

UiO : **Det juridiske fakultet**

Forsvarlighetskravet i varslingssaker

Innebærer lovendring i kraft 1. januar 2020 endringer i forsvarlighetskravet?

Kandidatnummer: 523

Leveringsfrist: 25.11.2019

Antall ord: 16 910



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for oppgaven.....	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensning av oppgaven.....	2
1.4	Begrepsavklaring.....	2
1.4.1	Hva er en varslings situasjon?.....	2
1.4.2	Forsvarlighet.....	2
1.5	Rettskilder og metode.....	3
1.6	Veien videre	4
2	BEGRUNNELSER FOR REGLER OM VARSLING	4
2.1	Forholdet til Grunnloven §100.....	4
2.2	Allmennhetens interesser	6
2.3	Kravet om et forsvarlig arbeidsmiljø.....	6
2.4	Gjenopprettende og preventiv funksjon.....	7
2.5	Begrunnelser knyttet til begrensning i varslingsadgangen	7
3	INNHALDET I FORSVARLIGHETSKRAVET.....	8
3.1	Hvilke fremgangsmåter regnes som forsvarlig?.....	8
3.2	Begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» tas ut ved lovendring i nytt kapittel 2A	10
3.2.1	Nærmere om lovendringen.....	10
3.2.2	Forsvinner den skjønnsmessige vurderingen?.....	11
3.3	Nærmere om kravene til ekstern varsling i ny §2A-2 (3).....	13
3.3.1	Nærmere om kriteriene	13
3.3.2	«Kritikkverdige forhold»	14
3.3.3	Aktsom god tro	19
3.3.4	Forutgående intern varsling.....	26
3.4	Noen momenter belyst gjennom rettspraksis	27
3.4.1	TBERG-2007-136244.....	28
3.4.2	Monika-saken	32
3.4.3	LB-2009-36995	35
3.5	Kort om bevisbyrden	35
4	ER TIDLIGERE ARBEIDSTAKERE OMFATTET AV VARSLINGSREGLENE?	36
4.1	Nærmere om utvidelsen av varslingsreglenes anvendelsesområde.....	36

4.2	Forsvarlighetskravet i relasjon til tidligere arbeidstakere som varslere	37
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OG REFLEKSJONER.....	41
	LITTERATURLISTE	43

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er forsvarlighetsnormen som gjelder ved varsling av kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

Innføringen av varslingsreglene med virkning fra januar 2007 har som sitt formål å «beskytte arbeidstakere som sier ifra om kritikkverdige forhold i virksomheten, og samtidig tydeliggjøre at varsling både er lovlig og ønsket.»¹ Bakgrunnen for departementets forslag om lovfesting av slike regler om varsling er blant annet at de vil styrke den reelle ytringsfriheten i ansettelsesforhold, fremme åpenhet og bidra til bedre ytringsklima i den enkelte virksomhet.² I tillegg ble reglene om varsling mer synlig og lettere tilgjengelig for brukerne når de ble skilt ut til eget kapittel 2A i arbeidsmiljøloven.³⁴

Varsling kan gjøre arbeidsgiver skadelidende. Derfor er det et krav til varslingen at den gjøres forsvarlig, jf. gjeldende arbeidsmiljøloven §2A-1 (2). Forsvarlighetskravet ble lovfestet samtidig som varslingsreglene ble innført og satt i kraft i 1. januar 2007, kravet til forsvarlighet er dermed ikke noe nytt. Derimot tas begrepet «forsvarlig» ut av lovteksten med virkning 1. januar 2020 og erstattes med en mer utfyllende veiledning over fremgangsmåten ved varsling i ny §2A-2.

Dersom det ikke varsles på forsvarlig måte vil arbeidsgiver være berettiget til å gjøre arbeidsrettslige tiltak overfor arbeidstakeren slik som det følger av arbeidsmiljøloven. Arbeidstakeren vil da, for eksempel, ikke være vernet mot gjengjeldelse i forbindelse med ytringen. Likevel må arbeidsgiver opptre saklig i forbindelse med et eventuelt varsel, og den reaksjonen som medfølger. Saklighetskravet ved oppsigelse vil uansett gjelde.⁵ Det følger av bestemmelsen om vern mot gjengjeldelse at kun den forsvarlige varslingen er vernet. På denne bakgrunn er forsvarlighetsnormen en essensiell del av varslingsinstituttet og kan ha utslagsgivende betydning i saker om erstatning for gjengjeldelse.

Det følger av forarbeidene at formålet med forsvarlighetsregelen at det skal stilles visse krav til måten det varsles på, ikke begrense retten til å si ifra.⁶

¹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 5

² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7

³ Fougner (2018) s. 114

⁴ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr 62

⁵ Arbeidsmiljøloven (aml.) §15-7

⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 38, Prop. 74 L (2018-2019) s. 14

1.2 Problemstilling

Med bakgrunn i lovendringen som trer i kraft 1. januar 2020 er det et spørsmål om den innebærer endringer i forsvarlighetskravet.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven vil analysere om lovendringen innebærer en endring i forsvarlighetskravet. Av den grunn vil denne fremstillingen ikke ta stilling til gjengjeldelsesvernet og dets innhold, samt erstatningsretten som følger ved brudd på forbudet mot gjengjeldelse. Kravet som pålegges arbeidsgiver om å ha rutiner for intern varsling vil heller ikke omtales.

Jeg vil fokusere på den varslingssituasjon der en alminnelig arbeidstaker varsler om et kritikkverdig forhold i virksomheten. Derfor vil ikke verneombudets eventuelle varslingsplikt⁷ problematiseres. Forholdet mellom varslingsrettens forsvarlighetskrav og den lovbestemte taushetsplikt vil heller ikke drøftes.

Med forsvarlighetskravet som tema vil problemstillinger knyttet til andre nye bestemmelser etter lovendringen enn ny §2A-2 ikke gis stor plass i oppgaven.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Hva er en varslingssituasjon?

En «varsler» er en arbeidstaker som informerer om kritikkverdige forhold ved arbeidsplassen. En varslingssituasjon kjennetegnes ved at en arbeidstaker har blitt kjent med et kritikkverdig forhold på arbeidsplassen og tar affære ved å informere arbeidsgiver, tilsynsmyndighet eller offentligheten om dette slik at en opprydningsprosess kan starte med den hensikt at det kritikkverdige forholdet vil opphøre.⁸ Varslingsbegrepet favner et snevrere område enn yringsfriheten generelt. Ikke alle kritiske ytringer om arbeidsplassen vil anses å være et varsel etter lovens forstand, ettersom §2A-1 opererer med et krav om en kvalifisert type ytring. Dette vil belyses gjennom en redegjørelse av noe rettspraksis i del 3. Begrepet «whistle blower» benyttes av anglo-amerikansk rett om samme fenomen. Direkte oversatt betyr det å «blåse i fløyten».

1.4.2 Forsvarlighet

Forsvarlig varsling sikter til hvordan en arbeidstaker skal gå frem når de benytter seg av sin varslingsrett. Begrepet forsvarlighet i denne sammenheng er en norm for hvordan man skal handle. Dersom noen gjør noe på en forsvarlig måte vil det bety at de har handlet på riktig

⁷ aml. kap. 6

⁸ NOU 2004:5, s. 444

måte. Begrepene «forsvarlig», «forsvarlighetskravet», «forsvarlighetsnormen» og «forsvarlighetsvurderingen» vil bli brukt om hverandre i oppgaven da de er betegnelser for et felles innhold.

1.5 Rettskilder og metode

I lys av lovendringen som trer i kraft 1. januar 2020 er gjeldende lovtekst og ny vedtatt lovtekst høyst relevante rettskildefaktorer, og det naturlige utgangspunktet. I tolkningen av disse vil forarbeidene og rettspraksis være klargjørende. En fremstilling av innholdet i forarbeidene er spesielt nødvendige for å forstå lovgivers vilje med de endringene som er foretatt. Begrunnelsen for eventuelle endringer og hvordan lovteksten skal forstås redegjøres det nærmere for i forarbeidene.

Basert på omfanget av antall dommer om temaet kan det virke som om varslingssaker løses som regel internt og blir sjeldent bragt inn for domstolene. På grunn av dette er det relativt lite rettspraksis om varsling av kritikkverdige forhold, og enda færre som sier noe utfyllende om forsvarlighetskravet. Høyesterett har ikke tatt stilling til en konkret varslingssak etter varslingsreglene i loven. Derimot har underrettene avgjort flere varslingssaker der forsvarlighetsnormen gis noe plass i den konkrete vurderingen.

Den eneste høyesterettsdommen som tar opp begrepet «whistle blower» i sammenheng med lojalitetsplikts begrensning på ansattes yringsfrihet er Rt-2003-1614. Denne ble avsagt før de første varslingsreglene ble vedtatt og trådt i kraft. Høyesterett gjør en kort vurdering av yringsfriheten vs. lojalitetsplikten i ansettelsesforhold for å si noe om spørsmålet om varsling. Det konkluderes raskt at yringsfriheten ikke kan etablere noe vern mot reaksjoner fra arbeidsgiver i denne konkrete saken, og Høyesterett finner det derfor ikke nødvendig «å foreta noen nærmere grensegang på dette punkt.»⁹ Likevel er vurderinger gjort av Høyesterett i saker som omhandler arbeidstakerens yringsfrihet vs. lojalitetsplikt relevante for spørsmål om varsling fordi spørsmålet om varsling ofte omhandler skjæringsfeltet mellom yringsfriheten og lojalitetsplikten.

Forsvarlighetskravet er sparsommelig behandlet i juridisk teori, spesielt med tanke på lovendringen som trer i kraft fra 1. januar 2020. Originalkilder, slik som forarbeider og rettspraksis, vies stor plass i oppgaven når innholdet av forsvarlighetskravet og dens relevans analyseres.

⁹ Rt-2003-1614 avs. 46

1.6 Veien videre

I den videre fremstilling av oppgavens problemstilling og generelle tema finner jeg det hensiktsmessig å først redegjøre for flere begrunnelser til å ha regler om varsling. Dette i lys av det faktum at varslingsreglene er forsøkt klargjort og i den grad styrket ved lovendringen i kraft 1. januar 2020. I tillegg vil jeg påpeke begrunnelsen for å ha et forsvarlighetskrav som fungerer som en slags skranke på en arbeidstakers varslingsrett. Begrunnelsene med fokus på de bakenforliggende hensyn vil redegjøres for i kapittel 2.

Kapittel 3, som oppgavens hoveddel, vil ta for seg selve innholdet i forsvarlighetskravet. Først vil jeg avgrense forsvarlighetskravets relevans med utgangspunkt i typetilfellene intern varsling, varsling til offentlig myndighet, og varsling til media og offentligheten for øvrig. Videre stilles det spørsmål om betydningen av begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» er tatt ut av lovteksten og erstattet med en mer konkret veiledning. Dette er hensiktsmessig å avklare før jeg går inn på innholdet av kriteriene til forsvarlig varsling. Til slutt vil de momenter trukket frem i forarbeider belyses gjennom noen eksempler fra rettspraksis for å klargjøre innholdet av en konkret forsvarlighetsvurdering.

Avslutningsvis, før det konkluderes med noen bemerkninger og refleksjoner rundt oppgavens problemstilling, vil jeg foreta noen de lege ferenda betraktninger om forsvarlighetskravet taler for at tidligere arbeidstakere ikke skal omfattes av varslingsreglene.

2 Begrunnelser for regler om varsling

Jeg vil først redegjøre nærmere for noen av de begrunnelser og hensyn for regler om varsling. Disse er nødvendig å forstå før det forklares hvorfor det også er begrensninger i varslingsadgangen. Forsvarlighetskravet er en slik begrensning.

2.1 Forholdet til Grunnloven §100

En arbeidstaker, slik som enhver annen borger i Norge, har rett til ytre seg, jf. Grl. §100 og EMK art. 10 jf. menneskerettsloven §§2 og 3. Ytringsfriheten er vernet av Grunnloven og vil dermed gå foran ved motstrid, jf. *lex superior*. En arbeidstaker har rett til å uttale seg kritisk om forhold på arbeidsplassen, i tillegg til å delta i diskusjoner om spørsmål som berører virksomheten.¹⁰ Dette kan også gjelde selv om virksomheten blir skadelidende. Inngrep i denne rettigheten krever begrunnelse. Den lojalitetsplikt en arbeidstaker har ovenfor arbeidsgiver kan være en slik begrunnelse, og vil dermed være en skranke for ansattes ytringsfrihet.¹¹ Lojalitetsplikten er ikke lovfestet, den springer ut av selve ansettelsesforholdet mellom arbeidsta-

¹⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 18

¹¹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 12

ker og arbeidsgiver.¹² Arbeidstaker plikter å handle innenfor arbeidsgivers interesser, jf. den ulovfestede lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Likevel kan ikke lojalitetsplikten strekkes så langt at den, i en konkret sak, vil være i strid med den alminnelige og grunnlovfestede ytringsfriheten.¹³ Kravet om forsvarlig fremgangsmåte i §2A-1 (2) er «ment å balansere hensynet til arbeidstakers ytringsfrihet og de grensene som følger av den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold».¹⁴ Dette fremgår også av juridisk litteratur da det fremheves at forsvarlighetsvurderingen i stor grad er «en videreføring av avveiningen mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt».¹⁵ I denne forbindelse er det derfor hensiktsmessig å ha en forståelse for ytringsfriheten som konsept i bakgrunnen.

Når det gjelder varsling, er ytringer om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet særregulert i kapittel 2A i arbeidsmiljøloven. Prop. 74 L (2018-2019) behandlet varslingsutvalgets forslag om å ta inn en henvisning til Grl. §100 i varslingsreglene for å tydeliggjøre at varslingsretten er en del av den alminnelige ytringsfriheten.¹⁶ Departementet sluttet seg til høringsuttalelsene som ikke støttet forslaget. Grunnen til det var at henvisningens intensjon var basert på informasjonshensyn, ikke materiell endring, og det var usikkert om en slik henvisning i det hele tatt ville være klargjørende basert på tidligere henvisningspraksis av overordnede grunnlovsbestemmelser.¹⁷ Forarbeidene sier ingenting om varslingsreglene som sådan kommer i konflikt med den grunnlovfestede ytringsfriheten. Tatt i betraktning at lojalitetspliktens lovlig begrensning på ytringsfriheten ikke er omstridt vil forsvarlighetskravet ved varsling heller ikke komme i konflikt med ytringsfrihetens grunnlovsrang.

Da de første varslingsreglene ble innført i arbeidsmiljøloven i 2006 var det for å «bidra til å styrke den reelle ytringsfriheten i ansettelsesforhold».¹⁸ Dersom en arbeidstaker får sparken for å ytre seg kritisk om det uforsvarlige arbeidsmiljøet i virksomheten eller gjør arbeidsgiver oppmerksom på at deler av arbeidet er helsefarlig for de ansatte, kan det ikke sies å foreligge reell ytringsfrihet på jobb. Vernet mot gjengjeldelse i §2A-2 (1) og oppreisningshjæmmelen i (3) kan gi arbeidstaker en reell beskyttelse og bidra til en trygghetsfølelse som styrker ytringsfriheten i ansettelsesforhold.

¹² Se Rt-1990-607 s. 614, Rt-1996-1401 s. 1407

¹³ Eggen (2008) s. 127

¹⁴ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

¹⁵ Eggen (2008) s. 139

¹⁶ Prop. 74 L (2018-2019) s. 18

¹⁷ Prop. 74 L (2018-2019) s. 19

¹⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7

2.2 Allmennhetens interesser

Det er i allmennhetens interesse at kritikkverdige forhold blir avdekket. I kontroll på forvaltningen kan varsling av kritikkverdige forhold begrunnes i demokrati- og rettssikkerhetshensyn. Varsling om for eksempel kvaliteten på helsetjenester eller forhold som utgjør helserisiko har også samfunnet generelt interesse av å være informert om, spesielt av sikkerhetsgrunner. Varsling om forhold i private bedrifter er også i allmennhetens interesse. Som samfunn er det nødvendig med et godt fungerende arbeidsliv som følger samfunnets normer for hva som er riktig og galt, både hos private og offentlige bedrifter. Denne begrunnelsen finner vi også i selve forsvarlighetskravet – varselet skal omhandle forhold av allmenn interesse ifølge forarbeidene, og er i tillegg kodifisert i ny §2A-2 (3) bokstav b jf. lovendringen. Dette utdypes nærmere i del 3. Arbeidsgiver og dets virksomhet vil også ha interesse i at de anses som en bedrift som følger disse normene da dette kan være populært hos kunder og forbrukere.

