

Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers særskilte rettsvern ved varsling, jf. aml. § 2 A-4

*I hvilken grad innebærer det særskilte rettsvernet ved varsling i
aml. § 2 A-4 en innskrenkning av arbeidsgivers styringsrett?*

Kandidatnummer: 73

Antall ord: 14 991



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

INNHOLDSFORTEGNELSE	2
1. INNLEDNING	4
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING FOR OPPGAVEN	4
1.2 HISTORIE OG AKTUALITET	5
1.3 METODE.....	6
1.4 DEN VIDERE FREMSTILLINGEN OG AVGRENSNING	8
1.5 BEGREPSAVKLARING	9
1.5.1 Arbeidsgivers styringsrett	9
1.5.2 Arbeidsgivers omsorgsplikt.....	9
1.5.3 Forbudet mot gjengjeldelse.....	9
1.5.4 Varsling og varslar.....	10
2. DET NÆRMERE INNHOLDET I ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT	11
2.1 INNLEDNING	11
2.2 STYRINGSRETTE SOM «RETKOMPETANSE»	11
2.3 BEGRENSNINGER I STYRINGSRETTE.....	12
3. SAMMENHENGEN I REGELVERKET	13
3.1 ARBEIDSGIVERS OVERORDNEDE ANSVAR FOR ARBEIDSMILJØET OG KONFLIKTHÅNDTERING	13
3.2 ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER OM VARSLING	14
4. FORHOLDET MELLOM ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT OG VARSLERVERNET	15
4.1 VARSLINGSSITUASJONEN INNSKRENKER STYRINGSRETTENS REKKEVIDDE.....	15
4.1.1 E-postkjennelsen som illustrasjon.....	16
4.2 ARBEIDSGIVERS PREVENTIVE PLIKT TIL Å IMPLEMENTERE RUTINER FOR VARSLING, JF.....	18
AML. § 2 A-6.....	18
4.2.1 Hensyn bak arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling	18
4.2.2 Ubetinget plikt til å utarbeide rutiner for virksomheter med «minst fem arbeidstakere»	19
4.2.3 Krav om rutiner «dersom forholdene i virksomheten tilsier det»	19
4.2.4 Rutinene skal utarbeides i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte.....	20
4.2.5 Minimumskrav til varslingsrutinens utforming og innhold.....	20
4.2.6 Arbeidsgivers implementering av varslingsrutinene i virksomheten	21
4.3 VARSLINGSMOTTAK	22
4.3.1 Forsvarlig håndtering av varselet som en forutsetning for å hindre konflikteskalasjon	22
4.3.2 Arbeidsgivers plikter ved mottak av varsel.....	23
4.4. SAKSBEHANDLING AV MOTTATT VARSEL	24
4.4.1 Arbeidsgivers aktivitetsplikt ved håndtering av varselet, jf. § 2 A-3	24
4.4.2 Varselet må bli «tilstrekkelig undersøkt».....	25

4.4.3 Varselet må undersøkes innen «rimelig tid».....	26
4.5 PROSESSUELLE KRAV TIL SAKSBEHANDLINGEN.....	27
4.5.1 Habilitet.....	27
4.5.2 Kontradiksjon.....	27
4.5.3 Konfidensialitet.....	28
4.6 ARBEIDSGIVERS OMSORGSPLIKT	29
4.6.1 Arbeidsgivers plikt til å forebygge gjengjeldelse.....	29
4.6.2 Hvilke tiltak må arbeidsgiver sørge for?	30
4.6.3 Når er det «nødvendig» med tiltak?.....	31
4.7 FORHOLDET MELLOM ARBEIDSGIVERS OMSORGSPLIKT OG STYRINGSRETT	32
4.7.1 Hvordan påvirker risikovurderingen arbeidsgivers styringsrett?	32
4.7.2 Styringsrettshandlinger utøvd i omsorgsøyemed: Grenser til gjengjeldelsesforbudet	33
4.8 SAMSPILLET MELLOM ARBEIDSGIVERS AKTIVITETSPLIKT OG OMSORGSPLIKT	35
5. DEN NÆRMERE GRENSEN FOR LEGITIM UTØVELSE AV STYRINGSRETTE OG USAKLIGE	
GJENGJELDSESHANDLINGER, JF. AML. § 2 A-4	37
5.1 FORBUDET MOT GJENGJELDelse	37
5.2 KRAV TIL ANNET SAKLIG GRUNNLAG	38
5.3 UTELUKKER SAKLIG UTØVELSE AV STYRINGSRETTE I SEG SELV ANSVAR ETTER AML. § 2 A-4?	40
5.4 VARIASJONER I RETTENS METODISKE TILNÆRMING.....	42
5.5 DEN DELTE BEVISBYRDE.....	44
5.6 RETTENS PRAKTISERING AV DEN DELTE BEVISBYRDE.....	46
5.7 SÆRLIG OM GJENGJELDelse VED UNNLATELSE	49
5.8 SÆRLIG OM RELEVANSEN AV MANGLENDE INTERNE RUTINER FOR VARSLING	51
6. AVSLUTNING.....	53
LITTERATURLISTE.....	55

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling for oppgaven

Masteroppgavens tema er forholdet mellom arbeidsgivers ulovfestede styringsrett og det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling etter arbeidsmiljøloven. Oppgaven vil særlige belyse grensen mellom saklig og legitim utøvelse av styringsretten og rettsstridige gjengjeldelseshandlinger som rammes av forbudet i arbeidsmiljøloven § 2 A-4.¹

Arbeidsgivers styringsrett innebærer at arbeidsgiver ensidig kan foreta en rekke beslutninger som påvirker arbeidstaker sin arbeidssituasjon. Når en arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen i henhold til aml. §§ 2 A-1 og 2 A-2, utløses et særskilt varslervern etter aml. § 2 A-4. Det særskilte varslervernet kommer i tillegg til det alminnelige yringsfrihetsvernet i Grunnloven § 100.²

Varslingsinstituttet er avgjørende for at kritikkverdige forhold avdekkes og opphører når de ordinære mekanismene for virksomhetens styring og kontroll svikter.³ Det særskilte varslervernet er ment å realisere et effektivt varslingsinstitutt. Når arbeidsgiver plikter å sikre arbeidstaker dette særskilte varslervernet, vil det imidlertid kunne sette grenser for styringsretten.

Beslutninger som i en normalsituasjon vil anses som legitim utøvelse av styringsretten, vil etter omstendighetene kunne anses som en gjengjeldelse mot arbeidstaker som har varslet, dersom handlingen eller unnlatsen er å anse som en respons på varselet, jf. aml. § 2 A-4. Hvordan styringsretten påvirkes av gjengjeldelsesforbudet, er imidlertid ikke helt klart ut fra rettskildebildet. Oppgaven vil søke å belyse temaet gjennom følgende problemstilling:

I hvilken grad innebærer det særskilte varslervernet i aml. § 2 A-4 en innskrenkning av arbeidsgivers styringsrett.

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

² Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges grunnlov.

³ NOU 2018: 6 s. 31-32.

1.2 Historie og aktualitet

Før reglene for varsling ble lovfestet, var det rettslige utgangspunktet at arbeidstakere hadde rett til å ytre seg om kritikkverdige forhold i kraft av den alminnelige ytringsfriheten etter GrL § 100, og at en innskrenkning av denne krevde særskilt hjemmelsgrunnlag. I denne sammenheng var et slikt aktuelt grunnlag, særlig arbeidstakers lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver.

I 2007 ble det for første gang lovfestet en særregulering av varsling i arbeidsmiljøloven, hvilket representerte en nyskaping idet arbeidstaker ble særskilt vernet mot gjengjeldelse gjennom reglene for delt bevisbyrde og erstatning. I 2017 ble særreglene om varsling plassert i et eget kapittel i arbeidsmiljøloven - kapittel 2 A. Bakgrunnen var blant annet at lovgiver ønsket å tydeliggjøre sammenhengen mellom de materielle reglene for varsling og arbeidsgivers preventive plikt til å verne arbeidstaker gjennom implementering av varslingsrutiner.⁴

Varslervernets aktualitet viser seg ved at lovgiver på nytt har foretatt endringer i varslingsreglene. Den 1. januar 2020 innførte lovgiver flere endringer i arbeidsmiljølovens kapittel 2 A med det formål å styrke varslernes situasjon, samt presisere det allerede eksisterende regelverket. Her ble det blant annet lovfestet i § 2 A-3 at arbeidsgiver har en aktivitets- og omsorgsplikt overfor sine arbeidstakere. Videre ble det innført en regel om arbeidstakers rett til erstatning for økonomisk tap uten hensyn til arbeidsgivers skyld etter § 2 A-5.

Aktualiteten av temaet kan videre illustreres ved at EU vedtok et nytt EU-direktiv i slutten av 2019 om vern av varslere.⁵ Direktivet skiller seg fra de norske reglene om varsling i arbeidsmiljøloven, og inneholder flere materielle bestemmelser som ikke finnes i norsk rett. Direktivets EØS-relevans og rettslige konsekvenser er i skrivende stund under vurdering.

Rettsutviklingen viser en klar trend mot en stadig mer omfattende vernelovgivning til fordel for arbeidstaker som varsler. I takt med denne rettsutviklingen har arbeidsgivers saklige

⁴ Prop. 72 L (2016-2017) s. 15-16.

⁵ Direktiv (EU) 2019/1937

spillerom for utøvelse av styringsretten blitt innskrenket, til fordel for den varslende arbeidstaker.

Behovet for en sterk verneavgivning av varslere, viser seg ved at én av fem arbeidstakere som varsler, opplever sanksjoner i etterkant av varslingen.⁶ Samtidig er frykten for gjengjeldelse den viktigste grunnen til at arbeidstakere velger å ikke varsle.⁷ Statistikken gir grunn til å analysere rammene for arbeidsgivers styringsrett i en varslingssituasjon og denne rettens grense til gjengjeldelsesforbudet.

Den samfunnsmessige verdien av at varslere tør å stå frem, kan illustreres blant annet ved Monika-saken, samt Telenor/Vimpelcom-saken og Yara-saken. Sakene viser at varslernes posisjon som ansatte i de respektive virksomhetene gir verdifull innsikt i virksomhetsrelaterte forhold som vanskelig blir avdekket på annet vis. For at de kritikkverdige forholdene skal kunne bli avdekket i samfunnets interesse, kan det derfor være avgjørende at varsleren velger å ta den personlige risikoen ved å varsle.

1.3 Metode

Det foreligger et begrenset utvalg rettskilder som tar for seg forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og det særskilte varslervernet etter aml. § 2 A-4. Dette medfører metodiske utfordringer for analysen.

Lovendringene i arbeidsmiljøloven kapittel 2 A innebærer at forarbeidene har høy rettskildemessig vekt. Lovgiver har imidlertid ikke gitt spesifikke og tydelige signaler med hensyn til hvilke konkrete krav eller plikter som påvirker arbeidsgivers styringsrett i en varslingssituasjon. Heller ikke grensen mellom legitime styringsrettshandlinger og ulovlige gjengjeldeshandlinger er det direkte tatt stilling til av lovgiver. Problemstillingen er noe berørt i *NOU 2018:6 Varpling – verdier og vern*, men utvalget trekker ikke noen direkte konklusjoner fra kildene.

⁶ Trygstad og Ødegård (2019) s. 39.

⁷ Ibid. s. 33.

Varslingsreglene har ennå ikke blitt prøvd av Høyesterett, selv om flere rettsavgjørelser har blitt forsøkt fremmet. Det foreligger imidlertid et begrenset utvalg rettsavgjørelser fra tingrettene og lagmannsrettene som tar for seg spørsmålet om anført gjengjeldelse skal anses som saklig utøvelse av styringsretten. Den rettskildemessige vekten av dommer fra underinstansene er ikke like høy som avgjørelser fra Høyesterett. Vekten kan likevel sies å øke der hvor avgjørelsen er underlagt drøftelse i den juridiske teori.⁸

Rettspraksis fra underinstansene vil først og fremst bli brukt for å illustrere hvordan vernet mot ulovlig gjengjeldelse så langt har blitt forstått og anvendt i domstolene. For enkelte problemstillinger er det også nødvendig å se nærmere på variasjoner i flertallet og mindretallets metode og argumentasjonslinjer. Videre vil høyesterettspraksis fra tilgrensede rettsområder bli brukt som supplerende kilde der denne kan ha overføringsverdi for å løse oppgavens rettsspørsmål.

Det begrensede rettskildematerialet fra rettspraksis gir samtidig rom for å trekke inn formåls- og systembetraktninger, samt reelle hensyn i analysen. *De lege ferenda*-betraktninger vil derfor supplere analysen der dette er naturlig.

I den juridiske litteraturen finnes advokatfirmaet Wiersholms omfattende og grundige granskningsrapport (heretter Wiersholm I) av Monika-saken.⁹ Rapporten kan anses som en rettsoppfatning, og har derfor tilsvarende vekt som juridisk litteratur.¹⁰ Videre tar Birthe Eriksen og Karianne Nilsen Eidsheim for seg grensen mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern i en juridisk artikkel ut fra varslingsreglene slik de lød i 2018.¹¹ I tillegg finnes det annen juridisk litteratur som tar for seg varslingsreglene som gjaldt før lovendringen i år.¹²

Varsling som fenomen ligger i krysningspunktet mellom juss og psykologi. Dette fordrer en tilnærming til de juridiske spørsmålene som inkorporerer forskning fra organisasjonspsykologiske prosesser som viser hvordan konflikt håndteres mellom

⁸ Eckhoff (2001) s. 162.

⁹ Wiersholm I (2015).

¹⁰ Eckhoff (2001) s. 23, 270.

¹¹ Eriksen og Eidsheim (2018).

¹² Se eksempelvis Eriksen (2016).

arbeidsgiver og arbeidstaker i varslingssituasjonen.¹³ En slik tilnærming kan også gi grunnlag for en bedre forståelse av hvordan arbeidsgivers styringsrett påvirkes alt etter hvordan det særskilte varslervernet gjør seg gjeldende i de ulike fasene av varslingsprosessen.

1.4 Den videre fremstillingen og avgrensning

Oppgavens fokus er å belyse hvordan det særskilte varslervernet i aml. § 2 A-4 virker inn på de ulike trinnene i varslingsprosessen, og hvordan dette i sin tur påvirker arbeidsgivers styringsrett.

Innledningsvis vil det i det følgende gis en kort oversikt over begrepsavklaring.

I kapittel 2 vil det gis en oversikt over arbeidsgivers styringsrett, og hvilke begrensninger som gjelder for styringsretten i sin alminnelighet. Dette for å etablere et rettslig utgangspunkt for hvilket rom for innskrenkning som i utgangspunktet finnes for styringsretten, og slik sett danne grunnlaget for analysen av hvordan arbeidstakers varslervern særskilt virker inn.

I kapittel 3 vil det redegjøres for arbeidsmiljølovens regler for varsling for å plassere det særskilte varslervernet i en rettslig kontekst. Kapittelet vil illustrere hvordan varslingsreglene fungerer som et regelverk i samspill.

I kapittel 4 vil forholdet mellom styringsretten og det særskilte varslervernet analyseres ut fra hvilke preventive og semipreventive plikter som påhviler arbeidsgiver i den tidlige fasen av varslingsprosessen. Dette gjelder plikt til å implementere varslingsrutiner, saksbehandling og oppfølging av et konkret mottatt varsel og den enkelte varsler.

