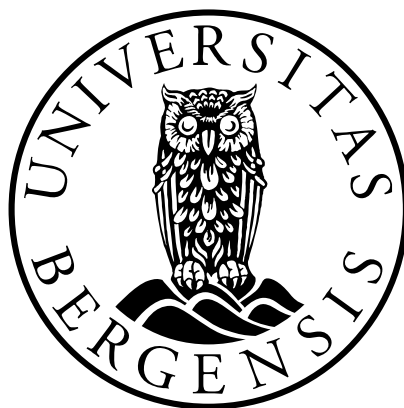


Arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varsling

*I hvilken utstrekning har arbeidsgiver ansvar for
gjengjeldeshandlinger utført av varslereens kollegaer, jf.
aml. § 2A-2?*

Kandidatnummer: 120

Antall ord: 14 884



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Aktualitet.....	4
1.2.1	Betydningen av varslingsinstituttet generelt	4
1.2.2	Gjengjeldelse fra kollegaer.....	5
1.2.3	Rettskildemessig betydning.....	6
1.3	Rettskildebilde og juridisk metode.....	7
1.4	Avgrensninger og begrepsavklaringer	8
1.4.1	Gjengjeldelseshandlinger	8
1.4.2	Begrepene «arbeidsgiver» og «kollegaer»	8
1.5	Videre fremstilling	10
2	Kort om varslingsreglene.....	11
2.1	Hensyn og formål bak varslingsreglene	11
2.2	Rett til å varsle om kritikkverdige forhold	11
2.3	Kravet til forsvarlig varslings	12
2.4	Forbudet mot gjengjeldelse	14
3	Arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet.....	15
3.1	Innledning.....	15
3.2	Kravet til et “fullt forsvarlig” arbeidsmiljø	15
3.3	Krav til det psykososiale arbeidsmiljøet	16
3.4	Arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varslings.....	18
3.5	Arbeidsgivers erstatningsansvar ved brudd på lovens krav til arbeidsmiljø	20
3.5.1	Arbeidsgivers alminnelige culpaansvar	20
3.5.2	Objektivt arbeidsgiveransvar for mobbing på arbeidsplassen.....	21
3.5.3	Forholdet mellom skl. § 2-1 og aml. § 2A-2	22
4	Har arbeidsgiver et særlig ansvar for gjengjeldelseshandlinger fra varslers kollegaer etter aml. § 2A-2?	25
4.1	Innledning.....	25
4.2	Ordlyden åpner for at kollegaers handlinger omfattes	25
4.3	Stenger forarbeidene for at kollegaers handlinger omfattes?.....	26
4.4	Arbeidsgivers ansvar begrenses i underrettspraksis	27

4.4.1	Underrettspraksis som forutsetningsvis begrenser arbeidsgivers ansvar	27
4.4.2	Klar avgrensning av arbeidsgivers ansvar i «Odfjell Drilling-dommen»	30
4.5	Juridisk teori taler for at kollegaers handlinger omfattes	33
4.6	Reelle hensyn taler for at kollegaers handlinger omfattes	35
4.6.1	Hensynet til lovens formål	35
4.6.2	Hensynet til lovens system	36
4.6.3	Hensynet til et reelt og effektivt varslervern	36
4.6.4	Hensynet til arbeidsgiver	37
4.7	Arbeidsgivers ansvar etter internasjonal og andre lands rett	37
4.7.1	Innledning	37
4.7.2	Sverige	38
4.7.3	Storbritannia	39
4.7.4	Anbefalingen fra Europarådets ministerkomité	40
4.7.5	Sammenfatning	41
4.8	Gjelder det et objektivt ansvar for ansattes gjengjeldeshandlinger?	42
4.9	Konklusjon	43
5	Omfanget av arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2	46
5.1	Innledning	46
5.2	Gjengjeldelsens karakter	46
5.3	Fravær av tilfredsstillende varslingsrutiner	46
5.4	Det er varslet om gjengjeldelse	49
5.5	Manglende medvirkning fra varsleren	49
5.5.1	Arbeidstakers medvirkningsplikt	49
5.5.2	Arbeidstakers varslingsplikt	50
5.6	Det er varslet om en annen ansatt i virksomheten	51
5.7	Arbeidsgiver kjenner ikke til gjengjeldelsen	51
6	Avsluttende betraktninger	54
	Kilderegister	55

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Masteroppgavens tema er arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varsling etter lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), herunder arbeidsgivers omsorgsplikt for varsleren. Problemstillingen er i hvilken utstrekning arbeidsgiver kan holdes ansvarlig etter arbeidsmiljøloven (heretter aml.) §§ 2A-2 jf. 2A-1 for ikke å ha motvirket gjengjeldelseshandlinger i form av mobbing, trakassering, utfrysning og lignende, utført av varslers kollegaer.

1.2 Aktualitet

1.2.1 Betydningen av varslingsinstituttet generelt

Et effektivt varslingsinstitutt er avgjørende for at kritikkverdige forhold skal kunne avdekkes og stanses i en virksomhet når de ordinære systemene for ledelse og kontroll svikter.¹

Adgangen til å varsle utgjør for det første en viktig arbeidstakerrettighet, da det åpner for at arbeidstakere kan bedre sin arbeidssituasjon ved å melde fra om uregelmessigheter i virksomheten. For det andre vil også arbeidsgiver være tjent med at ansatte varsler, da dette gjør det enklere å få bukt med kritikkverdige forhold i virksomheten.

Retten til å varsle innebærer en styrking av ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100.² Varsling er dermed viktig fra et demokratisk perspektiv, da det er i samfunnets interesse at kritikkverdige forhold avdekkes.

En sak som illustrerer dette er den såkalte «Monika-saken». I 2011 ble 8 år gamle Monika funnet død i sitt hjem på Sotra. Hordaland Politidistrikt (HPD) henla saken som selvmord i 2012. Ved årsskiftet 2013-2014 varslet politibetjent Robin Schaefer sine overordnede om en rekke alvorlige svakheter ved etterforskningen. Varselet ble ikke fulgt opp, og varslere ble isteden stemplet som illojal og uetisk. Schaefer opplevde dette som en stor psykisk påkjenning, og ble sykmeldt. Først etter flere måneder ble «Monika-saken» gjenopptatt og

¹ NOU 2018:6 s. 31.

² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 7.

klassifisert som drap, og politiet pågrep den tidligere samboeren til Monikas mor, som senere ble dømt for drap på sin tidligere stedatter.³ I 2015 konkluderte en rapport utarbeidet av advokatfirmaet Wiersholm AS, på oppdrag fra Justis- og beredskapsdepartementet, med at varslingen var forsvarlig, og at arbeidsgivers opptreden i etterkant av varslene utgjorde et brudd på forbudet mot gjengjeldelse.⁴

Dersom varsleren i «Monika-saken» hadde blitt hørt, er det mulig at saken kunne vært løst på et tidligere tidspunkt og at det ville vært ressursbesparende for HPD. Saken illustrerer dermed hvordan varsling har en økonomisk og samfunnsmessig verdi. Oslo Economics har estimert at varsling, sammenlignet med andre kontrollmekanismer, sparer samfunnet for mellom 0,5 og 12 milliarder kroner årlig ved å avdekke og stanse kritikkverdige forhold.⁵

1.2.2 Gjengjeldelse fra kollegaer

Det kan av kollegaer oppfattes illojalt å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Varsling kan dessuten avdekke forhold som truer arbeidsplasser, for eksempel fordi bevilgninger holdes tilbake eller kontraktsforhold avsluttes. En arbeidstaker som varsler risikerer dermed ikke bare å bli utsatt for negative sanksjoner fra sin arbeidsgiver, men også utfrysning, mobbing eller trakassering fra kollegaer.

I en Fafo-rapport fra 2016 kommer det frem at 1 av 4 som varslet mottok utelukkende negative eller overveiende negative reaksjoner.⁶ Av samme rapport fremgår det at 10% av de spurte svarte at de opplevde å bli mobbet i kjølvannet av varselet, 16% svarte at de opplevde å bli utestengt fra arbeidsfellesskapet, og 23% svarte at de opplevde andre negative reaksjoner.⁷ Undersøkelsen skilte ikke mellom reaksjoner fra arbeidsgiver og kollegaer, og det er sannsynlig at begge grupper er representert i statistikken.

Forskning viser at varslere har dobbelt så stor sannsynlighet for å rapportere om mobbing på arbeidsplassen som andre ansatte over tid.⁸ Varslere som utsettes for mobbing kan oppleve skadelige helseeffekter som depresjon, søvnproblemer og angst som følge av dette.⁹ Dette

³ <https://www.tv2.no/a/8332478/>

⁴ Fougner (2015) s. 5.

⁵ Spagnolo og Foyn (2017) s. 46.

⁶ Trygstad og Ødegård (2016) s. 41-42.

⁷ Undersøkelsen åpnet for flere mulige svar, jf. *ibid.*

⁸ Bjørkelo (2013) s. 4.

⁹ *Ibid.* s. 9.

illustrerer at gjengjeldelse i form av mobbing, trakassering eller utfrysning kan ha negative konsekvenser for varslersens arbeidsmiljø og livssituasjon for øvrig.

Et eksempel på en sak der en arbeidstaker opplevde negative reaksjoner fra kollegaer etter å ha varslet, er saken om Målfrid J. Frahm Jensen. I januar 2015 gikk Frahm Jensen ut i Stavanger Aftenblad og kritiserte omfattende tvangsbruk ved Psykiatrisk divisjon ved Stavanger Universitetssykehus. Kort tid etter dette ble hun gjort kjent med at nærmere 80 av hennes kollegaer hadde signert en underskriftskampanje mot henne bak hennes rygg. Kollegaene vendte henne ryggen og sluttet blant annet å hilse på henne. Frahm Jensen ble etter kort tid sykemeldt på grunn av belastningen dette påførte henne. Høsten 2015 saksøkte Frahm Jensen arbeidsgiveren sin. Saken endte med at det ble inngått et konfidensielt forlik med sykehuset. Til slutt sa hun opp stillingen sin.¹⁰

Dette viser at gjengjeldelseshandlinger fra kollegaer er en påregnelig risiko som kan få store konsekvenser for arbeidstaker som har varslet. Det er derfor viktig å klarlegge i hvilken grad arbeidsgiver har et ansvar for å motvirke slik atferd fra egne ansatte.

1.2.3 Rettskildemessig betydning

Hvorvidt arbeidsgiver har et særlig ansvar for å motvirke gjengjeldelseshandlinger fra varslersens kollegaer etter aml. § 2A-2, har fått ny aktualitet ved at varslingsutvalget har foreslått å *presisere* i lovteksten at arbeidsgiver har ansvar for å sørge for et «fullt forsvarlig arbeidsmiljø for varsleren, herunder å sørge for tiltak som er egnet til å motvirke gjengjeldelse».¹¹ Departementet har korrigert dette forslaget noe i proposisjonen, og la i april 2019 frem forslag om å lovfeste følgende regel:

«Arbeidsgiver skal særlig påse at den som har varslet, har et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Dersom det er nødvendig, skal arbeidsgiver sørge for tiltak som er egnet til å forebygge gjengjeldelse.»¹²

Departementet skriver at dersom varslersens arbeidsmiljø ikke er fullt forsvarlig, og dette har sammenheng med at det er varslet, skal dette regnes som gjengjeldelse i lovens forstand, jf.

¹⁰ <https://www.aftenbladet.no/lokalt/i/wWEm5/Kolleger-aksjonerte-bak-ryggen-hennes>

¹¹ NOU 2018:6 s. 164.

¹² Prop. 74 L (2018-2019) s. 55.

lovutkastet § 2A-4, som vil erstatte nåværende § 2A-2 dersom den blir vedtatt.¹³ Lovforslaget innebærer dermed at arbeidsgivers *unnlatelse* av å gripe inn og motvirke ansattes negative behandling av en varsler som følge av varselet, i seg selv vil kunne utgjøre en ulovlig gjengjeldelse etter aml. § 2A-2.

Varslingsutvalget og departementet har presisert at forslaget ikke er ment å gjøre endringer med hensyn til gjengjeldelsesforbudet, og legger dermed til grunn at et særlig ansvar for gjengjeldeshandlinger fra ansatte etter aml. § 2A-2 allerede følger av gjeldende rett.¹⁴ Som gjennomgangen i kapittel 4 vil vise, er det imidlertid ikke klart om et slikt ansvar allerede eksisterer. Lovforslaget gjør det derfor aktuelt å vurdere hvorvidt et særlig ansvar for gjengjeldeshandlinger fra varslerens kollegaer etter aml. § 2A-2 faktisk foreligger etter gjeldende rett.

1.3 Rettskildebilde og juridisk metode

Regler om varsling i arbeidsforhold ble først inntatt i aml. §§ 2-4 og 2-5 (i dag aml. §§ 2A-1 og 2A-2) i 2007.¹⁵ I 2017 ble et nytt kapittel 2A om varsling inntatt i aml.¹⁶ I november 2016 nedsatte regjeringen et utvalg som skulle foreta en gjennomgang av varslingsreglene og vurdere om det var behov for lovendringer eller andre tiltak for å styrke varslervernet.¹⁷ Varslingsutvalget fremla sine forslag i NOU 2018:6 i mars 2018, og i april 2019 ble dette fulgt opp av Arbeids- og sosialdepartementet i Prop. 74 L (2018-2019). Den raske rettsutviklingen viser at det fra lovgiversiden er et økende fokus på å styrke varslervernet i norsk arbeidsliv.

Arbeidsgivers ansvar for gjengjeldeshandlinger fra varslerens kollegaer etter aml. § 2A-2 er et tema som så langt kun i begrenset grad har vært behandlet i juridisk litteratur. Det foreligger ikke høyesterettspraksis som behandler spørsmålet. Den juridiske analysen i oppgaven vil basere seg på en tolkning av lovtekst, forarbeider, underrettspraksis, det som eksisterer av juridisk teori, reelle hensyn og andre lands rett.

¹³ Ibid. s. 52.

¹⁴ NOU 2018:6 s. 162 og Prop. 74 L (2018-2019) s. 36.

¹⁵ Tilføyd ved lov 1 des 2006 nr. 64 (ikr. 1. jan 2007 iflg. Res. 1. des 2006 nr. 1324).

¹⁶ Tilføyd ved lov 16. juni 2017 nr. 42 (ikr. 1. juli 2017 iflg. Res. 16. juni 2017 nr. 752).

¹⁷ Utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 11. november 2016.

1.4 Avgrensninger og begrepsavklaringer

1.4.1 Gjengjeldeshandlinger

Fokus i denne avhandlingen er negative reaksjoner fra varslereens kollegaer i form av mobbing, trakassering, utfrysning og lignende negativ behandling, som kommer som følge av varselet. Mobbing kan defineres som «når en person gjentatte ganger og over tid utsettes for negative handlinger».¹⁸ Trakassering er i arbeidsmiljølovens forarbeider definert som «når uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet».¹⁹ Trakassering omfatter det man normalt kaller mobbing.²⁰

I tillegg til klare tilfeller av mobbing og trakassering, kan gjengjeldelse fra kollegaer skje i form av subtil utfrysning og mer enkeltstående hendelser. De gjengjeldeshandlinger det her siktes til, omfatter dermed mer enn de klare mobbesaker som typisk faller inn under arbeidsgiveransvaret i lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skl.) § 2-1, se avsnitt 3.5.3.

