

Varsling

En analyse av nye § 2-4 i arbeidsmiljøloven

Kandidatnummer: 303

Veileder: Kjell M. Brygfjeld

Leveringsfrist: 27. november 2006

Til sammen 14152 ord

26.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunnen for bestemmelsen	3
1.3	Oppbygging av oppgaven	6
<u>2</u>	<u>DEN NYE § 2-4 M.V. I ARBEIDSMILJØLOVEN</u>	<u>6</u>
2.1	Forslaget slik som vedtatt	6
2.2	Generelt om bestemmelsene	7
2.3	Hovedutfordringen: Kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte”	9
<u>3</u>	<u>OM KRAVET TIL ”FORSVARLIG FREMGANGSMÅTE”</u>	<u>10</u>
3.1	Forarbeider mv.	10
3.1.1	Skade på arbeidsgivers interesser	11
3.1.2	Arbeidstakers aktsomhet	13
3.1.3	Uttrykksform og språkbruk	14
3.1.4	Lovfestet taushetsplikt	15
3.1.5	Intern eller ekstern varsling	16
3.1.6	Allmenn interesse	17
3.1.7	Arbeidstakers stilling og posisjon/ hensiktsmessig virkemiddel/motivet bak offentliggjøringen	17
<u>4</u>	<u>FORHOLDET TIL DAGENS RETTSTILSTAND. ER NYE § 2-4 MV. KUN EN KODIFISERING?</u>	<u>18</u>
4.1	Om dagens situasjon	18

4.2	Utvider nye § 2-4 retten til å varsle om kritikkverdige forhold?	20
5	<u>MEDFØRER LOVEN DEN TILSIKTEDE ØKTE BESKYTTELSE AV VARSLERE?</u>	21
5.1	Intensjonene	22
5.1.1	De uttalte intensjoner under lovforarbeidet	22
5.1.2	Forholdet til Grunnloven § 100	23
5.1.3	Kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” og forholdet til våre internasjonale forpliktelser	35
5.1.4	Særlig om forholdet til svensk rett	42
5.2	Sammendrag og konklusjoner	45
6	<u>ET STYRKET VERN FOR VARSLERE</u>	48
	<u>LITTERATURLISTE</u>	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I denne oppgaven vil jeg se på om nye § 2-4 i arbeidsmiljøloven styrker vernet for ansatte som sier ifra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen (varslere).¹ Dette er forutsatt da nye Grunnloven § 100 og arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 ble vedtatt.² Jeg vil foreta en vurdering av § 2-4 og de problemstillinger som det reiser. Nye § 2-4 m.v. er i skrivende stund nylig vedtatt³, og jeg mener det er viktig å se på konsekvensene av bestemmelsen så vel for arbeidsgiver, arbeidstaker og for samfunnet forøvrig.

Jeg vil i første rekke se på om § 2-4 m.v., slik som forutsatt, er egnet til å effektivisere vernet for arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

”Vernet” innebærer en beskyttelse mot å bli utsatt for represalier eller gjengjeldelser når man varsler om slike forhold. Sentralt i den forbindelse står spørsmålet om kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” er egnet til å effektivisere vernet av varslere, eller om det i realiteten gjør det vanskeligere for arbeidstakere å si ifra.

Oppgavens fokus vil dermed ligge på bestemmelsens krav til ”forsvarlig fremgangsmåte” ved varsling til offentligheten. Dette utpreget skjønnsmessige begrepet er bestemmelsenes kritiske punkt.

Problematikken rundt varsling har fått større aktualitet de siste årene. Det kan være flere grunner til dette. Det har for det første blitt større oppmerksomhet rundt kritikkverdige

¹ Jfr.Ot.prp.nr.84 (2005-2006) og Innst.O.nr.6 (2006-2007)

² Ot.prp.nr.84 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) s. 7, Innst.O.nr.100 (2004-2005) s. 27 og i forhandlinger i Stortinget 30. september 2004 (s. 3583-3605 på side 3587)

³ Nye § 2-4 m.v. ble vedtatt 16.november 2006

forhold i virksomheter de siste årene. I forarbeidene påpekes det også at mange virksomheter driver med aktivitet som i større grad enn tidligere har offentlighetens interesse, og at et økende antall offentligrettslige regler krever at virksomheten ivaretar viktige samfunnsmessige hensyn slik som for eksempel miljøvern, likestilling osv.⁴ I tillegg er det nærliggende å anta at internasjonalisering av næringsliv og offentlig virksomhet driver fram et sterkere søkelys på uheldige sider ved virksomhetens aktiviteter.

Det er viktig at det blir sagt ifra om kritikkverdige forhold, og at det blir gjort i tide. Dette kan spare samfunnet for store økonomiske utgifter, og den enkelte arbeidstaker for økonomiske, fysiske og psykiske belastninger. Vi har de siste årene sett at det er blitt avdekket en rekke saker der korrupsjon og økonomisk kriminalitet har vært sentrale elementer. En av de senest avslørte korrupsjonssaker er skandalen knyttet til Undervisningsbygg i Oslo. Dette er bare en av flere saker som viser hvor aktuell en lovregulering av varslernes vern er.⁵

Arbeidstakere som sier ifra om kritikkverdige forhold kan være en ressurs både for samfunnet og den enkelte virksomhet. Ved at det blir satt fokus på kritikkverdige forhold, gis det en mulighet til å rette på forholdene. Det er viktig med en virksomhetskultur der det er en selvfølge at arbeidstakere kan si ifra om kritikkverdige forhold uten å frykte for gjengjeldelse fra arbeidsgivers side i form av oppsigelse, suspensjon, utfrysning, degradering osv. Behovet for å få på plass lovregler som verner mot slike represalier er dermed åpenbart.

Lovregulering av retten til å varsle om kritikkverdige forhold reiser mange og til dels kompliserte problemstillinger. Som en illustrasjon på noen av de dilemmaer en arbeidstaker står overfor når han/hun oppdager kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, vil jeg vise til Marit Skivenes og Sissel Trygstad⁶ beskrivelse av arbeidstakeren som en person med flere

⁴ NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget: Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst s. 449

⁵ Andre eksempler er Vannverkskandalen, Siemenssaken og den såkalte BAHN-saken.

⁶ Skivenes, Marit og Trygstad, Sissel: "Varslere. Om arbeidstakere som sier ifra" s. 51-56

roller. Han/hun er først og fremst ansatt, men samtidig også profesjonsutøver og samfunnsborger. Til hver av disse rollene er det knyttet forskjellige forventninger, forpliktelser og funksjoner. Som ansatt forventes det at han/hun opptrer innenfor de rammer som arbeidsforholdet setter. Som profesjonsutøver har man lojalitetsplikt overfor sitt fags kvalitetsmessige standarder, og den gruppen man skal betjene. Som borger har man lojalitetsplikt overfor det samfunnet man er en del av.

Rollene illustrerer kompleksiteten i avveiningen av de hensyn som bærer et regelverk som skal beskytte en ansatt som varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

Dette illustrerer også de hensyn man må ta når man skal vurdere lovgivning for å gi varslere et styrket vern. Hensynene kan være sterkt motstridende, og det blir av den grunn viktig å lage et regelverk som ivaretar de konflikter som en ansatt i en kritisk situasjon utsettes for i krysspresset mellom forskjellige rolleforventninger.

1.2 Bakgrunnen for bestemmelsen

Reglene om arbeidstakeres rett til å varsle om kritikkverdige forhold har frem til nå vært ulovfestet, og vært utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori. I forbindelse med arbeidet med revideringen av Grunnloven § 100 som skulle gi yringsfriheten et bedre vern, kom yringsfrihetskommissjonen med en anbefaling om at man burde lovregulere fenomenet ”whistleblowing”.⁷ Yringsfrihetskommissjonen uttaler også at det er ”utilfredsstillende at reglene som begrenser ansattes yringsfrihet i så stor grad er ulovfestet og dels underutviklet”.⁸

Som en oppfølging av denne anbefalingen ble det satt i gang en drøfting og utredning av en lovregulering av retten til å varsle om kritikkverdige forhold. Denne første utredningen

⁷ NOU 1999:27 s. 132

⁸ NOU 1999:27 s. 128

resulterte i et forslag som ble fremsatt av Arbeidslivslovutvalget i NOU 1999:27.⁹ Et nærmest identisk forslag ble fremmet i Ot.prp.nr.49 (2004-2005). Regjeringen ga her uttrykk for at den foreslåtte bestemmelsen kun skulle betraktes som ett skritt på veien for å styrke ansattes yringsfrihet, herunder varsling.¹⁰

I dette forslaget ble arbeidstaker som varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten på en lojal måte vernet mot gjengjeldelser. I forbindelse med dette kravet om ”lojal” fremgangsmåte, ble det uttalt at dette uttrykket viser til den ulovfestede rettslige standarden om lojalitetsplikten og dens grenser.¹¹

I prosessen frem til Innst.nr.100 (2004-2005) ble kravet til lojal fremgangsmåte fjernet fra lovteksten. Bakgrunnen for dette var et ønske om å styrke retten til å varsle i forhold til regjeringens forslag i Ot.prp.nr.49 (2004-2005).¹² I lovteksten ble det også inntatt en presisering av at det er tillatt å varsle *offentligheten* om kritikkverdige forhold i virksomheten. Det er videre foretatt lovtekniske endringer ved at forbudet mot gjengjeldelse er plassert i § 2-4 andre ledd.

Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005, sist med endringer av 21. desember 2005, trådte i kraft 1. januar 2006 med unntak av § 2-4. Bestemmelsen ble vedtatt under den forutsetning at det ble satt i gang en utredning med sikte på ytterligere tiltak. I Ot.prp.nr.24 (2005-2006) ble det varslet at departementet tok sikte på å komme med en ny proposisjon med forslag til regulering av varsling våren 2006.¹³ Arbeids- og sosialdepartementet, i samarbeid med

⁹ NOU 1999:27: ”Ytringsfrihet bør finde Sted”

¹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 134. Her uttales det: ”Departementet mener på denne bakgrunn at det er behov for en nærmere utredning om regler for ansattes yringsfrihet og lojalitetspliktens grenser før det eventuelt fremmes et lovforslag om dette. Departementet vil på denne bakgrunn sette i gang et arbeid med sikte på ytterligere regulering og vil komme tilbake til Stortinget med et eventuelt forslag”.

¹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern s. 305

¹² Ordlyden bygger på et forslag fra flertallet i Kommunalkomiteen.

¹³ Ot.prp.nr.24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) s. 1

Justisdepartementet, satte i gang med utredningen som var forutsatt å skulle komme med konkrete lovforslag og forslag om andre tiltak som skulle styrke ansattes yringsfrihet.

Resultatet ble rapporten ”Ansattes yringsfrihet” som ble lagt fram i desember 2005.

I denne rapporten ble det bl.a. lagt fram forslag til bestemmelser som omhandlet arbeidstakers yringsfrihet generelt, særskilte regler om arbeidstakeres rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, forbud mot gjengjeldelse for yringer samt regler om plikt til å legge forholdene til rette for varsling. Forslagene til ny § 2-4, § 2-5 og § 3-6 var ment å skulle erstatte og supplere arbeidsmiljøloven § 2-4. Rapporten ble sendt ut på høring og 9. juni 2006 ble Ot.prp.nr.84 (2005-2006) fremlagt.

På bakgrunn av høringsuttalelsene ble det i proposisjonen fremmet forslag som på enkelte områder skiller seg fra forslaget i arbeidsgrupperapporten. Den generelle bestemmelsen om ansattes yringsfrihet ble fjernet på bakgrunn av at det i høringsrunden fremkom at en slik generell bestemmelse vil kunne gi inntrykk av en for snever yringsfrihet, og på den måte vil kunne virke mot sin hensikt og ikke gi den veiledning og forutberegnelighet som man prøver å oppnå.¹⁴ I tillegg ble det gjort endringer ved at de hensyn som etter § 2-5 andre ledd i arbeidsgrupperapporten særlig skal tillegges vekt på ble tatt ut av lovteksten. Kravet om forsvarlig fremgangsmåte ved varslingen er opprettholdt, og man har inntatt en presisering om at varsling i tråd med varslingsplikt og virksomhetens rutiner for varsling, samt varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter alltid er tillatt. De øvrige bestemmelsene som ble fremmet i proposisjonen, tilsvarer i all hovedsak, med unntak av enkelte lovtekniske endringer, de forslag som ble fremmet i rapporten. I tillegg er det foretatt noen lovtekniske endringer i arbeidsmiljøloven § 13-8, § 13-9 og § 18-6 som er nødvendige ved vedtakelsen av bestemmelsene i § 2-4 og § 2-5. De vedtatte bestemmelsene i § 2-4 m.v. er identiske med de forslag som ble fremmet i odelstingsproposisjonen og Innst.O.nr.6 (2006-2007).

¹⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 36

1.3 Oppbygging av oppgaven

I avsnitt 2 vil jeg gjøre rede for nye § 2-4 m.v. i arbeidsmiljøloven samt drøfte den hovedutfordringen som ligger i kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte”. I avsnitt 3 vil det gjøres nærmere rede for hva som ligger i dette kravet med bakgrunn i forarbeider og rettspraksis. Jeg vil videre i avsnitt 4 se på forholdet til dagens rettstilstand, og om kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” utvider retten for arbeidstakere til å si ifra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

I avsnitt 5 vil jeg drøfte om de nye bestemmelsene, og da spesielt kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte”, medfører den tilsiktede økte beskyttelsen av varslere. Dette vil jeg gjøre i lys av de overordnede hensyn i form av lovforarbeider, Grunnloven § 100 og de internasjonale forpliktelser Norge er bundet av.

