

# **Retten til å varsle**

- **En vurdering av varslingsreglene og arbeidstakerens vern i praksis**

Masteroppgave i rettsvitenskap

Høsten 2011

Av Susanne Nyseth

# Innhold

1 Innledning	s. 3
1.1 Oppgavens tema/problemstilling	s. 3
1.2 Varslingsreglenes historiske utvikling	s. 3
1.3 Oppgavens kilder	s. 4
1.4 Tidligere forskning på området	s. 4
1.5 Oppgavens avgrensning	s. 5
1.6 Fremstillingens oppbygning	s. 5
2 Forholdet til yttringsfriheten i Grunnloven § 100	s. 5
2.1 Innholdet i Grunnloven § 100	s. 6
2.2 Særlig om yttringsfrihetens forhold til den arbeidsrettslige lojalitetsplikt	s. 7
3 Varslingsreglene	s. 8
3.1 Bestemmelsenes innhold	s. 8
3.1.a § 2-4 retten til å varsle	s. 8
3.1.b § 2-5 Forbudet mot gjengjeldelse	s. 13
3.1.c § 3-6 Plikt til å legge forholdene til rette for varsling	s. 14
4 Varslingsreglene i praksis: Har varsleren tilstrekkelig vern slik lovgiver har forutsatt?	s. 15
4.1 Medfører kravet til forsvarlig fremgangsmåte i aml. § 2-4 en innskrenkning i varslingsretten?	s. 16
4.2 Har varsleren tilstrekkelig vern etter aml. § 2-5?	s. 24
4.2.1 Opplever varsleren reaksjoner når det varsles, og i så fall hvilke?	s. 24
4.2.2. Omfattes de opplevde reaksjonene av gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2-5?	s. 27
4.3 Overholder arbeidsgivere plikten til tilrettelegging for varsling i henhold til aml. § 3-6?	s. 30
5 Avslutning	s. 35
5.1 Kravet til forsvarlig fremgangsmåte	s. 35
5.2 Gjengjeldelsesvernet	s. 36
5.3 Tilrettelegging for varsling	s. 37
Kildeliste	s. 40

# 1 Innledning

Varsling i arbeidsforhold er et omstridt rettsområde. På den ene side er slike handlinger ønskelig for å få avdekket straffbare, lovstridige eller uetiske forhold på arbeidsplassen. Dette er viktig både fra et arbeidsmiljøperspektiv, men også av hensyn til samfunnets interesser er det avgjørende at uheldige forhold kommer til overflaten. På den annen side står hensynet til arbeidsgivers interesser. Disse må også beskyttes mot trakassering og uriktige beskyldninger for å forhindre alvorlige skader som vil kunne være avgjørende for arbeidsgivers omdømme og eksistens. Varslingsreglene som trådte i kraft 1.januar 2007 er et forsøk på å forene disse to interesser og avklare forholdet mellom arbeidstakers yringsfrihet og lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver.

## 1.1 Oppgavens tema/problemstilling

I denne oppgaven skal jeg vurdere hvorvidt lovgivers intensjoner med vedtakelsen av varslerbestemmelsene i §§ 2-4, 2-5 og 3-6 i arbeidsmiljøloven er imøtekommet i praksis. Jeg skal nærmere bestemt vurdere hvorvidt varslingsreglene gir et slikt vern for arbeidstaker, som lovgiver forutsatte ved vedtakelsen av disse.

## 1.2 Varslingsreglenes historiske utvikling

Varslingsreglene slik de er utformet i dag, trådte i kraft 1. januar 2007 etter mye politisk uenighet. Tilsvarende bestemmelser om varsling fantes ikke i arbeidsmiljøloven av 1977. Arbeidstakers varslingsrett måtte da vurderes konkret på bakgrunn av Grunnlovens alminnelige yringsfrihet på den ene siden, og arbeidstakers lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver på den andre. Ved utarbeidelsen av den nye arbeidsmiljøloven foreslo Arbeidslivslovutvalget en bestemmelse om varslervern. Bestemmelsen skulle verne arbeidstakere som på lojal måte varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten mot gjengjeldelser. Bestemmelsen var ment å lovfeste gjeldende rett. Regjeringen fremmet forslaget, men Stortinget vedtok bestemmelsen med en annen formulering enn den som fremgikk av Regjeringens forslag. Den vedtatte § 2-4 inneholdt et forbud mot gjengjeldelse overfor varsleren og en rett til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold i virksomheten såfremt det ikke var i strid med lov. Arbeidsmiljølovens § 2-4 ble allerede vedtatt i 2005 sammen med de øvrige bestemmelser i loven. Bestemmelsen trådte imidlertid ikke i kraft samtidig med de andre 1. januar 2006. Ikrafttreddelsen av § 2-4 ble bestemt å skulle skje på et senere tidspunkt. Forslag til nye

varslerbestemmelser ble fremmet i Ot.prp.nr.84 (2005-2006). Forslaget inneholdt bestemmelsenes innhold slik vi kjenner de i dag. Det fremsatte lovforslaget fikk delt tilslutning fra Stortinget ettersom enkelte mente at den tidligere vedtatte § 2-4 skulle gjelde. Flertallet fulgte imidlertid departementets forslag og vedtok bestemmelsene slik de er i dag.<sup>1</sup>

### **1.3 Oppgavens kilder**

Den viktigste kilden oppgaven baseres på er Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid, og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter "arbeidsmiljøloven" og "aml") §§ 2-4, 2-5 og 3-6. Bestemmelsene omfatter den alminnelige rett til å varsle, forbud mot gjengjeldelse og plikt til å tilrettelegge for varsling. I tillegg til arbeidsmiljøloven utgjør en rapport utført av Sissel C. Trygstad ved forskningsorganet Fafo en stor del av kildegrunnlaget (heretter "Fafo-rapporten", "Fafo-undersøkelsen"). Rapporten "Med rett til å varsle...men hjelper det, og er det lurt?" ble utført i 2010 og bygger på en spørreundersøkelse vedrørende varsling, varslingseffektivitet og varslingens konsekvenser. Undersøkelsen var omfattende, idet 6000 arbeidstakere fra både privat og offentlig sektor besvarte undersøkelsen. Prosjektet ble utført blant annet i regi av NAV.<sup>2</sup> Kartleggingen undersøkelsen gir har vært verdifull i forbindelse med oppgavens fremstilling av bestemmelsenes etterlevelse og virkning. Rettspraksis har også utgjort en stor del av kildegrunnlaget, og da utelukkende praksis fra underrettene. Ytterligere nevnes forarbeidene tilknyttet varslerbestemmelsene som fremgår av Ot.prp.nr.84 (2005-2006) og juridisk teori av Henning Jakhelln som viktige bidrag til oppgaven.

### **1.4 Tidligere forskning på området**

Utenom rapporten som ble utarbeidet av Sissel Trygstad i 2010, har Fafo forut for vedtakelsen av varslerbestemmelsene, i 2004/2005 utført en undersøkelse blant varslere innenfor enkelte omsorgs- og utdanningsfelt i kommunal sektor. I 2005 ble det også utført en undersøkelse innenfor samme fagfelt, og i tillegg innenfor barnevern i åtte kommuner. Undersøkelsen avdekket en stor grad av kritikkverdige forhold, og de aller fleste arbeidstakerne varslet om disse forholdene enten til nærmeste leder, til annen person i ledelsen, verneombud, tillitsvalgte eller andre innenfor den interne organisasjon. Noen varslet etterpå offentlig, få varslet imidlertid utelukkende offentlig. En undersøkelse blant ledere i kommunal sektor ble utført av Fafo etter vedtakelsen av varslerbestemmelsene i 2007. Undersøkelsen avdekket at omtrent seks av ti ledere hadde mottatt varsel om kritikkverdige forhold i virksomheten. De

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 9 og Jakhelln s. 389-390

<sup>2</sup> Trygstad s. 5

fleste lederne foretok en nærmere undersøkelse av forholdet og løste saken enten selv eller tok saken opp med den overordnede ledelsen.<sup>3</sup> To tidligere mastergradsoppgaver har også behandlet temaer omkring varsling. I en oppgave fra 2007 behandlet Carina Hugdal forbudet mot gjengjeldelse i sin oppgave "Arbeidsgivers plikt til å avstå fra gjengjeldelse etter arbeidstakers varsling." I en annen oppgave fra 2008 behandlet Marianne Karlsen varslingsreglene i en bedriftsorganisatorisk sammenheng i oppgaven "Varsling." For øvrig nevnes at varslingsreglene også er tema i juridisk teori, som eksempel i artikkelen "Nye toner om offentlig ansattes yringsfrihet og varslerre" av Erik Boe fra 2009.

### **1.5 Oppgavens avgrensning**

Oppgaven baseres på de generelle varslingsreglene nedfelt i aml. §§ 2-4, 2-5 og 3-6. Det vil medføre at andre særskilte bestemmelser om varsling som fremgår av særlovgivningen som for eksempel helsepersonelloven eller andre lover, ikke omfattes av oppgaven. Enkelte profesjoners særskilte varslingsplikt ut over aml. § 2-4, faller også utenfor. Ytterligere faller bestemmelser som omfatter særskilte former for gjengjeldelseshandlinger, som eksempelvis mobbing, trakassering, oppsigelse og lignende, utenfor fremstillingen ettersom kun den generelle normen for gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2-5 behandles.

### **1.6 Fremstillingens oppbygning**

For å plassere varslingsreglene i et overordnet rettslig perspektiv, er det nødvendig å synliggjøre reglenes forhold til den alminnelige yringsfrihet som fremgår av Grunnloven § 100 og forholdet til den alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold (punkt 2). I punkt 3 fremstilles varslingsreglene og deres innhold og i punkt 4 gjøres en vurdering av hvorvidt bestemmelsenes praktisering skjer i samsvar med lovgivers intensjon med disse. I det siste punktet gjøres en avsluttende sammenfatning og konkludering i forhold til oppgavens problemstilling (punkt 5).

## **2 Forholdet til yringsfriheten i Grunnloven § 100**

Det rettslige utgangspunkt for arbeidstakere i en varslersituasjon er den alminnelige yringsfrihetsbestemmelse som fremgår av Grunnloven (heretter Grl) § 100. Bestemmelsen verner som et overordnet utgangspunkt ansatte mot innskrenkninger i den alminnelige yringsfrihet fra både offentlige myndigheter og private. Yringsfriheten kan imidlertid ikke

---

<sup>3</sup> Trygstad s. 25 - 26

gjelde fullt ut i alle sammenhenger for arbeidstakere av hensyn til arbeidsgivers interesser(lojalitetsplikt).<sup>4</sup>

## 2.1 Innholdet i Grunnloven § 100

Grl. § 100 ble i 2004 endret i favør av arbeidstakere på den måten at ytringsfrihetsvernet for denne gruppen ble styrket. Etter endringen vil for det første grensen for ansattes ytringsfrihet følge av en tolkning av Grl.§ 100. I kraft av Grunnlovens status som lex superior medfører dette at både Stortinget som lovgivende organ, samt private og offentlige virksomheter må forholde seg til de vilkår for inngrep i ytringsfriheten som fremgår av Grl. § 100. For det andre er det antatt i forarbeidene at endringen av bestemmelsen i 2004 vil medføre et sterkere vern overfor ansattes ytringer enn det den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter ”EMK”) art. 10 hjemler.<sup>5</sup>

