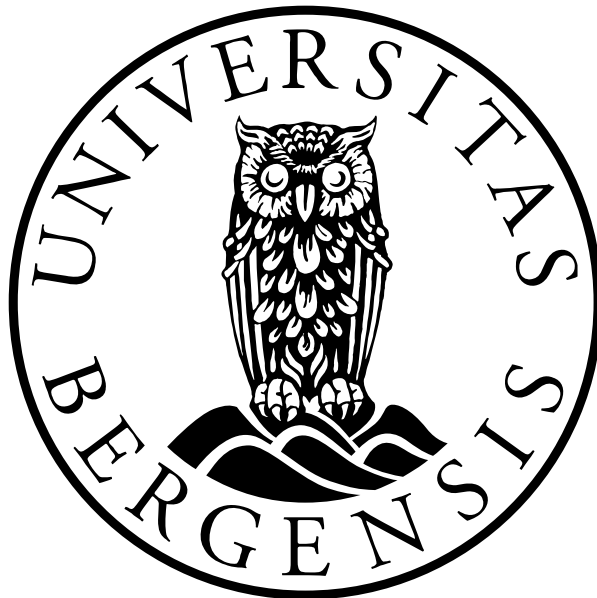


Kravet om at arbeidstakers varsling skal  
være «forsvarlig»

*Arbeidsmiljøloven § 2-4(2)*

Kandidatnummer: 85

Antall ord: 13307



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

## Innhold

1.	Innledning.....	3
1.1	Introduksjon av tema.....	3
1.2	Oppgavens struktur.....	5
1.3	Rettskilder og metode.....	6
1.4	Begrepsavklaring.....	7
1.4.1	Introduksjon.....	7
1.4.2	Varsel.....	7
1.4.3	Gjengjeldelse.....	8
1.4.4	Arbeidstakerbegrepet.....	9
1.4.5	Arbeidsgiverbegrepet.....	11
1.4.6	Veien videre.....	12
2.	Rettslig utgangspunkt.....	12
2.1	Introduksjon.....	12
2.1.1	Ytringsfriheten i Grunnloven § 100.....	12
2.1.2	Retten til å varsle i § 2-4(1).....	14
2.1.3	Forsvarlighetsvilkåret i aml. § 2-4(2).....	15
2.2	Oppsummering.....	17
3.	Rettslig plassering.....	17
3.1	Vernet mot gjengjeldelse.....	17
3.1.1	Introduksjon av bestemmelsen.....	17
3.1.2	Ulike former for gjengjeldelse.....	18
3.1.3	Hvem retter forbudet seg mot.....	19
3.1.4	Bevistema og bevisbyrde.....	20
3.1.5	Andre regler som verner arbeidstaker.....	20
3.2	Retten til å varsle om «kritikkverdige forhold i virksomheten».....	21
3.2.1	«forhold i virksomheten».....	21
3.2.2	«kritikkverdige forhold».....	22
3.2.3	Begrensninger i arbeidstakers varslingsrett.....	23
4	Vilkåret om at arbeidstakers fremgangsmåte må være «forsvarlig» i aml. § 2-4(2).....	25
4.1	Introduksjon.....	25
4.2	Veien videre.....	26
4.3	Er vilkåret om «forsvarlig» fremgangsmåte en kodifisering av den ulovfestede lojalitetsplikten?.....	26
4.4	Overordnet vurderingstema.....	28
4.5	Vurderingsmomenter.....	30
4.6	Kravet om et aktsomt grunnlag for varselet.....	31

4.6.1	Begrunnelsen for kravet om et aktsomt grunnlag .....	31
4.6.2	Bevisbyrden for arbeidstakers aktsomhet .....	32
4.6.3	Hvilken grad av aktsomhet kreves av arbeidstakeren .....	32
4.7	Varselets skadepotensiale.....	34
4.7.1	Minstekrav for inngrep i arbeidstakers ytringsfrihet.....	34
4.7.2	Skadepotensialets betydning for aktsomhetskravet.....	35
4.8	Allmenn interesse.....	36
4.9	Krav om motiv?.....	37
4.10	Intern varsling .....	38
4.10.1	Intern varsling i tråd med varslingsplikt og virksomhetens rutiner .....	38
4.10.2	Annen intern varsling .....	39
4.10.2.1	Introduksjon .....	39
4.10.2.2	Vekten av de ulike vurderingsmomentene .....	39
4.10.2.3	Vurdering .....	40
4.11	Ekstern varsling.....	41
4.11.1	Varsling til tilsynsmyndigheter .....	42
4.11.2	Offentlig varsling .....	42
4.11.2.1	Har arbeidstaker et forsvarlig grunnlag for varselet?.....	43
4.11.2.2	Har arbeidstaker forsøkt å varsle internt? .....	43
4.11.2.3	Er det kritikkverdige forholdet av allmenn interesse? .....	45
4.11.2.4	Vurdering .....	45
4.12	Oppsummering.....	46
5.	Avslutning .....	47
6.	Litteraturliste .....	49

# 1. Innledning

## 1.1 Introduksjon av tema

Oppgaven tar for seg kravet om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling må være «forsvarlig», jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) (heretter aml.). Bestemmelsen i aml. § 2-4(2) angir *hvordan* arbeidstaker skal gå frem ved varsling om «kritikkverdige forhold i virksomheten» for å være sikret et vern mot gjengjeldelse i aml. § 2-5.