2 Den nye § 2-4 m.v. i arbeidsmiljøloven

2.1 Forslaget slik som vedtatt

§ 2-4 Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten

1. Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.
2. Arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Arbeidstaker har uansett rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. Det samme gjelder varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.
3. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med denne bestemmelsen.

§ 2-6 Vern mot gjengjeldelse ved varsling

1. Gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 er forbudt. Dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted

gjengjeldelse i strid med første punktum, skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted hvis ikke arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet.
(.....)

2.2 Generelt om bestemmelsene

Nye § 2-4 første ledd fastslår hovedregelen om at arbeidstakere har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Dette følger også av ulovfestede regler, og er således en kodifisering av gjeldende rett. Lovteksten inneholder ingen definisjon av begrepet. For å avklare hva som ligger i dette begrepet vil det være naturlig å ta utgangspunkt i forarbeidene. Av odelstingsproposisjonen¹⁵ fremgår det at begrepet ”kritikkverdige forhold” gjelder opplysninger om kriminelle (dvs. straffesanksjonerte), forhold og mislighold av andre lovbestemte påbud eller forbud og brudd på etiske retningslinjer. Den samme definisjonen legges til grunn i Innstillingen¹⁶. Definisjonen omfavner dermed en rekke forskjelligartede forhold fra korrupsjon, ukultur, mobbing, utslipp av miljøfarlige stoffer, forhold knyttet til arbeidsmiljøet osv. Forarbeidene presiserer dog at forhold som arbeidstakeren mener er kritikkverdige ut fra egen politisk eller religiøs overbevisning ikke omfattes av bestemmelsen.¹⁷ Ut fra uttalelsene i forarbeidene kan det hevdes at man i begrepet ”kritikkverdige forhold” legger den samme definisjonen til grunn som etter de ulovfestede regler.

Andre ledd er en presisering og modifisering av hovedregelen og utgangspunktet i første ledd. Her blir det stilt krav til måten arbeidstakeren har varslet på. Det fremgår ikke av lovteksten hva som er forsvarlig fremgangsmåte, men i proposisjonen finner vi en del uttalelser om hva som ligger i dette begrepet. Jeg vil komme tilbake til en nærmere drøftelse av dette i punkt 3.1. I prosessen fram til forslaget i Ot.prp.nr.84 (2005-2006) /

¹⁵ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 50

¹⁶ Innst.O.nr.6 (2006 -2007) s. 5-6

¹⁷ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 50

Innst.O.nr.6 (2006-2007) kan vi se at det har vært uenighet om det i selve lovteksten skulle tas inn et krav til arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling.¹⁸

Det fremgår av lovforslaget at det alltid er tillatt å varsle tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.¹⁹ Dette gjelder også når arbeidstaker varsler i samsvar med plikt²⁰ til å si ifra eller virksomhetens rutiner for varsling. En presisering av at varsling i tråd med plikt eller rutiner for varsling alltid er tillatt anså departementet rettslig sett var unødvendig, men for å unngå misforståelser fant de det hensiktsmessig å presisere dette i lovteksten likevel. Bestemmelsen regulerer altså både intern og ekstern varsling.²¹

Av § 2-4 tredje ledd følger det at det påligger arbeidsgiver å bevise at varslingen ikke oppfyller kravene etter andre ledd, dvs. at fremgangsmåten ved varslingen ikke var forsvarlig eller at arbeidstaker ikke har varslet i samsvar med varslingsplikt eller rutiner for varsling. Dette er nytt i forhold til arbeidslivslovutvalgets forslag til vern av varslere etter Ot.prp.nr.49 (2004-2005). Ingen av lovforslagene i disse forarbeidene eller den vedtatte § 2-4 i arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 inneholdt noen bestemmelser om arbeidsgivers bevisbyrde. Både i NOU 1999:27 og St.mld.nr.26 (2003-2004) uttales det at det bør være arbeidsgiver som må bevise at virksomheten er påført skade, og en lovfesting av en slik bevisbyrde kan sies å være en oppfølging av disse uttalelsene i forarbeidene til Grunnloven § 100.²²

¹⁸ Jfr. Ot.prp.nr.49 (2004) § 2-4, Innst.O.nr.100 (2004-2005) § 2-4, Arbeidsgrupperapporten "Ansattes ytringsfrihet" § 2-5 andre ledd og Ot.prp.nr.84 (2005-2006)/Innst.O.nr.6 (2006-2007) § 2-4 andre ledd

¹⁹ Tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter vil for eksempel være Arbeidstilsynet, Statens Helsetilsyn, Sivilombudsmannen osv. Felles for disse er at de bl.a. har som oppgave å føre tilsyn, overvåke eller håndheve gjennomføringen av lover og regler.

²⁰ For eksempel arbeidsmiljøloven § 2-3 andre ledd litra b, d, e og helsepersonelloven § 17

²¹ Med intern varsling menes varsling til personer innenfor virksomheten som for eksempel ledelsen eller kollegaer. Med ekstern varsling menes varsling til tilsynsmyndigheter, andre offentlige myndigheter eller media.

²² NOU 1999:27 s. 128 og St.mld.nr.26 (2003-2004) s. 110-111

Bestemmelsen § 2-6 første ledd etablerer et vern mot gjengjeldelser som følge av varsling. Dette vernet forutsetter at arbeidstaker har varslet på forsvarlig måte eller i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. Denne bestemmelsen etablerer i annet ledd også en regel om delt bevisbyrde. Dette innebærer at dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det er foretatt gjengjeldelser i strid med første punktum, er det arbeidsgiver som må bevise at dette ikke er tilfelle. Dette er gjort etter mønster fra arbeidsmiljøloven § 13-8 som pålegger arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det ikke har funnet sted gjengjeldelse som følge av varsling om brudd på bestemmelsene om diskriminering dersom arbeidstaker legger frem opplysninger som gir grunn til å tro at dette er tilfelle.

Begrepet gjengjeldelse skal forstås vidt, slik at enhver negativ reaksjon som er en følge og en reaksjon på varsling skal regnes som varsling.²³ Slik gjengjeldelse kan bestå i alt fra oppsigelse, avskjed, suspensjon, mobbing, trakassering, utfrysning, fratakelse av arbeidsoppgaver, manglende karrierestigning osv. Det kan altså være tale om alt fra arbeidsrettslige former for reaksjon til mer uformelle reaksjoner. Arbeidsgiver må riktignok kunne komme med kritiske motargumenter uten at dette blir ansett for gjengjeldelse. Motreaksjonen fra arbeidsgiver må ha et preg av hevn eller straff for å kunne karakteriseres som en gjengjeldelse som følge av varslingen.

2.3 Hovedutfordringen: Kravet til "forsvarlig fremgangsmåte"

Begrepet "forsvarlig" er en rettslig standard noe som innebærer at det ikke består av entydige kriterier, men gir derimot anvisning på en bestemt målestokk. Begrepet "forsvarlig" medfører at det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering ved avgjørelsen av om arbeidstaker har varslet på forsvarlig måte. Å innta en rettslig standard i lovteksten åpner for at en og samme lovbestemmelse kan tillegges ulikt innhold på ulik tid avhengig av den alminnelige oppfatningen på området. Dette sikrer en dynamisk rettsutvikling. På den annen side blir det vanskelig for den enkelte å kunne forutberegne sin rettsstilling.

²³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 52

Dette hensynet gjør seg spesielt gjeldende når det gjelder varsling, fordi arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold er en del av det generelle spørsmålet om ansatte ytringsfrihet som er vernet av den alminnelige ytringsfriheten i Grunnloven § 100. Denne grunnlovsbestemmelsen stiller strenge krav til forutberegnelighet for at inngrep i ytringsfrihet skal kunne tillates.²⁴

3 Om kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte”

3.1 Forarbeider mv.

Lovteksten selv inneholder ingen definisjon eller oppregning av de momenter som er av betydning ved avgjørelsen av hva som ligger i begrepet ”forsvarlig”. Vi må derfor gå til forarbeidene og rettspraksis for å avgjøre hva som ligger i begrepet.

I Ot.prp.nr.84 (2005-2006) blir det lagt til grunn at ”forsvarlighetskravet er en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten i forhold til varslingssituasjonen, og at hva som er forsvarlig fremgangsmåte vil avhenge av en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering”.²⁵ Lojalitetsplikten bygger på ulovfestede skjønnsmessige regler utledet gjennom rettspraksis og juridisk teori.²⁶ I arbeidsrettslig sammenheng er dette arbeidstakers plikt til lojalitet overfor den virksomheten han/hun er ansatt i. I forarbeidene og i juridisk litteratur omtales arbeidstakers lojalitetsplikt som en forpliktelse til lojalt å fremme arbeidsgivers

²⁴ Jfr. avsnitt 5.1.2.3

²⁵ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 50

²⁶ Høyesterett har i Rt. 1990 s. 607 lagt til grunn at det foreligger en lojalitetsplikt i arbeidsforhold: ”Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets – og troskapsplikt i ansettelsesforhold”.

interesser.²⁷ Denne plikten kan medføre begrensninger i retten til å omtale virksomheten på negativ måte.²⁸

I proposisjonen legges det videre til grunn at ”vurderingstemaet vil være om arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens saklige interesser med hensyn til måten det varsles på”.²⁹ Det gis videre en anvisning på hvilke konkrete momenter som vil være av betydning ved vurderingen. Her nevnes arbeidstakers aktsomme gode tro om opplysningens riktighet, hvem det blir sagt fra til og hvordan, ytringens skadepotensiale og opplysningenes allmenninteresse som momenter som bør vektlegges ved vurderingen av om arbeidstaker har gått frem på forsvarlig måte. Avveiningen vil som tidligere stå mellom hensynet til arbeidstakers ytringsfrihet og arbeidsgivers interesser, herunder krav på lojalitet fra arbeidstaker. Forsvarlighetskravet skal være en lovfesting av gjeldende grenser for ytringsfriheten.³⁰

Jeg vil relativt kort gjøre rede for disse momentene i avsnittene 3.1.1 flg. da disse også vil illustrere hva om ligger i kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte”. Noe av dette vil være mer representativt for ansattes ytringsfrihet generelt enn for varslingstilfellene.

3.1.1 Skade på arbeidsgivers interesser

Det er et minstekrav for at ytringsfriheten kan begrenses at ytringene skader eller kan skade arbeidsgivers interesser. Ytringsfrihetskommisjonen uttrykker dette slik: ”... bare ytringer som påviselig unødvendig skader arbeidsgiver, som arbeidsgiver, kan sees som illojale”.³¹

²⁷ Jfr. Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten s. 303 og arbeidsgrupperapporten ”Ansattes ytringsfrihet” s. 41

²⁸ Jfr. Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 15 og NOU 2004:5 s. 445

²⁹ Ot.prp.n.84 (2005-2006) s. 50

³⁰ Innst.0.nr.6 (2006-2007) s. 11

³¹ NOU 199:27 s. 129

Ut i fra uttalelsene i innstillingen fra arbeids- og sosialkomiteen skal dette momentet også tillegges vekt i det videre.³² Her blir det lagt til grunn at skaden eller risikoen for skade må ha et visst omfang eller alvorlighetsgrad.³³ I dette ligger at jo større skade eller risiko for skade ytringen har, jo strengere krav til lojalitetsplikten, eller forsvarlig fremgangsmåte kan stilles. Dette skadepotensialet har fått økt aktualitet i og med at man de siste årene har fått ny teknologi som gjør at informasjon kan spres svært raskt og til svært mange. Forarbeidene fremhever at en mer pågående journalistisk kultur enn tidligere gjør dette skadepotensialet mer aktuelt.³⁴

Domstolene har i flere saker lagt vekt på ytringens skadeevne. Et eksempel er RG 2002 s. 780.³⁵ I denne dommen uttaler lagmannsretten: ”På den bakgrunnen fremstår det som lite sannsynlig at ytringen på noen vesentlig måte skulle kunne ha skadelig innvirkning på forholdet generelt mellom rederiet og Statoil”. Kyrre Eggen fremhever at ytringer som bare medfører en bagatellmessig risiko for skade, ikke kan regnes som illojale.³⁶ I forarbeidene blir det lagt til grunn at det at det bør skilles mellom ytringer på arbeidstakerens eget arbeidsfelt og ytringer som ikke tilhører arbeidstakerens arbeidsplass eller arbeidsfelt, fordi skadepotensialet vil være større i førstnevnte tilfelle.³⁷

En uttalelse fra Sivilombudsmannen i sak nr. 2005-436 indikerer at kommuneansatte kan uttale seg om forhold i andre etater i kommunen uten å være illojal.³⁸ I denne saken uttaler

³² Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 36

³³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 37

³⁴ Arbeidsgrupperapporten ”Ansattes ytringsfrihet” s. 21

³⁵ Saken gjaldt en kokk om bord i et supply-fartøy som i et leserinnlegg kom med kritikk av rederiets disposisjon av fartøyer bl.a. i julehelgen. Lagmannsretten mente leserinnlegget framsto som en privat meningsytring og at det ikke var sannsynlig at ytringen var blitt oppfattet som et uttrykk for rederiets syn på Statoil. Lagmannsretten kom til at saklig grunn for oppsigelse ikke var til stede.

