

NOTAT

Dato 09 juni 2009

Varsling av kritikkverdige forhold – diverse spørsmål juni 2009

1 Innledning

Jeg viser til tilsendte interne problemnotater. Gjennomgående spørsmål i de problemnotatene jeg har mottatt, synes så være **hva som er en varslingssak etter Aml § 2-4**, og hva som skal til for at en arbeidstaker får **vern mot gjengjeldelse osv etter Aml § 2-5**.

Vern mot gjengjeldelse og øvrige rettigheter etter Aml § 2-5, forutsetter at det er varslet **”i samsvar med § 2-4”**. Dersom det er varslet i samsvar med § 2-4, vil man således anse saken som en ”varslingssak” (whistleblowing). Kravene i § 2-4 innebærer at

1) Arbeidstaker må ha varslet om **”kritikkverdige forhold i virksomheten”**. Andre forhold er ikke dekket av § 2-4, og omfattes heller ikke av § 2-5. Se nærmere om dette under **punkt 2**.

2) I tillegg må arbeidstaker ha valgt en **forsvarlig fremgangsmåte**. Hvis fremgangsmåten ikke er forsvarlig, foreligger det ikke en rettmessig varsling, og heller ikke et vern etter § 2-5. Se nærmere om dette under **punkt 3**.

Grensen mellom forhold som er/ikke er ”kritikkverdige” (ulovlige eller uetiske) og en fremgangsmåte som er/ikke er ”forsvarlig”, illustreres godt i vedlagte **dom fra Nedre Romerike tingrett av 03.02.2009** med konklusjon ”forsvarlig varsling” etter § 2-4, ”urettmessig gjengjeldelse” etter § 2-5 og grunnlag for oppreisning og erstatning, og vedlagte **dom fra Oslo tingrett av 20.02.2009** med konklusjon ”ikke forsvarlig varsling” etter § 2-4, ”ikke urettmessig gjengjeldelse” etter § 2-5, og ikke grunnlag for erstatning eller oppreisning.

Min erfaring er at de sakene som ”varsles” ofte er **en blanding** av misnøye med arbeidsgivers styringsrett, personlige motsetningsforhold osv (som ikke omfattes av varslingsreglene), og kritikkverdige forhold (som omfattes av aml §§ 2-4 og 2-5). Det vil i så fall være avgjørende å **sortere** spørsmålene, og **dele opp** saken slik at de **ulike forholdene kan håndteres forskjellig**. Se nærmere om dette under **punkt 4**.

Hvem som har **ansvaret for å sortere og håndtere** slike saker, omtales kort under **punkt 5**.

2 Hva er ”kritikkverdige forhold i virksomheten”, og hvilke forhold faller utenfor §§ 2-4 og 2-5

2.1 Et sentralt spørsmål er hvilke type forhold som anses som ”kritikkverdige forhold i virksomheten” (whistleblowing) og således faller **inn under Aml § 2-4 og vernet mot gjengjeldelse i § 2-5**, i motsetning til ”andre forhold” som ikke skal regnes som varslingsaker etter disse bestemmelsene.

2.2 I henhold til **Ot.prp nr 84 (2005-2006) side 37 og 50**, vil kritikkverdige forhold være:

- opplysninger om kriminelle forhold, f.eks korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet
- brudd på andre lovbestemte påbud eller forbud
- brudd på virksomhetens etiske retningslinjer, og
- brudd på alminnelige etiske standarder som det er bred tilsutning til i samfunnet

Dette innebærer at varslingsaker **omfatter ulovlige eller uetiske forhold**.

Det heter videre at for at det skal være tale om varslingsaker, må det **i tillegg** dreie seg om opplysninger som ikke er allment tilgjengelig, men opplysninger som arbeidstaker har kommet til i kraft av ansettelsesforholdet.

