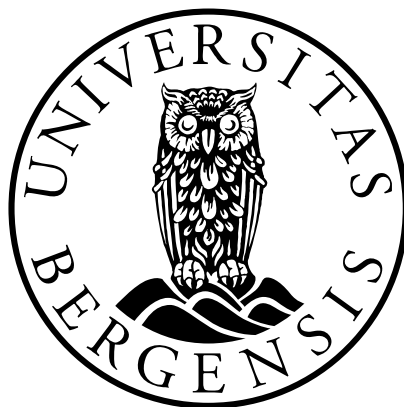


Arbeidsmiljølovens forbud mot gjengjeldelse ved varsling

Kandidatnummer: 74

Antall ord: 14986



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Aktualitet – særlig om «Monika-saken»	4
1.3	Rettskilder.....	5
1.4	Videre fremstilling.....	7
2	Kort om arbeidsmiljølovens regler om varsling	8
2.1	Innledning – sammenheng og bakenforliggende hensyn	8
2.2	Nærmere om arbeidstakers rett til å varsle etter arbeidsmiljøloven § 2-4.....	9
2.2.1	Begrepet «kritikkverdige forhold»	9
2.2.2	Kravet til «forsvarlig» fremgangsmåte	10
2.3	Nærmere om arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge for intern varsling etter arbeidsmiljøloven § 3-6.....	10
3	Innledende om gjengjeldelsesforbudet i § 2-5	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Rettighetssubjektet.....	13
3.2.1	Arbeidstakerbegrepet	13
3.2.2	«... som varsler i samsvar med § 2-4 ...».....	15
3.3	Ansvarssubjektet.....	16
3.4	Regelen om delt bevisbyrde i arbeidsmiljøloven § 2-5 (1) annet punktum.....	20
4	Vilkåret «gjengjeldelse»	23
4.1	Noen utgangspunkter	23
4.2	Nærmere om formelle sanksjoner og forholdet til uformelle sanksjoner	25
4.2.1	Omplassering.....	25
4.2.2	Utestengelse	26
4.3	Nærmere om uformelle sanksjoner.....	28
4.3.1	Generelt om forholdet mellom gjengjeldelsesforbudet og arbeidsgivers styringsrett.....	28
4.3.2	Forholdet til styringsretten – en illustrasjon.....	30
4.3.3	Granskning/etterforskning fra arbeidsgivers side	32
4.4	Trakassering og mobbing	34
4.5	Har arbeidsgiver plikt til å ta hensyn til varslers subjektive forhold?	39

5	Virkningene av ulovlig gjengjeldelse	43
5.1	Oppreisning og erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 (3)	43
5.2	Straffeansvar for brudd på gjengjeldelsesforbudet, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 19...	44
5.3	Forholdet mellom overtredelse av gjengjeldelsesforbudet i § 2-5 og andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven til vern av arbeidsmiljøet.....	46
6	Avsluttende betraktninger	48
6.1	Oppsummering	48
6.2	Er gjengjeldelsesvernet sterkt nok?	49
	Litteraturliste.....	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er forbudet mot gjengjeldelse mot en arbeidstaker som har varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen jf. lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 2-5. Oppgaven har som siktemål å gi en fremstilling av det materielle innholdet i gjengjeldelsesforbudet.

Varsling innebærer å melde fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, til personer eller instanser som har mulighet til å endre på forholdet. Det må dreie seg om opplysninger arbeidstakeren har fått i kraft av ansettelsesforholdet.¹ En *varsler* i denne sammenhengen er således en arbeidstaker som melder fra om slike kritikkverdige forhold i virksomheten. Arbeidstaker har en lovfestet rett til å varsle i medhold av arbeidsmiljøloven § 2-4 (1).

En norsk undersøkelse fra 2010 viser at over halvparten av arbeidstakere som har oppdaget kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, lar være å varsle.² En av ti som varsler har opplevd represalier som følge av varsling. Det fremkommer i undersøkelsen at det hovedsakelig er frykten for gjengjeldelse som er årsak til at en arbeidstaker velger å la være å varsle. En rapport utgitt av forskningsstiftelsen Fafo i 2016 viser at andelen som hevder å ha blitt utsatt for negative reaksjoner etter varsling, nå har økt til 25 %.³

For å gi arbeidstaker et tilstrekkelig vern, og for å skape trygge rammer for forsvarlig varsling, må det foregå et aktivt arbeid på arbeidsplassen for å sikre en åpen ytringskultur. En åpen ytringskultur har betydning for terskelen for å varsle. Samtidig er det essensielt å ha klart for seg hvordan arbeidsgiver kan og bør forholde seg til varsleren. For å bidra til større rettslig klarhet om dette, har denne oppgaven *innholdet i og grensene for* gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2-5 som hovedproblemstilling.

¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling), s.37.

² Trygstad, Sissel C., *Med rett til å varsle... men hjelper det, og er det lurt?* Fafo-rapport 2010:18, omtalt i <http://www.aftenposten.no/fakta/innsikt/Varsling---en-risikosport-7917321.html>.

³ Ødegård, Anne Mette m.fl., *Varsling og ytring blant medlemmer i sju fagforbund: Rapportserie om varsling og ytring*. Fafo-rapport 2016:34, s.48.

Varslervernet er avhengig av et presist og treffsikkert regelverk. Gjengjeldelsesforbudet i § 2-5 er imidlertid skjønnsmessig formulert med hensyn til hva som utgjør ulovlig gjengjeldelse. Bestemmelsen må nødvendigvis favne vidt, ettersom det er umulig å fange opp alle tilfeller i lov- og forskriftsverk. Lovgiver har derfor overlatt til domstolene å fastslå detaljene i og grensene for forbudet. Hvordan domstolene har fulgt dette opp, er et av de sentrale spørsmålene i det følgende. I forlengelsen av dette kan man også spørre om det gjengjeldelsesforbudet vi har i dag, er effektivt nok.

Dersom vernet mot gjengjeldelse ikke er sterkt nok, blir ikke *retten til å varsle* reell. Det fremste formålet med gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2-5 er derfor å hindre at retten til å varsle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen etter § 2-4 blir illusorisk.⁴ At arbeidstaker som varsler sikres et tilstrekkelig vern mot gjengjeldelse er dermed en forutsetning for at varsling skal fungere som en effektiv mekanisme for å fange opp kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

1.2 Aktualitet – særlig om «Monika-saken»

Varslingssaker har de senere årene fått mye oppmerksomhet i nyhetsbildet. At antallet medieoppslag om varsling synes å være økende har blant annet sammenheng med medias stadig mer proaktive rolle som «vakhund» i samfunnet, og økt oppmerksomhet om regler som skal sikre at arbeidsgivere overholder lover og regler som gjelder for deres virksomhet.

Varsling og gjengjeldelse har fått særlig aktualitet i kjølvannet av den mye omtalte «Monika-saken» fra Hordaland Politidistrikt (HPD), nå Vest Politidistrikt. I november 2011 ble en 8 år gammel jente funnet død i sitt hjem på Sotra utenfor Bergen. Dødsfallet ble etterforsket av HPD, men saken ble henlagt som selvdrap. Ved årsskiftet 2013-2014 avdekket politibetjenten Robin Schaefer flere alvorlige feil og svakheter i etterforskningen av dødsfallet. Han varslet sine overordnede, men varselet ble ikke fulgt opp, og Schaefer fikk i stedet beskjed fra ledelsen om ikke å jobbe med saken, snakke om den med noen eller søke støtte fra noen. Varslingen ble stemplet som illojal og uetisk. Schaefer fikk en psykisk reaksjon som følge av den manglende støtten og avmakten han opplevde i møte med ledelsen etter å ha varslet, og ble til slutt sykmeldt

⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.8.

på grunn av dette. Først etter måneder med påtrykk fra ulike hold ble etterforskningen gjenopptatt. Politiet tok senere ut tiltale mot den tidligere samboeren til jentens mor.⁵

«Monika-saken» har fått massiv medieoppmerksomhet, og politiet har blitt sterkt kritisert fra flere hold. Advokat Jan Fougner ved Advokatfirmaet Wiersholm utarbeidet en granskningsrapport om saken på oppdrag fra Justis- og beredskapsdepartementet.⁶ I rapporten ble det fastslått at Schaefer hadde varslet på en saklig og lojal måte, og at han var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse. Gjengjeldelsen bestod blant annet i at Schaefer ble

«... oversett, marginalisert og underkjent som fagperson. ... Arbeidsgiver opptrådte videre på en slik måte at Schaefer i tillegg ble redd for å miste arbeidet sitt og Arbeidsgiver gjorde ikke noe for å endre det inntrykket. Da Schaefer i tillegg ble syk av de belastninger han ble utsatt for etter å ha inngitt varselet, representerer det mer enn et brudd på kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø og inngår som et element i gjengjeldelsen.»⁷

«Monika-saken» illustrerer de store konsekvensene varsling kan ha, både for arbeidstaker som har varslet og for arbeidsgiver. Når kritikkverdige forhold ikke avdekkes i politiet, kan det dessuten ha store konsekvenser for borgernes rettssikkerhet. Det er en generell samfunnsinteresse at kritikkverdige forhold avdekkes og at det er trygt å varsle. Frykt for gjengjeldelse kan imidlertid sette en stopper for varsling, noe som understreker behovet for å klargjøre hvilket rettslig vern varslere har mot gjengjeldelse, og hva som regnes som ulovlig gjengjeldelse fra arbeidsgivers side.

1.3 Rettskilder

Den tidligere arbeidsmiljøloven (1977) hadde ingen egne bestemmelser til vern av varslere. Det gjaldt likevel et ulovfestet gjengjeldelsesforbud, og forarbeidene til den någjeldende

⁵ Tiltalte ble i juli 2016 dømt for drapet i Nordhordland tingrett (TNOHO-2016-44534), men har anket dommen.

⁶ «Monika-saken»: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling. Advokatfirmaet Wiersholms rapport av 25. juni 2015 til Justis- og beredskapsdepartementet. Rapporten omtales i det følgende som «Wiersholm I». I mars i år ble det fremlagt en ny rapport om de øvrige varslerne i «Monika-saken» («Wiersholm II»). Rapporten konkluderte med at disse varslerne hadde varslet forsvarlig, men at ingen av dem var blitt utsatt for gjengjeldelse i strid med forbudet i arbeidsmiljøloven. Rapporten er unntatt offentlighet.

⁷ Wiersholm I, s.102.

arbeidsmiljøloven presiserer at de nye lovbestemmelsene var ment å kodifisere gjeldende rett.⁸ Norge var det første landet i Norden som fikk egne lovregler om vern av arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

De någjeldende reglene om varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen ble inntatt i arbeidsmiljøloven ved lov 1. desember 2006 nr. 64, og trådte i kraft 1. januar 2007. Bestemmelsene finner vi nå i §§ 2-4, 2-5 og 3-6. Innholdet i og sammenhengen mellom disse bestemmelsene presenteres kort i del 2.

Arbeidsmiljølovens varslingsregler er altså relativt nye, og har ennå ikke vært prøvd i Høyesterett. Det gir forarbeidene relativt stor rettskildemessig vekt, ettersom de klargjør lovgivers intensjon og gir føringer for hvordan lovgiver ser for seg at varslingsreglene skal håndheves.⁹

Det foreligger flere avgjørelser om gjengjeldelsesforbudet fra tingretter og lagmannsretter. Underrettsavgjørelser har normalt mindre vekt som rettskilde enn avgjørelser fra Høyesterett, men vil likevel være egnet til å belyse de momenter som inngår i domstolenes vurdering. Vekten av underrettspraksis kan særlig få betydning der dommen ikke er anket til Høyesterett.¹⁰ Det er mye som tyder på at gjengjeldelsesforbudet volder utfordringer i praksis, noe som også bekreftes av rapportene i «Monika-saken».

Reglene om varsling og gjengjeldelse inngår i et større system av regler som skal verne arbeidstakere mot psykososiale belastninger på arbeidsplassen. Forarbeider og praksis knyttet til disse reglene vil også være relevante tolkningsmomenter for reglene om varsling og gjengjeldelse.

Av juridisk litteratur foreligger det utfyllende granskningsrapporter som knytter seg til konkrete varslingsaker (herunder «Monika-saken»), samt evalueringer av varslingsreglene. Rapportene

⁸ NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst, s.452.

⁹ De sentrale forarbeidene er NOU 2004:5, *op.cit.*, Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), Ot.prp.nr.84 (2005-2006), *op.cit.*, Innst.O.nr.6 (2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

¹⁰ Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, s.162 flg.

er nyttig bakgrunnsmateriale ved tolkning og belysning av varslingsreglene, men som rettskildefaktor har de begrenset vekt.

Videre finnes det arbeidsrettslig litteratur som omhandler varslingsreglene generelt.¹¹ Jeg har ikke funnet rettsvitenskapelige fremstillinger av gjengjeldelsesforbudet i særdeleshet, noe som understreker behovet for analysen som denne oppgaven tar sikte på å gi.

Internasjonalt utvikles rettsreglene om arbeidstakers rett til å varsle, og om vern mot represalier. Folkerettslige forpliktelser har gitt økt fokus på varsling som et effektivt og hensiktsmessig verktøy i bekjempelsen av korrupsjon, blant annet FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003 og Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 4. november 1999. Disse reglene dannet bakteppet for utformingen av varslingsreglene i Norge, og kan dermed brukes som tolkningsfaktor ved fastlegging av norsk rett.

I tillegg utgis det stadig mer ikke-juridisk faglitteratur om varsling og gjengjeldelse, som det kan være nyttig å se hen til i denne sammenheng. Organisasjonspsykologisk og samfunnsvitenskapelig litteratur gir perspektiver som er viktige for å forstå mekanismene og mønsteret ved varsling, og hvorfor vi i det hele tatt har regler om varsling og forbud mot gjengjeldelse.¹²

1.4 Videre fremstilling

I det følgende skal det i del 2 først foretas en kortfattet gjennomgang av arbeidsmiljølovens regler om varsling. Deretter gis i del 3 en oversikt over gjengjeldelsesforbudet i § 2-5, herunder rettighets- og ansvarssubjektene og bevisbyrderegelen. Del 4 vil gå i dybden på vilkåret «gjengjeldelse». Gjennom et kasuistisk studium av rettspraksis søker oppgaven her å kartlegge innholdet i og grensene for gjengjeldelsesforbudet. I del 5 behandles virkningene av ulovlig gjengjeldelse, og del 6 byr på noen avsluttende betraktninger.

¹¹ Nyere fremstilling: Eriksen, Birthe, *Arbeidstakers rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*. Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen 2016.

¹² Se for eksempel Bjørkelo, Brita, *Whistleblowing at Work: Antecedents and Consequences*. Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen 2010.

2 Kort om arbeidsmiljølovens regler om varsling

2.1 Innledning – sammenheng og bakenforliggende hensyn

Arbeidsmiljølovens regler om varsling består som nevnt av tre bestemmelser: For det første fastslår § 2-4 (1) og (2) at arbeidstaker har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» i virksomheten, så lenge det skjer på en «forsvarlig» måte. For det andre gjør § 2-5 (1) det klart at «[g]jengjeldelse» mot arbeidstaker som varsler er forbudt. For det tredje fastslår § 3-6 at arbeidsgiver har plikt til å legge forholdene til rette for intern varsling.

De tre bestemmelsene må ses i sammenheng. Blant annet forutsetter forbudet mot gjengjeldelse i § 2-5 at varslingen er lovlig, det vil si i samsvar med vilkårene i § 2-4. Videre innebærerplikten til å tilrettelegge for varsling etter § 3-6 at arbeidstakers mulighet til å varsle på lovlig måte blir reell og faren for gjengjeldelse minimeres.

