for den seksuelle trakasseringen også kan være «plagsom».

Lovens definisjon av seksuell trakassering har nok en videre betydning enn hva folk flest legger i begrepet «trakassering» i dagligtalen. «Trakassering» høres etter sin ordlyd veldig alvorlig ut, og nevnes ofte sammen med mobbing eller andre alvorlige krenkelser.

Bokmålsordboka definerer å «trakassere» som å utsette noen for stadig sjikane.²⁷ Som drøftelsen nedenfor vil vise, kan seksuell trakassering i lovens forstand også omfatte mindre alvorlige tilfeller. Dette ga også Høyesterett uttrykk for i HR-2020-2476-A, se avsnitt 51.

Dette skyldes blant annet at også seksuelle handlinger som «kun» oppleves som plagsomme, og som ikke nødvendigvis er krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende, rammes.

Definisjonen av seksuell trakassering ble endret ved vedtakelsen av likestillings- og diskrimineringsloven. I den tidligere likestillingsloven av 2013 § 8 første ledd lød definisjonen som følger: «Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer». I forarbeidene presiseres det at ordlyden i den nye bestemmelsen skulle forstås på samme måte som det som var gjeldende rett, og at merknadene i Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) fremdeles er uttrykk for hvordan bestemmelsen skal forstås.²⁸ At lovendringen ikke medfører innholdsmessige endringer ble også påpekt i HR-2020-2476-A, se avsnitt 53. Rettskildene til de tidligere bestemmelsene om seksuell

²⁷ Kirkeby (2014) s. 1671

²⁸ Prop.81 L (2016-2017) s. 185-186

trakassering vil derfor kunne gi veiledning ved tolkningen av den nye bestemmelsen i ldl. § 13 tredje ledd.²⁹

I HR-2020-2476-A uttalte Høyesterett om den tidligere likestillingslovens § 8 at vilkårene «uønsket seksuell oppmerksomhet» var grunnvilkår, og «plagsom for den oppmerksomheten rammer» inneholdt terskelen for forbudets rekkevidde, se dommens avsnitt 50. Jeg mener at samme system må gjelde for dagens bestemmelse i ldl. § 13 tredje ledd. Ordlyden stiller for det første krav om at «uønsket seksuell oppmerksomhet» må foreligge. Deretter må den uønskede seksuelle oppmerksomheten ha et bestemt formål eller virkning. De alternative formålene/virkningene angir ulike terskler og krav til alvorlighetsgrad. Dette er det samme systemet som den tidligere bestemmelsen hadde, bare med flere alternativer til formål eller virkning enn kun «plagsom». Etersom det fremgår eksplisitt av forarbeidene og av Høyesterett at endringen i ordlyden ikke skulle medføre endringer i gjeldende rett, må det være klart at det fremdeles er tale om grunnvilkår og en terskelvurdering

De tre vilkårene om at det må foreligge «seksuell oppmerksomhet» som er «uønsket», og som har til «formål eller virkning å være krenkende, skremmende fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom», er kumulative vilkår. Dette følger av ordlyden, og er klart forutsatt i forarbeidene³⁰ og av Høyesterett. Momenter fra vurderingen av om det foreligger «uønsket seksuell oppmerksomhet» vil imidlertid også kunne få betydning i helhetsvurderingen av om kravene til formål og/eller virkning er oppfylt. Jeg vil gå nærmere inn på dette i kapittel 3.3.

Det overhengende hensynet bak likestillings- og diskrimineringsloven, og likestillings- og diskrimineringsretten generelt, er å beskytte grupper som tradisjonelt sett har hatt en utsatt posisjon i samfunnet. Dette kommer fram blant annet av § 1 tredje ledd, hvor det fremgår at loven «tar særlig sikte på å bedre kvinners og minoriteters stilling» og at loven skal «bidra til å bygge ned samfunnsskapte barrierer, og hindre at nye skapes». Vernehensynet er derfor et sentralt hensyn på likestillings- og diskrimineringsrettens område som får betydning i tolkningen av rettsregler. Spørsmålet om hvor langt vernet mot diskriminering strekker seg må imidlertid avbalanseres mot motstridende hensyn. Seksuell trakassering er et illustrerende eksempel. Seksuell trakassering etter ldl. § 13 er ikke i seg selv straffbart. Likevel er seksuell

²⁹ Se Ballangrud og Søbstad (2021) s. 295, som trekker samme slutning.

³⁰ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 320

trakassering en svært belastende anklage, slik at hensynet til et effektivt vern mot seksuell trakassering vil måtte veies opp mot den anklagedes rettssikkerhet når man tolker rettsreglene.

2.2 «Seksuell oppmerksomhet»

I det følgende skal jeg gå nærmere inn på innholdet av de enkelte vilkårene. Et av grunnvilkårene for seksuell trakassering etter ldl. § 13 tredje ledd, er at det må foreligge «seksuell oppmerksomhet». Andre typer trakassering, for eksempel trakassering på grunn av kjønn, må løses etter § 13 andre ledd.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden av «oppmerksomhet» tilsier at det må være en form for kontakt, forsøk på kontakt eller tilnærming mellom den som trakasserer og den som blir trakassert. Bokmålsordboka definerer «oppmerksomhet» som «interesse» eller «konsentrasjon», og som noe man har rettet mot en person, et objekt eller en situasjon.³¹ Forarbeidene sier ikke noe om innholdet av «oppmerksomhet» isolert sett. Ballangrud og Søbstad mener at ordlyden av «oppmerksomhet» tilsier et krav om at den seksuelle trakasseringen må rette seg mot en konkret person.³² Jeg er enig i at den som gir oppmerksomhet, nødvendigvis må gi den til *noen*. Det må imidlertid trekkes et skille mellom en person som opptrer på en seksuell måte uten å ha en målgruppe, og en person som gir seksuell oppmerksomhet til flere konkrete personer. Sistnevnte vil klart kunne omfattes av § 13 tredje ledd.

Oppmerksomheten kan gis på alle mulige måter, jf. vilkåret «enhver form for». Det vil si at den kan være verbal, ikke-verbal og fysisk. Ordlyden av «oppmerksomhet» isolert sett gir ingen indikasjoner på hvor alvorlig atferden må være for å omfattes av forbudet. Det kan dreie seg om alt fra straffbare handlinger som voldtekt eller blotting, til kommentarer, blick eller mindre berøringer.

Oppmerksomheten må være «seksuell». Bokmålsordboka definerer «seksuell» som noe «som gjelder kjønnslivet».³³ Ordlyden tilsier altså at oppmerksomheten må knytte seg til kjønnslivet, kropp eller seksualitet. McClimans tolker også vilkåret slik.³⁴

³¹ Kirkeby (2014) s. 1142

³² Ballangrud og Søbstad (2021) s. 296

³³ Kirkeby (2014) s. 1374

³⁴ Se McClimans (2018) s. 96

I forarbeidene står det at «med «seksuell oppmerksomhet» menes oppmerksomhet av seksuell karakter eller seksuelt betont oppmerksomhet».³⁵ De mildeste tilfellene av seksuell oppmerksomhet beskrives som «unødvendig berøring og plukking».³⁶ Forarbeidene setter altså terskelen for hva man kan anse som «seksuell» oppmerksomhet relativt lavt.

Hva som menes med «seksuell oppmerksomhet» var tema i HR-2020-2476-A. Her ble det presisert at det er tilstrekkelig at oppmerksomheten er seksuelt betont, se dommens avsnitt 60. Høyesteretts vurdering av handlingene C gjorde mot A er spesielt interessant. Lagmannsretten hadde konkludert med at vilkåret om «seksuell oppmerksomhet» ikke var oppfylt, fordi handlingen ikke fremsto som «utpreget seksualisert». Høyesterett var enig i at handlingene C hadde gjort ikke var utpreget seksualiserte, men påpekte at dette ikke var kravet for at vilkåret skulle være oppfylt. Det er tilstrekkelig at handlingene var seksuelt betont, se dommens avsnitt 82. Det er ikke et krav at den seksuelle oppmerksomheten er motivert a seksuelt begjær. Dette er presisert i forarbeidene³⁷, og av Høyesterett i HR-2020-2476-A avsnitt 82.

Når det kommer til selve vurderingen av om en atferd er «seksuell oppmerksomhet», uttalte Høyesterett i avsnitt 60 i HR-2020-2476-A at det må «påvises at oppmerksomheten – etter en objektiv vurdering – er seksuelt betont eller av seksuell karakter. Omstendighetene rundt oppmerksomheten vil her stå sentralt, og kan lede til at handlinger og adferd av samme karakter må vurderes ulikt, avhengig av omstendighetene rundt handlingene». Det må altså gjøres en konkret vurdering i den enkelte sak av om oppmerksomheten er «seksuell».

2.3 «Uønsket»

Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger seksuell oppmerksomhet, denne må også være «uønsket», jf. ldl. § 13 tredje ledd. Ordlyden av «uønsket» tilsier først og fremst at oppmerksomheten ikke er ønsket eller velkommen. Gjensidig seksuell oppmerksomhet faller derfor utenfor.

