

Norsk Redaktørforening

Norsk Presseforbund

Norsk PEN

Oslo, 7. mars 2016
Dok.ref: 301063-507_4250428v1
Saksansvarlig advokat:
Vidar Strømme

VERN AV VARSLERE – REPRESENTANTFORSLAG 30 S

1. INNLEDNING

Jeg viser til samtaler om forslaget til endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling. Formålet med dette brevet er å oppsummere noen grunnleggende betraktninger som bør vektlegges ved behandlingen av forslaget, ut over de viktige problemstillingene som er nevnt der.

Representantforslaget er bygget på et bredt grunnlag. Ved siden av tidligere lovgivningsarbeid er det blant annet vist til FAFO-rapport 2014:5 om evaluering av varslerbestemmelsene og en rapport av 1. juni 2013 fra advokatfirmaet Arntzen de Besche, som FAFO-rapporten i stor grad bygger på når det gjelder rettslige spørsmål. I tillegg har representantene vist til internasjonale rapporter og uttalelser fra Sivilombudsmannen, samt kunnskap om konkrete saker som har fått offentlig omtale. Det kan nok sies at mens rapporten fra FAFO og Arntzen de Besche legger til grunn at eksisterende lovregler i hovedsak virker etter sin hensikt, så trekker det øvrige materialet mer i motsatt retning.

Betraktningene i det følgende bygger særlig på følgende utgangspunkter:

- Den rettslige vurderingen vil preges av om man tar utgangspunkt i et *arbeidsrettslig* perspektiv, eller et *ytringsfrihetsperspektiv*.
- Det er viktig å vurdere regelens virkning *ved tiden for ytringene*, og ikke bare betydningen ved *etterfølgende* sanksjoner eller rettstvister.
- Reglene bør være så *enkle* at de kan forstås av aktørene på tidspunktet for mulige ytringer, og ikke bare i ettertid.
- Reglene bør ikke inneholde elementer som *motvirker* deres formål, for eksempel ved å eskalere konflikter.

For enkelthets skyld gjengis reglene i arbeidsmiljøloven slik de lyder i dag:

§ 2-4. Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten

- (1) Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.
- (2) Arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Arbeidstaker har uansett rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. Det samme gjelder varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.
- (3) Arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med denne bestemmelsen.

Endret ved lov 1 des 2006 nr. 64

§ 2-5. Vern mot gjengjeldelse ved varsling

- (1) Gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 er forbudt. Dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med første punktum, skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted hvis ikke arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet.
- (2) Første ledd gjelder tilsvarende ved gjengjeldelse mot arbeidstaker som gir til kjenne at retten til å varsle etter § 2-4 vil bli brukt, for eksempel ved å fremskaffe opplysninger.
- (3) Den som er blitt utsatt for gjengjeldelse i strid med første eller andre 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 alminnelige regler.

Tilføyd ved lov 1 des 2006 nr. 64

2. ARBEIDSRETT OG YTRINGSFRIHET, EN SPEILVENDING

Reglene om varsling innebærer i sin kjerne en avveining mellom hensynet til ytringsfriheten og hensynet til arbeidsgivers behov for lojalitet fra ansatte. Begge prinsippene er rettslige realiteter som det må tas behørig hensyn til.

Arbeidstakeres lojalitetsplikt kan sees som et ulovfestet prinsipp som dels er forankret i praksis, og dels i den enkelte arbeidsavtale og arbeidsgivers styringsrett. Lojalitetsplikten gjelder overfor arbeidsgivers interesser, ikke interessene til for eksempel kolleger eller andre enkeltpersoner eller offentlige myndigheter. Det legges til grunn at det må foreligge temmelig sterk grad av illojalitet før noen rettslig plikt kan anses overtrådt, men grensen er ikke skarp og kan variere fra stilling til stilling.

Ytringsfriheten har sitt vern i Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 10. Om det skulle oppstå konflikt mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt, har ytringsfriheten forrang siden både Grunnloven og EMK har rang over norsk lov. Spørsmålet er derfor om det kan gjøres *unntak* fra ytringsfriheten for å verne arbeidsgivers interesser. Svaret på det er at det helt klart kan gjøres slike unntak, det er åpenbart at ansattes ytringsfrihet ikke er ubegrenset. Når legitime formål medfører at det foreligger "*a pressing social need*" ("*nødvendig i et demokratisk samfunn*" på norsk), må også ytringsfriheten vike.