Det er også i allmennhetens interesse å ha et trygt yringsklima på jobb. I lovforslaget om å utvide formålsbestemmelsen til også å omfatte hensynet til et godt yringsklima påpekte departementet at «[...] det anses som et gode, både for virksomhetene og for samfunnet, at arbeidstakere faktisk sier ifra om kritikkverdige forhold».¹⁹ En virksomhets yringsklima, om den er åpen med lav terskel for varsling eller anspent med lav toleranse for kritikk, kan være avgjørende for om en ansatt velger å varsle eller ikke. I tillegg er departementet «heller ikke [i] tvil om at yringsklimaet kan ha stor betydning for hvordan yringer om kritikkverdige forhold blir håndtert i praksis».²⁰

2.3 Kravet om et forsvarlig arbeidsmiljø

For å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø²¹ er det nødvendig at arbeidsplassen har en fungerende yringskultur. Arbeidsmiljøet skal være forsvarlig både fysisk og psykisk. Bruk av helseskadelige kjemikalier og trakassering på arbeidsplassen kan være eksempler på et uforsvarlig arbeidsmiljø og forhold som er nødvendig å varsle om.

I relasjon til arbeidsmiljøet må også arbeidstakers medbestemmelsesrett og medvirkningsplikt nevnes. Ansattes medbestemmelsesrett er grunnlovsfestet i §110 (2). Etter denne skal «nærmere bestemmelser om ansattes medbestemmelsesrett på sin arbeidsplass fastsettes ved lov».²² I arbeidsmiljøloven har arbeidstakere en lovfestet medvirkningsplikt, jf. §2-3. En arbeidstaker skal medvirke til at arbeidsplassen har et godt arbeidsmiljø. I relasjon til varsling bør det nevnes at en ansatt skal informere arbeidsgiver og verneombud når de blir oppmerk-

¹⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 21

²⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 21

²¹ aml. §4-1

²² Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814 §110 (2)

som på feil eller mangler som kan medføre fare for liv og helse.²³ Det samme gjelder å melde ifra om det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen.²⁴

2.4 Gjenopprettende og preventiv funksjon

Varsling som tema baserer seg på det ønske om at et kritikkverdige forhold skal opphøre. I juridisk teori er denne synsvinkel på varslingsreglene beskrevet som å «basere seg på et gjenopprettende perspektiv».²⁵ Når det kritikkverdige forhold opphører er tanken at arbeidsplassen er gjenopprettet til en virksomhet som følger samfunnets regler og normer. Adgangen til å varsle argumenteres også for å ha en preventiv effekt da det kan medvirke til at kritikkverdige forhold ikke oppstår, eller får anledning til å festne og etablere seg i virksomheten. Denne effekten kan tenkes å forsterkes spesielt ved risikoen for offentlig varsling. Risikoen for uheldige konsekvenser; omdømmetap og økonomisk tap for arbeidsgiver kan være en motivasjon til å etablere velfungerende interne varslingsregler. Den preventive effekt er også et moment tilknyttet erstatningsspørsmål. Lovendringen som trer i kraft 1. januar 2020 innebærer også en ny §2A-5 om den oppreisning og erstatning en arbeidstaker kan kreve ved brudd på forbudet mot gjengjeldelse. I vurderingen av hvor stort det beløpet skal være er partenes forhold, gjengjeldelsens art og alvorlighetsgrad, og omstendighetene for øvrig relevante momenter. I juridisk teori understrekes viktigheten av å anvende en merkbar reaksjon, altså beløpet må være reelt avskrekkende for arbeidsgiver.²⁶ Varslingens preventive funksjon mister noe av sin effektivitet dersom arbeidsgiver ikke møtes med en tilstrekkelig streng reaksjon.

I den juridiske teori påpekes det at det er ingen motsetning mellom det gjenopprettende perspektivet og det preventive perspektivet, men at det heller er «to forskjellige utgangspunkter som gjensidig supplerer hverandre».²⁷ Jakhelln fremhever at en varsler er både en viktig informasjonskilde og en viktig faktor for å forebygge kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.²⁸

2.5 Begrunnelser knyttet til begrensning i varslingsadgangen

Forsvarlighetskravet setter en begrensning på en arbeidstakers varslingsmåte og dermed også vernet som følger med. Retten til å varsle begrunnes i stor grad i yringsfriheten og allmenhetens interesse i å ha et godt fungerende arbeidsmiljø og arbeidsplass som følger lovens reg-

²³ aml. §2-3 (2) bokstav b

²⁴ aml. §2-3 (2) bokstav d

²⁵ Jakhelln (2010) s. 396

²⁶ Jakhelln (2010) s. 427

²⁷ Jakhelln (2010) s. 396

²⁸ Jakhelln (2010) s. 397

ler og etiske normer. Begrunnelsen for å begrense dette finner vi hos arbeidsgiver – mer spesifikt, arbeidsgivers interesser. På dette punkt er det verdt å merke seg at forsvarlighetskravets funksjon som en skranke for vernet mot gjengjeldelse ved varsling er den samme som den begrensning lojalitetsplikten har på en ansattes ytringsfrihet. I forarbeidene til lovfestingen av kravet til forsvarlig fremgangsmåte fremhevet departementet at regelen var ment å ivareta arbeidsgiver og virksomhetens «saklige og tungtveiende interesser som i særlige tilfeller ikke bør vike for hensynene bak ytringsfriheten».²⁹ Ved å stille krav til måten varslingen skjer på beskyttes arbeidsgiver i større grad fra uholdbare ytringer fra ansatte i media som kan, for eksempel, forårsake omdømmetap eller skade virksomhetens økonomi. Likevel er begrensningen i varslingsadgangen relativt snever da det fremgår av forarbeidene at det skal være «vesentlig interesseovervekt i favør av arbeidsgivers interesser for at en skal kunne si at arbeidstaker ikke har varslet på en forsvarlig måte».³⁰ Momentene som er relevante for vurderingen om en arbeidstaker har varslet forsvarlig vil utdypes i del 3.

3 Innholdet i forsvarlighetskravet

Forsvarlighetsnormen gjelder flere sider av varselet og varslingsprosessen. Å varsle forsvarlig vil ha en side til både innholdet i varselet, på hvilken måte det varsles og hvem det varsles til.

Forarbeidene til lovfestingen av forsvarlighetskravet i 2006 påpeker at det skal mye til for at arbeidstakerens fremgangsmåte ikke skal anses som forsvarlig, og at regelen skal være en slags sikkerhetsventil som skal verne mot unødvendige skader på arbeidsgivers interesser.³¹ Altså, terskelen for at varselet anses som et forsvarlig varsel skal ligge lavt. Forsvarlighetskravet bidrar til å luke ut de åpenbart uforsvarlige varslene som har til formål å f.eks., skade arbeidsgiver og virksomhetens interesser eller rykte.

Forsvarlighetskravet er ikke «ment å beskytte arbeidsgiveren mot kritikk, og det må ikke tolkes og anvendes slik at det blir til hinder for varsling».³²

3.1 Hvilke fremgangsmåter regnes som forsvarlig?

Kravet til forsvarlighet må ses i lys av hvem det varsles til, og i denne forbindelse er skillet mellom intern og ekstern varsling viktig.³³ Gjeldende arbeidsmiljøloven §2A-1 (2) annet og tredje punktum utdyper hvilke fremgangsmåter som uansett vil oppfylle forsvarlighetskravet. Disse er ved varsling i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. I

²⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 38

³⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 39

³¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 39

³² Fougner (2018) s. 131

³³ Fougner (2018) s. 131

tillegg, vil en eventuell varsel til tilsynsmyndighet eller andre offentlige myndigheter også være et forsvarlig varsel. I juridisk litteratur er det påpekt at risikoen for skade er lavere ved varsling til offentlige myndigheter enn ved varsling til offentligheten gjennom media.³⁴ Argumentasjonen bygges på den tillitt til myndighetene om at de behandler opplysningene på en måte som «i størst mulig grad ivaretar virksomhetenes legitime hensyn».³⁵ På denne måten vil ansvaret for at virksomhetens interesser ikke skades unødvendig overføres fra varsleren til den offentlige myndigheten, noe som bidrar til å fjerne en del av usikkerheten rundt grensene for forsvarlig varsling. I tillegg har forvaltningen taushetsplikt³⁶ som også beskytter virksomheter fra omdømmerisiko i slike tilfeller. Med bakgrunn i at varsling til tilsynsmyndigheter eller varsling gjennom virksomhetens interne rutiner er lovfestet som en allerede forsvarlig fremgangsmåte er det ikke omstridt i rettskildene at varsling til media og offentligheten for øvrig har en høyere terskel. I praksis betyr dette at det typisk er eksterne varslinger til offentligheten som aktualiserer forsvarlighetskravet. Varsling til media og offentligheten for øvrig vil stå i fokus fremover i oppgaven da forsvarlighetsvurderingen gjør seg gjeldende i større grad i disse situasjonene. Derimot vil det også kommenteres saker der det kun ble varslet internt og til tilsynsmyndighet for å belyse vektleggingen av det moment at varsleren varslet internt først, se punkt 3.3.4 og rettspraksis i punkt 3.4.

Med offentlig varsling menes det varsling til kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets slik som media, blogger og hjemmesider.³⁷ I disse kanalene vil informasjon raskt være tilgjengelig for veldig mange. Dersom det ikke stilles krav til innholdet av opplysningene som formidles vil det kunne være unødvendig skadende for blant annet arbeidsgiver og dens virksomhet. Med denne bakgrunn fremgår det av forarbeidene fra 2006 at forsvarlighetskravet «skjerpes når det gjelder offentlig varsling».³⁸ I vurderingen av forsvarlig fremgangsmåte nevner departementet i samme forarbeid noen momenter som er relevante. Disse er blant annet om arbeidstakeren har et forsvarlig grunnlag for varslingen, om forholdet det varsles om har allmenn interesse og om arbeidstakeren har varslet internt først dersom dette fremstår som hensiktsmessig.³⁹ Det er verdt å merke seg at disse momentene gjenspeiles i stor grad i ny §2A-2 (3) om kriteriene som gjelder ved varsling eksternt til media eller offentligheten for øvrig, se punkt 3.2.1. Bakgrunnen for skjerpelse ved offentlig varsling er arbeidsgivers interesser i forbindelse med varselets skadepotensiale og de hensyn nevnt i punkt 2.6.

³⁴ Eggen (2008) s. 138

³⁵ Eggen (2008) s. 138

³⁶ aml. §2A-4 og Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 §13

³⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

³⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

³⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

Det fremgår av forarbeidene fra 2006 at intern varsling for alle praktiske tilfeller vil være rettmessig.⁴⁰ Forarbeidene fra 2019 påpeker departementets standpunkt fra 2006 om at intern varsling kun unntaksvis vil falle utenfor varslingsretten etter §2A-1.⁴¹ Der vises det til at eventuelle gjentatte grunnløse påstander rettet mot kollegaer er et eksempel på et tilfelle der en ansatt tar opp kritikkverdig forhold på en helt utilbørlig måte som unødvendig skader samarbeidsklima, arbeidsmiljøet eller enkeltpersoner i virksomheten. Slike tilfeller vil falle utenfor varslingsretten selv om det er varslet internt. Innholdet av varselet og måten det fremstilles kan ha den innvirkning at fremgangsmåten likevel ikke er å anse som forsvarlig, selv om varselet er presentert for riktig «kanal». Forsvarlighetskravet kan dermed også aktualiseres ved interne varslinger i noen tilfeller.

Det følger av forarbeidene og rettspraksis at hva som ellers regnes som en forsvarlig fremgangsmåte bestemmes ut fra en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering.⁴² Forarbeidene utdyper videre om innholdet i denne vurderingen:

«Vurderingstemaet vil i hovedsak være om arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for kritikken, og om arbeidstaker har tatt tilstrekkelig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens legitime interesser med hensyn til måten det varsles på. De konkrete momentene i vurderingen vil blant annet være om arbeidstaker var i aktsom god tro om opplysningenes riktighet, hvem det ble sagt fra til og hvordan, hva slags opplysninger det er tale om, ytringens skadepotensiale og om opplysningene har allmenn interesse.»⁴³

Vurderingsmomentene gjøres rede for i rettspraksis og vil bli behandlet sammenhengende i punkt 3.3 og 3.4.

3.2 Begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» tas ut ved lovendring i nytt kapittel 2A

3.2.1 Nærmere om lovendringen

Begrepet «forsvarlig» er et vagt og skjønnsmessig begrep. En av grunnene til av lovgiver kan ønske å bruke slike generelt utformede begreper i lovtekst er fordi lovbestemmelsen kan ta høyde for ulike parter og situasjoner, og på denne måten er hensiktsmessig. I varslingsammenheng vil dette kunne omfatte ulike virksomheter, bransjer og situasjoner på arbeidsplassen. Departementet la uttrykkelig vekt på dette ved utformingen av varselbestemmelsene fra 2006.⁴⁴ Ved ny lovendring i 2019 har imidlertid departementet kommet til, i likhet med vars-

⁴⁰ Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 51

⁴¹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 32

⁴² Prop. 74 L (2018-2019) s. 14

⁴³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 14

⁴⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 39

lingsutvalget, at lovteksten må gi bedre informasjon om hvordan en arbeidstaker skal gå frem når de ønsker å varsle.⁴⁵ Departementet påpeker at bruken av begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» i lovteksten har vært særlig kritisert på grunn av dets skjønnsmessige karakter som gir grunnlag for usikkerhet.⁴⁶ Usikkerheten i hva som er å anse som en forsvarlig varslingsfremgangsmåte kan bety at arbeidstakere må ta vanskelige vurderinger før de velger å varsle, og dermed kan konkludere med å heller la være å varsle i det hele tatt. Departementet var enig med varslingsutvalget i å erstatte forsvarlighetsbegrepet i lovteksten med en forklaring av hva som menes med forsvarlig fremgangsmåte på de ulike varslingsnivåene; intern varsling, varsling til offentlige myndigheter og varsling til media.⁴⁷ Formålet med dette er å gi økt forutberegnelighet for alle ansatte og forenkle vurderingen om man skal varsle eller ikke. Endringen er også gjort begrunnet med opplysningshensyn. Tanken er at en mer forenklet og konkret veiledning til ansatte om hvordan gå frem med en varsling (hvem det skal varsles til og hvordan) kan bidra til at flere kritikkverdige forhold kommer for lyset og at varslene håndteres bedre og mer effektivt på lavest mulig nivå.

3.2.2 Forsvinner den skjønnsmessige vurderingen?

Når lovendringen trer i kraft fra 1. januar 2020 vil varslingsbestemmelsene ikke inneholde begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» i lovteksten. Dette reiser spørsmålet om det generelle og skjønnsmessige forsvarlighetskravet forsvinner.

