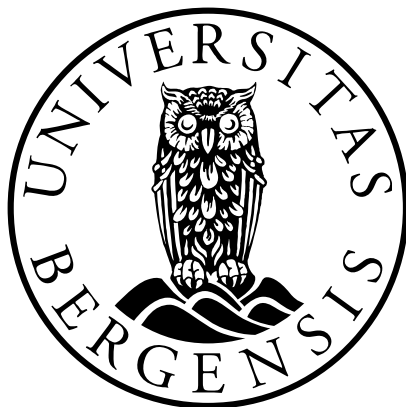


Forholdet mellom styringsretten og det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1.

I hvilken grad slår det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling igjennom overfor arbeidsgivers ulovfestede styringsrett?

Kandidatnummer: 80

Antall ord: 14996



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	4
1.1 Tema for oppgaven.....	4
1.2 Aktualitet.....	5
1.3 Metode.....	6
1.4 Videre fremstilling og avgrensning.....	7
1.5 Begrepsavklaring.....	7
1.5.1 Styringsretten	7
1.5.2 Forbudet mot gjengjeldelse	8
1.5.3 Arbeidsgivers omsorgsplikt.....	8
1.5.4 Varsling og varsler	8
1.6 Hensyn.....	10
1.6.1 Hensyn bak den ulovfestede styringsretten	10
1.6.2 Hensyn bak forbudet mot gjengjeldelse	10
1.7 Historikk.....	10
2 Arbeidsgivers styringsrett	12
2.1 Styringsretten som beslutningskompetanse	12
2.2 Styringsrettens grenser	12
2.3 Styringsretten som en ”restkompetanse”	13
3 Arbeidsmiljølovens regler om varsling	15
3.1 Et samspillende regelverk	15
3.2 Arbeidstakers rett til å varsle jf. aml. § 2 A-1	15
3.3 Forbudet mot gjengjeldelse jf. aml. § 2 A-2	16
4 Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern.....	18
4.1 Varslingssituasjonen som en begrensning av styringsretten	18
4.1.1 “E-postkjennelsen” som eksempel	18
4.2 Arbeidsgivers preventive plikt til å forbygge krenkelser	20
4.2.1 Begrunnelsen for arbeidsgivers preventive plikt jf. aml. § 2 A-3	20
4.2.2 Virksomheter med under fem ansatte.....	21
4.2.3 Virksomheter med “minst fem arbeidstakere”	22
4.2.4 Rutinen må utarbeides i samarbeid med arbeidstaker og tillitsvalgt.....	23

4.2.5	Lovpålagte minimumskrav	23
4.2.6	Implementering av varslingsrutinen	24
4.3	Varslingsmottak	26
4.3.1	Et kritisk punkt for å hindre konflikteskalering	26
4.3.2	Mottak av varselet	27
4.3.3	Behandling av varsleren	27
4.4	Risikovurdering av arbeidstakers situasjon etter å ha varslet	28
4.4.1	Risikovurdering som praktisering av varslervernet	28
4.4.2	Betydningen av empirisk forskning	29
4.4.3	Hvordan påvirker risikovurderingen arbeidsgivers styringsrett?	30
4.5	Arbeidsgivers saksbehandling av mottatt varsel	33
4.5.1	Alminnelige rettslige krav til saksbehandling	33
4.5.2	Habilitet	33
4.5.3	Kontradiksjon	34
4.5.4	Konfidensialitet	34
4.5.5	Undersøkelse av faktum og konklusjon	35
4.5.6	Tilbakemelding til varsler	35
4.5.7	“Fengselsinspektør-dommen” som illustrasjon	35
4.5.8	Forholdet mellom kravet til forsvarlig saksbehandling og styringsretten	36
4.6	Hvor langt kan utøvelse av arbeidsgivers styringsrett bli en ulovlig gjengjeldelse? ..	36
4.6.1	Forbudet mot ulovlig gjengjeldelse	36
4.6.2	Gjengjeldeshandlinger: Krav til saklig grunnlag	38
4.6.3	Betydningen av rettens metodiske tilnærming	40
4.6.4	Delt bevisbyrde jf. aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum	42
4.6.5	Den delte bevisbyrden i praksis	44
4.6.6	Utelukker legitim utøvelse av styringsretten ansvar etter aml. § 2 A-2?	46
4.6.7	Trakassering og mobbing fra kolleger	48
4.7	Særlig om betydningen av interne varslingsrutiner ved bevisvurderingen	49
5	Avslutning	52
5.1	Begrepet “restkompetanse” ved varslings	52
6	Kildeliste	54
6.1	Lover	54
6.2	Forskrifter	54

6.3	Forarbeider	54
6.3.1	Norge	54
6.3.2	Sverige	55
6.4	Dommer	55
6.4.1	Høyesterettsdommer	55
6.4.2	Lagmannsrettsdommer	55
6.4.3	Tingrettsdommer	56
6.5	Veiledninger, rapporter, mandat mv.	56
6.6	Litteratur	56
6.7	Andre kilder fra internett	58

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for denne masteroppgaven er forholdet mellom arbeidsgivers ulovfestede styringsrett og det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling jf. arbeidsmiljøloven §§ 2 A-2 jf. 2 A-1 (heretter aml).¹

Arbeidsgivers styringsrett er en grunnleggende, ulovfestet rett som legitimerer en rekke beslutninger som påvirker arbeidstakers arbeidssituasjon. Når arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten hvor vedkommende er ansatt, har lovgiver gitt arbeidstaker et særskilt rettsvern i henhold til aml. § 2 A-2. Vernet kommer *i tillegg* til det rettsvernet enhver borger, også en arbeidstaker, har ved bruk av sin alminnelige ytringsfrihet etter Grunnloven § 100.²

Det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling, skal realisere en effektiv varslingsrett fordi ytringer om kritikkverdige forhold har en særlig samfunnsmessig betydning. Når arbeidsgiver har rettslig plikt til å sikre dette særskilte vernet, vil det imidlertid kunne støte mot den styringsretten arbeidsgiver for øvrig har.

I en granskningsrapport utarbeidet av advokatfirmaet Wiersholm i kjølevannet av den såkalte ”Monika-saken”, kommer forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidsmiljølovens gjengjeldelsesforbud til uttrykk ved følgende uttalelse:

*”Rettsystematisk representerer gjengjeldelsesforbudet en begrensning i arbeidsgivers utøvelse av styringsretten. Gjengjeldelsehandlinger vil i prinsippet være et resultat av utøvelse av styringsrett eller unnlatt bruk av styringsrett.”*³

I forarbeidene fremgår det også at ”gjengjeldelsesforbudet vil sette krav til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten”.⁴ Formuleringen er ikke nærmere utdypet og problemstillingen som aktualiseres, er: I hvilken grad slår det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling igjennom overfor arbeidsgivers ulovfestede styringsrett?

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Lov 17. mai 1814 om Kongerikets Noregs grunnlov.

³ Wiersholm I, ”Monika-saken”: *Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling*, 2015 s. 93.

⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

1.2 Aktualitet

Aktualiteten av varslings temaet kan illustreres ved blant annet ”Monika-saken” og de privatrettslige sakene som er kjent som ”Yara-saken” og ”Telenor/Vimpelcom-saken”, hvor varslings var sentralt for at kritikkverdige forholdet ble avdekket.⁵ At arbeidstakere påtar seg den personlige risikoen ved å bringe frem informasjon som vanskelig blir avdekket på annet vis, er ofte avgjørende for at kritikkverdige forhold blir avdekket i samfunnets interesse. Det har også nylig fremkommet at det var varslet en rekke ganger internt i politiet i ”Jensen-saken”, men at disse varslene hevdes å aldri ha nådd frem til ledelsen.⁶

I en nyere undersøkelse gjennomført av Fafo, fremgår det at frykt for negative sanksjoner er en viktig grunn til at arbeidstakere avstår fra å varsle.⁷ En av fire svarte i 2016 at de fikk negative reaksjoner etter å ha varslet, noe som er en betydelig høyere andel enn det som er påvist i tidligere undersøkelser.⁸ Et formelt rettsvern har liten verdi, dersom arbeidstaker fortsatt føler seg forhindret fra å varsle av frykt for represalier. For at varslervernet skal være reelt, må derfor arbeidstaker være beskyttet mot *enhver* form for ulovlig gjengjeldelse.

Aktualiteten av temaet kan videre illustreres ved at det trådte i kraft en rekke lovendringer i arbeidsmiljølovens regulering av varslings den 1. juli 2017. Endringene var ment å styrke rettsvernet til varslere. Det ble dessuten høsten 2016 oppnevnt et ekspertutvalg som skal gjennomgå norsk retts regulering av varslings.⁹

Rettskildesituasjonen når det gjelder forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og det særskilte varslervernet er mangelfullt, og behovet for en nærmere analyse av temaet er stort. Analysen antas også å kunne gi et bidrag til den rettspolitiske debatten, spesielt med tanke på at varslingsutvalget ikke avslutter sitt arbeid før i mars 2018.

⁵ Se nærmere om sakene på <https://www.nrk.no/nyheter/monika-saken-1.11998658>, <https://www.nrk.no/nyheter/yara-korrupsjon-1.11306890> og <http://e24.no/naeringsliv/vimpelcom/dette-er-vimpelcom-skandalen/23552186> (Sist lest 10. desember 2017).

⁶ <https://www.nrk.no/norge/varslene-politiet-fikk-om-eirik-jensen-1.13696036> (Sist lest 10. desember 2017).

⁷ Sissel C. Trygstad, *Kunnskapsstatus om varslings og varslingsprosesser*, Fafo-notat 2017:03 s. 41.

⁸ *Ibid.* s. 51.

⁹ <https://www.regjeringen.no/contentassets/89fd876e89414511b67bda8914521f46/mandat-varslertutvalget---vedlegg-til-kongelig-resolusjon.pdf> (Sist lest 10. desember 2017).

1.3 Metode

Rettskildematerialet som vedrører forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling etter aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1, er begrenset. Dette gjør analysen metodisk utfordrende.

Varslingsreglene har per i dag ikke vært prøvd for Høyesterett, til tross for at flere rettsavgjørelser har blitt anket videre for rettsavklaring. Situasjonen gjør at forarbeidene får høy rettskildemessig verdi. Lovforarbeidene klargjør lovgivers mening om hvordan varslingsreguleringen og forbudet mot gjengjeldelse skal forstås. Lovgiver er imidlertid sparsom med å angi hvilke konkrete krav som stilles til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten i en varslingssituasjon.

Det foreligger et begrenset utvalg underrettsavgjørelser der arbeidsgivers bruk av styringsretten har blitt påberopt som ulovlig gjengjeldelse. Underrettspraksis har ikke like høy rettskildemessig vekt som Høyesterettsavgjørelser, men den vil kunne få økt innflytelse der den er behandlet i juridisk litteratur eller der rettsavgjørelsen ikke er anket til Høyesterett.¹⁰ Underrettspraksis vil i hovedsak bli brukt som *illustrasjon* på hvordan varslervernet blir forstått i praksis. Enkelte steder vil det kun være mulig å vise til rettens *argumentasjonslinjer*, som eksempler og argumenter for ulike spørsmål oppgaven reiser. Grunnet den begrensede rettskildesituasjonen, vil Høyesterettspraksis som behandler beslektede tilfeller kunne brukes som illustrasjon, samt ha overføringsverdi der dette er naturlig.

Av juridisk teori foreligger det blant annet en inngående granskningsrapport i tilknytning til ”Monika-saken”, utført av advokatfirmaet Wiersholm (heretter Wiersholm I). Rapporten anses som en ”rettsoppfatning” og har samme vekt som juridisk litteratur.¹¹ Det eksisterer også noe nyere juridisk litteratur som behandler reglene om varsling.¹²

Varsling er et interdisiplinært og komplekst fenomen, og det vil derfor være relevant å benytte perspektiver fra andre fagområder enn rettsvitenskapen i analysen. En dypere forståelse for organisasjonspsykologiske prosesser ved varsling, kan gi verdifull innsikt i hvordan arbeidsgiver og arbeidstaker opptrer i forhold til hverandre i forbindelse med varsling. Det

¹⁰ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, 2001 s. 162.

¹¹ *Ibid.* s. 23, 270.

¹² Se f.eks. Birthe Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1): Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen, juridisk fakultet, 2016.

kan også bidra til en bedre forståelse av hvordan arbeidstakers særskilte varslervern kan påvirke utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett i de ulike fasene av varslingsprosessen.

1.4 Videre fremstilling og avgrensning

Fokuset i denne oppgaven er å undersøke hvordan arbeidstakers særskilte varslervern i aml. § 2 A-2 kommer inn på *ethvert trinn* i en varslingsprosess, og hvordan dette påvirker arbeidsgivers styringsrett.

I det følgende vil det innledningsvis gis en kort begrepsavklaring, dernest en oversikt over hensyn og historikk.

I kapittel 2 er temaet arbeidsgivers styringsrett. Det er grunnleggende å ha kunnskap om hva styringsretten innebærer for å kunne analysere hvordan den påvirkes for å realisere varslervernet.

I kapittel 3 vil det redegjøres for arbeidsmiljølovens regler om varsling og hvordan varslingsreglene samspiller. Dette blir gjort for å plassere varslervernet i sin rettslige kontekst.

I kapittel 4 vil forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1 analyseres. Her vil de to regelsettene drøftes opp mot hverandre i forhold til de ulike trinnene i en varslingsprosess.

Avslutningsvis vil det i kapittel 5 foretas en rettspolitisk vurdering av den terminologiske tilnærmingen til styringsretten som en ”restkompetanse” i varslingssituasjonen. Vurderingen vil også fungere som et svar på oppgavens problemstilling, for å unngå dobbeltbehandling av tema.

1.5 Begrepsavklaring

1.5.1 Styringsretten

Styringsretten er ulovfestet og har tradisjonelt blitt definert som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.¹³ Arbeidsgiver kan i kraft av styringsretten

¹³ Se bl.a. den tradisjonelle tilnærmingen til Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, 1967 s. 149 og Rt.2000.1602 s.1610. Uttalelsen ble fulgt opp i Rt.2001.418 s. 428.

ensidig foreta beslutninger som påvirker ansattes arbeidssituasjon i større eller mindre grad.¹⁴ Styringsretten behandles nærmere i kapittel 2 nedenfor.

1.5.2 Forbudet mot gjengjeldelse

Det fremgår av aml. § 2 A-2 at “gjengjeldelse” er forbudt overfor den arbeidstaker som har varslet i henhold til aml. § 2 A-1. Med gjengjeldelse menes ”enhver ugunstig behandling” som er en reaksjon på at arbeidstaker har varslet.¹⁵ En slik ugunstig behandling kan for eksempel innebære oppsigelse, omplassering eller trakassering. Gjengjeldelsesforbudet er nærmere behandlet i kapittel 4.

1.5.3 Arbeidsgivers omsorgsplikt

Arbeidsgivers omsorgsplikt er et alminnelig arbeidsrettslig prinsipp. Omsorgplikten kan sees som et utslag av at arbeidsgiver som den sterkeste kontraktspart, har et særlig ansvar overfor den svakere arbeidstaker.¹⁶ Omsorgplikten innebærer at arbeidsgiver må ta hensyn til den ansattes behov utover de alminnelige arbeidsrettslige forpliktelsene, som for eksempel utbetaling av lønn.¹⁷ Arbeidsgivers omsorgsplikt vil være særlig aktuell i en varslingsituasjon, da arbeidstaker kan befinne seg i en *særlig sårbar situasjon*.¹⁸ Deler av arbeidsgivers omsorgsplikt er lovfestet i arbeidsmiljøloven, hvor arbeidstakers vern mot psykiske belastninger på arbeidsplassen jf. aml. § 4-3 vil være spesielt relevant i en varslingsituasjon.

1.5.4 Varsling og varsler

I henhold til aml. § 2 A-2 (1) første punktum fremgår det at den arbeidstaker som ”varsler i samsvar med § 2 A-1” har vern mot gjengjeldelse. Man kan dermed indirekte lese ut av bestemmelsens ordlyd at en ”varsler” er den arbeidstaker som oppfyller lovens vilkår i aml. § 2 A-1. Det vil si at den arbeidstaker som varsler om ”kritikkverdige forhold” på en ”forsvarlig” måte har varslerstatus, og dermed et særskilt vern mot gjengjeldelse.

¹⁴ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., 2017 s. 96.

¹⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

¹⁶ Skjønberg (2017) s. 59.

¹⁷ Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett del 2: Kapittel 34-54*, 2009 s. 814.

¹⁸ Wiersholm I s. 81.

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet ”varsling”. Det kan imidlertid utledes en juridisk definisjon av lovens sammenheng, da aml. § 2 A-1 gir uttrykk for den *situasjonen* hvor en arbeidstaker får kunnskap om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten.¹⁹ Denne situasjonene utløser en rett til å varsle om forholdet.

