



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Klara Holmberg

Sexuella trakasserier som grund för anställnings upphörande

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och frågeställningar	4
1.2 Avgränsningar	5
1.3 Metod och teori	6
1.4 Material	7
1.5 Forskningsläge	8
1.6 Disposition	8
2 ANSTÄLLNINGS UPPHÖRANDE	10
2.1 Uppsägning av personliga skäl	10
2.1.1 Proportionalitetsbedömning	11
2.1.2 Lojalitetsplikt	12
2.2 Avsked	13
2.2.1 Värdering av misskötsamhet	13
2.2.2 Lojalitetsplikt	13
3 DEFINITIONEN AV SEXUELLA TRAKASSERIER	15
3.1 Sexuella trakasserier i diskrimineringslagens mening	15
3.2 Sexuella trakasserier i fall om anställnings upphörande	17
3.2.1 Explicit definition	18
3.2.2 Implicit definition	18

3.2.3	Avsaknad av begreppet	20
4	SEXUELLA TRAKASSERIER SOM GRUND FÖR ANSTÄLLNINGSPHÖRANDE	21
4.1	Sexuella trakasserier och avsked	21
4.1.1	Värdering av misskötsamhet	21
4.1.1.1	Upptädandets art	21
4.1.1.2	Förbrukat förtroende	22
4.1.2	Arbetsgivarens lojalitetsplikt	23
4.2	Sexuella trakasserier och uppsägning	24
4.2.1	Proportionalitetsbedömning	24
4.2.2	Arbetsgivarens lojalitetsplikt	25
5	ANALYS	27
5.1	Sexuella trakasserier som grund för anställnings upphörande ur ett rättsdogmatiskt perspektiv	27
5.2	Sexuella trakasserier som grund för anställnings upphörande utifrån MacKinnons teorier	30
6	AVSLUTANDE SYNPUNKTER	33
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

A conflict of interests occurs when an employee that sexually harassed another employee or person in the employer's business, is dismissed with or without notice. The aim of this paper is to scrutinize the regulation of the conflict of interests between 1) the employer, 2) the harassed person, 3) the harasser and 4) men and women as social categories. Dismissal, with or without notice, is regulated in the Employment Protection Act. This regulation applies in the context of dismissal due to sexual harassment. However, a problem in the application of the regulation is the lack of a consistent use of the definition of sexual harassment. Sexual harassment is defined and regulated in the Discrimination Act. This definition is used in some rulings, but the Labour Court also uses the concept of sexual harassment without defining it. In some rulings, the Labour Court avoids the concept fully, even though the employer uses the concept to describe the conduct of the employee. The lack of a consistent use is a problem since it creates a legal uncertainty for the employer and the employee. If the Labour Court were to use the definition of sexual harassment stated in the Discrimination Act as a starting point in its judgements of the dismissals, the rulings would become more distinct.

According to Catharine A. MacKinnon, it is important to define sexual harassment as an expression of inequality between men and women, i.e. sex discrimination, and not solely as an issue of the individual employee's sexuality or sexual urges. Whether the Swedish legislator shares this theoretical understanding of sexual harassment or not is uncertain, since the legislator in 2006 made a distinction between sexual harassment and sex discrimination. If the Labour Court were to use a definition of sexual harassment as an issue of inequality and not solely individual sexual urges, it probably would need to be more distinct in its judgements of what measures are considered legitimate and reasonable in the individual case.

Sammanfattning

När en anställd som sexuellt trakasserat en annan anställd eller en person i arbetsgivarens verksamhet skiljs från sin anställning uppkommer en intressekonflikt mellan 1) arbetsgivaren, 2) den trakasserade, 3) den trakasserande och 4) män och kvinnor som grupper. Syftet med denna uppsats är att granska regleringen av denna intressekonflikt. Uppsägning och avsked regleras i anställningsskyddslagen. Denna reglering tillämpas i fall där uppsägningen eller avskedandet beror på sexuella trakasserier. Avsaknaden av en konsekvent användning av definitionen av sexuella trakasserier är ett problem som uppstått vid tillämpningen av regelverket. Sexuella trakasserier definieras och regleras i diskrimineringslagen. Denna definition används i vissa avgöranden, men arbetsdomstolen använder också begreppet utan att presentera en definition. I några avgöranden undviker arbetsdomstolen begreppet helt, trots att arbetsgivaren definierar arbetstagarens uppträdande som sexuella trakasserier. Domstolens inkonsekventa användning av begreppet sexuella trakasserier skapar en rättsosäkerhet för arbetsgivare och arbetstagare. Om arbetsdomstolen istället skulle använda diskrimineringslagens definition som utgångspunkt skulle domstolens värdering av arbetstagarens uppträdande bli tydligare.

Enligt Catharine A. MacKinnon måste sexuella trakasserier betraktas som ett uttryck för ojämlikheten mellan män och kvinnor, alltså könsdiskriminering, och inte enbart som en fråga om en enskild arbetstagares sexualitet eller sexualdrifter. Det är oklart om den svenska lagstiftaren delar denna teoretiska förståelse av sexuella trakasserier eftersom lagstiftaren 2006 gjorde en åtskillnad mellan sexuella trakasserier och könsdiskriminering. Om arbetsdomstolen skulle använda en definition som synliggör sexuella trakasserier som ett uttryck för ojämlikheten mellan könen skulle domstolen förmodligen behöva bli tydligare i sin bedömning av vilka åtgärder som anses skäliga för arbetsgivaren att vidta för att komma till rätta med problemen i det enskilda fallet.

Förkortningar

AD

Arbetsdomstolen

DL, diskrimineringslagen

Diskrimineringslag (2008:567)

EU

Europeiska Unionen

Jämställdhetslagen

Jämställdhetslag (1991:433)

LAS, anställningsskyddslagen

Lag (1982:80) om
anställningsskydd

Prop.

Proposition

1 Inledning

En stor del av de lagstiftande och dömande verksamheterna handlar om intresseavvägningar. När intressen ställs mot varandra kan det vara svårt att avgöra vilket intresse som väger tyngst. Ett exempel på detta är intresseavvägningen mellan arbetsgivarens arbetsledningsrätt och arbetstagarens sociala skydd. Bestämmelserna i anställningsskyddslagen¹ som reglerar uppsägning och avsked balanserar dessa intressen. Arbetstagaren har ett intresse av att inte bli godtyckligt uppsagd, samtidigt som arbetsgivaren har ett intresse av att bedriva verksamhet på ett effektivt sätt.²

Denna intresseavvägning kan kompliceras ytterligare. Vad händer om en arbetstagare sexuellt trakasserar en kollega eller en person som på annat sätt är en del av arbetsgivarens verksamhet? En komplicerad intressekollision uppstår mellan 1) den trakasserades intresse av åtgärder, 2) arbetsgivarens intresse av att följa gällande lagstiftning och bedriva verksamheten effektivt och 3) den trakasserande arbetstagarens intresse av ett starkt anställningsskydd. Samtidigt finns ytterligare en dimension i intressekollisionen - ojämlikheten mellan kvinnor och män. Denna uppsats kommer att handla om regleringen av denna intressekollision.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka när sexuella trakasserier utgör saklig grund för uppsägning eller grund för avsked. Detta innebär att jag kommer att undersöka hur sexuella trakasserier definieras och hur bedömningen av saklig grund respektive avskedandegrund görs i dessa fall. Jag kommer även uppmärksamma eventuella problem med tillämpningen. För att få en djupare förståelse kommer jag analysera regleringen och

¹ Lagen (1982:80) om anställningsskydd.

² Källström & Malmberg (2013), s. 130-131, 189.

tillämpningen utifrån Catharine A MacKinnons teorier. De frågeställningar som kommer att besvaras lyder:

- Hur regleras sexuella trakasserier som saklig grund för uppsägning eller grund för avsked och hur tillämpas regleringen?
- Hur kan denna reglering och tillämpning förstås i ljuset av Catharine A. MacKinnons teorier om sexuella trakasserier?

