

Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering

Hva er trakassering, og hvilken plikt har arbeidsgiver til å forebygge dette etter arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovverket?

Kandidatnummer: 513

Leveringsfrist: 25.11.15

Antall ord: 17 869



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.3	Avgrensninger.....	2
1.4	Begrepsforklaringer.....	3
1.5	Rettskildebildet.....	4
1.5.1	Særlig om praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.....	5
1.6	Videre opplegg.....	6
2	TRAKASSERINGSBEGREPET.....	8
2.1	Kort om trakasseringsbegrepet etter arbeidsmiljøloven.....	8
2.1.1	aml. § 4-3 (3).....	8
2.1.2	aml. § 13-1 (2).....	9
2.2	Kort om trakasseringsbegrepet etter likestillings- og diskrimineringslovene.....	10
2.2.1	Trakasseringen må knyttes til diskrimineringsgrunnlag.....	10
2.2.2	Legaldefinisjon.....	11
2.3	Sammenlikning av trakasseringsbegrepet etter arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovene.....	12
2.3.1	Bakgrunnen for bestemmelsene.....	12
2.3.2	Momenter ved helhetsvurderingen.....	15
2.3.3	Sammenliknende oppsummering.....	23
3	ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å FOREBYGGE TRAKASSERING.....	25
3.1	Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering etter likestillings- og diskrimineringslovverket.....	25
3.1.1	Vernekrets.....	26
3.1.2	Pliktens innhold.....	28
3.2	Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering etter aml. § 4-3 (3).....	34
3.2.1	Vernekrets.....	35
3.2.2	Pliktens innhold.....	38
3.3	Sammenliknende oppsummering.....	47
3.3.1	Vernekrets.....	47
3.3.2	Pliktens innhold.....	48
4	AVSLUTTENDE OPPSUMMERING OG VURDERING.....	49

KILDELISTE	53
-------------------------	-----------

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Tema for avhandlingen er arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering. I denne forbindelse oppstilles to nært knyttede problemstillinger.

Den første problemstillingen er hva som anses som trakassering. Forbudet mot trakassering fremgår av både arbeidsmiljøloven,¹ likestillingsloven (likestl.),² diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (tilgj.),³ diskrimineringsloven om etnisitet (etndiskrl.)⁴ og diskrimineringsloven om seksuell orientering (sordiskrl.).⁵ Ved vurderingen av hva som ligger i trakasseringbegrepet, skal det vurderes hvorvidt begrepet forstås likt etter henholdsvis arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovene.

Videre har lovgiver valgt å oppstille en plikt for arbeidsgiver til å forebygge trakassering etter både arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovverket. Den andre problemstillingen er således hvilken plikt arbeidsgiver har til å forebygge trakassering etter disse to regelverkene. Av forarbeidene til sistnevnte lovverk fremgår at arbeidsgivers forebyggingsplikt er en presisering og synliggjøring av plikten etter arbeidsmiljøloven.⁶ Dette gir inntrykk av at plikten er lik. Det skal vurderes hvorvidt dette stemmer.

1.2 Aktualitet

I følge «Faktabok om arbeidsmiljø og helse 2015 – status og utviklingstrekk» utgitt av Statens arbeidsmiljøinstitutt (STAMI) oppga 3 prosent i 2013 at de hadde blitt trakassert/mobbet på jobb. Blant disse opplevde 2,2 prosent seg trakassert av kollegaer minst en gang i måneden, og for 1,5 prosent sto lederen for trakasseringen. Det vises at sysselsatte i håndverksyrker, servitøryrker, helse- og sosialyrker, samt politi/vaktyrker opplever mer trakassering enn gjennomsnittet. Videre har utbredelsen av trakassering i arbeidslivet holdt seg relativt stabil i perioden 1989-2013, og sannsynligvis per dags dato. Trakasseringbegrepet som er lagt til grunn

¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62

² Lov av 21. juni 2013 nr. 59

³ Lov av 21. juni 2013 nr. 61

⁴ Lov av 21. juni 2013 nr. 60

⁵ Lov av 21. juni 2013 nr. 58

⁶ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 109 og Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 256

for forskningen er «... vedvarende negative handlinger mot ett eller flere individer som, reelt eller opplevd, er underlegne i den aktuelle situasjonen».⁷

Konsekvensene av trakassering kan være store for den det gjelder. Personer som er blitt trakassert har høy forekomst av stressrelaterte symptomer, herunder angst, depresjon, søvnproblemer, hodepine og magesmerter. Enkelte kan også utvikle symptomer på posttraumatiske lidelser.⁸ En STAMI-undersøkelse fra 2015 viser at arbeidstakere som har vært utsatt for trakassering har dobbelt så høy sannsynlighet for å rapportere om selvmordstanker som personer som ikke har vært utsatt.⁹ Forskningen belyser viktigheten av at arbeidsgivere iverksetter tiltak for å forebygge trakassering på arbeidsplassen.

1.3 Avgrensninger

I foreliggende avhandling avgrenses mot seksuell trakassering, da definisjonen av seksuell trakassering skiller seg fra annen type trakassering.¹⁰ Som en konsekvens av dette, anses det hensiktsmessig å avgrense mot arbeidsgivers plikt til å forebygge denne typen trakassering.

I tillegg avgrenses mot arbeidsgivers plikt til å søke å hindre trakassering, som oppstilles i likestillings- og diskrimineringslovene.¹¹ I motsetning til forebyggingsplikten som er konstant, inntreder denne plikten først når arbeidsgiver blir kjent med en konkret trakasseringssak og innebærer at arbeidsgiver må ta tak i saken, utrede hva som har skjedd og forsøke å hindre ytterligere trakassering.¹²

Ettersom avhandlingen omhandler arbeidsgivers plikter, avgrenses mot utdanningsinstitusjoners og organisasjoners plikt til å forebygge og søke å hindre trakassering.¹³ Når disse institusjonene operer i kraft av å være arbeidsgiver gjelder imidlertid redegjørelsen i denne oppgaven.

Plikten til å forebygge trakassering er en presisering av den alminnelige aktivitetsplikten som fremgår av likestillings- og diskrimineringslovene.¹⁴ Aktivitetsplikten pålegger arbeidsgivere

⁷ STAMI Faktabok (2015) s. 80

⁸ STAMI Faktabok (2015) s. 80

⁹ STAMI (2015)

¹⁰ likestl. § 8

¹¹ likestl. § 25, tilgj. § 27, etndiskrl. § 22, sordiskrl. § 21

¹² Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 75

¹³ likestl. § 15, tilgj. § 20, etndiskrl. § 15, sordiskrl. § 14

¹⁴ likestl. § 23, tilgj. § 24, etndiskrl. § 20, sordiskrl. § 19

å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovenes formål, herunder beskyttelse mot trakassering. Det avgrenses imidlertid mot en nærmere redegjørelse av denne plikten. Dette gjøres fordi aktivitetspliktens ansvarssubjekter er snevrere enn etter den spesifikke plikten til å forebygge trakassering – som gjelder alle arbeidsgivere. Det er kun i likestillingsloven at det oppstilles en aktivitetsplikt for alle arbeidsgivere. Etter diskrimineringslovene gjelder plikten arbeidsgivere i offentlig sektor, men er begrenset til arbeidsgivere i privat sektor som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte. Det oppstilles ingen aktivitetsplikt etter arbeidsmiljøloven. Samtidig stilles ingen lovfestet plikt til å gjennomføre bestemte tiltak for å overholde aktivitetsplikten. Arbeidsgivere som omfattes må selv, basert på en analyse av tilstanden og utfordringene i virksomheten, vurdere hvilke tiltak som er hensiktsmessige.¹⁵ Videre oppstiller lovene en plikt til å redegjøre for tiltak som er og planlegges iverksatt for å oppfylle aktivitetsplikten. Redegjøringsplikten gjelder for alle private virksomheter som har aktivitetsplikt og som er lovpålagt å utarbeide årsberetning, samt alle arbeidsgivere i det offentlige.¹⁶ Det avgrenses også mot redegjøringsplikten i foreliggende avhandling.

Videre avgrenses mot arbeidslovens øvrige krav til det psykososiale arbeidsmiljøet, herunder vernet mot «annen utilbørlig opptreden», jfr. aml. § 4-3 (3).

I tillegg avgrenses mot reguleringer som kan fremgå av ulike tariffavtaler.

Det kunne vært relevant å kartlegge praksis fra Arbeidstilsynet vedrørende arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering. Dette faller imidlertid utenfor rammen av denne avhandlingen.

1.4 Begrepsforklaringer

«Arbeidsgiver» er «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste», jfr. aml. § 1-8 (2). Det skal fremgå av arbeidsavtalen hvem som er arbeidsgiver, jfr. § 14-6 (1) a). Ved tvil beror avgjørelsen på en konkret vurdering, hvor det blant annet vektlegges hvem som reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner.¹⁷ Ofte er det enkelt å fastslå hvem som er arbeidsgiver, som eieren av et mindre enkeltpersonforetak.¹⁸ Dersom eieren er en juridisk person anses denne som arbeidsgiver.¹⁹ Videre fremgår av § 1-8 (2) andre punktum at: «Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten». Således vil alle plikter som påhviler arbeidsgi-

¹⁵ Prop.88 L (2012-2013) s. 108 og 165 jfr. Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 210

¹⁶ likestl. § 24, tilgjil. § 25, etndiskrl. § 21, sordiskrl. § 20

¹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 76

¹⁸ Jakhelln (2007) s. 36-37

¹⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 74

ver, som kravene til arbeidsmiljøet, også få anvendelse på personer som i arbeidsgivers sted leder virksomheten. I for eksempel aksjeselskaper vil dette være styret, administrerende direktør og andre med lederfunksjoner.²⁰

Arbeidsmiljøloven gjelder for «virksomhet» som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt, jfr. aml. § 1-2 (1). Loven oppstiller ingen legaldefinisjon av virksomhetsbegrepet. Som regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver sammenfalle med virksomheten. En virksomhet vil, for de fleste praktiske tilfeller, være det som etter vanlig språkbruk kalles bedrift.²¹

Vernesubjekter i forhold til trakasseringsbegrepet og arbeidsgivers forebyggingsplikt begrenses ikke til arbeidstakere. Det anses likevel hensiktsmessig å kort redegjøre for arbeidstakerbegrepet. Med «arbeidstaker» menes «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste», jfr. aml. § 1-8 (1). Oppdragstakere, herunder selvstendig næringsdrivende, konsulenter og frilansere omfattes ikke av arbeidstakerbegrepet. Hvem som er arbeidstaker beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor det reelle forholdet er avgjørende. Ved vurderingen må det ses til en rekke momenter som oppstilles etter rettspraksis.²²

Det skal redegjøres for trakasseringsbegrepet under pkt. 2. Her nevnes kun at begrepene «mobbing» og «trakassering» er materielt like og brukes om hverandre.

1.5 Rettskildebildet

I avhandlingen benyttes alminnelig juridisk metode. Det tas utgangspunkt i lovtekstens ordlyd, slik den fremstår etter en naturlig språklig forståelse. Videre ses det til forarbeider ettersom disse kan anses å gi uttrykk for «lovgivers vilje». Det vil også vises til høyesterettspraksis som kan kaste lys over problemstillingene, da dette er en rettskilde som tillegges stor vekt. Derimot vil det i liten grad bli henvist til underrettsavgjørelser, ettersom disse tillegges langt mindre vekt.²³ Når det henvises til juridisk teori er det som støtteargument og opplysningsfaktor.

Rettskildebildet knyttet til både trakasseringsbegrepet og forebyggingsplikten er svært ulikt etter arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovene. Lovtekstenes ordlyd, forarbeider og forvaltningspraksis gir enkelte holdepunkter til forståelsen av trakasseringsbegrepet

²⁰ Jakhelln (2007) s. 42-43

²¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 74

²² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 73-74, se Rt. 2013 s. 342 (41)-(60)

²³ Eckhoff (2013) s. 68, 71 og 159-161

og verneplikten etter likestillings- og diskrimineringslovverket. Derimot gir hverken lovteksten, forarbeider eller rettspraksis entydig veiledning til forståelsen av begrepet og forebyggingsplikten etter arbeidsmiljøloven.

1.5.1 Særlig om praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Likestillings- og diskrimineringsombudet (ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (nemnda) har blant annet som oppgave å håndheve trakasseringsforbudet og forebyggingsplikten etter likestillings- og diskrimineringslovverket.²⁴ Det vises derfor til praksis fra ombudet og nemnda, hovedsakelig ved redegjørelsen av innholdet i forebyggingsplikten.

Foruten å gi veiledning,²⁵ behandler ombudet saker på eget initiativ eller etter klage. Alle saker som bringes inn for organet skal i utgangspunktet realitetsbehandles, men ombudet kan i særlige tilfeller henlegge en sak. Ombudet kan gi en ikke-bindende uttalelse av om trakassering har skjedd og/eller om arbeidsgiver har overholdt forebyggingsplikten. Etter nærmere bestemte vilkår har også ombudet vedtakskompetanse, men denne brukes sjelden. Dersom partene ikke frivillig retter seg etter uttalelsen kan ombudet forelegge saken for nemnda.²⁶ Partene kan også selv bringe saken inn for nemnda. Nemnda har vedtakskompetanse, og kan pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at trakassering opphører og for å hindre gjentakelse. Nemnda kan også fatte vedtak om tvangsmulkt dersom fristen for å etterkomme pålegget oversittes.²⁷

Det er generelt antatt at forvaltningspraksis kan anses som rettskildefaktor. Høyesterett har i flere avgjørelser vektlagt slik praksis.²⁸ Forvaltningspraksis vil imidlertid som regel ha beskjeden vekt. Vekten kan likevel variere avhengig av blant annet om det organ den stammer fra har særskilt kompetanse innenfor det aktuelle feltet og hvor fast, varig og utbredt praksisen er.²⁹ Når det gjelder enkeltvedtak som sådan – og ikke praksis i egentlig forstand – vil ikke dette ha relevans som rettskildefaktor.³⁰ Enkeltvedtak og uttalelser fra forvaltningen kan imidlertid fungere som illustrasjonsmateriale, samt vise til gode argumenter.

²⁴ likestl. § 26, etndiskrl. § 23, tilgj. § 28, sordiskrl. § 22 og Diskrimineringsombudsloven § 1 (2)

²⁵ Diskrimineringsombudsloven § 16 jfr. Forskrift om organisering og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda § 2

²⁶ Diskrimineringsombudsloven §§ 3-4

²⁷ Diskrimineringsombudsloven §§ 6-8

²⁸ Se Rt. 2002 s. 683 nederst s. 692, Rt. 1987 s. 729 s. 732, Rt. 1983 s. 979 s. 983

²⁹ Eckhoff (2013) s. 233, Fleischer (1998) s. 292, Boe (2014) s. 266-275

³⁰ Boe (2014) s. 264-265

Ombudets og nemndas praksis har stor reell betydning for hvordan trakasseringsforbudet og forebyggingsplikten oppfattes. I utgangspunktet har imidlertid praksisen begrenset rettskildemessig vekt. Organene skiller seg likevel fra andre forvaltningsorganer på flere punkter. Ombudets uttalelser og nemndas vedtak er offentlig tilgjengelige, i motsetning til en del annen forvaltningspraksis. Dette må anses å øke praksisens rettskildemessige vekt. Videre er håndhevingsorganene uavhengige. Hverken Kongen eller det administrativt overordnede Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet kan gi instruks om behandlingen av enkeltsaker eller omgjøre enkeltvedtak.³¹ Ombudet og nemnda er gitt særskilt kompetanse innenfor diskrimineringsområdet. Stortingets formål med etableringen av håndhevingsorganene er at disse skal være et reelt lavterskeltilbud på diskrimineringsfeltet, og et alternativ til domstolsbehandling.³² Dette vises i praksis ved at det finnes få saker som omhandler trakassering i arbeidslivet som knyttes til diskrimineringsgrunnlag. Hva gjelder forebyggingsplikten, har ikke undersøkte funnet noen. Verneplikstens karakter tilsier at vurderingstemaet ikke vil komme opp for domstolene med det første. Dersom ombudet eller nemnda kommer til at plikten er brutt er det enklere å iverksette tiltak enn å bringe saken til domstolene. Videre gir lovteksten og forarbeidene kun begrenset veiledning. I mangel av andre mer vektige rettskilder, må ombudets og nemndas praksis tillegges mer vekt enn normalt. Det tas imidlertid forbehold om at domstolene vil kunne tolke både trakasseringsbegrepet og forebyggingsplikten annerledes.

Når det gjelder forholdet mellom ombudet og nemnda, må nemndas avgjørelser tillegges størst vekt. Dette er fordi nemnda er klageinstans og kan treffe vedtak, mens ombudet kun gir en ikke-bindende uttalelse. Videre har nemnda en mer domstolsliknende behandling med blant annet muntlig forhandling med vitneføring,³³ mens ombudet kun har skriftlig saksbehandling.

1.6 Videre opplegg

Under pkt. 2 skal det først redegjøres for trakasseringsbegrepet etter henholdsvis arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovene. Deretter skal det foretas en grundigere sammenlikning av begrepene, for å belyse eventuelle forskjeller, samt en sammenliknende oppsummering. Det poengteres at trakasseringsbegrepet som oppstilles i arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel 13 behandles sammen med det generelle trakasseringsbegrepet etter aml. § 4-3 (3), til tross for at diskrimineringskapittelet inngår som en del av likestillings- og

³¹ Diskrimineringsombudsloven § 2 (2) og § 5 (3)

³² NOU 2011:18 s. 26

³³ Diskrimineringsombudsloven § 16 jfr. Forskrift om organisering og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda § 15

diskrimineringslovverket. Årsaken er at det følger av forarbeidene at begrepet skal tolkes på samme måte som etter § 4-3 (3).³⁴

Under pkt. 3 redegjøres for arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering etter arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsregelverket, både i forhold til vernekrets og pliktens innhold. Det foretas korte oppsummeringer underveis, samt en sammenliknende oppsummering i pkt. 3.3. Her behandles imidlertid forebyggingsplikten etter arbeidsmiljøloven kapittel 13 sammen med resten av likestillings- og diskrimineringsregelverket. Dette gir den beste strukturen og anses mest hensiktsmessig fordi ombudet og nemnda har håndhevingskompetanse etter diskrimineringskapittelet, samt at nemnda kan pålegge tiltak som er nødvendig for å hindre gjentakelse av brudd på verneplikten.³⁵ Arbeidstilsynet har derimot ikke påleggskompetanse knyttet til diskrimineringskapittelet, jfr. aml. § 18-6 (1).