Forskning viser at det å varsle ofte er *en prosess*, og ikke bare en enkelt situasjon.²⁰ I forarbeidene til den svenske lovgivingen om varsling (”visselblåsning”) illustreres forløpet i *varslingsprosessen*, som samsvarer godt med den empiriske forskningen om temaet.²¹ Varslingsprosessen blir beskrevet i fire steg, hvor første steg er at arbeidstaker observerer forholdet vedkommende anser som kritikkverdig. I det andre steget bestemmer arbeidstakeren seg for å varsle om forholdet, tie om forholdet eller avslutte sitt arbeidsforhold. Dersom arbeidstaker velger å varsle, vil det i steg tre være opp til virksomheten å avgjøre om forholdet skal følges opp eller ikke. I steg fire avgjør virksomheten hvordan arbeidstakeren som har varslet skal behandles, herunder om arbeidstaker skal oppmuntres og belønnes for sitt varsel eller om vedkommende skal straffes for å ha skadet virksomheten. Prosessen vil kunne gjentas der arbeidstaker ikke når frem med sitt varsel.²²

Arbeidstaker har videre tre ulike ”nivå” å varsle til. Det kan varsles internt i egen virksomhet, til offentlig myndighet og til offentligheten som media o.a.²³ Det vil som regel være en årsak til at prosessen eskalerer til et høyere varslingsnivå. Både internasjonal og nasjonal forskning viser at den største majoriteten av arbeidstakere varsler flere ganger internt, før det varsles utenfor egen virksomhet.²⁴ Dersom arbeidsgiver ikke viser evne eller vilje til å behandle og ivareta varselet/varsleren, vil sannsynligheten kunne øke for at det blir varslet til høyere nivå og at konflikten eskalerer.²⁵ En eventuell konflikteskalering vil dermed kunne avhenge av partenes opptreden overfor hverandre.

En forståelse av varsling som en prosess får frem det *dynamiske elementet* ved varsling: at varsling kan omfatte en rekke ytringer til flere mottakere over tid. I et slikt perspektiv kan utøvelse av styringsretten og ivaretagelse av varslervernet bli spesielt krevende.

¹⁹ Eriksen (2016) s. 32.

²⁰ Se f.eks. Birthe Eriksen, ”Varslingsprosessen: En kamp om definisjonsmakten”, *Tidsskrift for human- og samfunnsvitenskap*, 2017 s. 108-119 og Trygstad (2017) s. 36, 47.

²¹ SOU 2014:31 s. 52-53.

²² *Ibid.* og Trygstad (2017) s. 36-37.

²³ Trygstad (2017) s. 36-37.

²⁴ *Ibid.* s. 40.

²⁵ *Ibid.* s. 36 og Eriksen (2016) s. 316.

1.6 Hensyn

1.6.1 Hensyn bak den ulovfestede styringsretten

Hensynene bak arbeidsgivers ulovfestede styringsrett er forankret i partenes ulike maktposisjoner i arbeidsforholdet.²⁶ Arbeidstakers tjenesteutøvelse er knyttet til hans eller hennes personlige arbeidskraft, noe som gir arbeidsgiver beslutningskompetanse overfor arbeidskraften. Et annet hensyn er arbeidsforholdets dynamiske særpreg og at arbeidskontrakten er ufullstendig.²⁷ At arbeidskontrakten er ufullstendig innebærer at den ofte er tidsbestemt og mangler en uttømmende oversikt over arbeidstakers arbeidsplikt. Arbeidsgiver kan da i kraft av styringsretten tilpasse arbeidsplikten i takt med den teknologiske utviklingen og endrede markedsforhold.²⁸ Styringsretten kompenserer dermed for arbeidskontraktens mangelfulle reguleringen av arbeidspliktens innhold.

1.6.2 Hensyn bak forbudet mot gjengjeldelse

Hovedformålet bak varslingsreglene er at varsling skal være både lovlig og ønskelig.²⁹ Det er i samfunnets interesse at kritikkverdige forhold som korrupsjon, lovbrudd og skadelige aktiviteter avdekkes og opphører.³⁰ Arbeidstakere har i kraft av sitt ansettelsesforhold en særlig innsikt i virksomhetsrelaterte forhold, og denne informasjonen blir sjeldent avdekket uten at vedkommende ytrer seg om forholdet. En arbeidstaker som er redd for å bli utsatt for gjengjeldelse, vil kunne være tilbøyelig til å la være å varsle. Hensynet bak gjengjeldelsesforbudet er derfor å beskytte den arbeidstaker som velger å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, på eget initiativ.³¹ Det er dermed ytringens presumptive informasjonsverdi i *samfunnets interesse* som begrunner arbeidstakers særskilte vern mot gjengjeldelse.

1.7 Historikk

Det rettslige alminnelige utgangspunktet for ytringsfriheten, følger av Grunnloven § 100 hvor

²⁶ Skjønberg (2017) s. 97, Stein Evju, *Arbeidsrett: Utvalgte artikler 2001-2010*, 2010a s. 35-36.

²⁷ Evju (2010a) s. 31.

²⁸ Jan Fougner, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utg., 2016 s. 148-149.

²⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7.

³⁰ *Ibid.* 33, 37.

³¹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 11.

arbeidstaker har en fri rett til å ytre seg om faglige og politiske forhold. Det kreves særskilt grunnlag for å begrense ytringsfriheten, hvor lojalitetsplikten arbeidstaker har overfor arbeidsgiver kan være et slikt grunnlag.³² Ytringer som har vern av Grunnloven § 100 er også beskyttet mot gjengjeldelser.

Arbeidstaker fikk et særlig vern ved varsling den 1. januar 2007, da varslingsreglene trådte i kraft.³³ Nyvinningen i loven var blant annet innføring av et *særskilt vern* mot ”gjengjeldelse”, ved innføring av en delt bevisbyrde og objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap. Det fremgår av forarbeidene at innføringen av gjengjeldelsesforbudet var en ”videreføring av gjeldende regler”.³⁴ I realiteten rekker arbeidstakers varslervern nå lenger enn etter Grunnloven § 100, ved at arbeidsgiver har del av bevisbyrden. Arbeidstaker har nå også beskyttelse mot inngrep fra privat virksomhet, i tillegg til offentlig myndighetsutøvelse. Nyvinningen innebærer dermed en styrket ytringsfrihet for arbeidstaker i en bestemt ytringssituasjon.³⁵

Den 1. juli 2017 trådte det i kraft flere endringer vedrørende varslingsbestemmelsene som hadde som formål å styrke varslervernet.³⁶ Bestemmelsene ble blant annet samlet og systematisert i et eget kapittel 2 A. Formålet var å tydeliggjøre sammenhengen mellom de materielle varslingsbestemmelsene, og den proaktive plikten til å opprette interne varslingsrutiner.³⁷ Varslervernet ble også utvidet til å omfatte innleide arbeidstakere, og arbeidsgiver ble pålagt en ubetinget plikt å opprette interne varslingsrutiner der virksomheten sysselsetter minst fem ansatte.

Per i dag pågår det en evaluering av varslingsbestemmelsene av et nedsatt ekspertutvalg. Mandatet innebærer blant annet at det skal vurderes om arbeidstaker har tilstrekkelig vern ved varsling.³⁸ Utvalget skal vurdere og komme med forslag til lovendringer, dersom de ser at dette kan styrke arbeidstakers varslervern. Varslingsutvalget skal levere sin NOU i mars 2018.

Den historiske utviklingen kan illustrere at det stadig er mer fokus på samfunnsinteressene knyttet til varsling, og betydningen disse har for debatten om å styrke lovens varslervern.

³² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 15.

³³ Lov 1. desember 2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven.

³⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 56.

³⁵ Eriksen (2016) s. 49.

³⁶ Lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven.

³⁷ Prop. 72 L (2016-2017) s. 15-16.

³⁸ Se mandatet på <https://www.regjeringen.no/contentassets/89fd876e89414511b67bda8914521f46/mandat-varslerutvalget---vedlegg-til-kongelig-resolusjon.pdf> (Sist lest 10. desember 2017).

2 Arbeidsgivers styringsrett

2.1 Styringsretten som beslutningskompetanse

Før det vil være aktuelt å analysere forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern, må det presenteres hva som ligger i begrepet styringsrett.

Utgangspunktet for styringsretten, som beskrevet i punkt 1.5.1, er arbeidsgivers ensidige adgang til å ta beslutninger som kan påvirke ansettelsesforholdet.³⁹ Arbeidsgivers styringsrett har ikke et entydig innhold og rekkevidden må vurderes konkret for hver enkelt situasjon. Rekkevidden av arbeidsgivers beslutningskompetanse kan dermed variere mellom ulike bransjer, nivåer, relasjoner og det individuelle arbeidsforholdet.⁴⁰

I teorien skilles det mellom styringsrettsbeslutninger som vedrører virksomhetsledelse og arbeidsledelse.⁴¹ Virksomhetsledelse omfatter den overordnede organisering av virksomheten hvor det tas beslutninger om blant annet salg av virksomheten, organisasjonsendringer og hva som skal produseres.⁴² De materielle begrensningene er få, og angår i hovedsak saksbehandlingen og ikke beslutningens innhold. Arbeidsgiver har dermed en vidtrekkende beslutningskompetanse ved slike avgjørelser, til tross for at beslutningen indirekte kan få svært omfattende konsekvenser for arbeidstaker. Styringsrettsbeslutninger som vedrører arbeidsledelse relaterer seg til den daglig driften av virksomheten, og omfatter eksempelvis pålegging av overtid og ulike kontrolltiltak ovenfor arbeidstaker.⁴³ Her foreligger det omfattende materielle begrensninger som setter rammer for styringsretten.

2.2 Styringsrettens grenser

Styringsretten har gjennomgått omfattende begrensninger gjennom historiens løp. Under den førindustrialiserte periode var arbeidsgivers styringsrett uomtvistet, og arbeidsgivere hadde stor frihet til å ensidig foreta bindende avgjørelser med virkning for arbeidstaker.⁴⁴ Arbeidsgivers styringsrett må i dag utøves innenfor de grenser som følger av lov, tariffavtale

³⁹ Skjønberg (217) s. 96.

⁴⁰ Eriksen (2016) s. 239.

⁴¹ Fougner (2016) s. 163.

⁴² Skjønberg (2017) s. 110 og Fougner (2016) s. 158.

⁴³ Fougner (2016) s. 160-163.

⁴⁴ *Ibid.* s. 33 og 143.

og den individuelle arbeidskontrakt.⁴⁵ Arbeidsgivers beslutninger må i tillegg ha et saklig grunnlag.⁴⁶

Utviklingen har gått i retning av en stadig mer omfattende vernelovgivning, illustrert ved blant annet arbeidsmiljøloven, ferieloven, personvernloven og folketrygdloven.⁴⁷ Arbeidsgivers styringsrett har i takt med rettsutviklingen blitt betydelig beskåret til fordel for den vernede arbeidstaker.⁴⁸

Arbeidstakers særskilte vern ved varsling jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1 illustrerer hvordan arbeidsgivers styringsrett blir begrenset av lovgivning. Arbeidsgiver kan for eksempel ikke si opp en ansatt som reaksjon på at det har blitt varslet om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten.⁴⁹ En slik beslutning regnes som en ulovlig gjengjeldelse etter aml. § 2 A-2.

2.3 Styringsretten som en ”restkompetanse”

Evju har gitt uttrykk for at styringsretten er ”inngjerdet av begrensninger”, og at den derav må omtales som en ”restkompetanse”.⁵⁰ Standpunktet begrunnes med følgende uttalelse:

*”Arbeidsgivers ”styringsrett” er ikke et fruktbart utgangspunkt for tanken når konkrete rettsspørsmål skal løses – nettopp fordi styringsretten ikke er et selvstendig, uavhengig rettsgrunnlag, men en ”restkompetanse” innenfor rammen av det som følger av lovgivning og avtale. Derfor er det dette siste som må tas som utgangspunkter, og undersøkes først ... ”*⁵¹

Evju hevder dermed at man ved den analytiske tilnærmingen til styringsretten må starte med å kartlegge de rettslige begrensningene, for å se hvilket handlingsrom man har igjen.⁵²

Tilnærmingsmåten har møtt kritikk av blant annet Fougner. Fougner hevder at tilnærmingsmåten til Evju er egnet til å villedde rettsanvenderen til å tro at ingenting kan

⁴⁵ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg., 2006 s. 49.

⁴⁶ Se bl.a. Rt.2001.418 s. 428.

⁴⁷ Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie, lov 14. april. 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger, lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd. Se f.eks. arbeidsgivers plikt til å betale sykepenger jf. ftrl. § 8-19.

⁴⁸ Fougner (2016) s. 54.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁵⁰ Evju (2010a) s. 41-42.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Stein Evju, ”Styringsrett og restkompetanse”, *Arbeidsrett*, 2010b s. 49-65 (s. 56).

sluttes av selve styringsretten.⁵³ Det argumenteres med at arbeidsgivers beslutningskompetanse vil være mindre der man tar utgangspunkt i begrensningene, enn der man motsetningsvis tar utgangspunkt i at arbeidsgiver har styringsrett.⁵⁴ Synspunktet støttes av Thorkildsen og Drevland, som fremholder at begrepet ”restkompetanse” er mer ”villedende enn veiledende” og at ”ordet kan ha makt over tanken”.⁵⁵ Med dette mener de, i likhet med Fougner, at begrepet ”restkompetanse” kan implisere rekkevidden av arbeidsgivers beslutningskompetanse.

Det må presiseres at uenigheten kun omhandler den analytiske tilnæringsmåten til styringsrettens innhold, og ikke det faktum at styringsretten er begrenset.

⁵³ Fougner (2016) s. 155, 157.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Tarjei Thorkildsen og Tonje H. Drevland, ”Arbeidsgivers styringsrett - en «restkompetanse»”, *Arbeidsrett*, 2010 s. 30-48 (s. 47-48).

3 Arbeidsmiljølovens regler om varsling

3.1 Et samspillende regelverk

For å plassere arbeidstakers særskilte varslervern i sin rettslige kontekst, vil det i det følgende gis en kort oversikt over arbeidsmiljølovens regulering av varsling.

Arbeidsmiljølovens regulering av varsling består i hovedsak av tre bestemmelser som er ment å samvirke og som må sees i lys av hverandre.⁵⁶ Hovedregelen er at arbeidstaker har rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten, såfremt dette blir gjort på en ”forsvarlig” måte jf. aml. § 2 A-1. Samspillet mellom reglene kan illustreres ved at arbeidstaker er vernet mot ”gjengjeldelse” jf. aml. § 2 A-2 (1) første punktum, der vedkommende har varslet i henhold til aml. § 2 A-1. Videre illustreres sammenhengen ved at arbeidsgiver pålegges en *ex ante* plikt til å opprette interne varslingsrutine etter aml. § 2 A-3. Hensikten med denne plikten er å realisere varslerretten og arbeidstakers beskyttelsesbehov.

Videre vil det gis en kort oversikt over arbeidstakers rett til å varsle. Arbeidstakers særskilte varslervern vil vake igjennom hele kapittel 4 og spesielt punk 4.6, men vil presenteres kort for oversiktens skyld. Plikten til å opprette interne varslingsrutiner behandles utførlig i punkt 4.2 til 4.3 og vil ikke behandles nærmere i dette kapittelet.

3.2 Arbeidstakers rett til å varsle jf. aml. § 2 A-1

Utgangspunktet er at arbeidstaker har en rett til varsle om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten der vedkommende er ansatt jf. aml. § 2 A-1 (1) første punktum. Ordlyden i ”kritikkverdige forhold” viser til en rettslig standard hvor innhold endrer seg i takt med samfunnsutviklingen. Lovgiver har fremholdt at arbeidstaker bør ha ytringsfrihet selv om det kan komme i konflikt eller skade interessene til arbeidsgiver.⁵⁷ Det fremgår at begrepet omfatter både straffesanksjonerte forhold og brudd på andre lovbestemte forbud eller påbud. Brudd på interne etiske retningslinjer i virksomheten, eller brudd på etiske standarder med bred tilslutning i samfunnet omfattes også. Lovgivers intensjon er at ytringen må ha en viss

⁵⁶ Eriksen (2014) s. 170.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37.

interesse for allmennheten.⁵⁸ Det vil si at kritikkverdige forhold som kun baseres på egen personlige overbevisning, faller utenfor vilkårets rekkevidde. Det sentrale er at arbeidstaker har fått opplysningen ”i kraft av ansettelsesforholdet”, slik at den ikke er tilgjengelig for allmennheten.

Hovedregelen modifiseres etter andre ledd, hvor det er krav om en ”forsvarlig” fremgangsmåte. Det fremgår av forarbeidene at vilkåret kun er ment å stille krav til måten arbeidstaker skal varsle på, og at kravet ikke skal begrense selve retten til å ytre seg om kritikkverdige forhold.⁵⁹ Vilkåret skal være en sikkerhetsventil som skal verne virksomhetens legitime interesser mot skade. Hva som innebærer en forsvarlig fremgangsmåte baseres på en konkret skjønnsmessig vurdering. Det vektlegges blant annet om arbeidstaker var i aktsom god tro om forholdet, om vedkommende hadde et forsvarlig grunnlag for kritikken og om virksomheten ble tilstrekkelig ivaretatt ved arbeidstakers fremtoning.⁶⁰ At varslingsreglene samspiller kan illustreres ved at det alltid vil være ”forsvarlig” å varsle i henhold til ”virksomhetens rutiner for varsling” jf. aml. §§ 2 A-1 jf. 2 A-3.