Ifølge forarbeidene skal vurderingen av om en atferd er «uønsket», bero «utelukkende på oppfatningen hos det enkelte individ som rammes».³⁸ Det skal altså gjøres en subjektiv

³⁵ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 320

³⁶ Se Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 72

³⁷ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 320

³⁸ Prop.81 L (2016-2017) s. 320

vurdering av hva den enkelte opplever som uønsket, og det skal legges vekt på individuelle forskjeller. Forarbeidene til den tidligere likestillingsloven presiserer imidlertid at utøveren av oppmerksomheten må «likevel bli gjort klar over at handlingen er uønsket».³⁹ Videre på samme sted står det at «seksuell oppmerksomhet vil derfor gå over til seksuell trakassering dersom den som utøver dette fortsetter, til tross for at det er blitt gjort klart at mottakeren anser den seksuelle oppmerksomheten som uønsket». Utgangspunktet er dermed at den fornærmede må gi aktivt uttrykk for at oppmerksomheten skal være uønsket. Dette utgangspunktet nyanseres med at enkelttilfeller kan anses uønsket dersom de er «tilstrekkelig alvorlig», og at handlingspersonen derfor burde forstått at handlingen var uønsket.⁴⁰ Det samme er lagt til grunn i forarbeidene til någjeldende bestemmelse.⁴¹

Høyesterett følger utgangspunktet i forarbeidene om at den som utøver oppmerksomheten må gjøres klar over at oppmerksomheten er uønsket i HR-2020-2476-A, se avsnitt 61 flg. Dersom man ikke gjør det klart at berøringen er uønsket, blir det avgjørende om «handlingene er av en slik karakter og alvorlighet at en alminnelig aktsom handlingsperson etter en samlet vurdering bør forstå at oppmerksomheten er uønsket», se avsnitt 63. Videre skriver førstvoterende i avsnitt 64 at «momenter ved denne aktsomhetsvurdering vil – ut over selve karakteren av adferden – typisk kunne være om det foreligger et skjevt maktforhold mellom partene, og om parten burde forstå at den som får oppmerksomheten, frykter at avvisning kan få negative konsekvenser, se Prop.81 L (2016-2017) side 186. Det må også få betydning om den som oppmerksomheten rettes mot, er i en særlig sårbar situasjon». I de siterte forarbeidene står det at «departementet vil presisere at det ikke er et absolutt krav om at fornærmede må ha gjort oppmerksom på at adferden er uønsket. Et slikt krav vil være uheldig hvis uønsket seksuell oppmerksomhet finner sted i relasjoner der det foreligger et skjevt maktforhold og hvor fornærmede er redd for at en avvisning kan føre til negative reaksjoner».⁴²

Oppsummert er utgangspunktet at handlingen subjektivt sett må være uønsket for den som blir utsatt for den, og at man gjør den som gir oppmerksomheten oppmerksom på dette. Hvis man ikke gjør dette, vil det avgjørende bli om handlingen er av en slik karakter og alvorlighet at en alminnelig person burde forstått at denne var uønsket.

³⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72

⁴⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72

⁴¹ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 320

⁴² Prop.81 L (2016-2017) side 186

2.4 Krav til «formål eller virkning»

Dersom en person har blitt utsatt for «uønsket seksuell oppmerksomhet», blir det siste spørsmålet om oppmerksomheten har til «formål eller virkning» å være «krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom», jf. § 13 tredje ledd. Det kan for eksempel tenkes at det foreligger «uønsket seksuell oppmerksomhet» uten at dette er seksuell trakassering. Det kreves en viss alvorlighetsgrad. Denne terskelvurderingen ligger i kravet til «formål eller virkning».

Ordlyden av «formål *eller* virkning» (min kursivering) tilsier at både tilsiktede følger og utilsiktede følger omfattes. Det vil si at en atferd kan ha som «virkning» å være skremmende, uten at dette var intensjonen til den som ga den seksuelle oppmerksomheten. I motsatt fall kan også atferd som var ment å være skremmende, altså at vedkommende hadde som «formål» å skremme, omfattes av bestemmelsen selv om atferden ikke virket skremmende på fornærmede.⁴³ Det at både formål og virkning omfattes, medfører også at det ikke gjelder noe formelt skyldkrav for den som utfører den seksuelle trakasseringen.⁴⁴

De mulige formålene og/eller virkningene som står opplistet i loven er alternative, slik at det er tilstrekkelig at bare ett alternativ er oppfylt. Foruten alternativet for «plagsom», er alternativene de samme som i bestemmelsen om trakassering i § 13 andre ledd, og bør derfor tolkes på samme måte. I forarbeidene står det at kriteriene «skremmende» og «fiendtlig» er ment til å omfatte trusler om blant annet vold. Kriteriene «krenkende», «nedverdiggende» eller «ydmykende» skal ikke tolkes for snevert. Det skal gjøres en helhetsvurdering med utgangspunkt i fornærmedes opplevelse av handlingen, som må suppleres med en objektiv vurdering av atferdens alvorlighetsgrad.⁴⁵

Som nevnt i punkt 2.1. endret man formuleringen av forbudet ved vedtakelsen av likestillings- og diskrimineringsloven § 13. Dette var for å få en mer objektiv bestemmelse, som var i bedre overensstemmelse med det som faktisk var gjeldende rett. Dette ble begrunnet i hensynet til rettssikkerhet, og at det var betenkelig at lovens definisjon av seksuell trakassering skulle gi uttrykk for at vurderingen kun skulle bero på den fornærmedes subjektive følelse av hva som er plagsomt.⁴⁶ Departementet foreslo derfor å endre bestemmelsen til dagens ordlyd, uten å

⁴³ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 319

⁴⁴ Se også Ballangrud og Søbstad (2021) s. 304

⁴⁵ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 320

⁴⁶ Prop.81 L (2016-2017) s. 185-186

svekke vernet mot seksuell trakassering. Man valgte å beholde vilkåret «plagsom». Det var for å også ramme den mer «vennligsinnede» seksuelle oppmerksomheten.⁴⁷ Da vil også for eksempel klønete forsøk på flørt på tross av avvisning på en arbeidsplass etter omstendighetene kunne omfattes, uten at denne typen atferd er «skremmende» eller passer inn i noen andre av de mer alvorlige alternativene. Jeg vil gå nærmere inn på innholdet av alternativet for «plagsom» virkning eller formål i kapittel 3.3.

Den praktiske konsekvensen av endringen er at det i den nåværende bestemmelsen kommer tydeligere frem at det skal gjøres en helhetlig vurdering der objektive momenter er av betydning, ikke bare fornærmedes opplevelse.

⁴⁷ Se Prop.81 L (2016-2017) s.186 der departementet viser til Advokatforeningens merknader på s. 184

3 Analyse av den nedre grensen for seksuell trakassering

3.1 Nærmere om «seksuell» oppmerksomhet

3.1.1 Relevante omstendigheter – eksempler fra Høyesterett

I dette kapitlet skal jeg se nærmere på hvordan man går frem for å vurdere grensetilfeller som ligger i det nedre sjiktet for forbudet mot seksuell trakassering, og forsøke å kartlegge hvor den nedre grensen går. Som nevnt er vilkårene i ldl. § 13 kumulative, og kan deles inn i to grunnvilkår og en avsluttende terskelvurdering. Det første vilkåret man må ta stilling til er om det foreligger «seksuell oppmerksomhet».

De største utfordringene med vilkåret om «seksuell oppmerksomhet» oppstår i det nedre sjiktet. Om noe er å anse som «seksuell oppmerksomhet» i et bestemt tilfelle, må avgjøres ved en konkret vurdering. Dette kan illustreres ved å endre litt på faktum i HR-2020-2476-A.

Dersom det ikke hadde vært C, som var en eldre mann og viktig kunde for As arbeidsplass, men heller en jevnaldrende venninne som gjorde handlingen i den såkalte «rygg-episoden», kan det stilles spørsmål ved om ikke bare «plagsom»-vurderingen ville blitt annerledes, men også vurderingen av om dette var «seksuell» oppmerksomhet i det hele tatt. En annen vri på faktum kan være at A stod oppreist da C tok henne på ryggen. Eller om han tok henne på ryggen for å koste bort et insekt, og spurte om tillatelse først. Eller om han tok henne på øvre del av rygg med klær imellom. Avhengig av omstendighetene rundt situasjonen, kunne alle disse scenarioene fått ulik vurdering.

Etter ordlyden skal det være oppmerksomhet som gjelder kjønnslivet, kropp og/eller seksualitet. Høyesterett har lagt noen føringer for denne vurderingen ved å presisere hva seksuelt betont oppmerksomhet er, og at seksuelt begjær ikke er et krav. Vurderingen skal være objektiv, og omstendighetene rundt oppmerksomheten skal stå sentralt. Spørsmålet blir så hvilke omstendigheter man kan legge vekt på i den konkrete vurderingen. I det følgende skal vi se nærmere på rettspraksis for å se på noen eksempler på både fysisk, ikke-verbal og verbal «seksuell oppmerksomhet», og undersøke hva som er relevant å legge vekt på i vurderingen av om en viss type atferd er «seksuell» i lovens forstand.

I vurderingen av om «rygg-episoden» mellom C og A i HR-2020-2476-A var seksuell oppmerksomhet, la Høyesterett vekt på at A «satt på kne på gulvet i en sårbar situasjon, lent fremover mens hun utførte en arbeidsoperasjon», se dommens avsnitt 83. I tillegg til å vurdere berøringens art, la Høyesterett altså vekt på As sårbare kroppsposisjon og mulighet til å verge seg mot handlingen i vurderingen av om handlingen var «seksuell» oppmerksomhet. En berøring på bar hud på nedre del av rygg ble i denne sammenhengen ansett som intim nok til å være seksuelt betont.

Høyesteretts vurdering av Bs atferd mot A er godt egnet til å illustrere at en handling kan være seksuelt betont i en situasjon, og ikke i en annen, avhengig av omstendighetene. I vurderingen av om Bs atferd var «seksuell» la Høyesterett vekt på at det var snakk om unødvendige og gjentakende berøring av midjen til A, som B gjentatte ganger hadde fått beskjed om at var uønsket. Den gjentakende kilingen i midjen ble sett i sammenheng med hendelsen der B klapset A på baken, som Høyesterett mente «klart er av seksuell karakter». Høyesterett stiller seg bak lagmannsrettens konklusjon. Lagmannsretten hadde også lagt vekt på at B oppsøkte A når han var på verkstedet uten å ha behov for dette, og prøvde å få kontakt med henne når han var der. Høyesterett kom til at handlingene var tilstrekkelig seksuelt betont, selv om det nok var i nedre sjikt, se dommens avsnitt 105.

Hvis man ser for seg et annet scenario, for eksempel at As bestefar ofte kom innom verkstedet for å hilse på A, og alltid hilste på barnebarnet sitt ved å kile henne i midjen, ville man nok vurdert situasjonen annerledes. Slik jeg leser dommen anser Høyesterett kilingen som seksuelt betont når den ses i sammenheng med den intensivt oppsøkende og unødvendige atferden fra en person A ikke ønsket å ha den typen kontakt med, og hendelsen med klapsen på baken på butikken. Dette illustrerer at flere handlinger må ses i sammenheng. I tillegg reiser dette spørsmål om også relasjonen mellom partene er en relevant omstendighet i vurderingen av om en handling er «seksuell» i lovens forstand. Dette besvares ikke eksplisitt av Høyesterett.