³⁶ Eggen, Kyrre: Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker. Arbeidsrett nr. 1/2004 s. 12

³⁷ Arbeidsgrupperapporten ”Ansattes ytringsfrihet” s. 44

Sivilombudsmannen: ”Offentlig ansatte har et vidt spillerom – både i form og innhold – for offentlig å gi uttrykk for sin mening, og at evt. begrensninger i den ansattes ytringsfrihet må ha tungtveiende grunner”.³⁹ Sivilombudsmannen fremhever også at disse begrensningene ikke strekker seg lenger enn det som er nødvendig for arbeidsforholdet.

I forarbeidene er det lagt til grunn at uttalelser som er i strid med virksomhetens hovedformål eller kjerneverdier vil kunne være illojale.⁴⁰

Det er lagt til grunn i forarbeidene at det for en ansatt som jobber i offentlig sektor og er en del av et sekretariat for politisk ledelse, kan være problematisk å ytre seg i strid med den politiske ledelsen. Det legges til grunn at en arbeidstaker som har ansvar for saksbehandlingen i en spesiell sak, ikke kan engasjere seg slik at han/hun foregriper standpunkter og vurderinger i saksbehandlingen.⁴¹ Av den grunn bør offentlige i følge forarbeidene utvise aktsomhet slik at allmennhetens og arbeidsgiverens tillit ikke blir svekket.

3.1.2 Arbeidstakers aktsomhet

Arbeidstakers gode tro nevnes også som et av momentene som kan ha betydning ved vurderingen av om fremgangsmåten er forsvarlig. I dette ligger det at arbeidstaker skal ha et forsvarlig grunnlag for uttalelsene, og at de må ha grunnlag i reelle forhold. Dette ble lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1614, den såkalte Telenor-dommen, og i ARD 1978 s. 65. Telenor-dommen gjaldt en arbeidstaker som kom med kritikk mot svakheter ved bedriftens bonuskortordninger, og som hadde rettet alvorlige beskyldninger mot en av arbeidsgivers

³⁸ Saken gjaldt en lærer som i lokalavisen hadde uttalt seg kritisk om andre etater i kommunen.

Sivilombudsmannen konkluderte med at verken arbeidsgivers styringsrett eller lojalitetsplikten hjemlet arbeidsgivers reaksjon.

³⁹ Dokument nr. 4 (2004-2005). Melding for året 2005. Uttalelse fra Sivilombudsmannen i sak nr. 2005-436 s. 22

⁴⁰ Jfr. Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 17, Arbeidsgrupperapporten “Ansattes ytringsfrihet” s. 45

⁴¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 17

kunder.⁴² Høyesterett uttalte i denne saken: ”Men ytringsfriheten kan ikke i denne saken etablere noe vern mot reaksjoner fra en arbeidsgiver når ytringene rettet mot ledende medarbeidere om alvorlige straffbare forhold helt savner grunnlag i reelle forhold”.⁴³ I dommen fra Arbeidsretten la retten vekt på at arbeidstakeren ikke hadde undersøkt holdbarheten av de påstandene hun hadde fremsatt.⁴⁴

I forarbeidene fremheves det at dersom arbeidstaker har gjort det han/hun kan for å bringe riktige fakta på bordet, må dette anses som tilstrekkelig.⁴⁵

Forarbeidene gir anvisning på en vurdering der kravene til aktsomhet vil variere med opplysningens karakter, arbeidstakerens stilling og situasjonen opplysningen ble gitt i.⁴⁶ Det innebærer at opplysningens risiko for skade på arbeidsgiver interesser, evt. tidspress og arbeidstakers kjennskap til de aktuelle forhold vil bli viktige momenter. Som følge av vedtakelsen av Grunnloven § 100 blir det lagt til grunn at det som følge av dette ikke kan stilles for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet og dokumentasjon.⁴⁷

3.1.3 Uttrykksform og språkbruk

Form og måte det varsles på vil kunne være av betydning ved vurderingen av om arbeidstaker har varslet forsvarlig. Et vesentlig moment er om arbeidstaker har hatt tid til å tenke seg om eller om ytringen kommer som et resultat av ubetenksomhet og tidspress. Et annet moment er om arbeidstaker har tatt kontakt med media på egenhånd. I ARD 1986

⁴² Høyesterett anså avskjedigelsen rettmessig. Beskyldningene ble ansett for å ligge utenfor hva som kunne godtas.

⁴³ Rt. 2003 s. 1614 avsnitt nr. 46

⁴⁴ Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde kritisert arbeidsforholdene på en slik måte at kollegaene følte seg plaget.

⁴⁵ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 10

⁴⁶ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 19

⁴⁷ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 19

s. 189 ble det lagt vekt på at arbeidstaker ble oppsøkt av media.⁴⁸ Sivilombudsmannen uttalte seg også om dette i sak nr. 2005 s. 887.⁴⁹ I denne saken la ombudsmannen vekt på at uttalelsene kom som en spontan meningsytring på direkte oppfordring fra en journalist som var tilkalt til arbeidstakerens arbeidsplass, og at situasjonen kom overraskende på vedkommende.⁵⁰ I dommen i Rt. 2003 s. 1614 uttales det følgende: ”Ved vurderingen av arbeidsgivers reaksjon bør det tas hensyn til om arbeidstakerens forhold kan skyldes ubetenksomhet, eller om det var tale om en overveid adferd”.⁵¹ I dommen i Rt. 1979 s. 770 ble det lagt vekt på at arbeidstakernes opptreden på TV var godt forberedt.⁵²

Det fremgår av proposisjonen at man skal være forsiktig med å tillegge dette for stor vekt.⁵³

3.1.4 Lovfestet taushetsplikt

Det har blitt ansett for illojalt å varsle hvis arbeidstakers ytring er et brudd på lovbestemt taushetsplikt. I den vedtatte § 2-4 i arbeidsmiljøloven ble det i lovteksten tatt inn en presisering av at varsling er tillatt med mindre dette er i strid med annen lov. Dette er ikke inntatt i lovforslaget som en følge at det ble sett på som unødvendig å presisere.

⁴⁸ Saken gjaldt tvil om det var samsvar mellom faktisk og fakturert vask fra et vaskeri. Dette førte til politianmeldelse av ledelsen, og omtale i media. I denne saken hadde to tillitsvalgte først uttalt seg til media etter at de hadde vært utsatt for et betydelig press fra media (som forøvrig var kontaktet av foretaket selv).

⁴⁹ Saken gjaldt en tilsatt ved et kommunalt sykehjem som uttalte seg kritisk til lokalradioen om forholdene ved sykehjemmet.

⁵⁰ Sivilombudsmannen uttalelse i sak nr. 2005-887 s. 111

⁵¹ Rt. 2003 s. 1614 på s. 1624 avsnitt 47

⁵² Rt. 1979 s. 770 på s. 784

⁵³ Jfr. også drøftelsen i avsnitt 5.1.2.4

3.1.5 Intern eller ekstern varsling

Det er også av betydning hvem det varsles til. Av Ot.prp.nr.84 (2005-2006) følger det av redegjørelsen av gjeldende rett at å varsle til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter som hovedregel er lojalt, og at intern varsling bare unntaksvis vil være i strid med lojalitetsplikten.⁵⁴ Med intern varsling menes varsling til arbeidsgiver, kollegaer, verneombud eller andre innenfor virksomheten.

I nye § 2-4 ser vi at det nå er slått uttrykkelig fast at å varsle til tilsynsmyndigheter og andre offentlig myndigheter alltid er lojalt/forsvarlig. Når det gjelder varsling til offentligheten i form av media er adgangen til å ytre seg fortsatt underlagt begrensninger i form av et krav om ”forsvarlig fremgangsmåte”. Adgangen til å ytre seg til media går fremdeles ikke like langt som ved intern varsling eller varsling til tilsynsmyndigheter. Dette begrunnes med at skadepotensialet er større ved offentlig varsling. Både varsling til tilsynsmyndigheter, andre offentlige myndigheter og media regnes som ekstern varsling.

Det vil fremdeles være et sentralt moment om arbeidstaker først tar opp de kritikkverdige forholdene internt før media kontaktes.⁵⁵ I Innst.O.nr.6 (2006-2007) blir det lagt til grunn at den normale fremgangsmåten i en varslingssituasjon vil være intern varsling, men ikke dersom det er grunn til å tro at slik varsling vil være uhensiktsmessig.⁵⁶

I den engelske lovgivningen når det gjelder varsling, finner vi en liknende løsning. Her er utgangspunktet at intern varsling er utgangspunktet, men loven gir arbeidstaker rett til i visse situasjoner å gå rett til media.⁵⁷

⁵⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 18

⁵⁵ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 10

⁵⁶ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 10

⁵⁷ Arbeidstaker kan for eksempel gå rett til media dersom arbeidstakeren har grunn til å tro at han/hun blir skadelidende/frykter represalier (PIDA 43 G (2) a)), det er fare for at bevis går tapt (43 G (2) b)) eller dersom arbeidstakeren har meddelt tilsvarende opplysninger tidligere (43 G (2) c)).

3.1.6 Allmenn interesse

Utgangspunktet har vært at jo større interesse for allmennheten opplysningen har, jo mer berettiget er arbeidstakeren til å si ifra. Dette innebærer også at jo mer alvorlig forholdet er jo mer berettiget er arbeidstakeren til å varsle offentligheten om forholdet. Dette momentet vil være av betydning ved avveiningen om arbeidstaker har varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

3.1.7 Arbeidstakers stilling og posisjon/ hensiktsmessig virkemiddel/motivet bak offentliggjøringen

Arbeidstakers stilling har vært et moment ved avgjørelsen om en ytring er lojal ved at det har vært stilt strengere lojalitetskrav jo høyere plassert arbeidstakeren er.⁵⁸ Dette henger sammen med at identifikasjonsfaren er større dersom det er nærhet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Sivilombudsmannen uttaler i sak nr. 2004-1394 at identifikasjonsfaren kan innebære begrensninger i retten til å ytre seg.⁵⁹

Det er i forarbeidene lagt til grunn at offentliggjøringen kun skal være et middel for å rette på de kritikkverdige forholdene. En offentliggjøring må fremstå som et hensiktsmessig virkemiddel for å få slutt på det kritikkverdige forholdet.⁶⁰ I dette ligger det at hensikten skal være å få slutt på det kritikkverdige forholdet, ikke å offentliggjøre det. Det kreves ikke at offentliggjøringen faktisk fører til en endring. Det fremheves også at dette momentet vil ha liten vekt dersom allmenne hensyn taler for en offentliggjøring.⁶¹

⁵⁸ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 18

⁵⁹ Dokument nr. 4 (2004-2005). Melding for året 2004 fra Sivilombudsmannen s. 103: "Faren for identifikasjon mellom den tilsatte og etaten kan nettopp være et forhold som kan begrense den tilsattes ytringsfrihet".

⁶⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 20

⁶¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 20

Arbeidstakers motiv har vært et moment i vurderingen av om arbeidstakeren har opptrådt lojalt. Dersom arbeidstaker offentliggjør et kritikkverdig forhold for å hevne seg på arbeidsgiver eller presse arbeidsgiver, dvs. at arbeidstaker har egne hensikter med offentliggjøringen, vil dette kunne føre til brudd på lojalitetsplikten. Dette momentet blir også i Ytringsfrihetskommisjonens innstilling tillagt vekt for vurderingen av når det er legitimt å varsle om kritikkverdige forhold.⁶² Grunnloven § 100 og den styrkelse av ansattes ytringsfrihet som denne bestemmelsen medfører, innebærer at man ikke må legge for stor vekt på motivet bak offentliggjøringen. Dette presiseres også i forarbeidene.⁶³ Dette gjelder særlig hvor andre hensyn taler for offentliggjøring.

4 Forholdet til dagens rettstilstand. Er nye § 2-4 mv. kun en kodifisering?

4.1 Om dagens situasjon

Den bestemmelse nye § 2-4 skal erstatte inneholdt ingen krav til fremgangsmåte ved varsling i selve lovteksten. Kravet til lojalitet ble fjernet fra lovteksten i prosessen mellom Ot.prp.nr.49 (2004-2005) og Innst.O.nr.100 (2004-2005) uten noen særlig redegjørelse for dette. Det ble ikke gitt noen annen begrunnelse enn at det i dag er mange arbeidsgivere som overdriver kravet om lojalitet fra de ansatte ut over det som er ønskelig sett ut fra samfunnets side. Flertallet ønsket å styrke retten til å varsle i forhold til regjeringens forslag i Ot.prp.nr.49 (2004-2005). Spørsmålet er om det var meningen at det ikke lenger skulle gjelde noe lojalitetskrav til hvordan arbeidstakeren skal forholde seg. Uttalelsene i forarbeidene gir ikke svar på om flertallet ønsket å utvide adgangen til varsling, eller om man fant det uheldig å ta inn selve begrepet i lovteksten fordi det kunne gi inntrykk av lojalitetsplikten strekker seg lenger enn den rettslig sett gjør.

