

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

Tlf. 95 19 68 00/01

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 30/2009

Sakens parter:

A (bedrift)

B

Vedtak av 14. desember 2009

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Aslak Syse, leder

Thom Arne Hellerslia

Abid Q. Raja

Britt Elin Strand

Anne Margrethe Lund

Saken gjelder

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 24. juni 2009, som gjaldt spørsmål om ulovlig gjengjeldelse på grunn av Bs klage til Ombudet om påståtte brudd på diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, jf. diskrimineringsloven § 9 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8. Vurdering etter forvaltningsloven § 35 andre ledd, jf. § 34.

Sakens bakgrunn

B begynte å arbeide som saksbehandler ved A sitt avdelingskontor i X den 1. januar 2000.

Den 29. januar 2009 henvendte B seg til Ombudet. Hun ba Ombudet vurdere om hun og hennes kollegaer hadde blitt trakassert og diskriminert på grunn av nedsatt funksjonsevne og etnisitet på hennes arbeidsplass A. Hun mente blant annet at en kollega, som tidligere hadde hatt psykiske problemer, hadde blitt trakassert og ikke hadde fått tilstrekkelig tilrettelegging i sitt arbeidsforhold. Videre opplyste hun at hun er gift med en mann fra et annet land enn Norge, og mente at hun selv hadde blitt utsatt for rasistiske holdninger og uttalelser på grunn av dette. Hun hevdet også at en søknad fra en person med annen etnisitet enn norsk hadde blitt makulert.

Ved brev av 14. april 2009 henvendte Ombudet seg til A. I brevet ble det opplyst at Ombudet hadde mottatt en klage fra B angående påstått diskriminering og trakassering både av B selv og hennes kollegaer ved A, avdeling X. A ble bedt om å redegjøre for sitt syn på saken. Vedlagt brevet var Bs klage til Ombudet.

C Advokatfirma svarte på vegne av A i brev av 5. mai 2009. I brevet bestred A den faktiske framstillingen av forholdene på arbeidsstedet som ble gitt av B i henvendelsen til Ombudet av 29. januar 2009. Videre ble det opplyst at A forut for Bs klage til Ombudet hadde forsøkt å få B til å redegjøre nærmere for sin rolle som varsler og hennes påstander om at hun ble mobbet på arbeidsplassen på grunn av dette. B hadde ikke svart på arbeidsgivers skriftlige henvendelser. A hevdet at B var en medarbeider med betydelige samarbeidsproblemer.

Den 15. mai 2009 sendte B en e-post til administrerende direktør i A, NN, der hun ba om svar på sine henvendelser angående parkeringsavtale og flytting av hennes eiendeler fra hennes kontor.

Den 18. mai 2009 mottok B et brev fra C Advokatfirma. I brevet står blant annet følgende:

I forbindelse med din henvendelse til LDO vil vi tildele deg en alvorlig advarsel for brudd på din lojalitetsplikt som arbeidstaker.

Ved brev av 22. mai 2009 trakk B sin klage til Ombudet med den begrunnelse at hun ville prøve saken for retten. Vedlagt var kopi av brevet fra C Advokatfirma til B av 18. mai 2009.

Ved e-postbrev av 16. juni 2009 henvendte B seg på nytt til Ombudet. Hun ba ombudet vurdere om den skriftlige advarselen hun hadde mottatt fra C Advokatfirma i brev av 18. mai 2009 innebar ulovlig gjengjeldelse.

Ombudet ga uttalelse i saken 24. juni 2009, og konkluderte med at A hadde handlet i strid med forbudet mot gjengjeldelse i diskrimineringsloven § 9.

Ombudet viste til brevet av 18. mai 2009 fra C Advokatfirma til B, og påpekte at brevet var en reaksjon på Bs klage til Ombudet. Ombudet mente brevet framsto som truende, og at det ville kunne medføre ubehag for en arbeidstaker å motta et slikt brev.

Ombudet kunne ikke se at advokatfirmaet på vegne av A hadde saklig grunn for å gi advarsel i dette tilfellet.

Ved brev av 7. juli 2009 klaget C Advokatfirma på vegne av A på Ombudets uttalelse.

Ombudet vurderte saken på nytt, men fant ikke grunn til å endre sin konklusjon. Ombudet uttalte at saken like gjerne kunne vært vurdert i forhold til forbudet mot gjengjeldelse i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8. Ombudet mente dette likevel ikke hadde betydning for resultatet, da forbudet mot gjengjeldelse er tilsvarende i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven som i diskrimineringsloven.