Kravet om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling skal være «forsvarlig» ble inntatt i arbeidsmiljøloven § 2-4(2) i forbindelse med særreguleringen av arbeidstakers yringsfrihet i varslingstilfellene.<sup>1</sup> Bestemmelsen i aml. § 2-4(1) som slår fast at arbeidstaker har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold i virksomheten», er følgelig en presisering av utgangspunktet og hovedregelen om arbeidstakers yringsfrihet i varslingstilfellene.<sup>2</sup> Arbeidstakers varslingsrett beskyttes gjennom § 2-5, som forbyr gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler. Gjengjeldelsesvernet er helt sentralt for arbeidstakers varslingsrett ettersom det er fraværet av sanksjoner som sikrer arbeidstaker en reell yringsfrihet.<sup>3</sup>

Vilkåret om «forsvarlig» varsling skulle i utgangspunktet være en kodifisering av den ulovfestede lojalitetsplikten arbeidstaker har overfor arbeidsgiver.<sup>4</sup> Kravet fungerer derfor i likhet med den ulovfestede lojalitetsplikten, som en begrensning hovedregelen om arbeidstakers yringsfrihet. Fraværet av sanksjoner er således betinget av at arbeidstaker har gått frem på en «forsvarlig» måte, jf. § 2-4(1) Kravet om «forsvarlig» varsling fungerer følgelig som en begrensning i arbeidstakers yringsfrihet, ettersom arbeidstaker ikke har krav på vern mot inngrep dersom varslingen er uforsvarlig.

---

<sup>1</sup> Lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) LOV-2006-06-16.

<sup>2</sup> Ot.prp.nr 84(2005-2006)s.50.

<sup>3</sup> Ibid. s. 8.

<sup>4</sup> Ibid. s. 50.

I likhet med den alminnelige ytringsfriheten i Grl. § 100 er det likevel begrensninger i varslingsretten som må begrunnes, og ikke retten til å varsle.<sup>5</sup> En begrensning på grunnlag av forsvarlighetsvilkåret begrunnes i hensynet til arbeidsgivers legitime og saklige interesser.<sup>6</sup> Spørsmålet om arbeidstakers rett til å varsle kan begrenses fordrer derfor en vurdering av om arbeidstaker ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til arbeidsgivers legitime og saklige interesser ved fremsettelsen av varselet, slik at varslingen ikke kan karakteriseres som «forsvarlig». <sup>7</sup>

I løpet av de siste årene er det en rekke saker om varsling som har fått stor medieomtale, blant annet Monika-saken, VimpelCom-saken og Nakovarsler-saken. Monika-saken i 2013/2014 var den første av disse sakene. De alvorlige forholdene i saken gjorde at både varsling og varslingsrutiner fikk massiv oppmerksomhet i media og blant allmennheten, og saken har trolig medvirket til at spørsmålet om endring av varslingsreglene nylig ble satt på agendaen.<sup>8</sup> Spørsmålet i saken var om det hadde funnet sted ulovlig gjengjeldelse mot en politietterforsker som hadde varslet om mangelfull etterforskning av en barnedrapssak, etter at politiet hadde henlagt saken som en selvdrapssak. <sup>9</sup> Politietterforskeren ble etter gjentatte varslingsforsøk sykemeldet som følge av at han opplevde seg marginalisert og nedvurdert.<sup>10</sup> Han fikk også ettertrykkelig beskjed om å ikke snakke med bistandsadvokaten eller andre om saken, selv om hans interne varsling ikke ble tatt på alvor.<sup>11</sup>

At varsleren og varslereens opptreden står i fokus, slik som i Monika-saken, er forhold det ble advart om i forkant av lovvedtaket, blant annet av Henning Jakhelln.<sup>12</sup> I høringsuttalelsen pekte også en rekke andre aktører på at lovforslaget ikke nødvendigvis ville styrke ytringsfriheten, men at det tvert imot kunne føre til en svekkelse fordi forsvarlighetskravet kunne skape en varslingsbarriere.<sup>13</sup>

---

<sup>5</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 37 og 41.

<sup>6</sup> Ibid. s.16.

<sup>7</sup> Ibid. s.50.

<sup>8</sup> Innst. 205 S (2015-2016) s.3.

<sup>9</sup> Fougner(2015) s.20-21.

<sup>10</sup> Ibid. s.31-32 og 35.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s.36

<sup>13</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s.36.

I 2016 la Stortinget frem et anmodningsvedtak der de ba regjeringen om å legge frem lovforslag som styrker varslernes vern mot gjengjeldelse.<sup>14</sup> Arbeids- og sosialkomiteen foreslo derfor i juni 2016 nye regler som blant annet pålegger virksomheter med mer enn ti ansatte har plikt til å utarbeide rutiner for varsling.<sup>15</sup> Plikten til å utarbeide varslingsrutiner ble begrunnet med at FAFOs rapport fra 2014 viste at skriftlige varslingsrutiner øker varslingsaktiviteten samtidig som færre utsettes for gjengjeldelse.

Monika-saken og det nye lovforslaget kan tyde på at kritikerne av forsvarlighetskravet hadde rett; at kravet skaper en varslingsbarriere. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvilke krav vilkåret om «forsvarlig» fremgangsmåte i § 2-4(2) stiller til arbeidstakere for at de skal ha krav på vern mot gjengjeldelse. Hovedmålet for denne oppgaven er å gjøre rede for hvordan forsvarlighetsvilkåret begrenser arbeidstakeres varslingsrett.

## 1.2 Oppgavens struktur

Innledningsvis vil det i kapittel 1.3 gis en sammenfatning av rettskildebildet og den metodiske fremgangsmåten som skal anvendes i oppgaven. Deretter vil det i kapittel 1.4 gjøres det rede for enkelte begreper som er nødvendige for den videre fremstillingen av vilkåret om «forsvarlig» varsling i aml. § 2-4(2).