Varslingsutvalget ønsket å konkretisere kravet til forsvarlig fremgangsmåte ved å innta kriterier i loven med utgangspunkt i de momentene som er sentrale i vurderingen av nettopp hva som er å anse som «forsvarlig».⁴⁸ Høringsinstansene i behandlingen av forslaget til lovendringen pekte på at det var god grunn til å beholde selve forsvarlighetsbegrepet i lovteksten ved siden av en beskrivelse av dets innhold.⁴⁹ På denne måten vil lovgiver ha en slags sikkerhetsventil som kan fange opp de situasjoner der en varsling fremstår forsvarlig selv om den ikke har skjedd i tråd med kriteriene i ny lovtekst, eller der en varsling fremstår uforsvarlig etter en konkret helhetsvurdering. Likevel la departementet avgjørende vekt på den kritikk bruken av begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» i varslingsreguleringen har fått, og stemte ned forslaget.⁵⁰

⁴⁵ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

⁴⁶ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

⁴⁷ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

⁴⁸ Prop. 74 L (2018-2019) s. 29

⁴⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

⁵⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

I likhet med Varslingsutvalget er departementet enig i at «det fortsatt bør gjelde et krav om forsvarlig fremgangsmåte for varsling, men peker på at det er behov for at lovteksten gir bedre informasjon om, eller kjøreregler for, hvordan arbeidstaker skal gå frem for å varsle». ⁵¹ Som det er redegjort for tidligere er det uansett forsvarlig å varsle internt, med noen forbehold, og til offentlige myndigheter, jf. punkt 3.1. Det vil si, slik departementet bemerker, at «[...] det skjønnsmessige vilkåret om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være «forsvarlig», jf. § 2 A-1 andre ledd første punktum, derfor i praksis bare [har] selvstendig betydning ved varsling til *media eller offentligheten for øvrig*». ⁵² På denne bakgrunn kan det sies at forsvarlighetsvurderingen ikke forsvinner men heller gis et snevrere anvendelsesområde. I den nye §2A-2 (3) ⁵³ om å varsle eksternt til media eller offentligheten for øvrig er det definert tre kriterier:

- a) *arbeidstaker er i aktsom god tro om innholdet i varselet,*
- b) *varselet gjelder kritikkverdige forhold som har allmenn interesse, og*
- c) *arbeidstaker først har varslet internt, eller har grunn til å tro at intern varsling ikke vil være hensiktsmessig*

De kriterier foreslått av varslingsutvalget å ta inn i lovteksten tar sikte på å klargjøre innholdet i forsvarlighetskravet, og utvalget fremhever at det ikke gjøres en endring i gjeldende rett, men heller en videreføring. ⁵⁴

Et interessant punkt å trekke frem er at departementet i 2006 ikke ønsket å foreslå presiseringer i lovteksten om hva arbeidstaker skal se hen til ved offentlig varsling. ⁵⁵ Arbeidsgruppen ønsket en presisering av kravet til forsvarlig fremgangsmåte der kriteriene om forsvarlig grunnlag, kravet til varselets allmenne interesse og intern varsling såfremt det er hensiktsmessig, skulle være inntatt i lovteksten. Disse kriteriene har store likheter med de som er vedtatt å gjelde fra 1. januar 2020 i ny §2A-2 (3). Men, i 2006 ønsket ikke lovgiver å innta en slik presisering. Begrunnelsen for dette var at det var «fare for at hovedregelen om varslingsrett underkommuniseres ved at kravene feilaktig oppfattes som strenge og absolutte regler som setter for store begrensninger for retten til å varsle». ⁵⁶ Dette mente man ville undergrave formålet med lovfestede varslingsregler, som var å signalisere at varsling er ønskelig. Derimot er begrunnelsen for å innta slike presiseringer nå, som forklart ovenfor, at det gir bedre informasjon til arbeidstakere om kjørereglene som gjelder ved varsling. Informasjonshensynet som

⁵¹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

⁵² Prop. 74 L (2018-2019) s. 31

⁵³ Lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) av 21. juni 2019 nr. 24 §2A-2 (3)

⁵⁴ NOU 2018:6 s. 159 og Prop 74 L (2018-2019) s. 30

⁵⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 40

⁵⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 40

ble vektlagt til fordel for å innta presiseringen i 2019 ble i høringsrunden i 2006 vektlagt med begrenset verdi. Grunnen til det var at mange oppfattet kriteriene som «såpass skjønnsmessige». ⁵⁷ Interessant nok er den senere kritikk for begrepets skjønnsmessige karakter, og dermed usikkerhet, en grunn til at lovgiver nå ønsker å innta kriteriene i lovteksten. En slik utvikling i forarbeidene, nærmest en slags snuoperasjon, gir uttrykk for varslingsinstituttets dynamiske karakter som et relativt ungt lovverk.

Så langt kan det sies at den skjønnsmessige vurderingen av forsvarlighetskravet ved varsling er å finne i bokstav a til c i ny §2A-2 (3) om ekstern varsling til media og offentligheten for øvrig. Videre er det et spørsmål om den skjønnsmessige helhetsvurderingen som gjøres rede for i forarbeidene, se punkt 3.1, gjenspeiles i de nye kriteriene opplistet i ny lovtekst.

Etter alminnelig rettskildeprinsipper vil forarbeidene uansett være en relevant tolkningskilde i tolkningen av ordlyden i en lovtekst. Som redegjort for tidligere innebærer ikke den utfyllende lovteksten en endring i rettsstilstanden, rettsstilstanden som fremgår av forarbeider og praksis blir imidlertid nå i større grad kodifisert i lovtekst. Med dette som bakgrunn vil den skjønnsmessige helhetsvurderingen som omtales i forarbeider og rettspraksis fortsatt være relevant ved drøftelsen om et forhold er forsvarlig varslet, både internt og eksternt. I den forstand er ikke det generelle og skjønnsmessige forsvarlighetskravet forsvunnet, men vurderingstemaet kommer i større grad til uttrykk i selve lovteksten. På denne bakgrunn vil momenter som fremheves i forarbeider og rettspraksis, men som ikke er opplistet i bokstav a til c i bestemmelsen, likevel være relevant ved tolkningen av §2A-2 (3) generelt. For eksempel, ytringens skadepotensiale er fremhevet i forarbeidene som et moment i vurderingen, se punkt 3.1, men er ikke opplistet i lovteksten som en av kriteriene. Det betyr ikke ytringens skadepotensiale ikke skal vektlegges som et moment i en konkret helhetsvurdering. Med støtte i rettskildeprinsippene vil de momenter i forarbeidene som ikke uttrykkelig fremgår av ordlyden også være relevante. I tillegg, slik det er påpekt i punkt 3.1, er det ikke gitt med 100% sikkerhet at alle interne varslinger og varslinger til tilsynsmyndigheter er forsvarlige, og dermed vil en generell forsvarlighetsvurdering kunne være aktuell også ved disse tilfellene.

3.3 Nærmere om kravene til ekstern varsling i ny §2A-2 (3)

3.3.1 Nærmere om kriteriene

Kriteriene listet i bokstav a til c i ny §2A-2 (3) gir uttrykk for flere av de momenter som trekkes frem av både gamle og nye forarbeider som relevante for vurderingen om en varsler har varslet forsvarlig; kravet til aktsom god tro om innholdet av varselet (bokstav a), at innholdet av varselet gjelder et kritikkverdige forhold med allmenn interesse (bokstav b), og om varsle-

⁵⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 40

ren har varslet internt først (bokstav c). I det følgende redegjør jeg nærmere for de nye kriteriene i lys av ordlyd, forarbeid til de nye bestemmelsene, og tidligere forarbeider og rettspraksis. Som generelt utgangspunkt fremheves det av departementet at bokstav a om kravet til aktsom god tro og bokstav b om allmenn interesse, ikke skal vurderes strengt.⁵⁸

Jeg finner det hensiktsmessig å presentere kriteriet om kritikkverdige forhold av allmenn interesse før kravene til aktsom god tro og forutgående intern varsling. Ved denne fremgangsmåten starter fremstillingen bredt og innsnevres ved behandlingen av de etterfølgende kriteriene. Dette avviker fra den rekkefølge kriteriene fremkommer i lovteksten.

3.3.2 «Kritikkverdige forhold»

Det følger av forarbeidene til varslingsreglene som ble innført i arbeidsmiljøloven i 2006⁵⁹ at kritikkverdige forhold omfatter straffbare og andre ulovlige forhold, brudd på etiske retningslinjer i virksomheten, og brudd på alminnelige etiske standarder som det er bred tilslutning til i samfunnet.⁶⁰ Varsling om at sjefen er korrumpert, eller at det nye prosjektet på jobb innebærer miljøkriminalitet vil være kritikkverdige forhold som omfattes av varslingsvernet. I begge tilfeller har allmennheten interesse av å se det kritikkverdige forholdet ta slutt. Det samme gjelder trakassering på arbeidsplassen, faglig uforsvarlighet og myndighetsmisbruk mv.

Varslingsutvalget foreslo i 2018 at begrepet skulle suppleres med en definisjon som angir de ulike kategoriene normbrudd etter gjeldende rett skal anses som kritikkverdige forhold, samt ta inn en ikke-uttømmende liste med eksempler på ulike konkrete normbrudd som omfattes av begrepet.⁶¹ Dette er fulgt opp av lovgiver og er tatt inn i ny lovtekst, jf. kommende §2A-1 (2). Etter ny §2A-1 (2) kan kritikkverdige forhold være forhold som innebærer fare for liv eller helse, fare for klima eller miljø, korrupsjon eller annen økonomisk kriminalitet, myndighetsmisbruk, uforsvarlig arbeidsmiljø, og brudd på personopplysningsikkerheten.⁶² En ikke-uttømmende liste over hva kritikkverdige forhold kan være gjør varslingsretten lettere å forstå for den enkelte arbeidstaker, samtidig som begrepet fortsetter som en rettslig standard. Med karakter av å være en rettslig standard vil begrepet og kriteriet «kritikkverdige forhold» ha et dynamisk innhold og kan være gjenstand for endring i takt med samfunnsutviklingen. Hva samfunnet har bred oppslutning om er et kritikkverdige forhold i dag kan være noe annet om 10 år.

⁵⁸ Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

⁵⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006)

⁶⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37

⁶¹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 24

⁶² Lov om endringer i arbeidsmiljøloven §2A-1 (2)

3.3.2.1 *Form, innhold og språk*

I tillegg må det gjøres relativt klart overfor den det varsles til at varselet gjelder et kritikkverdig forhold og på den måte er faktisk et «varsel». Av den grunn er varselets form og innhold av betydning. Dette påpekes også av Høyesterett.⁶³ Det stilles ingen krav til varselets form i arbeidsmiljøloven. Derimot er flere relevante momenter nevnt i forarbeidene fra 2006. Det må antakelig kunne legges vekt på uttrykksform eller språkbruk.⁶⁴ I TKISA-2017-81475 påpekte retten at de ikke la vekt på at dokumentet, som var å anse som et av flere varsler, «ikke betegnet seg selv som et varsel så lenge det av innholdet klart fremgikk at dokumentet gjaldt kritikkverdige forhold».⁶⁵ Altså, det er ikke en nødvendighet at varselet har en klar og tydelig overskrift som spesifiserer dette for at et dokument skal anses å være et varsel. Likevel må det stilles et viss krav til klarhet i ytringen og hva den gjelder. At det var vanskelig å forstå hva varsleren mente i ytringen og hva som utgjorde kritikkverdige forhold var et moment vektlagt i TBERG-2007-136244 både i varselet gjennom brevet, artikkelen i media og lesekronikken.⁶⁶ Dommen fra Bergen tingrett vil utdypes nærmere i punkt 3.4.1 i forbindelse med de momenter i forsvarlighetsvurderingen som kan belyses gjennom rettspraksis.

Det kan heller ikke forventes at en arbeidstaker skal uttrykke seg diplomatisk og forbeholden, men varselet må likevel være saklig. Dette må ses i sammenheng med kravet til et forsvarlig grunnlag som inngår i vurderingen av om det foreligger aktsom god tro hos arbeidstakeren, se punkt 3.1 og 3.3.3. Fornærmelser, skjellsord og støtende språkbruk vil typisk ikke være saklig, for eksempel. Saklighetskravet kan sette en skranke for eventuelle overdrivelser, men det er trolig likevel rom for en viss toleranse når det varsles på bakgrunn av betydelig frustrasjon fra varslers side. I forarbeidene fra 2006 påpekes det at «kommunikasjonsformen generelt nok er blitt tøffere og mer direkte, både på arbeidsplassene og i media» og dette må det antakelig tas høyde for.⁶⁷

3.3.2.2 *Allmenn interesse*

Spesifiseringen av kravet til allmenn interesse når det gjelder hva det skal varsles om og fremgangsmåten det skal gjøres på, fremgår flere steder i forarbeidene.⁶⁸ Tanken er at varslingsreglene, og vernet som følger, skal være forbeholdt de tilfeller hvor en ansatt sier ifra om et forhold som har generell interesse for folk flest. Forholdet skal også som regel gjelde flere arbeidstakere, og ikke bare seg selv. Forhold slik som korrupsjon, trakassering, diskriminering

⁶³ Rt-2003-1614 avs. 30

⁶⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 19

⁶⁵ TKISA-2017-81475

⁶⁶ TBERG-2007-136244

⁶⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 20

⁶⁸ Prop. 74 L (2018-2019) s. 14, 24, 26, 30, 31, 33

eller andre straffbare lovbrudd har samfunnet et generelt ønske om å være informert om og se opphøre. Likevel, kan situasjoner som gjelder eget arbeidsforhold også omfattes av varslingsreglene når det innebærer forhold som samfunnet har en allmenn interesse i. Etter forarbeidene påpekes det at det ikke kan utelukkes at også interne eller personlige konflikter kan ha allmenn interesse, «avhengig av hvilke personer og hvilken virksomhet det er tale om».⁶⁹ Denne spesifiseringen vil utdypes nærmere i punkt 3.3.2.2.

Det har fra innføringen av varslingsreglene vært presisert at kravet til allmenn interesse ikke skal vurderes strengt.⁷⁰ Dette videreføres også av lovgiver i forbindelse med det siste lovarbeidet.⁷¹ Lovendringen som trer i kraft januar 2020 har kodifisert kravet til allmenn interesse i §2A-2 (3) om adgangen til varsling eksternt til media eller offentligheten for øvrig. Selv om kravet er tatt inn i lovteksten betyr det ikke at kravet skal vurderes strengere. Som påpekt i punkt 3.2.2 innebærer ikke innføringen av kriteriene i lovtekst en materiell endring. Når det gjelder varsling til offentligheten står «retten til å gjøre [det] sterkere hvis de hensynene som ligger bak ytringsfriheten taler for at allmennheten får vite om forholdene.»⁷² Kriminalitet, kvaliteten på varer og tjenester, borgernes kontroll med den offentlige forvaltning og likestilling er noen eksempler på hensyn som har allmenn interesse og kan underbygge en rett til å varsle til offentligheten.

Videre vil forhold som en arbeidstaker mener er kritikkverdige kun ut fra egen politiske eller etiske overbevisning ikke anses som et kritikkverdig forhold etter arbeidsmiljøloven § 2 A-1.⁷³ Dette har sin bakgrunn i kravet til allmenn interesse. Politiske og etiske synspunkter om forhold på arbeidsplassen vil være beskyttet av den generelle ytringsfriheten, jf. Grl. §100. I motsetning til kravet til allmenn interesse vil personlige forutsetninger ikke ha den samme brede tilslutningen i samfunnet.

3.3.2.3 Avgrensning mot forhold som kun gjelder eget arbeidsforhold

Varslingsutvalgets forslag om en presisering av at forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold ikke skal omfattes av varslingsreglene, ble støttet av departementet.⁷⁴ Av god grunn bør varslingsreglene forbeholdes de tilfeller der arbeidstaker sier ifra om noe av allmenn eller generell interesse. Kritikk av forhold som ikke er ulovlige eller uetiske er ikke naturlig å regne som varsling. Departementet påpeker videre at dette innebærer at forhold som

⁶⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

⁷⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52

⁷¹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

⁷² Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

⁷³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 13

⁷⁴ Prop. 74 L (2018-2019) s. 28

kun berører arbeidstakerens eget arbeidsforhold eller en personkonflikt vil normalt ikke regnes som kritikkverdige forhold i lovens forstand. En grunn til dette er at forhold ved arbeidstakerens eget arbeidsforhold ofte løses i samtaler mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det fremgår av ordlyden at de kritikkverdige forhold som er vernet å varsle om er de forholdene som er «i arbeidsgivers virksomhet».⁷⁵ I dette ligger det at det må foreligge en tilknytning mellom det kritikkverdige forholdet og virksomheten som sådan. Rent private anliggender mellom ansatte eller ledelsen vil dermed falle utenfor.⁷⁶ Samfunnet som gruppe har ikke en allmenn interesse i hva som skjer på dette nivået. Men, dette kan stille seg annerledes dersom arbeidstakeren er en av flere som kan vise til et mønster av underbetaling, feil plassering av arbeidsoppgaver på en måte som er faglig uforsvarlig, eller en generell fryktkultur på arbeidsplassen. Dette er forhold som kanskje omfatter den ansattes eget arbeidsforhold, men samtidig har interesse for samfunnet generelt. Etter forarbeidene vil kravet om varselets allmenne interesse beskytte arbeidsgiver fra at opplysninger som kun er av intern eller personlig interesse, for eksempel personkonflikter, kommer ut og drøftes på den offentlige arena.⁷⁷ Arbeidsmiljøet i virksomheten kan skades unødvendig dersom mennesker utenfor situasjonen skal kunne uttrykke sin mening om forhold de ikke har innsikt i. På den annen side vil et opprop fra offentligheten være en fordel dersom forholdet har tilstrekkelig allmenn interesse og på den måten engasjerer samfunnet til positiv endring. Derimot, hvis ytringen gjelder en personkonflikt, vil trolig ikke medias innspill bidra til bedre samarbeid og kommunikasjon på den omtalte arbeidsplassen.