1.4.2 Begrepene «arbeidsgiver» og «kollegaer»

Gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2A-2 omfatter klart arbeidsgivers handlinger. Dette følger av arbeidsmiljølovens forarbeider²¹ og aml. § 2-1, som fastslår at «arbeidsgiver skal sørge for at bestemmelsene gitt i og i medhold av denne lov blir overholdt». Begrepet «arbeidsgiver» er definert i aml. § 1-8 andre ledd første punktum som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste».

Det følger av forarbeidene at gjengjeldelsesforbudet, i tillegg til å omfatte arbeidsgivers handlinger, omfatter 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».²²

¹⁸ Wik og Sortland (2013) s. 63.

¹⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 325.

²⁰ Dege (2009) s. 200.

²¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

²² Ibid.

I aml. § 1-8 andre ledd andre punktum fastslås det at lovens arbeidsgiverforpliktelser gjelder «den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten». Ved vurderingen av om en ansatt kan anses å «i arbeidsgivers sted lede virksomheten», må det ses hen til hvilken faktisk og rettslige myndighet vedkommende har til å selvstendig treffe avgjørelser om virksomheten ved arbeidsplassen.²³ Dette vil typisk omfatte den øverste bedriftsledelsen ved administrerende direktør, men også ansatte med ulike lederfunksjoner, avhengig av hvor selvstendige fullmakter den enkelte har.²⁴

Kravene til lederfunksjonen vil avhenge av hva som er «virksomheten».²⁵ I «Norwelddommen» la lagmannsretten til grunn at avdelingslederen for bedriftens Oslokontor var omfattet av aml. § 1-8 andre ledd andre punktum, og i «Fengselsinspektørdommen» ble institusjonen, sjefer, fengselsdirektører og fengselsleder ansett å være omfattet.²⁶

Den som «i arbeidsgivers sted leder virksomheten» etter aml. § 1-8 andre ledd andre punktum blir ansvarlig på lik linje med «arbeidsgiver» selv, og en delegasjon av arbeidsgiveransvar innebærer dermed ikke at arbeidsgivers ansvar bortfaller.²⁷

I tillegg til handlinger fra arbeidstakere som utøver styringsrett i arbeidsgivers sted etter aml. § 1-8 andre ledd andre punktum, omfattes også «handlingene til arbeidstakere som handler etter instruks fra arbeidsgiver» av gjengjeldelsesforbudet.²⁸ Dette er naturlig og rimelig, da det ellers ville vært enkelt for arbeidsgiver å omgå gjengjeldelsesforbudet ved å delegere gjengjeldeshandlinger til sine ansatte i virksomheten.

Det er etter dette klart at arbeidsgiver hefter for gjengjeldeshandlinger fra ansatte dersom disse utøver styringsrett i arbeidsgivers sted etter aml. § 1-8 andre ledd andre punktum, eller opptrer etter instruks fra arbeidsgiveren. Fokus i denne avhandlingen er imidlertid på i hvilken grad arbeidsgiver hefter for handlinger fra andre ansatte enn dette. Når begrepene «kollegaer» eller «ansatte» brukes i den videre fremstillingen, skal dette derfor forstås som ansatte som

²³ Rt-1985-185 s. 189 og Fougner mfl. (2013) s. 83.

²⁴ Ot.prp.nr. 3 (1975-1976) s. 102 og Rt-1984-773 s. 775.

²⁵ Hotvedt (2016) s. 231.

²⁶ «Norweld» LB-2009-36995 s. 11 og «Fengselsinspektør» LB-2010-40623 s. 11. Dommene er nærmere behandlet i avsnitt 4.4.1.

²⁷ NOU 2004:5 s. 150.

²⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

ikke utøver arbeidsgivers styringsrett etter aml. § 1-8 andre ledd andre punktum, eller som handler etter instruks fra arbeidsgiver.

1.5 Videre fremstilling

Den videre fremstillingen gir en kortfattet behandling av varslingsreglene i kapittel 2. Deretter redegjøres det for arbeidsgivers overordnede ansvar for arbeidsmiljøet og lovforslagene i NOU 2018:6 og Prop. 74 L (2018-2019) i kapittel 3. Oppgavens hovedproblemstilling, hvorvidt arbeidsgiver har ansvar for å motvirke gjengjeldeshandlinger fra varslernes kollegaer etter aml. § 2A-2 og hvor langt et slikt ansvar eventuelt rekker, behandles i kapittel 4 og 5.

2 Kort om varslingsreglene

2.1 Hensyn og formål bak varslingsreglene

Varslingsreglenes formål er å fremme åpenhet og bidra til et bedre ytringsklima på arbeidsplassen.²⁹ Et viktig instrument for å oppnå dette er gjengjeldelsesforbudet, som skal sørge for et reelt og effektivt varslervern.³⁰ En ambisjon bak varslingsreglene er dessuten at varslingssaker skal løses på lavest mulig nivå og helst internt, for å ivareta partenes relasjon etter saken.³¹ At et varsel behandles på lavest mulig nivå bidrar også til lavere prosesskostnader.³²

2.2 Rett til å varsle om kritikkverdige forhold

Arbeidstaker har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet», jf. aml. § 2A-1 første ledd. Ordlyden «kritikkverdige forhold» er et vidt begrep. Vilkåret er en rettslig standard som er ment å være dynamisk og gjenstand for utvikling.³³

Bestemmelsen i aml. § 2A-1 omfatter både intern og ekstern varsling i alle virksomheter og stillingskategorier.³⁴ De kritikkverdige forholdene det varsles om, kan gjelde straffbare forhold, andre ulovlige forhold og brudd på virksomhetens etiske retningslinjer eller på alminnelige etiske standarder med bred samfunnsmessig tilslutning.³⁵ Forhold som fremstår kritikkverdig ut fra en arbeidstakers egen politiske eller etiske overbevisning, omfattes derimot ikke. Formidling av subjektive opplevelser av arbeidssituasjonen er heller ikke varsling.³⁶

Ettersom vilkåret «kritikkverdige forhold» er ment å være gjenstand for utvikling, kan hva som omfattes av begrepet endre seg over tid. En politisk eller faglig ytring kan med tiden anses som et «kritikkverdig forhold», dersom den får tilstrekkelig bred tilslutning i samfunnet.

²⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 7.

³⁰ Ibid. s. 8.

³¹ NOU 2018:6 s. 13-14.

³² Spagnolo og Foyen (2017) s. 31.

³³ Wik og Sortland (2013) s. 34.

³⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 50.

³⁵ Ibid. s. 51.

³⁶ Wik og Sortland (2013) s. 34 og «Sandviken Sykehus» TBERG-2007-136244 s. 22.

Avgjørende for om forholdet kan anses som «kritikkverdige», vil være om det har en viss allmenn interesse.³⁷

Varslingsutvalget og departementet har foreslått å presisere i aml. § 2A-1 hva som ligger i begrepet «kritikkverdige forhold».³⁸ Forslaget innebærer en presisering av hvilke normbrudd som omfattes av begrepet, samt en ikke-uttømmende liste med eksempler på ulike typer kritikkverdige forhold.³⁹ Videre innebærer forslaget en presisering av at «ytring om forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold» ikke anses som varsling, med mindre forholdet omfattes av bestemmelsens definisjon av kritikkverdige forhold i andre ledd.⁴⁰ Forslaget er ment å videreføre det materielle innholdet i begrepet etter aml. § 2A-1 første ledd.⁴¹

2.3 Kravet til forsvarlig varsling

En forutsetning for at en arbeidstaker skal være vernet av gjengjeldelsesforbudet, er at fremgangsmåten ved varslingen har vært «forsvarlig», jf. § 2A-1 andre ledd, jf. § 2A-2. Arbeidstaker har uansett rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling, samt til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter, jf. § 2A-1 andre ledd andre og tredje punktum. Forsvarlighetskravet utgjør en begrensning med hensyn til hvilken *måte* arbeidstaker kan varsle på, men griper ikke inn i selve retten til å varsle.⁴² Kravet er begrunnet i behovet for noen kjøreregler i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker når kritikkverdige forhold avdekkes.⁴³

Forsvarlighetsvurderingen beror på en avveining av hensynet til arbeidstakers ytringsfrihet og arbeidsgivers interesser, herunder arbeidstakers lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver.⁴⁴

Hensynet til ytringsfriheten vil i utgangspunktet veie tyngst, og det skal etter forarbeidene være en «vesentlig interesseovervekt i favør av arbeidsgivers interesser» for at et varsel skal anses uforsvarlig.⁴⁵

³⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51.

³⁸ Prop. 74 L (2018-2019) s. 26-28 og 55.

³⁹ Ibid. s. 55.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid. s. 26.

⁴² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51.

⁴³ Innst. O. nr. 6 (2006) s. 10.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 39.

⁴⁵ Ibid.

Hvorvidt arbeidstaker har varslet på en forsvarlig måte, beror på om det foreligger saklig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilstrekkelig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetenes legitime interesser.⁴⁶ Det vil særlig være av betydning om arbeidstaker var i aktsom god tro om at det faktisk forelå kritikkverdige forhold.⁴⁷

Et annet sentralt moment er om arbeidstaker har tatt opp saken internt før det varsles offentlig, da intern varsling stort sett vil anses forsvarlig.⁴⁸ Offentlig varsling vil likevel også kunne anses forsvarlig, særlig der intern varsling fremstår lite hensiktsmessig.⁴⁹ Det vil typisk kunne være tilfelle der varsler tidligere har opplevd å ikke bli hørt ved intern varsling. Det presiseres i forarbeidene at arbeidstaker må ha en «vid skjønnsmargin med hensyn til valg av fremgangsmåte».⁵⁰

Dersom det kritikkverdige forholdet er av allmenn interesse, taler dette generelt for vid ytringsfrihet. Det følger av forarbeidene at «alvorlige kritikkverdige forhold som innebærer en trussel for liv eller helse, lovbrudd, korrupsjon med videre er eksempler på forhold det vil kunne være berettiget å informere offentligheten om».⁵¹

Videre fremheves det i forarbeidene at arbeidstakers stilling eller posisjon er et moment ved forsvarlighetsvurderingen. Desto mer ledende stilling den som uttaler seg har, jo lettere oppnås vanligvis gehør for uttalelsene, og jo strengere blir lojalitetskravene som stilles.⁵²

Varslingsutvalget og departementet har foreslått å erstatte begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» i aml. § 2A-2 med klare retningslinjer for intern og ekstern varsling.⁵³ Dette vil, etter departementets syn, skape økt forutberegnelighet og mindre fokus på arbeidstakers fremgangsmåte.⁵⁴ Forsvarlighetskravet vil fortsatt gjelde etter dette forslaget, og de foreslåtte retningslinjene er de samme som etter gjeldende rett allerede følger av de gjennomgåtte forarbeidene.⁵⁵

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 39-40.

⁴⁹ Ibid. s. 41.

⁵⁰ Ibid. s. 39.

⁵¹ Ibid. s. 17.

⁵² Ibid. s. 18.

⁵³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31 og 55.

⁵⁴ Ibid. s. 31.

⁵⁵ Ibid.

2.4 Forbudet mot gjengjeldelse

Det følger av aml. § 2A-2 at «gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2 A-1 er forbudt». «Gjengjeldelse» defineres i forarbeidene som «enhver ugunstig behandling som er en reaksjon på ytringen».⁵⁶ Terskelen for at en reaksjon på et varsel skal anses som gjengjeldelse er dermed lav, noe som skal sikre lovens formål om et reelt og effektivt varslervern.⁵⁷

Gjengjeldelsesforbudet vil først og fremst ramme formelle sanksjoner som oppsigelse, suspensjon og avskjed, men også mer uformelle sanksjoner som endringer i arbeidsoppgaver og omplassering.⁵⁸ Uformelle sanksjoner kan også være mer subtile handlinger, som mobbing og trakassering.⁵⁹ Dersom gjengjeldelsen har foregått i form av flere hendelser over tid, må disse vurderes samlet.⁶⁰ Gjengjeldelsesforbudet er ikke i veien for at arbeidsgiver kan komme med motyttinger mot kritikken som fremmes.⁶¹ Arbeidsgivers reaksjoner må imidlertid ikke ha karakter av trakassering.

Presiseringen i forarbeidene om at gjengjeldelsen må være «en reaksjon på ytringen», innebærer et krav om årsakssammenheng.⁶² For å konstatere at det har skjedd et brudd på gjengjeldelsesforbudet må altså den ugunstige behandlingen av varsler ha skjedd som en følge av varselet.

Det fastslås i § 2A-2 første ledd andre punktum at dersom arbeidstakeren fremlegger «opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse», skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted, med mindre arbeidsgiveren «sannsynliggjør noe annet». Denne delte bevisbyrden skal ivareta hensynet til et reelt og effektivt varslervern, ettersom det kan være vanskelig for varsleren å bevise at gjengjeldelse har skjedd, særlig i tilfellene av mer uformelle, subtile gjengjeldelser.

⁵⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 43.

⁵⁷ Ibid. s. 8.

⁵⁸ Ibid. s. 43.

⁵⁹ Eriksen (2015) s. 35 og NOU 2018:6 s. 51.

⁶⁰ NOU 2018:6 s. 171.

⁶¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 43.

⁶² Ibid.

3 Arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet

3.1 Innledning

Arbeidsgiver har et overordnet ansvar for arbeidsmiljøet i sin virksomhet, jf. aml. §§ 4-1 flg. Et arbeidsforhold er normalt preget av et skjevt maktforhold, der arbeidsgiver innehar den sterkeste posisjonen.⁶³ Derfor er arbeidsgiver pålagt et overordnet arbeidsmiljøansvar.

Arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet gjelder også i en varslings situasjon. Varslingsreglene i aml. kapittel 2A kan ses som en form for spesialregulering som gjelder parallelt med de generelle reglene i aml. kapittel 4. Gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2A-2 må tolkes i lys av dette.⁶⁴ Varslingsutvalget skriver følgende:

«Gjengjeldelsesforbudet setter krav til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten, men er også en understrekning av arbeidsgivers plikt til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i virksomheten og hindre at arbeidstakere blir utsatt for psykososiale belastninger, jf. arbeidsmiljøloven §§ 4-1 og 4-3. Dette ansvaret omfatter en plikt til å forebygge og håndtere konflikt i virksomheten. Til dette kommer også arbeidsgivers ulovfestede omsorgsplikt for sine arbeidstakere. En som varsler kommer lett i en sårbar posisjon. Det må arbeidsgiver være klar over og ta hensyn til.»⁶⁵

Ettersom arbeidsgiver alltid vil ha et overordnet ansvar for arbeidsmiljøet etter aml. kapittel 4, er det naturlig å ta utgangspunkt i dette ved fastsettelsen av det særlige ansvaret som oppstår i en varslings situasjon. Det vil derfor redegjøres for arbeidsgivers ansvar etter aml. §§ 4-1 og 4-3 tredje ledd i dette kapitlet, før fokuset rettes mot særreguleringen i aml. § 2A-2 i kapittel 4.

3.2 Kravet til et “fullt forsvarlig” arbeidsmiljø

Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være «fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd», jf. aml. § 4-1. Regelen er begrunnet i hensynet til arbeidstakeres

⁶³ Eriksen (2014) s. 168.

⁶⁴ NOU 2018:6 s. 162.