Grl. § 100 fremholder i første ledd at ”Ytringsfrihed bør finde Sted”. Ordlyden fastslår således i klartekst ytringsfrihet som det overordnede utgangspunkt. I bestemmelsens annet og tredje ledd er det fastsatt vilkår for inngrep i ytringsfriheten. Etter annet ledd må inngrep i ytringsfriheten forsvares med bakgrunn i ”Ytringsfrihedens Begrundelse”. Med andre ord må innskrenkning av ytringsfriheten skje i overenskomst med ett eller flere av hensynene bak bestemmelsen. De nevnte hensyn beskrives i bestemmelsen som ” Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse”. Det må således utføres en konkret vurdering med utgangspunkt i disse hensynene dersom inngrep i den alminnelige ytringsfriheten vurderes. Videre er det i annet ledd også et krav om hjemmel i lov for at inngrepet ikke skal anses som grunnlovsstridig. Inngrepshjemmelen kan både fremgå av formell lov og ulovfestet rett av lovs rang.<sup>6</sup>

Bestemmelsens tredje ledd verner spesifikt ytringer som omhandler statsstyrelsen. Videre krever annet ledd at begrensninger i slike ytringer må være klart definert i tillegg til et krav om særlig tungtveiende hensyn som argument for å begrense de hensyn som ligger til grunn for Grl. § 100. Ytringer vedrørende statsstyrelsen er gjennom kravet til særlig tungtveiende hensyn gitt et særlig godt vern sammenliknet med ytringer av annen karakter. Dette antas å ha

---

<sup>4</sup> Ot.prp. nr 84 (2005-2006) s. 13

<sup>5</sup> Ibid

<sup>6</sup> Ibid

sammenheng med de grunnleggende kjennetegn for demokratisk styring ettersom et av disse kjennetegn er knyttet til nettopp adgangen til kritiske ytringer omkring det politiske styret.<sup>7</sup>

## **2.2 Særlig om ytringsfrihetens forhold til den arbeidsrettslige lojalitetsplikt**

Som nevnt i innledningen til punkt to kan ytringsfriheten for arbeidstakere ikke gjelde uten begrensninger. Dette av hensyn til arbeidsgivers interesser. Arbeidstakeres lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver vil derfor medføre en innskrenking i den ansattes frihet til å ytre seg. Ansatte har som utgangspunkt frihet til å uttrykke seg om de faktiske forhold på arbeidsplassen og til å delta i diskusjoner vedrørende virksomheten. Dette til tross for at virksomheten kan komme til å bli skadelidende på grunn av ytringene. Begrensninger i slike ytringer må ifølge forarbeidene fremgå eksempelvis av ”lovgivning, avtaler om taushetsplikt eller de ulovfestede reglene om arbeidstakers lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver”.<sup>8</sup>

Arbeidstakers lojalitetsplikt følger av ulovfestede regler, og forbyr blant annet utsagn fra arbeidstaker som inneholder skadelig informasjon for arbeidsgiver. Eksempelvis er arbeidstaker forhindret fra å uttale seg negativt omkring arbeidsgiver og dennes virksomhet på en uskjønnsom måte.<sup>9</sup>

Varslingsreglene som ble vedtatt i 2006, og trådte i kraft 1. januar 2007, søker å klargjøre grensene mellom den generelle ytringsfriheten nedfelt i Grl. § 100 og den ulovfestede lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Grensen mellom disse to forhold er således forsøkt tydeliggjort ved vedtakelsen av aml. § 2-4. Ytringer som faller utenfor varslingsreglenes vern er likevel vernet av det generelle ytringsfrihetsvern i Grl § 100, med de begrensninger som følger av de ulovfestede regler om lojalitetsplikt.<sup>10</sup> Innholdet i aml. § 2-4, samt aml. § 2-5 (vern mot gjengjeldelse) og § 3-6 (plikt til tilrettelegging for varsling) behandles i neste punkt.

---

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 14

<sup>8</sup> Ibid s. 15

<sup>9</sup> Ibid

<sup>10</sup> Ibid s. 37

## 3. Varslingsreglene

### 3.1 Bestemmelsenes innhold

#### 3.1.a § 2-4 retten til å varsle

Aml § 2-4 regulerer retten til varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten.

Bestemmelsen er i så henseende helt sentral i forhold til varslingsadgangen. Formålet med bestemmelsen er ifølge forarbeidene å formidle at varsling både er en lovlig og ønskelig handling. Det er avgjørende for samfunnets interesser at kritikkverdige forhold i virksomheter kommer frem i lyset slik at disse kan opphøre. En slik åpen varslingskultur vil medvirke til et tilfredsstillende arbeidsmiljø i tillegg til en mer effektiv forvaltning og økonomi.<sup>11</sup>

Aml. § 2-4 første ledd gir uttrykk for hovedregelen hva angår varsling. Bestemmelsen slår fast arbeidstakers ”rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten”. Varslingsretten omfatter samtlige virksomheter i privat og offentlig sektor samt innenfor alle stillingskategorier og varsling formidlet både internt og eksternt.<sup>12</sup> Begrepet ”å varsle” skal gis en vid betydning tolket i lys av bestemmelsens formål – å verne varsleren. Ifølge Jakhelln er det tilstrekkelig for å omfattes av varslingsbegrepet at arbeidstaker har sagt fra, uavhengig av om det har skjedd i skriftlig eller muntlig form, eller forsiktig i stedet for høyt og tydelig.<sup>13</sup> Arbeidstakers personlige uttrykksmåte eller varslets form er således ikke avgjørende for om varslet skal anses som varsling i lovens forstand.

Begrepet ”kritikkverdige forhold” omfatter ifølge forarbeidene kriminelle forhold og brudd på andre påbud og forbud, samt brudd på skriftlige, etiske retningslinjer som gjelder i virksomheten og andre alminnelige etiske prinsipper som er alminnelig akseptert i samfunnet. Som eksempel på kritikkverdige forhold fremholder Jakhelln:

---

<sup>11</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37

<sup>12</sup> Ibid s. 50

<sup>13</sup> Jakhelln s. 403



”(L)ønns-og arbeidsvilkår som er vesentlig lavere enn det som ellers legges til grunn i bransjen, for eksempel slik lønns- og arbeidsvilkår er kommet til uttrykk i landsomfattende tariffavtaler, i tariffavtaler for større deler av bransjen, eller på annen måte. Spesielt vil det være kritikkverdig om virksomheten utad - i forhold til allmennhet, kundekrets, myndigheter osv. - samtidig gir uttrykk for at den anvender de anerkjente lønns- og arbeidsvilkår i bransjen”.<sup>14</sup>

Ved tolkningen av begrepet er det også av betydning hvorvidt det varslede forholdet har en viss grad av allmenn interesse. Retten til å varsle vil således ikke omfatte arbeidstakers personlige formening av hva som er kritikkverdig ut fra sin politiske eller etiske holdning.<sup>15</sup> Forarbeidene fremholder blant annet at forhold som ikke er av ulovlig eller uetisk karakter ikke omfattes av varslingsbegrepet. Dette kan eksempelvis være arbeidstakers kritikk av budsjettforhold eller bemanningssituasjonen i virksomheten.<sup>16</sup> Grensen for hva som er innenfor varslingsbegrepet og hva som er utenfor, kan imidlertid være uklar i enkelte situasjoner. I forarbeidenes eksempel, som nevnt ovenfor, vil en vanskelig budsjett- eller bemanningssituasjon kunne føre til kritikkverdige forhold i form av uforsvarlige situasjoner.<sup>17</sup>

Bestemmelsens annet ledd krever at fremgangsmåten ved varslingen skal skje ”forsvarlig”, jfr. første punktum. Formålet med forsvarlighetskravet er å regulere måten varselet gis på, uten å innskrenke retten til å varsle.<sup>18</sup> Kravet til forsvarlig fremgangsmåte er ment å være en sikkerhetsventil overfor brudd på arbeidsgivers interesser. Imidlertid skal det ”svært mye til” ifølge forarbeidene for at fremgangsmåten skal anses uforsvarlig.<sup>19</sup> Arbeidstaker er således gitt en betydelig skjønsmarging i relasjon til valg av fremgangsmåte.

Hva som nærmere anses som forsvarlig fremgangsmåte beror på en konkret helhetsvurdering der Grl. § 100 vil stå sentralt. I tillegg vil et viktig moment være om arbeidstakers kritikk har et forsvarlig grunnlag, og hvorvidt arbeidstaker ved varslings fremgangsmåte har tatt hensyn til virksomhetens interesser. Momenter som er av sentral betydning ved vurderingen vil ifølge forarbeidene være om ”arbeidstaker var i aktsom god tro i forhold til

---

<sup>14</sup> Jakhelln s. 405 og Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50

<sup>16</sup> Ibid s. 37

<sup>17</sup> Jakhelln s. 406

<sup>18</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50

<sup>19</sup> Ibid

opplysningenes riktighet, hvem det ble sagt fra til og hvordan, hva slags opplysninger det er tale om, ytringens skadepotensiale og opplysningenes allmenninteresse”. Forarbeidene forutsetter imidlertid at arbeidstaker gis et stort spillerom for skjønn ved valg av fremgangsmåte.<sup>20</sup>

Det er av betydning for vurderingen hvem arbeidstaker melder fra til. Dersom arbeidstaker varsler internt i virksomheten vil det for alle tilfelle fremstå som forsvarlig varsling ettersom intern varsling vil omfattes av den alminnelige ytringsfrihet i forhold til virksomheten. Intern varsling vil omfatte varsling i henhold til fastsatte varslingsrutiner i virksomheten, rapportering til representant for ledelsen, verneombud og tillitsvalgt. Slik intern varsling vil kun i unntakstilfelle falle utenfor varslingsretten etter § 2-4.<sup>21</sup>

Ved varsling til offentligheten (ekstern varsling) skjerpes kravet til forsvarlighet. Ekstern varsling vil omfatte ” varsling til media, blogging, hjemmesider og andre kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets”. Også e- post som sendes til mottakere utenfor virksomheten vil kunne omfattes av begrepet. Ved vurderingen av fremgangsmåtens forsvarlighet er momenter som om varslingen har et forsvarlig grunnlag, forholdets allmenne interesse og om det har vært varslet internt først av særlig betydning. Andre momenter kan imidlertid også tas med i den konkrete vurderingen.<sup>22</sup>

Det nærmere innholdet i kravet til forsvarlig grunnlag for varslingen fremgår av forarbeidene. Det fremholdes at forsvarlig grunnlag medfører et krav til god tro hos arbeidstakeren hva gjelder det kritikkverdige forhold. Det vil si at arbeidstakeren må ha vært i aktsom god tro om at forholdet er kritikkverdig. Kravet har sammenheng med hensynet til virksomhetens interesser på den måten at det søker å forhindre varsling om ”grunnløse eller svakt funderte påstander”.<sup>23</sup> Kravet til forsvarlig grunnlag vil for det første stille krav til god tro om opplysningenes riktighet, og for det andre kreve god tro i forbindelse med arbeidstakers vurderinger på bakgrunn av de faktiske opplysninger: Arbeidstaker må således vurdere situasjonen som kritikkverdig for å oppfylle kravet til forsvarlig grunnlag. Aktsomhetskravets

---

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50

<sup>21</sup> Ibid s. 51

<sup>22</sup> Ibid

<sup>23</sup> Ibid

strenghet skal vurderes med bakgrunn i ”arbeidstakerens stilling og faglige kompetanse, tidsaspektet og hva slags opplysninger det er tale om”.<sup>24</sup> Kravet til aktsomhet er følgelig en relativ norm som skal tolkes strengere jo høyere posisjon og bedre forutsetninger for å vurdere forholdet varsleren har i virksomheten. En tillitsvalgt eller leder må eksempelvis utvise større grad av aktsomhet enn en arbeidstaker uten slikt ansvar eller posisjon.