Det er på denne bakgrunn tatt inn en presisering i lovens §2A-1 (3), med følgende ordlyd med virkning fra 1. januar 2020; «Ytring om forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold regnes ikke som varsling etter kapitlet her, med mindre forholdet omfattes av andre ledd.»⁷⁸ Siste del av bestemmelsen kan føre til at grensetilfeller likevel fanges opp av varslingsvernet. Dette kan være forhold ved ansattes egne arbeidsforhold som også omfattes av opplistingen i §2A-1 (2) om hvilke forhold som kan anses kritikkverdige. I forarbeidet til lovendringen nevner departementet flere forhold som arbeidstaker kan ytre seg kritisk om, men som i utgangspunktet ikke vil regnes som varsling i lovens forstand. Lovgiver trekker frem eksempelvis forhold knyttet til gjennomføringen av arbeidsavtalen mellom partene, misnøye med lønn, arbeidsmengde og fordeling av arbeidsoppgaver, dårlig personkjemi, alminnelig samhandlingsutfordringer, personkonflikter mv.⁷⁹ Hvis slike forhold også representerer brudd

⁷⁵ aml. §2A-1 (1) 1. pktm.

⁷⁶ Wiersholm (2015) s. 73

⁷⁷ Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

⁷⁸ Lov om endringer i arbeidsmiljøloven §2A-1 (3)

⁷⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 28

med lov, brudd på virksomhetens etiske retningslinjer eller brudd på alminnelige etiske standarder, vil de imidlertid likevel omfattes av varslingsreglene, jf. listen i (2).⁸⁰

Et eksempel kan være trakassering fra kollegaer på arbeidsplassen. Forholdet gjelder eget arbeidsforhold, men dersom det samtidig er brudd på trakasseringslovverk, for eksempel, likestillings- og diskrimineringsloven, vil dette likevel kunne omfattes av varslingsreglene fordi situasjonen kan anses som et «uforsvarlig arbeidsmiljø», jf. bokstav e i §2A-1 (2). I tillegg vil forholdet utgjøre et brudd på regelverk og dermed også være «i strid med rettsregler», jf. (2). I saken TSENJ-2018-152351, TSENJ-2018-152389, TSENJ-2018-152424, var det spørsmål om en kvinne var blitt utsatt for seksuell trakassering på arbeidsplassen av bedriftens kunder. Tingretten påpeker i starten av sin vurdering at seksuell trakassering regnes som et samfunnsproblem som det forsøkes å hindre og forebygge, spesielt i arbeidslivet.⁸¹ Retten la til grunn at saksøker hadde blitt seksuelt trakassert av en av virksomhetens kunder ved å kile og berøre henne på en måte som ble oppfattet som seksuelt betont, uønsket og plagsomt.⁸² Problematikken rundt varsling av trakasseringen kommer frem først i vurderingen av om bedriften som arbeidsgiver kan holdes ansvarlig etter sin handlings- og omsorgsplikt. Det fremgår av faktum at saksøker varslet arbeidsgiver ved å ta kontakt med daværende daglig leder og fortelle om de ubehagelighetene hun hadde opplevd, med flere etterfølgende samtaler om dette.⁸³ Det problematiseres ikke om varslingen var forsvarlig, det er heller et fokus på om arbeidsgiver hadde gjort en innsats i å forebygge og hindre trakassering, samt tatt varselet på alvor. Likevel er saken et eksempel på at seksuell trakassering på arbeidsplassen er et relevant varslingsstema. Jeg oppfatter det slik at seksuell trakassering på arbeidsplassen nå vil omfattes av «forhold som er i strid med [...] etiske normer som det er bred tilslutning til i samfunnet» i ny §2A-1 (2). Saksforholdet i eksempelet vil derfor uansett være omfattet av det kritikkverdige forhold som en arbeidstaker har rett til og vil være forsvarlig å varsle om. Eventuell vedvarende seksuell trakassering over lengre tid i form av flere hendelser kan medføre at forholdet også omfattes av bokstav (e) om uforsvarlig arbeidsmiljø i samme bestemmelse, se §4-1 (1) 1. pkt. om generelle krav til arbeidsmiljøet.⁸⁴

Et eksempel fra rettspraksis som også kan belyse avgrensningen i hva som er å anse som et kritikkverdig forhold er TKOEI-2018-47925. I denne saken mente saksøker, som hadde ned-

⁸⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 28

⁸¹ TSENJ-2018-152351, TSENJ-2018-152389, TSENJ-2018-152424

⁸² TSENJ-2018-152351, TSENJ-2018-152389, TSENJ-2018-152424

⁸³ TSENJ-2018-152351, TSENJ-2018-152389, TSENJ-2018-152424

⁸⁴ aml. §4-1 (1) 1. pkt.: «Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd.»

satt funksjonshemming, seg urettmessig utestengt i arbeidsforholdet og gjorde krav på erstatning. A fikk medhold i saken, men det subsidiære grunnlaget for erstatning som baserte seg på brudd på forbudet mot gjengjeldelse etter varsling førte ikke frem.⁸⁵ I 2016 tok saksøkers til-litsvalgte opp spørsmål om saksøker kunne ha krav på fast 50% stilling i kommunen etter å ha jobbet enkeltvakter og vikariater av varierende lengde. Etter dette møtet fikk ikke saksøker flere tilbud. Saksøker mente at saken hadde tilstrekkelig allmenn interesse fordi virksomheten hadde drøftet deres strategi for å hindre utstøtelse.⁸⁶ Retten var enig med kommunen om at kravet om fast stilling ikke var å anse som et varsel av kritikkverdige forhold, og var kun av personlig interesse for saksøker slik at reglene om gjengjeldelse etter varsling ikke var anvendelige i saken.⁸⁷ Et krav om fast stilling omhandler arbeidstakerens eget arbeidsforhold og er, som forklart tidligere i dette delkapitlet, ikke å anse som varsling i lovens forstand.

3.3.3 Aktsom god tro

Det er ikke tilstrekkelig å kun varsle om noe man tror er et kritikkverdige forhold. I lys av forsvarlighetskravet må varsleren også ha et forsvarlig grunnlag for varslingen. Det er fremhevet i forarbeidene til de opprinnelige varslingsreglene⁸⁸ at den som varsler ikke skal komme med «grunnløse eller svakt funderte påstander». Dette tas her opp i forbindelse med at forsvarlighetskravet skjerpes ved varsling til offentligheten, men uttalelsen hentet fra de opprinnelige forarbeidene viser at grunnlaget for varslingen også vil være relevant for alminnelig intern varsling. Kravet til god tro hos varsleren, ut i fra ordlyden i ny lovtekst i §2A-2 (3) bokstav (a), fremstår som et særkrav for varsling til media eller offentligheten. Det spesifiseres ingen kriterier til varsling internt eller eksternt til tilsynsmyndigheter, jf. ny §2A-2 (1) og (2). Derimot er det i forarbeidene til de opprinnelige varslingsreglene og i lovarbeidet til lovendringen fremhevet at intern varsling kan falle utenfor varslingsreglene ved «gjentatte grunnløse påstander».⁸⁹ Se punkt 3.1 i oppgaven. Begrunnelsen for kravet til aktsom god tro ved varsling til media eller offentligheten for øvrig er den samme som trekkes frem som et unntak til forsvarlig intern varsling i forarbeidene. Likevel har lovgiver bevisst valgt å ikke innta et forbehold om aktsom god tro ved intern varsling i ny lovtekst. Dette kan tale for at offentlig varsling i sammenligning har en strengere terskel. Derimot kommenteres det av lovgiver i både gamle og nye forarbeider at ved ekstern varsling til offentlig myndighet forutsettes det at «tilsynsorganene [vil] «sile ut» henvendelser med grunnløse påstander og uansett behandle disse på en forsvarlig måte».⁹⁰ Av denne grunn forelå det ikke et behov for å ta inn et krav om

⁸⁵ TKOEI-2018-47925

⁸⁶ TKOEI-2018-47925

⁸⁷ TKOEI-2018-47925

⁸⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

⁸⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 31, 32 og Prop 74 L (2018-2019) s. 32

⁹⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 40 og Prop 74 L (2018-2019) s. 32

aktsom god tro i bestemmelsen om ekstern varsling til tilsynsmyndighet og annen offentlig myndighet.

Forsvarlighetskravet relaterer seg til riktigheten av de faktiske opplysningene samt den vurdering og konklusjon den ansatte har trukket. Personen som varsler har som regel gjort opp en mening om forholdet er lovstridig eller generelt kritikkverdig eller ikke. Dersom varsleren i etterkant viser seg å ha tatt feil, vil det ikke være avgjørende hvis vedkommende har vært i aktsom god tro. Viser forholdet seg å ikke være et kritikkverdige forhold har trolig ikke arbeidsgivers interesser vært unødvendig skadet heller. Likevel påpekes det i juridisk litteratur at en arbeidstaker har ingen beskyttelsesverdige interesse i å få komme med kritiske uttalelser basert på faktiske forhold som han eller hun positivt vet er uriktige.⁹¹

Både de gamle og nye forarbeider trekker frem momenter av relevans for vurderingen om varsleren var i god tro eller ikke da han eller hun varslet. Disse er blant annet, hva denne personen hadde rimelig grunn til å tro ut fra sin posisjon og kompetanse i tillegg til de opplysninger som var tilgjengelig på tidspunktet da varslingen skjedde.⁹² Aktsomhetskravet er av denne grunn relativt til varslereens stilling og faglig kompetanse og hva slags opplysninger varselet gjelder. I tillegg vil tidsaspektet også være et moment. Etter rettspraksis stilles det et høyere aktsomhetskrav av ansatte i særlig høye stillinger på grunn av den tillitserklæring stillingen innebærer. Å varsle for raskt uten å ha brukt noe som helst form for betenkningstid kan mulig tale for at varsleren ikke var i aktsom god tro om varselet. Generelt sett kan det likevel ikke stilles for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet. Varslingsreglene er kodifisert i lovtekst nettopp fordi det er både lovlig og ønsket. Et for høyt aktsomhetskrav og forsvarlighetskrav kan til en viss grad undergrave formålet med varslingsreglene, som er å informere om kritikkverdige forhold slik at de kan bringes til opphør.

3.3.3.1 *Veiledning fra praksis*

I hvilken grad arbeidstaker har sikker kunnskap om det kritikkverdige forhold er blitt tillagt vekt i Høyesterettspraksis. Dette inngår, som nevnt, som et moment i saklighetsvurderingen – er varselet underbygget av konkrete holdepunkter? I Rt-2003-1614, kjent som Telenordommen, uttaler Høyesterett at ytringsfriheten ikke kunne etablere noe vern mot reaksjoner fra arbeidsgiver når ytringene rettet mot medarbeidere i lederstilling om alvorlige straffbare forhold helt savnet grunnlag i reelle forhold.⁹³ I samme dom var det også et moment at varsleren hadde rettet uberettigede grove beskyldninger mot ledelsen.⁹⁴ Uttalelsene var egnet til å un-

⁹¹ Jakhelln (2004) s. 75

⁹² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51 og Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

⁹³ Rt-2003-1614 avs. 46

⁹⁴ Rt-2003-1614 avs. 45

dergrave den tillitt som ledelsen var avhengig av for å lede de ansatte og andre bedrifter i konsernet, i tillegg til å skape uro blant de ansatte. Saken gjaldt spørsmål om erstatning for urettmessig avskjed. Avskjedigelsen hadde sin bakgrunn i en e-post som ble sendt til samtlige av arbeidsgivers ansatte og en av firmaets kunder med et notat som vedlegg der saksøkeren (arbeidstakeren og «varsleren») hadde kommet med kritikk og rettet alvorlige beskyldninger mot en av arbeidsgivers kunder og flere i ledelsen generelt. Høyesterett åpnet for at ansatte kunne fremme kritiske ytringer, men beskyldningene ble likevel ansett for å ligge utenfor hva som kunne godtas. Telenordommen belyser flere relevante momenter i vurderingen av om et varsel er forsvarlig, selv om det ikke direkte omhandler varsling til media og offentligheten for øvrig. Likevel er det et moment Høyesterett vektlegger at uttalelsene i ytringen rammer hardere når den ble fremsatt også «overfor mottakere utenfor arbeidsgivers egne ansatte».⁹⁵

I dommen la Høyesterett vekt på at saksøker kritiserte noe utenfor sitt fagområde⁹⁶, rettet alvorlige straffbare beskyldninger mot navngitte ledere i Telenorkonsernet⁹⁷, og Høyesterett la til grunn at beskyldningene var grunnløse⁹⁸. Sett i sammenheng med at notatet er datert fem dager før e-posten ble sendt og saksøker drøftet det med en medarbeider som frarådet han å sende det⁹⁹, kan det argumenteres for at opplysningene ikke ble varslet på en forsvarlig måte etter dagens norm. Med forarbeidenes uttalelse fra 2006 om at en varsler ikke skal komme grunnløse eller svakt funderte påstander, jf. punkt 3.3.2 ovenfor, som bakgrunn, kan det trekke i retning av at saksøker var i svakere grad i aktsom god tro om sine ytringer.

Momentet om at notatet var datert fem dager tidligere og det faktum at saksøker drøftet situasjonen med en medarbeider som frarådet ham å sende e-posten, relaterte seg til vurderingen av om arbeidstakers forhold skyldtes ubetenksomhet eller overveid adferd. Disse er også relevante i drøftelsen av aktsomhetskravet. På den ene siden var handlingen overveiet med god betenkningstid, noe som taler for aktsom god tro. Dette punkt fremhever tingretten også som moment i TBERG-2007-136244 når de sier at det kreves av den som varsler at den skal foreta nøye vurderinger og overveielser før han eller hun varsler, spesielt når varselet gjelder straffbare forhold.¹⁰⁰ På den annen side var kritikken grunnløs og omhandlet et fagområde saksøker ikke hadde kompetanse til å vurdere. Samlet sett konkluderte Høyesterett med at ytringene lå utenfor hva som kunne godtas.

⁹⁵ Rt-2003-1614 avs. 44

⁹⁶ Rt-2003-1614 avs. 39

⁹⁷ Rt-2003-1614 avs. 40

⁹⁸ Rt-2003-1614 avs. 42

⁹⁹ Rt-2003-1614 avs. 47

¹⁰⁰ TBERG-2007-136244

I Monika-saken derimot beskrev spesialenheten for politisaker i forelegg til Hordaland politidistrikt Schaefer sine spørsmål som «saklige, godt forankret i sakens faktum og ga grunnlag for tvil om krav til kvalitet var ivaretatt i etterforskningen og den påtalemessige behandlingen av saken».¹⁰¹ Det er klart at Schaefer som etterforsker ved vold- og sedelighetsseksjonen ved Bergen sentrum politistasjon var innenfor sitt fagområde og kompetanse, i motsetning til tilfellet i Telenorddommen.