3.3 Forbudet mot gjengjeldelse jf. aml. § 2 A-2

At reglene må sees i sammenheng, kommer også til uttrykk i aml. 2 A-2 (1) første punktum, ved at gjengjeldelsesforbudet gjelder der arbeidstaker varsler ”i samsvar med § 2 A-1”. Det fremgår av bestemmelsens annet ledd at gjengjeldelsesforbudet også gjelder der arbeidstaker ”gir til kjenne” at varslerreretten vil bli brukt. Det er følgelig ikke opp til arbeidsgiver å ”gi” arbeidstaker varslervern. En ytring om påståtte ”kritikkverdige forhold” har et særskilt beskyttelsesvern grunnet sin presumtive informasjonsverdi til samfunnets interesse.⁶¹

Forbudet mot gjengjeldelse må forstås på bakgrunn av to ulike perspektiver: det dynamiske perspektivet og det statiske perspektivet.⁶² Ved sistnevnte perspektiv blir hver enkelt påståtte gjengjeldeshandling vurdert konkret opp mot gjengjeldelsesforbudet jf. aml. § 2 A-2. Ved det dynamiske perspektivet er vurderingen knyttet til *varslingsprosessen*, og den gjengjeldelses- og utstøtelsesprosessen som kan følge parallelt. I et slikt perspektiv baseres gjengjeldelsestematikken på en prosessorientert rettsanvendelse, hvor betydningen av

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.* s. 50.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Eriksen (2016) s. 236.

⁶² Eriksen (2017) s. 114.

partenes opptreden overfor hverandre er sentralt for å forstå bakgrunnen for en eventuell konflikteskalering.⁶³

Det særskilte varslervernet innebærer at arbeidstaker har rett til oppreisningserstatning der vedkommende har blitt utsatt for gjengjeldelse jf. aml. § 2 A-2 (3). Retten gjelder for ikke-økonomisk tap, uavhengig av om det kan påvises skyld fra arbeidsgiver. Bestemmelsen rekker videre enn etter de alminnelige erstatningsreglene, og skal gjøre det lettere for arbeidstaker å nå frem med krav om erstatning der det foreligger gjengjeldelse.⁶⁴ Arbeidstaker er ikke begrenset til å søke oppreisningserstatning, og kan følgelig også søke erstatning etter de alminnelige erstatningsreglene.

At den arbeidstaker som varsler har et særskilt vern, kommer også til uttrykk ved bevisregelen i aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum. Lovgiver omtaler bevisregelen som en ”delt bevisbyrde”.⁶⁵ Den delte bevisbyrden innebærer at der arbeidstaker fremlegger opplysninger som ”gir grunn til å tro” at det foreligger gjengjeldelse, legges dette til grunn dersom ikke arbeidsgiver kan ”sannsynliggjør[e]” noe annet. Det fremgår av forarbeidene at det ikke skal oppstilles strenge beviskrav overfor arbeidstaker.⁶⁶ Det skal dermed ikke mye til for at arbeidsgiver må sannsynliggjøre manglende årsakssammenheng, og regelen er således til arbeidstakers fordel.

⁶³ *Ibid.* s. 115.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

⁶⁵ *Ibid.* s. 53.

⁶⁶ *Ibid.* s. 44.

4 Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern

4.1 Varlingsssituasjonen som en begrensning av styringsretten

Der varslervernet er utløst, vil de samme handlingene som ellers er å anse som legitim utøvelse av styringsretten, kunne bli ansett som ulovlige gjengjeldeshandlinger. Arbeidsgiver vil i en normalsituasjon, i kraft av sin styringsrett, for eksempel kunne pålegge arbeidstaker overtid, gi en skriftlig advarsel eller kreve innsyn i den ansatte sin e-postboks. De samme handlingene som i utgangspunktet anses som rettmessig utøvelse av styringsretten, kan få en annen rettslig karakter der arbeidstaker har utløst det særskilte rettsvernet, ved å varsle i henhold til lovens vilkår jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1.

4.1.1 "E-postkjennelsen" som eksempel

"E-postkjennelsen" illustrerer hva som kan skje når arbeidsgivers styringsrett støter mot hensynet bak arbeidstakers varslervern.⁶⁷ Saken kom i etterkant av "Siemens-saken" hvor tingretten dømte Siemens for ulovlig gjengjeldelse etter å ha sagt opp en divisjonsøkonom.⁶⁸ Tingretten fant det sannsynliggjort at den reelle årsaken til oppsigelsen var at arbeidstakeren hadde varslet internt om overfakturering av forsvaret.

I kjølvannet av "Siemens-saken" krevde Siemens innsyn i arbeidstakers epostkonto. Arbeidstaker bestred kravet under henvisning til personopplysningsloven § 8 bokstav f, hvor tilgangen måtte være nødvendig etter en konkret interesseavveining mellom partene, og begjærte midlertidig forføyning.

Innledningsvis bemerket retten at det ikke kunne utelukkes at arbeidstakeren var blitt en slags "syndebukk" for omdømmetapet til Siemens, og at innsynskravet kunne være begrunnet i et ønske om å avdekke informasjon som kunne "så tvil om [arbeidstakers] person".⁶⁹

⁶⁷ TOBYF-2007-124301 – RG-2008-53.

⁶⁸ TOSLO-2004-99016.

⁶⁹ TOBYF-2007-124301 – RG-2008-53 s. 9.

Retten foretok en konkret vurdering av om Siemens sitt krav om innsyn hadde tilstrekkelig saklig grunn for seg, som kunne overstige arbeidstakers krav på personvern. Om rekkevidden av gjengjeldelsesforbudet uttalte retten følgende:

”Det er ikke snakk om noe ”amnesti” eller generell ”immunitet”, men i denne saken en beskyttelse mot ytterligere tiltak som kan oppfattes som en slags ”hevnaaksjon” sett i lys av det [arbeidstaker] har vært igjennom i forbindelse med varslingen og den påfølgende oppsigelsessaken ...”⁷⁰

Innsynskravet til Siemens ble ansett som en *fortsettelse* på den gjengjeldelsen som startet under arbeidsforholdet. Retten betrakter dermed gjengjeldelse som en prosess, hvor gjengjeldelsens art vil kunne variere, avhengig av saksforløpet. Retten synes dermed å legge til grunn en risikoforståelse av arbeidsgivers alminnelige ansvar for å forhindre og håndtere konflikt, hvor arbeidsgiver har et særlig ansvar der det er risiko for konflikt - som når arbeidstaker har varslet.⁷¹

Videre argumenterte Siemens med at arbeidstakeren hadde skrevet under på selskapets rutiner som var utformet i henhold til styringsretten, og at kravet om innsyn dermed var berettiget.

Retten var ikke enig med Siemens, og uttalte:

”Retten er enig med saksøker i at disse retningslinjer samt reglene for arbeidsgivers styringsrett, er laget for en normalsituasjon, og ikke kan tillegges nevneverdig vekt i den konkrete sak. Omstendighetene i den foreliggende sak er at arbeidsgiver har krenket den tidligere arbeidstagers vern, jf. tingrettens kjennelse, og således ikke med rimelighet kan påberope seg de nevnte forhold som grunnlag for innsyn.”⁷²

Uttalelsen illustrerer at styringsrettshandlinger som i normalsituasjonen er rettmessig, kan bli ansett som ulovlige gjengjeldeshandlinger der arbeidstaker har varslet.

Retten sluttet seg til Datatilsynets uttalelse om den delte bevisbyrden jf. dagjeldende aml. § 2-5, hvor en gjennomgang av eposten ”lett kunne oppfattes som en form for gjengjeldelse.”⁷³

Det interessante med resonnementet er at den delte bevisbyrden som ligger i

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Birthe Eriksen (red.), *Å bekjempe et samfunnsmonne: Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*, 2014 s. 169.

⁷² TOBYF-2007-124301 – RG-2008-53 s. 9.

⁷³ *Ibid.* s. 10.

gjengjeldelsesforbudet, dermed får implikasjoner for styringsrettens grenser så lenge saken pågår, og ikke kun ved en eventuell etterfølgende rettslig tvist. Er det innlevert et legitimt varsel og dette er under saksbehandling, så setter det dermed grenser for den alminnelige utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett.

Eriksen har fremholdt at avgjørelsen illustrer at det etter at det særskilte varslervernet er utløst, etableres en *ekstraordinær situasjon* mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, hvor arbeidsgiver plikter å sikre arbeidstaker et reelt varslervern.⁷⁴ Den ekstraordinære situasjonen etableres i kraft av arbeidstakers varsel, og fører til at i utgangspunktet legitime styringsrettshandlinger, mister sin legitimitet der det mangler saklig grunnlag i andre årsaksforhold enn arbeidstakers varsel.

Det må presiseres at ”E-postkjennelsen” er fra førsteinstans og har begrenset rettskildemessig vekt. Vekten kan imidlertid styrkes der avgjørelsen sees i sammenheng med samfunnets interesse og lovens formål som begrunner det særskilte varslervernet.⁷⁵ Formålet med varslervernet er at arbeidstaker skal kunne ytre seg om forhold i virksomheten som vanskelig kan avdekkes på annet vis. Videre er det i *samfunnets interesse* at kritikkverdige forhold kan opphøre. Lovgiver forutsetter at arbeidstakers beskyttelsesbehov ivaretas der arbeidstaker velger å varsle, for at varslervernet skal kunne være reell. ”E-postkjennelsen” kan dermed sees som et argument for at det etableres en *ekstraordinær situasjon* med betydning for styringsretten, fra det tidspunktet arbeidstaker ytrer seg om påståtte ”kritikkverdige forhold” jf. aml. § 2 A-1.

Analysen vil i det følgende ta utgangspunkt i arbeidsgivers plikt til å verne arbeidstaker mot gjengjeldelse på ethvert hvert trinn av varslingsprosessen.

4.2 Arbeidsgivers preventive plikt til å forbygge krenkelser

4.2.1 Begrunnelsen for arbeidsgivers preventive plikt jf. aml. § 2 A-3

Etter aml. § 2 A-3 er arbeidsgiver pålagt å preventivt legge til rette for intern varslings i virksomheten. Departementet har fremhevet at interne varslingsrutiner kan ”ha en positiv

⁷⁴ Eriksen (2016) s. 241-242.

⁷⁵ Argumentet er fremhevet i Eriksen (2016) s. 132-134 og 241-242.

effekt for ytringsklimaet” og at rutinen kan ”bidra til å styrke vernet av arbeidstakere som varsler”.⁷⁶

Et hensyn som ikke fremgår like klart av forarbeidene, men som har kommet til uttrykk i juridisk teori, er at gode varslingsrutiner kan forebygge varsling til høyere varslingsnivå og konflikteskalering.⁷⁷ Varslingsrutiner kan dermed ha et konfliktreducerende potensiale, ved at arbeidsgiver og arbeidstaker sikres forutberegnelighet ved måten det kan varsles rettmessig på, og ved en forsvarlig saksbehandling som ivaretar arbeidstakers vern mot gjengjeldelse.⁷⁸

Synspunktet støttes av en undersøkelse foretatt av Fafo i 2016, hvor interne varslingsrutiner viste seg å redusere risikoen for at arbeidstaker ble møtt med represalier.⁷⁹ Gode varslingsrutiner som er konfliktforebyggende, vil også være i samsvar med arbeidsgivers alminnelig plikt til å sikre et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1.⁸⁰

4.2.2 Virksomheter med under fem ansatte

Etter aml. § 2 A-3 (1), pålegger loven arbeidsgiver å utarbeide interne varslingsrutiner dersom ”forholdene i virksomheten” tilsier det. Lovgiver har gitt uttrykk for at plikten innebærer at arbeidsgiver må ”vurdere” hvorvidt det er behov for interne rutiner.⁸¹ Vurderingen skal foretas i tilknytning til virksomhetens systematiske helse-, miljø-, og sikkerhetsarbeid jf. aml. §§ 3-1 jf. 2 A-3. Dette innebærer at arbeidsgiver i kraft av styringsretten ikke kan velge den metodiske fremgangsmåten ved risikovurderingen.⁸² Det fremgår av forarbeidene at plikten til å utarbeide varslingsrutiner inntreder dersom risikoforholdene eller ytringsklimaet i virksomheten tilsier det, og at terskelen for når plikten inntreder ikke er høy.⁸³

Verken lovt tekst eller forarbeid gir direkte veiledning om hvilke konkrete krav som stilles til varslingsrutinens innhold. Ordlyden indikerer imidlertid at rutinen må være utformet i samsvar med virksomhetens risikoforhold. Samspillet mellom de materielle bestemmelsene

⁷⁶ Prop. 72 L (2016-2017) s. 20.

⁷⁷ Eriksen (2016) s. 52 og 60-61.

⁷⁸ Eriksen (2014) s. 171.

⁷⁹ Trygstad (2017) s. 53.

⁸⁰ Se dagsaktuelt eksempel på effekten av adekvate varslingsrutiner på <https://www.dagbladet.no/kultur/nye-metoo-rutiner-sorget-for-at-ansatte-begynte-a-varsle-om-wathne/68993692> (Sist lest 08. desember 2017).

⁸¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 54.

⁸² Henning Jakhelln og Aili Kristin Stenseth, ”Kommentar til aml. § 2 A-3: Note 5”, *Arbeidsrett.no*, u.å. (Sist lest 10. desember 2017).

⁸³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 47 og Innst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 9.

om varslervernet og varslerretten, og operasjonaliseringen i aml. § 2 A-3 viser at reguleringen må ivareta de generelle hensynene bak lovens regulering av varsling, og det mer konkrete hensynet som begrunner kravet til opprettelsen av interne varslingsrutiner.

Lovreguleringen er basert på at virksomheten dynamisk regulerer seg selv ved såkalt ”refleksiv lovgivningsteknikk”.⁸⁴ Dette innebærer at lovgiver overlater selvreguleringsregimet til den enkelte virksomhet, hvor kun bestemte formål er lovbestemt og følgelig må ivaretas. Dette åpner for at varslingsrutinens utforming tilpasses det konkrete behovet i den enkelte virksomhet.

Fordelene med en refleksiv lovgivningsteknikk er at det kan sikre virksomhetens behov for kontinuitet, ved at reguleringsformen er fleksibel.⁸⁵ Selvreguleringen kan også forhindre en for kompleks regulerings situasjon som arbeidsgiver lett mister oversikt over.⁸⁶ En streng detaljregulering kan være kostnadskreven og skade konkuranseevnen for virksomheten, og i tillegg kan en streng lovbestemt plikt svekke virksomhetens motivasjon til å etterleve reguleringskravet på eget initiativ.

I et styringsrettsperspektiv vil behovet for tiltak og varslingsrutinens konkrete utforming baseres på arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering. Arbeidsgiver har dermed et stort skjønnsmessig handlingsrom ved den refleksive lovgivningsteknikken, til å bestemme både utforming og til hvorvidt det skal etableres en varslingsrutine jf. aml. § 2 A-3 (1).

4.2.3 Virksomheter med “minst fem arbeidstakere”

Arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering av behovet for varslingsrutiner, må sees i relasjon til aml. § 2 A-3 (2). Den 1. juli 2017 ble det innført en ubetinget plikt for virksomheter med ”minst fem arbeidstakere” til å utarbeide interne varslingsrutiner. I arbeids- og sosialdepartementet var den ubetingede plikten i utgangspunktet foreslått for virksomheter med ”minst ti arbeidstakere”.⁸⁷ Da endringene i arbeidsmiljøloven ble vedtatt, valgte Stortinget å styrke varslervernet og nedjusterte den ubetingede plikten til virksomheten med ”minst fem arbeidstakere” jf. aml. § 2 A-3 (2).

⁸⁴ Birthe Taraldset, ”Selvregulering som sivil- og strafferettslig reguleringsmekanisme for forebygging og avdekking av korrupsjon”, *Tidsskrift for strafferett*, 2011 s. 7-44. (s. 9).

⁸⁵ Herbjørn Andresen, *Tilgang til og videreformidling av helseopplysninger. Regulering og kontroll på tvers av IT-systemer og organisatoriske grenser*, Ph.d-avhandling, Universitetet i Oslo, juridisk fakultet, 2010 s. 77.

⁸⁶ Eriksen (2016) s. 467.

⁸⁷ Prop. 72 L (2016-2017) s. 19.

Den ubetingede plikten til å opprette interne varslingsrutiner, har dermed ført til at det nå vil være mindre adgang for arbeidsgiver til å foreta en skjønsmessig vurdering av hvorvidt det skal opprettes interne varslingsrutiner. Flere virksomheter er dermed pålagt å opprette varslingsrutiner, noe som innskrenker arbeidsgivers styringsrett.