⁶⁵ Ibid. s. 171.

trygghet, helse og velferd.⁶⁶ Det er ønskelig på et bredere samfunnsmessig plan at arbeidsmarkedet fungerer godt, samt at flest mulig er i arbeid.⁶⁷ Dette har en side til velferdsstaten, da det koster fellesskapet å ha noen utenfor arbeidslivet. Et godt arbeidsmiljø er også gunstig for virksomheten, ettersom friske og fornøyde arbeidstakere yter bedre.⁶⁸

Ordlyden «fullt forsvarlig» er et skjønsmessig begrep, og kravets nærmere innhold er utdypet i aml. §§ 4-2 til 4-6.⁶⁹ Om begrepets innhold skriver departementet følgende:

«Begrepet «fullt forsvarlig» innebærer ikke nødvendigvis at all risiko er eliminert. Det ville være umulig å gjennomføre i praksis. All aktivitet på arbeidsplassen, og for så vidt all menneskelig aktivitet overhodet, innebærer noe risiko. Det loven vil kreve, er først og fremst at virksomheten skal innrettes, og arbeidet organiseres på en slik måte, at arbeidstakerne er sikret mot skader på liv og helse så langt dette rent praktisk lar seg gjennomføre.»⁷⁰

Kravet til arbeidsmiljøet påvirkes av samfunnsutviklingen, for eksempel ved ny kunnskap om risikofaktorer i arbeidsmiljøet.⁷¹ Eksempelvis viser forskning at varslere har dobbelt så stor sannsynlighet for å rapportere om mobbing på arbeidsplassen som andre ansatte, samt at henholdsvis 10% og 16% av varslere opplever å bli mobbet eller utestengt etter å ha varslet.⁷² Det foreligger dermed en særlig risiko for det psykososiale arbeidsmiljøet i etterkant av et varsel, og kravene til arbeidsgivers arbeidsmiljøarbeid skjerpes derfor i varslingssaker.

3.3 Krav til det psykososiale arbeidsmiljøet

Med hensyn til mobbing og trakassering fra kollegaer ved varsling, er særlig presiseringen i aml. § 4-3 tredje ledd aktuell. Bestemmelsen fastslår at arbeidstaker ikke skal utsettes for «trakassering eller annen utilbørlig opptreden». Begrepet «trakassering» skal forstås på samme måte som i § 13-1 andre ledd, og er i forarbeidene definert som «når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet».⁷³ Begrepet «annen

⁶⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 61.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid. s. 62.

⁶⁹ Ot.prp.nr. 3 (1975-1976) s. 26.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 307.

⁷² Bjørkelo (2013) s. 4 og Trygstad og Ødegård (2016) s. 41-42.

⁷³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 325.

utilbørlig opptreden» vil omfatte alle former for uheldig behandling som kan medføre psykiske belastninger, og terskelen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er dermed lav.⁷⁴

Rekkevidden av aml. § 4-3 tredje ledd vil kunne variere etter subjektive forhold, som bedriftskultur, livsområde, arbeidets egenart, samt den enkelte arbeidstakers tålegrense og stilling i virksomheten.⁷⁵ Det gjelder imidlertid uansett et krav om likebehandling, og vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling kan omfattes av trakasseringsforbudet.⁷⁶

Disse subjektive elementene innebærer at arbeidstakerens egen oppfatning av situasjonen vil være av betydning for helhetsvurderingen.⁷⁷ Høyesterett fastslo imidlertid i «Nera-dommen» at en forutsetning for at regelen i aml. § 4-3 skal være overtrådt og danne grunnlag for et erstatningskrav etter skl. § 2-1, er at de forhold arbeidstakeren har opplevd som trakassering eller utilbørlig, objektivt sett utgjør et utilbørlig forhold.⁷⁸ Fougner oppsummerer dette på følgende måte:

«Det subjektive elementet innebærer at den enkelte arbeidstakerens oppfatning av forholdene skal tas med i helhetsvurderingen, likevel slik at forbudet først vil være overtrådt når det foreligger objektivt konstaterbare forhold som enhver fornuftig arbeidstaker ville oppfattet som en uheldig belastning under tilsvarende forhold. Ved vurderingen må det avgrenses mot belastninger som utgjør normale og påregnelige følger av ethvert arbeidsforhold.

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.»⁷⁹

⁷⁴ Fougner (2015) s. 83.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid. s. 84.

⁷⁸ Rt-2004-1844 avsnitt (43).

⁷⁹ Fougner (2015) s. 84.

Det erkjennes i forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven⁸⁰ § 12 at det kan være praktisk vanskelig for arbeidsgiver å kontrollere det psykososiale arbeidsmiljøet fullt ut:

«Departementet mener det også bør være klart at arbeidsgivers mulighet til å styre forhold av mer personlig og mellommenneskelig karakter f.eks. hvordan arbeidstakere i enhver henseende oppfører seg mot hverandre, er begrenset. Det er imidlertid ikke tvil om at ansvaret for at forholdene legges til rette for et godt arbeidsmiljø – også omfatter at arbeidsgiver søker å avverge negativ oppførsel arbeidstakere imellom og mellom arbeidsgiver/ledelsen og arbeidstakere.»⁸¹

Presiseringen om at arbeidsgiver også har et ansvar for å avverge negativ oppførsel vil innebære en plikt til å gripe inn i tilfeller der en arbeidstaker blir utsatt for trakassering fra sine kollegaer som en reaksjon på å ha varslet om et kritikkverdige forhold. Aml. §§ 4-1 og 4-3 tredje ledd innebærer dermed at arbeidsgiver har et ansvar for arbeidstakeres arbeidsmiljø som *intensiveres* i en varslingssituasjon.

3.4 Arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varsling

Gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2A-2 er som nevnt en særregulering av arbeidsgivers overordnede arbeidsmiljøansvar etter aml. §§ 4-1 flg.⁸² Varslingsutvalget mener at en klar presisering av arbeidsgivers særlige aktivitetsplikt i lovens kapittel 2A om varsling vil være hensiktsmessig, da det kan bidra til at varsler håndteres raskere og på en bedre måte, samt redusere risikoen for at varsleren blir utsatt for negative reaksjoner.⁸³ Aktivitetsplikten er todelt, og inneholder plikter knyttet til selve varselet og overfor varsleren (omsorgsplikt). Varslingsutvalget har foreslått at følgende presisering av arbeidsgivers omsorgsplikt inntas i aml. kapittel 2A:

«Når det er varslet om kritikkverdige forhold i henhold til § 2 A-X i samsvar med varslingsrutiner, skal arbeidsgiver sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for varsleren, herunder å sørge for tiltak som er egnet til å motvirke gjengjeldelse. Det

⁸⁰ LOV-1977-02-04-4.

⁸¹ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 66.

⁸² NOU 2018:6 s. 162.

⁸³ Ibid.

samme gjelder når arbeidsgiver for øvrig har grunn til å tro at det er varslet om kritikkverdige forhold.»⁸⁴

Arbeids- og sosialdepartementet er enig med varslingsutvalget i at arbeidsgiver må rette særlig oppmerksomhet mot en arbeidstaker som har varslet, da vedkommende vil befinne seg i en særlig utsatt posisjon.⁸⁵ Departementet mener imidlertid at varslingsutvalgets forslag om å lovfeste at arbeidsgiver plikter å «sørge for tiltak som er egnet til å motvirke gjengjeldelse» blir for kategorisk, da behovet for slike tiltak må vurderes konkret.⁸⁶ Departementet har på bakgrunn av dette foreslått følgende lovendring:

«Arbeidsgiver skal særlig påse at den som har varslet, har et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Dersom det er nødvendig, skal arbeidsgiver sørge for tiltak som er egnet for å forebygge gjengjeldelse.»⁸⁷

Om det nærmere innholdet i omsorgsplikten skriver departementet følgende:

«Varslere kan være i en spesielt sårbar situasjon, også arbeidsmiljømessig. Det følger derfor av paragrafens andre ledd at arbeidsgiver skal ha plikt til særlig å påse at arbeidsmiljølovens krav til fullt forsvarlig arbeidsmiljø (fortsett) blir ivaretatt for varsleren, også under en varslingsprosess. Det kan for eksempel være grunn til å forsikre seg om at varsleren ikke blir utfrost i arbeidsfellesskapet. Som en forlengelse av dette skal arbeidsgiver dessuten, dersom det anses nødvendig, iverksette tiltak for å forebygge gjengjeldelse mot varsleren. Eksempel på et slikt tiltak kan være å gjennomføre oppfølgingssamtaler med varsleren og eventuelt innarbeide dette i de interne rutinene. Et annet tiltak kan være å se til at varslerens identitet i nødvendig grad beskyttes.

Dersom arbeidsmiljøet til en varsler ikke er fullt forsvarlig, og dette har sammenheng med at det er varslet, skal dette regnes som gjengjeldelse i lovens forstand, jf. lovutkastet § 2A-4».⁸⁸

⁸⁴ Ibid. s. 164.

⁸⁵ Prop. 74 L (2018-2019) s. 36.

⁸⁶ Ibid. s. 37.

⁸⁷ Ibid. s. 55.

⁸⁸ Ibid. s. 52.

Departementets forslag om at arbeidsgiver plikter å sørge for tiltak som er egnet for å forebygge gjengjeldelse dersom det er *nødvendig*, innskrenker arbeidsgivers ansvar noe sammenlignet med det som følger av utvalgets forslag. Nødvendighetsvilkåret innebærer at ikke enhver gjengjeldelsehandling fra varslers kollegaer vil sette arbeidsgiver i ansvar, da det må foretas en konkret vurdering av om arbeidsgivers *unnlattelse* av å forebygge handlingene kan anses som en gjengjeldelse etter aml. § 2A-2.

Departementets lovforslag innebærer at arbeidsgiver får et særlig ansvar for å motvirke gjengjeldelsehandling fra varslers kollegaer, ved at det lovfestes en særlig omsorgsplikt ved varsling. Varslingsutvalget og departementet legger til grunn at forslaget ikke er ment å gjøre annet enn å klargjøre det som allerede følger av gjeldende rett på dette punkt, da arbeidsgiver har en generell aktivitetsplikt etter aml. kapittel 4, jf. § 2-1, og i kraft av styringsretten og den ulovfestede omsorgsplikten.⁸⁹ Som gjennomgangen i kapittel 4 vil vise, er det imidlertid ikke gitt at et særlig arbeidsgiveransvar for gjengjeldelsehandling etter aml. § 2A-2 følger av gjeldende rett.

3.5 Arbeidsgivers erstatningsansvar ved brudd på lovens krav til arbeidsmiljø

3.5.1 Arbeidsgivers alminnelige culpaansvar

Dersom de krav som stilles til virksomhetens arbeidsmiljø i aml. §§ 4-1 og 4-3 er tilsidesatt overfor en arbeidstaker som har varslet, kan vedkommende kreve oppreisning og erstatning fra arbeidsgiver på alminnelig culpagrunnlag.⁹⁰ Dette forutsetter at arbeidsgiver har opptrådt uaktsomt, og kan klandres for at varsleren har blitt utsatt for mobbing og trakassering fra sine kollegaer som følge av varslingen.⁹¹

⁸⁹ NOU 2018:6 s. 162 og Prop. 74 L (2018-2019) s. 36.

⁹⁰ Nygaard (2007) s. 5.

⁹¹ Ibid. s. 175.

3.5.2 Objektivt arbeidsgiveransvar for mobbing på arbeidsplassen

Arbeidsgivers ansvar ved brudd på kravene i aml. §§ 4-1 flg. rekker imidlertid lenger enn et alminnelig culpaansvar, da det objektive arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 også kan bli aktuelt. Av bestemmelsen fremgår følgende:

«Arbeidsgiver 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. Ansvaret omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.»

Bestemmelsen fastslår at arbeidsgiver på objektivt grunnlag hefter for skade forvoldt av arbeidstakere. Ordlyden «voldes forsettlig eller uaktsomt» innebærer at det må kunne påvises skyld hos arbeidstakeren.

Vilkåret «under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren» innebærer at skaden må være forvoldt i arbeidstakers utførelse av sine arbeidsoppgaver for arbeidsgiver. For å klargjøre nærmere hva som ligger i dette, er det fastslått i bestemmelsens andre punktum at ansvaret ikke omfatter «skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.» Presiseringen innebærer et krav om at handlingen må ha tilstrekkelig nær tilknytning til tjenestefunksjonen.⁹²

Det ble slått fast i «Falken-dommen» at arbeidsgivers objektive ansvar etter skl. § 2-1 også gjelder overfor en arbeidstaker som utsettes for mobbing på arbeidsplassen.⁹³ Arbeidstakeren i saken var av sine underordnede blitt utsatt for verbal trakassering, trusler om at de ikke skulle gi seg før hun var fordrevet fra stillingen, samt skremmende og plagsomme handlinger. Dommen gjaldt ikke varsling, men er av interesse for arbeidsgivers objektive ansvar i kjølvannet av mobbing på arbeidsplassen.

Avgjørende for Høyesterett var hvorvidt mobbehandlingene kunne sies å være foretatt under arbeidstakernes utførelse av arbeid for arbeidsgiveren, og om disse gikk innenfor det som «er

⁹² NUT 1964:3 s. 44.

⁹³ Rt-1997-786 s. 793.

rimelig å regne med etter karakteren av arbeidet eller vervet», jf. skl. § 2-1. Høyesterett viste til undersøkelser som viste at mellom 2,1% og 5% av norske arbeidstakere mobbes, og uttalte følgende:

«Når dette er situasjonen, mener jeg at det er urealistisk å regne mobbing som en mer tilfeldig hendelse i forhold til arbeidssituasjonen, uten noen egentlig forbindelse med denne. Jeg mener tvert imot at mobbing henger intimt sammen med arbeidssituasjonen, og at det da er et naturlig utgangspunkt at det kan pålegges ansvar etter skadeserstatningsloven § 2-1. På denne bakgrunn kan det at mobbehandlingen er forsettlig, ikke i seg selv innebære at arbeidstakeren har gått utenfor det som er rimelig å regne med, med den følge at arbeidsgiveren ikke blir ansvarlig. Men det vil også i arbeidssituasjonen gjelde grenser for hva arbeidsgiveren skal hefte for. Disse mener jeg ikke er overskredet i saken her.»⁹⁴

Høyesterett la med dette til grunn at mobbingen var utført i tjenesten og dannet grunnlag for objektivt arbeidsgiveransvar etter skl. § 2-1 første ledd.

3.5.3 Forholdet mellom skl. § 2-1 og aml. § 2A-2

Dersom en varsler lider et økonomisk tap som følge av gjengjeldelseshandlinger som kvalifiserer som mobbing, kan arbeidsgiver altså bli erstatningsansvarlig for dette på objektivt grunnlag etter skl. § 2-1. Spørsmålet er om dette tilsier at arbeidsgiver også har et objektivt oppreisningsansvar for manglende motvirkning av kollegaers gjengjeldelseshandlinger etter aml. § 2A-2.

I Falken-dommen begrunnes arbeidsgivers ansvar med at mobbing på arbeidsplassen har en nær tilknytning til arbeidssituasjonen.⁹⁵ Gjengjeldelseshandlinger vil ha en desto større tilknytning til arbeidssituasjonen, ettersom et varsel vil være foranlediget av et kritikkverdig forhold i virksomheten, og en etterfølgende negativ behandling av en varsler i så måte vil være avledet fra forhold i virksomheten. Samtidig vil en varsler være i en særlig utsatt posisjon, og arbeidsgiver har derfor en særlig oppfordring til å følge opp vedkommende.

⁹⁴ Rt-1997-786 s. 792-793.

⁹⁵ Ibid.