2.3 Forhold som **ikke** omfattes av Aml §§ 2-4 og 2-5:

- Med visse unntak omfattes ikke forhold som er underlagt regler om taushetsplikt, ærekrenkelse, forbud mot rasistiske uttalelser, osv og
- Og heller ikke forhold som **ikke er ulovlige eller uetiske**. Dette kan være uenighet eller kritikk av budsjett eller bemanningssituasjon, faglig uenighet, forhold som arbeidstaker mener er kritikkverdig ut fra egen politisk eller etisk overbevisning, osv

Etter min oppfatning vil slik ”andre forhold” som faller utenfor varslingsreglene kunne være uenighet/motsetningsforhold vedrørende virksomhetens målsetninger, virkemidler, prioriteringer, og uenighet av faglig karakter, dvs forhold som normalt faller inn under **arbeidsgivers styringsrett**. Eller ulike former for **personlige motsetningsforhold** (personkonflikter). Forutsatt at motsetningsforholdet ikke kommer til uttrykk på en måte som innebærer utilbørlig adferd, trakassering, diskriminering, mobbing, osv (dvs ulovlig eller uetisk adferd). Se under punkt 4 om saker av blandet karakter.

2.4 Avgrensning:

Vær klar over at selv om yrkingen ikke er vernet etter aml §§ 2-4 og 2-5 kan den være vernet av den alminnelige yringsfriheten med de begrensninger som følger av den ulovfestede lojalitetsplikten. Grensen mellom **ansattes yringsfrihet og den ulovfestede lojalitetsplikten** vil bero på en konkret totalvurdering som blant annet er beskrevet i Ot.prp nr 84 (2005-2006) pkt 4.2 side 15 -20. Dette går jeg ikke nærmere inn på her.

3 Hvilke krav stilles til forsvarlig fremgangsmåte

3.1 Hva som vil være en forsvarlig fremgangsmåte ”i samsvar med § 2-4”, vil bero på en **konkret og skjønsmessig helhetsvurdering**. Vurderingstemaet vil i hovedsak være om arbeidstaker har **forsvarlig grunnlag** for kritikken, og om arbeidstaker har tatt **tilbørlig hensyn** til arbeidsgivers og virksomhetens saklige interesser med hensyn til måten det varsles på.

Det fremgår av **Ot.prp nr 84 (2005-2006) side 51** at det kan **ikke stilles strenge krav til arbeidstaker**, og at det er arbeidsgiver som må føre bevis for at varslingen *ikke* skjedde på en forsvarlig måte. Det heter at *"Intern varsling vil bare helt unntaksvis kunne falle utenfor varslingsretten etter § 2-4. Dette gjelder hvis de kritikkverdige forholdene tas opp på en helt utilbørlig måte som unødvendig skader samarbeidsklime, arbeidsmiljøet eller enkeltpersoner i virksomheten, for eksempel ved gjentatte grunnløse påstander rettet mot kolleger."*

Se imidlertid grensedragningen mellom forsvarlig varsling/ikke forsvarlig varsling i vedlagte dommer.

Forsvarlighetskravet skjerpes ved offentlig varsling, dvs til media, blogging, hjemmesider og andre kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets osv.

3.2 Om fremgangsmåten er forsvarlig, vil som nevnt bero på en **totalvurdering**. Jeg nevner noen **elementer** som kan være del av vurderingen/setter det opp som en sjekklister:

3.2.1 Hvem er det varslet til:

- Til de aktører som fremgår av interne retningslinjer?
- Til andre aktører som har en naturlig rolle/ansvar i slike saker? (Ledere, verneombud, tillitsvalgte, controller, medlemmer av AMU, osv)
- Til tilsyn eller andre offentlige myndigheter som nevnt i § 2-4?
- Til andre, i så fall hvorfor til denne/disse? Konkret vurdering av forsvarlighet. (Se dom fra Oslo tingrett hvor ansatt varslet via student – ikke forsvarlig fremgangsmåte.)