3.3.3.2 *Foreta undersøkelser*

For at varsleren skal være i aktsom god tro om innholdet i varselet – at det faktisk foreligger kritikkverdige forhold – er det kanskje nødvendig at varsleren foretar seg noen undersøkelser før han eller hun varsler. Dette vil trolig ikke være like relevant dersom en ansatt skal varsle om noe som de har opplevd direkte overfor seg. I juridisk litteratur påpekes det at forsvarlighetskravet nok setter grenser for hvor langt en arbeidstaker kan gå i sine undersøkelser, men på den annen side, vil det nok også innebære at visse undersøkelser, avhengig av de nærmere omstendigheter, må foretas for at aktsomhetskravet skal være oppfylt.¹⁰² Jakhelln behandler ikke spesifikt varsling til media eller offentligheten, men uttaler seg generelt om begrepet varsling og det aktsomhetskravet som gjelder uansett. Videre utdyper han at arbeidstaker må gå frem på en forsvarlig måte. Dette antyder at forsvarlighetskravet omfatter også måten det eventuelt foretas en undersøkelse på. For eksempel vil det å bryte seg inn på et kontor til en kollega eller PC i ønske om å finne sensitive personopplysninger, eller lese hemmelige bedriftsdokumenter, være et inngrep i personlig integritet og personvern. I motsatt fall vil en søknad om innsyn i dokumenter etter offentleglova (lov om rett til innsyn i dokument i offentlig virksomhet) eller interne bedriftsdokumenter fra virksomhetens administrasjon være en forsvarlig måte å undersøke på.

Å være i aktsom god tro forutsetter at varsleren er overbevist om at det er noe som ikke stemmer. Den oppfatning som ga varsleren grunn til å anta at det forelå kritikkverdige forhold er essensiell for vurderingen.¹⁰³ Vurderingen vil gjøres ut fra de forutsetningene varsleren hadde; for eksempel, dens posisjon på arbeidsplassen, tilgang til informasjon, tid og forhold til andre ansatte osv. I kravet til aktsom god tro ligger det at varsleren har en begrunnet oppfatning. Dersom det finnes lett tilgjengelig informasjon som kan begrunne eksistensen av det kritikkverdige forholdet, bør det undersøkes. I forarbeidene fra lovendringen som innførte de første varslingsreglene¹⁰⁴ presiseres det at det uansett ikke skal stilles strenge krav til arbeidstaker. Komiteen utdyper at det er tilstrekkelig «dersom arbeidstaker har gjort det han eller hun

¹⁰¹ Spesialenheten for politisaker (2014)

¹⁰² Jakhelln (2010) s. 403

¹⁰³ Jakhelln (2010) s. 409

¹⁰⁴ Innst.O.nr. 6 (2006-2007) avs. 9 i punkt 2.5 Komiteens bemerkninger

kan for å bringe riktige fakta på bordet, [...] selv om informasjonen i ettertid viser seg å ikke være korrekt». Derimot vil det tale for at handlemåten til varsleren var uforsvarlig dersom han eller hun skjønnte eller burde ha skjønnt at det var uriktigheter ved varslingen. Av komiteens uttalelse om å gjøre det som kan gjøres for å bringe riktige fakta på bordet, kan det utledes at det forventes av varsleren å forholde seg aktivt til de opplysningene som det skal varsles om. Dersom det er mulig å hente mer informasjon for å belyse det kritikkverdige forholdet på en måte som er tilgjengelig for varsleren, og ikke strider mot andre forpliktelser, så bør det gjøres.

3.3.3.2.1 Hemmelig lydopptak

En kjennelse fra lagmannsretten¹⁰⁵ kan være til noe hjelp hva gjelder avklaring av hvilke krav forsvarlighetsnormen stiller til undersøkelser. I denne saken godtok lagmannsretten at et hemmelig lydopptak gjort av varsleren ble ført som bevis i en varslingssak fordi den ikke var «utilbørlig hentet», jf. tvisteloven. §22-7. Begrepet som drøftes i saken er ikke begrepet «forsvarlig», men begrepene «utilbørlig», «uaksom» og «forsvarlig» omhandler ofte det samme vurderingstemaet – handlet person X på en riktig måte? Saken er av denne grunn et interessant eksempel som kan vise til noen momenter som kan ha relevans i en eventuelt forsvarlighetsvurdering. Saksøkeren var ansatt i kommunen i et bofellesskap for brukere med problemer knyttet til rus og psykiatri, og varslet om kritikkverdige forhold knyttet til brukernes levekår, og de ansattes arbeidsmiljø og sikkerhet.

Saken omhandler ikke oppgavens problemstilling direkte, men kan gi en viss anvisning på om et hemmelig opptak kan forsvares av aktsomhetskravet og dermed også være omfattet av varslingsvernet. Partene var enige om at saksøker hadde varslet forsvarlig, dette er begge parter enige om. Varsleren gjorde imidlertid et lydopptak av en samtale mellom seg selv og KPMGs advokat i forbindelse med KPMGs utarbeidelse av en rapport om varslingssaken på oppdrag fra Stavanger kommune. Varsleren ønsket beviset ført i tilknytning til spørsmålet om gjengjeldelse. Lagmannsretten viser til at saksøker som varsler var i en utsatt posisjon og at samtalen ble gjennomført med en profesjonell part.¹⁰⁶ Som kjent begrunnes varslingsvernet delvis i nettopp varslere utsatte posisjon, og dets behov for vern i en varslingssituasjon. Maktforholdet mellom partene i saken er dermed noe skjevt fordelt. Her kan det trekkes en parallell til den skjeve maktfordelingen som eksisterer mellom arbeidsgiver og arbeidstaker generelt, men også i en varslingssak. Det er forståelig at en ansatt som vurderer å varsle om et forhold ønsker å ha tilstrekkelig bevis om faktum slik at han eller hun i større grad blir tatt på alvor og kan sikre seg selv mot represalier. Et slikt bevis kan innhentes ved lydopptak. Slike bevis vil

¹⁰⁵ LG-2019-72921

¹⁰⁶ LG-2019-72921

også vise til den ansattes aktsomhet og hvordan han eller hun oppfattet det mulig kritikkverdige forholdet. Saken er et eksempel på at en varslers utsatte posisjon kan ha betydning for spørsmålet om han eller hun har handlet på en utilbørlig eller forsvarlig måte. I en varslings-sak der varsleren har foretatt seg undersøkelser for å sikre seg holdepunkter for innholdet i varselet kan varslers utsatte posisjon i kontrast til arbeidsgiver være et moment i vurderingen av forsvarlighet. På den annen side sier ikke dette momentet så mye om den nedre terskelen for hva forsvarlighetsnormen krever at man minimum gjør av undersøkelser.

Når det er sagt, skiller saken seg fra temaet om nærmere undersøkelser før en ansatt varsler fordi i dette tilfellet har saksøker allerede varslet forsvarlig. Partsforholdet, og dermed momentene som gjøres gjeldene i vurderingen om lydopptaket kunne føres som bevis, er forskjellig fra de som vil være relevant i vurderingen om ansatt X har varslet forsvarlig etter å ha gjort nærmere undersøkelser om forholdet.

Lagmannsretten viser til dommen Rt-1991-616 der Høyesterett nektet et hemmelig videoopptak av ansatte på arbeidsplassen ført som bevis i en sak der en ansatt var tiltalt for underslag fra arbeidsgiveren. Høyesterett mente at «fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel».¹⁰⁷ I sammenligning med saksforholdet i LG-2019-72921 kunne ikke lagmannsretten se at lydopptaket var en krenkelse av advokatens personlige integritet eller at sterke personvern hensyn gjorde seg gjeldende på annet vis.¹⁰⁸ Men, det kan tenkes i andre saksforhold at personvern hensyn gjør seg gjeldende. Spesielt om det varsles om forhold som innebærer sensitive personopplysninger, eller der et lydopptak tatt for å dokumentere det kritikkverdige forholdet inneholder slike opplysninger. Et hypotetisk eksempel kan være en ansatt har en anelse om, etter en samtale på pauserommet, at en kollega i barnehagen har forgrepet seg på et barn helgen før. Forholdet er kritikkverdig, ikke minst straffbart¹⁰⁹. En måte å underbygge varselet med konkrete holdepunkter på er å ta opp en samtale der den det varsles om uttrykker det varsleren har til hensikt å varsle om. I en slik sak som omhandler mulig grove eller intime detaljer, kan personvern hensynet ovenfor den det varsles om tale for at et slikt opptak ikke kan bli brukt i en varslings sak. I tillegg er, for eksempel pedofili, stigmatiserende ovenfor den som blir beskyldt for det. Likevel vil hensynet til å oppklare det forhold det varsles om og straffefølge dette, om nødvendig, også være tungtveiende. Eksempelet kan stille seg annerledes dersom varsleren og den det varsles om ikke jobber med barn. Forholdet må, slik som det påpekes i punkt 3.3.2.2 i forbindelse med avgrensning mot forhold som kun gjelder egne arbeidsforhold, være tilknyttet arbeidsgivers virksomhet. Ytringen om en kollegas for-

¹⁰⁷ Rt-1991-616 s. 623

¹⁰⁸ LG-2019-72921

¹⁰⁹ Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 §299 om voldtekt av barn under 14 år, et eksempel

hold til barn er trolig ikke relevant som et kritikkverdige forhold på arbeidsplassen dersom arbeidsplassen ikke omhandler barn på noen måte. Samlet sett kan det uansett anses som en uforsvarlig fremgangsmåte å ta i bruk hemmelige lydopptak i noen typer varslingssaker.

Videre, dersom bruk av hemmelig lydopptak kan anses som en del av en forsvarlig varslingsprosess er det verdt å merke at bruk av skjulte opptak kan svekke den kollegiale tillitten på arbeidsplassen og bidra til et mer dysfunksjonelt arbeidsliv. Selv om skjulte opptak av samtaler en selv tar del i ikke er ulovlig, jf. antitetisk tolkning av straffeloven §205¹¹⁰, inspirerer det ikke til tillitt blant mennesker. Ansatte kan føle at de må oppføre og uttrykke seg mer forsiktig på arbeidsplassen på en måte som skaper dårligere trivsel på jobb. På den andre siden kan det bidra til å avsløre kritikkverdige forhold på arbeidsplassen gjennom, for eksempel, et varsel om trakassering eller usaklig og uforsvarlige vurderinger fra arbeidsgiver.

Andre former for undersøkelser i interesse av å opplyse en mulig varslingssak, kan være å rette en anmodning mot administrasjonen av et sykehus dersom en som lege stusser over en kollegas medisinerings av en pasient.¹¹¹ En uforsvarlig faglig vurdering er et eksempel på et kritikkverdige forhold som kan varsles om, for eksempel feilmedisinering gjort av en lege. Det er av allmenn interesse å vite at stillinger som innebærer særlig tillitt gjør faglige vurderinger som er forsvarlige, fordi små feil kan gi store konsekvenser. Dette vil også gjelde, for eksempel, varslingssaker om kontroll på forvaltningens oppgaver. Å rette anmodninger til administrasjonen eller be om innsyn i dokumenter kan være andre mulige fremgangsmåter å skaffe informasjon om et eventuelt kritikkverdige forhold. Slik som forklart ovenfor vil en slik aktiv tilnærming være et moment i vurderingen om varsleren er i aktsom god tro om varselets innhold.

Et annet eksempel kan være Schaefers egen undersøkelse av Monika-sakens dokumenter. Monika saken vil utdypes nærmere i punkt 3.4.1. På bakgrunn av en annen sak Schaefer jobbet med kom han over offeret Monikas sak og gikk gjennom denne på eget initiativ. Ved å lese gjennom sakens dokumenter kunne Schaefers gjøre en egen faglig vurdering av situasjonen og dermed ha bedre grunnlag for et eventuelt varsel fordi sakens dokumenter ga konkrete holdepunkter som var mulig å henvise til.

¹¹⁰ Straffeloven §205 om krenkelse av retten til privat kommunikasjon: Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som uberettiget

a) og ved bruk av teknisk hjelpemiddel hemmelig avlytter eller gjør hemmelig opptak av telefonsamtale eller annen kommunikasjon *mellom andre*, eller av forhandlinger i lukket møte som *han ikke selv deltar i*, eller som han uberettiget har skaffet seg tilgang til

¹¹¹ Jakhelln (2010) s. 403, fotnote 15

3.3.4 Forutgående intern varsling

I de fleste tilfeller vil en varsler varsle internt før de, om nødvendig, varsler eksternt. En grunn til dette er at intern varsling for alle praktiske tilfeller vil være rettmessig¹¹², se punkt 3.1. Dette uttrykkes også i ny §2A-2 (1). Etter de nye reglene vil en forutgående intern varsling også være et krav ved varsling til media eller offentligheten som en hovedregel og generelt utgangspunkt, jf. ny §2A-2 (3) bokstav c.¹¹³

Begrunnelsen for at det skal legges vekt på om det først ble varslet internt er at arbeidsgiver som hovedregel bør gis muligheten til å undersøke det forhold som det varsles om og løse det selv.¹¹⁴ Argumentet at arbeidsgiver skal ha anledning til å rette opp de kritikkverdige forhold på arbeidsplassen trekkes også frem i TBERG-2007-136244.¹¹⁵

Forsvarlighetskravet skjerpes når det gjelder offentlig varsling.¹¹⁶ Etter forarbeidene vil en offentlig varsling innebære varsling til media, blogger, hjemmesider og andre kommunikasjonskanaler «med en stor og åpen mottakerkrets».¹¹⁷ Det er også spor av inspirasjon fra Telenordommens saksforhold når det spesifiseres at det samme gjelder ytringer som lett kan spres til mange uten at arbeidstakeren har oversikt eller kontroll over dette, for eksempel ved en e-post til mottakere utenfor virksomheten.¹¹⁸ Med bakgrunn i den karakter uttalelsene var i e-posten i Telenordommen, mente retten at uttalelsene ville ramme hardere om de ble fremsatt overfor mottakere utenfor arbeidsgiverens egne ansatte.¹¹⁹ I tillegg påpeker retten at den store spredningen av e-posten saksøkeren sørget for kunne ha resultert i at innholdet ble brakt videre til personer utenfor konsernet.

En varsler må ikke varsle internt før det varsles eksternt dersom de har grunn til å tro at intern varsling ikke vil være hensiktsmessig, jf. ny §2A-2 (3) bokstav c. Med andre ord, kravet om å varsle internt først er ikke absolutt. Dette er en kodifisering av gjeldende rett.¹²⁰ Det fremgår av forarbeidene at eksempler på slike tilfeller kan være varsling om kriminelle eller andre alvorlige forhold, eller om varsleren har grunn til å tro at varslingen kan føre til gjengjeldelse.¹²¹ Faren for bevisforspillelse kan også være et moment som taler for å varsle eksternt. I de

¹¹² Ot.prp. Nr. 84 (2005-2006) s. 31

¹¹³ Lov om endringer i arbeidsmiljøloven §2A-2 (3) bokstav c

¹¹⁴ Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

¹¹⁵ TBERG-2007-135244

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51 og Lov om endringer i arbeidsmiljøloven §2A-2 (3)

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 40

¹¹⁹ Rt-2003-1614 avs. 44

¹²⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

¹²¹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 33

tilfellene nevnt vil trolig intern varsling ikke føre til at det kritikkverdige forholdet opphører. Dette gjelder også dersom virksomheten ikke har noen det kan varsles til, eller at den det varsles til også omfattes av varselet. Tvert imot, de personene varslingen gjelder kan stilles i en mer gunstig posisjon til å kunne dekke til eller skjule de forhold det varsles om, samt kvitte seg med bevis. En eventuell ekstern varsling kan dermed fremstås mer hensiktsmessig etter de formål som ligger til grunn for varslingsinstituttet. Ved fare for liv og helse eller andre tilfeller der det er behov for å handle raskt vil det også ikke være hensiktsmessig å varsle internt først.¹²²

I de gamle forarbeidene fremheves det at selve offentliggjøringen bør fremstå som et effektivt og hensiktsmessig virkemiddel for å bringe det kritikkverdige forholdet til opphør.¹²³ Dette påpekes med bakgrunn i at det ikke har vært noen automatikk i at en arbeidstaker står fritt til å varsle til offentligheten dersom de kan dokumentere at det kritikkverdige forholdet er forsøkt endret ved intern prosedyre. Selve offentliggjøringen antas å kun være et middel for å rette på forholdene, men det kan likevel ikke kreves at å varsle offentlig rent faktisk fører til en endring på arbeidsplassen. I den forbindelse uttrykkes det i forarbeidene at også varslersens motiv bak å offentliggjøre sin varsel er et relevant moment.¹²⁴ I kontrast kan det bemerkes at i de nye lovarbeider i forbindelse med lovendringen er ikke momentet om motivet bak å varsle til offentligheten nevnt.

