

HENNING JAKHELLN

professor

Institutt for offentlig rett
Universitetet i Oslo
St Olavs plass 5, 6 etg (Domus Nova)
Postboks 6706 St. Olavs plass
0162 Oslo

Tlf.: 22 85 00 70

Fax: 22 85 00 41

henning.jakhelln@jus.uio.no

17. mars 2006

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 Oslo

Høringsuttalelse – forslag til nye regler om ansattes yringsfrihet/varsling

Jeg viser til Arbeids- og inkluderingsdepartementets brev av 23 des 2005 – hvormed fulgte rapport om ”Ansattes yringsfrihet” med forslag til nye regler i arbeidsmiljøloven (2005) og forvaltningsloven, og som skal erstatte nåværende aml (2005) § 2-4 – med høringsfrist 23. mars 2006, og fremsender i den anledning nedenstående bemerkninger.

Sammendrag*1. Forslaget til ny § 2-4 om begrensninger i arbeidstakeres yringsfrihet*

Prinsipalt ser jeg det slik at forslaget til ny aml (2005) § 2-4 ikke klargjør rettstilstanden ut over det som allerede følger av Grunnlovens bestemmelse. Arbeidstakeres yringsfrihet er etter mitt syn ivaretatt ved Grunnlovens § 100. Det må forøvrig være hevet over enhver tvil at arbeidstakere kan uttale seg om politiske og faglige spørsmål. Forslaget til ny § 2-4 første ledd forekommer meg derfor overflødig.

Forslaget til ny § 2-4 annet ledd om begrensninger i ansattes yringsfrihet gir neppe klarere kriterier enn det som allerede følger av Grunnlovens § 100 og den generelle utilbørighetsstandard som følger av Grunnlovens bestemmelse. En lovbestemmelse om begrensninger i arbeidstakeres yringsfrihet vil dessuten, under enhver omstendighet, måtte sees på bakgrunn av denne bestemmelse i Grunnloven. En slik lovbestemmelse vil for øvrig også måtte sees i forhold til Den euopéiske menneskerettskonvensjons art 10, og de krav som denne bestemmelse oppstiller for begrensninger i yringsfriheten, hvor det avgjørende

vil være om slike begrensninger kan ansees for "nødvendige i et demokratisk samfunn".

Subsidiært – dersom det likevel skulle ansees for hensiktsmessig å lovfeste arbeidstakeres ytringsfrihet slik den allerede følger av Grunnlovens § 100 – synes eventuell lovfesting av begrensninger i denne ytringsfrihet å burde angis spesifikt, og ikke såvidt upresist og generelt som forslaget § 2-4 annet ledd. Bestemmelsen synes derfor å burde angi at arbeidstakers ytringer ikke urettmessig må røpe bedriftshemmeligheter, forretningsforhold av vesentlig konkurransemessig betydning, eller forhold som omfattes av lovfestet taushetsplikt (herunder personvern).

2. Forslaget til ny § 2-5 om varsling

Det vil etter mitt syn være bedre å beholde nåværende § 2-4 første ledd enn å vedta lovforslagets § 2-5 første og annet ledd.

Lovforslagets regler åpner i betenkelig grad for at fokus blir flyttet over fra det forhold som arbeidstaker varsler om, og over til spørsmålet om arbeidstaker har gått frem korrekt. Dette åpner for å "ta spilleren, ikke ballen", noe som ikke er egnet til å verne varslerens rettsstilling. Forslaget, spesielt kravet om at varslingen må "bygge på et forsvarlig grunnlag", tilsvarer i realiteten langt på vei kravet om at varsling skulle skje "på en lojal måte", et krav som Stortingets flertall ikke sluttet seg til. De innvendinger som dengang ble fremsatt overfor kravet om varsling "på en lojal måte" kan derfor anføres også overfor kravet om at varsling må "bygge på et forsvarlig grunnlag". Lovforslaget er for såvidt bemerkelsesverdig. Det viktigste er imidlertid at den foreslåtte bestemmelse i praksis vil kunne lede til at arbeidstakere finner det best ikke å varsle om noe som helst. Det kan vårt samfunn ikke være tjent med

3. Forslaget til ny § 2-5 om varsling, for såvidt gjelder spørsmålet om at varsling først må ha skjedd internt før varsling skjer offentlig

I svært mange tilfelle vil det være naturlig at kritikkverdige forhold først blir tatt opp internt. En hovedregel om dette kan i og for seg lovfestes. Etter mitt syn må imidlertid bestemmelsen utformes med forbehold for tilfelle hvor det for arbeidstaker har fremstått slik at intern varsling ikke ville ha noen hensikt.