Et sentralt formål med varslingsreglene er å medvirke til en åpen ytrings- og varslingskultur på arbeidsplassen, der kritikk og uenighet håndteres på en saklig og ryddig måte. I dette perspektivet har reguleringen av varsling en konfliktpreventiv effekt. I henhold til forarbeidene er et av hovedformålene med arbeidsmiljølovens varslingsregler å beskytte arbeidstakere som sier ifra om kritikkverdige forhold i virksomheten, og samtidig tydeliggjøre at varsling både er lovlig og ønsket.¹³

Både Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 10 verner borgernes ytringsfrihet. Denne rettigheten gjelder utvilsomt også i arbeidsforhold. Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at den lovfestede retten til å varsle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen er et utslag av den alminnelige, grunnlovfestede ytringsfriheten, og at reglene om varsling skal bidra til å styrke den reelle ytringsfriheten i et ansettelsesforhold.¹⁴

Begrensninger i ytringsfriheten krever et rettslig grunnlag, som for eksempel lovbestemt taushetsplikt eller den ulovfestede lojalitetsplikten som gjelder i arbeidsforhold.¹⁵ Det er likevel

¹³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.7.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, s.15. At det eksisterer en ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforhold er lagt til grunn blant annet i Rt-1990-607.

klart at det bare er arbeidsgiverens legitime interesser arbeidstaker plikter å være lojal mot. Straffbare og andre kritikkverdige forhold er ikke dekket av lojalitetsplikten, slik at den lovfestede retten til å varsle om slike forhold går foran lojalitetsplikten. Arbeidstaker skal alltid kunne varsle om kritikkverdige forhold dersom vedkommende følger lovens vilkår.

I tillegg står det sterke samfunnsinteresser bak varslingsreglene: Varsling er en sentral mekanisme for å forebygge og avdekke kritikkverdige forhold i privat og offentlig virksomhet. Det at arbeidstakere sier ifra, er ofte den eneste måten ukultur og ulovlige forhold kan avdekkes på.

I det følgende gis en kort oversikt over vilkårene for lovlig varsling i § 2-4 og tilretteleggingsplikten i § 3-6. Gjengjeldelsesforbudet i § 2-5 behandles utførlig i del 3 til 5.

2.2 Nærmere om arbeidstakers rett til å varsle etter arbeidsmiljøloven § 2-4

2.2.1 Begrepet «kritikkverdige forhold»

Begrepet «kritikkverdige forhold» i § 2-4 (1) tilsier at varselet må gjelde uholdbar eller uakseptabel virksomhet eller praksis på arbeidsplassen. Det er altså ikke tilstrekkelig at arbeidstakeren er personlig uenig i forholdet ut fra sin egen politiske eller etiske overbevisning. Samtidig kan grensen mellom faglig uenighet og kritikkverdige forhold være flytende, og variere blant annet med hva slags virksomhet det er snakk om. Forholdene det varsles om må dermed vurderes konkret i den enkelte sak.

Omstendigheter som faller inn under uttrykket «kritikkverdige forhold», er i forarbeidene delt i tre kategorier: Straffbare forhold, andre ulovlige forhold som ikke er straffbare, og brudd på etiske normer.¹⁶ Brudd på etiske normer kan omfatte både brudd på virksomhetens interne retningslinjer og alminnelige etiske retningslinjer som det er bred oppslutning om i samfunnet. Konkrete eksempler på «kritikkverdige forhold» kan være svikt i sikkerhetsrutiner, miljøkriminalitet, uforsvarlig saksbehandling, dårlig ledelse, korrupsjon, arbeidsforhold i strid med arbeidsmiljølovens krav, trakassering av arbeidstakere, mv.

¹⁶ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.23.

2.2.2 Kravet til «forsvarlig» fremgangsmåte

Videre fastslår § 2-4 (2) første punktum at arbeidstakerens fremgangsmåte ved varslingen skal være «forsvarlig». Formålet med denne delen av bestemmelsen er å stille krav til måten varslingen skjer på, ikke å begrense retten til å si fra.¹⁷ Forsvarlighetskravet er en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten som påhviler arbeidstaker. Her slår med andre ord hensynet til arbeidsgivers legitime interesser og virksomheten igjennom.

Hva som er «forsvarlig» fremgangsmåte må vurderes skjønnsmessig i den enkelte sak, herunder om det er saklig grunnlag for kritikken som fremmes, og om arbeidsgivers og virksomhetens interesser er ivaretatt i det konkrete tilfellet – både med hensyn til måten det varsles på, og hvem det varsles til. Det er også relevant i forsvarlighetsvurderingen om arbeidstaker var i aktsom god tro med hensyn til om det faktisk forelå kritikkverdige forhold på varslingstidspunktet.¹⁸

Det skal videre vektlegges om arbeidstaker har varslet internt før vedkommende eventuelt varslet offentligheten gjennom medier e.l. Ved valg mellom intern og ekstern varsling, må opplysningens skadepotensiale vurderes; om det er hensiktsmessig å varsle internt først; og om det gjelder et forhold som har allmenn interesse. Intern varsling vil normalt være forsvarlig. Uansett har arbeidstaker rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt, i tråd med virksomhetens varslingsrutiner, eller til offentlige tilsynsmyndigheter, jf. § 2-4 (2) annet og tredje punktum.

2.3 Nærmere om arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge for intern varsling etter arbeidsmiljøloven § 3-6

Etter arbeidsmiljøloven § 3-6 har arbeidsgiver, i tilknytning til det systematiske HMS-arbeidet, plikt til å «utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i samsvar med § 2-4». Plikten gjelder dersom forholdene i virksomheten tilsier det, og de aktuelle tiltakene må nødvendigvis tilpasses behovet i virksomheten. På denne måten er arbeidsgiver forpliktet til å bidra aktivt til at bevissthet om yringsfrihet og varsling blir en naturlig del av virksomhetens

¹⁷ *Ibid.*, s.51.

¹⁸ *Ibid.*, s.39.

arbeidsmiljø. Dette kan bidra til at man unngår vanskelige og konfliktfylte varslingssaker som blir en stor belastning både for varsleren, arbeidsgiver og arbeidsmiljøet. Arbeidsmiljøloven § 3-6 operasjonaliserer på denne måten §§ 2-4 og 2-5, med det formål å sørge for at varslingsretten og varslingsvernet fungerer effektivt.¹⁹

Dersom virksomheten har en fast rutine for varsling om kritikkverdige forhold, gir det de ansatte et signal om at varsling er ønskelig. Samtidig gir det de ansatte veiledning i fremgangsmåten ved varsling og trygghet for at de følger en akseptert fremgangsmåte. Samtidig vil en god intern håndtering kunne redusere varslersens behov for å varsle eksternt.

Gode varslingsrutiner samt god informasjon om varsling og gjeldende regelverk medfører at det i praksis er lettere for arbeidstakere å varsle uten å frykte å bli møtt med gjengjeldelse. Slik sikres et åpent og godt ytringsklima og en trygg og sunn bedriftskultur, med en lav terskel for å si fra, som er sentrale hensyn bak § 3-6.²⁰ Adekvate varslingsrutiner og kunnskap hos arbeidsgiver bidrar til at det i en varslingssituasjon er forholdet det varsles om, og ikke varsleren, som kommer i fokus.

¹⁹ Eriksen, Birthe (red.), *Å bekjempe et samfunnsønde: Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*, Bergen 2014, s.185.

²⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.46.

3 Innledende om gjengjeldelsesforbudet i § 2-5

3.1 Innledning

Ovenfor er arbeidsmiljølovens vilkår for lovlig varsling behandlet. For at retten til å varsle skal være reell og effektiv, må varsleren ha rettslig beskyttelse mot etterfølgende, negative reaksjoner.

Arbeidsmiljøloven § 2-5 (1) første punktum oppstiller et forbud mot «[g]jengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4». Forbudet gjelder også gjengjeldelse mot arbeidstaker som tilkjenner at vedkommende vurderer å varsle, jf. annet ledd.

Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 2-5 at to vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge ulovlig «gjengjeldelse». For det første må arbeidstaker være utsatt for en eller annen form for ugunstig behandling. For det andre må den ugunstige behandlingen være en følge av varslingen.²¹ Det må altså innfortolkes et materielt krav til årsakssammenheng mellom varselet og gjengjeldeshandlingene. Det nærmere innholdet i og rekkevidden av vilkåret «gjengjeldelse» er tema for del 4 under.

Overtredelse av gjengjeldelsesforbudet gir grunnlag for oppreisning og erstatning. Arbeidsgiver er etter § 2-5 (3) objektivt ansvarlig for å betale oppreisning til en varslersom har vært utsatt for ulovlig gjengjeldelse. I tillegg kan varsleren kreve erstatning for økonomisk tap etter alminnelige erstatningsregler, jf. tredje ledd siste punktum. Virkningene av ulovlig gjengjeldelse behandles nærmere i del 5 under.

Det kan i praksis være vanskelig for en arbeidstaker å dokumentere at en gjengjeldeshandling faktisk har funnet sted, og at det foreligger årsakssammenheng mellom varslingen og den påståtte gjengjeldeshandlingen. Dette er to krevende bevistema, og for ytterligere å styrke arbeidstakers vern i forbindelse med varsling, har lovgiver i § 2-5 (1) annet punktum gitt en regel om delt bevisbyrde. Bevisregelen, som er en sentral del av vernet mot gjengjeldelse, behandles nærmere i punkt 3.4.

²¹ *Ibid.*, s.52.

I denne delen behandles, foruten bevisregelen, inngangsvilkårene i arbeidsmiljøloven § 2-5: Punkt 3.2 omhandler *rettighetssubjektet*, altså hvem som kan påberope seg vernet etter § 2-5; og punkt 3.3 omhandler *ansvarssubjektet*, altså hvem som er rettslig ansvarlig for brudd på gjengjeldelsesforbudet.

3.2 Rettighetssubjektet

Som beskrevet innledningsvis, følger det av § 2-5 (1) første punktum at gjengjeldelsesforbudet verner «*arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4*». I dette ligger det to materielle vilkår som skal behandles hver for seg. I det følgende drøftes først begrensningene som ligger i selve arbeidstakerbegrepet. Deretter behandles innholdet i kravet om at vedkommende «*varsler i samsvar med § 2-4*».

3.2.1 Arbeidstakerbegrepet

Arbeidsmiljøloven § 1-8 (1) definerer en arbeidstaker som «*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*». Forarbeidene presiserer at dette blant annet innebærer at arbeidstaker skal stille sin personlige arbeidskraft til rådighet, at vedkommende er underordnet arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet, at tilknytningsforholdet har en noenlunde stabil karakter, samt at arbeidstaker mottar lønn for arbeidet.²² Det avgjørende er om tilknytningen reelt sett har karakter av et fast ansettelsesforhold.²³ Gjengjeldelsesforbudet må dermed i utgangspunktet avgrenses mot persongrupper som for eksempel tidligere arbeidstakere og innleid personell.

Varsling handler om å melde fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen som arbeidstakeren ikke hadde fått kjennskap til uten ansettelsesforholdet. Hvorvidt arbeidsforholdet er avsluttet eller ikke, endrer ikke samfunnets interesse i at slik informasjon avdekkes. For så vidt gjelder *tidligere arbeidstakere* må det likevel trolig skilles mellom situasjoner der arbeidstakeren varsler før arbeidsforholdet er opphørt, men utsettes for

²² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.73.

²³ *Ibid.*

gjengjeldelse etter at vedkommende har sluttet, og tilfellene der både varsling og gjengjeldelse finner sted etter arbeidsforholdets opphør.²⁴

I de førstnevnte tilfellene er det utvilsomt at varsleren er å regne som en «*arbeidstaker*» etter § 1-8 når vedkommende varsler, all den tid arbeidsforholdet består idet varslingen skjer. Spørsmålet da er om vedkommende er vernet etter § 2-5 mot gjengjeldelse som finner sted etter at arbeidsforholdet er avsluttet.

Spørsmålet berøres i «E-postkjennelsen».²⁵ Retten bemerket i denne saken at det særskilte vernet en varsler har krav på, «*må gjelde selv om man ... ikke lenger er ansatt i virksomheten*». Her hadde selve varslingen funnet sted mens arbeidsforholdet pågikk, og gjengjeldeshandlingene som fant sted etter at varsleren hadde sluttet, ble av retten ansett som fortsatt gjengjeldelse. I dette tilfellet var retten ikke i tvil om at en tidligere arbeidstaker nyter vern etter § 2-5: Det ville stride imot lovgivers intensjon dersom arbeidsgiver fritt skal kunne «straffe» varsleren med gjengjeldelse fordi arbeidsforholdet er avsluttet. Særlig fordi mange arbeidsforhold avsluttes nettopp *på grunn av* varslings-/gjengjeldelsessituasjonen og belastningene dette medfører for arbeidstaker, har varsleren et berettiget behov for vern mot gjengjeldelse også etter arbeidsforholdets opphør.

I «E-postkjennelsen» var det altså en *fortsatt* gjengjeldelse, men de samme hensynene gjør seg gjeldende der hele gjengjeldelsen finner sted etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Det er jo fremdeles snakk om å beskytte en «*arbeidstaker*» som har benyttet sin rett til å varsle etter § 2-4 mens arbeidsforholdet bestod. Så lenge gjengjeldelsen skjer som en følge av varslingen, har varsleren et reelt behov for vern etter § 2-5, uavhengig av om selve gjengjeldelsen startet før eller etter at arbeidsforholdet opphørte.

Det er derimot ikke like klart at gjengjeldelsesvernet gjelder tilfeller der både varslingen og gjengjeldelsen fant sted *etter* arbeidsforholdets opphør. Ser man hen til gjengjeldelsesvernet i utenlandsk rett, omfatter både den britiske ERA²⁶ og den amerikanske SOX²⁷ uttrykkelig

²⁴ Eriksen, Birthe 2016, *op.cit.*, s.132 flg.

²⁵ TOBYF-2007-124301 – RG-2008-53 (sidetall ikke angitt på www.lovdata.no). Se nærmere om dommen under punkt 4.3.3.

²⁶ The Employment Rights Act 1996.

²⁷ The Sarbanes-Oxley Act 2002.

tidligere ansatte. I norsk rett er imidlertid anvendelsesområdet til arbeidsmiljøloven § 2-5 jf. § 2-4 begrenset av legaldefinisjonen i § 1-8 (1). Når varslingen skjer etter at arbeidsforholdet er opphørt, er varsleren ikke lenger «*arbeidstaker*» på det tidspunkt han sier fra om forholdene. Da tilsier allerede ordlyden i § 2-4, jf. § 1-8 (1), at vedkommende i utgangspunktet står uten varslingsrett – og dermed også uten vern mot etterfølgende gjengjeldelse etter § 2-5. Selv om det kan være sterke samfunnsinteresser knyttet til forholdet det varsles om, og beskyttelsesbehovet kan være betydelig, skal det tungtveiende grunner til for å strekke ordlyden i arbeidstakerbegrepet til å omfatte tidligere ansatte som varsler.²⁸ Det må heller anses som en ytring om påståtte kritikkverdige forhold fra en tidligere ansatt, som må vurderes etter Grunnloven § 100 og eventuelt alminnelige, ulovfestede erstatningsregler.