1.2 Avgränsningar

Jag har valt att avgränsa mig till uppsägning och avsked enligt anställningsskyddslagen. Detta innebär att jag exempelvis inte tittar på regleringen i lag (1994:260) om offentlig anställning. Jag kommer inte fördjupa mig i exempelvis omplaceringsregleringen eller tvåmånadersregeln i anställningsskyddslagen, utan dessa och andra regler tas upp vid behov. Jag behandlar både uppsägning och avsked eftersom sexuella trakasserier hänförs till arbetstagaren personligen och således både kan föranleda uppsägning och avskedande.³

Jag kommer undersöka rättsfall där en trakasserande arbetstagare blivit uppsagd eller avskedad. Fall där en trakasserad arbetstagare sagt upp sig, det vill säga provocerad uppsägning⁴, faller utanför uppsatsens syfte. Avgränsningen innebär att jag valt att behandla fall där antingen arbetsgivaren eller domstolen använder begreppet sexuella trakasserier som benämning på arbetstagarens uppträdande. Fall där varken domstolen eller arbetsgivaren behandlar uppträdandet som sexuella trakasserier, men det skulle kunna vara det, har jag valt att inte ta upp.⁵ Det faller utanför uppsatsens syfte att göra en bedömning av om uppträdandet i dessa situationer skulle kunna vara sexuella trakasserier. Detta är ett möjligt ämne

³ Andersson, Edström & Zanderin (2013), s. 126-127; Lunning & Toijer (2010), s. 378-382.

⁴ Källström & Malmberg (2013), s. 125.

⁵ Exempelvis fall där arbetsgivaren gör sexuellt utnyttjande gällande men inte benämner agerandet som sexuella trakasserier.

för en annan uppsats, men det finns dessvärre inte utrymme för fler aspekter i denna uppsats.

Vissa av rättsfallen som behandlas baseras på jämställdhetslagens⁶ regler. Definitionen av sexuella trakasserier skiljer sig något från diskrimineringslagens⁷ bestämmelser, men betydelsen är densamma.⁸ Detta påverkar inte mitt resultat, eftersom jag undersöker vilken definition domstolen använder sig av och inte förändringen av definitionen över tid. Arbetsgivarens utredningsansvar infördes först 1998.⁹ Detta har inte någon betydelse för uppsatsen, eftersom det framkommer i praxis att domstolen ansåg att arbetsgivaren har ett ansvar att utreda sexuella trakasserier redan innan det.¹⁰

I min analys av rättsfallen kommer jag inte fokusera på domstolens bevisvärdering, utan jag utgår från de händelser som arbetsdomstolen anser styrkta. Jag kommer inte heller att analysera de tingsrättsdomar som i vissa av fallen överklagats och således föregår arbetsdomstolens prövning.

1.3 Metod och teori

Uppsatsen kan sägas ha två ben, nämligen 1) hur sexuella trakasserier som saklig grund för uppsägning eller avskedandegrund regleras samt 2) hur tillämpningen av denna reglering ser ut. Uppsatsens metodologiska utgångspunkt är framförallt rättsdogmatisk, vilket innebär att jag med hjälp av rättskälleläran ska fastställa gällande rätt och uppmärksamma eventuella problem. Jag kommer att studera lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.¹¹ I min analys kommer jag att titta på hur rättstillämpningen av regleringen ser ut och diskutera eventuella problem.

⁶ Jämställdhetslag (1991:433).

⁷ Diskrimineringslag (2008:567).

⁸ Prop. 1990/91:113, s. 72; Prop. 1997/98:55, s. 110-113; Prop. 2007/08:95, s. 494.

⁹ Prop. 1990/91:113, s. 73.

¹⁰ AD 1996 nr 10, s. 75.

¹¹ Korling & Zamboni (2013), s. 21, 30, 39; Sandgren (2007), s. 36.

Jag kommer analysera resultatet med hjälp av den amerikanska juristen Catharine A. MacKinnons forskning om sexuella trakasserier. MacKinnon menar att sexuella trakasserier är ett uttryck för ojämlikhet mellan könen och förtryck av kvinnor. Att kvinnors sexualitet betraktas som annorlunda än mäns beror enligt MacKinnon på den sociala ojämlikheten mellan könen, då den medför att män och kvinnor inte är sexuellt jämlika. Detta innebär alltså att kvinnor behandlas annorlunda på grund av kön och inte på grund av sexualitet.¹²

Both sexes can be sexually harassed. When women's sexuality is treated differently from men's sexuality, similarly situated women and men will have been differentially treated, to women's comparative disadvantage, and that is sex discrimination.¹³

MacKinnon menar att en reducering av sexuella trakasserier till enbart ett uttryck för en individs sexualitet och personliga sexualdrift står i motsättning till sexuella trakasserier som könsdiskriminering.¹⁴

Enligt MacKinnon reproducerar lagarna ojämlikheten mellan könen. Vidare anser MacKinnon att det faktum att kvinnor underordnas på grund av sitt kön måste synliggöras för att komma bort från denna återspeglning och reproduktion i lagstiftning.¹⁵

1.4 Material

Det material som kommer användas är både tryckta källor i form av lagtext, förarbeten och avgöranden från arbetsdomstolen samt litteratur i form av juridisk doktrin. Förarbeten, i form av propositioner, och lagtext kommer att användas för att undersöka gällande rätt utifrån lagstiftarens intentioner,

¹² MacKinnon (1979), s. 91-92, 215-216; MacKinnon (1991), s. 19. Detta innebär inte att sexuella trakasserier inte tar sig sexuella uttryck eller inte är ett uttryck för en sexuell natur.

¹³ MacKinnon (1979), s. 215-216.

¹⁴ MacKinnon (1979), s. 84-86.

¹⁵ MacKinnon (1991), s. 16-17, 20-21.

medan arbetsdomstolens domar visar hur rättstillämpningen ser ut. Av pedagogiska skäl har jag valt att namnge de avgöranden som jag använder i denna del. Doktrin kommer att användas för att ge en viss grund och en bättre struktur.

1.5 Forskningsläge

Regleringen av sexuella trakasserier är ett relativt väl omskrivet område och det finns en hel del doktrin som behandlar ämnet.¹⁶ Annika Lindholm (2008) har gjort en genusanalys av regleringen utifrån Catharine A. MacKinnons teorier i sitt examensarbete. Även uppsägning av personliga skäl och avskedande är väl omskrivet.¹⁷ Däremot har inte lika mycket skrivits om sexuella trakasserier som saklig grund för uppsägning eller grund för avsked. I *Anställningsskydd: en lagkommentar*¹⁸ behandlas sexuella trakasserier som grund för anställnings upphörande, framförallt i form av en genomgång av några av arbetsdomstolens avgörande.¹⁹

I artikeln ”Arbetsdomstolen och sexismen” (2000) kritiserar Catharina Calleman arbetsdomstolens bedömning i fyra fall där domstolen prövat om arbetsgivaren giltigt har skilt arbetstagare från sin anställning på grund av sexuella trakasserier. Callemans artikel diskuterar den intressekonflikt som kommer behandlas i denna uppsats, men eftersom jag inte enbart kommer undersöka fall där arbetstagaren är lärare blir min uppsats mer omfattande.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en beskrivning av hur uppsägning och avsked regleras och utifrån vilka omständigheter och principer som bedömningarna av saklig grund för uppsägning respektive avskedandegrund ska göras.

¹⁶ Se exempelvis Fransson & Stüber (2010) och Gabinus Göransson (2013).

¹⁷ Se Källström & Malmberg (2013).

¹⁸ Lunning & Toijer (2010).

¹⁹ Sexuella trakasserier som grund för anställnings upphörande behandlas också i Iseskog (2011) och Andersson, Edström & Zanderin (2013) men i mindre omfattning.

Därefter behandlas definitionen av sexuella trakasserier i diskrimineringslagen samt definitionen och bedömningen av sexuella trakasserier i fall där en arbetstagare sagts upp eller avskedats med sexuella trakasserier som grund. I det nästföljande kapitlet beskrivs arbetsdomstolens bedömning av saklig grund för uppsägning respektive grund för avskedande i dessa fall. Det nästsista avsnittet består av en analys i två delar. I den första delen analyserar jag hur sexuella trakasserier som grund för anställnings upphörande regleras och hur denna reglering tillämpas. I den andra delen analyserar jag mitt resultat med hjälp av MacKinnons teorier om sexuella trakasserier. I det sista avsnittet ger jag mina avslutande synpunkter.