I kapittel 5 vil det nærmere forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og gjengjeldelsesforbudet etter aml. § 2 A-4 analyseres. Kapittelet vil vise hva som skjer når det særskilte varslervernet støter på styringsretten.

¹³ Se eksempelvis Eriksen (2014) s. 161-165 som viser konfliktmodeller for varslingsprosessen.

Avslutningsvis vil kapittel 6 angi hvilke hovedtrekk som kan utledes av rettstilstanden, samt vurdere behovet for bedre harmonisering av varslingsreglene og videre avklaring i rettspraksis.

1.5 Begrepsavklaring

1.5.1 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers styringsrett er tradisjonelt sett definert som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, fordele og kontrollere arbeidet.¹⁴ Arbeidsgiver er med dette gitt en utstrakt kompetanse til å ensidig foreta beslutninger som påvirker arbeidstakers arbeidsforhold. Retten begrenses av lov, tariffavtale, individuelle arbeidskontrakter og allmenne saklighetsnormer.

1.5.2 Arbeidsgivers omsorgsplikt

Arbeidsgivers omsorgsplikt er et alminnelig arbeidsrettslig prinsipp som også kommer til uttrykk flere steder i arbeidsmiljøloven. Arbeidsgivers omsorgsplikt i en varslingssituasjon er nå lovfestet i § 2 A-3 annet ledd. Plikten kan ses på som et utslag av at arbeidsgiver som den sterke kontraktspart, har et særlig ansvar overfor den presumtivt svakere arbeidstaker.

1.5.3 Forbudet mot gjengjeldelse

Gjengjeldelse defineres i arbeidsmiljøloven som «enhver ugunstig handling, praksis eller unnlattelse som er en følge av eller en reaksjon på at arbeidstaker har varslet», jf. § 2 A-4 annet ledd første punktum. I loven er det nå listet opp eksempler på hva gjengjeldelse kan være, og loven nevner blant annet sosial ekskludering, omplassering og oppsigelse. Eksempelene er en ikke-uttømmende liste av hva som kan regnes for gjengjeldelse i lovens forstand.

¹⁴ Se blant annet Andersen (1967) s. 149, samt Rt. 2000 s. 1602.

1.5.4 Varsling og varsler

Arbeidsmiljøloven gir arbeidstaker rett til «å varsle» etter § 2 A-1, men benytter ikke begrepet «varsler» i loven. Loven inneholder heller ingen legaldefinisjon av hva «varsling» er. I forarbeidene brukes begrepet «varslere» og varsling beskrives som «det å si fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen til noen som direkte eller indirekte kan ha myndighet til å gjøre noe med det».¹⁵

Etter aml. § 2 A-4 første ledd første punktum heter det at «[g]jengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med §§ 2 A-1 og 2 A-2, er forbudt». Kontekstuellet kan det derfor tolkes at varslervernet oppstår når en «arbeidstaker» varsler i henhold til aml. § 2 A-2 om «kritikkverdige forhold» på arbeidsplassen. Det er altså situasjonen hvor arbeidstakeren blir oppmerksom på mulige kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, at vernet blir utløst. På denne måten kan det sies at arbeidstakeren får status som «varsler» på dette stadiet. Etter loven gjelder varslingsretten også for innleid arbeidstaker, jf. § 2 A-1 første ledd annet punktum, samt en utvidet personkrets i § 1-6 første ledd, hvor blant annet vernepliktige omfattes.

I praksis kan det imidlertid være vanskelig å angi et spesifikt tidspunkt for når «varslingen» skjer, og forskning viser at varsling ofte er en prosess og ikke noe som skjer gjennom en enkelthendelse.¹⁶ I forarbeidene blir varslingsprosessen beskrevet som en beslutningsprosess som skjer i fire trinn.¹⁷ Det første steget innebærer at arbeidstakeren må vurdere om det han eller hun har observert eller erfart er kritikkverdig. Det neste steget er en vurdering om vedkommende vil melde fra om forholdet og eventuelt hvem et varsel skal rettes til.¹⁸ Dersom arbeidstaker velger å varsle, vil neste steg være at arbeidsplassen hvor det påstått kritikkverdige forholdet har funnet sted, må vurdere hvordan det mottatte varselet skal følges opp. Til slutt følger en vurdering av hvordan virksomheten skal følge opp varsleren, herunder om denne skal belønnes eller sanksjoneres for sin varsling.¹⁹

¹⁵ NOU 2018: 6 s. 23.

¹⁶ Eriksen (2016) s. 32.

¹⁷ NOU 2018: 6 s. 25.

¹⁸ Ibid. s. 26.

¹⁹ Ibid. s. 26.

Videre åpner loven i aml. § 2 A-2 for at det kan varsles til tre ulike «nivå». Det kan varsles internt innenfor egen virksomhet, eksternt til offentlige myndigheter eller til offentligheten gjennom media og lignende.

2. Det nærmere innholdet i arbeidsgivers styringsrett

2.1 Innledning

Utgangspunktet for den materielle kjernen av arbeidsgivers styringsrett, er arbeidsgivers rett til å organisere, lede, fordele og kontrollere arbeidet til sine ansatte. Det eksakte innholdet av arbeidsgivers styringsrett og rekkevidden av denne må imidlertid vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

I teorien sondres det mellom styringsrettsbeslutninger innenfor virksomhetsledelse og arbeidsledelse.²⁰ Virksomhetsledelse kan karakteriseres som de beslutninger som tas på overordnet nivå om virksomheten som sådan, herunder endringer i organisasjonen og salg eller nedleggelse av denne.²¹ Beslutningsrommet innen virksomhetsledelse er betydelig større enn ved arbeidsledelse, selv om konsekvensene som sådan kan være mer inngripende for den enkelte arbeidstaker. For individuell arbeidsledelse utgjør begrensningene i styringsretten derimot omfattende materielle skranker. Det er her tale om beslutninger som knytter seg til den daglige drift av virksomheten, som for eksempel omplassering eller endring i arbeidsoppgaver.²² Det er styringsrettsbeslutninger innen denne formen for ledelse denne oppgaven vil konsentrere seg om.

2.2 Styringsretten som «restkompetanse»

I den juridiske teori er det presentert flere fremstillinger for å vurdere hvordan styringsretten skal analyseres. Den mest prominente i denne sammenheng er Stein Evjus fremstilling av styringsretten:

²⁰ Fougner (2016) s. 163.

²¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 110 og Fougner (2016) s. 158.

²² Fougner (2016) s. 160.

*«I et rettslig perspektiv er det sentrale at styringsretten er begrenset – den er «inngjerdet av begrensninger». Arbeidsgiveren kan ikke rettsgyldig treffe beslutninger eller gi påbud i strid med lov eller de forpliktelser (skranker) som følger av tariffavtale eller arbeidsavtale. Det er ut fra en slik betraktning jeg har fremholdt at styringsretten (bare) er en «restkompetanse»».*²³

Som analytisk verktøy fremholder Evju at arbeidsgivers styringsrett «ikke [er] 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 avtaler. Derfor er det dette siste som må tas som utgangspunkter, og undersøkes først, for å fastslå om det er igjen «beslutningsrom» for arbeidsgiveren».²⁴

Synspunktet har møtt kritikk i teorien, og særlig uttalelsen om at styringsretten «ikke er et selvstendig, uavhengig rettsgrunnlag» har vært gjenstand for diskusjon. Fougner har blant annet uttalt at «[d]ersom styringsretten ikke regnes som noe naturlig utgangspunkt, vil fokuset på grensene gjennom lov og avtale, gi mindre rom for styringsrett, enn om styringsretten ses på som et alminnelig utgangspunkt for vurderingen av kompetansespørsmålet».²⁵ Evju har senere presisert sitt standpunkt og fremholdt at styringsretten er et selvstendig rettsgrunnlag, men likevel ikke et uavhengig rettsgrunnlag.²⁶

Striden i juridisk teori relateres først og fremst til begrepsbruken og innfallsmetoden for hvordan styringsretten skal betraktes. Styringsrettens materielle kjerne, eller det faktum at styringsretten er begrenset, synes likevel ikke å være omtvistet i teorien.

2.3 Begrensninger i styringsretten

Generelt kan styringsretten begrenses av lov, tariffavtale og individuelle arbeidskontrakter.²⁷ Høyesterett har imidlertid også slått fast at styringsretten kan begrenses av allmenne

²³ Evju (2010a) s. 41.

²⁴ Ibid. s. 41-42.

²⁵ Fougner (2016) s. 157.

²⁶ Evju (2010b) s. 58.

²⁷ Jakhelln (2006) s. 49.

saklighetsnormer. I Rt. 2001 s. 418 på s. 427 uttalte Høyesterett at «[s]tyringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn». Dette synspunktet er opprettholdt og på noen måter videreutviklet i senere rettspraksis, se blant annet Rt. 2009 s. 1465.

Kravet til saklighet gjenspeiles i arbeidsgivers saksbehandling ved mottak, behandling og oppfølging av varsling, jf. aml. § 2 A-6, som vi skal se under punkt 4.3.1. Kravet til saklighet har også en side til gjengjeldelsesforbudet, som vil bli behandlet under punkt 5. Den nærmere rekkevidden av de allmenne saklighetsnormene som begrensning av styringsretten som sådan vil imidlertid ikke bli behandlet nærmere her.

3. Sammenhengen i regelverket

3.1 Arbeidsgivers overordnede ansvar for arbeidsmiljøet og konflikthåndtering

Arbeidsgiver har en alminnelig plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. §§ 3-1, 4-1, 2-1. Ansvarer omfatter både det fysiske arbeidsmiljøet, så vel som det psykososiale. Arbeidsgivers ansvar for å sørge for et forsvarlig psykososialt miljø er nærmere regulert i § 4-3. Her gjelder blant annet en plikt til å forebygge og håndtere mobbing og trakassering, jf. § 4-3 tredje ledd. Denne plikten gjelder uansett hva som måtte være bakgrunnen for situasjonen som er oppstått. Plikten rekker med dette videre enn den plikt arbeidsgiver har etter § 2 A-4 til å hindre gjengjeldeshandlinger som kommer som en reaksjon på varselet.

Plikten til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø påhviler altså ikke arbeidsgiver bare ved konkrete hendelser som varsling. Reglene for å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø som kommer til uttrykk blant annet i § 3-1 og § 4-1, gjelder løpende i arbeidsforholdet, og kommer *i tillegg* til det særskilte varslervernet i § 2 A-4. For varslings situasjonen, kommer den preventive dimensjonen av arbeidsgivers ansvar for et forsvarlig arbeidsmiljø nå til uttrykk i § 2 A-3 annet ledd.

Reglene for arbeidsgivers ansvar for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø kan ses som utslag av det ulovfestede prinsippet om arbeidsgivers omsorgsplikt. Slik sett kan både de generelle reglene

for arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet, arbeidsgivers ulovfestede omsorgsplikt og de konkrete reglene for varsling, virke inn på og begrense arbeidsgivers styringsrett i en varslingssituasjon.²⁸

3.2 Arbeidsmiljølovens regler om varsling

Arbeidsmiljølovens regler om varsling henger sammen, og må derfor forstås i lys av hverandre.²⁹ Etter § 2 A-1 kan arbeidstakere varsle om «kritikkverdige forhold» på arbeidsplassen. Ordlyden presiserer nå at dette gjelder «forhold som er i strid med rettsregler, skriftlige etiske retningslinjer i virksomheten eller etiske normer som det er bred tilslutning til i samfunnet», jf. § 2 A-1 annet ledd. Lovgiver sin intensjon er at forholdene generelt bør ha en viss allmenn interesse før ytringen kan fremsettes.³⁰ Dertil kommer lovtekstens presisering om at ytringer om «forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold regnes ikke som varsling», med mindre forholdet omfattes av bestemmelsens annet ledd, jf. § 2 A-1 tredje ledd.

Sammen med § 2 A-2 danner reglene utgangspunktet for retten til å varsle, rekkevidden av varslingen og fremgangsmåten for forsvarlig varsling. For å fasilitere en effektiv varslingsrett, må arbeidstaker vernes mot mulige sanksjoner som følge av sin varsling, og forbudet mot gjengjeldelse i § 2 A-4 skal sikre at arbeidstaker ikke blir møtt med represalier. Dertil kommer arbeidsgivers plikt til å ikke bare frastå fra å sanksjonere varsleren, men også sørge for tiltak som forebygger gjengjeldelse dersom det anses nødvendig, jf. § 2 A-3 annet ledd.

Videre følger § 2 A-6 som pålegger arbeidsgiver en plikt til å legge til rette for trygg varsling gjennom å utarbeide interne varslingsrutiner. Plikten innebærer en anerkjennelse av viktigheten av varslingsrutiner som en mekanisme for å beskytte arbeidstaker og forhindre konflikt i forbindelse med varsling. Arbeidsgivers aktivitetsplikt ved å sørge for at varselet blir tilstrekkelig undersøkt innen rimelig tid etter § 2 A-3 første ledd, vitner også om at lovgiver anerkjenner viktigheten av å agere raskt etter at det er varslet om kritikkverdige

²⁸ NOU 2018: 6 s. 62.

²⁹ Eriksen (2014) s. 170.

³⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51.

forhold. Også denne regelen er ment å skulle hindre konflikteskalering raskt, og slik sett også beskytte den varslende arbeidstaker.

Reglene kan derfor karakteriseres som et samspill av regler som fungerer på det preventive, semipreventive og proaktive plan for å sikre det overordnede målet om en trygg og effektiv varslingsprosess. Dette for å redusere terskelen for å varsle, sikre at det kritikkverdige forholdet kommer frem til rette person eller organ, som igjen plikter å håndtere informasjonen på en måte som sikrer at ulovlig gjengjeldelse ikke finner sted.³¹

Det særskilte varslervernet i § 2 A-4 gjennomfører med dette hele *varslingsprosessen*, som i denne forbindelse omfatter arbeidsgivers preventive og semipreventive plikter gjennom implementering av varslingsrutiner, mottak av varselet, saksbehandling av varselet og ivaretagelse av arbeidstakerne. På denne måten kan man si at arbeidsgivers plikt til å verne arbeidstaker mot gjengjeldelse gjør seg gjeldende på *ethvert trinn* i varslingsprosessen.³² Med denne forståelsen til grunn, vil oppgaven i det følgende vurdere hvordan styringsretten påvirkes på hvert av disse trinnene i varslingsprosessen.

4. Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og varslervernet

4.1 Varslingssituasjonen innskrenker styringsrettens rekkevidde

Når en arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, utløses varslervernet og arbeidstaker skal ikke bli møtt med negative sanksjoner som følge av varslingen. Når det særskilte varslervernet er utløst, vil handlinger som normalt vil ligge innenfor styringsretten, etter omstendighetene kunne bli ansett som ulovlige gjengjeldelseshandlinger. Det vil for eksempel vanligvis ligge godt innenfor styringsretten å pålegge arbeidstaker overtid, endre arbeidsoppgaver eller kreve omplassering så lenge dette er saklig begrunnet. Når de samme handlingene utøves mot en arbeidstaker som har varslet, vil de imidlertid kunne rammes av gjengjeldelsesforbudet i § 2 A-4, dersom de kan anses å komme som en reaksjon på varselet. På denne måten innskrenkes arbeidsgivers rom for utøvelse av styringsretten i en varslings situasjon.

³¹ Eriksen (2014) s. 179.

³² Eriksen og Eidsheim (2018) s. 28.

