



Arbeidsgivers plikt til å avstå fra gjengjeldelse etter arbeidstakers varslings.

av

Carina Hugdal

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2007*

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	5
1.1 Tema og problemstilling	5
1.2 Videre fremstilling	9
1.3 Kort om rettskildebildet	10
1.3.1 Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10	10
1.3.2 Ytringsfrihet og lojalitet	11
1.3.3 Arbeidsmiljølovens nye varslingsregler	12
1.3.4 Forarbeidene til arbeidsmiljøloven	12
1.3.5 Rapporten om Yssen, Valla og LO	13
1.3.6 Rettspraksis	14
1.3.7 Andre rettskilder	14
1.4 Historikk	14
1.5 Hva regulerer arbeidsmiljøloven	15
2. Hensyn bak gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2-5, varslingsretten i § 2-4 og arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling i § 3-6.	15
2.1 Innledning	15
2.2 Arbeidsmiljø	15
2.3 Hensynet til arbeidstaker	16
2.4 Hensynet til arbeidsgiver	17
2.5 Samfunnsinteresser	17
3. Ytringsfrihet og lojalitetsplikt	18
4. Vernet mot gjengjeldelse i arbeidsmiljøloven § 2-5	20
4.1 Innledning	20
4.2 Hvem er subjektet for beskyttelse etter arbeidsmiljøloven § 2-5?	20
4.2.1 Omfattes en arbeidstaker som har sluttet i virksomheten av vernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiveren?	21

4.3 Nærmere om gjengjeldelse	23
4.3.1 Hva menes med en gjengjeldelse?	23
4.3.2 Momenter i vurderingen av hvorvidt det foreligger en gjengjeldelse, herunder hvordan dette stiller seg i forhold til bevisbyrden.	26
4.3.3 Hvor gjelder vernet mot gjengjeldelse?	28
4.3.4 Når gjelder vernet mot gjengjeldelse?	30
4.3.5 Antitetisk tolkning av arbeidsmiljøloven § 2-5?	30
4.4 Bestemmelsens rekkevidde, herunder forsvarlighetskravet.	31
4.4.1 Innledning	31
4.4.2 Varslingsrettens omfang	31
4.4.3 Hva vil det si å varsle, grensen mellom ytring og varsling	32
4.4.4 Fremgangsmåten ved varsling	33
4.4.5 Er det et krav om intern varsling før andre muligheter benyttes?	35
4.4.6 Gjelder forsvarlighetskravet alle former for varsling?	37
4.4.7 Kort om øvrige momenter i forsvarlighetsvurderingen	39
4.4.7.1 Skade på arbeidsgivers interesser	39
4.4.7.2 Arbeidstakers stilling eller posisjon	40
4.4.7.3 Arbeidstakers motiv	41
4.4.7.4 Faktaopplysning vs. subjektive meninger	42
4.4.7.5 Allmenn interesse	42
4.4.7.6 Brudd på lovfestet taushetsplikt	43
4.4.7.7 Aktsom god tro	43
4.4.7.8 Hensiktsmessig virkemiddel ved selve varslingen	44
4.4.8 Hvem har bevisbyrden etter arbeidsmiljøloven § 2-4?	44
4.5 Virkningen av at gjengjeldelse har funnet sted	45
4.5.1 Innledning	45
4.5.2 Oppreisning og erstatning	45
4.6 De lege ferenda vurdering	46
5. Arbeidsgivers plikt til å legge forholdene til rette for varsling etter arbeidsmiljøloven § 3-6.	47

5.1 Innledning	47
5.2 Hvilke tiltak plikter arbeidsgiver å sette i verk?	47
5.3 Kan arbeidsgiver varsle anonymt?	49
6. Litteraturliste	52
6.1 Litteratur	52
6.2 Forarbeider	52
6.3 Lover	53
6.4 Avisartikler/ Webadresser	54
6.5 Rettspraksis	55
6.6 Artikler i tidsskrift	56
6.7 Annen litteratur	56

Arbeidsgivers plikt til å avstå fra gjengjeldelse etter arbeidstakers varsling

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Den siste tiden har oppmerksomheten rundt arbeidsgivers forbud mot gjengjeldelse i forbindelse med arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen økt. Dette har ført til et behov for ”kjøreregler” i lov som kan regulere forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker når det avdekkes kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

De siste årene har det versert noen saker om varsling i media, både før og etter at de nye varslingsreglene kom. Selv om ikke alle sakene hadde avgjørende betydning for at det ble satt i gang arbeid med å få nye lovregler på området, var de med på å avdekke et behov for regulering i lov.

I nasjonal sammenheng har saken rundt Valla og Yssen i LO fått oppmerksomhet i media over en lang periode. Ingunn Yssen sa den 10. januar i år (2007) opp sin stilling som internasjonal sekretær i LO. Yssen begrunnet oppsigelsen med at den daværende LO-lederen, Gerd Liv Valla, hadde trakassert henne på arbeidsplassen. I denne forbindelse nedsatte LOs sekretariat et utvalg, Fougner-utvalget, for å granske disse påstandene. Fougner-utvalget la den 9. mars 2007 frem sin rapport for LO. Rapporten konkluderte med at Yssen var blitt trakassert, noe som innebar at LO hadde brutt reglene i arbeidsmiljøloven¹ ved sin behandling av Ingunn Yssen. Dette førte videre til at Gerd Liv Valla trakk seg som LO-leder samme dag.

Saken om Kari Breirem er et annet eksempel fra media. Hun trodde hun skulle få et klapp på skulderen da hun varslet om en feilaktig faktura. I stedet rullet Kari Breirem i gang Tønne-saken, og hun mistet jobben som direktør i advokatfirmaet BA-HR. Dette kom frem i boken hennes «På BA-HR bakke», som ble utgitt 18. september 2007. Summen på fakturaen var 1,5 millioner kroner og skulle gå til dekning av rådgivningsvirksomheten den tidligere helseministeren Tønne hadde utført for Kjell Inge Røkke i etterlønsperioden etter ministerposten. Egentlig var det Aker RGI som var debitor for Tønnes krav, men pengene skulle utbetales av BA-HR slik at Tønnes inhabilitet vedrørende overtakelsen av Kværner ble

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

skjult. Saken ble fremstilt som om Tore Tønne hadde jobbet for BA-HR, og ikke Kjell Inge Røkke. Hensikten var å skjule forbindelsen mellom politikere og næringslivsaktører. Kari Breirem sier at selv om hun den gang tenkte at dette var korrupsjon har hun angret mange ganger i ettertid for at hun varslet.² Hun sier imidlertid at hun ikke hadde noe valg. Det var hennes oppgave å varsle om denne fakturaen. Hun anser ikke seg selv som en varsler og mener at hun ikke kunne gjort det annerledes. Til tross for dette ble Kari Breirem suspendert fra sin stilling som direktør i advokatfirmaet BA-HR høsten 2002. Hun måtte senere slutte etter å ha avslørt det hun mente var kritikkverdige bindinger mellom advokatfirmaet, tidligere statsråd Tore Tønne og Kjell Inge Røkke. Da hun til slutt undertegnet en sluttpakke og fikk en årslønn for å si opp, fikk hun én time på å akseptere avtalen. Kari Breirem er i dag ansatt som direktør i Borgarting lagmannsrett. Hun må sies å være en av de heldige som har varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen og som samtidig har klart å komme seg tilbake til arbeidslivet igjen.

Per-Yngve Monsen mistet også jobben sin da han slo alarm om at arbeidsgiveren, Siemens Business Service, heretter SBS, bedrev økonomisk utroskap med kunder.³ Denne saken kom opp for behandling i Oslo tingrett i september 2005, og er kjent som "Siemens-dommen".⁴ SBS hadde januar 2001 inngått en rammeavtale med Forsvaret om salg av datautstyr og tjenester for 700 millioner kroner. I denne forbindelse hadde SBS spekulert med tall i regnskapet for å skjule at Forsvaret ble overfakturert. Monsen var ansatt som divisjonsøkonom i SBS, og han varslet først internt om at selskapet tok for mye betalt i forhold til den kontrakten de hadde med Forsvaret. Det viste seg at SBS hadde fått betalt mer enn 50 millioner kroner for mye over en lengre periode. Etter å ha forsøkt å varsle om dette internt en rekke ganger uten reaksjon fra den norske ledelsen i konsernet, sendte han varsel til Siemens-ledelsens etikkansvarlige i Tyskland om forholdet. I etterkant av dette ble Monsen sagt opp fra sin stilling som divisjonsøkonom. Arbeidstakeren mistenkte at oppsigelsen var begrunnet i varslingen, og tok ut stevning med krav om at oppsigelsen skulle kjennes ugyldig og erstatning skulle tilkjennes. Ledelsen i SBS begrunnet oppsigelsen med en omorganisering av avdelingen, og begjærte kjennelse for at Monsen skulle fratre stillingen under sakens

² Dagbladet, <http://www.dagbladet.no/tekstarkiv/artikkel.php?id=5001070082099&tag=item&words=varsleren>.

³ Artikkel i magasinet Signaler, <http://web3.custompublish.com/getfile.php/224665.663.yx-tvcxyux/Signaler2005-4.pdf?return=www.uhf.no>, side 4.

⁴ Oslo tingrett 29. september 2005, TOSLO-2004-99016. Tingrettens avgjørelse ble anket til Borgarting lagmannsrett, og var til behandling den 15. juli 2005, LB-2005-83871. Kjæremålet rettet seg både mot bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Lagmannsretten var imidlertid enig med tingretten, og tingrettens kjennelse ble stadfestet av lagmannsretten.

behandling. Begjæringen ble begrunnet med at arbeidstakers varsling måtte anses som illojal. Omorganiseringen skyldtes i følge SBS stadig svakere økonomisk utvikling ved avdelingen. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at det faktisk foreligger en slik driftsinnskrenkning som gir saklig grunn for oppsigelse, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7. Retten fant i dette tilfellet klart sannsynliggjort at det ikke var noen driftsinnskrenkninger i SBS som skulle tilsi oppsigelser. Retten la videre til grunn at oppsigelsen var en gjengjeldeshandling, da det fantes sannsynliggjort at ledelsen i SBS Norge forsto at det var Monsen som var kilden for varslingen til Siemens i Tyskland.⁵ Retten påpekte at den ikke kunne finne at arbeidstakeren hadde hatt noe personlig motiv, hevnrønske eller lignende for å kontakte media. På bakgrunn av dette ble oppsigelsen ble kjent ugyldig av retten. Monsen kunne ikke bebreides for måten han varslet på.

Den såkalte legekrangelen i Forsvaret er enda et eksempel på varsling som har medført reaksjon fra arbeidsgiver.⁶ Generalmajor Leif Sverre Rosén hevder forsvarssjef Sverre Diesen tvang han til å skrive under på en avtale om permisjon og avskjed fordi han varslet om den dårlige sikkerheten legemangelen skaper for de norske soldatene i Meymaneh.⁷ Avtalen ble skrevet kort tid etter at han gikk ut i media⁸, og generalmajoren hevder denne avtalen kom som en reaksjon på denne ytringen. Etter avtalen mellom Rosén og Diesen forpliktet den tidligere sanitetssjefen seg til å ikke uttale seg om Forsvaret, samtidig som han ble innvilget studiepermisjon i ett år og en lønnsøkning på 90 000 kroner brutto. I gjenyttelse skulle Rosén søke avskjed i nåde⁹ sommeren 2008.¹⁰ Forsvarssjef Sverre Diesen mente på sin side at grunnen til at avtalen mellom ham og Leif Sverre Rosén ble underskrevet var at Rosén ikke gjorde en god nok jobb som sanitetssjef.

Disse sakene illustrerer det reelle behovet for en klargjøring i loven rundt arbeidstakers adgang til å varsle uten frykt for å bli utsatt for gjengjeldeshandling fra arbeidsgiverens side.

⁵ Jfr. tingrettens merknader.

⁶ Jeg legger til grunn at forsvarssjefen representerer Forsvaret som arbeidsgiver.

⁷ Se <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=185616>.

⁸ Se <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=185613>.

⁹ Uttrykk som benyttes når en embetsmann har nådd aldersgrensen (går av med pensjon) og derfor blir meddelt avskjed, jfr. Grunnloven § 22. Avskjed i nåde kan også meddeles etter søknad, og det var det Rosén skulle gjøre i følge avtalen med forsvarssjefen.

¹⁰ Se <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=186159>.

I tillegg til den økte oppmerksomheten i media rundt temaet varsling og gjengjeldelse, har det også på lovgiversiden blitt fokusert mer på dette temaet de siste årene.

I 2004 ble det vedtatt endringer av Grunnloven § 100,¹¹ med sikte på å styrke ansattes ytringsfrihet. Ved denne endringen var det bred politisk enighet om at også arbeidstakere skulle ha et lovfestet vern om ytringsfrihet. Endringen av Grunnloven § 100 viser hvor stor vekt det norske samfunn legger på borgernes rett til å ytre seg. De samme synspunktene fremkom likeledes ved forslaget til de nye varslingsreglene i arbeidsmiljøloven.

Varslingsreglene i arbeidsmiljøloven bygger på Grunnloven § 100 og ble vedtatt av Stortinget 16. november 2006.¹²

Arbeidsgiveren har imidlertid ikke bare en plikt til å avstå fra gjengjeldelse etter arbeidstakers varsling. I tillegg har han et ansvar for å sørge for et godt ytringsfrihetssklima, jfr. arbeidsmiljøloven § 3-6. Når arbeidsforholdene tilsier det skal det utarbeides rutiner for varsling eller settes i gang andre tiltak som legger forholdene til rette for varsling om kritikkverdige forhold.

Lovbestemmelsene om varsling og arbeidsgivers forbud mot gjengjeldelse på arbeidstakers varsling trådte i kraft 1. januar 2007,¹³ og gir et klart signal fra lovgiver om at ansattes ytringsfrihet og adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten er beskyttelsesverdig. Formålet med de nye bestemmelsene er at de skal bidra til å styrke retten til å varsle. Dette ved at arbeidstaker som varsler skal beskyttes mot gjengjeldelser fra arbeidsgiver på bakgrunn av varslingen. Arbeidsgiver er også pålagt ved lov å legge forholdene til rette for varsling på arbeidsplassen.

Det er viktig at arbeidstakerne benytter seg av retten til å varsle. Varsling fra arbeidstakerne kan ofte være den eneste måten å avdekke ukultur og ulovlige forhold ved virksomheten. På den andre siden må man se hen til at jo mer kritikkverdig et forhold er, desto vanskeligere blir det å varsle om forholdet. Varslingsreglene kan også bidra til ryktespredning på arbeidsplassen i forhold til hvem det var som eventuelt har varslet.

¹¹ Endret ved grlbst. 29. okt 2004 nr. 1402, 3. mars 2006 nr. 271.

¹² Besl. O.nr. 4(2006-2007) Lov om endringer i arbeidsmiljøloven.

¹³ Vedtatt av Kongen i statsråd, 1. desember 2006. Inntatt i Norsk lovtidend 2006, hefte 14, side 1734, <http://www.lovdatab.no/ltavd1/filer/nl-20061201-064.html>.

Med bakgrunn i dette kan det klart sies at arbeidstakers vern mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver etter varsling er et tema som står høyt på den politiske agenda i dag.

Ansattes ytringsfrihet må avveies mot arbeidsgivers krav på lojalitet fra sine arbeidstakere. Arbeidstaker skal ha muligheten til å varsle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen uten frykt for gjengjeldelse etter varsling. Oppgavens hovedtema er arbeidstakers vern mot gjengjeldelse etter varsling. Jeg vil i den forbindelse gå nærmere inn på hva som anses som en gjengjeldelse, hva det vil si å varsle og fremgangsmåten ved varslingen. Virkningen av at gjengjeldelse har funnet sted vil også bli behandlet.

1.2 Videre fremstilling

Oppgaven vil som nevnt omhandle arbeidsgivers forbud mot gjengjeldelse i forbindelse med varsling fra arbeidstaker.

For å tilnærme meg tema vil jeg først ha en kort fremstilling av rettskildene som benyttes i oppgaven. Jeg vil også ta for meg litt om historikken rundt varslingsreglene, hvordan de var regulert tidligere og frem til lovreguleringen av dem i den nye arbeidsmiljøloven. Deretter vil jeg si noe om arbeidsmiljøloven og hva den regulerer, før jeg redegjør for hvilke hensyn som ligger bak reglene om varsling.