2 Anställnings upphörande

Anställningstryggheten för arbetstagare är främst reglerad i anställningsskyddslagen. Enligt förarbetena är en av lagens kärnpunkter att ett anställningsavtal gäller tills vidare.²⁰ En tillsvidareanställning kan upphöra genom uppsägning eller avsked.²¹ I detta avsnitt kommer jag att beskriva hur uppsägning och avsked regleras och utifrån vilka omständigheter och principer som bedömningarna av saklig grund för uppsägning respektive avskedandegrund ska göras.

2.1 Uppsägning av personliga skäl

Uppsägning innebär att ett anställningsförhållande upphör och kan vidtas från både arbetsgivarens och arbetstagarens sida.²² Arbetstagaren har rätt till en viss uppsägningstid med lön.²³ För att en anställning ska kunna upphöra genom uppsägning krävs att saklig grund föreligger.²⁴ Kravet på saklig grund utgörs av arbetsbrist eller personliga skäl och syftar till att skydda arbetstagaren från godtyckliga uppsägningar.²⁵

Personliga skäl är förhållanden hänförliga till den enskilde arbetstagaren och handlar om misskötsamhet eller annan bristande lämplighet. För att kravet på saklig grund ska vara uppfyllt krävs klart dokumenterad olämplighet.²⁶ Sexuella trakasserier är en typ av misskötsamhet och kan alltså utgöra saklig grund för uppsägning.²⁷ I vissa fall kan sexuella trakasserier benämnas som samarbetssvårigheter och sammankopplas då ofta med att den eller de

²⁰ Prop. 1981/82:71, s. 64.

²¹ 7, 18 §§ LAS.

²² Källström & Malmberg (2013), s. 123.

²³ 11, 12 §§ LAS.

²⁴ 7 § LAS.

²⁵ Prop. 1973:129, s. 62; Prop. 1981/82:71, s. 64-65.

²⁶ Prop. 1973:129, s. 63.

²⁷ Fransson & Stüber (2010), s. 243; AD 1996 nr 10, s. 74.

arbetstagare som blivit utsatta inte vill arbeta med arbetstagaren som sexuellt trakasserat dem eller andra.²⁸

En uppsägning av personliga skäl måste vara sakligt grundad. I boken *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten* presenterar Källström och Malmberg en översikt över de allmänna riktlinjer för bedömningen av saklig grund som fastslås i förarbeten och praxis. De strukturerar upp fem moment som en del av denna prövning. I min redogörelse för bedömningen av personliga skäl utgår jag från två av momenten och utvecklar dessa med hänsyn till uppsatsens syfte med hjälp av förarbeten och ytterligare doktrin.

2.1.1 Proportionalitetsbedömning

Proportionalitetsbedömningen utgörs av en avvägning mellan 1) arbetsgivarens intresse av att säga upp arbetstagaren och 2) arbetstagarens intresse av att behålla anställningen. Bedömningen av arbetsgivarens intresse består först av om arbetstagaren brutit mot eller misslyckats uppfylla en väsentlig förpliktelse i anställningen som hen borde ha känt till. Detta moment är kopplat till olika uppsägningsgrunder, där vissa, exempelvis sexuella trakasserier, hänför sig till arbetstagarens beteende.²⁹ Därefter undersöks om uppträdandet orsakat skada för arbetsgivaren. Detta är objektiva rekvisit. Skadan som orsakats kan exempelvis vara försämrad arbetsmoral på arbetsplatsen eller att arbetsgivaren förlorat förtroendet för arbetstagaren.³⁰

Det senare intresset uppfattas i princip som konstant, men en helhetsbedömning ska göras i varje enskilt fall. Faktorer som spelar in i bedömningen är arbetsplatsens storlek och anställningens längd.³¹ Anledningen till att hänsyn ska tas till arbetsplatsens storlek är att detta kan

²⁸ Andersson, Edström & Zanderin (2013), s. 126-127.

²⁹ Källström & Malmberg (2013), s. 137-138.

³⁰ Iseskog (2011), s. 130.

³¹ Källström & Malmberg (2013), s. 137-138.

inverka på möjligheten att lösa problem genom förflyttning.³² Om anställningsförhållandet varat länge kan detta tala till arbetstagarens fördel. Arbetstagarens ställning kan tas i beaktning i form av vilket förtroende för eller möjlighet till kontroll av arbetstagaren som arbetsgivaren haft.³³ Bedömningen ska i fall som rör misskötsamhet vara prognostisk och riktas in på de slutsatser som kan dras om arbetstagarens lämplighet, istället för att fokusera på vad som förekommit i det enskilda fallet.³⁴

2.1.2 Lojalitetsplikt

Lojalitetsplikten består av arbetsgivarens skyldighet att 1) använda uppsägning som en yttersta åtgärd och 2) påtala att beteendet inte är accepterat och därför kan leda till uppsägning.³⁵ Arbetsgivarens skyldighet att använda uppsägning i sista hand innebär att arbetsgivaren ska utreda och pröva alla skäligena möjligheter som står till buds för att lösa situationen utan uppsägning.³⁶ Ett exempel på detta är omplaceringsskyldigheten som uttryckligen regleras i LAS. Uppsägningen är inte sakligt grundad om arbetstagaren kan beredas annat arbete hos arbetsgivaren.³⁷ Bedömningen är alltså inriktad på om arbetsgivaren gjort tillräckligt för att undvika uppsägning. Detta innebär att lojalitetsplikten sträcker sig olika långt beroende på arbetstagarens agerande. Vid grov misskötsamhet är det möjligt att omplacering inte krävs.³⁸

Arbetsgivaren måste reagera vid kännedom om ett beteende som inte är accepterat och klargöra för arbetstagaren att uppträdandet kan leda till uppsägning.³⁹ Arbetstagaren kan göras medveten om att uppträdandet inte är tillåtet på olika sätt. Tillsägelser kan exempelvis ske i form av

³² Prop. 1973:129, s. 179.

³³ Lunning & Toijer (2010), s. 348-350.

³⁴ Källström & Malmberg (2013), s. 137-138.

³⁵ Källström & Malmberg (2013), s. 138-140; Iseskog (2011), s. 111-112; Prop. 1973:129, s. 126.

³⁶ Källström & Malmberg (2013), s. 138-140.

³⁷ 7 § 2 st LAS

³⁸ Källström & Malmberg (2013), s. 139, 142.

³⁹ Källström & Malmberg (2013), s. 139; Iseskog (2011), s. 111-112; Prop. 1973:129, s. 126.

korrigeringsamtal eller disciplinåtgärder. Skriftliga varningar eller erinringar är exempel på disciplinära åtgärder.⁴⁰

2.2 Avsked

Ett anställningsförhållande kan, utöver uppsägning, upphöra genom avsked.⁴¹ Avsked innebär att arbetstagaren omedelbart skiljs från anställningen utan uppsägningstid.⁴² För att avskedandet ska vara lagligt krävs att arbetstagaren grovt åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren. Med detta menas flagranta fall av misskötsamhet eller illojalitet.⁴³ För att avskedande ska aktualiseras krävs att det rör sig om ”ett sådant avsiktligt eller grovt vårdslöst förfarande som rimligen inte skall behöva tålas i något rättsförhållande”.⁴⁴

2.2.1 Värdering av misskötsamhet

Bedömningen av grund för avsked görs utifrån arbetstagarens ställning och en värdering av misskötsamhetens karaktär för att kunna bedöma om arbetstagaren grovt åsidosatt sina åligganden. Ofta innebär ett grovt åsidosättande att arbetsgivarens förtroende är förbrukat.⁴⁵ Vid avsked är det de enskilda händelserna och den skada som dessa inneburit för arbetsgivaren som bedömningen tar sikte på.⁴⁶

2.2.2 Lojalitetsplikt

Arbetsgivaren har en lojalitetsplikt även vid avskedande, men den är inte lika stark som vid uppsägning. Detta beror på att avskedande ofta aktualiseras när arbetsgivarens förtroende för arbetstagaren förbrukats och uppträdet alltså till karaktären är av ett allvarligt slag. Det innebär att det

⁴⁰ Iseskog (2011), s. 115, 119-120.

⁴¹ 18 § LAS.

⁴² Iseskog (2011), s. 185.

⁴³ Prop. 1973:129, s. 68.

⁴⁴ Prop. 1973:129, s. 150.

⁴⁵ Iseskog (2011), s. 185-186, 196.