I kapittel 2 skal det gjøres rede for de rettslige utgangspunktene for arbeidstakers varslingsrett. Kapittel 2.1 til 2.4 skal derfor ta for seg forholdet mellom yringsfriheten i GrL § 100, retten til å varsle i § 2-4(1) og forsvarlighetsvilkåret i § 2-4(2).

I kapittel 3 skal det foretas en rettslig plassering av forsvarlighetsvilkåret. Her vil det derfor gjøres rede for rettsvirkningen av at varslingen er «forsvarlig» og når kravet om «forsvarlig» fremgangsmåte aktualiseres. I kapittel 3.2 behandles derfor vernet mot gjengjeldelse i aml. §

---

<sup>14</sup> Innst.205 S (2015-2016) s. 2-3.

<sup>15</sup> Arbeids- og sosialdepartementet, høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling, 20.juni 2016 s. 21-22.

2-5. Deretter vil det i kapittel 2.3 gjøres rede for når arbeidstakeren har en rett til å varsle etter § 2-4(1) som er avgjørende for når arbeidstaker må gå frem på en «forsvarlig» måte.

I kapittel 4 behandles oppgavens kjerne; kravet om «forsvarlig» fremgangsmåte. Her vil det først gis en introduksjon av bestemmelsen. Deretter tas det stilling til spørsmålet om forsvarlighetsvilkåret er en direkte kodifisering av den ulovfestede lojalitetsplikten i kapittel 4.2. Videre behandles bestemmelsens overordnede vurderingstema og de enkelte vurderingsmomentene i kapittel 4.3 til 4.9. I lys av disse momentene tar kapittel 4.10 for seg i hvilke tilfeller arbeidstakers fremgangsmåte kan sies å være «forsvarlig», før det gis en oppsummering av forsvarlighetskravets innhold i kapittel 4.11.

Avslutningsvis vil det tas stilling til virkningen av at interne varslingsrutiner blir obligatorisk for enkelte virksomheter i kapittel 5.

### **1.3 Rettskilder og metode**

Målet for oppgaven er å gjøre rede for gjeldende rett. Analysen av forsvarlighetsvilkåret i aml. § 2-4(2) og gjennomgangen av de øvrige vilkårene i § 2-4 og § 2-5 vil derfor foretas med utgangspunkt i en rettsdogmatisk metode.

Det eksisterer per i dag ingen Høyesterettsdommer som direkte gjelder aml. § 2-4.

Rettspraksis forut for vedtakelsen av aml. § 2-4 vil riktignok være relevant for tolkningen av bestemmelsen, men også her er det få dommer fra Høyesterett som berører temaet.<sup>16</sup>

Forarbeidene til endringen av arbeidsmiljøloven i 2006, Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) og Innst. O. nr. 6 (2006-2007), vil derfor være den primære rettskilden. Videre vil underrettspraksis og juridisk teori anvendes på bakgrunn av sin argumentasjonsverdi.

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) S.50.

Hva gjelder forholdet til folkeretten vil blant annet EMK art.10 og SP art. 19 ha betydning for tolkningen av ytringsfriheten i Grl. § 100 og aml. § 2-4. Forholdet til SP art 19 og EMK art. 10 kommenteres derfor blant annet i kapittel 2.2 og

Retten til å varsle er utfyllende regulert i norsk rett. Utenlandsk rett har derfor først og fremst en komparativ funksjon. Oppgaven vil derfor ikke behandle utenlandsk rett.

## **1.4 Begrepsavklaring**

### **1.4.1 Introduksjon**

Når det skal gjøres rede for forsvarlighetsvilkåret som begrensning i arbeidstakers varslingsrett, er det nødvendig å avklare enkelte av begrepene i varslingsretten før det gjøres nærmere rede for reglens innhold. I dette kapitlet skal det derfor gjøres rede for hva et varsel er, hva gjengjeldelse er, hvem som regnes som «arbeidstaker» og hvem som regnes som «arbeidsgiver».

### **14.2 Varsel**

Når arbeidstaker gis en rett til å «varsle» i § 2-4(1) kan det stilles spørsmål om hvilke ytringer som skal regnes som et varsel. Loven inneholder ingen legaldefinisjon av ordet varsel eller varslingsrett, men fastsetter i § 2-4 at arbeidstakers varslingsrett gjelder «kritikkverdige forhold i virksomheten». Et varsel må derfor kunne defineres som en ytring fra arbeidstaker om «kritikkverdige forhold i virksomheten».

Arbeidsmiljøloven stiller ikke krav til utformingen av varselet. Varslingsbegrepet må derfor i utgangspunktet omfatte alle ytringer arbeidstaker fremsetter om «kritikkverdige forhold i virksomheten». I juridisk teori er det imidlertid presisert at det må stilles visse krav til arbeidstakerens ytring, herunder at ytringen må være utformet slik at mottaker får en



oppfordring til å handle eller til å undersøke forholdet nærmere.<sup>17</sup> Presiseringen har trolig sammenheng med saken i «Sandviken Sykehus»-saken der retten fant at en av arbeidstakerens ytringer ikke kunne karakteriseres som et varsel fordi den var så diffus og uklar at den ikke ga noen «*foranledning til å handle*».<sup>18</sup> Det må imidlertid følge av alminnelige tolkningsprinsipper at mottakeren av et utsagn rimeligvis må kunne oppfatte utsagnets innhold, for at utsagnet skal kunne tillegges rettslig betydning.

Videre kan det pekes på at varslingsbegrepet omfatter både interne og eksterne ytringer om «kritikkverdige forhold i virksomheten», jf. § 2-4(2) forutsetningsvis og forarbeidene.<sup>19</sup> Arbeidstaker har med andre ord en rett til å varsle både internt og eksternt etter § 2-4(1).