Så langt kan det påpekes at de kriter opplistet som krav ved varsling til media eller offentligheten for øvrig i ny §2A-2 (3) i stor grad speiler de momenter som både tidligere og nye lovarbeid mener skal vektlegges ved en forsvarlighetsvurdering. I forarbeidene fra 2006 uttrykker departementet at forsvarlig grunnlag, intern varsling og allmenn interesse er de mest sentrale momentene i forhold til forsvarlighetskravet.¹²⁵ Disse momentene fremheves også i forarbeidene til lovendringen¹²⁶, og er nå i stor grad kodifisert i bokstav a til c i ny §2A-2 (3).

Videre vil disse momentene, og andre, belyses gjennom rettspraksis for å synliggjøre den konkrete forsvarlighetsvurderingen.

3.4 Noen momenter belyst gjennom rettspraksis

Konkrete vurderinger av anførte varsler finnes i rettspraksis. Slik som det er påpekt tidligere finnes det få dommer fra Høyesterett med tung rettsskildemessig vekt om temaet varsling.

¹²² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 41

¹²³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 20

¹²⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 20

¹²⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 40

¹²⁶ Prop. 74 L (2018-2019) s. 14, 29, 30 og 31

Varselets innhold, måten det fremstilles på og hvem varsleren velger å kontakte er momenter som trekkes frem gjennomgående i vurderingen av om en varsler har varslet forsvarlig. Sakene som fremheves under dette punktet belyser noen av disse. Sakene som trekkes frem omhandler ekstern varsling – både til offentlige tilsynsmyndigheter, media og offentligheten for øvrig. Jeg finner det hensiktsmessig å fremstille rettspraksisen etter hver enkelt sak da dette gir best uttrykk for den konkrete vurderingen som gjøres ved spørsmålet om et varsel er fremsatt forsvarlig.

3.4.1 TBERG-2007-136244

En dom fra tingretten¹²⁷ inneholder en utfyllende analyse av flere påståtte varsler fra saksøker, A, som jobbet på sikkerhetsavdelingen ved klinikk for sikkerhets-, fengsels-, og rettspsykiatri under Helse Bergen HF. Saken omhandlet erstatning for gjengjeldelse etter varsling, og arbeidsgiver ble frifunnet. Selv om varsleren ikke fikk medhold er saken likevel interessant da den fremhever flere momenter som er relevante ved vurderingen om noen har varslet forsvarlig. A mener å ha varslet forsvarlig om kritikkverdige forhold ved et brev, under møter med ledelsen, møte med arbeidstilsynet, nyhetsartikler med intervju i media og en egen kronikk i en leseravis. Tingretten går gjennom hver enkelt «ytring» og sier noe om det er å anse som et varsel, og om det i så fall oppfyller forsvarlighetskravet. Som underrettsdom vil denne ha mindre rettskildemessig vekt enn en høyesterettsdom. I tillegg er dommen over 10 år gammel. På den annen side er dommen utfyllende begrunnet og enstemmig. Det påpekes også at underrettsdommer kan ha større rettskildemessig vekt på områder der Høyesterett ikke har kommet med en avgjørelse. Dette er tilfellet ved varsling av kritikkverdige forhold som rettsområde.

Først vil jeg presentere de to ytringene der retten fant at A varslet. Problemstillingen videre er hva som etter en konkret vurdering kan være en varsel.

Den første ytringen gjelder et internt møte 30. august 2004 der A fortalte om bruken av hasj ved en sosial sammenkomst under sikkerhetsseminaret i Kristiansand høsten 2003 og om en kollega som hadde stjålet en tablett av et medikament under en tur til Casablanca i mars 2004. Tingretten konkluderer raskt at forholdene gjelder lovbrudd, og dermed kritikkverdige forhold.¹²⁸ A har med andre ord varslet.

Det fremgår av gjeldende §2A-1 annet ledd, 3. punktum at en arbeidstaker uansett har rett til å varsle til tilsynsmyndigheter. A hadde et møte hos arbeidstilsynet hvor han ga uttrykk for sin bekymring over sikkerheten på RS. Retten la til grunn at det ble oppfattet som et varsel av

¹²⁷ TBERG-2007-136244

¹²⁸ TBERG-2007-136244

arbeidstilsynet.¹²⁹ A ble orientert om at arbeidstilsynet forberedte en nasjonal kampanje knyttet til arbeidsmiljø på sykehus som skulle omfatte sikkerhetsavdelingen der A jobber. Det ble gjennomført et tilsyn hvor det ble gitt pålegg om kartlegging av arbeidsmiljø med mer. Det er imidlertid verdt å merke seg at tilsynet og påleggene ble gjennomført og utferdiget på grunn av den nasjonale kampanjen og en vurdering av flere henvendelser fra RS, ikke på grunn av As varsel.

Videre vil jeg påpeke eksempler på hva retten fant at ikke var å anse som et varsel på grunn av dets innhold.

I brevet A sender til sin fagansvarlig nevner han både enkelthendelser av mulig kritikkverdige forhold, men forteller også om sin egen arbeidssituasjon og forhold til kollegaer, faglig innspill til sikkerhetssituasjonen på avdelingen, egen ferieavvikling og generelle problemer på arbeidsplassen. Retten påpeker at brevet ikke inneholder en varsling om behandling av faglig mangelfull kvalitet, men er heller et innspill i en faglig debatt om behandling av pasienter.¹³⁰ Senere i dommen fremheves dette punktet og retten uttrykker at brevet, når det leses i sammenheng, er «naturlig å oppfatte [...] som faglige ytringer, ikke varsling».¹³¹ Dette er fordi A er svært uklar i det han sier om arbeidsmiljø og sikkerhet. I lovens forstand er ikke faglig uenighet et kritikkverdige forhold. I Telenorddommen nevner Høyesterett at saksøker uttrykker faglig kritikk som han «rimeligvis måtte være fullt berettiget til å fremsette».¹³² Høyesterett utdypet ikke videre om den faglige kritikken kan være å anse som et varsel eller ikke. Momentet nevnes i forbindelse med at saksøker også hadde kritisert forhold som var utenfor hans fagområde og kommet med navngitte straffbare beskyldninger. Sett i sammenheng var den faglige kritikken innenfor varsleren sitt eget fagområde, noe han var berettiget til å fremsette. Med noe støtte i Telenorddommen kan det antas at faglig kritikk trolig ikke er omfattet av varslingsbegrepet. I tingrettsdommen påpeker retten i sine innledende merknader at «ytringer som gjelder faglige eller politiske spørsmål er ikke varsling».¹³³ Det samme gjelder formidling av subjektive opplevelser, følelser og tanker, som jo deler av brevet inneholder. Likevel kan det antas at et varsel om faglig uforsvarlighet eller behandling av mangelfull kvalitet som gir opphav til, for eksempel, fare for liv eller helse for pasienter på en helseinstitusjon, kan være et kritikkverdige forhold i lovens forstand, jf. listen i ny §2A-1 (2).¹³⁴

¹²⁹ TBERG-2007-136244

¹³⁰ TBERG-2007-136244

¹³¹ TBERG-2007-136244

¹³² Rt-2003-1614 avs. 38

¹³³ TBERG-2007-136244

¹³⁴ Lov om endringer i arbeidsmiljøloven §2A-1 (2) bokstav a

Senere i tingrettsdommen viser retten forståelse for at det er vanskelig å forstå at brevet varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten fordi den fremstår som et «sett med tanker og betraktninger A har om seg selv og sin rolle på [Regional Sikkerhetsavdeling]». ¹³⁵ Det personlige preget over brevet og at det fremstår som en blanding av et privat brev og en presentasjon av seg selv, er momenter som taler imot at brevet var et varsel fra A. Begrunnelsen for dette kan være at personlige tanker og betraktninger ikke har allmenn interesse, og er ikke å anse som et varsel.

Et gjennomgående moment som retten vektlegger i vurderingen av om en ytring er et varsel eller ikke er om det uttrykkes nye forhold. I avsnitt 10 i punktet om rettens innledende merknader argumenterer retten for at om noe skal anses som varsling, bør ytringen inneholde ny informasjon. ¹³⁶ Det påpekes at om noen gjentar den samme varslingen flere ganger vil det komme et tidspunkt hvor det ikke lenger er å anse som varsling. Å varsle om et forhold som er blitt varslet tidligere og arbeidsgiver har ryddet opp i, er ikke en varsling, og heller ikke forsvarlig. Det samme gjelder forhold som er allment kjent. Retten påpeker det moment at A ikke gir uttrykk for ny informasjon i flere etterfølgende møter med fagansvarlig og ledelsen, samt under drøftelsen av om flere artikler i media var å anse som et varsel. ¹³⁷ Etter rettens vurdering var artikkelen i Bergens Tidende fra 2006 ikke et varsel fordi det kun gjenga informasjon fra arbeidstilsynets rapport.

Når det gjelder kronikken A skrev i Bergens Tidende i 2007 er det som nevnt ovenfor ikke noe nytt innhold. I tillegg fremheves det at den er enda mer uklar og inneholder i stor grad gjentakelser av tidligere vage antydninger om kritikkverdige forhold på et generelt plan. ¹³⁸ Dersom en varsler om et kritikkverdig forhold vil det være hjelpsomt å kunne vise til konkrete hendelser eller spesifikke forhold. Dette har sin bakgrunn i at varselet må ha et forsvarlig grunnlag med tilstrekkelige holdepunkter slik at den er holdbar. Disse momentene er relevante ved vurderingen av kravet til aktsom god tro, se punkt 3.3.3. I sammenligning med Telenordommen ble det også der vektlagt hvorvidt varsleren kunne dokumentere det kritikkverdige forholdet. ¹³⁹ Kronikken er derimot etter rettens vurdering full av karakteristikk uten referanser til konkrete forhold eller hendelser som lar seg overprøve. ¹⁴⁰ Som ytring vil det ikke være omfattet av varselbegrepet.

¹³⁵ TBERG-2007-136244

¹³⁶ TBERG-2007-136244

¹³⁷ TBERG-2007-136244

¹³⁸ TBERG-2007-136244

¹³⁹ TBERG-2007-136244

¹⁴⁰ TBERG-2007-136244

Så langt har tingretten kommet til at A varslet 2 ganger: under møtet 30. august 2004 om hasjrøyking og medikamenttyveri, og møtet med arbeidstilsynet våren 2005 om sikkerhetssituasjonen på avdelingen. Spørsmålet videre var om A varslet forsvarlig. Problemstillingen videre er hva som skal til for at et varsel skal være forsvarlig eller ikke etter en konkret vurdering.

Retten trekker opp saklighet og fremgangsmåte som rammene i deres forsvarlighetsvurdering.¹⁴¹ Om kravet til fremgangsmåte viser jeg til punkt 3.1. I vurderingen av om et varsel er saklig ligger det at forholdet det varsles om må være holdbart. Et vurderingstema er om varsleren er i aktsom god tro med hensyn til om det faktisk foreligger kritikkverdige forhold.

I tingrettsdommen konkluderte tingretten med at kun varselet gitt under internt møte 30. august 2004 om hasjrøyking og medikamenttyveri var et forsvarlig varsel.¹⁴² I spørsmålet om varselet var saklig vurderte retten kort om A var i aktsom god tro. Medikamenttyveriet ble bekreftet av den som undersøkte saken nærmere og vedkommende som tok tablettene hadde erkjent forholdet som følge av As varsling.¹⁴³ Når det gjelder hasjrøykingen konkluderte retten under noe tvil at A også var i aktsom god tro om dette kritikkverdige forholdet. A bygget sin tro på at han ikke selv hadde observert det skje, men fått opplysninger av en annen kollega.¹⁴⁴ Retten viser til at tvilen rundt As aktsomhet skyldtes det faktum at de som faktisk skulle ha observert noe ikke selv hadde meldt ifra og det var gått 1 år fra hendelsen. Ettersom begge kritikkverdige forhold ble varslet internt under et møte med ledelsen og tillitsvalgte til stede, var det rimelig klart at også fremgangsmåten var forsvarlig.¹⁴⁵

Fremgangsmåten var også forsvarlig i varselet til arbeidstilsynet. Det fremstår klart at varsling til tilsynsmyndigheter alltid vil være en forsvarlig fremgangsmåte, jf. punkt 3.1. Derimot var sakligheten av varselet vanskelig å vurdere for tingretten.¹⁴⁶ Bakgrunnen for dette var at varselet omhandlet sikkerheten på avdelingen, men arbeidstilsynet var ikke klar over As holdning til sikkerhet hadde en side til hans egen oppfatning om behandling av hver enkelt pasient. På grunn av at varselet klart uansett ikke ledet til noen gjengjeldelse av A fant ikke retten det nødvendig å vurdere sakligheten nærmere.¹⁴⁷

¹⁴¹ TBERG-2007-136244

¹⁴² TBERG-2007-136244

¹⁴³ TBERG-2007-136244

¹⁴⁴ TBERG-2007-136244

¹⁴⁵ TBERG-2007-136244

¹⁴⁶ TBERG-2007-136244

¹⁴⁷ TBERG-2007-136244

3.4.2 Monika-saken

Et annet interessant eksempel på en forsvarlig varsling er Monika-saken. I denne saken hadde Robin Schaefer, en politietterforsker i Bergen, tatt initiativ til å gjenåpne den henlagte saken om 8 år gamle Monika Sviglinskajas død. Saken ble henlagt som selvmord, men Schaefer mente det var flere logiske brister og mangler i etterforskningen. Den endelige straffesaken endte med at moren til Monika sin tidligere samboer ble dømt til 18 års forvaring for å ha brutt seg inn i huset med en øks og kvelt henne med et belte.¹⁴⁸ Det ble utarbeidet en granskningsrapport på oppdrag fra Justis- og beredskapsdepartementet utført av Advokatfirmaet Wiersholm.¹⁴⁹ I denne rapporten konkluderes det med at Schaefers initiativ til å gjenoppta Monika-saken var å anse som varsling, og at det ble varslet forsvarlig.¹⁵⁰ Spesialenheten for politisaker kom til samme konklusjon i en vurdering av mulig straffansvar for brudd på arbeidsmiljøloven i håndteringen av varslingssaken.¹⁵¹ Sakens varslingstematikk har ikke kommet opp for domstolene, men Wiersholms rapport kan gi noe veiledning for vurderingen. Derimot må det presiseres at Wiersholms rapport ikke utgjør rettspraksis som sådan og vil ha begrenset rettskildemessig verdi.

Internt varslet Schaefer i notat som ble sendt både linjevei og tjenestevei. Dette er i tråd med forarbeidene fra 2006 der det påpekes at en ansatt kan gå forbi nærmeste leder i linjen og dette kan være hensiktsmessig.¹⁵² Uansett har det vært varslet internt først slik det kreves av kriteriene i ny §2A-2 (3) bokstav c. Ved å følge kommandolinjene kan det sies at Schaefer har varslet på en lojal måte. Det fremgår av granskningsrapporten at Schaefer i økende grad opplevde at han selv var blitt et problem fordi han varslet og hadde ikke nådd frem med de interne varslingene.¹⁵³ Tatt i betraktning at det i straffesaker foreligger tidskritiske elementer og behovet for å handle raskt ilegges noe vekt i forarbeidene¹⁵⁴, kan det tale for at Schaefer hadde god grunn til å tro at det kunne være fare for bevisforspillelse. Med dette som bakgrunn vil det tale for at de eventuelle senere eksterne varslingene også anses forsvarlige.