Etter mitt syn kan det være hensiktsmessig at det fastsettes at henvendelse til offentlig tilsynsmyndighet ikke er å anse for varsling til offentlighet.

Det er ytterligere grunn til å overveie om det ikke bør fastsettes uttrykkelig at lovpålagt varsling på angitt måte er rettmessig.

5. Presisering av hva som menes med intern varsling

I lovforslagets § 2-5 annet ledd litra c) annet punktum er angitt hva som menes med intern varsling, og at dette kan presiseres nærmere i virksomhetens retningslinjer.

Etter mitt syn bør det defineres mer eksplisitt hva som menes med intern varsling. Dette bør angis ved at arbeidstaker sier fra til nærmeste overordnede eller en representant for virksomhetens ledelse. I så fall må det være tilstrekkelig at det i virksomhetens retningslinjer nærmere angis hvem som vil være rette vedkommende. Dermed unngås faren for at retningslinjer utformes slik at de i realiteten stenger for varsling til offentligheten.

6. Forbud mot tiltak for å avdekke anonyme ytringer og anonym varsling

For å effektivisere arbeidstakeres ytringsfrihet og varslernes rettsstilling bør det etter mitt syn fastsettes forbud mot at arbeidsgiver iverksetter undersøkelser eller andre tiltak for å bringe på det rene hvem som står bak en ytring eller varsling, medmindre arbeidsgiver kan godtgjøre at det er grunn til å anta at ytringen eller varslingen går ut over de rammer som følger av arbeidsmiljølovens §§ 2-4 og 2-5 [lovhenvisingene her refererer seg til lovforslaget].

7. Bevisbyrde

Arbeidsgiver vil vanligvis ha en helt annen oversikt over virksomhetens forhold enn en arbeidstaker kan ha. Den arbeidstaker som mener at det er kritikkverdig forhold i en virksomhet, vil i mange tilfelle ha svært begrensede muligheter for å føre bevis for dette. Samtidig vil det være svært belastende for enhver arbeidstaker å bli beskyldt for å ha opptrådt urettmessig i denne sammenheng. Bevisbyrden for at varsling ikke er skjedd korrekt eller av annen grunn er urettmessig synes derfor å måtte påhvile arbeidsgiver.

8. Vern mot gjengjeldelse for ytringer

Jeg har ingen bemerkninger til lovforslagets § 2-6.

9. Plikt til å rette forholdene til rette for varsling

Jeg har ingen bemerkninger til lovforslagets § 3-6.

Siden spørsmålet om arbeidstakeres ytringsfrihet også har en konstitusjonell side, og siden spørsmålet også berører forholdet til det øvrige samfunn og ikke bare rettsforholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, må spørsmålet om arbeidstakeres ytringsfrihet sees i denne større sammenheng. Jeg finner det derfor nødvendig med noen bemerkninger på det helt prinsipielle plan – jfr. nedenfor del A – som bakgrunn for de mer spesifikke bemerkninger – jfr. nedenfor del B.

A. Generell bakgrunn m.v.

I. Alment om yringsfrihet i forhold til arbeidstakere

Rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstakere – og de samfunnsmessige hensyn

Spørsmål som gjelder arbeidstakernes yringsfrihet relaterer seg selvsagt ikke bare til den grunnlovsfestede yringsfrihet, men også til arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, hvor lojalitetsplikten står sentralt. Den grunnleggende utfordring blir dermed å angi hvorledes grensen mellom lojalitetsplikt og yringsfrihet skal trekkes. Dette er ikke bare et spørsmål som gjelder i forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. Spørsmålet har også grunnleggende relasjoner til samfunnet forøvrig. Dessuten har spørsmålet grunnleggende relasjoner til det generelle syn på arbeidstakeres stilling i samfunnet: Er arbeidstakere å anse som samfunnsengasjerte borgere, og som betrodde og innsiktsfulle medarbeidere, eller er det tale om kranglebøtter, bråkmakere og angivere?