Ombudet oversendte saken til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 27. juli 2009. Samme dato henla Ombudet B sin opprinnelige klagesak om påstått trakassering og diskriminering av henne og hennes kollegaer i arbeidsforholdet.

Etter at saken var forberedt av sekretariatet, men før saken skulle behandles i Likestillings- og diskrimineringsnemnda, ble partene og Ombudet varslet om at Nemndas leder vurderte å foreslå å utsette behandlingen av saken til enkelte forhold var bedre opplyst.

Saken ble vurdert av Nemnda i møte 14. desember 2009 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Thom Arne Hellerslia, Abid Q. Raja, Britt Elin Strand og Anne Margrethe Lund.

Daglig leder i A, NN, møtte sammen med en advokat fra C Advokatfirma. B møtte sammen med sin bror. Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte ved May Schwartz og Marte Bauge. Nemndas sekretariat var representert ved Christel Kirkøen og Sonni Schulstad. Spørsmålet om saken skulle sendes tilbake til Ombudet for ny behandling ble tatt opp i møtet.

Partenes argumenter:

A v/ C advokatfirma var enig i at Nemnda skulle sende saken tilbake til Ombudet for ny behandling.

A hadde benektet at de handlet i strid med forbudet mot ulovlig gjengjeldelse i diskrimineringsloven § 9 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8.

A hevdet at Ombudets uttalelse bygget på feil faktum. Brevet fra C Advokatfirma til B av 18. mai 2009 var ikke en reaksjon på Bs klage til Ombudet.

A hadde forut for Bs klage til Ombudet forsøkt å få B til å redegjøre for sin påstand om mobbing på arbeidsplassen og reaksjoner mot henne som varsler. Det ble vist til brev fra administrerende direktør i A, NN, av 25. november 2008 til B og brev fra A til B 18. desember 2008. B hadde ikke svart på disse henvendelsene fra arbeidsgiver. Advarselen til B var en reaksjon på at hun ikke hadde besvart disse henvendelsene.

A mente videre at Ombudets uttalelse bygget på en feil forståelse av gjeldende rett. Det forelå et saklig arbeidsrettslig grunnlag for å gi B advarsel i dette tilfellet. Arbeidstaker har en ulovfestet lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. B brøt denne lojalitetsplikten ved ikke å besvare arbeidsgivers henvendelser, og i stedet henvende seg til Ombudet.

Dessuten mente A at unntaket i diskrimineringsloven § 9 første ledd annet punktum kom til anvendelse. B hadde opptrådt grovt uaktsomt ved å fremsette grove, udokumenterte og usanne påstander om rasisme i A.

Det ble spesielt vist til brev av 20. mai 2009 fra B til C Advokatfirma der B beskriver at hun ble bedt om å makulere en søknad fra en meget kvalifisert søker med indisk eller pakistansk opprinnelse.

Avdelingsleder ved As kontor i X bestred Bs framstilling av forholdet. Det ble påpekt at det ikke ble gjort noe avvik fra de alminnelige ansettelsesrutinene i forbindelse med den aktuelle ansettelsen. Det ble vist til framlagte rutiner for ansettelser i A. Dokumentet var datert 3. juni 2009, og underskrevet av avdelingsleder ved kontoret i X.

A anførte også at Ombudets uttalelse var ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil. A viste til at de ikke hadde blitt underrettet om at B hadde trukket sin opprinnelige klage for Ombudet før Ombudet kom med sin uttalelse. De hadde heller ikke blitt varslet om at B i brev av 16. juni 2009 hadde fremmet en ny klage til Ombudet, der deres brev av 18. mai 2009 var tema og der hun påsto at det forelå ulovlig gjengjeldelse. De fikk således ikke anledning til å kommentere forhold rundt gjengjeldelsessaken. De viste til at dette var i strid med det alminnelige kontradiksjonsprinsipp og forvaltningsloven §§ 16, 17 og 18, og at feilen hadde ført til at Ombudets uttalelse har blitt uriktig. Uttalelsen måtte derfor oppheves.

B ville at Nemnda skulle realitetsbehandle saken. Hun mente hun var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse fordi hun tok kontakt med Ombudet.

B mente advarselen fra arbeidsgiver, framsatt i brev av 18. mai 2009 fra C Advokatfirma til henne, var en følge av hennes henvendelse til Ombudet angående trakassering og diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne og etnisitet hos A.