I lys av at bistandsadvokaten ikke var å regne som en «uvedkommende person»¹⁵⁵ konkluderte rapporten med at varselet til denne også var klart forsvarlig. Varselet til bistandsadvokaten kan derfor kanskje ikke anses som ren ekstern varsling fordi mottakerkretsen var begrenset til

¹⁴⁸ TNOHO-2016-44534

¹⁴⁹ Wiersholm AS (2015)

¹⁵⁰ Wiersholm AS (2015) s. 103

¹⁵¹ Spesialenheten for politisaker (2016)

¹⁵² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

¹⁵³ Wiersholm (2015) s. 78

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 41

¹⁵⁵ Wiersholm (2015) s. 78

kun en person som også hadde en bestemt funksjon i strafferettslig sammenheng, jf. straffeprosessloven §107c.¹⁵⁶ I likhet med Telenorddommen ble det også vektlagt at varsleren ytret seg overfor «ikke helt utenforstående adressater»¹⁵⁷ i forbindelse med at varslingen ble fremstilt overfor mottakere som ikke var arbeidsgivers ansatte. I rapporten påpekes det at Schaefer og bistandsadvokaten ønsket begge at saken skulle få en riktig behandling, og det fantes ingen holdepunkter for at Schaefer ytret seg om kritikken av etterforskningen for å fremme egne interesser eller skade andre.¹⁵⁸ Det ble også fremhevet at Schaefer ba advokaten om å ikke foreta seg noe slik at politiet selv kunne finne ut av det. Dette harmonerer godt med lojalitetsplikten, og viser at Schaefer hadde tatt i betraktning arbeidsgivers interesser. Dette er interessant da arbeidsgivers interesser er en begrunnelse for forsvarlighetskravet i seg selv, jf. punkt 2.5 i oppgaven. Som moment vil det tale for at varselet til bistandsadvokaten også var forsvarlig da det harmonerer godt med forarbeidene til lovendringen som påpeker at «vurderingstemmet [er] om arbeidstaker har tatt tilstrekkelig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens legitime interesser med hensyn til måten det varsles på».¹⁵⁹

Utgivelse av Schaefers bok «Monika-saken, min historie – fra drapsetterforsker til varsler» kan, i kontrast til varselet til bistandsadvokaten, ses på som en ren ekstern varsling til pressen og allmenheten. Mottakerkretsen er stor og åpen, jf. forarbeidenes formulering i punkt 3.1. Slik granskningsrapporten påpeker kan det stilles spørsmål ved om Schaefer har brutt sin taushetsplikt, jf. politiloven §24 nr. 1, tatt i betraktning at varsling kan anses uforsvarlig dersom den representerer et brudd på lovbestemt taushetsplikt.¹⁶⁰ Derimot er innholdet av varselet til dels allerede offentlig kjent og informasjonen omfattet ikke interne forhold som kunne skadet etterforskningen av Monika-saken. Dermed gjør ikke taushetsplikten seg gjeldende her, noe som også konstateres raskt i rapporten¹⁶¹. Tvert imot har Schaefer initiert et hendelsesforløp som har resultert i en straffedom mot gjerningsmannen.

Et annet relevant spørsmål å stille seg er om Schaefers varsling til pressen og allmenheten gjennom utgivelsen av boken var unødvendig og motivet for varslingen borte. Det fremgår av rapporten at på det tidspunkt boken gis ut hadde politiet allerede besluttet å gjenoppta etterforskningen av Monika-saken.¹⁶² Schaefer hadde på dette tidspunktet oppnådd hensikten med varslingen, motivet for å varsle videre kan tenkes da å være borte. Slik det påpekes i rapporten

¹⁵⁶ Wiersholm (2015) s. 79

¹⁵⁷ Rt-2003-1614 avs. 44

¹⁵⁸ Wiersholm (2015) s. 78

¹⁵⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 14

¹⁶⁰ Wiersholm (2015) s. 79

¹⁶¹ Wiersholm (2015) s. 80

¹⁶² Wiersholm (2015) s. 80

var innholdet av varselet til offentligheten og innholdet av varselet internt og til bistandsadvokaten, forskjellig.¹⁶³ En slik spesifisering kan tyde på at dersom Schaefers bok inneholdt kun samme informasjon som ble gitt bistandsadvokaten, er det mulig boken ikke ville vært et forsvarlig varsel. Dette var også et moment i TBERG-2007-136244. Bergen tingrett fremhever som utgangspunkt at «[s]kal det være å anse som varsling, bør det være noe nytt».¹⁶⁴ I forbindelse med en artikkel varsleren tok del i påpeker tingretten at en gjengivelse av arbeidstilsynets rapport ikke er å anse som varsling.¹⁶⁵ I Bergen tingrett saken ytret saksøkeren seg flere ganger om samme forhold. I sammenligning med Monika-saken omhandlet boken også hvordan Hordaland politidistrikt håndterte Schaefers initiativ til å gjenoppta Monika-saken. Altså, innholdet av varslene var tilstrekkelig forskjellig og kunne betegnes som et eget selvstendig varsel som tar for seg nye kritikkverdige forhold. Spørsmålet rapporten stiller videre var om politidistriktets interne håndtering av Schaefers varsel hadde allmenn interesse.¹⁶⁶

Med støtte i forarbeidene¹⁶⁷ trekkes det frem i rapporten at demokrati- og rettssikkerhetshensyn tilsier at kritikkverdige forhold i forvaltningen ofte vil ha allmenn interesse. Gitt at varselet omhandler alvorlige lovbrudd eller forhold som har hatt eller kunne ha fått alvorlige konsekvenser vil ekstern varsling ofte være forsvarlig.¹⁶⁸ Samme standpunkt finner vi også i lovarbeidet til de nye kriteriene i §2A-2 (3) når varslingsutvalget trekker frem «kriminelle forhold eller opplysninger av betydning for allmennhetens kontroll med forvaltningen» som eksempler på de hensyn som gjør seg gjeldende ved varsling til media og offentligheten.¹⁶⁹ Granskningsrapporten trekker frem at en begrunnelse for dette er at «[s]lik varsling er en viktig forutsetning for samfunnskontroll med den offentlige forvaltning og kan bidra konstruktivt til den offentlige debatt».¹⁷⁰ Dette finner vi også støtte for i forarbeidene fra 2017 der det påpekes at varsling er både lovlig og ønsket, se punkt 1.1¹⁷¹ I rettspraksis og litteraturen er ikke dette omtvistet. På dette punkt skiller saken seg fra dommen fra Bergen tingrett ovenfor. I tingrettsdommen ble varselets innhold heller sett på som en kritisk ytring i en faglig debatt, imens varselets innhold i Monika-saken omhandler spesifikke forhold som den offentlige debatt har interesse av å vite. På den annen side er ikke nyansen i argumentasjonen tydelig. Dette gjør det noe usikkert å kunne sette en definitiv linje på når innholdet av en ytring kan anses som et varsel med innhold av allmenn interesse for den offentlige debatt, og når innholdet av

¹⁶³ Wiersholm (2015) s. 80

¹⁶⁴ TBERG-2007-136244

¹⁶⁵ TBERG-2007-136244

¹⁶⁶ Wiersholm (2015) s. 80

¹⁶⁷ Ot. prp. Nr. 84 (2005-2006) s. 52

¹⁶⁸ Wiersholm (2015) s. 80

¹⁶⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 30

¹⁷⁰ Wiersholm (2015) s. 80

¹⁷¹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 5

ytringen er å anse som en generell kritisk ytring i en offentlig debatt som også kan være av allmenn interesse. Rapporten finner det klart at Schaefers varsel har allmenn interesse fordi politiets fungering står sentralt i samfunnsdebatten og varselet om politidistriktets håndtering av Monika-saken inngår i denne. Begrunnelsen for vurderingen gjort i rapporten ligger i politiets rolle som samfunnsbeskytter i demokratiet og at deres fungering og evne til å håndtere vanskeligheter er sentral i denne sammenheng.¹⁷² Til sammenligning gjaldt ytringene i tingrettsdommen i større grad en faglig debatt og faglig uenighet, i stedet for avdekking av forhold som er av allmenn interesse for den generelle offentlige debatten om fungeringen av hel-sevesenet.

3.4.3 LB-2009-36995

Til sammenligning er lagmannsrettsdommen LB-2009-36995 et eksempel på en forsvarlig varslingsprosess eksternt til offentlig tilsynsmyndighet på grunn av varslersens fremgangsmåte steg for steg. I denne saken varslet saksøker om brudd på strålevernforskriften og at det ble rapportert kontroll av sveiseskjøter som ikke var foretatt. Det forelå kritikkverdige forhold av alvorlig karakter, spesielt tatt i betraktning at det er tale om arbeid med radioaktivt materiale med risiko for helseskader.¹⁷³ Lagmannsretten fant det klart at saksøker hadde varslet forsvarlig fordi han først varslet internt til sin avdelingsleder, deretter til administrerende direktør og til slutt arbeidstilsynet når ingen av de forannevnte instansene førte til noe resultat.¹⁷⁴ Varsleren, slik som i Monika-saken, varslet internt i flere nivå før det ble gjort eksternt når disse ikke ble tatt tak i på en tilfredsstillende måte. I denne saken var det ikke et spørsmål om varsling til offentligheten for øvrig, men heller internt og til tilsynsmyndighet. Det følger av gjeldende §2A-1 (2) andre og tredje punktum at varsling gjennom disse kanalene uansett vil være forsvarlig. I slike tilfeller vil den skjønnsmessige helhetsvurderingen ikke aktualisere seg i samme grad som ved varsling til offentligheten for øvrig, eksemplifisert i Monika-saken og TBERG-2007-136244.

3.5 Kort om bevisbyrden

Der forsvarlighetskravet setter en begrensning på hvordan en arbeidstaker kan gå frem i en varslingsprosess, er bevisbyrderegelen til sammenligning i varslersens favør. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med bestemmelsen om retten til å varsle, jf. gjeldende §2A-1 (3). I lovendringen er denne bevisbyrderegelen videreført og omfatter også ny bestemmelse om fremgangsmåte ved varsling, §2A-2. Dette innebærer at arbeidsgiver må bevise at varslingen ble gjort på uforsvarlig måte. Bakgrunnen for dette er at arbeidstaker skal ikke måtte begrunne retten til å varsle, men det er heller arbeidsgiver som må begrunne inn-

¹⁷² Wiersholm (2015) s. 80

¹⁷³ LB-2009-36995

¹⁷⁴ LB-2009-36995

skrenkningen i arbeidstakers yringsfrihet.¹⁷⁵ Dette er en annen bevisbyrderregel enn den som gjelder for saker om vern mot gjengjeldelse. I slike tilfeller foreligger det en regel om delt bevisbyrde, jf. §2A-2 (1) 3. pkt. Begge bevisregler følger naturlig av det faktum at arbeidsgiver ofte sitter med mye av bevisene i varslingsaker – dokumentasjon, sikkerhetskameraopptak, korrespondanse, personopplysninger osv. For eksempel, arbeidsgiver må kunne bevise at den som varsler ikke var i aktsom god tro om innholdet i varselet ved ekstern varsling. Det er ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver kan bevise at de kritikkverdige forhold som varsleren beskriver ikke foreligger. Det må også være bevist at varsleren burde forstått dette, jf. kravet til aktsom god tro. I praksis vil denne vurderingen kanskje ikke realisere seg i stor grad da mangelen på holdepunkter til å fastsette at et forhold er kritikkverdig vil som regel tale for at varsleren burde ha forstått at det ikke forelå et kritikkverdig forhold av allmenn interesse.

4 Er tidligere arbeidstakere omfattet av varslingsreglene?

4.1 Nærmere om utvidelsen av varslingsreglenes anvendelsesområde

Lovendringen i kraft 1. januar 2020 innebærer også en utvidelse av hvem som omfattes av varslingsreglene jf. ny §1-6 (1) om personer som ikke er arbeidstakere.¹⁷⁶ Departementet var enig med varslingsutvalgets forslag om å utvide anvendelsesområdet til arbeidsmiljølovens regler om varsling slik at de personer listet i §1-6 også anses som arbeidstakere i forbindelse med varsling.¹⁷⁷ Blant disse er elever, vernepliktige, innsatte i fengsel og pasienter i helseinstitusjoner, m.fl. Derimot er ikke tidligere arbeidstaker listet opp. I både gammel og ny §2A-1 (1) fremgår det at «arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet». Etter en objektiv forståelse av lovens ordlyd tilsier det at det bare er personer som er arbeidstakere på varslingstidspunktet, og eventuelt gjengjeldelsestidspunktet, som er omfattet. Dette uttrykkes også i kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven fra 2018 om arbeidstakerbegrepet.¹⁷⁸ Kommentارutgaven ble utgitt før lovforslaget om nye varslingsregler ble vedtatt, men lovteksten i §2A-1 (1) har ikke endret seg. Ordlyden er den samme og eventuelle refleksjoner rundt forståelsen av denne vil være relevant. Det uttrykkes videre at «[b]estemmelsen må imidlertid kunne anvendes ved varsling om kritikkverdige forhold arbeidstakeren ble kjent med mens ansettelsesforholdet besto, selv om varslingen eller gjengjeldelsen skjer etter avslutningen av arbeidsforholdet.»¹⁷⁹ Derimot foreslår ikke varslingsutvalget å utvide varslingsreglene på en slik måte at også tidligere ansatte er omfattet, og departementet sier seg enig.¹⁸⁰ Dermed må det legges til grunn at etter gjeldende rett er ikke tidligere

¹⁷⁵ Ot. Prp. Nr. 84 (2005-2006) s. 52

¹⁷⁶ Lov om endringer i arbeidsmiljøloven §1-6

¹⁷⁷ Prop 74. L (2018-2019) s. 23

¹⁷⁸ Fougner (2018) s. 128

¹⁷⁹ Fougner (2018) s. 128

¹⁸⁰ NOU 2018:6 s. 152 og Prop 74. L (2018-2019) s. 23

arbeidstakere omfattet av varslingsreglene. Likevel, kan det nevnes at departementet ikke nevner avgrensningen mot tidligere arbeidstakere og kort uttrykker sitt forslag om utvidelse angående §1-6 i tråd med utvalgets forslag. Lovgiver foretar ingen vurdering av om forsvarlighetsnormen ved varsling vanskeliggjør en eventuell utvidelse av varslingsreglene til å omfatte tidligere arbeidstakere. Derimot påpeker utvalget flere momenter som begrunnelse for å ikke utvide reglene, og disse har likhetstrekk til de hensyn og kriterier som gjør seg gjeldende i forsvarlighetskravet. Det kan derfor stilles spørsmål om forsvarlighetsnormen taler for en avgrensning av anvendelsesområdet til varslingsreglene på en slik måte som utelater tidligere arbeidstakere.

4.2 Forsvarlighetskravet i relasjon til tidligere arbeidstakere som varslere

I det følgende vil jeg se litt nærmere på hvilken begrunnelse som er gitt for å ekskludere tidligere arbeidstakere fra varslingsreglene og vurdere hvordan forsvarlighetskravet kan tale i den ene eller andre retning.

Samlet sett legger varslingsutvalget til grunn at behovet for å være omfattet av varslingsreglene ikke er like stort for tidligere arbeidstakere i sammenligning med ansatte i et bestående arbeidsforhold i den virksomhet de kritikkverdige forhold gjelder.¹⁸¹ Relatert til forholdet mellom lojalitetsplikt og ytringsfrihet påpekes det at tidligere arbeidstakere uansett har ytringsfrihet etter grunnloven og er ikke på samme måte bundet av lojalitetsplikt slik som en ansatt med et bestående arbeidsforhold er.¹⁸² Skjæringsfeltet mellom lojalitetsplikten i ansettelsesforhold og ytringsfriheten gjør seg dermed ikke gjeldende i like stor grad slik den gjør i forsvarlighetsvurderingen. Eventuelle ytringer vil uansett fanges opp av den generelle ytringsfriheten. Derimot kan det fortsatt være mulig å problematisere om det fortsatt gjelder en lojalitetsplikt i mellom tidligere arbeidstakere og arbeidsgivere. Utgangspunktet er at lojalitetsplikten gjelder under ansettelsesforholdet.¹⁸³ Likevel kan arbeidstakers handlingsrom begrenses etter at arbeidsforholdet er opphørt med grunnlag i lov og avtale, jf. aml. kap. 14A. Dette kapitlet regulerer adgangen til å avtale og gjøre gjeldende konkurransebegrensninger. Begrunnelsen for dette er eventuell økonomisk skade som påføres tidligere arbeidsgiver om, for eksempel, en tidligere arbeidstaker oppgir bedriftshemmeligheter eller tar med seg kunder ved ansettelse hos konkurrerende virksomhet. I varslingssaker blir ikke arbeidsgiver alltid direkte økonomisk skadet, selv om det ikke er i arbeidsgivers interesse at kritikkverdige forhold kommer for lyset. Dermed gir ikke denne særreguleringen av lojalitetsplikten etter arbeidsforholdet stor overføringsverdi til varslingssituasjonen.