Oppgaven omhandler reguleringen rundt arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Utgangspunktet er at arbeidstaker har ytringsfrihet. Arbeidsgiver har imidlertid krav på en viss lojalitet fra sine ansatte. I den forbindelse vil jeg ha en kort fremstilling av forholdet mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt i ansettelsesforhold.

Oppgavens problemstillinger vil i hovedsak ta utgangspunkt i arbeidsmiljøloven § 2-5. Dette begrunnes med at det er her vernet mot gjengjeldelse først og fremst reguleres. Her vil det generelt behandles hva som omfattes av bestemmelsen. Arbeidsmiljøloven § 2-4 vil imidlertid også bli behandlet i og med at § 2-5 viser til denne i forhold til fremgangsmåten ved varslingen. Arbeidstakers varsling skal være forsvarlig. Forsvarlighetskravet skal verne arbeidsgiver mot unødvendig skade og ulempe for dens interesser. Jeg vil i den forbindelse også komme med en kort fremstilling av noen av momentene i forsvarlighetsvurderingen.

Virkingen av at gjengjeldelse har funnet sted vil også behandles, før jeg foretar en de lege ferenda vurdering av de nye varslingsreglene.

Til slutt vil jeg også si litt om hvilke plikter arbeidsgiveren har til å iverksette rutiner for varsling på arbeidsplassen. Herunder vil jeg drøfte litt rundt adgangen til anonym varsling for arbeidstaker, hvilken betydning en lovfestet rett til anonym varsling vil ha og herunder om det vil være hensiktsmessig med en slik lovfesting.

1.3 Kort om rettskildebildet

1.3.1 Grunnloven § 100 og EMK art. 10

Grunnloven § 100 uttrykker det grunnleggende prinsipp om ytringsfrihet, jfr. ordlyden ”*Ytringsfrihed bør Finde Sted*”. Denne bestemmelsen ble nylig revidert.¹⁴

Grunnlovsendringen innebærer en styrking av grunnlovsvernet for ansattes ytringsfrihet.¹⁵ Utgangspunktet er at arbeidstakere nyter det samme ytringsfrihetsvernet som enhver annen borger. Ytringsfrihet er utgangspunktet og hovedregelen, og det er strenge vilkår for inngrep i denne.¹⁶

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen¹⁷, heretter EMK, artikkel 10 regulerer også ansattes ytringsfrihet. Artikkel 10 sier¹⁸ at ”*Enhver har rett til Ytringsfrihet*”. Norsk rett bygger i utgangspunktet på et dualistisk prinsipp. Dette innebærer at norsk rett og folkeretten er to atskilte rettsystemer. Det vil si at folkerettslige avtaler og konvensjoner ikke automatisk blir en del av norsk rett. EMK er ved menneskerettighetsloven § 3 inkorporert til norsk lov. Arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling må dermed ikke stride mot EMK. Etter menneskerettsloven § 3 går EMK foran norsk lov dersom det skulle oppstå motstrid. EMK har således generelt like stor vekt som øvrig norsk lovtekst.

Grunnloven § 100 innehar et sterkt vern av ytringsfrihet, og vil bli tillagt vekt ved vurderingen av arbeidstakerens ytringsfrihet i forhold til arbeidsgiverens krav på lojalitet fra sine ansatte. I forhold til varslingsreglene i arbeidsmiljøloven, vil spørsmålet bli om

¹⁴ Endret 29. oktober 2004, andre ledd ble endret på nytt 3. februar 2006.

¹⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 13.

¹⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 13.

¹⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

¹⁸ I norsk oversettelse.

arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers legitime interesser med hensyn til måten det varsles på.

Grunnloven er lex-superior og skal derav generelt tillegges stor vekt.

Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10, som lovfester ytringsfriheten som en menneskerett, er bakgrunnen for de nye varslingsreglene i arbeidsmiljøloven. Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 har imidlertid ikke bestemmelser som direkte omhandler oppgavens tema om gjengjeldelse etter varsling fra arbeidstaker. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på disse bestemmelsene videre i oppgaven. Bestemmelsene vil imidlertid nevnes der de har relevans i forhold til varslingsreglene.

1.3.2 Ytringsfrihet og lojalitet

Ansattes ytringsfrihet er et aspekt av den alminnelige ytringsfriheten. Et ansettelsesforhold reiser særlige ytringsfrihetsspørsmål fordi arbeidsgiver har krav på en viss lojalitet fra sine ansatte.¹⁹

Arbeidstakers lojalitetsplikt er et ulovfestet prinsipp utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori.²⁰ Lojalitetsplikten kan imidlertid også følge av lov eller avtale. I denne oppgaven vil det fokuseres på lojalitetsplikten i arbeidsforhold. En annen side av arbeidstakers lojalitetsplikt, er at arbeidsgiver dermed også har krav på en viss lojalitet fra sine ansatte.²¹

Grunnloven § 100 er en sentral tolkningsfaktor når grensene for den arbeidsrettslige lojalitetsplikten skal trekkes i forhold til arbeidstakers ytringer.²² I forarbeidene til arbeidsmiljøloven legges det til grunn at spørsmålet om en ytring er lojal og hvor grensene for ytringsfriheten går, er to sider av samme sak.²³ ”Vurderingstemaet vil i hovedsak være om arbeidstaker har saklig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers legitime interesser”.²⁴

¹⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 7.

²⁰ Jfr. Rt. 1990 s. 607 (side 614), Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2.utgave, side 279.

²¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006), side 7, Ingeborg Moen Borgerud mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 366.

²² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 15.

²³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), side 128.

²⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), side 128.

Den manglende lovreguleringen har tidligere skapt en del usikkerhet om hvor langt arbeidstaker kan gå i å ytre seg. Arbeidsmiljøloven § 2-4 lovfester dermed de gjeldende grensene for ytringsfrihet i varslingssituasjoner.²⁵ Forsvarlighetskravet som følger av arbeidsmiljøloven § 2-4 er en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten.

Lojalitetsplikten må tolkes i samsvar med arbeidstakers ytringsfrihet som er vernet både i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.

1.3.3 Arbeidsmiljølovens nye varslingsregler

Arbeids- og inkluderingsdepartementet fremmet våren 2006 et forslag om regulering av ytringsfriheten i arbeidsforhold, herunder varsling. Dette kom som en oppfølging av forutsetningene Stortinget hadde da den nye Grunnloven § 100 om ytringsfrihet ble vedtatt i 2004 og bestemmelsen om vern av varslere i arbeidsmiljøloven § 2-4 som ble vedtatt i 2005. Arbeidsmiljøloven²⁶ trådte i kraft 1. januar 2006, med unntak av varslingsbestemmelsene i § 2-4 og § 2-5.

Forslaget om nye regler om varsling gikk ut på at nye § 2-4, § 2-5 og § 3-6 skulle erstatte og supplere arbeidsmiljøloven § 2-4 i sin helhet. Bestemmelsen ble vedtatt, men trådte imidlertid aldri i kraft. På bakgrunn av forslaget vedtok Stortinget 16. november 2006 de nye bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven.²⁷ De nye varslingsreglene trådte i kraft 1. januar 2007.²⁸

1.3.4 Forarbeidene til arbeidsmiljøloven

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven har stor rettskildemessig vekt da varslingsbestemmelsene er nye. Arbeidsmiljøloven hadde tidligere ingen bestemmelser om arbeidstakers rett til å varsle. Forslaget om lovfesting av vern mot gjengjeldelse for arbeidstaker som på en lojal måte varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten, var ment å kodifisere gjeldende rett.²⁹ Da lovreglene er nye vil forarbeidene bidra med føringer på hvordan lovgiver ser for seg at lovreglene skal overholdes til beste for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Forarbeidene

²⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 39.

²⁶ Lov 17. juni 2005, nr. 62.

²⁷ Besl. O.nr. 4 (2006-2007) Lov om endringer i arbeidsmiljøloven.

²⁸ Endret ved lov 1. desember 2006 nr. 64.

²⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 9.

uttrykker lovgivers syn på nåværende tidspunkt. I tillegg er forarbeidene grundige og går inn på forskjellige vurderinger i forhold til gjengjeldelsesspørsmålet, noe som gir dem økt vekt. Arbeidsmiljølovens forarbeid er sentrale også på grunn av at reguleringen av gjengjeldelse primært følger av denne loven. Forarbeidene vil derfor bli brukt mye og vil tillegges stor vekt i drøftelsene i oppgaven.

1.3.5 Rapporten om Yssen, Valla og LO

Saken mellom Ingunn Yssen, Gerd Liv Valla og LO, heretter Valla/ Yssen-saken, vil bli brukt som eksempel i oppgaven der den vil være relevant.

I forbindelse med Ingunn Yssens oppsigelse i LO utarbeidet det opprettede Fougner-utvalget en rapport. Fougner-utvalget ble nedsatt av LO og skulle fungere som en granskningskommisjon. Utvalget besto blant andre av Jan Fougner (leder). LOs rapport ble offentliggjort samme dag som den ble lagt frem, 9. mars 2007. Rapporten er ikke formelt sett publisert, men er likevel lagt ut på diverse nettsider, blant annet på TV2 sine sider.³⁰

Fremgangsmåten til utvalget har imidlertid blitt kritisert av mange, blant annet av professor Dr. juris Johan Giertsen ved universitetet i Bergen.³¹ Utvalget la opp til en prosedyre ”så nær ... en domstolsprosess som mulig”.³² Kritikken gikk ut på at selv om granskningsutvalget fremhevet at de ville følge domstolsprosessen så langt som mulig, var den faktiske realiteten at granskningen innebar en rekke avvik fra domstolenes behandlingsmåte. Problemene rundt selve granskningen rammet både Valla og Yssen. Rettssikkerheten til begge ble svekket f.eks ved at de ble utestengt fra vitneforklaringer, og ved at det var uklarhet rundt de sakkyndiges rolle. Dermed uteble partenes mulighet til kontradiksjon. Dette viser at det ikke er samsvar mellom utvalgets erklæring om en granskning så lik domstolsbehandling som mulig, og den faktiske fremgangsmåten som ble benyttet.

Formelt har denne rapporten karakter av en ytring. Selve saken kan likevel brukes som eksempel på at oppgavens tema er relevant i praksis.

³⁰ Se http://pub.tv2.no/multimedia/na/archive/00305/Les_hele_Fougner-ra_305032a.pdf.

³¹ Vox Publica, Magasin om demokrati og ytringsfrihet, <http://voxpublica.no/2007/05/gransking-og-rettsikkerhet/>.

³² Rapportens punkt 2.5.1, andre avsnitt, side 23.

1.3.6 Rettspraksis

Det foreligger foreløpig ikke noe høyesterettspraksis på området for de nye varslingsreglene. Jeg vil imidlertid benytte meg av rettspraksis både fra Høyesterett og underrettene i de tilfeller der det kan være illustrerende.

1.3.7 Andre rettskilder

Reelle hensyn vil bli benyttet i drøftelsene. Foreløpig finnes det lite juridisk litteratur rundt dette temaet. I den grad teorien vil bidra til å belyse problemstillingene rundt de nye lovreglene vil imidlertid denne bli benyttet.

1.4 Historikk

Tidligere var reglene om varsling ulovfestede. Spørsmålet om lovfesting av retten til å varsle kom opp i forbindelse med ytringsfrihetskommisjonens forslag til ny Grunnloven § 100, om styrking av ytringsfrihetsvernet.³³ Det fremgår av den nye arbeidsmiljølovens forarbeider at det ved kontroll- og konstitusjonskomiteens behandling av St.meld.nr. 26 (2003-2004) om ytringsfrihet ble påpekt at rettstilstanden knyttet til ansattes ytringsfrihet ikke var klar nok, og at spørsmålet om varsling trengte en lovregulering.³⁴ Ytringsfrihetskommisjonen så det imidlertid ikke som hensiktsmessig å regulere ansattes ytringsfrihet i selve grunnloven.³⁵

I vurderingen av hvorvidt det var behov for lovregulering av adgangen til å varsle ble det lagt vekt på at varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten kan ha samfunnsmessig nytte.³⁶ Konflikten mellom ytringsfrihet og den ansattes lojalitetsplikt er av stor praktisk betydning.³⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet sendte på denne bakgrunn forslag om nye regler om ytringsfrihet/varsling på høring 23. desember 2005.³⁸

De nye varslingsreglene skal tydeliggjøre at varsling ikke bare er lovlig og at det aksepteres, men skal også fremheve at varsling er ønskelig.

³³ NOU 1999: 27, punkt 6.2.4.1.

³⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), side 132.

³⁵ Innst. S.nr.270 (2003-2004), punkt 4.11.

³⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), side 132.

³⁷ NOU 1999: 27, punkt 6.2.4.1.

³⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 7.

1.5 Hva regulerer arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Forholdet kan beskrives som arbeidstakers behov og arbeidsgivers styringsrett. Arbeidstakernes behov blir stadig bedre ivaretatt, og loven har et sterkt fokus på arbeidstakeren og ivaretagelse av dennes behov.³⁹ Utgangspunktet er at loven gjelder for hele arbeidslivet i det norske samfunn. Tjenestemannsloven⁴⁰ regulerer imidlertid ansettelsesforholdene til statsansatte arbeidstakere. Statsansatte er også omfattet av arbeidsmiljøloven, men på en rekke områder supplerer tjenestemannsloven arbeidsmiljøloven. Der tjenestemannsloven ikke har særlige regler, gjelder imidlertid arbeidsmiljøloven fullt ut.⁴¹ I denne oppgaven vil jeg imidlertid ta utgangspunkt i arbeidsmiljølovens regler.

Jeg vil senere i punkt 4.2 komme nærmere tilbake til begrepsbruken i loven.

2. Hensyn bak gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2-5, varslingsretten i § 2-4 og arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling i arbeidsmiljøloven § 3-6.

2.1 Innledning

I arbeidsretten anses arbeidstakeren som den svakeste part i avtaleforholdet.⁴² Formålet med arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling er at arbeidstakerens rettsstilling skal styrkes. Dette ved at det blant annet skal være mulig å si ifra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen uten å frykte represalier fra arbeidsgiveren. Jeg vil i det følgende ta for meg noen sentrale hensyn i forhold til de nye varslingsreglene.

2.2 Arbeidsmiljø

Varslingsreglene kan for det første være med på å sikre et bedre arbeidsmiljø på arbeidsplassen. Ansatte som vet hvor de har arbeidsgiver og vet hvordan de kan forholde seg til vedkommende, vil kanskje ha mindre betenkeligheter med å komme til overordnede med sine problemer eller forhold de vil ta opp. Dette bidrar til at trivselen på arbeidsplassen øker. I virksomheter der det er åpenhet rundt varsling og varslingsrutiner vil dette bidra til større

³⁹ Børre Pettersen, Kommentartutgave til arbeidsmiljøloven, 2. utgave, side 6.

⁴⁰ Lov 4. mars 1983 nr. 3.

⁴¹ Nils H. Storeng mfl., Arbeidslivets spilleregler, Universitetsforlaget 2006, side 40.

⁴² Nils H. Storeng mfl., Arbeidslivets spilleregler, Universitetsforlaget 2006, side 33.