Hvor grensen går mellom legitim og saklig utøvelse av styringsrett og usaklige gjengjeldelseshandlinger har konkrete rettslige konsekvenser. Dersom retten vurderer handlingene som gjengjeldelseshandlinger, vil tilfellet være underlagt den delte bevisbyrden etter § 2 A-4 fjerde ledd. I tillegg vil handlingene kunne være erstatningsbetingende for arbeidsgiver etter §§ 2 A-5, jf. 2 A-4.

4.1.1 E-postkjennelsen som illustrasjon

E-postkjennelsen er et eksempel på hvordan retten har vurdert styringsrettens grenser i relasjon til typetilfellet varsling. Saken gjaldt krav om innsyn i arbeidstakers e-post i etterkant av «Siemens-saken»,³³ hvor Siemens sin oppsigelse av en divisjonsøkonom ble kjent ugyldig. Retten kom her til at oppsigelsen var en reaksjon på at arbeidstakeren hadde varslet om mulig overfakturering av ytelser til Forsvaret, og derfor en ulovlig gjengjeldelse.

Etter at saken ble anket, men deretter forliket, krevde Siemens innsyn i arbeidstakerens e-post, hvor det blant annet ble påberopt som nødvendig for å forberede den forestående straffesaken mot Siemens. Arbeidstaker krevde dernest midlertidig forføyning for å få stanset gjennomgangen av e-postkontoen med henvisning til personopplysningsloven § 8 bokstav f, hvor innsyn måtte være nødvendig ut ifra en konkret interesseavveining mellom partene.

Etter en konkret vurdering fant retten at arbeidsgiver ikke hadde en berettiget interesse i å gjennomgå arbeidstakers e-post. Retten la her blant annet vekt på at handlingen var å betrakte som en «hevnaksjon» for det omdømmetap som Siemens hadde lidt i forbindelse med varslingen av de økonomiske mislighetene selskapet hadde foretatt seg.³⁴

Siemens på sin side argumenterte for at innsyn var berettiget og innenfor styringsretten, da arbeidstakeren hadde godtatt selskapets interne rutiner for tilgang til e-post. Retten bemerket til dette:

«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

³³ TOSLO-2004-99016

³⁴ TOBYF-2007-124301 - RG-2008-53

*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».*³⁵

Retten illustrerer her at legitime styringsrettshandlinger etter omstendighetene kan skifte karakter til å bli urettmessige gjengjeldeshandlinger. Forsøket på å gjennomgå arbeidstakerens e-post med det formål om å finne noe som kunne så tvil om arbeidstakerens person, ble ansett som en fortsatt gjengjeldelse, som varsleren hadde krav på et særskilt vern mot. Det særskilte varslervernet slår således igjennom overfor styringsretten.³⁶

Eriksen og Eidsheim har fremholdt at avgjørelsen viser at det etableres en *ekstraordinær situasjon* mellom arbeidstaker og arbeidsgiver der hvor det særskilte varslervernet er utløst, som medfører at arbeidsgiver plikter å sikre arbeidstaker et reelt varslervern. Denne etableres «i kraft av arbeidstakers varsel og fører til at i utgangspunktet legitime styringsrettshandlinger mister sin legitimitet dersom de mangler *saklig grunnlag i andre årsaksforhold* enn arbeidstakers varsel».³⁷

Avgjørelsen illustrerer videre rettens erkjennelse av varsling som en prosess, ved at arten av gjengjeldeshandlingen vil kunne variere alt etter hvor i saksforløpet man befinner seg. Samtidig viser avgjørelsen at den delte bevisbyrden i gjengjeldelsesforbudet satt grenser for utøvelsen av styringsretten ved å gjøre seg gjeldende mens saken pågikk, og ikke bare ved en rettslig tvist i etterkant.³⁸

Det må understrekes at kjennelsen er fra førsteinstans, og har dermed begrenset rettskildemessig vekt. Vekten kan imidlertid sies å styrkes noe ved at avgjørelsen synes å være i tråd med formålet med varslingsreglene. Skal varslingsreglene ha realitet og sikre effektiv og trygg varsling om kritikkverdige forhold som vanskelig kan avdekkes på annen måte, må vernet være reelt. Dette innebærer at styringsretten må vike når varslervernet står på spill, noe som avgjørelsen illustrerer.

³⁵ TOBYF-2007-124301 - RG-2008-53

³⁶ Eriksen (2014) s. 169.

³⁷ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 28.

³⁸ Ibid. s. 28.

4.2 Arbeidsgivers preventive plikt til å implementere rutiner for varsling, jf.

aml. § 2 A-6

4.2.1 Hensyn bak arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling

Bestemmelsen som utgjør aml. § 2 A-6 ble innført ved lovendringen som trådte i kraft fra 1. januar 2020, og fastsetter at arbeidsgiver har en plikt til å legge til rette for intern varsling i virksomheten. Før lovendringen fulgte tilretteleggingsplikten av aml. § 2 A-3, som igjen bygget på den tidligere aml. § 3-6. Den någjeldende § 2 A-6 er i all hovedsak en videreføring av tilretteleggingsplikten slik denne fulgte av dagjeldende § 2 A-3.³⁹ Uttalelser i forarbeidene til de tidligere reguleringene av tilretteleggingsplikten gjør seg derfor fremdeles gjeldende. Nytt ved lovendringen, er en presisering at fremgangsmåten for «arbeidsgivers» saksbehandling skal fremgå av rutinene.⁴⁰

Med rutiner for varsling, menes prosedyrer for når det skal varsles, hvem det skal varsles til og håndtering av varsling, som er nedfelt i reglementer, avtaler, instruksjoner eller lignende.⁴¹ Et sentralt overordnet formål ved plikten til å implementere varslingsrutiner, er at virksomheten gjennom rutinene skal legge forholdene til rette for å sikre en åpen yrings- og organisasjonskultur.⁴² Dette hviler på anerkjennelsen av at en åpen yringskultur er en forutsetning for å sikre at varslervernet blir reelt, og at varsleren ikke blir møtt med represalier som følge av varslingen.⁴³

Forskning viser at slike rutiner har en positiv effekt på varslingsprosessen og varslingseffektiviteten. Implementeringen av rutiner for varsling øker for det første sjansene for å få positive reaksjoner på varslingen.⁴⁴ Videre har rutinene en positiv effekt på varslingseffektiviteten, altså at flere arbeidstakere varsler dersom virksomheten har implementerte rutiner for dette.⁴⁵

³⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 53

⁴⁰ Ibid. s. 53.

⁴¹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 18.

⁴² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46 og Innst. O. Nr. 6-2006-2007 s. 8.

⁴³ Eriksen (2014) s. 183.

⁴⁴ Trygstad (2017) s. 53.

⁴⁵ Prop. 74 L (2018-2019) s. 43.

Ved å etablere fastere rammer for hvordan varslingen skal skje, kan dette oppleves som tryggere og mindre risikofylt for den som varsler. Samtidig bidrar skriftlige varslingsrutiner til økt forutsigbarhet ved selve varslingsprosessen som både arbeidsgiver og arbeidstaker er tjent med.⁴⁶

Forskning viser også at det er en sammenheng mellom arbeidsgivers evne og vilje til å håndtere varselet internt og risikoen for gjengjeldelse og konflikteskalering gjennom ekstern varsling. Eriksen har derfor poengtert det konfliktreduserende og konfliktforebyggende potensialet som ligger i nettopp plikten til å utarbeide interne rutiner for varsling.⁴⁷ Et fokus på gode rutiner for varsling som mekanisme for konfliktforebygging og håndtering av allerede oppståtte konflikter, vil også samsvare med arbeidsgivers plikt til å sikre et forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø, jf. § 4-3, jf. § 4-1.

4.2.2 Ubetinget plikt til å utarbeide rutiner for virksomheter med «minst fem arbeidstakere»

Etter § 2 A-6 er virksomheter som «jevnlige sysselsetter minst fem arbeidstakere», pliktige til å ha rutiner for intern varsling. Denne plikten er absolutt, og er ikke underlagt noen form for skjønnsmessig behovsprøving.⁴⁸ Dette innebærer at alle virksomheter med fem eller flere ansatte har plikt til å ha varslingsrutiner.

I et styringsrettsperspektiv har ikke virksomheter med flere enn fem arbeidstakere dermed noe skjønn ved spørsmålet om *hvorvidt* virksomheten skal ha varslingsrutiner eller ikke, og styringsretten innskrenkes dermed på dette punkt.

4.2.3 Krav om rutiner «dersom forholdene i virksomheten tilsier det»

For virksomheter med under fem ansatte, har lovgiver pålagt arbeidsgiver å ha interne varslingsrutiner dersom «forholdene i virksomheten tilsier det», jf. § 2 A 6 første ledd annet punktum. Lovgiver har her lagt til grunn at det må foretas en skjønnsmessig vurdering av

⁴⁶ Ibid. s. 43.

⁴⁷ Eriksen (2016) s. 52.

⁴⁸ Prop. 72 L (2016-2017) s. 35.

hvilke risikoforhold som gjør seg gjeldende i virksomheten og hvordan ytringsklimaet påvirker muligheten til å varsle om kritikkverdige forhold.⁴⁹

I et styringsrettsperspektiv er arbeidsgiver med dette gitt et bredt skjønn i relasjon til spørsmålet om hvorvidt virksomheten skal ha varslingsrutiner. Samtidig har lovgiver bestemt at terskelen for at plikten til å sette i verk tiltak skal ikke være høy.⁵⁰ Dette fordi behovet for varslingsrutiner kan være vel så stort i små virksomheter dersom de etter sin art er utsatt for kriminelle eller uetiske handlinger, for eksempel ved å forvalte store verdier.

4.2.4 Rutinene skal utarbeides i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte

Etter § 2 A-6 skal varslingsrutinene utarbeides i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte. Når rutinene blir utarbeidet på denne måten, sikres det legitimitet over varslingsrutinene. På denne måten øker arbeidstakernes tillit til rutinene, noe som igjen kan bidra til at rutinene blir effektive.

Bestemmelsen medfører at arbeidstakerne og tillitsvalgte skal være med å utrede og vurdere hvilke tiltak som skal innføres i virksomheten, og innebærer «noe mer enn en ren drøftingsplikt».⁵¹ Samarbeidsplikten setter altså rammer for arbeidsgivers utøvelse av styringsretten, og medfører at arbeidsgiver ikke kan velge å utarbeide rutinene alene. Ved uenighet om den konkrete utformingen av rutinene, har departementet imidlertid slått fast at styringsretten slår igjennom overfor arbeidstaker medvirkningsrett.⁵²

4.2.5 Minimumskrav til varslingsrutinens utforming og innhold

Etter § 2 A-6 fjerde ledd skal varslingsrutinene være skriftlige og minst inneholde en oppfordring til å varsle om kritikkverdige forhold, fremgangsmåte for varslingen og fremgangsmåte for arbeidsgivers saksbehandling ved mottak, behandling og oppfølging av varslingen.

⁴⁹ Ibid. s. 35.

⁵⁰ Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 54.

⁵¹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 22.

⁵² Ibid. s. 22.

Minimumskravene medfører ikke en materiell endring fra den tidligere bestemmelsen i § 2 A-3. Da denne bestemmelsen ble innført i 2017, innebar imidlertid dette en endring fra såkalt refleksiv lovgivningsteknikk i den tidligere aml. § 3-6 til en mer tradisjonell regulering av varslingsrutinene. Den refleksive lovgivningsteknikken baseres på at lovgiver definerer formålet som skal opprettholdes, men overlater til virksomhetene å regulere seg selv for hvordan dette konkret skal gjennomføres.⁵³ På denne måten vil virksomhetene selv måtte identifisere ulike risikoforhold, og tilpasse sine rutiner etter dette for å ivareta det formålet som varslingsrutinene skulle tjene.

Med en overgang til en tradisjonell regulering av varslingsrutiner, synes utviklingen å gå i retning av en mindre fleksibel reguleringsmekanisme for virksomhetene, gjennom en tydeligere veiledning med hensyn til hvem som har plikt til å iverksette tiltak, hvilke tiltak som i så fall kreves og hvordan kravet skal etterkommes.⁵⁴ Dette kan ses som et utslag av at utviklingen går i retning av stadig mer omfattende vernelovgivning for arbeidstakere, med den konsekvens at arbeidsgivers styringsrett innskrenkes ytterligere. I kraft av styringsretten vil imidlertid arbeidsgiver fremdeles stå fritt til å utforme rutinene etter eget skjønn, så lenge rutinene oppfyller lovens minimumskrav.

4.2.6 Arbeidsgivers implementering av varslingsrutinene i virksomheten

Det følger av § 2 A-6 femte ledd at rutinene skal være «lett tilgjengelig for alle arbeidstakere i virksomheten». Ordlyden gir ikke nærmere anvisning på hvordan arbeidsgiver plikter å gjøre rutinene kjent for ansatte i virksomheten. Departementet har presisert at det ikke er krav om at arbeidsgiver sender ut rutinene eller på annen måte aktivt sørger for å gjøre disse kjent for alle ansatte. Det avgjørende er imidlertid at de ansatte lett kan finne frem til rutinene.⁵⁵

Arbeidsgiver har med dette et bredt skjønn i forbindelse med *hvordan* rutinene gjøres kjent.

Implementeringskravet er viktig for å sikre formålet med reglene i § 2 A-6 om å legge til rette for en reell, åpen ytringskultur. Varslingsrutiner som ikke er kjent i virksomheten har ingen nytteverdi, og man kan ikke forvente at en arbeidstaker skal kunne varsle i tråd med interne

⁵³ Taraldset (Eriksen) (2011) s. 9.

⁵⁴ Prop. 72 L (2016-2017) s. 19.

⁵⁵ Ibid. s. 36.

rutiner som man ikke har kunnskap om. I et slikt perspektiv kan det diskuteres om dagens regulering stiller for lave implementeringskrav til arbeidsgiver.

I de sakene hvor det er spørsmål om den rettslige betydningen av mangelfull intern regulering som sikrer at varslingsreglene fungerer slik de skal, vil implementeringsspørsmålet kunne være særlig aktuelt.⁵⁶ Betydningen av mangelfulle interne rutiner for bevisvurderingen av gjengjeldelsesforbudet, vil bli særskilt behandlet under punkt 5.8, og betydningen av mangelfull implementering av varslingsrutiner som sådan vil derfor ikke bli nærmere redegjort for her.

4.3 Varslingsmottak

4.3.1 Forsvarlig håndtering av varselet som en forutsetning for å hindre konflikteskalasjon

Arbeidsgivers plikt til å saksbehandle og håndtere mottatte varsler er en forutsetning for å sikre et effektivt varslervern. I forarbeidene fremheves det at formålet med rutinene for arbeidsgivers saksbehandling ved mottak, behandling og oppfølging av varsling etter § 2 A-6 fjerde ledd, er å sikre forutberegnelighet og ivareta rettssikkerheten til de berørte parter. Saksbehandlingen må derfor foregå på en måte som er forsvarlig og inngir tillit.⁵⁷

Dersom arbeidstaker som har varslet ikke opplever at varselet blir undersøkt og behandlet på en forsvarlig måte, vil disse formålene vanskelig kunne oppfylles. For at reglene skal fungere etter lovgivers intensjon, er det derfor avgjørende at arbeidsgiver sikrer en forsvarlig saksbehandling av varselet, samtidig som arbeidsgiver viser tilstrekkelig omsorg for både varsleren og den omvarslede i denne prosessen.