Etter gjeldende rett gjelder det kun et objektivt oppreisningsansvar ved brudd på gjengjeldelsesforbudet, jf. aml. § 2A-2 tredje ledd. Varslingsutvalget og departementet har foreslått en regel om objektivt erstatningsansvar ved brudd på gjengjeldelsesforbudet, og utvalget skriver at arbeidsgivers objektive ansvar for gjengjeldelseshandlinger fra varslers kollegaer allerede følger av skl. § 2-1.⁹⁶

Et arbeidsgiveransvar for gjengjeldelseshandlinger fra kollegaer etter aml. § 2A-2 vil imidlertid rekke lenger enn det objektive arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 første ledd gjør på tre punkt. For det første kan en arbeidstaker som utsettes for ulovlig gjengjeldelse kreve oppreisning på objektivt grunnlag uten å påvise et økonomisk tap, mens objektivt ansvar etter skl. § 2-1 kun omfatter erstatning for økonomisk tap.

For det andre må det antas å være en lavere terskel for at noe skal anses som «gjengjeldelse» etter aml. § 2A-2 enn mobbing som kvalifiserer til et erstatningskrav etter skl. § 2-1 første ledd. Det følger av forarbeidene til aml. at begrepet «gjengjeldelse» skal forstås vidt som «enhver ugunstig behandling».⁹⁷ I Falken-dommen uttalte Høyesterett følgende:

«En annen sak er at meget av det som foregår av mobbing på arbeidsplassen ikke kan medføre erstatningsansvar, selv om handlingene kan være utiltalende og kritikkverdige.»⁹⁸

Undersøkelsen som Høyesterett brukte til å understreke at mobbing på arbeidsplassen er noe som forekommer ofte, definerer mobbing som «når vedkommende utsettes for nærmere beskrevne uetiske handlinger minst en gang i uken over minst et halvt år».⁹⁹ Dette illustrerer at det er en viss terskel for at mobbing på arbeidsplassen skal kunne kvalifisere til et erstatningskrav. Dette kommer også til uttrykk i «Nera-dommen», hvor Høyesterett uttalte at ikke enhver overtredelse av vernereglene i aml. kapittel 4 innebærer at det foreligger erstatningsgrunnlag etter skl. § 2-1.¹⁰⁰ Det er dermed klart at en rekke handlinger fra kollegaer vil kvalifisere som «gjengjeldelse» etter aml. § 2A-2, uten at det dreier seg om mobbing som danner grunnlag for et erstatningskrav etter skl. § 2-1.¹⁰¹

⁹⁶ NOU 2018:6 s. 175-176 og Prop. 74 L (2018-2019) s. 41.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 43.

⁹⁸ Rt-1997-786 s. 791.

⁹⁹ Ibid. s. 792.

¹⁰⁰ Rt-2004-1844 avsnitt (26).

¹⁰¹ Dette er påpekt av Eriksen (2015) s. 60 med hensyn til tidligere aml. § 2-5 og § 4-3 (3).

For det tredje gjelder det etter aml. § 2A-2 første ledd andre punktum en delt bevisbyrde ved spørsmål om det har skjedd ulovlig gjengjeldelse. Tilsvarende delte bevisbyrde gjelder ikke etter erstatningsregelen i skl. § 2-1 første ledd. Arbeidsgiveransvaret etter § 2A-2 utgjør dermed et sterkere prosessuelt vern for arbeidstaker enn det som følger av skl. § 2-1 første ledd.

Tilfeller av klar mobbing som kvalifiserer til et erstatningskrav, hvor det påvises et økonomisk tap, vil kunne sette arbeidsgiver i ansvar etter skl. § 2-1, uavhengig av om det er et resultat av varsling. Vi har imidlertid sett at dersom samtlige ansattes handlinger omfattes av aml. § 2A-2, vil dette utgjøre et sterkere materielt og prosessuelt vern enn det som følger av erstatningsregelen i skl. § 2-1. Det er derfor aktuelt å avklare om arbeidsgiver etter gjeldende rett har et særlig ansvar for å motvirke samtlige ansattes handlinger etter aml. § 2A-2.

4 Har arbeidsgiver et særlig ansvar for gjengjeldeshandlinger fra varslereens kollegaer etter aml. § 2A-2?

4.1 Innledning

Arbeidsgiver kan bli erstatningsansvarlig på subjektivt og objektivt grunnlag ved gjengjeldelse fra kollegaer hvis arbeidsmiljøkravene i aml. §§ 4-1 og 4-3 ikke er oppfylt overfor en varslere, jf. kapittel 3 over. Departementets forslag om å lovfeste arbeidsgivers omsorgsplikt overfor varslere reiser spørsmålet om arbeidsgiver har et særlig ansvar utover dette etter aml. § 2A-2.

Dette vil i så fall innebære at arbeidsgiver plikter å iverksette tiltak for å forebygge gjengjeldelse fra sine ansatte der dette anses «nødvendig». Dersom arbeidsgiver ikke oppfylder sin omsorgsplikt, vil dette i seg selv kunne utgjøre en ulovlig gjengjeldelse og danne grunnlag for et objektivt oppreisningskrav, jf. aml. § 2A-2 tredje ledd.¹⁰² Som det fremgår ovenfor i avsnitt 3.5.3, vil dette utgjøre et sterkere materielt og prosessuelt varslervern enn det som allerede følger av arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1.¹⁰³

I den videre fremstillingen vil jeg tolke regelen i aml. § 2A-2 i lys av relevante rettskilder med sikte på å fastslå om gjengjeldeshandlinger fra varslereens kollegaer også omfattes av arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2.

4.2 Ordlyden åpner for at kollegaers handlinger omfattes

Det følger av aml. § 2A-2 at «gjengjeldelse mot arbeidstaker som varslere i samsvar med § 2 A-1 er forbudt». Ordlyden «gjengjeldelse» er vid, og åpner i utgangspunktet for at også arbeidsgivers unnlattelse av å motvirke negative reaksjoner fra varslereens kollegaer omfattes.

I aml. § 2A-2 første ledd andre punktum presiseres det at «overfor innleid arbeidstaker gjelder forbudet både for arbeidsgiver og innleier». Dette gir inntrykk av at forbudets

¹⁰² Prop. 74 L (2018-2019) s. 52.

¹⁰³ Dette er også lagt til grunn av Eriksen (2015) på s. 60.

personellmessige virkeområde er arbeidsgiver, innleier og ledere arbeidsgiver svarer for, men ikke ansatte utover dette. Dette støttes også av at det i aml. § 2-1 fastslås at «arbeidsgiver skal sørge for at bestemmelsene gitt i og i medhold av denne lov blir overholdt».

Samtidig innebærer departementets lovforslag at dersom arbeidsgiver har et særlig ansvar for samtlige ansattes gjengjeldelseshandlinger etter aml. § 2A-2, vil det ikke være de ansattes handlinger i seg selv som omfattes av § 2A-2, men heller arbeidsgivers *unnløstelse* av å hindre disse.¹⁰⁴ Fokuset vil dermed fortsatt være på arbeidsgivers opptreden, i tråd med aml. § 2-1. Dette taler for at ordlyden åpner for at arbeidsgiver har et særlig ansvar for å hindre gjengjeldelse fra samtlige ansatte etter aml. § 2A-2.

Lovteksten gir imidlertid ikke klart svar på hva bestemmelsens personellmessige virkeområde er. Det må derfor ses hen til andre rettskilder ved klarleggingen av bestemmelsens rekkevidde.¹⁰⁵

4.3 Stenger forarbeidene for at kollegaers handlinger omfattes?

Vi så i kapittel 2.4 at forarbeidene fastslår at begrepet gjengjeldelse skal forstås vidt, og at «enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling» i utgangspunktet omfattes.¹⁰⁶ Sett hen til at ordlyden åpner for at kollegaers handlinger omfattes, kan forarbeidsuttalelsen tale for at ordlyden i § 2A-2 skal tolkes vidt og omfatte alle ansattes handlinger.

I forlengelsen av denne uttalelsen foretar departementet en nærmere vurdering av hvilke typer sanksjoner som er å anse som «gjengjeldelse», og nevner eksempler på formelle og uformelle gjengjeldelseshandlinger. Dette kan tale for at uttalelsen om at begrepet skal forstås vidt først og fremst er ment med hensyn til hva slags type reaksjoner det er snakk om, ikke om bestemmelsens personellmessige virkeområde.

I neste avsnitt i forarbeidene beskrives personkretsen som omfattes av gjengjeldelsesforbudet på følgende måte:

¹⁰⁴ Prop. 74 L (2018-2019) s. 52.

¹⁰⁵ Nygaard (2004) s. 183.

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

*«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.»*¹⁰⁷

Forarbeidsuttalelsen inneholder en oppramsing av persongrupper som ikke omfattes av forbudet, men sier ingenting direkte om hvorvidt øvrige ansatte omfattes. Uttalelsen stenger dermed ikke nødvendigvis for at også kollegaers handlinger omfattes av arbeidsgivers ansvar.

Presiseringen i forarbeidene om at gjengjeldelsesforbudet omfatter handlinger fra arbeidsgiver, arbeidstakere som utøver styringsretten i arbeidsgivers sted og som opptrer etter instruks fra arbeidsgiver, kan imidlertid tilsi at handlinger fra øvrige ansatte som ikke nevnes her faller utenfor bestemmelsens rekkevidde. Dette trekker i retning av at arbeidsgiver ikke er ansvarlig for gjengjeldeshandlinger fra varslers kollegaer etter aml. § 2 A-2. Denne tolkningen av forarbeidene støttes av det som er lagt til grunn i underrettspraksis, se videre i kapittel 4.4 under.

4.4 Arbeidsgivers ansvar begrenses i underrettspraksis

4.4.1 Underrettspraksis som forutsetningsvis begrenser arbeidsgivers ansvar

I «Fengselsinspektørdommen»,¹⁰⁸ «Norweld-dommen»¹⁰⁹ og «NAV-dommen»,¹¹⁰ kom ikke spørsmålet om arbeidsgivers ansvar for kollegaers gjengjeldeshandlinger etter aml. § 2A-2 på spissen. Dommene inneholder imidlertid uttalelser som forutsetningsvis legger til grunn at arbeidsgiver ikke svarer for samtlige ansattes handlinger etter aml. § 2A-2. Avgjørelsene vil gjennomgå i det følgende.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

¹⁰⁸ LB-2010-40623.

¹⁰⁹ LB-2009-36995.

¹¹⁰ LH-2016-36029.

I «Fengselsinspektørdommen» hadde en fengselsinspektør blant annet varslet om det han mente var uhjemlede lønns- og tilleggsutbetalinger, mistanke om for lite arbeid og manglende innrapportering av bruk av tjenestebil til ligningsmyndighetene.¹¹¹ Lagmannsretten kom til at varsleren ikke var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse.¹¹² Før retten foretok den konkrete vurderingen, uttalte den følgende om gjengjeldelsesforbudet:

«Forbudet mot gjengjeldelse gjelder for arbeidsgiver, her Oslo fengsel. Det innebærer institusjonen som sådan, og sjefene, fengselsdirektørene Høidal og Alnæs og fengselsleder Storvik. Eventuelle negative reaksjoner som A har fått fra andre ansatte ved fengselet, faller utenfor.»¹¹³

Uten å begrunne det nærmere, slo altså lagmannsretten fast at gjengjeldelsesforbudet ikke omfatter handlinger fra underordnede ansatte.

I «Norweld-dommen» hadde en nyansatt tekniker varslet om en rekke kritikkverdige og ulovlige forhold i virksomheten, som drev med industriell radiografi.¹¹⁴ Det dreide seg blant annet om brudd på strålevernforskriften og rapporterte kontroller som i realiteten ikke var foretatt. Retten kom til at varsleren flere ganger var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse fra avdelingslederen i form av trakassering, mobbing, sjikanering og utfrysning, jf. aml. § 2-5 (i dag aml. § 2A-2).¹¹⁵

Ved vurderingen av om det forelå ulovlig gjengjeldelse, tok lagmannsretten først stilling til om avdelingslederen kunne anses som en som «i arbeidsgivers sted leder virksomheten» jf. aml. § 1-8 andre ledd andre punktum.¹¹⁶ Dette kan tilsi at saken ville stilt seg annerledes dersom handlingene kom fra en alminnelig ansatt, og trekker i retning av at arbeidsgiver ikke har ansvar for gjengjeldeshandlinger fra alle ansatte etter § 2 A-2. Samtidig var ikke spørsmålet om arbeidsgivers ansvar for samtlige ansattes handlinger relevant ut fra sakens faktum, og retten sa ingenting direkte om dette. Dommen har derfor begrenset rettskildemessig vekt.

¹¹¹ LB-2010-40623 s. 3-5.

¹¹² Ibid. s. 11-17.

¹¹³ Ibid. s. 11.

¹¹⁴ LB-2009-36995 s. 3-4. Samtlige sidehenvisninger til underrettspraksis er basert på sidetall i nedlastet PDF-format fra Lovdata.

¹¹⁵ Ibid s. 11.

¹¹⁶ Ibid.

I saken for tingretten anførte arbeidstakeren at han også ble utsatt for trakassering fra en annen ansatt, F, som ikke hadde noe overordnet lederansvar.¹¹⁷ Tingretten kom til at det ikke var sannsynliggjort at arbeidstakeren var utsatt for gjengjeldelse, og tok derfor ikke stilling til hvorvidt arbeidsgiver heftet for eventuelle gjengjeldelseshandlinger fra F.¹¹⁸ Retten uttalte likevel følgende i et obiter dictum:

«For øvrig var ikke F leder av virksomheten i arbeidsgivers sted, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8.»¹¹⁹

Uttalelsen kan tas til inntekt for at retten avgrenser arbeidsgivers ansvar mot handlinger fra alminnelige ansatte. Ettersom uttalelsen er et obiter dictum i en tingrettsdom som ikke er rettskraftig, og forholdet med ansatte F ikke er tatt opp i saken for lagmannsretten, har uttalelsen svært begrenset rettskildemessig vekt.¹²⁰

I «NAV-dommen» hevdet arbeidstakeren å ha blitt utsatt for gjengjeldelse i strid med daværende § 2-5 i form av trakassering, trusler om oppsigelse, fratakelse av arbeidsoppgaver, mangelfull oppfølging som sykemeldt, svak lønnsutvikling og svak saksbehandling av varslingsaken.¹²¹ Retten kom til at den ugunstige behandlingen arbeidstaker var blitt utsatt for av arbeidsgiver ikke hadde skjedd som en reaksjon på varselet.¹²² Om gjengjeldelsesforbudet uttalte retten følgende:

«Forbudet mot gjengjeldelse gjelder for arbeidsgiver. A hevder å være utsatt for gjengjeldelse av fylkesdirektør B og av Arbeids- og velferdsdirektoratet. Det er ikke omtvistet at fylkesdirektøren er å anse som arbeidsgiver i henhold til aml. § 1-8 andre ledd.»¹²³

I likhet med i «Norweld-dommen»,¹²⁴ startet lagmannsretten med å fastslå at handlingene kom fra en som kunne anses som arbeidsgiver etter aml. § 1-8 andre ledd. Dette kan tale for at saken ville stilt seg annerledes dersom de påståtte gjengjeldelseshandlingene kom fra en

¹¹⁷ TOSLO-2008-85906 s. 15.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Blandhol mfl. (2015) s. 333 om den rettskildemessige vekten av obiter dictum.

¹²¹ LH-2016-36029 s. 4-5.

¹²² Ibid. s. 11.

¹²³ Ibid. s. 7.

¹²⁴ LB-2009-36995 s. 11.

alminnelig ansatt. Lagmannsretten sier imidlertid heller ikke her noe direkte om hvorvidt arbeidsgiver hefter for samtlige ansattes handlinger etter § 2A-2 eller ikke.

Arbeidstakeren anførte også at hun var blitt utsatt for trakassering fra en annen ansatt, men anførte ikke at arbeidsgiver var ansvarlig for dette.¹²⁵ Det kom dermed ikke på spissen hvorvidt arbeidsgiver sto ansvarlig for trakasserende kommentarer fra en annen ansatt.