Egeland har kritisert Høyesteretts behandling av «seksuell oppmerksomhet»-vilkåret i HR-2020-2476-A. Kritikken går for det første ut på manglende behandling av ordlyden, men hun mener også at de vurderingsmomentene i spørsmålet om «seksuell» oppmerksomhet som Høyesterett oppstiller ikke er tilstrekkelige.⁴⁸ Egeland mener at vurderingen i større grad burde knyttes til ordlyden av «seksuell» - hun skriver at testen kunne vært om det er

⁴⁸ Se Egeland (2021) s. 10-15

«sannsynlig at avgivers oppmerksomhet hadde med avgivers eget kjønnsliv – eller tanker om eget eller andres kjønnsliv – å gjøre?». ⁴⁹ På samme sted skriver hun hvilke momenter hun mener er relevante: om en berøring er nødvendig eller ei, hvor på kroppen berøringen skjedde, med hvilken del av sin kropp avgiveren brukte til berøringen, bevegelsens karakter og i hvilken kontekst berøringen skjedde. Til sist skriver hun at partenes kjønn og seksuelle legning kan få betydning.

Det er vanskelig å gi en presis definisjon av hva som er seksuell oppmerksomhet og ikke, noe også Egeland påpeker i sin artikkel. Samtlige av momentene hun oppstiller vil nok kunne være relevante i mange tilfeller, og er kanskje også en mer presis angivelse av den vurderingen Høyesterett faktisk gjør i HR-2020-2476-A enn det Høyesterett selv beskriver. Det mest interessante i denne sammenhengen er kjønn og seksuell legning som moment. Dette er, som Egeland også selv påpeker, diskrimineringsrettslig utfordrende, og bør derfor ikke være noe annet enn et moment i en helhetsvurdering. ⁵⁰ Man bør være tilbakeholden med å legge vekt på slike faktorer, ettersom man da kan stå i fare for å bedømme noen strengere enn andre. I tillegg kan menn seksuelt trakassere andre menn og kvinner seksuelt trakassere andre kvinner, og her vil ikke kjønn være relevant. En annen utfordring er at det fort kan grense til en vurdering av seksuelt begjær, som er påpekt i forarbeider og praksis at ikke er et krav.

Kjønn som faktor i spørsmålet om atferden er «seksuell» er ikke nevnt eksplisitt noen av de eksemplene fra rettspraksis som nevnes under. Likevel bemerkes det ofte at fornærmede er en ung kvinne (i saker der den anklagede er en mann). ⁵¹ Eksempelet innledningsvis i punkt 3.1.1, om at dersom det var en jevnaldrende venninne som hadde tatt A på nedre del av ryggen på bar hud da hun stod i en sårbar fysisk posisjon, viser at kjønn har en viss betydning for hva man anser som seksuelt betont og ikke. Jeg synes imidlertid det er mer dekkende å si at den observerbare relasjonen mellom partene kan være et moment i vurderingen. Her dekkes både kjønn, legning, type bekjentskap eller forhold med mer, som er faktorer som kan få ulik betydning avhengig av den konkrete sak. Men dette er kun et moment i en større vurdering, som man bør være varsom med å vektlegge for tungt.

⁴⁹ Egeland (2021) s. 13

⁵⁰ Egeland (2021) s. 14

⁵¹ Se for eksempel TSUMO-2017-174831 og TOSLO-2015-31314.

Høyesterett legger altså eksplisitt vekt på om handlingen bærer preg av å være unødvendig eller formålsløs i situasjonen, og om berøringen skjedde på et etter forholdene intimt sted på fornærmedes kropp. Det legges også vekt på fornærmedes mulighet til å forlate situasjonen eller avverge den, og oppmerksomhetens hyppighet. Relasjonen mellom partene har etter min mening også en viss betydning, spesielt i det nedre sjiktet.

HR-2020-2476-A har også et eksempel på ikke-verbal seksuell oppmerksomhet, som er hendelsen på pauserommet da C i det A skulle gå forbi han på veg ut, gjorde en armbevegelse der han lot som om han ville ta henne i skrittet. Det var ifølge Høyesterett ingen tvil om at dette var «seksuell oppmerksomhet».

3.1.2 Øvrige eksempler på «seksuell oppmerksomhet»

Når det gjelder verbal seksuell oppmerksomhet er det et par saker fra underrettspraksis som er interessant å se nærmere på. Vektersaken fra Oslo tingrett⁵² gjaldt oppsigelse av en vokter etter to hendelser av påstått seksuell trakassering. Den ene hendelsen var en kommentar til en yngre, nyansatt kvinnelig vaktleder da den tidligere ansatte satt på pauserommet med buksebena brettet opp. Han sa følgende kommentar: «håper det ikke blir for mye mann for deg sånn at du dåner og hvis du gjør det kan jeg bære deg opp på et hemmelig rom i [arbeidsplass]». Retten mente uttalelsen tydelig antydte om noe seksuelt. Retten konkluderte på at den mente uttalelsen var seksuell trakassering etter dagjeldende likestillingslov § 8. Uttalelsen er et eksempel på et verbalt utsagn av en slik karakter som må sies å ligge i kjernen av «seksuell oppmerksomhet»

Den andre hendelsen skjedde med en annen kvinnelig, nyansatt kollega, i det de og noen flere kolleger var i heisen på veg til å skifte. Saksøker hadde kneppet opp skjorta og slipset og spurte om hun ville se mer. Her la retten vekt på at kvinnen var betydelig yngre enn saksøker, hun var nyansatt og de kjente ikke hverandre. Tingretten mente denne hendelsen var mindre alvorlig enn den første, og kom ikke med en konklusjon om det var seksuell trakassering i lovens forstand. Også i vektersaken ble omstendigheter som kontekst og relasjonen mellom partene vektlagt i vurderingen av om et utsagn er seksuelt betont, i tillegg til en vurdering av selve utsagnets karakter.

⁵² TOSLO-2015-31314

En oppsigelsessak fra Gulating lagmannsrett⁵³ er et eksempel på et verbalt utsagn som har en mer uklar seksuell karakter. Her hadde den tidligere ansatte sendt meldinger og stilt spørsmål med seksuelle undertoner til en yngre kvinnelig ansatt, og stirret på henne på arbeidsplassen. Han hadde også kalt den kvinnelige ansatte for «pus», hvilket hun hadde bedt han slutte med uten at noe endret seg. Ved en anledning hadde han sagt «hva er favorittmiddagen din og da tenker jeg ikke på mat» til henne. Under et drøftelsesmøte hadde den ansatte stilt spørsmål som både fornærmede og arbeidsgiveren mente hadde en seksuell undertone.⁵⁴ Det var også sendt meldinger til andre kvinnelige ansatte. Meldingene hadde blitt sendt seint på kvelden, og dette ble opplevd som plagsomt. Lagmannsretten vurderte atferden som uønsket og plagsom, men konkluderte med at det ikke var seksuelt.

Til forskjell fra vektersaken, var det ikke noen tydelige hint til seksuell omgang i disse utsagnene, som gjør de mindre alvorlige. Det kan imidlertid diskuteres om denne saken ville fått et annet utfall i dag, i lys av HR-2020-2476-A. Å kalle en kollega man ikke har noen spesiell relasjon til for «pus», stirre på vedkommende og stille spørsmål med seksuelle undertoner, særlig når disse ses i sammenheng, kan nok tenkes å være tilstrekkelig seksuelt betont oppmerksomhet til å oppfylle lovens vilkår etter dagens forståelse av vilkåret. Det var unødvendig atferd som skjedde ved flere anledninger.

Det kan diskuteres om det skal mindre til for at en fysisk berøring anses som seksuelt betont, enn at et verbalt utsagn gjør det. Bs atferd i HR-2020-2476-A viser at det ikke skal mye til for at en berøring anses som «seksuell», avhengig av omstendighetene rundt. Man kan kanskje si generelt at en berøring lettere vil kunne være mer intim enn en kommentar isolert sett. Vurderingen avhenger imidlertid av omstendighetene. Rettskildene gir ikke grunnlag for å oppstille ulike terskler for fysisk og verbal oppmerksomhet.

Andre eksempler fra rettspraksis der vilkåret om «seksuell» oppmerksomhet var oppfylt, er blant annet frisørsaken fra Agder lagmannsrett.⁵⁵ Her hadde daglig leder på frisørsalongen vist pornografi til fornærmede, samt forsøkt å kysse henne og stilt seg inntil henne mens han hadde reisning. Et annet eksempel er en oppsigelsessak fra Sogn og Fjordane tingrett⁵⁶, hvor saksøker sendt bilde av sitt kjønnsorgan til en ung, kvinnelig nyansatt kollega, samt meldinger

⁵³ LG-2006-95785

⁵⁴ Selve formuleringen av den tidligere ansattes spørsmål ble ikke gjengitt i lagmannsrettens dom.

⁵⁵ LA-2009-202366

⁵⁶ Se TSOFT-2017-93131. Tingretten tok ikke eksplisitt stilling til ldl. § 13 tredje ledd, men det er ingen tvil om at vilkåret "seksuell" oppmerksomhet i så fall ville vært oppfylt.

som antydde ønske om seksuell omgang. Avskjedssaken i Rt. 2002 s. 273 kan nevnes som et eksempel på et mer alvorlig tilfelle av seksuell oppmerksomhet, der en professor hadde hatt seksuell omgang med en stipendiat som var ufrivillig fra hennes side.

3.1.3 Gjeldende rett etter HR-2020-2476-A

I de fleste saker i domstolene der seksuell trakassering har vært et tema, har ikke spørsmålet om oppmerksomheten var «seksuell» kommet på spissen. HR-2020-2476-A er en av få saker der det var tvil om dette spørsmålet. Høyesterett setter grensen for hvor seksualisert en handling må være for å anses som seksuelt betont, og dermed oppfylle vilkåret som «seksuell oppmerksomhet», lavt. Føringen fra forarbeidene om at handlingen kun må være seksuelt betont er ikke ny, dette var også gjeldende rett i den tidligere likestillingsloven.⁵⁷ Det er imidlertid først med HR-2020-2476-A at forarbeidenes anvisning på hvor grensen går har fått et tydeligere innhold. Dommen bidrar med eksempler på hva som er i nedre sjikt av «seksuell oppmerksomhet», og tydeliggjør noen vurderingsmomenter. Det må gjøres en konkret vurdering av handlingen og omstendighetene rundt, der det kan legges vekt på omstendigheter som (u)nødvendighet, grad av intimitet, mulighet til å verge seg, tid, sted og situasjon. Relasjonen mellom partene har også en implisitt betydning. Listen er ikke uttømmende.

