

VARSLING I ARBEIDSFORHOLD

En fremstilling og vurdering av forsvarlighetskravet i aml. § 2-4 (2)
første punktum ved varsling om kritikkverdige forhold i
virksomheten

Kandidatnummer: 587

Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 17295 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn	1
1.2	Problemstilling	1
1.3	Oppgavens oppbygning	1
1.4	Definisjoner	2
<u>2</u>	<u>OVERSIKT OVER RETTSTILSTANDEN</u>	<u>3</u>
2.1	Rettsstilstanden frem til i dag	3
2.1.1	Ytringsfriheten	3
2.1.2	Lojalitetsplikten	5
2.1.3	Ny arbeidsmiljølov	9
2.2	Internasjonal rett	11
2.2.1	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter	11
2.2.2	EMK art. 10	11
2.2.3	FN-konvensjonen mot korrupsjon	12
2.2.4	Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon	12
2.2.5	Europarådets rekommandasjon om retningslinjer for offentlige ansatte	12
2.2.6	EU/EØS regler	13
2.3	Dagens rettsstilstand	13
2.3.1	Aml. § 2-4 Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten	13
2.3.2	Aml. § 2-5 Vern mot gjengjeldelse ved varsling	16
2.3.3	Aml. § 3-6 Plikt til å legge forholdene til rette for varsling	17
2.3.4	Andre endringer	18
2.3.5	Andre bestemmelser	18
2.4	Forholdet mellom rettsstilstanden før og nå	19

2.4.1	Retten til å varsle	20
2.4.2	Kravet til forsvarlig fremgangsmåte	20
2.4.3	Hvem det varsles til	22
3	<u>FORSVARLIGHETSKRAVET</u>	24
3.1	Innholdet i forsvarlighetskravet	24
3.1.1	Intern varsling	25
3.1.2	Varsling til offentlige myndigheter	26
3.1.3	Varsling til offentligheten	26
3.1.4	Forsvarlig <i>fremgangsmåte</i>	29
3.2	Hensyn bak forsvarlighetskravet	29
3.2.1	Generelle hensyn	29
3.2.2	Hensyn bak kravet om forsvarlig grunnlag.	30
3.2.3	Hensyn bak kravet om intern varsling	31
3.2.4	Hensyn bak kravet om allmenn interesse	31
3.3	I hvilke tilfeller gjelder forsvarlighetskravet	32
3.4	Hvem er forsvarlighetskravet rettet mot?	34
3.5	Hvem skal man opptre forsvarlig overfor?	35
3.6	Hvilken betydning har arbeidstakers stilling for forsvarlighetskravet.	35
3.7	Er <i>mistanke</i> om at det foreligger kritikkverdige forhold omfattet av aml. § 2-4?	37
4	<u>EFFEKTEN AV FORSVARLIGHETSKRAVET I AML. § 2-4 (2) FØRSTE PUNKTUM VED VARSLING OM KRITIKKVERDIGE FORHOLD I VIRKSOMHETEN SETT I FORHOLD TIL DE HENSYN SOM LIGGER TIL GRUNN FOR VARSLINGSREGLENE</u>	39
4.1	Hensyn bak varslingsreglene	39
4.2	Begrepet forsvarlighet	41
4.2.1	Kravet om forsvarlig grunnlag	42
4.2.2	Kravet om allmenn interesse	43

4.2.3	Sammenfatning	44
4.3	Terskelen for å varsle	45
4.3.1	Psykisk påkjenning	45
4.3.2	Negative reaksjoner fra samfunnet	46
4.3.3	Handle i strid med loven	46
4.3.4	Gjengjeldelse fra arbeidsgiver	46
4.3.5	Søksmål	47
4.3.6	Sammenfatning	48
4.4	Fokus på arbeidstaker	48
4.4.1	Forholdet mellom begrepene ”lojal” og ”forsvarlig”	50
4.5	Konklusjon	52
<u>5</u>	<u>HVORDAN BØR RETTSTILSTANDEN VÆRE?</u>	<u>54</u>
5.1	Behovet for å lovfeste en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten	54
5.2	Forslag til utforming av en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten	56
5.3	Anonymitet	58
5.4	Konklusjon	62
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

1. januar 2006 trådte Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr 62 (heretter forkortet til aml.) i kraft, med unntak av lovens § 2-4. Denne loven ble endret ved lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling), av 1. desember 2006 nr. 64. Dette innebar at den tidligere vedtatte § 2-4 ble opphevet og nye bestemmelser vedtatt. Loven trådte i kraft 1. januar 2007.

Aml. § 2-4 (1) omhandler arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. I bestemmelsens andre ledd første punktum oppstilles det et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Utformingen av bestemmelsen om varsling har vært politisk omstridt.

1.2 Problemstilling

På denne bakgrunn skal jeg undersøke effekten av forsvarlighetskravet i aml. § 2-4 (2) første punktum ved varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten sett i forhold til de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene.

Jeg tar også med hvordan en utforming av en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten bør se ut.

1.3 Oppgavens oppbygning

I punkt 2 i oppgaven gir jeg en oversikt over rettstilstanden, herunder ser jeg på rettstilstanden slik den var før og slik den er nå og gjør rede for eventuelle endringer. Jeg gir også en kort oversikt over internasjonale regler. I punkt 3 ser jeg nærmere på ulike sider av forsvarlighetskravet. Jeg gjør bl.a. rede for forsvarlighetskravets innhold og hvilke hensyn som ligger bak dette kravet. I punkt 4 undersøker jeg effekten av forsvarlighetskravet sett i forhold til de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene. I punkt 5 foretar jeg en de lege ferenda drøftelse og ser på hvordan en utforming av en

begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten bør se ut.

1.4 Definisjoner

Varsling

Med varsling menes de tilfeller hvor en arbeidstaker oppdager at det foreligger kritikkverdige forhold i virksomheten og sier i fra om dette.¹ Dette forholdet omtales også som whistleblowing.

Offentligheten

Begrepet offentligheten omfatter i denne sammenheng media, blogging, hjemmesider og andre kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets.²

Virksomhet

Arbeidsmiljøloven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre noe annet er uttrykkelig fastsatt i loven, jfr. aml. § 1-2 (1). Begrepet virksomhet omfatter både industrielle bedrifter, transportvirksomhet, offentlig forvaltning og immateriell virksomhet.³

¹ Innst.O.nr.6(2006-2007) s.1

² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

³ Kommentar til arbeidsmiljøloven § 1-2 av Henning Jakhelln www.arbeidsrett.no jfr. Ot.prp.nr.3(1975-1976)

2 Oversikt over rettstilstanden

Jeg skal i det følgende gi en oversikt over rettstilstanden. Først gjør jeg rede for rettstilstanden frem til i dag. Deretter gir jeg en kort oversikt over internasjonale regler før jeg gjør jeg rede for dagens rettstilstand. Til slutt ser jeg på forholdet mellom rettstilstanden slik den var før og slik den er nå.

2.1 Rettstilstanden frem til i dag

Jeg skal i det følgende gjøre rede for rettstilstanden frem til i dag. Jeg tar utgangspunkt i ytringsfriheten og gjør deretter rede for arbeidstakers lojalitetsplikt. Til slutt gjør jeg kort rede for gangen i arbeidet frem til ny aml. § 2-4.

2.1.1 Ytringsfriheten

Ansattes rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten er et aspekt ved ytringsfriheten. Utgangspunktet er at ansatte har ytringsfrihet på lik linje med alle andre borgere.⁴ Ytringsfriheten er et grunnleggende prinsipp i norsk rett og en menneskerettighet. Denne retten er forankret i Grunnloven av 17. mai 1814 (heretter forkortet til Grl.) § 100, og i den Europeiske menneskerettskonvensjon av 21. mai 1999 nr 30 (heretter forkortet til EMK) art 10. Ytringsfriheten blir sett på som en viktig rettighet i dagens demokratiske samfunn.

Ny Grl. § 100 - et sterkere vern av ytringsfriheten.

I 1996 ble Ytringsfrihetskommisjonen opprettet for å foreta en revisjon av grunnlovsvernet for ytringsfriheten. Et forslag til ny Grl. § 100 ble fremmet og dette forslaget ble vedtatt av Stortinget i 2004.

Den nye grunnlovsbestemmelsen skal sikre at ytringsfriheten får et mer fullstendig vern.

⁴ NOU1999:27 pkt.6.2.4.1.

Dette innebærer blant annet at grunnlovsvernet av arbeidstakeres ytringsfrihet er blitt styrket.⁵ Grl. § 100 regnes i sin alminnelighet for å gi et sterkere vern for ansattes ytringsfrihet enn det som følger av EMK art. 10.⁶ På denne bakgrunn har jeg valgt å ikke gå nærmere inn på ytringsfriheten som følger av EMK art. 10. Bestemmelsen beskytter mot inngrep både fra offentlige og fra private arbeidsgivere.⁷

Hensyn bak ytringsfriheten

Ytringsfriheten skal dels ivareta hensyn av samfunnsmessig betydning og dels ivareta hensyn av betydning for det enkelte individ. Ytringsfriheten begrunnes i tre prinsipper; sannhetsprinsippet, demokratiprinsippet og prinsippet om individets frie meningsdannelse (autonomiprinsippet). Dette følger nå direkte av ordlyden i Grl. § 100. De nevnte hensynene må imidlertid avveies mot andre hensyn som personvernet og privatlivets fred.

Begrensninger i ytringsfriheten

Det skal mye til for at det kan foretas begrensninger i ytringsfriheten. Grl. § 100 andre ledd oppstiller to vilkår som begge må være oppfylt for at det kan foretas inngrep i ytringsfriheten. Det ene vilkåret er at inngrepet må la seg forsvare i forhold til hensynene bak ytringsfriheten, dvs. hensynene til demokrati, sannhetssøken og individets frie meningsdannelse. Det må altså foretas en avveining av de nevnte hensyn mot hensynene som ligger bak inngrepet.

Det andre vilkåret er at inngrepet må være foreskrevet i lov. Med lov menes her både formell lov samt ulovfestet regel av lovs rang.⁸

Grl. § 100 tredje ledd setter på ett område enda strengere vilkår for inngrep i ytringsfriheten. Denne bestemmelsen omfatter ytringer av politisk karakter i vid forstand.

⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.13

⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.13

⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.13

⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.13

Dvs. at den omfatter ytringer om tema av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art som har allmenn interesse.⁹

For at det skal foretas inngrep i ytringsfriheten kreves at det foreligger et relevant rettslig grunnlag. Relevant rettslig grunnlag må som hovedregel forstås som skreven lov, men bestemmelsen utelukker ikke at det kan foretas begrensninger på ulovfestet grunnlag.¹⁰

Dette rettslige grunnlaget må være klart definert og forankret i særlig tungtveiende hensyn. Dette vilkåret er begrunnet i hensynet til forutberegnelighet og er ment for å motvirke skjønsmessige avgjørelser.¹¹

2.1.2 Lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten i ansettelsesforhold går ut på gjensidig lojalitet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Lojalitetsplikten er et ulovfestet prinsipp som følger av juridisk teori og rettspraksis, jfr. blant annet dommen inntatt i Rt.1990 s. 607¹² hvor det på side 614 heter at "[d]et må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold".

Fra arbeidstakers side går lojalitetsplikten ut på at arbeidstaker skal opptre lojalt i samsvar med arbeidsgivers interesser. Dette innebærer at arbeidstaker ikke unødig skal skade arbeidsgiverens interesser eller arbeidsplassens offentlige omdømme.¹³ De ansatte har en plikt til ikke å skade arbeidsgivers økonomiske interesser ved for eksempel å røpe bedriftshemmeligheter som kan ha konkurransemessig betydning.

⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.14

¹⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.14

¹¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.14

¹² Saken gjaldt krav om erstatning for tap som følge av illojal opptreden i forbindelse med at administrerende direktør og systemsjefen sa opp sine stillinger i bedriften og deltok i stiftelse av et konkurrerende selskap.

¹³ St.meld.nr.26(2003-2004) s.102

Hensyn bak lojalitetsplikten

Arbeidstakers lojalitetsplikt skal ivareta arbeidsgivers interesser. Hvis arbeidstaker gir opplysninger til for eksempel media om kritikkverdige forhold i bedriften kan det få store konsekvenser for arbeidsgiver. For eksempel i form av økonomisk tap, tap av kunder og forretningsforbindelser eller at det skaper dårlig arbeidsklima på arbeidsplassen. Det kan være en lang og kostbar prosess for arbeidsgiver å gjenopprette et skadet renommé.

Dette tilsier at arbeidsgiver har behov for vern mot ytringer fra arbeidstakere som kan påføre unødvendig skade på arbeidsgivers eller bedriftens interesser. Lojalitetsplikten verner imidlertid bare arbeidsgivers *legitime* interesser, slik at en arbeidsgiver kan ikke påberope seg lojalitetsplikten til å beskytte ulovlige eller uetiske handlinger.¹⁴

Lojalitetsplikten gjelder både offentlige og private ansatte. Men for offentlige ansatte kan det komme ytterligere begrensninger i ytringsfriheten som er begrunnet i det demokratiske systems legitimitet og funksjon. Disse hensynene må igjen veies opp mot hensynet til en best mulig informert offentlig debatt.¹⁵

Momenter i vurderingen om arbeidstakers ytring er lojal eller ikke

Ved vurderingen av om en ytring er lojal eller ikke må hensynene bak lojalitetsplikten veies mot hensynene bak ytringsfriheten i den konkrete saken. Det skal mye til for at ytringsfrihetens grenser er overskredet.¹⁶ I forarbeidene uttales at: "[y]tringsfriheten er en av de grunnleggende menneskerettighetene, mens arbeidsgivers krav på lojalitet ikke har samme grunnleggende status. Det er derfor inngrep i ytringsfriheten som må begrunnes, og ikke omvendt. Begrunnelsen må være både relevant og tilstrekkelig i den enkelte sak, og begrensningene må være forholdsmessige".¹⁷

Ved vurderingen av om arbeidstakers ytring er lojal eller ikke kommer det en rekke momenter i betraktning.¹⁸ Disse skal jeg kort gjøre rede for i det følgende.

¹⁴ Arbeidsgrupperapport "Ansattes ytringsfrihet" pkt.4.3.3

¹⁵ NOU1997:27 pkt.6.2.4.1.

¹⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.15

¹⁷ St.meld.nr.26(2003-2004) s.110

¹⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.16-20

Skade på arbeidsgivers interesser

Et av momentene i vurderingen er ytringens skadeevne. Utgangspunktet er at ytringene må ha sammenheng med virksomhetens aktiviteter eller formål for å kunne skade arbeidsgivers interesser og dermed være illojale. Jo større skade ytringen har på arbeidsgivers interesser, desto strengere lojalitetskrav kan stilles.

Allmenn interesse

Det må også tas i betraktning hvorvidt ytringen har allmenn interesse. Hvis ytringen har stor interesse for allmennheten eller gjelder et alvorlig forhold, taler det for at arbeidstaker er berettiget til å uttale. Er det derimot tale om ytringer som gjelder interne forhold i bedriften, for eksempel personkonflikter stilles det strengere lojalitetskrav.

Arbeidstakers stilling eller posisjon

Arbeidstakers stilling eller posisjon vil også ha betydning for hvorvidt en ytring betraktes som lojal eller ikke. Arbeidstakere som har en ledende stilling har større tilgang på opplysninger og vil vanligvis ha lettere for å oppnå gehør for sine uttalelser. Det antas derfor at jo høyere en arbeidstaker er plassert i virksomheten, jo strengere lojalitetskrav kan stilles.

Brudd på lovfestet taushetsplikt el.l.

Hvis ytringen er et brudd på lovfestet taushetsplikt el.l. vil den normalt bli betraktet som illojal.