Det sentrale i vår sammenheng er at det dreier seg om et *unntak* fra ytringsfriheten; om det ikke foreligger et tilstrekkelig begrunnet forbud, har alle mennesker ytringsfrihet om alt. Dernest er det

viktig å merke seg at slike unntak forutsetter en *avveining* av de grunnleggende interessene; firkantede vilkår og formalisme er oftest lite forenelig med ytringsfrihet.

Disse utgangspunktene er ikke like selvfølgelige om man nærmer seg spørsmålene om varsling fra et arbeidsrettslig ståsted, noe som etter mitt syn preger både de eksisterende reglene og evalueringen av disse.

Mens ytringsfrihet innebærer at man kan ytre seg om alt hvis det ikke er forbudt, har varslingsreglene den funksjon at varsling er forbudt dersom vilkårene for varsling ikke er oppfylt. En slik "speilvending" av ytringsfriheten følger av måten bestemmelsen er bygd opp på. Av alminnelig debatt og enkeltsaker fremgår det tydelig at reguleringen også oppfattes slik. Dette er etter mitt syn en helt vesentlig innvending mot bestemmelsene, og det er flere faktorer som forsterker denne virkningen.

Det legges som regel til grunn at varsling er varsling om "kritikkverdige" forhold, dette utgangspunktet tas også i representantforslaget. Dette oppfattes vanligvis som varsling om en form for normbrudd, for eksempel korrupsjonslignende forhold eller i hvert fall moralske overtramp. Aktørene vil lett gjøre seg den tanke at når man skal varsle om noe såpass alvorlig, så skal det en del til før man har "rett" til å gjøre det. Arbeidstakeren blir nærmest en politimyndighet, og da må det naturlig nok kreves både bevis og en viss saksbehandling før man kan rykke ut.

En annen vanlig slutning fra dette uttrykket, er at det *ikke* foreligger rett til å ytre seg, dersom det *ikke* foreligger noe kritikkverdig. Den såkalte "Monicasaken" er illustrerende; her ble varsleren møtt med at han måtte forholde seg taus fordi hans kritikk av politietterforskningen "bare" var "faglig diskusjon" og derfor falt utenfor varslingsreglene. Varslingsreglene ble altså oppfattet slik at de overstyrte den alminnelige ytringsfrihet. Reglene kan dessverre bygge opp under slike misforståelser.

Fra diskusjonen om ytringsforholdene ved sykehus har vi eksempler på at legers påpekning av uforsvarlige forhold er blitt "lagt til side som varslingssak". Når dette skjer er det ikke bare slik at varslingsreglene ikke fungerer – man ødelegger også en faglig debatt – den sannhetssøken ytringsfriheten skal ivareta – ved at ubehagelige ytringer kan «henlegges».

Arbeidstakeren vil dessuten kvie seg for å varsle dersom han ikke med sikkerhet vet at det foreligger noe kritikkverdig. Det kan se slik ut i dag, men hva om det etter opprivende avskjed og rettssaker viser seg at han tok feil? Her er *rapporten* om Monicasaken illustrerende; Polititjenestemannen fikk ekstra honnør for å ha avdekket det som faktisk *var* kritikkverdige forhold. Etter mitt syn er dette en forfeilet vurdering. Det avgjørende må være hvordan dette fortonte seg *da varslingen skjedde*, og graden av aktsomhet på dette tidspunkt må være viktigere enn om man faktisk tok feil. I ettetid vil man gjerne hylle en heroisk varslers, men motstykket er at den *potensielle* varslers frykter motsatt utfall og forholder seg taus.

Også sett fra arbeidsgivers side er kravet om "kritikkverdige forhold" uheldig. En slik utformet regel vil automatisk medføre at all varsling oppfattes som en *anklage* om nettopp noe kritikkverdig. Den som mener å ha noe viktig å si om sin arbeidsplass, vil ofte påberope seg et varslervern. Dermed vil man i samme øyeblikk ha erklært en alvorlig konflikt. Dette vil naturlig nok medføre at arbeidsgiver ser etter

muligheter for å avverge disse anklagene, for eksempel gjennom en underminering av varslersens troverdighet, ved å avskjedige varsleren, eller ved å hevde at det er varslet på "feil måte".