4.2.4 Rutinen må utarbeides i samarbeid med arbeidstaker og tillitsvalgt

Etter aml. § 2 A-3 (3) plikter arbeidsgiver å utarbeide den interne varslingsrutinen ”i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte”. Det fremgår av forarbeidene at uttrykket ”i samarbeid med” skal sikre arbeidstaker og tillitsvalgt en reell innflytelse og innebærer ”litt mer enn en ren drøftingsplikt”.⁸⁸ Kunnskapen til de ansatte kan gi arbeidsgiver viktig innsikt i hvilke konkrete behov varslingsrutinen må ivareta, da arbeidstakerne antas å ha nær kunnskap til virksomhetens daglige drift.⁸⁹ I forarbeidene fremheves det at arbeidstakernes medvirkningsplikt også er av betydning for ansattes tiltro til varslingsrutinen.⁹⁰

I et styringsrettsperspektiv vil arbeidsgiver ha en aktivitetsplikt til å utarbeide rutinen i samarbeid med arbeidstaker og tillitsvalgt.⁹¹ Ved uenighet, vil arbeidsgiver i kraft av styringsretten inneha beslutningskompetansen til å vedta den endelige utformingen av rutinens innhold.

4.2.5 Lovpålagte minimumskrav

Nytt ved innføringen av den ubetingede plikten til å utforme interne varslingsrutiner, var at det ble oppstilt minimumskrav til rutinens innhold jf. aml. § 2 A-3 (5). Det følger av minimumskravene at varslingsrutinen må være skriftlig, den må inneholde en oppfordring til å varsle om kritikkverdige forhold, fremgangsmåte for varsling og fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling. Minimumskravene regulerer således arbeidsgivers plikter gjennom hele prosessen fra mottak til endelig ferdig behandlet varsel.

Departementet har fremholdt at minimumskravene er generelt utformet, og at rutinen må ”tilpasses situasjonen og behovet i den enkelte bransje og virksomhet”.⁹² Uttalelsen illustrerer

⁸⁸ Prop. 72 L (2016-2017) s. 22.

⁸⁹ Andresen (2010) s. 94-95.

⁹⁰ Prop. 72 L (2016-2017) s. 22.

⁹¹ *Ibid.* og Henning Jakhelln og Aili Kristin Stenseth, ”Kommentar til aml. § 2 A-3: Note 7”, *Arbeidsrett.no*, u.å. (Sist lest 10. desember 2017).

⁹² Prop. 72 L (2016-2017) s. 23.

at det fortsatt vil være risikoforhold i den konkrete virksomhet som avgjør kravet til rutinens utforming. Risikoforholdene vil variere mellom ulike virksomheter, og det må kunne antas at det stilles høyere krav til en bankvirksomhet enn til en kiosk. For arbeidsgiver vil arbeidet med å implementere adekvate varslingsrutiner være en kontinuerlig prosess, hvor endringer i virksomhetens risikosituasjon og erfaringer påvirker hvilke krav som stilles.⁹³

Det kan dvelles ved det faktum at utviklingen mot å styrke varslervernet, synes å gå i retningen av å pålegge arbeidsgiver stadig flere lovbestemte plikter som setter rammer for styringsretten. De lovpålagte minimumskravene står i motsetning til den refleksive lovgivningsteknikken som dominerte før lovendringen i 2017. Utviklingen synes dermed å gå i retning av en mindre fleksibel reguleringsteknikk overfor den enkelte virksomhet. De hensyn som begrunner den dynamiske selvreguleringen, som behandlet ovenfor i punkt 4.2.2, er dermed tilsidesatt på grunnlag av et stadig større fokus på *samfunnets interesse* i at kritikkverdige forhold avdekkes og opphører. Minimumskravene fører for eksempel til at det ikke lenger vil være opp til arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering å avgjøre hvorvidt rutinen skal være skriftlig, eller om det skal legges til rette for varsling på andre måter. Opprettelsen av minimumskravene kan dermed sees som en ytterligere innskrenking av arbeidsgivers beslutningskompetanse.

Arbeidsgiver vil imidlertid i kraft av styringsretten, skjønnsmessig kunne fastsette den konkrete utformingen av varslingsrutinen så langt den er innenfor lovens ramme jf. aml. § 2 A-3.⁹⁴

4.2.6 Implementering av varslingsrutinen

Det vil ikke være tilstrekkelig for arbeidsgiver å vedta interne varslingsrutiner for at plikten etter aml. § 2 A-3 skal være oppfylt. Etter sjette ledd pålegger loven at rutinen må være ”lett tilgjengelig” for de ansatte. Den naturlig språklige forståelsen av ordlyden tilsier at arbeidsgiver må synliggjøre rutinen, uten at ordlyden gir noen nærmere retningslinje om pliktens omfang. Departementet har uttalt at det ”avgjørende er at de ansatte ved behov lett kan finne fram til rutinene”, men at det ikke er noe krav om at arbeidsgiver må jobbe aktivt

⁹³ Eriksen (2014) s. 202.

⁹⁴ Henning Jakhelln og Aili Kristin Stenseth, ”Kommentar til aml. § 2 A-3: Note 1”, *Arbeidsrett.no*, u.å. (Sist lest 10.12.17).

for å gjøre den kjent.⁹⁵ Eksempelvis vil det være nok om rutinen ”inntas i personalreglementet” eller om den blir publisert på ”virksomhetens nettsider”.

I en undersøkelse foretatt av Fafø i 2016, fremkommer det at nesten halvparten av de ansatte svarte enten nei eller vet ikke til om virksomheten de jobbet i hadde varslingsrutiner.⁹⁶ Med denne kunnskapen kan det stilles spørsmål ved om departements veiledende uttalelser indikerer for lave implementeringskrav overfor arbeidsgiver.

Spørsmålet om hvilke krav til implementering som kreves av arbeidsgiver ble belyst av Høyesterett i Rt.2007 s. 1684, som omhandlet spørsmål om foretaksstraff. I saken hadde en ansatt tømt ut store mengder ammoniakk i en elv som hadde resultert i omfattende fiskedød. Uttømmingen var i strid med virksomhetens rutiner som var nedfelt i internkontrollhåndboken. Ved vurderingen av om virksomheten måtte stå ansvarlig for den ansattes handling, ble det stilt spørsmål om arbeidsgiver hadde implementert rutinen tilstrekkelig. Høyesterett viste til lagmannsrettens vurdering hvor det ble vektlagt at virksomheten ikke hadde ”fulgt opp [rutinen] med nødvendige kurs eller opplæring”.⁹⁷ På bakgrunn av sakens alvorlige karakter konkluderte Høyesterett med at virksomheten måtte holdes strafferettslig ansvarlig for den ansattes handling. Manglende opplæringstiltak av rutinen rammet således i virksomhetens disfavør.

Avgjørelsen kan ha overføringsverdi til implementeringskravet etter aml. 2 A-3 (6). I de tilfeller hvor arbeidsgiver ikke har gjort varslingsrutinen godt nok tilgjengelig, vil det være vanskelig å sikre tilstrekkelig kunnskap blant de ansatte om rutinen. Varslingsrutiner som ikke er gjort kjent vil vanskelig forebygge videre varsling og konflikteskalering, med den risikoen for gjengjeldelse dette innebærer.⁹⁸

Høyesterett synes å stille strenge krav til arbeidsgivers implementeringsplikt på bakgrunn av sakens alvorlige karakter. I mindre alvorlige saker er det ikke sikkert at Høyesterett ville ha kommet til det samme resultatet. I likhet med Høyesteretts vurdering, bør kravet til arbeidsgivers implementeringsplikt avspeile virksomhetens konkrete risikoforhold. Der det er stor risiko for alvorlige kritikkverdige forhold som ved korrupsjon, bør det stilles strengere krav til arbeidsgivers implementeringsplikt enn for virksomheter med lavere risikonivå. Dette

⁹⁵ Prop. 72 L (2016-2017) s. 21-22.

⁹⁶ Trygstad (2017) s. 24.

⁹⁷ Rt.2007.1684 avsnitt 45, 46, 50.

⁹⁸ Se også Wiersholm I s. 95 hvor det ikke var tilstrekkelig at rutinen var gjort tilgjengelig på intranettet for at kravet etter dagjeldende aml. § 3-6 var oppfylt.

momentet synes å være underkommunisert etter dagens forarbeider. Det må imidlertid presiseres at det ikke er noe i veien for at arbeidsgiver i kraft av styringsretten implementerer rutinen mer aktivt enn det minimumskravene pålegger virksomheten.

4.3 Varslingsmottak

4.3.1 Et kritisk punkt for å hindre konflikteskalering

Arbeidsgivers plikt til en forsvarlig mottakelse av varselet kommer indirekte til uttrykk i aml. § 2 A-3 (5) bokstav c, hvor varslingsrutinen skal regulerer fremgangsmåten for ”mottak” av varselet. Et forsvarlig varslingsmottak vil følgelig ha betydning for om den preventive tilretteleggingsplikten etter aml. § 2 A-3 er oppfylt.⁹⁹ Bestemmelsen gir imidlertid lite veiledning med hensyn til hvilke konkrete krav som stilles til arbeidsgiver i denne fasen av varslingsprosessen.

Matthisen har uttalt at en ”vellykket håndtering av en varsling, der varsleren blir hørt, er ofte det samme som vellykket håndtering av en krise for en organisasjon.”¹⁰⁰ Et forsvarlig varslingsmottak vil ofte kunne være avgjørende for om konflikten eskaleres, ved at arbeidstaker velger å varsle til et høyere varslingsnivå.¹⁰¹ Med denne kunnskapen har arbeidsgiver en særlig plikt til å forhindre og håndtere konflikt allerede ved mottak av varslet.

I ”Sandviken sykehus-dommen”, som blir nærmere behandlet i punkt 4.6.3, ble spørsmålet om hvilke plikter arbeidsgiver har ved varslingsmottak berørt.¹⁰² Mindretallet bemerket følgende i saken:

”Mindretallet mener at [arbeidsgiver] er å klandre noe for at saken har fått så stort omfang og måtte gå gjennom rettsapparatet ... Mindretallet reiser spørsmål om ikke hele saken hadde fått et annet forløp dersom man på den tiden hadde tatt mer vare på [arbeidstaker] og veiledet ham.”¹⁰³

Til tross for at dommen enstemmig konkluderte med at den ansatte ikke hadde blitt utsatt for gjengjeldelse, rettet mindretallet fokus på at arbeidsgiver kunne forhindre

⁹⁹ Eriksen (2014) s. 193.

¹⁰⁰ Stig Berge Matthisen, ”Mottak av varsling”, *Magma*, 2016 s. 27-38 (s. 36).

¹⁰¹ Eriksen (2014) s. 159.

¹⁰² TBERG-2007-136244.

¹⁰³ *Ibid.* s. 31.

konflikteskaleringen ved en bedre behandling av arbeidstaker tidlig i prosessen. Det samme ble påpekt av mindretallet i den nyere ”Odfjell Drilling-dommen”.¹⁰⁴ Mindretallet bemerket at arbeidsgiver ”viste liten evne til å løse konflikter” og at man ville ha unngått varslingsaken ”hadde [varselet] blitt løst tilfredsstillende og raskt”.¹⁰⁵ Mindretallet synes dermed å fremheve arbeidsgivers plikt til å forhindre konflikteskalering etter de alminnelige arbeidsrettslige reglene, uten at viktighetene av momentet blir sett eller behandlet av rettens flertall.

I juridisk teori har varslingsmottaket blitt adskilt i to deler, herunder behandling av varselet og saken som springer ut av denne, og behandling av arbeidstakeren som har varslet.¹⁰⁶ Ved mottak av varselet er ikke arbeidstaker selv part i saken, noe som påvirker kravene som kan stilles overfor arbeidsgiver. Skillet får dermed betydning for hvilke plikter som kan oppstilles overfor arbeidsgivers styringsrett, for å sikre arbeidstakers varslervern.

4.3.2 Mottak av varselet

For at varslingsrutinen skal kunne fungere, må arbeidsgiver ta varselet på alvor og undersøke det påståtte kritikkverdige forholdet. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har påpekt viktigheten av at arbeidsgiver konsentrere seg om forholdet det varsles om og ikke personen som har varslet.¹⁰⁷ Matthisen har fremhevet at dette formålet kan realiseres ved at arbeidsgiver kommer med utdypende spørsmål, og ved at det kartlegges om arbeidstaker har bevis eller eksempler.¹⁰⁸ Et slik varslingsmottak kan bidra til at arbeidsgiver konsentrere seg om forholdet det varsles om, og ikke arbeidstaker som for eksempel en vanskelig person.

4.3.3 Behandling av varsleren

Matthisen har fremholdt at arbeidsgiver må erkjenne at det å varsle kan være er en vanskelig beslutning, hvor varsleren ofte bekymrer seg for konsekvensene.¹⁰⁹ Arbeidsgivers behandling av varsleren bør derfor gjenspeile arbeidstakers behov for tilbakemelding. Den ansatte vil ofte forvente at varslingsmottaker gir en tilbakemelding på at varselet er mottatt.

¹⁰⁴ LG-2011-17283

¹⁰⁵ *Ibid.* s. 7.

¹⁰⁶ Eriksen (2014) s. 193.

¹⁰⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *Varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen*, 2008 s. 16.

¹⁰⁸ Matthisen (2016) s. 36.

¹⁰⁹ *Ibid.*

Hva som konkret kan kreves av arbeidsgiver i situasjonen fremgår ikke av arbeidsmiljøloven. Eriksen har uttalt at arbeidsgiver for eksempel kan sikre arbeidstakers varslervern ved følgende tilbakemelding:

****Dersom det stemmer** det du sier, er dette alvorlig. Jeg skal tenke over hvordan dette best kan undersøkes nærmere og komme tilbake til deg snarest. Tusen takk for at du sa ifra!''¹¹⁰ (sic.)*

For arbeidsgivers styringsrett betyr dette, i likhet med annen type vernelovgivning, at det settes krav til arbeidsgivers handleplikt. Handplikten rekker så langt at arbeidstaker har en trygghet om varslingsrutinene fungerer, ved at varselet blir håndtert forsvarlig.¹¹¹ Formålet er å sikre arbeidstakers særskilte varslervern, og kravet er oppfylt såfremt arbeidstaker opplever seg ivaretatt, da dette kan forhindre konflikteskalering.

4.4 Risikovurdering av arbeidstakers situasjon etter å ha varslet

4.4.1 Risikovurdering som praktisering av varslervernet

Den arbeidstaker som varsler kan ofte oppleve å komme i en særlig utsatt og sårbar situasjon.¹¹² Organisasjonspsykologisk forskning viser at det å varsle kan danne grunnlag for konflikteskalering med påfølgende mobbe- og utstøtelsesprosess overfor den arbeidstaker som har varslet.¹¹³

Etter aml. §§ 3-1 jf. 2-1 og internkontrollforskriften § 5 er arbeidsgiver pålagt et alminnelig ansvar til å kontinuerlig vurdere risikoforholdet i virksomheten.¹¹⁴ Risikovurderingen skal kartlegge potensielle farer og problemer i virksomheten, og på den bakgrunn skal det iverksettes forebyggende tiltak.¹¹⁵ Arbeidsgiver har også en mer konkret løpende plikt til å verne arbeidstaker mot psykisk belastning jf. aml. § 4-3.

¹¹⁰ <https://www.bt.no/btmener/kronikk/i/OEo2w/Uroen-etter-Robin-Schaefer> (Sist lest 10. desember 2017.)

¹¹¹ Eriksen (2016) s. 450.

¹¹² Henning Jakhelln, "Arbeidsmiljølovens regler om varsling: Er varslers rettsvern en realitet eller en illusjon – eller «tar man spilleren, og ikke ballen»?", *Varsleren: viktig og verdig*, 2010 s. 385-448 (s. 435).

¹¹³ Se bl.a. Eriksen (2014) s. 161-165 om organisasjonspsykologiske konfliktmodeller som har relevans ved varsling

¹¹⁴ Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 91.

Lovgiver har uttalt at ”tiltak for å styrke ytringsklimaet bør inngå som en integrert del av virksomhetens arbeid for å fremme et godt arbeidsmiljø” og at ”ytringsklimaet må være slik at konfliktfylte varslingssituasjoner ikke oppstår”.¹¹⁶ Gjengjeldelsesforbudet kan dermed sees som en særlig understreking av arbeidsgivers alminnelige plikt til å forebygge og håndtere konflikter jf. aml. § 4-3 (3).¹¹⁷

I Wiersholm I, bemerker Fougner at arbeidsgiver har en dynamisk plikt til å risikovurdere arbeidstakers situasjon:

*”Dersom arbeidsgiver er kjent med en arbeidstakers særlige forhold, som sårbarhet eller trekk ved personlighet som gjør vedkommende særlig utsatt, har arbeidsgiver en skjerpet aktsomhetsplikt når det gjelder trakassering eller utilbørlig opptreden overfor vedkommende. Denne plikten følger for så vidt allerede av arbeidsgivers omsorgsplikt overfor ansatt, jf. kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.”*¹¹⁸ (Min utheving.)