Innleid personell kan få tilgang til samme kritiske informasjon som vanlige arbeidstakere, men er likevel ikke regnet for å være i arbeidsgivers «*tjeneste*» etter § 1-8 (1). De er dermed i utgangspunktet ikke vernet av gjengjeldelsesforbudet i § 2-5. Innleid personell kan likevel komme i posisjon til å varsle, og være sårbare for gjengjeldelse på lik linje med fast ansatte. Her kan det reises spørsmål om arbeidstakerbegrepet bør tolkes utvidende i disse tilfellene med hjemmel i det alminnelige arbeidsgiveransvaret. Det vil imidlertid føre for langt å behandle denne problemstillingen inngående her.²⁹

I et høringsnotat datert 20. juni 2016 har Arbeids- og sosialdepartementet foreslått å lovfeste varslingsretten og gjengjeldelsesvernet også for innleide arbeidstakere.³⁰ På dette punktet ligger det altså an til å bli en klargjøring av lovens virkeområde.

3.2.2 «... som varsler i samsvar med § 2-4 ...»

Videre presiserer § 2-5 (1) at gjengjeldelsesforbudet kun gjelder arbeidstaker som «*varsler i samsvar med § 2-4*». Det vil si at § 2-5 forutsetter at vilkårene i § 2-4 er oppfylt for at arbeidstaker i det hele tatt skal kunne påberope seg vernet mot gjengjeldelse. Disse vilkårene er behandlet i punkt 2.2 over.

²⁸ Motsatt: Johansen, Atle Sønsteli/Stueland, Einar (red.), *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*, Oslo 2011, s.108.

²⁹ Problemstillinger knyttet til den personellmessige avgrensningen i varslingsreglene er grundig drøftet i Eriksen, Birthe 2016, *op.cit.* Se særlig s.131-150, med videre henvisninger.

³⁰ Arbeids- og sosialdepartementet: *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling (20. juni 2016): Tiltak for å styrke varslervernet.*

Dette tilsier at en arbeidstaker som ikke har varslet i samsvar med § 2-4, ikke nyter vern mot gjengjeldelse etter § 2-5. Likevel følger det klart av forarbeidene at § 2-5 ikke skal tolkes antitetisk.³¹ Det betyr at selv om arbeidstaker ikke varslet «forsvarlig» om «kritikkverdige forhold» etter § 2-4, har ikke arbeidsgiver rett til å møte arbeidstakeren med gjengjeldelse. Arbeidsgiver kan fortsatt følge opp med arbeidsrettslige reaksjoner mot arbeidstaker, men her gjelder fremdeles blant annet arbeidsmiljølovens krav om saklighet ved oppsigelser, det ulovfestede saklighetskravet ved utøvelse av styringsrett, bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 4-3 om at arbeidstaker ikke skal utsettes for trakassering, og arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter arbeidsmiljøloven § 4-1.

3.3 Ansvarssubjektet

Av arbeidsmiljøloven § 2-5 (1) annet punktum følger det at dersom arbeidstaker legger frem opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse, skal det legges til grunn at gjengjeldelse har funnet sted dersom ikke «arbeidsgiveren» – underforstått: varslerens arbeidsgiver – kan sannsynliggjøre noe annet. Av tredje ledd første punktum fremgår det videre at oppreisning etter gjengjeldelse kan kreves uten hensyn til «arbeidsgivers» skyld. Det er dermed klart at det er varslerens arbeidsgiver som er det rettslige ansvarssubjektet etter § 2-5. Spørsmålet i det følgende er *hvem sine* gjengjeldelseshandlinger arbeidsgiver svarer for.

Det følger av legaldefinisjonen i arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) første punktum at begrepet «arbeidsgiver» omfatter «*enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*». Begrepet omfatter også «*den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten*», jf. annet punktum. Om rekkevidden av arbeidsgiverbegrepet heter det i lovkommentaren:

«Arbeidsgiver er normalt den som er part i arbeidsavtalen ... Normalt er det vedkommende rettssubjekt som er arbeidsgiver og det vil dermed være sammenfall mellom arbeidsgiver og virksomheten ...

Arbeidsgiverforpliktelsene påhviler ikke bare det rettssubjekt som er arbeidsgiver. Arbeidsgiverforpliktelsene gjelder tilsvarende «for den som i arbeidsgivers sted leder

³¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.53.

virksomheten». I et aksjeselskap vil ikke bare styret og administrerende direktør ha et slikt ansvar, men også andre med selvstendige lederfunksjoner. Her kan det oppstå vanskelige avgrensningsspørsmål. Utgangspunktet må være hvilket selvstendig ansvar vedkommende leder er tillagt ved den praktiske og økonomiske gjennomføringen av oppgavene.»³²

I en varslingsituasjon vil ledelsen normalt ha ansvaret for de forholdene det varsles om. Dersom styret, daglig leder eller andre med lederansvar gjengjelder varslingen, vil «arbeidsgiver» ha krenket forbudet i første ledd. Gjengjeldelse fra personer i lederfunksjoner på arbeidsplassen ligger således i kjernen av de tilfellene § 2-5 regulerer.

Når man beveger seg bort fra de typiske tilfellene, oppstår et annet og mer tvilsomt spørsmål, nemlig om arbeidsgiver hefter for gjengjeldelseshandlinger fra *øvrige ansatte*. Man kan tenke seg at varslingen gjelder enkeltansatte på arbeidsplassen, som i etterkant finner grunn til å «hevne» seg på sin kollega, varsleren.³³

Ettersom § 2-5 (1) første punktum oppstiller et generelt forbud mot gjengjeldelse mot den som varsler, tilsier det at også gjengjeldelse fra andre enn ledelsen omfattes. Lest i sammenheng med resten av § 2-5 jf. § 1-8, er det imidlertid nærliggende å tolke første ledd første punktum slik at arbeidsgiver kun svarer for gjengjeldelse fra personer som omfattes av lovens arbeidsgiverbegrep. Spørsmålet er behandlet på følgende måte i forarbeidene:

«Gjengjeldelsesforbudet vil sette krav til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten. Forbudet vil i tillegg til arbeidsgivers egne handlinger, inkludere handlinger til den som utøver styringsretten i arbeidsgivers sted, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd andre punktum, og handlinger til arbeidstakere som handler etter instruks fra arbeidsgiver. Gjengjeldelsesforbudet vil ikke omfatte nye arbeidsgivere som arbeidstakeren søker jobb hos. Heller ikke vil forbudet gjelde kunder, kontraktsparter osv.»³⁴

Forarbeidene tar altså som utgangspunkt at gjengjeldelsesforbudet retter seg mot alle som omfattes av lovens arbeidsgiverbegrep, men utvider kretsen til også å omfatte de som handler

³² Kommentar til § 1-8 v/Tron Dalheim, tilgjengelig på www.rettsdata.no.

³³ «Norweld-dommen» (LB-2009-36995), som behandles i del 4, er et eksempel på en slik situasjon.

³⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52.

etter *instruks* fra arbeidsgiver. Dette fremstår som en naturlig utvidelse: Det ville gi liten mening at arbeidsgiver skal kunne gå fri for ansvar ved å «sette ut» gjengjeldelsesaksjonen mot varsleren til andre ansatte på arbeidsplassen.

I «Odfjell Drilling-dommen» uttalte lagmannsretten at det at «*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*». ³⁵ Lagmannsretten avgrenser her kretsen av personer som arbeidsgiver svarer for, til lederne av virksomheten. Også i «Fengselsinspektørdommen» la lagmannsretten til grunn at «*[f]orbudet mot gjengjeldelser gjelder for arbeidsgiver*», og at «*[e]ventuelle negative reaksjoner som [varsleren] må ha fått fra andre ansatte ..., faller utenfor*». ³⁶ Den samme hovedregel er fastslått i den nylig avsatte «NAV-dommen». ³⁷ Dommene behandles nærmere i del 4 under.

Dersom lagmannsrettens tolkningsuttalelser legges til grunn som gjeldende rett, er en varslar ikke beskyttet mot gjengjeldelsesaksjoner fra andre enn arbeidsgiver eller, som fremholdt i forarbeidene, den som handler etter *instruks* fra arbeidsgiver.

Når ordlyden i § 2-5 er taus, kan det imidlertid hevdes at spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver hefter for gjengjeldelse fra *øvrige ansatte*, bør vurderes i lys av arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1 (1). Det følger av bestemmelsens første punktum at «*[a]rbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt*».

Etter ordlyden er arbeidsgiver i utgangspunktet objektivt ansvarlig for skade som er voldt av ansatte ved forsettlig eller uaktsom opptreden. Det er imidlertid et krav at den skadevoldende handling må ha rimelig tilknytning til tjenesten for at arbeidsgiveren skal bli ansvarlig. Bestemmelsen er ikke begrenset til å gjelde skadevoldende handlinger overfor tredjemenn; også skade som en ansatt påfører en medansatt, er omfattet. I tråd med dette skriver Hagstrøm og

³⁵ LG-2011-17283.

³⁶ LB-2010-40623.

³⁷ LH-2016-36029.

Stenvik at «[skadeserstatningsloven] § 2-1 ... innebærer at arbeidsgiver i stor utstrekning svarer for culpøs opptreden fra sine ansatte».³⁸

Det foreligger ingen høyesterettsavgjørelser som knytter skadeserstatningsloven § 2-1 direkte til varsling og gjengjeldelse på arbeidsplassen. Høyesterett har imidlertid behandlet saker utenfor varslingsfeltet hvor spørsmålet om i hvilken utstrekning arbeidsgiver svarer for ansattes behandling av andre enkeltansatte, kom på spissen.

At mobbing på arbeidsplassen kan føre til ansvar for arbeidsgiveren etter skadeserstatningsloven § 2-1, ble lagt til grunn av Høyesterett i «Mobbedom I».³⁹ Flertallet fastslo «at mobbing henger intimt sammen med arbeidssituasjonen, og at det da er et naturlig utgangspunkt at det kan pålegges ansvar etter skadeserstatningsloven § 2-1». Mindretallet på to dommere kom også til at arbeidsgiver var ansvarlig, men vekt tilbake fra å statuere generelt objektivt ansvar for skader som følge av mobbing.

Etter mitt syn har mobbing, trakassering o.l. fra medansatte minst like nær tilknytning til arbeidssituasjonen i varslingstilfellene som i andre arbeidsrelaterte tilfeller. Gjengjeldelse knytter seg per definisjon til varslingen, og dermed også til de kritikkverdige forhold som varslingen gjelder. Dermed henger gjengjeldelsen tett sammen med arbeidssituasjonen, noe Høyesterett la avgjørende vekt på i «Mobbedom I». Det er vanskelig å se gode grunner til at arbeidsgiveransvaret skal rekke lenger *utenfor* varslingstilfellene enn *i* varslingstilfellene. Tvert imot ville det være i strid med lovgivers intensjon om å gi varslere et særskilt vern.

Fougner hevder at det i visse tilfeller kan regnes som gjengjeldelse at arbeidsgiver unnlater å gripe inn mot reaksjoner fra kollegaer.⁴⁰ Dette er riktig for så vidt gjelder *hva som utgjør gjengjeldelse* i lovens forstand, se nærmere i del 4 under. Hvorvidt arbeidsgiver kan bli erstatningsansvarlig for gjengjeldelse fra varslers kollegaer, selv når ledelsen er i aktsom god tro om det som foregår, er et annet spørsmål. Man kunne tenke seg at arbeidsgiver kun ble

³⁸ Hagstrøm, Viggo/Stenvik, Are, *Erstatningsrett*, Oslo 2015, s.206.

³⁹ Rt-1997-786.

⁴⁰ Wiersholm I, s.93: «Også arbeidsgivers unnlattelse av å gripe inn mot gjengjeldelse fra kollegaer vil i særlige tilfeller utgjøre en gjengjeldelse fra arbeidsgivers side. I vår sak betyr det at den opptreden som er beskrevet foran i sakens faktiske gjennomgang har betydning uavhengig av hvem som har gjort hva. Arbeidsgiver hefter for alle.»

ansvarlig for uaktsomt eller forsettlig å ha unnlatt å gripe inn mot synlig gjengjeldelse fra andre ansatte, men etter mitt syn blir en slik ansvarsnorm for mild mot arbeidsgiver.

Dette leder etter mitt syn til at gjengjeldelse fra øvrige ansatte også bør være omfattet av arbeidsgivers objektive ansvar etter arbeidsmiljøloven § 2-5 (3) første punktum.⁴¹ En slik løsning vil også kunne tjene til å skjerpe arbeidsgivers aktsomhet når det gjelder å verne varslere mot gjengjeldelse. Tolkningen har også forankring i det overordnede ansvaret arbeidsgiver har for å sørge for et forsvarlig arbeidsmiljø etter arbeidsmiljøloven § 4-1.

3.4 Regelen om delt bevisbyrde i arbeidsmiljøloven § 2-5 (1) annet punktum

Arbeidsmiljøloven § 2-5 (1) annet punktum gir anvisning på at bevisbyrden i gjengjeldelsessaker er delt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Her heter det at *«[d]ersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med første punktum, skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted hvis ikke arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet.»*

I varslingsaker kan det være vanskelig for arbeidstaker å bevise at det har funnet sted gjengjeldelse. Særlig problematisk kan det være å bevise at subtil – eksempelvis truende – behandling faktisk har funnet sted, og at den har årsakssammenheng med varslingen. Bevisregelen i § 2-5 (1) annet punktum dekker begge disse materielle elementene i gjengjeldelsesvilkåret; altså både spørsmålet om hvorvidt det faktisk har funnet sted ugunstig behandling, og hvorvidt den ugunstige behandlingen er en følge av varslingen.

Etter § 2-5 (1) annet punktum er selve bevisvurderingen todelt. For det første må arbeidstakeren legge frem *«opplysninger»* som *«gir grunn til å tro»* at ulovlig gjengjeldelse har funnet sted. Etter ordlyden er det altså ikke nødvendig for arbeidstaker å *sannsynliggjøre* at det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse, slik beviskravet ellers ville vært. Forarbeidene presiserer at det ikke skal stilles for strenge beviskrav – normalt vil det være tilstrekkelig at arbeidstaker kan vise at

⁴¹ Synspunktet har betydning også for arbeidsgivers aktsomhetsplikt overfor varsleren, se nærmere punkt 4.5 under. I litteraturen er det tatt til orde for at arbeidsgiver har plikt til å risikovurdere varslers individuelle situasjon, se blant annet Wiersholm I s.84. Etter mitt syn gir det god mening å se en slik plikt som et utslag av skadeserstatningsloven § 2-1, jf. blant annet Rt-2004-1844 «Nera».

vedkommende har varslet, og at oppsigelse eller annen reaksjon fra arbeidsgiver kom tett på varslingen i tid, for at det skal være «*grunn til å tro*» at gjengjeldelse har funnet sted.⁴²

For det andre er det opp til arbeidsgiveren å sannsynliggjøre at reaksjonen *ikke* var gjengjeldelse i strid med loven, men at den var begrunnet i andre saklige forhold enn varslingen. Arbeidsgiver har dermed tvilsrisikoen der det etter bevisføringen fortsatt er tvil om det har forekommet gjengjeldelse. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 2-5 er regelen om delt bevisbyrde begrunnet slik:

*«Departementet mener ... at spørsmålet om bevisbyrde må ses i lys av 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. Delt bevisbyrde vil gjøre det enklere for arbeidstakere å nå fram med en påstand om ulovlig gjengjeldelse.»*⁴³

Lovgiver viser videre til andre lovbestemmelser om delt bevisbyrde – blant annet arbeidsmiljøloven § 13-8 om gjengjeldelse etter at arbeidstaker har tatt opp en sak om diskriminering – og fremholder at tilsvarende prinsipper bør gjelde i alle gjengjeldelsestvister. Om den nærmere forståelsen av bevisbyrderegelen i § 13-8 heter det:

*«En arbeidstaker ... som mener seg diskriminert og tar saken til domstolene, må således etablere en presumsjon for diskriminering ved å vise til at det foreligger indikasjoner på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling. Her er det altså ikke krav om sannsynlighetsovervekt. Dersom arbeidstaker klarer å etablere en slik presumsjon påligger det arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted lovstridig diskriminering. Med sannsynliggjøre menes bevisovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet. Arbeidsgiver må altså bevise at det er større sannsynlighet for at arbeidstakeren ikke er diskriminert i strid med loven enn at arbeidstakeren er diskriminert i strid med loven.»*⁴⁴

⁴² Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.53.