Videre vil det ifølge forarbeidene ved vurderingen av forsvarlig fremgangsmåte vektlegges om arbeidstakeren har foretatt en intern varsling forut for varsling, i alle fall når den skjer offentlig. Varsling internt vil imidlertid ikke være hensiktsmessig i alle tilfeller ettersom det kritikkverdige forhold eksempelvis vil kunne omfatte et kriminelt eller annet alvorlig forhold som ikke egner seg å ta opp internt. Også andre kollegers tidligere varslingserfaring eller behovet for å handle raskt vil kunne medføre at intern varsling forut for varsling offentlig vil være ugunstig. I slike tilfeller fastslår forarbeidene at manglende intern varsling ikke skal legges til grunn ved vurderingen av forsvarlighetskravet.<sup>25</sup>

Et ytterligere moment som skal vektlegges ved forsvarlighetsvurderingen er hvorvidt det kritikkverdige forhold medfører allmenn interesse. Vernet omkring arbeidstakers ytringsfrihet skal fremstå sterkere dess viktigere det er for samfunnet og de allmenne interesser at forholdet kommer frem i lyset. Ifølge forarbeidene skal imidlertid kravet til allmenn interesse ikke vurderes strengt, men en grense trekkes ved forhold som kun har karakter som personlig eller intern interesse, eksempelvis interne konflikter mellom personalet.<sup>26</sup>

Et særlig spørsmål i forhold til forsvarlighetskravet er reist av Jakhelln, og gjelder de tilfeller hvor varslingen skjer gjennom en person som står i et avhengighetsforhold til enten virksomheten eller arbeidstakeren. Utgangspunktet slik Jakhelln ser det, er at varsling kan skje fullt forsvarlig gjennom varsling til utenforstående, for eksempel advokat, fastlege, rådgiver osv., ettersom disse stort sett er selvstendige i forhold til virksomheten og varsleren selv. Det er imidlertid i situasjoner der varslingen skjer gjennom personer som står i en avhengighetsstilling i forhold til varsleren at problemet melder seg i følge Jakhelln. En slik situasjon vil foreligge dersom legen varsler til en av sine pasienter om kritikkverdige forhold

---

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>25</sup> Ibid

<sup>26</sup> Ibid s. 52

på legens arbeidsplass, og ber pasienten viderebringe informasjonen som en forutsetning eller som en del av den videre behandling. Varsling på denne måte kan ikke anses som forsvarlig fremgangsmåte.<sup>27</sup>

Ifølge § 2-4 annet ledd, annet punktum vil det alltid være forsvarlig fremgangsmåte å varsle ”i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling”. Med ”rutiner” er ment ”prosedyrer for varsling og håndtering av kritiske ytringer i virksomheten som er nedfelt i reglementer, instruksjoner, avtaler, prosedyrer mv.” Tilsvarende vil det alltid være forsvarlig å varsle i henhold til varslingsplikt som fremgår av lov, forskrift eller instruksjoner.<sup>28</sup>

Avslutningsvis fastslår § 2-4 annet ledd tredje punktum at varsling til ”tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter” alltid vil være forsvarlig. Formuleringen omfatter offentlige organer med håndhevings- tilsyns- eller overvåkingskompetanse i forhold til gjennomføring av lov- og regelverk. Eksempler som er nevnt i forarbeidene er Arbeidstilsynet, politiet, Mattilsynet osv.<sup>29</sup> Jeg vil senere, under samlet vurdering av forsvarlighetskravet i punkt 4.1, vise at dette ikke alltid slår til likevel.

Bestemmelsens tredje ledd regulerer bevisbyrden. Dersom arbeidsgiver anfører at varsling har skjedd i strid med bestemmelsen, er det denne som har bevisbyrden for denne anførselen. Bestemmelsen medfører altså en bevisplikt for arbeidsgiver om at varslingen ligger utenfor rammene for ytringsfriheten i henhold til § 2-4. Arbeidsgiver må følgelig godtgjøre at varslingen ikke har oppfylt forsvarlighetskravet etter annet ledd, eventuelt at varslingen har skjedd i strid med de fastsatte rutiner for varsling eller ikke i samsvar med varslingsplikt. Bestemmelsen gir følgelig uttrykk for at arbeidsgiver må begrunne innskrenkninger i arbeidstakerens ytringsfrihet i stedet for å pålegge arbeidstaker å begrunne retten til å varsle.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Jakhelln s. 417

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52

<sup>29</sup> Ibid

<sup>30</sup> Ibid

### 3.1.b § 2-5 Forbudet mot gjengjeldelse

Aml. § 2-5 forbyr enhver form for gjengjeldelse overfor arbeidstaker som varsler.

Bestemmelsen representerer en viktig forutsetning for at en varsling i det hele tatt skal kunne finne sted. Bestemmelsen vil avdempe frykten for represalier som forhindrer arbeidstakere i å varsle. Uten dette forbudet ville sannsynligvis mange arbeidstakere ikke våget å varsle til tross for at det forelå kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

Bestemmelsens første ledd første punktum forbyr gjengjeldelse mot arbeidstaker som har varslet i tråd med § 2-4. Begrepet ”gjengjeldelse” skal etter forarbeidene forstås vidt: ”Enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling, skal i utgangspunktet regnes som gjengjeldelse. Forbudet gjelder formelle sanksjoner som oppsigelse, suspensjon og avskjed samt ordensstraff hjemlet i tjenestemannsloven. Forbudet gjelder også mer uformelle sanksjoner som for eksempel endringer i arbeidsoppgaver, interne overføringer og såkalt tjenestlig tilrettevisning overfor offentlig ansatte.”<sup>31</sup> På den annen side forutsetter forarbeidene at arbeidsgiver må kunne komme med motytringer og kontradiksjon såfremt disse ikke fremstår som gjengjeldelse. Et praktisk eksempel på reaksjoner som raskt får karakter av gjengjeldelse, og dermed er forbudt, er trukket frem av forarbeidene og omfatter arbeidstakere som ”kalles inn på teppet” for å motta advarsel eller instruks. I tillegg til arbeidsgivers egne handlinger, er også andre som opptrer i arbeidsgivers sted, eller på bakgrunn av instruks fra arbeidsgiver, omfattet av gjengjeldelsesforbudet. Imidlertid strekker ikke vernet så langt som til å gjelde virksomhetens kontraktsparter eller eventuelle nye arbeidsgivere som varsleren søker jobb hos.<sup>32</sup>

Gjengjeldelsesvernet omfatter kun arbeidstakere som har varslet i tråd med kravene i § 2-4. Skjer varslingen i strid med disse kravene vil tilfellet falle utenfor anvendelsesområdet for § 2-5. Ifølge forarbeidene må imidlertid bestemmelsen ikke gis en antitetisk tolkning. Til tross for at varslet ble gitt i strid med kravet i § 2-4, vil arbeidstaker være vernet av andre bestemmelser i loven, herunder sakslighetskravet ved oppsigelser eller den alminnelige saklighetsnormen innenfor den offentlige forvaltning.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52

<sup>32</sup> Ibid

<sup>33</sup> Ibid s. 53

Aml. § 2-5 første ledd annet punktum fastslår delt bevisbyrde mellom arbeidstaker og arbeidsgiver i den forstand at ” arbeidstaker først må fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse i strid med § 2-5 første ledd første punktum. ... Deretter må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det ikke er tale om gjengjeldelse i strid med loven.”<sup>34</sup> Arbeidsgiver må med andre ord godtgjøre at gjengjeldelsen, for eksempel oppsigelsen, endringen i arbeidsoppgaver osv., ikke har sammenheng med varslingen.

Vernet mot gjengjeldelse omfatter i tillegg til arbeidstakere som faktisk har varslet også andre som ”gir til kjenne at retten til å varsle etter § 2-4 vil bli brukt”, jfr. annet ledd. Et eksempel som nevnes i annet ledd er innhenting av opplysninger. I følge forarbeidene omfatter dette blant annet undersøkelser, kopiering av dokumenter, eller trussel om varsling. Bestemmelsen hjemler imidlertid ikke tiltak som bærer preg av etterforskning av kritikkverdige forhold eller ulovlig forberedelseshandling.<sup>35</sup>

I tredje ledd fastslås et objektivt erstatningsansvar for tap av ikke- økonomisk karakter for arbeidstaker som er blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse. Arbeidstaker gis med andre ord rett til oppreisning ” uavhengig av økonomisk tap og uavhengig av om det påvises skyld på arbeidsgivers side”.<sup>36</sup> Økonomisk tap kan kreves etter de alminnelige erstatningsregler, jfr. siste punktum.

### **3.1.c § 3-6 Plikt til å legge forholdene til rette for varsling**

Kravet til tilrettelegging for varsling i aml. § 3-6 vil i tillegg til forbudet mot gjengjeldelse i aml. § 2-5 være helt sentral for å sikre retten til varsling i aml. § 2-4. En tilrettelegging for varsling i virksomheten vil i stor grad bidra til at varsling finner sted på den måten at arbeidstakere får informasjon om hvordan de skal gå frem i en varslersituasjon, samt at varsling i henhold til fastsatte rutiner alltid er å anses som forsvarlig fremgangsmåte i henhold til aml. § 2-4. Ytterligere vil en tilrettelegging for varsling kunne gi et signal overfor arbeidstakerne at varsling blir sett på som en lovlig og ønsket handling fra virksomhetens side.

---

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53

<sup>35</sup> Ibid

<sup>36</sup> Ibid

Arbeidsgiver plikter etter bestemmelsen å utarbeide rutiner for intern varsling eller iverksette andre egnede tiltak som tilrettelegger for intern varsling om kritikkverdige forhold i tråd med § 2- 4. Plikten gjelder imidlertid kun ”dersom forholdene i virksomheten tilsier det”.

Til tross for at enkelte virksomheter ikke plikter å tilrettelegge for varsling, foreligger en plikt for samtlige virksomheter å vurdere om slik tilrettelegging skal skje og å iverksette slike tiltak dersom behovet tilsier det.<sup>37</sup> Virksomheten plikter kun å tilrettelegge for intern varsling, jfr. ordlyden. Tilrettelegging for ekstern varsling kreves således ikke.

Med formuleringen ”dersom forholdene i virksomheten tilsier det”, henleder til en vurdering av risikoforholdene og mulighetene for ytring i virksomheten, samt hvordan kritiske ytringer håndteres. Momenter for at et behov for tiltak er tilstede vil etter forarbeidene blant annet være dersom tidligere intern kritikk har blitt imøtegått med sanksjoner eller ikke blitt fulgt tilstrekkelig opp. Det kan imidlertid foreligge et behov for tilrettelegging uten slike forutgående situasjoner også. Terskelen for å iverksette tiltak er ifølge forarbeidene ment å være lav. Det er først og fremst virksomheter med få ansatte som ikke omfattes av tilretteleggingsplikten.<sup>38</sup>

Plikten til utarbeidelse av rutiner for varsling omfattes av Arbeidstilsynets påleggs- og tilsynskompetanse, jfr. aml § 18-1 og § 18-6. Arbeidstilsynet har følgelig en viktig rolle for at rutiner eller andre tiltak som tilrettelegger for varsling utarbeides i de virksomheter hvor dette er påkrevd etter § 3-6.

#### **4. Varslingsreglene i praksis: Har varsleren tilstrekkelig vern slik lovgiver har forutsatt?**

Under dette punktet vil jeg analysere varslingsreglenes virkning eller etterlevelse i lys av lovgivers intensjon. For å besvare oppgavens hovedproblemstilling, har jeg sett det som

---

<sup>37</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 54

<sup>38</sup> Ibid

nødvendig og naturlig å bryte opp problemstillingen i tre spørsmål som er helt sentrale i vurderingen av varslervernet:

- Medfører kravet til forsvarlig fremgangsmåte i aml. § 2-4 en innskrenkning i varslingsretten?
- Hvilke reaksjoner opplever arbeidstakere i en varslersituasjon?
- Overholder arbeidsgivere plikten til tilrettelegging for varsling i henhold til aml. § 3-6?