Siden det i rapporten ”Ansattes yringsfrihet” er lagt opp til at dette er spørsmål som skal reguleres i arbeidsmiljøloven – en lov som primært tar sikte på å regulere rettsforholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere – vil de videregående samfunnsmessige hensyn kunne komme noe i bakgrunnen. Jeg finner det derfor nødvendig å angi noe på det generelle plan om hvorledes grensen mellom lojalitetsplikt og yringsfrihet bør trekkes. Jeg tillater meg å nevne at jeg har behandlet spørsmålet inngående i *TemaNord* 2004(509): Yringsfrihet og konstitusjonelt vern, utgitt av Nordisk Ministerråd (s. 47-128): Yringsfrihet i arbeidsforhold.¹

De særlige utfordringer som gjelder varslers rettsstilling

I rapporten ”Ansattes yringsfrihet” er det også lagt opp til at spørsmålet om varslernes rettsstilling reguleres nærmere. I praksis kan det være tale om en noe flytende overgang fra de generelle spørsmål om arbeidstakeres yringsfrihet til de mer spesifikke spørsmål som reiser seg forsåvidt gjelder varslernes rettsstilling. Gjennomgående synes arbeidstakere som har varslet om forhold som knytter seg til arbeidsforholdet å ha ment at de har varslet nettopp ut fra lojalitetshensyn. Samtidig er det viktig at det blir sagt fra, og sagt fra i tide. Ytterligere er arbeidstakere tildels forpliktet til å si fra. Den største utfordring

¹ Finnes i sin helhet i pdf-format på <http://folk.uio.no/hejakhel/documents/Yringsfrihet%20i%20arbeidsforhold.pdf>

som her foreligger, er hvorledes reglene om varsling kan effektiviseres slik at varslernes rettsstilling sikres.² Ikke minst bevisbyrdereglene står her sentralt.

Ytringsfrihet er en grunnleggende forutsetning for et reelt demokrati

Etter mitt syn må utgangspunktet – også når det gjelder arbeidstakeres ytringsfrihet – tas i det forhold at ytringsfrihet er en grunnleggende forutsetning for et reelt demokrati: Det er gjennom meningsbrytning at grunnlaget legges for veloverveide beslutninger. Gjennom åpen diskusjon kan de forhold som taler til fordel for en løsning komme frem, men også de forhold som taler i annen retning, herunder forskjellige konsekvenser som kan følge av ulike alternativer. Resultatet av slik meningsbrytning vil eksempelvis kunne bli modifikasjoner i forhold til den beslutning som det opprinnelig ble lagt opp til. I dagens kunnskapssamfunn er dette forhold enn viktigere enn tidligere.

Dette utgangspunkt må legges til grunn også når det gjelder arbeidstakeres ytringsfrihet: Ikke minst vil forholdet kunne være nettopp det, at det er arbeidstakere som gjennom sitt virke og med sin innsikt og erfaring vil kunne se muligheter og konsekvenser som andre ikke vil ha forutsetninger for å kunne se, eller som andre bare meget vanskelig vil kunne skaffe seg slik kunnskap om.

Hensynet til bedriftsdemokratiet, jfr. Grunnlovens § 110 annet ledd, trekker i samme retning. Skal bedriftsdemokratiet kunne fungere etter sin hensikt, er det nødvendig at arbeidstakerne har rett til å uttale seg.

De enkelte virksomheter og de forhold som knytter seg til deres drift utgjør integrerte deler av det større samfunn. Det kan derfor ikke legges til grunn at virksomhetenes drift må sees separat fra det øvrige samfunn.

Dertil kommer at ytringsfrihet – og dermed sammenhengende åpenhet – er blandt demokratiets viktigste foranstaltninger for å sikre at ulovlige, irregulære eller kritikkverdige forhold blir avdekket. Dermed kan slike forhold – dersom de skulle forekomme – kunne bli bragt til opphør. Selve ytringsfriheten – og dermed selve adgangen til å avdekke slike forhold – er i seg selv egnet til å motvirke at slike forhold i det hele tatt forekommer, og til å begrense omfanget av slike forhold.

Skal dette kunne fungere, må imidlertid de ansatte kunne uttale seg uten å måtte frykte represalier.

² Se nærmere *Henning Jakhelln: Whistleblowers – Varslere. Om det foreslåtte forbud mot gjengjeldelser mot arbeidstaker ”som på lojal måte varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten”* (mai 2005), inntatt i sin helhet i pdf-format på http://folk.uio.no/hejakhel/documents/Whistleblowers_Varslere.26.5.05.pdf

For øvrig vil det i praksis ofte være en glidende overgang fra yringsfrihet som gjelder helt generelle spørsmål i samfunnet og over til spørsmål som relaterer seg til virksomhetens forhold mer alment, og videre til spørsmål som gjelder forhold innen den enkelte virksomhet.