Steget hvor arbeidsgiver mottar et varsel, kan på mange måter anses som et kritisk punkt for å hindre konflikteskalasjon.⁵⁸ Matthiesen har pekt på at varsling ofte innebærer en krise for virksomheten, da man får indikasjoner på at det foreligger kritikkverdige forhold som man ikke har vært forberedt på.⁵⁹ Matthiesen har i denne sammenheng fremholdt at en «[v]ellykket

⁵⁶ Eriksen (2014) s. 196.

⁵⁷ Prop. 74 L (2018–2019) s. 44.

⁵⁸ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 29.

⁵⁹ Matthiesen (2016) s. 23.

håndtering av en varsling, der varsleren blir hørt, er ofte det samme som vellykket håndtering av en krise for en organisasjon». ⁶⁰ En forsvarlig håndtering av saken allerede på mottaksstadiet vil derfor kunne være avgjørende for om konflikten eskalerer ved at arbeidstaker varsler eksternt til for eksempel media. ⁶¹

Videre kan det pekes på at regler og systemer som sikrer at varselet blir håndtert objektivt, og at de påståtte kritikkverdige forholdene undersøkes forsvarlig, tvinger frem fokus på innholdet i varselet, fremfor på arbeidstakeren som varslet. ⁶² Dette må i seg selv sies å ha et konfliktreducerende potensial ved seg.

4.3.2 Arbeidsgivers plikter ved mottak av varsel

Hvilke konkrete plikter som utløses for arbeidsgiver i forbindelse med saksbehandling og oppfølging av varselet og varsleren, er ikke uten videre lett å få tak på ut fra det eksisterende rettskildebildet. Det følger av § 2 A-6 fjerde ledd bokstav c) at varslingsrutinene skal inneholde «fremgangsmåte for arbeidsgivers saksbehandling ved mottak, behandling og oppfølging av varsling». Bestemmelsen er ment å skulle sikre at rutinene beskriver hvordan arbeidsgiver skal håndtere et varsel om mulige kritikkverdige forhold. ⁶³ Ordlyden gir likevel ikke anvisning på hvilke krav som stilles til det konkrete innholdet i rutinene.

I forarbeidene er det fremhevet at rutinene bør inneholde konkrete krav om saksbehandlingsfrister, frister for iverksettelse av eventuelle tiltak, herunder tilbakemelding til varsleren. Videre presiserer departementet at det er viktig at rutinene sikrer en habil og forsvarlig saksbehandling som inngir tillit. Rutinene bør derfor utformes slik at det ikke oppstår rollekonflikter som kan svekke tilliten til saksbehandlingen ved varselet. ⁶⁴ Samtidig har lovgiver presisert at bestemmelsen må ses i sammenheng med § 2 A-3. ⁶⁵

De pliktene som arbeidsgiver pålegges når det er mottatt et varsel om kritikkverdige forhold, kan imidlertid ikke utledes alene ut fra §§ 2 A-6 og 2 A-3. Det konkrete innholdet i hvilke

⁶⁰ Matthiesen (2016) s. 36.

⁶¹ Eriksen (2014) s. 159.

⁶² Ibid. s. 194.

⁶³ Prop. 74 L (2018–2019) s. 54.

⁶⁴ Ibid. s. 44.

⁶⁵ Ibid. s. 54.

plikter som kan stilles til arbeidsgiver under denne fasen i varslingsprosessen, og hvordan disse pliktene står seg i relasjon til styringsretten, må derfor suppleres med alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling.

I juridisk teori ses sakskomplekset ved varslingsprosessen som to rettslige dimensjoner. Den første dimensjonen er saken som knytter seg til saksbehandlingen av varselet og saken som springer ut av at det er varslet om kritikkverdige forhold. Den andre er behandlingen og ivaretagelsen av arbeidstaker som varsler om kritikkverdige forhold.⁶⁶

Disse to ulike dimensjonene kan nå sies å komme til uttrykk gjennom § 2 A-3, hvor arbeidsgivers aktivitetsplikt ved mottak av varsel kommer til uttrykk gjennom første ledd, mens arbeidsgivers omsorgsplikt i en varslingssituasjon kommer til uttrykk i bestemmelsens annet ledd.

Innvirkningen på arbeidsgivers styringsrett slår forskjellig ut i de to ulike dimensjonene, samtidig som arbeidsgivers aktivitetsplikt og omsorgsplikt må ses i lys av hverandre. I det følgende vil arbeidsgivers plikter ved saksbehandlingen av det mottatte varselet bli behandlet først. Deretter følger en redegjørelse av arbeidsgivers plikter til ivaretagelse av den varslende arbeidstaker. Til slutt vil følge en analyse av samspillet og den indre sammenhengen i bestemmelsen i § 2 A-3.

4.4. Saksbehandling av mottatt varsel

4.4.1 Arbeidsgivers aktivitetsplikt ved håndtering av varselet, jf. § 2 A-3

Når det er varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten, plikter arbeidsgiver etter § 2 A-3 første ledd å «sørge for at varselet innen rimelig tid blir tilstrekkelig undersøkt». Ordlyden er vid, og stiller ingen konkrete krav til hvordan varselet må bli undersøkt eller når undersøkelsen må være gjort for å oppfylle lovens vilkår.

⁶⁶ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 29.

4.4.2 Varselet må bli «tilstrekkelig undersøkt»

Når det gjelder hvilke undersøkelser arbeidsgiver må foreta seg, peker departementet på at bestemmelsen ikke stiller spesifikke krav til hvilke undersøkelser som må gjøres. Lovteksten stiller verken kvalitative eller kvantitative krav til hvilke undersøkelser arbeidsgiver må foreta seg, og det må vurderes konkret om undersøkelsen har vært «tilstrekkelig».⁶⁷

Videre fremhever departementet at det ofte vil være hensiktsmessig at varsleren gis en tilbakemelding på hvordan varselet er fulgt opp. Dette vil blant annet kunne bidra til å avklare situasjonen og forhindre eskalering av potensiell konflikt. Av hensyn til formålet om å behandle varselet på et lavest mulig nivå og hindre unødig byråkrati, kom departementet likevel til at arbeidsgiver ikke skal ha en rettslig plikt til å alltid gi tilbakemelding til varslere.⁶⁸

Departementets resonnement er interessant, all den tid forskning viser at en av hovedårsakene til at en varslings sak eskalerer, er at arbeidsgiver unnlater å undersøke innholdet i varselet ved å ignorere og/eller avvise det mottatte varselet.⁶⁹ Samtidig viser forskning at under halvparten av arbeidstakere har tillit til at håndteringen av varselet foregår på en rettferdig måte.⁷⁰ For å hindre konflikteskalering og sørge for at varselet blir håndtert på et lavest mulig nivå, kan det spørres om ikke tilbakemelding til varsleren burde ha en større rettslig forankring.

I rettslig sammenheng, har mangelfull tilbakemelding også relevans ved at det vil kunne legitimere ekstern varslings sak, jf. aml. § 2 A-2 tredje ledd.⁷¹ For å ivareta en effektiv intern varslingsmekanisme og skape trygghet og tillit for varsleren, taler derfor mye for at arbeidsgiver bør gi varsleren tilbakemelding på hvordan varselet blir håndtert.

I det nye EU-direktivet stilles det nå krav om at arbeidsgiver gir tilbakemelding til varsleren senest innen tre måneder etter varselet ble mottatt.⁷² I et styringsrettsperspektiv vil dette kunne innskrenke arbeidsgivers valgmuligheter om hvorvidt varsleren skal få tilbakemelding eller ikke. Hvor inngående tilbakemeldingen i så tilfelle må være, er ikke uten videre klart.

⁶⁷ Prop. 74 L (2018–2019) s. 36.

⁶⁸ Ibid. s. 36.

⁶⁹ Eriksen (2016) s. 442.

⁷⁰ Trygstad og Ødegård (2019) s. 45.

⁷¹ Eriksen (2014) s. 195.

⁷² Direktiv (EU) 2019/1937 artikkel 9 nr. 1 bokstav f.

Etter gjeldende rett står likevel arbeidsgiver fritt til å bestemme hvorvidt de vil informere varsleren om hvordan varselet blir håndtert, og arbeidsgiver må sies å ha et vidt spillerom i forbindelse med hvordan varselet blir undersøkt.

4.4.3 Varselet må undersøkes innen «rimelig tid»

Videre må varselet undersøkes innen «rimelig tid». I forarbeidene presiserer departementet at hva som skal regnes som «rimelig tid» må vurderes ut fra en konkret helhetsvurdering i lys av varselets alvorlighetsgrad, hvor presserende behovet for rask avklaring er, og hvor lang tid det praktisk vil ta for å undersøke forholdet. I denne vurderingen skal også ressursmessige hensyn inngå.⁷³

I et styringsrettsperspektiv innebærer ikke plikten til å undersøke varselet innen rimelig tid at det stilles materielle plikter overfor varsleren som sådan. Dersom arbeidsgiver trener varslingsaken og bryter sin plikt til å undersøke varselet innen rimelig tid, kan det imidlertid hevdes at denne omstendighet bør få betydning for vurderingen av om gjengjeldelse har funnet sted. Regelen kan derfor sies å få *indirekte* betydning for arbeidsgivers saklige spillerom for utøvelse av styringsretten overfor varsleren. Mer om dette under punkt 4.8.

I det nye EU-direktivet, stilles det nå krav til konkrete saksbehandlingsfrister. Kravet om at arbeidsgiver må gi varsleren tilbakemelding innen tre måneder,⁷⁴ kan med dette sies å innebære at arbeidsgiver må ha satt seg inn i varselets innhold og tatt stilling til hvordan varselet skal håndteres og undersøkes.⁷⁵ En slik lovfesting vil i så tilfelle innebære en strengere aktivitetsplikt for arbeidsgiver enn etter gjeldende rett, som vil innskrenke styringsrettens saklige spillerom ytterligere.

⁷³ Prop. 74 L (2018–2019) s. 52.

⁷⁴ Direktiv (EU) 2019/1937 artikkel 9 nr. 1 bokstav f.

⁷⁵ Andreassen og Remmen (2020) (sist lest 20.november 2020).

4.5 Prosessuelle krav til saksbehandlingen

4.5.1 Habilitet

Det særskilte varslervernet setter prosessuelle krav til saksbehandlingen og undersøkelsen av varselet gjennom kravet til habilitet. For offentlige virksomheter som er underlagt forvaltningslovens regler, vil lovens kapittel II sette krav til en habil saksbehandling.⁷⁶ Lovgiver har også fremhevet viktigheten av at varslingsrutinene sikrer en habil og forsvarlig saksbehandling som inngir tillit.⁷⁷ Det er i teorien også antatt at kravet til habil saksbehandling også må gjelde for private virksomheter, i kraft av arbeidsgivers plikt til å sikre det særskilte varslervernet.⁷⁸ Dette innebærer at arbeidsgiver, i kraft av styringsretten, ikke kan velge selv hvordan varslet skal undersøkes.⁷⁹

4.5.2 Kontradiksjon

Det grunnleggende rettsprinsippet om kontradiksjon, medfører at de involverte parter må få innsyn i sakens bevismateriale og få anledning til å uttale seg om forholdet. I varslingssituasjonen må derfor den omvarslede få informasjon om hvilke kritikkverdige forhold vedkommende anklages for, og gis anledning til å imøtegå de fremsatte mistanker eller påstander.⁸⁰

Kontradiksjon er videre en forutsetning for forsvarlig saksbehandling av varselet.⁸¹ Arbeidsgivers styringsrett begrenses av alminnelige saklighetsnormer, og grunnlaget for arbeidsgivers styringsrettsbeslutninger må være forsvarlig.⁸² Fra arbeidsgivers ståsted vil det derfor være nødvendig å kunne dokumentere at saksbehandlingen har vært forsvarlig dersom den omvarslede skal ilegges sanksjoner.⁸³

⁷⁶ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker, kap. II.

⁷⁷ Prop. 74 L (2018–2019) s. 44.

⁷⁸ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 31.

⁷⁹ Ibid. s. 31.

⁸⁰ Ibid. s. 31.

⁸¹ Hvidsten, Johansen og Bender (2018) s. 336.

⁸² Se blant annet Rt. 2001 s. 418 på s. 427 (Kårstø).

⁸³ Hvidsten, Johansen og Bender (2018) s. 336.

Når varselet blir undersøkt, har arbeidsgiver ved intern varsling ingen generell taushetsplikt om innholdet i varselet, nettopp av hensyn til retten til kontradiksjon. Det følger derfor av arbeidsgivers styringsrett å gjøre for eksempel den omvarslede kjent med anklagene eller mistanken om kritikkverdige forhold rettet mot dem. Etter omstendighetene kan dette likevel oppleves som en form for gjengjeldelse mot varsleren, dersom arbeidsgiver ikke sørger for tilstrekkelig konfidensialitet om varslersens identitet.

4.5.3 Konfidensialitet

Det er ikke uten videre klart ut fra det eksisterende rettskildebildet i hvilken grad arbeidsgiver plikter å holde varslersens identitet hemmelig. I NOU 2018:6 under punkt 10.11.1 blir det fremholdt som et krav at arbeidsgiver «så langt det er mulig» skal behandle varselet «uten å røpe varslersens identitet til andre enn de som har behov for eller rett til slik kunnskap».⁸⁴ Videre har departementet fremhevet at det fra lovens krav om at varsleren skal ha et fullt forsvarlig arbeidsmiljø kan utledes at «varslersens identitet ikke røpes i større grad enn nødvendig».⁸⁵

Etter reglene for varsling, synes lovgiver med dette å forutsette at arbeidsgiver plikter å så langt som mulig å behandle opplysninger om varslersens identitet konfidensielt. Foruten det rettslige grunnlaget som kan følge av arbeidsgivers omsorgsplikt ved å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, er det imidlertid uklart hvor lovgiver utleder et slikt krav fra. Det finnes ingen alminnelig regel om taushetsplikt vedrørende varslersens identitet, og i teorien er det tvert imot antatt at hovedregelen er at den omvarslede har rett til å vite hvor varslingsopplysningene stammer fra.⁸⁶

Etter det nye EU-direktivets artikkel 9 nr. 1 (a) og artikkel 16 nr. 1 er hovedregelen at det skal foreligge mekanismer som sikrer at varslersens identitet, eller annen informasjon som direkte eller indirekte kan knyttes til varslersens identitet, ikke gjøres kjent for andre enn «authorised staff members» som behandler varslingssaken.

⁸⁴ NOU 2018:6 s. 168.

⁸⁵ Prop. 74 L (2018–2019) s. 37.

⁸⁶ Se Hagen (2019) (sist lest 12.november 2020).

Dersom direktivet blir innført som norsk lov, vil dette medføre at arbeidsgiver ikke lenger i utgangspunktet kan velge hvorvidt varslersens identitet skal holdes hemmelig for andre enn de behandlingsansvarlige. Ved å pålegge arbeidsgiver en plikt til å implementere mekanismer som sikrer hemmelighold av varslersens identitet, vil dette trolig innebære en ytterligere innskrenkning av arbeidsgivers styringsrett, dersom direktivet blir innført som norsk lov.

Etter gjeldende rett synes det imidlertid uklart hvorvidt arbeidsgiver i alminnelighet har en plikt til å sørge for konfidensialitet om varslersens identitet. Dette innebærer at arbeidsgivers omsorgsplikt utgjør en viktig skranke for arbeidsgivers styringsrett ved å hindre at varslersens identitet blir røpet.