Eriksen fremhever også at den kunnskapen som nå eksisterer om den risiko for gjengjeldelse som ofte realiseres i kjølvannet av varsling, må sette krav til arbeidsgiver aktsomhet i varslingssituasjonen.¹¹⁹ Dette betyr at arbeidsgiver må være ekstra oppmerksom på om den arbeidstaker som har varslet utsettes for uheldige belastninger. Arbeidsgivers plikt til å risikovurdere varslersens situasjon skal dermed redusere risikoen for gjengjeldelse, og realisere varslervernet. Det rettslige ansvaret kan utledes av kravet til et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1, sammenholdt med forbudet mot gjengjeldelse i aml. § 2 A-2.¹²⁰

4.4.2 Betydningen av empirisk forskning

Empirisk forskning viser at forholdet det varsles om har betydning for hvilken risiko for gjengjeldelse varsleren utsettes for. I forskning gjennomført i forbindelse med det amerikanske ”Government Accountability Project” (heretter GAP) fremgår det at det er en direkte kobling mellom hvor stor trussel varsleren utgjør for virksomheten, og hvor alvorlig

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46.

¹¹⁷ Wiersholm I s. 81.

¹¹⁸ *Ibid.* s. 84.

¹¹⁹ Eriksen (2017) s. 116.

¹²⁰ *Ibid.*

gjengjeldelse varsleren vil bli møtt med.¹²¹ Det samme har blitt kartlagt i norsk empirisk forskning, hvor funnene viser at risikoen for gjengjeldelse øker der det kritikkverdige forholdet er forankret i toppledelsen og etter hvor omfattende forholdet er.¹²²

Kunnskap om når de mest risikofylte situasjonene for gjengjeldelse opptrer, må kunne hevdes må få virkning for vurderingen av hvilket ansvar arbeidsgiver har for å håndtere og forhindre konflikt. Arbeidsgiver må ha et skjerpet ansvar der det er stor risiko for gjengjeldelse, for eksempel slik situasjonen ofte er ved korrupsjon.¹²³ Arbeidsgiver må i slike tilfeller være særlig oppmerksom på risiko for gjengjeldelse og ha en skjerpet aktsomhetsplikt for å sikre varslervernet.

4.4.3 Hvordan påvirker risikovurderingen arbeidsgivers styringsrett?

Fougner legger til grunn at arbeidsgivers risikovurdering kan gi utslag i en omsorgsplikt som intensiveres overfor den arbeidstaker som har varslet:

”Det er også viktig å ha klart for seg at arbeidsgivers plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø ikke bare innebærer at arbeidsgiver skal avstå fra å påføre arbeidstakerne ubehag. Plikten til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø innebærer en omsorgsplikt overfor den enkelte arbeidstaker som intensiveres i varslings situasjoner. En varsler kommer lett i en sårbar situasjon, og det må arbeidsgiver ta utgangspunkt i.”¹²⁴

Uttalelsen illustrerer at arbeidsgiver ikke bare må avstå fra aktive handlinger, som for eksempel krenkende uttalelser overfor den arbeidstaker som har varslet. Arbeidsgiver må også være særlig oppmerksom på varslersens sårbare situasjon, ved å vise ekstra omsorg der risikovurderingen tilsier det. Den intensiverte omsorgsplikten kan for eksempel gi utslag i en tettere oppfølging av varsleren ved medarbeidersamtaler, og ved å vise støtte og anerkjennelse utover det som kreves i en normalsituasjon.¹²⁵

¹²¹ Tom Devine og Tarek F. Maassarani, *A handbook for committing the truth: The corporate whistleblower's survival guide*, 2011 s. 20.

¹²² Eriksen (2014) s. 166.

¹²³ *Ibid.* s. 172.

¹²⁴ Wiersholm I s. 81.

¹²⁵ Se eksempel på hvordan varsleren bør ivaretas i Wiersholm I s. 101. Her tok HMS-rådgiveren tok kontakt med varsleren for å undersøke hvordan han hadde det.

Videre fremhever Jakhelln at arbeidsgiver må være ekstra oppmerksom for den dynamikken som kan utspille seg etter at det er varslet:

”... Arbeidsgiver må være våken for at trakassering eller andre uheldige belastninger kan bli resultatet overfor en arbeidstaker som varsler, og – så lang råd er – treffe de tiltak som er nødvendige for å forhindre at trakassering m.v. finner sted. Kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er med andre ord et krav om at arbeidsgiver må utvise aktivitet for å oppfylle dette krav, og om nødvendig gjøre noe positivt for å forhindre at trakassering m.v. finner sted eller får fortsette. Kravet er således ikke begrenset til det negative ...”¹²⁶

Der risikoforholdet tilsier det, må dermed arbeidsgiver iverksette aktive tiltak for å reduserer risikoen for gjengjeldelse. Dette betyr samtidig at arbeidsgiver kan måtte legge bånd på egne handlinger som i utgangspunktet er saklig utøvelse av styringsretten, dersom handlingen anses som en gjengjeldelse ut fra risikovurdering.

Den delte bevisbyrden i aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum kan få indirekte betydning for hvilke begrensninger i styringsretten arbeidsgiver må pålegge seg. Som gjennomgått i kapittel 3, er den delte bevisbyrden til gunst for arbeidstaker. Det skal dermed lite til for at tvilsrisikoen går over på arbeidsgiver som må ”sannsynliggjør[e]” at reaksjonen manglet årsakssammenheng i varselet. Der arbeidsgiver skal vurdere grensesnittet mellom saklig styringsrett og ivaretagelsen av varslervernet, må det tas i betraktning at tvilsrisikoen påhviler arbeidsgiver etter avsluttet bevisførsel. Den delte bevisbyrden kan således implisere de begrensningene arbeidsgiver må pålegge egen styringsrett ved risikovurderingen.

Forståelsen støttes av den nevnte ”E-postkjennelsen”.¹²⁷ Avgjørelsen illustrerer at varsling om påståtte ”kritikkverdige forhold” utløser en *ekstraordinær situasjon* som kan få betydning for styringsretten. I denne saken kom retten til at det ikke var godt nok at styringsrettshandlingen ville vært saklig begrunnet ved en normalsituasjon. Når varslervernet er utløst, må derfor arbeidsgiver vurdere konsekvensene av enhver form for styringsrettshandlinger som rettes mot varsleren.

I en varslingssituasjon kan konflikten utvikle seg mens varselet er under saksbehandling. Arbeidsgivers plikt til å redusere risiko for gjengjeldelse vil da bli aktualisert. Et eksempel er

¹²⁶ Jakhelln (2010) s. 437.

¹²⁷ TOBYF-2007-124301- RG-2008-53.

der det oppstår en krevende konfliktsituasjon mellom den arbeidstaker som har varslet og en omvarslet. Der arbeidsgiver får informasjon om at en arbeidstaker utsettes for trakasseringshandlinger, vil situasjonen kunne kreve at arbeidsgiver griper inn for å forhindre konflikteskalering i henhold til den alminnelige omsorgsplikten.

Fougner har bemerket følgende om rekkevidden av arbeidsgivers plikt til å verne arbeidstaker mot gjengjeldelse:

*”Også arbeidsgivers unnlattelse av å gripe inn mot gjengjeldelse fra kollegaer vil i særlige tilfeller utgjøre en gjengjeldelse fra arbeidsgivers side. I vår sak betyr det at den opptreden som er beskrevet foran i sakens faktiske gjennomgang har betydning uavhengig av hvem som har gjort hva. Arbeidsgiver hefter for alle.”*¹²⁸

Uttalelsen viser til at det for eksempel vil være innenfor arbeidsgivers styringsrett å omplassere den arbeidstaker som har varslet for å forhindre konflikteskalering. Utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett vil da sikre at kravet til et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø etter aml. § 4-3 blir etterlevd. En unnlattelse av å bruke styringsretten vil da kunne bli ansett som en ulovlig gjengjeldelse, der dette er en reaksjon på varselet.

I forlengelsen av eksempelet oppstår spørsmålet om hvor langt arbeidstakers varslervern strekker seg der det støter mot arbeidsgivers alminnelige konflikthåndteringsansvar. Det er en risiko for at en omplassering kan oppleves som en ulovlig gjengjeldelse overfor den arbeidstaker som har varslet. Spørsmålet er da om en omplassering av varsleren må anses som en gjengjeldelse, eller om det anses som en saklig utøvelse av styringsretten for å forhindre konflikteskalering.

I henhold til Fougner, intensiveres arbeidsgivers omsorgsplikt i en varslingssituasjon.¹²⁹ Det særskilte varslervernet er en *lex specialis* av arbeidsgivers alminnelige omsorgsplikt, og kommer følgelig i tillegg til de alminnelige reglene arbeidsgiver er underlagt. Forholdet mellom arbeidsgivers alminnelige plikt til å forhindre og håndtere konflikt, og ivaretagelsen av det særskilte varslervernet kan dermed tilsi en særlig aktsom ivaretagelse av saklighetskravet ved utøvelsen av styringsretten. På den måten kan arbeidsgivers intensiverte omsorgsplikt ivaretas der arbeidstakers varslervern støter mot de alminnelige reglene arbeidsgiver er underlagt.

¹²⁸ Wiersholm I s. 93.

¹²⁹ *Ibid.* s. 81.

Det må presiseres at arbeidsgivers plikt til å risikovurdere varslersens situasjon vil avhenge av at arbeidstakers ytring anses som et varsel i henhold til aml. § 2 A-1.¹³⁰ En forsvarlig saksbehandling vil følgelig kunne være avgjørende for at arbeidstakers risiko for gjengjeldelse ikke avhenger av arbeidsgivers vilje.

4.5 Arbeidsgivers saksbehandling av mottatt varsel

4.5.1 Almennlige rettslige krav til saksbehandling

Plikten til å saksbehandle og undersøke mottatte varsler er en viktig forutsetning for at operasjonaliseringen av varslervernet jf. aml. § 2 A-3 skal være oppfylt. Der slike rutiner er opprettet må de følgelig sikres etterlevd. Det fremgår av forarbeidene at formålet med varslingsrutinene er å sikre et åpent ytringsklima hvor det er lav terskel for å ytre seg om kritikkverdige forhold.¹³¹ Dersom arbeidstaker opplever at varselet ikke blir behandlet forsvarlig, vil lovgivers formål vanskelig ivaretas og varsleren kan komme til å føle utrygghet.¹³² Det er derfor avgjørende at arbeidsgiver ivaretar varsleren og saksbehandler varselet for at hensynene bak varslerretten blir etterlevd.

Det er krevende å utlede de konkrete kravene som stilles overfor arbeidsgiver til saksbehandling av et varsel, fra det eksisterende rettskildemateriale. De almennlige rettslige kravene til en forsvarlig saksbehandling, må imidlertid antas å gjøre seg gjeldende også ved saksbehandling av et mottatt varsel. Dette innebærer at arbeidsgiver må sikre en habil saksbehandling, ivaretagelse av kontradiksjonsprinsippet og kravet til konfidensialitet, samt undersøke det påståtte kritikkverdige forholdet. Det må dernest konkluderes om hvorvidt det foreligger et kritikkverdig forhold, og varsleren må gis en tilbakemelding.

4.5.2 Habilitet

Kravet til en habil saksbehandling er lovfestet for offentlig myndighet.¹³³ Prinsippet må imidlertid også gjelde i private virksomheter som følge av arbeidsgivers plikt til å sikre det særskilte varslervernet. At en person er ”inhabil” innebærer at det foreligger omstendigheter

¹³⁰ Eriksen (2017) s. 116.

¹³¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46.

¹³² Eriksen (2014) s. 192-193.

¹³³ Se lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker, kap. II.

som kan svekke tilliten til upartiske avgjørelser.¹³⁴ Dersom slike omstendigheter foreligger, vil saksbehandlingen mangle tillit. Vedkommende skal dermed ikke være med i behandlingen av den konkrete saken.

Ved saksbehandling av et varsel innebærer kravet til habilitet konkret, at for eksempel den eller de det er varslet om, ikke selv kan behandle saken. Det er nettopp den *ekstraordinære situasjonen* som setter krav til saksbehandlingen. Hensynet til å sikre en habil saksbehandling er grunnleggende for at varsleren skal kunne ha tillit til både undersøkelsen og vurderingen av det påståtte ”kritikkverdige forhold[et]”.¹³⁵ Der arbeidsgiver er inhabil, kan dette medføre at en sakkyndig part må bringes inn ved for eksempel bruk av eksterne granskere.

4.5.3 Kontradiksjon

Kravet til kontradiksjon er et grunnleggende rettsprinsipp som innebærer at de involverte parter må få innsyn i sakens dokumenter/bevis og få anledning til å uttale seg om forholdet.¹³⁶

Ved saksbehandling av et varsel innebærer kravet til kontradiksjon at den omvarslede, må få mulighet til å komme med sin versjon av saken og til å imøtegå påstanden om det kritikkverdige forholdet. Dette krever at den omvarslede må få innsyn i hvilke(t) kritikkverdige forhold vedkommende er anklaget for. Kravet er fremhevet i ”NAV-dommen” hvor lagmannsretten bemerket at arbeidsgiver hadde sørget for kontradiksjon i saken, noe som syntes å gå i favør av at det ikke forelå sviktende saksbehandling som gjengjeldelse ved varsling.¹³⁷

4.5.4 Konfidensialitet

Der arbeidstaker har varslet må ytringen håndteres konfidensielt.¹³⁸ Kravet til konfidensialitet fremgår av personopplysningsforskriften § 2-11 (1).¹³⁹ Plikten innebærer at personopplysninger ikke skal være tilgjengelig for andre personer enn de som skal ha lovlig tilgang.¹⁴⁰ Det fremgår av blant annet personopplysningsloven § 8 at behandling av personopplysninger kun skal utleveres der dette er nødvendig etter en konkret

¹³⁴ https://lovdata.no/artikkel/regler_om_habilitet/55 (Sist lest 10.desember 2017).

¹³⁵ Eriksen (2016) s. 444.

¹³⁶ Se f.eks. lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 1-1 (2) og Magnus Matningsdal, ”Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker”, *Jussens venner*, 2013 s. 1-115 (s. 2-3).

¹³⁷ LH-2016-36029.

¹³⁸ Eriksen (2014) s. 191.

¹³⁹ Forskrift 15. desember 2000 nr.1265 om behandling av personopplysninger.

¹⁴⁰ NOU 2009: 1 Individ og integritet: Personvern i det digitale samfunn s. 67.

interesseavveining. For arbeidsgiver betyr reglene at varslersens identitet må holdes konfidensiell, såfremt det ikke foreligger en tungtveiende og saklig interesseovervekt for noe annet.

4.5.5 Undersøkelse av faktum og konklusjon

En av hovedårsakene til at en konflikt eskalerer, er at arbeidsgiver ikke undersøker innholdet i varselet.¹⁴¹ Et fokus på de faktiske forholdene kan forhindre at forholdet omdefineres til en personalsak hvor arbeidstaker som har varslet blir problemet, fremfor innholdet i varselet. En undersøkelse av det påståtte kritikkverdige forholdet må ta utgangspunkt i de konkrete faktaopplysningene som ble fremlagt av varsleren under varslingsmottaket.¹⁴² Det som skal undersøkes er om innholdet i påstanden kan anses bevist. Der saksbehandler har fått tilstrekkelig informasjon, vil undersøkelsen kunne avsluttes og det kan konkluderes om det påståtte ”kritikkverdige forhold[et]” anses bevist.¹⁴³

4.5.6 Tilbakemelding til varslere

Der varselet er ferdig saksbehandlet, bør arbeidstaker gis en tilbakemelding. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har fremhevet viktigheten av at arbeidsgiver gir en tilbakemelding til varsleren etter en viss tidsperiode.¹⁴⁴ Tilbakemeldingen må inneholde en bekreftelse på at de påståtte ”kritikkverdige forhold[ene]” er undersøkt og konklusjonen til saksbehandleren, såfremt dette ikke strider mot den omvarslede sitt personvern.¹⁴⁵ Det avgjørende er at arbeidstaker ser at varselet blir behandlet og føler seg ivaretatt.

4.5.7 “Fengselsinspektør-dommen” som illustrasjon

”Fengselsinspektør-dommen” kan illustrere hvordan arbeidsgivers manglende vilje eller evne til å saksbehandle et varsel kan få betydning for videre varsling og konflikteskalering.¹⁴⁶ I saken hadde arbeidstaker varslet om en rekke kritikkverdige forhold, blant annet uhjemlet utbetaling av lønnstillegg, mangelfulle varslingsrutiner, bruk av tjenestebil som ikke var innrapportert til skattemyndighetene og urettmessig bruk av fengselets midler. Arbeidstaker

¹⁴¹ Eriksen (2016) s. 442-443.

¹⁴² *Ibid.* s. 445-446.

¹⁴³ Eriksen (2014) s. 194-195.

¹⁴⁴ Arbeids- og inkluderingsdepartementet (2008) s. 16.

¹⁴⁵ Eriksen (2014) s. 193 og 195.