På denne bakgrunn er det begrensningene i yringsfriheten som må begrunnes, og begrensningene må være av svært tungtveiende karakter.³

II. Grunnlovens § 100 og ansattes yringsfrihet

Det er naturlig å ta utgangspunkt i at Stortinget 30. sept. 2004 vedtok den reviderte Grunnlovens § 100. Under debatten i Stortinget om denne reviderte grunnlovsbestemmelse var det blandt alle partier over hele den politiske skala rørende enige om betydningen av at også ansatte i denne egenskap hadde yringsfrihet - det skulle da også bare mangle - og man var enige om at dette var et viktig og sentralt punkt. Dertil kom det - man må trygt kunne si oppsiktsvekkende - at lederne for de største politiske partier,⁴ umiddelbart - samme dag - etter at den reviderte grunnlovsbestemmelser var vedtatt, fremmet forslag om å endre denne grunnlovsbestemmelse - nettopp under henvisning til at debatten i Stortinget hadde vist at det var "full enighet om at formuleringen⁵ ikke skal forstås på en slik måte at yringsfriheten for ansatte svekkes."⁶

I denne sammenheng kan det være tilstrekkelig å bemerke saksordføreren bemerkninger under Stortingsdebatten:⁷

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

I umiddelbar tilknytning til dette uttalte saksordføreren seg også spesielt om varslerne - "whistleblowers":

³ Eksempelvis drifts- og forretningshemmeligheter, personvern, lovbestemt taushetsplikt.

⁴ Fraksjonslederne i komitéen, fra A, SV, KrF, H og Frp.

⁵ Det siktes til denne formulering i den nye GrL. § 100 annet ledd første punktum om at ingen "kan holdes retslig ansvarlig på annet grunnlag end Kontrakt eller andet privat Retsgrundlag,

⁶ Dokument nr. 12:21 (2003-2004).

⁷ Martin Engeset (H).

Formuleringen i Grl. § 100 annet ledd "skal ikke hindre ansattes mulighet til å si fra om kritikkverdige forhold, enten i privat eller offentlig sektor, og såkalt "whistle blowing", og offentlig ansattes mulighet til å ytre seg innskrenkes heller ikke.

Disse uttalelser fra Stortinget under behandlingen av den reviderte Grunnlovens § 100 – og som er helt på linje med de betraktninger som er anført innledningsvis (avsnitt I) – må selvsagt legges til grunn når det er spørsmål om, og eventuelt hvordan, ansattes ytringsfrihet skal reguleres nærmere ved lov.

III. Stortingets behandling av varslerbestemmelsen (aml § 2-4) juni 2005

Arbeidsmiljøloven (2005) § 2-4 lyder nå slik:

§ 2-4 Forbud mot gjengjeldelse som følge av varsling

(1) Arbeidstaker har rett til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold i virksomheten der dette ikke er i strid med annen lov.

(2) Gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler etter første ledd er forbudt.

Bestemmelsen fikk sin endelige utformning under behandlingen i Stortinget.

Mens Arbeidslivslovutvalgets innstilling, jf. NOU 2004: 5 avsnitt 18 s. 444 flg., la opp til et rent forbud mot bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som på en lojal måte informerte om kritikkverdige forhold i virksomheten (lovutkastets §2-4), fulgt opp av tilsvarende forslag fra departementets side, jf. Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) § 2-4, fant Kommunalkomitéen enstemmig at det var «viktig å få slått fast at arbeidstakere har en rett til å varsle» og at «det er avgjørende å styrke vernet av ansatte som bidrar til å avdekke korrupsjon og misbruk av offentlige midler». I den forbindelse viste komiteen enstemmig bl.a. til behandlingen av forslaget til ny Grunnloven §100 i St. meld. nr. 26 (2003-2004) om ytringsfrihet, og Kontroll- og konstitusjonskomitéens påpekning av «at dagens rettstilstand knyttet til ansattes ytringsfrihet ikke er klar nok», jf. Innst. O. nr. 100 (2004-2005) avsnitt 11.2.

IV Sammenfatning

På bakgrunn av ovenstående kan det neppe være tvil om at arbeidstakeres ytringsfrihet følger av Grunnlovens § 100, og at Stortinget har bygget på at arbeidstakeres ytringsfrihet vil bidra til større åpenhet om bl.a. forholdene på arbeidsplassen. I tilknytning til dette har Stortingets flertall i aml § 2-4 fastsatt at den enkelte arbeidstaker har til å varsle om kritikkverdige forhold i

virksomheten, og at varsleren skal være beskyttet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver.

Det fremsatte lovforslag må vurderes på denne bakgrunn.