4.6 Arbeidsgivers omsorgsplikt

4.6.1 Arbeidsgivers plikt til å forebygge gjengjeldelse

Arbeidstaker som varsler om kritikkverdige forhold kan ofte oppleve å føle seg særlig utsatt for kritikk og reaksjoner på varselet blant kollegaer på arbeidsplassen. Forskning fra organisasjonspsykologi viser at varsling kan føre til mobbing og utfrysning overfor den som varsler.⁸⁷

Etter aml. § 2 A-3 annet ledd skal arbeidsgiver «særlig påse at den som har varslet, har et fullt forsvarlig arbeidsmiljø». Arbeidsgiver skal også «sørge for tiltak som er egnet til å forebygge gjengjeldelse» dersom det er «nødvendig». Disse reglene kommer i tillegg til de alminnelige pliktene arbeidsgiver har etter § 3-1, jf. § 2-1 og internkontrollforskriften § 5 til å drive systematisk og kontinuerlig arbeid for å vurdere virksomhetens risikoforhold.⁸⁸

Regelen i § 2 A-3 er en presisering av den alminnelige omsorgsplikten, og skal påse at arbeidsgiver viser *særlig oppmerksomhet* til den sårbare situasjonen som varsleren kan befinne seg i, og sørger for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.⁸⁹ Dette kan for eksempel være å gjennomføre oppfølgingsamtaler med arbeidstaker som har varslet.⁹⁰

⁸⁷ Se Eriksen (2014) s. 161-165 som viser konfliktmodell ved varsling.

⁸⁸ Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.

⁸⁹ Prop. 74 L (2018–2019) s. 36.

⁹⁰ Ibid. s. 52.

Bestemmelsen kan derfor på mange måter ses som en plikt for arbeidsgiver til å foreta en løpende risikovurdering av varslersens sårbare situasjon, og vise ekstra omsorg der situasjonen tilsier det. Dette for å ivareta det som må sies å være det sentrale formålet med bestemmelsen, nemlig å redusere risikoen for gjengjeldelse, og sørge for et reelt varslervern.

4.6.2 Hvilke tiltak må arbeidsgiver sørge for?

Forbudet mot gjengjeldelse må anses som det viktigste utslaget av arbeidsgivers omsorgsplikt, og innebærer at arbeidsgiver må avstå fra å sanksjonere varsleren. Men ordlyden «sørge for tiltak som er egnet til å forebygge gjengjeldelse» i § 2 A-3 annet ledd annet punktum viser at plikten ikke er negativt avskåret. Arbeidsgiver har også etter omstendighetene en *preventiv plikt* til å forebygge gjengjeldelse ved å sette i verk *aktive tiltak*.

Det er derfor viktig å sikre systemer som reduserer risikoen for konflikt og gjengjeldelse.⁹¹ Dette kan for eksempel være å sikre en habil saksbehandling av varselet. Forskning viser at nesten syv av ti melder om at en leder er den ansvarlige for det kritikkverdige forholdet det varsles om.⁹² Samtidig varsler de fleste til en leder, enten sin nærmeste leder, toppledelsen eller en annen leder.⁹³ Det kan derfor være risikofylt å varsle til overordnet ledelse dersom denne selv tar del i eller mistenkes for å ta del i det kritikkverdige forholdet. Arbeidsgiver bør derfor ta høyde for dette risikoforholdet ved utformingen av de interne rutineene. For å sikre en habil saksbehandling kan det for eksempel legges til rette for et eget varslingsmottak uavhengig av ledelsen.⁹⁴

Som påpekt ovenfor under punkt 4.5.3, er det uklart hvorvidt det foreligger en plikt for arbeidsgiver til å i alminnelighet holde varslersens identitet hemmelig. Etter kravet om omsorgsplikt kan det likevel utledes at arbeidsgiver, etter mottak av varsel, må foreta en risikovurdering av hvorvidt en identifisering av varsleren vil kunne påvirke varslersens krav på et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i negativ forstand. Dersom arbeidsgiver unnlater å sørge for konfidensialitet om varslersens identitet, som igjen fører til et uforsvarlig arbeidsmiljø for

⁹¹ Eriksen (2014) s. 172.

⁹² Trygstad og Ødegård (2019) s. 33.

⁹³ Ibid. s. 31

⁹⁴ Eriksen (2014) s. 188.

varsleren, vil dette etter § 2 A-3 annet ledd kunne utgjøre gjengjeldelse i lovens forstand, jf. § 2 A-4.

I et styringsrettsperspektiv vil omsorgsplikten dermed kunne begrense arbeidsgivers muligheter for å velge om varslersens identitet skal holdes hemmelig eller ikke. I kraft av omsorgsplikten vil arbeidsgiver her kunne være forpliktet til å holde varslersens identitet hemmelig, og gripe inn dersom manglende hemmelighold fører til et uforsvarlig arbeidsmiljø for varsleren.

4.6.3 Når er det «nødvendig» med tiltak?

Lovgiver har ikke presisert hva som ligger i vurderingen av nødvendighetskriteriet, annet enn at behovet for tiltak må vurderes «konkret».⁹⁵ I utgangspunktet er arbeidsgiver derfor gitt et bredt skjønn til å vurdere bruken av styringsretten for å oppfylle omsorgsplikten i § 2 A-3. Ettersom bestemmelsen må ses som en plikt til å foreta en løpende risikovurdering, er det naturlig å ta utgangspunkt i risikoens art og karakter, for å vurdere om det er «nødvendig» å iverksette tiltak.

Fougner har i relasjon til aml. § 4-3 pekt på at arbeidsgiver plikter å legge vekt på subjektive forhold ved risikovurderingen av det psykososiale arbeidsmiljøet:

*«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 ansatte, jf. kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø».*⁹⁶

Dersom arbeidsgiver har kunnskap om subjektive trekk ved varsleren som gjør vedkommende ekstra sårbar, vil omsorgsplikten med dette kunne forplikte arbeidsgiver til å ta hensyn til dette i vurderingen av om det skal iverksettes tiltak for å beskytte varsleren.

⁹⁵ Prop. 74 L (2018–2019) s. 37.

⁹⁶ Wiersholm I s. 84.

Også risikoforhold som gjør seg gjeldende særskilt for den aktuelle virksomheten, vil kunne spille inn i vurderingen av om det er nødvendig å iverksette tiltak. Forskning viser at forholdet det varsles om, har betydning for risikoen for å bli møtt med gjengjeldelse. Studier viser blant annet at risikoen for å bli møtt med gjengjeldelse etter varslingen øker dersom forholdet det varsles om er omfattende og involverer toppledelsen.⁹⁷

Eriksen har fremholdt at denne kunnskapen innebærer at det oppstår et særskilt ansvar som virker inn på vurderingen av arbeidsgivers plikter for å forebygge og håndtere konflikt. I virksomheter hvor risikobildet gjør at det er stor risiko for gjengjeldelse, for eksempel ved fare for korrupsjon, har arbeidsgiver et skjerpet ansvar.⁹⁸

På denne måten kan det hevdes at omsorgsplikten er relativ og dynamisk i den forstand at den skjerpes hvor risikobildet tilsier ekstra omsorg. Hvorvidt tiltak for å forebygge gjengjeldelse er «nødvendig», vil derfor bero på en konkret vurdering av virksomhetens risikobilde, herunder hvor godt ytringsklima det er i virksomheten.⁹⁹

4.7 Forholdet mellom arbeidsgivers omsorgsplikt og styringsrett

4.7.1 Hvordan påvirker risikovurderingen arbeidsgivers styringsrett?

Som vi har sett, vil risikosituasjonen ved varsling kunne pålegge arbeidsgiver å gjøre aktive tiltak som begrenser arbeidsgiver sitt saklige spillerom for utøvelse av styringsretten, jf. § 2 A-3.

I denne sammenheng kan den delte bevisbyrde i § 2 A-4 fjerde ledd få indirekte betydning ved vurderingen av hvilke begrensninger som gjør seg gjeldende for arbeidsgivers utøvelse av styringsretten.¹⁰⁰ Beviskravet for at arbeidstaker er utsatt for gjengjeldelse er ikke strengt, og det er tilstrekkelig med opplysninger som gir «grunn til å tro» at slik gjengjeldelse har funnet sted. Etter dette går bevisbyrden over på arbeidsgiver, som må sannsynliggjøre at de påståtte gjengjeldeshandlinger likevel ikke har sammenheng med varselet.¹⁰¹ Den tvilsrisiko som

⁹⁷ Eriksen (2014) s. 166.

⁹⁸ Ibid. s. 172.

⁹⁹ Prop. 74 L (2018–2019) s. 37.

¹⁰⁰ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 30.

¹⁰¹ Prop. 74 L (2018–2019) s. 53.

påhviler arbeidsgiver ved avsluttet bevisførsel, vil derfor indirekte diktere hvilke begrensninger i utøvelsen av styringsretten som arbeidsgiver må pålegges ved risikovurderingen.

En slik forståelse kan understøttes av rettens tilnærming til styringsretten i den nevnte E-postkjennelsen.¹⁰² Ved å differensiere den aktuelle handlingen ut fra en normalsituasjon og en varslingsituasjon, kom retten til det ikke har betydning i en varslingsituasjon om styringsrettshandlingen ville vært legitim i en normalsituasjon når handlingen har sammenheng med varselet. Når det særskilte rettsvernet ved varsling er utløst, innebærer dette at arbeidsgiver kontinuerlig må vurdere konsekvensene av sine styringsrettshandlinger i lys av gjengjeldelsesforbudet og den delte bevisbyrde.¹⁰³

4.7.2 Styringsrettshandlinger utøvd i omsorgsøyemed: Grenser til gjengjeldelsesforbudet

Varsling kan være en konfliktfull prosess, og i forarbeidene fremhever departementet at omsorgsplikten kan medføre at arbeidsgiver må forsikre seg om at varsleren ikke blir utfrost fra fellesskapet.¹⁰⁴ En utøvelse av styringsretten ved å gripe inn for å forhindre konflikteskalering, for eksempel ved omplassering av varsleren, vil derfor kunne være saklig dersom den blir gjort for å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Departementet presiserer også at dersom arbeidsmiljøet til varsleren ikke er fullt forsvarlig, skal dette regnes som gjengjeldelse i lovens forstand, dersom det har sammenheng med at arbeidstaker har varslet.¹⁰⁵ Dette betyr at arbeidsgiver ikke bare kan avstå fra å sanksjonere varsleren gjennom aktive handlinger. Arbeidsgiver må også gripe inn og sørge for at arbeidstaker har et forsvarlig miljø, og arbeidsgivers manglende bruk av styringsretten kan etter omstendighetene i seg selv utgjøre en gjengjeldelse.

En situasjon hvor styringsrettens grense til gjengjeldelsesforbudet kan komme på spissen, er der hvor arbeidsgiver omplasserer varsleren for å forhindre konflikteskalering av hensyn til

¹⁰² TOBYF-2007-124301 - RG-2008-53

¹⁰³ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 30.

¹⁰⁴ Prop. 74 L (2018–2019) s. 52.

¹⁰⁵ Ibid. s. 52.

andre på arbeidsplassen. Arbeidsgiver har en alminnelig plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for *alle* sine ansatte, jf. §§ 3-1, 4-1, 2-1. En omplassering av varsleren vil imidlertid kunne bli oppfattet som en gjengjeldelse. Spørsmålet som da melder seg er om omplasseringen skal anses som en gjengjeldelse eller legitim utøvelse av styringsretten for å hindre konflikt.

Eriksen og Eidsheim har pekt på at arbeidsgivers alminnelige plikt til å forebygge og håndtere konflikt, samt reglene for ivaretagelse av det særskilte varslervernet kan tilsi en *særlig aktsom ivaretagelse av saklighetskravet* ved utøvelsen av styringsretten.¹⁰⁶ Uttalelsen kan tas til inntekt for at det særskilte rettsvernet ved varsling innebærer at arbeidsgiver har en skjerpet aktsomhetsplikt som spiller inn ved bevisvurderingen av sakligheten av arbeidsgivers styringsrettshandlinger.

I et slikt perspektiv er det nærliggende å hevde at dersom arbeidsgiver ikke har utvist særlig aktsomhet ved vurderingen av å omplassere varsleren, bør dette slå ut i arbeidsgivers disfavør ved at handlingen anses som en gjengjeldelse ved at den lettere vil bli å anse som en reaksjon på varselet. Hvorvidt arbeidsgiver har utvist tilstrekkelig aktsomhet, må imidlertid vurderes konkret, hvor det for eksempel kan anses som relevant å se på hvilke andre handlingsalternativer arbeidsgiver hadde.

En annen variant av problemstillingen som kan komme på spissen, er der hvor arbeidsgiver omplasserer varsleren for å beskytte ham eller henne mot mobbing på arbeidsplassen. Fra arbeidsgivers side kan handlingen fremstå som saklig utøvelse av styringsretten begrunnet i omsorgsplikten for varsleren. Dersom varsleren likevel er av den oppfatning at omplasseringens reelle grunn ikke er å bedre varslere arbeidsmiljø, men heller har karakter av «kamouflert» gjengjeldelse, kan det spørres hvordan kollisjonen skal løses.

Også her kan det argumenteres for at bevistvil må komme arbeidstaker til gode, der arbeidsgiver ikke kan dokumentere å ha utvist særlig aktsomhet gjennom en risikovurdering av handlingen. Motsetningsvis kan det hevdes at det må tillegges stor vekt ved bevisvurderingen dersom arbeidsgiver faktisk kan dokumentere å ha utvist slik særlig

¹⁰⁶ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 30.

aktsomhet. Spørsmålet er for omfattende til å konkluderes med i denne oppgaven, men problemstillingen kan illustrere behovet for å avklare typetilfeller i rettspraksis.

4.8 Samspillet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og omsorgsplikt

Varslingsutvalget har pekt på at arbeidsgivers behandling av varsleren og det forholdet det varsles om, vil være avgjørende for om det skjer gjengjeldelse eller oppstår konflikt i kjølvannet av varslingen.¹⁰⁷ Dersom behandlingen av varsleren og det forholdet det varsles om er mangelfull, og situasjonen eskalerer til konflikt og gjengjeldelse, melder spørsmålet seg om hvilken rettslig betydning dette skal ha.

Problemstillingen kan illustreres ved følgende eksempel: Arbeidstaker varsler internt i tråd med rutinene for varsling, men opplever at arbeidsgiver ikke tar tak i varselet på en tilfredsstillende måte. Den manglende aktiviteten og viljen til å følge opp varselet skaper frustrasjon for varsleren, som igjen fører til intern furore eller at arbeidstaker velger å varsle eksternt til offentligheten. Konflikten eskalerer, og varsleren opplever mobbing og utfrysning på arbeidsplassen. For å bøte på problemet, omplasserer arbeidsgiver varsleren til en annen divisjon eller avdeling i virksomheten. Arbeidstaker opplever dette som en gjengjeldelse, mens arbeidsgiver klandrer varsleren for konflikten som har oppstått, og påberoper lovlig utøvelse av styringsretten ved å omplassere varsleren.

Dersom arbeidsgiver omplasserer varsleren for å beskytte ham eller henne mot mobbingen som foregår, vil dette ved første øyekast kunne anses som en utøvelse av omsorgsplikten, og derfor en saklig utøvelse av styringsretten. Spørsmålet er hvilken betydning det skal ha for bevisvurderingen ved spørsmålet om arbeidstaker har blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse, at arbeidsgiver i *utgangspunktet* ikke har oppfylt sine plikter ved håndtering av varselet og den påfølgende konflikthåndtering.

