

FORSVARLIG VARSLING

Vår 2007

Kandidatnummer: 348

Veileder: Jan Fougner

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17 902 ord

23.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Avgrensning og grunnbegreper	4
1.2.1	Avgrensning	4
1.2.2	Grunnbegreper	5
1.2.3	Materiale og metode	7
1.3	Varslingsreglens virkeområde	9
1.3.1	Varslingsreglens saklige virkeområde	9
1.3.2	Varslingsreglens virkeområde i tid	12
1.3.3	Varslingsreglens geografiske virkeområde	14
1.4	Plan for fremstillingen	14
<u>2</u>	<u>YTRINGSFRIHET I ARBEIDSFORHOLD</u>	<u>15</u>
2.1	Ytringsfrihet og lojalitetsplikt	15
2.1.1	Innledning	15
2.1.2	Ytringsfrihetens begrunnelse	16
2.1.3	Ytringsfrihet er utgangspunktet	17
2.1.4	Lojalitetsplikt i arbeidsforhold	17
2.1.5	Forholdet mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt	19
2.2	Personvernreglene som skranke for arbeidstakers ytringsfrihet	22
2.3	Arbeidsgivers reaksjon – saklighetskravet	23
2.4	Sammenhengen mellom ytringsfrihet, lojalitetsplikt og kravet om forsvarlig fremgangsmåte	23

2.5	Internasjonale regler og andre lands rett	24
2.5.1	Konvensjonsbaserte regler	24
2.5.2	Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon	25
2.5.3	EU/ EØS	25
2.5.4	Andre lands rett	26
3	<u>FORSVARLIG VARSLING</u>	29
3.1	Forsvarlighetsvurderingen	29
3.1.1	Kretsen av mottakere	30
3.1.2	Skade eller skaderisiko	33
3.1.3	Forsvarlig grunnlag	35
3.1.4	Allmenn interesse	37
3.1.5	Intern varsling først	39
3.1.6	Varslerens motiv	42
3.1.7	Hensiktsmessig virkemiddel	43
3.1.8	Varslerens posisjon og stilling i virksomheten	44
3.1.9	Uttrykksform og språkbruk	45
3.1.10	Arbeidstaker som mottar råd i forbindelse med varsling	48
3.2	Typetilfeller	50
3.2.1	Varsling som alltid er forsvarlig	50
3.2.2	Forsvarlighetskravet ved intern varsling	53
3.2.3	Forsvarlighetskravet ved offentlig varsling	56
3.2.4	Anonym varsling	60
4	<u>DISKUSJON OG KONKLUSJON</u>	63
4.1	Kommentar til valget av en generell og skjønnsmessig bestemmelse	63
4.2	Arbeidstakeres motivasjon for varsling	65
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	68
6	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTER</u>	71

7	<u>TRAKTATREGISTER</u>	73
8	<u>DOMSREGISTER</u>	74
9	<u>VEDLEGG 1: SARBANES-OXLEY ACT (UTDRAG)</u>	I
10	<u>VEDEGG 2: PUBLIC INTEREST DISCLOSURE ACT (UTDRAG)</u>	IV

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Arbeidsmiljølovens regler om varsling¹ trådte i kraft 1.januar 2007. § 2-4 lyder

(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.

Etter bestemmelsen har arbeidstaker rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Fordi varsling noen ganger kan være mer til skade enn til nytte, stilles det i loven krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling skal være forsvarlig. Formålet med denne oppgaven er å undersøke innholdet i forsvarlighetskravet.

Spørsmålet om kravet om forsvarlig fremgangsmåte er oppfylt, beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering, der en rekke momenter er relevante. I realiteten er denne vurderingen en avveining av noen få, underliggende hensyn. Alle norske borgere har ytringsfrihet, også arbeidstakere. Ytringsfriheten er begrunnet både i hensynet til enkeltmenneskets utfoldelse og i hensynet til samfunnets opplysning. Kunnskap om ulike sider ved samfunnet, også om forhold i virksomhetene, er en forutsetning for et

¹ §§ 2-4, 2-5, 3-6, 13-8 og 13-9.

velfungerende demokrati. Men hensynet til virksomhetens interesser kan noen ganger danne grunnlag for begrensninger i ytringsfriheten. Grunnløse beskyldninger eller offentlig omtale av rent interne forhold kan påføre stor skade. I mange tilfeller omhandler varsling ikke bare virksomheten som sådan, men også enkeltpersoner. For dem kan påstander om kritikkverdig forhold eller sterk offentlig eksponering oppleves som svært belastende. Kravet om forsvarlig fremgangsmåte innebærer at alle disse hensynene skal ivaretas på best mulig måte.

Utgangspunktet er at arbeidstaker har rett til å varsle, derfor er det arbeidsgiver som har bevisbyrden for at varsling *ikke* er forsvarlig.² Gjengjeldelser mot arbeidstaker som varsler er forbudt.³ Arbeidsgiver har i tillegg, når forholdene tilsier det, plikt til å legge til rette for varsling internt i virksomheten.⁴

Lovfestingen av retten til å varsle er en presisering av arbeidstakers ytringsfrihet på et begrenset område. Som alle andre borgere har arbeidstakere i utgangspunktet full ytringsfrihet.⁵ Det er begrensningene i denne som krever særlig rettslig grunnlag.⁶ Arbeidstakers plikt til å være lojal mot sin arbeidsgiver er en slik begrensning. Den generelle lojalitetsplikten er ikke hjemlet i lov,⁷ men det må legges til grunn at den foreligger på ulovfestet grunnlag.⁸ Kravet om forsvarlig fremgangsmåte ved varsling har svært mange fellestrekk med avveiningen av ytringsfrihet og lojalitetsplikt, og de

2 Arbeidsmiljøloven § 2-4 (3).

3 Arbeidsmiljøloven § 2-5.

4 Arbeidsmiljøloven § 3-6.

5 Grunnloven § 100, EMK art 10.

6 Eggen (2004) side 4.

7 Fougner og Holo (2006) side 793.

8 Andersen (1967) side 136.

bakenforliggende hensyn er i stor grad de samme. Varsling som fant sted før varslingsreglene trådte i kraft, og ytringer som av ulike grunner ikke omfattes av disse bestemmelsene, må vurderes på grunnlag av ytringsfriheten begrenset av lojalitetsplikten. Denne oppgaven vil derfor også gi en kortfattet oversikt over forholdet mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Som nevnt tilsier også hensynet til den eller de personer som omtales at det legges begrensninger på arbeidstakeres ytringsfrihet generelt, og rett til å varsle spesielt. De hensyn som ligger til grunn for personvernreglene vil også være av betydning i vurderingen av om forsvarlighetskravet er oppfylt.⁹

Varslingsproblematikken har vært gjenstand for stor oppmerksomhet, både fra partene i arbeidslivet, og i media. Store og profilerte foretak både i utlandet, som Enron¹⁰, og her i Norge, som Siemens¹¹, har havnet i offentlighetens søkelys i forbindelse med varsling fra ansatte. Slike saker medfører gjerne negativ omtale og tapt anseelse for virksomheten, i tillegg til at de kan være svært belastende for den som varsler. Det er bred enighet om at for eksempel korrupsjon og miljøkriminalitet må bekjempes, og vern om arbeidstakere som varsler om denne typen forhold kan være et middel for å nå det målet. Undersøkelser¹² viser at arbeidstakere i liten grad varsler om kritikkverdige forhold de kjenner til i virksomheten. Fra lovgivers side er en sentral intensjon bak varslingsreglene å legge bedre til rette for varsling. Det er ansett som et større problem at arbeidstakere tier om kritikkverdige forhold enn at de varsler urettmessig.¹³ Samtidig er det klart at også virksomhetene har et behov for beskyttelse, som kravet om forsvarlig varsling skal ivareta. Forsvarlighetskravet slik det er formulert i loven, gir imidlertid i seg selv liten veiledning.

9 Flesland (2007).

10 Larsen (2005).

11 Oslo Tingretts dom 2004-99016.

12 Skivenes og Trygstad (2005) side 58.

13 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 46.

1.2 Avgrensning og grunnbegreper

1.2.1 Avgrensning

Reglene om varsling i arbeidsforhold gir grunn til å reise en lang rekke problemstillinger, men omfanget av denne oppgaven tillater ikke en generell drøftelse av varslingsproblematikken. Det innebærer at forbudet mot gjengjeldelse, bevisbyrdereglene og reglene om tilretteleggelse for varsling ikke vil bli behandlet. Det er videre kun den individuelle varslingsretten som vil bli drøftet. De tilfeller der arbeidstakere kollektivt benytter sin ytringsfrihet, for eksempel når fagforeninger fremmer de organisertes syn på et bestemt spørsmål, omfattes dermed ikke. De rettslige rammer for arbeidstakers uttalelser på arbeidsgivers vegne vil heller ikke bli behandlet.

Arbeidstakers ytringsfrihet er begrenset ikke bare formelt, men også reelt. For eksempel kan økonomiske og sosiale forhold ligge til grunn for at den ansatte legger bånd på seg.¹⁴ I denne oppgaven er det imidlertid bare de rettslige rammene for retten til å varsle som vil bli undersøkt, selv om disse ikke alene er bestemmende for omfanget av varsling i arbeidsforhold.

Lovfestingen av retten til å varsle får ikke konsekvenser for lovbestemt taushetsplikt. Derimot vil det ikke være tillatt å innskrenke arbeidstakers rett til å varsle med instruks eller avtale om taushetsplikt.¹⁵ Det vil ut over dette ikke bli gjort rede for forholdet mellom taushetsplikt og varslingsrett.

¹⁴ Eskeland (1982) side 853.

¹⁵ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 42.

Oppgavens problemstilling er altså hva som ligger i lovens¹⁶ krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig.

1.2.2 Grunnbegreper

Innledningsvis er det hensiktsmessig å avklare noen grunnleggende begreper som vil bli brukt i oppgaven. Det er nødvendig for at både problemstillingene og drøftelsene skal bli så presise som mulig.

1.2.2.1 Varsling

Varslingsbegrepet omfatter ikke alle ytringer i arbeidsforhold. ”Varsling” finner sted når en arbeidstaker ytrer seg om et kritikkverdig forhold i virksomheten.¹⁷

1.2.2.2 Ytring

En ”ytring” kan defineres som formidling av informasjon eller ideer (meninger).¹⁸ En ytring trenger ikke være verbal. Også ikke-verbale uttrykk omfattes, som for eksempel når en person formidler meningsinnhold gjennom bilder, klesdrakt, kroppsspråk eller fysisk tilstedeværelse på et møte eller under en demonstrasjon. I forbindelse med arbeidstakers ytringsfrihet generelt kan selvsagt spørsmålet om for eksempel arbeidstakers rett til valg av klesdrakt komme på spissen, men varsling vil som oftest skje verbalt. En handling som formidler meningsinnhold ved hjelp av språk vil praktisk talt alltid være en ytring.¹⁹ Derfor vil begrepet også omfatte for eksempel overlevering av dokumenter, selv om varsleren selv ikke har skrevet det som står i dem.

1.2.2.3 Kritikkverdige forhold

Et grunnleggende vilkår for at arbeidstakers ytring skal omfattes av reglene om varsling, er at den gjelder et ”kritikkverdig forhold”. Dette er en rettslig standard, noe som innebærer at

¹⁶ Arbeidsmiljøloven § 2-4 (2).

¹⁷ Arbeidsmiljøloven § 2-4 (1).

¹⁸ NOU 1999:27 side 26.

¹⁹ Eggen (2002) side 680.

den viser til et forhold utenfor regelen, nemlig hva som til enhver tid vurderes som kritikkverdig. Dette kan forandre seg over tid og avhengig av situasjonen for øvrig. Kriminelle forhold og brudd på lovbestemmelser som ikke er straffesanksjonerte, er uten videre kritikkverdig. Vurderingen av om det foreligger et ”kritikkverdig forhold” er vanskeligere når det er en etisk norm som er brutt. Stadig flere virksomheter utarbeider etiske retningslinjer. Når disse er entydige, skriftlige og gjort kjent for ledelse og ansatte, vil brudd på dem normalt være kritikkverdig, og dermed kunne bli gjenstand for varsling. I tillegg omfattes brudd på etiske standarder som ikke er nedfelt skriftlig, men som har bred tilslutning i samfunnet.²⁰ Det er selvsagt vanskelig å fastlegge innholdet i allment aksepterte etiske normer, på samme måte som det for eksempel kan være vanskelig å bringe på det rene hva som er den alminnelige rettsfølelse. I den grad det er klart at allment akseptert etisk norm er brutt, må det antakelig kreves at forholdet er av en viss alvorlighetsgrad. For eksempel kan neppe brudd på normal dannelse kunne være gjenstand for varsling.

1.2.2.4 Virksomheten

Varslingsreglene gjelder kritikkverdige forhold i ”virksomheten”²¹. Virksomhetsbegrepet kan defineres som de driftsmessige aktiviteter som ledes av en arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme.²² Aktivitetene må ha en viss varighet og stabilitet og ikke være rent ubetydelig.²³ Virksomheten kan være knyttet til et geografisk sted eller spredt utover. En arbeidsgiver kan også drive flere virksomheter. Virksomhetsbegrepet brukes i både offentlig og privat sektor.

²⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 50.

²¹ Arbeidsmiljøloven § 2-4 (1).

²² Jakhelln (2006) side 24.

²³ Fougner og Holo (2006) side 54.

1.2.2.5 Arbeidstaker

Retten til varsle, og plikten til å gå forsvarlig frem, retter seg mot den som er ”arbeidstaker”.²⁴ Arbeidstakerbegrepet defineres²⁵ som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”.²⁶ I oppgaven brukes begrepet ”ansatt” synonymt med ”arbeidstaker”.

1.2.2.6 Arbeidsgiver

Pliktsubjektet etter varslingsreglene er ”arbeidsgiver”.²⁷ ”Arbeidsgiver” defineres²⁸ som enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. ”Arbeidsgiver” er ikke det samme som leder i virksomheten, selv om det kan de to rollene kan innehas av samme person, for eksempel når eier av en liten bedrift også er daglig leder. ”Arbeidsgiver” kan være en fysisk eller juridisk person.²⁹

1.2.3 Materiale og metode

1.2.3.1 Oppgavens metode

Formålet med oppgaven er å undersøke et spørsmål i gjeldende norsk rett. Det er derfor rettsdogmatisk metode som vil bli benyttet. De relevante kildene, som lov, forarbeider, rettsavgjørelser og juridisk litteratur, må identifiseres, tolkes og veies.

Selv om oppgavens problemstilling er et spørsmål i norsk rett, er varsling et tema med internasjonal aktualitet. Utformingen av de rettslige grunnlag varierer fra land til land, men den faktiske problemstillingen er i stor grad den samme. Derfor er det naturlig å også se hen til hvordan spørsmålet er løst rettslig, særlig i de nordiske land, som har rettsystemer

²⁴ Arbeidsmiljøloven § 2-4.

²⁵ Arbeidsmiljøloven § 1-8 (1).

²⁶ Se Fougner og Holo (2006) side 95 flg.

²⁷ Arbeidsmiljøloven § 2-1.

²⁸ Arbeidsmiljøloven § 1-8 (2).

²⁹ Fougner og Holo (2006) side 94.

som ligner vårt eget. Det foreligger også flere konvensjonsbaserte bestemmelser som er relevante for spørsmålet om arbeidstakers yringsfrihet i norsk rett.

1.2.3.2 Kilder

Varslingsreglene er hjemlet i arbeidsmiljøloven, som er ufravikelig.³⁰ Partene i arbeidslivet har altså ikke anledning til å inngå avvikende avtaler. Forsvarlighetskravet i lovteksten har fått en generell og skjønsmessig utforming. Derfor er det helt nødvendig å se hen til andre kilder for å fastlegge innholdet i lovens krav.

Grunnloven § 100 om yringsfrihet er en kilde som både kan kaste lys over innholdet av forsvarlighetskravet og utgjøre det rettslige grunnlag i de tilfellene da varslingsreglene ikke kommer til anvendelse. Også bestemmelser i arbeidsmiljøloven og andre lover, som likestillingsloven, er relevante.

På yringsfrihetens område spiller folkerettslige regler en sentral rolle, særlig Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10. Den rettskildemessige vekten av folkerettslige regler er selvsagt størst i den grad de er inkorporert i norsk rett,³¹ men også andre regler kan tillegges vekt i tråd med presumsjonsprinsippet, som tilsier at man ved tolkning av norske rettsregler skal velge den tolkningen som best samsvarer med folkeretten.³²

Som nevnt innledningsvis er et problem i forbindelse med tolkning av varslingsbestemmelsene at de er så nye at det ennå ikke har dannet seg noen praksis rundt dem. Det foreligger i skrivende stund ingen rettsavgjørelser der disse bestemmelsene kommer til anvendelse. Selv om det som et utgangspunkt må antas at reglene om varsling i arbeidsmiljøloven innebærer en viss materiell endring i rettsstilstanden, utelukker ikke det at

30 Arbeidsmiljøloven § 1-9, jf Fougner og Holo (2006) side 120 flg.

31 Jf Menneskerettsloven § 2.

32 Jakhelln (2006) side 84.

eldre rettsavgjørelser om arbeidstakers ytringsfrihet er av relevans for innholdet i forsvarlighetskravet.

Forarbeidene til varslingsreglene er en av de mest sentrale kildene til innholdet i forsvarlighetskravet. I tillegg må blant annet forarbeidene til den nye Grunnloven § 100³³ tillegges vekt.

Ulovfestet rett spiller også en sentral rolle på varslingsområdet, særlig det ulovfestede prinsipp om lojalitet i arbeidsforhold.³⁴

Som tidligere nevnt er varsling i arbeidsforhold et fenomen av stor aktualitet. Det medfører at det er produsert noe juridisk litteratur omkring de nye reglene.

1.3 Varslingsreglenes virkeområde

1.3.1 Varslingsreglenes saklige virkeområde

Arbeidstakere har rett til å varsle, men retten gjelder bare ”kritikkverdige forhold i virksomheten”.³⁵ Et sentralt spørsmål er om det kritikkverdige forhold gjelder samme virksomhet som den arbeidsgiver er ansatt i. Virksomhetens identitet kan være ulik i forhold til forskjellige rettsspørsmål. For eksempel er ikke nødvendigvis innholdet i virksomhetsbegrepet³⁶ det samme i forhold til reglene om virksomhetsoverdragelse som i forhold til reglene om plikt til å tilby annet passende arbeid.³⁷ Spørsmålet om virksomhetens identitet er særlig aktuelt i konsernforhold, for eksempel når en ansatt i et datterselskap får kjennskap til kritikkverdige forhold i morselskapet. En rekke

33 NOU 1999:27 og St.meld.nr.26 (2003-2004).

34 Andersen (1967) side 136.

35 Arbeidsmiljøloven § 2-4 (1).

36 Arbeidsmiljøloven § 16-1, jf Fougner og Holo (2006) side 890.

37 Arbeidsmiljøloven § 15-7, jf Fougner og Holo (2006) side 801.

lovbestemmelser likestiller forhold i selskaper innen samme konsern med forhold innad i et selskap.³⁸ I forbindelse med varsling er det grunn til å anta at enheter med nære bånd til hverandre normalt vil bli behandlet som en virksomhet. Selskap innenfor samme konsern vil ha felles toppledelse og i stor grad felles interesser. Varsling kan gi styringsinformasjon,³⁹ og det er klart en fordel for ledelsen å få slike opplysninger fra alle deler av konsernet. Et konsern vil også ofte ha et felles apparat av tillitsvalgte, som kan spille en sentral rolle i forbindelse med varsling, felles etiske retningslinjer, og vil kanskje også etablere felles rutiner for intern varsling⁴⁰.