3.2.2 Var varsleren i aktsom god tro mht fakta? Og hvordan er varslet utformet?

- Ble det varslet i form av uforbeholdne påstander/anklager/beskyldninger ?
- Ble det varslet i form av bekymringer/mistanke?
- Ble det varslet i form av rykter/spekulasjoner/insinuasjoner?
- Har varsleren selv observert aktuelle forhold?
- Hva er grunnlaget for varslerens mistanke?
Konkretisèr (hva skjedde, hvor, når, hvem, osv)
- Har varsleren undersøkt fakta nærmere, har han/hun hadde mulighet til det, evt hvorfor ikke? (Jf posisjon, kompetanse, tidsaspekt, type opplysninger, osv)

Det kan ikke stilles for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet, og **man kan varsle om mistanke eller bekymring**, og be om at forholdet blir undersøkt nærmere. Grunnløse påstander, personlige insinuasjoner, osv er imidlertid ikke vernet, se dommen fra Oslo tingrett.

3.2.3 Hvordan ble det varslet:

- Skriftlig?

-Bruk av skjema eller mal i henhold til interne retningslinjer?

-På annen måte = forsvarlig?

3.2.4 Når ble det varslet:

- Gikk det kort eller lang tid fra hendelse/mistanke til det ble varslet?
Hvis lang tid, hvorfor det?

3.2.5 Hvorfor varsles det/motivet:

- Ønske om å ivareta virksomheten, ansatte, brukere eller andre?

- Ønske om å ivareta egne interesser?

Er varsleren selv part/har en særlig interesse i det forhold det varsles om?

-Forelå det, og vurderte varsleren, andre tilnærmeringer enn varsling?

(For eksempel ordinær avviksrappoterter, en avklarende samtale, andre alternativer)

3.2.6 Ved offentlig varsling kommer det også inn momenter i form av

-Har arbeidstaker varslet internt først?
Eventuelt hvorfor ikke?

-Hvilken skaderisiko innebærer den offentlige varslingen?

- Har forholdet allmenn interesse (samfunnsmessig betydning) eller er forholdet av mer virksomhetsintern eller personlig karakter?

4 Varsling av saker som omfatter en blanding av ulike forhold

Ofte vil de sakene som varsles, inneholde **en blanding** av misnøye med arbeidsgivers styringsrett, personlige motsetningsforhold (og andre elementer som ikke er ulovlig eller uetisk) og påstander/mistanke om kritikkverdige forhold. Det vil i så fall være avgjørende å **sortere** spørsmålene, og håndtere disse ulikt.

For eksempel kan det være aktuelt å **dele opp** saken i

a) Påstander/mistanke om kritikkverdige forhold (ulovlige eller uetiske forhold, se punkt 2). Ved **forsvarlig** varsling (se punkt 3) av slike forhold vil **varsleren være omfattet av** Aml § 2-4 og 2-5, og ha krav på tilbakemelding om oppfølging av saken osv. Det foreligger en "varslingssak".

Men **dette betyr ikke at varsleren er "fredet"** i forhold til arbeidsgivers alminnelige styringsrett mv. Forutsatt at styringsretten utøves på en saklig og forsvarlig måte. Den som varsler har således både en rolle som "varsler" med noen særlige rettigheter og plikter, og en rolle som "ordinær arbeidstaker" med de vanlige rettigheter og plikter i et arbeidsforhold.

Mistanke om kritikkverdige forhold må undersøkes og følges opp i forhold til **den/de som anklages** for de kritikkverdige forholdene. **Metoden** vil kunne bero på type kritikkverdige forhold. Viktig at **den anklagedes rettssikkerhetsgarantier** ivaretas. Husk at **arbeidsgiver skal være nøytral** og har et **omsorgsansvar** både i forhold til varsleren og den mistenkte/anklagede.

b) Uenighet/kritikk av forhold under arbeidsgivers styringsrett. Noe av det som varsles kan avgrenses fra varslings-saken fordi det **ikke ulovlige eller uetiske forhold**, men f.eks uenighet om forhold som ligger under arbeidsgivers styringsrett.