Under pkt. 4 foretas en avsluttende oppsummering og vurdering av reglene knyttet til både trakasseringsbegrepet og forebyggingsplikten.

³⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 325

³⁵ Diskrimineringsombudsloven § 1 (1) nr.5 og § 7 (2)

2 Trakasseringsbegrepet

2.1 Kort om trakasseringsbegrepet etter arbeidsmiljøloven

2.1.1 aml. § 4-3 (3)

Det fremgår av aml. § 4-3 (3) at: «Arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden». Etter ordlyden anses trakassering som en form for utilbørlig opptreden. Dette gir imidlertid liten veiledning for forståelsen av trakasseringsbegrepet.

Bestemmelsen viderefører arbeidstakeres vern mot trakassering etter § 12 i arbeidsmiljøloven av 1977, som ble inntatt i dagjeldende lov i 1995. Den nye bestemmelsen innebærer ingen realitetsendringer.³⁶ Forarbeider og rettspraksis knyttet til den eldre bestemmelsen vil derfor være relevant ved fastsettelsen av innholdet i trakasseringsbegrepet etter aml. § 4-3 (3).

Trakasseringsforbudet gjelder alle former for trakassering. En person kan for eksempel bli trakassert på grunn av vedkommende sin personlighet eller utseende. Videre er det klart at vernet ikke bare omfatter trakassering fra kollegaer, men også fra andre som oppholder seg på arbeidsplassen, slik som for eksempel kunder.³⁷

Loven oppstiller ingen definisjon av trakasseringsbegrepet. Dette var et bevisst valg av lovgiver. I forarbeidene ble det vist til at bestemmelsen ikke bare setter forbud mot trakassering, men også mot «annen utilbørlig adferd». En mente da at en legaldefinisjon av trakasseringsbegrepet uansett ikke ville være utslagsgivende for bestemmelsens rekkevidde, og dermed ville være av begrenset informasjonsverdi.³⁸

Videre fremgår av forarbeidene at trakassering «... vil ha varierende uttrykk i ulike miljøer og til forskjellige tider».³⁹ Trakasseringsbegrepet er således en rettslig standard. En rettslig standard er «... en rettsregel som viser til en vurderingsnorm som ligger utenfor seg selv som avgjørende kriterium, og hvor de til enhver tid gjeldende moralske og sosialt aksepterte handlingsnormer i samfunnet legges til grunn».⁴⁰ Dette tilsier at det til en viss grad må foretas en objektiv vurdering av om trakassering har skjedd.

³⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 100

³⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 230

³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 100

³⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 230

⁴⁰ arbeidsrett.no, Pedersen § 4-3 (3) note 4

2.1.2 aml. § 13-1 (2)

Trakassering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder anses som diskriminering og er forbudt, jfr. aml. § 13-1 (2) jfr. (1). Det må foreligge årsakssammenheng mellom trakasseringen og minst ett av diskrimineringsgrunnlagene for at forholdet skal omfattes av bestemmelsen.⁴¹ Aml. § 13-1 (2) er en videreføring av § 54C i arbeidsmiljøloven av 1977. Forarbeidene til den tidligere bestemmelsen er derfor fremdeles relevante.

Definisjonen av trakassering fremgår av forarbeidene til § 13-1 (2): «Det anses som trakassering når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet».⁴² Ettersom det klart fremgår av forarbeidene at trakasseringsbegrepet skal forstås likt som begrepet i § 4-3 (3), legges det til grunn at definisjonen som oppstilles også gjelder for forståelsen av trakasseringsbegrepet etter § 4-3 (3).⁴³

Hovedelementet i trakasseringsbegrepet er at adferden er uønsket av den utsatte.⁴⁴ Selv om adferden objektivt sett oppfattes som trakasserende, vil det aldri regnes som trakassering dersom den utsatte ønsker adferden velkommen. I tillegg må adferden enten ha til hensikt eller virkning å krenke den utsattes verdighet. Trakasseringshensikt vil ofte være vanskelig å bevise, og er heller ikke et vilkår. Det er tilstrekkelig at adferden fører til verdighetskrenkelse for den utsatte.⁴⁵ Det fremgår av forarbeidene at ved vurderingen av om verdighetskrenkelse har funnet sted skal den fornærmedes subjektive opplevelse av situasjonen være utslagsgivende. Dette begrunnes dels med at det vil være umulig å fastsette objektive normer for verdighetskrenkelse, da det vil variere fra person til person hva en oppfatter som slik krenkelse. Dels er begrunnelsen at en objektivitetsnorm vil stride mot formuleringen i rådsdirektiv 2000/78/EF, som rettsregelen opprinner fra. Videre fremgår at det blir opp til domstolene, basert på konkrete helhetsvurderinger, å trekke grensene for hvilken adferd trakasseringsbegrepet omfatter.⁴⁶

⁴¹ Beck (2011) s. 294

⁴² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 326

⁴³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 325

⁴⁴ Beck (2011) s. 293

⁴⁵ arbeidsrett.no, Hotvedt § 13-1 note 8

⁴⁶ Innst.O.nr.52 (2003-2004) s. 16

2.2 Kort om trakasseringsbegrepet etter likestillings- og diskrimineringslovene

Likestillings- og diskrimineringslovene ble vedtatt i 2013 og trådte i kraft 1. januar 2014. Lovene viderefører i all hovedsak tidligere rett.⁴⁷ Forarbeidene til de tidligere lovene er derfor fortsatt relevante.

2.2.1 Trakasseringen må knyttes til diskrimineringsgrunnlag

Hvilken av forbudsbestemmelsene mot trakassering som får anvendelse avhenger av hvilket diskrimineringsgrunnlag trakasseringen knyttes til. Det må foreligge årsakssammenheng mellom trakasseringen og minst ett diskrimineringsgrunnlag. Slik trakassering anses som diskriminering.

Tilgj. § 8 oppstiller forbud mot trakassering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Bestemmelsen må ses i sammenheng hovedregelen om diskrimineringsforbud inntatt i § 5. Det fremgår da at forbudet omfatter trakassering på grunn av faktisk, antatt, tidligere og fremtidig nedsatt funksjonsevne. I tillegg omfattes trakassering på grunn av nedsatt funksjonsevne hos en person som den fornærmede har tilknytning til,⁴⁸ som for eksempel et barn, ektefelle eller en venn.

Trakassering på grunn av kjønn er forbudt etter likestl. § 8. Vernet er kjønnsnøytralt, men har størst praktisk betydning for kvinner. Også her må bestemmelsen ses i sammenheng med hovedregelen om forbud mot diskriminering inntatt i § 5. Hvis en person trakasseres fordi hun er gravid eller i fødsels- eller adopsjonspermisjon, anses dette eksempelvis som trakassering på grunn av kjønn. Forbudet gjelder trakassering på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig graviditet eller fødsels- eller adopsjonspermisjon. I tillegg omfattes trakassering på grunn av kjønn til en person som den fornærmede har tilknytning til.

Etniskrl. oppstiller forbud mot faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig trakassering på grunn av etnisitet, religion eller livssyn, jfr. § 9 jfr. § 6. Videre omfattes trakassering på grunn av etnisiteten, religionen eller livssynet til en person som den fornærmede har tilknytning til.⁴⁹ Trakassering på grunn av nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk anses som trakassering på grunn av etnisitet, jfr. § 9 jfr. § 6.

⁴⁷ Prop.88 L (2012-2013) s. 11

⁴⁸ tilgj. § 5 og Prop.88 L (2012-2013) s. 181

⁴⁹ etndiskrl. § 9 jfr. § 6

Videre er trakassering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk forbudt etter sordiskrl. § 8. Med «seksuell orientering» menes en persons seksuelle legning og/eller seksuelle praksis – altså om en person er homofil, heterofil, lesbisk eller bifil. «Kjønnsidentitet» er en persons selvopplevde kjønn, mens «kjønnsuttrykk» er hvordan en person uttrykker sitt kjønn gjennom for eksempel klær, utseende og talemåte. Samlet gir dette et vern for transpersoner, transseksuelle, transvestitter, intersexpersoner og personer som hverken anser seg som mann eller kvinne.⁵⁰ Også i denne loven gjelder forbudet trakassering på grunn av faktisk, antatt, tidligere og fremtidig seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Likeledes omfattes trakassering på grunn av den seksuelle orienteringen, kjønnsidentiteten eller kjønnsuttrykket til en person som den fornærmede har tilknytning til.⁵¹

2.2.2 Legaldefinisjon

Likestillings- og diskrimineringslovene oppstiller samme legaldefinisjon av trakasseringsbegrepet: «Med trakassering menes handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende».⁵² Det følger av forarbeidene at trakasseringsbegrepet skal tolkes likt.⁵³

For at ytringer skal anses som trakasserende adferd etter likestillings- og diskrimineringslovene må det dreie seg om ytringer som er rettet mot en eller flere konkrete enkeltpersoner. Ytringer som er del av den offentlige debatt, og som rammer en ubestemt gruppe personer, er ikke omfattet av trakasseringsbegrepet.⁵⁴

Det må gjøres en konkret helhetsvurdering av om trakassering har skjedd. I likhet med trakasseringsbegrepet etter arbeidsmiljøloven, er grunnkravet at den fornærmede opplever adferden som uønsket. Dette fremgår ikke direkte av ordlyden, men oppstilles som en forutsetning i forarbeidene. Videre følger av ordlyden at trakasseringsbegrepet omfatter både atferd som har til formål å virke, og adferd som faktisk virker, krenkende, skremmende, fiendtlig osv. Det er således ikke nødvendig å påvise trakasserende hensikt. Ved vurderingen av om adferden har virket krenkende osv. tas det utgangspunkt i fornærmedes subjektive opplevelse, som må ses i lys av objektive holdepunkter.⁵⁵

⁵⁰ Prop.88 L (2012-2013) s. 158-160

⁵¹ sordiskrl. § 8 jfr. § 5

⁵² likestl. § 8 (2) 1. punktum, tilgj. § 8, etndiskrl. § 9, sordiskrl. § 8

⁵³ Prop.88 L (2012-2013) s. 162

⁵⁴ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 38

⁵⁵ Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 255-256

2.3 Sammenlikning av trakasseringsbegrepet etter arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovene

I det følgende vurderes om trakasseringsbegrepet etter likestillings- og diskrimineringslovene skal tolkes på samme måte som begrepet etter aml. § 13-1 (2) og § 4-3 (3).

Det er sprikende oppfatninger om begrepet skal forstås likt. Henning Jakhelln antar i «Oversikt over arbeidsretten» s. 644 fra 2007, at definisjonen etter dagjeldende diskrimineringslov om etnisitet er veiledende ved forståelsen av trakasseringsbegrepet etter aml. § 4-3 (3). Ståle Einarsen (arbeids- og organisasjonspsykolog) og Harald Pedersen (jurist og spesialist i arbeidsrett) antar i deres bok fra 2007, «Håndtering av konflikt og trakassering i arbeidslivet» s. 320, at det ikke er noen forskjell i hvordan trakasseringsbegrepet innholdsmessig skal tolkes. Likestillings- og diskrimineringsombudet skriver imidlertid i sin analyse fra 2014, «Forbudet mot trakassering i arbeidslivet» s. 27, at trakasseringsbegrepet etter diskrimineringsregelverket skal forstås ulikt fra aml. § 4-3 (3).

2.3.1 Bakgrunnen for bestemmelsene

For å vurdere om begrepet skal forstås likt etter de to regelverkene er det relevant å se på forhistorien til forbudsbestemmelsene. Dagens lovverk kan anses å oppstille to omtrent like definisjoner av trakasseringsbegrepet. Den ene definisjonen fremgår av likestillings- og diskrimineringslovene, mens den andre definisjonen fremgår av forarbeidene til aml. § 13-1 (2). Ettersom trakasseringsbegrepet etter denne bestemmelsen skal forstås likt som § 4-3 (3),⁵⁶ anses definisjonen å også gjelde for forståelsen av trakasseringsbegrepet etter sistnevnte bestemmelse.

Bakgrunnen for någjeldende § 13-1 (2), var at det i 2004 ble innført endringer i arbeidsmiljøloven av 1977, herunder opprettet et særskilt forbud mot trakassering knyttet til en rekke diskrimineringsgrunnlag, jfr. aml. § 54C.⁵⁷ Lovendringen fulgte av at Norge sluttet seg til EUs ikke-diskrimineringspakke for arbeidslivet, herunder rådsdirektiv 2000/78/EF – også kalt rammedirektivet. En anså det nødvendig å innføre spesifikke forbud mot trakassering knyttet til diskrimineringsgrunnlag, fordi det generelle trakasseringsvernet i dagjeldende aml. § 12, någjeldende § 4-3 (3), ikke tilfredsstilte direktivets krav om delt bevisbyrde og trolig heller

⁵⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 325

⁵⁷ Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

ikke kravet til effektiv sanksjonering.⁵⁸ Direktivet åpner for at trakasseringsbegrepet, i forbindelse med definisjonen som direktivet oppstiller, kan defineres i overensstemmelse med intern lovgivning og praksis.⁵⁹ Aml. § 54C oppstilte følgende legaldefinisjon av trakassering: «... en uønsket adferd [som] finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet». Legaldefinisjonen ble tatt ut ved vedtakelsen av nåværende § 13-1 (2), men samme formulering fremgår nå av forarbeidene. Formuleringen likner definisjonen i rammedirektiv 2000/78/EF, med unntak av at direktivets definisjon har følgende tillegg: «... og skabe et truende, fjendtlig, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima». Denne formuleringen ble utelatt, da det ble lagt til grunn at det i praksis alltid vil være nedværdigende eller ydmykende å bli utsatt for verdighetskrenkelse.⁶⁰ Norge implementerte rammedirektivet frivillig, da det ikke inngår i EØS-avtalen. Dette innebærer at Norge formelt sett hverken er rettslig bundet av direktivet eller av EUs rettspraksis knyttet til det. Det fremgår imidlertid av oppdragsbeskrivelsen til Arbeidslivslovutvalget at Norge skal ha et vern på diskrimineringsområdet som minst er på høyde med EUs regelverk.⁶¹ Høyesterett har i Rt. 2011 s. 964 premiss 43-44 (Gjensidige-dommen) vist til dette, og lagt til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes slik at de blir forenlige med rammedirektivet.

Rammedirektiv 2000/78/EF omfattet diskrimineringsgrunnlagene: religion, livssyn, seksuell orientering, funksjonshemming og alder. Ved innføringen av trakasseringsforbudet i § 54C ble også diskrimineringsgrunnlagene: politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, kjønn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk inkludert. De to førstnevnte grunnlagene ble tatt inn som en videreføring av dagjeldende § 5-5 A (1).⁶² Ved vedtakelsen av någjeldende arbeidsmiljølov, ble de seks sistnevnte grunnlagene tatt ut. Trakasseringsforbudet knyttet til kjønn ble inntatt i likestillingsloven av 1978, og de øvrige ble innført i diskrimineringsloven av 2005. Legaldefinisjonen av trakasseringsbegrepet ble formulert noe ulikt i disse lovene, uten at det fremgår av forarbeidene hvorfor.

Likestillingsloven av 1978 bygget på definisjonen av trakasseringsbegrepet etter Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2002/73/EF, også kalt endringsdirektivet. Direktivet inngikk i EØS-avtalen. Trakasseringsdefinisjonen er tilnærmet identisk definisjonen i rammedirektivet. Dette er ikke rart ettersom formålet med endringsdirektivet var å bringe likestillingsregelverket knyttet til kjønn på samme linje som EUs ikke-diskrimineringspakke. Legaldefinisjonen som ble tatt inn i likestillingsloven avvek noe fra ordlyden i endringsdirektivet, da det også

⁵⁸ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 36

⁵⁹ Rdir 2000/78/EF art.2 nr.3

⁶⁰ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 37

⁶¹ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 14

⁶² Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 32

her ble valgt å utelate formuleringen: «... og skape et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig miljø».⁶³ Innholdsmessig er imidlertid begrepet ikke ment å avvike fra direktivets definisjon. Begrunnelsen for at formuleringen ikke ble tatt inn var den samme som ved avgjørelsen om ikke å ta inn tilsvarende ordlyd i aml. § 54C. Det ble også vektlagt at legaldefinisjonen da ville være i samsvar med definisjonen i arbeidsmiljøloven.⁶⁴ Endringsdirektivet er senere erstattet av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF, som inngår i EØS-avtalen og opererer med samme definisjon av trakasseringsbegrepet.

Legaldefinisjonen inntatt i diskrimineringsloven om etnisitet av 2005 ble formulert annerledes: «Med trakassering menes handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende». Formuleringen bygget på rådsdirektiv 2000/43/EF, som operer med lik definisjon som rammedirektiv 2000/78/EF. Begge direktivene inngår i EUs ikke-diskrimineringspakke. Rådsdirektiv 2000/43/EF er heller ikke del av EØS-avtalen, men utredningsutvalget la til grunn at det norske vernet burde være minst like omfattende som minimumskravet i direktivet.⁶⁵ Formuleringen om at adferden må være uønsket ble utelatt, uten at dette skulle innebære noen realitetsendring. Videre ble direktivets definisjon om henvisning til «... og skape et [...] ubehagelig klima»⁶⁶ ansett dels uklart og dels egnet til å begrense vernet, og ble dermed utelatt.⁶⁷ Legaldefinisjonen i diskrimineringsloven av 2005 ble også benyttet da trakasseringsvernet for personer med nedsatt funksjonsevne ble skilt ut i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008. Definisjonen bygget på rammedirektiv 2000/78/EF, og skulle i hovedsak forstås på samme måte som dette direktivet.⁶⁸

Någjeldende likestillings- og diskrimineringslover, herunder den nye diskrimineringsloven om seksuell orientering, ble vedtatt i 2013. Legaldefinisjonen er lik definisjonen slik den var i diskrimineringsloven av 2005 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008. Begrunnelsen for å lage nye lover var å styrke diskrimineringsvernet ved å samordne lovtekstene slik at de skulle være likere og dermed mer tilgjengelige. Lovene viderefører i all hovedsak rettsreglene etter de eldre lovene.⁶⁹

⁶³ EP/Rdir 2002/73/EF art.2 nr. 2

⁶⁴ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 13 og s. 38

⁶⁵ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 106

⁶⁶ Rdir 2000/43/EF art.2 nr.3

⁶⁷ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 108 og NOU 2002:12 s. 244

⁶⁸ Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 111 og s. 113

⁶⁹ Prop.88 L (2012-2013) s. 11

Som nevnt, oppstiller dagens lovverk to omtrent like definisjoner av trakasseringsbegrepet. Vilkåret om at adferden må være uønsket er utelatt i likestillings- og diskrimineringslovenes legaldefinisjon. De alternative vilkårene om at adferden tilsiktet eller utilsiktet virker skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende er utelatt av definisjonen som fremgår av forarbeidene til § 13-1 (2). Ingen av disse utelatelsene ment å endre innholdet i trakasseringsbegrepet fra forståelsen etter tilhørende EU-direktiver. Imidlertid er trakasseringsbegrepet etter intern rett trolig bredere enn etter EU-direktivene. Etter direktivenes definisjoner er det vilkår om at det foreligger tilsiktet eller utilsiktet verdighetskrenkelse og at det skapes et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig *miljø*. Intern rett oppstiller ikke et slikt tilleggsvilkår. Det er ikke noe i veien for at intern rett gir et bedre vern enn direktivene.