Intern varsling er ifølge forarbeidene tilfeller der arbeidstaker melder fra om kritikkverdige forhold til personer i virksomheten, enten det er kolleger, verneombud, tillitsvalgte, representanter for ledelsen eller andre i virksomheten.<sup>20</sup> Videre skal kritiske ytringer som er en del av den alminnelige interne kommunikasjonen i virksomheten også regnes som varsling<sup>21</sup>. Med ekstern varsling menes varsling til personer eller organer som ikke er en del av virksomheten. Ekstern varsling omfatter uttalelser, opplysninger, dokumenter osv. som gis til media, faglige forum, tilsynsmyndigheter, andre offentlige myndigheter mv.<sup>22</sup> Loven gir således arbeidstaker en vid varslingsrett.

På bakgrunn av dette kan et varsel defineres som arbeidstakers interne eller eksterne ytringer om «kritikkverdige forhold i virksomheten», som gir mottakeren en oppfordring til å handle eller til å undersøke forholdet nærmere.<sup>23</sup>

### 1.4.3 Gjengjeldelse

---

<sup>17</sup> Eriksen (2016) s.34.

<sup>18</sup> TBERG-2007-136244.

<sup>19</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 37.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Eriksen (2016), s. 34.

I introduksjonen ble det fremhevet at virkningen av at arbeidstaker varsler på «forsvarlig» måte er at vedkommende har krav på vern mot gjengjeldelse etter § 2-5. Begrepet «[g]jengjeldelse er derfor helt elementært for forståelsen av forsvarlighetsvilkåret, ettersom en reell varslingsrett forutsetter et effektivt vern av varslere.<sup>24</sup>

Ordet «gjengjeldelse» gir anvisning på negativ reaksjon på noe. Når § 2-5 forbyr «gjengjeldelse» mot arbeidstaker som varsler i tråd med § 2-4, innebærer det derfor at arbeidstaker skal vernes mot negativ eller ugunstig behandling som reaksjon på varslingen.<sup>25</sup> § 2-5 legger således ned forbud mot arbeidsrettslige sanksjoner mot arbeidstakere som varsler. Hvilke reaksjoner som omfattes behandles nærmere i kapittel 2.4 i forbindelse med gjennomgangen av bestemmelsen.

#### **1.4.4 Arbeidstakerbegrepet**

Arbeidsmiljøloven § 2-4(1) og § 2-5 slår fast at retten til å varsle og kravet på vern mot gjengjeldelse gjelder for «[a]rbeidstaker». I merknadene til § 2-4 presiseres det at bestemmelsen gjelder arbeidstakere i alle stillingskategorier.<sup>26</sup> Det innebærer arbeidsmiljølovens regler om varling omfatter alle arbeidstakere, med unntak av arbeidstakere i sjøfart, militær luftfart eller fangst og fiske, jf. aml. § 1-2(2).

Arbeidstakerbegrepet legaldefineres i aml. § 1-8(1) hvor det heter at «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste» er «arbeidstaker». Forarbeidene legger opp til en konkret vurdering av om det foreligger et arbeidsforhold der det avgjørende er om tilknytningen reelt sett har karakter av et arbeidsforhold.<sup>27</sup> Videre angir forarbeidene en rekke momenter som det har blitt lagt vekt på i rettspraksis, og som derfor kan være av betydning for vurderingen.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Eriksen(2016) s. 47.

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.52.

<sup>26</sup> Ibid. s. 50.

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.73.

<sup>28</sup> Ibid. Det vil av hensyn til oppgavens tema ikke gjøres rede for de enkelte momentene som er av betydning for om det foreligger et arbeidsforhold.

#### 1.4.4.1 Avgrensning mot tidligere arbeidstakere, innleid personell og selvstendige oppdragstakere

Ordlyden av «[a]rbeidstaker» i § 2-4 tilsier at det må avgrenses mot tidligere ansatte, innleid personell og selvstendige oppdragstakere, ettersom de ikke (lenger) er ansatt i arbeidsgivers «tjeneste», jf. § 1-8. Denne avgrensningen kan imidlertid være problematisk, ettersom tidligere ansatte, innleid personell og selvstendige oppdragstakere kan ha informasjon om virksomhetens forhold på lik linje med virksomhetens ansatte. Når arbeidstakers rett til å varsle blant annet begrunnes i samfunnets interesse i å få innsyn i den særlige informasjonen arbeidstakere har tilgang til, kan det tale for at også disse bør ha en beskyttet rett til å varsle etter aml. §§ 2-4 og 2-5.

Hva gjelder tidligere ansatte kan det pekes på at det er mindre fare for gjengjeldelse etter at arbeidsforholdet er avsluttet, slik at det er mindre behov for å beskytte disse mot gjengjeldelse. I praksis ser en likevel at det forekommer, for eksempel i form av at arbeidsgiver gir arbeidstakeren et ufortjent dårlig renommé slik at det er vanskelig for arbeidstaker å få nytt arbeid.<sup>29</sup> På bakgrunn av de hensynene varslingsretten bygger på er det derfor lagt til grunn i omfattende juridisk teori at gjengjeldelse mot tidligere arbeidstakere, som har *frem satt varselet før* eller *forsøkt å varsle før* arbeidsforholdet ble avsluttet, er forbudt.<sup>30</sup> Dette begrunnes med at varslingen i begge disse tilfellene er igangsatt eller har skjedd mens vedkommende i var «arbeidstaker», slik at ordlyden gir mindre motstand. I slike tilfeller har arbeidsgiver også hatt mulighet til å legge til rette for intern varsling, slik at hensynet til arbeidsgivers interesser i mindre grad gjør seg gjeldende.