Intern eller ekstern varsling

Et sentralt moment i vurderingen er hvem arbeidstaker varsler til, om det er internt, til tilsynsmyndigheter eller til media. Å varsle internt vil som hovedregel anses å være lojalt. Det samme gjelder hvis det varsles til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. Når det gjelder varsling til offentligheten, for eksempel media, er det derimot snevrere adgang for arbeidstaker til å ytre seg og det stilles strengere lojalitetskrav.

Interne prosedyrer bør være forsøkt

Når det gjelder varsling til offentligheten har det betydning hvorvidt interne prosedyrer har vært forsøkt først. Hvis arbeidstaker har forsøkt å varsle internt uten at dette har ført frem, vil det normalt ikke regnes som illojalt hvis det deretter varsles til media. At interne prosedyrer bør være forsøkt først gjelder likevel ikke for det tilfellet at arbeidstaker har grunn til å tro at intern varsling ikke har noen hensikt. Et eksempel på dette kan være hvis det er tale om korrupsjon i ledelsen.

Aktsom god tro - forsvarlig grunnlag for uttalelsene

Det er et moment i vurderingen at arbeidstakers uttalelser er holdbare med hensyn til faktiske forhold. At arbeidstaker bygger uttalelsene på et forsvarlig grunnlag er et moment som taler for at varslingen anses berettiget. Det avgjørende må være om arbeidstaker har vært i aktsom god tro om sannheten i de påstandene som fremsettes. Hvis informasjonen senere viser seg å være ukorrekt anses likevel ikke ytringen for å være illojal såfremt arbeidstaker ikke skjønnte eller burde skjönt dette. Arbeidstakers aktsomhetskrav knytter seg til tidspunktet for når ytringen ble fremsatt.

Form og måte det varsles på

Et annet moment i vurderingen er formen og måten det varsles på. Med dette menes uttrykksformen og språkbruken som er benyttet ved varslingen. Om ytringen har en nøktern, saklig og balansert form taler dette i større grad for å anse ytringen for å være lojal enn om den fremstår som utilbørlig. Hvor stor vekt dette momentet skal tillegges beror imidlertid på den situasjon arbeidstaker er i, og hvorvidt vedkommende har hatt tid til å overveie språkbruken.

Hensiktsmessig virkemiddel

Det er også et moment hvorvidt varslingen fremstår som et hensiktsmessig virkemiddel for å rette opp i det kritikkverdige forholdet. Men det kan ikke kreves at ytringen rent faktisk

fører til endringer. Dette momentet har imidlertid liten vekt hvis allmenne hensyn tilsier at forholdet blir kjent.

Motivet bak offentliggjøringen

Arbeidstakers motiv bak offentliggjøringen er også et moment som kommer i betraktning. Hvis arbeidstakeren har ”egne” hensikter med offentliggjøringen vil dette i større grad tale for at ytringen er illojal enn hvis motivet er å forbedre situasjonen på arbeidsplassen eller å fremme kunders eller virksomhetens interesser.

De nevnte momentene er relevante i vurderingen om en ytring er lojal eller ikke. Vurderingen skal skje på bakgrunn av en skjønnsmessig helhetsvurdering.¹⁹

2.1.3 Ny arbeidsmiljølov

I det følgende skal jeg kort gjøre rede for gangen i arbeidet med ny aml. § 2-4.

I 2004 begynte arbeidet med å lage en ny arbeidsmiljølov. Her skulle det bl.a. inntas nye bestemmelser som regulerer ansattes ytringsfrihet, herunder ansattes rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. En slik bestemmelse fantes ikke i arbeidsmiljøloven fra 1977. Bakgrunnen for en slik bestemmelse var bl.a. Ytringsfrihetskommisjonens innstilling om forslag til ny Grl. § 100. Selv om også ansattes ytringsfrihet er omfattet av den nye Grl. § 100 fremgår det av innstillingen at det er et behov for å lovfeste reglene som begrenser ansattes ytringsfrihet.²⁰

I NOU 2004-5 kom Arbeidslivslovutvalget med et forslag til en bestemmelse om varsling. Forslaget gikk ut på å lovfeste et vern mot gjengjeldelser for arbeidstakere som på en *lojal måte* informerer om kritikkverdige forhold i virksomheten. Regjeringen fremmet i Ot.prp.

¹⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.15

²⁰ NOU1997:27 pkt.6.2.4.1

nr. 49 (2004-2005) forslag til en bestemmelse om varsling i samsvar med forslaget fra Arbeidslivslovutvalget.

I en dom fra Oslo tingrett²¹ ble det lagt vekt på denne proposisjonen²². Dommen dreide seg om en ansatt som varslet morkonsernet om uregelmessigheter i prisene i en avtale med forsvaret. Etter varslingen ble den ansatte sagt opp, men retten fant ikke oppsigelsen saklig begrunnet. Retten la til grunn at det her dreide seg om en gjengjeldesaksjon. Etter oppsigelsen varslet den ansatte media. Det heter i dommen at saksøkeren reagerte på et kritikkverdig forhold i bedriften på en rimelig måte og ble utsatt for en gjengjeldesaksjon. Videre heter det at "[d]ette er både i strid med norsk rett generelt jf. uttalelsen i Rt-2003-1614 og også det vernet som arbeidstakere nå har fått, jf. Ot.prp.nr.49 (2004-2005)".²³ I denne dommen ble forarbeidene til ny varslerbestemmelse tillagt vekt selv om en slik bestemmelse enda ikke var vedtatt eller trådt i kraft.

I 2005 vedtok Stortinget aml. § 2-4 om varsling, men med en annen formulering enn den regjeringen hadde foreslått. Bestemmelsens første ledd oppstilte en rett for arbeidstaker til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold i virksomheten der dette ikke er i strid med annen lov. Andre ledd fastslo at gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler etter første ledd er forbudt.

Bestemmelsen ble vedtatt under forutsetning av at en utredning, som var blitt satt i gang våren 2005, ble gjennomført. Utredningen skulle resultere i konkrete lovforslag eller forslag til andre tiltak for styrke ansattes reelle yringsfrihet ytterligere.²⁴

Utredningen var ferdig i desember 2005 og rapporten "Ansattes yringsfrihet" ble fremlagt. Her ble ulike tiltak drøftet og det ble fremmet konkrete forslag til ny lovbestemmelse som ble sendt på høring.

²¹ TOSLO-2004-99016

²² Ot.prp.nr49(2004-2005)

²³ TOSLO-2004-99016

²⁴ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.1.1

Den nye arbeidsmiljøloven trådte i kraft 1. januar 2006 men ikrafttredelsen av aml. § 2-4 ble utsatt. I desember 2006 ble den endelige utformingen av aml. § 2-4 vedtatt og loven trådte i kraft 1. januar 2007. Jeg gir en oversikt over varslingsreglene nedenfor i pkt. 2.3.

2.2 Internasjonal rett

I det følgende skal jeg gjøre rede for internasjonale regler som er relevante i forhold til ansattes rett til å ytre seg om kritikkverdige forhold.

2.2.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

I FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 19 heter det at enhver har rett til ytringsfrihet. Det er antatt at bestemmelsen ikke gir noe sterkere vern enn det som følger av EMK art. 10.²⁵

2.2.2 EMK art. 10

EMK art.10 slår fast at enhver har rett til ytringsfrihet. Det følger av art. 10 nr. 2 at det kan foretas begrensninger i ytringsfriheten. Slike begrensninger må være foreskrevet ved lov. Begrepet lov omfatter her ulovfestede regler som for eksempel lojalitetsplikten.²⁶ Videre følger det av bestemmelsen at begrensningene må være nødvendige i et demokratisk samfunn. Det må her foretas en konkret vurdering hvor det bla legges til grunn et proporsjonalitetsprinsipp.²⁷

Bestemmelsen verner mot inngrep fra staten. Den verner dermed mot inngrep i ansattes ytringsfrihet fra staten som arbeidsgiver. Det samme gjelder i privat eller kommunal sektor når arbeidsgivers beslutninger blir overprøvd av domstolene.²⁸ Av rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMK) følger det at statene er forpliktet til å sikre at private arbeidsgivere ikke griper urettmessig inn i sine ansattes ytringsfrihet.²⁹

²⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11

²⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11

²⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11

²⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11

²⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11

EMK gjelder som norsk lov og skal ved motstrid gå foran norsk lov, jfr. menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr. 30 §§ 2 og 3.

2.2.3 FN-konvensjonen mot korrupsjon

FN-konvensjonen mot korrupsjon artikkel 8 nr. 4 forplikter statene til å vurdere tiltak for å legge til rette for at offentlige ansatte skal kunne melde i fra om korrupsjonshandlinger til kompetent myndighet. Konvensjonens art. 33 forplikter statene til å vurdere hensiktsmessige tiltak som sikrer at enhver som i god tro og med rimelig grunn melder i fra om forhold som er straffbare etter konvensjonen, ikke blir utsatt for urettmessig behandling.³⁰

Konvensjonen er ratifisert av Norge.

2.2.4 Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon

Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon artikkel 9 verner den som melder i fra om korrupsjon. Det heter her at nasjonale regler skal gi hensiktsmessig vern for ansatte som i god tro og med rimelig grunn melder fra om korrupsjon til ansvarlige personer eller myndigheter. Varsling på dette grunnlag skal ikke regnes som brudd på taushetsplikt selv om det i ettertid viste seg at det faktisk ikke forelå korrupsjon. Arbeidstakere skal være vernet mot uberettigede sanksjoner som for eksempel oppsigelse etter å ha varslet om korrupsjon.³¹

Norge undertegnet denne avtalen i 1999 men ratifisering gjenstår.

2.2.5 Europarådets rekommandasjon om retningslinjer for offentlige ansatte

I Europarådets rekommandasjon om retningslinjer for offentlige ansatte artikkel 16 anbefales det at offentlige ansatte utviser aktsomhet slik at deres politiske aktiviteter eller deltakelse i offentlig debatt ikke svekker allmennhetens og arbeidsgiverens tillit til at arbeidstakeren vil utføre sitt arbeid upartisk og lojalt.³²

³⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11

³¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11 og 12

³² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.11

2.2.6 EU/EØS regler

Det finnes ingen EU- eller EØS-regler som regulerer varsling eller ansattes yringsfrihet. Men rammedirektivet mot diskriminering i arbeidslivet (rådsdirektiv 2000/78/EF) art. 11 pålegger statene å verne arbeidstakere som tar opp saker om diskriminering på arbeidsplassen mot gjengjeldelse. Det er inntatt slike bestemmelser i aml. §§ 13-8 og 13-9 jfr. § 2-4. Det finnes også regler om dette i diskrimineringsloven³³ § 9 og i likestillingsloven³⁴ § 3.

2.3 Dagens rettstilstand

Jeg skal i det følgende gi en kort presentasjon av reglene i arbeidsmiljøloven som er relevante i forhold til arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, herunder endringene som følger av lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

2.3.1 Aml. § 2-4 Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten

I aml. § 2-4 (1) lovfestes det en rett for arbeidstaker til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.

For at arbeidstakere kan varsle etter denne bestemmelsen må det dreie seg om forhold som er kritikkverdige. Det heter i forarbeidene at "...de kritikkverdige forholdene kan være relatert til for eksempel arbeidsmiljøet. Andre typer forhold det kan tenkes varslet om er ukultur, korrupsjon, ulovligheter samt uetisk eller skadelig aktivitet".³⁵

Kritikkverdige forhold omfatter for det første straffbare forhold.³⁶ Eksempler på dette kan være korrupsjon, hvitvasking av penger eller annen økonomisk kriminalitet, vold og brudd på miljø- eller sikkerhetsregler.

³³ Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. av 3.juni 2005 nr.33

³⁴ Lov om likestilling mellom kjønnene av 9.juni 1978 nr.45

³⁵ NOU2004-5 s.444

³⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 50

For det andre omfattes andre ulovlige forhold som ikke er straffbare, dvs. mislighold av andre lovbestemte påbud eller forbud.³⁷ Et eksempel er brudd på arbeidsmiljølovens regler om usaklig oppsigelse.

Som kritikkverdig forhold regnes også brudd på virksomhetens etiske retningslinjer. Men da må det dreie seg om rutiner som er tydelig uttalte og som er nedfelt i skriftlige dokumenter som er gjort kjent for ansatte og ledelse.³⁸

Brudd på alminnelige etiske standarder som det er bred enighet om i samfunnet omfattes også.³⁹ Egen religiøs eller politisk overbevisning om at noe er kritikkverdig omfattes ikke.⁴⁰

For at det skal dreie seg om varsling må det i tillegg være tale om opplysninger som ikke er allment tilgjengelige, men som arbeidstaker har fått tilgang til i kraft av sin stilling.⁴¹

Bestemmelsen omfatter bare kritiske ytringer om forhold som gjelder virksomheten. Andre ytringer vil være vernet av Grl. § 100 med de begrensninger som følger av den ulovfestede lojalitetsplikten.⁴²

Retten til å varsle gjelder arbeidstakere i alle virksomheter, både i privat og i offentlig sektor.⁴³

Aml. § 2-4 omfatter både ekstern og intern varsling. Med ekstern varsling menes uttalelser, opplysninger, dokumenter osv. som gis til media, faglige forum, tilsynsmyndigheter osv. utenfor virksomheten.⁴⁴ Med intern varsling menes tilfeller det arbeidstaker sier fra til kolleger, verneombud, tillitsvalgte, representant for ledelsen eller andre i virksomheten.⁴⁵

³⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

³⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

³⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

⁴⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

⁴¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.37

⁴² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.37

⁴³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

⁴⁴ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.1

⁴⁵ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.1

I aml. § 2-4 (2) første punktum er det oppstilt et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig.

Jeg behandler forsvarlighetskravet utførlig nedenfor i pkt.3.

I bestemmelsen andre ledd, annet punktum heter det at arbeidstaker uansett har rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling.

Det vil alltid være rettmessig å varsle i samsvar med varslingsplikt nedfelt i lov, forskrift, instruks, reglement mv.⁴⁶ Hvis det foreligger en plikt til å varsle vil det alltid være adgang til å varsle.⁴⁷ I denne sammenheng kan nevnes § 2-3 (2) d om plikt for arbeidstakere til å sørge for at arbeidsgiver eller verneombud blir underrettet så snart arbeidstaker blir kjent med at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen.⁴⁸

Med rutiner menes her virksomhetens prosedyrer for varsling og håndtering av kritiske ytringer som er nedfelt i reglementer, avtaler mv.⁴⁹ Rutinene kan imidlertid ikke legges til grunn hvis de begrenser ytringsfriheten i forhold til Grl. § 100 og rammene i § 2-4. Det er heller ikke adgang til å innskrenke varslingsretten som følger av aml. § 2-4 ved avtale eller instruks jfr. aml. § 1-9 som fastslår at loven er ufravikelig. Det følger av denne bestemmelsen at loven ikke kan fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre dette er særskilt fastsatt.

Arbeidstaker har også rett til å varsle tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. Dette fremkommer av bestemmelsens andre ledd, tredje punktum.

Offentlige myndigheter omfatter i denne sammenheng offentlige organer som har til oppgave å håndheve, føre tilsyn eller overvåke gjennomføringen av lover og regler.⁵⁰

Eksempler på slike organer er politiet, Arbeidstilsynet, Datatilsynet, Statens helsetilsyn, Mattilsynet og disses overordnede departementer.

⁴⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

⁴⁷ Innst.O.nr.6(2006-2007) s.9

⁴⁸ Se også aml. §§ 13-8 og 13-9

⁴⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

⁵⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

Det følger av bestemmelsens tredje ledd at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med vilkårene i § 2-4. Dette innebærer at arbeidsgiver både må bevise at det ikke har skjedd kritikkverdige forhold og at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke var forsvarlig.⁵¹

Bakgrunnen for denne bestemmelsen er at det er arbeidsgiver som skal begrunne innskrenkninger i ytringsfriheten, og ikke arbeidstaker som skal begrunne retten til å varsle.⁵²

2.3.2 Aml. § 2-5 Vern mot gjengjeldelse ved varsling

Arbeidstakers rett til å varsle blir mer reell dersom det etableres et sterkt gjengjeldelsesvern for den som varsler.⁵³ I aml. § 2-5 (1) første punktum stadfestes det et forbud mot gjengjeldelser mot arbeidstakere som varsler etter lovens § 2-4.