⁶² NOU 1999:27 s. 132

⁶³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 20

Henning Jakhelln og Helge Aune legger i boken *Arbeidsrett.no* til grunn at det forhold at det foreslåtte krav om varsling ”på en lojal måte” ikke fikk Stortingets tilslutning, ikke kan tas til inntekt for at det ikke lenger gjelder noe lojalitetskrav. De presiserer videre at det klare standpunkt som er tatt av lovgiver samtidig må innebære at det heller ikke kan innfortolkes i bestemmelsen et lojalitetskrav av samme grad og i samme utstrekning som tidligere rettspraksis synes å ha basert seg på.⁶⁴ Man kan altså ikke foreta en antitetisk tolkning slik at lojalitetsplikten er borte fra vurderingen. Etter mitt syn tyder uttalelser i forarbeidene på at man ved å fjerne kravet om lojal fremgangsmåte i lovteksten ønsket å justere lojalitetsplikten ved varsling. Komiteen uttaler at det er ”viktig å få slått fast at arbeidstakere har en rett til å varsle”. Komiteen mener videre det er avgjørende å styrke vernet av ansatte som bidrar til å avdekke korrupsjon og misbruk av offentlige midler.⁶⁵

I nye § 2-4 har man altså igjen stilt krav til fremgangsmåten ved offentlig varsling. Ved en tolkning av uttalelsene i forarbeidene ser det ut til at kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte” innebærer en tilnærmet lik vurdering som den som man tidligere har måttet foreta for å avklare om arbeidstakeren har opptrådt lojalt, jfr. punkt 3.1. Disse momentene, som er fremkommet gjennom rettspraksis og juridisk teori, og som har vært relevante ved vurderingen av lojalitetsplikten og hvilke ytringer som er beskyttet av ytringsfriheten, skal være sentrale ved vurderingen av om fremgangsmåten er forsvarlig. Dette innebærer at de uklarheter som tidligere har eksistert for hvor grensen for ansattes ytringsfrihet går, herunder varsling, vil bli videreført.

Det meste av den rettspraksis som foreligger om ansattes ytringsfrihet, herunder varsling, er underrettspraksis, og fra tiden før grunnlovsendringen. Det finnes få relevante dommer fra Høyesterett, og også disse er fra tiden før vedtakelsen av nye Grunnloven § 100. Etter

⁶⁴ Jakhelln, Henning og Aune, Helga: *Arbeidsrett.no*. Kommentarer til arbeidsmiljøloven s. 89

⁶⁵ Innst.O.nr.100 (2004-2005) s. 27 andre spalte tredje avsnitt: Komiteen uttaler at det er ”viktig å slå fast at arbeidstakere har en rett til å varsle”, og at det er ”avgjørende å styrke vernet av ansatte som bidrar til å avdekke korrupsjon og misbruk av offentlige midler”.

endringene av Grunnloven § 100 og vedtakelsen av § 2-4 m.v. er det ikke avklart om tidligere rettspraksis når det gjelder balansen mellom ansattes yringsfrihet og arbeidstakers yringsfrihet fortsatt kan legges til grunn.⁶⁶ Det vil være opp til domstolene å klarlegge hvor denne grensen går etter vedtakelsen av nye Grunnloven § 100 og nye § 2-4 m.v. Det er lite informasjon å hente i forarbeidene. Det uttales i Ot.prp.nr.84 (2005-2006) at ved fortolkningen av hva som er forsvarlig fremgangsmåte vil rettspraksis om lojalitetsplikten ha relevans, men med det forbehold at yringsfriheten som følge av grunnlovsendringen evt. skal tillegges større vekt i den konkrete interesseavveiningen enn tidligere.⁶⁷

Dette leder over til spørsmålet om nye § 2-4 og kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte” utvider retten til å varsle om kritikkverdige forhold.

4.2 Utvider nye § 2-4 retten til å varsle om kritikkverdige forhold?

Ved vedtakelsen av § 2-4 vil kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte” markere yttergrensene for når arbeidstaker kan varsle om kritikkverdige forhold. Rammene for ”lojalitetsplikten” vil settes av den nye loven. I den forbindelse oppstår spørsmålet om § 2-4 utvider retten til å varsle om kritikkverdige forhold uten å bli utsatt for gjengjeldelser.

Ved en tolkning av uttalelsene i proposisjonen og innstillingen fra arbeids- og sosialkomiteen, jfr. avsnitt 3.1, kan det hevdes at de momenter det er redegjort for i 3.2.1 flg., fremdeles vil være av betydning for om arbeidstaker har gått forsvarlig frem ved varslingen. Det legges opp til en vurdering tilsvarende den skjønnsmessige vurderingen som etter de ulovfestede regler måtte foretas for å avgjøre om arbeidstakeren har opptrådt lojalt. På bakgrunn av dette fremstår kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” som en kodifisering av de ulovfestede reglene. Støtte for dette synet kan finnes i uttalelser fra Henning Jakhelln i høringsuttalelsen til arbeidsgrupperapporten og i et brev til arbeids- og

⁶⁶ Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten.

⁶⁷ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 50

sosialkomiteen i forbindelse med Ot.prp.nr84 (2005-2006).⁶⁸ Her legger Jakhelln til grunn at det foreslåtte kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte” i realiteten praktisk talt er identisk med kravet om at varsling må skje ”på en lojal måte”. Dermed kan, i følge Jakhelln, de samme innvendinger som ble fremsatt overfor kravet om varsling ”på en lojal måte” også anføres overfor kravet om at varsling må skje på forsvarlig måte. Henning Jakhelln bemerker i en uttalelse til arbeids- og sosialkomiteen at det virker svært defensivt at et så sentralt punkt i varslerproblematikken ikke er lagt opp til annet enn en ren kodifisering av gjeldende rett.⁶⁹ Departementet legger selv til grunn i forarbeidene at reglene er en videreføring og kodifisering av gjeldende ytringsfrihet i varslingssituasjoner.⁷⁰ Det legges også til grunn at når det gjelder varsling til tilsynsmyndigheter utvides ytringsfriheten noe i og med at slik varsling nå alltid er tillatt.

Kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte” ved varsling er en kodifisering av gjeldende rett. Som en følge av dette er retten til å varsle om kritikkverdige forhold ikke utvidet ved vedtakelsen av nye § 2-4 i arbeidsmiljøloven.

5 Medfører loven den tilsiktede økte beskyttelse av varslere?

⁶⁸ Brevet er publisert, og kan finnes på Jakhellns hjemmeside på følgende nettside:

<http://folk.uio.no/hejakhel/full/html>

⁶⁹ Til Stortingets arbeids- og sosialkomite Ot.prp.nr.84 (2005-2006) om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) – forslaget til ny § 2-4 s. 2 fotnote 1

⁷⁰ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 1

5.1 Intensjonene

Formålet med lovreguleringen har vært at den skulle styrke vernet for arbeidstakere som sier i fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Lovgivningsarbeidet med å få på plass en lovregulering av varsling, er en oppfølging av Stortingets forutsetninger da nye Grunnloven § 100 ble vedtatt i 2004 og da bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 2-4 ble vedtatt i 2005.

5.1.1 De uttalte intensjoner under lovforarbeidet

I forbindelse med vedtakelsen av nye Grunnloven § 100, bemerket saksordføreren under Stortingsdebatten⁷¹ dette:

”Den grunnlovsparagrafen vi får vedtatt i dag, vil måtte medføre en styrking av yringsfriheten for ansatte. Det skal være lov å si i fra om uheldige forhold på arbeidsplassen, og ansatte i offentlig sektor skal selvsagt beholde sin yringsfrihet fullt ut. Den praksis vi ser, for eksempel i en del kommuner, om at ingen ansatte får lov til å ytre seg i media om nær sagt noe forhold som har med kommunens virksomhet å gjøre, er klart i strid med det vernet Grunnloven nå vil gi ansatte”.

I umiddelbar tilknytning til dette uttalte saksordføreren seg også spesielt om varslerne – ”whistleblowers”:

”Formuleringen i Grunnloven § 100 annet ledd skal ikke hindre ansattes mulighet til å si ifra om kritikkverdige forhold, enten i privat eller offentlig sektor, og såkalt ”whistleblowing”, og offentlig ansattes mulighet til å ytre seg innskrenkes heller ikke”.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttales det flere steder at ansattes yringsfrihet ved vedtakelsen av nye Grunnloven § 100 er styrket. I Ot.prp.nr.84 (2005-2006) uttales det følgende.

⁷¹ Forhandlinger i Stortinget 30. september 2004 s. 3583-3605 på s. 3587

”Den nye bestemmelsen innebærer en styrking av grunnlovsvernet for ansattes yringsfrihet”.⁷² I forarbeidene uttrykkes det også at et hovedformål med forslaget er å signalisere at varsling er både lovlig og ønsket.⁷³

5.1.2 Forholdet til Grunnloven § 100

Nye Grunnloven § 100 ble vedtatt 30. september 2004, og trådte i kraft umiddelbart. Grunnloven § 100 er den generelle bestemmelsen om yringsfrihet, og ansattes yringsfrihet, herunder varsling, er selvsagt også vernet av denne. Dette innebærer at grensene for ansattes yringsfrihet følger av denne grunnlovsbestemmelsen. Inngrep kan bare skje på de vilkår som denne bestemmelsen gir anvisning på.

5.1.2.1 Grunnloven § 100 og ansattes yringsfrihet

I den videre drøftelsen ønsker jeg å se på hvorvidt det kan tenkes å foreligge motstrid mellom Grunnloven § 100 og den vedtatte § 2-4 og kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte”. Før jeg foretar denne vurderingen vil gjøre rede for de deler av grunnlovsbestemmelsen som er mest relevant i forhold til § 2-4.

Grunnloven § 100 første ledd er en prinsipperklæring om yringsfriheten som slår fast at ”Yringsfrihet bør finde Sted”. Dette vernet er medienøytralt slik at det gjelder uansett hvilket medium ytringen blir fremsatt gjennom.

Når det gjelder ansattes yringsfrihet er det først og fremst annet ledd og spesielt tredje ledd som har betydning i forhold til § 2-4 i aml.

⁷² Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 9

⁷³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 7

Grunnloven § 100 andre ledd lyder:

”Ingen kan holdes retslig ansvarlig for at have meddelt eller modtaget Oplysninger, Ideer eller Budskab, medmindre det lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse. Det retslige ansvaret bør være foreskrevet i Lov”.

Grunnloven § 100 tredje ledd lyder:

”Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilken som helst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Der kan kun sættes slige klarlig definerede Grændser for denne Ret, hvor særlig tungtveiende Hensyn gjør det forsvarligt holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser.”

Grunnloven § 100 andre ledd beskytter mot inngrep som har karakter av rettslig ansvar. I følge forarbeidene til Grunnloven § 100 må dette forstås som ansvar med hjemmel i det som kan kalles ”statens høyhetsrett”.⁷⁴ Dette innebærer at reaksjoner som bygger på privat autonomi som for eksempel på grunnlag av individuelle/kollektive avtaler, instruksjer fra arbeidsgiver, faller utenfor.

Andre ledd stiller opp to vilkår for at begrensninger i ytringsfriheten skal være tillatt etter Grunnloven § 100. For det første må inngrepet, det rettslige ansvaret, la seg forsvare opp mot hensynene bak ytringsfrihet, dvs. ”Sannhetssøken”, ”Demokrati” og ”Individets frie Meningsdannelse”. Det må altså foretas en avveining mellom inngrepets formål/konsekvenser og hensynene bak ytringsfriheten. Inngrepet, for eksempel kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte”, må analyseres opp mot ytringsfrihetens begrunnelser. Det andre vilkåret er at inngrepet må være ”klart foreskrevet i Lov”. I utgangspunktet menes dette formell lov.. Forarbeidene åpner for at begrensninger som følge av ulovfestet rett må aksepteres, men fremhever at de formelle sidene ved dette lovskravet setter stopper for videre utvikling av nye ulovfestede regler, og eksisterende ulovfestede regler om begrensninger i ytringsfriheten kan unntaksvis anses å oppfylle lovskravet.⁷⁵

⁷⁴ NOU 1999:27 s. 241

⁷⁵ NOU 1999:27 s. 243-244

Bestemmelsen gir lite veiledning med hensyn til hvilke krav som stilles til styrken av de hensyn som taler for inngrepet. Også forarbeidene er knapp om dette. Her gis det bare uttrykk for at det må skje en avveining mellom inngrepets formål og ytringsfriheten.

For å avgjøre om inngrepet er tillatt må det altså foretas en vurdering av om begrensningen har hjemmel i lov, om denne loven er tilstrekkelig klar, hvilke konsekvenser begrensningen får for ytringsfriheten samt om de hensyn som ligger bak begrensningene er tungtveiende nok til å oppveie de negative konsekvenser begrensningen får for ytringsfriheten.⁷⁶

Tredje ledd omfatter ”frimodige ytringer om Statsstyrelsen og hvilken som helst anden Gjenstand”. Slike ytringer er tillatt for enhver. For denne retten til å uttale seg kan det bare settes klart definerte grenser dersom tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp mot hensynene bak ytringsfriheten.

Begrepet ”Statsstyrelsen” skal forstås slik at vernet gjelder ytringer om politikk og offentlige spørsmål i vid forstand.⁷⁷ Formuleringen ”hvilken som helst anden Gjenstand” peker i følge forarbeidene tilbake til ”Statsstyrelsen”, og betyr derfor gjenstander av politisk karakter. Denne politiske ytringsfriheten innebærer at alle typer ytringer som har offentlighetens interesse er omfattet, slik at alle tema av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art som det forventes at vi som samfunnsborgere og mennesker tar stilling til, omfattes av bestemmelsen.⁷⁸ Dette innebærer at de fleste typer ytringer som er interessante i forhold til arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold er omfattet av bestemmelsen.