Vi ser dermed at lagmannsretten i «Fengselsinspektørdommen»¹²⁶ uttalte på generelt grunnlag at arbeidsgiver ikke hefter for alle ansattes gjengjeldelsehandlinger etter aml. § 2A-2, og at det samme kan synes å følge forutsetningsvis av «Norweld-dommen»¹²⁷ og «NAV-dommen».¹²⁸ Ettersom spørsmålet ikke kom på spissen i noen av sakene, og avgrensningen ikke begrunnes nærmere av retten, har imidlertid avgjørelsene begrenset rettskildemessig vekt.¹²⁹ Avgjørelsene tjener likevel som et støtteargument for at arbeidsgiver ikke har et særlig ansvar for å motvirke kollegaers gjengjeldelsehandlinger etter aml. § 2A-2.

4.4.2 Klar avgrensning av arbeidsgivers ansvar i «Odfjell Drilling-dommen»

I «Odfjell Drilling-dommen» kom lagmannsrettens flertall til at varsler ikke var blitt utsatt for gjengjeldelse, jf. aml. § 2-5.¹³⁰ Dommen ble avsagt under dissens 4-1.¹³¹ Odfjell Drilling drev virksomhet tilknyttet boring offshore. Arbeidstakeren hadde varslet tre ganger om boresjefens lederstil, manglende kursing i fallsikring og røyking i boretårnet.¹³² Han mente seg utsatt for ulovlig gjengjeldelse i form av forbigåelse ved jobbplassing, trakassering, mobbing, ryktespredning, massiv sverting og manglende samarbeidsvilje fra ledelsen.¹³³

Problematikken rundt arbeidsgivers ansvar for ansattes reaksjoner mot varselet kom særlig på spissen med hensyn til arbeidstakers varsel om manglende kursing i fallsikring.¹³⁴ Under en ledelsesinspeksjon fra Statoil hadde arbeidstaker gått direkte til Statoil og påpekt manglende kursing i fallsikring. Arbeidstaker, «A», mente at han i kjølvannet av dette ble utsatt for

¹²⁵ LH-2016-36029 s. 9.

¹²⁶ LB-2010-40623 s. 11.

¹²⁷ LB-2009-36995 s. 11.

¹²⁸ LH-2016-36029 s. 7.

¹²⁹ Blandhol mfl. (2015) s. 333.

¹³⁰ LG-2011-17283 s. 8.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid. s. 5.

¹³³ Ibid. s. 4.

¹³⁴ Ibid. s. 6.

utfrysning, motstand og gjengjeldelse fra sine kollegaer på riggen.¹³⁵ Om dette uttalte flertallet følgende:

«Det er under bevisførselen kommet frem at A fra enkelte kollegaer hadde fått bemerkninger som om at han ved dette hadde satt arbeidsplassene i fare etc. og at han kan ha følt dette som mobbing eller trakassering. Men etter bevisførselen finner ikke flertallet grunnlag for at dette er kommet fra Odfjell eller ledelsen eller fra personer som de skulle svare for, ei heller at det er initiert av Odfjell.»¹³⁶

Flertallet la til grunn at arbeidsgiver ikke har ansvar for gjengjeldeshandlinger i form av mobbing og trakassering fra alle ansatte. Dette presiseres nærmere i følgende utdrag:

«At derimot enkelte kollegaer har misoppfattet situasjonen og/eller har kommet med ytringer som kan ha karakter av trakassering eller mobbing, kan ikke Odfjell i utgangspunktet svare for. Men også på dette planet har Odfjell reagert ved at de har grepet fatt i forholdet når det ble klart at A sykmeldte seg bl.a. på grunn av at han følte seg trakassert.»¹³⁷

Flertallets uttalelse om at Odfjell har tatt tak i forholdet etter at de ble gjort kjent med følgende dette fikk for arbeidstakeren, kan trekke i retning av at retten til en viss grad vektlegger arbeidsgivers opptreden i kjølvannet av gjengjeldeshandlinger fra kollegaer. Flertallet understreket imidlertid at arbeidsgiver ikke svarer for kollegaenes handlinger. Dette kommer også til uttrykk i flertallets delkonklusjon, hvor følgende presiseres:

«Flertallet finner derfor ikke bevismessig grunnlag for at Odfjell som arbeidsgiver, eller noen som arbeidsgiver svarer for, har mobbet eller trakassert A etter varslingen 18. april 2008».¹³⁸

Det kan innvendes mot flertallets vurdering at det er noe inkonsistent at retten fastslår at arbeidsgiver ikke har ansvar for handlinger fra varslerens kollegaer, men likevel påpeker at Odfjell har grepet fatt i tilfellene av trakassering og mobbing. Man kan spørre seg hvorfor arbeidsgivers behandling av trakasseringen trekkes fram, dersom flertallet virkelig mener at

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

trakasseringen uansett ikke er noe arbeidsgiver svarer for. Uttalelsen er ikke nærmere begrunnet. Dette er en svakhet ved flertallets vurdering.

Mindretallet vurderte Odfjells rutiner og samtaler opp mot den enkelte arbeidstaker som for dårlig, og kom til motsatt resultat enn flertallet.¹³⁹ Varslingsaken kunne etter mindretallets syn vært unngått dersom Odfjell hadde løst konflikten rundt opplæringsbehov for fallsikring på en tilfredsstillende og rask måte.¹⁴⁰ Om den mobbingen og trakasseringen arbeidstakeren opplevde, uttalte mindretallet følgende:

«A ble utsatt for mobbing og trakassering, jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd, og Odfjell har ansvar for at dette ikke skal skje. Det ble videre ikke tatt tilstrekkelig hensyn til As arbeidsvilkår, dette var i strid med arbeidsmiljøloven § 6-5 tredje ledd. Etter mindretallets vurdering bør derfor A tilkjennes både oppreisningserstatning så vel som å få medhold i gjeninnsettelse som ansatt hos Odfjell.»¹⁴¹

Mindretallets vurdering knytter gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2A-2 tettere opp mot bestemmelsene i aml. kapittel 4, enn det flertallet gjør. Ettersom varslingsreglene i aml. kapittel 2A er en spesialregulering av de generelle krav til arbeidsmiljøet som følger av aml. kapittel 4, kan mindretallets vurdering synes å gi uttrykk for en rettsforståelse som i større grad ivaretar hensynet til lovens system.

De innvendinger som her er reist mot flertallets uttalelse om at arbeidsgiver ikke hefter for kollegaers handlinger etter aml. § 2A-2, samt det faktum at dommen er avsagt under dissens, svekker dommens rettskildemessige vekt.¹⁴² Samtidig er det ikke tvil om at flertallet avgrenser arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2 slik at det ikke omfatter alle ansattes handlinger. Sett i sammenheng med den tilsvarende avgrensningen som er foretatt i forarbeidene, og de tidligere gjennomgåtte uttalelsene i «Norweld-dommen», «Fengselsinspektørdommen» og «NAV-dommen», taler dette for at arbeidsgiver ikke har et særlig ansvar for å motvirke samtlige ansattes gjengjeldeshandlinger etter aml. § 2A-2.¹⁴³

¹³⁹ Ibid. s. 8.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Blandhol mfl. (2015) s. 332 om den rettskildemessige vekten av avgjørelser avsagt under dissens.

¹⁴³ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52, «Norweld» LB-2009-36995, «Fengselsinspektør» LG-2011-17283 og «NAV» LH-2016-36029.

Spørsmålet i det videre blir om øvrige rettskilder taler for at arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2 omfatter samtlige ansattes gjengjeldeshandlinger. Ettersom det dreier seg om fragmentarisk underrettspraksis, er terskelen for å fravike denne betydelig lavere enn den ville vært dersom det dreide seg om langvarig og fast høyesterettspraksis.¹⁴⁴

4.5 Juridisk teori taler for at kollegaers handlinger omfattes

Wiersholms rapport i «Monika-saken» inneholder generelle betraktninger om det arbeidsrettslige aspektet ved en varslings sak som har relevans også utenfor den konkrete saken.¹⁴⁵ Rapporten er utarbeidet av advokat Jan Fougner, som er blant landets ledende forfattere på arbeidsrettens område. Fougner innleder sin behandling av gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2-5 (nå § 2A-2) med å påpeke at det må sees i sammenheng med vernebestemmelsene i aml. §§ 4-1 og 4-3:

«Brudd på arbeidsmiljølovens alminnelige vernebestemmelser som oppstår i tilknytning til varslingen, vil etter omstendighetene kunne representere ulovlig gjengjeldelse. Dersom arbeidsgiver bryter sine forpliktelser etter vernebestemmelsene, og dette skyldes omstendigheter som kan knyttes til varslingen, vil brudd lett forekomme. Slik sett er forbudet mot gjengjeldelse i § 2-5 ikke mer enn en presisering av de forpliktelser som allerede følger av kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Gjengjeldelsesforbudet i § 2-5 representerer en styrkning og en understrekning av vernet særlig mot psykososiale belastninger for den enkelte arbeidstaker. Trakassering og diskriminering vil være typiske ulovlige gjengjeldeshandlinger.»¹⁴⁶

Fougners uttalelse om at gjengjeldelsesforbudet kun er *en presisering* av de forpliktelser arbeidsgiver allerede har etter vernebestemmelsene i aml. kapittel 4, stemmer overens med varslingsutvalget og departementets syn.¹⁴⁷ Fougner skriver videre at arbeidsgivers plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø innebærer en omsorgsplikt overfor arbeidstakeren, og at denne intensiveres i varslingssituasjoner.¹⁴⁸ Dersom kravet til et fullt forsvarlig

¹⁴⁴ Nygaard (2004) s. 210-211.

¹⁴⁵ Fougner (2015).

¹⁴⁶ Fougner (2015) s. 81.

¹⁴⁷ NOU 2018:6 s. 162 og Prop. 74 L (2018-2019) s. 36.

¹⁴⁸ Fougner (2015) s. 83.

arbeidsmiljø er tilsidesatt som følge av handlinger eller unnlater som er et resultat av varslingen, kan dette utgjøre et brudd på gjengjeldelsesforbudet.¹⁴⁹

Eriksen skriver følgende om arbeidsgivers omsorgsplikt ved varsling:

«En arbeidskontrakt er en avtale hvor det antas å eksistere en ubalanse i maktforholdet mellom partene. Mens arbeidstaker har en ulovfestet lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver som innebærer en plikt til å ivareta arbeidsgivers legitime interesser, så har arbeidsgiver en tilsvarende omsorgsplikt for arbeidstaker og dennes interesser som den svakere part. Dette er spesielt viktig i varslingssaker hvor en langvarig konflikt om hvorvidt noe er kritikkverdig eller ikke, kan utvikle seg til mobbing av arbeidstakeren som har varslet. Informasjon om at en arbeidstaker utsettes for mobbing og trakassering, utløser en plikt for arbeidsgiver til å gripe inn (omsorgsplikt).»¹⁵⁰

Eriksen legger til grunn at arbeidsgiver har et ansvar for å gripe inn der vedkommende får informasjon om at en varsler utsettes for mobbing og trakassering. Denne omsorgsplikten følger naturlig av arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet etter aml. § 4-1 flg. Uttalelsen sier imidlertid ingenting om hvorvidt arbeidsgiver har et særlig ansvar utover dette etter aml. § 2A-2.

Fougner går nærmere inn på kollegaers gjengjeldeshandlinger enn det Eriksen gjør og skriver følgende:

«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».¹⁵¹

Fougners uttalelse henviser i en fotnote til arbeidsmiljølovens forarbeider.¹⁵² Som det fremgår av gjennomgangen av disse forarbeidene ovenfor i pkt. 4.3, sies det imidlertid ingenting direkte om arbeidsgivers ansvar for alle ansattes gjengjeldeshandlinger der. Forarbeidene innebærer tvert imot en presisering av arbeidsgivers ansvar som synes å *avgrense* mot

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Eriksen (2014) s. 168.

¹⁵¹ Ibid. s. 93.

¹⁵² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

handlinger fra underordnede ansatte. Det er dermed vanskelig å finne dekning i forarbeidene Fougner viser til for at arbeidsgiver har ansvar for alle ansattes gjengjeldeshandlinger.

Underrettspraksis kan tas til inntekt for at arbeidsgiver ikke hefter for gjengjeldeshandlinger fra varslers kollegaer etter aml. § 2A-2, jf. pkt. 4.4 over. Både «Norweld-dommen», «Fengselsinspektørdommen» og «Odfjell Drilling-dommen» ble avsagt før Fougner avla sin rapport i 2015.¹⁵³ Fougner nevner likevel ikke disse dommene. Dette kan synes som en svakhet ved rapporten.

Fougners løsning har imidlertid gode grunner for seg. Ettersom varslingsreglene i aml. §§ 2A-1 og 2A-2 er spesialregler, er det naturlig å tolke disse på bakgrunn av de generelle krav til arbeidsmiljøet som følger av aml. §§ 4-1 flg.¹⁵⁴ Dette taler for å fravike det utgangspunktet som er lagt til grunn i underrettspraksis, slik at arbeidsgiver har ansvar for samtlige ansattes gjengjeldeshandlinger etter aml. § 2A-2.

Det må presiseres at Fougner skriver at arbeidsgivers unnløstelse av å gripe inn overfor ansattes gjengjeldeshandlinger «*i særlige tilfeller*» vil utgjøre en gjengjeldelse fra arbeidsgivers side.¹⁵⁵ Dette synes å innebære at en arbeidsgiver ikke er ansvarlig for enhver gjengjeldeshandling fra alle ansatte, men at det må foretas en vurdering av om arbeidsgivers *unnlatelse* av å gripe inn skal anses som en gjengjeldelse. Hvilke momenter Fougner mener inngår i en slik vurdering fremgår imidlertid ikke av rapporten.¹⁵⁶

4.6 Reelle hensyn taler for at kollegaers handlinger omfattes

4.6.1 Hensynet til lovens formål

Viktigheten av et godt arbeidsmiljø er fremhevet i arbeidsmiljølovens formålsparagraf § 1-1 a), som fastslår følgende:

«Lovens formål er å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske

¹⁵³ Henholdsvis LB-2009-36995, LB-2010-40623 og LG-2011-17283.

¹⁵⁴ NOU 2018:6 s. 162.

¹⁵⁵ Fougner (2015) s. 93.

¹⁵⁶ Dette behandles nærmere i kapittel 5.

skadevirkninger, og med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet.»

Det er naturlig å tolke en lovbestemmelse i lys av lovens formål.¹⁵⁷ Dersom en varsler skal være sikret «full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger», må vedkommende også være vernet mot gjengjeldelse fra sine kollegaer. Formålsbetraktninger taler derfor for at arbeidsgiver har særlig ansvar for alle ansattes gjengjeldelseshandlinger etter aml. § 2A-2.

4.6.2 Hensynet til lovens system

Varslingsreglene i aml. §§ 2A-1 og 2A-2 er en spesialregulering av de alminnelige krav som følger av aml. kapittel 4. Et godt yringsklima, der arbeidstakere kan varsle uten å risikere å bli utsatt for gjengjeldelse, er en forutsetning for et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø etter aml. § 4-1. Arbeidsgiver har dessuten et ansvar for å verne arbeidstaker mot «trakassering eller annen utilbørlig opptreden, jf. aml. § 4-3 tredje ledd, jf. § 2-1, som også vil gjelde i etterkant av et varsel. Hensynet til lovens system taler dermed klart for at arbeidsgiver bør ha ansvar for gjengjeldelseshandlinger fra varslers kollegaer etter spesialregelen i aml. § 2A-2.