åpenhet. En åpen bedriftskultur gjenspeiler et sunt og godt arbeidsmiljø der man vet man kan snakke om forhold vedrørende de ansatte og forhold på arbeidsplassen. Det er nettopp i de tilfeller der konflikter innad i virksomheten håndteres på en ryddig måte at man føler man blir ivaretatt av ledelsen på en god måte.⁴³ Åpenhet er en forutsetning for motivasjon, tillit og trygghet.⁴⁴ Ved en åpen bedriftskultur vil også terskelen for intern kritikk og for å avdekke eller avverge kritikkverdige forhold i virksomheten være lavere.⁴⁵

2.3 Hensynet til arbeidstaker

Formålet med varslingsreglene er å styrke den reelle ytringsfriheten i ansettelsesforhold. Arbeidstakere har fri rett til å ytre seg, jfr. Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. I og med at ytringsfrihet er et prinsipp som vernes i grunnloven krever begrensninger i ytringsfriheten et særlig grunnlag. Slike grunnlag kan f.eks være lov, avtale om taushetsplikt, arbeidstaker ulovfestede lojalitetsplikt.⁴⁶

Ved lovreguleringen av retten til å varsle gis det signal til arbeidstaker om at varsling både er lovlig og akseptert. Selv om hensikten bak varslingsreglene er å styrke ytringsfriheten til de ansatte vil den likevel indirekte begrenses f.eks ved at det stilles krav til fremgangsmåten ved varslingen. Dette fremgår av arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd som sier at *”Gjengjeldelse mot arbeidstaker som varslar i samsvar med § 2-4 er forbudt”*, jfr. også § 2-4 som sier *”fremgangsmåten ved varslingen skal være forsvarlig”*. Ytringsfriheten begrenses her ved at det oppgis nærmere bestemte fremgangsmåter for hvordan man skal gå frem ved varslingen. Forsvarlighetskravet er en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten til arbeidsgiver i varslingssituasjoner.⁴⁷ Regelen skal være en sikkerhetsventil som verner mot unødvendige skader på arbeidsgivers interesser.

I arbeidsmiljøloven § 2-4 første ledd følger det videre at arbeidstaker *”har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten”*. Retten til å varsle er hovedregelen. Formålet med

⁴³ Veileder fra NHO, ”Når sant skal sies”, http://www.nho.no/files/Nar_sant_skal_sies-2.pdf., side 3.

⁴⁴ Veileder fra NHO, ”Når sant skal sies”, http://www.nho.no/files/Nar_sant_skal_sies-2.pdf., side 3.

⁴⁵ Arbeids- og inkluderingsdepartementets veileder, <http://www.arbeidstilsynet.no/binfil/download.php?tid=42254>., side 13.

⁴⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 15.

⁴⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

bestemmelsen er å gi tydelige signaler om retten til å varsle. Klare retningslinjer for intern kommunikasjon og varsling vil bidra til at arbeidstakeren føler trygghet.⁴⁸

2.4 Hensynet til arbeidsgiver

Hensynet til arbeidsgiver ivaretas i de nye varslingsreglene ved at det stilles krav til fremgangsmåten ved varslingen, jfr. også lojalitetsplikten til arbeidsgiver. Varslingsreglene iligger også arbeidsgiveren en plikt til å sette i gang tiltak ”dersom forholdene i virksomheten tilsier det”, jfr. arbeidsmiljøloven § 3-6. Klare rutiner på hvordan arbeidstakerne skal varsle dersom det oppstår kritikkverdige forhold ved virksomheten vil være positivt for arbeidsgiveren. Arbeidsgiver kan med dette føle en trygghet ved at det er fastsatte rutiner på hvordan forholdene ved virksomheten skal være.

2.5 Samfunnsinteresser

Spørsmålet om yringsfrihet og lojalitet i arbeidsforhold⁴⁹ har ikke bare en side til forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, men også til samfunnet generelt.⁵⁰ Samfunnet har til en viss grad interesse i å få vite om interne forhold ved den enkelte virksomhet.

Begrunnelsen for yringsfriheten er i hovedsak å finne frem til sannheten.⁵¹ I den forbindelse bør arbeidstakerens yringsfrihet vernes ut fra det offentlige interesser som demokratihensyn, hensynet til den offentlige debatt og også behovet for kontroll med forvaltningen av offentlige ressurser.⁵² Yringsfriheten kan ses på som en forutsetning for at samfunnet reelt sett skal kunne fortsette å fungere som et demokrati. Her vil det ofte være arbeidstakeren som er den nærmeste til å ha innsikt i og mulighet til å si ifra om de kritikkverdige forholdene. Det vil være i samfunnets interesse at kritikkverdige forhold kommer frem i dagen. For arbeidstakerne handler dette om å kunne delta og ytre seg på lik linje med andre borgere i den offentlige debatten.⁵³ Arbeidstakere som har særlig innsikt i de spørsmål de arbeider med ut fra sin faglige kompetanse og ut fra den informasjon de får gjennom ansettelsesforholdet, må

⁴⁸ Jfr. drøftelsen i punkt 2.2.

⁴⁹ Herunder varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten.

⁵⁰ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), side 132.

⁵¹ NOU 1999: 27 ”Yringsfrihet bør finde Sted”, punkt 2.2.1 der det sies at ”... yringsfrihet er nødvendig for at motargumentene skal kunne komme til orde, og uten at vi kjenner motargumentene, kan vi ikke vite om vi har rett.”

⁵² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 41.

⁵³ Innst. S.nr. 270 (2003-2004), punkt 4.11.

få anledning til å ytre seg i det offentlige rom og delta i den offentlige debatten.⁵⁴ Dette vil også bidra til bedre kontroll med offentlige ytelser og ressursbruk, og kan også være et virkemiddel for å avdekke korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet.⁵⁵

Ytringsfrihetsvernet er også sterkere hvis de hensyn som ligger bak ytringsfriheten taler for at allmennheten bør få vite om forholdene, som f.eks kriminelle forhold, opplysninger av betydning for allmennhetens kontroll med offentlig forvaltning eller kvaliteten på varer og tjenester.⁵⁶

3. Ytringsfrihet og lojalitetsplikt

Utgangspunktet er at arbeidstakere nyter det samme ytringsfrihetsvernet som enhver annen borger.⁵⁷ Lojalitetsplikten i ansettelsesforhold er en forlengelse av den alminnelige lojalitetsplikt som foreligger i ethvert kontraktsforhold. Lojalitetsplikten i ansettelsesforhold er imidlertid av en mer spesiell karakter, idet ansettelsesforholdet etablerer et mer personlig forhold enn i øvrige kontraktsforhold. I forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker begrenses arbeidstakers ytringsfrihet ved at arbeidsgiver har krav på en viss lojalitet fra sine ansatte. For å overholde lojalitetsplikten kan den ansatte bli nødt til å avstå fra visse ytringer.⁵⁸ I og med at ytringsfrihet er en grunnleggende rettighet må inngrep i arbeidstaker ytringsfrihet ha et klart rettslig grunnlag. Arbeidstakers lojalitetsplikt til arbeidsgiver kan være et slikt grunnlag.

Spørsmålet er hva lojalitetsplikten for arbeidstaker innebærer.

Utgangspunktet er at arbeidstaker plikter å handle i tråd med arbeidsgivers interesser. Dette innebærer imidlertid ikke en plikt til å uttale seg i samsvar med arbeidsgivers interesser. Hovedsakelig innebærer lojalitetsplikten å ikke foreta handlinger som kan være til skade for virksomheten. Lojalitetsplikten innebærer med andre ord at arbeidstaker skal være lojal i forhold til den virksomhet vedkommende er ansatt ved.

⁵⁴ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 2.

⁵⁵ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 2.

⁵⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 52.

⁵⁷ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 1.7.

⁵⁸ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 1.

Spørsmålet i det følgende er hvor grensen mellom ytringsfriheten og lojalitetsplikten går? Hvorvidt en ytring er lojal og hvor grensene for ansattes ytringsfrihet går, er i følge forarbeidene to sider av samme sak.⁵⁹ Dersom en ytring er vernet av ytringsfriheten vil den ikke være illojal, og omvendt. Varsling er en del av det mer generelle spørsmålet om ansattes ytringsfrihet, og reguleres nå i arbeidsmiljøloven § 2-4. Av arbeidsmiljøloven § 2-4 første ledd følger det at arbeidstaker har rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold i virksomheten”. Fremgangsmåten ved varslingen må imidlertid være forsvarlig, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-4 andre ledd. Av forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at forsvarlighetskravet er en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten i varslingssituasjoner.⁶⁰ Forsvarlighetskravet innebærer med andre ord en lovfesting av gjeldende grenser for ytringsfriheten ved varsling.⁶¹ Dersom man ser arbeidsmiljøloven § 2-4 første ledd og andre ledd i sammenheng taler dette for at arbeidstakers ytringsfrihet er vid, og at det er begrensningene som må begrunnes særskilt. Dette samsvarer også med det som følger av Grunnloven § 100, og at innskrenkninger i den ansattes ytringsfrihet må være relevant og saklig i det enkelte tilfellet.⁶² I varslingssaker vil vurderingstemaet være om arbeidstakeren har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers legitime interesser med hensyn til måten det varsles på.⁶³ Hensynet til ytringsfriheten skal i utgangspunktet veie tyngst, jfr. grunnlovsvernet i Grunnloven § 100.⁶⁴ Det skal med andre ord svært mye til for at en ytring ikke er tillatt. Borgerud mener at det må være vesentlig interesseovervekt i favør av arbeidsgivers interesser for at det skal kunne gjøres inngrep i den ansattes ytringsfrihet.⁶⁵

Lojalitetsplikten gjelder som nevnt ikke i forhold til retten til å ytre seg om kritikkverdige forhold, men den kan begrense fremgangsmåten ytringen tas opp på.⁶⁶

⁵⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), side 128, NOU 2004: 5, side 445.

⁶⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

⁶¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 39.

⁶² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 16.

⁶³ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 16.

⁶⁴ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 2.1.

⁶⁵ Ingeborg Moen Borgerud mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 373.

⁶⁶ Ingeborg Moen Borgerud mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 374.

4. Vernet mot gjengjeldelse i arbeidsmiljøloven § 2-5.

4.1 Innledning

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 2-5 regulerer arbeidstakers vern mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver ved arbeidstakeres ytringer på arbeidsplassen. Arbeidsmiljøloven § 2-5 sier at ”Gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 er forbudt”. Dette taler for at vernet mot gjengjeldelse bare gjelder i de tilfeller fremgangsmåten ved varslingen er forsvarlig. I denne sammenheng er det viktig å få frem at selv om arbeidstaker ikke varslet på forsvarlig måte, vil det ikke uten videre være adgang til gjengjeldelse fra arbeidsgivers side.⁶⁷ Vernet mot gjengjeldelse gjelder imidlertid bare i den utstrekning varslingen er innenfor de grenser som følger av lojalitetsplikten. Arbeidstaker har uansett rett til å varsle i samsvar med en eventuell varslingsplikt eller i henhold til virksomhetens rutiner. I det følgende skal jeg blant annet se nærmere på omfanget av bestemmelsen, hvem beskyttes og hva en gjengjeldelse innebærer.

4.2 Hvem er subjektet for beskyttelse etter arbeidsmiljøloven § 2-5?

Arbeidsmiljøloven regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 2-5 ”gjengjeldelse mot arbeidstaker...” tilsier at vernet gjelder vedkommende person i kraft av å være ansatt. Hvem som anses som en ”arbeidstaker” defineres i arbeidsmiljøloven § 1-8. Arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd definerer arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Ordlyden er knapp og gir liten veiledning. Det sentrale i ordlyden er ”i annens tjeneste”. Uttrykket ”i annens tjeneste” tilsier at det må forligge et ansettelsesforhold, herunder at arbeidstaker er økonomisk avhengig av arbeidsgiveren og står i et organisatorisk underordningsforhold til arbeidsgiveren. I følge forarbeidene skal en person regnes som arbeidstaker i lovens forstand dersom tilknytningen til arbeidsgiveren reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold.⁶⁸ I et ansettelsesforhold har partene, arbeidsgiver og arbeidstaker, i stor grad et felles mål. Begge parter har interesse av at virksomheten går godt, men arbeidsgiver vil ha større interesse enn arbeidstaker vedrørende virksomhetens økonomiske situasjon. Begrepet arbeidstaker må med andre ord begrenses mot tilfeller der arbeid utføres for egen regning og risiko, som f.eks frilansere som mottar lønn for enkeltstående oppdrag uten å være fast eller midlertidig ansatt

⁶⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53, jfr. min drøftelse om antitetisk tolkning i punkt 4.3.5.

⁶⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), s.73.

hos en arbeidsgiver. Reelt sett innebærer det at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon for sin arbeidsgiver. I Rt. 1990 s. 903, som omhandlet fortolkningen av arbeidstakerbegrepet i § 3 i arbeidsmiljøloven av 1977, kan det utledes en del kriterier av betydning for vurderingen av hvorvidt det foreligger et ansettelsesforhold.⁶⁹ Momenter av betydning for vurderingen er blant annet arbeidstidsordningen, spørsmålet om arbeidsplikt og graden av selvstendighet i arbeidet. Høyesteretts kjæremålsutvalg bemerker imidlertid at man ved avgrensingen av arbeidstakerbegrepet etter omstendighetene må trekke inn en rekke momenter og foreta en helhetsvurdering.

Arbeidstaker ansatt hos en arbeidsgiver beskyttes etter arbeidsmiljøloven § 2-5.

4.2.1 Omfattes arbeidstakere som har sluttet i virksomheten av vernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiveren?

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 2-5 sier at ”*arbeidstaker*” vernes mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver. Dette taler for at vernet bare gjelder arbeidstaker som fortsatt arbeider ved virksomheten, og at en tidligere arbeidstaker faller utenfor bestemmelsen. Forarbeidene sier ikke noe om hvordan dette spørsmålet skal løses. En arbeidstaker som har sluttet kan imidlertid også ha behov for å ytre seg og dermed behov for vern i alle fall for en periode etter utløpet av arbeidsforholdet. Rimelighetshensyn taler også for at en fratrådt arbeidstaker har et vern i en periode etter utløpet av arbeidsforholdet. Arbeidsgiver og arbeidstaker vil fortsatt kunne ha noe med hverandre å gjøre i en periode etter fratredelsen. Borgerud støtter dette synspunktet, og sier at også en tidligere arbeidstaker må omfattes av vernet i bestemmelsen.⁷⁰ I følge Borgerud gjelder dette gjelder i forhold til en arbeidstaker som ikke har fratrådt, og antas å gjelde også i en fratredelsessituasjon.⁷¹ En oppsigelse kan ofte skje i forbindelse med varsling om kritikkverdige forhold, f.eks ved at arbeidstakeren ønsker å fratre på grunn av kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Arbeidstakeren bør i en slik situasjon fortsatt være beskyttet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiveren. Arbeidsgiver vil kunne foreta alvorlige sanksjoner mot den fratrådte arbeidstakeren, og en slik gjengjeldelse vil også etter arbeidstakers fratredelse fortsatt kunne ramme arbeidstakeren forholdsvis hardt. Arbeidstaker kan f.eks ha behov for å få attest eller referanse i forbindelse med det tidligere arbeidsforholdet. I denne forbindelse kan arbeidsgiveren nekte å gi en tilfredsstillende attest,

⁶⁹ Jfr. dommens side 904.

⁷⁰ Ingeborg Moen Borgerud mfl., *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, side 387.

⁷¹ Ingeborg Moen Borgerud mfl., *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, side 387.

nekte å gi positiv referanse og om enda verre spre informasjon til andre potensielle arbeidsgivere om at hans tidligere arbeidstaker har opptrådt illojalt mot han på arbeidsplassen. På denne måten vil arbeidstaker kunne få et dårlig rykte for senere jobber. Dersom arbeidstakeren ved varslingen har holdt seg innenfor rammene for en forsvarlig varsling, vil det være urimelig om vedkommende skulle kunne bli møtt med gjengjeldelser i tiden etter opphøret av arbeidsforholdet.

Ordlyden ”*arbeidstaker*” i arbeidsmiljøloven § 2-5 taler som nevnt for at vernet bare gjelder personer som er ansatt ved virksomheten. Da arbeidstaker er vernet mot gjengjeldelse under ansettelsesforholdet taler rimelighetshensyn for at dette vernet også skal gjelde i en periode etter at arbeidsforholdet er opphørt. Varslingen vil ikke sjelden kunne skje nettopp i forbindelse med oppsigelse av arbeidsforholdet. Etter min mening vil rettstilstanden være lite tilfredsstillende dersom arbeidstaker ikke skulle være vernet mot sanksjoner fra arbeidsgiveren i en periode etter arbeidsforholdets opphør.