Innledningsvis nevnes at det ikke finnes noen Høyesterettspraksis på området. Avgjørelser fra underrettene, og da særlig domspraksis fra lagmannsrettene, utgjør således kildegrunnet for domsanalysen

#### **4.1 Medfører kravet til forsvarlig fremgangsmåte i aml. § 2-4 en innskrenkning i varslingsretten?**

Spørsmålet er altså om varslingsretten praktiseres i forhold til lovgivers forutsetninger, og nærmere bestemt hvorvidt kravet til forsvarlig fremgangsmåte medfører en begrensning i retten til å varsle. For å kunne besvare spørsmålet vil jeg se nærmere på foreliggende rettspraksis på området, og da i lys av forarbeidenes uttalelser om bestemmelsenes formål.

Formålet med varslingsretten i aml. § 2-4 er flerdelt. For samfunnet er det viktig at kritikkverdige forhold avdekkes og bringes til opphør. I tillegg til generelle samfunnsinteresser vil det også være i virksomhetens egen interesse at kritikkverdige forhold stanses. Et godt arbeidsmiljø samt en effektiv forvaltning av virksomheten er avhengig av en god kommunikasjonskultur innad i virksomheten. Lovgiver gir klart uttrykk for at varsling både er lovlig og ønsket.<sup>39</sup>

Vedrørende forsvarlighetskravet er det, som før nevnt, vektlagt i forarbeidene om varsleren var i god tro vedrørende opplysningenes riktighet da varslingen skjedde, og hvorvidt arbeidstaker før han eller hun varslet har tatt hensyn til arbeidsgivers interesser ved valg av varslings fremgangsmåte. Forarbeidene skiller mellom forsvarlighetskravets innhold alt

---

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37



ettersom varslingen skjer internt eller eksternt. Samme krav til forsvarlighet skal således ikke gjelde for begge formene for varsling. Varsling internt i virksomheten vil kun i sjeldne tilfeller være uforsvarlig, mens kravet til forsvarlig fremgangsmåte skjerpes ved varsling offentlig, jfr. punkt. 3. Ved varsling eksternt kreves god tro med hensyn til opplysningenes riktighet, samt krav til vurdering av fremgangsmåte med hensyn til arbeidsgivers interesser. Tilsvarende krav stilles ikke dersom varslingen skjer internt. De ulike kravene til forsvarlighet antas å ha sammenheng med den ulike skaderisikoen for arbeidsgiver. Ekstern varsling vil bety en betydeligere skaderisiko for arbeidsgivers interesser sammenlignet med varsling internt i virksomheten. I det følgende vil begge formene for varsling behandles med henblikk på forsvarlighetskravet.

### **Varsling internt**

Intern varsling vil kun unntaksvis anses som uforsvarlig varsling. Det fremheves i forarbeidene at intern varsling bare er uforsvarlig der det varsles på ”helt utilbørlig måte som unødvendig skader samarbeidsklima, arbeidsmiljøet eller enkeltpersoner i virksomheten, for eksempel ved gjentatte grunnløse påstander rettet mot kolleger”. Det stilles ikke krav til god tro ved varsling internt.<sup>40</sup>

Ved gjennomgang av rettspraksis synes det å være en overvekt av saker om intern varsling. Det kan se ut til at enkelte domstoler vurderer kravet til god tro som helt sentralt i forsvarlighetsvurderingen uavhengig av om varslingen skjer internt eller eksternt. Illustrerende i denne sammenheng er saken i Bergen tingrett hvor en ansatt ved sikkerhetsavdelingen ved klinikk for sikkerhets-, fengsels- og rettspsykiatri hadde varslet internt om kritikkverdige forhold ved avdelingen. De kritikkverdige forholdene omfattet blant annet en episode der en kollega under en pasienttransport hadde forsynt seg av medisiner som var tiltenkt pasienten (”Casablancaepisoden.”) Retten formulerer kravet til forsvarlighet på følgende måte på side 31:

”Kravet om forsvarlighet omfatter etter rettens oppfatning både saklighet og fremgangsmåte. Med saklighet mener retten at forhold det varsles om må være holdbare.

---

<sup>40</sup> Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

Det er et vurderingstema om den som varsler er i aktsom god tro med hensyn til om det faktisk foreligger kritikkverdige forhold. Det vil si at en arbeidstaker ikke skal gå ut med grunnløs eller svakt fundert påstand.”<sup>41</sup>

Videre fant retten i denne saken at ” A var i aktsom god tro med hensyn til at det ble tatt en tablett, Casablancaepisoden.”<sup>42</sup> Det kan se ut som om retten således ikke skiller mellom intern og ekstern varsling i forhold til forsvarlighetskravet slik forutsatt av forarbeidene. I stedet for legges det strengere kravet til forsvarlighet som er forbeholdt eksterne varslingstilfeller, til grunn i dette tilfellet, som var en intern varsling. God tro skulle i dette tilfellet ikke vært krevd.

I en annen sak for Borgarting lagmannsrett ble en liknende forståelse av forsvarlighetskravet ved intern varsling lagt til grunn i vurderingen. I denne saken hadde en inspektør ved Oslo fengsel varslet om til sammen elleve kritikkverdige forhold ved virksomheten. Åtte av disse varslingene skjedde internt og to av de åtte ble ikke ansett som forsvarlige. I forhold til de interne varslingene viser retten til at kravet til forsvarlig fremgangsmåte forutsetter aktsom god tro hos arbeidstaker (varsleren).<sup>43</sup> Heller ikke Borgarting lagmannsrett synes å skille mellom interne og eksterne varslinger i relasjon til god tro - kravet slik forarbeidene forutsetter. Retten nøyer seg med å henvise til den generelle normen uten å foreta noe nærmere skille mellom intern og ekstern varsling. Konsekvensen blir at den strengere forsvarlighetsnormen som er tiltenkt eksterne varslingstilfeller også benyttes på intern varsling.

I forhold til de to varslingene som ikke ble ansett som forsvarlige, har retten begrunnet sitt standpunkt med at arbeidstakeren på en enkel måte kunne få klarhet i fakta uten å varsle.<sup>44</sup> Retten mener tydeligvis at varsling som gjaldt innkjøp av snefresere til privat bruk og en pengepremie som gikk til å finansiere et privat svømmebasseng ikke skulle skjedd i et internt møte med regiondirektøren for fengslet, jfr. dommen side 3 og side 8-9. Ifølge forarbeidene er det kun uforsvarlig å varsle internt dersom forholdene tas opp på en ”helt utilbørlig måte”, jfr.

---

<sup>41</sup> TBERG- 2007- 136244 s. 31

<sup>42</sup> Ibid s. 32

<sup>43</sup> LB- 2010- 40623 s. 6-7

<sup>44</sup> Ibid s. 8-9.

ovenfor. Det er ikke lovgivers intensjon at det å varsle til en regiondirektør for virksomheten skal anses uforsvarlig ettersom en slik fremgangsmåte neppe vil være å anse som "helt utilbørlig".

Et ytterligere eksempel på innfortolkning av et krav om god tro ved intern varsling i strid med lovgivers intensjon, fremgår av dom i Borgarting lagmannsrett der saken gjaldt en professor ved Institutt for filosofi og førstesemesterstudier ved Universitetet i Tromsø. Professoren hadde ved to anledninger varslet internt om kritikkverdige forhold ved instituttet som omhandlet sensur av en masteravhandling og forhold rundt behandling av klage på sensur. Lagmannsretten viser på side 6 i dommen til uttalelser i forarbeidene som omhandler den generelle vurderingsnorm og et krav til aktsom god tro. Heller ikke her foretar retten et nærmere skille mellom intern og ekstern varsling i relasjon til kravet om god tro som forarbeidene forutsetter. Retten forutsetter således i likhet med de ovenfor nevnte dommer at kravet til god tro er det samme enten varslingen skjer internt eller eksternt.<sup>45</sup>

I to andre dommer fra henholdsvis Nedre Romerike tingrett og Borgarting lagmannsrett drøftes ikke innholdet i forsvarlighetsnormen i særlig grad slik at det er vanskelig å tolke hva retten mener med forsvarlig fremgangsmåte. I dommen fra Borgarting lagmannsrett ble det ansett som forsvarlig varsling da en nyansatt tekniker varslet om brudd på strålevernforskriften, samt feilaktig rapportering omkring kontroll av sveiseskjøter. Retten fremholder på side 11 i dommen at varslingen skjedde forsvarlig ettersom arbeidstakeren tok opp de kritikkverdige forholdene med nærmeste overordnede.<sup>46</sup> Hva som nærmere ligger i kravet til forsvarlig fremgangsmåte behandles imidlertid ikke. Retten skiller følgelig ikke mellom intern og ekstern varsling i forhold til kravet om god tro.

I Nedre Romerike tingretts dom hadde en apotekansatt varslet om mobbing, maktmisbruk og seksuell trakassering ved virksomheten. Under behandlingen av forsvarlighetskravet viser retten til forarbeidenes formulering som legger til grunn at intern varsling for alle praktiske formål vil være rettmessig, samt at varsling kun helt unntaksvis vil falle utenfor varslingsretten. Utover denne henvisningen til forarbeidene drøfter imidlertid ikke retten i

---

<sup>45</sup> LB – 2009 – 70215 s. 6

<sup>46</sup> LB- 2009- 36995 s. 11

særlig stor grad hva som ligger i kravet. Retten nøyer seg i stedet med kort å fastslå at varslingen skjedde forsvarlig da varslet ble gitt til lederen for den lokale fagforeningen.<sup>47</sup>

### **Varsling eksternt**

Ved ekstern varsling skjerpes kravet til forsvarlighet. Forarbeidene fremholder på side 51 at det i disse tilfellene

”særlig skal tas hensyn til om arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for varslingen, om det varsles om forhold som har allmenn interesse og om arbeidstaker har varslet internt først dersom dette fremstår som hensiktsmessig”.

Videre definerer forarbeidene uttrykket ”forsvarlig grunnlag” som

”at arbeidstakeren skal være i aktsom god tro om at det faktisk foreligger kritikkverdige forhold. Poenget er at arbeidstaker ikke skal gå ut med grunnløse eller svakt funderte påstander”.<sup>48</sup>

Det følger av dette at kravet til forsvarlighet er mye større ved offentlig varsling sett i forhold til varsling internt. Ved intern varsling stilles ingen krav til aktsom god tro eller krav til opplysningenes allmenninteresse. Bakgrunnen for denne ulikheten antas å begrunnes med det økte skadepotensiale overfor virksomheten og arbeidsgivers interesser ved offentlig varsling sammenlignet med intern varsling der ledelsen straks får muligheten til å imøtegå kritikken.

I rettspraksis er det ikke så mange tilfeller av ekstern eller offentlig varsling. Den vanligste måten å varsle på ser ut til å være intern varsling, jfr. ovenfor. Det er likevel noen eksempler av offentlig varsling som kan trekkes frem, og som anses som relevante i forhold til spørsmålet om forsvarlighetskravet og en eventuell begrensning i den alminnelige varslingsrett:

---

<sup>47</sup> TNERO- 2010- 146183 s. 7

<sup>48</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 51

I Borgarting lagmannsretts dom som nevnt ovenfor hvor en ansatt ved Oslo fengsel varslet om diverse kritikkverdige forhold, var tre av elleve varslinger gjort eksternt. Ved en anledning varslet den ansatte til avisa VG, ved en annen anledning til Riksrevisjonen, samt senere til Arbeidstilsynet. Alle tre varslinger ble av retten ansett som forsvarlige, men spørsmålet om forsvarlig grunnlag (god tro), vurderingen av opplysningenes allmenne interesse og kravet til intern varsling hvor dette er hensiktsmessig før den eksterne varslingen finner sted, er ikke drøftet av retten. Borgarting lagmannsrett nøyer seg med å referere det rettslige utgangspunkt for forsvarlighetsnormen som fremgår av Ot. prp. nr. 84 på side 50. En nærmere drøftelse av innholdet i kravet i forhold til ekstern varsling mangler imidlertid.<sup>49</sup> Således blir det vanskelig å utlede hva retten praktiserer som forsvarlig varsling i eksterne varslingstilfeller.