4.6.3 Hensynet til et reelt og effektivt varslervern

Varslingsreglenes formål er å bidra til et bedre yringsklima på arbeidsplassen, og en forutsetning for at arbeidstakere skal ha en reell rett til å varsle, er at det foreligger et sterkt gjengjeldelsesvern.¹⁵⁸ Mobbing, trakassering, utfrysning og lignende negative reaksjoner vil være belastende for arbeidstakerens arbeidsmiljø, uavhengig av om de kommer fra arbeidsgiver eller kollegaer. Dersom arbeidsgiver kan bli ansvarlig for gjengjeldelseshandlinger fra alle sine ansatte etter aml. § 2A-2, vil dette være et sterkt insentiv til å sørge for tilstrekkelig varslervern. Hensynet til et reelt og effektivt varslervern taler derfor for at arbeidsgiver etter § 2A-2 bør ha ansvar for gjengjeldelseshandlinger fra alle ansatte.

¹⁵⁷ Eckhoff (1989) s. 86.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 7-8.

4.6.4 Hensynet til arbeidsgiver

Det kan hevdes at hensynet til arbeidsgiver taler mot at aml. § 2A-2 skal omfatte alle ansattes handlinger, da en arbeidsgiver aldri kan ha full kontroll over alt som samtlige ansatte i virksomheten foretar seg.¹⁵⁹ Et eventuelt ansvar for ansattes gjengjeldelseshandlinger innebærer imidlertid ikke et krav om at arbeidsgiver skal ha full kontroll over alt som skjer i virksomheten, men kun at arbeidsgiver skal foreta tiltak for å motvirke gjengjeldelse der dette anses *nødvendig*.¹⁶⁰

Arbeidsgiver kan langt på vei motvirke gjengjeldelse ved å ha gode varslingsrutiner i virksomheten, jf. aml. § 2A-3, foreta kontinuerlige risikovurderinger av arbeidsgivers arbeidsmiljø, jf. aml § 3-1 andre ledd bokstav c, og ved å foreta konkrete omsorgstiltak overfor varslere. Hensynet til arbeidsgivers forutberegnelighet må anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom disse instrumentene.¹⁶¹ Arbeidsgiverhensynet kan derfor ikke tale mot at alle ansattes handlinger skal omfattes av gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2A-2.

Samlet sett taler reelle hensyn etter dette for at arbeidsgiver har ansvar for å motvirke samtlige ansattes gjengjeldelseshandlinger etter aml. § 2A-2.

4.7 Arbeidsgivers ansvar etter internasjonal og andre lands rett

4.7.1 Innledning

I 2014 vedtok Europarådets ministerkomité en anbefaling til medlemsstatene om beskyttelse av varslere, som oppfordrer til å gjøre det enklere å varsle og til å beskytte varslere gjennom nasjonale regler.¹⁶² I 2018 la Europakommisjonen fram et forslag til direktiv om vern av varslere.¹⁶³ I mars 2019 nådde Europaparlamentet og medlemsstatene enighet om foreløpig avtale om nye regler, som nå skal godkjennes formelt av Europaparlamentet og Rådet.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 66.

¹⁶⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 55. Se også Fougner (2015) s. 93, som skriver at arbeidsgiver har ansvar for ansattes gjengjeldelseshandlinger i «særlige tilfeller».

¹⁶¹ Se Eriksen (2015) s. 52, som argumenterer for at gode varslingsrutiner ivaretar hensynet til både arbeidstaker og arbeidsgivers forutberegnelighet.

¹⁶² Recommendation CM/Rec (2014) 7.

¹⁶³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law COM/2018/218 final – 2018/0106 (COD)

¹⁶⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1604_da.htm

Nevnte rettsutvikling illustrerer at varsling er et aktuelt tema internasjonalt, og at det er igangsatt prosesser med sikte på en viss europeisk samordning av nasjonale varslingsregler. Det kan dermed være hensiktsmessig å se hen til internasjonal og andre lands rett ved klarleggingen av norske varslingsreglers innhold.

Det er tradisjonelt sett vanlig å se hen til nærliggende lands rett, som Sverige og Danmark.¹⁶⁵ I dansk rett er ikke varsling særskilt regulert.¹⁶⁶ Det er dermed lite å finne av interesse for spørsmålet om arbeidsgivers ansvar for ansattes gjengjeldeshandlinger i dansk rett. Dette avsnittet vil fokusere på svensk og britisk rett. Videre vil anbefalingen fra Europarådets ministerkomité trekkes frem, ettersom spørsmålet er særskilt behandlet der.

4.7.2 Sverige

I Sverige er reglene om gjengjeldelse ved varsling inntatt i en egen lov.¹⁶⁷

Gjengjeldelsesforbudet følger av lovens § 4, som fastslår at arbeidsgiver ikke skal utsette arbeidstaker for gjengjeldelse på grunn av at arbeidstakeren varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten.

I § 4 andre ledd presiseres det at arbeidsgiver har ansvar også for handlinger fra ansatte som i arbeidsgiverens sted tar beslutninger som påvirker varsleren. Avgrensningen ligner på den som er inntatt i de norske forarbeidene.¹⁶⁸ Utover dette åpner ikke den svenske lovgivningen for at andre arbeidstakers handlinger er omfattet av arbeidsgivers ansvar. Dette understrekes i forarbeidene:

«Utredningen har föreslagit att endast repressalier vidtagna av arbetsgivare ska omfattas. Utredningen har förtydligat att den föreslagna lagen som utgångspunkt inte bör skydda mot åtgärder vidtagna av annan än arbetsgivaren, t.ex. kollegor.»¹⁶⁹

¹⁶⁵ Eckhoff (1989) s. 249.

¹⁶⁶ Jetlund og Huseby (2016) s. 9.

¹⁶⁷ Lag (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden

¹⁶⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

¹⁶⁹ Prop. 2015/16:128 s. 51.

Under høringen argumenterte bransjeorganisasjonen FAR for at det burde vurderes hvorvidt arbeidsgiver har et ansvar for gjengjeldelser fra varslernes kollegaer. Regjeringen mente imidlertid at et slikt ansvar ville være for vidt.¹⁷⁰

4.7.3 Storbritannia

I engelsk rett er varslingsreglene inntatt i en egen lov, Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA). PIDA section 47B fastslår følgende:

«A worker has the right not to be subjected to any detriment by any act, or any deliberate failure to act, by his employer done on the ground that the worker has made a protected disclosure.»

Bestemmelsen er etter sin ordlyd lik gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2A-2. Forbudet omfatter formelle og uformelle sanksjoner.¹⁷¹ Tidligere ble PIDA i rettspraksis tolket slik at arbeidsgiver ikke var ansvarlig for ansattes gjengjeldelseshandlinger.¹⁷² Ettersom dette førte til at varslere ble stående uten vern i situasjoner der vedkommende ble utsatt for gjengjeldelser fra kollegaer, ble rettstilstanden endret med The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013.¹⁷³ The Enterprise and Regulatory Reform Act pkt. 19 (1) fastslår nå følgende:

«(1A)

A worker (“W”) has the right not to be subjected to any detriment by any act, or any deliberate failure to act, done by another worker of W’s employer in the course of that other worker’s employment, or by an agent of W’s employer with the employer’s authority, on the ground that W has made a protected disclosure.

(1B)

Where a worker is subjected to detriment by anything done as mentioned in subsection (1A), that thing is treated as also done by the worker’s employer.

¹⁷⁰ Ibid. s. 52.

¹⁷¹ Jetlund og Huseby (2016) s. 28.

¹⁷² https://www.clydeco.com/uploads/Files/Publications/2013/CC003455_Changes_to_Protection_for_Whistleblowers_25_06_13.pdf Se for eksempel *Pinnington v The City and County of Swansea* (2005 ICR 685 (CA) para. 27), hvor det uttales at et vilkår etter PIDA section 47B er at gjengjeldelsen «was by the employer».

¹⁷³ Ibid.

(1C)

For the purposes of subsection (1B), it is immaterial whether the thing is done with the knowledge or approval of the worker's employer.»

Bestemmelsen fastslår at arbeidsgiver hefter for ansattes gjengjeldeshandlinger, uavhengig av om arbeidsgiver har visst om eller godkjent opptreden. Videre følger det av subsection 1D at det taler til arbeidsgivers forsvar hvis man har tatt «all reasonable steps» for å hindre gjengjeldelsen. Bestemmelsen legger i så måte opp til at en arbeidsgiver kan unngå å bli holdt ansvarlig for sine ansattes handlinger dersom det gjennomføres tilfredsstillende oppfølging og konfliktforebyggende tiltak.

Lovendringen i The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 synes å ha gode grunner for seg, da dette trolig vil fungere som et insentiv for arbeidsgivere til å følge opp varslere og bidra til et mer effektivt varslervern. Samtidig åpner regelen i subsection 1D, om at arbeidsgiver kan unngå å bli ansvarlig hvis «all reasonable steps» for å hindre gjengjeldelsen er tatt, for at arbeidsgiver kan ta konkrete grep for å unngå å bli holdt ansvarlig.

4.7.4 Anbefalingen fra Europarådets ministerkomité

Anbefalingen fra Europarådets ministerkomité inneholder anbefalinger til medlemsstatene med hensyn til hvordan nasjonale varslingsregler bør utformes. Om vern mot gjengjeldelse anbefales følgende:

*«Whistleblowers should be protected against retaliation of any form, whether directly or indirectly, by their employer and by persons working for or acting on behalf of the employer. Forms of such retaliation might include dismissal, suspension, demotion, loss of promotion opportunities, punitive transfers and reductions in or deductions of wages, harassment or other punitive or discriminatory treatment».*¹⁷⁴

Ordlyden «and by persons working for (...) the employer» innebærer at varslere bør være beskyttet mot gjengjeldelse i form av trakassering, diskriminering og lignende fra alle ansatte. Ettersom dette kun er en anbefaling, er ikke Norge forpliktet til å utforme nasjonale varslingsregler i tråd med dette.

¹⁷⁴ Recommendation CM/Rec (2014) 7 VII 21.

Varslingsutvalget viser til anbefalingen i sin vurdering av arbeidsgivers aktivitetsplikt, og på flere andre punkter i sin utredning, noe som viser at anbefalingen har relevans ved utformingen av nasjonale varslingsregler.¹⁷⁵ Dette kan tale for at aml. § 2A-2 bør tolkes i lys av anbefalingen, slik at arbeidsgiver har et særlig ansvar for å hindre gjengjeldeshandlinger fra samtlige ansatte.

4.7.5 Sammenfatning

Spørsmålet om arbeidsgivers ansvar for gjengjeldeshandlinger fra varslerens kollegaer er ulikt løst i svensk og engelsk rett. I Sverige har arbeidsgiver kun ansvar for handlinger fra ansatte som utøver arbeidsgivers styringsrett. I Storbritannia har arbeidsgiver derimot ansvar for alle ansattes handlinger.

Ettersom Sverige er Norges naboland og et land det er vanlig å sammenligne norsk rett med, og det i norske forarbeider er inntatt en lignende begrensning som i den svenske loven, kan hensynet til nordisk rettsenhet tale for å legge til grunn samme løsning som i Sverige.¹⁷⁶

Samtidig har varslingsreglene i britisk rett mange likhetstrekk med i norsk rett,¹⁷⁷ og det ansvaret det her legges opp til har gode grunner for seg. Angloamerikansk rett er dessuten ledende innen rettsutviklingen av varslingsjussen, og PIDA anses av flere som en europeisk modell for varslingsregulering.¹⁷⁸ Utformingen av forbudet mot gjengjeldelse i PIDA 47B minner mye om ordlyden i aml. § 2A-2, og varslingsutvalget viser til PIDA på visse punkter i sin utredning.¹⁷⁹

Anbefalingen til Europarådets ministerkomité legger opp til at en varsler bør være vernet mot gjengjeldelse fra samtlige ansatte i virksomheten. Hensynet til internasjonal koherens kan derfor tale for at dette også bør være løsningen i norsk rett.

Her må det imidlertid presiseres at andre lands rett har begrenset rettskildemessig vekt ved klarleggingen av innholdet i norske lovregler. Andre lands rett tjener først og fremst som inspirasjon med hensyn til hvordan ulike spørsmål er løst andre steder, og utgjør kun et

¹⁷⁵ NOU 2018:6 s. 162, 168, 178 og 187.

¹⁷⁶ Eckhoff (1989) s. 249.

¹⁷⁷ Eriksen (2015) s. 78.

¹⁷⁸ Ibid. s. 74 og 77.

¹⁷⁹ NOU 2018:6 s. 155 og 157.

støttemoment ved klarleggingen av norsk rett.¹⁸⁰ Hvordan spørsmålet om arbeidsgivers ansvar for å motvirke kollegaers gjengjeldelseshandlinger er løst i Sverige, Storbritannia og av Europarådets ministerrådskomiteé, har dermed alene begrenset betydning for klarlegging av gjeldende rett etter den norske arbeidsmiljøloven.

4.8 Gjelder det et objektivt ansvar for ansattes gjengjeldelseshandlinger?

Den som blir utsatt for ulovlig gjengjeldelse, kan kreve oppreisning uten hensyn til skyld hos arbeidsgiver, jf. aml. § 2A-2 tredje ledd. Departementet har også foreslått et tilsvarende objektivt erstatningsansvar.¹⁸¹ Dersom arbeidsgiver hefter for samtlige ansattes handlinger etter aml. § 2A-2, oppstår spørsmålet om denne objektive oppreisningsbestemmelsen, og potensielle erstatningsbestemmelsen, gjelder tilsvarende også for disse handlingene.

Hensynet til lovens system taler for at dersom handlinger fra varslers kollegaer omfattes av aml. § 2A-2 første ledd, må også oppreisningsregelen i bestemmelsens tredje ledd gjelde, slik at arbeidsgiver kan bli oppreisningsansvarlig på objektivt grunnlag for kollegaers handlinger.

Varslingsutvalgets flertall har foreslått å lovfeste en regel om oppreisning og erstatning etter «alminnelige regler» ved brudd på arbeidsgivers omsorgsplikt, og legger dermed opp til et skyldansvar.¹⁸² Departementet har imidlertid ikke fulgt opp varslingsutvalgets forslag på dette punkt, da et brudd på arbeidsgivers omsorgsplikt etter departementets syn vil utgjøre en ulovlig gjengjeldelse, og derfor bør være omfattet av regelen om delt bevisbyrde og objektivt ansvar.¹⁸³

Ettersom departementets lovforslag fastslår at arbeidsgiver plikter å gjennomføre tiltak som er egnet til å motvirke gjengjeldelse der det anses «nødvendig», vil ikke et objektivt ansvar inntre for enhver negativ behandling en varslers blir utsatt for av sine kollegaer. Dersom arbeidsgiver er ansvarlig for ansattes negative behandling av en varslers etter aml. § 2A-2

¹⁸⁰ Nygaard (2004) s. 220.

¹⁸¹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 56.

¹⁸² NOU 2018:6 s. 176.

¹⁸³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 37.

første ledd, er det ikke kollegaenes handlinger som er å anse som gjengjeldelse, men arbeidsgivers *unnlattelse* av å gripe inn og stanse behandlingen.¹⁸⁴

Det objektive ansvaret vil derfor, etter departementets forslag, kun aktualiseres der arbeidsgiver kan klandres for å ha unnlatt å gripe inn mot gjengjeldelsen. Arbeidsgiver kan derfor unngå å komme i ansvar ved å foreta kontinuerlige risikovurderinger og iverksette tiltak overfor varsleren der dette er nødvendig.