I offentlig virksomhet må arbeidstaker som et minimum kunne varsle om forhold i samme forvaltningsorgan. Formålsbetraktninger taler for at varslingsretten også gjelder kritikkverdige forhold i andre organer, i alle fall når arbeidsgiver er samme rettssubjekt. På samme måte som i konsernforhold vil arbeidsgiver kunne gjøre nytte av varsling som styringsinformasjon. Det foreligger flere rettsavgjørelser der kommunen som arbeidsgiver har blitt vurdert som en virksomhet, blant annet i forbindelse med oppsigelsesvern⁴¹ og overtidsbetaling.⁴²

Det kan antakelig legges til grunn at det må være saklig sammenheng mellom virksomhetens formål og det kritikkverdige forhold. Forholdet trenger åpenbart ikke å være *i samsvar* med formålet, fordi varsling er et virkemiddel mot forhold som ikke tjener virksomhetens legitime interesser. Forarbeidene gir liten veiledning, men angir at arbeidstakeren må ha fått kjennskap til det kritikkverdige forhold i kraft av sitt

38 Se for eksempel aksjeloven § 8-7 og merverdiavgiftsloven § 12.

39 St.meld.nr.26 (2003-2004) side 110.

40 Arbeidsmiljøloven § 3-6

41 Rt 1998 side 1357.

42 Rt 1997 side 623.

ansettelsesforhold.⁴³ Dette må antakelig tolkes slik at opplysninger den ansatte har fått som privatperson ikke er omfattet, det samme vil være tilfellet for opplysninger som gjelder privatlivet til andre arbeidstakere. At for eksempel lederen i virksomheten kjører med promille på fritiden, er således normalt ikke omfattet av varslingsretten. At en ansatt, særlig en leder, begår alvorlig kriminalitet, vil nesten alltid være egnet til å svekke tilliten til virksomheten. Likevel vil antakelig ikke forholdet være omfattet av varslingsretten med mindre det har saklig sammenheng med virksomhetens formål. At arbeidstakeren som privatperson kan anmelde kriminelle forhold til politiet, er en annen sak. Men det er en glidende overgang mellom private anliggender og forhold i virksomheten. Dersom for eksempel lederen i Trygg Trafikk kjører med promille, vil det på grunn av stillingens art antakelig være en viss sammenheng mellom handlingen og virksomhetens formål.

Når arbeidstaker sitter som ansattrepresentant i virksomhetens styre, er spørsmålet om forhold han eller hun får kjennskap i den anledning, kan være gjenstand for varslingsrett. I forarbeidene oppstilles det altså et vilkår om at varslingsrett må omhandle forhold arbeidstakeren har fått kjennskap til i "kraft av sitt ansettelsesforhold", i motsetning til opplysninger som er "allment tilgjengelige".⁴⁴ Det taler for at varslingsretten ikke er strengt begrenset til opplysninger den ansatte har fått gjennom sitt primære arbeid, men at den gjelder informasjon om virksomhetens indre liv som bare de som arbeider der har tilgang til. Arbeidstakeren innehar i slike tilfeller styreverv nettopp i kraft av ansettelsesforholdet. Det er altså grunn til å tro at arbeidstakere har rett til å varsle om kritikkverdige forhold de får kjennskap til gjennom verv i virksomhetens styre.

Personer som får kjennskap til kritikkverdige forhold i virksomheten, men som ikke er ansatt i den, er ikke beskyttet av bestemmelsene om varslingsrett.

⁴³ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 38.

⁴⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 37.

1.3.2 Varslingsreglenes virkeområde i tid

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 2-4 tilsier at arbeidstaker bare har rett til å varsle i det tidsrommet da han eller hun utfører arbeid.⁴⁵ Et spørsmål er om bestemmelsene omfatter varsling i oppsigelsestiden, ved umiddelbar fratredelse eller etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Problemstillingen er ikke upraktisk. For det første vil belastningen for arbeidstaker ved å varsle i alvorlige tilfeller være så stor at han eller hun ønsker selv å avslutte arbeidsforholdet, eller vente med å varsle til arbeidsforholdet av andre grunner er avsluttet. En tidligere arbeidstaker kan være kilde til informasjon som hensynet til allmennheten tilsier at skal komme fram i lyset. Han eller hun kan også bli utsatt for gjengjeldelse fra arbeidsgivers side, i form av nektelse av attest og referanser, og andre tiltak som er egnet til å ødelegge den tidligere arbeidstakerens videre yrkeskarriere. Også slike uformelle virkemidler kan være gjengjeldelse i lovens forstand.⁴⁶ Illustrerende for problemstillingen er Eskeland/Stabell-saken, der en tidligere oljeverninspektør i Statens forurensningstilsyn sa opp sin stilling og gjorde kjent at han mente oppbygningen av oljevernberedskapen bygde på sviktende faglig grunnlag. Dette var den reelle grunnen til at han senere ikke ble ansatt som konsulent i Arbeidstilsynet.⁴⁷

Det rettslige utgangspunkt er at arbeidsmiljølovens regler gjelder i alle faser av arbeidsforholdet. Spørsmålet om varslingsreglenes virkeområde i tid er ikke behandlet i forarbeidene, noe som tyder på at det ikke har vært lovgivers hensikt at varslingsreglene skal ha et snevrere anvendelsesområde. Det er altså grunn til å anta at arbeidstakere har rett til å varsle også i oppsigelsestiden.

Spørsmålet er videre om varslingsretten gjelder etter at arbeidsforholdet er avsluttet, altså etter at også eventuell oppsigelsestid er over. Det må legges til grunn at en så utvidende

45 Arbeidsmiljøloven § 1-8 (1).

46 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) Side 52.

47 Eskeland (1982) side 872.

tolkning av arbeidstakerbegrepet forutsetter klare holdepunkter. Selv om lojalitetsplikten gjelder også etter at arbeidsforholdet er avsluttet,⁴⁸ kan det ikke derav slutes at retten til å varsle har samme virkeområde i tid. Som det vil bli gjort nærmere rede for, har ytringsfriheten begrenset av lojalitetsplikten et langt videre anvendelsesområde enn varslingsbestemmelsene. At retten til å varsle ikke gjelder etter arbeidsforholdets avslutning, er imidlertid ikke særlig dramatisk, da ytringsfriheten uansett vil gi beskyttelse.

Spørsmålet om ytringsfrihet etter arbeidsforholdets avslutning kom opp i Trondheim byretts avgjørelse av 8. august 1988.⁴⁹ En sjømann som hadde uttalt seg sterkt kritisk mot rederiet i et avisintervju, mistet retten til gjeninntreden i stilling. Påstandene ble ansett som grunnløse og på grensen til injurierende. Dommen har begrenset rettskildemessig vekt, men det er interessant å merke seg at retten la til grunn at lojalitetsplikten som skranke for ytringsfriheten ikke gjør seg like sterkt gjeldende etter arbeidsforholdets avslutning. Mens det er relativt klart at lojalitetsplikten kan være til hinder for at tidligere arbeidstaker for eksempel etablerer konkurrerende virksomhet,⁵⁰ fordi det kan medføre tap for arbeidsgiver, gjør ikke disse hensyn seg nødvendigvis i samme grad gjeldende i forhold til ytringer, som bare unntaksvis vil kunne gjøre slik direkte økonomisk skade. I alle fall ikke når det fremstår som klart at den som uttaler seg ikke lenger er ansatt.

Et særlig spørsmål er imidlertid om varslingsreglene kommer til anvendelse hvis arbeidstaker ytrer seg i sammenheng med oppsigelse, for eksempel i et oppsigelsesbrev, og fratrer umiddelbart.⁵¹ En slik ytring må anses som fremsatt av arbeidstaker,⁵² selv om det skjer samtidig med at vedkommende sier opp sin stilling. Så lenge selve ytringen omfattes

48 Dege (2003) side 203.

49 NAD-1988-910.

50 Rt 1990 side 607.

51 Yssen (2007).

52 Arbeidsmiljøloven § 1-8 (1).

av varslingsbestemmelsene, vil arbeidstaker være vernet mot gjengjeldelse også i etter at arbeidsforholdet er avsluttet.

1.3.3 Varslingsreglenes geografiske virkeområde

Bestemmelsene om varslings kommer åpenbart til anvendelse når norske arbeidstakere er ansatt av en norsk arbeidsgiver på norsk territorium. Lovvalget vil ellers, i samsvar med Irma Mignon-formelen⁵³, bero på en helhetsvurdering av hvor kontraktsforholdet har sin nærmeste tilknytning.⁵⁴

1.4 Plan for fremstillingen

I den videre fremstilling vil det bli gjort rede for hovedlinjene for yringsfriheten i arbeidsforhold, i den form den hadde før varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven trådte i kraft. Varslingsreglene er på sitt område en videreutvikling av yringsfriheten begrenset av lojalitetsplikten, som fortsatt er gjeldende rett i de tilfeller da varslingsreglene ikke kommer til anvendelse.

For å best mulig forstå forsvarlighetskravet i sin sammenheng, er det nyttig å løfte blikket. Folkerettslige regler som gjelder yringsfrihet og varslings, har både til dels direkte relevans og kan bidra til å belyse de hensyn som gjør seg gjeldende. Andre lands nasjonale rettsregler gir eksempler på alternative løsninger.

Endelig vil hoveddelen av oppgaven være viet undersøkelsen av selve forsvarlighetskravet. Det vil bli lagt vekt på å vise hvordan de grunnleggende momentene i vurderingen er forankret i de bakenforliggende hensyn. Ved hjelp av rettspraksis og tenkte eksempler vil det bli pekt på hvordan disse hensynene i praktiske tilfeller skal veies mot hverandre, og på noen problemer som kan oppstå.

53 Rt 1923 II side 58.

54 Jakhelln (2006) side 713.

2 Ytringsfrihet i arbeidsforhold

2.1 Ytringsfrihet og lojalitetsplikt

2.1.1 Innledning

Ytringsfriheten er en grunnleggende menneskerettighet som kommer til uttrykk i Grunnloven § 100 og EMK art 10. Den gir borgerne rett til både å gi uttrykk for sin mening, og dele faktiske opplysninger med andre. Denne retten gjelder for alle borgere, både når de ytrer seg i egenskap av privatpersoner, og som arbeidstakere. Den nye Grunnloven § 100, som trådte i kraft 30. september 2004, innebærer en styrking av ansattes ytringsfrihet.⁵⁵ I noen tilfeller vil imidlertid andre hensyn veie tyngre enn de hensyn som ligger til grunn for ytringsfriheten. Rasistiske⁵⁶ eller injurierende⁵⁷ ytringer er forbudt av hensyn til den person eller gruppe den retter seg mot. For arbeidstakere generelt er ytringsfriheten først og fremst begrenset av arbeidstakers plikt til lojalt å fremme arbeidsgivers interesser.

Ytringsfriheten og dens begrensninger er et svært omfattende tema, og plassen tillater kun en kort drøftelse. Formålet med fremstillingen av ytringsfrihet og lojalitetsplikt i denne oppgaven er å sette varslingsreglene inn i en rettslig sammenheng. I hvilken grad den materielle rettstilstand er endret, vil særlig ha betydning for hvilke rettskilder som kan tillegges vekt ved undersøkelsen av kravet til forsvarlig fremgangsmåte ved varsling.

⁵⁵ NOU 1999:27 side 129.

⁵⁶ Straffeloven § 135 a.

⁵⁷ Straffeloven §§ 246 og 247.

2.1.2 Ytringsfrihetens begrunnelse

Når ytringsfriheten kommer i konflikt med andre hensyn, vil det være av betydning for avveiningen hva som i det konkrete tilfellet taler for ytringsfrihet. De tre hovedbegrunnelsene for ytringsfrihet er sannhetsargumentet, demokratibegrunnelsen og selvtfoldelsesargumentet.⁵⁸ Sannhetsargumentet tilsier at frie ytringer er en forutsetning for å finne frem til sannheten, og er grunnleggende innenfor vitenskapelig tenkemåte. Kontradiksjonsprinsippet, som er sentralt i den norske prosessordningen⁵⁹, er et utslag av samme ide. Demokratibegrunnelsen består i at ytringsfrihet er et grunnleggende premiss for den demokratiske styringsform, i den forstand at folket ikke vil være i stand til å delta i styringen av samfunnet uten å ha en bakgrunn for de valg de treffer. Informasjonsfriheten er derfor en viktig grunn til å verne om retten til å ytre seg.⁶⁰ Den kommer blant annet til uttrykk i prinsippet om offentlighet i forvaltningen⁶¹. Gjennom selvtfoldelsesargumentet hevdes det at også hensynet til den som ytrer seg, tilsier ytringsfrihet. Gjennom fri diskusjon med andre, kan det enkelte menneske modnes og utfolde seg.⁶² Denne retten er imidlertid underlagt begrensninger av hensyn til både andre individer og samfunnet.⁶³

I forbindelse med ytringsfrihet i arbeidsforhold innebærer dette at hensynet til arbeidsgivers interesser ikke bare må veies opp mot individets rett til å ytre seg, men også opp mot allmennhetens behov for informasjon om viktige samfunnsanliggender. Arbeidsmiljølovens er et utslag av at det kan være nødvendig og ønskelig å gjøre det indre liv i virksomhetene til gjenstand for innsyn og demokratisk kontroll. Også hensynet til virksomheten kan anføres til fordel for arbeidstakeres ytringsfrihet. Arbeidsgivere som får tilgang på mest

58 Eggen (2002) side 35 og NOU 1999: 27 side 20.

59 Hov (1999) side 59.

60 Eggen (2002) side 68.

61 Offentlighetsloven § 2.

62 Eggen (2002) side 80 flg.

63 Se blant annet straffelove § 135 a.

mulig informasjon om virksomheten, har også de beste forutsetninger for å styre og utvikle den.

2.1.3 Ytringsfrihet er utgangspunktet

Det klare rettslige utgangspunkt er at arbeidstakere har ytringsfrihet. Det er begrensninger i ytringsfriheten som krever særlig rettsgrunnlag.⁶⁴ På grunn av ytringsfrihetens rettslige status som grunnlovsfestet rettighet, må unntakene være begrunnet i hensyn som fremstår som beskyttelsesverdige i forhold til de hensyn som ligger til grunn for ytringsfriheten. Arbeidsgiver har derfor blant annet ikke ubegrenset kompetanse til å pålegge sine ansatte taushetsplikt. I offentlig forvaltning vil taushetsplikt⁶⁵ som oftest være begrunnet i hensynet til private interesser,⁶⁶ ikke hensynet til virksomheten. I privat sektor er arbeidsgivers kompetanse begrenset både av ytringsfriheten, og av det generelle krav om saklighet ved utøvelse av styringsretten.⁶⁷

2.1.4 Lojalitetsplikt i arbeidsforhold

Prinsippet om arbeidstakers lojalitetsplikt⁶⁸ utgjør en skranke for ytringsfriheten i arbeidsforhold. I Rt 1990 side 607 uttalte Høyesterett⁶⁹

”Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold. Straffeloven § 275 og § 276 må ses som utslag av dette prinsipp. At det eksisterer en slik plikt er også lagt til grunn i den arbeidsrettslige teori.”

Lojalitetsprinsippet er altså plikten til lojalt å fremme arbeidsgivers interesser, og å unnlate å gjøre skade på dem.⁷⁰ Lojalitetsplikten utgjør en begrensning i arbeidstakers handlefrihet

⁶⁴ Eggen (2004) side 4.

⁶⁵ Forvaltningsloven § 13 flg.

⁶⁶ Graver (2002) side 343.

⁶⁷ Jakhelln (2006) side 50.

⁶⁸ Andersen (1967) side 136.

⁶⁹ Side 614.

på flere områder, for eksempel kan den være til hinder for at arbeidstaker går inn i virksomhet som er i konkurranse med arbeidsgiver direkte etter at arbeidsforholdet er avsluttet.⁷¹ Lojalitetsplikten er knyttet til arbeidsgivers styringsrett. Det innebærer på den ene siden at arbeidsgiver fastlegger virksomhetens formål og kan kreve at arbeidstakerne er lojale mot det. På den andre siden påligger det også arbeidsgiver å bevise at arbeidstaker har brutt lojalitetsplikten på en slik måte at han eller hun ikke lenger er vernet av ytringsfriheten.⁷²

Hvor grensen mellom lojale og illojale handlinger i det enkelte, konkrete tilfelle går, vil være avhengig av mange faktorer, som virksomhetens art, arbeidstakerens stilling og lignende. Disse momentene vil bli nærmere undersøkt i oppgavens hoveddel om forsvarlighetskravet. Men som et utgangspunkt kan det oppstilles et minstekrav om at bare ytringer som påviselig og unødvendig skader virksomhetens interesser, kan være illojale.⁷³

Arbeidstaker har altså plikt til å være lojal mot arbeidsgiver, som er den virksomheten han eller hun er ansatt i.⁷⁴ I privat sektor innebærer det i praksis at arbeidstaker har plikt til å være lojal mot virksomhetens eiere, mens plikten i det offentlige vil være knyttet til den enkelte etat.⁷⁵ Arbeidstaker har plikt til å være lojal mot virksomheten, og ikke nødvendigvis mot de ledende ansatte. Dette kommer særlig på spissen i de tilfellene da arbeidstaker mener at ledelsen motarbeider virksomhetens interesser. En annen sak er at det i noen tilfeller er stor grad av identifikasjon mellom ledende ansatte og virksomheten.

70 Dege (2003) side 202.

71 Rt 1990 side 607.

72 NOU 1999: 27 side 129.

73 NOU 1999: 27 side 129.

74 NOU 1999: 27 side 129.

75 Eggen (2004) side 10.

Lederen styrer virksomheten i arbeidsgivers sted,⁷⁶ og i den grad han eller hun ivaretar virksomhetens legitime interesser, vil lojalitet mot lederen være en forutsetning for at lojalitetsplikten skal være oppfylt. Et angrep på en leder som for eksempel er virksomhetens ubestridte ansikt utad, kan også gjøre skade på virksomhetens anseelse og dermed arbeidsgivers interesser. Når lederen også eier virksomheten, kan det også vanskelig tenkes at arbeidstaker kan oppfylle sin lojalitetsplikt uten å være lojal mot lederen.