I et annet tilfelle ved Bergen tingrett (også nevnt under punktet ”intern varsling”) hadde arbeidstakeren ved et psykiatrisk sykehus ved et tilfelle varslet Arbeidstilsynet og til media om kritikkverdige forhold. Retten skisserer kravet til forsvarlighet som et krav om saklighet og krav til fremgangsmåte. I tillegg viser retten til forarbeidenes generelle formulering av forsvarlighetskravet ved ekstern varsling som blant annet stiller krav til varslers vurdering av skadepotensial i forhold til nødvendigheten av varselet.<sup>50</sup> Retten skiller ikke mellom intern og ekstern varsling i forhold til krav om saklighet og fremgangsmåte.

I denne saken ble det ikke vurdert hvorvidt varslingen til Arbeidstilsynet ble ansett som saklig ettersom varslingen uansett ikke ledet til ulovlige gjengjeldelseshandlinger overfor varsleren. Retten nøyde seg således med å fastslå at saklighetskravet var vanskelig å vurdere, samt at kravet til forsvarlig fremgangsmåte i denne saken var oppfylt.<sup>51</sup>

Ifølge aml. § 2-4 annet ledd annet punktum vil det alltid være forsvarlig å varsle til tilsynsmyndigheter og andre offentlige myndigheter. Arbeidstilsynet fremheves blant annet i forarbeidene som en slik myndighet, se nærmere om uttalelsene i forarbeidene i punkt 3 ovenfor. Ettersom det uttrykkelig fremgår av lovens forarbeider at det alltid vil være lov å varsle til Arbeidstilsynet og andre liknende organer med håndhevings- og tilsynsmyndighet, vil det være feil av retten å innfortolke et krav om saklighet og krav til fremgangsmåte, slik

---

<sup>49</sup> LB- 2010- 40623 s. 7-9.

<sup>50</sup> TBERG- 2007- 136244 s. 31-32

<sup>51</sup> Ibid s. 32-33

det ble gjort i denne saken. En slik fortolkning vil innebære en begrensning i den alminnelige varslingsretten etter aml. § 2-4, første ledd og følgelig være i strid med lovgivers intensjon i forhold til varslingsvernet.

Hva angår de to andre tilfellene av offentlig varsling som ble behandlet i samme sak, ble det av retten ansett som uforsvarlig varsling da den ansatte ved et tilfelle hadde varslet media om ansattes bruk av hasj under et julebordsarrangement, medikamentsvinn, samt feilmedisinering av pasienter. Begrunnelsen for at varslingen ble ansett som uforsvarlig var at den ble sett på som usaklig og basert på løse rykter, samt at dette var alvorlige og straffbare beskyldninger å gå ut med mot arbeidsgiver.<sup>52</sup>

### **Samlet vurdering av forsvarlighetskravet**

I forhold til spørsmålet om kravet til forsvarlig fremgangsmåte medfører en begrensning i varslingsretten, jfr. aml. § 2-4 første ledd, ser det ut til at retten i de fleste saker ikke forholder seg til forarbeidenes uttalelser. Rettspraksis viser en generell tendens til ikke å skille mellom intern og ekstern varsling hva gjelder forsvarlighetskravet. Dette er i strid med lovgivers intensjon i Ot. prp. nr. 84 (2005-2006), som på side 51 nettopp forutsetter et slikt skille. Et skille i kravet til forsvarlig fremgangsmåte mellom intern og ekstern varsling har også gode grunner for seg. Varsling eksternt vil kunne gjøre mye større skader på arbeidsgivers interesser sammenlignet med en intern varsling der arbeidsgiver har en mulighet til å imøtegå kritikken og bringe det kritikkverdige forholdet til opphør.

Konsekvensen av at domstolene ikke foretar dette skillet mellom ekstern- og intern varsling, men i stedet benytter den strengere normen forbeholdt ekstern varsling, er at flere interne varslinger uriktig blir ansett som uforsvarlige. En slik praksis vil medføre en strengere forsvarlighetsnorm ved interne varslinger enn det er dekning for i lovens forarbeider. Forarbeidene fremholder på side 51 at:

”Intern varsling vil for alle praktiske tilfeller være rettmessig etter denne bestemmelsen.  
... Intern varsling vil bare helt unntaksvis kunne falle utenfor varslingsretten etter § 2-4.

---

<sup>52</sup> TBERG- 2007- 136244 s. 33

Dette gjelder hvis de kritikkverdige forholdene tas opp på en helt utilbørlig måte som unødvendig skader samarbeidsklime, arbeidsmiljøet eller enkeltpersoner i virksomheten, for eksempel ved gjentatte grunnløse påstander rettet mot kolleger”.<sup>53</sup>

En innfortolkning av god tro – krav og krav til allmenn interesse vil i denne sammenheng være å begrense varslingsretten etter aml. § 2-4 første ledd ved intern varsling.

I den ene saken nevnt ovenfor ble det også innfortolket et saklighetskrav (krav til god tro) ved varsling til Arbeidstilsynet. En slik ekstern varsling er gitt en særstilling i aml. § 2-4 andre ledd andre punktum. Bestemmelsen slår fast at det alltid vil være lov å varsle til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter, uavhengig av kravet til god tro. Arbeidstilsynet er spesielt fremhevet av forarbeidene som en slik myndighet. Begrunnelsen for at ekstern varsling til tilsynsmyndigheter er videre enn annen ekstern varsling er at terskelen for å si fra til slike myndigheter skal være lav, jfr. Ot. prp. nr. 84 (2005 – 2006) s. 40 og 52. Når retten i den nevnte sak innfortolker et krav til god tro ved varsling til Arbeidstilsynet, og dermed overser at slike myndigheter av lovgiver er gitt en særstilling, blir konsekvensen av praktiseringen av forsvarlighetsnormen at varslingsretten feilaktig begrenses.

I høringsuttalelsene forut for bestemmelsens vedtakelse, ble det av professorene Henning Jakhelln og Jan Fritjof Bernt, organisasjonen Transparency International Norge, samt Arbeidsforskningsinstituttet rettet kritikk mot kravet til forsvarlig fremgangsmåte. Det ble av disse fremholdt at praktiseringen av kravet kunne føre til at fokus ble flyttet fra det kritikkverdige forhold til hvordan varsleren har gått frem da vedkommende varslet. Kravet til forsvarlig fremgangsmåte ville også kunne medføre utilsiktede konsekvenser ved at varslingsbarrieren av arbeidstakerne oppfattes som så store at varsling ikke skjer.<sup>54</sup>

Det kan se ut til at disse svakheter ved kravet til forsvarlig fremgangsmåte som av disse ble påpekt i stor grad har slått til. Hvis domstolene ikke nyanserer forsvarlighetskravet i forhold til om varslet skjer internt eller eksternt, blir konsekvensen for de arbeidstakere som varsler på

---

<sup>53</sup> Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>54</sup> Ibid s. 35

intern måte at måten de har gått frem på når de varslet får et for stort fokus. Videre vil en slik feilaktig praktisering av forsvarlighetskravet gi en signaleffekt som forhindrer andre som vurderer å varsle i å gjøre dette fordi barrieren oppfattes som for stor.

## **4.2 Har varsleren tilstrekkelig vern etter aml. § 2-5?**

Under dette punktet skal jeg se nærmere på om varsleren opplever reaksjoner i en varslersituasjon, og i så tilfelle om de opplevde reaksjonene omfattes av gjengjeldelsesvernet i aml. § 2-5. Det forutsettes at varsleren er omfattet av den alminnelige varslingsretten i aml. § 2-4.

### **4.2.1 Opplever varsleren reaksjoner når det varsles, og i så fall hvilke?**

Det fremgår av Fafo- rapporten som ble utarbeidet i 2010 at den mest erfarte reaksjonen en varslers møtes med er positive tilbakemeldinger fra kolleger. Hele 47 % av de spurte oppgir denne reaksjonen. Det var 36 % som opplevde positive reaksjoner fra ledelsen, mens 33 % av varslerne opplevde ingen reaksjoner. 2 % svarte at de etter varslingen fikk utvidet ansvarsområde og 0,2 % mottok lønnsforhøyelse. Av negative reaksjoner ble det registrert at 5 % opplevde refs eller irettesettelse fra ledernivå, mens 4 % mistet arbeidsoppgaver og karrieremuligheter og opplevde så sterke reaksjoner at de måtte sykemeldes på grunn av varslingen. Videre opplevde henholdsvis 0,3 % og 0,2 % å bli oppsagt eller suspendert.<sup>55</sup>

Ettersom det i undersøkelsen var mulig å krysse av på flere svaralternativer, kan flere arbeidstakere ha oppgitt at de mottok reaksjoner av både positiv og negativ karakter. Et eksempel fra funn i rapporten er at enkelte varslere har opplevd å bli irettesatt og refset av leder/ledelse, mens kolleger har vist positive reaksjoner. Det omvendte ble også rapportert. Rapporten viser videre at 55 % av de som besvarte undersøkelsen, fikk utelukkende positive reaksjoner, mens 32 % svarte at de ikke fikk noen reaksjoner, 5 % fikk både positive og negative reaksjoner og 8 % fikk kun negative reaksjoner da de varslet.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Trygstad, 2010 s. 75-76

<sup>56</sup> Ibid s. 76



En sammenslåing av de blandede og entydig negative reaksjoner viser at 13 % av varslerne fikk dårlig erfaring da de benyttet seg av varslingsretten. Undersøkelsen viser også at 45 % av de som svarte ikke visste om bestemmelsen som verner varsleren mot gjengjeldelse.<sup>57</sup>

Fafo- rapporten viser også at type reaksjon har sammenheng med hvilken type sak det varsles om. Det er eksempelvis varsling innenfor økonomiske forhold som hyppigst blir møtt med positive reaksjoner (63 %), etterfulgt av systemsvikt og bruker- kunderelaterte saker der henholdsvis 56 % og 59 % av varslerne mottok positive tilbakemeldinger. Innenfor psykososiale forhold opplevde 47 % positive reaksjoner, mens 42 % av de som varslet om andre forhold enn disse nevnte ble møtt positivt. De fleste som opplevde blandede eller entydig negative reaksjoner hadde varslet om psykososiale forhold (28 %), mens flest innenfor annet - og systemsviktkategorien (37 % og 36 %) opplevde ingen reaksjoner.<sup>58</sup>

Av rapporten kan det således utledes at de fleste opplever positive tilbakemeldinger i en varslingssituasjon, mens mange opplever å ikke få noen reaksjoner. Omtrent en av ti oppgir imidlertid at de har fått blandede eller negative tilbakemeldinger. Videre viser undersøkelsen at det er en sammenheng mellom hvilke type forhold det varsles om og reaksjonens karakter.