¹⁴⁶ LB-2010-40623.

varslet totalt elleve ganger, hvor ble varslet seks ganger internt før det ble varslet eksternt. Lagmannsretten fant at arbeidstaker hadde varslet forsvarlig om de fleste av forholdene, og at flere av reaksjonene i utgangspunktet kunne anses som ulovlig gjengjeldelse. Lagmannsretten konkluderte likevel med at arbeidstaker ikke var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

I lagmannsrettens etterfølgende behandling, ble det i hovedsak fokusert på om arbeidsgivers styringsrettshandlinger var å anse som ulovlige gjengjeldelse. Konflikten eskalering ble dermed utelukket fra en rettslig prøving, til tross for at retten fant at arbeidsgiver hadde varslet flere ganger internt i fengselet. Retten fokuserte ikke på varsling som en prosess, og avgjørelsen synes dermed å mangle en analyse av arbeidsgivers plikt til å forhindre og løse konflikter ved selve varslingsmottaket. Det kan dermed stilles spørsmål ved rettens kunnskap om at en slik varslingsprosess også er et organisasjonspsykologisk fenomen. Konsekvensene er at arbeidsgivers manglende håndtering av varselet, ikke blir problematisert eller vektlagt.

4.5.8 Forholdet mellom kravet til forsvarlig saksbehandling og styringsretten

Plikten til å sikre arbeidstakers særskilte varslervern innebærer at arbeidsgiver ikke står fritt til å velge hvorvidt varselet skal saksbehandles. I det arbeidsgiver blir gjort oppmerksom på det påståtte ”kritikkverdige forhold[et]”, utløses en undersøkelsesplikt. Videre står arbeidsgiver ikke fritt til å bestemme hvordan forholdet skal undersøkes, da varslervernet setter *prosessuelle krav* til saksbehandlingen. Arbeidsgivers styringsrett må utøves innenfor de rammer som følger av kravet til en forsvarlig saksbehandling. På den måten kan arbeidsgiver hindre konflikt eller sikre at en oppstått konflikt ikke eskalerer. Med dette menes at det fokuseres på forholdet det varsles om, og ikke arbeidstaker som varsler.

4.6 Hvor langt kan utøvelse av arbeidsgivers styringsrett bli en ulovlig gjengjeldelse?

4.6.1 Forbudet mot ulovlig gjengjeldelse

Handlinger som er foretatt innenfor styringsrettens grenser, er i utgangspunktet lovlige handlinger. I flere av sakene som har vært behandlet i underrettene, påberopes arbeidsgivers styringsrett som en ulovlig gjengjeldelse. Underrettspraksis vil dermed kunne benyttes til å illustrere når arbeidsgivers styringsrett *de lege lata* blir ansett som en ulovlig gjengjeldelse jf.

aml. § 2 A-2 (1). Det er på det rene at underrettspraksis ikke har stor rettskildemessig vekt, men den vil kunne brukes som illustrasjon.

Det fremgår av aml. § 2 A-2 (1) at arbeidstaker er vernet mot ulovlig ”gjengjeldelse” ved varsling i henhold til aml. § 2 A-1. Ordlyden viser til negative reaksjoner rettet mot den arbeidstaker som har varslet, ved bruk av - og/eller unnlattelse av å bruke styringsretten. Tolkningen støttes av forarbeidene som har gitt uttrykk for at begrepet favner vidt, hvor ”enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling” i utgangspunktet omfattes.¹⁴⁷

I henhold til forarbeidene omfattes både ”uformelle” og ”formelle” sanksjoner av gjengjeldelsesforbudet.¹⁴⁸ Av formelle sanksjoner nevnes oppsigelse, suspensjon og avskjed. Videre er endring av arbeidsoppgaver og interne overføringer eksempler på mer uformelle reaksjoner. Lovgiver har fremholdt at arbeidstaker ikke har vern mot ”oppsigelse eller andre reaksjoner som er saklig/lovlige av andre grunner enn ytringen”.¹⁴⁹ Uttalelsen viser til at gjengjeldelsesforbudet må adskilles fra arbeidsgivers rettmessig utøvelse av styringsretten.

Lovgiver har tatt til orde for at arbeidsgiver må ha lov til å komme med motytringer, men at grensen trekkes der ytringen har ”karakter av gjengjeldelse”.¹⁵⁰ Ytringen kan få preg av subtil gjengjeldelse der arbeidstaker ”kalles inn på teppet” eller ”får instruksjoner eller advarsler”. Videre fremgår det at handlingen ”uansett ikke [må] ha karakter av trakassering”.¹⁵¹ I kraft av gjengjeldelsesforbudets vide anvendelsesområdet, omfattes arbeidsgivers alminnelige ansvar til å sikre et psykososialt arbeidsmiljø etter aml. § 4-3 (3).¹⁵²

Forskning fra GAP kan illustrere innholdet i de mer subtile formene for gjengjeldelse.¹⁵³ I forskningen ble det avdekket ulike teknikker en arbeidstaker ofte kan bli møtt med etter å ha varslet. For det første kunne varsleren bli møtt med såkalte direkte gjengjeldelseshandlinger hvor formålet var å undergrave varsleren.¹⁵⁴ Teknikkene innebærer svartelisting i bransje, isolering, fokus på varsleren og ikke innholdet i varselet, fratagelse av arbeidsoppgaver og negativ ryktespredning om at vedkommende var en problematisk ansatt. Ved den andre

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52 og Innst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 7.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 43.

¹⁴⁹ *Ibid.* 52.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Eriksen (2016) s. 60.

¹⁵³ Se også de svenske forarbeidene i SOU2014: 31 s. 280-281 hvor subtile former for gjengjeldelse i større grad er tydeliggjort enn i de norske forarbeidene.

¹⁵⁴ Devine (2011) s. 19-30.

reaksjonsformen som var tildekkingshandlinger, søkte arbeidsgiver å begrave selve innholdet i varselet.¹⁵⁵ Reaksjonene omfattet eksempelvis evigvarende granskning av det kritikkverdige forholdet uten konklusjon, underdrive eller overdrive varselets innhold, samt inhabil saksbehandling av varselet. Eksemplene kan gi nyttig kunnskap om rekkevidden og arten av de ulike gjengjeldelseshandlinger en arbeidstaker har risiko for å bli møtt med ved varsling.

I det følgende vil praksis fra underrettene bli brukt som eksempler for når arbeidsgiver styringsrett kan bli ansett som ulovlig gjengjeldelse.

4.6.2 Gjengjeldelseshandlinger: Krav til saklig grunnlag

Som illustrert ved ”E-postkjennelsen”, kan i utgangspunktet rettmessige styringsrettshandlinger bli ansett som ulovlig gjengjeldelseshandlinger i en varslingsituasjon.¹⁵⁶ I saken ble arbeidsgivers krav om innsyn i arbeidstakers e-postkonto ansett som en gjengjeldelse, til tross for det ville ha vært en rettmessig styringsretthandling i normalsituasjonen. Den *ekstraordinære situasjonen* som etableres ved varsling innebærer at ellers uproblematisk og legitime handlinger under styringsretten mister sin legitimitet, der den mangler saklig grunnlag i annen årsak enn varselet.

Spørsmålet om hvorvidt arbeidsgivers utøvelse av sin styringsrett etter forholdene kan kvalifiseres som en gjengjeldelse, belyses i ”Helgeavløser-dommen”.¹⁵⁷ I saken hadde en arbeidstaker varslet om trakasserende lederstil fra en av sine overordnede. Etter varslingen ble vedkommende utestengt fra videre vikariat i bofellesskapene og strøket fra turnuslister. Da arbeidstaker senere holdt på å inngå en midlertidig ansettelse ved voksenopplæringen og barnevernet, ble prosessen raskt avviklet av kommunen.

I utgangspunktet vil det være innenfor arbeidsgivers styringsrett å ta beslutninger om det løpende behovet for vikarer og hvem som skal ansettes i virksomheten. Lagmannsretten fant imidlertid i den konkrete saken at arbeidstaker ”som en dyktig og betrodd medarbeider i kommunen, aldri ville opplevd slik massiv utestengelse hvis det ikke hadde vært som gjengjeldelse”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibid.* s. 31-39.

¹⁵⁶ TOBYF-2007-124301- RG-2008-53.

¹⁵⁷ LA-2009-57115.

¹⁵⁸ *Ibid.* s. 7.

Opplysningene hadde gitt lagmannsretten ”grunn til å tro” at utestengelsen var en reaksjon på varselet, og bevisbyrden gikk over til kommunen som ikke hadde klart å ”sannsynliggjør[e]” at styringsrettsbeslutningen bygget på saklig grunnlag. Lagmannsretten konkluderte enstemmig med at utestengelsen var en ulovlig gjengjeldelse. Det faktum at arbeidsgiver ikke kunne påvise annet saklig grunnlag for utestengelsen, ble dermed utslagsgivende for at handlingen ble ansett som en ulovlig gjengjeldelse.

Motsetningsvis, ble det i ”Kulturskole-dommen” ikke ansett å foreligge gjengjeldelse ved en oppsigelse av arbeidstaker.¹⁵⁹ I saken hadde arbeidstaker varslet om kritikkkverdig bruk av finansieringsmodell knyttet til utbygging av kulturskolen. Lagmannsretten fant at oppsigelsen var saklig begrunnet i kommunens forhold og bemerket:

”Oppsigelsen hadde ingen sammenheng med varslingen fra [arbeidstaker] i 2006. Som påpekt innledningsvis besluttet kommunestyret å redusere bevilgningen til kultursektoren i budsjettet for 2014. Dette hadde blant annet sammenheng med at øremerkede midler fra staten ble fjernet ... Lagmannsretten finner ikke holdepunkter for at byrådet valgte nedskjæring av faget visuell kunst for å bli kvitt [arbeidstaker].”¹⁶⁰

Uttalelsen illustrerer at lagmannsretten ukritisk la til grunn at styringsrettshandlingen var begrunnet i kommunens forhold, uten noen inngående prøving av beslutningens saklighet. Lagmannsrettens vurdering samsvarer med at arbeidsgiver har en vidtrekkende beslutningskompetanse med få materielle begrensninger, der utøvelsen av styringsretten vedrører virksomhetsledelse, som omtalt i punkt 2.1.

Spørsmålet om en styringsrettshandling kan være en gjengjeldelse, illustreres også i den nevnte ”Fengselsinspektør-dommen”.¹⁶¹ I saken hevdet arbeidstaker å ha blitt utsatt for overvåkning grunnet innføring av utlånsrutiner ved fengselets arkiv. Lagmannsretten bemerket at handlingen ikke var noen typisk gjengjeldelseshandling, men at det etter omstendighetene kunne være en slik negativ reaksjon. Lagmannsretten fant imidlertid at begrensningene på arkivtilgangen var ”fornuftige forholdsregler” som var et ”utslag av

¹⁵⁹ LH-2016-63409.

¹⁶⁰ *Ibid.* s. 6.

¹⁶¹ LB-2010-40623.

arbeidsgivers saklige styrings- og instruksjonsrett”.¹⁶² Lagmannsretten konkluderte med at handlingen ikke var en ulovlig gjengjeldelse, men en saklig utøvelse av styringsretten.

Den foreliggende rettspraksisen kan tas til inntekt for at retten foretar en konkret vurdering av om styringsrettshandlingene er saklig begrunnet i andre forhold enn varselet. Det settes dermed krav til arbeidsgivers saklighet ved utøvelsen av styringsretten, der arbeidstaker har varslet i henhold til aml. § 2 A-1. Dersom det mangler årsakssammenheng mellom varselet og styringsrettshandlingen er det ikke en ulovlig gjengjeldelse, men en rettmessig utøvelse av styringsretten.

4.6.3 Betydningen av rettens metodiske tilnærming

I flere av sakene fra underrettspraksis har arbeidstaker påberopt *en rekke* negative reaksjoner som gjengjeldelse. Spørsmålet i det følgende er om rettens metodiske tilnærming kan være utslagsgivende for om styringsrettshandlinger anses som ulovlig gjengjeldelse.

”Sandviken sykehus-dommen” illustrer en statisk tilnærming til gjengjeldelsestematikken.¹⁶³ I saken hadde arbeidstaker varslet om blant annet mangler ved sikkerheten, rus blant ansatte, tyveri av tablett og medikamentsvinn ved et psykiatrisk sykehus. I etterkant av varslingene hevdet arbeidstaker seg utsatt for en rekke gjengjeldelseshandlinger, herunder omplassering, fratakelse av arbeidsoppgaver, trakassering, løpende mangel på omsorg og usynliggjøring. Lagmannsretten vurderte hver enkelt av de påberopte gjengjeldelseshandlingene konkret opp mot gjengjeldelsesforbudet, og kom frem til at arbeidstaker ikke hadde blitt utsatt for gjengjeldelse.

Det samme perspektivet ble forelagt i ”Fengselsinspektør-dommen”.¹⁶⁴ Arbeidstaker anførte å ha blitt utsatt for ni gjengjeldelseshandlinger knyttet til arbeidsgivers organisering av fengselet.

For samtlige av handlingene fremhold lagmannsretten ”etter sin art [kunne] være en slik ugunstig behandling som kan være gjengjeldelse”, til tross for å være såkalte ”atypiske”

¹⁶² *Ibid.* s. 13.

¹⁶³ TBERG-2007-136244. Dagjeldende aml. § 2-5 kom ikke til anvendelse da saken omhandlet forhold før lovens ikrafttredelse 1.januar 2007. Avgjørelsen kan imidlertid illustrere rettens metodiske tilnærming.

¹⁶⁴ LB-2010-40623.

gjengjeldelseshandlinger.¹⁶⁵ Lagmannsretten la dermed til grunn en vid forståelse av gjengjeldelsestematikken, i tråd med lovgivers intensjon.

Videre tok lagmannsretten, i likhet med ”Sandviken sykehus-dommen”, utgangspunkt i det statiske perspektivet hvor hver enkelt handling ble vurdert isolert opp mot gjengjeldelsesforbudet.

Ved spørsmålet om blant annet risikovurderingen av arbeidstakers kontorplassering utgjorde en gjengjeldelse, bemerket lagmannsretten at ledelsen måtte ”ha stor frihet til å foreta risikovurderinger” og at ”arbeidstaker ikke [er] vernet mot arbeidsgivers rettmessige bruk av styrings- og instruksjonsrett”.¹⁶⁶ Til tross for at det ikke var vanlig med risikovurdering ved mindre organisasjonsendringer, fant lagmannsretten at handlingen i det konkrete tilfellet var en rettmessig utøvelse av styringsretten.

Både ”Sandviken sykehus-dommen” og ”Fengselsinspektør-dommen” kan illustrert at selv om det er varslet forsvarlig og de påståtte gjengjeldelseshandlingene er funnet bevist, kan det være vanskelig for arbeidstaker å nå frem med at handlingene er en reaksjon på varselet. I ”Spesialpedagog-dommen” som blir behandlet nedenfor i punkt 4.6.5, fremholdt arbeidstaker at lagmannsretten måtte foreta en ”helhetsvurdering” av begivenhetsrekken i vurderingen av om det forelå gjengjeldelse, uten at lagmannsretten gikk nærmere inn på anførselen.¹⁶⁷

Etter mitt syn praktiserer lagmannsretten i ”Norweld-dommen” en mer moden forståelse gjengjeldelsestematikken, hvor det er rom for å se sammenhengen i mønsteret ved en gjengjeldelsesprosess.¹⁶⁸ Arbeidstaker anførte å ha blitt utsatt for en rekke negative handlinger som følge av å ha varslet om brudd på strålevernforskriften. Nærmere bestemt bestod reaksjonene i påstand om latterliggjøring, negative karakteristikker, utskjelling i kollegers påsyn, trusler om oppsigelse og arbeidsstedet ble forsøkt flyttet.

Lagmannsretten la enstemmig til grunn at ”totalinntrykket” av de påberopte negative reaksjonene hadde karakter av gjengjeldelse, herunder trakassering.¹⁶⁹ Den metodiske tilnærmingen skilte seg fra tingrettens tidligere vurdering, hvor hver enkelt påståtte

¹⁶⁵ *Ibid.* s. 10.

¹⁶⁶ *Ibid.* s. 13.

¹⁶⁷ LG-2015-16252 s. 7.

¹⁶⁸ LB-2009-36995.

¹⁶⁹ *Ibid.* s. 10.

gjengjeldelse ble vurdert isolert opp mot forbudet.¹⁷⁰ Tingrettens statistiske perspektiv førte til at de samme påberopte gjengjeldeshandlingene ikke ble rammet av gjengjeldelsesforbudet.