Formålet bak bestemmelsen og likestillings- og diskrimineringsloven, nemlig å sikre likestilling og fremme kvinners rettsstilling, tilsier en varsomhet med å oppstille en for høy grense. De mindre alvorlige tilfellene vil ikke passere terskelvurderingen som gjøres i vurderingen av den seksuelle oppmerksomhetens formål eller virkning, og rettssikkerheten er på den måten ivaretatt.

HR-2020-2476-A markerer en rettsutvikling på «seksuell oppmerksomhet»-vilkåret. En sak fra Borgarting lagmannsrett illustrerer dette.⁵⁸ Her tapte saksøkeren på grunn av manglende bevis, men retten uttalte at et kyss på kinnet fra en overordnet i det han trakk hodet til fornærmede bakover med makt «ligger klart i ytterkant av hva som i det hele tatt kan utgjøre seksuell trakassering». Denne vurderingen hadde nok blitt annerledes i dag.

Underinstansens behandling HR-2020-2476-A er også en god illustrasjon på Høyesteretts rettsutviklende virksomhet i denne saken. Både tingretten og lagmannsretten frifant C for

⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 72

⁵⁸ LB-2006-124840

seksuell trakassering, og lagmannsretten påpekte eksplisitt at rygg-episoden «neppe kan karakteriseres som seksuell oppmerksomhet», se lagmannsrettens dom side 6. Høyesterett satte dermed i sin dom en ny standard for vurderingen av «seksuell oppmerksomhet», og hva som skal anses som seksuelt betont.

3.2 Når er seksuell oppmerksomhet «uønsket»?

3.2.1 Når har man signalisert at oppmerksomheten er uønsket?

Som vist i punkt 2.3, må den som blir utsatt for seksuell oppmerksomhet som er uønsket for vedkommende, som utgangspunkt gi uttrykk for dette. Den første utfordringen som oppstår da, er hva som kreves for å signalisere at oppmerksomheten er uønsket. Dette kan illustreres med et eksempel:

Den ferske advokatfullmektigen Peder er forelsket i sin fullmektigkollega Kari, og tar sjansen på å invitere henne på en romantisk middag. Han går bort til henne når hun står ved kaffemaskinen, stryker henne rundt midjen og spør om hun kunne tenke seg å spise middag med ham. Kari er egentlig ikke interessert i noe annet enn et kollegialt forhold, men vil ikke lage dårlig stemning. Hun svarer derfor ved å le litt nervøst, og sier at det hadde vært hyggelig om hele avdelingen dro ut og spiste sammen. Det ender med en fellesmiddag med hele avdelingen, men Peder fortsetter å kommentere Karis utseende og sende henne flørtende blikk etterpå. Her er Kari klart nok utsatt for «seksuell oppmerksomhet», og denne er uønsket fra hennes side, men har hun signalisert det godt nok til Peder?

Forarbeidene sier ikke noe om hvor tydelig man må gi beskjed om at seksuell oppmerksomhet er uønsket. Det er likevel klart at alle former for kommunikasjon gjelder. Man må godta former for kommunikasjon som er en naturlig i situasjonen, og å kreve at man eksplisitt sier ifra med ord er å stille for strenge krav. I HR-2020-2476-A mente Høyesterett at det at A forlot situasjonen uten å si noe selv om hun var midt i en arbeidsoperasjon, da C hadde tatt henne på ryggen, innebar at hun gjorde C klar over at oppmerksomheten var uønsket, se avsnitt 92. Det skal altså ikke mye til. Til sammenlikning mente lagmannsretten at A ikke gjorde C oppmerksom på at den seksuelle oppmerksomheten var uønsket før etter hendelsen på pauserommet, hvilket innebærer at den mente at å forlate situasjonen ikke var nok, se lagmannsrettens dom side 6. Her har Høyesterett avklart hva som skal til.

I andre mer uklare former for kommunikasjon, som for eksempel å ikke gi respons eller å unngå vedkommende, kan vurderingen av om fornærmede har gjort den som utøver oppmerksomheten klar over at oppmerksomheten er uønsket, være mer usikker. Det å forlate en situasjon er for eksempel et tydeligere tegn enn å avlede oppmerksomheten over på noe annet, som i eksempelet med Peder og Kari ovenfor.

Høyesterett har gjort det tydelig at det ikke kreves at man sier ifra eksplisitt. Atferd hvor avvisningen ligger implisitt vil være tilstrekkelig. Hensynet til formålet bak forbudet, nemlig å sikre et effektivt vern mot seksuell trakassering, tilsier også at det ikke skal mye til. Situasjonen med Peder og Kari er sannsynligvis et grensetilfelle. Det er ikke en klar avvisning, men det er heller ikke å akseptere atferden. Hensynet til rettssikkerhet tilsier imidlertid at signalet må være av en slik art at det er egnet til å gjøre motparten oppmerksom på at atferden er uønsket. Vurderingen kan på den måten fort likne på en vurdering av om vedkommende ut ifra fornærmedes atferd burde forstått at oppmerksomheten var uønsket. Eventuelle ulemper med kravet om å si ifra kommer jeg tilbake til i punkt 4.1.

3.2.2 Når behøver man ikke å si ifra?

Så justerer vi litt på eksempelet i 3.2.1, og bytter ut Peder med Karis sjef. Sjefen ønsker å spise en romantisk middag med Kari, og ta henne med på et hotellrom etterpå. Hun er ny på jobben, og de kjenner ikke hverandre. Etter et møte ber sjefen Kari om å bli igjen litt. Han låser døra, drar henne tett inntil seg, og sier at han har en middagsreservasjon og et hotellrom klart for dem for kvelden. Så hvisker han inn i øret hennes «velg klokt nå. Jeg kan skape eller skrote karrieren din». Kari blir redd, og sier ingenting. Er den seksuelle oppmerksomheten er «uønsket» i lovens forstand, uten at Kari har sagt ifra?

Spørsmålet her er hvor alvorlig en handling må være for at det ikke skal stilles krav om å si ifra. Høyesterett skriver som nevnt at relevante vurderingsmomenter i spørsmålet om en handling er «uønsket» uten at fornærmede har sagt ifra er handlingens karakter og alvorlighet, maktforholdet mellom partene, om parten burde forstå at den som får oppmerksomheten ikke sier ifra på grunn av frykt for konsekvenser, og om den som oppmerksomheten rettes mot er i en særlig sårbar situasjon.

Det interessante i denne sammenhengen, er Høyesteretts uttalelse om «rygg-episoden» isolert sett i HR-2020-2476-A. Høyesterett begynner på en vurdering av om denne isolert sett er

«uønsket», i avsnitt 85 til 87. Førstvoterende skriver at «handlingen ikke [var] utpreget seksualisert. På den andre siden var C en godt voksen mann som befant seg på verkstedet som representant for en stor kunde, mens A var langt yngre og den eneste kvinnen som arbeidet der». Her vurderer altså Høyesterett handlingens alvorlighetsgrad, maktforholdet mellom partene, og antyder at A var i en sårbar situasjon som eneste kvinnelige ansatte.

Høyesterett valgte imidlertid å ikke konkludere på spørsmålet, utover en noe kryptisk obiter dictum-kommentar om at «mye kan tyde på at «rygg-episoden» i seg selv ikke innebar seksuell trakassering i strid med likestillingsloven 2013 § 8. Jeg tar imidlertid ikke uttrykkelig stilling til dette», se avsnitt 87. Denne manøveren etterlater spørsmålet om hvor alvorlig en handling må være for å anses som seksuell trakassering uten at man sier ifra, ubesvart. Vi må derfor se til andre rettskilder for veiledning på hvor alvorlig en enkelthendelse må være.

Høyesterett antyder at «rygg-episoden» ikke var alvorlig nok. Forarbeidene gir anvisning på at det skal en del til, ettersom handlingen må være «tilstrekkelig alvorlig».⁵⁹ Likestillings- og diskrimineringsombudet har gitt uttrykk for at de mener Høyesterett stiller for strenge krav til alvorlighet gjennom sin obiter dictum-uttalelse om ryggepisoden i HR-2020-2476-A.⁶⁰ Egeland mener ryggepisoden isolert sett var tilstrekkelig alvorlig til å anses «uønsket», under henvisning til situasjonen som forelå og maktforskjellene mellom partene.⁶¹

Et eksempel på et enkelttilfelle som ble ansett som seksuell trakassering fra underrettspraksis, er vektersaken⁶² hvor den erfarne vekteren hadde kommet med en seksuelt ladd kommentar til en ung, nyansatt vaktleder. Fornærmede hadde naturligvis ikke sagt ifra på forhånd om at hun ikke ønsket seksuell oppmerksomhet fra ham. Denne saken kan være et eksempel på en enkelthendelse som var tilstrekkelig alvorlig til å anses som «uønsket». Den rettskildemessige vekten til dommen er imidlertid begrenset. Det var en tingrettsdom, og spørsmålet om seksuell trakassering var ikke hovedspørsmålet i saken.

I Diskrimineringsnemndas sak DIN-2020-118 (underbuksesaken) hadde en overordnet dratt ned underbuksen til en underordnet i omkleddningsrommet på arbeidsplassen, slik at underlivet og baken ble eksponert. Dette var en enkelthendelse som oppstod uten foranledning, og nemda mente at det ikke var tvilsomt at handlingen var «uønsket» fra klagers side. I

⁵⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 320

⁶⁰ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2021) s. 16

⁶¹ Egeland (2021) s. 18

⁶² Se nærmere beskrivelse for saksforholdet i TOSLO-2015-31314 i punkt 3.1.2.