Begrepet ”gjengjeldelse” skal i denne sammenheng tolkes vidt og ”[e]nhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og reaksjon på varsling, skal i utgangspunktet regnes som gjengjeldelse”.⁵⁴ Forbudet gjelder både formelle sanksjoner som for eksempel oppsigelse, suspensjon og avskjed, samt uformelle sanksjoner som for eksempel endringer i arbeidsoppgaver og interne overføringer.⁵⁵

Det følger av ordlyden at arbeidstakeren må ha varslet i samsvar med § 2-4 for å være vernet mot gjengjeldelse.

Det følger av § 2-5 (2) at gjengjeldelsesforbudet gjelder tilsvarende ved gjengjeldelse mot arbeidstaker som gir uttrykk for at retten til å varsle etter § 2-4 vil bli brukt.

Videre følger det av bestemmelsen at bevisbyrden er delt jfr. første ledd annet punktum.

Det påligger arbeidstaker å fremskaffe opplysninger som gir grunn til å tro at slik

⁵¹ Foredrag av Nina Melsom og Sigurd-Øyvind Kambestad, Møte i Norsk Arbeidsrettslig forening 29.03.07

⁵² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

⁵³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.8

⁵⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

⁵⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

gjengjeldelse som beskrevet i første punktum har funnet sted. Det skal legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted med mindre arbeidsgiver sannsynliggjør noe annet. En delt bevisbyrde vil gjøre det enklere for arbeidstakere å nå frem med en påstand om ulovlig gjengjeldelse.⁵⁶

Det kan være vanskelig for arbeidstakere å vinne frem med et krav om erstatning når det må påvises skyld, økonomisk tap og årsakssammenheng mellom tapet og gjengjeldelsen. I aml. § 2-5 (3) er det oppstilt et objektiv erstatningsansvar for ikke – økonomisk tap. Dette innebærer at arbeidstaker som har vært utsatt for gjengjeldelse i strid med første eller andre ledd har rett på oppreisning, uavhengig av økonomisk tap og eventuell skyld på arbeidsgivers side. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige regler jfr. paragrafens siste punktum.

2.3.3 Aml. § 3-6 Plikt til å legge forholdene til rette for varsling

I aml. § 3-6 er det oppstilt en plikt for arbeidsgiver til å utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling i samsvar med § 2-4, dersom forholdene i virksomheten tilsier det. Bestemmelsen innebærer en plikt for arbeidsgiver til å vurdere om det foreligger behov for særlige tiltak som skal legge forholdene til rette for at ansatte skal kunne varsle, samt en plikt til å iverksette slike tiltak hvis det er behov for det.⁵⁷ Plikten knyttes til virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid etter reglene i aml. kapittel 3.⁵⁸

Bakgrunnen for denne regelen er at det må være arbeidsgivers ansvar å sørge for et godt ytringsklima i virksomheten.⁵⁹

⁵⁶ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.2

⁵⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.54

⁵⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.54

⁵⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.8

2.3.4 Andre endringer

Aml. § 13-8 Bevisbyrde

Bevisbyrde ved gjengjeldelse mot arbeidstakere som tar opp saker om diskriminering er tatt ut av aml. § 13-8 og reguleres nå av den generelle regelen i § 2-5 første ledd andre punktum. Endringen er av lovteknisk karakter.⁶⁰

Aml. § 13-9 Virkningene av brudd på diskrimineringsforbudet

Rett til oppreisning ved gjengjeldelser mot arbeidstakere som tar opp en sak om diskriminering er tatt ut av aml. § 13-9 og reguleres nå av den generelle regelen i § 2-5 tredje ledd. Endringen er av lovteknisk karakter.⁶¹

Aml. § 18-6 Pålegg og andre enkeltvedtak

Reglene om varsling i §§ 2-4, 2-5 og 3-6 omfattes av Arbeidstilsynets tilsynsområde etter § 18-1. Arbeidstilsynet har plikt til å gi veiledning om reglene. Det fremgår av § 18-6 at Arbeidstilsynet kan gi pålegg om gjennomføringen av § 3-6 men at de ikke har vedtakskompetanse i forhold til §§ 2-4 og 2-5.

2.3.5 Andre bestemmelser

Aml. § 18-2 Beskyttelse av kilder

Det følger av aml. § 18-2 at når Arbeidstilsynet får melding om forhold som er i strid med loven, skal melderens navn holdes hemmelig. Taushetsplikten gjelder også overfor den anmeldte.

Formålet med regelen er å beskytte den som informerer om det klanderverdige forholdet mot negative reaksjoner.⁶² Det er allmenn interesse i å avdekke om en virksomhet ikke overholder offentligrettslige krav. At identiteten til den som melder i fra holdes hemmelig gjør det lettere for ansatte og andre å melde fra om mulige regelbrudd.⁶³

⁶⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.55

⁶¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.55

⁶² Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 18-2 av Marianne Jenum Hotvedt, <http://www.arbeidsrett.no>

⁶³ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 18-2 av Marianne Jenum Hotvedt, <http://www.arbeidsrett.no>

Aml. kapittel 15 Opphør av arbeidsforhold

Som nevnt er det i aml. § 2-5 oppstilt et forbud mot gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4, herunder gjengjeldelse i form av oppsigelse og avskjed. I det følgende skal jeg gi en kort oversikt over andre regler, fortrinnsvis i aml. kapittel 15, som skal verne arbeidstaker mot usaklig oppsigelse og avskjed, nærmere bestemt lovens stillingsvernsregler.

Aml. § 15-7 om vern mot usaklig oppsigelse er en sentral bestemmelse. Her heter det at oppsigelsen må være saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Hensynet bak regelen er at "...arbeidstaker skal være vernet mot den personlige ulykke som en oppsigelse kan være, når arbeidsgiver ikke har særlige grunner til å fremkalle den".⁶⁴ Den oppsagte har rett til forhandlinger, søksmål og til å fortsette i stillingen frem til saken er endelig avgjort av domstolene jfr. § 15-11.

Aml. § 15-6 oppstiller oppsigelsesvern i arbeidsavtaler med bestemt prøvetid. Det er i tillegg oppstilt særskilte verneregler ved sykdom i § 15-8, ved svangerskap og etter fødsel eller adopsjon i § 15-9 og ved militærtjenester mv. i § 15-10.

Hvis oppsigelsen er i strid med noen av de nevnte bestemmelsene i §§ 15-6 til 15-10 skal den kjønnnes ugyldig jfr. § 15-12.

For å effektivisere oppsigelsesvernet er det oppstilt regler i § 15-4 om formkrav hvor det er arbeidsgiver som sier opp en arbeidstaker samt regler om oppsigelsesfristens lengde i § 15-3.

2.4 Forholdet mellom rettstilstanden før og nå

Jeg skal i det følgende se på forholdet mellom rettstilstanden slik den var før og slik den er nå, herunder gjøre rede for eventuelle endringer i rettstilstanden.

⁶⁴ Oversikt over arbeidsretten av Henning Jakhelln, <http://www.arbeidsrett.no>

2.4.1 Retten til å varsle

Tidligere fulgte arbeidstakers rett til å ytre seg kun av ytringsfriheten. Ansattes rett til å varsle er nå lovfestet i aml. § 2-4 (1). I forarbeidene heter det at "...gjeldende materielle regler om retten til å varsle videreføres".⁶⁵ Dette kan tyde på at bestemmelsen i § 2-4 (1) kun er lovfesting og en presisering av gjeldende rett.

2.4.2 Kravet til forsvarlig fremgangsmåte

Tidligere ble ansattes rett til å ytre seg om kritikkverdige forhold begrenset av lojalitetsplikten. Nå er det lovfestet et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig jfr. aml. § 2-4 (2) første punktum. Det kan spørres om det her har skjedd en endring i rettstilstanden.

Av de ulovfestede reglene fulgte en rekke momenter som skulle tas i betraktning i vurderingen av om en ytring var lojal eller ikke. Disse momentene har jeg gjort rede for tidligere i oppgaven, i punkt 2.1.2. Etter dagens regler er det som nevnt oppstilt et forsvarlighetskrav. Ved vurderingen av om varslingen anses å være forsvarlig kommer en rekke momenter i betraktning. De fleste av momentene som tidligere ble tatt i betraktning skal fremdeles være relevante i vurderingen, jfr. forarbeidene hvor det heter at "[d]e konkrete momentene i vurderingen vil blant annet være om arbeidstaker var i aktsom god tro om opplysningenes riktighet, hvem det ble sagt fra til og hvordan, hva slags opplysninger det er tale om, ytringens skadepotensiale og opplysningenes allmenninteresse".⁶⁶

Momentene hensiktsmessig virkemiddel og motivet bak offentliggjøringen er imidlertid ikke nevnt her i denne oppramsingen. Det kan derfor spørres om disse momentene skal tillegges mindre vekt enn tidligere, eller om de ikke lenger skal komme i betraktning i det hele tatt.

Når det gjelder motivet bak offentliggjøringen ble det tidligere antatt at hvis den ansatte uttalte seg i den hensikt å henge ut arbeidsgiveren eller å presse arbeidsgiveren i en

⁶⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

⁶⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

pågående konflikt ville dette lettere anses som brudd på lojalitetsplikten enn om uttalelsen var motivert ut fra et ønske om å for eksempel forbedre situasjonen på arbeidsplassen.⁶⁷

Nå kan det spørres om stillingen på dette området er blitt en annen. Per Rune Henriksen har under en debatt i Odelstinget uttalt at ”...for meg, som borger, politiker eller som leder, er det at kritikkverdige forhold kommer opp på bordet, det vesentlige, ikke hvorfor de som varsler, gjør det. Hva som er bakgrunnen for at varsleren sier fra om det – høy moralsk standard eller ønsket om å skade arbeidsgiver – er i grunnen irrelevant”.⁶⁸

I granskningen av saken mellom tidligere LO leder Gerd-Liv Valla og Ingunn Yssen ble det i vurderingen av om Yssens varslings var forsvarlig ble det imidlertid lagt vekt på motivet bak offentliggjøringen.⁶⁹ I Fougner-utvalgets rapport heter det på s. 179 at ”[u]tvalget finner grunn til å understreke at motivets betydning bare spiller en mindre rolle, dersom de øvrige momentene i vurderingen taler for at forsvarlighetskravet er oppfylt. Dette gjelder særlig kravet til allmenn interesse. Motivet er imidlertid ikke betydningsløst”. Dette trekker i retning av at motivet bak varslingen kan være et moment i vurderingen.

Når det gjelder momentet hensiktsmessig virkemiddel heter det i Fougner-utvalgets rapport heter det at ”[p]oenget med varslingsreglene er ikke å legge til rette for at kritikkverdige forhold i en virksomhet blir diskutert i størst mulig offentlighet, men å bidra til at kritikkverdige forhold blir påtalt slik at det kan bli rettet opp i forholdene. Offentliggjøring kan i noen sammenhenger være et egnet virkemiddel til å nå et slikt mål...”⁷⁰ Dette trekker i retning av at momentet hensiktsmessig virkemiddel kan komme i betraktning.

⁶⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.20

⁶⁸ Uttalt av Per Rune Henriksen i møte i Odelstinget 16.11.06 <http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>

⁶⁹ ”Rapport om Yssen, Valla og LO” Utarbeidet av Jan Fougner, Nils Erik Lie og Kristin Normann http://pub.tv2.no/multimedia/na/archive/00305/Les_hele_Fougner-ra_305032a.pdf

⁷⁰ Rapport om Yssen, Valla og LO s.176 Utarbeidet av Jan Fougner, Nils Erik Lie og Kristin Normann http://pub.tv2.no/multimedia/na/archive/00305/Les_hele_Fougner-ra_305032a.pdf

Selv om momentene motivet bak offentliggjøringen og hensiktsmessig virkemiddel som nevnt ikke er tatt med i forarbeidenes oppramsing av momenter som kommer i betraktning i vurderingen må det antas at denne oppramsingen ikke er uttømmende jfr. uttrykket *blant annet*.⁷¹ Det at de ikke er nevnt kan imidlertid trekke i retning av at disse momentene skal tillegges mindre vekt enn tidligere. Det heter imidlertid i forarbeidene at ”[f]orsvarlighetskravet er en lovfesting av gjeldende grenser for ytringsfriheten i varslingssituasjoner”.⁷² Dette taler for at det ikke er skjedd noen endring i rettstilstanden.

2.4.3 Hvem det varsles til

Som nevnt tidligere var det et moment i vurderingen om en ytring var lojal eller ikke hvem arbeidstaker varslet til; om det var internt, til offentlige myndigheter eller til offentligheten. Også etter dagens regler har det betydning hvem arbeidstaker varsler til.

Intern varsling ble som hovedregel ansett for å være rettmessig etter de ulovfestede reglene. Unntaksvis kunne intern varsling komme i strid med lojalitetsplikten for det tilfellet at forholdet ble tatt opp på en utilbørlig måte som unødig skadet virksomheten.⁷³ Etter dagens rett er det lovfestet at arbeidstaker alltid har rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. Men varsles det internt utenfor virksomhetens rutiner for varsling og om et forhold som ikke følger av varslingsplikt, kan stillingen derimot bli en annen. I forarbeidene fremgår det at intern varsling unntaksvis vil kunne falle utenfor varslingsretten etter aml. § 2-4 (2).⁷⁴ Det vil i så fall være etter samme kriterier som fulgte av de ulovfestede reglene – hvis det er tale om kritikkverdige forhold som blir tatt opp på en helt utilbørlig måte, og som unødig skader virksomheten.⁷⁵ Dette trekker i retning av at det ikke er skjedd noen endring i rettstilstanden ved intern varsling.

⁷¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

⁷² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.39

⁷³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.18

⁷⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁷⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

Tidligere ble det å varsle tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter som hovedregel ansett for å være lojalt. Nå er det lovfestet at arbeidstaker alltid har rett til å varsle tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter jfr. aml. § 2-4 (2) tredje punktum. Det fremgår av forarbeidene at "...ytringsfriheten utvides noe når det gjelder varsling til tilsynsmyndigheter, ved at det presiseres at slik varsling alltid skal være lovlig".⁷⁶ Dette indikerer at det på dette området er skjedd en endring i rettstilstanden ved at adgangen til å varsle tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter er blitt større.

Etter de ulovfestede reglene var det en snevrere adgang til å varsle offentligheten enn det var til å varsle internt eller til offentlige myndigheter. Det fremgår imidlertid ikke av forarbeidene hvilke momenter som kom i betraktning eller hvor begrenset retten til å varsle offentligheten var. Det fremgår bare at i disse tilfellene går "...adgangen til å ytre seg ikke like langt som ellers".⁷⁷ Også etter dagens rettstilstand er det en snevrere adgang til å varsle offentligheten enn det er til å varsle internt eller til offentlige myndigheter. Dette følger av forarbeidene hvor det heter at "[f]orsvarlighetskravet skjerpes når det gjelder offentlig varsling".⁷⁸ Ved offentlig varsling er det tre momenter som står sentralt i forhold til forsvarlighetskravet; om forholdet det varsles om bygger på et forsvarlig grunnlag, om intern varsling er forsøkt først og om forholdet har allmenn interesse.⁷⁹ Ved at disse momentene nå er mer presist angitt kan det spørres om de skal tillegges større vekt nå enn det som var tilfellet tidligere, og om det på denne bakgrunn kan sies å ha skjedd en endring i rettstilstanden.