Inngrep i ansattes ytringsfrihet må skje innen klart definerte grenser, og må hvile på særlig tungtveiende hensyn. Ytringsfrihetskommisjonen har lagt til grunn at innskrenkning i form

⁷⁶ Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet s. 280

⁷⁷ NOU 1999:27 s. 245

⁷⁸ NOU 1999:27 s. 245

av den ansattes lojalitetsplikt ikke er utelukket.⁷⁹ I motsetning til Grunnloven § 100 andre ledd verner tredje ledd i tillegg også mot inngrep på grunnlag av privat autonomi, slik at både inngrep på grunnlag av både ”statens høyhetsrett” og privat autonomi er omfattet. Bestemmelsen setter dermed grenser for inngrep fra både privat og offentlig arbeidsgivere.

I tillegg til at kravet om forankring i ”lov” er oppfylt, må også kravet om klarhet og presisjon ved formulering av ytringsfrihetens grenser være oppfylt. Begrunnelsen for et slikt krav er å sikre forutberegnelighet, motvirke skjønnsmessige avgjørelser og å sikre at Stortinget tenker igjennom hvilke inngrep i ytringsfriheten som er tilsiktet.⁸⁰

Klarhetskravet skal ifølge Ytringsfrihetskommisjonen også brukes som tolkningsmoment. Dersom det er uklart om en lovregel begrenser ytringsfriheten, skal domstolene under henvisning til klarhetskravet tolke lovregelen innskrenkende.⁸¹ Klarhetskravet har også betydning for de eksisterende ulovfestede begrensninger i ytringsfriheten. Dersom slike begrensninger ikke er klare, vil de ikke kunne opprettholdes etter vedtagelsen av Grunnloven § 100. Ved vurderingen av om klarhetskravet er tilfredsstillt for slike ulovfestede regler, må det legges vekt på om regelen er allmenn kjent, i hvilken utstrekning den har vært anvendt av domstolene og om begrensningene har et avgrenset og klart innhold.⁸² Dette lovskravet kan sammenlignes med lovskravet i EMK. Grunnloven § 100 gir politiske ytringer et særlig sterkt vern, og adgangen til å innskrenke ytringsfriheten er snevrere for disse ytringene enn for ytringer ellers.

Både Grunnloven § 100 andre og tredje ledd gir en avveining på en vurdering av konsekvensene for inngrepet holdt opp mot hensynene bak ytringsfriheten, og der begrensningene må hvile på særlig tungtveiende hensyn. I tillegg må det vurderes om hjemmelen i lov er tilstrekkelig klar. Den videre drøftelse vil gjelde både Grunnloven § 100

⁷⁹ NOU 1999:27 s. 243

⁸⁰ NOU 1999:27 s. 243

⁸¹ NOU 1999:27 s. 249

⁸² NOU 1999:27 s. 243

andre og tredje ledd da begge bestemmelsene gir anvisning på den samme vurderingen. Det som skiller disse to bestemmelsene er at de regulerer forskjellige typer ytringer og forskjellige grunnlag for inngrep.

5.1.2.2 "Klarhetskravet"

Dette kravet innebærer at begrensninger i ytringsfriheten må være klart og presist formulert slik at det vil være mulig å sikre forutberegnelighet og unngå skjønnsmessig avgjørelser. Begrepet "forsvarlig" er både vagt og upresist. Tvister om arbeidstaker har gått fram på riktig måte vil være basert på skjønn. Begrepet er ganske "tungt" og gir anvisning på en vanskelig avveining for arbeidstaker når han/hun skal avgjøre om en evt. varsling vil være legitim. På bakgrunn av dette vil den omfattende vurderingen som må foretas gjøre det vanskelig for arbeidstaker å forutberegne sin rettsstilling. Begrepet "forsvarlig" pålegger arbeidstakeren en plikt til virkelig å tenke gjennom det han/hun akter å gjøre. De innvendinger som er reist mot dette kravet har nettopp gått ut på at dette begrepet er skjønnsmessig og vagt, og at det ikke fremmer klarhet. Fordi begrepet er så lite informativt vil arbeidstaker være nødt til å gå til forarbeidene og rettspraksis for konkret å finne ut hva som ligger i dette begrepet.

En bestemmelse med et så skjønnspreget begrep vil kunne skape mer usikkerhet enn klarhet for den arbeidstaker som i en presset situasjon skal vurdere om varsling vil være berettiget. Et annet moment er de uklarhetene som fulgte av de ulovfestede regler om grensene for arbeidstakers ytringsfrihet og lojalitetsplikt, vil bli videreført. Etter min vurdering vil en bestemmelse med et så skjønnspreget begrep, kunne skape mer usikkerhet enn klarhet. En konsekvens av dette vil kunne bli at ansatte vegrer seg for å si ifra, og ender opp med å la være. Dersom dette blir tilfellet vil det være i strid med formålet som ligger bak lovgivningsinitiativet og Grunnloven § 100. Det har vært hevdet fra flere hold at et krav om forsvarlig fremgangsmåte vil kunne dreie fokuset bort fra det forhold det varsles om, til spørsmålet om hvordan arbeidstakeren har gått frem.⁸³ Slik bestemmelsen er

⁸³ Jakhelln, Henning og Aune, Helga: Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven.

utformet vil det etter min mening være sannsynlig at oppmerksomheten rettes bort fra det kritikkverdige forhold og over til varslersens forhold, altså om vedkommende har opptrådt forsvarlig.

Flertallet i komiteen som har kommet med tilrådingen til § 2-4 påpeker selv noen svakheter ved begrepet ”forsvarlig”. Flertallet understreker at ”en lovfesting av begrepet må forankres i premisser som ikke skaper usikkerhet om hvorvidt varsling av kritikkverdige forhold er beheftet med stor risiko for at arbeidsgiver kan bestride at varslingen er forsvarlig, og at det i neste omgang åpner for sanksjoner mot varsleren”.⁸⁴ Flertallet minner på at ”vurderingen av forsvarlighet skjer i ettertid, mens varsleren må ta risikoen i nåtid”.⁸⁵ Det kan etter mitt syn hevdes at ”forsvarlighetskravet” ikke er tilstrekkelig klart slik at det kan komme i strid med kravet til klarhet i Grunnloven § 100.

5.1.2.3 Avveiningen av inngrepets formål/konsekvenser og hensynene bak ytringsfriheten

Hensynene bak ytringsfriheten begrunnes i tre prinsipper: Sannhetsprinsippet, autonomiprinsippet (”Individets frie meningsdannelse”) og demokratiprinsippet.

Sannhetsprinsippet bygger på at innsikt best nås gjennom meningsutveksling.

Ytringsfriheten er nødvendig for at motargumentene skal komme frem, slik at ukorrekte korrigeres⁸⁶

Autonomiprinsippet henger sammen med det ”myndige mennesket”, og bygger på at det er viktig for et individ å bli hørt og å få gi uttrykk for sine meninger. På den måten kan man også få prøvd sine oppfatninger opp mot andre menneskers meninger og deres alternative

⁸⁴ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 10

⁸⁵ Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 10

⁸⁶ NOU 1999:27 s. 20

perspektiver og argumenter, og derigjennom utvikle seg til et myndig menneske.⁸⁷ For en arbeidstaker som ofte har særlig innsikt på enkelte områder, vil det kunne være av verdi å få videreformidlet dette til allmennheten. For arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold i en virksomhet, vil det faktum at forholdet blir rettet opp som følge av dette, kunne være av betydning for arbeidstakerens selvfølelse og utvikling. Dette vil være i tråd med formålet bak dette prinsippet.

Demokratiprinsippet innebærer åpenhet og informasjonsfrihet som viktige forutsetninger, og av den grunn blir også meningsutveksling et viktig aspekt. Dette er forutsetninger for et velfungerende demokrati. Eller som Henning Jakhelln uttrykker det: ”Ytringsfriheten er en grunnleggende forutsetning for et reelt demokrati”, og ”blant demokratiets viktigste foranstaltninger for å sikre at ulovlige, irregulære eller kritikkverdige forhold blir avdekket”.⁸⁸ Varsling kan være et virkemiddel for å avdekke slike forhold. For den demokratiske debatten er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig at kritikkverdige forhold kun tas opp internt eller eksternt i form av varsling til tilsynsmyndigheter.⁸⁹ Av dette følger også at allmennheten kan ha en legitim interesse i hva som skjer på den enkelte arbeidsplass blant annet på grunn av et behov for kontroll med hvordan offentlige ressurser brukes.

Justisdepartementet trakk i St.mld.nr.26 (2003-2004) opp enkelte momenter som var ment å være retningslinjer ved vurderingen av hvilke lojalitetskrav som kan aksepteres uten å krenke Grunnloven.

Det legges til grunn at for ikke å komme i strid med Grunnloven § 100 og krenke grunnlovsvernet, må så vel hensynet til samfunnet og den offentlige debatt som hensynet til arbeidstaker og arbeidsgiver ilegges vekt. Dette kan medføre at hensynet til arbeidsgivers interesser vil måtte vike av hensynet til samfunnet.⁹⁰

⁸⁷ NOU 1999:27 s. 22 og arbeidsgrupperapporten s. 20

⁸⁸ Høringsuttalelse i forbindelse med arbeidsgrupperapporten ”Ansattes ytringsfrihet”.

⁸⁹ Arbeidsgrupperapporten ”Ansattes ytringsfrihet” s. 19

⁹⁰ St.mld.nr.26 (2003-2004) s. 110

Det at arbeidstakers ytringsfrihet er en grunnlovsfestet menneskerettighet, innebærer at det bør legges stor vekt på de allmenne hensyn som ligger bak ytringsfriheten, dvs. demokrati, sannhetssøken og individets frie meningsdannelse. Sivilombudsmannen uttaler i sin årsmelding fra 2002:

”Ved vurderingen ytringsfrihet i forhold til lojalitetsplikten, er det viktig å ta utgangspunkt i at det er ytringsfriheten som er vernet i Grunnloven og internasjonale konvensjoner, og som rettslig sett har forrang. Det er altså begrensningene i ytringsfriheten som følge av lojalitetsplikten som må nærmere angis og begrunnes”.⁹¹

Sivilombudsmannen uttaler videre at forholdet mellom ytringsfriheten og lojalitetsplikten rettslig sett ikke er en avveining mellom to motstående hensyn av samme vekt, og at det ikke må bli slik at lojalitet overfor arbeidsgiver går på bekostning av lojalitet overfor samfunnet. Ytringsfriheten må gå foran i hvert fall når det er snakk om kritikkverdige forhold. I sitt høringssvar til arbeidsgrupperapporten uttaler Sivilombudsmannen at det bør overveies om det vil være bedre i samsvar med Grunnloven § 100 dersom loven formuleres slikt at det er begrensningene i adgangen til å bruke sanksjoner og andre negative virkemidler som beskrives, og at vilkårene ikke knyttes til bruken av ytringsfrihet.

Formålet med inngrepet i ansattes ytringsfrihet i form av et krav om ”forsvarlig” fremgangsmåte, er i følge forarbeidene ”å ivareta arbeidsgiver eller virksomhetens saklige og tungveiende interesser som i særlige tilfeller ikke bør vike for hensynene bak ytringsfriheten”.⁹²

Begrunnelsen for å innta en slik begrensning i ytringsfriheten er i følge forarbeidene at ”regelen skal være en sikkerhetsventil som skal verne mot unødvendige skader på arbeidsgivers interesser”.⁹³ For å verne hensynet til arbeidsgivers interesser stilles det et

⁹¹ Sivilombudsmannens årsmelding fra 2002 s. 24

⁹² Innst.O.nr.6 (2006-2007) s. 6

⁹³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 50

krav om at arbeidstakeren må ha opptrådt lojalt, fordi man antar at full frihet til å ytre seg kan skade arbeidsgivers interesser.

Det er hensynet til arbeidsgivers interesse av ikke å få svekket sitt omdømme, svekke sitt forhold til kunder, samarbeidspartnere og allmennhetens tillit osv. som må veies opp mot begrunnelsene for ytringsfrihet.

På den annen side kan det stilles spørsmål om arbeidsgiver kan påberope seg lojalitetsplikten i form av et krav om ”forsvarlig fremgangsmåte” for å beskytte illegitime interesser.

Det uttales i forarbeidene at arbeidsgiver kun har krav på beskyttelse for skade på sine legitime interesser. Arbeidsgiver kan ikke påberope seg lojalitetsplikten for å beskytte ulovlige, skadelige og uetiske handlinger, altså kjernen av de forhold varslingen omhandler.⁹⁴ I nye § 2-4 er det satt krav om at arbeidstaker må ha varslet på forsvarlig måte, og dette innebærer ifølge forarbeidene en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten i forhold til varslingssituasjonen og en lovfesting av gjeldende grenser for ytringsfriheten i varslingssituasjoner.⁹⁵ Lovteksten i forslaget inneholder ingen definisjon av begrepet ”kritikkverdige forhold”, men det blir i forarbeidene og juridisk litteratur beskrevet som nettopp uetiske, ulovlige og skadelige forhold/handlinger. Departementet har altså selv uttalt at arbeidsgiver ikke kan påberope seg lojalitetsplikten for å beskytte slike forhold, men stiller altså likevel et krav om lojalitet fra arbeidstaker i form av et krav om at arbeidstaker må gå frem på forsvarlig måte. Er det ikke nettopp dette som er kjernen av de kritikkverdige forhold retten til å varsle omhandler? Av forarbeidene fremgår det at man ikke kan påberope seg at arbeidstaker har gått frem på forsvarlig måte ved varsling av kritikkverdige forhold, men det stilles likevel et slikt krav. Det forhold at arbeidsgiver/virksomheten er innblandet i korrupt, uetisk, skadelig eller umoralsk aktivitet, kan etter mitt skjønn vanskelig sies å være en interesse som fortjener beskyttelse av lojalitetsplikten og som kan forsvare et inngrep i ytringsfriheten etter Grunnloven § 100.