Lojalitetsplikten retter seg videre bare mot virksomhetens legitime interesser.⁷⁷ I utgangspunktet kan det synes enkelt å skille mellom legitime og illegitime interesser. For eksempel vil interessen i å øke virksomhetens inntjening være legitim, men direktørens ønske om ulovlig å stikke penger i egen lomme klart er illegitim. Men ofte er situasjonen den at en ytring om et kritikkverdige forhold, som for eksempel korrupsjon i ledelsen, også gjør skade på virksomhetens legitime interesser, som omdømme og kundeforhold. I noen tilfeller kan det også argumenteres for at ytringer som kan være illojale og skade virksomheten på kort sikt, er lojale på lang sikt, fordi de kan bidra til en opprydning i de kritikkverdige forhold.⁷⁸

2.1.5 Forholdet mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt

Lojalitetsplikten kan altså utgjøre en begrensning av ytringsfriheten. Men de hensyn som ligger til grunn for ytringsfriheten kan også være av en slik vekt at ytringer som isolert sett ville vært illojale, likevel er beskyttet.⁷⁹ Det vil være av stor betydning hvilket innhold ytringene har, og hvilken sammenheng de fremkommer i.

⁷⁶ Arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) andre punktum .

⁷⁷ Eggen (2004) side 11.

⁷⁸ LE-1998-279.

⁷⁹ Eggen (2004) side 16.

Demokratihensynet tilsier at politiske ytringer har et særlig vern. Det skal svært tungtveiende grunner til for at en person ikke skal tillates å gi uttrykk for sitt politiske syn, noe avhengig av hvilken sammenheng ytringene fremkommer i og hvilken form de har. Dette prinsippet kom blant annet til uttrykk i Rt 1982 side 1792 (Lektordommen) som gjaldt avskjed av en lektor i videregående skole på grunn av hans uttalelser om nazismen og jødeforfølgelse. Retten fremhevet at læreren hadde frihet til å ytre seg om politiske spørsmål,⁸⁰ men at ytringsfriheten var begrenset av hans tjenesteplikter som lærer. Uttalelsene var i så stor grad utilbørlige at de dannet grunnlag for avskjed. Det er lett å se at det i noen tilfeller kan være uforenelig med virksomhetens legitime interesser at arbeidstaker gir uttrykk for ekstreme syn, for eksempel når en lærer bruker undervisningen til å agitere overfor sine elever.⁸¹ Antakelig må det likevel være særlige forhold ved virksomhetens formål og arbeidets art som kan utgjøre en saklig begrunnelse for å begrense ytringsfriheten, selv om terskelen ikke kan være høy ved ekstreme meningsytringer. Dersom ytringer som ville vært rettmessige utenfor arbeidsforhold fører til at den som ytrer seg får store vanskeligheter med å finne eller beholde arbeid, vil det kunne utgjøre en vesentlig begrensning i ytringsfriheten.

Til en viss grad kan det sondres mellom meningsytringer og faktaytringer⁸². Imidlertid vil det ikke alltid være lett å skille mellom opplysninger om faktiske forhold og uttrykk for vurderingen av dem. I tråd med det særlige vernet av politiske ytringer, har meningsytringer tradisjonelt hatt et sterkt vern,⁸³ selv om sannhetsargumentet tilsier at også ytringer om de faktiske forhold bør komme frem. Det må også kunne antas at meningsytringer sjeldnere enn påstander om fakta vil komme i konflikt med lojalitetsplikten, fordi de normalt medfører mindre risiko for skade på arbeidsgivers

80 "Statsstyrelsen og en hvilkensomhelst anden Gjenstand", se dommen side 1939.

81 Rt 1982 side 1729.

82 Eggen (2002) side 800.

83 Andenæs (1998) side 331-332.

interesser, i alle fall så lenge premissene er klare. I tråd med kontradiksjonsprinsippet er det særlig grunn til å verne om de ansattes rett til å ytre seg om legitime interessekonflikter på arbeidsplassen.⁸⁴

Når arbeidstakere ytrer seg, enten om forhold på arbeidsplassen eller andre forhold, vil man kunne sondre mellom ytringer som fremsettes internt og ytringer overfor utenforstående, som oftere vil kunne komme i konflikt med arbeidstakeres lojalitetsplikt. Dette henger sammen med at ytringer overfor utenforstående vil kunne medføre større skade på arbeidsgivers interesser enn når de fremmes internt.⁸⁵

Rammene for ytringsfriheten i arbeidsforhold er til en viss grad forskjellige i offentlig og privat sektor. Offentlig virksomhet er finansiert av fellesskapets midler og er et redskap for demokratisk styring av vårt stadig mer komplekse samfunn. De fleste mennesker er også avhengige av de tjenestene som det offentlige tilbyr, som skolegang og helsetjenester. Demokratihensynet tilsier at ansatte i det offentlige skal ha stor ytringsfrihet, fordi de kan tilføre samfunnet nyttig kunnskap. Særlig gjelder dette når kunnskapen ikke kommer frem på annen måte.⁸⁶ Men et skarpt skille mellom privat og offentlig virksomhet kan være kunstig. Også private selskaper forvalter vitale ressurser, og kan være sentrale i samfunnsutviklingen, som for eksempel store oljeselskaper på norsk sokkel. Det samme gjelder ikke-statlige organisasjoner som i mange tilfeller både mottar offentlig støtte og er mektige aktører i utformingen av den økonomiske politikken, som for eksempel fagforeninger. Selv om ansattes ytringsfrihet tradisjonelt har stått sterkere i offentlig sektor, kan det antas at skillet er i ferd med å bli mindre markert, blant annet på grunn av den økte fokus på korrupsjon også i privat virksomhet.⁸⁷

⁸⁴ Eggen (2004) 18 og NOU 1999:27 side 121.

⁸⁵ Jf punkt 3.1.1.

⁸⁶ St.meld.nr.26 (2003-2004) side 110.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 53(2005-2006) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og utleveringsloven (gjennomføring av FN-konvensjonen mot korrupsjon).

EMK artikkel 10 er en folkerettslig bestemmelse som er inkorporert i norsk lov.⁸⁸ Rettspraksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol vil være av stor betydning for tolkningen.⁸⁹ Bestemmelsen er i første rekke bindende for staten⁹⁰ som lovgiver og arbeidsgiver, men staten har også plikt til å sørge for at arbeidsgivere i privat sektor ikke begrenser de ansattes ytringsfrihet utover det som er forenelig med EMK artikkel 10.⁹¹ Hvorvidt bestemmelsene i EMK kan påberopes direkte overfor en privat arbeidsgiver, gjennom såkalt direkte tredjepartsvirkning, er mer tvilsomt.⁹²

2.2 Personvernreglene som skranke for arbeidstakers ytringsfrihet

Hensynet til enkeltmenneskets personlige integritet og privatliv ligger til grunn for en rekke regler som medfører begrensninger i arbeidstakers ytringsfrihet. Dette gjelder blant annet forbud om ærekrenkelse⁹³, krenkelse av privatlivets fred,⁹⁴ og reglene om innsamling av personopplysninger.⁹⁵ Disse begrensningene springer ikke ut av selve arbeidsforholdet, slik tilfellet er for lojalitetsplikten, men gjelder generelt for ytringer i alle sammenhenger.

Ytringsfriheten er basert på et skille mellom det private og offentlige rom, der vide rammer for den offentlige debatt forutsetter respekt for private anliggender.⁹⁶ De hensyn som ligger til grunn for ytringsfriheten taler for et særlig vern av ytringer som gjelder forhold av

88 Menneskerettsloven § 2.

89 Møse (2002) side 120.

90 Fleischer (2000) side 27.

91 Eggen (2002) side 675.

92 Eggen (2002) side 31.

93 Straffeloven §§ 246 og 247.

94 Straffeloven § 390.

95 Personopplysningsloven § 1.

96 NOU 1999:27 side 111.

allmenn interesse. Problemet er at i et samfunn der man gjennom media har stadig større innsikt i enkeltmenneskers privatliv, er det ikke enkelt å skille mellom det offentlige og det private. Hvilke forhold som er av allmenn interesse kan derfor ikke vurderes ut fra hva som *skaper* interesse, i form av opplagstall eller seeroppslutning, men må baseres på de hensyn som taler for ytringsfrihet. Dersom en ytring er svært belastende for den som blir omtalt, vil også kravet til aktsom god tro om de faktiske forhold, være skjerpet.⁹⁷

2.3 Arbeidsgivers reaksjon – saklighetskravet

Dersom arbeidstaker går ut over ytringsfrihetens grenser, har arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett anledning til å benytte arbeidsrettslige sanksjoner som advarsel, omplassering, oppsigelse, og i alvorlige tilfeller, avskjed.⁹⁸ Reaksjonen må imidlertid ikke gå ut over det som det er saklig grunnlag for,⁹⁹ noe som igjen vil bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering. En nærmere drøftelse av saklighetskravet faller utenfor rammene av denne oppgaven.

2.4 Sammenhengen mellom ytringsfrihet, lojalitetsplikt og kravet om forsvarlig fremgangsmåte

Da arbeidet med bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven startet, var de ment som en videreføring og lovfesting av de materielle grensene for ytringsfrihet i arbeidsforhold.¹⁰⁰ I den form de har fått, er det imidlertid klart at de på enkelte områder medfører en utvidelse av arbeidstakers ytringsfrihet. Særlig gjelder dette regelen om at varsling til tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter alltid er tillatt.¹⁰¹ Under behandlingen i Stortinget ble det lagt til grunn at grensene for forsvarlig varsling ikke skulle være de samme som for lojale ytringer, da hensynet til varsleren og allmennheten skulle tillegges

⁹⁷ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19.

⁹⁸ Fougner (2006) side 186 flg.

⁹⁹ Fanebust (2001) side 77.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 38.

¹⁰¹ Arbeidsmiljøloven § 2-4 (2).

større vekt enn tidligere.¹⁰² Det er også holdepunkter for at arbeidstakers hensikt må tillegges mindre vekt enn før varslingsbestemmelsene trådte i kraft. Som et utgangspunkt kan det altså legges til grunn at arbeidstakers rett til varsling er minst like vidtgående som tidligere. Dersom kildene tilsier at varsling var rettmessig i en viss situasjon etter avveiningen mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt, vil altså varsling i et tilsvarende tilfelle etter all formodning være forsvarlig etter de nye bestemmelsene.

2.5 Internasjonale regler og andre lands rett

2.5.1 Konvensjonsbaserte regler

I tillegg til EMK art 10, finnes en rekke folkerettslige regler som angår arbeidstakers ytringsfrihet.

2.5.1.1 FN-konvensjonen mot korrupsjon

Konvensjonen, som ble ratifisert av Norge 29. juli 2006 og trådte i kraft 14. desember samme år, inneholder bestemmelser om varsling. For det første skal statene vurdere å etablere tiltak og systemer for å legge til rette for at offentlige tjenestemenn skal kunne varsle om korrupsjon til kompetente myndigheter.¹⁰³ For det andre skal statene vurdere å lage regler om vern av personer som varsler i god tro og på forsvarlig grunnlag.¹⁰⁴ Konvensjonen har fått en lite forpliktende form, fordi statene bare pålegges å vurdere om det skal iverksettes tiltak. Videre gjelder bestemmelsene om varsling et smalt område, i det de bare omhandler meldinger om korrupsjon til kompetente myndigheter. Konvensjonen har imidlertid medført endringer i flere lover¹⁰⁵ og er en del av bakgrunnen for

¹⁰² Vigerust (2007) side 109 og forhandlinger i Odelstinget nr. 3 (2006-2007) side 27 og 35.

¹⁰³ Artikkel 8 nr 4.

¹⁰⁴ Artikkel 33.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 53(2005-2006).

varslingsbestemmelsene.¹⁰⁶ Den kan også være en viktig tolkningsfaktor ved anvendelsen av nasjonal rett.

2.5.2 Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon

Konvensjonen, som er signert, men ikke ratifisert av Norge, har som formål å etablere effektive rettsmidler for personer som har lidd skade på grunn av korrupsjon.¹⁰⁷ En egen bestemmelse om varsling pålegger statene å ha nasjonale rettsregler som gir arbeidstaker som varsler om korrupsjon i god tro på forsvarlig grunnlag, beskyttelse mot gjengjeldelse. Konvensjonen gjelder bare varsling internt eller til offentlige myndigheter.

2.5.3 EU/ EØS

De EU- og EØS-regler som angår varsling, gjelder bare avgrensede områder. Av disse kan nevnes rådsdirektivet mot diskriminering i arbeidslivet¹⁰⁸ som blant annet pålegger statene å opprette vern for arbeidstaker som sier fra om diskriminering på arbeidsplassen. Direktivet er implementert i norsk lov.¹⁰⁹

Europaparlament- og rådsdirektivet om innberetning av hendelser i sivil luftfart¹¹⁰ har som formål å bedre luftfartssikkerheten, blant annet gjennom bestemmelser om beskyttelse av arbeidstakere som rapporterer i henhold til regelverket. Direktivet er implementert i luftfartsloven.¹¹¹

106 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 11.

107 Artikkel 1.

108 Rådsdirektiv 2000/78/EF artikkel 11.

109 Arbeidsmiljøloven §§ 13-8 og 13-9, diskrimineringsloven § 9 og likestillingsloven § 3.

110 2003/42/EF.

111 Se blant annet §§ 4-7 og 6-2.

Med hjemmel i personverndirektivet¹¹² artikkel 29 har EU opprettet en arbeidsgruppe som avgir rådgivende uttalelser om personvern. Disse har en relevans for norsk rett fordi personopplysningsloven implementerer personverndirektivet. Gruppen har særlig satt fokus på situasjonen for den eller dem det blir varslet om, og har blant annet anbefalt at virksomhetene ved tilrettelegging for varsling ikke legger opp til anonym varsling.¹¹³

2.5.4 Andre lands rett

Det finnes altså i liten grad folkerettslige regler som bindende regulerer varsling generelt i arbeidsforhold. De løsningene som er valgt i andre lands rettssystemer har liten vekt som rettskilder i norsk rett. Likevel kan de være nyttige både i analysen av forsvarlighetskravet og som tolkningsfaktorer i de tilfellene da norske kilder ikke gir noen veiledning.

2.5.4.1 Sverige

Etter svensk rett er skillet mellom privat og offentlig sektor svært tydelig, da privatansatte ikke har noe vern for sine ytringer ut over det som framgår av EMK artikkel 10. Partene står dermed svært fritt til å avtale taushetsplikt.¹¹⁴

Offentlig ansatte har derimot utstrakt frihet til å ytre seg og å gi fra seg opplysninger. Disse rettighetene har sitt rettslige grunnlag i ”Tryckfrihetsförordningen” og ”Yttrandefrihetsgrundlagen” som er to av Sveriges fire grunnlover, og som rettskildemessig står over andre lover. Ytrings- og meddelelsesfriheten gir arbeidstakeren vern mot sanksjoner fra arbeidsgiver, og begrensninger i friheten kan bare gjøres ved lov. Friheten er imidlertid begrenset av de kvalifiserte former for taushetsplikt og gjelder bare ytringer til media. Andre former for spredning av opplysninger, for eksempel til bekjente, nyter ikke det samme vern. Arbeidstakerens motiv for offentliggjøringen er ikke relevant, og dersom

112 Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF.

113 Vigerust (2007) side 123.

114 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 26.

han eller hun velger å varsle anonymt, kan ikke arbeidsgiver sette i gang etterforskning for å finne varslernes identitet.

2.5.4.2 Danmark

I dansk rett er arbeidstakeres yringsfrihet vernet av EMK artikkel 10, som er inkorporert i nasjonal lov. I tillegg finnes i diskriminationsloven § 1 et forbud mot diskriminering blant annet på grunn av politisk oppfatning. Det foreligger ingen bestemmelser som ut over dette regulerer arbeidstakers rett til å varsle.¹¹⁵

2.5.4.3 Storbritannia

I Storbritannia er arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten vernet av The Public Interest Disclosure Act (PIDA) fra 1998. Som tittelen antyder er formålet med lovgivningen i første rekke å fremme varsling om forhold av allmenn interesse. Lovgivningen gir arbeidstakere vern mot sanksjoner fra arbeidsgiver og skal fungere som incitament for et åpent yringsklima i virksomhetene. PIDA gjelder både offentlig og privat sektor.¹¹⁶

Hovedregelen er at arbeidstakeren skal varsle internt først¹¹⁷. Unntak gjelder når intern varsling er uhensiktsmessig, det er grunn til å frykte gjengjeldelse fra arbeidsgiver, eller det er fare for at bevis skal gå tapt. Arbeidstaker må være i aktsom god tro om de faktiske forhold, det må ut fra en helhetsvurdering være hensiktsmessig å offentliggjøre opplysningene, og varslingen må ikke være motivert av personlig egen nytte. Reglene gir ikke vern for yringer om et hvilket som helst forhold. Normalt må det dreie seg om et kriminelt forhold eller annet rettsbrudd, eller det må foreligge risiko for skade på miljø, helse eller sikkerhet.¹¹⁸

¹¹⁵ Hasselbalch (2005) side 204-205.

¹¹⁶ Part IVA, 43 K.

¹¹⁷ Part IVA, 43 G.

¹¹⁸ Part IVA, 43 B.

2.5.4.4 USA

I USA har flere sterkt profilerte saker der en varsler har vært sentral, ført til en utvikling i retning av styrking av arbeidstakers ytringsfrihet. Det finnes en rekke lover som gir vern til varslere,¹¹⁹ to av de mest sentrale på føderalt nivå er The Sarbanes-Oxley Act (SOA) fra 2002 og The Whistleblowing Protection Act fra 1989.

The Sarbanes-Oxley Act gjelder ikke varsling generelt. Formålet er å fremme ytringer som kan bidra i kampen mot økonomisk kriminalitet. Det er verdt å merke seg at denne lovgivningen kommer til anvendelse på norske selskaper som er børsnotert i USA. Norske arbeidstakere kan imidlertid ikke påberope seg den beskyttelse den gir.

SOA gir arbeidstakeren rett til å varsle internt og til offentlige myndigheter, men gjelder ikke ytringer i media. Virksomhetene skal opprette egne revisjonskomiteer som mottar anonyme rapporter om mulige økonomiske misligheter. Arbeidstakere som varsler er vernet mot gjengjeldelse både fra arbeidsgivere og andre. For rask avgjørelse av saker om gjengjeldelse, er det opprettet et eget administrativt organ som avgjør saken etter en høring.

The Whistleblowing Protection Act gjelder bare offentlig ansatte, og gir på samme måte som SOA vern mot gjengjeldelse. Loven bygger på et prinsipp om delt bevisbyrde, noe som innebærer at dersom arbeidstaker kan sannsynliggjøre at det har funnet sted gjengjeldelse, har arbeidsgiver bevisbyrden for at så ikke er tilfellet.