⁷⁶ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.1

⁷⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.18

⁷⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁷⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

3 Forsvarlighetskravet

Det følger av aml. § 2-4 (1) at arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Denne varslingsretten er imidlertid begrenset ved at det i bestemmelsens andre ledd første punktum stilles krav til at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig.

I det følgende skal jeg se nærmere på ulike sider av forsvarlighetskravet. Jeg gjør først rede for forsvarlighetskravets innhold. Så ser jeg kort på hva som ligger i arbeidstakers *fremgangsmåte*. Deretter redegjør jeg for hensynene som ligger bak forsvarlighetskravet. Videre ser jeg nærmere på i hvilke tilfeller forsvarlighetskravet gjelder, før jeg kort berører spørsmålene hvem forsvarlighetskravet er rettet mot og hvem man skal opptre forsvarlig overfor. Deretter gjør jeg rede for hvilken betydning arbeidstakers stilling har for forsvarlighetskravet. Til slutt ser jeg kort på hvorvidt mistanke om kritikkverdig forhold er omfattet av aml. § 2-4.

3.1 Innholdet i forsvarlighetskravet

Det fremgår av ordlyden i aml. § 2-4 (2) første punktum at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Utrykket ”forsvarlig” er et generelt begrep og det er derfor vanskelig å si noe om innholdet i begrepet på et generelt grunnlag. Synonymer til dette begrepet er tilrådelig og betryggende.⁸⁰ Det nærmere innholdet i begrepet må defineres ut i fra sammenhengen det brukes i.

Hva som anses som en forsvarlig fremgangsmåte avhenger av en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering.⁸¹ Grl. § 100 står her sentralt. Også rettspraksis om lojalitetsplikten har relevans.

⁸⁰ Tanums store rettskrivingsordbok s.147

⁸¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

Grensen for arbeidstakers yringsfrihet beror på en avveining mellom hensynet til arbeidstakers yringsfrihet og hensynet til arbeidsgivers interesser. Hensynet til yringsfriheten skal som utgangspunkt veie tyngst og det skal mye til for at yringsfriheten må vike.⁸²

Det følger av forarbeidene at vurderingstemaet for hvorvidt arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen er forsvarlig hovedsakelig beror på ”...om arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens saklige interesser med hensyn til måten det varsles på”.⁸³

Videre fremgår det at følgende momenter kommer i betraktning ved forsvarlighetsvurderingen; om arbeidstaker var i aktsom god tro om opplysningenes riktighet, hvem det ble sagt fra til og hvordan, hva slags opplysninger det er tale om, yringsens skadepotensial og om opplysningene har allmenn interesse.

Hva som nærmere ligger i forsvarlighetskravet beror på hvem det er varslet til; om det er varslet internt, til offentlige tilsynsmyndigheter eller til offentligheten.⁸⁴ Jeg skal i det følgende gjøre nærmere rede for dette.

3.1.1 Intern varsling

Intern varsling vil alltid være rettmessig hvis det er gjort i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling jfr. aml. § 2-4 (2) andre punktum.

Er det derimot varslet internt utenfor at det er skjedd i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling må arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen være forsvarlig. Hvorvidt fremgangsmåten ved varslingen i disse tilfellene er forsvarlig beror på hvem i bedriften det varsles til. Det fremgår av forarbeidene at det vil være forsvarlig å varsle til en ansvarlig person i bedriften, og med ansvarlig person menes ”...en representant for ledelsen som har påvirknings- eller beslutningsmyndighet i forhold til de

⁸² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.39

⁸³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

⁸⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.39

spørsmål varslingen gjelder”.⁸⁵ Det er altså ikke et krav om at det varsles til nærmeste leder i bedriften. Et slikt krav ville vært uhensiktsmessig for det tilfellet at det nettopp er denne personen det kritikkverdige forhold gjelder, for eksempel hvis det er tale om korrupsjon. Det å varsle til verneombud eller tillitsvalgte vil alltid regnes for å være en forsvarlig fremgangsmåte.⁸⁶

Hvis det er varslet internt vil dette bare unntaksvis kunne falle utenfor kravet til forsvarlighet. Det vil i så fall være tilfelle hvis ”...de kritikkverdige forholdene tas opp på en helt utilbørlig måte som unødvendig skader samarbeidsklima, arbeidsmiljøet eller enkeltpersoner i virksomheten, for eksempel ved gjentatte grunnløse påstander rettet mot kolleger”.⁸⁷

Hvorvidt intern varsling etter dette er forsvarlig synes etter dette å bero på hvem i virksomheten det varsles til. Det stilles også krav til at forholdet det varsles om ikke tas opp på en utilbørlig måte som unødig kan skade virksomheten.

3.1.2 Varsling til offentlige myndigheter

Det følger av ordlyden i aml. § 2-4 (2) tredje punktum at det alltid vil være rettmessig å varsle tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.

Det kan spørres om det gjelder et forsvarlighetskrav ved varsling til offentlige myndigheter. Jeg behandler dette spørsmålet nedenfor i pkt. 3.5.

3.1.3 Varsling til offentligheten

Ved varsling til offentligheten er arbeidstakers adgang til å varsle snevrere enn adgangen til å varsle internt eller å varsle offentlige myndigheter.⁸⁸ Som nevnt er det her tre momenter som her står sentralt i forsvarlighetsvurderingen; om forholdet det varsles om bygger på et forsvarlig grunnlag, om arbeidstaker har forsøkt varslet internt først og om forholdet har allmenn interesse. Jeg skal i det følgende gjøre rede for innholdet i disse momentene.

⁸⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.39

⁸⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

⁸⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁸⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

Forsvarlig grunnlag

Kravet til forsvarlig grunnlag går ut på at arbeidstakeren skal være i aktsom god tro om at det foreligger et kritikkverdig forhold. Kravet relaterer seg til riktigheten av de faktiske opplysningene som fremsettes, samt de vurderinger og slutninger som arbeidstaker gir uttrykk for og som er utledet av de faktiske opplysningene.⁸⁹

I forarbeidene heter det at "[d]et vil ikke være avgjørende om arbeidstaker i etterkant viser seg å ta feil. Det avgjørende vil være hva denne arbeidstakeren hadde rimelig grunn til å tro ut fra sin posisjon og kompetanse og med de opplysninger som var tilgjengelige på det tidspunktet da varslingen skjedde. Hvor streng aktsomhet som kreves bør avhenge blant annet av arbeidstakerens stilling og faglige kompetanse, tidsaspektet og hva slags opplysninger det er tale om".⁹⁰

Det legges her opp til en vurdering av arbeidstakers subjektive forhold hvor arbeidstakers forutsetninger for å fremsette riktige opplysninger står sentralt.

Varsle internt først

Ved vurderingen av om varsling til offentligheten er forsvarlig eller ikke skal det legges "stor vekt"⁹¹ på om arbeidstaker først har varslet internt.

Arbeidstaker kan i slike tilfeller varsle i samsvar med aml. § 2-4 (2) annet punktum, altså i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling eller varslingsplikt. For det tilfellet at det ikke er utarbeidet rutiner for varsling fremgår det av forarbeidene at arbeidstaker normalt bør ta opp det kritikkverdige forholdet med noen i virksomhetens ledelse, og i denne forbindelse heter det at "[d]et avgjørende vil være om arbeidstaker har sørget for at en som har formell påvirkningsmulighet, beslutningsmyndighet eller ansvar i forhold til de spørsmål eller personer det gjelder, får vite om forholdene".⁹²

⁸⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁹⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁹¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁹² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

Det er imidlertid oppstilt et unntak fra kravet til at arbeidstaker skal varsle intern først. Det vil gjelde i de tilfeller hvor arbeidstaker har grunn til å tro at intern varsling vil være *uhensiktsmessig*.⁹³ Intern varsling kan være uhensiktsmessig hvis det er tale om opplysninger som gjelder kriminelle eller andre alvorlige forhold.⁹⁴ Dette kan for eksempel være tilfellet hvis arbeidstaker har grunn til å tro at ledelsen driver med korrupsjon. Det kan også være tilfeller hvor arbeidstaker av andre grunner finner at internt varsling vil være uhensiktsmessig. Det kan være tilfelle hvis arbeidstaker for eksempel har grunn til å tro at intern varsling vil medføre gjengjeldelse fra arbeidsgiver, eller hvis det er behov for å handle raskt pga fare for bevisforspillelse eller fare for liv og helse.⁹⁵

Allmenn interesse

Ved varsling til offentligheten skal det videre legges vekt på om forholdet det varsles om har allmenn interesse, for eksempel om det er tale om faglig funderte innspill framfor subjektive personangrep.⁹⁶ Det er presisert i forarbeidene at dette kravet ikke skal vurderes strengt, slik at det som faller utenfor kun vil være forhold av intern eller personlig interesse, for eksempel interne personkonflikter.⁹⁷ Det fremgår imidlertid at "[d]et kan likevel ikke utelukkes at også interne eller personlige konflikter kan ha allmenn interesse, avhengig av hvilke personer og hva slags virksomhet det er tale om".⁹⁸

I denne sammenheng kan nevnes konflikten mellom tidligere LO leder Gerd-Liv Valla og Ingunn Yssen. Her dreide det seg om en intern personkonflikt men som hadde allmenn interesse.⁹⁹

⁹³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.41

⁹⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁹⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

⁹⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006)

⁹⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

⁹⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.41

⁹⁹ Rapport om Yssen, Valla og LO s.177 Utarbeidet av Jan Fougner, Nils Erik Lie og Kristin Normann

http://pub.tv2.no/multimedia/na/archive/00305/Les_hele_Fougner-ra_305032a.pdf

Disse tre momentene jeg her har redegjort for er alle sentrale i forsvarlighetsvurderingen ved varsling til offentligheten. Vurderingen beror imidlertid på en skjønnsmessig helhetsvurdering som må foretas i hvert enkelt tilfelle.¹⁰⁰

3.1.4 Forsvarlig fremgangsmåte

Av ordlyden i aml. § 2-4 (2) første punktum fremgår det at forsvarlighetskravet gjelder arbeidstakers fremgangsmåte. Ved at det er *fremgangsmåten* som skal være forsvarlig kan det være naturlig å anta at dette kun omfatter forhold om arbeidstakers *opptreden*, slik som hvem arbeidstaker varsler til og hvorvidt arbeidstaker har undersøkt riktigheten av opplysningene som fremsettes.

Forsvarlighetskravet rekker imidlertid lenger enn dette ettersom også momenter som beror på *forholdets karakter* skal tas i betraktning, for eksempel ytringens skadepotensial og, ved varsling til offentligheten, om forholdet har allmenn interesse.

3.2 Hensyn bak forsvarlighetskravet

I det følgende skal jeg gjøre rede for hvilke hensyn som ligger bak kravet om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Jeg skal først se på de generelle hensynene bak forsvarlighetskravet. Deretter gjør jeg rede for de hensyn som ligger bak de tre momentene som står sentralt ved varsling til offentligheten; kravet til forsvarlig grunnlag, kravet til intern varsling og kravet til allmenn interesse.

3.2.1 Generelle hensyn

Det fremgår av forarbeidene at "[d]et er behov for at loven har noen kjøreregler som skal gjelde mellom arbeidsgiver og arbeidstaker når kritikkverdige forhold avdekkes".¹⁰¹

Det gis her uttrykk for at hvis en skal slå fast retten til å ytre seg vil det samtidig være nødvendig å signalisere at denne retten gjelder med visse begrensninger, slik at lovteksten

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

¹⁰¹ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.1

ikke blir misvisende ved at den signaliserer at ytringsfriheten er videre enn den faktisk er.¹⁰²

Regelen om at varslingen skal være forsvarlig skal ivareta *arbeidsgivers* interesser. Dette fremgår av forarbeidene hvor det heter at "[r]egelen skal være en sikkerhetsventil som skal verne mot unødvendige skader på arbeidsgivers interesser".¹⁰³

Videre heter det at regelen skal "...ivareta arbeidsgivers/virksomhetenes saklige og tungtveiende interesser som i særlige tilfeller ikke bør vike for hensynene bak ytringsfriheten".¹⁰⁴

Som nevnt er adgangen til å varsle offentligheten snevrere enn adgangen til å varsle internt eller til å varsle offentlige myndigheter. Dette er fordi skadepotensialet er større ved varsling til offentligheten. Arbeidsgiver kan for eksempel risikere økonomisk tap, tap av kunder, at forretningshemmeligheter røpes, at interne arbeidsmiljøforhold diskuteres offentlig, at det blir dårlig samarbeidsklima på arbeidsplassen, tap av goodwill eller svekket merkevarebygging.¹⁰⁵ En virksomhet vil kunne påføres unødig skade hvis en arbeidstaker går til media om forhold som er grunnløse eller som kunne vært løst internt i virksomheten.¹⁰⁶

Som nevnt er det her tre momenter som er sentrale i forsvarlighetsvurderingen. I det følgende skal jeg gjøre rede for hensynene som ligger bak disse kravene.

3.2.2 Hensyn bak kravet om forsvarlig grunnlag.

Det fremgår av forarbeidene at kravet om at påstandene må baseres på et forsvarlig grunnlag skal verne arbeidsgiveren mot "...grunnløse eller svakt funderte påstander".¹⁰⁷

¹⁰² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

¹⁰³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

Hvis det blir fremsatt uriktige påstander om en virksomhet til offentligheten kan dette føre til negativ omtale, noe som kan få store konsekvenser for virksomheten, selv om det senere viser seg at påstandene ikke stemmer.

3.2.3 Hensyn bak kravet om intern varsling

Hensynet bak kravet om intern varsling er at arbeidsgiver som hovedregel bør ha en mulighet til å ordne opp i kritikkverdige forhold internt før saken blir kjent offentlig.¹⁰⁸ Dette vil normalt være det beste både for arbeidsgiver og for arbeidsmiljøet.¹⁰⁹ Det kan være at det hele beror på en misforståelse og at det derfor vil føre til unødig skade for bedriften hvis denne ikke blir varslet om forholdet først.

Det skal likevel være mulig at kriminalitet eller andre alvorlige kritikkverdige forhold som allmennheten har berettiget interesse i å få kjennskap til, avdekkes for offentligheten uten at ledelsen kan hindre dette. Dette hensynet er ivaretatt ved at det er oppstilt et unntak fra kravet om at intern varsling skal være forsøkt først hvis arbeidstaker har grunn til å tro at dette vil være u hensiktsmessig, for eksempel hvis det er tale om korrupsjon.¹¹⁰

3.2.4 Hensyn bak kravet om allmenn interesse

Når det gjelder kravet til allmenn interesse må det her ses hen til hensynene som ligger bak ytringsfriheten, nemlig hensynet til sannhetssøking og hensynet til demokrati.

Allmennheten kan ha en legitim interesse i et visst innsyn på den enkelte arbeidsplass, for å føre kontroll med bruk av ressurser, lovbrudd, kvaliteten på ytelser med videre.¹¹¹

Er det derimot tale om en personalsak internt i et firma kan dette tale for at offentligheten ikke bør involveres. Hensynet bak kravet til allmenn interesse er å beskytte arbeidsgiver mot at opplysninger som kun er av intern eller personlig interesse blir gjenstand for offentlig debatt.¹¹² Det vil kunne påføre arbeidsmiljøet unødig skade.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.41

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.41

¹¹⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.41

¹¹¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.41

¹¹² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.41

3.3 I hvilke tilfeller gjelder forsvarlighetskravet

Det kan spørres om det gjelder et generelt krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen alltid skal være forsvarlig eller om det avhenger av hvem det varsles til.

Ved varsling til offentligheten oppstilles det et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte skal være forsvarlig. Dette fremkommer både av ordlyden i § 2-4 (2) og av forarbeidene.¹¹³

Når det gjelder intern varsling og varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter kan det derimot stilles spørsmål om det i disse tilfellene oppstilles et krav til forsvarlighet.