Norge er bundet av direktiv 2006/54/EF, og må oppstille minst like godt vern mot kjønnsstrakassering som direktivet. Når trakasseringsbegrepet etter likestillings- og diskrimineringslovene skal forstås likt, tilsier dette at også trakasseringsbegrepet i diskrimineringslovene skal forstås i samsvar med direktiv 2006/54/EF. Definisjonen i forarbeidene til arbeidsmiljøloven knytter seg til rammedirektiv 2000/78/EF, som Norge i utgangspunktet ikke er bundet av. At Høyesterett i Gjensidige-dommen la til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering skal tolkes i overensstemmelse med direktivet, kan imidlertid tale for at også trakasseringsbegrepet skal tolkes i samsvar med direktivet – i alle fall slik at intern rett minst gir like godt vern som EU-retten. At forløperen til direktiv 2006/54/EF, endringsdirektiv 2002/73/EF, tok sikte på å bringe likestillingsregelverket på linje med rammedirektiv 2000/78/EF kan tale for at trakasseringsbegrepet i disse direktivene skal forstås likt etter EUs regelverk.

Totalt sett kan dette indikere at forskjellen i definisjonene av trakasseringsbegrepet etter intern rett kun er tilsynelatende, og at innholdet skal forstås likt etter likestillings- og diskrimineringslovene og arbeidsmiljøloven – særlig aml. § 13-1 (2). Det er underlig om trakasseringsbegrepet knyttet til eksempelvis seksuell orientering skal forstås annerledes utelukkende fordi vernet ble flyttet fra aml. § 13-1 (2) til diskrimineringsloven om seksuell orientering. Hvis dette var lovgivers mening, burde det fremkomme klart av forarbeidene.

2.3.2 Momenter ved helhetsvurderingen

Det er belyst flere likheter ved forståelsen av trakasseringsbegrepet etter arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovene, herunder at det må foretas en helhetsvurdering av om trakassering har skjedd. I det følgende skal det redegjøres nærmere for de mest sentrale momentene ved helhetsvurderingen, samt vurderes om momentene gir innsikt i eventuelle forskjeller ved trakasseringsbegrepene. Det bemerkes at det ikke tas sikte på å oppstille en uttømmende oppsummering av relevante momenter.

2.3.2.1 Gjentatte handlinger over tid vs. enkeltstående handling

Med trakassering siktes som regel til gjentatte negative handlinger over tid. Trakasseringensbegrepet etter likestillings- og diskrimineringslovene inneholder likevel ikke et krav om dette. Også enkeltstående handlinger kan anses som trakassering. I slike tilfeller stilles imidlertid større krav til handlingens grovhet. I helhetsvurderingen av om trakassering har skjedd vil maktbalansen mellom partene kunne være ett moment. Dersom en sjef utsetter sin underordnet for en grov utilbørlig enkelthandling kan dette være tilstrekkelig for å anse forholdet som trakassering. Et annet moment kan være tilleggsbelastningen av å måtte forholde seg til muligheten for at vedkommende vil gjenta handlingen. Samtidig er det klart at selv om enkelthandlingene i seg selv ikke er grove nok, kan forholdene anses som trakassering dersom handlingene blir gjentatt over tid.⁷⁰

Etter arbeidsmiljøloven er det derimot et tradisjonelt syn at det må dreie seg om gjentatte handlinger over tid for å konstatere at det foreligger trakassering.⁷¹ Arbeidstilsynet, som fører tilsyn med at bestemmelsene i arbeidsmiljøloven blir overholdt,⁷² opererer med følgende definisjon av trakasseringensbegrepet: «Det er trakassering når en eller flere personer gjentatte ganger over tid blir utsatt for negative handlinger fra en eller flere personer...».⁷³

Det bemerkes at et krav om at det må foreligge gjentatte handlinger over tid samsvarer med definisjonen av mobbing/trakassering som oppstilles i arbeids- og organisasjonspsykologien.⁷⁴ Dette synet kan ha innvirket på den juridiske oppfatningen av trakasseringensbegrepet etter § 4-3 (3).

Oppfatningen er også utviklet på bakgrunn av høyesterettspraksis.⁷⁵ I Rt. 1993 s. 616 (Moelven Mjøsbruket) var spørsmålet om arbeidsgiver kunne holdes erstatningsrettslig ansvarlig for skader som arbeidstaker hadde pådratt seg som følge av trakassering/mobbing på arbeidsplassen. Retten tok ikke konkret stilling til erstatningsspørsmålet, da det ikke ble funnet bevist at trakassering/mobbing hadde skjedd. Innledningsvis i domspremissene viser førstvoterende til en definisjon av mobbing fra litteraturen og forskningen rundt fenomenet: «Mobbing defineres som "f.eks. trakassering, plaging, utfrysing eller sårende erting og fleiping ... som fore-

⁷⁰ Prop.88 L (2012-2013) s. 162 jfr. Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 38-39

⁷¹ arbeidsrett.no, Pedersen § 4-3 note 4

⁷² aml. § 18-1

⁷³ Arbeidstilsynet «Faktside: Mobbing og trakassering på arbeidsplassen»

⁷⁴ Einarsen (2007) s. 94-95

⁷⁵ arbeidsrett.no, Pedersen § 4-3 note 4

kommer gjentatte ganger over en viss tidsperiode"». I det etterfølgende avsnittet uttales: «Begrepet "mobbing" er imidlertid uten noe fastlagt faktisk og rettslig innhold, og det synes å være lite rettspraksis omkring fenomenet». Dommen kan dermed ikke tas til inntekt for at det oppstilles et krav om gjentatte handlinger over tid.

Noen år senere kom en ny trakasseringssak opp for Høyesterett. I Rt. 1997 s. 786 (Falken) var spørsmålet om arbeidsgiveren kunne holdes erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag etter skadeserstatningsloven (skl.) § 2-1 nr.1 for skade som var påført en arbeidstaker som følge av mobbing fra kollegaene. A ble ansatt som stasjonsleder ved en Falken Redningskorpsstasjon. I forkant av ansettelsen var det oppstått en konflikt mellom de øvrige ansatte og den sentrale ledelsen. På grunn av arbeidspresset ønsket de ansatte at det skulle ansettes en ny person, og de øvrige søkerne til stillingen stilte dette som krav. Det gjorde ikke A. Med dette som bakgrunn, utsatte de underordnede ansatte A for omfattende mobbing over en periode på fire til fem måneder.⁷⁶ Mobbingen som ble bevist i lagmannsretten, som Høyesterett la til grunn, var oppsummert i 16 punkter. Det dreide seg om «... forskjellige former for trakassering på det verbale plan, kombinert med trusler om ikke å gi seg før hun var fordrevet fra stillingen. Men det har også vært skremmende og plagsomme handlinger».⁷⁷ Høyesterett kom til at arbeidsgiver var erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag.

Avgjørelsen i Rt. 1997 s. 786 kan muligens tas til inntekt for at et vilkår for å fastslå trakassering er at det dreier seg om gjentatte handlinger over tid. Dette fremkommer imidlertid ikke klart av domspremissene. Saken omhandlet ikke direkte forståelsen av trakasseringsbegrepet, men spørsmålet om arbeidsgiveren kunne holdes erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag etter skl. § 2-1 nr.1. Det må også bemerkes at førstvoterende uttalte: «Selv om konsekvensene av mobbing kan være store for den enkelte, vil bare en mindre del av tilfellene resultere i erstatningsbetingende skader. Særlig gjelder det hvis mobbingen blir avbrutt før den er gått for langt».⁷⁸ En måte å tolke dette utsagnet, er at det kan foreligge rettsstridig trakassering selv om forholdet ikke er kvalifisert nok til at arbeidsgiver kan holdes erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag.

Videre var det i Rt. 2004 s. 1844 (Nera) også spørsmål om arbeidsgiver kunne holdes erstatningsansvarlig for skade arbeidstakeren hevdet skyltes trakassering på arbeidsplassen. Arbeidstaker A anførte at overordnede B uaktsomt hadde trakassert ham, og at arbeidsgiver dermed var erstatningsansvarlig etter skl. § 2-1 nr.1. Førstvoterende la til grunn at normer om

⁷⁶ LA-1995-36

⁷⁷ Rt. 1997 s. 786 s. 790

⁷⁸ Rt. 1997 s. 786 s. 793

krav til arbeidsmiljø etter dagjeldende arbeidsmiljølov kunne være veiledende ved vurderingen av hva som var uaktsom opptreden fra en overordnet. Det ble blant annet særlig vist til regelen i dagjeldende arbeidsmiljølov § 12 om at en arbeidstaker ikke skal «... utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden». Videre uttalte førstvoterende: «... det er samtidig på det rene at ikke enhver overtredelse av disse normene innebærer at det foreligger erstatningsgrunnlag. Og jeg understreker at spørsmålet i vår sak er ikke om arbeidsledelsen i forhold til A har skjedd på den best tenkelige måte, men om den har vært klanderverdig på en måte som må sees som erstatningsmessig uaktsom».⁷⁹

Det fremstår således uklart hvorvidt trakasseringsbegrepet etter arbeidsmiljøloven inneholder et vilkår om at det må dreie seg om gjentatte handlinger over tid, eller om dette kun er et vilkår for å ilegge arbeidsgiver erstatningsansvar på objektivt grunnlag. En alternativ tolkning er at trakasseringsbegrepet inneholder et slikt vilkår, men at forholdet må være mer kvalifisert for at arbeidsgiver skal bli erstatningsansvarlig.

Det er heller ikke avklart i rettspraksis hvor mange gjentatte utilbørlige handlinger, og over hvor lang tid, det må være snakk om for å fastslå at trakassering er skjedd. Det er antatt i juridisk teori at jo grovere handlinger en ansatt utsettes for, jo kortere tid må gå for å fastsette at vedkommende er blitt utsatt for trakassering. Eksempelvis vil det kunne ta lengre tid å stadfeste trakassering dersom vedkommende er blitt utsatt for sårende erting, enn hvor det dreier seg om grove trusler. Det er også antatt at det kan foreligge trakassering hvor det kun er snakk om en enkelthandling, forutsatt at handlingen fører til langvarige negative konsekvenser for arbeidstakeren. Ett eksempel er at arbeidstakeren fratras alle arbeidsoppgaver, og møter opp på jobb hver dag uten å bli gitt noe å gjøre.⁸⁰

Det fremgår av gjennomgangen at det kan stilles spørsmål ved det tradisjonelle utgangspunktet om at det må dreie seg om gjentatte handlinger over tid for å fastslå trakassering etter arbeidsmiljøloven. Hverken lovtekstens ordlyd, høyesterettspraksis eller forarbeider gir klart grunnlag for å fastslå dette.

⁷⁹ Rt. 2004 s. 1844 avsnitt (26)

⁸⁰ Pedersen (2002) s. 98

2.3.2.2 Maktforholdet

Trakassering har ofte sammenheng med maktstrukturer og maktubalanse. Etter likestillings- og diskrimineringslovene er det imidlertid hverken et krav om at det må eller bør være en maktubalanse mellom partene for å fastslå trakassering. Det fremgår likevel av forarbeidene at en eventuell maktubalanse *kan* være ett moment i helhetsvurderingen av om trakassering har skjedd. I for eksempel et arbeidsforhold vil over- og underordningsforholdet mellom leder og arbeidstaker kunne medføre at handlinger lettere anses som trakasserende.⁸¹ Ombudet og nemnda har i enkelte saker vektlagt maktforholdet, men ikke oppstilt noe krav at det må eller bør foreligge en maktubalanse mellom partene.⁸²

Det presiseres ikke i forarbeidene om det både siktes til reell og formell maktubalanse. Med formell maktubalanse ses kun til partenes formelle posisjoner som følge av en hierarkisk arbeidsorganisering. Med reell maktubalanse menes at den ene parten i realiteten er underlegen den andre, uavhengig av de formelle maktposisjonene. Ettersom trakasseringsforbudene også gjelder utenfor arbeidslivet, og kan omfatte grove enkelthandlinger, kan en person begå en trakasserende handling mot én vedkommende ikke kjenner – hvor det ikke vil være etablert noen form for maktforhold. Det må derfor kunne legges til grunn at forarbeidene både sikter til formell og reell maktubalanse. En slik tolkning underbygges av at ombudet og nemnda i enkelte saker har vektlagt maktforholdet selv om partene ikke sto i noen formell maktposisjon til hverandre.⁸³

Når det gjelder forståelsen av trakasseringsbegrepet etter aml. § 4-3 (3), opererer Arbeidstilsynet med følgende tolkning: «... Videre *bør* det være en ubalanse i styrkeforholdet, slik at den som blir trakassert må ha vanskelig for å forsvare seg. Vi snakker ikke om trakassering dersom to omtrent like sterke personer kommer i konflikt... (egen kursivering)».⁸⁴

En slik forståelse er også lagt til grunn i juridisk teori. Poenget er at maktskjevheten viser seg ved at den underlegne parten føler seg maktesløs og har vanskelig for å forsvare seg.⁸⁵ Det siktes således til det reelle maktforholdet. Forståelsen samsvarer også langt på vei med psykologiens definisjon av trakassering om at den som utsettes reelt eller opplevd er *underlegne* i den aktuelle situasjonen.⁸⁶

⁸¹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 162 og Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 38

⁸² Se LDN 17/2013, LDN 24/2012, LDO 13/489, LDO 09/564

⁸³ Se LDN 11/2014, LDO 09/2374, LDO 08/182

⁸⁴ Arbeidstilsynet «Faktside: Mobbing og trakassering på arbeidsplassen»

⁸⁵ Einarsen (2007) s. 130

⁸⁶ STAMI Faktabok (2015) s. 80 og Einarsen (2007) s. 94-95

Oppfatningen virker å bygge på at det etter rettspraksis ofte er en reell maktskjevhet mellom partene. Det typiske tilfellet er at en ansatt anfører å ha blitt trakassert av sin sjef – hvor det for så vidt også foreligger en formell maktskjevhet. Rt. 1997 s. 786 (Falken) fremstår som et særtilfelle, hvor det ikke var samsvar mellom det formelle og reelle maktforholdet ettersom lederen reelt fremsto som den svakeste parten. Det kan likevel ikke klart utledes av høyesterettspraksis at en slik maktubalanse *bør* foreligge.⁸⁷ I underrettspraksis, som har langt mindre rettskildemessig vekt, er Arbeidstilsynets definisjon noen ganger lagt til grunn og andre ganger ikke.⁸⁸ Sakene fra rettspraksis har hovedsakelig dreiet seg om arbeidsgivers erstatningsansvar eller oppsigelsesspørsmål, og ingen har direkte omhandlet forståelsen av trakasseringsbegrepet. Oppfatningen om at det *bør* foreligge en ubalanse i styrkeforholdet har således ingen sterk rettskildemessig forankring.

Hva gjelder aml. § 13-1 (2) fremgår derimot av forarbeidene til den tidligere aml. § 54C, som någjeldende § 13-1 (2) er en videreføring av at: «... det ikke forutsettes at den som trakasseres har noen form for maktposisjon».⁸⁹ Som eksempler vises til at en arbeidstaker kan anses å trakassere en kollega, en sjef kan trakassere en underordnet og en underordnet kan trakassere sin sjef. På den ene siden kan eksemplene gi inntrykk av at det kun siktes til det formelle maktforholdet. Hvis dette legges til grunn, oppstår ingen motstrid med oppfatningen etter § 4-3 (3) om at det *bør* foreligge en reell maktskjevhet. På den andre siden tilsier formuleringen «noen form for maktposisjon» at det hverken forutsettes at den som trakasseres har en formell eller reell maktposisjon ovenfor den utsatte, ei heller at en maktposisjon *bør* foreligge. En slik tolkning strider mot den tradisjonelle oppfatningen etter § 4-3 (3), noe som fremstår som underlig ettersom trakasseringsbegrepet skal forstås likt i arbeidsmiljøloven.⁹⁰ Samtidig taler hensynet til harmonisering med det øvrige diskrimineringslovverket at trakasseringsbegrepet etter § 13-1 (2) må tolkes slik at det ikke stilles krav om at det *bør* foreligge en reell maktskjevhet mellom partene.

På denne bakgrunn fremstår det som noe usikkert hvorvidt den tradisjonelle oppfatningen om at det *bør* være en maktskjevhet mellom partene skal legges til grunn ved forståelsen av trakasseringsbegrepet etter § 4-3 (3) og § 13-1 (2).

⁸⁷ Rt. 2004 s. 1844, Rt. 1997 s. 1506, Rt. 1997 s. 786, Rt. 1993 s. 616

⁸⁸ LB-2014-163716, LE-2012-39402, LF-2010-97095, LB-2007-121782, LB-2007-81585, LB-1999-1912

⁸⁹ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 36

⁹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 325

2.3.2.3 *Subjektiv opplevelse vs. objektiv vurdering*

Som nevnt, foreligger trakassering dersom virkningen av adferden er krenkende (skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende) for den fornærmede. Ettersom forskjellige personer vil ha ulike oppfatninger av hva en anser som trakasserende, kan det stilles spørsmål ved om en subjektiv opplevelse av å ha blitt trakassert skal være avgjørende eller om det også må foretas en objektiv vurdering.