⁴³ *Ibid.*, s.44.

⁴⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.328-329.

Synspunktene over er lagt til grunn i rettspraksis, jf. blant annet Rt-2012-424 og, for så vidt gjelder arbeidsmiljøloven § 2-5, i «Fengselsinspektørdommen».⁴⁵

⁴⁵ LB-2010-40623. Se nærmere om dommen i punkt 4.3.

4 Vilkåret «gjengjeldelse»

4.1 Noen utgangspunkter

Til nå har arbeidsmiljølovens regler om varsling og gjengjeldelse vært behandlet fra et overordnet perspektiv. I det følgende vil vilkåret «gjengjeldelse» i arbeidsmiljøloven § 2-5 (1) behandles nærmere. Vilkårets innhold og rekkevidde vil utledes i samsvar med alminnelige tolkningsprinsipper. Fremstillingen skal her særlig gå inn på hvordan søksmål med påstand om ulovlig gjengjeldelse er blitt håndtert i rettspraksis, primært ved lagmannsrettene, etter at arbeidsmiljøloven § 2-5 trådte i kraft.

Ordet «gjengjeldelse» tilsier for det første at det må dreie seg om en *negativ* handling eller unnlattelse. For det andre tar det i denne sammenheng sikte på reaksjoner mot en arbeidstaker som følge av vedkommendes varsling. Kravet om at gjengjeldelsen må ha funnet sted *som følge av* varslingen innebærer et krav om årsakssammenheng. Lovteksten presiserer ikke hvilke negative reaksjoner som etter sin art kan utgjøre «gjengjeldelse». Etter ordlyden omfatter gjengjeldelsesforbudet således alle former for represalier, unnlattelser eller ugunstig behandling som skjer på grunn av varslingen.

En slik tolkning har støtte i forarbeidene, som fastslår at gjengjeldelsesbegrepet skal forstås vidt: «*Enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling, skal i utgangspunktet regnes som gjengjeldelse.*»⁴⁶ Videre heter det i forarbeidene at «*[m]ed gjengjeldelse menes formelle og uformelle negative reaksjoner som har karakter av en slags straff/sanksjon.*»⁴⁷ Formuleringen tyder på at handlingen/unnlattelsen må være *ment* som en reaksjon på varslingen for at det skal regnes som gjengjeldelse. Som det vil fremgå av drøftelsen nedenfor, finnes det holdepunkter for en slik tolkning i rettspraksis.

Forarbeidene sonderer altså mellom «*formelle*» og «*uformelle*» gjengjeldelsessanksjoner. Som eksempler på det første nevnes «*oppsigelse, suspensjon og avskjed samt ordensstraff hjemlet i tjenestemannsloven*». Som eksempel på uformelle sanksjoner nevnes «*endringer i*

⁴⁶ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52.

⁴⁷ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s.17.

*arbeidsoppgaver, interne overføringer og såkalt tjenestlig [sic] tilrettevisning overfor offentlig ansatte».*⁴⁸

Generelt kjennetegnes de *formelle* sanksjonene ved at de er handlinger som endrer eller griper inn i arbeidstakerens rettslige posisjon – for eksempel rettigheter etter arbeidskontrakten. I tillegg til eksemplene forarbeidene nevner, kan man tenke seg reduksjon i avtalefestet lønn, bonus eller antall feriedager utover det lovfestede. Formelle sanksjoner behandles nærmere i punkt 4.2 under.

De *uformelle* sanksjonene som forarbeidene nevner, er mer ulikeartede, og bærer preg av å være utslag av arbeidsgivers styringsrett. Praksis knyttet til uformelle sanksjoner og forholdet til styringsretten behandles nærmere i punkt 4.3 under. Forarbeidene tyder ikke på at lovgiver har hatt til hensikt å knytte rettsvirkninger til skillet mellom formelle og uformelle sanksjoner, men som det fremgår nedenfor, kan skillet ha betydning for domstolenes vurdering av om det har funnet sted gjengjeldelse.

Forarbeidene presiserer i tillegg at «*[f]orbudet skal imidlertid ikke utelukke at arbeidsgiver kommer med motyringer*» om de forholdene varslingen gjelder.⁴⁹ Arbeidstaker må altså tåle å bli møtt med saklige motargumenter og motbevis som følge av varsling knyttet til de påståtte kritikkverdige forholdene, uten at det blir å regne som en gjengjeldelse, selv om slike diskusjoner kan oppleves som ubehagelige.

Videre heter det at «*[d]et må likevel trekkes en grense mot motargumenter og reaksjoner som har karakter av gjengjeldelse, for eksempel hvis arbeidstaker «kalles inn på teppet» og får instruksjoner eller advarsler. Arbeidsgivers reaksjoner må uansett ikke ha karakter av trakassering.*»⁵⁰ Det tilsier at reaksjoner som mobbing, utfrysing og lignende trakasserende oppførsel, som går ut over det psykososiale arbeidsmiljøet mer generelt, også kan utgjøre ulovlig gjengjeldelse etter § 2-5. Hvordan trakassering kan arte seg i praksis, vil bli nærmere belyst i punkt 4.4 under.

⁴⁸ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

4.2 Nærmere om formelle sanksjoner og forholdet til uformelle sanksjoner

Formelle gjengjeldelsessanksjoner har, som nevnt ovenfor, til felles at de gjør endringer i arbeidstakers rettsstilling i arbeidsforholdet. Som utgangspunkt vil en formell reaksjon som ligger nær varslingen i tid – som for eksempel en oppsigelse – gi tilstrekkelig «*grunn til å tro*» at det har funnet sted gjengjeldelse i arbeidsmiljølovens forstand.⁵¹

Oslo tingretts dom i «Siemens-saken» kan tjene som illustrasjon.⁵² Arbeidstaker hadde her først varslet om uregelmessigheter ved fakturering etter en avtale mellom Siemens Business Services AS (heretter «Siemens») og Forsvaret, og ble sagt opp kort tid etterpå. Retten konkluderte med at oppsigelsen var gjengjeldelse for varslingen. Oppsigelsen ble kjent ugyldig, og arbeidstaker ble tilkjent erstatning og oppreisning.⁵³

Arbeidsgivere har også en rekke uformelle virkemidler til rådighet overfor sine ansatte, som i en varslingssituasjon kan ha samme *faktiske* virkning for arbeidstaker som en formell sanksjon. Forarbeidene trekker som nevnt frem interne forflytninger, endringer i arbeidsoppgaver, o.l. som eksempler på uformelle gjengjeldelsessanksjoner.⁵⁴ Slike beslutninger rører ikke i seg selv ved arbeidstakers rettigheter, men kombinert med for eksempel organisatoriske endringer, kan de medføre at varsleren mister jobben eller overføres til en annen stilling (endringsoppsigelse). For arbeidsgiver kan en slik fremgangsmåte være en effektiv måte å omgå formell oppsigelse av varsleren på.

I det følgende skal det ses nærmere på varslingssaker hvor reaksjonene etter sin art var uformelle, men etter de konkrete omstendighetene fikk reaksjonene samme realitet og virkning for varslere som en formell gjengjeldelsessanksjon.

4.2.1 Omplussing

⁵¹ *Ibid.*, s.53.

⁵² TOSLO-2004-99016. Dommen er avsagt før någjeldende § 2-5 trådte i kraft, men som nevnt i punkt 1.3 over, var prinsippet i det ulovfestede gjengjeldelsesforbudet det samme. Saksforholdet i «Siemens-saken» er for øvrig også tema i «E-postkjennelsen», som er nærmere omtalt i punkt 4.3.3 under.

⁵³ Til sammenligning ble det ikke konstatert gjengjeldelse i «Lysebu-dommen» (LB-2008-184675). Etter at arbeidstaker hadde varslet, oppstod det konflikt og varsleren sa opp muntlig. Arbeidsgiver ba om å få oppsigelsen skriftlig. Lagmannsretten kunne ikke se at anmodningen om å formalisere oppsigelsen etter omstendighetene kunne regnes som gjengjeldelse.

⁵⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52.

I «Odfjell Drilling-dommen», som er nevnt i punkt 3.3 ovenfor, var det uomtvistet at varslingen fra arbeidstakers side hadde vært forsvarlig, og at han følgelig var å regne som en varsler.⁵⁵ I etterkant av varslingen ble han omplassert til en annen borerigg, som hadde oppdrag på Ekofisk-feltet. I forbindelse med en etterfølgende virksomhetsoverdragelse ble han overtallig i selskapet. Arbeidstaker anførte at omplasseringen var gjengjeldelse for varslingen, men vant ikke frem i lagmannsretten.

At varsleren var kommet i en posisjon der han mistet jobben i Odfjell, skyldtes etter lagmannsrettens syn ikke varslingen, men virksomhetsoverdragelsen som fant sted da Odfjell mistet sin borekontrakt på Ekofisk-feltet. Lagmannsrettens flertall la til grunn at Odfjell ble kjent med tapet av kontrakten først en måneds tid etter at varsleren allerede var plassert på Ekofisk-riggen. Anførselen om at arbeidstakeren var blitt plassert der slik at Odfjell senere kunne «bli kvitt ham» i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen, kunne alene på grunn av tidsperspektivet ikke føre frem.

Dessuten kom lagmannsretten til at det var opp til arbeidsgiver å bestemme hvor i Odfjell arbeidstakeren skulle ha sitt arbeid, slik at Odfjell ikke hadde misbrukt sin styringsrett når vedkommende ble plassert på Ekofisk-riggen. Det var etter lagmannsrettens syn heller ikke grunnlag for arbeidstakers anførsel om at det var gjengjeldelse at Odfjell ikke omgjorde beslutningen om å omplassere arbeidstakeren etter at kontrakten gikk tapt, all den tid han ikke hadde reservert seg mot virksomhetsoverdragelsen slik han var orientert om. Det forelå heller ingen saklige grunner til at Odfjell skulle gjøre et unntak for akkurat ham blant 300 ansatte.

4.2.2 Uttestengelse

«Miljøarbeiderdommen» hadde sitt utspring i at en ansatt ved ulike bofelleskap i Holmestrand varslet om kritikkverdig opptreden fra lederen ved et av hennes arbeidssteder.⁵⁶ I tiden etter at miljøarbeideren hadde varslet, ble hun utestengt fra arbeidsoppdrag i samtlige av kommunens boliger, samt strøket fra turnuslister. Da hun forsøkte å få tilsetting andre steder i kommunen, ble det stanset ved at personalsjefen i kommunen kontaktet lederne i virksomhetene der

⁵⁵ LG-2011-17283.

⁵⁶ LA-2009-57115.

miljøarbeideren forsøkte å få tilsetting, og sørget for at de midlertidige ansettelsesavtalene hun var i ferd med å inngå andre steder i kommunen, ble avviklet.

Lagmannsretten la til grunn at kvinnen, «*som en dyktig og betrodd medarbeider i kommunen, aldri ville opplevd en slik massiv utestengelse hvis det ikke hadde vært som gjengjeldelse*». Lagmannsretten karakteriserte kommunens gjengjeldelse som «*sterkt klanderverdig og fullstendig uproporsjonal*». Videre hadde miljøarbeideren etter lagmannsrettens syn ikke foretatt seg noe som kunne rettferdiggjøre den behandlingen hun fikk. Ettersom kommunen ikke kunne sannsynliggjøre at utestengelsen hadde andre saklige grunnlag, ble det konstatert gjengjeldelse.

Lagmannsrettens dom viser at domstolen gikk detaljert inn i sakens beviser for å vurdere hvorvidt det var andre forhold i saken som kunne forklare den ugunstige behandlingen varsleren hevdet å være utsatt for. Arbeidstaker var blitt forbigått og utestengt fra videre arbeid, ikke bare fra den berørte arbeidsplassen, men også fra andre arbeidsplasser i samme kommune, uten at arbeidsgiver kunne dokumentere at dette ikke var en reaksjon på varslingen. Den delte bevisbyrden ble altså utslagsgivende i arbeidstakers favør ettersom arbeidsgiver ikke klarte å bevise at det *ikke* var årsakssammenheng mellom arbeidstakers varsling og den påståtte gjengjeldelsen.

Det kan være verdt å dvele ved lagmannsrettens uttalelse om at «*[k]ommunens gjengjeldelse fremstår som ... fullstendig uproporsjonal*». Innebærer uttalelsen at proporsjonal gjengjeldelse – her i form av en «mildere» form for utestengelse – ville vært en akseptabel reaksjon i dette tilfellet? Svaret er antakelig nei, ettersom gjengjeldelsesforbudet etter sin ordlyd er absolutt. Dersom retten først kommer til at en reaksjon er gjengjeldelse i lovens forstand, er det ikke rom for kvalifisering. Mest sannsynlig er dette kun en uheldig formulering fra lagmannsrettens side.

Både «Odfjell Drilling-dommen» og «Miljøarbeider-dommen» viser at det i praksis er vanskelig å operere med et uskarpt skille mellom formelle og uformelle sanksjoner etter varsling, slik forarbeidene legger opp til. Dersom varsleren avskjæres fra nye muligheter på arbeidsplassen, som i «Miljøarbeiderdommen», eller varsleren blir overtallig som følge av intern overføring, som i «Odfjell Drilling-dommen», vil det ha samme effekt for varsleren som en formell gjengjeldelsessanksjon.

Skillet mellom formelle og uformelle sanksjoner kan likevel ha betydning for domstolenes bevisvurdering: Når det gjelder formelle gjengjeldelsessanksjoner vil mange bevisetema være enklere å bringe klarhet i – for eksempel at en oppsigelse har kommet etter varslingen i tid og at arbeidsgiver er ansvarlig for den. Derimot vil de uformelle gjengjeldelseshandlingene generelt være vanskeligere å dokumentere.

4.3 Nærmere om uformelle sanksjoner

4.3.1 Generelt om forholdet mellom gjengjeldelsesforbudet og arbeidsgivers styringsrett

Den nevnte «Odfjell Drilling-dommen» er et eksempel på at arbeidsgiver gjerne påberoper seg styringsretten for å forklare den behandlingen varsleren er blitt utsatt for. Dette aktualiserer spørsmålet om forholdet mellom gjengjeldelsesforbudet i § 2-5 og arbeidsgivers styringsrett.

Arbeidsgivers styringsrett er et selvstendig, ulovfestet rettsgrunnlag som gir arbeidsgiver ensidig kompetanse til å treffe beslutninger som direkte eller indirekte har betydning for det individuelle arbeidsforhold, arbeidstakeren og virksomheten. Styringsretten er anerkjent både i rettspraksis og tariffavtalepraksis.⁵⁷

Rettspraksis har tradisjonelt forklart styringsretten som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, samt retten til å foreta ansettelser og oppsigelser.⁵⁸ Eksempelvis kan arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten pålegge arbeidstaker å arbeide utover alminnelig, avtalt arbeidstid, samt med visse begrensninger endre arbeidstakers arbeidsoppgaver, mv. Det ligger også til arbeidsgivers styringsrett å omplassere arbeidstaker innenfor virksomhetens område, som uttalt i «Undervisningsinspektørdommen».⁵⁹ Etter alminnelige saklighetsnormer, som blant annet ble oppstilt i «Kårstø-dommen», skal arbeidsgiver likevel ha et forsvarlig, faktisk grunnlag ved utøvelsen av styringsretten, og ikke ta utenforliggende, usaklige eller vilkårlige hensyn i sine beslutninger.⁶⁰

⁵⁷ Skjønberg, Alexander Næss/Hognestad, Eirik, *Individuell arbeidsrett*, Oslo 2014, s.227 flg.