Diskrimineringsnemndas sak DIN-2020-191 hadde en mannlig leder spurt en underordnet kvinnelig kollega om de skulle «gå på rommet og ligge sammen» da de var på et seminar. Hendelsen skjedd mens de satt i baren på hotellet. Fornærmede hadde ikke sagt ifra om at hun ikke ønsket en slik henvendelse på forhånd, men nemnda vurderte det slik at «en slik henvendelse, under de nevnte omstendigheter fra en overordnet er klart uønsket, selv om den som utsettes for den ikke har tilkjennegitt dette på forhånd», se vedtakets side 10. I DIN-2021-169 hadde en mannlig kollega kysset en annen mannlig kollega på munnen uten foranledning på en privat fest. Nemnda mente at dette var «uønsket», selv om kollegaen ikke hadde sagt ifra om dette på forhånd.

Det er utfordrende å gi noen tydelige retningslinjer for hvor alvorlig den seksuelle oppmerksomheten må være for å anses «uønsket» uten varsel, ettersom det kan oppstå en rekke ulike situasjoner. Saksforholdet i både vektersaken og sakene fra Diskrimineringsnemnda har et tydeligere seksuelt preg enn rygg-episoden i Høyesterettsdommen, og er i så måte noe mer alvorlig. I disse sakene var det ikke tvilsomt at atferden var «uønsket». Det kan både tilsi at rygg-episoden ikke var alvorlig nok, men også at de nevnte sakene hadde en mye høyere alvorlighetsgrad enn rygg-episoden, og derfor gir begrenset veiledning til spørsmålet.

Et fellestrekk for de sakene som er nevnt er at samtlige har skjevheter i maktforhold enten på grunn av stilling og/eller alder. Jeg mener Høyesterett burde lagt større vekt på maktskjevhetene som eksisterer mellom ung lærling og en eldre, viktig kunde for bedriften i HR-2020-2476-A. Handlinger som ligger i nedre sjikt av «seksuell oppmerksomhet», bør kunne anses som «uønsket» uten varsel dersom det er sterke maktskjevheter. Testen Høyesterett stiller opp er om handlingen er av en slik karakter og alvorlighet at en alminnelig aktsom person burde forstå at den er uønsket. Jeg er enig med Egeland i at når man står i en så sårbar kroppsposisjon som A befant seg i, må man kunne anta at uventede berøringer generelt er uønsket. Særlig når berøringen også er seksuelt betont, og kommer fra en maktfigur.⁶³ I dette tilfellet burde kunden forstått at denne typen berøring var uønsket, og handlingen overstiger etter mitt syn den nedre grensen for «uønsket»-vilkåret.

⁶³ Se Egeland (2021) s. 18.

3.3 Terskelvurderingen – «plagsom»

3.3.1 Nærmere om «plagsom» og momentene i helhetsvurderingen

Etter man har slått fast at grunnvilkårene er oppfylt, gjenstår vurderingen av om handlingen er alvorlig nok til å omfattes av forbudet mot seksuell trakassering. Det er alternativet «plagsom» som i all hovedsak rommer handlinger i det nedre sjiktet. Ettersom avhandlingens tema er den nedre grensen for seksuell trakassering, kommer jeg derfor til å fokusere på alternativet for «plagsom» virkning eller formål.

Ordlyden av «plagsom» tilsier at det må være tale om en atferd som er irriterende eller forstyrrende. Sett i sammenheng med at dette vilkåret kommer i tillegg til at atferden må være «uønsket», må det noe mer til enn at atferden ikke er velkommen. Samtidig, sett i sammenheng med de øvrige alternativene til oppmerksomhetens formål eller virkning, rommer ikke «plagsom» de mest alvorlige formene for seksuell trakassering. Utover dette er ordlyden vag, hvilket tilsier at det må gjøres en konkret helhetsvurdering av om en type atferd er «plagsom» i det enkelte tilfelle.

Det står i forarbeidene at spørsmålet om atferden er «plagsom», skal avgjøres ut ifra en helhetlig vurdering. Relevante momenter er om «den som oppmerksomheten retter seg imot selv opplever atferden som plagsom, handlingens karakter, tid og sted for handlingen og relasjonen mellom handlingspersonen og den som den seksuelle oppmerksomheten retter seg mot. Et annet moment vil være om oppførselen har hatt negative virkninger av fysisk, psykisk eller arbeidsmessig art».⁶⁴ Fornærmedes subjektive opplevelse suppleres altså med objektive vurderingsmomenter. Listen er ikke uttømmende, og må utfylles gjennom praksis.

Forarbeidene til den tidligere likestillingsloven § 8 utbroderer grundigere hva som ligger i disse momentene.⁶⁵ Fornærmedes subjektive opplevelse skal tas i betraktning, og danner utgangspunktet for vurderingen. Dette kan gjerne gi seg utslag i et annet moment, nemlig om handlingen har negative konsekvenser av fysisk eller psykisk art. Forarbeidene nevner forsinkelse i studieprogresjon som eksempel. Andre eksempler kan være sykemelding, bytte av stilling, permisjon fra verv i organisasjon osv. Handlingens karakter i seg selv og

⁶⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 320

⁶⁵ Se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 73-74.

omstendighetene rundt vil også være relevant. Jo mer alvorlig handlingen er, jo mer trekker det i retning av at den også er «plagsom».

Når det gjelder momentet om tid og sted, skiller forarbeidene mellom seksuell oppmerksomhet som skjer i arbeidstiden med flere til stede og kanskje oppleves mindre truende enn handlinger som skjer på kveldstid (presumtivt med færre folk til stede). Dette er nok bare en av mange nyanser dette momentet kan ha. Det kan jo også tenkes at å bli utsatt for seksuell oppmerksomhet på arbeidsplassen foran kolleger er mer plagsomt enn å få oppmerksomheten når man er alene. Forarbeidene fremhever graden av kontroll over situasjonen, som nok er en bedre angivelse av momentet enn eksempelet forarbeidene nevner.

Proposisjonen fra 2000-2001 nevner også graden av gjentakelse. Dette nevnes ikke i proposisjonen fra 2016-2017 til dagens bestemmelse, men er likevel relevant. Uønsket seksuell oppmerksomhet som skjer over tid medfører ifølge forarbeidene tilleggsbelastningen som ligger i frykten for at det skal skje på nytt. Derfor vil gjentatt seksuell oppmerksomhet i seg selv trekke i retning av at det er plagsomt. Enkelttilfeller vil også kunne anses plagsomme, men da må det ifølge forarbeidene noe mer til av handlingene og omstendighetene rundt. Egeland m.fl. skriver at «trolig må et enkelttilfelle av seksuell oppmerksomhet som hovedregel grense opp mot å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende» for å oppfylle «plagsom»-vilkåret.⁶⁶

Det siste momentet som nevnes i forarbeidene er relasjonen mellom partene og skjevheter i maktforhold. Proposisjonen fra 2000-2001 nevner formelle over- og underordningsforhold som eksempel. Det er imidlertid ikke tvilsomt at også reelle maktskjevheter som ikke er formalisert også har betydning. HR-2020-2476-A er et eksempel på nettopp dette. Egeland m.fl. legger også vekt på reelle, uformaliserte maktskjevheter.⁶⁷

Dette momentet kjenner leseren kanskje igjen fra vurderingen av hvor alvorlig en enkelthendelse må være for å ansees «uønsket». Tilsier maktskjevheter at en hendelse er «uønsket» uten at fornærmede må si ifra, vil maktskjevheter gjerne også trekke i retning av at handlingen er «plagsom». For enkelttilfeller kan vurderingen av de to vilkårene ofte bli ganske lik. Det er riktignok ingen automatikk i dette, da andre momenter kan trekke i andre retninger. Maktskjevheter vil gjerne ha stor betydning i begge disse vilkårene, særlig når det

⁶⁶ Egeland, Hole og Fladberg Brucker (2020) s. 39

⁶⁷ Se Egeland, Hole og Fladberg Brucker (2020) s. 36-37

gjelder handlinger som faller i nedre sjikt av «seksuell oppmerksomhet» og der fornærmede ikke har sagt ifra. Dersom fornærmede har sagt ifra at oppmerksomheten var uønsket, vil ikke maktskjevheter ha betydning i «uønsket»-vilkåret, men kan likevel få betydning i terskelvurderingen i «plagsom»-vilkåret.

Listen over momenter i helhetsvurderingen er ikke uttømmende. Forarbeidene presiserer at «definisjonen gir rom for tolkning, og innholdet vil kunne variere med tid og sted».⁶⁸ Oppgaven med å trekke grensene for bestemmelsens anvendelsesområde er lagt til domstolene.

Til sist presiseres det at i plagsom-vurderingen skal det legges til grunn en «kvinnenorm», slik at «en rettesnor kan være hva den alminnelige fornuftige kvinne ville ha oppfattet som plagsomt».⁶⁹ Denne såkalte «kvinnenormen» gjelder også etter dagens bestemmelse.⁷⁰ Hva som nøyaktig ligger i en slik «kvinnenorm» er ikke klart. Høyesterett tolket forarbeidene slik at det overordnet handler om at «siktemålet er å gi den som utsettes for uønsket seksuell oppmerksomhet et tilstrekkelig effektivt vern i lys av lovens formål om å hindre seksuell trakassering», se HR-2020-2476-A avsnitt 69. Den såkalte kvinnenormen må legges til grunn i alle saker om seksuell trakassering, uavhengig av kjønnet på de involverte.

3.3.2 Den nedre grensen – noen eksempler

I dette delkapitlet skal jeg gå nærmere inn på hvor selve terskelen for «plagsom» seksuell oppmerksomhet ligger eller bør ligge, illustrert med eksempler fra rettspraksis. Som nevnt i forarbeidene må det kreves en viss alvorlighetsgrad for å omfattes av forbudet. Dette har en side til hvor langt inn i privatpersoners sfære rettssystemet skal gripe inn. Det må tillates at man kan gjøre noen feiltrinn uten at det nødvendigvis må få rettslige konsekvenser.