B viste til ordlyden i brevet. Videre viste hun til at hun den 15. mai 2009, tre dager før arbeidsgivers advarsel ble framsatt, sendte en e-post til arbeidsgiver der hun ga uttrykk for den psykiske påkjenningen hun som varsler ble utsatt for.

B mente hun på forsvarlig måte varslet ledelsen i selskapet om det hun så på som kritikkverdige forhold. Hun ga uttrykk for sitt syn på forholdene både overfor avdelingsleder ved kontoret i X, og overfor ledelsen i selskapet i en oppfølgingssamtale hun hadde med dem. Årsaken til at hun varslet disse personene var at det ikke forelå rutiner for konflikthåndtering i selskapet før hun ble sykmeldt 1. oktober 2007.

Til As anførsel om at hun ikke besvarte selskapets brev med spørsmål om utdyping av hennes situasjon som varsler, påpekte hun at hun i flere e-poster samt samtaler hadde informert ledelsen om sin oppfatning av forholdene og sin rolle som varsler. Hun hadde dermed besvart arbeidsgivers spørsmål angående disse forhold.

B mente hun hadde handlet i tråd med arbeidsmiljølovens bestemmelser hva angår varsling om kritikkverdige forhold i bedriften. Arbeidstilsynets konklusjon talte for at hennes henvendelse til arbeidsgiver var nødvendig.

Hun påpekte at hun ikke hadde gått ut offentlig med saken.

Nemndas vurderinger

Etter forvaltningsloven § 35 andre ledd, jf. første ledd bokstav c kan et vedtak omgjøres av klageinstansen eller av annet overordnet organ dersom vedtaket må anses ugyldig.

Klageinstansens kompetanse er regulert i forvaltningsloven § 34 andre ledd første og andre punktum, og fjerde ledd, der det heter:

Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham.

Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling.

Det følger av diskrimineringsombudsloven § 15 at forvaltningsloven gjelder generelt for Ombudets og Nemndas virksomhet.

Forvaltningslovens regler om klage og omgjøring finnes i kapittel VI, i §§ 28-34. Etter forvaltningsloven § 3 første ledd får bestemmelsene i kapitlene IV-VI bare anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak. Et enkeltvedtak er, i forvaltningslovens forstand, *en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer*, jf. lovens § 2 b, jf. a.

Ombudets uttalelser er ikke rettslig bindende. I juridisk teori avgrenses forvaltningslovens vedtaksbegrep mot slike uttalelser. Selv om det kan argumenteres at forvaltningslovens klageregler ikke direkte kan anvendes når det gjelder Ombudets uttalelser, mener Nemnda at forvaltningslovens klageregler kan anvendes analogisk. Reglene er utslag av det generelle forsvarlighetsprinsippet i den alminnelige forvaltningsretten. Videre bygger ordningen med Ombud og Nemnd på en form for toinstansbehandling fra forvaltningsorganer. Ombud og Nemndordningen er et lavterskeltilbud. Gode grunner taler derfor for at saken får en fullstendig toinstansbehandling i dette systemet.

På spørsmål fra Nemnda under møtet, opplyste Ombudet at en avgjørelse som innebærer at Nemnda sender saken tilbake til dem for ny behandling vil bli godtatt av Ombudet.

Etter forvaltningsloven § 17 har forvaltningsorganer en plikt til å påse at en sak er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Dersom en sak ikke er tilstrekkelig opplyst, anses dette

som en saksbehandlingsfeil. Dersom feilen har hatt innvirkning på avgjørelsen, er avgjørelsen ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

Diskrimineringsloven § 9 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8 forbyr å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på lovens bestemmelser om forbud mot diskriminering eller trakassering. Reglene gjelder tilsvarende for vitner. Med vitner menes enhver som bidrar til at en sak om diskriminering blir opplyst, jf. ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 123. Vernet mot gjengjeldelse gjelder imidlertid ikke *dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt*.

I sin uttalelse i saken, av 24. juni 2009 vurderte Ombudet saken kun i forhold til hovedregelen. Unntaksbestemmelsene ble ikke særskilt vurdert. Det ble ikke redegjort for de juridiske sider eller faktiske opplysninger i forhold til unntaksreglene. Innholdet i unntaksreglene er ikke tidligere avklart i praksis, og er til dels kompliserte. Saken for Nemnda var heller ikke i utgangspunktet anlagt med fokus på unntaksreglene. Det forelå derfor ikke tilstrekkelig dokumentasjon eller opplysninger i forhold til unntaksreglene til at Nemnda kunne ta stilling til denne siden av saken. Dessuten la partene i saken fram nye opplysninger både rett før og under Nemndas behandling av saken i møtet.