I de tilfellene der varselet først fremsettes etter at arbeidsforholdet er avsluttet er det imidlertid vanskelig å argumentere for at vedkommende kan anses som arbeidstaker.<sup>31</sup> På bakgrunn av bestemmelsens ordlyd må slike ytringer derfor vurderes etter den generelle

---

<sup>29</sup> Et annet eksempel finnes i TOSLO-2004-99016. Her ble arbeidsgiverens krav om innsyn i den tidligere arbeidstakerens e-post ansett som gjengjeldelse. Arbeidsgiver hadde allerede gjennomført en granskning av saken. Kravet om innsyn kunne etter rettens syn oppfattes som en «hevnaksjon» i lys av den tidligere behandlingen av varsleren.

<sup>30</sup> Ibid., Eriksen(2016) s.133-135, Fougner(2013) avsnitt 1.2 og Jakhelln (2011) note 2.

<sup>31</sup> Eriksen(2016) s. 136.

ytringsfriheten i Grl. § 100 og den ulovfestede lojalitetsplikten, som består i en viss tid etter at arbeidsforholdet er avsluttet.<sup>32</sup>

I innleieforhold kan det pekes på at ansettelsesforholdet i stor grad likner på et vanlig arbeidsforhold.<sup>33</sup> Arbeidsgiver har derfor et mer omfattende arbeidsmiljøansvar for innleid personell, sammenliknet med oppdragstakere.<sup>34</sup> På bakgrunn av reelle hensyn og Telenordommen i Rt. 2003 s.1614 legges det i juridisk teori til grunn at innleid personell omfattes av varslingsreglene.<sup>35</sup> På den annen side kan det pekes på at arbeids- og sosialdepartementet nylig har fremsatt forslag om å utvide varslervernet til å omfatte innleide arbeidstakere. De synes dermed å forutsette at innleide arbeidstakere ikke er omfattet av dagens regler.<sup>36</sup>

Selvstendige oppdragstakere står i en annen stilling enn innleide arbeidstakere, ettersom forholdet mellom oppdragstaker og virksomheten i mye større grad skiller seg fra et normalt arbeidsforhold. Det synes derfor å være en alminnelig oppfatning om at disse ikke er omfattet av varslingsreglene.

#### **1.4.5 Arbeidsgiverbegrepet**

Reglene i §§ 2-4(3) og 2-5(1) legger bevisbyrden for at varslingen er uforsvarlig og at det ikke foreligger gjengjeldelse på «arbeidsgiver». Det er derfor nødvendig å avklare hvem som regnes som «arbeidsgiver».

Arbeidsgiverbegrepet er legaldefinert i § 1-8(2) som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Ordlyden tilsier at det må foreligge et underordningsforhold, slik at vedkommende har styrings- og instruksjonsrett overfor den ansatte. For spørsmålet om det foreligger et arbeidsforhold vises det til 1.4.4.

---

<sup>32</sup> Eriksen(2016) s. 136.

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 49 (2005-2006) s. 304.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Eriksen s. 143-147, Fougner mfl. (2013) s. og Jakhelln mfl. (2011) note 2.

<sup>36</sup> Arbeids- og sosialdepartementets høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling av 20.juni 2016 s. 4.

## **1.4.6 Veien videre**

På bakgrunn av denne gjennomgangen er det tydelig at begrepene som er forklart i dette kapittelet har forskjellig funksjon i den videre fremstillingen. Arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiverbegrepet har først og fremst betydning for hvem som er omfattet av reglene og bevisbyrdereglene. Gjengjeldelsesvernet og varslingsbegrepet er på sin side nødvendige for forståelsen av forsvarlighetsvilkåret og den rettslige konteksten begrepet inngår i. Dette vil være tydelig når det i det neste kapittelet gjøres rede for forholdet mellom ansattes ytringsfrihet, varslingsrett og kravet om forsvarlig fremgangsmåte.

## **2. Rettslig utgangspunkt**

### **2.1 Introduksjon**

Vilkåret om «forsvarlig» fremgangsmåte i aml. § 2-4(2) gir, som nevnt, hjemmel for inngrep i arbeidstakers rett til å varsle i aml. § 2-4(1), ved at arbeidstakers varslingsrett bare er beskyttet mot gjengjeldelse i § 2-5 dersom varselet er fremsatt på en «forsvarlig» måte. Når § 2-4(2) gir hjemmel for å gripe inn i arbeidstakers ytringsfrihet er det nødvendig å se på forholdet til den generelle ytringsfriheten i Grunnloven § 100. Dette kapittelet vil derfor ta for seg forholdet mellom ytringsfriheten i Grl. § 100, særreguleringen av arbeidstakers ytringsfrihet i aml. § 2-4. Den generelle ytringsfriheten vil likevel bare behandles i den utstrekning det er nødvendig for tolkningen av forsvarlighetsvilkåret.

#### **2.1.1 Ytringsfriheten i Grunnloven § 100**

Den grunnleggende retten til å ytre seg er knesatt i Grl. § 100. Arbeidsmiljøloven § 2-4 må, som følge av Grunnlovens status som *lex superior*, tolkes i tråd med den grunnleggende ytringsfriheten i Grl. § 100. Når innholdet av den grunnleggende ytringsfriheten i § 100 skal fastlegges er blant annet SP artikkel 19, EMK artikkel 10 relevant. Bestemmelsen i Grl. § 100 må som følge av presumpsjonsprinsippet så langt det er mulig tolkes i samsvar med EMK artikkel 10 og SP artikkel 19. Menneskerettighetsloven §§ 2 og 3 innebærer dessuten at EMK

og SP går foran alminnelig lov ved motstrid. Ved vedtakelsen av reglene i arbeidsmiljøloven ble det lagt til grunn at Grunnloven ga et sterkere vern for ansattes ytringsfrihet enn det som følger av EMK art. 10 og SP art. 19.<sup>37</sup>