HR-2020-2476-A er et godt eksempel på den konkrete vurderingen og hvor terskelen skal ligge. I vurderingen av handlingene C utsatte A for, som ble vurdert samlet, la Høyesterett i avsnitt 94 vekt på As subjektive opplevelse, herunder sykemeldingen som kom som konsekvens av den uønskede seksuelle oppmerksomheten. Karakteren av handlingene ble ikke vurdert som av de «mest alvorlige», men det ble lagt vekt på at ved rygg-episoden befant

⁶⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 73

⁶⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 73

⁷⁰ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 320

A seg i en sårbar situasjon. Det ble også lagt vekt på at hun var utsatt som eneste kvinne på arbeidsstedet og i en arbeidssituasjon hun ikke uten videre kunne avslutte. Videre mente Høyesterett at relasjonen mellom C og A hadde innslag av maktforskjeller.

Høyesterett går gjennom alle de nevnte momentene fra forarbeidene i sin vurdering. Vurderingen illustrerer at andre forhold enn bare handlingens karakter alene er av betydning når en vurderer om handlingen(e) er alvorlig nok til å kategoriseres som «plagsom». Videre er Høyesteretts vurdering en god illustrasjon på at det skal legges vekt på objektive fakta som en utenforstående kan observere.

Dommen klargjør hvilke maktforhold som kan få betydning. I den konkrete saken var det ikke tale om seksuell oppmerksomhet fra en formelt overordnet eller et styremedlem, men en kunde. Riktignok en viktig kunde for bedriften, som medfører innslaget av maktforskjeller som Høyesterett påpeker. Dette illustrerer at også reelle, uformaliserte maktforhold har betydning i vurderingen.

Høyesterett setter terskelen for når uønsket seksuell oppmerksomhet er «plagsom» lavt når det gjelder den seksuelle oppmerksomhetens alvorlighetsgrad. Handlingene i dommen var i nedre sjikt av vilkåret om «seksuell oppmerksomhet», men var likevel alvorlig nok til å anses «plagsom» i lys av øvrige omstendigheter. Dommen er et typisk tilfelle av den mer utilsiktede og «vennligsinnede» seksuelle trakassering, og illustrerer behovet for «plagsom»-alternativet.

Slik jeg leser dommen, ble det ikke tatt stilling til om «rygg-episoden» i seg selv var «plagsom». Det er uklart om Høyesterett i avsnitt 87 indikerte at rygg-episoden i seg selv heller ikke var alvorlig nok til å anses «plagsom», dersom man hadde kommet til at den var «uønsket» i seg selv. Dommen avklarer i så måte ikke hva som skal til for at en enkelthendelse skal anses «plagsom». Likevel ser det ut til at Høyesterett i avsnitt 94 legger mye vekt på rygg-episoden.

I denne sammenheng er det interessant å se nærmere på underbuksesaken fra Diskrimineringsnemnda⁷¹, og se om det kan søkes veiledning herfra. Nemda konkluderte med at å dra ned underbuksen på en underordnet ikke var seksuell trakassering fordi handlingen ikke var «plagsom» i lovens forstand, selv om den var alvorlig nok til å anses «uønsket». Dette ble begrunnet i at det var en engangshendelse, at det skjedde i en garderobe der det ikke

⁷¹ DIN-2020-118

er unormalt å kle av seg, og at partene kjente hverandre godt. «Uønskede enkelthendelser som spiller på bluferdighet og seksualitet» ble ikke ansett som ekstraordinært, se side 5. Nemnda viste til Hålogaland lagmannsretts dom⁷² i samme sak som i HR-2020-2476-A, og støttet seg til at lagmannsretten hadde lag stor vekt på at A var blitt utsatt for gjentakende uønsket seksuell oppmerksomhet. Selv om disse handlingene var mindre alvorlig enn handlingen i nemdas sak, mente de likevel at terskelen ikke var oversteget ettersom det var tale om et enkelttilfelle.

Når det gjelder innslaget av maktskjevheter er fornærmede i både underbuksesaken og HR-2020-2476-A den svake part, men i underbuksesaken var det et formelt over- og underordningsforhold. Det var altså et sterkere innslag av maktforskjeller i nemdas sak. Høyesterett la i HR-2020-2476-A mye vekt på at A var eneste kvinne på arbeidsplassen, og befant seg i en sårbar arbeidsposisjon hun ikke kunne forlate uten videre da hun ble utsatt for seksuell oppmerksomhet. I nemdas sak var ikke fornærmede sårbar på samme måte som i høyesterettsdommen, men han var delvis avkledd, som gjorde han mer sårbar for denne typen oppmerksomhet. En viktig forskjell er imidlertid at Høyesterett vurderte to hendelser samlet, mens nemda kun hadde et enkelttilfelle. Gjentakelseelementet er dermed sterkere i Høyesterettsdommen. Likevel er det liten tvil om at selve handlingen i underbuksesaken isolert sett var mer alvorlig enn episodene i Høyesterettsdommen både isolert og samlet.

Ifølge forarbeidene skal også den såkalte «kvinnenormen» anvendes, uavhengig av kjønn på den fornærmede. Det ser ikke ut til at nemnda anvendte denne normen. Dersom man ser for seg at fornærmede var en kvinne som fikk trusen dratt ned på knærne av en overordnet, hadde det nok vært liten tvil om at hendelsen ville blitt ansett som alvorlig nok til å kalles «plagsom» i lovens forstand. Det ser heller ikke ut til at nemda la nevneverdig vekt på at hendelsen førte til at fornærmede ble sykemeldt.

Det kan tenkes at Diskrimineringsnemnda satte terskelen for «plagsom» uønsket seksuell oppmerksomhet for høyt i denne saken, særlig sett i lys av HR-2020-2476-A i ettertid. Det er Høyesteretts terskelangivelse som blir førende. Underbuksesaken gir derfor begrenset veiledning i spørsmålet om hvor den nedre grensen for «plagsom» seksuell oppmerksomhet går.

⁷² LH-2019-87696 – LH-2019-135298 – LH-2019-135300

Det er vanskelig å gi en klar konklusjon på om rygg-episoden ville, eller burde, blitt ansett som «plagsom» isolert sett. Dette skyldes til dels at man ikke kan vite hvordan de øvrige momentene i terskelvurderingen ville slått ut dersom den påfølgende episoden med C på pauserommet ikke skjedde. Det er nok et grensetilfelle. Jeg er likevel tilbøyelig til å mene at handlingens karakter i lys av As kroppsposisjon, og det at hun var i en situasjon hun ikke uten videre kunne avslutte, samt særlig maktskjevheten mellom A og C gjør at hendelsen grenser mot å være krenkende, hvilket trekker i retning av at den var «plagsom» isolert sett. Hadde C vært en jevnbyrdig og jevnaldrende venn eller venninne, kunne jeg nok vurdert hendelsen til å falle utenfor forbudet.

Utenfor arbeidslivet, organisasjonslivet og utdanning, må man gå ut ifra at det skal mer til for å kategorisere uønsket seksuell oppmerksomhet som «plagsom». Vurderingsmomentene i forarbeidene passer best i de tilfellene der partene har en viss relasjon til hverandre, som for eksempel momentene om maktforhold og gjentakelse. Forskjellen kan illustreres med følgende scenario. Marte spør Lars om han vil ligge med henne. I det ene scenarioet er Marte og Lars to fremmede ute på byen med vennene sine, som har møttes på en nattklubb. I det andre scenarioet er Marte Lars sin overordnede på arbeidsplassen, som snart skal avgjøre om Lars skal bli forfremmet eller ikke. Kommentaren får en annen karakter i det siste eksempelet på grunn av maktrelasjonen og at Lars er nødt til å forholde seg til Marte på jevnlig basis. De to som møtes på nattklubben trenger aldri å se hverandre igjen.

Det er utfordrende å gi klare retningslinjer på hvor den nedre grensen for «plagsom» og dermed seksuell trakassering skal gå, ettersom det må gjøres en konkret vurdering i den enkelte sak. Av hensyn til formålet bak regelen burde ikke terskelen være for høy, men samtidig tilsier hensynet til rettssikkerhet at de sakene som omfattes av § 13 tredje ledd må være av en viss alvorlighetsgrad, slik at man vet hvordan man skal unngå å opptre på en slik måte at man kan kalle det seksuell trakassering. Dommen fra Høyesterett har i gitt et viktig bidrag til rettsutviklingen og vil være retningsgivende i den konkrete vurderingen. For enkelttilfeller av uønsket seksuell oppmerksomhet gjenstår det å se om Diskrimineringsnemnda eller domstolene vil få saker som kan gi ytterlig avklaring av rettstilstanden.

4 Rettspolitiske betraktninger

4.1 «Uønsket» – bør det være et krav om å si ifra?

Forarbeidene og Høyesterett gir tydelig uttrykk for at utgangspunktet i spørsmålet om seksuell oppmerksomhet er «uønsket» etter § 13 tredje ledd, er at den fornærmede må gjøre det klart for den som gir seksuell oppmerksomhet at denne er uønsket, for å oppfylle vilkåret. Denne tolkningen har visse svakheter. Det kan for eksempel tenkes situasjoner der en person gjentatte ganger utsetter en annen for plagsom seksuell oppmerksomhet, uten at den fornærmede sier ifra om at dette er uønsket, og uten at hver enkelt hendelse er alvorlig. I arbeidslivet vil det ikke være en unormal reaksjon å ikke si ifra. Et krav om å si ifra kan også føre til at like tilfeller av seksuell oppmerksomhet blir behandlet ulikt, bare fordi den fornærmede ikke sier ifra om at oppmerksomheten var «uønsket».

Noe av det vanskelige med problematikken rundt seksuell trakassering, spesielt i det nedre sjiktet av loven, er at partene ofte kan ha ulik oppfatning av om den seksuelle oppmerksomheten er ønsket eller ikke. Dette skiller seksuell trakassering fra trakassering på andre diskrimineringsgrunnlag, som er regulert i ldl. § 13 andre ledd. Her er det ikke noe krav om at de trakasserende handlingene må være «uønsket». Det vil sjelden herske tvil om at en handling på grunn av et diskrimineringsgrunnlag, som har som formål eller virkning å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende, er uønsket. Det kan være mer tvilsomt ved seksuell trakassering, der seksuell oppmerksomhet kan ha som virkning å være plagsom. Partene kan ha ulik oppfatning av hva som er flørting og hva som er plagsomt.