Ordlyden i aml. § 2-4 (2) første punktum tyder på at det foreligger et generelt forsvarlighetskrav, uavhengig av hvem det varsles til. Forarbeidene trekker i samme retning hvor det heter at "...hvordan forsvarlighetskravet skal forstås nærmere avhenger av hvem det varsles til, om det varsles internt, til offentlige tilsynsmyndigheter eller til media".¹¹⁴

Det fremgår av aml. § 2-4 (2) annet punktum at ved intern varsling i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling har arbeidstaker *uansett rett* til å varsle. Betyr dette at det ikke er oppstilt noe krav om forsvarlig fremgangsmåte her? Eller betyr det at arbeidstaker har rett til å varsle uansett om arbeidstakers fremgangsmåte kan sies å være forsvarlig eller ikke? Eller betyr det at det gjelder et forsvarlighetskrav her og at det å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling alltid er forsvarlig? Dette synes å være noe usikkert. Men det kan være nærliggende å anta at arbeidsgiver i disse tilfellene ikke vil nå frem med en påstand om at arbeidstakers fremgangsmåte ikke har vært forsvarlig, og på den bakgrunn kan det tenkes at det ikke gjelder noe forsvarlighetskrav her. Arbeidstakers varsling i slike tilfeller vil uansett være rettmessig.

¹¹³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

¹¹⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.39

For intern varsling som ikke er skjedd i samsvar med varslingsplikt eller i samsvar med virksomhetens rutiner blir stillingen derimot en annen. Dette er ikke omfattet av ordlyden i aml. § 2-4 (2) annet punktum. Her må det derfor kunne sies å foreligge et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig jfr. aml. § 2-4 (2) første punktum.

Det kan videre spørres om det gjelder et forsvarlighetskrav ved varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. I aml. § 2-4 (2) tredje punktum heter det at *det samme* gjelder ved varsling til tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter, altså det samme som gjelder ved intern varsling i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling.

Dette trekker i retning av at hvis det gjelder et forsvarlighetskrav ved intern varsling i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling så gjelder det også et forsvarlighetskrav ved varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. I forarbeidene heter det imidlertid at det nok kan være rimelig å kreve at arbeidstaker skal ha et visst grunnlag for påstandene sine ved varsling til offentlige tilsynsmyndigheter men at "[d]epartementet legger imidlertid til grunn at tilsynsorganene uansett klarer å "sile ut" useriøse henvendelser, eller uansett behandle disse på en forsvarlig måte. Etter departementets oppfatning er det ikke behov for å ta inn noe forbehold i bestemmelsen".¹¹⁵

Det kan være nærliggende å tolke forarbeidene slik at det ikke oppstilles noe forsvarlighetskrav ved varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter jfr. uttrykket *ikke behov for å ta inn noe forbehold i bestemmelsen*. Det kan også her være nærliggende å anta at arbeidsgiver ikke vil nå frem med en påstand om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke var forsvarlig. Dette trekker i retning av at det ikke foreligger noe forsvarlighetskrav ved varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. Arbeidstakers varsling i disse tilfellene vil uansett være rettmessig.

Av dette kan det utledes at det foreligger et forsvarlighetskrav ved varsling til offentligheten og ved intern varsling som ikke er i samsvar med varslingsplikt eller

¹¹⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

virksomhetens rutiner for varsling. Ved intern varsling i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling og ved varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter kan det derimot være nærliggende å anta at det ikke stilles krav til at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig.

3.4 Hvem er forsvarlighetskravet rettet mot?

Når det gjelder spørsmålet om hvem det er som skal opptre forsvarlig så fremkommer dette av ordlyden i aml. § 2-4 andre ledd; forsvarlighetskravet er rettet mot ”arbeidstaker”.

Begrepet arbeidstaker omfatter ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste” jfr. aml. § 1-8 (1). Av ordlyden fremgår det at bestemmelsen kun omfatter arbeidstakere som på nåværende tidspunkt utfører arbeid i en annens tjeneste. I forlengelsen av dette kan det spørres hvilke regler som gjelder for arbeidstakere som har avsluttet sitt arbeidsforhold. Gjelder det noen begrensninger i deres rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten hvor de tidligere arbeidet? Arbeidsgiver kan ha behov for vern mot visse ytringer også etter at arbeidsforholdet er avsluttet.

Arbeidsgiver har ikke adgang til å innskrenke arbeidstakers rett til å varsle etter aml. § 2-4 ved avtale eller instruks jfr. aml. § 1-9 som fastslår at loven er ufravikelig. Forhold som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt kan imidlertid innebære en begrensning i arbeidstakers varslerrett selv om arbeidsforholdet har opphørt.

Også straffeloven¹¹⁶ § 294 setter en begrensning. Det følger av denne bestemmelsen at det er straffbart å gjøre bruk av eller åpenbare for andre forretnings- eller driftshemmeligheter, så lenge det ikke er gått to år fra fratredelsen.

Videre kan lojalitetsplikten innebære en begrensning. Det fremgår av juridisk teori at lojalitetsplikten gjelder i oppsigelsestiden og også i en viss utstrekning etter at arbeidsforholdet opphører.¹¹⁷ Jeg går ikke nærmere inn på dette.

¹¹⁶ Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22.mai 1902 nr.10

¹¹⁷ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten <http://www.arbeidsrett.no>

3.5 Hvem skal man opptre forsvarlig overfor?

Det kan spørres hvem arbeidstaker skal opptre forsvarlig overfor, samfunnet eller arbeidsgiver?

Som tidligere nevnt fremgår det av forarbeidene at arbeidstaker skal opptre forsvarlig overfor arbeidsgivers og virksomhetens interesser.

Hva da med samfunnet? Er det forsvarlig at en arbeidstaker er klar over at det foreligger et kritikkverdig forhold i virksomheten uten å gjøre noe for å rette opp i dette? For samfunnet er det viktig at det varsles slik at ulovlige og uetiske forhold avdekkes og opphører.

Samfunnets interesser er imidlertid ivaretatt ved de øvrige varslingsreglene, først og fremst aml. § 2-4 (1) som lovfester arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.

3.6 Hvilken betydning har arbeidstakers stilling for forsvarlighetskravet.

Mange arbeidstakere vil i kraft av sin stilling få tilgang til informasjon om virksomheten som ikke er tilgjengelig for andre. Derfor står som regel arbeidstakere nærmest til å varsle hvis det foreligger kritikkverdige forhold i en virksomhet.

Dette gjør også at arbeidstakere er verdifulle i den offentlige debatt og i forhold til allmennhetens mulighet til å få informasjon om hva som foregår i virksomheten. I forarbeidene legges det særlig vekt på at offentlige ansatte kan være viktige bidragsytere til å bedre kontrollen med offentlige ytelser og ressursbruk.¹¹⁸ I tillegg legges det stor vekt på varslingsreglene som virkemiddel for å avdekke økonomisk kriminalitet.¹¹⁹

Det kan spørres om det er forhold på arbeidstakers side som har betydning for hvorvidt varslingsreglene anses å være forsvarlig, for eksempel hva slag stilling vedkommende har i virksomheten. Er det et moment om arbeidstaker har en ledende stilling? Stilles det andre krav til at fremgangsmåten til en arbeidstaker i en ledende stilling kan sies å være forsvarlig?

¹¹⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.33

¹¹⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.33

Arbeidstakers stilling eller posisjon var et moment som ble tillagt vekt etter de ulovfestede reglene ved avveien hvorvidt en ytring var å anse som lojal eller ikke. I en avgjørelse fra Sivilombudsmannen ble det uttalt at "[f]or øvrig vil de regler og instruksjoner som er gitt for vedkommende stilling og stillingens plass i forvaltningsorganisasjonen ha betydning for det nærmere innholdet av lojalitetsplikten".¹²⁰

Etter lojalitetsplikten ble det stilt strengere krav til arbeidstakere i overordnede eller ledende stillinger enn til arbeidstakere i mer underordnede stillinger.

Dette momentet kommer også i betraktning etter dagens regler. Jo mer ledende stilling den som uttaler seg har, jo lettere oppnår vedkommende gehør for sine uttalelser og det må dermed stilles strengere lojalitetskrav.¹²¹

Arbeidstakere i en høy stilling kan lettere få tilgang til informasjon enn arbeidstakere som ikke har så høy stilling i virksomheten, herunder vil arbeidstakere i en høy stilling ofte kunne bli betrodd mer sensitiv informasjon enn andre ansatte. Dette kan tale for at det stilles strengere krav til at fremgangsmåten til arbeidstakere i ledende stillinger kan sies å være forsvarlig. Er arbeidstakeren i en slik stilling at vedkommende identifiseres med virksomheten er det også nærliggende å anta at det stilles strengere krav til at vedkommendes fremgangsmåte enn til andre ansatte.

I denne sammenheng kan nevnes Fougner – utvalgets rapport hvor det uttales at Ingunn Yssen i kraft av sin stilling som Internasjonal sekretær i LO må anses for å ha en skjerpet lojalitetsplikt. Dette har sammenheng både med stillingens art og ytringens skadepotensiale.¹²²

Mange arbeidstakere i ledende stillinger vil lettere kunne få tilgang til informasjon som kan ha stor allmenn interesse enn arbeidstakere i mer underordnede stillinger. Hensynet til at samfunnet er så godt opplyst som mulig slik at kritikkverdige forhold kan avdekkes og

¹²⁰ Somb-2002-1 (2002 s 66) Saken gjaldt utenriksstjenestemanns adgang til å ytre seg i den offentlige debatt

¹²¹ NOU2004-5 s.445

¹²² "Rapport om Yssen, Valla og LO" s.176 Utarbeidet av Jan Fougner, Nils Erik Lie og Kristin Normann
http://pub.tv2.no/multimedia/na/archive/00305/Les_hele_Fougner-ra_305032a.pdf

opphøre taler for at det i disse tilfellene ikke stilles strenge krav til arbeidstakers fremgangsmåte.

Noen arbeidstakere har en rolle som gjør at det forventes at de ytrer seg om kritikkverdige forhold, for eksempel tillitsvalgte. De vil også ha en lojalitetsplikt overfor andre ansatte som må ivaretas. På denne bakgrunn kan være nærliggende å anta at det ikke stilles like strenge lojalitetskrav til arbeidstakere i slike posisjoner som til andre ansatte.

I forarbeidene er det vist til momentet arbeidstakers stilling i forbindelse med varsling til offentligheten og kravet om at ytringen skal bygge på et forsvarlig grunnlag. Her heter det at "[h]vor streng aktsomhet som kreves bør avhenge blant annet av arbeidstakerens stilling og faglige kompetanse..."¹²³

Arbeidstakers stilling vil etter dette få betydning for hvor strengt arbeidstakers fremgangsmåte skal vurderes. Ved forsvarlighetsvurderingen er det nærliggende å anta at det stilles strengere krav til fremgangsmåten til arbeidstakere som har en høy stilling i virksomheten enn til arbeidstakere som har en mer underordnet posisjon. Det kan imidlertid være nærliggende å anta at forsvarlighetskravet ikke vurderes like strengt når det gjelder tillitsvalgte eller andre ansatte i virksomheten som har en rolle som gjør at det forventes at de ytrer seg om kritikkverdige forhold.

3.7 Er *mistanke* om at det foreligger kritikkverdige forhold omfattet av aml. § 2-4?

Det kan spørres om hvilke muligheter den ansatte har til å varsle hvis vedkommende har en *mistanke* om at det foreligger kritikkverdige forhold i virksomheten. Er dette omfattet av bestemmelsen i aml. § 2-4? Og hvis ikke, hvilke regler er det i tilfellet som gjelder her?

Det fremgår som nevnt av forarbeidene at det kreves at arbeidstaker må være i aktsom god tro om riktigheten av opplysningene som fremsettes for at varslingen skal være forsvarlig.

¹²³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

Etter dette kan det synes som om mistanke om at det foreligger et kritikkverdig forhold i virksomheten ikke er omfattet av bestemmelsen.

For det tilfellet at en mistanke om et kritikkverdig forhold ikke er omfattet av aml. § 2-4 må det ses hen til lojalitetsplikten. Den setter en begrensning for hvilke kritikkverdige forhold arbeidstaker kan ytre seg om. Ytrer arbeidstaker seg om en mistanke som kun baserer seg på løse rykter er det mer tvilsomt om dettes anses for å være lojalt, enn om arbeidstaker ytrer seg om en mer berettiget mistanke. Her kan det spørres om det gjelder en undersøkelsesplikt for arbeidstaker, eventuelt hvor langt denne i så fall går.

Her vil det også være nærliggende å anta at det har betydning hvem arbeidstaker varsler til. Hvis det bare er tale om en mistanke om at det foreligger et kritikkverdig forhold kan det tale for at det som utgangspunkt bør være adgang til å varsle internt, eventuelt unntaksvis også til offentlige myndigheter, men muligens ikke til offentligheten. Å varsle offentligheten i et slikt tilfelle vil kunne føre til stor skade for bedriften. Formålet med varslingen bør i første omgang være å få bekreftet eller avkreftet mistanken noe som taler for at forholdet først tas opp internt, eventuelt til offentlige myndigheter hvis arbeidstaker finner det uhensiktsmessig å ta forholdet opp internt.

Jeg går ikke nærmere inn på dette.

4 Effekten av forsvarlighetskravet i aml. § 2-4 (2) første punktum ved varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten sett i forhold til de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene

I det følgende skal jeg undersøke effekten av forsvarlighetskravet ved varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten sett i forhold til de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene. Jeg skal først gjøre rede for hvilke hensyn som ligger bak varslingsreglene. Deretter ser jeg på effekten av forsvarlighetskravet, herunder i hvilken grad forsvarlighetskravet er egnet til å ivareta de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene.

4.1 Hensyn bak varslingsreglene

I forarbeidene gis det uttrykk for flere hensyn som tilsier at det er viktig at det varsles om kritikkverdige forhold. Det heter her at "[f]or samfunnet er det avgjørende at kritikkverdige forhold i virksomheter avdekkes og opphører".¹²⁴ At det varsles om kritikkverdige forhold i virksomheten kan bidra til at forhold som for eksempel korrupsjon, hvitvasking av penger, miljøkriminalitet, omsorgssvikt på institusjoner med mer, tar slutt.

Videre understrekes det i forarbeidene at det også vil kunne være i bedriftens interesse at kritikkverdige forhold avdekkes. I den forbindelse heter det at "[e]n sunn og åpen kommunikasjonskultur kan bidra til et godt arbeidsmiljø og en effektivisering av forvaltning og økonomi".¹²⁵

Det heter også at "...ytringsfriheten bør vernes ut fra offentlige interesser som demokratihensynet, hensynet til den offentlige debatt, behovet for kontroll med forvaltningen av offentlige ressurser med videre".¹²⁶

¹²⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.37

¹²⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.37

¹²⁶ Ot.prp.nr.44(2004-2005) s.132

På denne bakgrunn er det utformet regler som regulerer ansattes rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.