B. Rapportens lovforslag

I. Lovforslaget om arbeidstakeres ytringsfrihet, forslagens § 2-4

Det er fremsatt følgende forslag til ny § 2-4:

§ 2-4 Arbeidstakers ytringsfrihet

(1) Arbeidstaker har rett til på egne vegne å ytre seg om forhold som berører virksomheten, jf. Grunnloven § 100, herunder ytringer om politiske og faglige spørsmål.

(2) Ytringen skal ikke skape unødig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser.

Såvidt jeg kan se, inneholder den foreslåtte § 2-4 første ledd ikke mer enn det som følger av Grunnlovens § 100. Dette ledd er dermed i og for seg overflødig.

Forøvrig er lovforslagets ”på egne vegne” overflødig; det fremgår implisitt at ”arbeidstaker” har retten til å ytre ”seg”, og angir dermed at arbeidstaker nettopp ytrer seg på egne vegne.

Lovforslagets § 2-4 annet ledd er absolutt, og vil medføre forbud mot enhver ytring som kan skape unødig risiko for skade på arbeidsgivers saklige og tungtveiende interesser. Forholdene kan imidlertid ligge slik an, at det kan fremstå som rettmessig å fremsette også ytringer av denne art.

Etter mitt syn synes eventuell lovfesting av begrensninger i den ytringsfrihet som følger av Grunnlovens § 100 å burde angis spesifikt, og ikke såvidt upresist og generelt som forslagens § 2-4 annet ledd. Bestemmelsen synes derfor å burde angi at arbeidstakers ytringer ikke urettmessig må røpe bedriftshemmeligheter, forretningsforhold av vesentlig konkurransemessig betydning, eller forhold som omfattes av lovfestet taushetsplikt (herunder personvern). Samtidig kan omstendighetene også her være slik, at det vil være rettmessig å røpe endog slike forhold som bedrifts- og forretningsforhold m.v., f.eks. om det skulle forekomme at virksomheten drives lovstridig. En eventuell lovregulering bør ta høyde også for slike tilfelle.

Subsidiært vil jeg derfor bemerke, at dersom det likevel er ønskelig å fastsette i arbeidsmiljøloven at arbeidstakere har den ytringsfrihet som følger av

Grunnlovens § 100, bør lovforslagets § 2-4 første ledd etter mitt syn utformes slik:

§ 2-4 Arbeidstakers ytringsfrihet

Arbeidstaker har rett til å ytre seg om forhold som berører virksomheten, likevel slik at arbeidstaker ikke urettmessig må røpe bedriftshemmeligheter, forretningsforhold av vesentlig konkurransemessig betydning, eller forhold som omfattes av lovfestet taushetsplikt.

For ordens skyld bemerkes, at det bl.a. følger av den Grunnlovsfestede ytringsfrihet at det må tas høyde for uttrykksmåte og uttrykksform ut fra det som følger av arbeidstakers utdanning og stilling, og forholdene forøvrig. Likedan følger det bl.a. av tjenestemannslovens § 15 at "utilbørlig atferd" kan ha konsekvenser for tjenestemannens stilling. Den antydende bestemmelse er utformet under hensyntagen til også slike forhold.

II. Lovforslaget om varslings

Det er fremsatt følgende forslag til ny § 2-5:

§ 2-5 Varslings av kritikkverdige forhold i virksomheten

(1) Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.

(2) Arbeidstakers fremgangsmåte ved varslings skal være forsvarlig.

Ved offentlig varslings skal det særlig tas hensyn til

a) om varslings bygger på et forsvarlig grunnlag

b) om varslings gjelder forhold som har allmenn interesse, og

c) om arbeidstaker først har varslet internt, med mindre arbeidstaker har grunn til å tro at dette vil være uhensiktsmessig. Med intern varslings menes å si fra i samsvar med virksomhetens retningslinjer eller til representant for ledelsen der slike retningslinjer ikke finnes.

Etter mitt syn åpner de regler som her er foreslått i betenkelig grad for at fokus blir flyttet fra det forhold som varslings varsler om, og over til fokus på varslings forhold. Dette åpner for å "ta spilleren, ikke ballen", noe som ikke er egnet til å verne varslings rettsstilling. Forslaget, spesielt kravet om at varslings må "bygge på et forsvarlig grunnlag", tilsvarer i realiteten langt på vei kravet om at varslings skulle skje "på en lojal måte", et krav som Stortingets flertall ikke sluttet seg til. De innvendinger som dengang ble fremsatt overfor kravet om varslings "på en lojal måte" kan derfor anføres også overfor kravet om

at varsling må ”bygge på et forsvarlig grunnlag”. Den foreslåtte bestemmelse vil således i praksis kunne lede til at arbeidstakere finner det best ikke å varsle om noe som helst, og det kan vårt samfunn ikke være tjent med.