Ordlyden av «uønsket» stiller ikke i seg selv et krav om at man må gjøres oppmerksom på at seksuell oppmerksomhet er uønsket. Etter ordlyden er det kun et krav om at oppmerksomheten må være uønsket for den som blir utsatt for den. Hensynet til rettssikkerhet tilsier imidlertid at det må stilles et visst krav til at den ytre verden skal kunne forstå at oppmerksomheten ikke er velkommen. Men det er ikke dermed gitt at den beste løsningen er et krav om at den fornærmede må si ifra.

Ballangrud og Søbstad mener at forarbeidenes løsning og Høyesteretts bruk av disse ikke harmonerer med lovens ordlyd og hensynene bestemmelsen skal ivareta.⁷³ De skriver at

⁷³ Se Ballangrud og Søbstad (2021) s. 300 for en utførlig drøftelse rundt forståelsen av «uønsket»-vilkåret.

«seksuell oppmerksomhet som har til virkning eller formål å være krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller plagsom, vil normalt være uønsket for den som utsettes for den, også der den kommer uten forvarsel».⁷⁴ De mener at «uønsket» bør tolkes slik at det er tilstrekkelig at den som får oppmerksomheten rettet mot seg ikke ønsker den, uten at det kreves gjentakelse etter beskjed om at oppmerksomheten er uønsket som hovedregel. Rettssikkerheten til den som gir den seksuelle oppmerksomheten blir ivaretatt gjennom vilkåret om formål og/eller virkning, og gjennom den aktsomhetsvurdering som må legges til grunn at inngår i vurderingen av om man forsto eller burde forstått at oppmerksomheten var uønsket. Jeg tolker Ballangrud og Søbstad slik at de mener vilkåret bør tolkes slik at handlingen må være av en slik art at en alminnelig person forstår eller burde forstå at den er uønsket, men at det ikke bør stilles noe krav til at den fornærmede må si ifra for at vilkåret «uønsket» skal være oppfylt.

Forarbeidene Høyesterett siterer i HR-2020-2476-A er proposisjonen⁷⁵ til vedtakelsen av den tidligere § 8 a som kom inn i likestillingsloven 1978 i 2002, som ble videreført som § 8 i likestillingsloven 2013.⁷⁶ De er fra stortingsperioden 2000-2001. Me too-kampanjen som startet i 2017 og nyere forskning viser at seksuell oppmerksomhet er uønsket i større grad enn man har trodd, og at de fleste som blir utsatt for seksuell oppmerksomhet vegrer seg fra å si ifra.⁷⁷ Man kan derfor stille spørsmål ved om forarbeidenes vurdering av «uønsket»-vilkåret gjenspeiler realiteten og samfunnsutviklingen, eller om de bygger på utdaterte oppfatninger. Selv om synspunktene i forarbeidene var 20 år gamle da dommen ble avsagt, gjorde ikke Høyesterett noen nærmere vurdering av om synspunktene fremdeles har den samme rettskildemessige vekten i lys av samfunnsutviklingen eller lovens formål. Dette svekker etter mitt syn Høyesteretts tolkning av «uønsket»-vilkåret. Ordlyden av «uønsket» har et tolkningsrom som Høyesterett kunne tatt i bruk for å i større grad fremme formålet bak likestillings- og diskrimineringsloven.

Jeg mener også at retts tekniske hensyn tilsier at det ikke burde gjelde et krav om å si ifra. Som vist i punkt 3.2.1, vil drøftelsen av om fornærmede har sagt ifra ofte by på grensedragninger der man i realiteten sitter igjen med en vurdering av om den som ga

⁷⁴ Ballangrud og Søbstad (2021) s. 300

⁷⁵ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)

⁷⁶ Se Prop.88 L (2012-2013) s. 171

⁷⁷ Se både Ballangrud og Søbstad (2021) s. 300, og også Bråten (2020) s. 32 (se avhandlingens punkt 1.2 for en nærmere redegjørelse for samfunnsfaglig forskning på temaet)

oppmerksomheten forsto eller burde forstått ut ifra fornærmedes atferd at denne var uønsket. Det ville vært enklere om vilkåret alltid var en vurdering av om man burde forstått at atferden var uønsket, uten å måtte skille mellom tilfeller der man har sagt ifra og ikke.

Jeg er enig i Ballangrud og Søbstad sin tolkning av «uønsket». Enn så lenge er det imidlertid slått fast av Høyesterett at gjeldende rett er at den fornærmede som hovedregel må gjøre det klart at den seksuelle oppmerksomheten er uønsket. Når både Høyesterettspraksis og forarbeider trekker i denne retningen, må det bli avgjørende. Det vil likevel bli spennende å se om domstolene vil utfordre den rådende tolkningen i fremtiden, eller om lovgiver vil komme med presiseringer på dette.

4.2 Prosessuelle utfordringer

4.2.1 Kort om rettsvirkninger og håndheving

Som analysen i kapittel 3 viser, har Høyesterett satt en standard for vurderingen av vilkårene for seksuell trakassering etter ldl. § 13 tredje ledd. Terskelen for hvilken type atferd og hvilke typer maktrelasjoner som kan være seksuell trakassering, er satt lavt. I det følgende skal jeg belyse noen utfordringer med en slik rettsregel. I den forbindelse skal jeg redegjøre kort for rettsvirkningene og håndhevingen av forbudet.

De direkte rettsvirkningene for brudd på forbudet mot seksuell trakassering er at den som er blitt behandlet i strid med regelen i § 13 tredje ledd «kreve oppreisning og erstatning», jf. § 38 første ledd bokstav a. For seksuell trakassering gjelder et krav om at «den ansvarlige» må kunne «bebreides», jf. andre ledd andre setning. Ordlyden av «bebreides» stiller krav om at den som har utført seksuell trakassering har vært uaktsom. Forarbeidene presiserer at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig.⁷⁸ Dette er et lempeligere skyldkrav enn hva som gjelder for oppreisning etter alminnelige erstatningsrettslige regler, jf. eksempelvis skadeerstatningsloven § 3-5.

Håndheving av vernet mot seksuell trakassering er i dag lagt til Diskrimineringsnemnda, jf. lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven, diskrol.) § 7 første ledd jf. § 1 første ledd. Tidligere var ofre

⁷⁸ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 337

for seksuell trakassering henvist til domstolene dersom man ønsket å få dom for at seksuell trakassering hadde skjedd og kreve oppreisningserstatning. Dette var begrunnet i at domstolene var bedre egnet til å ivareta de rettssikkerhetsmessige utfordringene som følger med en sak om seksuell trakassering, ettersom en anklage om seksuell trakassering er svært alvorlig.⁷⁹ Da myndigheten ble litt til Diskrimineringsnemda la departementet stor vekt på den rettssikkerhetsmessige garantien som ligger i nemndsmedlemmenes dommerbakgrunn.⁸⁰

Diskrimineringsnemda kan vurdere om seksuell trakassering etter ldl. § 13 tredje ledd har skjedd. Dersom nemda kommer til at det har skjedd seksuell trakassering, har den myndighet til å idømme erstatning og oppreisning i «arbeidsforhold», jf. diskrol. § 12 første ledd. Ordlyden forstås slik at nemda ikke kan treffe vedtak om oppreisning i saker utenfor arbeidslivet, men den kan likevel behandle saker om seksuell trakassering utenfor arbeidslivet uten å idømme oppreisning eller erstatning. Dette gjelder med unntak av «familieliv og andre rent personlige forhold», jf. diskrol. § 7 andre ledd. Nemda kan enstemmig treffe vedtak om erstatning for økonomisk tap i enkle saksforhold, se § 12 andre ledd.

I spørsmål om seksuell trakassering gjelder det alminnelige beviskravet i sivile saker om sannsynlighetsovervekt. Ldl. § 37 inneholder imidlertid en regel om delt bevisbyrde. Det følger av første ledd at «diskriminering skal anses å ha skjedd hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd». Denne regelen gjelder også for saker om seksuell trakassering, jf. § 37 andre ledd. Ordlyden tilsier at det er den som blir anklaget for seksuell trakassering som må føre bevis for at det mest sannsynlige faktum er at seksuell trakassering *ikke* har skjedd. For at bevisbyrderregelen skal få anvendelse må det imidlertid foreligge «omstendigheter som gir grunn til å tro» at seksuell trakassering har skjedd. Det må altså noe mer til enn en anklage, men det er ikke tale om noe strengt krav. I forarbeidene står det at det må være «holdepunkter eller indikasjoner» på at diskriminering har skjedd, men sannsynlighetsovervekt kreves ikke.⁸¹ Hva som gir «grunn til å tro» at trakassering har skjedd vil måtte avgjøres ved en konkret vurdering av saken og omstendighetene rundt i hver enkelt sak.

⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 77

⁸⁰ Se Prop.63 L (2018-2019) punkt 2.5.4.3 flg.

⁸¹ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 336

Bakgrunnen for regelen om delt bevisbyrde er at det ofte vil være vanskelig å påvise at seksuell trakassering eller annen diskriminering har skjedd, ettersom dette som regel skjer i det skjulte.⁸² Uten en slik regel vil det være vanskelig for den som har blitt utsatt for trakassering eller diskriminering å få medhold i sin sak. Bevisbyrderegelen gjelder uavhengig av hvem som anklages.

4.2.2 Den anklagedes rettssikkerhet

I tillegg til at det å bli dømt for å ha utført seksuell trakassering medfører erstatnings- og oppreisningsansvar, er det en sosialt belastende anklage å få imot seg. Det kan også få andre konsekvenser, som for eksempel oppsigelse. De materielle vilkårene i ldl. § 13 tredje ledd tar høyde for den anklagedes rettssikkerhet ved å kreve en viss alvorlighetsgrad for å kategorisere en handling som plagsom, uønsket seksuell oppmerksomhet i lovens forstand. Men med et så belastende faktum og en relativt lav terskel er det viktig at også de prosessuelle reglene ivaretar rettssikkerheten til begge partene på en tilstrekkelig god måte.

En utfordring er at saker om seksuell trakassering behandles i Diskrimineringsnemda, og ikke de alminnelige domstolene. Spørsmålet om seksuell trakassering bør behandles i nemd eller domstol har blitt vurdert en rekke ganger, der hovedinnvendingen mot nemndsbehandling har vært rettssikkerhetshensyn.⁸³ Diskrimineringsnemda har eksempelvis ikke samme omfang av umiddelbar bevisføring som det man har i domstolene, se diskrol. § 9 sml. hovedregelen om umiddelbar bevisføring i domstolene.⁸⁴ Bevisvurderingene vil ofte også være krevende i saker om seksuell trakassering.