Spørsmålet om forbudet mot gjengjeldelse gjelder etter arbeidsforholdets opphør var også et tema i Valla/Yssen-saken. En bearbejdet versjon av Vallas notat til advokat Bleken datert 15. desember 2006 ble meddelt enkelte journalister per e-post 12. januar 2007. Ansatte i LO mottok også dette. Da Yssen gikk til media med sin oppsigelse, valgte Gerd Liv Valla, den daværende LO-lederen, å hasteinnkalle til pressekonferanse for å ta til motmæle mot Yssens beskyldninger mot seg. I den forbindelse offentliggjorde Valla opplysninger fra medarbeidersamtaler med Yssen. I notatet tilbakeviser Valla Yssens påstander samtidig som hun fremsetter nye påstander mot henne. Notatet var veldig personlig i formen. Her var det noe uklart i hvilken fase arbeidsforholdet var i da opplysningene fra medarbeidersamtalene kom ut. LO aksepterte imidlertid at Yssen fratradte sin stilling med umiddelbar virkning fra og med den 11. januar 2007. Vallas offentliggjøring av notatet fra medarbeidersamtaler dem i mellom ble dermed gjort etter arbeidsforholdets opphør. Rimelighetshensyn taler for at vernet mot gjengjeldelse gjelder også i en periode etter arbeidsforholdets opphør.

Arbeidstakere som har sluttet i virksomheten er vernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiveren i en periode etter utløpet av arbeidsforholdet.

4.3 Nærmere om gjengjeldelse.

Arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd sier ”Gjengjeldelse mot arbeidstaker er forbudt”. Bestemmelsen forbyr gjengjeldelse mot arbeidstakere. Arbeidsmiljøloven § 2-5 er ment å styrke vernet mot gjengjeldelse overfor arbeidstakere som har varslet. I det følgende skal jeg gå nærmere inn på hva en gjengjeldelse er, momenter i vurderingen av hvorvidt det foreligger en gjengjeldelse, hvor og når vernet gjelder, om bestemmelsen kan tolkes antitetisk og til sist si litt om bevisbyrden.

4.3.1 Hva menes med gjengjeldelse?

Ordlyden ”gjengjeldelse” i § 2-5 er vid og tilsier at enhver ugunstig behandling som er en reaksjon på ytringen regnes som en gjengjeldelse og omfattes av bestemmelsen. I forarbeidene uttales det at ”enhver ugunstig behandling som er en reaksjon på ytringen” i utgangspunktet regnes som en gjengjeldelse.⁷² Dette underbygger at ordlyden ”gjengjeldelse” skal tolkes vidt, og at utgangspunktet er at en gjengjeldelse omfatter enhver ugunstig handling som er en følge av eller er en reaksjon på varslingen. Det kan imidlertid skilles mellom formelle og uformelle sanksjoner.⁷³ Spørsmålet er om både formelle og uformelle sanksjoner omfattes i dette tilfellet. Formelle sanksjoner er f.eks oppsigelse, suspensjon, avskjed, samt ordensstraff hjemlet i tjenestemannsloven.⁷⁴ Uformelle sanksjoner kan f.eks være endringer i arbeidsoppgaver, interne overføringer og tjenestelig tilrettevisning overfor offentlige ansatte.⁷⁵ Vigerust støtter også dette synspunktet og mener at alle slags negative reaksjoner på ytringer som har karakter av en slags straff eller sanksjon er en gjengjeldelse.⁷⁶ Samlet tilsier dette at vernet mot gjengjeldelse ikke bare omfatter de formelle sanksjonene, men også de mer uformelle sanksjonene.⁷⁷ Dette støttes også av Nazarian som mener at gjengjeldelse i alle former forbys.⁷⁸ Etter min mening må dette være det riktige sett i lys av at arbeidstakere vil få en svak beskyttelse etter loven dersom bare de formelle sanksjonene omfattes av gjengjeldelsesvernet.

⁷² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 21.

⁷³ Elisabeth Vigerust, ”Arbeidstakeres varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven”, Arbeidsrett 2007 nr. 02, side 103-118 (s. 111).

⁷⁴ Ingeborg Moen Borgerud mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 386.

⁷⁵ Ingeborg Moen Borgerud mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 386.

⁷⁶ Elisabeth Vigerust, ”Arbeidstakeres varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven”, Arbeidsrett 2007 nr. 02, side 103-118 (s. 111).

⁷⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 43.

⁷⁸ Jfr. Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007, side 460.

En gjengjeldelse er arbeidsgivers reaksjon på arbeidstakers ytring. Spørsmålet er imidlertid om enhver handling som kan oppfattes som en reaksjon fra arbeidsgivers side anses som en gjengjeldelse i forhold til det arbeidstaker har varslet om. Hovedregelen er at arbeidsgiver har styringsrett overfor arbeidstaker. Styringsretten gir arbeidsgiveren rett til å lede, fordele og organisere arbeidet på arbeidsplassen. Gjengjeldelsesforbudet vil imidlertid sette grenser for måten styringsretten utøves på. Styringsretten må utøves på en slik måte at det ikke oppfattes som en reaksjon på ytringen. I praksis må det trekkes en grense mellom motargumenter på ytringer og reaksjoner på ytringer som har karakter av gjengjeldelse.⁷⁹ Det vil f.eks være en gjengjeldelse i strid med arbeidsmiljøloven § 2-5 dersom arbeidsgiver gir instruks eller advarsel til arbeidstaker.⁸⁰ Det må imidlertid være rom for diskusjoner og debatter på en arbeidsplass uten at det skal måtte anses som en gjengjeldelse. Dette taler for at grensen må trekkes mot arbeidsgivers saklige utøvelse av styringsretten, f.eks i forbindelse med tildeling av oppgaver og ansvar, ut fra hvem som har kompetanse eller er egnet til det enkelte oppdrag.⁸¹ Forbudet mot gjengjeldelse vil i denne forbindelse sette krav til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten. Det kan f.eks ikke utelukkes at det er saklig å legge vekt på hvordan arbeidstakeren stiller seg til faglige og politiske spørsmål som er helt sentrale for virksomheten.

Samlet viser dette at ikke enhver reaksjon fra arbeidsgiver anses som en gjengjeldelse, det må vurderes i den enkelte situasjon.

Videre blir det et spørsmål hvor grensen går for at handlingen fra arbeidsgivers side faktisk har karakter av å være en gjengjeldelse. Utgangspunktet er at en arbeidstaker som tar opp kritikkverdige forhold må kunne vente seg at kollegaer og ledelsen tar til motmæle og er uenig i kritikken.⁸² Forbudet mot gjengjeldelse innebærer dermed ikke at arbeidsgiver er avskåret fra å gå arbeidstakers kritikk i møte. Arbeidstaker kan f.eks ha misforstått vesentlige sider av virksomhetens håndtering av en sak og uttrykker i den forbindelse stor misnøye rundt dette. Arbeidsgiveren må da kunne ta til motmæle og komme med de korrekte opplysningene rundt dette uten at det skal måtte oppfattes som en gjengjeldelse på arbeidstakers ytring. Dette på bakgrunn av at arbeidsgiveren også har ytringsfrihet, og dersom arbeidstaker kommer med kritikk eller feilaktige opplysninger av forhold i virksomheten, har arbeidsgiver selvsagt rett

⁷⁹ Jfr. Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007, side 460.

⁸⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 52.

⁸¹ Ingeborg Moen Borgerud mfl., *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, side 386/387.

⁸² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 43.

til å svare på kritikken. Motytringer som ikke har karakter av gjengjeldelse kan arbeidsgiveren alltid komme med.⁸³ Arbeidsgivers reaksjon må imidlertid ikke ha karakter av trakassering eller utilbørlig opptreden. Trakassering av varsleren er alltid ulovlig, jfr. også arbeidsmiljøloven § 4-3.

Valla/Yssen-saken er illustrerende for hvor grensen til gjengjeldelse går. Da Ingunn Yssen sa opp sin stilling i LO gikk hun, som nevnt, til media med den. Gerd Liv Valla og LO arrangerte i den forbindelse en pressekonferanse der de tok til motmæle i forhold til den kritikken Yssen kom med i oppsigelsen. Fougner-utvalget sier at arbeidsgiver må innrømmes en skjønnsmargin basert på situasjonen da motytringen ble fremsatt. LO hadde også en saklig grunn for å kommentere den kritikk Yssen fremsatte mot dem i sin oppsigelse.⁸⁴ Utvalget konkluderte imidlertid med at Valla hadde gått over grensen for hva som kan aksepteres.⁸⁵ Valla gikk lengre i sine uttalelser rundt episodene med Yssen enn det som var nødvendig for å korrigere Yssens påstander mot henne selv og LO. Utvalget sier at offentliggjøringen av notatet⁸⁶ strider både med arbeidsgivers lojalitetsplikt og forbudet mot gjengjeldelse i arbeidsmiljøloven § 2-5. Ser man denne saken i sammenheng med forarbeidene kan det se ut som at Valla ville vært innenfor grensen dersom hun f.eks hadde nøyd seg med å si at det var uriktig at LO hadde brutt arbeidsmiljøloven. Det samme gjelder dersom hun hadde sagt at de episodene Yssen fortalte om i media ikke hadde funnet sted uten å ha gått nærmere inn på selve saken. Da Valla istedenfor gikk ut med negative karakteristikker rundt Yssens prestasjoner som arbeidstaker i LO overskred hun klart grensene for hva som kan aksepteres uten at det ikke kan anses som en gjengjeldelse.

En gjengjeldelse er med andre ord enhver negativ reaksjon på arbeidstakers varsling, som ikke kan anses som saklig utøvelse av styringsretten eller ytringsfriheten til arbeidsgiver.

⁸³ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007, side 460.

⁸⁴ Fougner-utvalgets rapport, side 188, punkt 12.2.7.1.

⁸⁵ Fougner-utvalgets rapport, side 188, punkt 12.2.7.1.

⁸⁶ I forbindelse med pressekonferansen offentliggjorde Valla opplysninger fra medarbeidersamtale med Yssen. Notatet skulle tilbakevise Yssens påstander mot Valla, men samtidig fremsatte hun nye påstander mot Yssen selv. Notatet var veldig personlig i formen. Det fremkom blant annet opplysninger gitt til Valla i fortrolige medarbeidersamtaler.

4.3.2 Momenter i vurderingen av hvorvidt det foreligger en gjengjeldelse, herunder hvordan dette stiller seg i forhold til bevisbyrden.

Hvorvidt det foreligger en gjengjeldelse eller ikke fra arbeidsgivers side vil kunne være vanskelig å bevise. Det følger imidlertid av arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd andre punktum at bevisbyrden er delt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

I vurderingen av hvorvidt det foreligger en gjengjeldelse eller ikke kan man for det første se hen til i hvilken sammenheng den påståtte gjengjeldelsen kommer. Herunder kommer det også an på hvor nært i tid den påståtte gjengjeldelsen kommer i forhold til det tidspunkt arbeidstakeren har varslet. Dersom arbeidsgiver kommer med sanksjoner i nær forbindelse med varslingen taler dette for at det foreligger en gjengjeldelse.

Videre er det et moment i vurderingen hvilken form for sanksjon arbeidsgiveren gir arbeidstakeren. Sanksjonens rettmessighet eller urettmessighet vil være en del av denne vurderingen. En urettmessig sanksjon vil dermed tale for at det foreligger en gjengjeldelse fra arbeidsgivers side. Det kan eksempelvis være at arbeidsgiver gir den ene av to ansatte med lik ansiennitet og kvalifikasjoner lønnsforhøyelse, mens den andre ikke får det, uten noen nærmere begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Det vil med andre ord være et spørsmål om forholdsmessighet mellom arbeidstakers varsling og arbeidsgivers reaksjon på denne.

Formålet med reaksjonen på arbeidstakers varsling kan også være av betydning her. Dersom arbeidsgiveren hadde til særlig formål å skade arbeidstakeren på grunn av varslingen, vil det være forbudt i henhold til arbeidsmiljøloven § 2-5. I de tilfeller der arbeidsgiveren sier opp eller avskjediger en arbeidstaker i nær tid etter at vedkommende har varslet, vil dette lett kunne anses som en reaksjon på varslingen og dermed komme inn under gjengjeldelsesvernet. Det samme gjelder bevisst forbigåelse ved opprykk eller lønnsforhøyelse.

Et moment vil her også være fra hvem gjengjeldelsen kommer, er det en sideordnet eller overordnet. Med sideordnet menes for eksempel en ”vanlig” kollega som ikke kan instruere vedkommende arbeidstaker. Forutsatt at kollegaen ikke har mulighet til å instruere de andre kollegaene, taler dette for at det ikke er snakk om en gjengjeldelse i arbeidsmiljølovens forstand. Her vil det imidlertid kunne bli snakk om overtredelse av andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven, som f.eks § 2-3 om medvirkningsplikt eller § 4-3 tredje ledd om mobbing

og trakassering.⁸⁷ Overordnede på arbeidsplassen vil f.eks være avdelingslederen eller sjefen for hele virksomheten. Sett i lys av arbeidsgivers styringsrett tilsier rimelighetsbetraktninger at desto nærmere ledelsen reaksjonen på ytringen kommer fra, desto mer taler det for at reaksjonen kommer som en følge av at det ble varslet.

Spørsmålet i det følgende er imidlertid hvordan dette stiller seg til i forhold til bevisbyrden i arbeidsmiljøloven § 2-5.

I utgangspunktet vil det kunne være vanskelig å bevise at det har funnet sted en gjengjeldelse. Bestemmelsen gir derfor arbeidsgiver og arbeidstaker delt bevisbyrde, jfr. første ledd andre punktum. Ordlyden i bestemmelsen sier at arbeidstaker som ”*fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro...*” at gjengjeldelse har funnet sted i strid med reglene i arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd siste punktum, omfattes. Denne bevisbyrderegelen kommer imidlertid bare til anvendelse ved påstand om at arbeidstakers ytring har medført gjengjeldelse fra arbeidsgiver. Arbeidstakeren må først fremlegge opplysningene, og disse opplysningene må gi grunn til å tro at arbeidsgivers handlemåte har karakter av å være en gjengjeldelse. I utgangspunktet er det et alminnelig prinsipp om at den som fremmer en påstand også har bevisbyrden for påstandens riktighet. Ordlyden ”grunn til å tro” taler for at det må foreligge overvekt av sannsynlighet for at en gjengjeldelse faktisk har funnet sted. Det må med andre ord være en begrunnet mistanke. Arbeidstakeren må sannsynliggjøre at det er tale om en ulovlig gjengjeldelse. Forarbeidene sier imidlertid at det ikke skal stilles for strenge krav til bevisene.⁸⁸ Normalt vil det være nok at arbeidstaker kan vise til at varslingen har skjedd og at oppsigelse eller annen handling kom tett etter varslingen i tid.⁸⁹ Deretter må arbeidsgiver sannsynliggjøre at gjengjeldelsen ikke har noe med varslingen å gjøre. Det følger videre av ordlyden at dersom arbeidsgiver ikke kan sannsynliggjøre at handlingen ikke hadde karakter av gjengjeldelse ”*skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted ...*”.

Det at bevisbyrden er delt innebærer reelt sett at begge parter likestilles, og begge parter har en aktivitetsplikt. Arbeidsgiver er imidlertid den som må sannsynliggjøre at handlingen ikke var i strid med loven. Det som må sannsynliggjøres er med andre ord at det er overvekt av sannsynlighet for at det mangler årsakssammenheng mellom arbeidstakers ytring og handlingen fra arbeidsgivers side. Regelen om delt bevisbyrde skal gjøre det vanskeligere for

⁸⁷ Dersom trakasseringen har karakter av gjengjeldelse for arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten, vil den også rammes av arbeidsmiljøloven § 2-5.

⁸⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53.

⁸⁹ Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007, side 460.

arbeidsgivere å bli kvitt eller på andre måter komme med reaksjoner mot såkalte ”bryssomme” medarbeidere ved å vise til andre grunner enn varslingen.⁹⁰

Siden denne bestemmelsen er ny, og det foreløpig ikke finnes rettspraksis vedrørende den, vil fremtiden vise om regelen er en god regel og om den virker etter sin hensikt. Teoretisk sett mener jeg imidlertid at regelen fremstår som en god regel. Hensikten er at arbeidstakere skal vite at de har rett til å ytre seg uten å frykte gjengjeldeshandling fra arbeidsgiveren. Dette fremgår klart at ordlyden i arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd ”*Gjengjeldelse mot arbeidstaker ... er forbudt*”.