Det er for det første vesentlig at arbeidstakere sier fra – og sier fra i tide –noe som kan utdypes slik:⁸

På det lovgivningspolitiske plan - når det nå i forbindelse med den nye arbeidsmiljølov skal slås et ytterligere slag for *et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, med særlig vekt på på det psyko-sosiale arbeidsmiljø*, herunder å motvirke trakassering og diskriminering - utgjør kanskje reglene om varsling, og dermed de regler som skal verne den som varsler, en av de viktigste utfordringer.

Fordi det er så viktig at det blir sagt fra - og at det blir sagt fra i tide.

Blir det sagt fra, kan ulykker og sykdom avverges eller reduseres; faremomenter kan avdekkes, og begynnende trakassering eller diskriminering motvirkes eller kanskje helt forhindres.

Sett i et helse-, miljø- og sikkerhetsperspektiv er det grunnleggende at det blir sagt fra, før ulykken, sykdommen, trakasseringen eller diskrimineringen er et faktum - med derav følgende elendighet.

Det er dette som er samfunnets utgangspunkt - men som ikke nødvendigvis vil være det enkelte foretaks eller den enkelte arbeidstakers utgangspunkt. Et fullt forsvarlig arbeidsmiljø - og systemer som tar sikte på å fremme det fullt forsvarlige arbeidsmiljø - er med andre ord et samfunnsanliggende, og dermed en del av de rammevilkår som gjelder for såvel foretak som arbeidstakere.

Dette samfunnsmessige utgangspunkt må det selvsagt tas hensyn til, når det er spørsmål om hvorledes hensynet til varsleren kan bli betryggende ivaretatt, selv om hensynet til det enkelte foretak måtte tale i annen retning.

Samfunnet har selvsagt også på annen måte sterke interesser knyttet til at et foretak drives innen de rammevilkår som gjelder. *Hensynet til omverdenen* står her sentralt. Det er viktig at det ytre miljø ikke forurenses ut over det tillatte, det er viktig at kundene, klientene, pasientene -

⁸ Jfr. den i fotnote 2 nevnte artikkel, og den i påfølgende note nevnte bok avsnitt 2.4.2 (s. 29).

markedet i det hele tatt - ikke blir ført bak lyset, at det ikke benyttes uetiske eller kanskje endog straffbare metoder, osv.

I praksis vil det ofte kunne være nettopp arbeidstakere som blir oppmerksomme på at noe ikke er helt som det skal være på dette plan, eller som begynner å lure på om det kan være noe som ikke helt stemmer. Arbeidstakere som sier fra - varsler - er derfor både en viktig informasjonskilde overfor irregulære forhold, og en viktig faktor for å forebygge slike forhold. Det er da viktig at forholdene er lagt til rette slik at varsling kan finne sted, og at varslersens rettsstilling er betryggende ivaretatt.

Det aller viktigste for å sikre åpenhet - også om arbeidsforhold og forholdene i de forskjellige bedrifter og i det offentlige - er selvsagt at det oppmuntres til åpenhet.

For det annet er det ved varsling viktig å sikre at det ikke skjer en dreining fra det forhold som det varsles om, og over til et spørsmål om hvorledes varsleren har opptrådt.⁹

Dette spørsmål sto på mange måter i fokus under Stortingets behandling av arbeidsmiljøloven i juni 2005, da den nåværende § 2-4 ble vedtatt.

I motsetning til såvel Arbeidslivslovutvalgets og departementets lovforslag fastsetter aml (2005) § 2-4 ikke at varsling må skje "på en lojal måte". Det forhold at det foreslåtte krav om varsling "på en lojal måte" ikke fikk Stortingets tilslutning kan imidlertid ikke tas til inntekt for at det her ikke lenger gjelder noe lojalitetskrav til hvorledes arbeidstakere skal forholde seg. Samtidig må det klare standpunkt som her er tatt av lovgiver innebære at det heller ikke kan innfortolkes i bestemmelsen et lojalitetskrav av samme grad og i samme utstrekning som tidligere rettspraksis synes å ha basert seg på. Lojalitetskravet må med andre ord justeres i denne sammenheng.