119 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 27.

3 Forsvarlig varsling

Det rettslige utgangspunkt etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1) er at arbeidstaker har rett til å varsle. Den viktigste begrensningen¹²⁰ i denne retten er kravet om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling skal være forsvarlig.¹²¹

3.1 Forsvarlighetsvurderingen

Hvorvidt det er forsvarlig å varsle beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Grensene for retten til å varsle er i det enkelte tilfelle et resultat av en avveining av hensynene til arbeidstakers ytringsfrihet, virksomhetens legitime interesser, samfunnets informasjonsrett og personvernet til den eller dem varslingen omhandler. Disse hensynene vil gjøre seg gjeldende med ulik styrke i forskjellige situasjoner.

Kravet om forsvarlig fremgangsmåte gjelder bare for de tilfeller der varsling medfører risiko for skade på virksomhetens interesser. Ut over dette kan det oppstilles tre sentrale momenter i avveiningen, nemlig hvorvidt arbeidstakeren har forsvarlig grunnlag for sine påstander, om det er varslet internt først, og om det kritikkverdige forhold er av allmenn interesse. Hvis disse momentene foreligger, vil varsling praktisk talt alltid være forsvarlig.¹²² Men momentene er ikke *nødvendige vilkår*, i den forstand at varsling alltid vil være uforsvarlig dersom et eller flere ikke er oppfylt.

De tre sentrale momentene vil altså være avgjørende i de mest praktiske tilfellene. Men i mindre typiske situasjoner kan også andre forhold tillegges en viss vekt i

120 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

121 Arbeidsmiljøloven § 2-4 (2).

122 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 40.

forsvarlighetsvurderingen, slik som varslersens motiv, hans eller hennes stilling og posisjon, den form varslingen har, og om varsling fremstår som et hensiktsmessig virkemiddel for å bringe det kritikkverdige forhold til opphør.¹²³

De nevnte momentene er altså verken nødvendige eller tilstrekkelige, men kan fungere som en mellomstasjon for tanken, mellom de hensyn som ligger til grunn for forsvarlighetsvurderingen, og den konkrete, skjønsmessige avveining. En undersøkelse av disse momentene vil også kunne kaste lys over innholdet i kravet om forsvarlig varsling.

3.1.1 Kretsen av mottakere

I arbeidsmiljølovens bestemmelser sondres det ikke mellom intern og ekstern varsling. Begrepene er imidlertid nyttige som hjelpemidler for å skille mellom situasjoner der det stilles ulike krav til fremgangsmåten ved varsling.

3.1.1.1 Intern varsling

Varsling forutsetter ikke at personer utenfor virksomheten får kjennskap til de kritikkverdige forhold. Også intern rapportering av kritikkverdige forhold og kritiske ytringer omfattes¹²⁴. På den andre siden er det ikke varsling når en arbeidstaker søker råd hos tillitsvalgt, advokat eller lignende, under den forutsetning at opplysningene ikke skal bringes videre. Intern varsling kan skje i linjen, altså til nærmeste leder, eller til personer høyere opp i hierarkiet. Det kan også varsles til tillitsvalgte, verneombud, personalansvarlig, internkontrollorgan eller andre med formell påvirkningsmulighet, beslutningsmyndighet eller ansvar.¹²⁵

123 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 18 flg.

124 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 37.

125 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

Arbeidstaker har plikt til å medvirke til et forsvarlig arbeidsmiljø.¹²⁶ Dette kommer blant annet til uttrykk i plikten til å varsle om skade eller sykdom som skyldes arbeidet.¹²⁷ Varsling i samsvar med varslingsplikt er alltid forsvarlig,¹²⁸ noe som blant annet har sammenheng med at de aktuelle bestemmelsene også fastsetter hvordan og til hvem det skal varsles. Men dersom arbeidstaker varsler om et forhold som er undergitt varslingsplikt uten å følge lovens fremgangsmåte, må det foretas en forsvarlighetsvurdering, på lik linje som for annen varsling.

3.1.1.2 Ekstern varsling

Ekstern varsling er ytringer overfor personer som står utenfor virksomheten.¹²⁹ Den mest vidtrekkende formen er offentlig varsling, der arbeidstakeren gjør opplysninger allment kjent, for eksempel gjennom massemedia. Men også ytringer overfor en mer begrenset krets, som faglige fora eller tilsynsmyndigheter, omfattes.¹³⁰ Det samme gjelder andre former for kommunikasjon som står i en mellomstilling mellom full offentliggjøring og begrenset spredning, slik som blogging.¹³¹

I hvilken grad opplysningene var spredd utenfor virksomheten ble tillagt vekt i Høyesteretts avgjørelse i Rt 2003 side 1614 (Telenor). Saken gjaldt gyldigheten av avskjed. En ansatt hadde i en e-post til et stort antall kolleger, og enkelte av arbeidsgiverens forretningsforbindelser, fremmet uberettigede og til dels grove beskyldninger mot en av sin arbeidsgivers kunder. Han ble avskjediget, blant annet som en følge av denne e-posten. Påstandene som var fremsatt ble vurdert på grunnlag av arbeidstakers ytringsfrihet

¹²⁶ Arbeidsmiljøloven § 2-3.

¹²⁷ Arbeidsmiljøloven § 5-2.

¹²⁸ Arbeidsmiljøloven § 2-4 (2).

¹²⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 18.

¹³⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 37.

¹³¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 40.

begrenset av den ulovfestede lojalitetsplikten. Begrepet ekstern varsling ble ikke brukt, men spredningen av opplysningene var et skjerpene moment. Høyesterett uttalte i premiss 44: ”Det kan neppe være tvilsomt at uttalelser av den karakter A kom med i e-posten, lett vil ramme hardere - og dermed være et grovere lojalitetsbrudd - om de også fremsettes overfor mottakere utenfor arbeidsgiverens egne ansatte. Selv om han også sendte e-posten til tre medarbeidere i Telenor Mobil AS, som var et selvstendig selskap innenfor Telenorkonsernet, involverte han ikke helt utenforstående adressater. En helt annen sak er at den store spredning av e-posten som A sørget for, lett ville resultere i at innholdet også ble brakt videre til personer utenfor konsernet. Med den karakter som beskyldningene hadde, kan begrensningene i kretsen av adressater uansett ikke være avgjørende for spørsmålet om avskjeden var berettiget.”

Av dette kan det også utledes at varslingen kan bli vurdert som ekstern, selv om opplysningene kun er fremsatt overfor personer i og med nær tilknytning til virksomheten. En arbeidstaker som har fremkalt risiko for at opplysningene skal bli spredt til et stort antall personer, må også finne seg i at fremgangsmåten ved varsling blir vurdert strengt.

I de tilfeller da ytringen kommer til uttrykk i media, vil det være av betydning om arbeidstakeren selv har tatt initiativ til det.¹³² Dette spørsmålet var blant annet oppe i Arbeidsrettens avgjørelse i ARD 1986 side 189 (Vaskeri). En ansatt ved et vaskeri hadde, på oppfordring fra en journalist, uttalt seg om påstander om blant annet feilfakturering i virksomheten. Selv om retten mente det ikke burde vært gitt noen uttalelser til pressen overhodet, anså den at det ”i en slik situasjon utvilsomt være vanskelig å stille seg helt avvisende til å gi noen uttalelser overhodet”¹³³ Arbeidstaker kan altså ikke bedømmes like strengt som om han eller hun selv hadde tatt initiativet.¹³⁴

132 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19 og 50.

133 Side 207.

134 Jf for eksempel Yssen (2007).

3.1.2 Skade eller skaderisiko

For at det i det hele tatt skal være aktuelt å vurdere om varsling er uforsvarlig, må den altså medføre skade eller risiko for skade på virksomhetens legitime interesser.¹³⁵ Det er arbeidsgiver som må bevise at varslingen har slikt skadepotensial. Det henger for det første sammen med prinsippet om at ytringsfrihet er utgangspunktet, og at det er begrensningene i denne som krever et særlig rettslig grunnlag.¹³⁶ For det andre er det presumptivt arbeidsgiver som kjenner virksomhetens interesser best, og dermed er nærmest til å vite om de kan bli skadelidende. Skaden eller risikoen for skade må gjelde virksomhetens *legitime* interesser.

Spørsmål om bevisbyrde og bevistema¹³⁷ faller utenfor rammen av denne oppgaven. Imidlertid må det bemerkes at det kan være svært krevende å påvise endringer og årsakssammenhenger i lite eksakte og etterprøvbare størrelser som tapt anseelse og goodwill.¹³⁸

Et spørsmål er om varsling kan være uforsvarlig selv om skaden eller skaderisikoen er bagatellmessig, som for eksempel hvis ytringen i liten grad blir lagt merke til eller tatt alvorlig. I en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett¹³⁹ sto spørsmålet om skade på virksomhetens interesser sentralt. En kokk om bord på et skip som var chartret av Statoil skrev et leserinnlegg der han stilte seg kritisk til rederiets løsning for bemanning i julehelgen. Rederiet ønsket å si opp kokken fordi de anså leserinnlegget som et brudd på lojalitetsplikten.¹⁴⁰ Lagmannsretten anså at det var ”lite sannsynlig at ytringen på noen

135 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 17 og St.meld.nr.26 (2003-2004) side 110.

136 Eggen (2004) side 4.

137 Arbeidsmiljøloven § 2-4 (3).

138 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 38.

139 Rg 2002 side 780.

140 Sjømannsloven § 19.

vesentlig måte skulle kunne ha skadelig innvirkning på forholdet generelt mellom rederiet og Statoil”. Dermed var det i alle fall ikke skjedd noen skade som kunne berettige oppsigelse. Retten uttalte imidlertid videre: ”Lagmannsretten er, som nevnt ovenfor, av den oppfatning at den ankende part ved sitt leserinnlegg opptrådte uklokt og på en måte som rederiet i noen grad hadde grunn til å bebreide ham for. Han må således selv bære noe av ansvaret for sakens videre utvikling.” At kokken var å bebreide og må tåle de negative konsekvensene av sine ytringer, må innebære at han ikke er vernet av ytringsfriheten, selv om det ikke forelå vesentlig skaderisiko. Avgjørelsen har begrenset vekt som rettskilde, men gir likevel grunn til å anta at kvalifisert grad av skaderisiko ikke er noen forutsetning for at en ytring skal kunne komme i konflikt med lojalitetsplikten.

I forarbeidene til varslingsreglene¹⁴¹ er det med referanse til dommen fra Gulating bemerket at ytringer som bare medfører bagatellmessig skaderisiko, ikke kan regnes som illojale. Det kan settes spørsmålstegn ved om det er en riktig tolkning av avgjørelsen. At det ikke foreligger grunnlag for oppsigelse innebærer ikke nødvendigvis at lojalitetsplikten ikke er brutt. Det kan skyldes at forholdet ikke er tilstrekkelig alvorlig. I samsvar med kravet om forholdsmessighet og saklighet i arbeidsgivers utøvelse av styringsretten,¹⁴² må det en kvalifisert grad av illojalitet til for å begrunne oppsigelse. Imidlertid må de samme forarbeidene tolkes slik at terskelen for hva som kreves av skaderisiko er hevet med de nye bestemmelsene om varslingsregel. Det uttales at regelen om forsvarlig fremgangsmåte skal ”ivareta arbeidsgivers/ virksomhetens saklige og tungtveiende interesser som i særlige tilfeller ikke bør vike for hensynene bak ytringsfriheten”.¹⁴³ Dette innebærer en endring i forhold til tidligere rett, men fører antakelig til en rettstilstand som harmonerer godt med lovgivers intensjon om økt vektlegging av de hensyn som ligger til grunn for ytringsfrihet i arbeidsforhold.

141 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 17.

142 Fougner og Holo (2006) side 785.

143 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 38.

3.1.3 Forsvarlig grunnlag

Utgangspunktet er at arbeidstaker har full ytringsfrihet, men hensynet til den eller dem varslingen omhandler, tilsier at arbeidstakeren bør ha forsvarlig grunnlag for sine påstander. Når opplysningene først har kommet frem, kan skaden allerede være skjedd, selv om de senere kan tilbakevises. Skandalepregede presseoppslag får langt større oppmerksomhet enn dementier, og et dårlig rykte kan være vanskelig å reparere.

I utgangspunktet kreves det at varsleren var i aktsom god tro om de faktiske forhold på det tidspunkt da han eller hun varslet.¹⁴⁴ Aktsomhetsnormen avhenger blant annet av hva det varsles om, arbeidstakers stilling og kompetanse, og omstendighetene rundt varslingen. I forarbeidene til varslingsreglene¹⁴⁵ legges det til grunn at det følger av Grunnloven § 100 at det ikke kan stilles for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet og evne til å dokumentere sine påstander. Varsleren må innrømmes en ganske vid feilmargin. Dessuten ligger bevisbyrden for at det ikke foreligger noe kritikkverdig forhold på arbeidsgiver.¹⁴⁶

Varslingens innhold har betydning for aktsomhetsnormen i den forstand at jo større skadepotensial opplysningene har, desto strengere krav stilles til arbeidstakers aktsomhet. I Telenor-dommen la Høyesterett til grunn at beskyldningene i den aktuelle e-posten, som gjaldt svært alvorlige forhold, og var rettet mot navngitte personer, helt savnet reelt grunnlag. Selv om det må være rom for kritiske ytringer i arbeidslivet, fant retten at slike påstander ikke kunne være vernet av ytringsfriheten.

Arbeidstaker kan selvsagt aldri være i aktsom god tro om opplysninger han eller hun positivt vet er feilaktige. Bevisst grunnløse beskyldninger vil derfor ikke være omfattet av ytringsfriheten.¹⁴⁷

144 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 40.

145 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19.

146 Arbeidsmiljøloven § 2-4 (3).

147 LH-1995-353 Nordland teater.

Arbeidstakere i ledende stillinger eller ansatte med spesiell kunnskap om det forhold som er gjenstand for varsling, har en særlig aktsomhetsplikt. Disse personene vil gjerne ha god tilgang til opplysninger og gode forutsetninger til å skaffe seg oversikt over, og forstå de faktiske forhold. Det må forventes at de innenfor det som rimelig benytter disse mulighetene til å eliminere uklarheter og misforståelser.

Grensene for ytringsfriheten generelt må antas å være forskjellige for faktaytringer og meningsytringer.¹⁴⁸ Dette er også i tråd med praksis ved den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD)¹⁴⁹ Påstander om faktiske kritikkverdige forhold vil generelt være mer skadelige enn at arbeidstakeren gir uttrykk for sin personlige mening. I utgangspunktet er det bare i forhold til faktaytringer at det kan kreves at opplysningene er sanne.¹⁵⁰

Kretsen av mottakere vil være av betydning. At påstander blir spredt til et stort antall personer, eventuelt også utenfor virksomheten, medfører større risiko for skade enn ytringer innenfor en lukket krets. I Telenor-dommen ble det som nevnt tillagt vekt at opplysningene var spredt både blant ansatte og forretningsforbindelser.

Omstendighetene rundt varslingen kan også medføre et senket aktsomhetskrav. Dersom det kritikkverdige forhold er av en slik art at det haster med å melde fra, kan det ikke kreves at arbeidstaker undersøker særlig nøye. For eksempel vil det være tilfellet der det er grunn til å tro at det vil bli begått alvorlig kriminalitet.¹⁵¹ Risikoen for skade som varslingen kan medføre må veies opp mot fare- og skadegraden hvis arbeidstakeren ikke sier fra.

148 Andenæs (1998) side 331-332.

149 NOU 1999:27 side 121.

150 St.meld.nr.26 (2003-2004) pkt 4.3.4.

151 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19.

Et særlig spørsmål er om arbeidstaker har anledning til å foreta handlinger som normalt ikke er rettsstridige for å underbygge sine mistanker om at det foreligger kritikkverdige forhold. Usikkerhet om de faktiske forhold vil kunne føre til at den ansatte vegrer seg til å si fra, selv om det er mistanke om alvorlig kriminalitet. Imidlertid gir ikke varslingsreglene noe selvstendig grunnlag for at arbeidstaker gjør undersøkelser som ellers ikke ville vært tillatt, som for eksempel å lese andres personlige brev eller e-poster. Dersom slike handlinger skal være rettmessige, må det antakelig begrunnes i nødrettsbetraktninger.

3.1.4 Allmenn interesse

Varsling om kritikkverdige forhold av allmenn interesse ivaretar hensynet til samfunnets informasjonsrett. I samsvar med demokratiprinsippet¹⁵² skal det tungtveiende grunner til for å legge bånd på ytringer som kan danne grunnlag for opplyst demokratisk styring. Det finnes også holdepunkter for at lovgiver ved lovfesting av varslingsreglene har ønsket å legge økt vekt på hensynet til allmennhetens interesser,¹⁵³ noe som tilsier at terskelen for at virksomhetens interesser skal slå gjennom er enda høyere enn tidligere.

Demokratihensynet tilsier at kritikkverdige forhold i forvaltningen ofte vil være av allmenn interesse, i og med at disse virksomhetene er gjenstand for offentlig styring. Det samme må til en viss grad gjelde for statseide selskaper, der allmennheten i realiteten er eiere.

Det er imidlertid på ingen måte utelukket at kritikkverdige forhold i privat sektor er av allmenn interesse, men terskelen kan være høyere. Allmennheten har blant annet en klar interesse i å få opplysninger om kvaliteten på varer og tjenester.¹⁵⁴ Dersom for eksempel et legemiddel gir alvorlige bivirkninger som produsenten ikke opplyser om, eller de ansatte i

¹⁵² Se punkt 2.1.2.

¹⁵³ Jakhelln (2006) side 306.

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 52.

en privat barnehage forsømmer seg i omsorgen for barna, er det klart forhold av allmenn interesse.

Kriminelle forhold vil være av allmenn interesse uansett om de finner sted i offentlig eller privat sektor.¹⁵⁵ En forutsetning er likevel at lovbruddet har en saklig sammenheng med virksomheten. At lederen av en virksomhet er tatt i fartskontroll kan altså neppe gjøres til gjenstand for varsling. Det kan imidlertid ikke utelukkes at et lovbrudd som ikke er begått i arbeidstiden, eller i løpet av arbeidsforholdet, for den saks skyld, kan være av allmenn interesse, så lenge det er en saklig sammenheng mellom det kriminelle forhold og virksomheten. Som for eksempel hvis en person som tidligere er straffedømt for overgrep mot barn blir ansatt i en barnehage.