¹⁸¹ NOU 2018:6 s. 152

¹⁸² NOU 2018:6 s. 152

¹⁸³ Skjønberg (2017) s. 244

Et annet moment utvalget påpeker er at tidligere arbeidstakere kan i større grad varsle anonymt og benytte seg av andre varslingskanaler.¹⁸⁴ Ved varsling til media og offentligheten for øvrig er det nå etter lovendringen et krav om forutgående intern varsling så lenge det ikke er uhensiktsmessig, jf. punkt 3.3.4. I en situasjon der en tidligere arbeidstaker ønsker å varsle om kritikkverdige forhold på en tidligere arbeidsplass er det vanskelig å stille krav om at denne skal varsle internt, nettopp fordi han eller hun ikke er en del av den interne virksomheten lenger. Muligheten til å gå direkte til en ekstern tilsynsmyndighet eller media og offentligheten er dermed større enn hos den som fortsatt er ansatt i virksomheten. På en måte kan kanskje en tidligere arbeidstaker «komme unna» med en mindre forsvarlig fremgangsmåte. På en annen side kan det være at forsvarlighetsvurderingen ikke gjør seg gjeldende i det hele tatt ved tidligere arbeidstakere nettopp fordi de ikke har like stort behov for beskyttelse, som nevnt ovenfor. Av den grunn vil heller ikke begrensningen i form av forsvarlighetskravet for å beskytte arbeidsgiver gjelde. Forsvarlighetskravet utløses som en slags motvekt til arbeidstakeres varslingsvern for å gi beskyttelse til arbeidsgiver. Om det ikke foreligger et slikt varslingsvern for tidligere arbeidstakere vil forsvarlighetskravet ikke være relevant. I tillegg, selv i et bestående arbeidsforhold, kan et anonymt varsel gjøre behandlingen av varselet vanskeligere på grunn av mangel på tilstrekkelig informasjon. Likevel vil et anonymt varsel fra tidligere arbeidstaker uansett også ha de samme utfordringer, og av den grunn er ikke problematikken avgrenset til kun tilfeller der tidligere arbeidstakere varsler anonymt. Derimot kan en ansatt i større grad bli utsatt for gjengjeldelser dersom de gjør seg kjent som varsleren enn det en tidligere arbeidstaker vil være. Likevel skal det ikke ses bort i fra at manglende referanser og negative omtaler til nye arbeidsgivere, samt trakassering og trusler også er gjengjeldelseshandlinger, selv om de gjøres overfor en tidligere arbeidstaker.¹⁸⁵ Av den grunn har tidligere arbeidstakere også et legitimt behov for vern, selv om den etter utvalgets mening er mindre enn vernebehovet for ansatte i et bestående arbeidsforhold.

Videre kan det ved tidligere arbeidstakeres varslinger knytte seg større utfordringer til å ha et forsvarlig grunnlag for varselet. Utvalget nevner de vanskelige avgrensningstilfellene og bevismessige utfordringer ved å innlemme tidligere arbeidstakere i virkeområdet til varslingsreglene¹⁸⁶, men nevner ikke at det vil være problematisk for en tidligere arbeidstaker å ha tilstrekkelig med holdepunkter for å i det hele tatt varsle. Dette gjelder spesielt dersom det i praksis varsles om kritikkverdige forhold flere år etter arbeidsforholdet opphørte. En tidligere arbeidstaker vil ha vanskeligere med å dokumentere grunnlag for et varsel når informasjon ikke er like tilgjengelig, spesielt når de ikke lenger har tilgang til arbeidsplassen eller virksomhetens kontorer osv. Dette moment vil også gjøre det utfordrende for tidligere arbeidsgi-

¹⁸⁴ NOR 2018:6 s. 152

¹⁸⁵ NOU 2018:6 s. 151

¹⁸⁶ NOU 2018:6 s. 152

ver å ta til motmæle. Kravet til aktsom god tro kan vanskelig overholdes dersom varselets baserer seg på lite eller ingen dokumentasjon og et stadig mer svekket minne. Jo lenger tid går, jo vanskeligere vil det ofte være for den tidligere arbeidstakeren å varsle på en forsvarlig måte.

I tillegg kan tidligere arbeidstakere i større grad utnytte varsling som en slags hevnaksjon på tidligere arbeidsgiver. Bestående ansatte kan tenkes ikke vil være motivert av hevn i sitt varsel om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen de fortsatt jobber. Likevel, tidligere arbeidstakere kan også være motivert av den alminnelige interessen i å se et kritikkverdig forhold opphøre, på samme måte som bestående ansatte. Det kan ikke sies å være en automatikk i motivet bak varslersens varsel i sammenligning mellom bestående arbeidstakere og tidligere arbeidstakere. Uansett vil åpenbart grunnløse påstander ikke kvalifiseres som et varsel i lovens forstand og vil heller ikke være forsvarlig, se punkt 3.3.3, og kan dermed lukes ut på den måten.

Med bakgrunn i varslingsutvalgets vurdering av flere momenter tydeliggjøres noen spenninger i forhold til de kriterier som gjelder ved forsvarlig varsling til media og offentligheten for øvrig, jf. ny §2A-2 (3). Varslingsutvalget viser også til en viss usikkerhet om tidligere arbeidstakere kan eller burde være omfattet av varslingsreglene i ny lovendring. Med bakgrunn i #metoo debatten understreker varslingsutvalget i kunnskapsgrunnlaget til lovforslaget at arbeidsmiljøloven ikke gjelder for personer som har opplevd seksuell trakassering i et tidligere arbeidsforhold og varsler om dette.¹⁸⁷ Andre opplevelser av kritikkverdige forhold som arbeidstakere opplevde på arbeidsplassen, og som de står frem med 10 år etter at de har sluttet i jobben, mener utvalget heller ikke vil være en varsler i lovens forstand.¹⁸⁸ På den annen side, med en henvisning til en artikkel skrevet av Janet P. Near og Marcia P. Miceli, uttrykker utvalget det motsatte når det gjøres rede for begrepet varsling som psykologisk fenomen i forbindelse med varsling i praksis.¹⁸⁹ I artikkelen om anglo-amerikansk whistle blowing legger forfatterne til grunn at en varsler er en som på et tidspunkt har vært ansatt i den gjeldende virksomheten varselet rettes mot, og spesifiserer oppsummerende at en varsler er «current or former organization members».¹⁹⁰ Utvalget påpeker i lys av dette at en varsling «kan også skje i ettertid, etter at arbeidsforholdet er avsluttet.»¹⁹¹ I tillegg fremhever utvalget reguleringen av varsling i andre land, og det påpekes at deres regler om varsling også gjelder tidligere arbeidstakere i, for eksempel, Nederland, Storbritannia og USA.¹⁹² Utvalget velger likevel

¹⁸⁷ NOU 2018:6 s. 25

¹⁸⁸ NOU 2018:6 s. 25

¹⁸⁹ NOU 2018:6 s. 113

¹⁹⁰ Near og Miceli (1985) s. 2

¹⁹¹ NOU 2018:6 s. 113

¹⁹² NOU 2018:6 s. 75 og 76

å ikke foreslå at tidligere arbeidstakere omfattes av varslingsreglene. Det som fremstår som noe selvmotsigende i utvalget gir litt inntrykk av at tidligere arbeidstakeres varslingsvern ikke er tilstrekkelig løst. Rettsgruppen for varsling og etikk sitt innspill i høringsuttalelsene til lovendringen, at «det bør være mulig å varsle om kritikkverdige forhold på tidligere arbeidsplass og samtidig omfattes av varslingsvernet.»¹⁹³, kan anses som en oppfordring til departementet om en tydeligere klargjøring av rettstilstanden. Dessverre velger ikke lovgiver å presisere eller utdype forslaget til varslingsutvalget nærmere, men det må legges til grunn at tidligere arbeidstakere ikke er omfattet av varslingsreglene.

¹⁹³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 23

5 Avsluttende bemerkninger og refleksjoner

Lovendringen i kraft 1. januar 2020 bidrar til å kodifisere og konkretisere kravet til forsvarlighet ved varsling av kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet. Fjerningen av begrepet forsvarlig fremgangsmåte i lovteksten betyr ikke at den konkrete skjønsmessige vurderingen i lys av momenter forarbeidene mener skal vektlegges, er borte. Derimot er det gitt klarere kjøreregler for hva det kan varles om, hvem det skal varsles til og hvordan denne skal fremsettes. Presiseringen av at forsvarlighetsvurderingen kun aktualiserer seg ved varsling til media og offentligheten for øvrig synliggjøres gjennom en opplisting av kriterier i ny §2A-2 (3) bokstav a til c. Etter en gjennomgang av både gamle og nye forarbeider kan det konkluderes at disse kriteriene i stor grad gir uttrykk for gjeldende rett. Kravene til aktsom god tro, at varselet gjelder kritikkverdige forhold av allmenn interesse og kravet til forutgående intern varsling med mindre det er uhensiktsmessig, speiles i det vesentlige i forarbeider til tidligere lovtekst og rettspraksis.

Selv om lovendringen bidrar til en kodifisering av gjeldende rett i stor grad er det likevel noen forhold som er tydeliggjort og fremhevet. Dette kan i praksis føre til endringen i måten arbeidstakere varsler på. Nye §2A-2 (1) lister opp de instanser og personer en varsler kan gå til for å varsle internt. En slik klargjøring kan gjøre fremgangsmåten ved varsling mer brukervennlig for flere ansatte. Dette kan ha den effekt at flere opplever terskelen for intern varsling er senket, og vil dermed ha lettere for å uttrykke seg om forhold på arbeidsplassen de mener er kritikkverdige. På denne måten kan reglene om varsling bli mer effektive i praksis og få som virkning at flere kritikkverdige forhold opphører.

Ved ny §2A-2 (3) fremheves forsvarlighetskravet som gjelder ved varsling til media og offentligheten for øvrig. I punkt 3.2.2 bemerkes snuoperasjonen i forarbeidene mellom 2006 og 2019. Lovgiver ønsket ikke i 2006 å innta presiseringen av de kriterier listet i bokstav a til c fordi det var en fare for at kriteriene feilaktig skulle oppfattes som strenge og absolutte regler, og dermed sette en for stor begrensning på retten til å varsle. I 2019 ønsket lovgiver, ved å innta de samme omdiskuterte kriteriene, å gi bedre informasjon til arbeidstakere om de kjøre-reglene som gjelder ved forsvarlig varsling til offentligheten. Informasjonshensynet og begrepet «forsvarlig fremgangsmåte» sin skjønsmessige, og dermed upresise karakter, ble vektlagt forskjellig. Det kan stilles spørsmål om presiseringen nå kodifisert i (3) vil motarbeide formålet om å gjøre det lettere å varsle, slik som lovgiver la til grunn i forarbeidene fra 2006. Dersom arbeidstakere forstår kriteriene om god tro, allmenn interesse og forutgående intern varsling som en heving av terskelen for å varsle til offentligheten kan det ha den effekt at færre velger å benytte seg av denne retten. Dette vil være positivt dersom varslene er ubegrunnede og unødvendige påstander om forhold som ikke allmennheten har interesse i. På den annen side vil det være mot varslingsreglenes hensikt, som er å bringe kritikkverdige forhold til

opphør, dersom reelle kritikkverdige forhold av allmenn interesse ikke blir varslet. Med dette som bakgrunn, selv om lovendringen ikke har ment at det skal være en endring i innholdet av forsvarlighetskravet, er det likevel grunn til å tro at presiseringen til en viss grad skjerper kravene til offentlig varsling i praksis. Den eventuelle effekt dette kan ha for varslingskulturen gjenstår å se inntil lovendringen har vært i kraft i tilstrekkelig lang nok tid.

Videre, selv om lovgiver har uttrykket enighet med varslingsutvalget om å ikke omfatte tidligere arbeidstakere av varslingsreglene, er det verdt å merke seg at flere land har «kommet lengre» i å verne disse som gruppe gjennom å inkludere de i deres nasjonale varslingslovgivning. Dette kan kanskje være et utviklingspunkt i fremtiden. Dette gjelder spesielt tatt i betraktning at tidligere arbeidstakere også kan utsettes for gjengjeldelseshandlinger, og dermed også ha et behov for vern. I tillegg vil disse også kunne bidra til formålet om å avdekke kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, og bidra til et mer forsvarlig arbeidsmiljø, en styrket ytringsfrihet generelt og at virksomheter følger samfunnets normer når de opplever at de blir holdt ansvarlig. Varslingsutvalget og lovgiver gir imidlertid foreløpig uttrykk for og legger avgjørende vekt på at en eventuell inkludering av disse vil vanskeliggjøre både varslingsreglene rent praktisk, men også i forhold til forsvarlighetskravet. Det bemerkes at denne oppgaven ikke har åpnet for en eventuell undersøkelse av om lands inkludering av disse har vært mer effektiv sett opp mot varslingsreglenes formål.

Litteraturliste

Litteratur/juridisk teori

- Eggen (2008) Eggen, Kyrre «Ansattes yringsfrihet» *De nordiske Juristmøter* Årg. 38 (2008), s. 123-141
- Fougner (2018) Fougner, Jan mfl. *Arbeidsmiljøloven. Kommentartut-gave*. 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 114-144
- Jakhelln (2004) Jakhelln, Henning «Ytringsfrihet i arbeidsforhold» *TemaNord 2004:509* (2004), s. 47-128
- Jakhelln (2010) Jakhelln, Henning «Arbeidsmiljølovens regler om varsling. Er varslersens rettsvern en realitet, eller en illusjon – eller tar man spilleren og ikke ballen?» *Varsling – varslerbok* (2010), s. 385-448
- Near og Miceli (1985) Near, Janet og Miceli, Marcia, "Organization Dissidence: The Case of Whistle-Blowing", *Journal of Business Ethics* nr. 4 (1985), s. 1-16
- Skjønberg (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell Arbeidsrett* 2. utg., Oslo: Gyldendal juridisk. 2017
- Wiersholm (2015) Wiersholm AS, ««Monika-saken» Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefer's varsling», rapport til Justis- og beredskapsdepartementet (2015)
- Spesialenheten for politisaker (2016) Spesialenheten for politisaker. «Hordaland politidistrikts behandling av Robin Schaefer» 2016 <http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A5l/Avgj%C3%B8relser/Utvalgtepubliserteavgj%C3%B8relser/TabId/177/ArtMID/597/ArticleID/196/Hordaland-politidistrikts-behandling-av-Robin-Schaefer.aspx> hentet 15.10.2019
- Spesialenheten for politisaker (2014) Spesialenheten for politisaker. «Monika-saken. Orientering til pressen» 2014 <http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A5l/Avgj%C3%B8relser/Utvalgtepubliserteavgj%C3%B8relser/TabId/177/ArtMID/597/ArticleID/132/Monika-saken.aspx> hentet 15.10.2019

Lover

Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr 62

Lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) av 21. juni 2019 nr. 24

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) av 16. juni 2017 nr. 51

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig virksomhet (offentleglova) av 19. mai 2006 nr. 16

Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Forarbeider

NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst. Utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 30. august 2001
Ot.prp. nr. 84 (2005-2006)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
Innst.O.nr.6 (2006-2007)	Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
Prop. 72 L (2016-2017)	Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid)
NOU 2018:6	Varsling – verdier og vern. Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet
Prop. 74 L (2018-2019)	Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)

Dommer

Høyesterett

Rt-1990-607

Rt-1991-616

Rt-1996-1401

Rt-2003-1614

Lagmannsretten

LB-2009-36995

LG-2019-72921

Tingretten

TBERG-2007-136244

TNOHO-2016-44534

TKISA-2017-81475

TSENJ-2018-152351, TSENJ-2018-152389, TSENJ-2018-152424

TKOEI-2018-47925