Grl. § 100(3) fastsetter at «[f]rimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand» er tillatt for «enhver». Bestemmelsen omfatter politiske ytringer i vid forstand, slik at både rene meningsytringer, påstander om fakta og redegjørelser for fakta er vernet av bestemmelsen.<sup>38</sup> I forarbeidene til arbeidsmiljøloven presiseres det at det prinsipielt sett ikke er grunnlag for å skille mellom varsling og ytringer av politisk eller faglig karakter.<sup>39</sup> Varsel i form av meningsytringer, påstander om fakta eller redegjørelser for fakta må derfor vurderes etter Grl. § 100 (3). Ytringer om andre ansattes personlige forhold eller avsløring av forretningshemmeligheter faller utenfor vernet i § 100(3) og må derfor vurderes etter § 100(2).<sup>40</sup>

Bestemmelsen i Grl. § 100(3) gir vern mot inngrep på grunnlag av statens høyhetsrett og privat autonomi.<sup>41</sup> Dette står i motsetning til § 100(2) som bare gir vern mot inngrep som henter sin hjemmel i statens høyhetsrett.<sup>42</sup> Vernet mot inngrep med grunnlag i privat autonomi er helt essensielt for arbeidstakers ytringsfrihet, ettersom oppsigelser og avskjedigelser hovedsakelig har bakgrunn i brudd på arbeidsavtaler, kollektive avtaler eller instruksjoner.<sup>43</sup>

Når sanksjoner hjemlet i privat autonomi faller utenfor vernet av Grunnloven § 100 (2) er det derfor Grl. § 100(3) som vil ha betydning for tolkningen og anvendelsen av reglene om varsling i aml. §§ 2-4 og 2-5, ettersom gjengjeldelse består i handlinger med grunnlag i privat autonomi.

---

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.11 og 13.

<sup>38</sup> Ibid s.14.

<sup>39</sup> Ibid.s.16.

<sup>40</sup> Ibid. s.13.

<sup>41</sup> Ibid. s.14.

<sup>42</sup> Ibid. s.13.

<sup>43</sup> Ibid.

Når Grunnloven § 100(3) slår fast at retten til å ytre seg gjelder for «enhver», er det klart at arbeidstakere er omfattet. Inngrep i denne retten er bare lovlig dersom vilkårene i Grl. § 100(3) er oppfylt. § 100 (3) oppstiller to vilkår for at inngrep i ytringsfriheten skal være lovlig. Det må for det første foreligge et rettslig grunnlag for inngrepet, jf. «klart definerte grenser».<sup>44</sup> For det andre det må en innskrenkning være begrunnet i særlig tungtveiende hensyn som lar seg forsvare opp mot de hensynene som begrunner ytringsfriheten, jf. § 100(3).

### **2.1.2 Retten til å varsle i § 2-4(1)**

§ 2-4(1) er, som tidligere presisert, en særregulering av arbeidstakers ytringsfrihet i varslingstilfellene. Formålet med særreguleringen er å signalisere at varsling både er lovlig og ønskelig.<sup>45</sup> Begrunnelsen for at man ønsker å oppfordre arbeidstakere til å varsle er at de gjennom sitt arbeidsforhold kan ha en særlig innsikt i faglige spørsmål eller ha tilgang på informasjon om virksomheten som samfunnet har interesse av å få innsyn i.<sup>46</sup> Innsyn i slik informasjon kan for eksempel brukes til å avdekke korrupsjon, økonomisk kriminalitet eller hvordan offentlige ressurser brukes.<sup>47</sup>

Dette formålet skal blant annet ivaretas gjennom styrkede vernet mot gjengjeldelse i aml. § 2-5, ettersom det er vernet mot inngrep i form av gjengjeldelse som sikrer arbeidstakeren en reell varslingsrett.<sup>48</sup> Gjengjeldelsesregelen i § 2-5 kan således anses som en tydeliggjøring av ytringsfrihetens vern mot inngrep med hjemmel i privat autonomi i Grl. § 100(3). Reglene i aml. §§ 2-4 og 2-5 presiserer dermed utgangspunktet og hovedregelen om ytringsfrihet i varslingstilfellene.<sup>49</sup>

Kravet på vern mot gjengjeldelse i § 2-5 er likevel ikke ubetinget. Det er bare ytringer arbeidstakeren fremsetter på egne vegne som er beskyttet av ytringsfriheten i Grl § 100 og

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 16.

<sup>45</sup> Ibid. s. 7.

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.33.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Benson (2014) s. 299 og Ot.prp. nr. 84(2005-2006)s. 8.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.50.

aml. § 2-4. Ytringer arbeidstakeren fremsetter på vegne av virksomheten faller dermed utenfor ytringsfrihetsvernet i aml. § 2-4, og arbeidsgiver står derfor fritt til å kontrollere slike ytringer i kraft av styringsretten.<sup>50</sup> Videre er det klart at ytringen må kunne karakteriseres som et varsel for at den skal ha vern etter aml. § 2-5, jf. § 2-4. Arbeidstakers ytring må altså gjelde «kritikkverdige forhold i virksomheten», ettersom det er slike forhold arbeidstaker gis en rett til å varsle om etter aml. § 2-4(1).<sup>51</sup>

Dersom arbeidstakeren fremsetter en ytring på egne vegne som gjelder «kritikkverdige forhold i virksomheten» er utgangspunktet at arbeidstakeren har krav på vern mot gjengjeldelse i aml. § 2-5. Kravet på vern mot gjengjeldelse kan imidlertid begrenses dersom arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen ikke har vært «forsvarlig», jf. aml. § 2-4(2).