⁴⁶ AD 1996 nr 82, s. 681.

inte alltid är nödvändigt för arbetsgivaren att varna arbetstagaren, åtminstone inte så länge uppträdandet inte tidigare varit passivt tillåtet.⁴⁷ Omplacering krävs inte om avskedandegrund förligger.⁴⁸

⁴⁷ Isekog (2011), s. 194-195. Isekog använder inte begreppet lojalitetsplikt, utan beskriver denna del som ett medvetenhetskriterium.

⁴⁸ Källström & Malmberg (2013), s. 157-158.

3 Definitionen av sexuella trakasserier

3.1 Sexuella trakasserier i diskrimineringslagens mening

Sexuella trakasserier är en typ av diskriminering.⁴⁹ I propositionen *Kvinnofrid* menar regeringen att

[...] det är viktigt att förstå att sexuella trakasserier utgör ett maktmissbruk från förövarens sida. Sexuella trakasserier måste ses ur ett könsmaktsperspektiv. Det är mot denna bakgrund angeläget att slå fast att sexuella trakasserier är en viktig jämställdhetsfråga.⁵⁰

Samma proposition fastslår vidare att ingen skillnad ska göras mellan sexuella och könsrelaterade trakasserier.⁵¹ Åtskillnad gjordes emellertid 2006 med argumentet att den svenska regleringen ska stämma överens med EU-rätten och bli tydligare.⁵² Lagstiftaren har i sammanhanget inte klargjort om synen som återspeglas i citatet fortfarande gäller avseende sexuella trakasserier.

Sexuella trakasserier definieras i diskrimineringslagen som ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet.⁵³ Av rekvisitet ”kränker” kommer uttrycken oönskat och missgynnande i form av skada eller obehag. Den utsatte avgör om beteendet är oönskat och/eller kränkande, men ett krav på att den trakasserande ska ha insikt om detta gäller. Detta innebär att den trakasserade bör uppmärksamma den trakasserande på att uppträdande är

⁴⁹ 1 kap 4 § DL.

⁵⁰ Prop. 1997/98:55, s. 109.

⁵¹ Prop. 1997/98:55, s. 112-113.

⁵² Prop. 2004/05:147, s. 53-54.

⁵³ 1 kap 4 § 5 p DL.

oönskat eller kränkande. I vissa fall bör det utan påpekande vara klart för den trakasserande att beteendet eller agerandet är kränkande med hänsyn till omständigheterna.⁵⁴

Sexuella trakasserier särskiljs från trakasserier i övrigt genom att uppträdandet är av sexuell natur. Det kan vara verbalt uppträdande som ovälkomna förslag, påtryckningar om sexuell närvaro eller anstötliga anspelningar eller kommentarer.⁵⁵ Icke-verbalt agerande kan vara uppvisande av pornografiskt material eller fysiskt uppträdande i form av oönskad beröring, klappande, nypande eller strykningar. Straffbara handlingar såsom sexuellt ofredande, våldtäkt eller sexuellt utnyttjande kan också utgöra sexuella trakasserier.⁵⁶

Om arbetsgivaren får kännedom om att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för sexuella trakasserier av en annan arbetstagare i samband med arbetet är hen skyldig att utreda omständigheterna kring de påstådda trakasserier.⁵⁷ Helt befriad från utredningsskyldigheten blir arbetsgivaren bara om det framstår som uppenbart att några trakasserier inte förekommit.⁵⁸ Vid förekomst av sexuella trakasserier är arbetsgivaren skyldig att vidta skäliga åtgärder för att förhindra trakasserier i framtiden. Vilka åtgärder som är skäliga varierar. Bedömningen av skäliga åtgärder påminner om proportionalitetsbedömningen vid uppsägning. I sista hand kan uppsägning alternativt avsked aktualiseras, vilket innebär att en koppling mellan vilka åtgärder som anses skäliga och arbetsgivarens lojalitetsplikt föreligger.⁵⁹

⁵⁴ Prop. 2007/08:95, s. 492-493.

⁵⁵ Prop. 2007/08:95, s. 494.

⁵⁶ Gabinus Göransson (2013), s. 58; Prop. 1997/98:55, s. 110-111.

⁵⁷ 2 kap 3 § DL, se även 2 kap 7 § DL.

⁵⁸ Prop. 1997/98:55, s. 141-142; Prop. 2007/08:95, s. 297.

⁵⁹ Prop. 2007/08:95, s. 297-298. Se även avsnitt 2.

3.2 Sexuella trakasserier i fall om anställnings upphörande

Sexuella trakasserier kan föranleda uppsägning eller avskedande.⁶⁰ I fallet *Dramatiska institutet*⁶¹ fastslog domstolen att sexuella trakasserier inte var tillåtna utanför jämställdhetslagens tillämpningsområde bara för att det inte fanns en uttrycklig reglering. Samtidigt menade domstolen att det inte finns en allmängiltig definition av sexuella trakasserier på det arbetsrättsliga området. Arbetsdomstolen konstaterade vidare att det inte är avgörande vad ett specifikt uppträdande definieras som, utan att bedömningen av saklig grund bör göras utifrån de slutsatser som kan dras om arbetstagarens lämplighet utifrån de aktuella händelserna. Vid dessa överväganden menade domstolen emellertid att jämställdhetslagens definition av sexuella trakasserier kan få betydelse.⁶² I ett avgörande tio år senare, fallet *Regementschefen*⁶³, konstaterade domstolen att den definition av sexuella trakasserier som gäller på arbetsmarknaden är jämställdhetslagens definition.⁶⁴

Trots klargörandet av jämställdhetslagens betydelse i *Dramatiska institutet* är domstolen därefter inte konsekvent i hanteringen av definitionen och bedömningen av sexuella trakasserier. Den kommande redogörelsen kan delas upp i tre kategorier. Den första utgörs av fall där domstolen använder jämställdhetslagens eller diskrimineringslagens definition av sexuella trakasserier. Den andra kategorin består av fall i vilka domstolen använder begreppet utan en definition. I den tredje kategorin rättsfall använder domstolen inte begreppet sexuella trakasserier alls, trots att arbetsgivaren beskrivit arbetstagarens uppträdande som detta.

⁶⁰ Prop. 2007/08:95, s. 298. Se exempelvis AD 1996 nr 10, AD 2006 nr 54, AD 2008 nr 91 och AD 2013 nr 12.

⁶¹ AD 1996 nr 10.

⁶² AD 1996 nr 10, s. 64.

⁶³ AD 2006 nr 73.

⁶⁴ AD 2006 nr 73, s. 478-479.

3.2.1 Explicit definition

Utöver i *Dramatiska institutet* används jämställdhetslagens respektive diskrimineringslagens definition för att bedöma arbetstagarens uppträdande i tre fall, *Skånemejerier*⁶⁵, *Regementschefen* och *Säljaren*⁶⁶. Domstolen utgick i dessa fall från rekvisiten i lagrummet, nämligen ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet. Domstolen gjorde en bedömning av arbetstagarens uppträdande utifrån de exempel på agerande av sexuell natur som förekommer i förarbeten.⁶⁷ I samtliga tre fall hade arbetstagaren berört den utsatta på ett sätt som domstolen ansåg vara av sexuell natur. Gällande kränkningen fokuserade domstolen på att den utsatta gjort klart för den trakasserande att uppträdandet inte var välkommet. Därigenom var även kravet på insikt uppfyllt.⁶⁸

Fallet *Dramatiska institutet* skiljer sig något från de andra tre fallen. Domstolen hänvisade enbart till ett citat ur förarbetena till jämställdhetslagen, som redogör för olika uppträdande som utgör sexuella trakasserier, när den konstaterade att arbetstagarens uppträdande inte utgjorde sexuella trakasserier. I fallet fann domstolen att läraren, i handledningen av sökande till utbildningsinrättningen, i större utsträckning än vad som krävdes och var relevant för deras projekt pratade om ämnen av sexuell natur. Detta uppträdande utgjorde enligt domstolen inte sexuella trakasserier, men var olämpligt och omdömeslöst.⁶⁹

3.2.2 Implicit definition

I denna kategori rättsfall bedömer domstolen om arbetstagaren gjort sig skyldig till sexuella trakasserier eller inte utan att använda en definition av begreppet. Fokus i fallen *Städledaren*⁷⁰, *Högstadieläraren*⁷¹,

⁶⁵ AD 2006 nr 54.

⁶⁶ AD 2011 nr 66

⁶⁷ Se avsnitt 3.1.