Det at spørsmålet om varsling har fått større aktualitet kan tale for at det bør lovfestes klarere og mer presise regler.¹²⁷ Det fremheves i forarbeidene at de nye reglene om varsling vil bidra til å styrke den reelle yringsfriheten i ansettelsesforhold.¹²⁸ Dette hensynet ble også fremhevet under møte i Odelstinget hvor saksordfører Dagfinn Sundsbø uttalte at ”Stortinget vil gjennom dagens behandling av tillegg i arbeidsmiljøloven styrke varslervernet”.¹²⁹

Et annet formål bak varslingsreglene er å legge forholdene til rette for at arbeidstakere skal melde fra om kritikkverdige forhold i virksomheten.¹³⁰

Et hovedformål med reglene i aml. § 2-4 er å signalisere at varsling er både lovlig og ønsket.¹³¹ Videre er det et formål ”...å gi partene større klarhet og forutberegnelighet enn i dag når det gjelder yringsfrihetens grenser”.¹³² I tillegg fremgår det av forarbeidene at lovteksten skal gi bedre informasjon om retten til å varsle enn det som følger av dagens ulovfestede regler.¹³³

Regelen om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig i aml. § 2-4 (2) første punktum skal være ”...en sikkerhetsventil som skal verne mot unødvendige skader på arbeidsgivers interesser”.¹³⁴ Forsvarlighetskravet skal ivareta arbeidsgivers og virksomhetens saklige og tungtveiende interesser som i særlige tilfeller ikke bør vike for hensynene bak yringsfriheten.¹³⁵

¹²⁷ NOU2004-5 s.450

¹²⁸ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.1

¹²⁹ Møte i Odelstinget 16.11.06 <http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>

¹³⁰ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.1

¹³¹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.7

¹³² Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.1

¹³³ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

¹³⁴ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.50

¹³⁵ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

Av dette kan det utledes at det er et overordnet formål bak varslingsreglene å ivareta arbeidstakers interesser ved først og fremst å styrke varslernes stilling. Forholdene skal legges bedre til rette for at arbeidstakere varsler om kritikkverdige forhold. Det er videre et formål med bestemmelsen i aml. § 2-4 å signalisere at varsling er lovlig og ønskelig, og å øke arbeidstakers forutberegnelighet omkring ytringsfrihetens grenser.

Kravet til at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig skal være en sikkerhetsventil som skal ivareta arbeidsgivers og virksomhetens interesser.

I det følgende skal jeg undersøke effekten av forsvarlighetskravet sett i forhold til de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene.

4.2 Begrepet forsvarlighet

Som nevnt fremgår det av aml. § 2-4 (2) første punktum at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være ”forsvarlig”. Begrepet forsvarlighet er imidlertid ikke presisert i loven, og det kan derfor være vanskelig for arbeidstaker å vite hva som nærmere ligger i dette begrepet. Det må antas at de færreste arbeidstakere setter seg ned og leser forarbeidene. Arbeidstakers forutsetninger for å vite hvilke krav som stilles til fremgangsmåten ved varsling antas dermed å være begrenset. Dette synes lite forenelig med formålet om å øke arbeidstakers forutberegnelighet når det gjelder ytringsfrihetens grenser. Det kan også spørres om forsvarlighetskravet er i tråd med formålet om at lovteksten skal gi bedre informasjon om retten til å varsle enn det som følger av dagens ulovfestede regler. At arbeidstaker har rett til å varsle kommer riktignok klart frem av aml. § 2-4 (1) men hvordan arbeidstaker skal gå frem ved varslingen er derimot mer uklart. Det er først og fremst ved varsling til offentligheten at det kan være vanskelig for arbeidstaker å vite hva som ligger i forsvarlighetskravet. Som nevnt er det her tre momenter som står sentralt ved vurderingen av om arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen har vært forsvarlig; om forholdet det varsles om bygger på et forsvarlig grunnlag, om intern varsling er forsøkt først og om forholdet har allmenn interesse.

Det fremkommer av forarbeidene at det ikke var ønskelig å lovfeste disse tre momentene fordi det da var "...fare for at hovedregelen om varsling underkommuniseres og ved at kravene feilaktig oppfattes som strenge og absolutte regler som setter for store begrensninger for retten til å varsle".¹³⁶ På den annen side understrekes det at de tre nevnte momentene skal være de mest sentrale i forhold til forsvarlighetskravet, og at det kun i unntakstilfeller vil være andre momenter som får avgjørende vekt.¹³⁷ Det heter i den forbindelse at "[e]n arbeidstaker som varsler offentlig vil for de fleste praktiske tilfeller kunne regne med å være på den trygge siden hvis disse vilkårene er oppfylt".¹³⁸ Samtidig fremgår det at "[d]et kan ikke utelukkes at det i konkrete tilfeller kan være andre momenter som bør tillegges vekt".¹³⁹

Hvorvidt arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling til offentligheten anses å være forsvarlig beror på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering men det fremgår av forarbeidene at de tre nevnte momentene forsvarlig fremgangsmåte, intern varsling og allmenn interesse skal tillegges særlig vekt.

Ved varsling til offentligheten må arbeidstaker først finne frem til disse momentene for så å finne ut det nærmere innholdet i dem. Dette synes å være lite i tråd med formålet bak varslingsreglene om å legge forholdene til rette for at arbeidstakere varsler om kritikkverdige forhold.

Særlig kan kravene til forsvarlig grunnlag og allmenn interesse fremstå som uklare for arbeidstaker.

4.2.1 Kravet om forsvarlig grunnlag

Kravet om at forholdet arbeidstaker varsler om må bygge på et forsvarlig grunnlag kan synes som et strengt krav. Hvor sikre bevis kreves det for at forholdet det varsles om kan sies å bygge på et forsvarlig grunnlag? I forarbeidene heter det at "...dersom arbeidstaker har gjort det han eller hun kan for å bringe riktige fakta på bordet, er dette

¹³⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

¹³⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

¹³⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.40

¹³⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.51

tilstrekkelig...”¹⁴⁰ Men ”[d]ersom det foreligger uriktigheter og arbeidstaker skjønnte eller burde skjønnt dette, taler det derimot for at handlemåten må anses uforsvarlig”.¹⁴¹ Kravet om at arbeidstaker må være i aktsom god tro om forholdet det varsles om stiller ekstra krav til at arbeidstaker undersøker at opplysningene som fremsettes er riktige. Kravet til forsvarlig grunnlag synes derfor å være lite egnet til å ivareta formålet om at forholdene skal legges til rette for at arbeidstaker skal varsle.

4.2.2 Kravet om allmenn interesse

Kravet om at forholdet det varsles om skal ha allmenn interesse kan også høres ut som et strengt krav. Her kan det imidlertid ses hen til kravet i aml. § 2-4 (1) om at det må foreligge et ”kritikkverdig forhold” for at arbeidstakers varsling skal være rettmessig. For arbeidstaker kan det høres ut som det må dreie seg om et svært alvorlig forhold for at det skal kunne sies å være kritikkverdig. Det er ikke gitt at for eksempel misnøye med arbeidsmiljøet er omfattet av begrepet kritikkverdig forhold. Kravet til allmenn interesse kan synes mindre strengt når det ses hen til kravet om at det må foreligge et kritikkverdig forhold.

Det nærmere innholdet i kravet til allmenn interesse kan imidlertid fremstå som usikkert for arbeidstaker. For mange kan det kanskje virke som om det må dreie seg om et alvorlig forhold som berører et stort antall mennesker for at det skal kunne sies å ha allmenn interesse. I forarbeidene fremgår det imidlertid at kravet til allmenn interesse ikke skal vurderes strengt og at det som faller utenfor er varsling om forhold som kun er av intern eller personlig interesse.¹⁴² Det er imidlertid ikke naturlig å forvente at arbeidstaker skal trekke en slik slutning uten å ha lest forarbeidene. Resultatet kan bli at mange arbeidstakere tror at kravet til allmenn interesse er strengere enn det egentlig er. Dette sender neppe et signal om at varsling er ønskelig og er således ikke i tråd med hensynet bak bestemmelsen. Usikkerheten omkring innholdet i kravet til allmenn interesse kan føre til at arbeidstakere lar være å varsle. Kravet til allmenn interesse kan dermed få en uønsket effekt.

¹⁴⁰ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

¹⁴¹ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

¹⁴² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.52

4.2.3 Sammenfatning

Kravet til at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig ivaretar arbeidsgivers interesser. Dette er i tråd med formålet bak forsvarlighetskravet. Kravet om forsvarlig grunnlag og allmenn interesse synes imidlertid lite forenelig med hensynene bak resten av varslingsreglene om å legge forholdene til rette for at arbeidstaker varsler og å styrke varslernes stilling.

I forarbeidene heter det at "[f]lertallet støtter Regjeringens forslag om at det lovfestes et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig, men vil samtidig understreke at en lovfesting av begrepet må forankres i premisser som ikke skaper usikkerhet om hvorvidt varsling av kritikkverdige forhold er beheftet med stor risiko for at arbeidsgiver kan bestride at varslingen er forsvarlig og at det i neste omgang åpner for sanksjoner mot varsleren".¹⁴³

Usikkerheten omkring hva som ligger i forsvarlighetskravet gjør imidlertid at arbeidstaker kan oppleve at det er stor risiko for at arbeidsgiver kan bestride at varslingen er forsvarlig. Hva arbeidstaker kan risikere hvis vedkommendes fremgangsmåte ved varslingen ikke anses å være forsvarlig gjør jeg rede for nedenfor i pkt. 4.3.

Usikkerheten knyttet til forsvarlighetskravet kan føre til at det oppstår en frykt hos arbeidstaker for at vedkommendes fremgangsmåte ved varslingen ikke blir ansett for å være forsvarlig, noe som kan føre til at mange arbeidstakere velger å *avstå* fra å varsle. Dette vil i så fall føre til at forsvarlighetskravet kan få en uønsket effekt. I forarbeidene gir komiteens mindretall uttrykk for dette ved at det her heter at de "...frykter at en så uklar lovformulering om et forsvarlighetskrav vil medføre at det i praksis ikke vil bli varslet om kritikkverdige forhold".¹⁴⁴

¹⁴³ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

¹⁴⁴ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

Etter dette synes forsvarlighetskravet å fremstå som uklart og upresist slik at varslingssituasjonen kan oppfattes som usikker og utrygg for arbeidstaker. Forsvarlighetskravet fremstår dermed som lite egnet til å ivareta de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene. Det kan også få en uønsket effekt ved at arbeidstaker avstår fra å varsle.

4.3 Terskelen for å varsle

Som jeg har gjort rede for i det foregående kan usikkerheten omkring hva som ligger i forsvarlighetskravet føre til at arbeidstaker avstår fra å varsle. Som en forlengelse av dette skal jeg i det følgende se nærmere på arbeidstakers terskel for å varsle, hvilken risiko det innebærer for arbeidstaker å ta på seg varslerrollen.

4.3.1 Psykisk påkjenning

Det å varsle om et kritikkverdig forhold på arbeidsplassen kan innebære en psykisk påkjenning. Det å skulle sette seg opp mot sin egen arbeidsgiver kan være en stor belastning. De fleste ønsker å komme godt overens med arbeidsgiver, og ikke skape konflikter og bråk. Dette kan føre til at arbeidstakere lar være å varsle.

Som eksempel på at varsling kan være en stor psykisk påkjenning kan nevnes den såkalte Siemens saken. Her stod Per Yngve Monsen frem og varslet offentligheten om kritikkverdige forhold i virksomheten. Han fant feil i bedriftens regnskap som han gjentatte ganger prøvde å varsle om internt før han gikk ut og varslet media. Som en følge av varslingen ble Per Yngve Monsen oppsagt. Han gikk da til sak mot bedriften og hevdet at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet. Dette fikk han fullt medhold i fra retten. I dommen ble det lagt til grunn at oppsigelsen var en gjengjeldelsesaksjon som strider mot norsk rett. Det heter i dommen at det må "...vektlegges at A som følge av dette har vært utsatt for sterkt menneskelig press".¹⁴⁵ Han ble sykemeldt i ett år som følge av påkjenningen det hadde vært å stå frem. Den psykiske påkjenningen det kan innebære å varsle kan dermed oppleves som en terskel som hindrer arbeidstaker i å varsle.

¹⁴⁵ TOSLO-2004-99016

4.3.2 Negative reaksjoner fra samfunnet

En arbeidstaker som varsler risikerer også reaksjoner fra samfunnet for øvrig. Det kan synes som om begrepet ”varsler” av mange betraktes som et negativt ladet ord, og at de ser på varslere som noe negativt; at de er ”sladrehanke” eller ”tystere”. Arbeidstakere som varsler kan dermed risikere å bli utsatt for negativ omtale av andre, herunder også andre kolleger. I verste fall kan dette føre til mobbing på arbeidsplassen og at de blir frosset ut fra de andre kollegaene, noe som igjen kan føre til et dårlig arbeidsmiljø.

Å varsle kan også få konsekvenser i forhold til eventuelle fremtidige arbeidsgivere, i form av at disse vil kunne betrakte arbeidstakeren som upålitelig og illojal og dermed ikke ønske å ansette vedkommende. Arbeidstaker som varsler kan dermed også oppleve at det å få seg ny jobb blir problematisk som følge av varslingen.

Dette er momenter som understreker at terskelen for å varsle i dag allerede er høy. Ved at det nå er oppstilt et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig kan det spørres om denne terskelen er blitt enda høyere.

4.3.3 Handle i strid med loven

Hvis arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke blir ansett for å være forsvarlig risikerer arbeidstaker å handle i strid med loven. Det antas at de aller fleste arbeidstakere har et ønske om å være lovlydige borgere. Usikkerheten omkring innholdet i forsvarlighetskravet kan føre til at arbeidstaker lar være å varsle i frykt for å handle i strid med loven. Forsvarlighetskravet kan få dermed en uønsket effekt.

4.3.4 Gjengjeldelse fra arbeidsgiver

Arbeidstaker risikerer også gjengjeldelse fra arbeidsgiver hvis vedkommendes fremgangsmåte ved varslingen ikke anses å være forsvarlig. Aml. § 2-5 skal riktignok verne arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver. Men denne bestemmelsen omfatter bare arbeidstakere som har varslet i samsvar med aml. § 2-4. Hvis en arbeidstaker for eksempel har varslet til offentligheten og

vedkommendes fremgangsmåte ikke anses å være forsvarlig, er arbeidstakeren altså ikke vernet mot gjengjeldelser fra arbeidsgiver. I en slik situasjon er det nærliggende å anta at vedkommende arbeidstaker vil miste jobben. Det å miste jobben vil for de fleste være en svært alvorlig konsekvens. Det er her tale om en risiko for arbeidstaker til å miste levebrødet sitt. I tillegg til det å tjene til livets opphold betyr jobben for mange mye mer. Muligheten til å fylle hverdagen med noe innholdsrikt, ha et fast sted å gå til hver dag, det å føle seg nyttig og å få utviklet evnene sine, samt det sosiale aspektet er momenter som for mange er svært viktig.

Å risikere å miste jobben hvis arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke anses å være forsvarlig vil dermed kunne oppfattes som en terskel som hindrer arbeidstaker i å varsle. Dette synes ikke å være i tråd med formålet om å legge til rette for at arbeidstakere varsler.

I denne sammenheng kan også nevnes at selv om arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen anses å være forsvarlig kan det tenkes at arbeidstaker likevel blir utsatt for sanksjoner fra arbeidsgiver. Dette kan skje først og fremst i form av uformelle sanksjoner ved at arbeidstaker for eksempel blir frosset ut, får tildelt annerledes arbeidsoppgaver eller får redusert karrieremuligheter. Slik gjengjeldelse er omfattet av § 2-5 men det kan være vanskelig for arbeidstaker å bevise slike uformelle sanksjoner.

4.3.5 Søksmål

Arbeidstaker som varsler risikerer også søksmål hvis arbeidsgiver mener at fremgangsmåten ved varslingen ikke var forsvarlig. Det å bli saksøkt er i seg selv er en belastning i form av at det er en psykisk påkjenning. I tillegg er det en prosess som er svært tidkrevende. Å bli saksøkt kan også få store økonomiske konsekvenser for arbeidstaker. Hvis retten kommer frem til at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke var forsvarlig risikerer arbeidstaker å måtte betale saksomkostninger, ikke bare sine egne men også arbeidsgivers saksomkostninger. Dette dreier seg ofte om svært høye beløp og kan dermed resultere i så stor sum at arbeidstakeren vil ha problemer med å betale. Risikoen for å bli utsatt for et søksmål er noe de færreste vil utsette seg for. Dermed kan effekten bli at arbeidstaker lar være å varsle i frykt for søksmål hvis arbeidsgiver mener at fremgangsmåten ved varslingen var ikke forsvarlig.