Normalt er ikke rene personkonflikter av allmenn interesse, men det kan ikke utelukkes. Det vil avhenge av hvilke personer, og hvilken virksomhet det er snakk om.¹⁵⁶ I slike situasjoner kommer hensynet til den det varsles om inn med tyngde. Det er nærliggende at varsleren ofte vil være en av partene i konflikten,¹⁵⁷ og den andre parten vil da mer eller mindre ufrivillig bli eksponert, gjerne uten samtidig å få anledning til å fremme sitt syn på saken. De reelle hensyn taler da for en relativt streng fortolkning av begrepet allmenn interesse. I forbindelse med personkonflikter er det også lett å forveksle allmenn interesse begrunnet i demokratihensyn med alminnelig interesse for andre menneskers private anliggender. Det må derfor foreligge objektive forhold som tilsier at hensynet til partene i konflikten må vike for hensynet til samfunnets informasjonsbehov. Det kan åpenbart ikke være tilstrekkelig at det dreier seg om personer som er kjente i offentligheten. Demokratihensyn tilsier derimot at forhold som gjelder personer som på vegne av allmennheten forvalter makt eller ressurser kan være av interesse. Det vil antakelig oftere

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 52.

¹⁵⁶ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 38.

¹⁵⁷ Jf for eksempel Yssen (2007).

være tilfellet i offentlig virksomhet enn i privat sektor.¹⁵⁸ Spørsmålet om personkonflikter er av allmenn interesse må ellers ses i sammenheng med konfliktens art og forholdene for øvrig. Dersom det foreligger en konflikt mellom jevnbyrdige parter, vil antakelig den allmenne interesse være mindre enn hvis forholdet grenser mot trakassering. Da vil for øvrig varslingen ikke i første rekke gjelde en ren personkonflikt, men et brudd på arbeidsmiljøloven.

3.1.5 Intern varsling først

Hensynet både til virksomhetens interesser, og den eller dem varslingen omhandler, tilsier at arbeidstakeren som hovedregel bør ta opp det kritikkverdige forhold internt.¹⁵⁹ Ved intern varsling vil risikoen for skade normalt være mindre enn dersom opplysningene blir spredt i en større krets. Når virksomheten har opprettet rutiner for intern varsling i samsvar med lovens krav,¹⁶⁰ skal varsling som en hovedregel foregå i samsvar med dem. Dersom rutiner ikke foreligger, er utgangspunktet likevel at ytringene skal skje innenfor rammene av virksomheten. Normalt bør de kritikkverdige forhold da tas opp i linjen, altså med nærmeste leder. I noen tilfeller kan det være lite naturlig, for eksempel hvis varsleren er i konflikt med den overordnede. Det avgjørende er om en person med formell påvirkningsmulighet, beslutningsmyndighet eller ansvar har fått vite om de aktuelle forholdene.¹⁶¹ Det kan for eksempel være en tillitsvalgt, verneombud eller leder høyere opp i hierarkiet, styret i virksomheten, personalsjef eller compliance officer.

En forutsetning for at arbeidstaker skal kunne benytte de interne rutiner for varsling er at han eller hun vet om dem. Derfor bør virksomhetens rutiner være tilgjengelige og kjente for de ansatte.¹⁶² Den ulovfestede lojalitetsplikten medfører imidlertid at den ansatte selv har

158 St.meld.nr.26 (2003-2004) side 110.

159 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

160 Arbeidsmiljøloven § 3-6.

161 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

162 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 46.

en aktivitetsplikt, blant annet når det gjelder å sette seg inn i hvilke regler og rutiner som gjelder på arbeidsplassen.¹⁶³ At arbeidstaker ikke er kjent med de interne rutiner gir altså ikke uten videre grunn til å se bort fra kravet om intern varsling.

Arbeidstaker trenger ikke å varsle internt dersom det er grunn til å tro at det vil være uhensiktsmessig.¹⁶⁴ Intern varsling kan være uhensiktsmessig hvis det kritikkverdige forhold er av alvorlig art, for eksempel en kriminell handling. Dersom arbeidstaker for eksempel mistenker ledelsen i virksomheten for å være involvert i innsidehandel, vil det ikke bare oppleves som belastende å ta det opp, det kan også være tvilsomt om de involverte selv vil gjøre noe for å bringe det kritikkverdige forhold til opphør. Men det at saken gjelder et kriminelt forhold i seg selv utelukker ikke at det er hensiktsmessig å ta den opp internt. Det må bero på en konkret vurdering.

Videre kan det ikke kreves at arbeidstaker varsler internt når vedkommende har grunn til å frykte gjengjeldelser. Frykten kan være basert på trusler fra ledelse eller kolleger, egen eller andres erfaring fra tilsvarende situasjoner i samme virksomhet, eller på det generelle ytringsklimaet på arbeidsplassen.¹⁶⁵ Som gjengjeldelse regnes ikke bare formelle arbeidsrettslige sanksjoner, som oppsigelse, men også uformelle sanksjoner som endring i arbeidsoppgaver eller interne overføringer.¹⁶⁶ Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at varsling er uforsvarlig, herunder at arbeidstaker *ikke* har hatt grunn til å frykte gjengjeldelser.¹⁶⁷

163 Jakhelln (2006) side 304.

164 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

165 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

166 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 43.

167 Arbeidsmiljøloven § 2-4 (3).

Det kan også være uhensiktsmessig å varsle internt hvis det haster med å bringe det kritikkverdige forhold til opphør, og særlig hvis varslingen gjelder forhold som kan utgjøre en fare for liv og helse.¹⁶⁸ Hensynet til dem det kritikkverdige forhold eventuelt vil gå ut over tilsier at arbeidstaker kan varsle til den instans som kan iverksette de mest effektive tiltak.

Det at arbeidstaker først har varslet internt, betyr ikke at det automatisk vil være forsvarlig å varsle offentlig. Det kan for eksempel tenkes situasjoner der det vil ta tid å endre de faktiske forhold som ligger til grunn for varslingen. Men dersom arbeidsgiver iverksetter tiltak som ikke virker, eller ignorerer saken, kan det være uhensiktsmessig å holde opplysningene internt i virksomheten.¹⁶⁹ Spørsmålet er hvor lenge arbeidstaker må vente og hvilke holdepunkter han eller hun må ha før det er forsvarlig å varsle eksternt. Antakelig kan varsleren på samme måte som i forhold til frykt for gjengjeldelser basere seg på erfaringer som andre arbeidstakere har gjort, eller egne opplevelser fra tidligere anledninger. En forutsetning må selvsagt være at omstendighetene ikke er vesentlig forandret, for eksempel ved at ledelsen i virksomheten er skiftet ut. Det er ikke mulig å oppstille noen generell frist for når arbeidsgiver må ha iverksatt effektive tiltak, det må bero på en konkret vurdering. Det vil blant annet være naturlig å legge vekt på om virksomheten holder den som har varslet informert om den videre oppfølgingen av saken. Dersom kritikken blir fulgt opp, taler det for at varsleren må innfinne seg med at det tar tid å oppnå resultater. Det kan selvsagt også forekomme at varsleren tar feil om de faktiske forhold, og en tilbakemelding vil da bidra til oppklaring og unngå videre misforståelser. I samsvar med intensjonen om å skape et bedre ytringsklima på arbeidsplassen,¹⁷⁰ vil ønsket om å unngå offentlig varsling slik kunne fungere som et incentiv for virksomheten til å gå i dialog med kritiske arbeidstakere.

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 41.

¹⁷⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 7.

3.1.6 Varlerens motiv

Personvern hensyn og hensynet til virksomheten tilsier at varsling ikke bør være motivert av egen nytte eller ønske om å skade andre. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til varslingsreglene at man i forsvarlighetsvurderingen skal være varsom med å legge for stor vekt på varlerens motiv.¹⁷¹ Begrunnelsen er at de hensyn som ligger til grunn for ytringsfriheten ofte vil veie tyngre. Hvis hensynet til allmennhetens interesser tilsier at alvorlige, kritikkverdige forhold bør avdekkes, vil altså varlerens motiv være av underordnet betydning, så lenge fremgangsmåten ellers er forsvarlig.¹⁷² Men hvis varslingen gjelder en personkonflikt, enkeltstående tilfeller av trakassering eller lignende, som er av mindre allmenn interesse, er det nærliggende at varlerens motiv tillegges større relativ vekt.

Mindretallets forslag til varslingsbestemmelse inneholdt et eksplisitt vilkår om at varsling ikke skulle skje i skadehensikt.¹⁷³ Også Ytringsfrihetskommisjonen gikk inn for at varsling ikke måtte være motivert av egen nytte.¹⁷⁴ Det valget som lovgiver har gjort understreker at varlerens motiv er en del av den helhetlige vurdering av om fremgangsmåten ved varsling er forsvarlig, og ikke et selvstendig og absolutt vilkår.

Ved vurderingen av om en ytring som ikke omfattes av varslingsreglene er illojal, er arbeidstakers hensikt et moment av stor vekt.¹⁷⁵ Det betyr imidlertid ikke nødvendigvis at arbeidstaker som ytrer seg i skadehensikt ikke vil være vernet av ytringsfriheten. Også illojale ytringer kan være rettmessige, dersom hensynet til at samfunnet skal få den

171 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 20 og 39.

172 Vigerust (2007) side 110.

173 Inst.O.nr.6 (2006-2007) side 14.

174 NOU 1999:27 side 132.

175 Eggen (2004) side 15.

kunnskapen de kan gi er av tilstrekkelig vekt.¹⁷⁶ Spørsmålet om varslersens hensikt var altså også før varslingsbestemmelsene trådte i kraft et moment i en konkret og skjønnsmessig vurdering. Men lovgivers intensjon om å tillegge hensynet til varsleren og samfunnet større vekt enn tidligere¹⁷⁷ tilsier at arbeidstakerens hensikt nå er av mindre betydning enn tidligere.

3.1.7 Hensiktsmessig virkemiddel

Et relevant moment i forsvarlighetsvurderingen er hvorvidt varsling er et hensiktsmessig virkemiddel for å bringe det kritikkverdige forhold til opphør.¹⁷⁸ Hvis hensynet til samfunnets interesser skal kunne begrunne retten til å varsle, må varslingen også være egnet til å ivareta disse interessene. I de tilfellene da varsling ikke er et hensiktsmessig virkemiddel, vil arbeidstakers ytringsfrihet bare være begrunnet av hensynet til arbeidstaker selv, altså selvtutfoldelsesargumentet.¹⁷⁹

Det er en sammenheng mellom spørsmålet om varslersens motiv og spørsmålet om varsling er et hensiktsmessig virkemiddel. Dersom varsling *ikke* er et hensiktsmessig virkemiddel, kan det være en indikasjon på at varsleren har hatt andre hensikter enn å bringe det kritikkverdige forhold til opphør, som for eksempel å hevne seg på sin arbeidsgiver.

Når det skal vurderes om varsling i et gitt tilfelle er hensiktsmessig, kan det neppe oppstilles et vilkår om at den fører til at det kritikkverdige forhold faktisk blir brakt til opphør. Antakelig må arbeidstakers fremgangsmåte vurderes på samme måte som i forhold til det faktiske grunnlag for ytringen, ved at det er avgjørende hva han eller hun hadde grunn til å tro på det tidspunkt da det ble varslet. Det må antas at det også vil være av

¹⁷⁶ Eggen (2004) side 16.

¹⁷⁷ Jakhelln (2006) side 306.

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 20 og 50.

¹⁷⁹ Jf punkt 2.1.2.

betydning hvorvidt arbeidstakeren hadde tid til å områ seg, eller om ytringen skjedde spontant eller under tidspress.

Hvorvidt varsling er et hensiktsmessig virkemiddel, må antas å være relevant ikke bare i de tilfeller der varslingen *ikke* bidrar til å gjøre slutt på det kritikkverdige forhold, men også i de tilfellene der den ønskede virkning kunne vært oppnådd med langt mindre skade eller skaderisiko. Forsvarlig varsling er nettopp varsling som ikke i uforholdsmessig grad skader virksomhetens legitime interesser.

3.1.8 Varlerens posisjon og stilling i virksomheten

Arbeidstakers posisjon og stilling er av betydning i forhold til flere sider ved lojalitetsplikten.¹⁸⁰ Den særlige tillit som må foreligge mellom arbeidsgiver og arbeidstakere med stor selvstendighet og stort ansvar i virksomheten, tilsier et skjerpet krav om lojalitet. Den særlige lojalitetsplikten for ledere kan i noen tilfeller medføre at deres rett til å varsle er underlagt større begrensninger enn det som gjelder for andre arbeidstakere.¹⁸¹

Det er også en fare for identifikasjon mellom arbeidstakeren og virksomheten når en leder eller spesialist som uttaler seg.¹⁸² Arbeidstakers ytringsfrihet gir bare vern til ytringer på egne vegne. Dersom det er nærliggende å oppfatte situasjonen slik at arbeidstakeren ytrer seg på vegne av virksomheten, kan det tale for at lojalitetsplikten er brutt, da slik uklarhet kan føre til større skade på virksomhetens interesser enn dersom det er klart at den ansatte bare gir uttrykk for sin personlige mening. Arbeidstakere som sitter nær makten, for eksempel ledende embetsmenn i forvaltningen, må vise større grad av forsiktighet enn andre når de gir uttrykk for sine personlige meninger. For eksempel er det neppe forenelig med stillingen som ekspedisjonssjef i Utenriksdepartementet å offentlig gi uttrykk for et

180 Rt-1997-1128.

181 LF-1997-771.

182 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19

syn på Midt-Østen-politikk som er det stikk motsatte av Regjeringens.¹⁸³ Dette har sammenheng med hensynet til tilliten til forvaltningen.

Det er av betydning for rammene for den enkelte arbeidstakeres ytringsfrihet om han eller hun hovedsakelig bedriver rådgivning, utredning, ledelse eller har faglige oppgaver. Sannhetsprinsippet og demokratiprinsippet tilsier at opplysninger og faglig funderte synspunkter fra ansatte som har stor innsikt og kunnskap er viktige for allmennhetens meningsdannelse.¹⁸⁴ Også ansatte ved høyskoler og universiteter nyter et sterkt vern for sin ytringsfrihet. Det er et viktig formål for disse institusjonene å bidra til samfunnsdebatten,¹⁸⁵ og en forutsetning for det er at de ansatte får ytre seg fritt, i alle fall om faglige spørsmål.

Noen stillinger har også en særlig autonomi og tradisjon for at arbeidstakeren uttaler seg temmelig fritt. For eksempel er det neppe illojalt at en kommunelege eller bedriftslege uttaler seg kritisk om de helsemessige forhold i virksomheten.¹⁸⁶ Det ligger i stillingens natur at legen skal være ”vaktbikkje” og føre tilsyn med de helsemessige forhold, og samtidig holde allmennheten informert om sine funn og synspunkter.

3.1.9 Uttrykksform og språkbruk

Uttrykksform og språkbruk tillegges en viss vekt i avveiningen mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt.¹⁸⁷ Det må legges til grunn at disse momenter er relevante også i forhold til spørsmålet om arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling er forsvarlig.¹⁸⁸ Hensynene bak

183 NOU 1999:27 side 128.

184 NOU 1999:27 side 128.

185 Universitetsloven § 1-3 bokstav d og f.

186 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 18.

187 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19.

188 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19 og Vigerust (2007) side 110.

ytringsfriheten tilsier at ytringer som har en slik form at de er egnet til å bidra til en konstruktiv og opplyst samfunnsdebatt er mer beskyttelsesverdige enn ytringer som først og fremst er egnet til å såre eller skade andre. Rt 2001 side 1362 (Adjunkt) dreide seg om gyldigheten av en oppsigelse av en lærer i den videregående skolen, på grunnlag av manglende samarbeidsevner og illojal opptreden overfor arbeidsgiver og kolleger. Læreren hadde gjennom en rekke uttalelser, både skriftlig og muntlig, beklaget seg over blant annet arbeidsforholdene og undervisningsvirksomheten ved skolen. Uttalelsene hadde en slik form og språkbruk at Høyesterett kom fram til at grensen for illojalitet var overskredet. Førstvoterende uttalte blant annet: ”Som herredsretten bemerker, danner brevskrivningen - selv om enkelte av brevene muligens ligger innenfor hva en arbeidsgiver må akseptere - « [s]amlet sett ... et uakseptabelt mønster, som skolens ledelse med rette har krevd stanset for å hindre stadig nye konflikter i et allerede belastet arbeidsmiljø ». ”¹⁸⁹ I denne sammenheng illustrerer Adjunktdommen to viktige poenger. For det første er uttrykksform og språkbruk av betydning i vurderingen av om ytringene er utilbørlige, og dermed utenfor rammene av ytringsfriheten. For det andre kan flere ytringer vurderes i sammenheng, slik at uttalelser som isolert sett kanskje ikke fremstår som utilbørlige, samlet sett gjør det. I dette tilfellet er det sannsynlig at ett enkelt spissformulert brev ikke ville vært et brudd på lojalitetsplikten, men den samlede mengden og intensiteten utgjorde en belastning som arbeidsgiver ikke trengte å akseptere. I Adjunktdommen står hensynet til arbeidsmiljøet, og dermed de andre arbeidstakerne, sentralt. Men også uttalelser som bare har brodd mot virksomhetens ledelse vil bedømmes strengt dersom uttrykksmåten er usaklig.¹⁹⁰

Et moment av betydning i vurderingen av form og språkbruk er om ytringen er spontan, eller om arbeidstakeren har hatt tid til å tenke seg om. Ved varsling innebærer dette at dersom varsleren har hatt tidsnød eller på andre måter vært under press, skal det antakelig en del til for at språk og uttrykksmåte tillegges vekt ved vurderingen av om fremgangsmåten er forsvarlig. Motsatt stiller det seg dersom varsleren har hatt god tid til

189 Side 1376.

190 NAD-1987-678.

overveielse.¹⁹¹ I Telenordommen¹⁹² uttalte Høyesterett: ”Ved vurderingen av reaksjon bør det tas hensyn til om arbeidstakerens forhold kan skyldes ubetenksomhet, eller om det er tale om en overveiet adferd.”¹⁹³ Uttalelsen er også nevnt i forarbeidene, men det er grunn til å merke seg at den gjelder spørsmålet om valg av reaksjon, ikke spørsmålet om grensene for arbeidstakers ytringsfrihet er overskredet. Det kan tyde på at form og språkbruk neppe alene vil kunne være avgjørende i vurderingen av om varslersens fremgangsmåte er forsvarlig.

E-post er i mange arbeidsforhold langt på vei den viktigste formen for kommunikasjon, og brukes til å formidle alt fra kjappe og humoristiske kommentarer til gjennomarbeidede faglige vurderinger. Høyesterett uttalte i Telenor-dommen at e-post generelt en ”meddelelsesform hvor veien fra tanke til ugjenkallelig handling er kort”.¹⁹⁴ Dette kan tyde på at rammene for uttrykksmåte og språkbruk er videre enn i for eksempel brev. Det kan imidlertid settes spørsmålsteget ved om en slik regel ivaretar de hensyn som tilsier begrensninger i ytringsfriheten på en tilfredsstillende måte. Faren for spredning er langt større ved bruk av e-post enn skriftlige dokumenter, noe som kan utgjøre en trussel både mot virksomhetens interesser og enkeltindividers personvern.