De lege lata, må hensynet til lovens system innebære at dersom arbeidsgiver etter aml. § 2A-2 er ansvarlig for alle ansattes gjengjeldeshandlinger, må oppreisningsansvaret være objektivt, jf. § 2A-2 tredje ledd. Dersom departementets forslag om en objektiv erstatningsbestemmelse blir vedtatt av Stortinget, vil dette innebære at arbeidsgiver hefter for både oppreisning og erstatning på objektivt grunnlag for alle ansattes gjengjeldeshandlinger ved brudd på omsorgsplikten.

De lege ferenda, må dette anses rimelig, sett hen til departementets presisering i lovforslaget om at arbeidsgiver kun plikter å iverksette tiltak for å motvirke gjengjeldelse der dette anses «nødvendig».¹⁸⁵ Lovforslaget er dermed utformet på en måte som innebærer at arbeidsgiver kun kan anses å ha brutt sin omsorgsplikt på en måte som utgjør en ulovlig gjengjeldelse der arbeidsgiver har hatt oppfordring til å motvirke handlingene, men ikke har gjort dette.

4.9 Konklusjon

Det kan reises spørsmål ved om varslingsutvalget og departementets forslag om å lovfeste arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varsling er uttrykk for gjeldende rett, slik utvalget og departementet hevder.¹⁸⁶ Forarbeidene¹⁸⁷ kan synes å avgrense arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2 til å omfatte handlinger fra ansatte som utøver arbeidsgivers styringsrett, og underrettspraksis trekker i retning av at arbeidsgiver ikke svarer for alle ansattes gjengjeldeshandlinger.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Ibid. s. 52 og 56 og Fougner (2015) s. 93.

¹⁸⁵ Prop. 74 L (2018-2019) s. 55.

¹⁸⁶ NOU 2018:6 s. 162 og Prop 74 L (2018-2019) s. 36.

¹⁸⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

¹⁸⁸ «Norweld» LB-2009-36995, «Fengselsinspektør» LB-2010-40623, «NAV» LH-2016-36029 og «Odfjell Drilling» LG-2011-17283.

Den rettsforståelsen det gis uttrykk for særlig i «Odfjell Drilling-dommen»,¹⁸⁹ vil være vanskelig å kombinere med de krav til arbeidsmiljøet som følger av arbeidsmiljøloven kapittel 4. Dersom de formål som ligger bak arbeidsmiljøloven og varslingsreglene skal ivaretas, og varslere skal være sikret et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, må gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2A-2 også, i alle fall til en viss grad, omfatte handlinger fra varslernes kollegaer.

Lagmannsretten har ikke tatt tilstrekkelig hensyn til reglenes formål når flertallet i «Odfjell Drilling-dommen» slo fast at arbeidsgiver ikke hefter for gjengjeldeshandlinger fra varslernes kollegaer.¹⁹⁰ Flertallet er dessuten inkonsistent i sin vurdering, ettersom det ble lagt til grunn at arbeidsgiver ikke har ansvar for alle ansattes gjengjeldeshandlinger, men likevel påpekt at arbeidsgiver fulgte opp varsleren i etterkant av kollegaenes trakassering. «Odfjell Drilling»-dommens rettskildemessige vekt svekkes dessuten av at den er avsagt under dissens.

Ordlyden i aml. § 2A-2 åpner for at arbeidsgivers ansvar også omfatter handlinger fra ansatte. Samtidig stenger ikke forarbeidsuttalelsen for et slikt ansvar, da spørsmålet ikke behandles direkte.¹⁹¹ Uttalelsen i forarbeidene om at begrepet gjengjeldelse skal forstås vidt, taler dessuten for at handlinger fra ansatte kan omfattes.¹⁹² Når lovens system og formål taler så klart for at gjengjeldelsesforbudet også skal omfatte handlinger fra kollegaer, er det nærliggende å legge mer vekt på det, enn en fragmentarisk og svakt begrunnet underrettspraksis. Et ansvar for gjengjeldeshandlinger fra kollegaer har dessuten støtte i juridisk teori, samt i britisk rett og Europarådets anbefaling.

På bakgrunn av dette må det legges til grunn at forslaget om å lovfeste arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varsling, og det ansvar for ansattes gjengjeldeshandlinger dette innebærer, er uttrykk for gjeldende rett. Arbeidsgivers *unnlatelse* av å gripe inn i ansattes negative behandling av en arbeidstaker som følge av et varsel, kan dermed i visse tilfeller anses som gjengjeldelse etter aml. § 2A-2 første ledd. Det innebærer at arbeidsgiver kan bli oppreisningsansvarlig på objektivt grunnlag for ansattes gjengjeldeshandlinger, jf. § 2A-2 tredje ledd. Dersom departementets forslag om å lovfeste et objektivt erstatningsansvar ved

¹⁸⁹ LG-2011-17283 s. 6.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52.

¹⁹² Ibid.

brudd på gjengjeldelsesforbudet, vil også dette gjelde for arbeidsgivers brudd på omsorgsplikten.

Som Fougner skriver, er det imidlertid kun i *særlige tilfeller* at arbeidsgivers ansvar for samtlige ansattes handlinger vil inntreffe.¹⁹³ Det kommer også frem i departementets lovforslag om at arbeidsgiver plikter å sørge for tiltak som er egnet til å motvirke gjengjeldelse dersom det er *nødvendig*.¹⁹⁴ I kapittel 5 vil det redegjøres nærmere for hvilke faktorer som påvirker omfanget av arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2.

¹⁹³ Fougner (2015) s. 93.

¹⁹⁴ Prop. 74 L (2018-2019) s. 55.

5 Omfanget av arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2

5.1 Innledning

Vi har sett i kapittel 4 at arbeidsgiver har et særlig ansvar for å motvirke gjengjeldeshandlinger fra varslers kollegaer etter aml. § 2A-2, som rekker lenger enn de plikter som følger av aml. kapittel 4. Departementet har foreslått en lovbestemmelse som fastslår at arbeidsgiver plikter å sørge for tiltak som er egnet til å forebygge gjengjeldelse dersom det er *nødvendig*.¹⁹⁵ Spørsmålet i dette kapitlet er hvilke momenter som har betydning ved den konkrete vurderingen av om slike tiltak er nødvendig.

5.2 Gjengjeldelsens karakter

Departementet har foreslått at det presiseres i lovteksten at det ved fastsettelsen av oppreisning ved brudd på gjengjeldelsesforbudet skal ses hen til *gjengjeldelsens art og alvorlighetsgrad*.¹⁹⁶ Dette taler for at omfanget av arbeidsgivers ansvar påvirkes av gjengjeldeshandlingenes karakter. Dersom det dreier seg om grove handlinger, som klare tilfeller av mobbing og trakassering, vil dette være svært belastende for varsleren, og vedkommende vil ha et sterkt behov for vern. Gjengjeldelsens belastning for den utsatte vil dessuten variere ut fra om det dreier seg om gjentatte handlinger eller mer enkeltstående hendelser, samt om handlingene kommer fra en eller flere kollegaer. Dette taler for at kravene til arbeidsgiver etter aml. § 2A-2 skjerpes i takt med gjengjeldeshandlingenes grovhet.

5.3 Fravær av tilfredsstillende varslingsrutiner

Det følger av aml. § 2A-3 første ledd at arbeidsgiver i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet plikter å utarbeide rutiner for intern varsling i samsvar med § 2A-1 «dersom forholdene i virksomheten tilsier det». Arbeidsgiver plikter alltid å utarbeide slike rutiner dersom virksomheten «jevnlign sysselsetter minst 5 arbeidstakere», jf. aml. § 2A-3 andre ledd. Plikten er begrunnet i forskning som viser at varslingsrutiner er positivt for

¹⁹⁵ Prop. 74 L (2018-2019) s. 55 og s. 37.

¹⁹⁶ Ibid. s. 56.

ytringsklimaet i en virksomhet.¹⁹⁷ Varslingsrutiner fører til at det varsles mer, at de kritikkverdige forhold det varsles om i større grad blir endret, samt at varslere i mindre grad blir utsatt for gjengjeldelse fra arbeidsgiver.

Rutinene skal være skriftlige og minst inneholde en oppfordring til å varsle om kritikkverdige forhold, fremgangsmåte for varsling, samt fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling, jf. § 2A-3 femte ledd. Bestemmelsen er en spesialregulering av aml. § 3-1, som fastslår at arbeidsgiver skal «sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten» for å sikre at hensynet til arbeidstakers helse, miljø og sikkerhet blir ivaretatt.¹⁹⁸

Særlig kravet om at varslingsrutinene skal inneholde «fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling», jf. § 2A-3 femte ledd bokstav c, vil ha betydning for varslernes arbeidsmiljø i etterkant av varselet. I dette ligger et krav om at det må fremgå av rutinene hvem som mottar og har ansvar for oppfølgingen av et varsel. Bestemmelsen stiller imidlertid ingen konkrete krav til arbeidsgivers fremgangsmåte eller til selve saksbehandlingen.¹⁹⁹

Det er lagt til grunn i juridisk teori og underrettspraksis at fravær av tilfredsstillende varslingsrutiner er av betydning for forsvarlighetsvurderingen etter aml. § 2A-1 andre ledd.²⁰⁰ Spørsmålet her er hvorvidt fravær av tilfredsstillende varslingsrutiner også har betydning for kravene til arbeidsgivers oppfølging av en varslere.

Fougner knytter aml. § 3-6 (i dag aml. § 2A-3) tett opp mot arbeidsgivers plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og skriver at bestemmelsen innebærer et ansvar for arbeidsgiver til å motvirke konfliktsituasjoner gjennom en «saklig og forsvarlig håndtering av problemer og oppfølging av involverte ansatte».²⁰¹ Eriksen argumenterer for at en forutsetning for at tilretteleggingsplikten i aml. § 3-6 skal være oppfylt, er at arbeidsgiver sørger for å håndtere varslingssaken på en måte som ivaretar og beskytter arbeidstaker mot sanksjonering.²⁰²

¹⁹⁷ Prop. 72 L (2016-2017) s. 20.

¹⁹⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 54 (merk at disse forarbeidene knytter seg til den gamle bestemmelsen i § 3-6).

¹⁹⁹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 35-36.

²⁰⁰ Eriksen (2015) s. 436 og «Sensur-dommen» LB-2009-70215 s. 7.

²⁰¹ Fougner (2015) s. 84.

²⁰² Eriksen (2015) s. 436.

Eriksen argumenterer videre for at fravær av tilfredsstillende varslingsrutiner har relevans for spørsmålet om hvorvidt det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse etter aml. § 2-5.²⁰³ Hun viser for det første til at sammenhengen mellom arbeidsmiljølovens tre bestemmelser om varslingsrutiner (i dag aml. §§ 2A-1, 2A-2 og 2A-3) tilsier en slik løsning.²⁰⁴ For det andre argumenterer hun med at forskning viser at varslingsrutiner bidrar til å redusere risikoen for sanksjoner.²⁰⁵ For det tredje viser Eriksen til at hensynene bak aml. § 3-6, og det presumtivt ujevne maktforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, tilsier at arbeidstaker ikke skal rammes av at arbeidsgiver har unnlatt å benytte sin mulighet til å redusere risikoen for ulovlig gjengjeldelse.²⁰⁶

Både i «Odfjell Drilling-dommen» og «Fengselsdirektørdommen» anførte varsleren at arbeidsgiver ikke hadde nødvendige varslingsrutiner på plass.²⁰⁷ I begge dommene la imidlertid lagmannsretten til grunn at det ikke var nødvendig å ta stilling til dette i de konkrete sakene.²⁰⁸ Dommene stenger dermed ikke for at varslingsrutiner kan ha betydning på generelt grunnlag. Det kan også nevnes at dommene har vært gjenstand for kritikk på dette punkt. Eriksen skriver at lagmannsrettens manglende evaluering av varslingsrutinene skyldes fravær av tradisjonelle rettskilder som gir holdepunkter for en slik vurdering, samt begrensninger i kunnskapsnivået om sammenhengen mellom varslingsreglene og om lovgivningsteknikkens art på et relativt nytt rettsområde.²⁰⁹

Til dette kommer også at aml. § 2A-3 representerer et sterkere fokus på virksomhetens varslingsrutiner enn det som fulgte av aml. § 3-6. Aml. § 2A-3 stiller strengere krav til når varslingsrutiner er et absolutt krav, og oppstiller dessuten klarere retningslinjer for hva slike rutiner skal inneholde. Dette innebærer også at arbeidstilsynets tilsyns- og påleggskompetanse med hensyn til virksomhetens varslingsrutiner er utvidet, jf. aml. §§ 18-1 og 18-6.

Vi finner også støtte for at virksomhetens varslingsrutiner har betydning for arbeidsgivers omsorgsplikt i Prop. 74 L (2018-2019), hvor departementet skriver følgende om omsorgspliktens omfang:

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ibid. s. 438.

²⁰⁵ Dette bekreftes i Prop. 72 L (2016-2017) s. 20.

²⁰⁶ Eriksen (2015) s. 438.

²⁰⁷ «Odfjell Drilling» LG-2011-17283 s. 8 og «Fengselsinspektør» LB-2010-40623 s. 10.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Eriksen (2015) s. 439.

«Departementet er enig i at situasjonen etter omstendighetene kan være slik at egnede tiltak for å hindre gjengjeldelse bør iverksettes. Behovet for slike tiltak må imidlertid vurderes konkret, og departementet legger til grunn at det for eksempel i virksomheter med godt yringsklima bør ha formodningen mot seg at det vil være nødvendig å iverksette tiltak.»²¹⁰

Det må etter dette antas at det ved vurderingen av om det er «nødvendig» at arbeidsgiver iverksetter tiltak for å motvirke gjengjeldelse fra kollegaer, er av betydning om virksomheten har tilfredsstillende varslingsrutiner. Dersom arbeidsgiver ikke har redusert risikoen for konflikt gjennom slike varslingsrutiner, er det mer nærliggende å holde arbeidsgiver ansvarlig for ansattes gjengjeldeshandlinger, jf. aml. § 2A-2.

5.4 Det er varslet om gjengjeldelse

Dersom en varsler utsettes for mobbing, trakassering, utfrysning eller lignende av sine kollegaer som en reaksjon på varselet, vil dette klart anses som et «kritikkverdig forhold» i virksomheten som det kan være naturlig for varsleren selv eller andre ansatte å varsle om, jf. § 2A-1. I aml. § 2-3 andre ledd bokstav d fastslås det også at en arbeidstaker skal «sørge for at arbeidsgiver eller verneombudet blir underrettet så snart arbeidstaker blir kjent med at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen».

Dersom arbeidstakere selv opplever, eller observerer at andre opplever, å bli utsatt for trakassering som en reaksjon på et varsel, og melder fra til arbeidsgiver om dette, vil arbeidsgiver ha en klar oppfordring til å gripe inn overfor den som trakasseres. Det vil dermed anses «nødvendig» at arbeidsgiver iverksetter tiltak for å motvirke ytterligere gjengjeldelse, der det er varslet om tidligere gjengjeldelse.