Nemnda mener på denne bakgrunn at saken ikke er godt nok opplyst til at Nemnda kan treffe realitetsavgjørelse i saken. Saken sendes derfor tilbake til Ombudet for ny behandling, jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd.

A hadde anført at Ombudet i sin behandling av saken hadde brutt reglene i forvaltningsloven §§ 16 og 18, og at Ombudets uttalelse derfor var ugyldig og måtte oppheves. Siden Nemnda konkluderer med at saken sendes tilbake til Ombudet for ny behandling, finner Nemnda ikke grunn til å vurdere denne delen av klagen.

Vedtaket er enstemmig.

Nemnda ber Ombudet vurdere saken spesielt i forhold til unntaksreglene. Nemnda ber Ombudet påse at saken blir tilstrekkelig opplyst angående forhold som er av betydning i relasjon til unntaksreglene, og at Ombudet foretar en konkret vurdering av Bs fremgangsmåte i saken. Ombudet bør i den forbindelse se spesielt på forholdene rundt Bs påstand om diskriminering av hennes kollega med nedsatt funksjonsevne, og Bs rolle i forhold til denne kollegaen.

I forarbeidene til diskrimineringsloven (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 123) og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Ot. prp. nr. 44 (2007-2008) s. 256) avgrenses vernet etter gjengjeldelsesbestemmelsen mot arbeidstaker som har opptrådt *grovt uaktsomt* mot arbeidsgiveren i forbindelse med fremsettelse av klagen. Vernet avgrenses også mot arbeidstaker som har opptrådt *illojalt* eller *grovt illojalt*. Normen *grovt uaktsomt* tilsier at unntaket er snevert. Formålet med begrensningen av vernet er å hindre at det fremmes useriøse eller falske anklager om diskriminering.

Arbeidsmiljøloven § 2-4 hjemler en regel som gjelder varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten, og etter denne er vurderingstemaet om fremgangsmåten ved varslingen er *forsvarlig*. Bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2007. Ordlyden i bestemmelsen i arbeidsmiljøloven og bestemmelsene i diskriminerings- og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er ulik. Departementet la likevel til grunn ved vedtaket av

diskriminerings- og tilgjengelighetsloven at det ikke er noen realitetsforskjell mellom arbeidsmiljøloven og de øvrige diskrimineringslovene, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) s. 119. Rettskilder i forhold til varslingsreglene i arbeidsmiljøloven § 2-4 kan derfor være relevante i forhold til avgrensningen av gjengjeldelsesvernet etter diskrimineringslovgivningen. Det er imidlertid ikke gitt at en vurdering etter arbeidsmiljøloven § 2-4 og diskrimineringslovgivningen vil gi samme resultat.

I lovtekst, forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 2-4, juridisk teori og rettspraksis etter arbeidsmiljøloven § 2-4 skilles det mellom varsling til offentligheten og varsling til offentlige tilsynsmyndigheter, som for eksempel Ombudet. Når det gjelder varsling til offentlige myndigheter, er det ikke noe forbehold. Det skal alltid være lov å varsle dem. I forarbeider og juridisk litteratur begrunnes dette med at tilsynsorganene uansett klarer å "sile ut" useriøse henvendelser, eller uansett behandler henvendelser på en forsvarlig måte.

Når det gjelder arbeidstakers lojalitetsplikt, uttaler Henning Jakhellns på s. 308 og 309 i *Oversikt over arbeidsretten 4. utgave Oslo 2006* at hensynet til lojal fremgangsmåte i utgangspunktet tilsier at spørsmål *vanligvis* er tatt opp internt, og at arbeidstaker *som regel ikke uten videre* kan varsle utad uten først å ha tatt opp spørsmålet med arbeidsgiver. Det er dermed ikke gitt at en arbeidstaker alltid må gå til arbeidsgiver først.

SAK 30/2009

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har besluttet følgende:

Saken hjemvises til Likestillings- og diskrimineringsombudet for ny behandling.

Oslo, 14. desember 2009

Aslak Syse
leder

Thom Arne Hellerslia

Anne Margrethe Lund

Abid Q. Raja

Britt Elin Strand