Det er antatt at det er noe romsligere rammer for arbeidstakers språkbruk når det blir gitt en spontan kommentar til pressen enn når den ansatte selv etter nøye planlegging velger å varsle i media. Illustrerende er sivilombudsmannens avgjørelse¹⁹⁵ i en sak der en ansatt ved et sykehjem hadde uttalt seg i sterke ordelag på radio. Uttalelsene var innenfor rammene av

191 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19 flg.

192 Rt 2003 side 1614.

193 Premiss 47.

194 Premiss 47.

195 Sak nr. 2005-887.

ytringsfriheten, idet det ble lagt vekt på at det må stilles lempeligere krav til spontane, muntlige ytringer enn til skriftlige.

Som nevnt må det legges til grunn at lovfestingen av retten til å varsle innebærer at hensynet til samfunnets interesser tillegges større vekt enn tidligere.¹⁹⁶ Det innebærer, at dersom arbeidstaker varsler om et kritikkverdig forhold av stor allmenn interesse, vil den uttrykksform og språkbruk varsleren har valgt være av underordnet betydning.¹⁹⁷

3.1.10 Arbeidstaker som mottar råd i forbindelse med varsling

En arbeidstaker som vurderer å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, vil i mange tilfeller rådføre seg med andre på forhånd. Innspill fra kolleger, tillitsvalgte og i noen tilfeller fra advokat, kan ha betydning for om arbeidstakeren velger å varsle, og hvilken fremgangsmåte han eller hun velger. Spørsmålet er om det faktum at den som varsler har fått slike råd, har noen betydning for forsvarlighetsvurderingen.

Spørsmålet om betydningen av at arbeidstaker får råd om fremgangsmåten, var oppe i Telenor-dommen.¹⁹⁸ Før den ansatte sendte ut den omstridte e-posten, rådførte han seg med en medarbeider, som oppfordret ham til å la være å sende den. Retten la vekt på dette momentet i vurderingen av om utsendelsen av e-posten skyldtes ubetenksomhet, noe som ville vært formildende, eller om arbeidstakeren var bevisst konsekvensene av sine handlinger.¹⁹⁹ I dommen ble spørsmålet om ubetenksomhet vurdert i forbindelse med valg av reaksjon overfor arbeidstakeren. Hvorvidt arbeidstaker har mottatt råd vil antakelig også være relevant i forhold til selve forsvarlighetskravet. Avhengig av blant annet kompetanse og posisjon i virksomheten, vil ansatte som varsler om kritikkverdige forhold bli

¹⁹⁶ Se Vigerust (2007) side 109.

¹⁹⁷ Vigerust (2007) side 110.

¹⁹⁸ Rt 2003 side 1614.

¹⁹⁹ Dommens premiss 47.

innrømmet en viss feilmargin,²⁰⁰ både med tanke på de faktiske forhold, og med tanke på valg av fremgangsmåte. Dette er blant annet begrunnet i at arbeidstakeren ikke alltid har forutsetninger for å vurdere innholdet i varslingen og konsekvensene av den fremgangsmåten som er valgt. I de tilfeller da varsleren mottar råd som er egnet til å fjerne usikkerhet rundt disse spørsmålene, kan det være grunn til å stille strengere krav. Hvorvidt og på hvilken måte kravene må skjerpes, avhenger blant annet av innholdet i rådene og om arbeidstakeren har hatt grunn til å lytte til dem.

I hvilken grad de råd som arbeidstakeren får har betydning for forsvarlighetsvurderingen, må også avhenge av hvem som gir dem. Representanter for arbeidsgiver og ledende ansatte i virksomheten kan i enkelte tilfeller være motivert av andre hensyn enn å bringe det kritikkverdige forhold til opphør. Når en arbeidstaker for eksempel tar opp et forhold med sin nærmeste leder, uten at det har noen virkning, kan det ikke tillegges avgjørende vekt at lederen fraråder den ansatte å gå videre med saken. Det samme vil til en viss grad gjelde for råd fra andre ansatte i virksomheten, selvsagt avhengig av hvordan de er begrunnet. Men når arbeidstakeren mottar råd fra uavhengige personer, som for eksempel en advokat, har han eller hun ikke på samme måte grunn til å se bort fra disse.

I de tilfellene da arbeidstaker som varsler har fått juridisk bistand, må det antas at det skjerper kravet til aktsomhet ved valg av fremgangsmåte. Slik rådgivning vil normalt innebære en orientering om blant annet hvilke muligheter og forpliktelser arbeidstakeren har til å varsle internt, og hvilke hensyn som kan bli skadelidende. Det må imidlertid antas at en forutsetning for at juridisk bistand skal ha betydning for forsvarlighetsvurderingen, er at arbeidstakeren faktisk får råd som er relevante for valget av fremgangsmåte. Det kan neppe legges til grunn at det faktum at den ansatte lar seg bistå av advokat i seg selv medfører et skjerpet forsvarlighetskrav, noe som blant annet ville kunne føre til at arbeidstakeren måtte bære risikoen for rådgiverens manglende kompetanse.

200 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 19.

3.2 Typetilfeller

3.2.1 Varsling som alltid er forsvarlig

Det fremgår direkte av arbeidsmiljøloven²⁰¹ at varsling i noen typetilfeller alltid vil være forsvarlig. I disse situasjonene vil det altså aldri være aktuelt å foreta noen forsvarlighetsvurdering. Dette representerer en endring i rettsstilstanden,²⁰² fordi det må antas også disse formene for varsling kan innebære et brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten.²⁰³

3.2.1.1 Varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter

Ved å unnta varsling til tilsyn og andre offentlige myndigheter fra forsvarlighetsvurderingen, har lovgiver ønsket å bidra til å fjerne arbeidstakers usikkerhet rundt grensene for forsvarlig varsling på et avgrenset område.²⁰⁴ Dessuten er det antatt at risikoen for skade er mye lavere enn ved for eksempel varsling i media. Denne antagelsen er bygget på tillit til at de offentlige myndigheter vil behandle de opplysningene de får på en måte som i størst mulig grad ivaretar virksomhetenes legitime hensyn. Ved varsling til offentlige myndigheter overføres dermed det rettslige ansvaret for at virksomhetens interesser ikke skades unødvendig fra varsler til forvaltningsorganet.

Skadepotensialet ved selve varslingen til offentlige myndigheter er åpenbart liten, så lenge opplysningene holdes internt i offentlige organ. Men spørsmålet er likevel om virksomhetens interesser er tilfredsstillende ivaretatt. Problemstillingen kommer på spissen når opplysningene ikke gjenspeiler de faktiske forhold, og arbeidstakeren fremmer dem med ønske om å skade virksomheten eller enkeltpersoner. De fleste offentlige myndigheter

201 Arbeidsmiljøloven § 2-4 (2).

202 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 8.

203 LB-2004-57689.

204 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 40.

og tilsyn har en postjournal som er gjenstand for offentlighet.²⁰⁵ Dersom det fremgår av postjournalen at en arbeidstaker har varslet om et bestemt forhold, er det nok til at det kommer ut i pressen, og skadepotensialet blir dermed like stort som om arbeidstakeren hadde varslet direkte til media. Arbeidsgruppen som sto bak varslingsbestemmelsene foreslo at arbeidstakers rett til å være anonym ved varsling til tilsynsmyndigheter burde lovfestes.²⁰⁶ Det ble imidlertid ikke foreslått tilsvarende tiltak for å ivareta virksomhetens interesser eller personvernet til den eller dem varslingen omhandler.

Arbeidstilsynet har rutiner for anonymisering både av varsler og virksomhet i meldinger som de mottar. Men de fleste andre tilsyn, slik som Kredittilsynet og Konkurransetilsynet, har ingen slike rutiner. Der vil den enkelte saksbehandler vurdere hvilke opplysninger som skal unntas offentlighet. Dette selv på områder der det må antas av varsling vil kunne medføre spredning av informasjon som er børssensitiv eller som kan være svært skadelig for virksomhetens omdømme. Selv om tilliten til den offentlige forvaltning selvsagt bør være stor, er det lett å tenke seg at en enkelt feilvurdering vil kunne få store konsekvenser.

Ved intern varsling er det sammenheng mellom retten til å varsle, og det at virksomheten pålegges å opprette rutiner for varsling, dersom forholdene tilsier det.²⁰⁷ Som en følge av arbeidstakers styrkede ytringsfrihet får virksomheten anledning til å kanalisere kritikk slik at den i størst mulig grad virker konstruktivt, og medfører minimal risiko for skade. Den utvidede ytringsfriheten overfor tilsyn og andre offentlige myndigheter er ikke på samme måte balansert med tiltak som ivaretar andre hensyn.

En annen sak er at selv om selve varslingen til tilsynsmyndigheter alltid er forsvarlig, gir ikke det nødvendigvis vern til arbeidstakere som bruker muligheten for slik varsling til å presse kolleger eller arbeidsgiver. Borgarting Lagmannsretts avgjørelse LB-2004-57689

²⁰⁵ Offentlighetsloven § 2.

²⁰⁶ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 30.

²⁰⁷ Arbeidsmiljøloven § 3-6.

(Førstesekretær) gjaldt gyldigheten av oppsigelse av en førstesekretær ved en skole.

Arbeidstakeren hadde flere ganger gått direkte til kommunerevisoren med opplysninger om kritikkverdige forhold ved skolen. Påstandene viste seg å være riktige, men han kunne ha tatt dem opp internt først. Oppsigelsen ble stående på annet grunnlag, men lagmannsretten valgte likevel å konkludere med at førstesekretærens fremgangsmåte var illojal. Grunnen var at han ved flere anledninger overfor sine kolleger hadde gitt uttrykk for at han ”hadde noe på dem”, uten at han var villig til å ta dette opp tjenestevei. Retten la til grunn at det følger av lojalitetsplikten at førstesekretæren hadde plikt til å hjelpe skolen å følge regelverket. Selv om selve varslingen til kommunerevisoren etter de nye varslingsbestemmelsene åpenbart hadde vært forsvarlig, utelukker det ikke at forsøket på å presse kolleger og ledelse likevel ville bli vurdert som utilbørlig.

3.2.1.2 Varsling i henhold til interne rutiner

Etter arbeidsmiljøloven § 3-6 har arbeidsgiver plikt til å opprette egne rutiner for varsling dersom forholdene tilsier det. Etableringen av slike rutiner vil være en del av arbeidet for å skape et mer åpent ytringsklima.²⁰⁸ Loven legger ingen videre føringer for hva disse rutineene skal bestå i. Men det er altså en sammenheng mellom interne rutiner og styrkingen av varslervernet. Dersom arbeidstaker har gode muligheter til å nå fram internt, er det mindre sannsynlig at vedkommende vil varsle eksternt, og dermed ivaretar virksomheten også sine egne interesser. Rutinene kan bestå i at det opprettes interne kanaler for kritiske ytringer, eller at en ekstern instans, for eksempel en advokat, blir stilt til arbeidstakernes disposisjon.²⁰⁹

Et særlig spørsmål er hvilke virksomheter som har plikt til å opprette slike interne rutiner. Alle virksomheter må vurdere om det er nødvendig å iverksette tiltak for å bedre ytringsklimaet, og plikten til å opprette interne rutiner er ment å være hovedregelen.

²⁰⁸ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 47.

²⁰⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 46.

Unntatt er bare ”ukompliserte” virksomheter med få ansatte.²¹⁰ Hva som ligger i at en virksomhet er ukomplisert er ikke angitt nærmere i forarbeidene, men det er nærliggende å anta at det eksempelvis innebærer at den ikke fremstiller produkter som er farlige eller miljøskadelige, at virksomheten ikke har stor samfunnsmessig betydning eller at det foreligger andre særlige forhold som lett kunne tenkes å bli gjenstand for varsling.

Det kan tenkes situasjoner da også varsling i samsvar med interne rutiner vil kunne skade virksomhetens legitime interesser og komme i konflikt med personvernet til den eller dem varslingen omhandler. For eksempel kan en misfornøyd arbeidstaker ønske å bruke de interne rutiner i en konflikt med ledere eller kolleger, ved å stadig sende meldinger om kritikkverdige forhold uten at det er saklig grunn til det. Det er likevel ingen holdepunkter for at regelen om at varsling i samsvar med interne rutiner alltid er forsvarlig kan tolkes innskrenkende. Det må være opp til virksomheten å kanalisere uberettiget eller overdrevet kritikk på en slik måte at det blir minst mulig belastende.

3.2.2 Forsvarlighetskravet ved intern varsling

Varsling i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling er alltid forsvarlig. Også når kritikk blir fremmet internt utenfor disse kanalene, er det som hovedregel forsvarlig.²¹¹ Bare unntaksvis medfører kravet om forsvarlig varsling at intern kritikk ikke er vernet av ytringsfriheten, fordi hensynet til virksomheten og den eller dem det varsles om slår gjennom. Det vil gjerne være tilfellet når de kritikkverdige forholdene tas opp på en helt utilbørlig måte som innebærer en unødvendig belastning for arbeidsmiljøet.²¹²

Arbeidsrettens avgjørelse i ARD 1978 side 65 gjelder bare delvis varsling. En ansatt ved en fabrikk hadde over en lengre periode både drevet politisk agitasjon overfor sine kolleger, og fremmet påstander om at arbeidsmiljøet ikke var forsvarlig. Beskyldningene mot

²¹⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 47.

²¹¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 40.

²¹² Vigerust (2007) side 111.

virksomheten var til dels alvorlige, da hun blant annet påsto at behandlingen av sprengstoff ikke var forsvarlig. På grunnlag av den ansattes agitasjon og kritikk ble hun oppsagt fra sin stilling. Saksforholdet er spesielt. Arbeidstakeren, som var medlem av AKP-ml, hadde i tillegg til å fremme ytringer internt i virksomheten blant annet trykket en løpeseddel og skrevet et innlegg i Klassekampen, der hun kom med påstander om de sikkerhetsmessige forhold på arbeidsplassen. Ytringene var altså ikke utelukkende fremsatt internt. Hun agiterte også med stor intensitet overfor sine kolleger for sitt politiske syn. Arbeidsretten understreker imidlertid at hvilket politisk parti hun tilhørte ikke var relevant. Det å inngå i politiske diskusjoner med kolleger i arbeidstiden skal i prinsippet ikke kunne utgjøre grunnlag for oppsigelse. Men arbeidsretten kom til at²¹³ ”Selv om situasjonen er denne, er det imidlertid på den annen side like utvilsomt at en arbeidstaker ikke - uten å risikere oppsigelse - kan hengi seg til politisk diskusjon og agitasjon, kombinert med kritikk av arbeidsforholdene på bedriften, i en slik utstrekning og med en slik intensitet at arbeidskameratene føler seg plaget og fraber seg en fortsettelse. Under denne forutsetning vil arbeidstakerens forhold etter omstendighetene kunne resultere i at arbeidsgiveren på rettslig uangripelig grunnlag kan oppsi ham under henvisning til at oppsigelsen er saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold og dette forholds innflytelse på virksomheten i bedriften.” Grunnlaget for oppsigelsen var altså en kombinasjon av intens politisk agitasjon og intern og ekstern kritikk av virksomheten. Det er uklart om den interne kritikken i seg selv ville vært oppsigelsesgrunn i dette tilfellet. Det er også mulig at resultatet ikke ville blitt det samme i dag, blant annet fordi det antakelig er større toleranse for politiske ytringer i arbeidsforhold nå. Dommen viser imidlertid klart at lojalitetsplikten utgjør en skranke for ytringsfriheten også når det gjelder intern kritikk.

En annen avgjørelse som viser at intern kritikk ikke alltid er omfattet av ytringsfriheten er Adjunktdommen,²¹⁴ som det også tidligere har vært referert til. Ved en videregående skole hadde det oppstått store samarbeidsproblemer mellom en adjunkt, hans avdelingsleder og

213 Dommen side 70.

214 Rt 2001 side 1362.

ledelsen ved skolen. Adjunkten skrev i den anledning flere brev til ledelsen, blant annet med beskyldninger mot en navngitt kollega. Han fremmet også grove beskyldninger mot skoleledelsen. Videre kom adjunkten med sterke uttalelser på et allmøte for personalet, og ytret seg om sitt syn på konflikten i en e-post på skolens interne nettverk. Da en artikkel han hadde skrevet om forholdene på arbeidsplassen ble nektet inntatt i internavisa, trykket han opp og publiserte denne på egen hånd. Ytringene inneholdt svært nedsettende karakteristikk av medarbeidere og ledelse, og var ikke egnet til å bidra til en løsning av den konflikten som hadde oppstått. Skolen valgte til slutt å si opp adjunkten på grunn av manglende samarbeidsevner og illojal opptreden overfor kolleger og overordnede. Høyesterett kom til at oppsigelsen var gyldig og uttalte: ”Etter min oppfatning har A ved sine beskyldninger mot C og skolens ledelse klart overskredet den grense som må trekkes for ansattes adgang til å kritisere overordnede. Ved å fremsette og spre krenkende beskyldninger, bygge opp motsetninger og skape allianser har A aktivt gått inn for å undergrave Cs og rektors ledelsesposisjoner og å forhindre at C ble ansatt som avdelingsleder etter at avdelingslederordningen ble gjort permanent.”²¹⁵

Dommen er et uttrykk for et prinsipp om at arbeidstakers manglende samarbeidsevner kan være grunnlag for oppsigelse.²¹⁶ Den må også kunne tolkes slik at arbeidstakers lojalitetsplikt medfører at også kritikk som fremføres internt kan falle utenfor rammene av ytringsfriheten. Ut fra formuleringene i dommen kan det imidlertid være vanskelig å se hvilke hensyn som ligger til grunn for avveiningen. Arbeidstaker har plikt til å være lojal mot sin arbeidsgiver, som er virksomheten. Men i dommen fremheves det at adjunktens handlinger var illojale overfor kolleger og ledelse. Overgangen mellom hensynene til kolleger, ledelse og virksomheten kan imidlertid i noen grad gli over i hverandre. Det å vise lojalitet mot ledelsen vil i mange tilfeller være ensbetydende med det å vise lojalitet mot virksomheten. Dessuten er det virksomhetens ansvar å sørge for et forsvarlig

²¹⁵ Dommen side 1376.

²¹⁶ Dommen side 1379 og Fougner og Holo (2006) side 123.

arbeidsmiljø.²¹⁷ Dersom arbeidstaker gjennom sin interne kritikk forsurer arbeidsmiljøet i stor grad, vil det kunne være illojalt også overfor virksomheten.