Rettspraksis viser at domstolene legger vekt på arbeidstakers måte å gå frem på i varslingssakene, uavhengig av konfliktens bakenforliggende forhold og senere eskalering.¹⁰⁸ I denne sammenheng kan Fengselsinspektør-dommen illustrere hvordan arbeidsgivers

¹⁰⁷ NOU 2018:6 s. 162.

¹⁰⁸ Eriksen (2014) s. 165.

manglende håndtering av varsling fikk betydning for eskalering av konflikten og videre varsling.¹⁰⁹

Arbeidstaker hadde her varslet om en rekke kritikkverdige forhold, først seks ganger internt og deretter fem ganger eksternt. Det ble anført en rekke gjengjeldelseshandlinger, blant annet ulike former for utfrysning og forbigåelse ved nyansettelse. Gjengjeldelsesspørsmålet ble i hovedsak sentrert rundt spørsmålet om arbeidsgivers styringsrettshandlinger måtte regnes som ulovlig gjengjeldelse. De bakenforliggende forholdene til konflikt, at fengselsinspektøren hadde varslet gjentatte ganger uten at arbeidsgiver viste evne eller vilje til å saksbehandle varslene, ble ikke problematisert av retten.

De rettslige konsekvensene av arbeidsgivers manglende håndtering av varslingen og de preventive plikter til konflikthåndtering, ble med dette ikke ansett relevant eller vektlagt i den rettslige vurderingen. Avgjørelsen peker med dette på at disse forholdene etter dagjeldende rett ikke ble ansett for å ha rettslig betydning for spørsmålet om gjengjeldelse har funnet sted.

Lovfestingen av aktivitetsplikten og omsorgsplikten i § 2 A-3 kan i denne sammenheng ses som et steg i anerkjennelsen av at disse to dimensjonene av varslingssaken henger sammen, og er avgjørende for hvilket utfall saken senere kan få.

Det kan derfor argumenteres for at kravene som bestemmelsen setter, også bør ses som konkrete plikter som bør vektlegges ved bevisvurderingen av en eventuell eskalering av konflikten som ender med gjengjeldelse. Dette gjelder både de plikter arbeidsgiver har i forbindelse med håndteringen av varselet og de plikter til konflikthåndtering som påhviler arbeidsgiver i etterkant av varslingen. Sett hen til at dette er plikter som har en indre sammenheng og i *utgangspunktet* påhviler arbeidsgiver, synes det urimelig dersom inadekvat håndtering av varslingen skal slå ut i disfavør av varsleren, selv om denne spiller en rolle i den konflikt som har oppstått.

¹⁰⁹ LB-2010-40623

5. Den nærmere grensen for legitim utøvelse av styringsretten og usaklige gjengjeldelseshandlinger, jf. aml. § 2 A-4

5.1 Forbudet mot gjengjeldelse

Etter lovendringen som trådte i kraft den 1. januar 2020, ble gjengjeldelsesforbudet omformulert og omredigert. Endringen var ment å gjøre bestemmelsen tydeligere ved å definere hva som utgjør gjengjeldelse, i tillegg til å nevne konkrete eksempler i lovteksten. Endringen er en videreføring av tidligere § 2 A-2, og er ikke ment å utgjøre materielle endringer.

Det følger av aml. § 2 A-4 første ledd, at arbeidstaker som varsler i samsvar med §§ 2 A-1 og 2 A-2, er vernet mot ulovlig «[g]jengjeldelse». I bestemmelsens annet ledd presiseres det nå at «gjengjeldelse» betyr «enhver ugunstig handling, praksis eller unnlattelse som er en følge av eller en reaksjon på at arbeidstaker har varslet». Ordlyden viser at både aktiv bruk av styringsretten og en unnlattelse av å bruke styringsretten kan utgjøre gjengjeldelse i lovens forstand.

Både formelle og uformelle reaksjoner på varselet omfattes av gjengjeldelsesforbudet. Som eksempler nevner loven blant annet usaklig forskjellsbehandling, sosial ekskludering, endring i arbeidsoppgaver, omplassering, degradering og oppsigelse. Lovens opplisting av eksempler er ikke uttømmende, og bestemmelsen er ment å favne vidt slik at andre forhold som ikke er nevnt i bestemmelsen også omfattes.¹¹⁰

Som en del av begrunnelsen for lovendringen, trekker departementet frem at eksemplifiseringen vil gi veiledning til arbeidsgivere som er usikre på grensen for utøvelse av styringsretten i situasjonen der det er varslet om kritikkverdige forhold.¹¹¹

Eksemplifiseringen viser hva som *kan* være gjengjeldelse, og sett i sammenheng med kravet om delt bevisbyrde, gir eksemplifiseringen en indikasjon på at arbeidsgiver må være oppmerksom på sakligheten av sine styringsrettshandlinger.

¹¹⁰ Prop. 74 L (2018–2019) s. 53.

¹¹¹ Ibid. s. 39.

Den nærmere grensen for om en handling skal anses som saklig utøvelse av styringsretten eller en ulovlig gjengjeldelseshandling, må likevel vurderes konkret. Rettspraksis kan her illustrere hvordan retten har vurdert styringsrettshandlinger som er påberopt som ulovlig gjengjeldelse.

Grensedragningen kan sies å spesielt komme på spissen hvor arbeidsgiver kommer med motytringer til varsleren. Forbudet mot gjengjeldelse innebærer ikke at arbeidsgiver ikke kan komme med motytringer. Departementet har likevel fremholdt at det må «trekkes en grense mot motargumenter og reaksjoner som har karakter av gjengjeldelse, for eksempel hvis arbeidstaker «kalles inn på teppet» og får instruksjer eller advarsler».¹¹²

Apo-dommen kan illustrere at grensedragningen er krevende.¹¹³ I denne saken hadde en logistikkmedarbeider anført at hun ble utsatt for gjengjeldelseshandlinger etter å ha varslet om mobbing, maktmisbruk og seksuell trakassering. Varsleren gjorde gjeldende at hun ble fratatt arbeidsoppgaver, pålagt å flytte arbeidsstasjon, i tillegg til å bli truet med oppsigelse. Rettens flertall kom til at handlingene ikke kunne anses som gjengjeldelse, og at trusselen om oppsigelse måtte anses som et utslag av arbeidsgivers rett til å ta til motmæle mot varselet, selv om ytringen ble beskrevet som «unødvendig krass». Mindretallet fremholdt at varsleren hadde blitt utsatt for gjengjeldelse, og dissensen viser at flertallet kan ha gått noe langt i sin tolkning av rekkevidden av arbeidsgivers rett til å komme med «motytringer».

5.2 Krav til annet saklig grunnlag

Den nevnte E-postkjennelsen¹¹⁴ viser at i utgangspunktet saklige styringsrettshandlinger kan utgjøre ulovlige gjengjeldelseshandlinger i en varslingsituasjon. Det er den *ekstraordinære situasjonen* som etableres ved varsling, som innebærer at alminnelige legitime styringsrettshandlinger mister sin legitimitet hvor de mangler saklig grunnlag i en annen årsak enn varselet.¹¹⁵

¹¹² Ibid. s. 14.

¹¹³ TNERO-2010-146183

¹¹⁴ TOBYF-2007-124301 - RG-2008-53

¹¹⁵ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 32.

En annen avgjørelse som kan belyse forholdet mellom det særskilte varslervernet og styringsretten er Miljøarbeider-dommen.¹¹⁶ I denne saken hadde en arbeidstaker varslet om kritikkverdige lederstil og handlinger fra en overordnet leder. I etterkant av varslingen opplevde arbeidstakeren at hun ble strøket fra turnuslister og utestengt fra fremtidige vikariat. Arbeidstakeren opplevde også at prosessen med å inngå en midlertidig ansettelseskontrakt ved en annen enhet i kommunen ble stoppet.

I utgangspunktet ligger det innenfor arbeidsgivers styringsrett å fatte beslutninger om det løpende behovet for vikariat og hvem som skal ansettes.¹¹⁷ I denne konkrete saken kom likevel lagmannsretten til at «[arbeidstakeren] som en dyktig og betrodd medarbeider i kommunen, aldri ville opplevd slik massiv utestengelse hvis det ikke hadde vært som gjengjeldelse».¹¹⁸ Kommunen på sin side kunne ikke sannsynliggjøre at utestengelsen hadde andre saklige grunnlag, og lagmannsretten kom til at miljøarbeideren hadde vært utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

Videre kan Fængselsinspektør-dommen illustrere tilfellet hvor arbeidsgiver kunne vise til et annet saklig grunnlag, og hvordan dette står seg mot gjengjeldelsesforbudet.¹¹⁹ Her anførte arbeidstakeren at han blant annet ble utsatt for overvåkning ved at det ble innført rutiner for ham som innebar at utlån måtte klareres før arbeidstakeren fikk lånt ut dokumenter fra fængselsarkivet. Retten kom her til at handlingene kunne anses som gjengjeldelse, men at de i denne saken utgjorde «fornuftige forholdsregler eller rutiner» som var et «utslag av arbeidsgivers saklige styrings- og instruksjonsrett». Dommen viser at arbeidsgivers adgang til å ta forholdsregler som en del av sin styringsrett var et saklig grunnlag som medførte at handlingen ikke var å anse som gjengjeldelse.

Den foreliggende rettspraksis tyder på at retten foretar en konkret vurdering av om arbeidsgivers handlinger er begrunnet i andre forhold enn varselet.¹²⁰ I denne sammenheng kan det spørres om saklig utøvelse av styringsretten i seg selv utelukker ansvar for gjengjeldeshandlinger.

¹¹⁶ LA-2009-57115

¹¹⁷ NOU 2018:6 s. 63.

¹¹⁸ LA-2009-57115

¹¹⁹ LB-2010-40623

¹²⁰ NOU 2018:6 s. 63.

5.3 Utelukker saklig utøvelse av styringsretten i seg selv ansvar etter aml. § 2 A-4?

Høyesterett har ikke behandlet spørsmålet om saklig utøvelse i seg selv utelukker ansvar for brudd på gjengjeldelsesforbudet. Høyesterettspraksis som omhandler krav om erstatning for påståtte trakasserende styringsrettshandlinger vil likevel kunne danne et utgangspunkt for drøftelsen, ettersom gjengjeldelsesforbudet må ses som et utslag av arbeidsgivers alminnelige omsorgsplikt.

I Rt. 2004 s. 1844 (Nera) var spørsmålet om arbeidsgiver kunne bli erstatningsansvarlig for psykisk skade som arbeidstaker led på grunn av påstått trakasserende styringsrettsbeslutninger på arbeidsplassen. Høyesterett la her til grunn at det ikke var grunn til å tvile på at arbeidstakeren *subjektivt* sett opplevde seg trakassert. Samtidig kunne ikke Høyesterett finne *objektive* holdepunkter for at styringsrettshandlingene som arbeidsgiver hadde utøvd var av trakasserende art.

Høyesterett vurderte så om arbeidsgiver likevel måtte anses ansvarlig fordi arbeidsgiver burde skjønt at arbeidstakeren var sårbar for psykiske problemer, og derfor burde behandles på en spesiell skånsom måte. Retten kom til at det ikke var grunnlag for å bebreide arbeidsgiver for å ikke forstå at arbeidstakeren burde blitt behandlet annerledes, og erstatningsansvar kunne da ikke ilegges.

Sett i sammenheng viser likevel dommens premisser at selv om arbeidsgiver *objektivt* sett hadde utøvd styringsretten på en saklig og legitim måte, utelukker ikke dette *i seg selv* at arbeidsgiver likevel kan komme i ansvar.¹²¹

Tilsvarende tilnærming ble lagt til grunn i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn Apotek), hvor Høyesterett la til grunn at handlinger som i utgangspunktet lå innenfor styringsretten ikke kunne være avgjørende for spørsmålet om arbeidsgiveren kunne komme i erstatningsansvar for mislighold av sine plikter. Høyesterett kom her til at arbeidsgivers detaljstyring og kommunikasjon hadde skapt et belastende og helseskadelig arbeidsmiljø preget av overvåking og nedvurdering. Når arbeidsgiveren var gjort oppmerksom på dette, medførte dette etter

¹²¹ Wiersholm I s. 92.

Høyesteretts syn en «særlig plikt til å medvirke til å bedre forholdene».¹²² Arbeidsgiveren hadde ikke bidratt til å bedre forholdene selv etter at hun fikk kunnskap om dette, og ble derfor ilagt erstatningsansvar.

Både Nera-dommen og Stryn apotek-dommen illustrerer med dette at Høyesterett vurderer at saklige styringsrettshandlinger ikke i seg selv er tilstrekkelig for å utelukke ansvar. De ovennevnte dommene kan også tas til inntekt for at der arbeidsgiver burde ha kunnskap, eller får positiv kunnskap, om at arbeidstaker står i en særlig sårbar posisjon, indikerer dette en særlig aktivitetsplikt som kan begrense styringsretten.

Overført til varslingssituasjonen, kan Høyesteretts tilnærming tilsi at varslingen i seg selv utgjør en *ekstraordinær situasjon* som fordrer en risikovurdering av varslers situasjon som innebærer at arbeidsgiver må tilpasse sine styringsrettshandlinger. En slik forståelse støttes av forarbeidenes uttalelser om at kravet i § 2 A-3 annet ledd medfører at arbeidsgiver skal vise *særlig oppmerksomhet* til den sårbare situasjonen varslingsprosessen innebærer for varsleren, og sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.¹²³

Den foreliggende rettspraksis fra underrettene viser imidlertid at en slik tilnæringsmåte synes fraværende i rettens argumentasjon. Fængselsinspektør-dommen er et eksempel på at retten ikke tar i betraktning en slik særlig plikt når styringsrettshandlinger vurderes opp mot gjengjeldelsesforbudet.¹²⁴ Fængselsinspektøren hadde her tatt et års permisjon fra jobben etter det han oppfattet som beskyldninger om illojalitet mot ham på grunn av varslingen, samt andre alvorlige anklager fra fængselsdirektøren. Kunnskapen om at varsleren tok permisjon på grunn av dette, synes likevel ikke å hatt noen betydning for rettens vurdering av hvilke plikter som kunne stilles til arbeidsgivers aktsomhet i den etterfølgende opptreden av varslingssaken. Varsleren fikk ikke medhold i sine påstander om gjengjeldelse.

Når en slik tilnæringsmåte ikke synes å være styrende for rettens vurdering av gjengjeldelsesspørsmålet, kan det spørres hva som så er utslagsgivende for om en handling rammes av gjengjeldelsesforbudet.

¹²² Se Rt. 1997 s. 1506 på s. 1514.

¹²³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 36.

¹²⁴ LB-2010-40623

5.4 Variasjoner i rettens metodiske tilnærming

Rettspraksis fra underrettene viser at variasjoner i rettens metodiske tilnærming til gjengjeldelsesspørsmålet kan få betydning for om styringsretten anses som en ulovlig gjengjeldelse.¹²⁵

I Fretex-dommen ble det anført at arbeidstaker hadde blitt utsatt for vedvarende negativ behandling gjennom en rekke gjengjeldelseshandlinger som til slutt endte med oppsigelse av varsleren.¹²⁶ Arbeidstakeren hadde her varslet om en rekke kritikkverdige forhold, blant annet arbeidsgivers behandling av andre varslere. I etterkant av varslingene mente arbeidstakeren at han ble møtt med en rekke gjengjeldelseshandlinger, blant annet utestengelse, taushet, habilitetsgranskning og bortorganisering av stilling.