⁹⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 17

⁹⁵ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 39 og 50

Kyrre Eggen stiller i en artikkel⁹⁶ om ansattes yringsfrihet spørsmålsteget ved om varsling, som er reelt begrunnet, i det hele tatt kan anses som illojalt. Han begrunner dette med at illojalitet forutsetter en skade på arbeidsgivers legitime interesser, og at det at virksomheten er innblandet i ulovlig, umoralsk eller annen skadelig aktivitet, ikke er en legitim interesse som fortjener beskyttelse av lojalitetsplikten. Han mener dog at varsling som ikke har noe grunnlag i reelle forhold, vil kunne anses som brudd på lojalitetsplikten, og mener dette synspunktet støttes av Telenor-dommen.

Sivilombudsmannen uttaler i sitt høringsvar til arbeidsgrupperapporten at arbeidstakers lojalitetsplikt ikke strekker seg så langt som til å måtte forholde seg taus om arbeidsgivers kritikkverdige forhold.

Disse utsagn i juridisk teori og forarbeider taler for at man ikke kan tolke begrepet ”forsvarlig” på den måten forarbeidene legger opp til ved en henvisning til en relativt omfattende skjønsmessig vurdering der spesielt krav til intern varsling og arbeidstakers aktsomhet spesielt fremheves som viktige momenter.⁹⁷

Arbeidstakere som varsler er en viktig informasjonskilde for samfunnet når det gjelder kritikkverdige forhold i landets virksomheter. Det er altså tunge samfunnsmessige hensyn som taler for en adgang for ansatte til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold. Det er viktig at en del av disse kritikkverdige forhold tilkommer allmennheten av hensyn til den offentlige debatt ved at det blir satt fokus på ulovlige, skadelige og uetiske forhold. Selv om arbeidstakere har rett til å varsle tilsynsmyndigheter er det likevel et behov for at allmennheten også får informasjon. Dette kan for eksempel være tilfelle hvor det i virksomheter foreligger ukultur av forskjellige slag. Vi har den senere tid fått flere avsløringer om forskerjuks. Ofte er det offentlige midler som er blitt øremerket forskning, og det er i samfunnets interesse at de blir brukt slik som det er forutsatt. Det er også viktig for tilliten at det er åpenhet om hva som foregår i landets virksomheter. I slike tilfeller bør yringsfriheten ut fra samfunnsmessige hensyn gå foran lojalitetsplikten.

⁹⁶ Eggen, Kyrre: ”Ansattes yringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker?” s. 19

⁹⁷ Jfr. Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 51

Dersom man ved et krav om at arbeidstaker må ha gått frem på forsvarlig måte hindrer at kritikkverdige forhold kommer fram til offentligheten slik konsekvensen kan bli, vil det etter mitt syn være i strid med de hensyn som ligger bak ytringsfriheten i Grunnloven § 100. Et krav til forsvarlig fremgangsmåte er henvisning til de hensyn som må tas til arbeidsgivers interesser.

Ved vedtakelsen av § 2-4 og kravet om "forsvarlig fremgangsmåte" er det en risiko for at hensynet til samfunnet og den offentlige debatt ikke blir tillagt tilstrekkelig vekt.

5.1.2.4 Er kravet til "forsvarlig fremgangsmåte" i tråd med Grunnloven § 100?

Med "forsvarlig" menes blant annet at varsling må være forsøkt internt før man kan forsvare offentlig varsling. I forarbeidene uttales det at i forhold til offentlig varsling vil det være et vesentlig moment om arbeidstaker først tar opp de kritikkverdige forholdene internt før han/hun går ut offentlig med opplysningene.⁹⁸ Det skal ved offentlig varsling legges stor vekt på om arbeidstaker har varslet internt først.⁹⁹

Ved et krav om at arbeidstaker varsler internt først gis arbeidsgiver en mulighet til å rette opp evt. kritikkverdige forhold, og det vil også kunne oppklare evt. misforståelser. Det har vært påpekt at arbeidstaker må ha forsvarlig grunnlag for ytringene og at de må ha grunnlag i reelle forhold. Ved en første kontakt med arbeidsgiver vil evt. manglende grunnlag for kunne komme fram. Et ubetinget krav om at intern varsling må være gjennomført vil kunne føre altfor langt, og føre til negative konsekvenser for både arbeidstaker og samfunnet forøvrig. Det kan tenkes at det er arbeidsgiver selv som står for de kritikkverdige forhold slik som for eksempel korrupsjon eller utslipp av miljøfarlige stoffer i havet. I slike tilfeller vil det være lite hensiktsmessig å varsle internt til arbeidsgiver eller ledelsen først. Dersom man oppstiller et ubetinget krav om at arbeidstaker må ha uttømt interne kanaler først, vil dette kunne føre til bl.a. bevisforspillelse. Henning Jakhelln påpeker at det i slike tilfeller

⁹⁸ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 18

⁹⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 51

vil kunne være fare for ”arrangementer” mellom arbeidsgiver og arbeidstaker slik at de kritikkverdige forhold aldri kommer frem i offentligheten.¹⁰⁰ Dette er riktignok ikke et moment av stor tyngde da arbeidstaker etter nye § 2-4 andre ledd annet punktum alltid vil ha rett til å varsle tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.

Det kan imidlertid tenkes at et krav om intern varsling kan være i strid med Grunnloven § 100.

Sivilombudsmannen uttaler i sak nr. 2006-530 at ”han ikke kan se at det er i tråd med Grunnloven § 100 å stille krav om at A måtte ta forholdene opp internt før det var adgang til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold ved egen arbeidsplass”.¹⁰¹ Dette viser etter mitt syn betenkelighetene med å tillegge et krav om å ha uttømt interne kanaler så stor vekt som det er gjort i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.

Det har vært hevdet at man under behandlingen i odelstinget burde ha presisert at kravet om ”forsvarlig” varsling ikke innebærer et krav om intern varsling før man tar i bruk ytringsfriheten til å si ifra.¹⁰²

Flere av de momenter som ligger i et krav om ”forsvarlig fremgangsmåte” kan være betenkelige sett i forhold til Grunnloven § 100. I Ot.prp.nr.84 (2005-2006) uttales det at kravet om at arbeidstakeren skal bygge på et forsvarlig grunnlag innebærer at arbeidstakeren skal være aktsom god tro om at det faktisk foreligger kritikkverdige forhold, og at poenget er at arbeidstaker ikke skal gå ut med grunnløse eller svakt funderte påstander.¹⁰³

¹⁰⁰ Jakhelln, Henning: Ytringsfrihet i arbeidsforhold. Arbeidstakere – samfunnsengasjerte borgere, betrodde og innsiktsfulle medarbeidere – eller kranglebøtter, bråkmakere og angivere? s. 71

¹⁰¹ Saken gjaldt en arbeidstaker som i leserbrev til lokalavisen uttalte seg om kommunens bruk av små stillingsbrøker i omsorgssektoren, og om de problemer dette førte med seg for ansatte og brukere, og hvor han kritiserte kommunens ledelse for ikke å ta tak i problemet.

¹⁰² Artikkel i VG 16. november 2006: Vern i strid med Grunnloven?

¹⁰³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 50

Når det gjelder arbeidstakers aktsomme gode tro må det etter mitt syn ikke stilles strenge krav til arbeidstaker dersom man ikke skal komme i strid med grunnlovsbestemmelsen. Støtte for dette synet finnes i en uttalelse fra Sivilombudsmannen i sak 2006-530 der han uttaler at han ”ikke kan se at det kan stilles krav om at ytringene måtte gi et helt korrekt og fullt ut dekkende bilde av forholdene på arbeidsplassen”. Også forarbeidene til arbeidsmiljøloven påpeker at det som følge av vedtakelsen av den nye Grunnloven § 100 ikke skal stilles for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet og dokumentasjon.¹⁰⁴ En slik uttalelse må etter mitt syn forstås som at arbeidstaker må gis et vidt rom for feiltakelser i forhold til de faktiske omstendighetene, og at det av den grunn ikke stilles strenge krav til dokumentasjon.

5.1.3 Kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” og forholdet til våre internasjonale forpliktelser

De viktigste internasjonale forpliktelsene på dette området er Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)¹⁰⁵ art. 10 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 19.¹⁰⁶ Både EMK art. 10 og FN-konvensjonen er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven¹⁰⁷ av 21. mai 1999 § 2, og skal ved motstrid ha forrang, jfr. § 3. Menneskerettsloven regulerer kun motstridssituasjonen, og ikke spørsmålet om motstrid foreligger. Dette innebærer at norske domstoler uten veiledning fra menneskerettsloven må ta stilling til om det foreligger motstrid, og det er når man tar stilling til dette at spørsmålet at klarhetskravet er av betydning.¹⁰⁸ Det er antatt at SP art. 19 ikke gir noe sterkere vern enn det som følger av EMK art. 10. Det antas at Grunnloven § 100 gir et sterkere vern for ansattes ytringsfrihet enn det som følger av EMK art. 10 og FN-konvensjonen art. 19.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 19

¹⁰⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

¹⁰⁶ International Covenant on Civil and Political rights

¹⁰⁷ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

¹⁰⁸ Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet s. 249

Inngrep i ansattes ytringsfrihet må likevel oppfylle vilkårene i EMK art. 10 og SP art. 19 for å være tillatt, jfr. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

Kravet om at arbeidstaker må ha varslet på en forsvarlig måte innebærer et inngrep i ansattes ytringsfrihet ved at det stilles krav til måten vedkommende bruker ytringsfriheten på. En lovbestemmelse som setter begrensninger i arbeidstakernes ytringsfrihet må ses i forhold til EMK art. 10 og SP art. 19 og de krav som disse bestemmelsene oppstiller for begrensninger i ytringsfriheten.

I tillegg til disse konvensjonene foreligger det to konvensjoner som omhandler korrupsjon. Dette er FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003 og Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 14. november 1999.

5.1.3.1 EMK art. 10 og SP. art. 19

Den norske oversettelsen av EMK art. 10 lyder:

- 1) Enhver har rett til ytringsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser. Denne artikkel skal ikke hindre stater fra å kreve lisensiering av kringkasting, fjernsyn eller kinoforetak.
- 2) Fordi utøvelsen av disse friheter medfører plikter og ansvar, kan den bli undergitt slike formregler, vilkår, innskrenkninger eller straffer som er foreskrevet ved lov og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlig trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet.

Den norske oversettelsen av SP art. 19 lyder:

- 1) Enhver skal ha rett til meningsfrihet uten inngrep.
- 2) Enhver skal ha rett til ytringsfrihet: denne rett omfatter frihet til å søke, motta og meddele opplysninger og tanker av alle slag, uten hensyn til landegrenser, enten i muntlig, skriftlig eller trykt form, eller ved kunstneriske eller andre uttrykksmidler etter eget valg.
- 3) Utøvelsen av de rettigheter som er fastsatt i denne artikkels paragraf medfører særlige forpliktelser og et særlig ansvar. Den kan derfor gjøres til gjenstand for visse begrensninger, som dog må være fastsatt ved lov, og være nødvendige av hensyn til:
 - a. Respekten for andres rettigheter eller omdømme.
 - b. Beskyttelsen av den nasjonale sikkerhet, den alminnelige sikkerhet, den alminnelige samfunnsorden (ordre public), eller den offentlige helse eller moral

EMK art. 10 (1) uttrykker hovedregelen og utgangspunktet: ”Enhver har rett til ytringsfrihet”. Denne retten til å ytre seg er ikke ubegrenset. EMK art. 10 nr. (1) 3. punktum og 10 nr. 2 tillater inngrep i ytringsfriheten. I forhold til varslingsretten og kravet til ”forsvarlig” fremgangsmåte er det andre ledd som er relevant. For at inngrep etter art. 10 nr. 2 skal være tillatt må de være nødvendig i et demokratisk samfunn (”necessary in a democratic society”) bl.a. for å verne andres omdømme eller rettigheter eller for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet.

For at et inngrep skal være tillatt må det være foreskrevet ved lov. Art. 10 nr. 2 tillater altså inngrep i ytringsfriheten så lenge inngrepet har et legitimt formål, er basert på en forutberegnelig anvendelse av nasjonal rett (lovskravet) og er nødvendig i et demokratisk samfunn. Sistnevnte krav innebærer en proporsjonalitetsvurdering der de hensyn som taler for inngrep i ytringsfriheten må avveies mot inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten.

Det er antatt at ulovfestede normer utledet fra rettspraksis kan tilfredstille lovskravet i EMK art. 10.¹⁰⁹

I og med at et av de viktigste hensyn som ligger bak EMK art. 10 er å sikre et levende demokrati, vil inngrep overfor ytringer av allmenn interesse ramme ytringsfriheten spesielt hardt. Begrepet ”nødvendig” er en rettslig standard, og dette gjør det vanskelig å stille opp generelle og sikre prinsipper for hvilke inngrep som er tillatt. Når det gjelder varslingssituasjonen gjør hensynet til samfunnet eller allmennheten seg spesielt gjeldende, da det er viktig at kritikkverdige forhold blir gjort kjent.