Den nevnte rettspraksisen kan illustrere at den metodiske tilnærmingen kan bli utslagsgivende for om arbeidsgivers styringsrettshandlinger anses rettmessig eller som ulovlige gjengjeldelser. En rekke mindre handlinger kan underbygge at man må se sammenhengen i en gjengjeldelsesprosess, da det motsetningsvis kan være fare for pulverisering av enkelthandlinger. Argumentet støttes av Wiersholm I, som la til grunn at de ulike reaksjonene overfor varslere ”samlet sett” representerte en gjengjeldelse.¹⁷¹ Sett i sammenheng med de svenske forarbeidene som beskriver varsling som en prosess, synes den ovennevnte rettspraksisen som gir anvisning på en helhetsvurdering ved spørsmål om gjengjeldelse, som den korrekte rettsanvendelsen. Forståelsen støttes av Bjørkelo og Eriksen som fremhever viktigheten av at rettsanvenderen har kunnskap om varslings- og gjengjeldelsesprosessen som organisasjonspsykologisk fenomen.¹⁷²

4.6.4 Delt bevisbyrde jf. aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum

Ved tvist om gjengjeldelse gjelder delt bevisbyrde jf. aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum.¹⁷³ Det fremgår av bestemmelsen at arbeidstaker er ansvarlig for å fremlegge bevis som gir ”grunn til å tro” at det foreligger gjengjeldelse. Den naturlige forståelsen av ”grunn til å tro” indikerer et lavere beviskrav enn ved det tradisjonelle kravet til sannsynlighetsovervekt i sivilprosessen. Lovgiver har uttrykt at det ”ikke [skal] stilles for strenge beviskrav”, hvor kravet oppfylt der arbeidstaker kan påvise at varselet og den negative reaksjonen kom tett på hverandre i tid.¹⁷⁴

Der arbeidstaker har gitt ”grunn til å tro” at det foreligger gjengjeldelse, må arbeidsgiver ”sannsynliggjør[e]” noe annet, for å ikke bli ansvarliggjort for ulovlig gjengjeldelse. Bevisbyrden er dermed delt ved kravet til årsakssammenheng. Ordlyden ”sannsynliggjør[e]” tilsier at beviskravet er høyere enn hva som gjelder overfor arbeidstaker. Det fremgår av forarbeidene at kravet innebærer at arbeidsgiver må kunne påvise ”sannsynlighetsovervekt for

¹⁷⁰ TOSLO-2008-85906.

¹⁷¹ Wiersholm I s. 102.

¹⁷² Eriksen (2014) s. 156-157 og Eriksen (2017) s. 115.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

¹⁷⁴ *Ibid.* s. 44 og 53.

manglende årsakssammenheng” ved at handlingen var ”begrunnet i andre forhold enn varslingen”.¹⁷⁵ Arbeidsgiver har således tvilsrisikoen for om det foreligger gjengjeldelse.

Den delte bevisbyrden er lovfestet i både aml. § 13-8, likestillingsloven og diskrimineringsloven. I Rt.2012 s. 424 som omhandlet aldersdiskriminering ved ansettelse, uttalte Høyesterett seg prinsipielt om den delte bevisbyrden i aml. § 13-8.

Om vilkåret ”grunn til å tro” uttalte Høyesterett følgende:

”... Den rene påstand om diskriminering er [ikke] nok til å flytte bevisbyrden over på arbeidsgiver. Det må påvises det forarbeidene omtaler som ”indikasjoner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling”. Loven bruker uttrykket ”grunn til å tro”, og med dette siktes klart nok til en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt ...”¹⁷⁶

Videre kom Høyesterett med generelle bemerkninger til kravet om at arbeidsgiver må ”sannsynliggjør[e]” manglende årsakssammenheng:

”... Arbeidsgiver må etablere en bevisovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet, og at det er arbeidsgiver som ”sitter igjen med tvilsrisikoen der det etter avsluttet bevisførsel fra begge parter fortsatt er tvil om det har forekommet diskriminering”... At bevisbyrden snus, har altså betydning for hvem tvil går utover.”¹⁷⁷

Det må kunne antas at vurderingen ville ha blitt den samme ved tvist om gjengjeldelse, da forarbeidene har fremhevet at prinsippet om delt bevisbyrde skal være samsvarende i de nevnte bestemmelsene.¹⁷⁸

Lovgiver har fremholdt at den delte bevisbyrden skal styrke varslervernet ved å gjøre det lettere for arbeidstaker å nå frem med påstand om gjengjeldelse.¹⁷⁹ Et motargument er imidlertid at den delte bevisbyrden kan føre til svekket rettsikkerhet for arbeidsgiver, ved at tvilsrisikoen påhviler arbeidsgiver der bevisene ikke gir et entydig svar. I forbindelse med innføringen av bestemmelsen drøftet departementets arbeidsgruppe om den delte bevisbyrden ville gjøre et for stort inngrep i styringsretten.¹⁸⁰ Arbeidsgruppen fremhevet at det ville være

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Rt.2012.424 avsnitt 38.

¹⁷⁷ *Ibid.* avsnitt 39-40.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

¹⁷⁹ Innst. O nr. 6 (2006-2007) s. 7.

¹⁸⁰ Arbeidsgrupperapport, *Ansattes yringsfrihet*, 2005 s. 125.

vanskelig for arbeidsgiver å motbevise gjengjeldelse, da utøvelsen av styringsretten baseres på arbeidsgivers subjektive oppfatninger av arbeidstaker og virksomhetens behov. Det må på den annen side kunne antas at arbeidsgiver i det store flertall av saker vil ha ”best tilgang til virksomhetsrelaterte opplysninger og som vil ha de beste forutsetningene for å føre bevis om slike spørsmål”, slik lovgiver har tatt til orde for.¹⁸¹

4.6.5 Den delte bevisbyrden i praksis

Den delte bevisbyrden kan ha særlig betydning der arbeidstaker hevder seg utsatt for trakasserende styringsrettshandlinger som gjengjeldelse. Arbeidstaker har et sterkere materielt og prosessuelt vern etter aml. §§ 2 A-2 jf. 4-3, der arbeidsgivers belastende handlinger har årsakssammenheng med varslet.¹⁸² Begrepet ”trakassering” i aml. 4-3 (3) viser til handlinger som oppleves krenkende, negative eller urimelige.¹⁸³ Trakasserende handlinger er ulovlig og faller følgelig utenfor arbeidsgivers styringsrett.

”Spesialpedagog-dommen” kan illustrere hvordan retten vurderer om det foreligger gjengjeldelse ved arbeidsgivers påståtte belastende styringsrettshandlinger.¹⁸⁴ I saken hadde en spesialpedagog som var tillitsvalgt varslet om kritikkverdige forhold i kommunen. Som reaksjon på varselet hevdet arbeidstaker å ha blitt ”kalt inn på teppet”, og ved utstøtelsesprosess som resulterte i omplassering. Arbeidstaker viste til den delte bevisbyrden, og anførte at det var den ”samlede belastningen” som var avgjørende for om styringsrettshandlingene var en gjengjeldelse.¹⁸⁵

Ved vurdering av om at arbeidstaker ble ”kalt inn på teppet” som gjengjeldelse bemerket lagmannsretten følgende:

”... Rektors initiativ - at hun «kalte [arbeidstaker] inn på teppet» som det har vært omtalt som - var [ikke] foranlediget av at [arbeidstaker] varslet om kritikkverdige forhold. Det rektor gjorde, var å ta opp kritikk fra kolleger med den medarbeider kritikken var rettet mot. Måten det ble gjort på var tilpasset det nivå konflikten befant

¹⁸¹ Innst. O nr. 6 (2006-2007) s. 7.

¹⁸² Momentet er fremhevet i Eriksen (2016) s. 60.

¹⁸³ Harald Pedersen, ”Kommentar til aml. § 4-3: Note 4”, *Arbeidsrett.no*, u.å. (Sist lest 10. desember 2017).

¹⁸⁴ LG-2015-16252.

¹⁸⁵ *Ibid.* s. 3.

*seg på da initiativet ble tatt: Det var kommet bekymringsmeldinger som rektor fant å burde forelegge A ...*¹⁸⁶

Lagmannsretten fant at initiativet var saklig begrunnet i måten arbeidstakeren kommuniserte på, og ikke varselet. Videre bemerket lagmannsretten at arbeidstaker ”selv [måtte] bære hovedansvaret for at konflikten eskalerte”.¹⁸⁷ Den samme begrunnelsen ble funnet å legitimere omplasseringen av arbeidstaker. Bevisbildet hadde dermed ikke gitt ”grunn til tro” at det forelå gjengjeldelse.

I juridisk teori er det fremhevet at den delte bevisbyrden i for liten grad problematiseres i praksis.¹⁸⁸ Anførselen til arbeidstaker om at det var den ”samlede belastningen” som måtte være avgjørende, ble som et eksempel ikke prinsipielt behandlet av retten. Lagmannsretten legitimerte i realiteten reaksjonene på bakgrunn av at arbeidstaker var en konfliktskapende person. Professor Jakhelln har i høringsuttalelsene gjort oppmerksom på risikoen med at retten i for stor grad fokuserer på varslersens opptreden, på bekostning av innholdet i varselet.¹⁸⁹ Det er også i juridisk teori fremhevet faren ved at arbeidstaker urettmessig blir gjort til årsaksfaktor, hvor risikoen er at arbeidsgivers styringsrett slår igjennom og rettferdiggjør arbeidsgivers gjengjeldelseshandlinger.¹⁹⁰

Også ”NAV-dommen” kan illustrere hvordan arbeidsgivers styringsrett påberopes som trakasserende oppførsel.¹⁹¹ I saken hadde arbeidstaker varslet i henhold til loven, og hadde følgelig varslervern. Arbeidstaker påstod å ha blitt utsatt for trakasserende styringsrettshandlinger fra fylkesdirektøren ved uthenging og kjeft på kontormøter.

Om handlingene måtte anses som ulovlig gjengjeldelse bemerket lagmannsretten følgende:

”Lagmannsretten anser like fullt at dørslamring, kopiadressat på e-post, fordeling av arbeidsoppgaver, tilstedeværelse på jobb og bruk av Facebook er forhold som ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å ta opp med sine medarbeidere. Det er ikke ført

¹⁸⁶ *Ibid.* s. 5.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Eriksen (2016) s. 243.

¹⁸⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 35.

¹⁹⁰ Eriksen (2016) s. 243-244.

¹⁹¹ LH-2016-36029.

*bevis for at dette er forhold som kun ble tatt opp med A, ikke med andre medarbeidere i den grad de var i samme situasjon.*¹⁹²

Lagmannsretten konkluderte med det var ”sannsynlighetsovervekt” for at handlingene var begrunnet i konkrete og tidsnære handlinger foretatt av arbeidstaker, samt fylkesdirektørens negative lederstil. Handlingene hadde ikke årsakssammenheng med varselet, og fylkesdirektørens handlinger var dermed en saklig utøvelse av styringsretten.

Uttalelsen om at det ikke var ”sannsynlighetsovervekt” indikerer at beviskravet praktiseres strengt overfor arbeidstaker. En slik forståelse samsvarer imidlertid ikke med det særskilte rettsvernet arbeidstaker har, ved det lavere beviskravet i ”grunn til å tro” jf. aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum.

I ”Spesialpedagog-dommen” og ”NAV-dommen” er det slik jeg tolker rettens vurderinger, vanskelig for arbeidstaker å nå frem bevismessig med påstand om gjengjeldelse, såfremt arbeidsgiver kan vise til saklig grunn for handlingen.¹⁹³ Det kan dermed synes som en påstand om gjengjeldelse der arbeidstaker *subjektivt* opplever styringsrettshandlingen som en negativ reaksjon på varselet, innebærer en høy prosessrisiko for arbeidstaker. I teorien er det uttrykt bekymring for at det kan være vanskelig å bevise subtil gjengjeldelse, til tross for den delte bevisbyrden, da rettsvitenskapen krever objektive bevis.¹⁹⁴ Dette står i motsetning til i psykologien hvor den subjektive forståelsen av konfliktens tema er det sentrale. Rettens kunnskap om de ulike konfliktmodellene knyttet til hvordan varsling kan utløse risiko for konflikt, kan dermed ha verdi rettens bevisvurdering.¹⁹⁵

4.6.6 Utelukker legitim utøvelse av styringsretten ansvar etter aml. § 2 A-2?

En handling som arbeidsgiver anser legitim i kraft av styringsretten, kan som illustrert oppleves som en ulovlig gjengjeldelse overfor den arbeidstaker som har varslet. Spørsmålet er om bevisregelen praktiseres for strengt i den ovennevnte rettspraksis. Det vil være relevant å benytte Høyesterettspraksis vedrørende påståtte trakasserende styringsrettshandlinger på arbeidsplassen, da gjengjeldelsesforbudet er en særregulering av det alminnelige arbeidsrettslige vernet.

¹⁹² *Ibid.* s. 8.

¹⁹³ Se også LB-2010-40623 hvor lagmannsretten oppstiller strengere beviskrav til arbeidstaker der de påståtte gjengjeldeshandlingene var ”atypiske”.

¹⁹⁴ Eriksen (2014) s. 170-171.

¹⁹⁵ *Ibid.*

Spørsmålet belyses av Høyesterett i den såkalte "Nera-dommen" som er inntatt i Rt. 2004 s. 1844. Saken gjaldt krav om erstatning på bakgrunn av psykisk skade hos en ansatt, som ble hevdet å ha årsakssammenheng med arbeidsgivers påståtte trakasserende lederstil.

I saken vektet Høyesterett noen moment som er verdt å fremheve.

Høyesterett fant det utvilsomt at arbeidstaker *subjektivt* sett hadde opplevd å bli trakassert.

Det var derimot ikke *objektive* holdepunkter for at arbeidsgivers utøvelse av styringsretten var å anse som trakassering av arbeidstaker.

I forlengelsen av vurderingen stilte Høyesterett spørsmål ved om arbeidsgiver *burde skjønne* at arbeidstaker var særlig sårbar, og dermed måtte behandles på en spesielt "skånsom måte".¹⁹⁶ I den konkrete saken fant ikke Høyesterett grunnlag for at arbeidsgiver burde skjønt dette, og arbeidsgiver ble ikke erstatningsansvarlig.

Det samme synspunktet legges til grunn i "Stryn apotek-dommen" i Rt.1997 s. 1506. Arbeidsgiver hadde her benyttet et betydelig omfang lapper til å detaljstyre hva som skulle blir gjort på arbeidsplassen. Handlingene lå i utgangspunktet innenfor arbeidsgivers styringsrett. Høyesterett fremhevet imidlertid at kommunikasjonsformen i den konkrete saken skapte inntrykk av at arbeidsgiver nedvurderte og overvåket de ansatte.

Ved spørsmålet om arbeidsgiver måtte stå ansvarlig for den belastningen detaljstyringen hadde påført arbeidstakerne, la Høyesterett vekt på at forholdet var tatt opp med arbeidsgiver. Med den kunnskapen hadde arbeidsgiver en "særlig plikt til å medvirke til å bedre forholdene".¹⁹⁷ Arbeidsgiver hadde ikke tilpasset handlinger etter at forholdet var tatt opp, og ble følgelig erstatningsansvarlig.

"Nera-dommen" og "Stryn apotek-dommen" illustrerer at i utgangspunktet saklige styringsrettshandlinger, ikke hindrer rettslig ansvar for arbeidsgiver. Ved vurderingen vektlegger Høyesterett at arbeidsgiver har en *særlig plikt* til å tilpasse styringsrettshandlingene der objektive omstendigheter tilsier at arbeidstaker er særlig sårbar, eller der forholdet er tatt opp med arbeidsgiver.

Vurderingsmomentene som er fremhevet av Høyesterett, ser ut til å være fraværende i den foreliggende underrettspraksisen om gjengjeldelsesforbudet. I "NAV-dommen" hadde for

¹⁹⁶ Rt.2004.1844 avsnitt 47.

¹⁹⁷ Rt.1997.1506. s. 1515.

eksempel arbeidstaker rapportert til arbeidsgiver om gjengjeldelse, uten at dette syntes å stille strengere krav til arbeidsgivers aktsomhet ved utøvelsen av styringsretten. Dette til tross for at arbeidstaker har et sterkere vern der arbeidsgivers ugunstige handlinger kan knyttes til en forutgående varslingssituasjon, ved den delte bevisbyrden i aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum.

Den delte bevisbyrden og den *ekstraordinære situasjonen* som etableres ved varsling tilsier at legitim utøvelse av styringsretten også i varslingstilfellene ikke utelukker ansvar for arbeidsgiver.

4.6.7 Trakassering og mobbing fra kolleger

I enkelte av sakene som har vært behandlet, påberoper arbeidstaker å ha blitt utsatt for gjengjeldelse fra kolleger og ikke fra arbeidsgiver.

Spørsmålet er om arbeidsgiver svarer for kollegers trakasserende gjengjeldeshandlinger.

I ”NAV-dommen” og ”Fengselsinspektør-dommen” ble gjengjeldelsesforbudet eksplisitt avgrenset til å kun gjelde overfor arbeidsgivers egne handlinger. I ”Fengselsinspektør-dommen” uttalte lagmannsretten at ”forbudet mot gjengjeldelser gjelder for arbeidsgiver” og at ”eventuelle negative reaksjoner som [arbeidstaker] må ha fått fra andre ansatte ved fengselet, faller utenfor”, uten at avgrensningen ble nærmere begrunnet.¹⁹⁸

Spørsmålet om arbeidsgiver svarer for trakassering fra kolleger ble mer direkte behandlet i ”Odfjell Drilling-dommen”.¹⁹⁹ I saken hevdet arbeidstaker å ha blitt utsatt for gjengjeldelse ved utfrysning og motstand fra kolleger etter å ha varslet. Under bevisførselen ble det klart at enkelte av kollegaene hadde kommet med negative bemerkninger, noe arbeidstaker hadde opplevd trakasserende.