Lagmannsretten vurderte her gjengjeldelsesspørsmålet enkeltvis for de påståtte gjengjeldelseshandlingene, og kom enstemmig til at varsleren ikke hadde blitt utsatt for gjengjeldelse. Tilnærmingen står i kontrast til mindretallets vurdering av spørsmålet i tingrettens behandling av saken, som kom til at «summen av alt som er fremkommet gjennom bevisførselen i saken underbygger at Fretex ønsket å bli kvitt [arbeidstakeren] som følge av hans varslinger og opptreden for øvrig».¹²⁷ Mindretallet konkluderte derfor med at varsleren hadde blitt utsatt for gjengjeldelse.

Tilsvarende metode som lagmannsretten benyttet seg av i Fretex-dommen, ble brukt i Fængselsinspektør-dommen.¹²⁸ Her vurderte lagmannsretten at samtlige av de ni påståtte gjengjeldelsestilfellene etter sin art *kunne* anses for å utgjøre gjengjeldelse. Retten vurderte imidlertid gjengjeldelseshandlingene isolert sett, og kom til at ingen av handlingene i den konkrete saken utgjorde gjengjeldelse mot varsleren.

Sett i lys av den delte bevisbyrde som skal legges til grunn, kan det spørres om utfallet av gjengjeldelsesvurderingen ville blitt den samme dersom retten hadde vurdert alle ni hendelsene samlet sett.

¹²⁵ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 34.

¹²⁶ LB-2019-58878

¹²⁷ TOSLO-2018-49891

¹²⁸ LB-2010-40623

Norwelt-dommen kan på sin side illustrere en mer dynamisk tilnærming til gjengjeldelsesspørsmålet.¹²⁹ Her ble det anført en rekke gjengjeldelseshandlinger som mobbing og trakassering, etter at arbeidstaker varslet om sikkerhetsbrudd i forbindelse med behandling av strålefarlig materiale. Lagmannsretten kom her enstemmig til at «totalinntrykket» gjorde at arbeidstakeren utvilsomt hadde blitt utsatt for flere gjengjeldelser, selv om det kunne være «noe uklart hva [varsleren] i detalj har blitt utsatt for».¹³⁰

Den forskjellige tilnæringsmåten ved underrettenes behandling av saken, tilsier at rettens metode kan være avgjørende for om styringsrettshandlingene blir ansett som legitime eller som ulovlig gjengjeldelse. Den foreliggende rettspraksisen gir derfor grunn til å problematisere hvorvidt det er mer hensiktsmessig å betrakte gjengjeldelsesproblematikken ved flere påståtte hendelser som et spørsmål om det må oppstilles en «tålegrense» av kumulerte handlinger. En slik tilnærming innebærer at man må se sammenhengen i de påståtte gjengjeldelseshandlinger, og vurdere gjengjeldelseshandlingene på bakgrunn av en samlet vurdering.

En slik tilnærming kan særlig komme på spissen hvor det er tale om ulike former for utestengelse av varsleren som har en tidsmessig nærhet med varslingen. I slike tilfeller er det grunn til å stille spørsmål om arbeidsgiver kan høres med at handlingene bare er enkelthandlinger som er utslag av saklig styringsrettsutøvelse, før omfanget og intensiteten av handlingene må sies å nå en «tålegrense» og må regnes som systematisk utestenging som utgjør gjengjeldelse. Spørsmålet beror nødvendigvis på en svært konkret vurdering, og det sprikende rettskildebildet gjør det vanskelig å utlede et utgangspunkt for typetilfeller.

En slik forståelse av gjengjeldelsesforbudet kan imidlertid finne støtte i andre kilder. Lovgivningen legger gjennomgående opp til en ivaretagelse av varsleren på alle trinn i varslingsprosessen, se punkt 3.3 om samspill i regelverket. Dette fordrer en helhetlig tilnærming til spørsmålet om gjengjeldelse har funnet sted. Ser man spørsmålet om flere mindre handlinger skal anses som gjengjeldelse i et slikt perspektiv, er det naturlig å vurdere gjengjeldelsesspørsmålet i lys av arbeidsgivers plikter etter § 2 A-3 annet ledd. Hvor

¹²⁹ LB-2009-36995

¹³⁰ Ibid.

arbeidsgiver ikke kan dokumentere å ha oppfylt sine plikter til å *kontinuerlig* risikovurdere varslersens situasjon, hindre konflikteskalasjon og iverksette forebyggende tiltak der det er nødvendig, synes det rimelig at bevisvil om handlingene utgjør en ulovlig gjengjeldelse, må slå ut i arbeidsgivers disfavør. På denne måten vil man gjennom en dynamisk tilnærming se handlingene som en *gjengjeldelsesprosess*. Motsetningsvis vil det kunne være en fare for pulverisering av enkelthandlinger dersom handlingene bare ses som enkeltstående mindre handlinger.¹³¹

Forståelsen kan også støttes av Wiersholm I, hvor den omfattende gjennomgangen av Monika-saken konkluderte med at reaksjonene mot varsleren «samlet sett» ble vurdert som å representere en ulovlig gjengjeldelse.¹³²

Det kan imidlertid innvendes at en slik tilnærming innebærer et for strengt ansvar for arbeidsgiver til å regulere sine styringsrettshandlinger. Ofte kan beslutningene og handlingene bli utført av ulike personer, noe som kan vanskeliggjøre arbeidsgivers mulighet til å selvregulere sine handlinger for å hindre gjengjeldelse. På den annen side, krever ikke erstatningsregelen i § 2 A-5 at arbeidsgiver har utvist skyld ved brudd på gjengjeldelsesforbudet. At ansvaret er objektivt, innebærer derfor at arbeidsgiver hefter for alle ledd i kjeden av det som må regnes som brudd på gjengjeldelsesforbudet. Dette tilsier at forståelsen ikke rokker ved lovgivers intensjoner om ansvarsfordeling.

5.5 Den delte bevisbyrde

I praksis kan det være vanskelig for arbeidstaker som varsler å bevise at gjengjeldelse har funnet sted, og at gjengjeldelsen kommer som en reaksjon på varslingen. Ofte kan gjengjeldelsen bestå i mindre og subtile reaksjoner, noe som gjør bevisvurderingen krevende. For å styrke varslersens vern gjelder det derfor en regel om delt bevisbyrde i saker om gjengjeldelse. Regelen innebærer at dersom arbeidstaker legger frem opplysninger som «gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse», må arbeidsgiver «sannsynliggjøre at det

¹³¹ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 34.

¹³² Wiersholm I s. 102.

likevel ikke har funnet sted slik gjengjeldelse», jf. § 2 A-4 fjerde ledd. Regelen innebærer at bevisvurderingen er todelt.¹³³

Arbeidstaker må først legge frem opplysninger som «gir grunn til å tro» at gjengjeldelse har funnet sted. Ordlyden tilsier at beviskravet er lavere enn det tradisjonelle kravet til sannsynlighetsovervekt som gjelder i sivilprosessen. Departementet har trukket frem at det «ikke [skal] stilles strenge beviskrav», og vilkåret vil kunne være oppfylt der arbeidstaker kan vise at varslingen har skjedd og den aktuelle gjengjeldelseshandlingen kom tett på varslingen i tid.¹³⁴

Etter dette går bevisbyrden over på arbeidsgiver, som må «sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik gjengjeldelse». Ordlyden «sannsynliggjøre» tilsier at det gjelder et høyere beviskrav enn ved «grunn til å tro». Departementet har tidligere uttalt at kravet innebærer at arbeidsgiver må «sannsynliggjøre at handlingen var begrunnet i andre forhold enn varslingen, dvs. at det er sannsynlighetsovervekt for manglende årsakssammenheng».¹³⁵

Ordlyden «sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik gjengjeldelse» peker imidlertid på at det ikke er noen automatikk at dersom arbeidsgiver kan vise til andre saklige grunnlag, vil ikke gjengjeldelse ha funnet sted. Ordlyden tilsier at det påhviler arbeidsgiver å bevise at den aktuelle handlingen *ikke* har sammenheng med varselet, uavhengig av andre saklige grunnlag arbeidsgiver måtte ha. Bevisvurderingen er krevende, og dersom arbeidsgiver kan vise til andre saklige grunnlag, vil dette naturligvis være et sterkt argument for at gjengjeldelse ikke har funnet sted.

I saker hvor bevisbildet er sammensatt ved at det kan pekes på flere mulige forklaringer for årsaken til den påståtte gjengjeldelseshandlingen, reiser spørsmålet seg om hvem som skal bære risikoen for bevistvil.

I Rt. 2012 s. 424 gjaldt saken diskriminering på grunn av alder ved ansettelse, hvor Høyesterett uttalte seg prinsipielt om den delte bevisbyrden i aml. § 13-8. Ved spørsmålet om

¹³³ NOU 2018:6 s. 171.

¹³⁴ Prop. 74 L (2018–2019) s. 53.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

forståelsen av kravet om at arbeidsgiver må «sannsynliggjør[e]» en manglende årsakssammenheng med det påståtte diskrimineringsgrunnlaget, uttalte Høyesterett:

*«... [A]rbeidsgiver 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 tvilen går utover».*¹³⁶

Uttalelsen må antas å ha høy overføringsverdi til forståelsen av regelen om bevisbyrde i aml. § 2 A-4, da ordlyden er svært lik i de to bestemmelsene. Lovgiver synes også å forutsette at regelen for delt bevisbyrde skal være samsvarende i de to bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.¹³⁷ Det må med dette legges til grunn at ved tvil om gjengjeldelsen har sammenheng med varselet, må dette slå ut i disfavør av arbeidsgiver som bærer risikoen for bevisvilk.

Til dette kan det stilles spørsmål om bevisreglene innebærer et for stort innhugg i arbeidsgivers styringsrett og med dette får urimelige konsekvenser. Da regelen om delt bevisbyrde først ble innført i 2007 i dagjeldende regel om forbud mot gjengjeldelse i § 2-5, vurderte departementet om arbeidsgiverorganisasjonene skulle høres med at regelen ville få unødige byrdefulle konsekvenser for arbeidsgiver. Departementet kom her til at det avgjørende måtte være at det er «arbeidsgiveren som i de fleste tilfeller vil ha best tilgang til virksomhetsrelaterte opplysninger og som dermed vil ha de beste forutsetningene for å føre bevis om slike spørsmål».¹³⁸ Lovgiver har derfor vurdert at regelen om delt bevisbyrde utgjør en hensiktsmessig bevisbyrdefordeling.

5.6 Rettens praktisering av den delte bevisbyrde

I likhet med variasjoner i rettens metodiske tilnærming til gjengjeldelsesproblematikken ved flere påståtte gjengjeldeshandlinger, kan rettspraksis fra underrettene illustrere variasjoner i hvordan den delte bevisbyrde blir praktisert. Rettskildebildet viser et fravær av

¹³⁶ Se Rt. 2012 s. 424 avsnitt 39 og 40.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

¹³⁸ Ibid. s. 44.

problematisering av den delte bevisbyrden, herunder den rettslige betydningen av arbeidsgivers plikter til å vise særlig oppmerksomhet til den sårbare situasjonen varsleren kan befinne seg i, jf. § 2 A-3. Konsekvensen synes å være at terskelen for å konstatere gjengjeldelse kan bli utilsiktet høy sammenlignet med lovgivers intensjon om delt bevisbyrde som skal virke til gunst for arbeidstaker.¹³⁹

Særlig i saker hvor de påståtte gjengjeldelseshandlingene har et utpreget subjektivt element ved seg, som i saker om påstått mobbing, trakassering eller utfrysning, kan arbeidstaker ha vanskeligheter med å bevise at gjengjeldelse har funnet sted. Rettens uttalelse i Sandviken sykehus-dommen illustrerer noe av problemet:

*«Retten finner at enhver subjektiv opplevelse av å ha blitt dårlig behandlet ikke kan være en gjengjeldelse. Det må være noe konkret, inneholde objektive konkrete omstendigheter som det er mulig å overprøve».*¹⁴⁰

Spesialpedagog-dommen viser hvordan styringsrettshandlinger blir ansett legitime ut fra et standpunkt om at arbeidstaker var en vanskelig person.¹⁴¹ I denne saken hadde spesialpedagogen, som også var tillitsvalgt ved skolen, varslet blant annet om brudd på opplæringsloven. Varsleren ble møtt med å bli «kalt inn på teppet» av arbeidsgiver, og anførte utfrysning og omplassering som reaksjoner på sin varsling. Arbeidstakeren anførte her at det var den samlede belastning som utgjorde gjengjeldelse.

I rettens vurdering av om kommunikasjonen mellom spesialpedagogen og kommunen, og den etterfølgende opptreden fra arbeidsgiver kunne utgjøre gjengjeldelse, bemerket retten:

«I kommunikasjonen med en tillitsvalgt må det også tas høyde for at tonen kan bli krass, og det må trekkes rommelige grenser for det ledelsen og kollegene må tåle når forholdene spisser seg til... Samtidig må det imidlertid forventes at en tillitsvalgt opptrer slik at det ikke skaper unødige friksjoner på arbeidsstedet. Der dette skjer, må

¹³⁹ Eriksen (2016) s. 243.

¹⁴⁰ TBERG-2007-136244.

¹⁴¹ LG-2015-16252

*ledelsen ha både rett og plikt til å gripe inn. Hvilke tiltak som kan iverksettes for å «roe forholdene ned», må bero på en konkret vurdering».*¹⁴²

Uttalelsen illustrerer at rettens fokus synes å være hvordan arbeidstaker i kraft av å være tillitsvalgt burde opptre, ikke hvilket vern *arbeidsgiver* plikter å sørge for arbeidstakeren som *varsler*.

Selv om lagmannsretten erkjente at omplasseringen kunne anses å være underlagt en «uheldig saksbehandling», kom retten til at varsleren selv måtte «bære hovedansvaret for at konflikten eskalerte». Retten fant derfor ikke at det var «grunn til å tro» at det hadde funnet sted gjengjeldelse.

Dommen viser at perspektivet på varsling som en prosess og hvordan arbeidsgivers plikter til konflikthåndtering etter arbeidsmiljøloven spiller inn i slikt henseende, mangler. Utslaget viser seg å være at retten i realiteten legitimerer arbeidsgivers styringsrettshandlinger med at arbeidstaker var en konfliktfull person. Når vurderingen av arbeidsgivers alminnelige plikter til å sørge for et forsvarlig psykososialt miljø, samt de plikter til konflikthåndtering som kan utledes av varslingsreglene er fraværende, kan dommens sies å miste noe av sin legitimitet. Særlig sett i lys av den tilsiktede lave terskelen for å konstatere at det har skjedd handlinger som gir «grunn til å tro» at gjengjeldelse har funnet sted.

I Odfjell drilling-dommen, synes derimot mindretallet å legge vekt på arbeidsgivers rolle i konflikthåndtering på et tidlig tidspunkt i varslingsprosessen.¹⁴³ Mindretallets votum kan ikke tillegges stor rettskildemessig vekt, men kan tjene som illustrasjon på variasjoner i tilnæringsmåten til bevisbyrden. Her trekker mindretallet frem at Odfjell «viste liten evne til å løse konflikter», og dersom forholdene hadde blitt løst raskt og tilfredsstillende «ville man ha unngått varslingsaken».