5.5 Manglende medvirkning fra varsleren

5.5.1 Arbeidstakers medvirkningsplikt

Arbeidstaker skal «medvirke ved utforming, gjennomføring og oppfølging av virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid», jf. aml. § 2-3. Fougner argumenterer for at

²¹⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 37.

gjengjeldesspørsmålet i den konkrete sak må vurderes i lys av om arbeidstakeren har oppfylt sin medvirkningsplikt etter § 2-3:

«Arbeidstaker må bidra til å løse de situasjoner som oppstår etter varslings. Dersom arbeidstakeren ikke lar seg hjelpe eller nekter å medvirke til de tiltak arbeidsgiver iverksetter, vil arbeidsgiver ikke kunne dømmes for ulovlig gjengjeldelse.»²¹¹

En varsler som ikke medvirker til eventuelle tiltak som arbeidsgiver iverksetter for å yte omsorg for varsleren, kan dermed ikke påberope seg det samme vernet som en varsler som samarbeider. Det samme er lagt til grunn av Einarsen og Pedersen, som skriver at «i den grad arbeidstakeren ikke ønsker eller klarer å medvirke til å håndtere konflikten, kan arbeidsgiverens aktivitetsplikt reduseres tilsvarende».²¹² Dette taler for at arbeidsgivers ansvar for ansattes gjengjeldeshandlinger lempes der arbeidstakeren ikke oppfyller sin medvirkningsplikt etter aml. § 2-3.

Her må det imidlertid presiseres at det klare hovedansvaret for å sørge for et forsvarlig arbeidsmiljø påhviler arbeidsgiver, jf. aml. § 2-1. Det må derfor antas at det skal mye til av manglende medvirkning fra arbeidstaker for at arbeidsgivers ansvar etter aml. § 2A-2 skal kunne lempes som følge av dette.

5.5.2 Arbeidstakers varslingsplikt

Det følger av aml. § 2-3 andre ledd bokstav d at arbeidstaker skal «sørge for at arbeidsgiver eller verneombudet blir underrettet så snart arbeidstaker blir kjent med at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen». Fougner skriver at denne varslingsplikten, sammen med lojalitetsplikten, er nødvendige forutsetninger for at arbeidsgiver skal kunne sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.²¹³

Dette innebærer imidlertid ikke at en varsler som selv opplever å bli utsatt for trakassering eller diskriminering fra sine kollegaer, har et svakere vern dersom vedkommende ikke varsler om dette etter aml. § 2-3 andre ledd bokstav d. Det presiseres i forarbeidene at bestemmelsen ikke innebærer en overføring av ansvar fra arbeidsgiver til arbeidstaker, og at arbeidsgiver

²¹¹ Fougner (2015) s. 81.

²¹² Einarsen og Pedersen (2017) s. 180.

²¹³ Fougner (2015) s. 90.

uansett skal fange opp slike forhold gjennom alminnelig kartlegging av virksomhetens arbeidsmiljø.²¹⁴

Arbeidstakere som blir utsatt for mobbing og trakassering på arbeidsplassen avstår ofte fra å melde fra om dette til arbeidsgiver, i frykt for represalier.²¹⁵ Terskelen for å melde fra kan gjerne være enda høyere der handlingene skjer som gjengjeldelse mot en arbeidstaker som har varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten. En arbeidstaker som opplever å bli utsatt for mobbing, trakassering eller annen ugunstig behandling nettopp som følge av å ha varslet, vil naturlig nok vegre seg for å stå frem med dette til arbeidsgiver og igjen sette seg selv i en utsatt varslerposisjon.

Arbeidstakers medvirkningsplikt kan derfor ikke trekkes så langt at manglende varsling om gjengjeldelse etter aml. § 2-3 andre ledd bokstav d medfører at den utsatte varsleren får et svakere vern etter aml. § 2A-2.

5.6 Det er varslet om en annen ansatt i virksomheten

Der det varsles om en ansatt i virksomheten, vil ikke arbeidsgiver bare ha en plikt til å ivareta varsleren, men også den det varsles om. Det vil dermed generelt stilles skjerpede krav til arbeidsgiver i en situasjon der en arbeidstaker varsler om en annen ansatt.

I tillegg kan en arbeidstaker som varsler om en annen ansatts misligheter lett tenkes å bli upopulær som følge av dette, og konflikt mellom varsleren og den det varsles om, eller andre som tar vedkommende i forsvar, kan oppstå. Eriksen og Bjørkelo skriver at arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet skjerpes i saker som erfaringsmessig har høyere risiko for å utløse konflikt enn andre.²¹⁶ Dette taler for at arbeidsgiver bør ha et skjerpet ansvar for å forebygge gjengjeldelse der det varsles om en ansatt i virksomheten.

5.7 Arbeidsgiver kjenner ikke til gjengjeldelsen

Dersom arbeidsgiver ikke kjenner til gjengjeldeshandlingene varsleren utsettes for, kan man stille spørsmål om det da er rimelig at arbeidsgiver står ansvarlig for disse handlingene

²¹⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 91.

²¹⁵ Wik og Sortland (2013) s. 67.

²¹⁶ Eriksen (2014) s. 160-161.

etter aml. § 2A-2. Arbeidsgivers ansvar for ansattes gjengjeldelsehandlinger etter aml. § 2A-2 bygger på arbeidsgivers *unnlattelse* av å motvirke behandlingen, noe som forutsetter at arbeidsgiver har hatt et handlingsalternativ.

Einarsen og Pedersen argumenterer for at arbeidsgivers generelle ansvar for å håndtere konflikt i virksomheten ikke utløses der virksomheten ikke har mulighet til å kjenne til konflikten.²¹⁷ De viser til arbeidsmiljøloven av 1977 § 12 sine forarbeider²¹⁸, og skriver at det vil være urimelig å skyve ansvaret for en konflikt over på arbeidsgiver som en intetanende tredjepart.

Forarbeidene det her vises til, gjør imidlertid ikke annet enn å fastslå at arbeidsgivers mulighet til å styre personlige forhold mellom arbeidstakere kan være begrenset, men at det likevel ikke er tvil om at arbeidsgiver har et ansvar for å avverge negativ oppførsel arbeidstakere imellom.²¹⁹ Det er dermed neppe dekning for å trekke den slutningen fra forarbeidene som Einarsen og Pedersen gjør. Einarsen og Pedersen modifierer dette utgangspunktet noe, og skriver følgende:

«Dette blir imidlertid annerledes hvis virksomheten ikke vet hva som foregår, fordi den ikke er tilstrekkelig opptatt av arbeid med arbeidsmiljøet. Skyldes for eksempel uvitenheten at virksomheten ikke arbeider tilstrekkelig systematisk forbyggende med det psykososiale arbeidsmiljøet etter prinsippene for internkontroll, eller at virksomheten har unnlatt å oppnevne verneombud eller knytte til seg bedriftshelsetjeneste når den er pålagt å gjøre det, kan det oppstå arbeidsgiveransvar selv om arbeidsgiveren ikke har fanget opp den konkrete konflikten.»²²⁰

Arbeidsgiver plikter å sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten for å sikre at hensynet til arbeidstakers helse, miljø og sikkerhet blir ivaretatt, jf. aml. § 3-1. Plikten innebærer blant annet at arbeidsgiver skal «kartlegge farer og problemer og på denne bakgrunn vurdere risikoforholdene i virksomheten, utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen», jf. § 3-1 andre ledd bokstav c. Arbeidet må

²¹⁷ Einarsen og Pedersen (2017) s. 180.

²¹⁸ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 66.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Einarsen og Pedersen (2017) s. 180.

dokumenteres skriftlig og «i den form og det omfang som er nødvendig på bakgrunn av virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse», jf. Internkontrollforskriften § 5.

En varsler vil befinne seg i en utsatt posisjon, og arbeidsgiver vil derfor ha en oppfordring til å foreta en risikovurdering av varslers situasjon og iverksette tiltak for å forebygge gjengjeldelse fra kollegaer, jf. § 3-1 andre ledd bokstav c. Arbeidsgivers ansvar for varsleren innebærer dermed en plikt til å kontinuerlig vurdere risikoen for gjengjeldelse og arbeide preventivt for å motvirke det.

Hvorvidt arbeidsgiver skal holdes ansvarlig for ansattes gjengjeldeshandlinger som vedkommende ikke har vært kjent med, må derfor bero på hva som er årsaken til arbeidsgivers manglende kunnskap. Dersom årsaken er at arbeidsgiver har forsømt sin plikt til å kontinuerlig foreta en risikovurdering av arbeidstakerens situasjon etter aml. § 3-1, kan ansvar inntreffe til tross for at arbeidsgiver ikke kjente til gjengjeldelsen. Dersom det derimot dreier seg om forhold arbeidsgiver ikke har hatt mulighet til å få kunnskap om, og arbeidsgiver ikke kan klandres for sin uvitenhet, kan ikke ansvar ilegges.

6 Avsluttende betraktninger

Departementets lovforslag er berammet til behandling i Stortinget juni 2019.²²¹ Ved ferdigstillingen av denne avhandlingen er det dermed uvisst hvorvidt forslaget om å lovfeste arbeidsgivers omsorgsplikt ved varsling vil bli vedtatt.

Dersom lovforslaget blir vedtatt, vil det fremgå klart av loven at arbeidsgiver *har* et særlig ansvar for å verne om arbeidstakers arbeidsmiljø i etterkant av et varsel, og at manglende oppfølging av en varsler i visse tilfeller kan utgjøre en gjengjeldelse som kvalifiserer til et objektivt oppreisnings- eller erstatningskrav. Det spørsmål som da oppstår er hvilke momenter som skal inngå i den konkrete vurderingen av om det er «nødvendig» at arbeidsgiver iverksetter tiltak for å forebygge gjengjeldelse.²²² I kapittel 5 i denne avhandlingen har jeg forsøkt å trekke opp noen retningslinjer for hvilke forhold som kan være relevant ved en slik vurdering.

Dersom lovforslaget ikke blir vedtatt, vil vi stå igjen med et noe uklart rettskildebilde med hensyn til arbeidsgivers ansvar for å motvirke ansattes gjengjeldelseshandlinger. Som det følger av denne avhandlingens konklusjon, må et særlig ansvar for samtlige ansattes gjengjeldelseshandlinger anses å allerede følge av aml. § 2A-2 etter gjeldende rett. Rettskildet bildet er imidlertid sprikende, og både forarbeidene og underrettspraksis utgjør argument i favør av at arbeidsgiver mangler ansvar for samtlige ansattes gjengjeldelseshandlinger. Det at lagmannsretten ved flere anledninger har lagt til grunn at arbeidsgiver ikke har et slikt ansvar, illustrerer i seg selv at det er behov for å klargjøre ansvaret i loven. Departementets lovforslag har dermed gode grunner for seg.

²²¹ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=75737>

²²² Prop. 74 L (2018-2019) s. 55.

Kilderegister

Lover

Norsk lovgivning

Kronologisk rekkefølge

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov (LOV-1814-05-17)
Skadeserstatningsloven	Lov om skadeserstatning (LOV-1969-06-13-26)
Arbeidsmiljøloven 1977. OPPHEVET.	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø (LOV-1977-02-04-4)
Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (LOV-2005-06-17-62)

Andre lands lovgivning

Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA)	https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents (Sist åpnet 07.05.19)
The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013	http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/section/19 (Sist åpnet 07.05.19)
Lag om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden	Lag (2016:749) https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2016749-om-sarskilt-skydd-mot-repressalier_sfs-2016-749 (Sist åpnet 07.05.19)

Forskrifter

Internkontrollforskriften

Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (FOR-1996-12-06-1127)

Forarbeider

Kronologisk rekkefølge

NUT 1964:3 Innstilling II

Innstilling om lov om Det offentlige og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar mm.

Ot.prp.nr. 3 (1975-1976)

Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp.nr. 50 (1993-1994)

Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

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)

Prop. 72 L (2016-2017)

Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid)

NOU 2018:6

Varsling – Verdier og vern

Prop. 74 L (2018-2019)

Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)

Andre lands forarbeider

Prop. 2015/16:128

Ett särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Kronologisk rekkefølge

Rt-1984-773

Rt-1985-185

Rt-1997-786, «Falken»

Rt-2004-1844, «Nera»

Underrettspraksis

Kronologisk rekkefølge

TBERG-2007-136244, «Sandviken Sykehus»

TOSLO-2008-85906, «Norweld». Ikke rettskraftig.

LB-2009-70215, «Sensur»

LB-2009-36995, «Norweld»

LB-2010-40623, «Fengselsinspektør»

LG-2011-17283, «Odfjell Drilling»

LH-2016-36029, «NAV»

Andre lands rettspraksis

2005 ICR 685 (CA), Pinnington v The City and County of Swansea

Litteratur

Alfabetisk rekkefølge

- Bjørkelo, Brita *Workplace bullying after whistleblowing* (2013)
- Blandhol, Sverre, Henriette N. Tøssebro og Øystein Skotheim *Innføring i juridisk metode. Jussens Venner* 06/2015 (Volum 50) s. 310-345. (Sist åpnet 07.05.19)
https://www.idunn.no/jv/2015/06/innfoering_i_juridisk_metode
- Dege, Jan Tormod *Den individuelle arbeidsrett del I.* (2009)
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære.* 2. reviderte utgave, 2. opplag. (1989)
- Einarsen, Ståle og Harald Pedersen *Håndtering av konflikter og trakassering i arbeidslivet* (2017)
- Eriksen, Birthe (red.) *Å bekjempe et samfunnsonde. Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur.* (2014)
- Eriksen, Birthe *Arbeidstakers rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap.* (2015)
- Fougner, Jan (Wiersholm) *«Monika-saken». Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling.* (2015)
- Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.* 2. utgave. (2013)
- Hotvedt, Marianne Jenum *Arbeidsgiverbegrepet* (2016)
- Jetlund, Martin og Eldrid Huseby *Rapport: Varslingsregler i ulike land og EU/EØS.* (18.12.16) (Sist åpnet 07.05.19)
<https://varslingsutvalget.no/files/2017/11/Schjødt-2016-Rapport-om-varslingsregler-i-ulike-land-og-EU-EØS.pdf>
- Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt* 2. utgave (2004)

- Nygaard, Nils *Skade og ansvar* (2007)
- Spagnolo, Giancarlo og Sten Foyen *Verdien av varsling*. Oslo Economics (18.10.17) (Sist åpnet 07.05.19)
<https://varslingsutvalget.no/files/2017/11/Verdien-av-varsling.-Oslo-Economics-2017-Utredning-for-Varslingsutvalget.pdf>
- Trygstad, Sissel C. og Anne Mette Ødegård *Varsling og yringsfrihet i norsk arbeidsliv* 2016 (Fafø-rapport 2016:33) (Sist åpnet 07.05.19)
<https://www.fafø.no/index.php/zoo-publikasjoner/fafø-rapporter/item/varsling-og-yringsfrihet-i-norsk-arbeidsliv-2016>
- Wik, Toril og Nils Sortland *Varsling – Fra problem til verdi* (2013)

Annet

- <https://www.tv2.no/a/8332478/> (Sist åpnet 07.05.19)
- <https://www.aftenbladet.no/lokalt/i/wWEm5/Kolleger-aksjonerte-bak-ryggen-hennes> (Sist åpnet 07.05.19)
- https://www.clydeco.com/uploads/Files/Publications/2013/CC003455_Changes_to_Protection_for_Whistleblowers_25_06_13.pdf (Sist åpnet 07.05.19)
- Recommendation CM/Rec (2014) 7 on the protection of whistleblowers prepared by the European Committee on Legal Co-operating (CDCJ) of the Council of Europe <https://rm.coe.int/16807096c7> (Sist åpnet 07.05.19)
- Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law. COM/2018/218 final – 2018/0106 (COD). Brussels, 23.04.18.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018PC0218> (Sist åpnet 07.05.19)
- Europakommisjonen – pressemelding. Strasbourg, 12.03.19.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1604_da.htm (Sist åpnet 07.05.19)
- <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=75737> (Sist åpnet 07.05.19)