Av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 19 følger det at enhver skal ha rett ytringsfrihet. Denne retten omfatter frihet til å søke, motta og meddele opplysninger og tanker av alle slag. For at inngrep eller begrensinger i denne retten skal være tillatt må de være fastsatt ved lov og være nødvendige av hensyn til respekten for andres rettigheter eller omdømme eller nødvendige av hensyn til beskyttelsen av den nasjonale sikkerhet, den alminnelige samfunnsorden (ordre public) eller den offentlige helse eller moral. De legitime formål som kan tillate inngrep i ytringsfriheten er langt på vei de samme formål som kan tillate inngrep etter EMK art. 10.

SP art. 19 nr 1 og 2 er bygget opp på samme måte som EMK art. 10. Det som skiller EMK og SP er bl.a. at rettspraksis etter EMK er langt mer omfattende og at EMK er en regional konvensjon, mens SP er global.¹¹⁰ Som etter lovskravet i EMK stilles det krav om tilgjengelighet og presisjon. De legitime formål er færre i SP art. 19, men mange av de formål som er nevnt i EMK art. 10 kan subsumeres inn under ”public order” (ordre public) og ”right of others”. Nødvendighetskravet innebærer også her at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering. SP art. 19 inneholder riktignok ikke noen referanse til

¹⁰⁹ Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet s. 200

¹¹⁰ Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet s. 238

”et demokratisk samfunn”. Kyrre Eggen er tvilende til om denne manglende referanse innebærer noen prinsipiell forskjellig vurdering i forhold til EMK art. 10.¹¹¹

Slik som i Grunnloven § 100 stilles det gjennom lovskravet i EMK art. 10 og SP art. 19 et krav om forutberegnelighet og derigjennom et krav om presisjon. Det må også foretas avveining av hensynene som taler for et inngrep mot de hensyn som ligger bak ytringsfriheten. Kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” må derfor avveies mot de hensyn som ligger bak ytringsfriheten slik som hensynet til demokratiet, den offentlige debatt osv.

På samme måte som ved avveiningen og vurderingen som må foretas etter Grunnloven for å avklare om et inngrep er tillatt, gjør de samme momenter og innvendinger seg gjeldende også her. Fordi begrepet ”forsvarlig” innebærer at det må foretas en skjønnsmessig avgjørelse, vil det være vanskelig for arbeidstakeren å forutberegne sin rettstilling, og det kan tenkes dette inngrepet i ytringsfriheten vil være i strid med EMK art. 10. Det kan hevdes at de hensyn som ligger bak dette inngrepet ikke er tungtveiende nok til å tillatte et slikt inngrep i ytringsfriheten.

I juridisk teori om dette lovskravet i EMK art. 10 fremgår det at en norm kan anses å tilfredsstillende presisjonskravet selv om den overlater et vidt skjønn til rettsanvenderen.¹¹² Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) kom i Vogt – saken¹¹³ til at de tyske regler om offentlig ansattes politiske lojalitetsplikt som var blitt presisert i rettspraksis tilfredsstilte lovskravet. Det kan også tenkes at lovbasert norm kan tilfredsstillende lovskravet dersom andre rettskildefaktorer i tilstrekkelig grad presiserer ordlyden.¹¹⁴ Det er sannsynlig at kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” vil tilfredsstillende lovskravet i EMK art. 10 og SP art. 19.

¹¹¹ Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet s.240

¹¹² Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet s. 207.

¹¹³ Vogt Judgement of 25 september 1995

¹¹⁴ Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet s. 207

Nødvendighetskravet i EMK art. 10 (2) innebærer en vurdering der de hensyn som begrunner inngrepet veies opp mot inngrepets konsekvenser for ytringsfrihet. De hensyn som etter EMK art. 10 (2) kan begrunne inngrep i ytringsfrihet, og som er aktuelle ved varsling, er hensynet til andres omdømme eller rettigheter og hensynet til at fortrolige opplysninger ikke blir røpet. Det kan hevdes at for eksempel hensynet til arbeidsgivers omdømme vil måtte vike for hensynet til ytringsfriheten og de allmenne hensyn som gjør seg gjeldende når det er tale om kritikkverdige forhold.

5.1.3.2 Internasjonale konvensjoner mot korrupsjon

FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003¹¹⁵ og Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 14. november 1999¹¹⁶ er to viktige konvensjoner på dette området. Ingen av disse konvensjonene er ratifisert av Norge, men sistnevnte er undertegnet.

Utenriksdepartementet fremmet 7. april 2006 St.prp.nr.49 (2005-2006) Om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003. Det foreligger nå en innstilling fra justiskomiteen til Stortinget (Innst.S.nr.188 (2005-2006)) om ratifikasjon av FN-konvensjonen mot korrupsjon hvor Stortinget samtykker til ratifikasjon av denne konvensjonen.¹¹⁷ I forbindelse med varslingssituasjonen er det spesielt art. 8 nr. 4 og 33 som er relevant.

Den norske oversettelsen av art. 8 nr. 4 lyder:

”Hver statspart skal og så vurdere, i samsvar med de grunnleggende prinsippene i sin nasjonale lovgivning, å treffe tiltak og opprette systemer for å legge til rette at offentlig tjenestemenn skal kunne melde fra om korrupsjonshandlinger til vedkommende myndigheter når de under utøvelsen av sine funksjoner blir oppmerksomme på slike handlinger”.

¹¹⁵ United Nations Convention against Corruption

¹¹⁶ Civil Law Convention on Corruption.

¹¹⁷ St.prp.nr.49 (2005-2006) s. 7

Den norske oversettelsen art. 33 lyder:

”Hver statspart skal vurdere å innarbeide i den nasjonale rettsorden hensiktsmessige tiltak for å beskytte enhver som i god tro og med rimelig grunn melder fra til kompetente myndigheter om straffbare forhold fastsatt med samsvar med denne konvensjon, mot uberettiget behandling”.

Art. 8 nr. 4 forplikter altså statene til å vurdere tiltak for å legge til rette for at offentlige tjenestemenn skal kunne melde fra om korrupsjonshandlinger til kompetent myndighet når de under utøvelsen av funksjoner blir oppmerksomme på slike handlinger. Gjennom art. 33 forplikters altså statene til å vurdere å innarbeide hensiktsmessige tiltak i nasjonal rettsorden for å beskytte mot uberettiget behandling av enhver som er i god tro og med rimelig grunn melder fra til kompetent myndighet om forhold som er straffbare etter konvensjonene.

Når det gjelder Europarådets sivilrettslige konvensjon er det spesielt art. 9 som er relevant i forhold til lovforslaget. Art. 9 etablerer et vern for dem som melder fra om korrupsjon. Denne bestemmelsen lyder slik:

”Partene skal i sin nasjonale lovgivning fastsette hensiktsmessig vern mot enhver uberettiget sanksjon for arbeidstakere som har rimelig grunn til å ha mistanke om korrupsjon og som i god tro melder fra om sin mistanke til ansvarlige personer eller myndigheter”.

Dette vernet er ment å være mot uberettigede sanksjoner som for eksempel oppsigelse eller unnlatt forfremmelse som skyldes at arbeidstakeren har varslet om korrupsjon.¹¹⁸

Slik bestemmelsene i FN-konvensjonen er utformet taler det for at det vedtatte § 2-4 m.v. oppfyller forpliktelsene etter konvensjonene. Europarådets sivilrettslige konvensjon

¹¹⁸ Høringsnotat – ratifikasjon av Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon.

inneholder en del skjønsmessige og fleksible begreper slik som ”hensiktsmessig” og ”uberettiget sanksjon”. Dette taler for at § 2-4 m.v. vil oppfylle forpliktelsene dersom denne konvensjonen ratifiseres.

5.1.4 Særlig om forholdet til svensk rett

I Innst.O.nr.100 (2004-2005) ble det gitt uttalelser om hvordan norsk lovregulering av varslingsretten burde være i forhold til det yringsfrihetsvernet svenske arbeidstakere nyter etter svensk rett.

Komiteens flertall (medlemmene fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet) uttalte at ”det kommende utredningsarbeid¹¹⁹ om nærmere regler for ansattes yringsfrihet og lojalitetsplikts grenser bør resultere i at norsk lovgivning minst får det samme yringsfrihetsvernet som gjelder for arbeidstakere i Sverige, som verner arbeidstakere mot at arbeidsgiver setter i gang tiltak for å finne ut hvem som har varslet offentligheten”.

På denne bakgrunn fremmet medlemmene fra Sosialistisk Venstreparti følgende forslag:

”Stortinget ber regjeringen om å utarbeide lovbestemmelser om ansattes yringsfrihet som gir arbeidstakerne et minst like omfattende vern for yringer som svenske arbeidstakere har i svensk lovgivning. Slik lovforslag legges frem for Stortinget innen utgangen av stortingssesjon 2005-2006”.¹²⁰

I svensk rett er det ingen bestemmelse som særskilt regulerer arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold, men vi finner omfangsrik og detaljert regulering av det grunnlovsmessige vernet av yringsfriheten. Svensk rett gir offentlige¹²¹ ansatte et sterkt yringsfrihetsvern.

¹¹⁹ Arbeidsgrupperapporten: Ansattes yringsfrihet.

¹²⁰ Innst.O.nr.100 (2004-2005) s. 28

¹²¹ Privat ansatte er ikke beskyttet mot inngrep fra arbeidsgiver etter disse lovene.

Vernet av ytringsfriheten er regulert i tre ulike typer regelsett.¹²² Hvilket regelsett som kommer til anvendelse bestemmes av hvilket medium ytringen blir fremsatt i.

Tryckfrihetsforordningen (TF) regulerer trykt skrift, men Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) verner ytringer i andre medier som for eksempel tv, radio osv. Dette fremkommer av 1. kap 1 § (YGL 1:1).

TF og YGL omfatter altså ytringer som skjer gjennom de medier eller ved hjelp av de teknikker som angis i disse lovene. Disse lovene er teknikkavhengig (medieavhengig)¹²³ i motsetning til den norske grunnlovsbestemmelsen som er medienøytral. En ulempe med en slik teknikkavhengighet påpekes i utredningen å være at det finnes en risiko for at kommunikasjon med ny teknikk kan falle utenfor grunnlovsvernet, at reguleringen blir komplisert og at det kan oppstå grensdragningsproblem.¹²⁴ En fordel med en slik teknikkavhengighet er at grunnlovsvernet som utgangspunkt er uavhengig av ytringens innhold. En svakhet ved at grunnlovsvernet er avhengig av ytringens innhold er at det åpner for skjønnsmessige avgjørelser, og mer uklarhet om grunnlovsvern foreligger.

Etter YGL og TF har offentlig ansatte en vid rett til å ytre seg i media gjennom debatter, artikler, avisinnlegg osv. De har en rett til å ytre seg overfor media uten å bli utsatt for gjengjeldelser fra arbeidsgiver. Offentlig ansatte har rett til å nekte å oppgi sin identitet til mediene, og det er straffbart for mottakeren å avsløre identiteten til varsleren. All form for etterforskning fra arbeidsgivers side for å finne ut hvem varsleren er, er forbudt. Dette kalles ”meddelarskyddet”. For trykte skrifs vedkommende er anonymitetsretten regulert i TF 3 kapittel 1 § og forbudet mot etterforskning i 4 §. Ved ytring gjennom media er anonymitetsretten regulert i YGL 2 kapittel 1 § og forbudet mot etterforskning i 4 §. Dette kalles ”meddelarskyddet”. Det virker som man i Sverige har prioritert lojalitet overfor allmennheten foran lojalitet overfor arbeidsgiver.

¹²² Regjeringsformen (RF), Tryckfrihetsforordningen (TF) og Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL)

¹²³ SOU 2006:96 s. 18-19

¹²⁴ SOU 2006: 96 s.20

Av dette kan man se at offentlig ansatte i svensk rett har en vidtrekkende ytringsfrihet, og et sterkt vern mot å bli utsatt for gjengjeldelser fra arbeidsgiver.

Det svenske vernet av offentlige ansatte er altså svært omfattende, og det legges også opp til en utvidelse av dette vernet. 15. november 2006 overleverte Tryck- og yttrandefrihetsberedningen sitt utredning ”Ett nytt grundlagsskydd for tryck- og yttrandefriheten”¹²⁵, hvor de inviterer til debatt.¹²⁶ Det blir uttalt at svakheter ved YGL og TF er at ny massekommunikasjon med ny teknikk kan falle utenfor grunnlovsbeskyttelsen, og at reguleringen er komplisert. ”Tryck- og yttrandefrihetsberedningen” har som oppdrag å behandle spørsmål om det med bakgrunn av den tekniske og mediale utviklingen er mulig å beholde dagens grunnlovsregulering.

Nye § 2-4 m.v. inneholder ikke en anonymitetsrett eller forbud mot å sette i gang etterforskning for å finne ut hvem som står bak varslingen. Arbeidsmiljøloven § 18–2 beskytter riktignok kilder som varsler Arbeidstilsynet om forhold som er i strid med arbeidsmiljøloven. Dette gir ikke tilstrekkelig vern da mange av de kritikkverdige forhold som det varsles om ikke er forhold som reguleres av arbeidsmiljøloven. Et eksempel på et slikt forhold er korrupsjon.

På enkelte områder vil altså norske arbeidstakere ikke ha det samme vernet som svenske arbeidstakere har etter svensk rett.