Vilkåret "kritikkverdige forhold" er altså både egnet til å forhindre kritikk i utgangspunktet, og dessuten til å eskalere konfliktene hvor varsling skjer.

I tillegg til å kreve at det foreligger "kritikkverdige forhold", inneholder reglene et vilkår om at det skal varsles "forsvarlig". Umiddelbart kan dette fremstå som et uproblematisk krav, men viser seg ved nærmere analyse å være uheldig. Ikke minst gjelder dette om man benytter forarbeidenes eksemplifiseringer av hva som er forsvarlig, og om man ser hen til hvordan dette oppfattes i praksis.

I varslingssaker ser man ofte at kravet til forsvarlig varsling er det første våpen arbeidsgiver til, når anklage om "kritikkverdige forhold" er fremsatt. Kravet om forsvarlig varsling er beskrevet som en plikt for varsleren, og varsleren blir altså umiddelbart fremstilt som den som har gjort noe galt. Gjeldende regler legger til rette for dette, siden kravet til forsvarlighet fokuserer på *fremgangsmåten* ved varslingen, og ikke innholdet i det som varslingen gjelder. Anklage om uforsvarlig varsling er derfor en effektiv måte å avlede oppmerksomheten fra saksinnholdet til saksbehandlingen på. Anklagen om at fremgangsmåten har vært feil kan dessuten fremsettes med en gang, mens det som det er varslet om typisk vil være gjenstand for lang tids vurdering.

Forarbeidenes omtale av hva som er forsvarlig varsling, illustrerer at vilkåret kan oppfattes som hjemmel for et krav om at varsleren må gjennom nokså omfattende, komplisert og demotiverende "saksbehandling":

- Arbeidstaker bør som regel klage til overordnede. Ofte er det overordnede som er problemet.
- "Formen" på varslingen har betydning.
- Brudd på taushetsplikt medfører at varslingen normalt er ulovlig.
- Man skal som regel ikke henvende seg til pressen.

Et krav til forsvarlighet, forstått på denne måten, er mer rigid enn de vurderingene man normalt vil foreta etter EMK artikkel 10.

Uansett vil en potensiell varslers vite at det foreligger et slikt krav til forsvarlig fremgangsmåte som han må følge om han ikke skal begå ulovligheter. Varsleren vil neppe ha forutsetninger for å foreta en slik vurdering, og vil typisk befinne seg i en krevende situasjon også på andre måter. Selve måten å regulere på virker derfor lite hensiktsmessig, om formålet faktisk er å få frem flest mulig viktige ytringer. Den skaper unødig tvil om hvor grensen for lovlige ytringer går. Slik tvil er i seg selv problematisk i et ytringsfrihetsperspektiv, fordi den gjør at man lett begrenser seg mer enn man må, for å være på den sikre siden av grensen. En slik «chilling effect» kan både gjøre at arbeidstagere lar være å ytre seg om viktige spørsmål, og at samfunnet går glipp av ytringer av faglig eller samfunnsmessig betydning.

Ovenstående kritikk av kriteriene "kritikkverdige forhold" og "forsvarlig" innebærer ikke at det er uvesentlig hva varslingen gjelder, eller hvordan varsleren går frem. Dette bør imidlertid reguleres på en annen måte, jf. det avsluttende avsnittet nedenfor.

3. YTRINGSSITUASJONEN – OG ETTERFØLGENDE VURDERINGER

I avsnittet over er det særlig lagt vekt på hvordan reglene om varsling kan tenkes på virke på den potensielle varsler, når han står overfor valget om å si noe eller tie. Det er mye som taler for at reglene er uheldige, om målet er å få frem viktig informasjon innenfor rammen av lojal opptreden. Det er heller ikke bare det "kritikkverdige" samfunnet kan ha behov for å vite noe om. Viktige beslutninger som det er uenighet om, kan åpenbart være av større interesse enn om noen kan anklages for å ha gjort noe kritikkverdig eller ei. Sett fra et ytringsfrihetsperspektiv er det disse spørsmålene som er viktigst; fremmer reglene et bedre ytringsklima, eller medfører de snarere en "chilling effect"?