I sakene som er behandlet i retten fremgår mye av de samme reaksjonene som arbeidstakerne rapporterte om i Fafos undersøkelse. I tidligere nevnte sak om professoren ved Institutt for filosofi og førstesemesterstudier, ble det blant annet anført at professoren ble truet med å fratras arbeidsoppgaver og ansvarsområde i form av fjerning av hans veileder- og undervisningsrolle som følge av varslingen. I tillegg ble det anført at han var blitt utsatt for irettesettelse fra ledelsen ved instituttet og at et brev som inneholdt varslingsinformasjon ikke ble besvart av ledelsen.<sup>59</sup>

I foran nevnte sak som gjaldt varsling fra en inspektør ved Oslo fengsel, ble det anført som gjengjeldelser at direktøren ved fengslet hadde uttrykt alvorlige beskyldninger mot ham, stillingen hans ble fjernet under en omorganisering, manglende fungeringer i andre stillinger

---

<sup>57</sup> Trygstad, 2010 s. 76

<sup>58</sup> Ibid s. 77

<sup>59</sup> LB-2009- 70215 s. 7

ved ferie og fravær, engasjering av organisasjonspsykolog, overvåkning ved utlån av dokumenter fra arkivet, manglende lønnsutvikling og forbigåelse ved ansettelse av ny assisterende fengselsleder.<sup>60</sup>

Videre ble det anført i saken vedrørende varsling fra en ansatt ved Apokjeden Distribusjon AS at varsleren var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse da arbeidsgiver ikke endret sin uheldige behandling av henne, men isteden fortsatte sin mobbing og trakassering av henne. Det ble også anført at hun etter varslingen fikk endret både arbeidsoppgaver og arbeidssted, samt at hun ble oppsagt som følge av denne.<sup>61</sup>

I saken fra Borgarting lagmannsrett der en nyansatt tekniker hadde varslet, ble det anført som gjengjeldelser at han etter varslingen ble møtt med negativ beskrivelse av seg som person, hvor han ble karakterisert som lite ydmyk og lite lærevillig. Han anførte i tillegg at han var blitt utsatt for trakassering relatert til latterliggjøring, spyting, utskjelling i påsyn av kolleger og trusler om vold og oppsigelse eller avskjed. Han fremholdt videre at hans arbeidssted ble forsøkt flyttet til et annet område.<sup>62</sup>

Endelig nevnes saken der en ansatt ved en psykiatrisk institusjon hadde varslet om kritikkverdige forhold. Som gjengjeldelseshandlinger anførte han at han ble utsatt for overflytting fra en avdeling ved institusjonen til en annen. Varsleren mente seg videre dårlig behandlet i forbindelse med overflyttingen. I tillegg ble det fremholdt at han etter varslingen ble fratatt arbeidsoppgaver, samt at hans egen argumentasjon ved varslingen ble brukt mot ham. Ved et annet tilfelle ble han pålagt munnkurv av divisjonsdirektøren og i forbindelse med en kronikk i avisa vedrørende de kritikkverdige forhold, ble hans argumentasjon imøtegått på usaklig måte av ledelsen. Det ble også fremsatt anførsler om gjengjeldelser som omhandlet utstøting, mobbing, usynliggjøring og ufrivillig endring av stilling.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> LB- 2010- 40623 s. 4

<sup>61</sup>TNERO- 2010- 146183 s. 5

<sup>62</sup> LB- 2009- 36995 s. 4

<sup>63</sup> TBERG- 2007- 136244 s. 13-14

#### 4.2.2 Omfattes de opplevde reaksjonene av gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2-5?

Forbudet mot gjengjeldelse (se punkt 3) har til formål å hindre enhver ugunstig behandling av varsleren når dette skjer som en konsekvens av varslingen og når varslet har skjedd i samsvar med aml. § 2-4. Det er ment at begrepet ”gjengjeldelse” skal forstås vidt. Kraftige reaksjoner som oppsigelse og avskjed er klart nok omfattet av begrepet, men også mindre strenge reaksjoner i form av endring i arbeidsoppgaver eller arbeidssted, samt advarsler eller tilrettevisning, er omfattet. Begrepet må imidlertid avgrenses mot arbeidsgivers anledning til å imøtegå kritikken på alminnelig måte og reaksjoner som skyldes arbeidsgivers rettmessige bruk av styringsrett. Gjengjeldelsesforbudet styrkes ved bestemmelsen om delt bevisbyrde som fremgår av aml. § 2-5, første ledd annet punktum. Med delt bevisbyrde menes at arbeidstaker først må legge frem opplysninger som gir grunn til å tro at ulovlig gjengjeldelse har funnet sted i strid med § 2-5 første ledd første punktum. Det er normalt tilstrekkelig at arbeidstaker kan vise til at varslingen har funnet sted og at gjengjeldeshandlingen tidsmessig kom tett på varslingen. Det er så opp til arbeidsgiver å bevise at handlingen ikke hadde sammenheng med varslingen.<sup>64</sup>

I rettspraksis er den generelle tendensen at anførte gjengjeldeshandlinger ikke blir ansett tilstrekkelig bevist, til tross for den gunstige bestemmelsen om delt bevisbyrde. Illustrerende i denne sammenheng er saken for Nedre Romerike tingrett hvor en ansatt mente seg mobbet og trakassert av arbeidsgiver. I tillegg hadde hun blitt utsatt for gjengjeldelser ved å få endrede arbeidsoppgaver og endret arbeidssted. Etter først å ha slått fast på side 7 at handlingene etter sin art kunne utgjøre rettsstridige gjengjeldeshandlinger, kommer retten frem til at reaksjonene ikke anses bevist. Retten fremholder følgende om gjengjeldelsene på side 8 i dommen:

”Etter bevisførselen finner ikke retten holdepunkter for at A, etter at hun skrev sitt brev, ble utsatt for ugunstige handlinger som kan ses på som en reaksjon på og en følge av varslingen. ... Etter bevisførselen finner retten heller ikke at det for øvrig er grunn til å tro at A ble utsatt for gjengjeldeshandlinger de dagene hun var tilbake på jobb. Det er etter

---

<sup>64</sup> Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52-53

bevisførselen heller ingen holdepunkter for at A, i de dagene hun var tilbake på jobb, ble fratatt arbeidsoppgaver eller pålagt å flytte arbeidsplass.”<sup>65</sup>

Et annet eksempel som viser at reaksjonen i seg selv kan anses som en gjengjeldeshandling, men som ikke anses bevist fremgår av dommen nevnt ovenfor i punkt 4.1. Professoren anførte i saken at han var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse da han ble truet med å fratras veilednings – og undervisningsrolle, ble tilrettevist og ikke fikk svar på et brev som ble sendt ledelsen. Retten synes å legge til grunn at alle de anførte reaksjonene etter omstendighetene kan utgjøre ulovlige gjengjeldelser. Til tross for dette utgangspunkt konkluderer retten imidlertid med at trusselen om å miste undervisningsrollen og unnlatt svar på brevet ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort. I forhold til anførselen om ulovlig tilrettevisning, viste retten til at det forutgående varsel ikke var gitt i tråd med aml. § 2-4, med den konsekvens at varsleren ikke var beskyttet mot negative reaksjoner etter aml. § 2-5. Tilrettevisningen var således ifølge retten ikke en ulovlig gjengjeldelse.<sup>66</sup>

I dommen nevnt ovenfor som omhandlet varsling fra en inspektør ved Oslo fengsel ble også de anførte varslingene ansett å utgjøre gjengjeldelser i lovens forstand, men anførselene førte likevel ikke frem blant annet fordi de ikke ble ansett som tilstrekkelig bevist. Eksempelvis ble de anførte beskyldningene fra fengselsdirektør Høidal ikke ansett bevist ettersom de to personene varsleren hadde fortalt om samtalen til ikke husket innholdet i denne. Heller ikke påstanden om manglende lønnsutvikling ble ansett som sannsynliggjort fordi han ikke ble ansett for å ha hatt en unormal eller dårlig lønnsutvikling sammenlignet med andre i virksomheten det var naturlig å sammenligne han med. Av de øvrige anførselene om ulovlig gjengjeldelse som omhandlet håndtering av mobbesak, omorganisering, manglende funksjoner, iverksettelse av risikovurdering, engasjering av organisasjonspsykolog, overvåkning og forbigåelse ved ansettelse, ble enkelte ansett som utslag av arbeidsgivers lovlige styringsrett, og andre ble av arbeidsgiver sannsynliggjort at ikke var en reaksjon på varslingen.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> TNERO- 2010- 146183 s. 7-8

<sup>66</sup> LB- 2009- 70215 s. 7

<sup>67</sup> LB- 2010- 40623 s. 11-17

I en av de ovenfor nevnte sakene førte imidlertid anførslene om ulovlig gjengjeldelse frem. I saken om den nyansatte teknikeren ble varsleren hørt med at han var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse da han ble utsatt for mobbing, sjikanering, utfrysning og trusler om oppsigelse. Retten fremholder på side 12 i dommen følgende:

”Selv om det kan være noe uklart hva A i detalj har blitt utsatt for, er det etter lagmannsretten syn ikke tvilsomt at A flere ganger er blitt utsatt for en ulovlig gjengjeldelse fra E. Tar man i betraktning at det blant fagfolk kan være noe ulike syn på enkelte av de forhold A påpekte, og at E som avdelingsleder må ha anledning til å komme med motytringer, har Es opptreden overfor A fra kort tid etter tiltredelsen til A ble sykemeldt, likevel karakter av ren trakassering. Det er uomtvistet at arbeidsmiljøet i Oslo ble meget dårlig, og lagmannsretten finner det som mest sannsynlig at dette har sin årsak i at A tok opp kritikkverdige og ulovlige forhold.”<sup>68</sup>

### **Sammenfatning av vernet mot gjengjeldelse**

I forhold til spørsmålet om de reaksjoner det varsles om er omfattet av gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2-5, kan det etter dette fastslås at selve reaksjonene i seg selv stort sett er omfattet av begrepet ”gjengjeldelse”, men at det ikke har vært ”grunn til å tro” at slike gjengjeldeshandlinger har funnet sted, jfr. aml. § 2-5. Følgelig anses ikke gjengjeldeshandlingen som bevist. En regel som stiller krav til holdbarheten ved de anførte gjengjeldelser er nødvendig for å forhindre at den som mener seg utsatt for ulovlige gjengjeldelser kommer trekkende med sjikanøse og uriktige påstander overfor arbeidsgiver. De ovenfor nevnte sakers anvendelse av bevisregelen i aml. § 2-5 første ledd, annet punktum vil dermed ikke nødvendigvis stride mot lovgivers intensjon om å beskytte varsleren mot gjengjeldeshandlinger, men isteden representere en nødvendig terskel for hvilke påstander arbeidstaker kan gjøre gjeldende mot arbeidsgiver. På den andre siden nevnes imidlertid at det at arbeidstakeren ofte ikke får medhold i sine anførsler om gjengjeldelser til tross for den gunstige bevisregelen, kan tyde på at domstolene kanskje praktiserer kravet om ”grunn til å tro” for strengt i forhold til lovgivers intensjon. Dette spørsmål skal dog ikke behandles i denne fremstillingen ettersom en slik behandling vil ligge utenfor spørsmålsstillingen.

---

<sup>68</sup> LB- 2009- 36995 s. 12

Som fremholdt ovenfor omfattes de fleste opplevde reaksjoner av begrepet ”gjengjeldelse” i aml. § 2-5. En viktig gruppe som imidlertid ikke er omfattet av begrepet er varslernes kolleger i virksomheten. Av forarbeidene fremgår at kun arbeidsgiver selv og den som i hans sted utøver styringsrett, samt arbeidstakere som handler på bakgrunn av instruks fra arbeidsgiver skal omfattes av gjengjeldelsesforbudet.<sup>69</sup>

Til tross for at de aller fleste opplever positive reaksjoner fra kolleger, viser Fafo-rapporten at flere av de som svarte opplevde blandede reaksjoner fra kolleger og ledere. Noen av de spurte har også oppgitt at de har blitt utsatt for så sterke reaksjoner fra ledere og kolleger at de ble sykemeldt, jfr. punkt 4.2.1. Disse oppgitte reaksjonene som til dels kan få store konsekvenser, eksempelvis sykemelding over lengre tid for varsleren, er ikke omfattet av vernet mot gjengjeldelse dersom disse kommer fra en kollega. Til tross for at slike handlinger fra kolleger kan omfattes av andre regler (eksempelvis forbud mot trakassering), vil ikke den gunstige bevisregelen i aml. § 2-5 første ledd andre punktum komme til anvendelse ettersom kolleger ikke er omfattet av bestemmelsen.