4.3.3 Hvor gjelder vernet mot gjengjeldelse?

Arbeidsmiljøloven § 2-5 verner arbeidstaker ”*som varsler i samsvar med § 2-4*”. Av arbeidsmiljøloven § 2-4 følger det at arbeidstaker kan varsle om ”*kritikkverdige forhold i virksomheten*”. Ordlyden ”*i virksomheten*” sier ikke mye. Under forberedelsen av arbeidsmiljøloven ble uttrykket ”virksomhet” valgt i stedet for uttrykket bedrift i arbeidervernloven av 1956 og tidligere arbeidervernlover. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 at det med dette ikke var tilsiktet realitetsendringer idet bedriftsbegrepet i de senere år er blitt fortolket sterkt utvidende.⁹¹ Juridisk teori sier at bestemmelsen omfatter både offentlig og privat virksomhet.⁹² Det kan også stilles spørsmål om virksomheter med flere avdelinger spredt over et større område eller hele landet anses som samme eller forskjellige virksomheter. Verken loven eller forarbeidene presiserer nærmere hvordan man ser på dette. I en dom fra Borgarting lagmannsrett ble dette spørsmålet behandlet.⁹³ Arbeidstilsynet hadde her pålagt Oslo kommune å opprette et sentralt arbeidsmiljøutvalg og sentralt verneombud for kommunen. Oslo kommune bestred dette idet de mente at de kommunale etatene måtte anses som egne virksomheter i arbeidsmiljølovens forstand. Arbeidstilsynet vant imidlertid frem med sitt syn om at Oslo kommune måtte anses som en samlet virksomhet.⁹⁴ I dommen sies det også ”*Det er videre klart at virksomhetsbegrepet er nært knyttet til arbeidsgiverfunksjonen, slik at man som utgangspunkt*

⁹⁰ Jfr. Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53

⁹¹ Ot.prp.nr. 3 (1975-76) s. 101, jfr. s. 18-19

⁹² Norsk lovkommentar, ved Ingeborg Moen Borgerud, Tron Dalheim og Rune Ytre-Arna, note 2006/ 5-2 til § 2-4, <http://abo.rettsdata.no/propub/template.htm?view=main>.

⁹³ Borgarting lagmannsretts dom av 15. desember 2000, LB-1999-2678.

⁹⁴ Jfr. den daværende arbeidsmiljøloven § 23 og § 25 jfr. henholdsvis nåværende § 7-1 og § 6-1.

*må anse hele arbeidsgiverens organisasjon som èn virksomhet. ...”.*⁹⁵ Utgangspunktet er at hovedkontor og eventuelle underavdelinger anses å være den samme virksomheten. Dette taler for at gjengjeldelsesvernet gjelder i forhold til alle virksomhetens avdelinger. I praksis synes vernet mot gjengjeldelse likevel å være mest relevant i forhold til den enkelte avdeling. En arbeidstaker som varsler vil som regel varsle lederen eller sjefen ved den avdeling vedkommende er ansatt i. Rimelighetshensyn tilsier imidlertid at vernet mot gjengjeldelse gjelder hele virksomheten, herunder også alle underavdelinger. Dette vil også være mest hensiktsmessig sett i sammenheng med at regelen ikke skal kunne omgås, f.eks ved at sjefen eller lederen ved en annen avdeling skal kunne si opp arbeidstakeren som en reaksjon på varslingen.

Varsling er en del av spørsmålet om ansattes ytringsfrihet. Spørsmålet er imidlertid om vernet mot gjengjeldelse gjelder alle ytringer som arbeidstaker fremmer på egne vegne og som berører virksomheten der arbeidstakeren arbeider. Utgangspunktet er at ytringsfriheten gjelder alle ytringer som arbeidstaker fremmer på egne vegne og som berører virksomheten der arbeidstakeren arbeider.⁹⁶ I forarbeidene sies det at *”den ansatte må rette seg etter instruksjoner fra overordnede når det gjelder hva som skal uttales på vegne av virksomheten”*⁹⁷, jfr. arbeidsgivers styringsrett. Da styringsretten til arbeidsgiver bare gjelder overfor de ansatte i arbeidstiden taler dette for at vernet mot gjengjeldelse kun gjelder i forhold til opplysninger en blir kjent med ved arbeidsplassen. Rimelighetsbetraktninger taler også for at vernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver gjelder forhold relatert til vedkommende arbeidstakers arbeidsplass. Det vil også samsvare best med arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Dette innebærer imidlertid ikke at det er greit at arbeidsgiver trakasserer arbeidstaker utenfor arbeidsplassen eller henger vedkommende arbeidstaker ut i media, som f.eks i Valla/Yssen-saken der Valla går langt i sin karakteristikk av Yssen.

Vernet mot gjengjeldelse gjelder i forbindelse med forhold knyttet til arbeidsplassen.

⁹⁵ Se lagmannsretten bemerkninger.

⁹⁶ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 1.

⁹⁷ Innst. S.nr. 270 (2003-2004), side 103.

4.3.4 Når gjelder vernet mot gjengjeldelse?

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd første punktum sier at "... *arbeidstaker som varsler...*" vernes mot gjengjeldelse fra arbeidsgivers side. Ordlyden taler for at vernet mot gjengjeldelse bare gjelder i forhold til arbeidstakere som faktisk *har* varslet. Spørsmålet er imidlertid om også arbeidstakere som gir uttrykk for at de vil komme til å varsle også omfattes av gjengjeldelsesvernet. I arbeidsmiljøloven § 2-5 andre ledd følger det uttrykkelig at vernet mot gjengjeldelse etter første ledd også gjelder "... *arbeidstaker som gir til kjenne at retten til å varsle etter § 2-4 vil bli brukt, ...*". Dette tilsier at gjengjeldelsesforbudet også gjelder der arbeidstaker fremskaffer opplysninger, eller på andre måter fremmer at vedkommende vil kunne komme til å varsle dersom ikke forholdene ved arbeidsplassen endres. I praksis tilsier imidlertid dette at arbeidstaker allerede har varslet internt, og at arbeidstaker viser til at det f.eks vil bli varslet til tilsynsmyndighet dersom forholdene ikke endres, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-4 andre ledd siste punktum. Arbeidstaker kan i denne forbindelse ha gjort undersøkelser, tatt kopi av dokumenter eller true med å gå videre med saken dersom ikke de kritikkverdige forholdene endres.⁹⁸ En eventuell varsling benyttes med andre ord som et pressmiddel mot arbeidsgiver for at det skal bli ordnet opp i forholdene på arbeidsplassen. Av forarbeidene følger det at bestemmelsen bare verner lovlige handlinger, og arbeidstaker kan ikke drive "etterforskning" av hvorvidt det foreligger kritikkverdige forhold.⁹⁹ Dette innebærer at arbeidstaker f.eks ikke har rett til å gå inn i databaser eller sjekke e-post som strider mot personopplysningsloven.¹⁰⁰ Bevisbyrderegelen som følger av første ledd gjelder tilsvarende her. Det vil si at arbeidsgiver og arbeidstaker har delt bevisbyrde, jfr. drøftelsen om dette i punkt 4.3.2.

Vernet mot gjengjeldelse gjelder med andre ord både der arbeidstaker allerede har varslet og der arbeidstakeren signaliserer at det kan bli varslet.

4.3.5 Antitetisk tolkning av arbeidsmiljøloven § 2-5

Forbudet mot gjengjeldelse gjelder varsling som er innenfor lovens grenser etter § 2-4, jfr. ordlyden i arbeidsmiljøloven § 2-5 "...*som varsler i samsvar med § 2-4 ...*". Varsling som ikke skjer innenfor rammene av denne bestemmelsen, vil dermed i utgangspunktet falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Spørsmålet blir da om arbeidsgiver har rett til å

⁹⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53.

⁹⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53.

gjengjelde forhold som faller utenfor anvendelsesområdet til § 2-4, f.eks dersom varslingen fra arbeidstaker ikke tilfredsstiller kravet til forsvarlighet. Ordlyden i bestemmelsen, ”... *fremgangsmåten ved varsling skal være forsvarlig.*”, taler for at dersom varslingen ikke var forsvarlig vil ikke arbeidstaker være vernet mot gjengjeldelse. Forarbeidene er imidlertid klar på at bestemmelsen ikke skal tolkes antitetisk.¹⁰¹ Borgerud støtter også dette synspunktet.¹⁰² Rimelighetsbetraktninger taler også for at selv om arbeidstaker går utenfor forsvarlighetskravet ved varslingen, står ikke arbeidsgiver fritt til å kunne gjengjelde denne. Det skal med andre ord ikke være fritt frem for arbeidsgiver å gjengjelde ytringer som ligger utenfor ytringsfrihetens rammer. I tillegg må man se hen til at arbeidsgiver har lojalitetsplikt også i forhold til arbeidstakeren. Dette taler også mot at man kan tolke arbeidsmiljøloven § 2-5 utvidende.

Arbeidsmiljøloven § 2-5 kan ikke tolkes antitetisk.

4.4 Bestemmelsens rekkevidde, herunder forsvarlighetskravet

4.4.1 Innledning

Vernet mot gjengjeldelse i arbeidsmiljøloven § 2-5 forutsetter at varsling blir foretatt i samsvar med reglene i § 2-4, jfr. ordlyden i bestemmelsen. Arbeidstaker som varsler i strid med arbeidsmiljøloven § 2-4 vil i utgangspunktet ikke være vernet etter arbeidsmiljølovens bestemmelser. Det må derfor vurderes hvorvidt vilkårene for varsling i arbeidsmiljøloven § 2-4 er oppfylt eller ikke. Jeg vil imidlertid ikke gå i dybden her. Dette begrunnes med at oppgavens tema er gjengjeldelse, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-5. Jeg finner det likevel forsvarlig å si noe om § 2-4 da § 2-5 viser til arbeidsmiljøloven § 2-4.

4.4.2 Varslingsrettens omfang

Arbeidsmiljøloven § 2-4 regulerer ansattes varslingsrett i den virksomhet vedkommende arbeider. Av arbeidsmiljølovens bestemmelser følger det at retten til å varsle ikke kan ”... *fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt.*”, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9. Dette innebærer at arbeidsmiljølovens bestemmelser ikke kan

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53.

¹⁰² Ingeborg Moen Borgerud mfl., *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, side 387.

fravikes uten at det er hjemmel i lov for å gjøre det. Arbeidsmiljøloven er imidlertid en minimumslov, og dermed er det ikke noe i veien for å avtale noe som gir arbeidstakeren bedre vilkår enn det som følger av loven.¹⁰³ Bestemmelsen beskytter således mot at det kan avtales noe til skade for arbeidstakeren.

Utenom arbeidsmiljølovens regler om adgangen til å varsle, finner vi regler om f.eks taushetsplikt, ærekrenkelse i andre lover. Bestemmelsene i slike lover kan begrense retten til å varsle etter arbeidsmiljøloven. Som en følge av at varslingsretten bare kan begrenses ved lov, vil begrensninger som følger av avtale, instruks, reglement eller lignende være ulovlig.

I det følgende vil jeg gå nærmere inn på hva begrepet varsling innebærer.

4.4.3 Hva vil det si å varsle, grensen mellom ytring og varsling

Ordlyden ”varsle” i arbeidsmiljøloven § 2-4 sier ikke mye. Når man snakker om å varsle tilsier det at man sier ifra om noe. Spørsmålet i det følgende er hva det innebærer å varsle? Arbeidsmiljøloven § 2-4 sier at arbeidsgiver har rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold i virksomheten”. Ordlyden ”kritikkverdige forhold” tilsier at det må gjelde forhold av alvorlig art. Det kan f.eks være at arbeidsforholdene ved virksomheten ikke er å anse som forsvarlig. Forhold som anses som uforsvarlig vil f.eks være at det er svikt i sikkerhetsrutinene, taushetsplikten er brutt, det har skjedd miljøkriminalitet, mobbing, trakassering eller lignende. Ytringer vedrørende slike forhold er såpass alvorlig at det vil omfattes av bestemmelsen. Dette synet støttes av forarbeidene som nevner eksempler på hvilke forhold som kan omfattes av bestemmelsen. Det kan f.eks være straffesanksjonerte forhold, mislighold av andre lovbestemte påbud eller forbud eller brudd med virksomhetens etiske retningslinjer.¹⁰⁴ En arbeidstaker kan imidlertid uttale seg i forhold til budsjett- eller bemannings situasjonen ved den eventuelle sykehjemsinstitusjonen vedkommende arbeider ved uten at dette anses som varsling. Dette tilsier at ytringer av mer generell karakter omfattes av ytringsfriheten og dermed faller utenfor varslingsbegrepet. Det er videre på det rene at arbeidstakere har adgang til å delta i politisk virksomhet og fremsette politiske ytringer.¹⁰⁵

¹⁰³ Børre Pettersen, Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., med kommentarer, Oslo 2007, side 35.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

¹⁰⁵ Kyrre Eggen, ”Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker?”, Arbeidsrett 2004 nr. 01, side 2-23 (s. 16).

I henhold til arbeidsmiljølovens bestemmelser innebærer varsling at man sier ifra om kritikkverdige forhold ved arbeidsplassen.

Spørsmålet er imidlertid om arbeidstakers personlige etikk har betydning for hva som kan anses som varsling?

Det er på det rene at brudd med alminnelige etiske standarder i samfunnet omfattes av bestemmelsen.¹⁰⁶ I forhold til de alminnelige etiske standarder forutsettes det at det blant folk flest, og i samfunnet generelt, foreligger en forholdsvis bred enighet rundt oppfatningen av den etiske standarden. Dette støttes også blant annet av Borgerud som sier at en arbeidstakers egen oppfatning av hva som regnes som kritikkverdig kun ut i fra sitt politiske eller etiske standpunkt, ikke omfattes av arbeidsmiljøloven § 2-4.¹⁰⁷ Samfunnsmessige hensyn taler også for at en arbeidstakers egen oppfatning av hva som anses som kritikkverdige forhold på bakgrunn av personlige etiske oppfatninger ikke nødvendigvis er å anse som en varsling. Hver og en vil ha forskjellige oppfatninger og meninger, og det vil ikke være naturlig at den enkeltes oppfatning skal ha et vern som ”varsling” etter arbeidsmiljøloven. § 2-4. Det vil være en altfor vidtrekkende tolkning av bestemmelsen. Varslingsretten er et utslag av borgernes ytringsfrihet. Uavhengig av om ytringen er å anse som vernet av ytringsfriheten eller ikke må enhver uansett være berettiget til å være uenig i en beslutning som tas uten at dette skal anses som varsling. Varslingsbegrepet må avgrenses mot dette. Det må også avgrenses mot det å søke råd eller bistand fra kollegaer, tillitsvalgte, advokat eller andre i fortrolighet. Dette siste forutsetter på sin side at opplysningene som det søkes råd eller bistand i forbindelse med, ikke skal bringes videre.

Arbeidstakers personlige etikk er dermed ikke av betydning for hva som skal anses som varsling.

4.4.4 Fremgangsmåten ved varsling

Arbeidsmiljøloven § 2-4 andre ledd første punktum regulerer fremgangsmåten ved varsling. Formålet med forsvarlighetskravet er ikke å begrense retten til å varsle, men at det skal stilles visse krav til måten det varsles på.¹⁰⁸ Begrunnelsen for forsvarlighetskravet var at det skulle

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

¹⁰⁷ Ingeborg Moen Borgerud mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 380

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

være en sikkerhetsventil til vern av arbeidsgiver mot unødvendig skade og ulempe for dennes interesser.

Dersom man ser første og andre ledd i § 2-4 i sammenheng ser man at arbeidstaker alltid har rett til å varsle. Etter andre ledd i bestemmelsen er det imidlertid et spørsmål hvordan man skal gå frem ved selve varslingen. Ordlyden i bestemmelsen sier at fremgangsmåten ved varslingen skal være ”forsvarlig”.

Spørsmålet blir da hva som anses som en forsvarlig fremgangsmåte?