⁶⁸ AD 2006 nr 54, AD 2006 nr 73, AD 2011 nr 66.

⁶⁹ AD 1996 nr 10, s. 63-64, 72-74.

⁷⁰ AD 1999 nr 29.

*Verksamhetschefen*⁷² och *Vårdbiträdet*⁷³ verkar hamna på bevisningen. Om arbetsgivaren har definierat ett uppträdande som sexuella trakasserier och domstolen anser det bevisat att arbetstagaren uppträtt så som arbetsgivaren påstått, konstaterar domstolen att arbetstagaren har sexuellt trakasserat en annan arbetstagare utan att göra någon bedömning av uppträdandet.⁷⁴

I fallet *Städledaren*, där domstolen fann bevisat att arbetstagaren bland annat förmått en kollega att ha samlag med honom, citerade domstolen en del av förarbetena till anställningsskyddslagen som handlar om våld och hot om våld på arbetsplatsen.⁷⁵ Detta kan tolkas som att domstolen använde synen på våld och hot om våld som en utgångspunkt vid bedömningen av arbetstagarens uppträdande.

En av händelserna som låg till grund för avskedandet i fallet *Högstadieläraren* prövades av tingsrätt efter att en åklagare väckt åtal mot arbetstagaren för sexuellt ofredande. Läraren friades av tingsrätten. Domen hade vid tidpunkten för prövningen i arbetsdomstolen vunnit laga kraft. Arbetsdomstolen bedömde, liksom tingsrätten, att den utsatta elevens berättelse i huvudsak var trovärdig. Eftersom tingsrätten ändå hade ogillat åtalet menade arbetsdomstolen att tingsrätten måste funnit att läraren inte hade berört eleven på ett sådant sexuellt sätt som krävs för straffansvar för sexuellt ofredande. Arbetsdomstolen ansåg sig därför tvungen att utgå från att läraren inte hade rört vid eleven på ett sätt som betraktas som sexuella trakasserier. Eftersom domstolen inte gav en definition av sexuella trakasserier framkommer inte varför den måste utgå från detta.⁷⁶

⁷¹ AD 1996 nr 55.

⁷² AD 2011 nr 84.

⁷³ AD 2013 nr 12.

⁷⁴ AD 1999 nr 29, s. 207; AD 2011 nr 84, s. 805-806; AD 2013 nr 12, s. 78.

⁷⁵ AD 1999 nr 29, s. 204, 206. Samma citat används i AD 2006 nr 54, s. 297.

⁷⁶ AD 1996 nr 55, s. 433, 439.

3.2.3 Avsaknad av begreppet

I denna kategori använder domstolen inte begreppet sexuella trakasserier i avgörandet, trots att arbetsgivaren definierat uppträdandet som sexuella trakasserier.⁷⁷ Efter att domstolen undersökt vad som är styrkt i målet kallas arbetstagarnas uppträdande istället för ”anstötligt”, ”olämpligt” och ”omdömeslöst”,⁷⁸ ”synnerligen anmärkningsvärda yttranden”, framförande av ”kränkande förslag med sexuellt innehåll”,⁷⁹ ”uttalande med sexuell anspelning”⁸⁰ och ”inte acceptabelt”⁸¹.

⁷⁷ AD 1996 nr 55, s. 433, 443-444; AD 1996 nr 85, s. 689, 709-710; AD 2008 nr 91, s. 613, 643-645.

⁷⁸ AD 1996 nr 55, s. 443.

⁷⁹ AD 1996 nr 85, s. 709.

⁸⁰ AD 2008 nr 91, s. 643.

⁸¹ AD 2008 nr 91, s. 645.

4 Sexuella trakasserier som grund för anställningsupphörande

4.1 Sexuella trakasserier och avsked

Den kommande framställningen kategoriseras utifrån de mönster jag identifierat i arbetsdomstolens bedömning i rättsfallen. Kategorierna återspeglar de bedömningspunkter som har redogjorts för i avsnitt 2.2.1 och 2.2.2.

4.1.1 Värdering av misskötsamhet

4.1.1.1 Uppträdandets art

Huvudfokus för avskedandebedömningen är uppträdandets art eller karaktär. För giltigt avsked krävs att uppträdandet innebär ett grovt åsidosättande av arbetstagarens åligganden. Att beröra bröst, kön och rumpa eller förmå en kollega att ha sexuellt umgänge har bedömts innebära ett grovt åsidosättande av åliggandena gentemot arbetsgivaren.⁸² Domstolen konstaterade i *Skånemejerier* att det finns anledning att se allvarligt på denna typ av uppträdande, liksom fall där våld förekommit på arbetsplatsen.⁸³ Även ett grovt språkbruk med sexuella anspelningar kan utgöra ett grovt åsidosättande av arbetstagarens åligganden.⁸⁴ I *Verksamhetschefen* sa den trakasserande arbetstagaren att han ville knulla sin kollega i röven. Domstolen konstaterade att ingen arbetstagare ska behöva tolerera så grova uttalanden.⁸⁵

⁸² AD 1999 nr 29, s. 204, 206-207; AD 2006 nr 54, s. 296-297.

⁸³ AD 2006 nr 54, s. 297-298. Se även AD 1999 nr 29, s. 206.

⁸⁴ AD 2011 nr 84 s. 807; AD 2006 nr 54, s. 297.

⁸⁵ AD 2011 nr 84, s. 806-807.

I fallen *Högstadieläraren* och *Arbetsförmedlaren*⁸⁶ framkommer inte vad domstolen grundar sin värdering av uppträdandet på. Det framkommer enbart att domstolen efter en värdering anser att uppträdandet inte är så grovt att det utgör avskedandegrund. Enligt arbetsdomstolen var det i fallet *Högstadieläraren* uppenbart att läraren inte hade grovt åsidosatt sina åligganden genom att fälla anstötliga yttranden till elever. Läraren hade exempelvis sagt "Gör inte så där, för då kan du bli glapp och det gillar inte killarna. Jag skulle i alla fall inte tycka om det" till en elev när hon försökte gå ner i spagat.⁸⁷ I fallet *Arbetsförmedlaren* konstaterade domstolen kort och utan motivering att de sexuella trakasserierna, i form av kränkande språkbruk, varken ensamt eller tillsammans med en annan händelse som arbetsgivaren åberopade, utgjorde avskedandegrund. Arbetsförmedlaren hade exempelvis kommenterat en kollegas rumpa genom att säga "Snygg häck!"⁸⁸

Arbetsdomstolen tar i ett par fall hänsyn till maktförhållande mellan arbetstagaren som trakasserat och den utsatte. I *Skånemejerier* och *Säljaren* beaktade domstolen att den trakasserande arbetstagaren var betydligt äldre än arbetstagaren som blivit utsatt.⁸⁹ Att de sexuella trakasserierna bland annat förekommit när de trakasserade varit ensamma tillsammans med den avskedade arbetstagaren hemma hos vårdtagare, vilket inneburit att de trakasserade arbetstagarna varit särskilt utsatta, tar domstolen hänsyn till i *Vårdbiträdet*.⁹⁰

4.1.1.2 Förbrukat förtroende

Det finns ofta en koppling mellan uppträdandets art och dess påverkan på arbetsgivarens förtroende. I både *Städledaren* och *Verksamhetschefen*

⁸⁶ AD 2008 nr 91.

⁸⁷ AD 1996 nr 55, s. 440, 443-444.

⁸⁸ AD 2008 nr 91, s. 644-645.

⁸⁹ AD 2006 nr 54, s. 298; AD 2011 nr 66, s. 4.