I forhold til lovgivers intensjon om å gi varsleren beskyttelse mot gjengjeldelser, synes det uforenlig med et slikt formål at kolleger ikke skal omfattes av samme forbudet som ledere og arbeidsgiver selv. Fafo-undersøkelsen viser nettopp at det er et behov for at også kolleger innlemmes i virkeområdet for gjengjeldelsesforbudet for å oppnå fullstendig beskyttelse overfor varsleren.

### **4.3 Overholder arbeidsgivere plikten til tilrettelegging for varsling i henhold til aml. § 3-6?**

Formålet og hensikten med bestemmelsen er ifølge forarbeidene å bidra til et åpent yringsklima. Dette forutsetter at forholdene er tilrettelagt for arbeidstakerne slik at de har reelle muligheter til å si fra om eventuelle kritikkverdige forhold i virksomheten. En plikt for virksomheten til å vurdere om tiltak som tilrettelegger for varsling, og eventuelt iverksette slike tiltak, vil bevisstgjøre arbeidsgiver og bidra til økt innsikt og forståelse for at virksomheten vil nyte godt av et godt yringsklima. Slike tiltak for tilrettelegging av varsling

---

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52

vil signalisere til de ansatte at spørsmål om ansattes ytringsfrihet blir tatt alvorlig av arbeidsgiver. Dette vil igjen kunne medføre et forbedret ytringsklima med rom for kritiske og frie meningsyttringer. Et forbedret ytringsklima vil videre kunne medføre at terskelen for å varsle oppfattes som lavere av de ansatte. Ved at dette skjer vil også arbeidsgiver lettere kunne avdekke og bringe til opphør kritikkverdige forhold ved virksomheten.<sup>70</sup> Med rutiner er ment retningslinjer, instruksjer, reglementer eller liknende som beskriver når det skal varsles, etiske normer for virksomheten, hvem varslet kan gis til osv. Disse bør være i skriftlig form, tilgjengelig på arbeidsplassen og tilkjennegjort for de ansatte. Andre tiltak som kan være gunstige er å regelmessig fokusere på varsling i medarbeidersamtaler, møter eller gjennom annen informasjon og drøftelse. De tillitsvalgte skal medvirke i arbeidet med å vurdere behovet for tiltak og hvilke eventuelle tiltak som skal iverksettes.<sup>71</sup>

Enkelte høringsinstanser var kritiske til en for omfattende plikt til tilrettelegging for varsling. Kritikken ble begrunnet med at oppmuntring til varsling gjennom et godt ytringsklima ville kunne medføre uheldige konsekvenser i form av tystekultur og angivere som vil kunne skade arbeidsmiljøet i virksomheten. Departementet vurderte imidlertid kritikken som lite praktisk i forhold til den generelle tendensen som gir uttrykk for at arbeidstakere i for stor grad tier om kritikkverdige forhold, sett i forhold til problemer omkring arbeidstakere som sier fra i utide. Tilpassede retningslinjer vil videre forhindre at slik uheldig tystekultur oppstår.<sup>72</sup>

Det fremgår av Fafos forskningsrapport at kun 7 % av ansatte uten særskilte roller som ledere eller tillitsvalgt har god kjennskap til bestemmelsen om plikt til tilrettelegging for varsling. Hele 49 % av de som besvarte undersøkelsen har oppgitt at de ikke kjenner til bestemmelsen. 44 % svarer imidlertid at de har delvis kjennskap til bestemmelsen. Drøyt halvparten av ansatte uten tillitsverv eller lederposisjon har følgelig god kjennskap eller kjenner til bestemmelsen (51 %). Funn i undersøkelsen viser også at ledere har relativt liten kjennskap til regelen. Av de spurte i denne gruppen svarte 28 % at de ikke kjente til bestemmelsen, mens henholdsvis 55 % og 17 % var delvis kjent og godt kjent med denne. Forskningsrapporten viser at det er liten forskjell i kjennskap mellom ledere og tillitsvalgte, der tillitsvalgte er litt bedre kjent med bestemmelsen enn lederne. Rapporten viser også at kjennskapen til

---

<sup>70</sup> Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46

<sup>71</sup> Ibid s. 54

<sup>72</sup> Ibid s. 46

bestemmelsen ikke har økt i særlig grad på to år siden forrige undersøkelse ble utført i 2008.

73

I samme undersøkelse viser funn at 36 % av de spurte har svart at det forelå skriftlige varslingsrutiner på arbeidsplassen. 5 % har svart at slike rutiner var under utarbeidelse, 31 % har svart at de ikke visste om slike rutiner forelå på deres arbeidsplass, og 27 % svarte at de ikke hadde slike rutiner. Undersøkelsen viser en sammenheng mellom størrelsen på virksomheten (antall ansatte) og varslingsrutiner. 26 % av de som arbeider i virksomheter med 10 – 19 ansatte svarte at de hadde varslingsrutiner, mens 47 % av de som arbeider i virksomheter med flere enn 200 ansatte svarte at slike rutiner forelå. Videre viser undersøkelsen en sammenheng mellom kjennskap til bestemmelsene om varsling og etablerte varslingsrutiner. Jo bedre kunnskapen i virksomheten er om varslerbestemmelsene, desto større grad av varslingsrutiner. Og motsatt. Sannsynligheten for varslingsrutiner øker også med hyppigheten av tariffavtaler og tillitsvalgtressurser i virksomheten.<sup>74</sup>

I følge undersøkelsen er det grunn til å anta at dersom flere har bidratt ved utformingen av varslingsrutinene, desto bedre kjent vil rutinene være. På spørsmål om hvem som har vært involvert i utarbeidelsen av virksomhetens varslingsrutiner svarer 50 % at de ikke vet hvem som har utarbeidet disse. Av de som visste svarte 90 % at ledelsen var involvert ved utarbeidelsen, 68 % svarte at tillitsvalgt eller annen representant for de ansatte bidro ved utarbeidelsen, 57 % svarte verneombud, 30 % svarte ansatte og 14 % svarte at eksterne konsulenter eller advokater var involvert. Etersom flere kunne være involvert i prosessen ved utarbeidelse av rutiner, var det mulig å oppgi flere grupper involverte, som eksempelvis at ledelsen i samarbeid med tillitsvalgte var ansvarlig for utarbeidelsen. Undersøkelsen viser imidlertid at det var mindre sannsynlig at tillitsvalgte eller verneombud var medvirkende i prosessen dersom eksterne konsulenter eller advokater hadde utarbeidet varslingsrutinene sammenlignet med tilfeller der denne gruppe ikke var involvert.<sup>75</sup>

Forskningsrapporten viser også at relativt mange som ikke har varslet om kritikkverdige forhold begrunner unnlattelsen med at de var usikre på om det faktisk var et kritikkverdig forhold. En tredel oppga også at de manglet informasjon til å vurdere alvorlighetsgraden av

---

<sup>73</sup> Trygstad, 2010 s. 42- 43

<sup>74</sup> Ibid s. 44-45

<sup>75</sup> Ibid s. 46



forholdet. Rapporten slår videre fast at det er en sammenheng mellom etablerte rutiner på arbeidsplassen og varslingseffektiviteten. Det vil si at de arbeidstakerne som oppgir at det foreligger rutiner for varsling på arbeidsplassen, svarer at det er effektivt å varsle med den virkning at det kritikkverdige forholdet bedret seg eller opphørte. Varslingsrutiner har også en innvirkning på reaksjonene overfor den som varsler: Dersom skriftlige rutiner foreligger på arbeidsplassen er det større sannsynlighet for å bli møtt med positive reaksjoner i en varslingssituasjon i forhold til de virksomheter som mangler slike rutiner.<sup>76</sup>

I rettspraksis har vektleggingen av rutiner vært mangelfull. Det er i de færreste saker at betydningen av varslingsrutiner har blitt drøftet. Det er kun i en av fire saker at manglende rutiner for varsling i forhold til forsvarlighetsvurderingen i aml. § 2-4 er anført og drøftet.

I saken nevnt ovenfor (se punkt 4.1) hvor en professor ved Universitetet i Tromsø hadde varslet, ble det anført mot at varslingen skulle anses som uforsvarlig i forhold til varslingsretten i aml. § 2-4 at virksomheten manglet etablerte rutiner for varsling. Retten uttalte følgende om betydningen av manglende varslingsrutiner:

”Myrstad har vist til at universitetet ikke hadde utarbeidet noe system for varsling, slik det hadde plikt til, jf. Arbeidsmiljøloven § 3-6, og at dette må tillegges vekt ved vurderingen av om han har varslet forsvarlig. Lagmannsretten er enig i dette, men kan ikke se at momentet har stor vekt. Det skal ikke stilles strenge krav til forsvarlig fremgangsmåte ved varsling, men finner likevel klart at Myrstad ikke har gått frem på en forsvarlig måte da han ga notatet til en student og lot ham sende det videre til universitetet.”

I avsnittet ovenfor fremholder retten også følgende:

”I ettertid har universitetet utarbeidet en ”Værvarsomplakat” hvor det bl.a. heter at ansatte ikke skal blande studenter inn i konflikter mellom ansatte, og at ansatte ikke skal kritisere kollegers karaktergivning, undervisning eller forskningsmetoder overfor studentene. Etter

---

<sup>76</sup> Trygstad, 2010 s. 63, 74 og 78

lagmannsrettens syn gir plakaten uttrykk for generelle forventninger som gjaldt også før plakaten ble utarbeidet.”<sup>77</sup>

I forhold til lovgivers forutsetninger ved vedtakelsen av bestemmelsen er det foruroligende at omtrent halvparten av de ansatte uten leder- eller tillitsoppgaver ikke har kjennskap til bestemmelsen om tilrettelegging for varsling. En av to har imidlertid god kjennskap til bestemmelsen eller kjenner til den. Kun en liten andel av disse kjenner godt til denne bestemmelsen. Det som imidlertid er enda verre er at av lederne som var med i undersøkelsen svarte en tredel at de ikke kjente til bestemmelsen, halvparten kjente delvis til den, mens i underkant av en av fem var godt kjent med regelen. Rapporten viser videre at det er en sammenheng mellom graden av kjennskap til bestemmelsen og graden av etablerte rutiner for varsling, jfr. funn i Fafo – rapporten nevnt innledningsvis i punkt 4.3.

Det er i forarbeidene forutsatt at en tilrettelegging for varsling bidrar til et åpent yringsklima i virksomheten ved at arbeidstakerne får reelle muligheter til å si fra om kritikkverdige forhold. For at arbeidstakerne skal ha denne reelle muligheten i behold er det imidlertid nødvendig at tilretteleggingen i form av skriftlige rutiner, reglement osv. er tilgjengelig og gjort kjent for de ansatte.<sup>78</sup> Når da lederne oppgir at de samlet har relativt liten kjennskap til bestemmelsen om tilrettelegging for varsling, og kun halvparten av de ansatte uten leder- eller tillitsoppgaver kjenner til bestemmelsen, skulle det tilsi at tilretteleggingen på arbeidsplassene er mangelfull.