⁵⁸ Blant annet Rt-2000-1602 «Nøkk», på s.1609.

⁵⁹ Rt-2011-841, avsnitt 52.

⁶⁰ Rt-2001-418, på s.427.

Det er samtidig på det rene at arbeidsgiver kan bli erstatningsansvarlig for usaklig utøvelse av styringsretten, jf. HR-2016-02286-A:

«Det stilles visse krav til saksbehandlingen, og det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn, jf. Rt. 2001 side 418, på side 427 (Kårstø). Domstolene skal imidlertid ikke foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger innenfor rammene for styringsretten er nødvendige eller optimale. Spørsmålet er om det foreligger misbruk av styringsretten, jf. Rt. 2011 side 841 avsnitt 58 (Oslo kommune).»⁶¹

Også innenfor varslingstilfellene vil det nødvendigvis gå en grense mellom legitim utøvelse av styringsretten og ulovlige gjengjeldelseshandlinger. Gjengjeldelse mot en varsler vil etter omstendighetene kunne være erstatningsbetingende misbruk av styringsretten. I Wiersholm I skriver Fougner at

«[s]pørsmålet om en styringsrettsbeslutning som gis som konsekvens av varsling representerer en ulovlig gjengjeldelse etter § 2-5, må avgjøres basert på en vurdering av om beslutningen har til hensikt å ramme varsleren. Om den ut fra en objektiv vurdering må regnes som en sanksjon overfor varsleren rammes den også av forbudet.»⁶²

Det må etter dette konkluderes med at tiltak som ellers, under normale omstendigheter, ville vært lovlig utøvelse av arbeidsgivers styringsrett, kan bli ulovlige dersom tiltakene skjer som en følge av eller som en reaksjon på varslingen, altså der det er årsakssammenheng mellom varslingen og tiltaket. Der utøvelse av styringsretten til ugunst for arbeidstaker er motivert av et ønske om å gjengjelde arbeidstakerens varsling, står vi overfor gjengjeldelse i strid med § 2-5.

I et rettssystematisk perspektiv vil derfor gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2-5 representere en skranke for utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett, ettersom

⁶¹ HR-2016-02286-A, avsnitt 39.

⁶² Wiersholm I, s.82.

gjengjeldelsesforbudet setter begrensninger når det gjelder hvilke reaksjoner en arbeidsgiver kan møte arbeidstaker med etter at vedkommende har varslet.

4.3.2 Forholdet til styringsretten – en illustrasjon

«Fengselsinspektørdommen» gjaldt en ansatt ved Oslo fengsel som varslet om en rekke forhold knyttet til fengselets virksomhet, blant annet uberettiget utbetaling av lønn, uhjemlede lønnstillegg, bruk av tjenestebil uten å rapportere til skattemyndighetene, dårlig rutiner for oppfølging av varsling, mv.⁶³

I etterkant av varslingen inntraff en rekke ulikeartede hendelser som ifølge inspektøren var gjengjeldelse for varslingen: En mobbesak mot ham ble håndtert kritikkverdig av fengselsledelsen og dro ut i tid; fengselsdirektøren kom med «alvorlige beskyldninger» mot ham på et nachspiel; i forbindelse med omorganisering av fengselet ble stillingen hans fjernet fra organisasjonskartet mens han var i permisjon; inspektøren ble nektet å fungere i andre stillinger ved ferie og fravær der han ellers hadde funnet det naturlig; fengselet iverksatte en særskilt risikovurdering av inspektøren, engasjerte en organisasjonspsykolog, og innførte egne rutiner for utlån til ham av dokumenter fra arkivet. I tillegg hadde inspektøren en svakere lønnsutvikling enn andre ansatte som det var naturlig å sammenligne seg med, og han mente seg også forbigått ved ansettelse som ny assisterende fengselsleder. Inspektøren mente at disse omstendighetene var forårsaket av varslingen.

Lagmannsretten konstaterte at inspektøren hadde varslet på en forsvarlig måte om de fleste av forholdene. Likevel kom lagmannsretten til at inspektøren ikke på noen måte var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

Lagmannsretten bemerket innledningsvis at *«[v]ed vurderingene er det en viktig oppgave å skille mellom negative reaksjoner forårsaket av varslingene og Oslo fengsels rettmessige utøvelse av sin styrings- og instruksjonsrett.»*

Lagmannsretten gikk gjennom de anførte forholdene, og fastslo for hvert enkelt forhold at selv om det etter sin art kunne være en slik negativ reaksjon som er å regne som gjengjeldelse, hadde

⁶³ LB-2010-40623.

ingen av forholdene vært *en følge av* varslingen. Arbeidsgivers beslutninger var etter lagmannsrettens syn ikke motivert av at fengselsledelsen ønsket å gjengjelde varslingen, men av hensynet til virksomheten og styringen og organiseringen av fengselet. Retten uttalte blant annet at

«[f]or at en handling skal være en gjengjeldelse, må den være ment som en negativ handling og være forårsaket av varslingen. Som nevnt er arbeidstager ikke vernet mot arbeidsgivers rettmessige bruk av styrings- og instruksjonsrett, jf. Ot.prp.nr.84 (225-2006) [sic] i punkt 9 på side 52. Lagmannsretten finner det klart at fra fengslets side var risikovurderingen ikke ment som en negativ reaksjon, men som en naturlig del av forsvarlig drift.»

«Fengselsinspektørdommen» illustrerer en hensiktsmessig metodisk tilnærming til påstander om ulovlig gjengjeldelse. Lagmannsretten tar for seg de anførte gjengjeldelseshandlingene i tur og orden og spør *for det første*: Kan denne handlingen etter sin art være gjengjeldelse?⁶⁴ For alle de anførte forholdene (med unntak av den nevnte «nachspiel-samtalen») svarte lagmannsretten bekreftende på dette spørsmålet, noe som er i tråd med lovgivers intensjon om at gjengjeldelsesbegrepet skal favne vidt.

Lagmannsretten utelukker ikke at også *atypiske* gjengjeldelseshandlinger faller innenfor vilkårets anvendelsesområde. Hvorvidt den påståtte reaksjonen etter sin art er *typisk* gjengjeldelse eller ikke, har imidlertid etter lagmannsrettens syn betydning for bevisbedømmelsen:

«Lagmannsretten forstår forarbeidene i Ot.prp. nr. 84 (2005-06) s. 53 slik at det normalt vil være nok å påvise at varsling har skjedd og at en negativ reaksjon i tid har kommet tett på denne. Lagmannsretten bemerker at den kritikkverdige håndteringen av mobbesaken er en temmelig atypisk gjengjeldelse og at det ved denne er tvilsomt om den tidsmessige nærhet alene er tilstrekkelig til at det gir grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse.» (Min utheving.)

⁶⁴ Motsatt fremgangsmåte synes å være anvendt i «Norweld-dommen» (LB-2009-36995), der lagmannsretten vurderer totalinntrykket, ikke den enkelte påståtte gjengjeldelseshandling: «*Selv om det kan være noe uklart hva A i detalj har blitt utsatt for, er det etter lagmannsrettens syn ikke tvilsomt at A flere ganger har blitt utsatt for en ulovlig gjengjeldelse fra E.*»

For de mer atypiske forholdene er det altså ikke nok å vise at handlingen ligger nær varslingen i tid for å konstatere gjengjeldelse. Det må flere bevismessige holdepunkter til for at det skal være «*grunn til å tro*» at det foreligger gjengjeldelse.

For det andre spør lagmannsretten: Selv om handlingen etter sin art kan være gjengjeldelse, er det grunn til å tro at handlingen er gjengjeldelse for – med andre ord har årsakssammenheng med – varslingen? På dette spørsmålet svarte lagmannsretten nei på samtlige punkter.

For lagmannsretten var det avgjørende om *formålet* med handlingene var å påføre inspektøren en negativ reaksjon, eller om det var mer sannsynlig at handlingene var begrunnet i andre formål. Kravet til at en handling må være «*ment som en negativ handling*» for at den skal regnes som gjengjeldelse, er imidlertid ikke klart forankret i forarbeidene eller annen rettspraksis, og det er ikke helt klart hvor lagmannsretten henter dette momentet fra. Muligens leser lagmannsretten dette ut av selve vilkåret «*gjengjeldelse*».

Forarbeidene presiserer riktignok at «*[m]ed gjengjeldelse menes formelle og uformelle negative reaksjoner som har karakter av en slags straff/sanksjon.*»⁶⁵ Dette tyder på at det er relevant hvorvidt handlingen var «*ment som*» en negativ reaksjon for at den skal være å regne som gjengjeldelse, slik lagmannsretten legger til grunn i «Fengselsinspektørdommen». Det kan likevel hevdes at et slikt vurderingstema skaper en vanskelig bevissituasjon med hensyn til hva arbeidsgiver faktisk har «*ment*».

4.3.3 Granskning/etterforskning fra arbeidsgivers side

I en varslingssituasjon vil arbeidsgiver ofte ha behov for å bringe klarhet i den kritikken som er kommet for dagen. Ledelsen kan også ha et sterkt behov for å «renvaske» seg. Det er mange eksempler på at virksomheten selv iverksetter granskning av de forholdene varselet gjelder.⁶⁶ I andre tilfeller vil arbeidsgiver ønske å vite hvem som står bak anonym varslings. I en slik situasjon kan varsleren lett oppfatte den interne granskningen som en *reaksjon* på varslingen. Spørsmålet blir da om en slik intern granskning kan representere gjengjeldelse i seg selv.

⁶⁵ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s.17.

⁶⁶ Dette var tilfellet i blant annet Yara-saken og Telenor/Vimpelcom-saken, som har fått massiv oppmerksomhet i media.

Temaet ble tatt opp i forbindelse med Stortingets behandling av lovendringen i 2006 i tilknytning til spørsmålet om anonym varsling. På spørsmål fra Arbeids- og sosialkomiteen om arbeidsgivers etterforskning av hvem som står bak anonym varsling vil regnes som gjengjeldelse, svarte Arbeids- og inkluderingsdepartementet:

«Gjengjeldelsesbegrepet i § 2-5 vil ikke formelt sett omfatte etterforskning. Med gjengjeldelse menes formelle og uformelle negative reaksjoner som har karakter av en slags straff/sanksjon. Etterforskning har ikke i seg selv en slik karakter. Men hvis arbeidsgiver finner ut hvem som har varslet og så reagerer mot varsleren med gjengjeldelse, vil etterforskningen indirekte være forbudt.»⁶⁷

Et konkret eksempel på at arbeidsgiver iverksetter granskning i kjølvannet av varsling, finnes i «E-postkjennelsen», som knytter seg til varslingsaken i Siemens (nevnt innledningsvis i punkt 4.2 over).⁶⁸ I 2005 kom Oslo tingrett til at oppsigelsen av arbeidstakeren, som hadde varslet om uregelmessigheter ved faktureringen i Siemens' avtale med Forsvaret, var ulovlig gjengjeldelse.

I etterkant ble det gjennomført både intern og ekstern granskning av om Siemens faktisk hadde overfakturert, og både Økokrim og Dalseideutvalget, som stod for noen av undersøkelsene, fikk full tilgang til arbeidstakers e-post i den forbindelse. I etterkant varslet arbeidsgiver innsyn i hans jobbrelaterte e-post. Arbeidstaker mente at granskningen var et inngrep i hans personvern, og krevde midlertidig forføyning for at Siemens skulle nektes innsyn.

Byfogden kom til at Siemens' krav om innsyn ikke hadde tilstrekkelig tungtveiende grunner for seg. Retten fant at det var forhold i forbindelse med kravet som tydet på at arbeidsgiver ved innsynet ønsket å finne opplysninger som kunne svekke arbeidstakeren, og uttalte at man «*kan ikke se bort fra at A er blitt en slags «syndebukk» for det omdømmetap [Siemens] gjentatte ganger fremhever, og at [Siemens] nå søker å finne noe som kan så tvil om As person*». Retten påpekte i forlengelsen av dette at personer som varsler «*har krav på et særskilt vern*». Kravet

⁶⁷ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s.17.

⁶⁸ TOBYF-2007-124301 – RG-2008-53. Saken gjaldt krav om midlertidig forbud mot å lese varslers e-post, jf. tvisteloven kap.34. Oslo byfogdembetes utledning av gjengjeldelsesvilkårets rettslige innhold må tillegges noe mindre vekt enn dommene fra lagmannsrettene.

om innsyn ble dermed ansett som en fortsettelse av den gjengjeldelsesprosess som hadde startet under arbeidsforholdet.

Siemens argumenterte for at kravet til innsyn kun var et utslag av den alminnelige styringsretten, altså at arbeidsgiver måtte være i sin fulle rett til innsyn i varslersens e-post. Retten fremhevet imidlertid at *«reglene for arbeidsgivers styringsrett, er laget for en normalsituasjon»*, og at ettersom *«arbeidsgiver har krenket den tidligere arbeidstagers vern, jf tingrettens kjennelse [kan arbeidsgiver] ikke med rimelighet ... påberope seg de nevnte forhold som grunnlag for innsyn»*.

«E-postkjennelsen» er dermed et eksempel på at en handling fra arbeidsgivers side som under normale omstendigheter ville vært innenfor rammene av styringsretten, likevel blir å regne som ulovlig gjengjeldelse dersom det er årsakssammenheng mellom varslingen og handlingen. Lagmannsretten viste her til Datatilsynets vurdering av saken, der det ble påpekt at det i varslingsaker er *«særlig viktig at personvern hensyn vektlegges»* i spørsmål om å tillate innsyn, og at gjennomgang av e-post i slike saker *«vil lett kunne oppfattes som en form for gjengjeldelse»*.

Intern granskning er ett av mange virkemidler som arbeidsgiver har til rådighet for å bringe klarhet i kritikkverdige forhold. «E-postkjennelsen» viser hvordan arbeidsgivers granskning kan krysse grensene for hva som er lovlig, og dermed få preg av å være gjengjeldelse. I forlengelsen av dette kan man tenke seg at varsleren utsettes for lange intervjuer, strenge pålegg, taushetsplikt, etc. fra arbeidsgivers side som ledd i den interne granskningen. I utgangspunktet må slike tiltak være tillatt, men blir arbeidsgivers undersøkelser uforholdsmessig inngripende overfor varsleren, vil behandlingen kunne overskride terskelen for gjengjeldelse. I praksis vil det være avgjørende hvordan og mot hvem granskningen er innrettet. Dette synspunktet harmonerer med departementets tilleggsuttalelse i forarbeidene om at dersom etterforskning/granskning fører til eller ledsages av gjengjeldelse mot arbeidstaker, vil også granskningen indirekte være forbudt.⁶⁹

4.4 Trakassering og mobbing

⁶⁹ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s.17.

Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 2-5 at arbeidsgivers reaksjon på varsling uansett ikke må ha karakter av trakassering.⁷⁰ Trakassering på arbeidsplassen er forbudt etter arbeidsmiljøloven § 4-3, men loven inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet «trakassering». Ifølge forarbeidene skal trakassering anses å foreligge når «uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet».⁷¹ Når arbeidsgiver tyr til krenkende ytringer for å gjengjelde varslingen, er gjengjeldelsesvernet overlappende med forbudet mot trakassering i § 4-3.⁷²

Trakassering påberopes i flere av gjengjeldelsessakene som har vært oppe for lagmannsrettene. I «Norweld-dommen» hadde arbeidstaker varslet ledelsen i bedriften, som drev med kontroll av sveisearbeider, om en rekke brudd på sikkerhetsregler og -rutiner i virksomheten.⁷³ Han hevdet at han i ettertid ble truet med oppsigelse, og utsatt for sjikanering og trakassering – herunder å bli spyttet på, verbalt krenket, utfryst, utskjelt og gitt nedsettende karakteristikker.