Av forarbeidene følger det at det skal svært mye til før arbeidstakers fremgangsmåte ikke er å anse som forsvarlig.¹⁰⁹ I innstillingen fra arbeids- og sosialkomiteen understrekes det at:

*”forsvarlighetsbegrepet i denne sammenhengen ikke må tolkes strengt og begrensende. Flertallet mener i denne sammenheng at når forsvarligheten av varslingen 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 virksomhetenes interne interesser”.*¹¹⁰

Dette støttes også i teorien.¹¹¹ Samfunnsmessige hensyn taler også for at arbeidstaker skal ha en vid skjønnsmargin for valg av fremgangsmåte ved varslingen. Dette for at hensikten med varslingsreglene skal kunne etterleves, og at arbeidstakeren skal kunne benytte seg av adgangen til å varsle uten frykt for represalier fra arbeidsgiveren. Denne muligheten vil være av stor betydning for arbeidstaker. Kravet til forsvarlighet ved varsling bør ikke tolkes for strengt. Dette begrunnes med at desto strengere kravet tolkes, jo vanskeligere blir det for arbeidstakeren å vurdere om kravet til forsvarlighet overholdes, herunder om varslingen blir beskyttet etter arbeidsmiljøloven § 2-4 og § 2-5.

Hva som anses som forsvarlig fremgangsmåte vil med andre ord avhenge av en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av den enkelte situasjon, jfr. også arbeidstakers lojalitetsplikt til arbeidsgiver. Momenter i vurderingen vil være om arbeidstakeren har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers interesser i forhold til måten det varsles på. Intern varsling vil som regel være forsvarlig. Forsvarlighetskravet skjerpes imidlertid ved varsling til media. Arbeidstakers

¹⁰⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

¹¹⁰ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 2.5.

¹¹¹ Ingeborg Moen Borgerud, Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 380/381.

ytring kan videre skade forholdet til virksomhetens kunder og samarbeidspartnere.¹¹² Dersom ytringen er egnet til å skade relasjonen til flere eller samtlige av kundene eller samarbeidspartnerne, vil dette selvfølgelig ha et større skadepostensiale enn dersom en enkelt kunde hadde blitt rammet.¹¹³ Arbeidstakers aktsomhet kan også komme i betraktning. Dette innebærer at det vil være tilstrekkelig dersom arbeidstakeren gjør det han eller hun kan for å bringe riktige fakta på bordet. Forutsatt at arbeidstakeren verken skjønnte eller burde skjønne at opplysningene var uriktig, vil dette være tilstrekkelig. Dette gjelder selv om det senere skulle vise seg at opplysningene var uriktig. Allmennhetens interesse for opplysningene er også et moment. Ytringsfrihetsvernet vil være sterkere dersom hensynene bak ytringsfriheten taler for at allmennheten burde får vite om forholdet. Det kan f.eks gjelde kriminelle forhold eller fare for liv eller helse.¹¹⁴

Generelt skal det svært mye til for at man skal kunne si at arbeidstakers fremgangsmåte ikke er forsvarlig.¹¹⁵

4.4.5 Er det et krav om intern varsling før andre muligheter benyttes?

Av ordlyden i varslingsbestemmelsene, arbeidsmiljøloven § 2-4 og § 2-5, kan det ikke utledes at det gjelder et krav om intern varsling først. Utgangspunktet er imidlertid at det skal varsles internt i virksomheten før andre kanaler benyttes. Dette fordi det er ønskelig at arbeidsgiver skal ha mulighet til å ordne opp i forholdene internt før ekstern varsling benyttes, slik at arbeidsmiljøet kan bevares. Intern varsling er særlig ønskelig i de tilfeller der det er utarbeidet interne rutiner for varsling. Med rutiner menes det prosedyrer utarbeidet for varsling og håndtering av kritiske ytringer i virksomheten. Rutinene er nedfelt som retningslinjer, reglementer, instruksjer, avtaler og lignende. For at disse skal kunne virke etter sin hensikt må arbeidstaker være informert om disse.

Det vil også være vanskeligere å statuere illojalitet dersom den interne veien, innad i bedriften eller Arbeidstilsynet eller annet offentlig kontrollorgan, er forsøkt uten resultat før offentlig

¹¹² Kyrre Eggen, "Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker?", Arbeidsrett 2004 nr. 01, side 2-23 (s. 12).

¹¹³ Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007, side 441.

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51, Henriette Nazarian. Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007, side 458/459.

¹¹⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

varsling, til media f.eks benyttes. Ved offentlig varsling vil det legges stor vekt på om det har vært forsøkt varslet internt først.¹¹⁶

I utgangspunktet er det et krav om intern varsling før andre muligheter benyttes.

Spørsmålet er imidlertid om det alltid kan kreves at det varsles internt først?

Ordlyden er taus. Av forarbeidene følger det for det første at det ikke kan kreves intern varsling først i de tilfeller der opplysningene gjelder kriminelle eller andre alvorlige forhold.¹¹⁷ I slike tilfeller kan det f.eks være behov for å handle raskt på grunn av fare for bevisforspillelse. Intern varsling vil da være uhensiktsmessig. Det ikke kan heller ikke kreves at arbeidstaker skal varsle internt først i de tilfeller det er grunn til å tro at intern varsling vil være uhensiktsmessig. Ordlyden ”grunn til å tro” taler for at det må være en berettiget mistanke om at en gjengjeldelse vil kunne skje. En slik berettiget mistanke kan arbeidstakeren f.eks ha ut fra hvordan det generelle ytringsklimaet på arbeidsplassen er, eller fordi andre kollegaer tidligere har blitt utsatt for gjengjeldelser etter at de har varslet. Rimelighetshensyn taler også for at det ikke kan kreves intern varsling først dersom det er behov for å handle raskt, f.eks ved fare for bevisforspillelse eller fare for liv eller helse.

Forhold av allmenn interesse kan også være av betydning. Generelt gjelder det at jo større interesse ytringen har for allmennheten eller jo alvorligere forhold man ønsker å melde fra om, desto mer berettiget er arbeidstaker til å uttale seg.¹¹⁸ Allmennheten bør uansett få vite om kriminelle forhold ved en virksomhet, som f.eks der en bedrift jukser med fakturaer eller regnskapet generelt.¹¹⁹ Opplysninger av en slik karakter er så alvorlige at arbeidstaker ikke trenger å si fra internt først.¹²⁰ I denne forbindelse kan det også tenkes en forskjell mellom offentlig og privat sektor. Utgangspunktet er at allmennhetens behov for å føre kontroll først og fremst gjelder offentlig sektor. Offentlig varsling om kritikkverdige forhold som kan forsvares til fordel for allmennhetens interesse, bør ha et sterkere vern enn andre ytringer. I forhold til personkonflikter i arbeidsforhold er utgangspunktet at de ikke er av allmenn interesse, herunder heller ikke kjente personers personlige forhold. Dette gjelder selv om det

¹¹⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 51.

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 17.

¹¹⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 41.

¹²⁰ Jfr. ytringsfrihetsvernet som styrkes ved ytringer av allmenn interesse.

dreier seg om kritikkverdige forhold.¹²¹ Valla/Yssen-saken verserte i organisasjonen LO. LO er en organisasjon som har til formål å ivareta arbeidstakernes interesser på norske arbeidsplasser. Sakens kjerne var hvorvidt lederen for LO hadde respektert arbeidsmiljøloven og kravene til forsvarlig omgangsform i arbeidslivet. På bakgrunn av at LO er Norges største og mest innflytelsesrike arbeidstakerorganisasjon¹²² vil det være av stor betydning for allmennheten å få innsikt i denne saken.

Intern varsling er ønskelig, men det kan ikke stilles krav om intern varsling før andre muligheter benyttes.

4.4.6 Gjelder forsvarlighetskravet alle former for varsling?

I utgangspunktet gjelder varslingsreglene enhver form for varsling, både internt og eksternt. Hvordan forsvarlighetskravet nærmere skal forstås vil imidlertid avhenge av om arbeidstaker varsler internt, til offentlige myndigheter eller til media. I det følgende vil jeg gå litt nærmere inn på forsvarlighetskravet i forhold til hvordan man varsler.

Ved intern varsling vil det så godt som alltid være forsvarlig, jfr. § 2-4.¹²³ Arbeidstakeren må likevel passe på å ikke gå frem på en måte som er trakasserende eller som er en unødvendig belastning for arbeidsmiljøet. En unødvendig belastning for arbeidsmiljøet vil det f.eks være dersom det fremmes grunnløse påstander rettet mot kollegaer. Det samme gjelder dersom forhold som er avsluttet og ryddet opp i for lenge siden tas opp igjen.

Etter arbeidsmiljøloven § 2-4 andre ledd andre punktum følger det at arbeidstaker alltid har rett til å varsle ”i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling”. Arbeidstakers varslingsplikt følger f.eks av arbeidsmiljøloven § 2-3. Plikten til å varsle kan videre følge av avtale, forskrift eller instruks utarbeidet for virksomheten. Varsling i samsvar med varslingsplikt vil alltid være rettmessig. Varsling kan videre gjøres i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling, jfr. ordlyden i § 2-4. Såfremt virksomheten har utarbeidet

¹²¹ Jfr. Ingeborg Moen Borgerud, *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, som uttaler på side 385 at det bør unngås at opplysninger som kun er av intern eller personlig interesse, blir et tema som kommer ut og drøftes på den offentlige arena. Som f.eks interne personkonflikter slik som i Valla/Yssen-saken.

¹²² Se http://www.lo.no/portal/page/portal/LONO/PAG_NOR_DYN/PAG_NOR_GLOBALSIDE?p_d_i=141&p_d_c=%20&p_d_v=2602.

¹²³ Jfr. Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 40.

rutiner for varsling, vil varsling i samsvar med disse alltid være rettmessig, se arbeidsmiljøloven § 3-6.

Det kan også varsles til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter i samsvar med § 2-4 andre tredje punktum. Eksempel på slike myndigheter er Arbeidstilsynet, Riksrevisjonen, Økokrim, Datatilsynet, Helsetilsynet og Konkurransetilsynet. Varsling til en av disse myndighetene vil alltid være lov. Spørsmålet er imidlertid om forsvarlighetskravet gjelder tilsvarende her. Ordlyden ”*uansett rett til å varsle*” i arbeidsmiljøloven § 2-4 andre ledd andre punktum taler for at det ikke gjelder et forsvarlighetskrav. Forarbeidene er uklar på dette punkt. Ulovfestede regler sier at adgangen til å si ifra til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter er betydelig videre enn annen ekstern varsling.¹²⁴ Departementet legger videre til grunn at tilsynsorganene uansett klarer å ”sile ut” useriøse henvendelser, og behandle henvendelsene på en forsvarlig måte.¹²⁵ Dette tilsier at det ikke gjelder et forsvarlighetskrav her. Det følger imidlertid av forarbeidene at det vil være rimelig å kreve at arbeidstaker skal ha et visst grunnlag for sin påstand om kritikkverdige forhold.¹²⁶ Nazarian mener at valg av ordlyd trolig er utformet slik for å presisere at arbeidstaker som har grunn til å tro at det foreligger kritikkverdige forhold alltid har rett til å varsle tilsynsmyndigheter, uten å varsle internt først.¹²⁷ Samlet støtter dette opp om at det er et forsvarlighetskrav også ved varsling til slike myndigheter. Etter min mening vil dette også være hensiktsmessig.

Forsvarlighetskrav gjelder ved varsling i samsvar med arbeidsmiljøloven § 2-4.

Arbeidstaker har også muligheten til å varsle media eller på andre måter gjøre opplysningene om de kritikkverdige forholdene tilgjengelig for allmennheten. Spørsmålet er om det gjelder et tilsvarende forsvarlighetskrav ved offentlig varsling?

Arbeidsmiljøloven § 2-4 regulerer ikke adgangen til offentlig varsling. Med offentlig varsling menes f.eks varsling til media, legge ut informasjon på hjemmeside, e-post til mottakere utenfor virksomheten og lignende.¹²⁸ Denne formen for varsling vil lettere spre informasjon til en stor mottakerkrets uten at arbeidstakeren verken har oversikt eller kontroll over hvem opplysningene er tilgjengelige overfor. Skadepotensialet vil være tilsvarende stort. Dette tilsier at adgangen til å varsle må være snevrere her enn ved intern varsling og varsling til

¹²⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 40.

¹²⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 40.

¹²⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 40.

¹²⁷ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007, side 447.

¹²⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 40.

tilsynsmyndigheter f.eks. På bakgrunn av skadepotensialet, og at offentlig varsling ikke er særskilt lovregulert tilsier det en ytterligere skjerping av forsvarlighetskravet.

Forsvarlighetskravet gjelder også ved offentlig varsling og annen opplysning til allmennheten.

Det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at varslingen har skjedd i strid med denne bestemmelsen, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-4 tredje ledd

4.4.7 Kort om øvrige momenter i forsvarlighetsvurderingen

Arbeidstakere har etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 fri rett til å ytre seg på egne vegne. Lojalitetsplikten til arbeidsgiver kan imidlertid begrense ytringsfriheten. I det følgende vil jeg drøfte enkelte momenter som er relevant ved en konkret vurdering av lojalitetsplikten og hvilke ytringer som beskyttes av ytringsfriheten. Momentene har særlig relevans i forhold til ekstern varsling, idet intern varsling normalt anses som lojalt.¹³³

4.4.7.1 Skade på arbeidsgivers interesser

Et minstekrav for at en ytring skal kunne anses å være illojal, er at den skader arbeidsgivers interesser.¹³⁴ I denne sammenheng kan det spørres om det er tilstrekkelig at det foreligger en risiko for skade eller om skade må påvises. Ytringsfrihetskommisjonen sier at det vil samsvare best med ytringsfriheten dersom lojalitetsplikten begrenses til ytringer som ”*påviselig unødvendig skader arbeidsgiver*”, anses som illojale ytringer.¹³⁵ Det vil si at ikke enhver ytring fra arbeidstakers side anses som illojal. Dette synet støttes også av rettspraksis. En dom fra Gulating lagmannsrett tyder på at skade må påvises.¹³⁶ Denne saken omhandlet en kokk ombord i supply-fartøy som skrev leserinnlegg i en avis med kritikk av rederiets disposisjon av fartøyer bl.a i julehelgen. Lagmannsretten sier i dommen at innholdet i leserinnlegget fremstår som en privat ytring om misnøye knyttet til en nærmere angitt hendelse, og ”*kan ikke ses å inneholde noen generell kritikk av Statoils måte å operere*

¹²⁹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006), side 41.

¹³⁰ Ot.prp.nr.84 (2005-2006), side 41.

¹³¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006), side 17.

¹³² Ot.prp.nr.84 (2005-2006), side 52.

¹³³ NOU 2004: 5, side 445.

¹³⁴ Kyrre Eggen, Arbeidsrett – 2004, nr. 1, ”Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker”, side 12.

¹³⁵ NOU 1999: 27, punkt 6.2.4.1.

¹³⁶ Gulating lagmannsretts dom av 5. mars 2002, LG-2001-591, publisert i RG 2002 s. 780.

fartøyene på. På den bakgrunn fremstår det som lite sannsynlig at ytringen på noen vesentlig måte skulle kunne ha skadelig innvirkning på forholdet generelt mellom rederiet og Statoil.”¹³⁷ I utgangspunktet er det tilstrekkelig med risiko for skade for at en ytring skal kunne anses som illojal. Rimelighetshensyn taler imidlertid for at ikke enhver risiko for skade bør anses som illojal.¹³⁸ Ytringen må ha sammenheng med virksomhetens aktiviteter eller formål for å kunne skade arbeidsgivers interesser og dermed være illojal. En ansatt i en kristen organisasjon bør ikke uttale seg på en måte som fremstår som om vedkommende er motstander av kristendommen som religion. Ytringsfriheten bør imidlertid ikke begrenses helt. Forarbeidene nevner at det må skilles mellom ytringer arbeidstaker foretar i forhold til eget arbeidsfelt, og ytringer som ikke angår arbeidstakers arbeidsplass eller arbeidsfelt.¹³⁹

4.4.7.2 Arbeidstakers stilling eller posisjon

Ved vurderingen av om lojalitetsplikten er brutt må det legges vekt på stillingens karakter til den som uttaler seg. Generelt gjelder det at jo høyere opp i hierarkiet ved virksomheten en person er, desto strengere krav stilles til lojaliteten.¹⁴⁰ Dette begrunnes med at en arbeidstaker i en ledende stilling vil ha større tilgang til opplysninger, bedre innflytelse i virksomheten og vil lettere få gehør for sine uttalelser.¹⁴¹ Av forarbeidene følger det at det må skilles mellom politisk pregede rådgivnings-, utrednings- og ledelsesoppgaver og faglig pregede oppgaver.¹⁴² En departementsråd vil f.eks neppe kunne uttale seg til media om saker vedkommende arbeider ved, på tvers av rådende politiske beslutninger.¹⁴³ Ansatte ved universitet og høyskoler har f.eks på den andre siden en særlig vid ytringsfrihet i forhold til faglig og politisk debatt.¹⁴⁴ Stillingens karakter til den enkelte taler her for utstrakt ytringsfrihet. Forholdene legges til rette for at de ansatte kan delta i samfunnsdebatten, jfr. lov om universiteter og høyskoler § 1-3 litra d og f.¹⁴⁵

¹³⁷ Jfr. 2. og 3. avsnitt i lagmannsrettens bemerkninger.