Etter likestillings- og diskrimineringslovene skal det tas utgangspunkt i fornærmedes egen opplevelse av situasjonen ved vurderingen av om trakassering har skjedd. Den enkeltes oppfatning er det sentrale. Den subjektive vurderingen må imidlertid ses i sammenheng med objektive holdepunkter. Ikke enhver plagsom eller irriterende handling anses som trakassering – det kreves en viss alvorlighetsgrad. Det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor ulike momenter spiller inn. Forarbeidene lister opp flere ikke-uttømmende momenter som eksempelvis: krenkelsens grovhet, omstendighetene rundt handlingen og om trakasseringen har pågått over lang tid. Det kan også være et moment om fornærmede har gitt uttrykk for at han opplever adferden som trakasserende, selv om dette ikke er et generelt krav for å fastslå trakassering. Videre vil det være av betydning om den som utfører handlingene forsto eller burde ha forstått at dette kunne oppleves trakasserende.⁹¹

I forarbeidene til aml. § 13-1 (2) fremgår at det er den utsatte arbeidstakerens subjektive opplevelse av situasjonen som skal være utslagsgivende ved vurderingen av om vedkommende har blitt utsatt for trakassering. Samtidig er det overlatt til domstolene å trekke en grense for hvilken adferd som omfattes av trakasseringsbegrepet.⁹²

I dommen inntatt i Rt. 2004 s. 1844 (Nera) berøres forholdet mellom objektive holdepunkter og fornærmedes subjektive opplevelse av å ha blitt trakassert. Saken knytter seg til aml. § 4-3 (3), men er like relevant for forståelsen av aml. § 13-1 (2). Som nevnt, var spørsmålet om arbeidsgiveren kunne holdes erstatningsrettslig ansvarlig på objektivt grunnlag. Som følge av at virksomheten i en lengre periode hadde slitt, ble As arbeidsoppgaver noe endret og han ble overført til avdelingen der B var leder. B gav A ny stillingsinstruks, ny dyktighetsvurdering og permitteringsvarsel. A opplevde disse forholdene som trakassering. Videre mente A at B generelt hadde trakassert han ved hans holdninger og væremåte, blant annet via hans kroppsspråk. Førstvoterende mente det ikke var grunn til å tvile på As opplevelse av å ha blitt trakas-

⁹¹ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 39

⁹² Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 37

sert, men uttalte likevel: «... objektivt sett kan jeg ikke [...] se noe grunnlag for å oppfatte B sin generelle atferd som en trakassering av A».

Uttalelsen må trolig tolkes slik at en subjektiv opplevelse av å bli trakassert ikke alene vil være nok for å stadfeste trakassering. Det må også foretas en objektiv vurdering av om de anførte forholdene anses som trakassering. Det bemerkes imidlertid at Høyesterett ikke tolket selve trakasseringsbegrepet, men vurderte om B ved erstatningsmessig uaktsomhet hadde trakassert A. Det er dermed mulig at det må legges mer vekt på objektive forhold i erstatningssaker, enn ved fastsettelsen av innholdet i selve trakasseringsbegrepet.⁹³

Oppsummert må det likevel kunne legges til grunn at en subjektiv opplevelse av å ha blitt trakassert aldri alene vil være tilstrekkelig for å fastslå trakassering, hverken etter arbeidsmiljøloven eller likestillings- og diskrimineringslovene. Også rimelighetsbetraktninger tilsier at det må foreligge visse objektive holdepunkter. Ellers ville det vært umulig å argumentere for at trakassering ikke har skjedd så lenge den berørte anfører at han føler seg trakassert.

2.3.2.3.1 Modifikasjon av objektivitetsvilkåret

Her vurderes om objektivitetsvilkåret må modifiseres i enkelte tilfeller.

Høyesterett berørte også dette spørsmålet i Rt. 2004 s. 1844 (Nera). Etter å ha kommet til at det ikke forelå objektive holdepunkter som tilsa at B uaktsomt hadde trakassert A, ble det redegjort for om vurderingen måtte bli annerledes på grunn av As spesielle personlighetstrekk. På bakgrunn av en psykiatrisk sakkyndigvurdering, oppfattet retten A som en «... nærtakende person, med et stort behov for annerkjennelse. Men at dette ikke nødvendigvis var lett for andre å skjønne».⁹⁴ Høyesterett mente det var vanskelig for B å forstå at A burde blitt behandlet spesielt varsomt fordi han holdt på å få store psykiske problemer. Således kunne ikke de spesielle personlighetstrekkene hos A medføre at B hadde opptrådt erstatningsmessig uaktsomt. Av dommen kan utledes at det i utgangspunktet ikke skal vektlegges at en arbeidstaker eksempelvis er spesielt nærtagende, men dersom den som anklages for å ha trakassert burde forstått dette vil det kunne føre til erstatningsbetinget uaktsomhet.⁹⁵

Selv om vurderingstemaet i Nera-dommen var om B hadde opptrådt erstatningsmessig uaktsomt, gir domspremissene veiledning for forståelsen av trakasseringsbegrepet etter ar-

⁹³ arbeidsrett.no, Hotvedt § 13-1 note 8

⁹⁴ Rt. 2004 s. 1844 avsnitt (45)

⁹⁵ Beck (2011) s. 334

beidsmiljøloven. I tilfeller hvor den som har utført handlingene burde forstått at dette opplevdes trakasserende for den fornærmede, stilles trolig ikke like strenge krav til objektive holdepunkter for å fastslå trakassering – objektivitetsvilkåret modifiseres. Dersom vedkommende forstår at den utsatte føler seg trakassert vil også forholdet lettere anses som trakassering, jfr. det alternative vilkåret om trakasserende hensikt.

Når det gjelder likestillings- og diskrimineringslovene er også et vilkår at det foreligger objektive holdepunkter for trakassering. Ett moment ved helhetsvurderingen er om den som har utført handlingene forsto eller burde forstått at dette kunne oppleves trakasserende for den utsatte.⁹⁶ Dette tilsier at vurderingen etter disse lovene blir lik vurderingen etter arbeidsmiljøloven på dette punktet.

2.3.3 Sammenliknende oppsummering

Etter både arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovene anses trakassering som uønsket adferd (handlinger, unnlater eller ytringer) som enten har til virkning eller formål/hensikt å være krenkende (skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende). Videre må det foretas en helhetsvurdering av hvorvidt trakassering har skjedd, herunder en subjektiv og objektiv vurdering av forholdet.

Den åpenbare forskjellen mellom begrepene er at det må foreligge årsakssammenheng mellom trakasseringen og minst ett diskrimineringsgrunnlag for at et forhold skal anses som trakassering etter likestillings- og diskrimineringslovverket, herunder aml. § 13-1 (2). Trakasseringensbegrepet etter aml. § 4-3 (3) omfatter imidlertid alle former for trakassering.

Videre knytter forskjellene seg til at det etter § 4-3 (3) er en tradisjonell oppfatning at trakasseringensbegrepet inneholder vilkår om at det *må* dreie seg om gjentatte handlinger over tid, og at det *bør* være en maktskjevhet mellom partene. Etter likestillings- og diskrimineringslovene stilles ingen krav om at det *bør* foreligge en slik maktubalanse, og grove enkeltstående handlinger kan regnes som trakassering. En annen sak at det lettere vil anses som trakassering dersom det foreligger en maktskjevhet og/eller dreier seg om gjentatte handlinger over tid. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved den rettskildemessige forankringen til den tradisjonelle oppfatningen etter § 4-3 (3), særlig fordi rettspraksis ikke direkte har omhandlet trakasseringensbegrepet. Avgjørelsene kan forstås slik at disse vilkårene må foreligge for å ilegge erstatningsansvar, men ikke nødvendigvis for å stadfeste hvorvidt trakassering har skjedd.

⁹⁶ Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 39

Trakasseringsbegrepet etter § 13-1 (2) står i en mellomstilling. På den ene siden inngår trakasseringsforbudet i diskrimineringslovverket, og håndheves av ombudet og nemnda på lik linje som de øvrige trakasseringsforbudene.⁹⁷ Det at disse trakasseringsforbudene er initiert av EU-direktiver, samt likheten ved definisjonene og harmoniseringshensyn taler for at begrepet må forstås likt som i resten av diskrimineringslovverket. På den andre siden fremgår tydelig av arbeidsmiljølovens forarbeider at begrepet skal forstås på samme måte som etter § 4-3 (3). Hvis den tradisjonelle forståelsen etter § 4-3 (3) legges til grunn, tilsier dette at personer som blir trakassert på grunn av alder, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller politisk syn har et dårligere vern enn personer som blir trakassert på grunn av andre diskrimineringsgrunnlag. Det er tvilsomt om lovgiver har tilsiktet en slik rettstilstand. Tvert i mot fremstår uttalelsen som lite gjennomtenkt, og at det ikke er tatt høyde for hvordan begrepet tradisjonelt er forstått etter § 4-3 (3).

Totalt sett fremstår det imidlertid som usikkert om begrepet skal forstås likt etter henholdsvis likestillings- og diskrimineringslovene, aml. § 4-3 (3) og § 13-1 (2).

⁹⁷ Diskrimineringsombudsloven § 1 (2)

3 Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering

3.1 Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering etter likestillings- og diskrimineringslovverket

Det fremgår klart av likestillings- og diskrimineringslovene at arbeidsgiver skal forebygge trakassering, jfr. likestl. § 25, etndiskrl. § 22, tilgj. § 27 og sordiskrl. § 21. Vernebestemmelsene er formulert likt, og skal fortolkes på samme måte.⁹⁸ Hensynene bak plikten er å stimulere arbeidsgivere til å forhindre trakassering, samt fremme bevisstgjøring og skape større forståelse for problemer knyttet til trakassering.⁹⁹

Det følger av ordlyden at det er arbeidsgiver som er pliktsubjekt. Begrepet *arbeidsgiver* skal forstås likt som etter någjeldende arbeidsmiljølov § 1-8 (2),¹⁰⁰ se pkt. 1.4.

Forebyggingsplikten er videreført fra de tidligere lovene på likestillings- og diskrimineringsområdet. For en nærmere forståelse av plikten henviser forarbeidene til de eldre lovenes forarbeider, herunder tilsvarende plikt knyttet til seksuell trakassering.¹⁰¹

Det kan ikke utledes av ordlyden i aml. kapittel 13 at arbeidsgiver har plikt til å forebygge trakassering. Trakasseringsforbudet i § 13-1 (2) må imidlertid ses i sammenheng med § 2-1, hvor det fremgår at arbeidsgiver har plikt til å sørge for at lovens bestemmelser blir overholdt. Dette tilsier at arbeidsgiver også har en forebyggingsplikt etter aml. kapittel 13.

Hverken forarbeidene til någjeldende eller tidligere arbeidsmiljølov nevner en særskilt forebyggingsplikt etter diskrimineringskapittelet. Undertegnede har heller ikke funnet rettspraksis som belyser spørsmålet. Det må derfor ses til andre rettskildefaktorer.

I sak 12/691 innfortolket ombudet en forebyggingsplikt etter aml. kapittel 13, tilsvarende plikten etter det øvrige likestillings- og diskrimineringsregelverket. Saken gjaldt trakassering på grunn av seksuell orientering, som på tidspunktet var regulert i diskrimineringskapittelet. Det bemerkes at ombudet året etter, i sak 13/489, uttalte at virksomheten hadde forebyggingsrutiner som omfattet trakassering på grunn av seksuell orientering etter aml. kapittel 13, uten å gå nærmere inn i en vurdering av hvorvidt en slik plikt kunne oppstilles. Ettersom det kun er i

⁹⁸ Prop.88L (2012-2013) s. 165

⁹⁹ Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 114

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 208 jfr. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 302

¹⁰¹ Prop.88 L (2012-2013) s. 165-166, s. 174, s. 178, s. 183

2012-saken at ombudet vurderer om det kan oppstilles en forebyggingsplikt etter diskrimineringskapittelet, er det tvilsomt om uttalelsen har rettskildemessig relevans.¹⁰² Det er imidlertid klart at ombudets argumentasjon i form av reelle hensyn og formålsbetraktninger har rettskildemessig vekt.

Ombudet la for det første vekt på hensynet til sammenheng mellom lovens bestemmelser om trakassering etter § 4-3 (3) og § 13-1 (2). Ettersom arbeidsgiver har en forebyggingsplikt etter førstnevnte bestemmelse, tilsier dette at det også må oppstilles en verneplikt etter § 13-1 (2). I tillegg ble det vektlagt at hensynet til sammenheng med det øvrige likestillings- og diskrimineringsregelverket taler for at arbeidsgiver har en forebyggingsplikt etter aml. kapittel 13. Likestillings- og diskrimineringslovene har ingen avgrenset krets av ansvarssubjekter. Likestillingsloven gjelder på alle områder i samfunnet. Det gjør også diskrimineringslovene, med unntak for familieliv og andre rent personlige forhold.¹⁰³ Hva gjelder arbeidsmiljøloven er det imidlertid arbeidsgiver som er ansvarssubjekt, jfr. § 2-1. Dette kan forklare hvorfor forebyggingsplikten kun er særlig spesifisert i det øvrige likestillings- og diskrimineringsregelverket. Videre ble det vist til at en forebyggingsplikt etter § 13-1 (2) er mest forenlig med formålet om et effektivt vern mot trakassering.

På bakgrunn av dette, må det kunne legges til grunn at arbeidsgiver har en forebyggingsplikt etter både aml. kapittel 13 og likestillings- og diskrimineringslovene.

3.1.1 Vernekrets

3.1.1.1 Etter likestillings- og diskrimineringslovene

Det fremgår av forarbeidene til de tidligere lovene på likestillings- og diskrimineringsfeltet at arbeidsgiveres verneplikt gjelder ovenfor de som «... naturlig hører inn under deres ansvarsområde».¹⁰⁴ Ettersom verneplikten er videreført, og forarbeidene til någjeldende lover henviser til de eldre forarbeidene, må det legges til grunn at dette fortsatt er gjeldene. Forarbeidene nevner at eksempelvis kunder, klienter og pasienter omfattes. En arbeidsgiver vil eksempelvis både ha plikt til å forebygge at ansatte utsettes for trakassering fra kunder, og at kunder utsettes for trakassering fra servicepersonalet. Oppramsingen av vernesubjekter er ikke uttømmende, da det rettslige vurderingstemaet er hvem som *naturlig hører inn under arbeidsgivers ansvarsområde*. Andre persongrupper kan, etter en konkret vurdering, omfattes.

¹⁰² Boe (2014) s. 264-265

¹⁰³ Jfr. likestl. § 2, etndiskrl. § 2, tilgj. § 2, sordiskrl. § 2

¹⁰⁴ Prop.88L (2012-2013) s. 165 jfr. Ot.prp.nr.77 (2000-2002) s. 75, Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 109, Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 256

Videre er arbeidstakere vernesubjekter ettersom det følger av likestillings- og diskrimineringslovene at trakasseringsforbudene gjelder «... alle sider av et ansettelsesforhold».¹⁰⁵ Bestemmelsene skal tolkes likt.¹⁰⁶ Det oppstilles en ikke-uttømmende oppramsing av hvilke forhold som omfattes, herunder utlysning av stilling og ansettelse. Dette innebærer at eksempelvis arbeidssøkere er vernet. Trakasseringsforbudet gjelder også «... arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere».¹⁰⁷

Forebyggingsplikten knyttes til trakasseringsforbudene etter de ulike lovene.¹⁰⁸ Dette medfører at arbeidsgiver har plikt til å forebygge at eksempelvis arbeidstakere, arbeidssøkere, selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere utsettes for trakassering. Det bemerkes at disse persongruppene uansett trolig ville blitt ansett å *naturlig høre inn under arbeidsgivers ansvarsområde*.

3.1.1.2 Etter aml. kapittel 13

Det følger ikke av ordlyden til aml. § 13-1 (2) hvem som er vernesubjekter. For å klargjøre dette må bestemmelsen tolkes i sammenheng med § 13-2, som er omtrent likt formulert tilsvarende bestemmelser etter likestillings- og diskrimineringslovene. Det kan da utledes at trakasseringsforbudet gjelder «... alle sider ved arbeidsforholdet». Dette innebærer for det første at arbeidstakere er vernesubjekter.

Videre oppstiller også § 13-2 (1) en ikke-uttømmende liste¹⁰⁹ over eksempler på sider ved arbeidsforholdet som omfattes av trakasseringsforbudet. Her nevnes kun utlysning av stilling og ansettelse. Jobbintervjuer er således omfattet.¹¹⁰ Dette innebærer at arbeidssøkere som er til intervju er vernesubjekter etter § 13-1 (2). Videre medfører dette at arbeidsgiver har plikt til å forebygge at arbeidssøkere trakasseres på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, politisk syn og alder.

Det er også klart at trakasseringsforbudet gjelder for «... arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere», jfr. § 13-2 (2). Dette medfører at selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere er å anse som vernesubjekter, på sam-

¹⁰⁵ likestl. § 17 jfr. § 8, etndiskrl. § 16 jfr. § 9, tilgj. § 21 jfr. § 8, sordiskrl. § 15 jfr. § 8

¹⁰⁶ Prop.88L (2012-2013) s. 163

¹⁰⁷ likestl. § 17 (2) jfr. § 8, etndiskrl. § 16 (2) jfr. § 9, tilgj. § 21 (2) jfr. § 8, sordiskrl. § 15 (2) jfr. § 8

¹⁰⁸ likestl. §§ 25 jfr. 8, etndiskrl. §§ 22 jfr. 9, tilgj. §§ 27 jfr. 8, sordiskrl. §§ 21 jfr. 8

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 326

¹¹⁰ Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 24

me måte som arbeidstakerne i virksomheten.¹¹¹ Videre innebærer dette at arbeidsgiver har plikt til å forebygge at disse persongruppene blir trakassert.

Videre skal personer som utplasseres i virksomheter i opplærings- eller attføringsøyemed eller som deltar i arbeidsmarkedstiltak, uten å være arbeidstakere, anses som arbeidstakere i forhold til aml. kapittel 13, jfr. aml. § 1-6 (3) jfr. forskrift av 16. desember 2005 nr. 1568 § 5. Som en konsekvens av dette er denne persongruppen også vernet av trakasseringsforbudet etter § 13-1 (2), og omfattet av arbeidsgivers forebyggingsplikt.