4.3.6 Sammenfatning

Det at varsling kan være en psykisk belastning og at det kan innebære negative reaksjoner fra samfunnet for øvrig, herunder potensielle fremtidige arbeidsgivere, er med å forsterke forsvarlighetskravet som en barriere.

Hvis arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke anses å være forsvarlig risikerer arbeidstaker ytterligere konsekvenser, nemlig å handle i strid med loven, gjengjeldelser fra arbeidsgiver og søksmål. Dette synes ikke å være i tråd med hensynene bak varslingsreglene om å styrke varslernes stilling og å legge forholdene til rette for at arbeidstaker varsler. Dermed synes forsvarlighetskravet heller ikke egnet til å ivareta hensynet om å sende et signal om at varsling er ønskelig, snarere tvert i mot.

Kravet til at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig kan etter dette oppleves som en terskel som hindrer arbeidstaker i å varsle. Forsvarlighetskravet kan dermed få en uønsket effekt.

4.4 Fokus på arbeidstaker

En annen effekt av forsvarlighetskravet er at fokuset i stor grad blir satt på arbeidstaker og hvordan arbeidstaker har opptrådt ved varslingen i stedet for det kritikkverdige forhold det varsles om.

Professor Henning Jakhelln har i denne forbindelse uttalt at "[s]lik forsvarlighetskravet er angitt i proposisjonens premisser, legges det opp til en vurdering av *varslernes* forhold. Spørsmålet vil uvergelig bli om varsleren har opptrådt forsvarlig. Ved vurderingen av varslernes forhold skal *virksomhetens* forhold bare være et moment. Dermed dreies spørsmålet bort fra en vurdering av virksomhetens kritikkverdige forhold, og over til et spørsmål om *varsleren* har opptrådt kritikkverdig".¹⁴⁶

¹⁴⁶ Brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomiteén 21. september 2006 s.1

Også Transparency International Norge har gitt uttrykk for at forsvarlighetskravet innebærer at fokus blir flyttet fra det forhold det varsles om, til hvordan varsleren har opptrådt.¹⁴⁷ Det samme har Kari E. Breirem.¹⁴⁸

At fokuset er satt på arbeidstakers fremgangsmåte i stedet for det kritikkverdige forhold det varsles om, synes lite egnet til å ivareta hensynet om å sende et signal om at varsling er ønskelig. Det kan heller ikke sies å være med på å styrke varslernes stilling.

Kritikken av at fokuset er satt på arbeidstaker i stedet for det kritikkverdige forhold det varsles om blir kommentert i forarbeidene. Det heter her at "[e]tter departementets vurdering er det imidlertid ikke til å unngå at regelen sier noe om hvordan arbeidstakeren skal forholde seg når kritikkverdige forhold avdekkes og det er behov for å varsle. Det er jo ikke det at arbeidstakeren sier i fra som kan være problematisk, med måten det skjer på".¹⁴⁹ I innstillingen fra arbeids- og sosialkomiteen fremgår det imidlertid at komiteens mindretall ser det "...som svært betenkelig at denne lovformuleringen dreier fokuset bort fra virksomhetens kritikkverdige forhold og over til spørsmålet om varsleren har opptrådt kritikkverdig i måten det varsles på".¹⁵⁰

Forsvarlighetskravet innebærer at det foretas en subjektiv vurdering av varslersens forhold. Dette synes ikke å være i tråd med at forholdene skal legges til rette for at arbeidstaker varsler. Professor Henning Jakhelln har om dette uttalt at "[e]n slik omfattende og nyansert juridisk bedømmelse av varslersens forhold – og som i praksis vil finne sted i ettertid – er ikke egnet til å legge forholdene til rette for varsling, og dermed fremme selve formålet med varsling – at det er så viktig at det blir sagt i fra, og sagt i fra i tide..."¹⁵¹

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.35

¹⁴⁸ Høringsuttalelse fra Kari E. Breirem 22.mars 2006 s.3

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.39

¹⁵⁰ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

¹⁵¹ Brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomiteén 21.september 2006 s.2

Mange arbeidstakere vil vegre seg for å varsle nettopp fordi de risikerer at fremgangsmåten ved varslingen ikke anses å være forsvarlig. Det kan virke urimelig at en arbeidstaker som har oppdaget et kritikkverdige forhold i bedriften og varsler om dette, skal bli utsatt for en granskning av sin fremgangsmåte ved varslingen og risikere at den ikke er i samsvar med lovens krav. Når fokuset er satt på arbeidstakers fremgangsmåte i stedet for det kritikkverdige forhold det varsles om kan det synes som om hensynet til at arbeidsgiver og virksomhetens interesser veier tyngre enn hensynet til at kritikkverdige forhold avdekkes og opphører. At fokuset er på arbeidstakers fremgangsmåte og ikke på det kritikkverdige forhold har blitt uttrykt slik at man tar spilleren, ikke ballen.¹⁵²

4.4.1 Forholdet mellom begrepene "lojal" og "forsvarlig"

I forlengelsen av at forsvarlighetskravet setter fokus på arbeidstaker i stedet for det kritikkverdige forhold det varsles om, kan det ses hen til debatten omkring det opprinnelige forslaget om at arbeidstaker skulle varsle på en "lojal måte". Dette forslaget ble kritisert og i stedet ble det vedtatt at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen må være "forsvarlig".

Det kan imidlertid synes som om kravet til lojal måte og kravet til forsvarlig fremgangsmåte i stor grad er sammenfallende.

I forarbeidene heter det at "...når forsvarligheten av en varsling vurderes, må hensynet til helse, miljø og sikkerhet i virksomheten, til bruker/mottakere av virksomhetens tjenester og til samfunnets interesser av at varsling finner sted, gis større vekt enn hensynet til virksomhetens interne interesser".¹⁵³ Det gis uttrykk for at ved å ramme inn forsvarlighetskravet på denne måten vil kravet til forsvarlighet ikke sammenfalle med kravet til lojalitet.¹⁵⁴

¹⁵² Se bla. brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen 21.september 2006 s.1 og høringsuttalelsen fra Transparency International Norge 23.mars 2006 pkt.D.II

¹⁵³ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt. 2.5

¹⁵⁴ Uttalt av saksordfører Dagfinn Sundsbø under møte i Odelstinget 16.11.06

<http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>

Professor Henning Jakhelln er imidlertid av en annen oppfatning. I et brev til Arbeids- og sosialkomiteén heter det at "[d]et tilføyes at det nu foreslåtte krav om at arbeidstakers "fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig" i realiteten er praktisk talt identisk med kravet om at varslingen skal skje "på en lojal måte."¹⁵⁵

Også Eva Joly har uttalt at forsvarlig varsling kan bli gitt tilnærmet samme betydning som kravet til lojal varsling.¹⁵⁶

På denne bakgrunn kan begrepet lojal synes å sammenfalle med begrepet forsvarlig.

Hensynene for å fjerne kravet til lojal måte kan dermed også tale for å fjerne kravet til forsvarlig fremgangsmåte.

Kritikken av lojalitetskravet gikk ut på at det i praksis lett kunne bli slik at den arbeidstaker som varslet om et kritikkverdig forhold ville bli utsatt for spørsmål om vedkommende hadde opptrådt tilstrekkelig lojalt.¹⁵⁷ Denne kritikken kan imidlertid også rettes mot kravet til at arbeidstakers fremgangsmåte skal være forsvarlig, jfr. det jeg tidligere har skrevet om fokus på arbeidstaker.

Dagfinn Sundsbø uttalte i et møte i Odelstinget at begrunnelsen for at uttrykket "lojal" ble fjernet var at "...kravet til å opptre lojalt kan forstås som at hensynet til arbeidsgivers interesser skal telle mer enn hensynet til ofrene for de kritikkverdige forhold det varsles om".¹⁵⁸ Også kravet til forsvarlighet kan forstås på denne måten og disse hensynene kan dermed også tale for å fjerne kravet til forsvarlighet.

Det at forsvarlighetskravet har vært politisk omstridt kan også tale for at et slikt krav ikke er en egnet måte å begrense arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold.

¹⁵⁵ Brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomiteén 21.september 2006 s.2

¹⁵⁶ Henvist til denne uttalelsen av Dagfinn Sundsbø under møte i Odelstinget 16.11.06
<http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>

¹⁵⁷ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 2-4 av Henning Jakhelln, www.arbeidsrett.no

¹⁵⁸ Uttalt av saksordfører Dagfinn Sundsbø under møte i Odelstinget 16.11.06
<http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>

En effekt av forsvarlighetskravet er at fokuset dreies fra det kritikkverdige forhold det varsles om og til arbeidstaker, noe som innebærer en granskning av arbeidstakers opptreden. Dette synes ikke å legge forholdene til rette for at arbeidstaker varsler og er heller ikke med på å styrke varslernes stilling. Forsvarlighetskravet fremstår dermed ikke som særlig egnet til å ivareta de hensynene som ligger til grunn for varslingsreglene.

4.5 Konklusjon

Forsvarlighetskravet ivaretar arbeidsgivers interesser og er dermed som nevnt i tråd med hensynet bak forsvarlighetskravet som er å ivareta arbeidsgivers og virksomhetens saklige og tungtveiende interesser.

Forsvarlighetskravet synes derimot ikke å være egnet til å ivareta de andre hensynene bak varslingsreglene.

Her kan det imidlertid ses hen til resten av varslerbestemmelsene.

Et formål med varslingsreglene er å legge forholdene til rette for at arbeidstaker varsler. Regelen i aml. § 3-6 om at arbeidsgiver har en plikt til å legge forholdene til rette for varsling kan synes å ivareta dette formålet langt på vei. Her må det imidlertid ses hen til at det i hovedsak er ved intern varsling arbeidsgiver legger forholdene til rette for varsling, ikke ved ekstern varsling.

Det at varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter og intern varsling i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling alltid er rettmessig, jfr. aml. § 2-4 (2) andre og tredje punktum, er med på ivareta formålet om å styrke varslernes stilling. Ved varsling til offentligheten må det imidlertid ses hen til forsvarlighetskravet og som nevnt synes dette ikke å være egnet til å ivareta formålet om å styrke varslernes stilling.

Regelen i aml. § 2-4 (3) om at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke har skjedd i samsvar med rammene etter aml. § 2-4, kan derimot sies å styrke varslernes stilling. Denne bestemmelsen er også med på å utforme

et reelt vern for varslere.¹⁵⁹ Også bestemmelsen i aml. § 2-5 som verner arbeidstaker mot gjengjeldelse er med på å styrke varslernes stilling. Regler om bevisbyrde og gjengjeldelse forutsetter imidlertid at arbeidstaker varsler. Disse reglene vil ikke ha stor betydning hvis kravet til at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig gjør at arbeidstaker velger å *avstå* fra å varsle.

Forsvarlighetskravet synes å være lite egnet til å ivareta de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene. Usikkerheten omkring innholdet i forsvarlighetskravet kan nettopp føre til at arbeidstaker velger å *avstå* fra å varsle. Hvis arbeidstakers fremgangsmåte ikke anses å være forsvarlig risikerer arbeidstaker å handle i strid med loven, gjengjeldelse fra arbeidsgiver og søksmål. Forsvarlighetskravet kan dermed føre til at terskelen for å varsle blir så høy at arbeidstaker velger å la være å varsle. Forsvarlighetskravet får dermed en uønsket effekt. En annen effekt av forsvarlighetskravet er at fokuset er satt på arbeidstaker i stedet for det kritikkverdige forhold det varsles om.

¹⁵⁹ Brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen 21.september 2006 s.6

5 Hvordan bør rettstilstanden være?

I det forrige punktet i oppgaven så jeg på hvilken effekt forsvarlighetskravet har sett i forhold til de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene. Jeg kom frem til at forsvarlighetskravet synes å være lite egnet til å fremme disse hensynene og dermed kan få en uønsket effekt. På denne bakgrunn skal jeg i det følgende drøfte hvordan rettstilstanden bør se ut.

Jeg skal først se på behovet for å lovfeste en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Videre skal jeg vurdere en mulig utforming til en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle. Til slutt skal jeg vurdere om det bør oppstilles regler i forhold til anonymitet som ledd i å effektivisere de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene.

5.1 Behovet for å lovfeste en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten

Som et ledd i hvordan rettstilstanden bør være skal jeg i det følgende se nærmere på behovet å lovfeste en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Det kan i denne sammenheng spørres om det er fare for at retten til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten vil bli misbrukt.

Som utgangspunkt antas at de fleste arbeidstakere ønsker å ha et godt forhold til arbeidsgiveren sin. Dette er ofte en person man skal jobbe mye sammen med, og som bestemmer hva man skal få i lønn og hvilke arbeidsoppgaver man skal få. Det er også mange som tenker på eventuelle forfremmelser og av den grunn ønsker å ha et godt forhold til arbeidsgiver. På denne bakgrunn antas at de fleste arbeidstakere ønsker å være lojale mot sin arbeidsgiver og at de derfor vil vegre seg for å si noe som kan skade arbeidsgivers eller virksomhetens interesser unødige. Som jeg har gjort rede for tidligere kan varsling innebære

en psykisk belastning for arbeidstaker og vedkommende kan bli møtte med negative reaksjoner fra samfunnet, også fra eventuelle fremtidige arbeidsgivere. Dette er momenter som kan hindre arbeidstaker i å varsle. Eva Joly har uttalt at terskelen for å varsle i dag allerede er høy.¹⁶⁰

Kravet til forsvarlig fremgangsmåte gir uttrykk for et ønske om å forebygge at norske arbeidstakere skal bruke varslervernet til bevisst å undergrave sin arbeidsplass og arbeidsgiver med feilaktige anklager.¹⁶¹ En undersøkelse foretatt av FAFO viser imidlertid at norske arbeidstakere i veldig stor grad er lojale og opptatt av interessene til sin arbeidsgiver slik at varsling til allmennheten som hovedregel er unntaket og at intern varsling som regel alltid er forsøkt først.¹⁶²

Dette trekker i retning av at varslingsretten ikke vil bli misbrukt.

I denne sammenheng kan også nevnes en diskusjon som fant sted da arbeidsmiljøloven av 1977 ble vedtatt, angående adgangen for verneombud til å stanse en virksomhet dersom verneombudet mente det var fare for liv eller helse, og faren ikke kunne avverges på annen måte. Eventuell skade som virksomheten ble påført i den anledning var verneombudet ikke erstatningsansvarlig overfor. Bestemmelsen, aml. av 1977 § 27, ble vedtatt etter sterkt politisk strid hvor faren for misbruk av stansingsretten ble fremhevet.¹⁶³ Noe misbruk av denne stansingsretten har imidlertid ikke funnet sted, i alle fall ikke i nevneverdig utstrekning, og professor Henning Jakhelln har uttalt at det er liten grunn til å tro at forholdet vil bli annerledes når det gjelder varslerbestemmelsen.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Henvist til denne uttalelsen av Kenneth Svendsen under møte i Odelstinget 16.11.06

<http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>

¹⁶¹ Arbeidsgruppens rapport "Ansattes yringsfrihet" pkt.5.1

¹⁶² Arbeidsgruppens rapport "Ansattes yringsfrihet" pkt.5.1

¹⁶³ Brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen 21.september 2006 s.8

¹⁶⁴ Brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen 21.september 2006 s.8

Selv om det etter dette antas at varslingsretten ikke vil bli misbrukt, taler hensynet til at arbeidsgivers og virksomhetens interesser ikke blir skadet unødig for at det likevel oppstilles en begrensning i arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Både flertallet og mindretallet mente at det bør oppstilles en begrensning, jfr. forarbeidene hvor det heter at "[F]lertallet viser til at en samlet komité ser behov for noen kjøreregler som skal gjelde mellom arbeidsgiver og arbeidstaker når kritikkverdige forhold i virksomheten avdekkes".¹⁶⁵ Også flertallet av høringsinstansene, herunder arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene, ga uttrykk for at det bør gjelde visse begrensninger i arbeidstakers rett til å varsle.¹⁶⁶

Spørsmålet blir dermed hvilken *utforming* en slik begrensning skal ha. I det følgende skal jeg se nærmere på forslag til utforming av en begrensning i arbeidstakers varslerrett.