I slike saker er det viktig med **god rolleforståelse** og at alle aktører på arbeidsplassen har **kunnskap om arbeidslivets regler**, herunder medbestemmelse, medvirkningsplikt, lydighets- og lojalitetsplikt og av og til også resignasjonsplikt...

I slik saker kan arbeidsgiver være berettiget til å stille krav, sette grenser og eventuelt iverksette tiltak og reaksjoner. Forutsatt at tiltaket er **saklig og forholdsmessig**, og er basert på en **grundig, saklig og forsvarlig saksbehandling**. Viktig at arbeidsgiver kan **dokumentere** dette.

Jeg ser ofte eksempler på at arbeidsgiver er innenfor styringsretten mht HVA som besluttes, men at saksbehandlingen eller **arbeidsgivers opptreden er uheldig**. I noen tilfeller så uheldig at fremgangsmåten/adferden blir kritikkverdig (ulovlig eller uetisk), selv om innholdet i beslutningen ikke er det. I så fall vil **saksbehandlingen/lederadferden kunne være en varslings-sak** etter bokstav a selv om innholdet i beslutningen ligger innenfor styringsretten. Se dommen fra Nedre Romerike tingrett.

c) Personlige motsetningsforhold/personkonflikter.

Dersom slike personlige motsetningsforhold fra en eller begge parter side får en utilbørlig form, **kan dette være "kritikkverdige forhold" og grunnlag for en varslings-sak**, jf bokstav a). Typisk mobbing, trakassering, diskriminering, eller annen utilbørlig opptreden, jf Aml § 4-3, tredje ledd. Det stilles krav til adferden hos alle aktører på arbeidsplassen, men det stilles særlig krav til ledere mht profesjonell adferd - også i vanskelige situasjoner.

I andre tilfeller foreligger det personlige motsetningsforhold som **ikke innebærer noe ulovlig eller uetisk**. Da er det **ikke kritikkverdig forhold** etter aml § 2-4. I slike tilfeller kan arbeidsgiver f.eks **foreslå meklings metode** slik at partene kan få oppklart misforståelser, kan få skværet opp, eventuelt diskutere seg frem til en profesjonalisering av forholdet, eller finne frem til **frivillige ordninger som er hensiktsmessige**. I visse tilfeller må kanskje arbeidsgiver bruke styringsretten til å gjøre endringer slik at arbeidssituasjonen blir hensiktsmessig for alle involverte. Også i disse sakene understreker jeg viktigheten av at arbeidsgiver er nøytral, og at saksbehandlingen er grundig og forsvarlig med involvering, medbestemmelse, osv.

5 Hvem skal foreta en sortering og definere hva som er/ikke er varslings-sak etter Aml §§ 2-4 og 2-5 ?

Ansvaret for å sortere og håndtere forhold det varsles om, ligger hos virksomheten ved virksomhetens øverste leder/øverste arbeidsgiver, som selvfølgelig kan delegerer oppgaven nedover i organisasjonen.

Involverte arbeidstakere, inkludert den som "varsler", har en **medvirkningsplikt** og i utgangspunktet en **resignasjonsplikt** i forhold til arbeidsgivers konklusjoner. Men arbeidstaker kan få overprøvet konklusjonene ved å bruke eventuelle formaliserte interne overprøvningsmuligheter, klage til Sivilombudsmannen eller ved søksmål, jf vedlagte dommer. Dersom det viser seg at arbeidsgiver har gjort feil, vil virksomheten kunne bli

erstatningsansvarlig, i verste fall straffeansvarlig, det kan bli aktuelt med oppfølgingstiltak overfor ledere, osv.

Det er viktig at den/de som foretar sortering og håndtering av varslingssaker, ikke selv er parter i saken, dvs at man får en **nøytral, upartisk tilnærming og unngår inhabilitet.**

I disse sakene er det videre en stor fordel med **solid kunnskap om arbeidslivets roller og regler, herunder partenes rettssikkerhetsgarantier.**