Den nevnte rettspraksis kan illustrere at rettens forskjellige tilnærming til fokuset på skillet mellom sak og person, i tillegg til arbeidsgivers plikter til konflikthåndtering, i realiteten får innvirkning på bevisreglene. Et stort fokus på varslerens opptreden gjennom

¹⁴² LG-2015-16252

¹⁴³ LG-2011-17283

varslingsprosessen kan medføre at arbeidstakeren blir gjort til den skyldige for den oppståtte konflikten. Dette kan igjen medføre en risiko for at arbeidsgivers styringsrett urettmessig slår igjennom og legitimerer handlinger som den alternative årsaksforklaringen ville kvalifisert som gjengjeldelse.¹⁴⁴

Videre kan dommene illustrere at det kan være vanskelig for arbeidstaker å nå frem med en påstand om gjengjeldelse, der de påståtte negative reaksjonene kommer i form av subtile handlinger, til tross for den delte bevisbyrde. En forklaring på dette kan være at jussen ofte krever objektive bevis, som den ovennevnte uttalelsen fra Sandviken sykehus-dommen illustrerer. Dette står i motsetning til psykologien, som i større grad vektlegger den subjektive opplevelsen av handlinger som mobbing og trakassering.¹⁴⁵ I tvister hvor slike handlinger blir anført som gjengjeldelse, kan derfor forskning om hvordan varsling kan utløse risiko for konflikt, være verdifull kunnskap for rettens bevisvurdering.¹⁴⁶ Dette vil igjen kunne sørge for en bedre harmonisering av rettsanvendelsen for reglene om arbeidsgivers plikter til å ivareta varsleren på ethvert trinn i varslingsprosessen, jf. § 2 A-3, jf. § 2 A-4.

5.7 Særlig om gjengjeldelse ved unnlatelse

Etter aml. § 2 A-4 rammer gjengjeldelsesforbudet enhver ugunstig «unnlatelse» som er en følge av eller en reaksjon på varselet. I relasjon til § 2 A-3, har departementet presisert at dersom arbeidsgiver ikke oppfylder sin omsorgsplikt til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for varsleren, skal dette regnes som gjengjeldelse i lovens forstand, dersom det er en reaksjon på varselet.¹⁴⁷ I denne sammenheng kan det spørres i hvilken grad arbeidsgiver svarer for unnlatelse ved å gripe inn mot primærgjengjeldelseshandlinger foretatt av andre.

Gjengjeldelsesforbudet i § 2 A-4 er en videreføring av tidligere rett, og rettspraksis knyttet til tidligere regulering av gjengjeldelsesforbudet vil derfor være relevant.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Eriksen (2016) s. 243.

¹⁴⁵ Eriksen (2014) s. 171.

¹⁴⁶ Ibid s. 171 og s. 162-165 om konfliktmodeller for varslingsprosessen.

¹⁴⁷ Prop. 74 L (2018-2019) s. 52.

¹⁴⁸ Ibid. s. 52.

I Fengselsinspektør-dommen la retten til grunn at «[f]orbudet mot gjengjeldelser gjelder for arbeidsgiver» og at «[e]ventuelle negative reaksjoner som [varsleren] må ha fått fra andre ansatte i fengselet, faller utenfor». ¹⁴⁹ Retten gikk ikke nærmere inn på bakgrunnen eller begrunnelsen for standpunktet.

I Odfjell Drilling-dommen hevdet arbeidstaker at han ble offer for motstand og utfrysning etter å ha varslet, og at dette utgjorde gjengjeldelse. Under bevisførselen ble det også bragt på det rene at varsleren hadde fått bemerkninger fra kollegaer som varsleren opplevde som mobbing og trakassering.

I relasjon til spørsmålet om i hvilken grad dette er forhold som arbeidsgiver svarer for, bemerker retten:

«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 har kommet med ytringer som kan ha karakter av trakassering eller mobbing, kan ikke Odfjell i utgangspunktet svare for. Men også på dette planet har Odfjell reagert ved at de har grepet fatt i forholdet når det ble klart at [varsleren] sykemeldte seg bl.a. på grunn av at han følte seg trakassert». ¹⁵⁰

Retten la her til grunn at arbeidsgiver hadde grepet inn og satt i verk tiltak etter det ble klart at varsleren følte seg trakassert på arbeidsplassen. Uttalelsen peker imidlertid på at dette forholdet ikke var avgjørende for om arbeidsgiver kunne svare for trakasserende gjengjeldeshandlinger foretatt av andre kollegaer. Tvert imot peker uttalelsen på at retten foretar en avgrensning av ansvaret for gjengjeldeshandlinger til å ikke gjelde handlinger foretatt av kollegaer.

Det er ikke uten videre klart hvor retten utleder en slik avgrensning fra. En mulig forklaring kan være at flertallet tolker gjengjeldelsesforbudet som at det bare er den bevisste unnlåtelsen av å gripe inn overfor trakasserende handlinger som kan danne grunnlag for brudd på

¹⁴⁹ LB-2010-40623

¹⁵⁰ LG-2011-17283

gjengjeldelsesforbudet. En slik avgrensning harmonerer imidlertid dårlig med de preventive plikter arbeidsgiver har til å sørge for et forsvarlig arbeidsmiljø i varslingssituasjonen, som kommer i tillegg til de alminnelige kravene til et forsvarlig psykososialt miljø, jf. § 4-3, jf. § 4-1.

At regelen i § 2 A-3 nå presiserer at arbeidsgiver skal «sørge for tiltak som er egnet til å forebygge gjengjeldelse», sammenholdt med forarbeidenes uttalelser om at manglende forsvarlig arbeidsmiljø kan utgjøre gjengjeldelse,¹⁵¹ tilsier at en forsømmelse av de preventive plikter til å forebygge gjengjeldelse, *i seg selv* kan utgjøre et brudd på gjengjeldelsesforbudet.

Etter mitt syn åpner derfor loven opp for å konstatere gjengjeldelse også for de tilfellene hvor arbeidsgiver forholder seg passiv, såfremt dette har sammenheng med varselet, og ikke bare hvor arbeidsgiver bevisst unnlater å gripe inn overfor trakasserende gjengjeldelser foretatt av andre. For å sikre et reelt vern for varslerne, bør derfor arbeidsgivers unnlattelse av å bruke styringsretten ved passivitet få betydning for bevisvurderingen ved påstått gjengjeldelse, hvor passiviteten har årsakssammenheng med varselet.

Etter gjeldende rett synes det å være et sprik mellom lovgivers forutsetning om at unnlattelser har vært en integrert del av gjengjeldelsesforbudet, og underrettenes avgrensning av dette ansvaret. Lovens presisering at unnlattelser rammes av gjengjeldelsesforbudet bidrar slik sett til rettsavklaring, selv om den nærmere rekkevidden av ansvaret gjenstår å bli klarlagt i rettspraksis.

5.8 Særlig om relevansen av manglende interne rutiner for varsling

Spørsmålet er i hvilken grad manglende regulering av arbeidsgivers håndtering av et mottatt varsel gjennom interne rutiner har relevans for spørsmålet om det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse, jf. § 2 A-4, jf. § 2 A-6.

Det er sparsomt med rettspraksis som tar opp spørsmålet om hvilken betydning manglende interne rutiner skal ha for spørsmålet om gjengjeldelse har funnet sted. I Odfjell Drilling-

¹⁵¹ Prop. 74 L (2018–2019) s. 52

dommen synes arbeidstaker å anføre at arbeidsgivers manglende regulering av interne rutiner for å beskytte varslere måtte være et argument i favør at gjengjeldelse hadde funnet sted.¹⁵²

Rasjonale bak anførselen synes å være at terskelen for å få medhold i påstand om ulovlig gjengjeldelse, må senkes hvor arbeidsgiver ikke kan dokumentere hvordan varsleren vernes gjennom en tilfredsstillende håndtering av saken.¹⁵³

Flertallet i Odfjell Drilling-dommen kommenterer ikke om de interne rutinene har betydning for gjengjeldelsesspørsmålet, og nøyer seg med å slå fast at varslingene ble «behandlet av Odfjell på en tilfredsstillende [sic] måte uavhengig om man skulle komme til at regelverket internt i Odfjell på de angitte tider var tilfredsstillende [sic] eller ei».¹⁵⁴ Etter gjeldende rett er det derfor ikke klart hvorvidt manglende interne rutiner kan ha relevans for spørsmålet om gjengjeldelse har funnet sted. Uttalelsen kan likevel sies å åpne for at retten anerkjenner en slik argumentasjonslinje.

Det kan spørres om anførselen ville blitt behandlet på samme måte i dag, da lovgivningen ikke stilte uttrykkelige krav til å opprette interne varslingsrutiner på tidspunktet for domsavsigelsen, se punkt 4.2.5 om refleksiv lovgivningsteknikk. Ved at § 2 A-6 nå stiller uttrykkelige krav til at rutinene skal inneholde fremgangsmåte for varsling og arbeidsgivers saksbehandling ved mottak, behandling og oppfølging av varselet, kan det tilsi rom for rettsutvikling. Med kunnskap om at implementering av varslingsrutiner øker sjansene for at arbeidstaker blir møtt med positive reaksjoner på varslingen,¹⁵⁵ får spørsmålet særlig relevans ved vurderingen av gjengjeldelsesforbudet.

Lovteksten presiserer nå at varslingsrutinene skal inneholde fremgangsmåte for «arbeidsgivers» saksbehandling av varselet. En slik presisering kan fremheve at varslingsrutinene ikke bare er ment for å skape forutberegnelighet for arbeidstaker, men også synliggjøre *arbeidsgivers* plikter til å håndtere varselet på en forsvarlig måte.¹⁵⁶ Sett i sammenheng med arbeidsgivers preventive plikter til å håndtere konflikt gjennom § 2 A-3 og

¹⁵² LG-2011-17283

¹⁵³ Eriksen (2016) s. 437.

¹⁵⁴ LG-2011-17283

¹⁵⁵ Trygstad (2017) s. 53.

¹⁵⁶ Ystgaard (2017) s. 179.

forbudet mot gjengjeldelse i § 2 A-4, tilsier sammenhengen i regelverket at manglende interne rutiner bør ha relevans ved bevisvurderingen av om gjengjeldelse har funnet sted.

På denne måten vil hensynene bak varslingsreglene bidra til at arbeidstaker ikke blir stilt i en dårligere rettsstilling ved at arbeidsgiver har unnlatt å benytte sine muligheter og plikter til å redusere risikoen for gjengjeldelse.¹⁵⁷ For arbeidsgivers vedkommende vil en slik forståelse trolig innebære en skjerpelse av de prosessuelle krav som den foreliggende rettspraksis synes å legge til grunn, og slik sett innebære en ytterligere innskrenkning av styringsretten.

6. Avslutning

Arbeidsgivers plikt til å verne arbeidstaker mot gjengjeldelse gjør seg gjeldende på ethvert trinn i varslingsprosessen, og påvirker styringsretten på forskjellig vis gjennom denne prosessen. Styringsretten påvirkes ved at arbeidsgiver som hovedregel er pliktig til å implementere varslingsrutiner som oppfyller visse minimumskrav, jf. § 2 A-6. Videre har vi sett at arbeidsgivers styringsrett i stor grad påvirkes gjennom kravet til å undersøke varselet innen rimelig tid, jf. § 2 A-3 første ledd. Samtidig har arbeidsgiver en bred skjønnsutøvelse ved selve undersøkelsen.

Arbeidsgivers dynamiske plikt til å risikovurdere arbeidstakerens situasjon i varslingsprosessen etter § 2 A-3 annet ledd viser at den konkrete innskrenkningen av styringsretten vil kunne være svært varierende. Pliktens dynamiske og relative element ved seg gjør at det er utfordrende for arbeidsgiver å vite rammene for sin styringsrettsutøvelse. Etter omstendighetene kan arbeidsgivers unnlattelse av å bruke styringsretten ved å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø utgjøre en gjengjeldelse. Med de konsekvenser dette kan få for varslersens psykiske helse og arbeidsgivers erstatningsansvar, tilsier rettskildebildet et stort behov for å avklare typetilfeller.

I kapittel 5 har vi sett at det trengs en bedre harmonisering av rettens praktisering av gjengjeldelsesforbudet som statiske handlinger og lovgivers intensjon om et samspill i regelverket som setter krav til arbeidsgiver på ethvert trinn i varslingsprosessen. Variasjoner i

¹⁵⁷ Eriksen (2016) s. 438.

rettens tilnærming til den delte bevisbyrde peker også på at en rettslig prosess kan innebære en høy prosessrisiko for arbeidstaker.

I lys av disse forholdene kan det særlig pekes på et behov for en prøving av gjengjeldelsesforbudets grense mot styringsretten i Høyesterett. Domstolenes rettsavklarende rolle kan bidra til økt forutberegnelighet for varslere og for arbeidsgiver å kartlegge sitt saklige spillerom for styringsretten.

Litteraturliste

Lover

Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven).

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

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

Direktiv

Europaparlamentet og Rådets direktiv 2019/1937 av 23.oktober 2019 om vern av personer som varsler om brudd på EU-lovgivningen.

Forskrifter

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

Forarbeider

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 (varsling).

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

NOU 2018:6 Varsling – verdier og vern. Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet.

Prop. 74 L (2018-2019) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1997 s. 1506 (Stryn Apotek)

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

Rt. 2004 s. 1844 (Nera)

Rt. 2009 s. 1465

Rt. 2012 s. 424

Lagmannsrettspraksis

LB-2009-36995 (Norwelt)

LA-2009-57115 (Miljøarbeider)

LB-2010-40623 (Fengselsinspektør)

LG-2011-17283 (Odfjell Drilling)

LG-2015-16252 (Spesialpedagog)

LB-2019-58878 (Fretex)

Tingrettspraksis

TOSLO-2004-99016 (Siemens)

TBERG-2007-136244 (Sandviken sykehus)

TOBYF-2007-124301 - RG-2008-53 (E-postkjennelsen)

TNERO-2010-146183 (Apo)

TOSLO-2018-49891 (Fretex)

Rapporter

Wiersholm I, «Monika-saken»: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling, 25.juni 2015. Hentet fra:

https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monika-saken_web.pdf?visitorsByID=undefined

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

Trygstad, Sissel C og Ødegård, Anne Mette, *Varsling i norsk arbeidsliv 2018*, Fafo-rapport 2019:14.

Litteratur

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, Johan Grundt Tanum Forlag 1967.

Andreassen, Henrik Devenish og Remmen, Camilla, *EUs varslingsdirektiv*, iia.no, <https://iia.no/eus-varslingsdirektiv/?fbclid=IwAR2ZL7EQ8zSU8QZTWYAVehDj3E56VcIsS-xZ3DFT5A-hK4FfZD7R6Ijr784> (lest 20.november 2020).

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

Eriksen, Birthe (red.), *Å bekjempe et samfunnsproblem: Om korrupsjon, varslingsprosesser, granskning og organisasjonskultur*, Gyldendal 2014.

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

Eriksen, Birthe og Eidsheim, Karianne Nilsen, «Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslingsvern, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2», *Magma*, 2018 s. 27-38.

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

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

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

Hagen, Irene, *Konfidensialitetsprinsippet ved varsling av kritikkverdige forhold*, Juridika.no, <https://juridika.no/innsikt/gdpr-og-varsling> (lest 12.november 2020).

Hvidsten, Ingrid, Johansen, André Istad og Bender, Hans Jørgen, «Varsling på arbeidsplassen – forpliktelser og fallgruver for arbeidsgiver», *Praktisk økonomi & finans*, 2018/4, Årgang 34, s. 327-338.

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

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., Gyldendal 2017.

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

Ystgaard, Brynhild Mostad, «Betydningen av arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling», *Arbeidsrett*, 2017/2, Årgang 14, s. 159-182.