### **2.1.3 Forsvarlighetsvilkåret i aml. § 2-4(2)**

I arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5 har lovgiver fastsatt at arbeidstakers krav på vern mot gjengjeldelse kan begrenses dersom arbeidstakeren ikke varsler på en «forsvarlig» måte. Denne begrensningen er begrunnet i arbeidstaker har en viss lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver, som følge av avtaleforholdet mellom partene, som innebærer at arbeidstakeren må ta rimelig hensyn til arbeidsgivers legitime og saklige interesser.<sup>52</sup> Lovgiver har dermed fastsatt at hensynet til arbeidsgivers legitime og saklige interesser er et hensyn som lar forsvare opp mot de hensynene ytringsfriheten bygger på, som derfor kan begrunne et inngrep i ytringsfriheten. Ved spørsmål om arbeidstakers ytringsfrihet kan begrenses med hjemmel i aml. §§ 2-4 og 2-5 må det derfor foretas en konkret vurdering av om arbeidsgivers saklige og tungtveiende interesser gir grunnlag for å begrense arbeidstakerens ytringsfrihet, sett opp mot de hensynene ytringsfriheten bygger på jf. Grl. § 100(3).

Ytringsfriheten begrunnes i hensynet til sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse, jf. Grl. § 100 (2). Særreguleringen av arbeidstakers ytringsfrihet i aml. § 2-

---

<sup>50</sup> Johansen mfl. (2011) s. 107.

<sup>51</sup> Se kapittel 6.

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) S.16.



4 ivaretar disse hensynene ved å sørge for at samfunnet får innsyn i den særlige informasjonen arbeidstaker får kunnskap om gjennom sin ansettelse.<sup>53</sup> Arbeidstakers varslingsrett er imidlertid ikke bare egnet til å ivareta samfunnsinteresser, men vil også være egnet til å ivareta arbeidstaker og arbeidsgivers interesser. Arbeidstakers interesse i at kritikkverdige forhold avdekkes vil være åpenbar hvis dersom forholdet direkte berører arbeidstakeren, men også i de tilfellene der forholdene ikke berører arbeidstakeren kan arbeidstakeren oppleve det som en plikt å melde fra om kritikkverdige forhold. Hva gjelder arbeidsgivers interesser kan det pekes på at det for eksempel kan være i arbeidsgivers interesse at økonomiske misligheter eller dårlig arbeidsmiljø avdekkes.

Ytringer om kritikkverdige forhold vil imidlertid også være egnet til skade arbeidsgivers interesser. Arbeidstakers ytringsfrihet står derfor i et spenningsforhold til det overordnede prinsippet om lojalitet i avtaleforhold, som går ut på at kontraktspartene skal ta rimelig hensyn til den andre partens interesser. Det er således et spenningsforhold mellom en grunnlovfestet rett til å ytre seg på den ene siden og et overordnet privatrettslig prinsipp om lojalitetsplikt på den andre siden.

Lojalitetsplikten går ut på at en kontraktspart må ta rimelig hensyn til den andre partens interesser. Det innebærer at den ansatte ikke må foreta seg noe som kan være til skade for arbeidsgivers legitime og saklige interesse.<sup>54</sup> En handling som er til skade for virksomheten regnes med andre ord for å være illojal. På ytringsfrihetens område innebærer lojalitetsplikten at arbeidstaker til en viss grad må avstå fra ytringer som kan skade virksomheten. I forlengelsen av arbeidstakers lojalitetsplikt overfor virksomheten har arbeidstaker «en viss plikt lojalitet også overfor andre ansatte i virksomheten», ettersom kritiske ytringer om enkeltpersoner også kan være egnet til å skade virksomhetens interesser.<sup>55</sup> Lojalitetsplikten i arbeidsforhold er et utslag av den alminnelige plikten til å opptre lojalt overfor en kontraktspart. Det er klart at den ikke må avtales særskilt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, men at den følger forutsetningsvis av arbeidsforholdet.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.37.

<sup>54</sup> Ibid. s. 16.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Dege (2009) s. 812.

Lojalitetsplikten gjelder for hele arbeidsforholdet. Det innebærer at den ikke bare gjelder for ytringer fremsatt i arbeidstiden, men at det er en konstant plikt som påhviler arbeidstakeren så lenge han eller hun er ansatt i virksomheten.<sup>57</sup> Når arbeidsforholdet avsluttes opphører plikten, med mindre det foreligger konkrete forhold som tilsier noe annet.<sup>58</sup> Konkurransseklausuler og taushetsplikt er eksempler på forhold som kan strekke lojalitetsplikten til den ansatte utover arbeidsforholdet.

## **2.2 Oppsummering**

Vi har nå sett på de rettslige utgangspunktene som er av betydning for tolkningen av kravet om «forsvarlig» fremgangsmåte. Herunder at bestemmelsen må tolkes i samsvar med GrL. § 100, ettersom den åpner for å begrense arbeidstakers ytringsfrihet ved at arbeidstaker ikke har krav på vern mot gjengjeldelse dersom varslingen er uforsvarlig. I det neste kapittelet skal det derfor i del 3.1 gjøres rede for gjengjeldelsesvernet.

Delkapittel 3.2 tar for seg arbeidstaker har en rett til å varsle etter aml. § 2-4, altså hvilke av arbeidstakers ytringer som har et særskilt vern i arbeidsmiljøloven. Med særskilt vern siktes det til at gjengjeldelsesregelen i aml. § 2-5 gir arbeidstaker et sterkere vern enn det som følger av Grunnloven, fordi vernet mot gjengjeldelse kommer i tillegg til Grunnlovsvernet.