Regelen om delt bevisbyrde gjelder både der arbeidsgivere blir anklaget for seksuell trakassering, men også der privatpersoner blir det. Et viktig hensyn bak bevisbyrderegelen er at det ofte er en sterkere part, typisk en arbeidsgiver, som utsetter en svakere part for diskriminering. Arbeidsgivere har ofte bedre tilgang til sakens opplysninger enn en ansatt.⁸⁵ Dette hensynet faller bort når den anklagede er en privatperson eller den seksuelle trakasseringen har skjedd utenfor arbeidslivet, og i slike tilfeller kan kombinasjonen av delt

⁸² Se Prop.81 L (2016-2017) s. 293

⁸³ Se Prop.63 L (2018-2019) s. 10-11, om historikken om etablering av et lavterskeltilbud for saker om seksuell trakassering.

⁸⁴ Se synspunktene i Prop.80 L (2016-2017) s. 50-51, punkt 7.4.9.4.

⁸⁵ Se Prop.81 L (2016-2017) s. 293

bevisbyrde og nemndsbehandling i stedet for domstolsbehandling slå uheldig ut med tanke på rettssikkerhet.

Når det er sagt, er det verdt å bemerke at nemda kun har myndighet til å ilegge oppreisning i arbeidsforhold, jf. diskrol. § 12 første ledd. Når det gjelder bevisbyrderegelen, har Høyesterett påpekt at den kun får selvstendig betydning når det foreligger absolutt bevistvil, og dette skjer sjelden i praksis, se HR-2020-2476-A avsnitt 75. I saker om seksuell trakassering har partene dessuten et ubetinget krav om muntlige forhandlinger, jf. diskrol. § 9 fjerde setning, som til en viss grad avhjelper problematikken rundt umiddelbar bevisføring. Det finnes altså mekanismer som ivaretar partenes rettssikkerhet i en nemndsløsning.

Nemndsbehandling gir et lavterskeltilbud som har vært etterspurt i lang tid, for å sikre rettssikkerheten til den trakasserte.⁸⁶ Dette vil i større grad bidra til et reelt vern mot seksuell trakassering enn den tidligere domstolløsningen. Nemda består av dommere, og sakene forberedes av et sekretariat som er spesialisert på likestillings- og diskrimineringsrett. Det er altså et sterkt faglig kompetent avgjørelsesorgan.⁸⁷ Saker som ikke lar seg opplyse tilstrekkelig, kan henlegges, jf. § 10 tredje ledd, og på denne måten har nemda en sikkerhetsventil. Jeg mener at nemndsløsningen er forsvarlig, og ivaretar rettssikkerheten tilstrekkelig. Det vil alltid være et spenningsforhold mellom hensynet til vern mot seksuell trakassering på den ene siden, og rettssikkerhet på den andre. Den anklagedes rettssikkerhet er likevel en problematikk det er viktig å være bevisst på, spesielt når det gjelder saker som ligger nær den nedre grensen for seksuell trakassering.

⁸⁶ Se for eksempel McClimans (2018) s. 113 og Fjeldstad (2018) s.159-161.

⁸⁷ Se også Prop.63 L (2018-2019) s. 22, der departementet legger vekt på dette.

5 Oppsummering og konklusjon

Det er utfordrende å gi en klar definisjon på hvor den nedre grensen for seksuell trakassering går. Som drøftelsen ovenfor har vist, vil ofte flere vilkår være problematiske når man befinner seg i det nedre sjiktet av bestemmelsen. Man kan derfor på ett vis snakke om tre nedre grenser for seksuell trakassering, henholdsvis en grense for om oppmerksomheten er tilstrekkelig seksuelt betont til å anses «seksuell» i lovens forstand, om denne er «uønsket», og om den i tillegg kvalifiserer til å være «plagsom» i lovens forstand. I tilfellene der samtlige vilkår er problematiske, vil det være vanskelige grensdragninger i alle disse vurderingene. Videre vil enkelte momenter kunne gå igjen i flere vilkår.

Høyesterett har gjennom HR-2020-2476-A bidratt med viktig rettsutvikling, og plassert den nedre grensen for seksuell trakassering. Høyesterett gir noen avklaringer av vilkåret om «seksuell oppmerksomhet» når det gjelder hva som skal til for å anse noe som seksuelt betont. Dommen gjør det klart at også handlinger med et beskjedent innslag av seksualitet kan være seksuell trakassering, avhengig av omstendighetene.

Dommen gir et tydelig signal om at også uformelle og relativt små maktskjevheter kan få stor betydning i spørsmål om seksuell oppmerksomhet er seksuell trakassering. Dette gjelder spesielt når den seksuelle oppmerksomheten ligger i nedre sjikt av vilkåret.

Vi har imidlertid ikke fått en tydelig avklaring på hvor mye som skal til for at en enkelthendelse skal anses som seksuell trakassering, både hva gjelder vilkårene «uønsket» og «plagsom». Høyesterett måtte ikke avklare dette for å besvare spørsmålet i den konkrete saken. Høyesterett indikerte imidlertid at rygg-episoden ikke var alvorlig nok i seg selv. Avhengig av hvordan man vurderer maktforskjellene mellom A og C, kan man være uenig i dette. Rygg-episoden er nok et grensetilfelle, og kan være et godt utgangspunkt for vurdering av om en konkret enkelthendelse er seksuell trakassering etter ldl. § 13 tredje ledd.

Den nedre grensen for seksuell trakassering er gjort mye tydeligere med HR-2020-2476-A, sammenliknet med rettstilstanden før dommen. Den er imidlertid ikke helt avklart, ettersom det finnes utallige andre typetilfeller som ikke nødvendigvis likner på saksforholdet i dommen. Nå som Diskrimineringsnemnda fungerer som lavterskeltilbud for å få avgjort saker om seksuell trakassering er det grunn til å tro det vil komme flere saker om seksuell trakassering og at rettstilstanden vil bli nærmere avklart i fremtiden.

Kilderegister

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

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

Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

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.

Dok.nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Prop.88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Prop.80 L (2016-2017) Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

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 aktivitets- og redegjørelsesplikten)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 2002 s. 273

HR-2020-2476-A (me too-dommen)

Underrettspraksis

LA-1998-877

LB-2006-124840

LG-2006-95785

LA-2009-202366

LA-2009-189015

LA-2010-100200

LH-2019-87696 – LH-2019-135298 – LH-2019-135300 (felles sak)

TOSLO-2015-31314

TSOFT-2017-93131

TSUMO-2017-174831

TSENJ-2018-152351 – TSENJ-2018-152389 – TESNJ-2018-152424 (felles sak)

Diskrimineringsnemda

DIN-2020-118

DIN-2020-191

Internasjonale konvensjoner

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination of Women, 18. December 1979, New York (tråde i kraft 3. September 1981).

Rådskdirektiv 2004/113/EF av 13. desember 2004 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester.

Europaparlaments- og rådskdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv (EUs likebehandlingsdirektiv).

Litteratur

Ballangrud, Anne Jorun Bolken og Søbstad, Margrethe. *Likestillings- og diskrimineringsloven: Lovkommentar*. Universitetsforlaget, 2021.

Bråten, Mona, «Seksuell trakassering i ulike deler av arbeidslivet i lys av #metoo», *Tidsskrift for kjønnsforskning* (2020), årgang 44 nr. 1-2020, s. 23-38.

DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1891-1781-2020-01-03>

Egeland, Lill. «Kommentar til Høyesteretts dom i Me too-saken HR-2020-2476-A», *Juridika Innsikt*, 8. mars 2021. <https://juridika.no/innsikt/lill-egeland-kommentar-til-hoyesteretts-dom-i-me-too-saken-hr-2020-2476-a> (lastet ned 25.11.21)

Egeland, Lill; Thorgeir, Hole; Fladberg Brucker, Ingrid. *Seksuell trakassering i arbeidslivet*. Gyldendal Norsk Forlag, 2020.

Fjeldstad, Ingeborg Aasness. «Få varsler, og enda færre får hjelp, dersom de utsettes for seksuell trakassering. Hva bør gjøres?» *Kritisk Juss* (2018), Årgang 44 nr. 3, s. 151-165.

DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN.2387-4546-2018-03-04>

Graver, Hans Petter. «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger». *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008, s. 149-178. Universitetsforlaget.

Mestad, Ola. «Kapittel 3: Rettens kilder og anvendelse». *Juridisk metode og tenkemåte*, s. 77-113. Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.). Universitetsforlaget, 2019.

Kirkeby, Per-Erik. *Den store norske bokmålsordboka*. Kagge forlag, 2014.

McClimans, Else Leona. «Seksuell trakassering – plagsom uønsket seksuell oppmerksomhet – et vern for de få?» *Kritisk juss* (2018), Årgang 44 nr. 2, side 91-114.

DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN2387-4546-2018-02-04>

Semner, Brit Djupvik. *Diskrimineringsvern i arbeidslivet – en håndbok. Likestillings- og diskrimineringsloven 2017*. Fagbokforlaget, 2018.

Nettbaserte kilder

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Diskrimineringsretten 2020. Rettsutvikling på likestillings- og diskrimineringsfeltet, med gjennomgang av relevante lovendringer, forvaltnings- og rettspraksis*. LDO, 2021

https://www.ldo.no/globalassets/ldo_2019/03_ombudet-og-samfunnet/rapporter/diskrimineringsrett/ldo_diskrimineringsrettsrapporten_2020-web.pdf

(lest 30.11.21).

Orgeret, Kristin Skare, «metoo», Store Norske Leksikon, sist oppdatert 10.11.2020.

<https://snl.no/metoo> (lest 20.10.21).

Statistisk Sentralbyrå, «Arbeidsmiljø, levekårsundersøkelsen 2019», sist oppdatert

29.06.2020. <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/arbeidsmiljo-sykefravaer-og-arbeidskonflikter/statistikk/arbeidsmiljo-levekarsundersokelsen>

(lest 07.12.21).