Spørsmålet er imidlertid om resultatet i de nevnte rettsavgjørelsene ville vært det samme dersom den interne kritikken hadde vært bedømt etter varslingsreglene. Som nevnt åpnes det for at intern varsling kan være uforsvarlig.²¹⁸ Men det må antas at hensynet til arbeidstaker og samfunnet skal tillegges større relativ vekt i forhold til hensynet til virksomheten, enn det som var tilfellet tidligere.²¹⁹ Derfor er det antakelig først og fremst hensynet til andre arbeidstakere som vil kunne begrunne at intern varsling er uforsvarlig.²²⁰ At hensynet til virksomhetens interesser sjelden vil kunne danne grunnlag for at intern varsling er uforsvarlig, må ses i sammenheng med kravet om at det opprettes rutiner for varsling.²²¹ Det må som nevnt være opp til virksomheten å utforme disse slik at intern kritikk håndteres på best mulig måte og dermed gjør minst mulig unødvendig skade.

3.2.3 Forsvarlighetskravet ved offentlig varsling

Varsling til tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter og varsling i samsvar med interne rutiner er alltid forsvarlig, og intern varsling utenom disse rutinene vil bare unntaksvis komme i konflikt med forsvarlighetskravet. Det er altså først og fremst ved offentlig varsling²²² at spørsmålet om arbeidstakers fremgangsmåte har vært forsvarlig blir aktualisert.

217 Arbeidsmiljøloven § 2-1.

218 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 40.

219 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 36.

220 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 40.

221 Arbeidsmiljøloven § 3-6.

222 Vigerust (2007) side 111.

Risikoen for skade på virksomhetens interesser er i utgangspunktet større ved offentlig enn ved intern varsling, noe som kommer til uttrykk i prinsippet om at det normalt skal varsles internt først. Dermed får virksomheten anledning til selv å gripe fatt i problemet, og unngå at offentlig varsling blir nødvendig. Imidlertid er det også sterke argumenter for at arbeidstaker i mange tilfeller skal ha rett til å varsle utenfor virksomheten. Hvis varsling skal være et redskap til å få bukt med alvorlige samfunnsproblemer som korrupsjon og miljøkriminalitet, vil det sjelden være tilstrekkelig å ta opp problemet internt. I samsvar med sentrale hensyn bak ytringsfriheten vil også ekstern varsling kunne gi allmennheten viktig informasjon om det indre liv i virksomhetene, særlig i offentlig virksomhet.

Det må antas at adgangen offentlig varsling er påvirket av de nye bestemmelsene om varsling. Hovedregelen er at det skal vesentlig interesseovervekt i virksomhetens favør til for at varsling skal være uforsvarlig.²²³ Det må antas at dette er en utvidelse av den materielle ytringsfriheten i forhold til den tidligere rettstilstand.²²⁴

Det er imidlertid ikke bare hensynet til virksomhetens interesser som gjør seg gjeldende ved offentlig varsling. Også den eller de varslingen gjelder, vil være langt mer utsatt enn dersom kritikken holdes internt. Dette er åpenbart tilfellet når enkeltpersoner anklages for brudd på regelverk eller etiske normer, men også varsling som gjelder virksomheten generelt kan bidra til å mistenkeliggjøre de ansatte. Mens vektlegging av arbeidstakers ytringsfrihet fremfor virksomhetens interesser blant annet kan begrunnes i det ujevne styrkeforholdet dem imellom, gjør ikke de samme hensyn seg gjeldende i forhold til enkeltpersoner som det blir varslet om. Forsvarlighetskravet legger opp til en bred og skjønnsmessig avveining, heller enn en skjematisk regel basert på faste vilkår. Det vil derfor være i samsvar med grunntanken om avveining av hensyn, at rammene for arbeidstakers ytringsfrihet er mindre romslige i de tilfellene da hensynet til enkeltpersoner

223 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 36.

224 Vigerust (2007) side 109.

spiller inn, enn i de tilfellene da det bare er virksomhetens interesser som risikerer å bli skadelidende.

Denne oppfatning støttes av Høyesteretts avgjørelse i Telenor-saken.²²⁵ Faktum er referert tidligere i oppgaven. Innholdet i e-posten ble delt inn i tre deler. For det første var det faglige vurderinger av en ordning med bonuskort som virksomheten ville innføre. Slike faglige vurderingen har et sterkt vern av ytringsfriheten, da det som tidligere nevnt anses for å være av stor verdi at personer med stor faglig innsikt ytrer seg kritisk i det offentlige rom. For det andre fremmet arbeidstakeren påstander om de økonomiske virkninger bonuskortordningen ville ha. Disse vurderingene lå derimot utenfor vedkommendes fagområde, og har derfor et svakere vern. For det tredje inneholdt e-posten grove beskyldninger mot navngitte ledere i konsernet, om at disse var innblandet i til dels straffbare forhold. Det var disse beskyldningene som ble ansett som mest illojale, og som dermed ble avgjørende for spørsmålet om avskjed.²²⁶ Høyesterett uttalte følgende om forholdet mellom arbeidstakers ytringsfrihet og angrep på enkeltpersoner: "A har fremhevet at en « whistleblower » - en våken medarbeider med en kritisk holdning som tør si ifra - representerer en verdi både for bedriften og for samfunnet. Dette er jeg ikke uenig i. Derfor må man innen rommelige grenser akseptere kritiske ytringer både innad i en bedrift og utad av den karakter som omfattes av det første og til dels også av det annet forhold som jeg har nevnt i det foregående. 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. Jeg finner det derfor ikke nødvendig å foreta noen nærmere grensegang på dette punkt."²²⁷

Også hensynet til virksomhetens interesser vil noen ganger slå gjennom overfor arbeidstakers rett til å varsle i offentligheten. Jo større skade eller skaderisiko varslingen

225 Rt 2003 side 1614.

226 Dommens premiss 40.

227 Dommens premiss 46.

medfører, desto større er sannsynligheten for at varsling er uforsvarlig. Hvor store skader som kan oppstå, avhenger av virksomhetens art. For eksempel vil påstander om brudd på etiske normer være spesielt ødeleggende for virksomheter som er avhengige av at allmennheten har tillit til at de holder en høy moralsk standard, som for eksempel hjelpeorganisasjoner. Sårbarhet var tema i Hålogaland Lagmannsretts dom LH-1995-353 (Nordland Teater). Saken dreide seg om gyldigheten av avskjed. En arbeidstaker skrev en rapport til teaterets styre, der han fremmet påstander om at teatersjefen trakasserte de ansatte. Etter at rapporten kom ut i pressen, uttalte han seg sterkt kritisk, og til dels på sviktende grunnlag, om teatersjefen. Lagmannsretten la vekt på at "Nordland Teater var og er en sårbar organisasjon. Bevisførselen viser at det har vært strid om teatrets eksistens, og i forbindelse med den publisitet denne saken i sin tid førte til, ble det fra andre teatre arbeidet for at Nordland teater skulle legges ned. Dette gjør As utspill ytterligere alvorlige." Virksomhetens sårbarhet er altså et moment som arbeidstaker bør ta hensyn til ved varsling. Det må imidlertid ses i sammenheng med arbeidstakers stilling og kompetanse. Jo høyere opp i hierarkiet og jo større innsikt, desto strengere er kravet om at varsleren tar slike hensyn.

Under høringsrunden om de nye varslingsbestemmelsene, ble det fra arbeidsgiversiden gitt uttrykk for en viss bekymring for at forslaget gikk for langt i å utvide arbeidstakers ytringsfrihet. Sett fra virksomhetenes synspunkt, kan det at arbeidstakere som hovedregel har rett til å varsle oppleves som en trussel, særlig med tanke på at enkelte ansatte kan ønske å skade virksomheten eller enkeltpersoner i den. Selv om det rettslige utgangspunktet er at arbeidstaker har rett til å varsle, også offentlig, er det imidlertid neppe grunn til å tro at risikoen for at varsling skal kunne brukes for å skade virksomheten har økt i vesentlig grad. I situasjoner der hensynet til arbeidstakeren og allmennheten ikke fremstår som tilstrekkelig beskyttelsesverdig, vil fortsatt hensynet til virksomhetens interesser slå gjennom. Et slikt tilfelle kom opp i Borgarting Lagmannsretts dom av 6. november 2006.²²⁸ En kvinnelig assistentlege ved Rikshospitalet ble oppsagt på grunnlag av manglende

228 LB-2004-1569.

ferdigheter og faglig progresjon. Hun fremmet uten rimelig grunn flere anmeldelser mot virksomheten og dens ansatte for til dels alvorlige forhold. Innholdet i anmeldelsene ble omtalt i pressen, men det var uklart om assistentlegen selv hadde tatt initiativet til det. Lagmannsretten konkluderte ikke åpent med at anmeldelsene var et forsøk på å presse eller hevne seg på arbeidsgiver, men antydte dette langt på vei. ”Lagmannsretten er enig med tingretten i at anmeldelsen og de undersøkelser A foretok i forkant av denne, må anses utilbørlig og ødeleggende for det gjensidige tillitsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Hvorfor As fokus etter hvert i så liten grad synes å ha vært rettet mot fremdriften i hennes spesialistutdannelse, og - tilsynelatende - i så stor grad mot forhold i hennes omgivelser, har lagmannsretten ikke grunnlag for å si noe sikkert om. Det kan ikke herske tvil om at A må ha følt seg i en presset situasjon, særlig etter at hun ble gjort kjent med den negative vurdering av hennes kirurgiske ferdigheter, men dette kan ikke lede til en annen vurdering av hennes opptreden.” Det er interessant å merke seg at retten uttalte at konklusjonen ville vært den samme etter de nye bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven, som da dommen ble avsagt ikke hadde trådt i kraft.

3.2.4 Anonym varsling

Empiri viser at arbeidstakere til en viss grad unnlater å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten fordi de har opplevd eller frykter negative reaksjoner.²²⁹ En mulig løsning er å legge til rette for at arbeidstakere kan varsle anonymt.²³⁰ Under forberedelsene til de nye reglene om varsling ble det vurdert om det ville være hensiktsmessig å lovfeste retten til å være anonym, for eksempel gjennom et forbud mot undersøkelser som er rettet mot å finne ut hvem som har varslet. En slikt forbud foreligger for eksempel i svensk rett.²³¹ En slik regel ble imidlertid ikke ansett som hensiktsmessig.²³²

229 Hetle (2005).

230 NHO (2007).

231 Se punkt 2.5.3.1.

232 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 30.

Hensynet til virksomheten og den eller dem varslingen omhandler, tilsier imidlertid at anonymitet kan være problematisk. Når det er ukjent hvem påstandene kommer fra, er det også vanskeligere å undersøke forholdet og eventuelt tilbakevise grunnløse beskyldninger. Særlig gjelder det i de tilfeller da det kritikkverdige forhold angår varsleren selv, for eksempel når en arbeidstaker påstår å ha blitt utsatt for seksuell trakassering. Når den angivelige overgriperen ikke vet hvem som har fremsatt beskyldningene, er det også vanskelig for vedkommende å forsvare seg.

Det er ingen holdepunkter for at anonymitet har noen relevans for forvarlighetsvurderingen. Antakelig innebærer ytringsfriheten også en rett til å ytre seg anonymt.²³³ En annen sak er at i de tilfeller da opplysningene blir brakt videre, for eksempel i media, vil den som formidler dem ha et særlig ansvar.²³⁴

I forarbeidene til varslingsbestemmelsene oppfordres virksomhetene til å vurdere om det skal etableres en ordning for anonym varsling i forbindelse med rutine for intern varsling.²³⁵ Det kan imidlertid stilles spørsmålsteget ved om det er hensiktsmessig å skape et slikt incentiv til utstrakt bruk av anonym varsling. Selv om hensynet til samfunnets interesser og arbeidstakeren selv noen ganger tilsier at vedkommende må kunne holde sin identitet hemmelig, er utstrakt anonym varsling neppe i tråd med målsettingen om skape et mer åpent ytringsklima i arbeidslivet.²³⁶ Snarere vil det kunne bidra til at kritiske ytringer blir oppfattet som ”tysting” og mistenkeliggjøre dem som står bak.

EU har med hjemmel i personverndirektivet artikkel 29 opprettet en arbeidsgruppe som avgir rådgivende uttalelser. Disse er av relevans for norsk rett fordi personvernloven

233 Eggen (2002) side 312.

234 Eggen (2002) side 451.

235 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 54.

236 St.meld.nr.26 (2003-2004) side 110.

implementerer personverndirektivet.²³⁷ Arbeidsgruppen har stilt seg kritisk til utstrakt bruk av anonym varsling i arbeidsforhold, og mener virksomhetens rutiner derfor hovedsakelig bør legge opp til navngitte meldinger. Med dette ligger imidlertid ansvaret for å unngå unødvendig bruk av anonym varsling på arbeidsgiver, ikke arbeidstaker.

237 Vigerust (2007) side 121.

4 Diskusjon og konklusjon

Formålet med å lovfeste arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, er for det første å vise at varsling både er lovlig og ønskelig, og for det andre å bidra til at grensene for arbeidstakers ytringsfrihet blir mer forutsigbare.²³⁸ Etter å ha undersøkt innholdet i kravet til forsvarlig varsling, er det naturlig å knytte noen bemerkninger til hvorvidt bestemmelsene, slik de er utformet, er egnet til å bidra til oppnåelse av disse formålene. Et åpenbart problem i forbindelse med undersøkelsen både av innholdet i forsvarlighetskravet og reglenes innvirkning på omfanget av varsling, er at bestemmelsene er så nye at det verken finnes rettspraksis eller undersøkelser som kan si noe om hvordan de virker i praksis.

4.1 Kommentar til valget av en generell og skjønnsmessig bestemmelse

Undersøkelser²³⁹ fra tiden før varslingsbestemmelsene trådte i kraft, viser som nevnt at arbeidstakere i liten grad benytter seg av sin rett til å varsle. Det kan være flere årsaker til det, blant annet at det hersker usikkerhet om de materielle grensene for varslingsretten. Det fremgår ikke av bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven hvilke momenter som er relevante i forsvarlighetsvurderingen, og hvilken vekt de har i forhold til hverandre. Grunnen til at lovgiver har valgt en slik generell og skjønnsmessig bestemmelse, er at den kommer til anvendelse på så forskjelligartede situasjoner at det er vanskelig å angi uttømmende hvilke momenter som vil være av betydning.²⁴⁰ Utformingen av

238 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 36.

239 Skivenes og Trygstad (2005) side 58.

240 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 38.

forsvarlighetskravet i loven var gjenstand for kritikk fra flere av høringsinstansene.²⁴¹

Kritikken gikk særlig ut på at kravet om forsvarlig fremgangsmåte er egnet til å gi inntrykk av at lojalitetsplikten er tillagt større vekt enn det som faktisk er tilfellet, og at arbeidstakers ytringsfrihet dermed ikke fremstår som styrket. Videre var en rekke av høringsinstansene kritiske til hvorvidt bestemmelsene er egnet til å skape større klarhet.²⁴²

Andre land som har lovfestet regler om varsling, har til dels valgt løsninger med detaljerte angivelser av de relevante momenter.²⁴³ Mens varslingsregler i enkelte andre land kommer til anvendelse på mer begrensede områder,²⁴⁴ gjelder de norske varslingsreglene generelt i arbeidsforhold. Bruken av rettslige standarder er også velkjent i norsk arbeidsrett,²⁴⁵ og er egnet til å regulere et rettsområde som er avhengig av utviklingen ellers i samfunnet. Reaksjoner på varslingsreglene²⁴⁶ viser imidlertid at det blant legfolk er knyttet en viss usikkerhet til innholdet i forsvarlighetskravet, idet noen kommentatorer konkluderer med at arbeidstakers rett til å varsle er innskrenket i forhold til tidligere.

Også fra arbeidsgiverhold har det blitt gitt uttrykk for skepsis til de nye reglene om varsling i arbeidsforhold.²⁴⁷ Innvendingene synes blant annet å være basert på frykt for at hensynet til virksomhetens interesser er for dårlig ivaretatt. Selv om lovfestingen av varslingsretten innebærer en viss materiell utvidelse av arbeidstakers ytringsfrihet, vil denne endringen neppe få dramatiske konsekvenser. En grunn til skepsisen kan være uklarhet knyttet til varslingsbegrepet. At arbeidstaker som hovedregel har rett til å varsle innebærer ikke at det

241 Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 34.

242 Vigerust (2007) side 108.

243 Jf blant annet britiske Public Interest Disclosure Act (PIDA) fra 1998.

244 Se punkt 2.5.3.

245 Jf for eksempel arbeidsmiljøloven § 15-7, se Fougner og Holo (2006) side 788.

246 Lier (2007) side 41.

247 Aagaard (2005) side 189.

er fritt frem for offentliggjøring av sensitive opplysninger, uten hensyn til hvilken skade det vil medføre for virksomheten. Når varsling i hovedsak vil være rettmessig, innebærer det først og fremst et krav om at virksomhetene skal tolerere at kritikk fra egne ansatte blir fremsatt internt. Det er all grunn til å tro at arbeidstakere fortsatt bare unntaksvis vil varsle offentlig. Og slik varsling vil, som drøftet ovenfor, i en del tilfeller være i strid med forsvarlighetskravet, og dermed ikke rettmessig.

4.2 Arbeidstakeres motivasjon for varsling

Når formålet er at flere varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten, blir et sentralt spørsmål hvordan arbeidstakerne skal motiveres til det. Grunnen til at ansatte velger å være lojale selv om de kjenner til kritikkverdige forhold, er ikke nødvendigvis utelukkende at de frykter negative sanksjoner hvis de varsler. Årsaken kan i like stor grad være at lojale arbeidstakere mottar goder som bonuser og forfremmelse.²⁴⁸ Selv om det selvsagt hadde vært ønskelig, er nok ikke moralske argumenter alltid tilstrekkelig for å motivere arbeidstakere til å varsle. I USA åpner lovgivningen for å belønne arbeidstakere som varsler om visse samfunnsskadelige forhold med en prosentandel av den boten virksomheten blir ilagt.²⁴⁹ En slik løsning kan imidlertid få uheldige konsekvenser. Ikke bare vil den kunne føre til at arbeidstakere bevisst tilsidesetter lojalitetsplikten for egen vinnings skyld, den vil også kunne føre til en mistenkeliggjøring av alle som varsler om kritikkverdige forhold. Økonomisk belønning er altså neppe særlig fordelaktig for verken virksomhet eller ansatt.

Mer formålstjenelig er det antakelig å gjøre arbeidstakere og arbeidsgivere mer bevisste på hvordan større åpenhet og toleranse for divergerende meninger innad i virksomheten kan føre til at arbeidsgiver kan nyttiggjøre seg kritikk uten at den gjør skade på virksomhetens

248 Eggen (2004) side 22.

249 Eggen (2004) side 22.

interesser. Etableringen av interne rutiner for varsling²⁵⁰ vil være et viktig ledd i dette arbeidet.²⁵¹

Ofte vil arbeidstakere som selv ikke har sitt på det rene, fordi de er eller har vært delaktige i kritikkverdige forhold, sitte inne med informasjon som kan bidra til bekjempelse av kriminalitet og annen samfunnsskadelig virksomhet. For denne gruppen vil frykten for å måtte stå til ansvar for sine handlinger være en grunn til ikke å varsle. Vernet av varslere slik det er i dag, gir bare beskyttelse mot gjengjeldelse som skyldes selve varslingen,²⁵² ikke mot sanksjoner på annet grunnlag, som for eksempel straff.