Kritikken mot forslaget om at varsling måtte skje "på en lojal måte" gikk særlig på at det i praksis lett kunne bli slik at den arbeidstaker som hadde varslet om et kritikkverdig forhold ville bli utsatt for spørsmålet om vedkommende hadde opptrådt tilstrekkelig lojalt. Dermed kunne det skje en fordreining av spørsmålsstillingen om det forhold som det var varslet om - fra spørsmålet om det forelå kritikkverdig forhold i virksomheten, til spørsmålet om arbeidstakerens fremgangsmåte og opptreden m.v. var lojal

⁹ Jfr. til det følgende *Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon* (Damm forlag 2006) avsnitt 2.4.5 (s. 32).

nok. I sportjournalistikkens språkbruk kunne dette uttrykkes slik at man "tar spilleren, og ikke ballen". Spesielt bekymringsfullt stilte det seg med bevisbyrdereglene. Det ville bli arbeidstaker som hadde bevisbyrden for at det forelå et kritikkverdig forhold, mens det i praksis ofte ville være slik at det er virksomheten som har tilgangen og oversikten om de aktuelle omstendigheter. Dessuten forekom det i praksis at den som valgte å si fra, kom til å uttrykke seg tildels svært bombastisk, provoserende og udiplomatisk - kanskje i frustrasjon - slik at et strengt lojalitetskrav ikke tok tilstrekkelig hensyn til de menneskelige omstendigheter i denne sammenheng.

For å effektivisere de hensyn som ligger bak vedtagelsen av bestemmelsen, samtidig som det tas tilbørlig hensyn til arbeidstakers lojalitetsplikt, må som utgangspunkt legges til grunn at det er viktig og ønskelig at arbeidstakere sier fra. Dernest må det antagelig være berettiget å legge til grunn at det ikke kan stilles for store krav til arbeidstakers aktsomhets- og undersøkelsesplikt, men at utstrekningen av denne plikt kan stille seg noe forskjellig ettersom det er tale om intern varsling eller varsling til omverdenen. Videre vil vurderingen av arbeidstakers forhold måtte skje ut fra den oppfatning som arbeidstaker - ut fra sine forutsetninger - måtte anta, så lenge arbeidstaker ikke har opptrådt i sjikane- eller skade hensikt. Særlig viktig må det være at bevisbyrden for at arbeidstaker har opptrådt utilbørlig må antas å påhvile arbeidsgiver, som også må kunne påvise at det ikke er grunn til å anta at det foreligger noe kritikkverdig forhold i virksomheten.

Det må endelig antas at det må legges til grunn en betydelig toleransefaktor for språkbruk m.v. - og i en viss grad også for overdrivelser - når det gjelder arbeidstakers varsling. Det kan ikke godt forlanges at arbeidstakere i det norske arbeidsliv skal uttrykke seg med diplomatiets språkdrakt og forbeholdenhet.

På denne bakgrunn vil det etter mitt syn være bedre å beholde formuleringen i nåværende aml § 2-4 første ledd,¹⁰ og supplere den med en hovedregel om at arbeidstaker først skal varsle internt. Denne hovedregel bør kunne fravikes hvor det for arbeidstaker fremstår slik at intern varsling ikke vil ha noen hensikt.

Det kan videre være hensiktsmessig at bestemmelsen nærmere definerer hva som menes med intern varsling. Eventuelle retningslinjer for varsling må

¹⁰ Om den nærmere forståelse av denne bestemmelse vises til *Henning Jakhelln i Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven* (Damm forlag 2005) s. 81 flg. Spørsmålet om det reelt sett har noen rettslig betydning at denne bestemmelse (ennu) ikke er blitt satt i kraft er omhandlet i *Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon* (Damm forlag 2006) avsnitt 2.4.10 (s. 34).

utformes slik at de ikke i realiteten stenger for varsling til offentligheten. Etter mitt syn bør det derfor angis mer eksakt hva som menes med intern varsling. Dette bør angis ved at arbeidstaker sier fra til nærmeste overordnede eller en representant for virksomhetens ledelse. I så fall må det være tilstrekkelig at det i virksomhetens retningslinjer nærmere angis hvem som vil være rette vedkommende. Dermed unngås faren for at retningslinjer utformes slik at de i realiteten stenger for varsling til offentligheten.

Det kan også være hensiktsmessig at det fastsettes at henvendelse til offentlig tilsynsmyndighet ikke er å anse for varsling til offentligheten.

Det er ytterligere grunn til å overveie om det ikke bør fastsettes uttrykkelig at lovpålagt varsling på angitt måte er rettmessig, f.eks. hvor det finner sted varsling i henhold til aml § 2-3 (2) litra b), d) og e), etter helsepersonelloven av 2. juli 1999 nr. 64 § 17, osv.