Lagmannsretten la, i motsetning til tingretten, til grunn at alle avvikene varslingen gjaldt, var svært kritikkverdige, særlig siden det handlet om arbeid med radioaktivt materiale med den risiko for helseskader det innebærer. Det var altså ikke bare snakk om faglig uenighet, slik tingretten hadde lagt til grunn.⁷⁴ Lagmannsretten fastslo videre at arbeidstakeren var å regne som en varsler, og at han hadde varslet forsvarlig. Tingretten hadde konkludert med at arbeidstaker ikke var å regne som en varsler, og at behandlingen han ble utsatt for i ettertid under enhver omstendighet ikke var å regne som gjengjeldelse. Lagmannsretten konkluderte derimot enstemmig med at arbeidstakeren ved den etterfølgende behandlingen han var blitt møtt med fra arbeidsgiver og kollegaer, var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse som følge av varslingen. Lagmannsretten uttalte blant annet følgende:

«Tar man i betraktning at det blant fagfolk kan være noe ulike syn på enkelte av de forhold A påpekte, og at E som avdelingsleder må ha anledning til å komme med motytringer, har Es opptreden overfor A fra kort tid etter tiltredelsen til A ble sykemeldt, likevel karakter av ren trakassering. Det er uomtvistet at arbeidsmiljøet i Oslo ble meget

⁷⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52.

⁷¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.325, lovtekniske merknader til § 13-1 (2). I merknadene presiseres det at begrepet skal tolkes likt i §§ 4-3 og 13-1.

⁷² Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52.

⁷³ LB-2009-36995. Se også Lysebu-dommen (LB-2008-184675) hvor det ikke ble konstatert gjengjeldelse.

⁷⁴ TOSLO-2008-85906.

dårlig, og lagmannsretten finner det som mest sannsynlig at dette har sin årsak i at A tok opp kritikkverdige og ulovlige forhold.»

Varsleren hadde blitt utsatt for det lagmannsretten beskrev som massiv og gjentatt trakassering, blant annet trusler om oppsigelse.⁷⁵ Lagmannsretten kunne ikke se at arbeidsgiver hadde sannsynliggjort at trakasseringen *ikke* var en reaksjon på varslingen.

Når det gjaldt hvilke konkrete forhold arbeidstaker var utsatt for, konstaterte lagmannsretten at det fremstod noe uklart, men la likefullt varslersens skriftlige redegjørelse tilsynelatende uprøvd til grunn. Det er verdt å merke seg at lagmannsretten ikke gikk inn i de enkelte deler av hendelsesforløpet, men tok en mer summarisk tilnærming til faktum – den overordnede opptreden overfor varsleren sett under ett hadde *«karakter av ren trakassering»*. På dette punktet viste lagmannsretten generelt til *«det forhold at bevisbyrden er delt»*.

En grunn til at lagmannsretten i «Norweld-dommen» vek tilbake fra å gå inn i detaljene i faktum, kan være at det ofte er sammensatte årsaksforhold ved personkonflikter på arbeidsplassen.⁷⁶ En illustrasjon finnes i den nylig avsatte «NAV-dommen».⁷⁷ En NAV-ansatt hadde her varslet om kritikkverdige forhold i organisasjonen, og mente seg utsatt for ulovlig gjengjeldelse, blant annet i form av trakassering i møter og ellers på arbeidsplassen. Lagmannsretten uttalte:

«Lagmannsretten anser like fullt at dørslamring, kopiadressat på e-post, fordeling av arbeidsoppgaver, tilstedeværelse på jobb og bruk av facebook er forhold som ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å ta opp med sine medarbeidere. Det er ikke ført bevis for at dette er forhold som kun ble tatt opp med A, ikke med andre medarbeidere i den grad de var i samme situasjon. Det er ikke sannsynlighetsovervekt for at B ved noen av anledningene ytret seg på måter som innebar en trussel om oppsigelse.

⁷⁵ Selv om varsleren vant frem med sin påstand om ulovlig gjengjeldelse, ble han likevel bare tilkjent en femtedel av det beløp han krevde i oppreisning. Mer om oppreisningspraksis i punkt 5.1 under.

⁷⁶ Etter mitt syn legger arbeidsmiljøloven § 2-5 (3) antakelig opp til en noe mer inngående vurdering av faktum enn det lagmannsretten foretok i «Norweld-dommen». Dommen er for øvrig et sjeldent eksempel på en gjengjeldelsessak som ble anket til Høyesterett. Anken ble imidlertid avvist under henvisning til tvisteloven § 30-9 (2).

⁷⁷ LH-2016-36029.

Det er heller ikke sannsynlighetsovervekt for en økning i intensitet og hyppighet i hans reaksjoner overfor A etter hennes varsling, jf. redegjørelsen foran for sakens faktiske bakgrunn frem til As varsling ble kjent.»

På grunnlag av bevisene i saken fant lagmannsretten det mest sannsynlig at den ugunstige behandling som varsleren var blitt utsatt for, var en følge av fylkesdirektørens lederstil, uavhengig av varslingen.

Det er verdt å dvele et øyeblikk ved lagmannsrettens gjentatte slutning om at det ikke var «sannsynlighetsovervekt» for gjengjeldelse i form av trakassering. Ordvalget etterlater et inntrykk av at varslereens påstand om gjengjeldelse skal vurderes etter alminnelige bevisregler, men etter § 2-5 (1) annet punktum er det, som vist, tilstrekkelig at arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir «*grunn til å tro*» at gjengjeldelse har funnet sted. Lagmannsrettens ordvalg tyder på en for streng anvendelse av bevisbyrderegelen.

Også «Fjell kommune-dommen» bidrar til å illustrere hvordan domstolene nærmer seg en personalkonflikt der en av partene hevder å være utsatt for ulovlig gjengjeldelse.⁷⁸ En spesialpedagog hadde varslet om at omorganiseringer ved skolen hun jobbet på, ikke var drøftet med henne som tillitsvalgt. Hun ble deretter «kalt inn på teppet», noe hun mente var gjengjeldelse som følge av varslingen. Senere hadde spesialpedagogen varslet om brudd på opplæringsloven i forbindelse med et julearrangement. Hun opplevde deretter å bli presset ut av stillingen ved skolens spesialavdeling, noe hun hevdet også var gjengjeldelse.

Til tross for at vilkårene for lovlig varsling var oppfylt, kom lagmannsretten til at det ikke var skjedd en gjengjeldelse. Også her ble kravet til årsakssammenheng praktisert strengt, jf. drøftelsen av «NAV-dommen» over. I teorien er det uttrykt bekymring for at domstolene, gjennom en slik streng praktisering av bevisregelen, bidrar til å legitimere arbeidsgivers negative behandling av varslere, som begrunnes med samarbeidsproblemer og det «faktum» at varsleren er en vanskelig person. Slik flyttes fokus fra forholdet det varsles om, til personen som varsler.⁷⁹

⁷⁸ LG-2015-016252.

⁷⁹ Eriksen, Birthe 2016, *op.cit.*, s.244.

I den ovennevnte «Odfjell Drilling-dommen» hadde arbeidstaker, som var verneombud og tillitsvalgt i virksomheten, varslet til sammen tre ganger om ulike sikkerhetsrisikoer.⁸⁰ I tillegg til de kvasiformelle sanksjonene som nevnt i punkt 4.2.1 over, mente varsler seg utsatt for forfølgelse, mobbing, trakassering, utfrysing mv. fra sine kollegaer i etterkant av varslingen. Han anførte at denne behandlingen utgjorde ulovlig gjengjeldelse.

Lagmannsretten kom til at ytringene fra kollegaer, som kunne ha karakter av trakassering eller mobbing, var noe Odfjell i utgangspunktet ikke kunne svare for.⁸¹ Odfjell hadde for øvrig reagert da arbeidstaker ble sykmeldt som følge av trakasseringen, og holdt et møte der han ble «renvasket» for de beskyldninger han var blitt utsatt for, og som hadde ført til trakasseringen fra kollegaene. Lagmannsrettens flertall fant dermed «*ikke bevismessig grunnlag for at Odfjell som arbeidsgiver, eller noen som arbeidsgiver svarer for, har mobbet eller trakassert A etter varslingen*».

Arbeidstaker fikk anerkjennelse fra arbeidsgiver for å ha tatt opp forholdene, men samtidig beskjed om at han ikke hadde fulgt Odfjells opplegg og rutiner for varsling av denne karakter. Det at Odfjell i den forbindelse hadde påpekt for arbeidstaker at han skulle ha benyttet tjenestevei med sin varsling, lå etter lagmannsrettens syn innenfor det forarbeidene omtaler som legitime motytringer.⁸² Tilbakemeldingen var dermed ikke å regne som gjengjeldelse.⁸³

Retten konkluderte totalt sett med at det manglet årsakssammenheng mellom varslingen og de reaksjonene arbeidstakeren påstod seg utsatt for fra arbeidsgivers side. Dermed var ikke handlingene å regne som «*gjengjeldelse*» etter § 2-5.

«Odfjell Drilling-dommen» reiser spørsmål om arbeidsgivers ansvar for mobbing og sosial utfrysning fra varslers kollegaer, se punkt 3.3 over. Det synes klart at Odfjell ville blitt ansvarlig for mobbingen dersom selskapet svarte også for arbeidstakerens kollegaer. Man kan

⁸⁰ LG-2011-17283.

⁸¹ Som nevnt i punkt 3.3 må utgangspunktet om at arbeidsgiver ikke hefter for sine ansattes reaksjoner mot en varsler antakelig undergis visse forbehold.

⁸² Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52.

⁸³ Etter mitt syn tolker retten forarbeidsuttalelsen for vidt på dette punktet. Slik jeg leser forarbeidene, må de forstås slik at ytringer som imøtegår varselets innhold er tillatt, mens kritikk av varslers fremgangsmåte ved varsling derimot ikke uten videre er legitimt.

også spørre om ikke Odfjell kunne vært holdt ansvarlig for ikke å ha grepet inn mot den mobbingen som pågikk, men dette var ikke tema i saken.

Håndtering av dynamikken knyttet til varsling utgjør en del av det psykososiale arbeidsmiljøet, som arbeidsgiver har et generelt ansvar for, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 4. Som fremholdt av Jakhelln, må dette ansvaret også omfatte kollegaers trakasserende oppførsel. Arbeidsgiver må derfor

«... være våken for at trakassering eller andre uheldige belastninger kan bli resultatet overfor en arbeidstaker som varsler, og - så langt råd er - treffe de tiltak som er nødvendige for å forhindre at trakassering m.v. finner sted ... Kravet er således ikke begrenset til det negative, at arbeidsgiver ikke har rett til å iverksette gjengjeldelsestiltak overfor arbeidstakeren, jfr. § 2-5».⁸⁴

4.5 Har arbeidsgiver plikt til å ta hensyn til varslers subjektive forhold?

Det er en kjensgjerning at én og samme handling kan ramme forskjellige personer på ulike måter. Det gjelder særlig i tilfeller der en varslers opplever å bli utsatt for mobbing og trakassering. Hvordan den enkelte oppfatter reaksjonene, beror til en viss grad på vedkommendes subjektive forhold og forutsetninger. I forlengelsen av drøftelsen i punkt 4.4 over, er det naturlig å spørre om det subjektive elementet er relevant for vurderingen av om varslers er blitt utsatt for «gjengjeldelse» i lovens forstand. En konsekvens ville i så fall være at det skal mindre til for å konstatere gjengjeldelse overfor arbeidstakere som er sårbare, enn overfor arbeidstakere som er «tykkhudet».

Heller ikke her gir lovtekst eller forarbeidene til § 2-5 direkte veiledning. Den praksis som er gjennomgått over, gir inntrykk av at domstolene vurderer de forholdene som er anført som gjengjeldelse uten å trekke inn betydningen av varslers personlighetstrekk o.l.⁸⁵ En slik

⁸⁴ Jakhelln, Henning, «Arbeidsmiljølovens regler om varsling: Er varslers rettsvern en realitet, eller en illusjon – eller «tar man spilleren, og ikke ballen?»» s.385-448 i Horn, Kjell, *Varslens – viktig og verdig*, Oslo 2010, s.437.

⁸⁵ At varslers selv fremhever subjektive opplevelser, er ikke så overraskende, se til illustrasjon «Fengselsinspektørdommen» (LB-2010-40623) hvor det ble anført at varslers tok beskyldningene mot ham «svært tungt», noe som førte til at han sykmeldte seg. Etter mitt syn bærer domspremissene i de gjennomgåtte dommene likevel preg av en nokså objektiv tilnærming på dette punktet. Dette kan selvsagt være fordi domstolene

tilnærming kan ha gode grunner for seg: Forbudet mot gjengjeldelse ville bli uoversiktlig dersom det skulle innebære en plikt for arbeidsgiver til å ta hensyn til personlige omstendigheter hos arbeidstaker som det kan være vanskelig å få rede på. På den annen side kan mobbing og trakassering ramme den enkelte varsler hardt. Det kan derfor hevdes at arbeidsgivers ansvar for å forhindre at slike reaksjoner forekommer, bør være strengt.

Utenfor varslingstilfellene finnes det omfattende høyesterettspraksis knyttet til mobbing og trakassering i arbeidslivet. Et nærliggende tilfelle er «Nera-dommen».⁸⁶ Saken gjaldt krav mot en arbeidsgiver om erstatning for psykisk skade som ifølge arbeidstakeren var forårsaket av trakassering på arbeidsplassen. Høyesterett fastslo at det objektivt sett ikke var grunnlag for å oppfatte arbeidsgivers atferd som trakassering. Deretter tok Høyesterett stilling til om vurderingen likevel måtte bli en annen på grunn av arbeidstakers personlighetstrekk. Bevisene skapte et «inntrykk av A som en nærtakende person, med et stort behov for anerkjennelse. Men det var ikke nødvendigvis lett å skjønne for andre».⁸⁷ Ettersom de subjektive elementene ikke var lett å oppdage, forelå ikke ansvarsgrunnlag hos arbeidsgiver. Høyesterett legger altså opp til at vurderingen kan bli en annen der arbeidstaker er psykisk sårbar, og dette er synbart for arbeidsgiver.

«Mobbedom II» gjaldt mobbing på en barneskole i Kristiansand.⁸⁸ Høyesterett kom til at oppfølgingen fra skolens side var utilstrekkelig. Det var utvist uaktsomhet ved at skolen ikke på et tidligere tidspunkt sørget for å avklare situasjonen og å sette inn tiltak mot dem som mobbet. Høyesterett la også her vekt på at eleven samlet sett fremstod som en «spesielt sårbar elev, som skolen i utgangspunktet burde ha en spesiell oppmerksomhet rettet mot».⁸⁹ Videre uttalte Høyesterett at skolen skal ha en «spesiell oppmerksomhet rettet mot barn som erfaringsmessig kan være mer eksponert for mobbing».⁹⁰

Et sentralt poeng i den sistnevnte dommen er at Høyesterett går langt i å si at domstolene ikke bare kan se på hva som er mobbing for en normal, gjennomsnittlig person – man er også nødt

ikke fant holdepunkter for det i disse konkrete sakene, men det er likevel påfallende at subjektive momenter ikke fremkommer overhodet.

⁸⁶ Rt-2004-1844, se særlig avsnitt 43-47.

⁸⁷ Avsnitt 45.

⁸⁸ Rt-2012-146.

⁸⁹ Avsnitt 52.