Et rettsområde som har mange faktiske likhetstrekk med varsling i arbeidsforhold, er lemping i konkurranseretten. For å bekjempe dannelse av karteller²⁵³ har EU-kommisjonen opprettet Lempingsnotatet,²⁵⁴ som åpner for å sette ned boten til foretak som deltar i kartellvirksomhet, men som bidrar til oppklaring av forholdet. I noen tilfeller kan straffen falle helt bort, men lemping er ikke tilgjengelig for de foretakene som leder an i kartellet. Det antas at Lempingsnotatet, som er implementert i norsk rett,²⁵⁵ vil ha stor virkning i kampen mot denne formen for konkurransehennende virksomhet i årene fremover.²⁵⁶

På samme måte som ved dannelsen av karteller, vil noen former for kritikkverdig virksomhet bare være kjent i en indre krets, som alle er delaktige. Dersom ikke noen i denne kretsen varsler, er det liten sannsynlighet at forholdet vil bli kjent, og dermed brakt

250 Arbeidsmiljøloven § 3-6.

251 NHO (2007).

252 Arbeidsmiljøloven § 2-5, jf Ot.prp.nr.84 (2005-2006) side 21.

253 Romatraktaten artikkel 81.

254 Commission's Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases.

255 Konkurranseloven § 31.

256 Whish (2005) side 456.

til opphør. En løsning som åpner for lemping av ellers berettigede reaksjoner, både arbeidsrettslige og andre, mot arbeidstaker som varsler, ville kunne fungere som et avgjørende incentiv. At arbeidstakere som selv for eksempel er delaktige i trakassering på arbeidsplassen eller som mottar bestiktelser fra forretningsforbindelser, velger å varsle om det, vil kunne tjene både enkeltmennesker, virksomheten og samfunnet.

5 Litteraturliste

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. Oslo (Universitetsforlaget), 2000.

Andersen, Kristen: *Fra arbeidslivets rett*. Oslo (Tanum), 1967.

Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett – rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo (Minerva) 2003.

Eggen, Kyrre: *Ansattes ytringsfrihet – rettslige bånd eller gyldne lenker? I: Arbeidsrett, Vol 1, nr. 1 (2004), s 2-23.*

Eggen, Kyrre. *Ytringsfrihet*. Oslo, (Cappelen), 2002.

Eskeland, Ståle: *Ytringsfrihet i arbeidsforhold*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1982) side 853-902.

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4. utg. Oslo (Universitetsforlaget), 2001.

Fleischer, Carl August: *Folkerett*. Oslo (Universitetsforlaget), 2000.

Flesland (2007) Flesland, Randi. Varsling i arbeidslivet ("whistle-blowing") 2007.
http://www.datatilsynet.no/templates/article____1667.aspx[sitert 13.04.07]

Fougner, Jan: *Endringer i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt*. Århus, 2006.

Fougner, Jan og Holo, Lars: *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave*. Oslo (Universitetsforlaget), 2006

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*. 2. utg. Oslo (Universitetsforlaget), 2002.

Hasselbalch, Ole. *Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser*. I: *Arbeidsrett*, Vol II, nr 4 (2005), side 193-210.

Hetle, Aslaug (2005) *Munnkurv og varsling: en studie av ytringsfrihetens vilkår blant sykepleiere*. Oslo: Arbeidsforskningsinstituttet, 2005 (AFI-rapport 2005:2).

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*. Oslo (Papinian), 1999.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo (DAMM), 2006.

Larsen (2005) Larsen, Vibeke. *Enron-varsler gir råd*. Oslo 2005.

<http://www.dn.no/forsiden/naringsliv/article519094.ece> [sitert 20.04.07]

Lier, Stein Morten. *Varslerne er samfunnets kjøtere*. I: *Juristkontakt*, nr 2 (2007) side 41.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo (Cappelen), 2002.

NHO (2007) *Når sant skal sies. En veileder fra NHO om åpen bedriftskultur og varsling*. 2007. http://www.nho.no/files/Nar_sant_skal_sies.pdf. [sitert 19.04.07]

Skivenes, Marit og Trygstad, Sissel (2005) *Varsling i norsk arbeidsliv*. Fafo, 2005 (Fafo-notat 2005:29)

Vigerust, Elisabeth. *Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven*. I: *Arbeidsrett*, Vol 4, nr.1 (2007), side 103-125.

Whish, Richard. *Competition Law*. Oxford, 2005.

Yssen (2007) Yssen, Ingunn. *Ingunn Yssens oppsigelsesbrev*. 2007.
<http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=178098> [sitert 19.04.07]

Aagaards, Erik. *Lovreguleringen om adgang til varsling – noen spørsmål*. I: *Arbeidsrett*, Vol II, nr. 3 (2005), side 189-192.

6 Lov- og forarbeidsregister

Lover

- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.
- 2005 Lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) av 1. april 2005 nr. 15.
- 2005 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr. 33.
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5.mars 2004 nr. 12.
- 2000 Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14. april 2000 nr 31.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.
- 1993 Lov om luftfart (luftfartsloven) av 11. juni 1993 nr. 101.
- 1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45.
- 1975 Sjømannslov (sjømannsloven) av 30. mai 1975 nr.18.
- 1970 Lov om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) av 19. juni 1970 nr 69.
- 1969 Lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) av 19. juni 1969 nr. 66.
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
- 1902 Alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr.10.
- 1814 Kongeriket Norges Grundlov (..)(Grunnloven) av 17. mai 1814

Forarbeider

Forhandlinger i Odelstinget nr. 3 (2006-2007)

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

Ot.prp. nr. 53(2005-2006) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og utleveringsloven (gjennomføring av FN-konvensjonen mot korrupsjon).

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

St.meld.nr.26 (2003-2004) Om endring av Grunnloven § 100.

NOU 1999:27 ”Ytringsfrihed bør finde sted” Forslag til ny Grunnlov § 100.

EU

2003/42/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/42/EF av 13. juni 2003 om rapportering av hendelser innen sivil luftfart

2000/78/EF Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (Rammedirektivet mot diskriminering)

95/46/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger

7 Traktatregister

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

Romatraktaten Traktat om opprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, Roma, 1957.

Sivilrettslig konvensjon mot korrupsjon ETS nr. 174, Strasbourg, 1999

De forente nasjoners konvensjon om korrupsjon, New York, 2003

8 Domsregister

Høyesterett

Rt 2003 side 1614 Telenor
Rt 2001 side 1362 (Adjunkt)
Rt 1998 side 1357
Rt 1997 side 623
Rt-1997-1128
Rt 1990 side 607.
Rt 1982 side 1792 (Lektordommen)
Rt 1979 side 770
Rt 1923 II side 58 (Irma Mignon)

Underrettene

LB-2004-57689 (Førstesekretær)
LB-2004-1569 (Assistentlege)
Rg 2002 side 780
LE-1998-279
LF-1997-771
LH-1995-353 (Nordland teater)
ARD 1986 side 189 (Vaskeri).
ARD 1978 side 65
NAD 1988 side 910
NAD-1987-678
Oslo Tingretts dom 2004-99016
Avgjørelse fra Sivilombudsmannen i sak nr. 2005-887

9 Vedlegg 1: SARBANES-OXLEY ACT (UTDRAG)

SEC. 806. PROTECTION FOR EMPLOYEES OF PUBLICLY TRADED COMPANIES WHO PROVIDE EVIDENCE OF FRAUD.

(a) IN GENERAL.—Chapter 73 of title 18, United States Code, is amended by inserting after section 1514 the following:

“§ 1514A. Civil action to protect against retaliation in fraud cases

“(a) WHISTLEBLOWER PROTECTION FOR EMPLOYEES OF PUBLICLY TRADED COMPANIES.—No company with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l), or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)), H. R. 3763—59

or any officer, employee, contractor, subcontractor, or agent of such company, may discharge, demote, suspend, threaten, harass, or in any other manner discriminate against an employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act done by the employee—

“(1) to provide information, cause information to be provided, or otherwise assist in an investigation regarding any conduct which the employee reasonably believes constitutes a violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders, when the information or assistance is provided to or the investigation is conducted by—

“(A) a Federal regulatory or law enforcement agency;

“(B) any Member of Congress or any committee of Congress; or

“(C) a person with supervisory authority over the employee (or such other person working for the employer who has the authority to investigate, discover, or terminate misconduct); or

“(2) to file, cause to be filed, testify, participate in, or otherwise assist in a proceeding filed or about to be filed (with any knowledge of the employer) relating to an alleged violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders.

“(b) ENFORCEMENT ACTION.—

“(1) IN GENERAL.—A person who alleges discharge or other discrimination by any person in violation of subsection (a) may seek relief under subsection (c), by—

“(A) filing a complaint with the Secretary of Labor;

or

“(B) if the Secretary has not issued a final decision within 180 days of the filing of the complaint and there is no showing that such delay is due to the bad faith of the claimant, bringing an action at law or equity for de novo review in the appropriate district court of the United States, which shall have jurisdiction over such an action without regard to the amount in controversy.

“(2) PROCEDURE.—

“(A) IN GENERAL.—An action under paragraph (1)(A) shall be governed under the rules and procedures set forth in section 42121(b) of title 49, United States Code.

“(B) EXCEPTION.—Notification made under section 42121(b)(1) of title 49, United States Code, shall be made to the person named in the complaint and to the employer.

“(C) BURDENS OF PROOF.—An action brought under paragraph (1)(B) shall be governed by the legal burdens of proof set forth in section 42121(b) of title 49, United States Code.

“(D) STATUTE OF LIMITATIONS.—An action under paragraph (1) shall be commenced not later than 90 days after the date on which the violation occurs.

“(c) REMEDIES.—

“(1) IN GENERAL.—An employee prevailing in any action under subsection (b)(1) shall be entitled to all relief necessary to make the employee whole.

H. R. 3763—60

“(2) COMPENSATORY DAMAGES.—Relief for any action under paragraph (1) shall include—

“(A) reinstatement with the same seniority status that the employee would have had, but for the discrimination;

“(B) the amount of back pay, with interest; and

“(C) compensation for any special damages sustained as a result of the discrimination, including litigation costs, expert witness fees, and reasonable attorney fees.

“(d) RIGHTS RETAINED BY EMPLOYEE.—Nothing in this section shall be deemed to diminish the rights, privileges, or remedies of any employee under any Federal or State law, or under any collective bargaining agreement.”.

(b) CLERICAL AMENDMENT.—The table of sections at the beginning

of chapter 73 of title 18, United States Code, is amended
by inserting after the item relating to section 1514 the following
new item:
“1514A. Civil action to protect against retaliation in fraud cases.”.

10 Vedegg 2: Public Interest Disclosure Act (utdrag)

PUBLIC INTEREST DISCLOSURE ACT 1998

1998 Chapter 23 – continued

An Act to protect individuals who make certain disclosures of information in the public interest; to allow such individuals to bring action in respect of victimisation; and for connected purposes.

[2nd July 1998]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:-

Protected disclosures

After Part IV of the Employment Rights Act 1996 (in this Act referred to as "the 1996 Act") there is inserted –

"PART IVA

PROTECTED DISCLOSURES

Meaning of "protected disclosure".

In this Act a "protected disclosure" means a qualifying disclosure (as defined by section 43B) which is made by a worker in accordance with any of sections 43C to 43H.

Disclosures qualifying for protection.

(1) In this Part a "qualifying disclosure" means any disclosure of information which, in the reasonable belief of the worker making the disclosure, tends to show one or more of the following –

(a) that a criminal offence has been committed, is being committed or is likely to be committed,

(b) that a person has failed, is failing or is likely to fail to comply with any legal obligation to which he is subject,

(c) that a miscarriage of justice has occurred, is occurring or is likely to occur,

(d) that the health or safety of any individual has been, is being or is likely to be endangered,

(e) that the environment has been, is being or is likely to be damaged, or

(f) that information tending to show any matter falling within any one of the preceding paragraphs has been, is being or is likely to be deliberately concealed.

(2) For the purposes of subsection (1), it is immaterial whether the relevant failure occurred, occurs or would occur in the United Kingdom or elsewhere, and whether the law applying to it is that of the United Kingdom or of any other country or territory.

(3) A disclosure of information is not a qualifying disclosure if the person making the disclosure commits an offence by making it.

(4) A disclosure of information in respect of which a claim to legal professional privilege (or, in Scotland, to confidentiality as between client and

professional legal adviser) could be maintained in legal proceedings is not a qualifying disclosure if it is made by a person to whom the information had been disclosed in the course of obtaining legal advice.

(5) In this Part "the relevant failure", in relation to a qualifying disclosure, means the matter falling within paragraphs (a) to (f) of subsection (1).

Disclosure to employer or other responsible person.

(1) A qualifying disclosure is made in accordance with this section if the worker makes the disclosure in good faith –

(a) to his employer, or

(b) where the worker reasonably believes that the relevant failure relates solely or mainly to –

(i) the conduct of a person other than his employer, or

(ii) any other matter for which a person other than his employer has legal responsibility, to that other person.

(2) A worker who, in accordance with a procedure whose use by him is authorised by his employer, makes a qualifying disclosure to a person other than his employer, is to be treated for the purposes of this Part as making the qualifying disclosure to his employer.

Disclosure to legal adviser.

A qualifying disclosure is made in accordance with this section if it is made in the course of obtaining legal advice.

Disclosure to Minister of the Crown.

43E. A qualifying disclosure is made in accordance with this section if –

(a) the worker's employer is –

- (i) an individual appointed under any enactment by a Minister of the Crown, or
 - (ii) a body any of whose members are so appointed, and
- (b) the disclosure is made in good faith to a Minister of the Crown.

[Top](#)

Disclosure to prescribed person.

(1) A qualifying disclosure is made in accordance with this section if the worker –

(a) makes the disclosure in good faith to a person prescribed by an order made by the Secretary of State for the purposes of this section, and

(b) reasonably believes –

(i) that the relevant failure falls within any description of matters in respect of which that person is so prescribed, and

(ii) that the information disclosed, and any allegation contained in it, are substantially true.

(2) An order prescribing persons for the purposes of this section may specify persons or descriptions of persons, and shall specify the descriptions of matters in respect of which each person, or persons of each description, is or are prescribed.

Disclosure in other cases.

(1) A qualifying disclosure is made in accordance with this section if –

(a) the worker makes the disclosure in good faith,

(b) he reasonably believes that the information disclosed, and any allegation contained in it, are substantially true,

(c) he does not make the disclosure for purposes of personal gain,

(d) any of the conditions in subsection (2) is met, and

(e) in all the circumstances of the case, it is reasonable for him to make the disclosure.

(2) The conditions referred to in subsection (1)(d) are –

(a) that, at the time he makes the disclosure, the worker reasonably believes that he will be subjected to a detriment by his employer if he makes a disclosure to his employer or in accordance with section 43F,

(b) that, in a case where no person is prescribed for the purposes of section 43F in relation to the relevant failure, the worker reasonably believes that it is likely that evidence relating to the relevant failure will be concealed or destroyed if he makes a disclosure to his employer, or

(c) that the worker has previously made a disclosure of substantially the same information –

(i) to his employer, or

(ii) in accordance with section 43F.

(3) In determining for the purposes of subsection (1)(e) whether it is reasonable for the worker to make the disclosure, regard shall be had, in particular, to –

(a) the identity of the person to whom the disclosure is made,

(b) the seriousness of the relevant failure,

(c) whether the relevant failure is continuing or is likely to occur in the future,

(d) whether the disclosure is made in breach of a duty of confidentiality owed by the employer to any other person,

(e) in a case falling within subsection (2)(c)(i) or (ii), any action which the employer or the person to whom the previous disclosure in accordance with section 43F was made has taken or might reasonably be expected to have taken as a result of the previous disclosure, and

(f) in a case falling within subsection (2)(c)(i), whether in making the disclosure to the employer the worker complied with any procedure whose

use by him was authorised by the employer.

(4) For the purposes of this section a subsequent disclosure may be regarded as a disclosure of substantially the same information as that disclosed by a previous disclosure as mentioned in subsection (2)(c) even though the subsequent disclosure extends to information about action taken or not taken by any person as a result of the previous disclosure.

[Top](#)

Disclosure of exceptionally serious failure.

(1) A qualifying disclosure is made in accordance with this section if –

- (a) the worker makes the disclosure in good faith,
- (b) he reasonably believes that the information disclosed, and any allegation contained in it, are substantially true,
- (c) he does not make the disclosure for purposes of personal gain,
- (d) the relevant failure is of an exceptionally serious nature, and
- (e) in all the circumstances of the case, it is reasonable for him to make the disclosure.

(2) In determining for the purposes of subsection (1)(e) whether it is reasonable for the worker to make the disclosure, regard shall be had, in particular, to the identity of the person to whom the disclosure is made.

Contractual duties of confidentiality.

(1) Any provision in an agreement to which this section applies is void in so far as it purports to preclude the worker from making a protected disclosure.

(2) This section applies to any agreement between a worker and his employer (whether a worker's contract or not), including an agreement to refrain from instituting or continuing any proceedings under this Act or any proceedings for breach of contract.

Meaning of "worker" etc. for Part IVA.

(1) For the purposes of this Part "worker" includes an individual who is not a worker as defined by section 230(3) but who –

(a) works or worked for a person in circumstances in which –

(i) he is or was introduced or supplied to do that work by a third person, and

(ii) the terms on which he is or was engaged to do the work are or were in practice substantially determined not by him but by the person for whom he works or worked, by the third person or by both of them,

(b) contracts or contracted with a person, for the purposes of that person's business, for the execution of work to be done in a place not under the control or management of that person and would fall within section 230(3)(b) if for "personally" in that provision there were substituted "(whether personally or otherwise)",

(c) works or worked as a person providing general medical services, general dental services, general ophthalmic services or pharmaceutical services in accordance with arrangements made-

(i) by a Health Authority under section 29, 35, 38 or 41 of the National Health Service Act 1977, or

(ii) by a Health Board under section 19, 25, 26 or 27 of the National Health Service (Scotland) Act 1978, or

(d) is or was provided with work experience provided pursuant to a training course or programme or with training for employment (or with both) otherwise than-

(i) under a contract of employment, or

(ii) by an educational establishment on a course run by that establishment;

and any reference to a worker's contract, to employment or to a worker being "employed" shall be construed accordingly.

- (2) For the purposes of this Part "employer" includes –
- (a) in relation to a worker falling within paragraph (a) of subsection (1), the person who substantially determines or determined the terms on which he is or was engaged,
 - (b) in relation to a worker falling within paragraph (c) of that subsection, the authority or board referred to in that paragraph, and
 - (c) in relation to a worker falling within paragraph (d) of that subsection, the person providing the work experience or training.
- (3) In this section "educational establishment" includes any university, college, school or other educational establishment.