⁹⁰ AD 2013 nr 12, s. 80.

innebar uppträdandet att arbetstagaren grovt åsidosatte sina förpliktelser genom grova sexuella trakasserier som rubbade arbetsgivarens förtroende.⁹¹

I fallet *Syokonsulenten*⁹² verkar det inte ha varit arbetsgivarens förbrukade förtroende, utan elevernas, som utgjorde det grova åsidosättandet av åliggandena. Domstolen konstaterade i fallet att arbetstagaren hade fällt yttranden i form av kränkande förslag med sexuellt innehåll och därigenom förlorat elevernas förtroende. Enligt domstolen var elevernas förtroende en nödvändighet för att kunna utföra arbetet som syokonsulent. Därför innebar förbrukandet av elevernas förtroende att arbetstagaren hade grovt åsidosatt sina åligganden gentemot arbetsgivaren.⁹³

4.1.2 Arbetsgivarens lojalitetsplikt

Arbetsgivarens lojalitetsplikt aktualiseras i flera fall genom att bedömningen kopplas till värderingen av misskötsamhetens karaktär. Domstolen ansåg i de flesta av fallen att arbetstagarens uppträdande var så allvarligt att inga alternativa åtgärder krävdes.⁹⁴ Arbetsgivarens skyldighet att utreda omständigheterna kring påstådda sexuella trakasserier och att vidta skäliga åtgärder för att trakasserier ska upphöra lyfts i *Skånemejerier*. Domstolen kopplade tydligt samman utredningsskyldigheten i jämställdhetslagen med lojalitetsplikten. I det aktuella fallet menade domstolen att de sexuella trakasserier varit av så allvarligt slag att arbetstagaren grovt hade åsidosatt sina åligganden.⁹⁵

Om en arbetsgivare passivt tillåtit ett beteende kan arbetstagaren inte bli avskedad innan arbetsgivaren klargjort att agerandet inte accepteras.⁹⁶ I fallet *Vårdbiträdet* klargjorde arbetsgivaren att uppträdandet kunde få konsekvenser för arbetstagaren genom att skriftligen varna honom.

⁹¹ AD 1999 nr 29, s. 206-207; AD 2011 nr 84, s. 807.

⁹² AD 1996 nr 85.

⁹³ AD 1996 nr 85, s. 709-710.

⁹⁴ AD 2006 nr 54, AD 1999 nr 29, AD 2011 nr 84.

⁹⁵ AD 2006 nr 54, s. 298.

⁹⁶ Iseskog (2011), s. 194-195.

Domstolen ansåg därför att arbetsgivaren hade fullgjort lojalitetsplikten.⁹⁷ Däremot framgår inte i fallet *Säljaren* att arbetsgivaren hade gjort något sådant klagande. Domstolen menade att den avskedade arbetstagaren hade gått längre än den jargong med sexuella anspelningar som hade använts som försäljningsteknik på arbetsplatsen. Arbetsgivaren hade inte markerat var gränsen gick. Däremot hade den trakasserade arbetstagaren sagt ifrån vid flera tillfällen.⁹⁸ Detta kan tolkas som att domstolen ansåg att arbetstagaren hade åsidosatt sina åligganden så grovt att den trakasserades tillsägelse räckte för att arbetsgivaren inte skulle behöva vidta andra åtgärder.

4.2 Sexuella trakasserier och uppsägning

Även i denna del kategoriseras rättsfallen utifrån de mönster jag identifierat som avgörande i arbetsdomstolens bedömning, nämligen proportionalitetsbedömningen och lojalitetsplikten.

4.2.1 Proportionalitetsbedömning

Proportionalitetsbedömningen består i stora drag av att arbetstagarens misskötsamhet vägs mot faktorer som anställningens längd och arbetsplatsens storlek. Denna avvägning ska mynna ut i en slutsats om arbetstagarens lämplighet.⁹⁹ Ett exempel på detta är *Regementschefen* där en uppsägning ansågs sakligt grundad trots arbetstagarens långa anställningstid. Anledningen till detta var att arbetstagaren hade en förtroendeställning och de sexuella trakasserier påverkade arbetsgivarens förtroende för arbetstagaren.¹⁰⁰ Ett annat exempel på att arbetstagarens förtroendeställning kan vara en försvårande omständighet är fallet *Dramatiska institutet*, där domstolen vägde in den beroendeställning som de sökande hade till handledaren. Hänsyn togs även till att arbetstagarens

⁹⁷ AD 2013 nr 12, s. 79-80.

⁹⁸ AD 2011 nr 66, s. 3-4. Se även AD 2011 nr 84.

⁹⁹ Se avsnitt 2.1.1.

¹⁰⁰ AD 2006 nr 73, s. 479-480.

olämpliga beteende ägde rum när skolan i princip var tom. Beaktandet av dessa omständigheter kan tolkas som att domstolen vägde in en maktobalans mellan den utsatta och arbetstagaren.¹⁰¹

Arbetsdomstolen verkar i vissa fall anta att arbetstagarens uppträdande innebär ett brott mot eller misslyckande att uppfylla en väsentlig förpliktelse i anställningen som hen borde ha känt till och att detta orsakat skada för arbetsgivaren.¹⁰² I dessa fall verkar domstolen lägga större vikt vid arbetsgivarens lojalitetsplikt.

4.2.2 Arbetsgivarens lojalitetsplikt

Lojalitetsplikten är mest framträdande i domstolens bedömning av saklig grund i de aktuella fallen. I samtliga fall fann domstolen att arbetstagaren i olika grad betett sig olämpligt, men i alla fall förutom ett ansågs uppsägning inte vara saklig grundad på grund av lojalitetsplikten. Detta berodde i *Dramatiska institutet* och *Högstadieläraren* på att alternativa åtgärder inte vidtagits innan uppsägning, trots att det kunde varit tillräckligt. Uppsägning hade alltså enligt arbetsdomstolen kunnat undvikas.¹⁰³ Vid bedömningen lyfte domstolen i *Dramatiska institutet* arbetsgivarens ansvar att utreda sexuella trakasserier, trots att detta infördes i jämställdhetslagen efter avgörandet.¹⁰⁴ Domstolen menade att det ska ställas höga krav på arbetsgivaren att motverka sexuella trakasserier och att arbetsgivaren är skyldig att utreda påstådda sexuella trakasserier.¹⁰⁵

I *Arbetsförmedlaren* var fokus att arbetstagaren enligt domstolen förändrat sitt beteende efter de åtgärder som arbetsgivaren hade vidtagit. Domstolen konstaterade att arbetsgivaren efter de sexuella trakasserierna haft samtal med arbetstagaren om detta. Eftersom domstolen inte fann visat att

¹⁰¹ AD 1996 nr 10, s. 73-74.

¹⁰² AD 1996 nr 55, s. 443; AD 2008 nr 91, s. 643-644.

¹⁰³ AD 1996 nr 10, s. 75; AD 1996 nr 55, s. 443-444.

¹⁰⁴ Prop. 1997/98:55, s. 141-142.

¹⁰⁵ AD 1996 nr 10, s. 75.

arbetstagaren därefter fortsatt med sitt beteende förelåg inte saklig grund för uppsägning.¹⁰⁶

Uppsägningen ansågs vara sakligt grundad i ett av fallen, nämligen *Regementschefen*. Domstolen ansåg att arbetstagaren var medveten om att hans agerande inte var accepterat, eftersom en liknande händelse skett året innan. Domstolen konstaterade att omplacering inte krävs när arbetstagaren genom sitt agerande grovt skadat arbetsgivarens förtroende, vilket skett i det aktuella fallet. Lojalitetsplikten uppfylldes alltså i fallet utan omplacering.¹⁰⁷

¹⁰⁶ AD 2008 nr 91, s. 643-646.

¹⁰⁷ AD 2006 nr 73, s. 479-480.

5 Analys

Min analys består av två delar. I den första delen kommer jag att diskutera problem med regleringen av sexuella trakasserier som grund för anställningsupphörande och tillämpningen av densamma. I den andra delen kommer jag att analysera mitt resultat med hjälp av MacKinnons teorier om sexuella trakasserier.

5.1 Sexuella trakasserier som grund för anställningsupphörande ur ett rättsdogmatiskt perspektiv

Sexuella trakasserier kan utgöra saklig grund för uppsägning eller grund för avsked, men arbetsdomstolen har konstaterat att definitionen av arbetstagarens uppträdande inte är avgörande vid bedömningen. Däremot kan diskrimineringslagens definition av sexuella trakasserier få betydelse vid domstolens överväganden.¹⁰⁸ Trots detta gör domstolen inte alltid en definition när begreppet används.¹⁰⁹ I vissa fall används begreppet inte alls av domstolen, utan bara av arbetsgivaren.¹¹⁰

I fall där sexuella trakasserier utgör avskedandegrund är fokus hur grovt uppträdandet är och hur grovt åsidosättande av åliggandena det innebär.¹¹¹ Det senare bedöms i många fall utifrån hur arbetsgivarens förtroende för arbetstagaren påverkats av de sexuella trakasserier.¹¹² Detta kan sägas ligga i linje med den generella avskedandeprövningen. En brist i vissa fall är att arbetsdomstolens värdering är otydlig, eftersom domstolen kort

¹⁰⁸ AD 1996 nr 10, s. 64.