5.2 Forslag til utforming av en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten

Som jeg har gjort rede for tidligere i oppgaven synes ikke forsvarlighetskravet å være egnet til å ivareta de hensyn som ligger bak varslingsreglene og det kan dermed få en uønsket effekt. I det følgende skal jeg vurdere forslag til en annen utforming av en begrensning i arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten som kan være bedre egnet til å ivareta disse hensynene.

Det er vanskelig å utforme en konkret regel på dette området. Dette understrekes i forarbeidene hvor det heter at "[d]et er nødvendig med en generelt utformet lovtekst hvis det skal tas høyde for det vell av ulike virksomheter, bedrifter og situasjoner som regelen skal gjelde for".¹⁶⁷

Forsvarlighetskravet legger imidlertid opp til en subjektiv vurdering av arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen. En bestemmelse som objektivt angir begrensningene i

¹⁶⁵ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

¹⁶⁶ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.38

¹⁶⁷ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.39

arbeidstakers rett til å varsle synes derimot bedre egnet til å ivareta hensynene bak varslingsreglene. I et brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen heter det at "[f]or å gjøre varslernes rettsvern så reelt som mulig, bør bestemmelsen derfor utformes slik at begrensningene i varslingsretten i størst mulig grad blir angitt objektivt, og med minst mulig innslag av subjektivitet. Det er derfor min oppfatning at bestemmelsen bør angi de materielle begrensninger for retten til å varsle så presist som mulig".¹⁶⁸ En begrensning som er klart og objektivt angitt gjør det enklere for arbeidstaker å forutberegne sin stilling og gjør det dermed tryggere å varsle.

Som nevnt har forsvarlighetskravet vært politisk omstridt. Mindretallet kom med et annet forslag til å begrense arbeidstakers adgang til å varsle om kritikkverdige forhold. Forslagets første ledd gikk ut på å lovfeste en rett for arbeidstaker til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold. Dette går jeg ikke nærmere inn på. Forslagets andre ledd gikk ut på at varsling likevel ikke kan skje i skadehensikt, og arbeidstaker må ikke urettmessig røpe bedriftshemmeligheter, forretningsforhold av vesentlig konkurransemessig betydning, eller forhold som omfattes av lovbestemt taushetsplikt. Arbeidstaker skal først ha varslet internt, med mindre forholdene for arbeidstaker har fremstått slik at intern varsling ikke vil ha noen hensikt.¹⁶⁹

Transparency International Norge stiller seg bak dette forslaget.¹⁷⁰

En slik utforming av en begrensning i arbeidstakers varslerrett fremstår som mer presis enn et forsvarlighetskrav. Det er også med på å legge forholdene bedre til rette for at arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold.¹⁷¹

Samtidig vil den ivareta hensynene som ligger til grunn for å oppstille en begrensning i arbeidstakers varslerrett, nemlig hensynet til arbeidstakers og virksomhetens interesser.

¹⁶⁸ Brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen 21.september 2006 s.3

¹⁶⁹ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5 jfr. brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen 21.september 2006 s.3

¹⁷⁰ Høringsuttalelse fra Transparency International Norge 23.mars 2006 pkt.D.1

¹⁷¹ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

Flertallets argument mot at begrensningen utformes på en slik måte var først og fremst at ordene ”skadehensikt” og ”urettmessig” kunne fremstå som uklare for arbeidstaker.

Begrepet forsvarlighet synes imidlertid å fremstå som enda mer uklart.

Som nevnt er det et formål bak varslingsreglene å styrke varslernes stilling og å legge forholdene til rette for at arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold. Når det skal inntas en begrensning i arbeidstakers rett til å varsle er det derfor viktig at det ses hen til hvordan en slik begrensning vil oppfattes av arbeidstaker. Som jeg tidligere har gjort rede for vil et krav om forsvarlighet fremstå som uklart og usikkert og lovteksten gir ingen nærmere anvisning på hvordan arbeidstaker skal gå frem for at fremgangsmåten kan sies å være forsvarlig.

En slik begrensning som mindretallet foreslo gir derimot mer konkrete og presise holdepunkter som kan gjøre det lettere for arbeidstaker å vite hvordan vedkommende skal gå frem ved varsling av kritikkverdige forhold.

Forsvarlighetskravet innebærer at det foretas en subjektiv vurdering av arbeidstakerens fremgangsmåte og setter som nevnt arbeidstaker i fokus i stedet for det kritikkverdige forhold det varsles om. Mindretallets begrensning legger derimot opp til en objektiv vurdering. Dermed legges forholdene bedre til rette for at arbeidstaker varsler.

På denne bakgrunn synes en slik begrensning som den mindretallet foreslo å være bedre egnet til å ivareta de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene.

5.3 Anonymitet

For å effektivisere de hensyn som ligger bak varslingsreglene kan det spørres om det burde vært oppstilt andre regler som kan styrke varslernes stilling. I det følgende skal jeg se nærmere på regler i forhold til anonymitet, herunder vurdere hvorvidt det bør oppstilles en regel som verner arbeidstaker mot at arbeidsgiver iverksetter undersøkelser for å finne ut hvem i virksomheten som har varslet.

Det fremgår av forarbeidene at § 2-4 ikke er til hinder for at arbeidstaker varsler anonymt.¹⁷²

En arbeidstaker har mulighet til å varsle anonymt ved at vedkommende for eksempel legger en anonym lapp i postkassen til lederen i virksomheten eller ta en anonym telefon til media. Hensyn som taler for anonym varsling er at det kan få flere arbeidstakere til å føle seg trygge på at de ikke vil bli utsatt for sanksjoner og dermed føre til at flere arbeidstakere varsler.

Hensyn som taler mot anonym varsling er at det da kan bli vanskeligere å undersøke saken nærmere. Det kan også føre til at det oppstår en angiverkultur. I tillegg kan det føre til at arbeidsgiver mistenker ansatte for å ha varslet selv om de ikke har gjort det.

Aml. § 18-2 regulerer Arbeidstilsynets plikt til å holde navnet til den som melder fra om ulovlige forhold i virksomheten hemmelig. Hensynet bak regelen er å legge forholdene bedre til rette for at arbeidstaker skal kunne informere Arbeidstilsynet om kritikkverdige arbeidsmiljøforhold uten fare for gjengjeldelse.¹⁷³

Det kan også være aktuelt å varsle til andre tilsyn, og det fremkommer av forarbeidene at i slike tilfeller bør de samme krav til behandling av anonyme varslere som gjelder for Arbeidstilsynet også gjelde for andre tilsyn.¹⁷⁴

Selv om arbeidstaker etter dette har mulighet til å varsle anonymt kan det likevel hende at arbeidstaker unnlater å varsle av frykt for at arbeidsgiver skal iverksette etterforskning for å finne ut identiteten til den som varslet.

I den forbindelse kan det spørres om arbeidsgivers forbud mot gjengjeldelse etter aml. § 2-5 også omfatter arbeidsgivers etterforskning av hvem som står bak en anonym varsling.

Under debatten i Odelstinget uttalte Lise Christoffersen at "...den som i henhold til § 2-4 har valgt å være anonym, er beskyttet av bestemmelsen i § 2-5 mot en arbeidsgiver som eventuelt skulle begynne å iverksette granskninger for å finne ut hvem den anonyme er".¹⁷⁵

¹⁷² Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

¹⁷³ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

¹⁷⁴ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt.2.5

I et brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet heter det imidlertid at ”[g]jengjeldelsesbegrepet vil formelt sett ikke omfatte etterforskning. Med gjengjeldelse menes formelle og uformelle negative reaksjoner som har karakterer av en slags straff/sanksjon. Etterforskning har i seg selv ikke en slik karakter. Men hvis arbeidsgiver finner ut hvem som har varslet og så reagerer mot varsleren med gjengjeldelse, vil etterforskningen indirekte være forbudt”.¹⁷⁶ Dette trekker i retning av at aml § 2-5 ikke omfatter arbeidsgivere som setter i gang en etterforskning for å finne ut hvem som varslet.

Hensynene bak varslingsreglene taler for å gjøre rammene rundt varslings situasjonen så trygge som mulig. En regel som verner arbeidstaker mot at arbeidsgiver iverksetter undersøkelser for å finne ut hvem i virksomheten som har varslet kan være med på å senke arbeidstakers terskel for å varsle.

Under arbeidet med å lage nye varslingsregler ble det vurdert om en slik regel skulle inntas. I forarbeidene heter det at ”...departementets bebudende utredningsarbeid om nærmere regler for ansattes ytringsfrihet og lojalitetspliktens grenser bør resultere i at norsk lovgivning minst får det samme ytringsfrihetsvernet som gjelder for arbeidstakere i Sverige, som verner arbeidstaker mot at arbeidsgiver setter i gang tiltak for å finne hvem i virksomheten som har varslet offentligheten om kritikkverdige forhold”.¹⁷⁷

I svensk rett følger offentlige ansattes rett til ytringsfrihet av ”Tryckfrihetsförordningen” (TF) og ”Yttrandefrihetsgrundlagen” (YGL). Offentlige ansatte har en meddelelsesfrihet dvs. en rett til å gi fra seg opplysninger til media.¹⁷⁸ Ytrings- og meddelelsesfriheten innebærer at offentlige ansatte skal kunne ytre seg overfor media uten å risikere inngripen fra arbeidsgiver. Arbeidstakere er ytterligere vernet ved at de har rett til å nekte å oppgi sin identitet til massemediet da det er straffbart for den vedkommende journalist å avsløre

¹⁷⁵ Møte i Odelstinget 16.november 2006 <http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>

¹⁷⁶ Innst.O.nr.6(2006-2007) Vedlegg 2 Brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet v/statsråden til arbeids- og sosialkomiteen, datert 13.oktober 2006 Spørsmål nr.3

¹⁷⁷ Innst.O.nr.100(2004-2005) pkt.11.2

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.26

identiteten til varsleren. All form for etterforskning fra arbeidsgivers side for å finne frem til den anonyme varsleren er forbudt.¹⁷⁹

Arbeidsgruppen mente at en slik generell regel ikke ville være et hensiktsmessig virkemiddel for å stimulere til at arbeidstakere sier i fra om kritikkverdige forhold.¹⁸⁰ Et slikt forslag ble ikke fremmet av flertallet.

Mindretallet derimot mente at en slik regel burde innføres. Professor Henning Jakhelln foreslo en utforming til en slik regel som mindretallet gikk inn for og de fremmet følgende forslag til § 2-4 nytt fjerde ledd:

Arbeidsgiver kan ikke iverksette undersøkelser eller andre tiltak for å bringe på det rene hvem som står bak en varsling, med mindre arbeidsgiver kan godtgjøre at det er grunn til å anta at ytringen eller varslingen går ut over de rammer som følger av denne bestemmelse.¹⁸¹

Transparency International Norge stiller seg bak dette forslaget i sin høringsuttalelse.¹⁸²

Det kan være svært belastende for den enkelte arbeidstaker å gå ut med fullt navn ved varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten. Det kan derfor være ønskelig for arbeidstaker å varsle anonymt. Videre vil den arbeidstaker som har varslet anonymt slippe gjengjeldelse fra arbeidsgiver og unngå negative reaksjoner fra samfunnet. Tryggheten anonym varsling kan innebære vil imidlertid falle bort hvis arbeidsgiver kan iverksette tiltak for å finne ut hvem det er som har varslet. For å ivareta de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene bør det derfor oppstilles en regel som verner arbeidstaker mot at arbeidsgiver iverksetter undersøkelser for å finne ut hvem i virksomheten som har varslet. Dette kan være med på å styrke varslernes stilling og dermed føre til en effektivisering av arbeidstakers varslerrett.

¹⁷⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.26

¹⁸⁰ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.30

¹⁸¹ Innst.O.nr.6(2006-2007) pkt. 2.5 jfr. brev fra professor Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomitéen 21.september 2006 s.5

¹⁸² Høringsuttalelse fra Transparency International Norge 23.mars 2006 pkt.D.III

5.4 Konklusjon

Jeg har kommet frem til at forsvarlighetskravet synes lite egnet til å ivareta de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene og dermed kan få en uønsket effekt.

Dette taler for at en begrensning i arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten utformes på en annen måte. En regel som angir presise og objektive begrensninger synes bedre egnet til å ivareta hensynene bak varslingsreglene.

For å effektivisere de hensyn som ligger til grunn for varslingsreglene bør det oppstilles en regel som verner arbeidstaker mot at arbeidsgiver iverksetter undersøkelser for å finne ut hvem i virksomheten som har varslet. Det kan være med på å gjøre rammene rundt varslingssituasjonen tryggere for arbeidstaker og dermed føre til at flere arbeidstakere varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten.

6 Litteraturliste

Bøker

- Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon av Henning Jakhelln og Helga Aune 1.opplag 2006
- Tanums store rettskrivningsordbok Kunnskapsforlaget 8.utgave 6.opplag 1996

Artikler

- Kyrre Eggen ”Ansattes yringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker?” Arbeidsrett, 2004 nr.1
- ”<Nye> Grunnloven § 100” av Benedikte Moltumyr Høgberg, Lov og Rett-2006-Nr 08 09

Rapport

- ”Rapport om Yssen, Valla og LO” Utarbeidet av Jan Fougner, Nils Erik Lie og Kristin Normann http://pub.tv2.no/multimedia/na/archive/00305/Les_hele_Fougner-ra_305032a.pdf

Kommentarer:

Norsk Lovkommentar 2007

Lover

- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr 62
- Lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) av 1. desember 2006 nr. 64
- Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3.juni 2005 nr.33

- Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9.juni 1978 nr.45
- Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22.mai 1902 nr.10

Rettspraksis

- Rt-1990-607 (193-90)
- Rt-2003-1614 (Telenor)
- TOSLO-2004-99016 (Oslo Tingrett)

Avgjørelse fra Sivilombudsmannen

- Somb-2002-1 (2002 s 66)

Forarbeider

- NOU 1999:27 ”Ytringsfrihed bør finde Sted”
- St.meld.nr.42(1999-2000) Om endring av Grunnloven § 100
- St.meld.nr.26(2003-2004) Om endring av Grunnloven § 100
- NOU 2004-5 Arbeidslivslovutvalget – et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- Ot.prp.nr.49(2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Innst.O.nr.100(2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp.nr.84(2005-2006) Om lov om endring i arbeidsmiljøloven (varsling)
- Innst.O.nr.6(2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
- Ot.prp.nr.3 (1975-1976) Om lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv.
- Møte i Odelstinget 16.11.06 <http://www.stortinget.no/otid/2006/o061116-01.html>
- Arbeidsgrupperapport ”Ansattes ytringsfrihet”
- Brev fra Henning Jakhelln til Arbeids- og sosialkomiteen 21.september 2006

Høringsuttalelser

- Henning Jakhelln 17.mars 2006

- Jan Fridhjøf Bernt 23.06.2006
- Transparency International Norge 23.mars 2006
- Kari E. Breirem 22.mars 2006
- Norsk Presseforbund (NP) Norsk Journalistlag (NJ) og Norsk Redaktørforening (NR)
23.03.2006

Elektroniske hjelpemidler

- www.arbeidsrett.no
- www.lovdata.no
- www.regjeringen.no
- www.idunn.no

Annet

- Foredrag av Nina Melsom og Sigurd Øyvind Kambestad på møte i Norsk Arbeidsrettslig forening 29.03.07

7 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>