¹³⁸ Jfr. Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 17.

¹³⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 17.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 18.

¹⁴¹ Ingeborg Moen Borgerud, *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, side 377.

¹⁴² Ot.prp.nr. 84(2005-2006), side 18.

¹⁴³ Ingeborg Moen Borgerud mfl., *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, side 377.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 18.

¹⁴⁵ Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler.

Arbeidstakers stilling vil uansett ikke ha betydning for de hensyn som begrunner ytringsfriheten. Enhver arbeidstaker har rett til sannhetssøken og selvtutfoldelse.¹⁴⁶

4.4.7.3 Arbeidstakers motiv

Motivet for arbeidstakerens varsling vil være av sentral betydning for vurderingen av hvorvidt atferden er klanderverdig eller ikke. Arbeidstakers varsling må være motivert av god vilje og ikke ren egennytte. Dette innebærer at dersom varslingen er motivert ut fra et ønske om å henge ut arbeidsgiveren vil den lettere anses for å være illojal enn dersom ytringen f.eks var motivert ut fra et ønske om å forbedre situasjonen på arbeidsplassen. Den tidligere nevnte Siemens-dommen kan illustrere her.¹⁴⁷ Jeg viser til min fremstilling av saken i innledningen, punkt 1.1.

I en annen underrettsavgjørelse fant retten at arbeidstakers motiv for å fremsette ytringen var å styrke sin egen posisjon.¹⁴⁸ En journalist som jobbet i P4 ble oppsagt. Journalisten hadde fortalt en av frilanserne tilknyttet radiostasjonen om en konflikt mellom P4 og Norsk Journalistlag. Journalisten uttrykte videre at han var ukjent med hvilke konsekvenser konflikten kunne få for frilanserens videre engasjement for P4. Lagmannsretten fant at ytringene var fremsatt for å styrke hans posisjon i forhold til sin arbeidsgiver i et forsøk på å gjøre det vanskeligere for arbeidsgiveren å skaffe frilansere som kunne ta oppgaver journalisten selv var interessert i. På bakgrunn av dette fant retten at journalisten som arbeidstaker hadde opptrådt illojalt i forhold til sin arbeidsgiver P4. Lojalitetsplikten overfor arbeidsgiver må gå foran i slike tilfeller.

Det styrkede vernet av ytringsfriheten i Grunnloven § 100 og de hensyn som ligger bak ytringsfriheten tilsier at en bør være varsom med å tillegge arbeidstakerens motiv for stor vekt.¹⁴⁹ Eggen sier også at man bør være tilbakeholden med å vektlegge ytrereens hensikt ved vurderingen av om ytringen er beskyttet av ytringsfriheten.¹⁵⁰ Dette begrunnes med at fokus på ytrereens hensikt vil ta oppmerksomheten bort fra hensynet til allmennhetens behov for å

¹⁴⁶ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007, side 445.

¹⁴⁷ Oslo tingrett 29. september 2005, TOSLO-2004-99016, anket til Borgarting lagmannsrett, LB-2005-83871.

¹⁴⁸ Jfr. *Gulathing lagmannsrett*, LG-2005-86158.

¹⁴⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 20.

¹⁵⁰ Kyrre Eggen, "Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker.", *Arbeidsrett* 2004 nr. 01, side 2-23 (s. 15).

motta slike opplysninger. Eggen sier imidlertid at det er nærliggende å fokusere på den handlendes motiv i vurderingen av om en ytring illojal eller ikke.¹⁵¹

4.4.7.4 Faktaopplysninger vs. subjektive meninger

Utgangspunktet er at ytringsfriheten står sterkt når det gjelder meningsytringer.¹⁵² Dette gjelder imidlertid bare så lenge det er saklig hold for innholdet i opplysningene.¹⁵³

Spørsmålet er om det er grunn til å skille mellom faktaytringer og subjektive ytringer i forhold til lojalitetsvurderingen?

Hensynet til arbeidsgivers interesser i forhold til arbeidstakers ytringsfrihet, tilsier at spørsmålet vil være relevant her. I utgangspunktet vil arbeidstakers subjektive ytring medføre mindre risiko for skade på arbeidsgivers interesser enn en ytring om faktiske forhold. Dette begrunnes med at mottakeren av opplysningen i større grad har mulighet for selv å danne seg en mening om ytringen. I motsetning til en ytring om faktiske forhold som vil fremstå som sannheten og dermed kan medføre større skade på arbeidsgivers interesser. Samlet taler dette for at kravet til lojalitet er strengere ved faktiske ytringer enn ved subjektive ytringer.¹⁵⁴ Det er grunn til å skille mellom faktaytringer og subjektive ytringer ved lojalitetsvurderingen.

4.4.7.5 Allmenn interesse

Hensynet til allmennheten er generelt en omstendighet som taler for stor ytringsfrihet for ansatte. Generelt kan man si at jo større interesse ytringen har for allmennheten eller jo alvorligere forhold man ønsker å si ifra om, jo mer berettiget er arbeidstakeren til å ytre seg.¹⁵⁵ Det kan f.eks være forhold vedrørende korrupsjon, trussel for liv eller helse, miljøkriminalitet og lignende. Annerledes kan det stille seg dersom ytringen gjelder personkonflikter på arbeidsplassen, slik som f.eks i Valla/Yssen-saken. I den forbindelse viser jeg til det jeg har sagt om dette i punkt 4.4.5.

¹⁵¹ Kyrre Eggen, "Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker.", Arbeidsrett 2004 nr. 01, side 2-23 (s. 15).

¹⁵² Jfr. Rt. 1994 s. 506 på side 516 der det uttales: "Hensynet til ytringsfriheten står særlig sterkt når det gjelder meningsytringer".

¹⁵³ Innst.S.nr. 270 (2003-2004), punkt 4.11.

¹⁵⁴ St.mld.nr. 26 (2003-2004), side 103.

¹⁵⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 17.

Ved personkonflikter gjelder det generelt at ytringsfriheten ikke står like sterkt, da ytringen faller utenfor grunnlovsvernet i Grunnloven § 100 tredje ledd.

4.4.7.6 Brudd på lovfestet taushetsplikt

Ytringsfrihet er som nevnt utgangspunktet. Begrensninger i denne krever et særlig grunnlag. Et slikt særlig grunnlag kan f.eks følge av ulovfestede regler, avtale eller av lovgivning. Dersom arbeidstakeren har ytret seg i strid med lovfestet taushetsplikt, vil dette som regel regnes som en illojal opptreden i forhold til sin arbeidsgiver.¹⁵⁶ Reglene om taushetsplikt i offentlig forvaltning setter imidlertid i utgangspunktet grenser for hva tjenestemenn og andre har adgang til å meddele videre. Etter min mening taler også hensynet bak reglene om taushetsplikt for at taushetsplikten må vike for de offentlige interessene i å avdekke og bekjempe ulovlig, moralsk eller annen utilbørlig aktivitet.¹⁵⁷

4.4.7.7 Aktsom god tro

I kravet til at arbeidstaker skal være i aktsom god tro i forhold til sine ytringer legger jeg at vedkommende skal ha et forsvarlig grunnlag for dem. Ytringene må være holdbare med hensyn til de faktiske forhold.¹⁵⁸ Forarbeidene påpeker i denne forbindelse at mindre unøyaktigheter ikke kan være avgjørende. På den andre siden må man kunne kreve at arbeidstakeren til en viss grad har sjekket at ytringene har rot i virkeligheten. Dette ble poengtert av Høyesterett bl.a i Rt. 2003 s. 614, ”Telenordommen”. Denne saken omhandlet en arbeidstakers krav på erstatning etter avskjed som følge av påstått illojal atferd. Avskjedigelsen hadde sin bakgrunn i en e-post der arbeidstaker hadde kommet med kritikk og rettet alvorlige beskyldninger mot en av arbeidsgiverens kunder. I dommen sies det også at arbeidstakeren ikke hadde søkt å begrunne at beskyldningene var berettiget.¹⁵⁹ Selv om Høyesterett åpnet for at ansatte kunne fremme kritiske ytringer, ble beskyldningene ansett for å ligge utenfor hva som kunne godtas. Der arbeidstaker fremsetter påstander uten god grunn, vitner dette om manglende lojalitet.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 18.

¹⁵⁷ Se St. meld.nr. 26 (2003-2004), side 105.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 19.

¹⁵⁹ Jfr. Rt. 2003 s. 1614, avsnitt 42.

¹⁶⁰ Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007, side 453.

Arbeidstakere kan ikke i samsvar med yttingsfriheten være vernet mot at arbeidsgiver reagerer mot ytringer rettet mot andre ansatte ved virksomheten. Særlig i de tilfeller der det er snakk om ytringer rettet mot medarbeidere om alvorlige straffbare forhold som ikke har grunnlag i virkeligheten, slik tilfellet var i den nevnte dommen i Rt. 2003 s. 614.

Dersom man ser dette i sammenheng med det som følger av Grunnloven § 100 om ansattes yttingsfrihet, kan man likevel ikke stille for strenge krav til aktsomhet og dokumentasjon av ytringene. Dette vil også samsvare best sett hen til rimelighetshensyn. Dersom det stilles krav om at uttalelser må være helt korrekte, vil det kunne være en enda større risiko for arbeidstakeren å komme med kritikk. Det vil kunne resultere i at flere vil avstå fra å komme med kritikk. Det rimelige vil være at kravet til aktsomhet må vurderes i forhold til hva arbeidstakeren burde visst ut fra sin stilling eller opplysningens karakter på det tidspunkt uttalelsene ble gitt.¹⁶¹

4.4.7.8 Hensiktsmessig virkemiddel ved selve varslingen

Utgangspunktet ved varslingen er at fremgangsmåten skal være forsvarlig, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-4. Det skal med andre ord være forholdsmessighet mellom fremgangsmåte og det forhold det varsles om. Forarbeidene sier at en offentliggjøring kun skal være et virkemiddel for at forholdene ved virksomheten skal endres.¹⁶² Selv om arbeidstaker kan dokumentere kritikkverdige forhold, skal det likevel ikke være noen automatikk i at vedkommende blir ansett å stå fritt til å varsle offentlig om dette. Offentliggjøringen kan på sin side få fortgang i prosessen, og være et effektivt virkemiddel. Det kan imidlertid ikke forventes at det faktisk skjer endringer.¹⁶³

4.4.8 Hvem har bevisbyrden etter arbeidsmiljøloven § 2-4?

Arbeidsmiljøloven § 2-4 regulerer i tredje ledd hvem som har bevisbyrden for at varslingen har vært forsvarlig. Her følger det uttrykkelig av ordlyden at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at varslingen har vært i strid med bestemmelsens første og andre ledd. Det vil si at dersom en arbeidsgiver mener at arbeidstakeren ikke har varslet på riktig måte, må han føre bevis for dette. Det må f.eks føres bevis for at arbeidstaker forstod eller burde forstått at

¹⁶¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 19.

¹⁶² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 20.

¹⁶³ Jfr. Ot.prp.nr.84 (2005-2006), side 20.

en påstand om korrupsjon var uriktig. På samme måte må arbeidsgiver føre bevis for at arbeidstaker ved relativt enkle undersøkelser kunne ha brakt den egentlige situasjonen på det rene. Pettersen begrunner dette med at det er arbeidsgiver som skal begrunne eventuelle begrensinger i yringsfriheten, og ikke arbeidstaker som skal begrunne retten til å varsle.¹⁶⁴ Bevisbyrdereglen henger med andre ord sammen med prinsippet i Grunnloven § 100 om at det er innskrenkninger i yringsfriheten som må begrunnes.

4.5 Virkninger av at gjengjeldelse har funnet sted

4.5.1 Innledning

Bestemmelsens hovedformål er å motvirke at arbeidstaker skal unnlate å varsle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen i frykt for gjengjeldelse fra arbeidsgiveren. Dersom bestemmelsen ikke overholdes kan arbeidstaker forvente seg sanksjoner.

4.5.2 Oppreisning og erstatning

Etter arbeidsmiljøloven § 2-5 tredje ledd kan ”*Den som er blitt utsatt for gjengjeldelse*” kreve oppreisning. Det første spørsmålet er hvem som kan kreve oppreisning og erstatning. Ordlyden viser tilbake på første og andre ledd, dette taler for at det er arbeidstaker som kan kreve oppreisning. Forutsetningen for krav om oppreisning er imidlertid at det foreligger en gjengjeldelse fra arbeidsgiveren som strider mot reglene i første og andre ledd i bestemmelsen. Det vil si at arbeidstaker som har varslet, eller det er grunn til å tro at vil komme til å varsle, i samsvar med regelen i § 2-4, kan kreve oppreisning. Ordlyden sier videre at ”*oppreisning [kan kreves]¹⁶⁵ uten hensyn til arbeidsgivers skyld*”. Oppreisning kan med andre ord kreves uavhengig av om det er lidt et økonomisk tap, og skal være en slags økonomisk kompensasjon for den belastning han eller hun er blitt utsatt for. Arbeidstaker trenger ikke dokumentere noe økonomisk tap eller påvise klanderverdige forhold på arbeidsgivers side. Beløpet til oppreisning beregnes av retten ”... *under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig*”. I vurderingen av hvorvidt det skal gis oppreisning og eventuelt hvor mye, skal det legges vekt på alvorlighetsgraden og ulovligheten av gjengjeldelsen.¹⁶⁶ Forhold på arbeidstakerens side kan også trekkes inn her. Arbeidsgiver kan

¹⁶⁴ Børre Pettersen, Kommentarutgave til arbeidsmiljøloven, Oslo 2007, 2.utgave, s.46

¹⁶⁵ Min tilføyelse.

¹⁶⁶ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 53.

med andre ord bli objektivt ansvarlig for et ikke-økonomisk tap på bakgrunn av en ulovlig gjengjeldelse.

Krav om oppreisning tar ikke hensyn til om det er lidt et økonomisk tap, spørsmålet blir da om man er hindret fra å kreve et økonomisk tap dekket?

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 2-5 tredje ledd siste setning er klar her, ”*Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige regler.*”. Dette innebærer at dersom arbeidstakeren har lidt et økonomisk tap, kan vedkommende i tillegg til oppreisning kreve erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler.¹⁶⁷ Dette forutsetter imidlertid at arbeidstaker kan dokumentere inntektstap eller lignende, og at det kan påvises klanderverdige forhold fra arbeidsgivers side. For å kunne få erstatning etter de alminnelige erstatningsreglene kreves det med andre ord at arbeidsgiver har handlet forsettlig eller uaktsomt, at det er lidt et økonomisk tap og at arbeidstaker kan påvise en årsakssammenheng mellom tapet og arbeidsgivers handling.

Hvilke praktiske konsekvenser kan en lovstridig gjengjeldelse få for arbeidstakeren?

Rent bortsett fra det økonomiske vil virkningen av det lovfestede vernet mot gjengjeldelse i praksis f.eks innebære at en arbeidstaker som mister jobben på grunnlag av usaklig oppsigelse har rett til å få jobben sin tilbake. Oppsigelsen skal med andre ord kjennes ugyldig dersom retten finner at oppsigelsen av arbeidstakeren er usaklig.

Ved lovstridig oppsigelse, avskjed, eller suspensjon har arbeidsgiver videre et objektivt erstatningsansvar, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd, § 15-13 fjerde ledd, § 15-14 fjerde ledd. Dette innebærer at arbeidstaker kan kreve erstatning uavhengig av arbeidsgivers skyld.