⁹⁰ Avsnitt 75.

til å se på hvordan den enkelte personen oppfatter det som skjer, etter sine personlige forutsetninger. Høyesterett legger altså opp til at man i aktsomhetsvurderingen må ta høyde for slike subjektive elementer, som for eksempel en spesielt sårbar personlighet.

Etter mitt syn er det vanskelig å forene prinsippene fra «Nera-dommen» og «Mobbedom II» med underrettenes tilsynelatende «objektive» tilnærming i rettspraksis om gjengjeldelse. I enkelte tilfeller vil arbeidsgiver ha særskilt foranledning til å verne varsleren mot mobbing eller trakassering. Ikke sjelden opplever varslere å komme i en utsatt situasjon og føle seg som et problem etter å ha varslet. Dersom en varslere opplever at forholdet han varsler om ikke blir tatt tak i, eller at han ikke blir tatt på alvor, kan det medføre psykiske belastninger, som for eksempel depresjon.⁹¹ Det kan tilsi at domstolene bør legge vekt på at arbeidsgiver var eller burde ha vært kjent med forhold som kan gjøre vedkommendes situasjon spesielt vanskelig.

I forlengelsen av dette vil det oppstå viktige spørsmål om rekkevidden av arbeidsgivers plikt til å ta hensyn til arbeidstakers subjektive forhold. Det vil føre for langt å behandle alle elementer i detalj i denne oppgaven, så jeg skal nøye meg med å peke på noen problemstillinger: Hvilket ansvar har arbeidsgiver når det gjelder å forstå og forutse hvordan arbeidstaker reagerer psykisk på ulike reaksjoner i forbindelse med varslingen? Hva kreves av aktiv oppfølging og forebygging med tanke på arbeidstakers situasjon etter at varsling har funnet sted? Hvor langt kan man forvente at arbeidsgiver skal strekke seg når det kommer til kunnskap om den enkelte ansattes personlighet og psykiske styrke/tålegrense?

Fougner legger til grunn at arbeidsgiver har et kontinuerlig ansvar for å risikovurdere den konkrete varslers subjektive situasjon med tanke på tiltak for å forhindre mulig gjengjeldelse:

«Dersom arbeidsgiver er kjent med en arbeidstakers særlige forhold, som sårbarhet eller trekk ved personligheten 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.»⁹²

⁹¹ Jakhelln, Henning 2010, *op.cit.*, s.434 flg.

⁹² Wiersholm I, s.84.

Dersom slike betraktninger får gjennomslag *de lege lata*, bør domstolene – i tråd med den høyesterettspraksis som er nevnt over – legge opp til en todelt vurdering i tilfellene der den påståtte gjengjeldelsen består i mobbing eller trakassering: Først må domstolene vurdere de forholdene som hevdes å være uttrykk for gjengjeldelse, *uavhengig* av subjektive forhold hos varsleren. Dernest må domstolene vurdere om de subjektive forholdene gir grunn til å bedømme behandlingen på en annen og strengere måte. Spesielle omstendigheter, som at vedkommende nylig har varslet, kan gjøre at arbeidstakeren fremstår som spesielt sårbar.

5 Virkningene av ulovlig gjengjeldelse

5.1 Oppreisning og erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 (3)

Arbeidsmiljøloven § 2-5 (3) første punktum fastslår at arbeidstaker som er utsatt for ulovlig gjengjeldelse kan «*kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld*». Dette er altså en hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap. Ansvar for arbeidsgiver er objektivt.

Oppreisningen skal utmåles skjønnsmessig «*under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig*», jf. § 2-5 (3) annet punktum. Forarbeidene presiserer at det blant annet skal «*legges vekt på arten og alvorlighetsgraden av den ulovlige gjengjeldelsen. Også forhold på arbeidstakerens side vil kunne trekkes inn*».⁹³ Videre er hensynet til prevensjon trukket frem som sentralt, og må tillegges betydelig vekt ved utmålingen.⁹⁴

Det er videre i forarbeidene vist til at praksis knyttet til § 15-12 (2), som hjemler erstatning og oppreisning for usaklig oppsigelse, vil kunne gi en viss veiledning ved oppreisningsutmålingen. Det er for øvrig lagt til grunn at bestemmelsen skal forstås på samme måte som den tilsvarende, nå opphevede, regelen i § 13-9.⁹⁵

I «Miljøarbeiderdommen» vektla lagmannsretten gjengjeldelsens art og alvorlighetsgrad, i tråd med kravet i forarbeidene.⁹⁶ Utestengelsen ble beskrevet som «*massiv*», «*sterkt klanderverdig*», «*hensynsløs og graverende*». Oppreisningen ble fastsatt til 150.000 kr., i tråd med arbeidstakers påstand.

I «Norweld-dommen» ble varsleren tilkjent 100.000 kr., som utgjorde kun en femtedel av beløpet han krevde i oppreisning – selv om gjengjeldelsen ble beskrevet som massiv og gjentatt.⁹⁷ Dette viser hvor lagmannsretten legger listen ved utmåling av oppreisning for

⁹³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.53.

⁹⁴ Se Jakhelln, Henning 2010, *op.cit.*, s.427 med henvisning til forarbeidene til likestillingsloven § 28 om erstatning.

⁹⁵ Kommentar til § 2-5 v/Aase C. Løne, tilgjengelig på www.arbeidsrett.no, med videre henvisninger til Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.329 og Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s.52-53.

⁹⁶ LA-2009-57115.

⁹⁷ LB-2009-36995.

gjengjeldelse: Selv om retten bruker sterke ord for å beskrive hva varsleren er utsatt for, er den nokså nøktern når det gjelder beløpet som tilkjennes som oppreisning.

Arbeidsmiljøloven § 2-5 (3) siste punktum fastslår videre at *erstatning* for det økonomiske tap arbeidstaker er påført som følge av ulovlig gjengjeldelse, kan kreves etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Ved erstatningsutmålingen må faktisk økonomisk tap tas i betraktning, men også tap som arbeidstakeren på annen måte har blitt eller vil bli påført, for eksempel fordi det vil bli svært vanskelig for arbeidstakeren å få nytt arbeid.⁹⁸

I tingrettens første dom i «Siemens-saken» uttalte retten at erstatning må ha «*et visst pønalt preg slik at arbeidsgivere ikke iverksetter slike gjengjeldelsesaksjoner*».⁹⁹ I denne saken ble erstatning og oppreisning fastsatt til 1.500.000 kr. til sammen. Også i «Norweld-dommen» påpekte lagmannsretten at erstatning «*bør ha et visst pønalt preg*».¹⁰⁰

5.2 Straffeansvar for brudd på gjengjeldelsesforbudet, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 19

Arbeidsmiljøloven § 19-1 (1) første punktum gir hjemmel for straff for «*forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelse eller pålegg gitt i eller i medhold av denne lov*».

Straffeansvar for ulovlig gjengjeldelse kom på spissen i «Monika-saken». I februar 2015 ble Hordaland Politidistrikt ilagt en bot på 100.000 kr. for å ha håndtert Schaefers varslings på en grovt uforstandig måte.¹⁰¹ I mars i år konkluderte Spesialenheten for politisaker med at det ikke var grunnlag for å straffeforfølge enkeltpersoner i politiledelsen, og at deres gjengjeldelse mot Schaefer ikke var straffbar.¹⁰² Avgjørelsen ble klaget inn for Riksadvokaten, som i oktober i år sluttet seg til Spesialenhetens konklusjon.¹⁰³ Selv om Riksadvokaten fant grunn til å reise

⁹⁸ Jakhelln, Henning 2010, *op.cit.*, s.425-426.

⁹⁹ TOSLO-2004-99016.

¹⁰⁰ LB-2009-36995.

¹⁰¹ Spesialenhetens avgjørelse av 25. februar 2015 i «Monika-saken»:

<http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A5l/Avgj%C3%B8relser/Utvalgtepubliserteavgj%C3%B8relser/TabId/177/ArtMID/597/ArticleID/132/Monika-saken.aspx>

¹⁰² Spesialenhetens avgjørelse av 9. mars 2016 i «Monika-saken»:

<http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A5l/Aktuelt/TabId/93/ArtMID/439/ArticleID/196/Hordaland-politidistrikts-behandling-av-Robin-Schaefer.aspx>

¹⁰³ Riksadvokatens avgjørelse av 5. oktober 2016: «*Hordaland Politidistrikt, m.fl. – Klage over henleggelse*»: <http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2016/RAavgjklageoverhenleggelseHordalandpd.pdf>

kritikk mot ledelsens behandling av Schaefer og deres håndtering av varslingsaken, var forsømmelsene ikke på langt nær graverende nok til at straff var aktuelt.¹⁰⁴

Om straffeansvaret for ulovlig gjengjeldelse generelt bemerket Riksadvokaten følgende:

«Formelt er straffansvaret svært omfattende. Det er likevel ikke slik at ethvert brudd på loven gir grunnlag for straffereaksjon. De primære sanksjonene ved overtredelser av loven er sivilrettslige, eksempelvis oppreisningserstatning som fastsatt i varslingsbestemmelsens tredje ledd ... Som ellers ved brudd på spesiallovgivningen må også straff for brudd på arbeidsmiljøloven forbeholdes de mer alvorlige tilfellene, typisk de hvor overtredelsen i seg selv er graverende eller hvor det har oppstått betydelig skade. ...

Riksadvokaten understreker således at straff ikke er aktuelt ved ethvert avvik fra eksempelvis kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Terskelen for straff må være markant høyere enn for sivilrettslige sanksjoner.

I tillegg bemerkes at bruk av straff ved overtredelser av arbeidsmiljøloven i en sak som denne, også reiser enkelte problemstillinger knyttet til lovskravet i strafferetten. Begreper som «kritikkverdige forhold», «gjengjeldelse» og kravet til et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø, gjør det ikke uten videre enkelt å forutberegne hvor straffansvar slår inn. Dette tilsier at bare handlinger, unnlater eller summen av slike som objektivt sett klart omfattes av begrepene, straffes.»¹⁰⁵

Disse uttalelsene må anses som uttrykk for gjeldende rett.¹⁰⁶ Antakelig er straffeansvar for brudd på gjengjeldelsesforbudet lite praktisk fordi de sivilrettslige rettsmidlene i de aller fleste tilfeller vil være tilstrekkelig for å reparere gjengjeldelsen.

¹⁰⁴ *Ibid.*, s.12.

¹⁰⁵ *Ibid.*, s.4.

¹⁰⁶ Det foreligger ikke særskilt rettspraksis eller litteratur om straffansvar for brudd på gjengjeldelsesforbudet i norsk rett. Se til sammenligning den amerikanske Sarbanes-Oxley Act Section 1107 18 U.S.C. § 1513(e): «Whoever knowingly, with the intent to retaliate, takes any action harmful to any person ... for providing to a law enforcement officer any truthful information relating to the commission or possible commission of any federal offense, shall be fined under this title, imprisoned not more than 10 years, or both.»

I januar i år vedtok Justis- og beredskapsdepartementet, med implisitt henvisning til funnene i Wiersholm I-rapporten, å gi Robin Schaefer 200.000 kr. i oppreisning for belastningen varslingssaken hadde medført. Med dette anerkjenner departementet at Schaefer ble utsatt for ulovlig gjengjeldelse. At departementet konkluderer annerledes enn Riksadvokaten på dette punktet, illustrerer nettopp at terskelen for straffeansvar er høyere enn for det sivilrettslige oppreisnings- og erstatningsansvaret i § 2-5 (3).

5.3 Forholdet mellom overtredelse av gjengjeldelsesforbudet i § 2-5 og andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven til vern av arbeidsmiljøet

Arbeidsmiljøloven § 2-5 er en spesialregulering som gjelder i varslingstilfellene, og dette vernet kommer i all hovedsak *i tillegg til* – ikke *i stedet for* – de generelle bestemmelsene til vern av arbeidsmiljøet. Dette prinsippet er fastslått i forarbeidene.¹⁰⁷

Arbeidsmiljøloven §§ 1-1 (formålsparagrafen), 4-1 (krav til fullt forsvarlig arbeidsmiljø), 4-3 (vern mot trakassering eller utilbørlig opptreden (psykososiale belastninger)) og 3-1 (krav til systematisk HMS-arbeid) er alle generelle bestemmelser til vern av arbeidstaker og beskyttelse av arbeidsmiljøet. Uavhengig av om det har skjedd en varsling, vil man som arbeidstaker alltid ha et generelt, lovfestet vern mot psykososiale belastninger, samt et krav på forsvarlig arbeidsmiljø gjennom disse øvrige bestemmelsene. I medhold av skadeserstatningsloven § 2-1 kan arbeidsgiver bli erstatningsansvarlig for ikke å overholde disse kravene.

Hvis arbeidstaker i en varslingssituasjon kan vise at det er «*grunn til å tro*» at brudd på disse reglene er en følge av lovlig varsling, kan vi stå overfor ulovlig gjengjeldelse. Paragraf 2-5 blir da aktuell fordi den gir arbeidstakeren krav på oppreisning uavhengig av arbeidsgivers skyld – ikke bare erstatning. Bestemmelsen gir på denne måten arbeidstaker et sterkere vern enn de generelle bestemmelsene til vern av arbeidsmiljøet.

Dersom arbeidstaker som følge av varslingen er blitt utsatt for gjengjeldelse i form av oppsigelse, urettmessig suspensjon eller avskjed, kan erstatning og oppreisning kreves direkte i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-12 (2), evt. § 15-13 (4) eller § 15-4 (4). I disse tilfellene har retten til erstatning og oppreisning i § 2-5 (3) ingen selvstendig betydning, idet den

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.52. Se også Wiersholm I, s.81.

konsumeres av retten til erstatning og oppreisning i § 15-12. I tråd med dette er det lagt til grunn i arbeidsrettslitteraturen at

«[p]å samme måte som etter den opphevede likestillingsloven av 1978 § 17 (nå likestillingsloven § 28) må det formentlig antas at «det er en skjerpende omstendighet som tillegges vekt ved utmålingen hvis en oppsigelse ikke bare er usaklig av andre grunner, men også er i strid med likestillingsloven. Det skal derimot ikke kunne gis dobbelt erstatning i forbindelse med samme oppsigelse da dette må betraktes som samme rettsforhold», jf. Ot.prp. nr.77 (2000–2001) avsnitt 13.6.6 og TOSLO-2006-52718.»¹⁰⁸

¹⁰⁸ Kommentar til § 2-5 v/Aase C. Løne, tilgjengelig på www.arbeidsrett.no.

6 Avsluttende betraktninger

6.1 Oppsummering

Arbeidsmiljølovens regler om varsling og gjengjeldelse er relativt nye. Rettskildebildet bærer preg av at § 2-5 er gitt en skjønnsmessig utforming med hensyn til hva som utgjør ulovlig gjengjeldelse, noe som gir forarbeidene en fremtredende plass ved anvendelsen av reglene.

Domstolene har en viktig rolle når det gjelder å realisere lovgivers intensjon. Gjennomgangen viser at domstolene tar utgangspunkt i at all negativ behandling av varslere *kan* være «gjengjeldelse». Det er ytterst få eksempler på at domstolene har avvist en påstand om ulovlig gjengjeldelse fordi behandlingen etter sin art ikke faller innunder gjengjeldelsesvilkåret i § 2-5. Dette er i tråd med lovgivers intensjon slik den er kommet til uttrykk i forarbeidene.

En hovedkonklusjon er at det i praksis er avgjørende hvorvidt arbeidsgivers handlinger er en *reaksjon* på varslingen eller ikke. Dette er altså et spørsmål om årsakssammenheng; om den negative behandlingen har inntruffet som følge av varslingen.