I praksis står ofte bevisbyrdespørsmål sentralt. Arbeidsgiver vil vanligvis ha en helt annen oversikt over virksomhetens forhold enn en arbeidstaker kan ha. Den arbeidstaker som mener at det er kritikkverdig forhold i en virksomhet, vil i mange tilfelle ha svært begrensede muligheter for å føre bevis for dette. Samtidig vil det være svært belastende for enhver arbeidstaker å bli beskyldt for å ha opptrådt urettmessig i denne sammenheng. Bevisbyrden for at varsling ikke er skjedd korrekt eller av annen grunn er urettmessig synes derfor å måtte påhvile arbeidsgiver.

På bakgrunn av ovenstående vil bestemmelsen kunne utformes slik:

§ 2-5 Varsling av kritikkverdige forhold i virksomheten

(1) Arbeidstaker har rett til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold i virksomheten der dette ikke er i strid med annen lov.

Arbeidstaker skal likevel først ha varslet internt, med mindre forholdene for arbeidstaker har fremstått slik at intern varsling ikke vil ha noen hensikt. Det påhviler arbeidsgiver å godtgjøre at varsling ikke har skjedd korrekt eller av annen grunn er urettmessig.

(2) Med intern varsling menes at arbeidstaker har sagt fra til nærmeste overordnede eller til representant for ledelsen av virksomheten. Henvendelse til tilsynsmyndighet er ikke å anse for varsling til offentligheten.

(3) Lovpålagt varsling på angitt måte er rettmessig.

III. Forbud mot tiltak for å avdekke anonyme ytringer og anonym varsling

For å effektivisere arbeidstakeres ytringsfrihet og varslernes rettsstilling bør det etter mitt syn fastsettes forbud mot at arbeidsgiver iverksetter undersøkelser eller andre tiltak for å bringe på det rene hvem som står bak en ytring eller varsling, medmindre arbeidsgiver kan godtgjøre at det er grunn til å anta at ytringen eller varslingen går ut over de rammer som følger av arbeidsmiljølovens §§ 2-4 og 2-5 [lovhenvisningene her refererer seg til lovforslaget]. Dette vil bl.a. kunne være aktuelt ved anonyme ytringer og anonym varsling.

Selvsagt er det å ønske at arbeidstakere – som enhver annen – trer frem med fullt navn, men et slikt krav kan i praksis være meget belastende for den enkelte, og dermed innebære en begrensning av ytringsfriheten og av adgangen til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. En slik begrensning er det neppe grunn til å tilstrebe.

På denne bakgrunn vil en slik bestemmelse kunne utformes slik:

Arbeidsgiver kan ikke iverksette undersøkelser eller andre tiltak for å bringe på det rene hvem som står bak en ytring eller varsling, medmindre arbeidsgiver kan godtgjøre at det er grunn til å anta at ytringen eller varslingen går ut over de rammer som følger av § 2-4 eller § 2-5. [Lovhenvisningene her refererer seg til lovforslagets bestemmelser].

IV. Vern mot gjengjeldelse for ytringer og varsling

Det er foreslått følgende bestemmelse:

§ 2-6 Vern mot gjengjeldelse for ytringer.

(1) Gjengjeldelse mot arbeidstaker som ytrer seg i henhold til § 2-4 eller § 2-5 er forbudt. Forbudet gjelder også gjengjeldelser mot arbeidstaker som fremskaffer opplysninger eller på andre måter har gitt til kjenne at ytringsfriheten vil bli brukt.

(2) Dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med første ledd, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at handlingen ikke var en reaksjon på ytringen eller at ytringen var i strid med § 2-4 andre ledd eller § 2-5 andre ledd.

(3) Den som er blitt utsatt for gjengjeldelse i strid med første ledd kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes

forhold og omstendighetene for øvrig. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter de alminnelige regler.

Jeg har ikke annen bemerkning til den foreslått bestemmelse enn at det bør angis i bestemmelsen at den også omfatter varsling.

V. Plikt til å rette forholdene til rette for varsling

Det er også foreslått denne bestemmelse:

§ 3-6 Plikt til å rette forholdene til rette for varsling

Arbeidsgiver skal, i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet utarbeide retningslinjer for varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i henhold til § 2-5, dersom forholdene i virksomheten tilsier det.

Jeg har ikke annen bemerkning til den foreslått bestemmelse enn at retningslinjer og tiltak for øvrig ikke må utformes slik at det i praksis blir vanskelig eller umulig å få varslet til offentligheten i henhold til [lovforslagets] § 2-5.

Med vennlig hilsen