3.1.2 Pliktens innhold

Det fremgår av forarbeidene at med plikt til å forebygge trakassering menes «... tiltak av preventiv karakter».¹¹² Formuleringen taler for at i alle fall noen tiltak må iverksettes. Formålsbetraktninger tilsier at disse må være egnet til å forebygge trakassering.

Forarbeidene oppstiller en ikke-uttømmende liste over relevante forebyggingstiltak. Dette kan for eksempel være «... å organisere virksomheten på en bestemt måte, opprette internt klageorgan eller kontrollsystem, iverksette holdningskampanjer, utarbeide retningslinjer og informasjonsmateriell, eller foreta helt konkrete handlinger som for eksempel å fjerne pornografiske bilder fra veggene».¹¹³ Også andre tiltak kan tenkes å være relevante, som for eksempel medarbeiderundersøkelser.¹¹⁴ Videre fremgår at arbeidsgiver *bør* gjøre det klart at trakassering ikke tolereres i virksomheten, og opplyse om hvilke negative konsekvenser dette kan få for den som rammes og miljøet rundt. Hvilke tiltak som *bør* velges vil kunne variere avhengig av hvilken type virksomhet det dreier seg om, og øvrige omstendigheter i det enkelte tilfellet. I dette henseende vil det for eksempel være av betydning å se på arbeidsplassens størrelse og utforming, samt arbeidsstyrkens sammensetning. Også arten og omfanget av eventuelt påstått trakassering, vil kunne få betydning.¹¹⁵

Formuleringene i forarbeidene tilsier at hvilke tiltak som *bør* iverksettes kan variere i takt med arbeidsplassens utvikling. Selv om det ikke eksplisitt uttales, må det derfor kunne legges til grunn at forebyggingsplikten er kontinuerlig. Videre taler forarbeidene implisitt for at arbeidsgivere må vurdere hvilke tiltak som skal iverksettes, basert på forholdene i virksomhe-

¹¹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 326

¹¹² Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 115

¹¹³ Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 75

¹¹⁴ LDO 10/1521

¹¹⁵ Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 75

ten. Det bemerkes at en slik tolkning samsvarer med forståelsen av den alminnelige aktivitetssplikten, se pkt. 1.3.

Forarbeidene gir kun begrenset veiledning til forståelsen av innholdet i forebyggingsplikten. Det legges opp til at pliktens nærmere innhold må utdypes gjennom praksis.¹¹⁶ I mangel på rettspraksis må det ses til forvaltningspraksis fra ombudet og nemnda, da disse er gitt særlig kompetanse av lovgiver til å håndheve forebyggingsplikten.

3.1.2.1 Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Det følger av forarbeidene at vurderingstemaet er om arbeidsgiver har gjort nok for å forebygge trakassering innenfor sitt ansvarsområde, ikke hvorvidt trakassering faktisk har skjedd. Formålet er først og fremst å fokusere på problemet og få en redegjørelse fra arbeidsgiver for om det er gjort tilstrekkelig for å forebygge trakassering.¹¹⁷ Ombudet tolker forarbeidene slik at arbeidsgivere har en viss grad av frihet til å vurdere hvilke tiltak som iverksettes, så lenge virksomheten har relevante forebyggingstiltak.¹¹⁸ Også dette taler for at arbeidsgivere plikter å iverksette i alle fall noen tiltak.

Selv om det kun implisitt fremgår av forarbeidene, er det klart at ombudet og nemnda må foreta en konkret helhetsvurdering av om verneplikten er oppfylt. Det kan likevel utledes enkelte momenter som særlig vektlegges, spesielt etter ombudets praksis. Siktemålet i det følgende er å redegjøre for hovedpunktene i praksisen, ikke å foreta en fullstendig gjennomgang.

3.1.2.1.1 Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet

Ombudet har særlig vektlagt tre momenter ved helhetsvurderingen av om arbeidsgiver har overholdt forebyggingsplikten.

For det første *bør* arbeidsgiver ha en klar og uttalt holdning om at trakassering ikke aksepteres. Etter ombudets praksis må denne gjøres kjent for alle ansatte, for eksempel på fellesmøter, intranett og liknende.¹¹⁹ Som illustrasjon vises til sak 11/878 hvor virksomhetens varslingsrutine gav uttrykk for at trakassering var uakseptabelt. Rutinen inngikk som en del av

¹¹⁶ Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 75

¹¹⁷ Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 75

¹¹⁸ Se LDO 10/1521, LDO 11/878, LDO 10/816

¹¹⁹ LDO 13/1402, LDO 13/371, LDO 11/878, LDO 10/1521, LDO 09/564

arbeidskontrakten og de ansatte måtte underskrive på at de var kjent med den ved kontraktinngåelsen. Ombudet mente dette var i samsvar med forebyggingsplikten.

For det andre *bør* de ansatte gis opplæring i trakasseringsforbudet. Ombudet anbefaler at dette gjøres i forbindelse med HMS-opplæringen.¹²⁰ I sak 10/1521 ble det blant annet vektlagt at virksomheten ikke hadde noen form for opplæring med fokus på trakassering. Videre ble det, i den ovennevnte sak 11/878, vektlagt at opplæringen var feilaktig. Virksomheten var et andelslag for brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Dette er en ordning hvor personer med nedsatt funksjonsevne, omtalt som arbeidsledere, har ansvar for å lede sine assistenter. Av rutinene fremgikk at det ble ansett som kritikkverdig forhold dersom «... arbeidsleder driver *systematisk* (egen kursivering) trakassering/diskriminering av assistenten». Ombudet mente rutinene var noe misvisende, da formuleringen kunne gi inntrykk av at kun gjentatte tilfeller var omfattet av trakasseringsforbudet. Virksomheten hadde heller ikke opplyst at det ble gitt øvrig opplæring om trakassering.

For det tredje *bør* arbeidsgiver etablere rutiner for registrering og behandling av saker om trakassering.¹²¹ Dette vil typisk være varslingsrutiner, og rutiner for håndtering av trakasseringsvarsel.

I sak 13/2274 hadde virksomheten et hefte som omhandlet selskapets verdier og fokusområder. Virksomheten hadde imidlertid ikke retningslinjer for hvordan ansatte burde gå frem for å varsle om trakassering, ei heller en plan for hvordan trakassering skulle forhindres. Til tross for at virksomheten kun hadde 33 ansatte, mente ombudet at bedriften var av en slik størrelse at retningslinjer skulle vært utformet. Ombudet kom til at virksomheten hadde brutt forebyggingsplikten, og anmodet bedriften om å utarbeide retningslinjer for å forebygge og søke å hindre/håndtere trakasseringstilfeller.

Virksomheten i ovennevnte sak 10/1521 hadde, foruten retningslinjer hvor det fremgikk at trakassering var uakseptabelt, et «whistleblower»-system for varsling om blant annet trakassering. Rutinen manglet imidlertid informasjon om hvordan et trakasseringsvarsel skulle håndteres. Dette ble ansett å skape liten forutsigbarhet for både arbeidstakere og arbeidsgiver. Ombudet poengterte den nære sammenhengen mellom å ha retningslinjer for å forebygge trakassering, og plikten til å søke å hindre trakassering i et konkret tilfelle.¹²² I sak 11/878, hadde også virksomheten en varslingsrutine som blant annet konkret omhandlet trakassering. Ruti-

¹²⁰ LDO 13/1402, LDO 13/371, LDO 11/878, LDO 10/1521, LDO 09/564

¹²¹ LDO 13/1402, LDO 13/371, LDO 11/878, LDO 10/1521, LDO 09/564

¹²² likestl. § 25, etndiskrl. § 22, tilgj. § 27, sordiskrl. § 21

nen oppga et telefonnummer, en e-post adresse og en postadresse hvor trakasseringsvarsel kunne sendes. Ombudet mente dette var utilstrekkelig, da rutinen ikke konkret opplyste om hvem som skulle varsles. Også her ble det vektlagt at det ikke forelå en rutine for hvordan et trakasseringsvarsel skulle håndteres, med samme begrunnelse som i 2010-saken. Videre mente ombudet at det måtte angis konkret hvem som skulle håndtere trakasseringsvarslene.

Ombudet stilte relativt strenge krav til innholdet i rutinene i de to sistnevnte sakene. I motsetningen til 2013-saken, var et fellestrekk ved de to sakene at det dreide seg om store virksomheter. Etter en helhetsvurdering, der også andre momenter spilte inn, kom ombudet til at arbeidsgiverne ikke hadde overholdt plikten. For utenom manglende opplæring om trakasseringsforbudet, ble det i 2010-saken blant annet vektlagt at virksomheten ikke hadde iverksatt ytterligere tiltak som var foranlediget av en medarbeiderundersøkelse. I 2011-saken vektla ombudet uttrykkelig virksomhetens størrelse og utforming, samt arbeidsstyrkens sammensetning. Som nevnt, fremgår disse vurderingsmomentene av forarbeidene. Virksomheten ble ansett som en stor arbeidsplass, da den drev ca. 930 BPA-ordninger og en arbeidsleder kunne ha flere assistenter. Også virksomhetens utforming og sammensetning spilte inn. Virksomheten skilte seg fra vanlige arbeidsplasser, fordi BPA-ordningen innebar at assistentene måtte arbeide tett på sine arbeidsledere, i sistnevntes hjem og som oftest alene. Ombudet mente det var særlig viktig med gode forebyggingsrutiner på slike arbeidsplasser.

Det kan dermed utledes at ombudet særlig vektlegger om virksomhetene har en uttalt holdning om at trakassering ikke aksepteres, og om de ansatte gis opplæring i trakasseringsforbudet. Videre legges det særlig vekt på om virksomhetene har rutiner for registrering og behandling av trakasserings saker, herunder varslingsrutiner og rutiner for håndtering av trakasseringsvarsel. Hvilke innholdsmessige krav som stilles til rutinene virker å avhenge av de konkrete forholdene i virksomheten. Selv om de tre momentene er formulert som «bør-krav», fremstår de tilnærmet som minimumstiltak. Samtidig fremgår at andre momenter også kan spille inn i helhetsvurderingen.

3.1.2.1.2 Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Det er vanskeligere å utlede hva nemnda særlig vektlegger. En årsak til dette er at det finnes få nemndavgjørelser hvor arbeidsgivers forebyggingsplikt vurderes, ettersom ombudets uttalelser vedrørende plikten sjelden blir klaget inn for nemnda. I tillegg er nemndas drøftelser rundt verneplikten ofte mindre omfattende enn etter ombudets praksis. Dette gjør det utfordrende å tolke hvordan nemnda oppfatter plikten, som medfører at den rettskildemessige vekten svekkes.

I eksempelvis sak 46/2010 slo en samlet nemnd kort fast at arbeidsgiver hadde overholdt forebyggingsplikten, fordi virksomheten hadde «... retningslinjer og et reelt system for å forebygge trakassering». Nemnda utdypet ikke hva dette innebar. Dette kan tilsi at nemnda ikke særlig vektlegger de tre momentene som fremgår av ombudets praksis, da disse ikke ble gjennomgått. Uttalelsen må imidlertid ses i sammenheng med sakens faktum. Virksomheten hadde etiske retningslinjer som beskrev selskapets holdning til trakassering og varslingsrutiner for kritikkverdige forhold. Nyansatte fikk opplæring i begge instruksene. I tillegg hadde virksomheten satt i gang flere andre relevante forebyggingstiltak, som avviksrapportering og to årlige arbeidsmiljøundersøkelser. Ombudet hadde også kommet til at plikten var overholdt.¹²³ Det kan dermed ikke ses bort fra at nemnda la mer i uttalelsen enn det som uttrykkelig fremkommer, selv om dette fremstår som uklart.

Videre var det i sak 10/2014 spørsmål om en arbeidstaker var blitt utsatt for etnisk trakassering på et julebord, og om arbeidsgiver hadde overholdt forebyggingsplikten. Det dreide seg om en mindre virksomhet med 25 ansatte. Ombudet hadde i sin uttalelse kommet til at plikten var brutt, fordi arbeidsgiveren hadde opplyst at det ikke var etablert retningslinjer eller andre tiltak for å forebygge trakassering.¹²⁴ Ved behandlingen i nemnda, anførte imidlertid arbeidsgiveren at virksomheten hadde alminnelige varslingsrutiner, og at virksomhetens generelle retningslinjer også omfattet etnisk trakassering. Nemnda uttalte at virksomheten «... har generelle retningslinjer/reglement som også omfatter etnisk trakassering. Videre har virksomheten retningslinjer for varsling. Etter nemndas syn er dette tilstrekkelig forebyggende tiltak sett hen til antall ansatte i [virksomheten]. Da det heller ikke har forekommet påstander om trakassering verken før eller etter hendelsen på julebordet, fremstår også virksomhetens forebyggende tiltak som tilstrekkelige». Det antydes således at det ville vært behov for ytterligere tiltak dersom virksomheten var større og/eller tidligere hadde hatt problemer med trakassering. I tillegg antydes at det, i alle fall i mindre virksomheter, er tilstrekkelig å ha generelle varslingsrutiner og etiske retningslinjer som anses å omfatte trakassering.

Ettersom nemndas praksis er sparsom, kan trolig saker vedrørende arbeidsgivers plikt til å forebygge seksuell trakassering kaste lys over verneplikten knyttet til øvrig trakassering. Det ligger utenfor denne avhandlingen å gå inn i en grundig analyse av om verneplikten er lik. Her nevnes kun følgende. Hverken loven eller forarbeidene gjør noen eksplisitt differensiering mellom forebyggingsplikten knyttet til henholdsvis seksuell og annen trakassering. Forarbeidene viser tvert imot til den tidligere likestillingslovens¹²⁵ forarbeider som omhandler

¹²³ LDO 09/2390

¹²⁴ LDO 12/296

¹²⁵ Lov av 9. juni 1978 nr. 45

forebyggingsplikten knyttet til seksuell trakassering.¹²⁶ Det anses derfor hensiktsmessig å kort vise til noen saker vedrørende arbeidsgivers plikt til å forebygge seksuell trakassering.

I for eksempel sak 34/2014 hadde arbeidsgiveren dokumentert at virksomheten hadde etiske retningslinjer som uttrykte nulltoleranse for seksuell trakassering, samt rapporteringsprosedyrer og retningslinjer for varsling ved eventuelle avvik. Nemnda la til grunn av verneplikten var oppfylt. Også i sak 60/2014 kom nemnda til at plikten var oppfylt. Kommunen hadde retningslinjer hvor det generelt var tatt klar avstand fra trakassering, og retningslinjer for varsling. Begge retningslinjene var tilsendt alle ansatte og var tilgjengelige på nett. I tillegg hadde kommunen medarbeiderundersøkelser vedrørende arbeidsmiljøet.

På bakgrunn av den praksis som foreligger, kan det virke som at nemnda særlig vektlegger om virksomheten har varslingsrutiner for kritikkverdige forhold, som også omfatter trakasseringsvarsel. Videre ser det ut som at nemnda legger vekt på om virksomheten har etiske retningslinjer, hvor poenget er at disse gir uttrykk for at trakassering ikke aksepteres.

3.1.2.2 Oppsummering

Av forarbeidene kan utledes at arbeidsgiver i alle fall må iverksette noen tiltak for å forebygge trakassering, samt at verneplikten er kontinuerlig. Videre er det klart at det må foretas en konkret helhetsvurdering av om plikten er overholdt. Forarbeidene gir anvisning på relevante vurderingsmomenter, som at det må ses til hva slags virksomhet det dreier seg om, arbeidsplassens størrelse og utforming, samt arbeidsstyrkens sammensetning. Ut over dette, utdypes pliktens innhold gjennom praksis fra særlig ombudet og nemnda.

Den ulike tilnærmingen til håndhevingsorganene, samt nemndas saksomfang, gir imidlertid et begrenset rettslig grunnlag for fastsettelsen av innholdet i forebyggingsplikten. Det kan virke som at nemnda tolker verneplikten mindre strengt enn ombudet. Det klareste fellestrekket mellom ombudets og nemndas praksis er at virksomheten må ha en varslingsrutine for kritikkverdige forhold, som også anses å omfatte trakasseringsvarsel. Det kan imidlertid virke som at ombudet stiller mer konkrete krav til varslingsrutinene. Et annet likhetstrekk er at virksomheten må ha etiske retningslinjer/uttalt holdning mot trakassering. Det virker imidlertid ikke som at nemnda vektlegger om de ansatte har fått opplæring i trakasseringsforbudet, eller særlig vurderer om det er nødvendig med rutiner for håndtering av trakasseringsvarsel. Det fremstår derfor som usikkert om disse tiltakene må iverksettes.

¹²⁶ Prop.88 L (2012-2013) s. 166 jfr. Ot.prp.nr.77 (2000-2001)

3.2 Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering etter aml. § 4-3 (3)

Det fremgår av aml. § 4-3 (3) at: «Arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering ... ». Etter en isolert ordlydsfortolkning kan det ikke utledes at arbeidsgiver har plikt til å forebygge trakassering, slik det klart fremgår av likestillings- og diskrimineringslovene. Aml. § 4-3 (3) må tolkes i sammenheng med lovens øvrige bestemmelser.

Arbeidstakernes trakasseringsvern er en spesifisering av kravet om *fullt forsvarlig arbeidsmiljø*. Det følger av § 4-1 (1) at arbeidsmiljøet skal være fullt forsvarlig ut fra både en enkeltvis og samlet vurdering av arbeidsmiljøfaktorer som kan innvirke på arbeidstakernes psykiske helse og velferd. Kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er av forebyggende art. Det stilles ikke krav om at all risiko skal være eliminert – en viss faregrad aksepteres.¹²⁷ Videre fastslås at arbeidsmiljøfaktorer som for eksempel arbeidets organisering, tilrettelegging og ledelse, skal være slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige psykiske belastninger, jfr. § 4-1 (2) andre punktum. Det å bli utsatt for trakassering vil klart kunne innvirke på en arbeidstakers psykiske helse og velferd, samt medføre uheldige psykiske belastninger.

Både § 4-3 (3) og § 4-1 må tolkes i sammenheng med § 2-1. Det følger av denne bestemmelsen at: «Arbeidsgiver skal sørge for at bestemmelsene gitt i medhold av denne lov blir overholdt». Basert på en systemtolkning kan det dermed utledes at arbeidsgiver er ansvarlig for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og at arbeidets organisering, tilrettelegging og ledelse er slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige psykiske belastninger, jfr. § 4-1 (1) og (2) andre punktum jfr. § 2-1. Mer spesifikt kan det utledes at arbeidsgiver skal sørge for at arbeidstakere ikke utsettes for trakassering, jfr. § 4-3 (3) jfr. § 2-1.

Forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljølovens § 12, som § 4-3 (3) er en videreføring av, taler også for at arbeidsgiver har en forebyggingsplikt. Departementet anså det ikke nødvendig at ansvaret eksplisitt ble lagt på arbeidsgiver, og henviste til at det følger av lovens system at arbeidsgiver er ansvarlig for det totale arbeidsmiljøet. Departementet uttalte at det ikke er tvil om at «... ansvaret for at forholdene legges til rette for et godt arbeidsmiljø – også omfatter at *arbeidsgiver søker å avverge negativ oppførsel* arbeidstakere imellom og mellom arbeidsgiver/ledelsen og arbeidstakerne (egen kursivering)». ¹²⁸ I merknadene til bestemmelsen uttales videre: «Det er arbeidsgivers ansvar og plikt også på dette området å legge forholdene på arbeidsplassen til rette slik at arbeidstakerne ikke utsettes for trakassering». ¹²⁹

¹²⁷ Jakhelln (2007) s. 620

¹²⁸ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 66

¹²⁹ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 230

Også Høyesterett har tolket arbeidsmiljøloven slik at arbeidsgivere har plikt til å forebygge trakassering. I Rt. 1997 s. 786 (Falken) var som nevnt spørsmålet om arbeidsgiver kunne holdes erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag etter skl. § 2-1 nr. 1, for skade en ansatt var påført som følge av mobbing/trakassering. Dommen kan dermed ikke anses som prejudikat i forhold til foreliggende problemstilling, men uttalelser i dommen kan likevel tillegges vekt.¹³⁰ Førstvoterende viste til forarbeidene og uttalte: «Det er av stor *betydning at arbeidsgivere gjør hva de kan for å unngå mobbing på arbeidsplassene*. Det har særlig vært understreket i forbindelse med endringen av arbeidsmiljøloven § 12 nr 1 ved lov av 6 januar 1995 nr 2. Selv om *arbeidsgiveren har en slik plikt* [...] er det imidlertid ikke dermed gitt at han har et objektivt ansvar for mobbing etter skadeserstatningsloven § 2-1 (egen kursivering)».¹³¹

På bakgrunn av denne gjennomgangen fastslås at arbeidsgiver har en kontinuerlig plikt til å forebygge trakassering etter aml. § 4-3 (3).

3.2.1 Vernekrets

Det fremgår klart av ordlyden i § 4-3 (3) at arbeidstakere er vernede subjekter. Arbeidsgiver har dermed plikt til å forebygge at egne arbeidstakere utsettes for trakassering, jfr. § 4-3 (3) jfr. § 2-1.

Videre må også nærmere bestemte personer, som ikke er arbeidstakere, anses som vernede subjekter i forhold til § 4-3 (3). I § 1-6 (1) oppstilles en rekke persongrupper som skal *regnes som arbeidstakere* blant annet i forhold til lovens kapittel 4, herunder § 4-3 (3). Forutsetningen er at de «... utfører arbeid i virksomhet som går inn under loven». Bestemmelsen må ses i sammenheng med forskrift av 16. desember 2005 nr. 1568, jfr. § 1-6 andre punktum. For det første skal elever, ved institusjoner som har undervisning eller forskning som formål, anses som arbeidstakere etter kapittel 4 «... når de utfører arbeid som ledd i praktisk opplæring, og arbeidet foregår under forhold som kan innebære fare for deres liv og helse». Videre omfattes vernepliktige, sivile tjenestepliktige, tjenestepliktige i sivilforsvaret, elever ved Forsvarets skoler, innsatte i kriminalomsorgens anstalter, samt pasienter i helseinstitusjoner, attføringsinstitusjoner og linkende. Også personer som utplasseres i virksomheter i opplærings- eller attføringsøyemed, eller som deltar i arbeidsmarkedstiltak må anses som arbeidstakere etter § 4-3 (3),¹³² og er dermed vernesubjekter.

¹³⁰ Eckhoff (2013) s. 172

¹³¹ Rt. 1997 s. 786 s. 792

¹³² Forskrift om arbeidsmiljølovens anvendelse for personer som ikke er arbeidstakere §§ 1-5

3.2.1.1 Særlig om aml. § 2-2

Etter aml. § 2-2 oppstilles arbeidsgivers ansvar ovenfor andre enn egne arbeidstakere, herunder innleide og selvstendige. Når disse persongruppene «... utfører arbeidsoppgaver i tilknytning til arbeidsgivers aktivitet eller innretning, skal arbeidsgiver sørge for at egen virksomhet er innrettet og egne arbeidstakeres arbeid er ordnet og blir utført på en slik måte at også andre enn egne arbeidstakere er sikret et fullt forsvarlig arbeidsmiljø», jfr. § 2-2 (1) a).

Bestemmelsen supplerer det alminnelige arbeidsgiveransvaret etter § 2-1. Etter ordlyden forutsettes at personene utfører arbeidsoppgaver – forbipasserende, kunder, publikum og lignende faller dermed utenfor. Med uttrykket «i tilknytning til arbeidsgivers aktivitet eller innretning» menes hovedsakelig at personene må utføre arbeidet innenfor eller i nærheten av arbeidsplassen.¹³³

Forarbeidene innskrenker bestemmelsens rekkevidde, slik den fremstår etter en naturlig språklig forståelse. Det er uttalt at: «Bestemmelsen gjelder kun så langt arbeidsgivers virksomhet eller ansatte representerer en arbeidsmiljørisiko for andre personer som utfører arbeid».¹³⁴ Det angis ikke hva som menes med *arbeidsmiljørisiko*, men vises til at ansvar typisk vil foreligge på byggeplasser. Det uttales at arbeidsgivers ansvar også kan inntre i et kontorfellesskap, men at dette er mindre praktisk grunnet kravet om at arbeidsgivers virksomhet må utgjøre en arbeidsmiljørisiko for andre. Videre fremgår at ved vurderingen av hvilke av lovens bestemmelser ansvaret relaterer seg til, må det ses til fortolkning og praksis etter tidligere arbeidsmiljølov § 15 – som § 2-2 i hovedsak er en videreføring av. Rettspraksis etter disse bestemmelsene knyttes ofte til det fysiske arbeidsmiljøet.¹³⁵ Dette kan tilsi at bestemmelsen særlig får anvendelse der det foreligger fysisk arbeidsmiljørisiko.

Det er imidlertid ikke utelukket at bestemmelsen kan få anvendelse der virksomheten eller arbeidstakerne utgjør en psykososial arbeidsmiljørisiko for andre. I flere tilfeller kan faren for at egne arbeidstakere utsetter andre for trakassering anses å utgjøre en arbeidsmiljørisiko. Dette vil eksempelvis være særlig aktuelt i virksomheter som har problemer med trakassering. Også virksomhetens art kan tilsi at faren for å bli trakassert utgjør en arbeidsmiljørisiko, for eksempel innen servitør-, helse- og sosialyrker hvor forskning viser at trakassering er utbredt.

¹³³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 303

¹³⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 303

¹³⁵ Se eksempelvis Rt. 1988 s. 692, RG-2011-380

Videre fremgår av forarbeidene at det vil kunne ha betydning hva slags tilknytningsforhold det er mellom arbeidsgiver og den som utfører arbeidsoppgavene. Arbeidsgiver vil for eksempel ha et mer omfattende ansvar for innleid arbeidstaker enn for en selvstendig, ettersom forholdet mellom innleier og innleid likner mer på et vanlig ansettelsesforhold.¹³⁶

Når det gjelder ansvaret for innleide må det i følge forarbeidene ses til rådsdirektiv 91/383/EØF. Det uttales at: «Direktivet regulerer vikarenes helse-, miljø- og sikkerhetsforhold når de utfører arbeid hos en innleier. Innleier skal etter artikkel 8 være ansvarlig for arbeidsvilkårene til arbeidstakeren i den perioden oppdraget varer. Innleiers ansvar er begrenset til arbeidsvilkår knyttet til sikkerhet, hygiene og helse på arbeidsplassen».¹³⁷ Det er klart at å bli utsatt for trakassering kan påvirke en persons psykiske helse. Direktivet stiller ingen krav om at det må foreligge en *arbeidsmiljørisiko* for at ansvar skal inntre, noe som tilsier at bestemmelsens ordlyd ikke skal tolkes innskrenkende ovenfor innleide. Dette taler for at innleier har et HMS-ansvar ovenfor innleide, herunder ansvar for å forebygge trakassering. Også reelle hensyn tilsier dette, ettersom innleier i praksis er nærmere enn primærarbeidsgiver til å forebygge at den innleide trakasseres.

Hva gjelder andre enn innleide, herunder selvstendige og andre arbeidsgiveres arbeidstakere, kan det ikke oppstilles en absolutt plikt for arbeidsgiver til å forebygge at disse trakasseres. Et slikt ansvar vil trolig bero på hvorvidt trakassering anses som en særlig arbeidsmiljørisiko i den konkrete virksomheten, samt tilknytningsforholdet mellom arbeidsgiver og den som utfører arbeidet. Arbeidsgiveres eventuelle forebyggingsplikt ovenfor disse personene er således svært vag.

¹³⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 304

¹³⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 86

3.2.2 Pliktens innhold

Her vurderes om arbeidsmiljøloven stiller innholdsmessige krav til forebyggingsplikten etter aml. § 4-3 (3), og eventuelt hvilke. For å undersøke dette, må det ses til lovens regler om HMS-arbeid – også kalt internkontroll.

3.2.2.1 HMS-arbeid

HMS-regelverket er virkemidler for å oppfylle kravene til full forsvarlig arbeidsmiljø¹³⁸ – herunder kravet om at arbeidstakere ikke skal utsettes for trakassering, jfr. aml. § 4-1 (1) og § 4-3 (3). Den sentrale bestemmelsen er § 3-1, som må ses i sammenheng med internkontrollforskriften og forskrift om organisering, ledelse og medvirkning.¹³⁹

Formålet med internkontrollen er å sikre at hensynet til arbeidstakeres helse-, miljø-, og sikkerhet blir ivaretatt, jfr. § 3-1 (1). HMS-arbeid innebærer blant annet krav om «... ivaretagelse av det organisatoriske og psykososiale arbeidsmiljøet, herunder trakassering på arbeidsplassen».¹⁴⁰ Ett av formålene med HMS-arbeidet er således å sikre at ansatte ikke utsettes for trakassering.

Det fremgår av § 3-1 (1) at arbeidsgiver *skal* sørge for at det utføres systematisk HMS-arbeid på alle plan i virksomheten. Presiseringen om at HMS-arbeidet skal utføres systematisk tilsier at plikten er kontinuerlig.

3.2.2.1.1 Øvrige aktører i HMS-arbeidet

Internkontrollen skal gjøres i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte, jfr. § 3-1 (1). Begrepet «tillitsvalgte» bør ikke forstås for snevert, slik at også ansattrepresentanter omfattes dersom virksomheten ikke har tillitsvalgte.¹⁴¹ Arbeidstakerne og deres representanter er på mange måter nærmest til å se de arbeidsmiljømessige utfordringene i virksomheten. Et samarbeid er dermed en nødvendig forutsetning for å sikre at HMS-arbeidet blir reelt og effektivt.

Verneombudet har en sentral rolle i HMS-arbeidet, da dennes oppgave er å ivareta arbeidstakernes interesser i saker som angår arbeidsmiljøet, jfr. § 6-2 (1). De fleste virksomheter skal

¹³⁸ Jakhelln (2007) s. 633

¹³⁹ jfr. § 3-1 (3)

¹⁴⁰ NOU 2004:5 s. 182

¹⁴¹ arbeidsrett.no, Johansen § 3-1 note 2

ha verneombud, jfr. § 6-1 (1). Verneombudet skal tas med på råd under planleggingen og gjennomføringen av virksomhetens HMS-arbeid, jfr. § 6-2 (4). Hvis verneombudet blir oppmerksom på at trakassering foregår, skal dette bringes videre til arbeidsgiver.¹⁴²

Dersom virksomheten har et arbeidsmiljøutvalg¹⁴³ (AMU) skal utvalget medvirke til at arbeidsmiljøet i virksomheten er fullt forsvarlig, jfr. § 7-2 (1). Utvalget skal også delta ved etableringen og vedlikeholdet av virksomhetens HMS-arbeid, jfr. § 7-2 (2) e). Videre kan AMU vedta at arbeidsgiveren skal gjennomføre konkrete tiltak for å forebygge trakassering, dersom det anses påkrevd for å ivareta arbeidstakernes liv eller helse, jfr. § 7-2 (5).

Arbeidsgiver har plikt til å sørge for at verneombud og medlemmer av AMU får den opplæring som er nødvendig for å kunne utføre vervet på en forsvarlig måte, jfr. §§ 6-5 (1) og 7-4 (1). Opplæringen skal blant annet gi deltakerne forståelse av hva fullt forsvarlig arbeidsmiljø innebærer på deres arbeidsplass, og hvilke roller de selv og øvrige aktører har i HMS-arbeidet. Deltakerne skal gis en innføring i arbeidsmiljøloven, og gjøres i stand til å identifisere faktorer som hemmer et godt psykososialt arbeidsmiljø i deres virksomhet.¹⁴⁴ Dette tilsier at verneombud og medlemmer av AMU må opplæres i trakasseringsforbudet. Dette fremstår imidlertid ikke som et *tiltak* for å forebygge trakassering, men mer en forutsetning for at verneombudet og medlemmene av AMU skal kunne utføre sine lovpålagte oppgaver.

Videre har arbeidstakere plikt til å medvirke ved utforming, gjennomføring og oppfølging av HMS-arbeidet, jfr. § 2-3 (1). Arbeidstaker har også plikt til å varsle arbeidsgiver eller verneombud dersom vedkommende blir kjent med at det forekommer trakassering på arbeidsplassen, jfr. 2-3 (2) d). Varslingsplikten er et lovfestet verktøy for arbeidsgiver, slik at de nødvendige tiltak for å håndtere trakasseringssaker kan iverksettes.¹⁴⁵ Samtidig har varslingsplikten en forebyggende funksjon, fordi den gjør arbeidstakerne oppmerksom på at trakassering er lovstridig.

Det fremgår av § 3-2 (1) a)-b) at arbeidsgiver har plikt til å sørge for at arbeidstakerne gjøres kjent med helsefarer som kan være forbudt med arbeidet, og at disse får den opplæring som er «nødvendig». Arbeidsgiver skal også sørge for at arbeidsledere har «nødvendig» kompetanse til å føre kontroll med at arbeidet blir utført på en helsemessig forsvarlig måte. Bestemmelsen virker hovedsakelig å sikte til det fysiske arbeidsmiljøet. Videre fremgår av forarbeidene at det ikke stilles konkrete krav til hvilken opplæring som anses «nødvendig». Dette

¹⁴² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 90

¹⁴³ aml. § 7-1 (1)

¹⁴⁴ Forskrift om organisering, ledelse og medvirkning § 3-18 (1) og (2) a), d), f)

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 90

beror på en konkret vurdering av arbeidstakerens ansvarsområde og risikoforholdene knyttet til arbeidet.¹⁴⁶ Det oppstilles dermed ingen absolutt plikt til å gi arbeidstakere eller arbeidsledere opplæring i trakasseringsforbudet.

3.2.2.1.2 Tilsynsmyndighet

Arbeidstilsynet fører tilsyn med bestemmelsene i og i medhold av arbeidsmiljøloven, jfr. § 18-1. Etter § 18-6 (1) kan Arbeidstilsynet gi pålegg som anses «nødvendige» for gjennomføringen av lovens bestemmelser om blant annet HMS-arbeid. Dette innebærer at Arbeidstilsynet kan foreta en selvstendig vurdering av om HMS-arbeidet i virksomheten tilfredstiller lovens krav til forebygging av trakassering, samt gi pålegg om at tiltak må iverksettes. Pålegg skal gis skriftlig og det skal fastsettes en frist, jfr. § 18-6 (2). Hvis pålegg ikke blir overholdt innen fristen, kan Arbeidstilsynet ilegge tvangsmulkt etter § 18-7, og eventuelt stansing etter § 18-8.

Arbeidstilsynet har ikke plikt til å gripe inn i enhver enkelthendelse, og i forarbeidene til tidligere diskrimineringslov om etnisitet uttales at Arbeidstilsynets kompetanse til å gi pålegg om tiltak for å forebygge trakassering er lite brukt.¹⁴⁷

3.2.2.1.3 HMS-arbeidet skal tilpasses den enkelte virksomhet

Et grunnleggende prinsipp¹⁴⁸ er at: «Internkontrollen skal tilpasses virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse i det omfang som er nødvendig for å etterleve krav i eller i medhold av helse-, miljø-, og sikkerhetslovgivningen», jfr. internkontrollforskriften § 5 (1). Det oppstilles således ingen absolutte krav til hvordan virksomheten skal gjennomføre HMS-arbeidet. Dette har sammenheng med at regelverket skal anvendes av mange ulike virksomheter, med ulike utfordringer knyttet til helse-, miljø- og sikkerhet. Vurderingen av i hvilket *omfang* internkontrollen skal gjennomføres, må baseres på hva som anses *nødvendig*¹⁴⁹ for å oppfylle lovens HMS-krav i den konkrete virksomheten. Således må internkontrollen i en konkret virksomhet gjennomføres i det *omfang* som er *nødvendig* for å ivareta plikten til å forebygge trakassering. Det må da ses til virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse.

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 95

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 108

¹⁴⁸ Pedersen (2002) s. 190

¹⁴⁹ Pedersen (2002) s. 190

I aml. § 3-1 (2) oppstilles likevel flere metodekrav i HMS-arbeidet som arbeidsgiver *skal* gjennomføre. I det følgende gjennomgås kun det som anses *mest relevant* i forhold til vurderingen av innholdet i arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering.