Den evalueringen som er foretatt av reglene, er i stor grad en mer arbeidsrettslig analyse av hvordan reglene har virket *etter* at ytringene er fremsatt. Rapporten fra Arntzen de Besche tar således for seg praksis fra domstolene og tilsvarende organer, når man spør seg om reglene har fungert godt. Jeg har ikke innvendinger mot rapporten som sådan, men en slik fremgangsmåte vil nødvendigvis bare fange opp de tilfellene hvor noen faktisk har varslet og hvor partene deretter har anvendt reglene mer eller mindre slik det forutsettes. En slik analyse vil ikke kaste lys over hva som skjedde med de som valgte ikke å ytre seg, eller som med forskjellige midler ble forhindret fra å bruke dette domstolsapparatet.

Rapporten fra FAFO foretar enkelte slike vurderinger av varslerens situasjon, men også denne rapporten bygger for de rettslige spørsmålene på rapporten fra advokatfirmaet Arntzen de Besche.

Vurderingen av hvordan reglene bør utformes bør derfor baseres på et bredere fundament, slik det også gjøres i representantforslaget.

En etterfølgende rettslig vurdering vil ofte være sammensatt og komplisert, slik det fremgår av rapporten fra Arntzen de Besche. Det er også en nærliggende tanke at et sterkt vern for varslere bør innebære en god og detaljert regulering, slik man finner i for eksempel forbrukerlovgivningen som skal verne en svak part.

Siden det her er tale om å lage regler som skal motvirke en "chilling effect", bør reglene imidlertid gjøres *enklest* mulig. Det er ikke nødvendigvis viktigst hvilken erstatning som tildeles i en senere rettssak, men at ytringene i det hele tatt fremkommer.

4. FORSLAG TIL TEKST

Etter min oppfatning lar det seg gjøre å utforme en lovtekst som ivaretar hensynene til både arbeidstaker, arbeidsgiver og ytringsfriheten.

For å illustrere dette har jeg i forslaget nedenfor tatt utgangspunkt i den alminnelige ytringsfriheten og ikke dagens speilvendte løsning. Dermed kommer det klarere frem at reglene er ment som en understrekning av ytringsfriheten, ikke en innskrenkning.

Kravet til "kritikkverdige forhold" som nødvendig vilkår er tatt ut og erstattet med en avveining mellom opplysningenes betydning og lojalitetsplikten. De kritikkverdige forhold er fortsatt med som en undergruppe, men med en presisering av at en varsler nødvendigvis ikke kan foregi annet enn å ha en mistanke.

Et krav til aktsomhet bør erstatte kravet om forsvarlighet, og vil dessuten da omfatte innholdet i det som sies og ikke bare fremgangsmåten. Man skal altså ikke kunne slå om seg med ubegrunnede mistanker. Denne avveiningsmodellen bør også erstatte detaljerte regler om taushetsplikt og rapporteringsmåter m.v. Det er et naturlig utgangspunkt at man ikke bryter taushetsplikt, og at man primært rapporterer til overordnede. Om det er viktig eller vanskelig nok, kan dette likevel ikke være absolutte krav. Det er umulig å oppstille uttømmende regler om dette på forhånd, dette bør derfor overlates til en konkret avveining. En slik modell vil også innebære at den potensielle varsler lettere kan stole på sin egen gjennomtenkte overbevisning og følge den.

En slik bestemmelse kan for eksempel gis en slik utforming, som er basert på dagens § 2-4 men med de endringer som fremgår:


§ 2-4. Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten

(1) Arbeidstaker har rett til å ytre seg om forhold i virksomheten. Adgangen til å ytre seg kan bare innskrenkes gjennom avtale, lov, eller slik lojalitetsplikt som anses knyttet til stillingen i overensstemmelse med Grunnloven § 100. Arbeidstakeren kan alltid varsle ved mistanke om kritikkverdige forhold i virksomheten, eller forhold som på annen måte er av samfunnsmessig betydning.

(2) Arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være aktsom. Aktsomheten skal vurderes ut fra en avveining av hensynene til arbeidstagers yringsfrihet, til samfunnets interesser i å få opplysning om varslingsforholdet og til arbeidsgivers interesser, slik avveiningen kan gjøres på varslingstidspunktet. Reglene her er ikke ment å innskrenke alminnelige regler om yringsfrihet eller videre instruksjoner om varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. Det samme gjelder varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.

(3) Arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med denne bestemmelsen.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS


FØE Vidar Strømme
advokat