4.6 De lege ferenda vurdering

De nye varslingsreglene danner et rammeverk for retten til å varsle, og utfordringen kan se ut til å være å endre holdningen til det å varsle. For at de nye lovreglene skal fungere i praksis må de praktiseres innad i bedriften. Det virker som det hersker en oppfatning om at varsling er en form for sladring, og av den grunn kvier mange seg for å si ifra. Virkningen blir da at det er få arbeidstakere som tyr til denne formen å si ifra på. For å endre denne holdningen til

¹⁶⁷ Ingeborg Moen Borgerud mfl., *Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Oslo 2007, side 388.

varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten må å det legges til rette for varsling. Dette kan gjøres ved at det utarbeides varslingsrutiner internt i den enkelte virksomhet.

I praksis kan det imidlertid se ut som avdekkingen og medieomtalen av Valla/Yssen-saken har gjort det mer legitimt å melde fra om mobbing på jobben.¹⁶⁸ I følge svartjenesten til Arbeidstilsynet har terskelen for å søke hjelp blitt lavere. Etter at Valla/Yssen saken ble kjent i media har antall henvendelser om mobbing på arbeidsplassen økt med nærmere 60 % i år, dvs. 2007. Også Arbeidslivstelefonen hos Mental helse har opplevd en økning i antall henvendelser.¹⁶⁹ Dette tyder på at Valla/Yssen-saken har ført til at flere våger å ta opp et emne som mange kvier seg for å snakke om. Samlet tyder dette på at virkningen av de nye varslingsreglene har begynt å vise seg.

I det følgende skal jeg ta for meg arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling på arbeidsplassen.

5. Arbeidsgivers plikt til å legge forholdene til rette for varsling etter arbeidsmiljøloven § 3-6

5.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven, § 3-6 innebærer en plikt for arbeidsgiveren til å vurdere om det er behov for å legge forholdene til rette for varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten. I det følgende skal jeg gå litt nærmere inn på hva denne plikten består i.

5.2 Hvilke tiltak plikter arbeidsgiver å sette i verk?

Arbeidsmiljøloven § 3-6 sier at *”Arbeidsgiver skal, ..., utarbeide rutiner for varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten ... dersom forholdene i virksomheten tilsier det”*. Ut fra ordlyden *”dersom forholdene tilsier det”* synes det som at arbeidsgiver plikter å vurdere om det er behov for å sette i verk tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling i virksomheten.

¹⁶⁸ Dagbladet 10. desember 2007, <http://www.dagbladet.no/nyheter/2007/12/10/520732.html>.

¹⁶⁹ Se <http://www.dagbladet.no/nyheter/2007/12/10/520732.html>.

Dette synet støttes også av forarbeidene.¹⁷⁰ Reelt sett vil det at det er utarbeidet rutiner for varsling også bidra til større åpenhet og kommunikasjon internt på arbeidsplassen. Det vil også kunne bidra til å senke terskelen for å varsle, og man vet hva man har å forholde seg til.

Behovet for varslingsrutiner må vurderes opp mot helse, miljø, og sikkerhet i virksomheten, jfr. ordlyden ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet, ...” i § 3-6 jfr. og så arbeidsmiljøloven § 3-1. Hvorvidt det er behov for tiltak vil avhenge av risikoforholdene og av ytringsklimaet i virksomheten.¹⁷¹ Ordlyden ”... utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold...” i § 3-6 tilsier at det skal foretas en risikovurdering både i forhold til helse-, miljø og sikkerhet og i forhold til risikoen ellers i virksomheten. Risikovurderingen kan f.eks gjelde i forhold til muligheten for at det f.eks blir begått ulovlig forurensing eller korrupsjon. Av forarbeidene fremgår det at det ikke er nødvendig at det foreligger konkrete mistanker om kritikkverdige forhold eller at det har vært konkrete situasjoner som har vist at det er behov for at det gjøres noe med varslingsrutinene.¹⁷² I de fleste tilfellene der det er behov for tiltak vil det også være naturlig at det utarbeides rutiner for varsling. Med ”rutiner” menes det ulike former for retningslinjer, instruksjer, reglementer eller lignende.¹⁷³ Rutinene skal videre angi når det skal varsles, virksomhetens etiske normer, hvem det skal varsles til, om det er lagt til rette for anonym varsling osv. Vigerust sier også at rutinene bør være skriftlige, tilgjengelige og gjort kjent for alle de ansatte.¹⁷⁴

Arbeidsgivers lovbestemte plikt til å utarbeide varslingsrutiner er avgrenset til bare å gjelde intern varsling. Dette begrunnes med at arbeidsgiver ikke plikter å legge til rette for at arbeidstaker skal kunne gå ut til andre med opplysninger vedrørende virksomheten.¹⁷⁵

Denne bestemmelsen viser at den viktigste innsatsen for å styrke den reelle ytringsfriheten til ansatte må gjøres lokalt ved den enkelte virksomhet. En lovfestet plikt som denne fungerer da

¹⁷⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 54.

¹⁷¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 54.

¹⁷² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 54.

¹⁷³ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 54, Ingeborg Moen Borgerud mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Oslo 2007, side 388.

¹⁷⁴ Elisabeth Vigerust, ”Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven”, Arbeidsrett 2007 nr. 02, side 103-118 (s. 114), Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 54.

¹⁷⁵ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 2.3.

som et insitament for arbeidsgivere, arbeidstakere og tillitsvalgte til å sette spørsmålet om ytringsfrihet på dagsorden.¹⁷⁶

Det følger også av arbeidsmiljøloven § 2-1 at *”Arbeidsgiver skal sørge for at bestemmelsene gitt i og i medhold av denne lov blir overholdt”*. Forarbeidene sier også at det er *”et grunnleggende og uomtvistet prinsipp i norsk arbeidsliv at arbeidsgiver har hovedansvaret for at lovens krav etterleves”*.¹⁷⁷

I tillegg til at arbeidsgiver har det overordnede ansvar på arbeidsplassen, har arbeidstaker en tilsvarende medvirkningsplikt, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-3. Arbeidstakerens mer konkrete plikter kan anses som et bidrag for å opprettholde arbeidsgiverens overordnede ansvar for arbeidsmiljøet. I arbeidsmiljøloven § 2-3 andre ledd følger arbeidstakerens spesifikke medvirkningsplikter.

5.3 Kan arbeidstaker varsle anonymt?

En rett til anonym varsling kan tenkes å være en beskyttelse mot arbeidstaker som varsler i seg selv. Arbeidsmiljølovens bestemmelser sier ikke noe om hvorvidt en arbeidstaker kan være anonym ved varslingen eller ikke. Dette tilsier at det ikke er noe i veien for at det kan varsles anonymt. Åpenhet rundt varslingen vil på den andre siden normalt sikre en bedre saksgang for alle parter. Arbeidstakeren får komme med forklaringer rundt det vedkommende mener er kritikkverdige forhold, og arbeidsgiveren får en mulighet til å imøtekomme denne kritikken ved muntlig konfrontasjon. Resultatet vil muligens også bli bedre desto større åpenhet det er rundt forholdet. Et moment som kan tale for anonym varsling er imidlertid at det kan være med på å senke terskelen for å varsle. Svakheten ved anonym varsling vil da bli den at varslingen vil være vanskelig å følge opp, da den som mottar varselet ikke kan få redegjort nærmere rundt forholdet. Motivet for varslingen vil da heller ikke komme frem. I tillegg vil anonyme varslere kunne skape mistenksomhet og utrygghet mellom de ansatte på arbeidsplassen. En annen side ved dette er imidlertid at en rett til anonym varsling vil være en beskyttelse for arbeidstakeren i seg selv. Arbeidsgiveren kan ikke gjengjelde en varsling han ikke vet hvem som kom med. Dette taler for at det skal være mulighet for å varsle anonymt.

¹⁷⁶ Innst. O.nr. 6 (2006-2007), punkt 2.3.

¹⁷⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), side 89.

Arbeidsgruppen har vurdert spørsmålet om lovfesting av rett til anonym varsling.¹⁷⁸ I den forbindelse ble det vurdert om det burde opprettes et særlig ”ytringsfrihetsorgan” som skal veilede, bistå og eventuelt løse tvister. Arbeidsgruppen fremmet imidlertid ikke dette forslaget. I høringsuttalelsene til forslaget om nye varslingsregler påpekte blant annet Datatilsynet at anonym varsling kunne være problematisk i forhold til personvern og andre rettigheter for den som varslingen gjelder.¹⁷⁹ Andre høringsinstanser tok imidlertid til ordet for at det skulle gjelde en eller annen anonymitetsrett. Akademikerne foreslo deriblant anonymitet ved varsling til tillitsvalgte og eller verneombud, det samme gjorde representanter for helsetjenesten.¹⁸⁰ Ved intern varsling kan det være særlig hensiktsmessig å ha en slik lovfestet anonymitetsrett ved varsling. På den andre siden vil dette avhenge av hvor mange arbeidstakere som er ansatt på den enkelte arbeidsplassen. En liten arbeidsplass med få ansatte, vil kanskje bare gjøre vondt verre ved at varslingen skal kunne være anonym. Arbeidsmiljøet kan da være så lite at det uansett vil kunne være åpenbart hvem som har varslet og ikke. Gruppen lot det imidlertid være opp til den enkelte tilsynsmyndighet, eventuelt det enkelte rettområdet, hvorvidt varslersens identitet skal avsløres eller ikke ved en eventuell varsling.

I denne forbindelse er det imidlertid et spørsmål hvordan en anonym varsling eventuelt skal lovreguleres. På den ene siden vil en lovfesting av anonym varsling som et generelt prinsipp kunne være viktig for å redusere redselen for ”usynlig” gjengjeldelse eller utstøting av arbeidstakeren. En slik lovfesting vil imidlertid kunne oppmuntre til anonym varsling som den normale måten å varsle på. En anonym varslingsrett kan i verste tilfelle tenkes misbrukt i enkelte situasjoner, f.eks der en ansatt vil hevne seg mot sjefen eller en annen kollega i forbindelse med opprykk til en annen stilling i bedriften, eller i forbindelse med lønnsforhøyninger.

Et annet spørsmål i denne forbindelse er om en lovfestet rett til anonym varsling praktisk sett vil kunne la seg gjøre. Det er på det rene at anonym varsling ikke vil være uproblematisk. Som jeg har nevnt tidligere vil det ikke alltid være mulighet til å forholde seg anonym, det kan for det første avhenge av antall ansatte i virksomheten. I tillegg kan også ledelsen eller

¹⁷⁸ Ot.prp.nr. 84 2005-2006), side 30.

¹⁷⁹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 31.

¹⁸⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006), side 32.

kollegaene ut fra sammenhengen forstå hvem som har varslet.¹⁸¹ Dette tilsier at anonym varsling i praksis vanskelig kan la seg gjøre.

Spørsmålet er hva betydningen av en lovfestet rett til anonym varsling vil være? Vil det være hensiktsmessig?

I utgangspunktet vil en lovfestet rett til å varsle anonymt kunne bidra til å senke terskelen for å varsle, og det kan også stimulere til friere ytringer, jfr. også Vigerust.¹⁸² På den andre siden vil en slik lovfestet rett til anonym varsling kunne fremme mistenksomhet og utrygghet mellom de ansatte. Dersom man slipper å stå frem med navn tenker kanskje ikke alle to ganger over hva de sier, og påstandene om de kritikkverdige forhold kan være grunnløse. Etter min mening vil en lovfestet rett til anonym varsling være uhensiktsmessig. Dette på bakgrunn av at dagens lovgivning ikke utelukker at det kan varsles anonymt.

¹⁸¹ Elisabeth Vigerust, "Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven", Arbeidsrett 2007 nr. 02, side 103-118 (s. 117).

¹⁸² Elisabeth Vigerust, "Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven", Arbeidsrett 2007 nr. 02, side 103-118 (s. 117).

6. Litteraturliste

6.1 Litteratur:

- * Borgerud, Ingeborg Moen mfl., Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor, Universitetsforlaget, Oslo 2007.

- * Nazarian, Henriette, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Cappelen Akademiske Forlag, Oslo 2007.

- * Nygaard, Nils, Rettsgrunnlag og standpunkt. Universitetsforlaget, 2. utgave, Bergen 2004.

- * Pettersen, Børre, Kommentarutgave til arbeidsmiljøloven, Gyldendal norsk forlag, 2.utgave, Oslo 2007.

- * Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund, Arbeidslivets spilleregler, Universitetsforlaget 2006, Oslo 2006.

6.2 Forarbeid:

Grunnloven:

- * NOU 1999: 27, ”Ytringsfrihet bør finde Sted”.

- * Innst.S.nr. 270 (2003-2004) Om endring av Grunnloven.

Arbeidsmiljøloven:

- * Ot.prp.nr. 3 (1975-76)

- * Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

Nylig vedtatte bestemmelser i arbeidsmiljøloven:

- * NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

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

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

* Besl. O.nr. 4 (2006-2007) Lov om endringer i arbeidsmiljøloven.

6.3 Lover:

* Lov 17. mai 1814, Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814, Grunnloven.

* Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m, Tjenestemannsloven.

* Lov 21. mai nr. 30 1999, om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, menneskerettsloven. Vedlegg 2, Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller, norsk oversettelse

* Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., arbeidsmiljøloven. Med endringer, sist ved lov av 23. februar 2007 nr. 10, i kraft 1.mars 2007.

* Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler, universitetsloven.

6.4 Avisartikler/Webadresser:

* Artikkel fra Arbeidstilsynet. Faktaside: Varsling om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, <http://www.arbeidstilsynet.no/c26976/faktaside/vis.html?tid=42257>.

* Artikler fra Dagbladet,

<http://www.dagbladet.no/tekstarkiv/artikkel.php?id=5001070082099&tag=item&words=varsleren.>,
<http://www.dagbladet.no/nyheter/2007/12/10/520732.html>.

* Artikkel fra Fornyings – og administrasjonsdepartementet.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/NOUer/2004/NOU-2004-5/19/2.html?id=385181>.

* Artikkel fra Homle Olsby,

<http://www.homle-olsby.no/content.php?area=57353258&page=23768732>.

* Artikkel fra magasinet Signaler, utgitt av Universitet- og høyskoleutdannedes forbund, nr. 4 2005, 14. årgang,

<http://web3.custompublish.com/getfile.php/224665.663.yxttvexyux/Signaler2005-4.pdf?return=www.uhf.no>.

* Artikler fra VG, <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=185616>.,

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=185613>.,

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=186159>.,

<http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=156443>.

* LO,

http://www.lo.no/portal/page/portal/LONO/PAG_NOR_DYN/PAG_NOR_GLOBALSIDE?p_d_i=-141&p_d_c=%20&p_d_v=2602.

* NHO,

<http://66.102.9.104/search?q=cache:F1wJ8L6JzboJ:www.nho.no/article2196.html+etiske+retningslinjer&hl=no&ct=clnk&cd=20&gl=no>.

* Professor Dr.juris Johan Giertsens artikkel om Granskning og rettsikkerhet,

<http://voxpublica.no/2007/05/granskning-og-rettsikkerhet/>

* Rapporten om Yssen, Valla og LO,

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

* Veileder fra NHO, "Når sant skal sies",
http://www.nho.no/files/Nar_sant_skal_sies-2.pdf.

* Veileder fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet,
<http://www.arbeidstilsynet.no/binfil/download.php?tid=42254>.

*Vox Publica, Magasin om demokrati og ytringsfrihet,
<http://voxpathlica.no/2007/05/gransking-og-rettsikkerhet/>.

6.5 Rettspraksis

Avgjørelser i norsk rettsidende

* Rt. 1990 s. 607

* Rt. 1990 s. 903

* Rt. 2003 s.1614

Dommer i rettens gang

* RG 2002 s.780 (Gulating lagmannsrett)

Upubliserte norske avgjørelser

* Dom av Oslo tingrett, 29. september 2005, TOSLO-2004-99016

* LB-2005-83871

* LB-1999-2678

* LG-2005-86158

6.6 Artikkel i tidsskrift

* Vigerust, Elisabeth, ”Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven”, Arbeidsrett, Årgang 2007 nr. 02, side 103-118.

* Eggen, Kyrre, ”Ansattes yringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker?”, Arbeidsrett, Årgang 2004 nr. 01, side 2 -23.

6.6 Annen litteratur

* Norsk lovkommentar, <http://abo.rettsdata.no/propub/template.htm?view=main>.

* Norsk Lovtiend 2006, hefte 14, s.1734,
<http://www.lovdato.no/ltavd1/filer/nl-20061201-064.html>.