Som nevnt ovenfor er det påvist en sammenheng mellom graden av kjennskap til bestemmelsen og hyppigheten av etablerte rutiner. Av de spurte, svarte en tredel at de ikke hadde rutiner for varsling, og en tredel visste ikke om slike fantes. I forhold til lovgivers intensjon kan det se ut til at rutiner for varsling i stor grad ikke er etablert ettersom mange ledere ikke kjenner til bestemmelsen, og mange arbeidstakere oppgir at etablerte rutiner mangler eller at de mangler kjennskap til bestemmelsen. Det skulle tyde på at etablerte rutiner i virksomheten er fraværende eller i beste fall at formidlingen av etablerte rutiner er mangelfull overfor de ansatte ettersom ca. halvparten av disse mangler kjennskap til bestemmelsen. Dette er klart i strid med lovgivers intensjon ettersom varslingsrutinene skal

---

<sup>77</sup> LB- 2009- 70215 s. 6

<sup>78</sup> Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46 og s. 54

være tilgjengelig og gjort kjent for de ansatte. Når dette ikke skjer mister arbeidstakerne den reelle muligheten for å varsle som de etter forarbeidene skal ha.

I denne sammenheng nevnes også at av de arbeidstakerne som unnlot å varsle, begrunnet noen unnlåtelsen med at de var usikre på om det faktisk var et kritikkverdig forhold, mens en tredel manglet informasjon til å vurdere alvorligheten, jfr. innledningsvis under punkt 4. Unnlåtelser som skyldes slike forhold kunne vært unngått ved etablering av varslingsrutiner som blant annet kan inneholde nettopp slike opplysninger som tydeliggjør hva som menes med kritikkverdige forhold, når man bør varsle, hvem varslet kan gis til osv. Når arbeidstakere unnlater å varsle på grunn av slik mangelfull informasjon vil det ikke foreligge en reell mulighet for varsling slik forarbeidene forutsetter og følgelig være i strid med lovgivers intensjon.

## **5. Avslutning**

Under dette punktet skal jeg oppsummere resultatene av analysene som ble utført i punkt fire. Disse resultatene skal videre utgjøre svar på om varsleren har tilstrekkelig vern etter varslingsreglene, slik lovgiver har forutsatt.

### **5.1. Kravet til forsvarlig fremgangsmåte**

I forhold til kravet om forsvarlig fremgangsmåte i aml. § 2-4, har den foregående analysen vist at domstolene har problemer med å skille mellom varsling internt og varsling eksternt hva angår vurderingsnormen. De fleste domstolene nøyer seg med å gjengi den generelle vurderingsnorm for forsvarlighetskravet som fremgår av forarbeidene, men utelater å foreta et nærmere skille mellom vurderingsnormen for intern varsling og vurderingsnormen for eksternt varsling. I forarbeidene er det gjort et skille mellom de to formene for varsling i relasjon til vurderingsnormen.

Når vurderingsnormen for forsvarlig varsling skal praktiseres er tendensen imidlertid at et slikt skille ikke skjer, med den konsekvens at den strengere forsvarlighetsnorm som er forbeholdt eksternt varsling, også benyttes på tilfeller der varslingen skjer internt. En slik

praktisering er uforenlig med forarbeidenes intensjon om at intern varsling helt unntaksvis vil anses som uforsvarlig varsling og at uforsvarlig varsling er forbeholdt tilfeller der varslingen skjer på "helt utilbørlig måte". Lovgivers intensjon med å foreta et skille i vurderingsnormen synes å være for å understreke at terskelen for uforsvarlig varsling ikke skal være den samme ved varsling internt og varsling eksternt, blant annet med hensyn til det ulike skadepotensialet overfor arbeidsgivers interesser. Ved intern varsling vil skadepotensialet være mye lavere enn ved ekstern varsling, ettersom arbeidsgiver får mulighet til å umiddelbart når varslet gis kunne imøtegå kritikken og bringe det kritikkverdige forhold til opphør. Tilsvarende mulighet får arbeidsgiver ikke ved ekstern varsling.

Når domstolene benytter samme vurderingsnorm på intern og ekstern varsling, vil det medføre samme terskel for uforsvarlig varsling, hvilket strider mot lovgivers intensjon. En slik unnlatt differensiering av forsvarlighetsnormen vil videre innskrenke den alminnelige varslingsretten i aml. § 2-4 i de tilfeller varslingen skjer internt ettersom den strenge forsvarlighetsnormen som er forbeholdt eksterne varslingstilfeller, også benyttes ovenfor disse. Ut fra dette kan det konkluderes med at varsleren ikke er gitt tilstrekkelig vern slik lovgiver har forutsatt i interne varslingstilfeller.

Det bemerkes også i relasjon til ekstern varsling at domstolen i ett tilfelle praktiserte et krav om forsvarlig fremgangsmåte hvor en arbeidstaker hadde varslet til Arbeidstilsynet. Dette til tross for at aml. § 2-4 annet ledd, annet punktum uttrykkelig fastslår at varsling til tilsynsmyndighet alltid er forsvarlig. En slik fortolkning av bestemmelsen som retten i denne saken gjorde medfører en begrensning i den alminnelige varslingsretten etter aml. § 2-4, første ledd og vil således være i strid med lovgivers intensjon i forhold til varslingsvernet.

## **5.2 Gjengjeldelsesvernet**

I forhold til gjengjeldelsesvernet i aml. § 2-5 er utgangspunktet at arbeidstakeren i en varslersituasjon opplever reaksjoner av positiv art fra ledere og kolleger. Det er imidlertid noen som opplever blandede reaksjoner (både positive og negative), samt utelukkende reaksjoner av negativ art. rettspraksis viser en vid praktisering av begrepet "gjengjeldelse". Både tradisjonelle gjengjeldelsesreaksjoner som oppsigelse, endring av arbeidsoppgaver og arbeidssted omfattes, men også gjengjeldelser av mer atypisk art som eksempelvis ledelsens

unnlatelse av å håndtere mobbesak og engasjering av organisasjonspsykolog er av domstolene ansett som egnet til å kunne utgjøre ulovlige gjengjeldelseshandlinger. En slik vid definisjon av gjengjeldelsesbegrepet er helt i tråd med lovgivers intensjon om å hindre enhver ugunstig behandling av varsleren når det skjer som en konsekvens av varslet og når varslingen har skjedd i samsvar med aml. § 2-4. (se punkt. 4.2.2).

Det er imidlertid en viktig gruppe som faller utenfor virkeområdet for gjengjeldelsesforbudet. Kolleger omfattes ikke. Å utelate en så stor og viktig gruppe medfører at gjengjeldelsesvernet ikke blir gitt den rekkevidde det skulle hatt for å innfri lovgivers intensjon om å hindre enhver ugunstig behandling av varsleren. Fafo-rapporten viser at flere varslere har opplevd blandede reaksjoner fra ledere og kolleger og noen opplevde så sterke reaksjoner at de ble sykemeldt. (se punkt 4.2.1). Fafo – undersøkelsen viser at det er et behov for at også kolleger omfattes av gjengjeldelsesforbudet for at varsleren skal gis fullstendig beskyttelse. Slik bestemmelsen er utformet vil ikke varslervernet oppnå formålet om å forhindre enhver ugunstig behandling av varsleren som lovgiver i forarbeidene selv har ønsket med bestemmelsen.

Det nevnes også at bestemmelsen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5, første ledd, annet punktum kan se ut til å ha fått en for streng praktisering av domstolene i forhold til lovgivers intensjon om å beskytte varsleren. I de fleste sakene ble det ikke ansett bevist at gjengjeldelseshandlingen hadde funnet sted til tross for den gunstige bevisregelen, som fra lovgivers side er ment å skulle gjøre det enklere for varsleren å bevise at slike ulovlige handlinger har forekommet. På den annen side er en viss terskel for hva arbeidstakeren kan anføre som gjengjeldelser for å forhindre sjikanøse og uriktige beskyldninger mot arbeidsgiver.

### **5.3 Tilrettelegging for varsling**

Resultatene av Fafo-rapporten (se punkt 4.3) viser at relativt få virksomheter har etablerte rutiner for varsling. Dette har sammenheng med at en av tre ledere ikke kjenner til bestemmelsen i aml. § 3-6 om plikt til tilrettelegging dersom det er nødvendig. Ansatte uten leder- eller tillitsoppgaver har også i liten grad kjennskap til bestemmelsen. Halvparten av de spurte kjente ikke til denne.

En tilrettelegging for varsling bidrar til et åpent yringsklima ved at arbeidstakerne får reelle muligheter til å si fra om kritikkverdige forhold. For at denne muligheten skal ivaretas er det nødvendig at rutinene er gjort kjent for arbeidstakerne.<sup>79</sup> I forhold til arbeidstakers vern i en varslersituasjon, er en slik mangelfull tilrettelegging og kjennskap til bestemmelsen som Fafo-rapporten viser en indirekte begrensning av den alminnelige varslingsretten etter aml. § 2-4. Konsekvensen av manglende rutiner er at arbeidstakere i en varslersituasjon vil føle en usikkerhet omkring varslingsforholdene. Eksempelvis kan usikkerhet oppstå omkring begrepet ”kritikkverdige forhold” eller at varsleren ikke vet hvem det kan varsles til og lignende. Denne usikkerheten kan føre til at varsleren unnlater å varsle. Fafo-rapporten viser nettopp at omtrent en tredel av de som unnlot å varsle begrunnet unnlattelsten med at de manglet informasjon om varslingsssituasjonen. Slike uklarheter er ment å skulle forhindres nettopp gjennom etablerte varslingsrutiner.

Forarbeidene fremholder at tillitsvalgte skal medvirke ved vurderingen av hvorvidt virksomheten har behov for tiltak og tilrettelegging for varsling og hvilke tiltak som eventuelt skal iverksettes.<sup>80</sup> Resultatene av Fafo-undersøkelsen viser imidlertid at denne plikten til medvirkning i en del tilfeller ikke overholdes. Det antas videre ifølge Fafo-rapporten at det er en sammenheng mellom graden av medvirkning og kjennskap til rutinene. Det vil si at flere ansatte og ledere i virksomheten kjenner til rutinene for varsling dersom representanter for disse har medvirket ved utarbeidelsen av disse. Når da Fafo-rapporten viser at en del virksomheter verken har benyttet seg av medvirkning fra de ansatte eller overholdt plikten til medvirkning fra tillitsvalgte, vil det medføre at arbeidstakere ikke får reell mulighet til å si fra om kritikkverdige forhold, slik forarbeidene forutsetter. Således vil den manglende medvirkning medføre at det alminnelige varslervernet i aml. § 2-4 svekkes og slik stride mot lovgivers intensjon med aml. § 3-6.

Sammenfattet ser det ut til at varslingsreglene fortsatt vakler, snart fem år etter ikrafttreidelsen. Drøftelsen viser dels store svakheter ved praktiseringen av bestemmelsene i forhold til lovgivers forutsetninger når reglene ble til. Det er etter min mening ennå noe som gjenstår før

---

<sup>79</sup> Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 46 og 54

<sup>80</sup> Ibid s. 54

varslere oppnår det vernet de ble forespeilet ved vedtakelsen av varslerbestemmelsene. Det politiske dramaet forut for vedtakelsen av bestemmelsene ser ikke ut til å være helt over.

## Kildeliste

- Ot.prp. nr. 84 (2005-2006), "Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)", Det kongelige arbeids- og inkluderingsdepartement.
- Henning Jakhelln, "Arbeidsmiljølovens regler om varsling", artikkel, 2010.
- Sissel C. Trygstad "Med rett til å varsle...men hjelper det og er det lurt?", Fafo, 2010. Rapporten finnes på Fafos hjemmesider.
- LB- 2009- 70215, Borgarting lagmannsrett – dom, dato: 2009-12-11
- TBERG-2007-136244, Bergen tingrett- dom, dato: 2008-07-07
- TNERO-2010- 146183, Nedre Romerike tingrett- dom, dato: 2011-05-05
- LB- 2009- 36995, Borgarting lagmannsrett- dom, dato: 2009-10-08
- LB-2010-40623, Borgarting lagmannsrett- dom, dato: 2011-05-02