Lagmannsretten bemerket følgende om forholdet:

”Men etter bevisførselen finner ikke flertallet grunnlag for at dette er kommet fra Odfjell eller ledelsen eller fra personer som de skulle svare for, ei heller at det er initiert av Odfjell ... At derimot enkelte kollegaer har misoppfattet situasjonen og/eller

¹⁹⁸ LB-2010-40623 s. 9.

¹⁹⁹ LG-2011-17283.

har kommet med ytringer som kan ha karakter av trakassering, eller mobbing, kan ikke Od fjell i utgangspunktet svare for.”²⁰⁰

Det er uklart hvor lagmannsretten utleder avgrensingen sin fra. Det kan tyde på en streng tolkning av lovgivers uttalelse om at ”arbeidsgivers reaksjoner må uansett ikke ha karakter av trakassering”, sammenholdt med uttalelsen om at gjengjeldelsesforbudet rammer ”arbeidsgivers egne handlinger, inkluder[t] handlinger til den som utøver styringsretten i arbeidsgivers sted, jf. aml. § 1-8”.²⁰¹ En slik avgrensing fører til inkonsistens i forhold til arbeidsgivers alminnelige ansvar til å verne arbeidstaker mot psykiske belastninger på arbeidsplassen jf. aml. § 4-3 (3).

Som behandlet i forbindelse med arbeidsgivers plikt til å risikovurdere arbeidstaker situasjon, bemerket Fougner at arbeidsgiver hefter for alle og at en unnløtelse av å bruke styringsretten vil kunne utgjøre en gjengjeldelse. Synspunktet støttes av arbeidsmiljølovens system, hvor arbeidsgiver har overordnet ansvar for at bestemmelsene etterleves jf. aml. § 2 -1.

Den foreliggende *rettspraksisen* illustrerer imidlertid at en unnløtelse av å bruke styringsretten til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø *de lege lata* ikke anses som en ulovlig gjengjeldelse. Det kan dermed synes som om retten i for liten grad ser koblingen mellom arbeidstakers varslervern og arbeidsgivers alminnelige ansvar til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø. Det er også fremhevet i juridisk teori at dersom arbeidstakers teoretiske varslervern ikke fungerer i praksis, vil effektivitetshensynet knyttet til varsling som avdekkingsmekanisme, vanskelig ivaretas.²⁰² For at arbeidstaker særskilte varslervern skal være reelt, bør derfor arbeidsgivers ansvar også omfatte en unnløtelse av å bruke styringsretten der dette er en reaksjon på varselet.

4.7 Særlig om betydningen av interne varslingsrutiner ved bevisvurderingen

Manglende håndtering av varselet og ivaretagelse av varsleren kan skyldes mangelfulle eller fraværende varslingsrutiner jf. aml. § 2 A-3.²⁰³ Bakgrunnen kan være at arbeidsgiver mangler

²⁰⁰ *Ibid.* s. 5.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

²⁰² Eriksen (2014) s. 170.

²⁰³ Se Wiersholm I s. 87-88 hvor varselet ikke ble behandlet forsvarlig grunnet manglende kunnskap om risikoforholdene ved varsling. Dette skyldtes manglende HMS-etterlevelse, og styrket troverdigheten av at det forelå gjengjeldelse.

kompetanse på området, eller at det mangler vilje grunnet eksistensen av illegitime krefter i virksomheten.²⁰⁴ Risikoen for at arbeidsgiver mangler vilje kan få utslag i hvilken risiko for gjengjeldelse arbeidstaker eksponeres for. Spørsmålet er da om fraværende eller mangelfulle varslingsrutiner kan få betydning for bevisvurderingen ved påstand om gjengjeldelse.

I juridisk teori er det fremhevet at arbeidstaker ikke bør rammes av at arbeidsgiver som den sterkeste part ikke har etterlevd plikten til å redusere risikoen for gjengjeldelse ved å opprette interne varslingsrutiner.²⁰⁵ Det fremgår at dette må få betydningen for kravet til bevis overfor de påståtte gjengjeldelseshandlingene og for kravet til årsakssammenheng mellom varselet og gjengjeldelsen - i arbeidsgivers disfavør.

Rettspraksis som behandler betydningen av interne varslingsrutiner ved påstand om gjengjeldelse, er begrenset. I ”Odfjell Drilling-dommen” ble fravær av interne varslingsrutiner kort berørt.²⁰⁶ I saken anførte arbeidstaker at Odfjell ”ikke hadde de nødvendige rutiner [med hensyn til] beskyttelse av varslere”.²⁰⁷ Mindretallet fulgte opp anførselen, og påpekte at ”Odfjells rutiner og samtaler mot den enkelte arbeidstaker var for dårlig”.²⁰⁸ Flertallet konkluderte imidlertid med at forholdet ikke hadde fått betydning for den konkrete saken.

Som illustrert i punkt 4.2.1, viser empirisk forskning at der virksomheten har opprettet interne varslingsrutiner, øker sjansen for at arbeidstaker blitt møtt med positive reaksjoner. At mangelfulle eller fraværende varslingsrutiner må være relevant ved kravet til bevis, som fremhevet i juridisk teori og av mindretallet i ”Odfjell Drilling-dommen”, synes dermed å være fornuftig. Argumentet støttes også av den risiko for at det er arbeidsgivers vilje som mangler, og ikke evne.

Det må videre presiseres at avgjørelsen i ”Odfjell Drilling-dommen” ble tatt før arbeidsgiver fikk en ubetingede plikt til å opprette varslingsrutiner. Før 1. juli 2017 var plikten, som behandlet i punkt 4.2.2, i hovedsak basert på refleksiv lovregulering. Det kan dermed være vanskelig for domstolen å overprøve virksomhetens etterlevelse av plikten, grunnet reguleringens skjønnsmessige karakter.

Ved at det nå oppstilles ubetingede lovfestede minimumskrav kan dette hevdes å ha

²⁰⁴ Eriksen (2014) s. 178.

²⁰⁵ Eriksen (2016) s. 438.

²⁰⁶ LG-2011-17283.

²⁰⁷ *Ibid.* s. 7.

²⁰⁸ *Ibid.*

potensiale til rettsutvikling. For det første, vil retten kunne ha en konkret rettsregel å forholde seg til. Denne formen for lovregulering er knyttet til den tradisjonelle lovreguleringen som er kjent for rettsanvenderen. Dette vil kunne gjøre det lettere for domstolen å overprøve om arbeidsgiver har oppfylt de lovfestede minimumskravene i sin virksomhet.

For det andre, vil tydeliggjøringen i aml. § 2 A-3 kunne bidra til et større fokus på arbeidsgivers preventive plikt til å forhindre og håndtere konflikter. Det kan tenkes at den ubetingede plikten til å opprette varslingsrutiner kan bidra til å understreke arbeidsgivers plikt til å sikre et forsvarlig varslingsmottak og ivaretagelse av varsler, i favør arbeidstaker der plikten ikke er oppfylt i fremtidige saker. For arbeidsgiver vil en slik rettsutvikling antas å kunne skjerpe etterlevelsen av de prosessuelle kravene til saksbehandling, noe som igjen vil påvirke styringsretten.

5 Avslutning

5.1 Begrepet “restkompetanse” ved varslings

Som forklart i kapittel 2, hevder Evju at styringsretten kun må forstås som en ”restkompetanse”. Det analytiske utgangspunktet er da i de rettslige begrensningene som omkranser styringsretten, for å kartlegge den beslutningskompetansen arbeidsgiver har igjen.

Arbeidsgivers plikt til å sikre arbeidstakers varslervern påvirker, som illustrert gjennomgående i kapittel 4, styringsretten på flere måter. Styringsretten påvirkes ved at arbeidsgiver i stor grad er pålagt å opprette interne varslingsrutiner jf. aml. § 2 A-3, hvor minimumskravene nå også må oppfylles. I tillegg har arbeidsgiver en plikt til å behandle varselet forsvarlig, herunder å ivareta arbeidstaker. Plikten samsvarer i stor grad med de tradisjonelle begrensningene som setter rammer for styringsretten, og synet på styringsretten som en ”restkompetanse”.

I en varslingsssituasjon vil arbeidsgiver måtte risikovurdere arbeidstakers situasjon i en dynamisk prosess. Med dette menes at kravene som settes overfor arbeidsgivers styringsrett, vil avhenge av konfliktens forløp, og partenes opptreden overfor hverandre. Arbeidsgivers styringsrett blir dermed situasjonsbetinget. Det vil være vanskelig for arbeidsgiver å kartlegge begrensningene som setter rammer for styringsretten i en varslingsssituasjon, da disse rammene ikke er statiske. Begrepet ”restkompetanse” viser til mer statiske begrensninger, som sier hvilken beslutningskompetanse arbeidsgiver sitter igjen med, og kan dermed synes noe misvisende i en varslingsssituasjon.

Som fremhevet av Thorkildsen og Drevland kan begrepet ”restkompetanse” ha ”makt over tanken”. Spørsmålet er da om man skal betrakte varslingsssituasjonen mer som en *situasjonsbestemt innsnevring av styringsretten*. Som illustrert i ”E-postkjennelsen” og ved den delte bevisbyrden i aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum, setter varslingsssituasjonen krav til arbeidsgivers styringsrett allerede fra det tidspunktet varselet er avgitt. Der arbeidsgiver ønsker å foreta i utgangspunktet legitime styringsrettshandlinger, må det kunne påvises en saklig grunn som ikke innebærer en reaksjon på varselet. Et åpent spørsmål vil da være om det er en bedre terminologi å si at *varslervernet slår igjennom overfor styringsretten* i varslingsssituasjonen. Debatten er for omfattende til å behandle i denne oppgaven, men

spørsmålet kan belyse en annen analytisk tilnærming, som kan ha potensiale til å påvirke rettanvenderens *forventninger* til rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett i en varslingssituasjon.

6 Kildeliste

6.1 Lover

Lov 17. mai 1814 om Kongerikets Noregs grunnlov (Grunnloven).

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven).

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov 1. desember 2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid).

6.2 Forskrifter

Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften).

Forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften).

6.3 Forarbeider

6.3.1 Norge

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Innst. O. nr. 6 (2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven.

NOU 2009: 1 Individ og integritet: Personvern i det digitale samfunn.

Prop. 72 L (2016-2017) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid).

6.3.2 Sverige

SOU 2014:31 Visselblåsare: Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

6.4 Dommer

6.4.1 Høyesterettsdommer

Rt.1997 s. 1506 ”Stryn apotek-dommen”

Rt. 2000 s. 1602 ”Nøkk-dommen”

Rt. 2001 s. 418 ”Kårstø-dommen”

Rt. 2004 s. 1844 ”Nera-dommen”

Rt. 2007 s. 1684

Rt. 2012 s. 424

6.4.2 Lagmannsrettsdommer²⁰⁹

LB-2009-36995 ”Norweld-dommen”

LA-2009-57115 ”Helgeavløser-dommen”

LB-2010-40623 ”Fengselsinspektør-dommen”

LG-2011-17283 ”Odfjell Drilling-dommen”

²⁰⁹ Sidetallene som er henvist til ved bruk av underrettspraksis i oppgaven baseres på nedlastbar struktur fra lovdata.no: ”med sammendrag” og ”med dokumenttekst” (uten merknader, fotnoter, innholdsfortegnelse).

LG-2015-16252 ”Spesialpedagog-dommen”

LH-2016-63409 ”Kulturskole-dommen”

LH-2016-36029 ”NAV-dommen”

6.4.3 Tingrettsdommer

TOSLO-2004-99016 ”Siemenssaken”

TOBYF-2007-124301–RG-2008-53 ”E-postkjennelsen”

TBERG-2007-136244 ”Sandviken sykehus-dommen”

TOSLO-2008-85906

6.5 Veiledninger, rapporter, mandat mv.

Arbeidsgrupperapport, *Ansattes ytringsfrihet*, 21. desember 2005.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *Varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen*, 2008. Hentet fra: <http://prosjekt.hib.no/forpro/wp-content/uploads/2012/09/10299490628652bfb1.pdf>

Regjeringen, *Mandat til utvalg som skal gjennomgå varslingsbestemmelsene*, 11. november 2016. Hentet fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/89fd876e89414511b67bda8914521f46/mandat-varslerutvalget---vedlegg-til-kongelig-resolusjon.pdf>

Trygstad, Sissel C, *Kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser*, Fafo-notat 2017:03.

Wiersholm I, ”Monika-saken”: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaeferes varsling, 25. juni 2015. Hentet fra:

https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monika-saken_web.pdf

6.6 Litteratur

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, 1967.

Andresen, Herbjørn, *Tilgang til og videreformidling av helseopplysninger. Regulering og kontroll på tvers av IT-systemer og organisatoriske grenser*, Ph.d.-avhandling, Universitetet i Oslo, juridisk fakultet, 2010.

Dege, Jan Tormod, *Den individuelle arbeidsrett del 2: Kapittel 34-54*, 2009.

Devine, Tom og Tarek F. Maassarani, *A handbook for committing the truth: The corporate whistleblower's survival guide*, 2011.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, 2001.

Eriksen, Birthe (red.), *Å bekjempe et samfunnsonde: Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*, 2014.

Eriksen, Birthe, *Arbeidstakers rett til å varsle om "kritikkverdige forhold" etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1): Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen, juridisk fakultet, 2016.

Eriksen, Birthe, "Varslingsprosessen: En kamp om definisjonsmakten", *Tidsskrift for human- og samfunnsvitenskap*, 2017 s. 108-119.

Evju, Stein, *Arbeidsrett: Utvalgte artikler 2001-2010*, 2010a.

Evju, Stein, "Styringsrett og restkompetanse", *Arbeidsrett*, 2010b s. 49-65.

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utg., 2016.

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg., 2006.

Jakhelln, Henning, "Arbeidsmiljølovens regler om varsling: Er varslers rettsvern en realitet eller en illusjon – eller «tar man spilleren, og ikke ballen»?", *Varsleren – viktig og verdig*, 2010 s. 385-448.

Matningsdal, Magnus, "Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker", *Jussens venner*, 2013 s. 1-115.

Matthiesen, Stig Berge, "Mottak av varsling", *Magma*, 2016 s. 27-38.

Skjønberg, Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., 2017.

Taraldset, Birthe, ”Selvregulering som sivil- og strafferettslig reguleringsmekanisme for forebygging og avdekking av korrupsjon”, *Tidsskrift for strafferett*, 2011 s. 7-44.

Thorkildsen, Tarjei og Tonje H. Drevland, ”Arbeidsgivers styringsrett - en «restkompetanse»”, *Arbeidsrett*, 2010 s. 30-48.

6.7 Andre kilder fra internett

Eriksen, Birthe, Uroen etter Robin Schaefer: Om Justisdepartementet trår feil nå, faller hele politireformen, *BT 29.juni 2015*, <https://www.bt.no/btmeneringer/kronikk/i/OEo2w/Uroen-etter-Robin-Schaefer> (Sist lest 10. desember 2017).

Engen, Runa Victoria, Svein Vestrum Olsson, Martin Herman Wiedswang Zondag og Ola Mjaaland, ”Varslene politiet fikk om Eirik Jensen”, *NRK 19.september 2017*, <https://www.nrk.no/norge/varslene-politiet-fikk-om-eirik-jensen-1.13696036> (Sist lest 10. desember 2017).

Jakhelln, Henning og Aili Kristin Stenseth, ”Kommentar til aml. § 2 A-3: Note 1”, *Arbeidsrett.no*, u.å. (Sist lest 10. desember 2017).

Jakhelln, Henning og Aili Kristin Stenseth, ”Kommentar til aml. § 2 A-3: Note 4”, *Arbeidsrett.no*, u.å. (Sist lest 10. desember 2017).

Jakhelln, Henning og Aili Kristin Stenseth, ”Kommentar til aml. § 2 A-3”, *Arbeidsrett.no*, u.å. note 7. (Sist lest 10. desember 2017).

Lindblad, Knut-Erik og Karianne Grindem, ”Nye #metoo-rutiner sørget for at ansatte begynte å varsle om Wathne”, *Dagbladet 07. desember 2017*, <https://www.dagbladet.no/kultur/nye-metoo-rutiner-sorget-for-at-ansatte-begynte-a-varsle-om-wathne/68993692> (Sist lest 08. desember 2017).

Lovdata, *Regler om habilitet*, u.å., https://lovdata.no/artikkel/regler_om_habilitet/55 (Sist lest 10. desember 2017).

NRK, *Monika-saken*, u.å., <https://www.nrk.no/nyheter/monika-saken-1.11998658> (Sist lest 10. desember 2017).

NRK, *Yara-korrupsjon*, u.å., <https://www.nrk.no/nyheter/yara-korrupsjon-1.11306890> og <http://e24.no/naeringsliv/vimpelcom/dette-er-vimpelcom-skandalen/23552186> (Sist lest 10. desember 2017).

Pedersen, Harald, ”Kommentar til aml. § 4-3: Note 4”, *Arbeidsrett.no*, u.å. (Sist lest 10. desember 2017).

Svanemyr, Sara og Geir Molnes, ”Dette er Vimpelcom-skandalen”, *E24 29.juni 2016*, <http://e24.no/naeringsliv/vimpelcom/dette-er-vimpelcom-skandalen/23552186> (Sist lest 10. desember 2017).