¹⁰⁹ AD 1996 nr 55, AD 1999 nr 29, AD 2011 nr 84, AD 2013 nr 12.

¹¹⁰ AD 1996 nr 55, AD 1996 nr 85, AD 2008 nr 91.

¹¹¹ AD 1999 nr 29, AD 2006 nr 54, AD 2013 nr 12.

¹¹² Se exempelvis AD 1996 nr 85 och AD 2011 nr 84.

konstaterar att beteendet inte är tillräckligt allvarligt eller till och med menar att detta är uppenbart.¹¹³

Även det faktum att arbetsgivarens lojalitetsplikt varierar beroende på hur allvarligt domstolen bedömer att uppträdandet är ligger i linje med den generella avskedandeprövningen. Om domstolen bedömer att arbetstagarens uppträdande är så grovt att det innebär ett grovt åsidosättande av arbetstagarens åligganden krävs inte att arbetstagaren vidtar andra åtgärder. Arbetsgivarens ansvar att vidta skäliga åtgärder, som betonas i diskrimineringslagen och jämställdhetslagen, verkar inte påverka detta. Domstolen undgår i vissa fall att lyfta frågan huruvida arbetsgivaren tidigare passivt har accepterat beteendet. I dessa fall verkar det vara tillräckligt för arbetsgivaren att den utsatta har markerat mot den trakasserande arbetstagaren att uppträdandet är oönskat.¹¹⁴ Detta kan tolkas som en sammankoppling mellan kravet på insikt enligt diskrimineringslagen och arbetsgivarens lojalitetsplikt.

I de aktuella fallen som behandlar uppsägning verkar arbetsdomstolen inte lägga någon större tyngd vid proportionalitetsbedömningen, utan denna avvägning och bedömningen av lojalitetsplikten verkar flyta ihop. Om sexuella trakasserier eller ibland bara olämpligt uppträdande konstateras verkar domstolen anta att arbetstagaren misslyckats uppfylla en väsentlig förpliktelse och att skada föreligger. Faktorer som arbetstagarens förtroendeställning och anställningens längd förekommer i vissa fall vid proportionalitetsbedömningen.¹¹⁵

Även i uppsägningsfallen verkar det finnas ett samband mellan hur allvarligt domstolen ser på uppträdandet, oavsett om det bedöms som sexuella trakasserier eller bara är olämpligt, och arbetsgivarens lojalitetsplikt.¹¹⁶ Om arbetsgivaren tidigare passivt tillåtit beteendet och sedan inte markerar att

¹¹³ AD 1996 nr 55, AD 2008 nr 91.

¹¹⁴ AD 2006 nr 54, AD 2011 nr 66.

¹¹⁵ AD 1996 nr 10, s. 74; AD 2006 nr 73, s. 479.

¹¹⁶ AD 1996 nr 10, s. 73, 75; AD 1996 nr 55, s. 443-444.

uppträdandet inte accepteras föreligger inte saklig grund för uppsägning.¹¹⁷ Så länge uppträdandet inte innebär ett grovt åsidosättande av arbetstagarens åligganden måste arbetsgivaren vidta andra åtgärder för att komma tillrätta med problemen innan uppsägning är sakligt grundad.

En slutsats som kan dras är att domstolen får en utgångspunkt vid värderingen av misskötsamhetens karaktär i de fall där en bedömning av sexuella trakasserier görs utifrån diskrimineringslagens definition. Detta gäller oavsett om det är en proportionalitetsbedömning eller en bedömning av uppträdandet som grovt åsidosättande som ska göras. Domstolen utgår i dessa fall från rekvisiten ”sexuell natur” och ”kränkande”. Om uppträdandet uppfyller dessa rekvisit verkar det nå upp till en viss grad av grovhet.¹¹⁸ Detta innebär inte att saklig grund för uppsägning eller avskedandegrund föreligger, men ger domstolen en utgångspunkt i den fortsatta bedömningen av lojalitetsplikten. I uppsägningsfallen ger det domstolen en utgångspunkt i proportionalitetsbedömningen och i avskedandefallen kan det hjälpa domstolen att avgöra om uppträdandet är tillräckligt grovt för att utgöra grovt åsidosättande.

En individuell bedömning av saklig grund och avskedandegrund måste göras i varje fall. Att arbetsdomstolen skulle använda diskrimineringslagens definition av sexuella trakasserier innebär emellertid inte att sexuella trakasserier alltid utgör saklig grund för uppsägning eller avskedandegrund. Däremot skulle definitionen kunna vara en utgångspunkt i bedömningen i det enskilda fallet, på samma sätt som domstolen i några fall använder sig av synen på våld och hot om våld på arbetsplatsen i sin bedömning av grova sexuella trakasserier.¹¹⁹ Ur en rättssäkerhetssynpunkt skulle användandet av de rekvisit som gäller för sexuella trakasserier enligt diskrimineringslagen vara klagande för både arbetstagare och arbetsgivare, eftersom

¹¹⁷ Se exempelvis AD 1996 nr 10 och AD 2006 nr 73.

¹¹⁸ Jfr AD 1996 nr 10, AD 2006 nr 54, AD 2006 nr 73, AD 2011 nr 66.

¹¹⁹ Se exempelvis AD 1999 nr 29 och AD 2006 nr 54.

domstolens värdering av uppträdandet i många fall skulle bli tydligare.¹²⁰ Att använda definitionen av sexuella trakasserier innebär inte heller att det bara är uppträdande som uppfyller rekvisiten som kan utgöra saklig grund eller avskedandegrund. Vilken definition som används eller inte torde spela roll för bedömningen av saklig grund för uppsägning eller grund för avsked, eftersom utredningsansvaret i diskrimineringslagen kan påverka om arbetsgivaren kan anses ha fullgjort sin lojalitetsplikt. Som tidigare lyfts fram verkar den utsatta arbetstagarens tillsägelse till den trakasserande ha haft betydelse för arbetsgivarens lojalitetsplikt.¹²¹ Detta kan tolkas som ett samspel mellan diskrimineringslagens krav på insikt och arbetsgivarens lojalitetsplikt.

5.2 Sexuella trakasserier som grund för anställnings upphörande utifrån MacKinnons teorier

Enligt MacKinnon är det viktigt att sexuella trakasserier ses som en typ av könsdiskriminering, och inte enbart som ett uttryck för en individs sexualdrift, för att synliggöra att sexuella trakasserier är ett uttryck för ojämlikheten mellan könen.¹²²

Sexuella trakasserier är i den svenska regleringen en typ av diskriminering, men inte diskriminering hänförlig till kön.¹²³ Tidigare gjordes ingen skillnad mellan sexuella trakasserier och könsdiskriminering. Om lagstiftaren även efter uppdelningen ser sexuella trakasserier som maktutövning och något som måste betraktas ur ett könsmaktsperspektiv har inte klagats.¹²⁴ Om lagstiftaren genom uppdelningen ändrade sin förståelse av sexuella trakasserier till att handla om sexualitet har ett steg bort från MacKinnons

¹²⁰ Jfr AD 2006 nr 54 och AD 2011 nr 66 med exempelvis AD 1996 nr 55 och AD 2008 nr 91.

¹²¹ Se AD 2006 nr 54 och AD 2011 nr 66.

¹²² Se avsnitt 1.3.

¹²³ Se 1 kap 4 § 1-2 p DL.

¹²⁴ Prop. 1997/98:55, s. 112-113; Prop. 2004/05:147, s. 53-54.

synsätt tagits. För att kunna uppnå diskrimineringslagens ändamål¹²⁵ krävs enligt MacKinnons teorier att lagstiftaren återtar förståelsen av sexuella trakasserier som en typ av könsdiskriminering och därigenom synliggör att sexuella trakasserier är ett uttryck för ojämlikheten mellan kvinnor och män. Synliggörandet är enligt MacKinnon centralt för att kunna motverka denna ojämlikhet.¹²⁶

Det är svårt att avgöra om rättstillämparen delar MacKinnons syn på sexuella trakasserier, eftersom domstolen inte är konsekvent i definitionsanvändningen. När diskrimineringslagens definition används verkar domstolen ta hänsyn till maktstrukturer, även om domstolen inte uttrycker att maktutövandet är en del av ojämlikheten mellan könen. Exempel på detta är när arbetsdomstolen väger in omständigheter som att den trakasserande är äldre än den utsatta¹²⁷, att den trakasserande är i en förtroendeposition gentemot den utsatta¹²⁸ eller att trakasserierna har ägt rum vid tillfällen då de trakasserade har varit i en särskilt utsatt situation¹²⁹.