Videre byr fremstillingen over på noen refleksjoner om hvordan domstolene forholder seg til påstander om ulovlig gjengjeldelse. Domstolene bruker bevisregelen i § 2-5 (1) tredje punktum aktivt for å ta stilling til kravet om årsakssammenheng er oppfylt. Kommer retten til at det er «*grunn til å tro*» at det har skjedd en gjengjeldelse, må arbeidsgiver bevise at behandlingen ikke er en reaksjon på varslingen, men har andre saklige grunner for seg.

Formelle sanksjoner mot arbeidstaker vil ofte være lettere å knytte til varslingen enn uformelle sanksjoner. For de formelle gjengjeldelsessanksjonene er nærhet i tid normalt nok for å konstatere årsakssammenheng.¹⁰⁹ Uformelle og mer atypiske gjengjeldelsessanksjoner krever derimot sterkere bevismessige holdepunkter.

I tillegg til en mer krevende bevissituasjon, vil dessuten en del slike uformelle handlinger under normale omstendigheter ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett. Rettspraksis (for eksempel

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.53.

«Odfjell Drilling-dommen») viser at arbeidsgiver ofte påberoper seg styringsretten for å forklare den behandlingen varsleren er blitt utsatt for. Dersom den ugunstige styringsbeslutningen skjer *som en følge av* varslingen, rammes den likevel av gjengjeldelsesforbudet.

I avgjørelser som gjelder trakassering og mobbing på arbeidsplassen i kjølvannet av en varslingssak, er bildet av rettspraksis ikke entydig. I slike saker kan det være krevende ikke bare å bevise årsakssammenhengen mellom varslingen og den påståtte gjengjeldeshandlingen, men også at den enkelte gjengjeldeshandling faktisk har funnet sted.¹¹⁰ I en avgjørelse («Norweld-dommen») unnlot lagmannsretten å gå grundig inn i faktum, og la tilsynelatende varslerens saksfremstilling uprøvd til grunn. I andre avgjørelser (for eksempel «Fjell kommune-dommen») anvender domstolen beviskravet svært strengt.

6.2 Er gjengjeldelsesvernet sterkt nok?

Frykt for gjengjeldelse er stadig den viktigste grunnen til at mange vegrer seg for å varsle.¹¹¹ I tillegg frykter mange arbeidstakere å bli sett på som illojale hvis de varsler. Politiets Fellesforbund frarådet høsten 2016 sine medlemmer fra å varsle om kritikkverdige forhold i politiet, fordi de mener belastningen ved å varsle kan bli så stor at det er helsefarlig. Etter forbundets mening er vernet for varslere rett og slett for dårlig.¹¹² Samtidig mener også flere tidligere varslere at varsling ikke er verdt de etterfølgende belastningene.¹¹³

Varslingsreglene har vært evaluert en rekke ganger. En av konklusjonene i Fafos evalueringsrapport fra 2014 er at *«lovverket fungerer bra og har gjort det enklere og tryggere å varsle»*.¹¹⁴ Dette samsvarer med advokatfirmaet Arntzen de Besches evalueringsrapport fra 2013, som fastslår at deres *«hovedinntrykk av de analyserte avgjørelsene er at reglene fungerer etter sin hensikt»*.¹¹⁵

¹¹⁰ Praksis bærer særlig preg av at domstolenes tilnærming til faktum varierer fra sak til sak.

¹¹¹ Trygstad, Sissel C. 2010, *op.cit.*

¹¹² <https://www.nrk.no/norge/-vi-vil-ikke-rade-noen-til-a-varsle-lenger-1.12859230>

¹¹³ <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/ikke-si-i-fra-om-kritikkverdige-forhold-paa-jobb/a/10030320/>

¹¹⁴ Trygstad, Sissel C. m.fl., *Evaluering av varslerbestemmelsene*. Fafo-rapport 2014:05, s.200.

¹¹⁵ Arntzen de Besche: *Evaluering av varslingsreglene: En gjennomgang og analyse av rettspraksis og Sivilombudsmannens praksis*. Advokatfirmaet Arntzen de Besches rapport til Arbeidsdepartementet av 1. juni 2013, s.62.

Denne oppgaven har begrenset seg til gjengjeldelsesforbudet i § 2-5. Hovedinntrykket er at domstolene lojalt har fulgt opp lovgivers intensjon om at forbudet skal verne mot gjengjeldelser i vid forstand. Når det i få saker konstateres at reaksjonene arbeidstaker har blitt møtt med etter varsling er å regne som gjengjeldelse, tyder dette på en streng – og tidvis *for* streng – praktisering av kravet til årsakssammenheng. En mulig forklaring kan være at domstolene ikke har nok kunnskap om varsling som fenomen, spesielt når det kommer til de psykososiale forhold på arbeidsplassen.

I juni 2016 ble det foreslått en lovendring med sikte på å presisere og styrke varslervernet.¹¹⁶ Forslaget inneholder regler som klargjør arbeidsgivers plikt til å ha formelle rutiner for intern varsling, herunder hvilke minimumskrav som gjelder for varslingsrutinenes innhold. Videre er varslervernet, som allerede nevnt, foreslått utvidet til også å omfatte innleide arbeidstakere. Forslaget lovfester også en rett til å være anonym ved varsling til offentlige myndigheter. Endelig foreslår departementet å samle reglene om varsling i et eget kapittel i arbeidsmiljøloven, noe som vil gjøre det lettere å finne dem, samt understreke reglenes viktighet. Målet med dette skjerpede regelverket er å sørge for at varsling blir forsvarlig håndtert, og at terskelen for å varsle blir lav.

Lovforslaget berører imidlertid ikke gjengjeldelse mot varslere, så det er fremdeles behov for klargjøring av hvor langt gjengjeldelsesforbudet rekker. Oppgaven har blant annet pekt på at det er en svakhet ved dagens regelverk at det er uklart hvilken personkrets arbeidsgiver svarer for, jf. punkt 3.3, og hvorvidt arbeidsgiver har plikt til å ta hensyn til varslers subjektive forhold, jf. punkt 4.5. Det er imidlertid usikkert om slik klargjøring bør skje i form av en lovendring. Ettersom § 2-5 gir grunnlag for erstatning, kan det argumenteres for at domstolene bør ha hovedrollen når det gjelder å markere grensene, som i erstatningsretten for øvrig.¹¹⁷

I statsråd 11. november i år ble det oppnevnt en ekspertgruppe som skal vurdere varslervernet, ved å gjennomgå og vurdere arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser og praktiseringen av

¹¹⁶ Arbeids- og sosialdepartementets høringsnotat av 20. juni 2016.

¹¹⁷ Hagstrøm, Viggo/Stenvik, Are 2015, *op.cit.*, s.27-28.

disse, og foreslå tiltak for å styrke varslervernet.¹¹⁸ Dette kan bidra til å etablere tryggere og bedre systemer for varsling, og slik sikre varslerne et reelt vern.

Politiets Fellesforbund og andre har dessuten tatt til orde for å opprette et eget varslerombud, som skal gi bistand og råd til varslere, og dermed være konfliktdempende. Tilhengerne mener at et slikt ombud «*vil signalisere at regjeringen tar problematikken på alvor, og skape et sted å samle kunnskap om fenomenet*».¹¹⁹ Samtidig slipper varsleren å stå alene med sin kritikk. Etter mitt syn er et eget ombud ikke nødvendigvis tilstrekkelig, gitt det høye konfliktnivået og profilering som mange varslingssaker får. Også derfor må domstolene ta et særskilt ansvar for å etablere hvor grensene for ulovlig gjengjeldelse går.

«Monika-saken» satte for alvor varslervernet på dagsorden. Saken viser at problemene i praksis ikke først og fremst ligger regelverket, men i måten varsleren møtes på av arbeidsgiver.¹²⁰ Jakhelln hevder at slike holdninger åpner for at man «*tar spilleren og ikke ballen*», altså at fokus rettes mot den som varsler, mens saken det varsles om kommer i andre rekke.¹²¹ Dette bidrar til at arbeidstakere lar være å varsle om kritikkverdige forhold. I den større sammenheng må det altså en holdningsendring til, ikke bare en endring av reglene eller nye former for tilsyn med etterlevelsen. Her ligger den viktigste og vanskeligste utfordringen.

¹¹⁸ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-setter-ned-et-ekspertutvalg-om-varsling/id2520064/>

¹¹⁹ Bergens Tidende på lederplass 12. oktober 2016.

¹²⁰ Wiersholm I konstaterer på s.99 at fokuset i «Monika-saken» var på Schaefer, og ikke på forholdene han varslet om.

¹²¹ Jakhelln, Henning 2010, *op.cit.*, s.448.

Litteraturliste

LOVER

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

Lov 13. juni 1969 nr. 26: Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

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

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

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

Lov 21. juni 2013 nr. 58: Lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering).

Lov 21. juni 2013 nr. 59: Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

Lov 21. juni 2013 nr. 60: Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet).

Lov 21. juni 2013 nr. 61: Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

FORARBEIDER

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget— Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

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

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

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

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).

Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

INTERNASJONALE KILDER OG KONVENSJONER

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).

The Employment Rights Act 1996 (Storbritannia).

Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 4. november 1999 (ETS nr. 174).

Rådskonferansen 2000/78/EF – Rammedirektivet om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.

The Sarbanes-Oxley Act of 2002 (USA), Pub.L. 107–204, 116 Stat. 745.

FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003.

LITTERATUR

Bjørkelo, Brita, *Whistleblowing at Work: Antecedents and Consequences*. Ph.d.-avhandling ved Universitetet i Bergen, psykologisk fakultet (Bergen 2010).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

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

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

Evju, Stein, *Arbeidsrett: utvalgte artikler 2001-2010* (Oslo 2010).

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt* (Oslo 2007).

Fougner, Jan/Holo, Lars/Sundet, Tron Løkken/Thorkildsen, Tarjei, *Arbeidsmiljøloven: Kommentarutgave*. 2. utgave (Oslo 2013).

Hagstrøm, Viggo/Stenvik, Are, *Erstatningsrett* (Oslo 2015).

Hirst, Marion Holthe/Lønneid, Sven Ivar, *Arbeidsrett i et nøtteskall* (Oslo, 2015).

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

Johansen, Atle Sønsteli/Stueland, Einar (red.), *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis* (Oslo 2011).

Schaefer, Robin, *Monika-saken. Min historie – fra drapsetterforsker til varsler* (Bergen 2015).

Skjønberg, Alexander Næss/Hognestad Eirik, *Individuell arbeidsrett* (Oslo 2014).

ANNET

Arbeids- og sosialdepartementet: *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling (20. juni 2016): Tiltak for å styrke varslervernet*. Hentet fra:

https://www.regjeringen.no/contentassets/2502e796c9e64f7fb7892dcef1f9a696/hoeringsnotat_endringer_aml_varsling.pdf

Arbeids- og sosialdepartementet: Pressemelding av 11. november 2016 angående ekspertutvalget om varsling:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-setter-ned-et-ekspertutvalg-om-varsling/id2520064/>

Arntzen de Besche: *Evaluering av varslingsreglene: En gjennomgang og analyse av rettspraksis og Sivilombudsmannens praksis*. Advokatfirmaet Arntzen de Besches rapport til Arbeidsdepartementet av 1. juni 2013. Hentet fra:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ASD/Dokumenter/2014/Rapporter/Rapport_Arntzen_de_Besche.pdf

Bergens Tidende, lederartikkel, 12. oktober 2016.

Justis- og beredskapsdepartementet: Pressemelding av 15. mars 2016 angående Wiersholms rapport del 2:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/fire-varslingssaker-i-hordaland-er-gransket-----wiersholms-rapport-del-2/id2479905/>

Riksadvokaten: Avgjørelse i Schaefer-saken av 5. oktober 2016: «*Hordaland Politidistrikt, m.fl. - Klage over henleggelse*». Hentet fra:

<http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2016/RAavgjklageoverhenleggelseHordalandpd.pdf>

Spesialenheten for politisaker: Avgjørelse av 25. februar 2015 i Monika-saken. Hentet fra:
<http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A5/Avgj%C3%B8relser/Utvalgtepubliserteavgj%C3%B8relser/TabId/177/ArtMID/597/ArticleID/132/Monika-saken.aspx>

Spesialenheten for politisaker: Avgjørelse av 9. mars 2016 i Monika-saken: «*Hordaland politidistrikts behandling av Robin Schaefer*». Hentet fra:
<http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A5/Aktuelt/TabId/93/ArtMID/439/ArticleID/196/Hordaland-politidistrikts-behandling-av-Robin-Schaefer.aspx>

Trygstad, Sissel C., *Med rett til å varsle... men hjelper det, og er det lurt?* Fafo-rapport 2010:18 (2010). Hentet fra:
http://www.faf.no/media/com_netsukii/20162.pdf

Trygstad, Sissel C./Skivenes, Marit/Steen, Johan Røed/Ødegård, Anne Mette, *Evaluering av varslerbestemmelsene*. Fafo-rapport 2014:05 (2014). Hentet fra:
<http://www.faf.no/images/pub/2014/20352.pdf>

Wiersholm I: «*Monika-saken*»: *Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling*. Advokatfirmaet Wiersholms rapport av 25. juni 2015 til Justis- og beredskapsdepartementet. Hentet fra:
https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monika-saken_web.pdf?visitorgroupsByID=undefined

Ødegård, Anne Mette/Trygstad, Sissel C./Steen, Johan Røed, *Varsling og ytring blant medlemmer i sju fagforbund: Rapportserie om varsling og ytring*. Fafo-rapport 2016:34 (2016). Hentet fra:
<http://www.faf.no/images/pub/2016/20596.pdf>

RETTSAVGJØRELSER

Rt. (Norsk Retstidende)

Rt-1990-607

Rt-1997-786 «Mobbedom I»

Rt-2000-1602 «Nøkk»
Rt-2001-418 «Kårstø»
Rt-2004-1844 «Nera»
Rt-2008-856 «Theatercafé»
Rt-2011-841 «Undervisningsinspektør»
Rt-2012-146 «Mobbedom II»
Rt-2012-424
HR-2016-02286-A

Lagmannsrettene

LB-2008-184675 «Lysebu»
LB-2009-36995 «Norweld»
LA-2009-57115 «Miljøarbeider»
LB-2010-40623 «Fengselsinspektør»
LG-2011-17283 «Odfjell Drilling»
LG-2015-016252 «Fjell Kommune»
LH-2016-36029 «NAV»

Tingretten, RG (Rettens Gang)

TOSLO-2004-99016 «Siemens»
TOSLO-2006-52718
TOBYF-2007-124301 – RG-2008-53 «E-postkjennelsen»
TOSLO-2008-85906 «Norweld»
TNOHO-2016-44534 «Monika»

NETTSTEDER¹²²

<http://www.aftenposten.no/fakta/innsikt/Varling---en-risikosport-7917321.html>

www.arbeidsrett.no

<http://www.arbeidstilsynet.no/fakta.html?tid=92257>

¹²² Samtlige nettsteder er sist besøkt 11. desember 2016.

<http://www.arbeidstilsynet.no/binfil/download2.php?tid=92254>

<http://www.bt.no/meninger/kronikk/En-moralsk-plikt-3305077.html>

<http://e24.no/digital/ekspert-mener-norske-selskap-ikke-er-gode-nok-til-aa-tilrettelegge-for-varslere-det-er-for-mange-stygge-historier/23455039>

<https://www.nrk.no/norge/legger-frem-forslag-for-bedre-vern-av-varslere-1.13005747>

https://www.nrk.no/norge/_-vi-vil-ikke-rade-noen-til-a-varsle-lenger-1.12859230

<https://www.nrk.no/ytring/darlige-tider-for-varslere-1.12878128>

www.rettsdata.no

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/ikke-si-i-fra-om-kritikkverdige-forhold-paa-jobb/a/10030320/>