3.2.2.1.4 Kartleggingsplikt

Kjernen i HMS-arbeidet¹⁵⁰ er arbeidsgivers plikt til å: «Kartlegge farer og problemer og på denne bakgrunn vurdere risikoforholdene i virksomheten, utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen», jfr. § 3-1 (2) c). Plikten er kontinuerlig,¹⁵¹ og skal dokumenteres skriftlig i det omfang som er nødvendig.¹⁵² Kartleggingsmetoder kan for eksempel være arbeidsmiljøundersøkelser og vernerunder.¹⁵³

Det fremgår ikke av ordlyden hvilke farer og problemer som skal *kartlegges*. Også kartleggingsplikten må tilpasses virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse i det omfang som er nødvendig for å etterleve lovens krav, jfr. internkontrollforskriften § 5 (1).

Basert på en systemtolkning kan muligens lovens kapittel 4, herunder § 4-3 (3), anses å gi et ikke-uttømmende opplegg for kartleggingen.¹⁵⁴ Det er presisert i forskrift om organisering, ledelse og medvirkning § 7-1 (2) at: «Faktorer som kan påvirke arbeidstakernes fysiske eller psykiske helse og sikkerhet [...] skal kartlegges ...». Ettersom trakassering kan påvirke arbeidstakernes psykiske helse kan dette tilsi at trakasseringssfarens spesifikke må kartlegges. Det må i hvert fall kunne utledes at det må foretas en generell kartlegging av det psykososiale arbeidsmiljøet. Videre fremgår av arbeidsmiljølovens forarbeider at «... trakassering [...] forutsettes fanget opp i den alminnelige kartlegging av virksomhetens arbeidsmiljø».¹⁵⁵ Uttalelsen kan både tolkes dit hen at det må gjennomføres en spesifikk kartlegging knyttet til trakassering, men også slik at trakassering forutsettes fanget opp i en generell kartlegging av det psykososiale arbeidsmiljøet.

For øvrig taler formålsbetraktninger for at trakasseringssfarens må kartlegges, ettersom ett av målene med HMS-arbeidet er å verne ansatte mot trakassering. Også reelle hensyn tilsier at trakasseringssfarens må kartlegges, da det kan innvendes at det i enhver virksomhet vil være

¹⁵⁰ arbeidsrett.no, Johansen § 3-1 note 6

¹⁵¹ § 3-1 (2) g) og NOU 2004:5 s. 539

¹⁵² Internkontrollforskriften § 5 pkt. 6 og (3) og Forskrift om organisering, ledelse og medvirkning § 7-1 (6)

¹⁵³ Jakhelln (2007) s. 637

¹⁵⁴ Fougner (2013)

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 91

risiko for trakassering. Førstvoterendes uttalelse i Rt. 1997 s. 786 (Falken) belyser dette: «Mobbing på arbeidsplassen har sammenheng med arbeidet i den forstand at dette bringer sammen mennesker med forskjellig bakgrunn og personlighet under forhold der man erfaringsmessig må regne med at det kan bli gnisninger og personlige konflikter som utløser mobbebehandlinger på arbeidsstedet i arbeidstiden». Førstvoterende viste til diverse forskningsrapporter, og uttalte at mobbing «... utgjør en del av den hverdag som møter en på arbeidsplassene».¹⁵⁶

Ettersom kartleggingen skal tilpasses forholdene i den enkelte virksomhet kan det vanskelig utledes en absolutt plikt til å spesifikt kartlegge faren for trakassering. Det er imidlertid klart at det må foretas en kartlegging av det generelle psykososiale arbeidsmiljøet, og at trakasseringsfaren bør inkluderes. I enkelte tilfeller kan imidlertid forholdene i virksomheten tilsi at arbeidsgiver har en plikt til å kartlegge trakasseringsfaren, eksempelvis innen bransjer der trakassering er særlig utbredt.

På bakgrunn av kartleggingen skal det foretas en *risikovurdering*. Med *risiko* menes muligheten for at noe uønsket skal skje, og hvilke følger dette kan få.¹⁵⁷ Selv om trakasseringsfaren ikke særskilt kartlegges, kan resultatene fra en generell kartlegging av det psykososiale arbeidsmiljøet tilsi at det også må foretas en risikovurdering av trakasseringsfaren. Det kan for eksempel foreligge antydninger til konflikter blant arbeidstakerne, som erfaringsmessig vil kunne resultere i trakassering.¹⁵⁸ Til tross for at det ofte vil være risiko for trakassering, vil sannsynligheten variere fra virksomhet til virksomhet. For utenom der det foreligger antydninger til konflikter, viser forskningen at risikoen er særlig stor innen håndverks-, servitør-, helse- og sosialbransjen.

Når det er foretatt en risikovurdering, skal det *utarbeides handlingsplaner og iverksettes tiltak* for å redusere risikoen for trakassering. Loven stiller imidlertid ikke krav til hvilke tiltak som skal iverksettes, også disse må tilpasses den enkelte virksomhet i det omfang som er nødvendig for å etterleve lovens krav. Dette innebærer at tiltakene som minimum må anses tilstrekkelige for å forebygge trakassering i den konkrete virksomheten. Jo større risikoen er, jo mer omfattende tiltak må iverksettes. En slik forståelse er for øvrig i overensstemmelse med en uttalelse fra Arbeidstilsynets nettbaserte faktaside om mobbing og trakassering på arbeidsplassen: «Det er arbeidsgivers plikt å iverksette tiltak som er *nødvendige* (egen kursivering) for å forebygge [...] mobbing på arbeidsplassen».¹⁵⁹

¹⁵⁶ Rt. 1997 s. 786 s. 792-793

¹⁵⁷ Jakhelln (2007) s. 637

¹⁵⁸ Einarsen (2007) s. 116

¹⁵⁹ Arbeidstilsynet «Faktaside: Mobbing og trakassering på arbeidsplassen»

3.2.2.1.5 Rutiner for å forebygge og håndtere trakassering

Et hensiktsmessig tiltak vil være å etablere en rutine for å forebygge og håndtere trakassering. I tillegg til å gjøre håndteringen av trakasseringstilfeller lettere, vil en slik rutine gi signaleffekt om at trakassering er uakseptabelt.

Av § 3-1 (2) e) fremgår at arbeidsgiver skal «... iverksette rutiner for å avdekke, rette opp og forebygge overtredelser av krav fastsatt i eller i medhold av denne lov». Avviksrutinene skal dokumenteres skriftlig.¹⁶⁰ Formålet med bestemmelsen er å presisere at HMS-arbeidet er kontinuerlig – at det løpende må foretas nye kartlegginger, risikovurderinger og tiltak.¹⁶¹ En systematisk lovtolkning kan tilsi at arbeidsgiver plikter til å etablere rutiner for å forebygge og håndtere trakassering, ettersom trakassering vil utgjøre en overtredelse av arbeidsmiljøloven, jfr. § 4-3 (3). Også plikten til å etablere avviksrutiner må imidlertid tilpasses den enkelte virksomhets art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse i det omfang som er nødvendig for å etterleve lovens HMS-krav. Selv om alle virksomheter må opprette en form for avviksrutine, kan det ikke oppstilles en absolutt plikt til å etablere særlige avviksrutiner for å forebygge og håndtere trakassering. Hvorvidt det er nødvendig å opprette en slik rutine, må vurderes på bakgrunn av kartleggingen og risikovurderingen etter § 3-1 (2) c).

Det bemerkes at Arbeidstilsynet kan pålegge en virksomhet å etablere slik rutine dersom det anses *nødvendig* for å oppfylle forebyggingsplikten, jfr. § 18-6 (1).

3.2.2.1.6 Andre hensiktsmessige forebyggingsiltak

I følge Arbeidstilsynets nettbaserte artikkel «Hvordan unngå mobbing?», oppstilles noen ledertips for forebygging av mobbing på arbeidsplassen.¹⁶² At Arbeidstilsynet bruker begrepet mobbing i stedet for trakassering er uten betydning.

Her nevnes kun følgende tips:

- Marker tydelig grenser ved uakseptabel oppførsel
- Ha rutiner for hvordan konflikter skal håndteres
- Påse at du selv, andre ledere, verneombud og tillitsvalgte har kompetanse i konflikt-håndtering

¹⁶⁰ Internkontrollforskriften § 5 nr. 7

¹⁶¹ arbeidsrett.no, Johansen § 3-1 note 8

¹⁶² Arbeidstilsynet «Hvordan unngå mobbing?»

- Sørg for å ha et forum der arbeidsmiljø kan diskuteres
- Sett det psykososiale arbeidsmiljøet på dagsorden og inkluder mobbing som tema her
- Arbeid systematisk med helse, miljø og sikkerhet og kartlegg det psykososiale arbeidsmiljøet med jevne mellomrom
- Ta opp mobbing som tema i medarbeidersamtalene
- Lag en policy for arbeidsplassen i samarbeid med de ansatte, med utgangspunkt i nulltoleranse for mobbing

3.2.2.1.7 Varslingsrutiner

Her vurderes om arbeidsmiljøloven oppstiller en plikt for arbeidsgiver til å etablere interne varslingsrutiner knyttet til trakassering.

Det følger av § 3-6 at: «Arbeidsgiver skal, i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet, utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i samsvar med § 2-4, dersom forholdene i virksomheten tilsier det».

Etter § 2-4 har arbeidstakere rett til å varsle om kritikkverdige forhold, forutsatt at varslingen er forsvarlig. Formålet med § 3-6 er å presisere at arbeidsgiver har plikt til å sørge for at forholdene i virksomheten er slik at arbeidstakerne kan varsle om kritikkverdige forhold.¹⁶³ Med *kritikkverdige forhold* menes blant annet brudd på alminnelige etiske standarder som det er bred oppslutning om i samfunnet¹⁶⁴ – herunder trakassering.

Etter ordlyden i § 3-6 har arbeidsgiver kun plikt til å sette i verk tiltak for varsling *dersom* forholdene i virksomheten tilsier det. Dermed oppstilles ingen kategorisk plikt til å iverksette tiltak. Derimot har arbeidsgiver en absolutt plikt til å *vurdere* hvorvidt det er behov for å gjennomføre tiltak, slik at ytringsklimaet i virksomheten oppfyller lovens krav. Vurderingen skal gjøres i tilknytning til HMS-arbeidet, og således i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte.¹⁶⁵

Hvorvidt det er behov for tiltak avhenger av risikoforholdene i virksomheten, som vurderes på bakgrunn av kartleggingen etter § 3-1 (2) c). Som nevnt, vil det være risiko for at ansatte ut-

¹⁶³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 46

¹⁶⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 51

¹⁶⁵ Jfr. § 3-6 jfr. § 3-1 (1)

settes for trakassering i mange virksomheter. I tillegg må arbeidsgiver vurdere det generelle ytringsklimaet i virksomheten, med særlig sikte på hvordan intern kritikk håndteres.¹⁶⁶

Det fremgår av forarbeidene at det ikke skal være høy terskel for at det foreligger plikt til å iverksette generelle varslingstiltak. Det vil hovedsakelig være «ukompliserte» virksomheter, med få ansatte, som faller utenfor. Omfanget av varslingstiltakene vil imidlertid avhenge av forholdene i virksomheten.¹⁶⁷

Videre er det presisert i forarbeidene at: «Dersom det er *nødvendig* (egen kursivering) for å ivareta lovfestet varslingsplikt [...] skal tiltak iverksettes». Som nevnt, har en arbeidstaker *plikt* til å varsle arbeidsgiver eller verneombud dersom vedkommende blir kjent med at det forekommer trakassering på arbeidsplassen, jfr. § 2-3 (2) d). Hvorvidt det er *nødvendig* å iverksette varslingstiltak knyttet til trakassering, må også baseres på risikoforholdene og ytringsklimaet i virksomheten. Uttalelsen i forarbeidene sier strengt tatt ikke mer enn at det *særskilt må vurderes* om det er nødvendig med tiltak for å ivareta varslingsplikten etter § 2-3 (2) d). For øvrig vil virksomhetens erfaring med trakasseringvarsler spille inn på vurderingen. Indikasjoner om at trakasseringvarsler avvises, sanksjoneres eller ikke tas alvorlig taler for at det er nødvendig å iverksette varslingstiltak.¹⁶⁸

Dersom det er behov for tiltak er det, i følge forarbeidene, naturlig at det utarbeides varslingsrutiner. Med varslingsrutiner menes eksempelvis retningslinjer, instruksjoner og reglementer, som angir virksomhetens etiske normer, når det skal varsles og hvem som kan varsles. Videre uttales at det normalt vil være *hensiktsmessig* at rutineene angir konkret hvem som skal varsles, samt at rutineene «... *bør* være skriftlige, tilgjengelige og gjort kjent for alle ansatte». Etter bestemmelsens ordlyd kan det også iverksettes andre tiltak som legger forholdene til rette for varsling. Dette kan for eksempel være å ha medarbeidersamtaler, møter, drøftelser og informasjon om hvordan intern kritikk skal håndteres.¹⁶⁹

På denne bakgrunn, legges til grunn at loven ikke oppstiller en kategorisk plikt for arbeidsgivere til å opprette varslingsrutiner. Risikoforholdene og ytringsklimaet i de fleste virksomheter vil imidlertid nødvendiggjøre iverksettelse av generelle varslingstiltak, som også omfatter trakasseringvarsler. Det er da naturlig at det da utarbeides varslingsrutiner. Om det er nødvendig med særskilt varslingsrutine knyttet til trakassering, må blant annet vurderes på bakgrunn av om risikoen for trakassering er særlig stor i den konkrete virksomheten.

¹⁶⁶ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 54

¹⁶⁷ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 54

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 54

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 54

Videre er det av interesse å se til hvordan Arbeidstilsynet tolker regelverket. Ettersom Arbeidstilsynet fører tilsyn med virksomhetens HMS-arbeid, har organets standpunkt stor praktisk betydning for forståelsen av plikten til å etablere varslingsrutiner. Det fremgår av Arbeidstilsynets nettbaserte faktaside om mobbing og trakassering på arbeidsplassen at: «Virksomheten skal ha en rutine for rapportering av mobbing...». Det virker dermed som at Arbeidstilsynet forutsetter at risikoforholdene og ytringsklimaet i alle virksomheter nødvendigvis gjør slike varslingsrutiner. Det er imidlertid mulig at Arbeidstilsynet gjør unntak for «ukompliserte» virksomheter med få ansatte – i tråd med uttalelsene i forarbeidene.

Videre stiller Arbeidstilsynet bestemte krav til rutinen: «Rutinen skal være gjort kjent for alle, og informere om hvem man skal henvende seg til». Implisitt stilles også krav om at rutinen må være skriftlig, da dette er nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne dokumentere at virksomheten har varslingsrutiner. Som nevnt, fremgår kun av forarbeidene at rutine**n**e *bør* være skriftlige og kjent for alle ansatte, samt at det normalt vil være *hensiktsmessig* at rutine**n**e angir konkret hvem som skal varsles. Dersom det først anses nødvendig å etablere varslingsrutiner tilsier imidlertid formålsbetraktninger at disse også må gjøres kjent for de ansatte, samt være skriftlige.¹⁷⁰ Mer usikkert er om rutinen konkret må angi hvem man skal henvende seg til. At Arbeidstilsynet oppstiller et slikt krav innebærer at dette i praksis *bør* gjøres.

3.2.2.2 Oppsummering

Basert på denne gjennomgangen kan det ikke oppstilles absolutte krav til pliktens innhold. Det må foretas en konkret vurdering av den enkelte virksomhet av om det er nødvendig å iverksette tiltak, og eventuelt hvilke, for å oppfylle arbeidsmiljølovens krav om å forebygge trakassering. I vurderingen må det ses til virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse. For å finne de nødvendige tiltak *bør* arbeidsgivere jevnlig kartlegge trakasseringsfaren. Det kan være nødvendig at det opprettes rutiner for å forebygge og håndtere trakassering, eller andre hensiktsmessige tiltak. Videre oppstilles ingen kategorisk plikt til å etablere varslingsrutiner, men i de fleste virksomheter vil risikoforholdene og ytringsklimaet trolig tilsi at det er nødvendig med generelle varslingsrutiner som omfatter trakasseringsvarsel.

¹⁷⁰ arbeidsrett.no, Vatvedt § 3-6 note 6

3.3 Sammenliknende oppsummering

3.3.1 Vernekrets

Den åpenbare likheten er at arbeidsgivere har plikt til å forebygge at egne arbeidstakere trakasseres etter både arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringslovverket.

Videre er det etter sistnevnte lovverk klart at blant annet arbeidssøkere, innleide og selvstendige anses som vernesubjekter. Vernekretsen etter aml. kapittel 13 er imidlertid snevrere enn det øvrige diskrimineringslovverket, da avgjørelsen ikke beror på en konkret vurdering av hvem som *naturlig hører inn under arbeidsgivers ansvarsområde*. Dette innebærer at eksempelvis kunder, klienter og pasienter ikke er vernet. Dette er en logisk konsekvens av at diskrimineringsgrunnlagene alder, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og politisk syn kun gjelder innenfor arbeidslivet.

Foruten arbeidstakere, tar aml. hovedsakelig sikte på å verne personer som skal anses som arbeidstakere etter § 1-6 jfr. forskrift av 16. desember 2005 nr. 1568. Disse persongruppene vil trolig høre *naturlig inn under arbeidsgivers ansvarsområde* og dermed også vernes etter likestillings- og diskrimineringslovene. Det er derimot kun personer som faller inn under forskriftens § 5, som skal anses som vernesubjekter i forhold til aml. kapittel 13. Dette er det eneste punktet hvor diskrimineringskapittelet oppstiller en snevrere vernekrets enn § 4-3 (3). Ettersom forebyggingsplikten etter § 4-3 (3) omfatter alle former for trakassering, herunder på grunn av alder, politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, må imidlertid alle persongrupper som omfattes av § 1-6 anses vernet mot slik trakassering – ikke kun de som omfattes av forskriftens § 5. Også reelle hensyn taler for dette, da disse personene også kan være utsatt for trakassering på grunn av eksempelvis politisk syn. En annen sak er at ombudets og nemndas håndhevingskompetanse begrenses til trakasseringssaker vedrørende personer som faller inn under forskriftens § 5.¹⁷¹

Videre må også innleide anses å være vernesubjekter etter aml. § 2-2, selv om dette ikke uttrykkelig fremgår av loven. Etter en konkret vurdering kan trolig også andre som utfører arbeid, herunder selvstendige, anses som vernesubjekter selv om dette pliktforholdet fremstår som uklart. Det er imidlertid klart at eksempelvis arbeidssøkere, klienter, kunder og pasienter ikke omfattes.