Oftast väljer domstolen att antingen inte använda någon definition av sexuella trakasserier eller att inte använda begreppet alls. Enligt MacKinnons synsätt finns en risk att detta medför att domstolen osynliggör att sexuella trakasserier är ett uttryck för underordningen av kvinnor. Enligt MacKinnons teorier kan arbetsdomstolens sällsynta användande av en definition av sexuella trakasserier innebära ett skydd och reproducerande av mäns maktutövning.¹³⁰ Detta är en risk som inte nödvändigtvis besannas i alla fall. I några domar menar domstolen att det är viktigt att ha ett strängt betraktelsesätt på sexuella trakasserier, liksom vid våld eller hot om våld på arbetsplatsen.¹³¹ Att domstolen jämför sexuella trakasserier vid våld eller hot om våld kan tolkas som att domstolen har förståelse för den

¹²⁵ 1 kap 1 § DL.

¹²⁶ Jfr MacKinnon (1979), s. 91-92, 215-216; MacKinnon (1991), s. 19-21.

¹²⁷ AD 2006 nr 54, s. 298; AD 2011 nr 66, s. 4.

¹²⁸ AD 1996 nr 10, s. 74; AD 2006 nr 73, s. 479.

¹²⁹ AD 1996 nr 10, s. 73; AD 2013 nr 12.

¹³⁰ Jfr MacKinnon (1991), s. 16-17, 20-21.

¹³¹ AD 1999 nr 29, s. 206; AD 2006 nr 54, s. 297-298.

maktutövning som sexuella trakasserier innebär, även om de inte fullt ut har samma utgångspunkt som MacKinnon.

Det är möjligt att tolka arbetsgivarens lojalitetsplikt och skyldighet att utreda och vidta skäliga åtgärder vid sexuella trakasserier som i överensstämmelse med MacKinnons syn på sexuella trakasserier som maktutövning.¹³² Vad som betraktas som skäliga åtgärder avgörs inte enbart av hur grovt arbetstagarens uppträdande bedöms, utan även av problemformuleringen. Om den enskilde arbetstagaren och dennes sexualitet betraktas som problemet blir den skäliga åtgärden enbart kopplad till den specifika arbetstagaren, oavsett om det innebär att arbetstagaren skiljs från sin anställning eller inte, även med hänsyn tagen till arbetsgivarens lojalitetsplikt och skyldighet att vidta åtgärder mot sexuella trakasserier. Om sexuella trakasserier däremot ses som maktutövning och ett strukturellt problem hänförligt till ojämlikheten mellan män och kvinnor, vilket MacKinnon gör, löser en arbetsgivare inte problemen genom att vidta åtgärder mot en enskild arbetstagare.¹³³ Istället borde arbetsgivaren genom andra åtgärder försöka ta ett helhetsgrepp och ta tag i strukturella problemen på arbetsplatsen innan en arbetstagare skiljs från sin anställning. Domstolen borde utifrån MacKinnons syn på sexuella trakasserier bli tydligare med bedömningen av vilka åtgärder hade varit skäliga, oavsett om den anser det skäligt att skilja arbetstagaren från anställningen eller inte. I vissa fall har de sexuella trakasserier varit av allvarlig karaktär eller föregåtts av tillsägelser.¹³⁴ Då är det möjligt att den skäliga åtgärden är att arbetstagaren skiljs från anställningen, men enligt MacKinnons synsätt torde detta inte vara en långsiktig lösning så länge de strukturella problemen kvarstår.¹³⁵

¹³² Jfr MacKinnon (1979), s. 84-86, 91-92, 215.

¹³³ Jfr MacKinnon (1979), s. 84-86.

¹³⁴ Se exempelvis AD 1996 nr 85, AD 1999 nr 20, AD 2006 nr 54, AD 2006 nr 73 och AD 2013 nr 12.

¹³⁵ Jfr MacKinnon (1991), s. 20-21.

6 Avslutande synpunkter

Mitt syfte i uppsatsen var att undersöka hur sexuella trakasserier som saklig grund och avskedandegrund regleras och hur denna reglering tillämpas. Jag har funnit att anställningsskyddslagens reglering av uppsägning och avsked även gäller dessa fall. Bedömningen i fall där arbetsgivaren åberopat sexuella trakasserier som grund speglar vad som stadgas i förarbetena till anställningsskyddslagen. Diskrimineringslagens definition av sexuella trakasserier är inte avgörande för bedömningen av saklig grund eller avskedandegrund, men kan få betydelse vid domstolens överväganden.

Att domstolen inte alltid använder sig av diskrimineringslagens definition som utgångspunkt är ett problem eftersom det försvårar för arbetsgivare och arbetstagare att bedöma vad som krävs av dem. Ibland fastslår domstolen att arbetstagarens agerande utgör sexuella trakasserier utan att ange en definition, medan den i andra fall inte använder begreppet alls trots att arbetsgivaren gör det. Om diskrimineringslagens definition av sexuella trakasserier använts hade domstolens värdering av uppträdandet i det enskilda fallet blivit tydligare. Att använda definitionen ger domstolen en utgångspunkt och skulle därför också kunna underlätta domstolens bedömning av saklig grund och avskedandegrund.

Enligt MacKinnon krävs att sexuella trakasserier betraktas som ett uttryck för ojämlikhet, istället för enbart ett uttryck för sexualitet, för att kunna förändra ojämlikheten mellan könen. Huruvida denna syn delas av lagstiftaren är oklart. Genom att åter definiera sexuella trakasserier som en typ av könsdiskriminering skulle lagstiftaren enligt MacKinnons synsätt synliggöra underordningen av kvinnor och därigenom möjliggöra förändring. För förändring krävs att definitionen används i praktiken, även i fall där sexuella trakasserier föranlett att arbetstagare skiljts från sin anställning. Om rättstillämparen använder en definition som ligger i linje med MacKinnons synsätt kan arbetsgivarens ansvar och kravet på skäligen

åtgärder i diskrimineringslagen förändras. Domstolen skulle kunna krävas bli tydligare med bedömningen av vilka åtgärder hade varit skäliga, oavsett om dessa är uppsägning, avsked eller andra åtgärder.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Prop. 1973:129 *Förslag till lag om anställningsskydd m.m.*

Prop. 1981/82:71 *Om ny anställningsskyddslag m.m.*

Prop. 1990/91:113 *Om en ny jämställdhetslag m.m.*

Prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*

Prop. 2004/05:147 *Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering*

Prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*

Litteratur

Andersson, Anderz, Edström, Örjan & Zanderin, Lars, *Arbetsrätt*, 6., rev. uppl., Liber, Malmö, 2013.

Calleman, Catharina, ”Arbetsdomstolen och sexismen”, *Svensk juristtidning.*, 85(2000):8, s. 685-694, 2000.

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 3., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Iseskog, Tommy, *Uppsägning av personliga skäl*, 8., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*, 3., [rev.] uppl., Iustus, Uppsala, 2013.

Lindholm, Annika, *Sexuella trakasserier i EG-rätt och svensk rätt – en feministisk analys*, Juridiska Fakulteten vid Lunds Universitet, 2008.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd: en lagkommentar*, 10., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

MacKinnon, Catharine A., "Plädering för en feministisk rättsteori", *Kvinnovetenskaplig tidskrift.*, 12(1991):1, s. 16-26, 1991.

MacKinnon, Catharine A., *Sexual harassment of working women: a case of sex discrimination*, Yale univ. P., New Haven, 1979.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007.

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1996 nr 10

AD 1996 nr 55

AD 1996 nr 82

AD 1996 nr 85

AD 1999 nr 29

AD 2006 nr 54

AD 2006 nr 73

AD 2008 nr 91

AD 2011 nr 66, hämtat från Karnov 2015-05-24.

AD 2011 nr 84

AD 2013 nr 12

Dramatiska institutet

Högstadieläraren

Syokonsulenten

Städledaren

Skånemejerier

Regementschefen

Arbetsförmedlaren

Säljaren

Verksamhetschefen

Vårdbiträdet