På den annen side verner ikke YGL eller TF privat ansatte. Reglene om ytrings- og meddelelsesfrihet og ”meddelarskyddet” gjelder ikke i privat sektor, slik at det i utgangspunktet er full avtalefrihet mellom arbeidstakere og private arbeidsgivere.¹²⁷ Privat ansatte må etter svensk rett dermed tåle større begrensninger i ytringsfriheten enn offentlig ansatte. Arbeidsmiljøloven omfatter både offentlig og privat ansatte. Når det gjelder norske privat ansatte vil de etter vedtakelsen av § 2-4 m.v. i arbeidsmiljøloven etter all

¹²⁵ SOU 2006:96

¹²⁶ Jfr. www.regeringen.se

¹²⁷ EMK er gjort til en del av svensk rett og vil dermed sette grenser for hva som kan avtales mellom private.

sannsynlighet ha et sterkere vern enn svenske arbeidstakere i privat sektor vil ha etter svensk rett.

Det kan likevel stilles spørsmål ved hvorfor man i Norge når man skal lovregulere ansattes ytringsfrihet ikke har gitt arbeidstakeren en rett til å være anonym eller etablert et forbud mot etterforskning fra arbeidsgivers side slik man som nevnt ovenfor har oppfordret til. Dette vil antakeligvis gi arbeidstakere et mer reelt vern.

5.2 Sammendrag og konklusjoner

Nye § 2-4 mv. i arbeidsmiljøloven gir samlet sett en styrkelse av varslingsretten. Dette gjelder både de særskilte reguleringer i form av omvendt bevisbyrde i § 2-4 tredje ledd, delt bevisbyrde i § 2-6, oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld, samt selve den symbolverdi eksistens av disse lovbestemmelsene vil ha.

Det er positivt at lovgiver i § 2–4 annet ledd annet punktum fastslår at varsling til tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter er tillatt. En slik klargjøring mener jeg vil ha fin informasjonsverdi overfor arbeidstakere som har oppdaget forhold av kritikkverdig art i virksomheten, og som dermed står overfor en potensiell varslings situasjon. En undersøkelse gjort av Norsk Respons på oppdrag fra Aftenposten i oktober dette året, viser at så godt som ingen vil gå til myndighetene dersom de oppdager forhold det er grunn til å slå alarm om. Dette viser behovet for en presisering av at slik varsling alltid er tillatt. Men en slik klargjøring vil antakeligvis terskelen for å kontakte tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter bli lavere.

Å pålegge arbeidsgiveren bevisbyrden for at varsling er skjedd i strid med bestemmelsen, er et viktig skritt for å gi arbeidstakeren et mer reelt vern ved varsling. Ved å ta inn et slikt krav om bevisbyrde tar man hensyn til det faktum at arbeidstakeren er den underordnede parten i arbeidsforholdet, og at det vil kunne være vanskelig å nå fram dersom det er

arbeidstakeren som må bevis at hun/han har varslet forsvarlig. Det er arbeidsgiver som oftest har best tilgang til virksomhetsrelaterte opplysninger, og som har best oversikt over forhold ved virksomheten. Av den grunn er det naturlig at arbeidsgiver må bevise at arbeidstaker har opptrådt i strid med bestemmelsen.

Det er positivt at man i § 2-5 første og andre ledd etablerer et forbud mot gjengjeldelser. Undersøkelsen i Aftenposten viser at 19 % er redd for personlige konsekvenser dersom de varsler om for eksempel mobbing, korrupsjon osv. 22 % av de offentlige ansatte er redd for konsekvensene, mens blant ansatte i privat sektor svarer 17 % det samme.¹²⁸ En undersøkelse gjort for Sykepleieforbundet i 2004 viste at 43 % fryktet represalier som følge av varsling.¹²⁹ Dette viser viktigheten at det i lovteksten er tatt inn et forbud mot gjengjeldelser kombinert med delt bevisbyrde.

Det kritiske punktet i nye § 2-4 er kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte” ved varsling på grunn av dets utpregede skjønnsmessig karakter. Den juridiske vurdering av om arbeidstaker har opptrådt forsvarlig må gjøres i ettertid, og det vil av den grunn gjøre det vanskelig for arbeidstaker å forutberegne sin rettsstilling. Den usikkerhet som dette kan medføre vil kunne føre til at arbeidstakere lar være å si ifra i frykt for ikke å ha gått frem på riktig måte og å bli utsatt for gjengjeldelser. Det foreligger etter § 2-6 første ledd et betinget vern mot gjengjeldelser ved at arbeidstakeren må ha varslet på forsvarlig måte for å nyte godt av vernet.¹³⁰

I forbindelse med kravet til ”forsvarlig fremgangsmåte” er det også en fare for at arbeidstakere strekker denne lojalitetsplikten lenger enn det rettslig sett er grunn til. Undersøkelsen i Aftenposten viser at arbeidstakere i svært stor grad er lojale mot arbeidsgivere. Hele 71 % vil først varsle egen ledelse dersom de oppdager kritikkverdige

¹²⁸ Svarene i undersøkelsen viser at de som frykter konsekvenser først og fremst er redd for mobbing/utfrysning (55 %) og karrierehindringer (49 %)

¹²⁹ Aftenposten 5. november 2006: ”Offentlige ansatte frykter mest”.

¹³⁰ Jfr. formuleringen ”varsler i samsvar med § 2-4”.

forhold. 15 % vil først kontakte kollegaer/andre ansatte. De aller fleste vil altså varsle internt først. Dette kan tale for at vernet burde vært ytterligere styrket.

Dersom kravet fører til at arbeidstakere lar være å varsle til offentligheten om kritikkverdige forhold på grunn av frykt for ikke å ha gått frem forsvarlig, vil det kunne være i strid med de hensyn som begrunner yringsfriheten i Grunnloven § 100 og de forutsetninger som er kommet til uttrykk i forarbeidene. Det er hensynet til arbeidsgivers interesser som er bakgrunnen for å ta inn dette kravet i lovteksten. Dersom forklaringer og forutsetninger i lovforarbeidene med hensyn til hva som ligger i ”forsvarlig fremgangsmåte” blir opprettholdt, kan det føre til at hensynet til arbeidstaker, samfunnet og den offentlige debatt ikke blir tillagt tilstrekkelig vekt. Dette kan føre til at kravet om ”forsvarlig fremgangsmåte” ikke er i tråd med de krav Grunnloven § 100 stiller til tyngden av de hensyn som kan tillate inngrep i yringsfriheten. Dersom disse forklaringene opprettholdes med henhold til hva som kreves for å ha gått frem på forsvarlig måte, kan det stilles spørsmål enkelte av disse krav kan være i strid med Grunnloven. Det er spesielt uttalelsen i Ot.prp.nr.84 (2005-2006) om det ved offentlig varsling skal legges stor vekt på om arbeidstaker har varslet internt først som kan være i strid med Grunnloven § 100. Det kan stilles spørsmål ved om begrepet ”forsvarlig fremgangsmåte” er tilstrekkelig klart i henhold til de krav Grunnloven § 100 stiller til klarheten av de inngrep eller begrensninger som gjøres i yringsfriheten.

Oppfordringen om et vern av varslere på linje med det svenske har ikke blitt fulgt opp i § 2-4 m.v., jfr. avsnitt 5.1.4. Dette innebærer at svenske arbeidstakere ansatt i offentlig sektor fremdeles har et sterkere vern ved varsling enn det som gjelder for norske arbeidstakere etter norsk rett.

I tillegg til en lovregulering er det også viktig at det lokalt i virksomhetene finnes eller utvikles en kommunikasjonskultur der det er en selvfølge at arbeidstakere sier ifra når de oppdager kritikkverdige forhold.

Lillesand kommune har for eksempel i sitt informasjonsreglement regler om ansattes ytringsfrihet som gir arbeidstakere en vid adgang til å varsle til media innenfor grenser som følger av lovbestemt taushetsplikt, uten at kommunen kan etterforske eller anmelde ansattes kontakt med media.¹³¹ Kommunen ønsker mest mulig innsikt for allmennheten i kommunens virksomhet.

På bakgrunn av de uttalte intensjoner under lovforarbeidet både til Grunnloven § 100 og arbeidsmiljøloven, er det ingen tvil om at man med en lovregulering har ønsket å styrke ansattes ytringsfrihet, herunder arbeidstakeres rett til å varsle om kritikkverdige forhold. Ved å ta inn et krav om ”forsvarlig fremgangsmåte” kan konsekvensen bli at man ikke får den ønskede styrking av varslere som er forutsatt i lovforarbeidene. De strenge krav Grunnloven § 100 stiller for inngrep i ytringsfriheten, de uttalte intensjoner og de spesielle forhold som gjør seg gjeldende i varslings situasjonen, vil etter mitt syn gjøre det nødvendig med en utvidende tolkning av nye § 2-4 m.v. for ikke å komme i strid med disse overordnede hensyn.

6 Et styrket vern for varslere

For i det minste å komme på linje med det vernet som svenske arbeidstakere har etter svensk rett, burde man i loven innta et forbud for arbeidsgiver å sette i gang tiltak for å finne ut hvem som står bak varslingen og en rett for arbeidstaker til å være anonym ved varsling. Dette bør gjelde både intern og ekstern varsling. En slik anonymitetsrett antakeligvis føre til at det vil føles tryggere for arbeidstaker å si ifra, og at flere kritikkverdige forhold vil komme frem.

¹³¹ www.lillesandkommune.no

Det viktigste skrittet for å gi varslere et styrket vern er å fjerne kravet til "forsvarlig fremgangsmåte". På den måten vil man få en bestemmelse som er mer i tråd med Grunnloven § 100 og man vil styrke ansattes rett til å varsle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen slik man har forutsatt at nye § 2-4 m.v. skulle gjøre.

Litteraturliste

Litteratur

- Jakhelln, Henning Oversikt over arbeidsretten. 4.utgave
- Jakhelln, Henning og Aune, Helga Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven. 2. utgave. Oslo 2006
- Eggen, Kyrre. Ytringsfrihet. Oslo 2002
- Eckhoff, Torstein Rettskildelære.5.utgave ved Jan Helgesen.
- Skivenes, Marit og Trygstad, Sissel Varslere. Om arbeidstakere som sier ifra! 1. utgave 2006

Artikler

- Eggen, Kyrre Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker? Arbeidsrett nr.1/2004
- Jakhelln, Henning Whistleblowers. Om det foreslåtte forbud mot gjengjeldelser mot arbeidstaker ”som på lojal måte varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten”. Foredrag på Arbeidsmiljødagene i Trondheim 26. mai 2005
- Jakhelln, Henning Ytringsfrihet i arbeidsforhold. Arbeidstakere – samfunnsengasjerte borgere, betrodde og innsiktsfulle medarbeidere – eller kranglebøtter, bråkmakere og angivere? TemaNord 2004:509. Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern s. 47-128. Nordisk Ministerråd (1. februar 2004)

Lover

1814	Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grunnloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62: om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 12 : Lov om helsepersonell (helsepersonelloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 : Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Forarbeider mv.

Innst.O.nr.6 (2006-2007)	Innstilling til Odelstinget fra arbeids – og sosialkomiteen
Innst.O.nr.100 (2004-2005)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget – et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
Ot.prp.nr.84 (2005-2006)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
Ot.prp.nr.24 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Arbeidsgrupperapport av 21. desember 2005: Ansattes yringsfrihet.	
NOU 1999:27	Ytringsfrihet bør finde Sted
St.mld.nr.26 (2003-2004)	Om endring av Grunnloven § 100
Forhandlinger i Stortinget 30. september 2004 s. 3583-3605	

Innst.S.nr.188 (2005-2006) Om ratifikasjon av FN – konvensjonen mot korrupsjon
St.prp.nr.49 (2005-2006) Om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen mot
korrupsjon av 31. oktober 2003

Henning Jakhellns høringsuttalelse 17. mars 2006

Uttalelse fra Henning Jakhelln til arbeids – og sosialkomiteen 21. september 2006 (kan
finnes på <http://folk.uio.no/hejakhel/full/html>)

Internasjonale konvensjoner:

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
Rome, 4 November 1950

Norsk tittel: Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende
friheter (EMK)

International Covenant on Civil and Political rights of 16 December 1966

Norsk tittel: Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

United Nations Convention against Corruption

Norsk tittel: De forente nasjoners konvensjon mot korrupsjon av 31. oktober 2003

Civil Law Convention on Corruption

Norsk tittel: Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 14. november 1999

Utenlandske lover og offentlige dokumenter:

Sverige:

1991 Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1949 Tryckfrihetsforordning (1949:105)

SOU 2006:96 Ett nytt grundlagsskydd for tryck – og yttrandefriheten?

Storbritannia:

1998 Public Disclosure Act 1998 (PIDA)

Høringsnotat – ratifikasjon av Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon

Dommer:

Norsk Retstidende (Rt.):

Rt.2003 s. 1614

Rt.1990 s. 607

Rt.1979 s. 770

Rettens gang (RG):

RG 2002 s. 780

Dommer og kjennelser fra Arbeidsretten (ARD):

ARD 1978 s. 65

ARD 1986 s. 189

EMD:

Eur.Court.H.R.Vogt Judgement of 25 september 2005

Uttalelser fra Sivilombudsmannen:

Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2006-530

Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2005-436

Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2005-887

Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2004-1394

.

Avisartikler:

”Vern i strid med Grunnloven?”, VG 16. november 2006

”Offentlig ansatte frykter mest”, Aftenposten 5. november 2006

Elektroniske kilder:

www.advarsel.no

www.stortinget.no

www.regeringen.se

www.lillesandkommune.no

<http://folk.uio.no/hejakhel/full/html>