¹⁷¹ Diskrimineringsombudsloven § 1 (2) nr. 5 jfr. aml. § 1-6 (3) jfr. Forskrift om arbeidsmiljølovens anvendelse for personer som ikke er arbeidstakere § 5

På denne bakgrunn fremgår at vernekretsen etter aml. § 4-3 (3) i all hovedsak er snevrere enn etter likestillings- og diskrimineringslovverket.

3.3.2 Pliktens innhold

De klareste likhetstrekkene ved arbeidsgivers forebyggingsplikt etter arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsregelverket er at plikten er kontinuerlig, og at vurderingen av om den overholdes beror på en konkret helhetsvurdering. De relevante vurderingsmomentene som oppstilles etter de to regelverkene er temmelig like. Det må ses til hva slags type virksomhet det dreier seg om (virksomhetens art og aktiviteter) og virksomhetens størrelse. Videre må det ses til virksomhetens risikoforhold – som eksempelvis kan vurderes ut fra arbeidsstyrkens sammensetning, virksomhetens utforming og øvrige omstendigheter i det enkelte tilfellet. Likevel er ikke pliktene fullstendig like.

Etter likestillings- og diskrimineringslovverket har arbeidsgiver plikt til å i alle fall iverksette noen forebyggingstiltak. Selv om forarbeidene ikke oppstiller noen minimumstiltak, kan dette til en viss grad utledes av ombudets og nemndas praksis. Virksomhetene må i alle fall ha en varslingsrutine som omfatter trakasseringsvarsler, samt etiske retningslinjer/uttalt holdning mot trakassering.

Det kan ikke oppstilles noen krav til minimumstiltak etter arbeidsmiljøloven. Hvorvidt tiltak må iverksettes, og eventuelt hvilke, avhenger av om dette er nødvendig for å overholde forebyggingsplikten i den konkrete virksomheten. I de aller fleste virksomheter vil det likevel være nødvendig å etablere generelle varslingsrutiner. I praksis innebærer dette at begge regelsett oppstiller en plikt for mange virksomheter til å ha varslingsrutiner – som omfatter rutiner for trakasseringsvarsel. Slike varslingsrutiner vil også ofte angi virksomhetens etiske normer, herunder en uttalt holdning om at trakassering ikke aksepteres.

Totalt sett fremstår imidlertid pliktens innhold nokså vag etter begge regelsett.

4 Avsluttende oppsummering og vurdering

Trakasseringsbegrepet etter likestillings- og diskrimineringslovene fremstår som rimelig klart. Det er mer usikkert hvordan begrepet skal tolkes etter arbeidsmiljøloven.

Harmoniseringshensyn taler i alle fall for at begrepet etter aml. § 13-1 (2) må forstås likt som i det øvrige likestillings- og diskrimineringslovverket. Uttalelsen i arbeidsmiljølovens forarbeider, om at begrepet skal forstås på samme måte som etter § 4-3 (3), kan da tilsi at også begrepet etter sistnevnte bestemmelse må tolkes i samsvar med diskrimineringslovverket. Etersom denne bestemmelsen omfatter alle former for trakassering, inkludert trakassering på grunn av kjønn, etnisitet mv., oppstår en logisk brist dersom begrepet forstås annerledes. Videre kan dette medføre at vernet svekkes for personer som utsettes for trakassering på grunn kjønn, etnisitet mv., fordi begrepet oppfattes forskjellig avhengig av hvilket regelverk man tilfeldigvis ser til. Harmoniseringshensyn tilsier derfor at også trakasseringsbegrepet etter aml. § 4-3 (3) bør forstås likt som begrepet etter likestillings- og diskrimineringslovverket.

Det er likevel uklart om trakasseringsbegrepet er likt, ettersom det er en etablert oppfatning av at det må dreie seg om gjentatte ganger over tid og at det *bør* foreligge en maktskjevhet mellom partene for å regnes som trakassering etter § 4-3 (3). Lovgiver har således en oppfordring til å klargjøre dette, enten i form av at begrepet harmoniseres eller at det tydeliggjøres at begrepet skal forstås annerledes. Om sistnevnte gjøres, kan det være hensiktsmessig at trakassering på grunn av kjønn, etnisitet mv. tas ut av § 4-3 (3), slik at det tydelig markeres at begrepet skal forstås ulikt fra likestillings- og diskrimineringslovgivningen.

Usikkerheten rundt hvordan begrepet skal forstås kan også føre til at arbeidsgivers forebyggingsplikt svekkes. Det er helt avgjørende at arbeidsgivere vet hva de skal forebygge for at plikten skal fungere til sin hensikt. Videre vil det ha betydning for at verneombud og medlemmer av AMU får korrekt opplæring i trakasseringsforbudet, og for at arbeidstakere forstår når deres varslingsplikt etter aml. § 2-3 (2) d) inntreffer.

For å hindre misforståelser og forvirring kan det være hensiktsmessig at det tydelig oppstilles ett trakasseringsbegrep gjennom hele lovgivningen. I så fall bør definisjonen som fremgår av likestillings- og diskrimineringslovene legges til grunn, blant annet fordi Norge er forpliktet til å ha et like godt trakasseringsvern knyttet til kjønn som etter rådsdirektiv 2006/54/EF.

Selv om trakasseringsbegrepet harmoniseres, er ikke dette til hinder for at det oppstilles tilleggsvilkår for at arbeidsgiver eksempelvis skal kunne bli erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag, eller for at den som har trakassert skal kunne ilegges arbeidsrettslige sanksjoner.

Tilleggsvilkår kan være at det må dreie seg om gjentatte ganger over tid og at det bør foreligge maktskjevhet.

En juridisk harmonisering av begrepet vil også kunne påvirke psykologiens definisjon av trakassering/mobbing, som per i dag inneholder krav om «... *vedvarende negative handlinger* mot ett eller flere individer som, reelt eller opplevd, er *underlegne* i den aktuelle situasjonen (egen kursivering)». ¹⁷² Ettersom denne definisjonen legges til grunn for forskningen er det nærliggende å anta at mange trakasseringstilfeller, i alle fall knyttet til diskrimineringsgrunnlag, ikke fremgår av statistikken. Det er viktig å få frem disse mørketallene for å få et fullstendig bilde av trakasseringsproblematikken i arbeidslivet.

Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering etter likestillings- og diskrimineringslovverket er ikke utelukkende en presisering og synliggjøring av plikten etter arbeidsmiljøloven, slik det ble antydnet i forarbeidene på likestillings- og diskrimineringsfeltet. ¹⁷³ Den klareste forskjellen er at pliktens vernekrets er bredere på dette feltet. Hva gjelder selvstendige næringsdrivende, er det uklart om, og i hvilke tilfeller, denne persongruppen er vernet etter § 4-3 (3). Det anses således hensiktsmessig at lovgiver klargjør dette ansvarsforholdet. Selv om arbeidsgiver har et forebyggingsansvar ovenfor innleide etter begge regelverk, har det praktisk betydning at ansvaret tydeligere fremgår av likestillings- og diskrimineringslovverket enn etter § 4-3 (3). Ansvaret etter sistnevnte bestemmelse er svært godt gjemt, noe som kan medføre at mange arbeidsgivere ikke er bevisst plikten. Dette ansvarsforholdet bør derfor også tydeliggjøres.

Videre er vernekretsen etter likestillings- og diskrimineringslovene bredere enn både aml. § 4-3 (3) og § 13-1 (2). Det at eksempelvis klienter, kunder og pasienter anses som vernesubjekter er en betydelig utvidelse av forebyggingsplikten sammenliknet med arbeidsmiljøloven. Det er viktig at arbeidsgivere er oppmerksomme denne forskjellen. Således er det uheldig at det kun fremgår av lovenes forarbeider, og ikke av lovtekstenes ordlyd, at ansvaret gjelder ovenfor alle som *naturlig hører inn under arbeidsgivers ansvarsområde*.

Innholdet i forebyggingsplikten er vag etter begge regelverk. En årsak til dette er at det beror på en konkret helhetsvurdering hvorvidt plikten overholdes i den enkelte virksomhet. Plikten er likevel ikke fullstendig lik, da den er noe mer omfattende etter likestillings- og diskrimineringslovene.

¹⁷² STAMI (2015) s. 80 og Einarsen (2007) s. 94-95

¹⁷³ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 109 og Ot.prp.nr.44 (2007-2008) s. 256

Som nevnt innledningsvis, viser forskning at utbredelsen av trakassering i arbeidslivet har vært relativt stabil i perioden 1989-2013 – og høyst trolig frem til i dag. Trakasseringsforbudet ble uttrykkelig presisert i dagjeldende arbeidsmiljølov i 1995, samt implisitt arbeidsgivers forebyggingsplikt.¹⁷⁴ På likestillings- og diskrimineringsfeltet ble verneplikten innført på midten av 2000-tallet.¹⁷⁵ At utbredelsen av trakassering har holdt seg stabil siden 1989 tilsier da at forebyggingsplikten ikke fungerer fullt ut etter sin hensikt, nemlig å redusere trakasseringstilfellene. Årsaken kan være at arbeidsgivere ikke er klar over at de har en slik plikt, samt usikkerhet knyttet til hvordan plikten skal forstås. Ettersom vi nå vet at trakassering kan få alvorlige konsekvenser for den som rammes, herunder dobbelt så høy sjanse for å utvikle selvmordstanker,¹⁷⁶ er forebyggingsaspektet særdeles viktig. Når man er kommet til punktet hvor trakassering har skjedd, har skaden allerede oppstått. Dette tilsier at det er behov for at forebyggingsplikten tydeliggjøres etter begge regelverk.

Pliktens innhold etter likestillings- og diskrimineringslovverket kunne fremgått tydeligere dersom ombudet og nemnda hadde hatt lik tilnærming. At ombudet oppstiller tre momenter som særlig vektlegges virker hensiktsmessig for å danne en fast praksis. Momentene fremstår omtrent som minimumstiltak, hvor øvrige tiltak kan anses nødvendig etter en konkret helhetsvurdering. Arbeidsgivere kan dermed ikke lene seg på at de har innført de såkalte minimumstiltakene så lenge forholdene i virksomheten forutsetter ytterligere tiltak. Det er derfor uheldig at ikke også nemnda uttrykkelig opererer med disse tre momentene. Uensartetheten ved praksisen gjør det vanskelig å utlede vernepliktens innhold, og kan medføre at plikten innenfor diskrimineringsfeltet forblir rimelig vag. En samkjørt og konsekvent praksis vil både øke den rettskildemessige vekten, og klargjøre hvilke tiltak som må gjennomføres.

Ettersom forebyggingsplikten etter aml. § 4-3 (3) omfatter alle former for trakassering, virker det logisk at plikten burde samordnes med verneplikten etter likestillings- og diskrimineringslovverket. Dette kan gjøres ved at det stilles krav om at plikten på diskrimineringsfeltet må gjennomføres som en del av HMS-arbeidet. Flere arbeidsgivere gjør trolig dette allerede. Et slikt påbud kan likevel medføre at arbeidsgivere i større grad blir oppmerksom på at det kontinuerlig må arbeides aktivt med forebygging av alle former for trakassering. Videre kan dette i praksis føre til at også generell trakassering inkluderes i de tiltak som iverksettes for å tilfredsstille kravene på diskrimineringsfeltet.

¹⁷⁴ Lov av 6. januar 1995 nr. 2

¹⁷⁵ Lov av 10. juni 2005 nr. 38, Lov 3. juni 2005 nr. 33, Lov 20. juni 2008 nr. 42

¹⁷⁶ STAMI (2015)

Uansett bør innholdet i verneplikten etter aml. § 4-3 (3) klargjøres. Skadevirkningene av å bli trakassert kan være ødeleggende for den som rammes, selv om trakasseringen ikke knyttes til et diskrimineringsgrunnlag. For mange kan det å bli utsatt for trakassering på grunn av sin personlighet oppleves som verre enn å bli trakassert på grunn av eksempelvis ens etnisitet. Det er selvsagt mulig lovgiver ikke ønsker at det skal oppstilles minimumstiltak for forebygging av generell trakassering. Lovforarbeidene bør uansett gi bedre veiledning for forståelsen av pliktens innhold. Samtidig bør det fremgå klarere at arbeidsgivere i det hele tatt har en forebyggingsplikt etter aml. § 4-3 (3). Dette for å sikre at arbeidsgivere ikke overser plikten. Verneplikten kan for eksempel inntas i selve lovteksten, eller tydeligere presiseres i forarbeidene.

Kildeliste

LOVER OG FORSKRIFTER

- 2013 Forskrift av 18. desember nr. 1613 om organisasjon og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda
- 2013 Lov av 21. juni nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjons- evne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- 2013 Lov av 21. juni nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet)
- 2013 Lov av 21. juni nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
- 2013 Lov av 21. juni nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell oriente- ring, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell oriente- ring)
- 2011 Forskrift av 6. desember nr. 1355 om organisering, ledelse og medvirkning
- 2008 Lov av 20. juni nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjons- evne
- 2005 Forskrift av 16. desember nr. 1568 om arbeidsmiljølovens anvendelse for personer som ikke er arbeidstakere
- 2005 Lov av 17. juni nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljø- loven)
- 2005 Lov av 10. juni nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
- 2005 Lov av 10. juni 2005 nr. 38 om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov).
- 2005 Lov av 3. juni nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
- 2004 Lov av 26. mars 2004 nr. 15 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeider- vern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
- 1996 Forskrift av 6. desember nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften)
- 1995 Lov av 6. januar 1995 nr. 2 om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeids- vern og arbeidsmiljø m.v.
- 1978 Lov av 9. juni nr. 45 om likestilling mellom kjønnene
- 1977 Lov av 4. februar nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

EU/EØS direktiver

EP/Rdir 2006/54/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (omarbeiding). [Likestillingsdirektivet]
EP/Rdir 2002/73/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.
Rdir 2000/78/EF	Rådetsdirektiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv
Rdir 2000/43/EF	Rådetsdirektiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gjennomførelse af prinsippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse
Rdir 91/383/EØF	Rådsdirektiv av 25. juni 1991 om utfylling av de tiltak som forbedrer sikkerheten og helsen på arbeidsplassen for arbeidstakere som har et tidsbegrenset eller midlertidig arbeidsforhold

FORARBEIDER

Prop.88 L (2012-2013)	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
Prop.74 L (2011-2012)	Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.)
NOU 2011:18	Struktur for likestilling
Ot.prp.nr.44 (2007-2008)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
Ot.prp.nr.84 (2005-2006)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
Ot.prp.nr.35 (2004-2005)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov)
Ot.prp.nr.33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
Innst.O.nr.52 (2003-2004)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Ot.prp.nr.104 (2002-2003)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Ot.prp.nr.77 (2000-2002)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)
Ot.prp.nr.50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

RETTSAVGJØRELSER

Rt. 2013 s. 342	LB-2014-163716
Rt. 2011 s. 964	LE-2012-39402
Rt. 2004 s. 1844	RG-2011-380
Rt. 2002 s. 683	LF-2010-97095
Rt. 1997 s. 1506	LB-2007-121782
Rt. 1997 s. 786	LB-2007-81585
Rt. 1993 s. 616	LB-1999-1912
Rt. 1988 s. 692	LA-1995-36
Rt. 1987 s. 729	
Rt. 1983 s. 979	

PRAKSIS FRA LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSOMBUDET OG LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

LDN 60/2014	LDO 13/2274
LDN 34/2014	LDO 13/1402
LDN 11/2014	LDO 13/489
LDN 10/2014	LDO 13/371
LDN 17/2013	LDO 12/296
LDN 24/2012	LDO 11/878
LDN 46/2010	LDO 10/1521

LDO 10/816
LDO 09/2390
LDO 09/2374
LDO 09/564
LDO 08/182

JURIDISK LITTERATUR

- Beck, Tom H., Nils H. Storeng
og Arve Due Lund
Boe, Erik
Arbeidslivets spilleregler,
(2011)
Rettskildelære under debatt,
(2014)
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen
Rettskildelære,
(2013)
- Einarsen, Ståle og Harald Pedersen
Håndtering av konflikter og trakassering i
arbeidslivet,
(2007)
- Fougner, Jan og Lars Holo, Tron
Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen
Arbeidsmiljøloven kommentarutgave,
(2013) (nettversjonen)
[sist sjekket 19.11.15]
- Fleischer, Carl August
Rettskilder og juridisk metode,
(1998)
- Hotvedt, Marianne Jenum
og Else Leona McClimans
Merknad til arbeidsmiljøloven § 13-1
på arbeidsrett.no (nettversjonen)
[sist sjekket 19.11.15]
- Jakhelln, Henning
Oversikt over arbeidsretten,
(2007)
- Johansen, Lise
Merknad til arbeidsmiljøloven § 3-1
på arbeidsrett.no (nettversjonen)
[sist sjekket 19.11.15]
- Pedersen, Harald
Merknad til arbeidsmiljøloven § 4-3 (3)
på arbeidsrett.no (nettversjonen)
[sist sjekket 19.11.15]
- Vatvedt, Aili Stenseth
Merknad til arbeidsmiljøloven § 3-6
på arbeidsrett.no (nettversjonen)
[sist sjekket 19.11.15]

ØVRIGE KILDER

- Arbeidstilsynet
«Faktaside: Mobbing og trakassering på arbeidsplassen»,
<http://www.arbeidstilsynet.no/fakta.html?tid=78225#Koble>
[sitert 18.11.15]
- Arbeidstilsynet
«Hvordan unngå mobbing?»,
<http://www.arbeidstilsynet.no/artikkel.html?tid=206971>
[sitert 18.11.15]
- Likestillings- og diskrimineringsombudet
«Forbudet mot trakassering i arbeidslivet», 2014
http://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/diverse-pdf1/diverse-pdf/rapporter_analyser/oppsummering-trakassering-10.06.14.pdf
- Statens arbeidsmiljøinstitutt (STAMI)
«Faktabok om arbeidsmiljø og helse 2015 – status og utviklingstrekk», 2015
<https://stami.no/publikasjon/faktabok-om-arbeidsmiljo-og-helse-2015-status-og-utviklingstrekk/>
- Statens arbeidsmiljøinstitutt (STAMI)
«Mobbing i arbeidslivet er en mulig risikofaktor for utvikling av selvmordstanker», 05.10.15
<https://stami.no/mobbing-i-arbeidslivet-er-en-mulig-risikofaktor-for-utvikling-av-selvmordstanker/>
[sitert 18.11.15]