## **3. Rettslig plassering**

### **3.1 Vernet mot gjengjeldelse**

#### **3.1.1 Introduksjon av bestemmelsen**

Aml. § 2-5(1) fastsetter at «[g]jengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 er forbudt». Vernet gjelder også for arbeidstakere som «gir til kjenne at retten til å varsle etter § 2-4 vil bli brukt», jf. § 2-5(2). Arbeidstaker som utsettes for ulovlig gjengjeldelse kan etter §

---

<sup>57</sup> Dege (2009) s.813.

<sup>58</sup> Ibid.

2-5(3) kreve oppreisningserstatning «uten hensyn til arbeidsgivers skyld» og/eller erstatning for økonomisk tap etter alminnelige erstatningsregler.

Utgangspunktet er, som nevnt, at arbeidstaker har en rett til å varsle og krav på vern mot gjengjeldelse etter § 2.5, jf. § 2-4(1) og GrL. § 100. Hvis arbeidstakers fremgangsmåte er uforsvarlig vil arbeidstaker derimot ikke være beskyttet mot gjengjeldelse i § 2-5, jf. § 2-4. Den rettslige virkningen av at arbeidstaker har gått frem på en «forsvarlig» måte er følgelig at arbeidstaker er sikret et vern mot gjengjeldelse i aml. § 2-5. I dette kapittelet skal det derfor gjøres rede for bevisstemaet under gjengjeldelsesreglene, hvordan bevisbyrden er fordelt, hvilke negative handlinger som regnes som gjengjeldelse, hvem forbudet retter seg mot og andre regler som beskytter arbeidstaker mot reaksjoner fra arbeidsgiver.

### 3.1.2 Ulike former for gjengjeldelse

Gjengjeldelse ble i kapittel 1.4.3 definert som negativ eller ugunstig behandling av arbeidstakeren som er en reaksjon på at vedkommende har varslet eller gikk uttrykk for at han/hun kommer til å varsle.<sup>59</sup> Utgangspunktet er at *enhver* ugunstig behandling omfattes av bestemmelsen.<sup>60</sup> I forarbeidene sondres det mellom *formelle* og *uformelle* former for gjengjeldelse.<sup>61</sup> Eksempler på *formelle* former for gjengjeldelse er oppsigelse, avskjed, suspensjon og ordensstraff etter tjenestemannsloven.<sup>62</sup>

Når det gjelder de *uformelle* formene for gjengjeldelse er listen lengre. I forarbeidene nevnes blant annet endringer av arbeidstakers arbeidsoppgaver, interne overføringer, advarsler og tjenstlig til rettevisning.<sup>63</sup> Videre finnes det en rekke eksempler i underrettspraksis. Her kan det blant annet vises til Norwelt-saken der retten fant at arbeidstaker hadde blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse i form av trakassering, mobbing, sjikanering og utfrysning.<sup>64</sup> I Siemens-saken ble det lagt til grunn at et krav om innsyn i den tidligere ansattes e-post var

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.52.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Ibid. s. 43

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid. s.52.

<sup>64</sup> LB-2009-36995

gjengjeldelse for varsling, ettersom innsynskravet kunne oppfattes som en «hevnaaksjon» i lys av den tidligere gjengjeldelsen mot varsleren.<sup>65</sup> Wiersholms granskning av -saken viser dessuten at flere hendelser samlet sett kan representere et brudd på forbudet mot gjengjeldelse.<sup>66</sup> I rapporten understrekes det også at brudd på arbeidsmiljølovens vernebestemmelser etter omstendighetene kan representere ulovlig gjengjeldelse.<sup>67</sup> Forbudet mot gjengjeldelse kan derfor anses som en presisering av kravet om at arbeidsgiver skal sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i § 4-1, jf. § 2-1.<sup>68</sup> En slik forståelse av gjengjeldelsesforbudet er også lagt til grunn i juridisk teori.<sup>69</sup>

Forbudet mot gjengjeldelse gjelder ifølge forarbeidene først og fremst formelle sanksjoner.<sup>70</sup> Underrettspraksis viser imidlertid at det er et bredt spekter av uformelle sanksjoner som også omfattes av vernet. Forarbeidsuttalelsen må dermed forstås som at formelle reaksjoner alltid vil være omfattet av forbudet, i motsetning til uformelle reaksjoner som fordrer en konkret vurdering av om reaksjonen. En slik forståelse synes også å legges til grunn i forarbeidene når det fremheves at ikke alle motreaksjoner fra arbeidsgiver som kan karakteriseres som gjengjeldelse, for eksempel at arbeidsgiver korrigerer eller imøtegår arbeidstakers opplysninger.<sup>71</sup> Det må kreves at reaksjonen har «karakter av en slags straff eller sanksjon».<sup>72</sup>

Videre er det klart at negativ behandling som kan begrunnes i andre forhold enn varslingen ikke omfattes av gjengjeldelsesbegrepet, ettersom varslingen i slike tilfeller ikke vil være en reaksjon på den negative behandlingen, jf. § 2-5.

### **3.1.3 Hvem retter forbudet seg mot**

I forarbeidene er det lagt til grunn at forbudet mot gjengjeldelse i omfatter arbeidsgivers egne handlinger, personer som utøver styringsretten i arbeidsgivers sted og handlinger til

---

<sup>65</sup> TOBYF-2007-124301 og TOSLO-2004-99016.

<sup>66</sup> Fougner (2015) s. 5. og Eriksen (2016) s. 36.

<sup>67</sup> Fougner (2015) s. 81.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Eriksen(2016) s. 35.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s.52.

<sup>72</sup> Innst. O. nr. 6 (2006-2007), vedlegg 2.

arbeidstakere som handler etter instruks fra arbeidsgiver.<sup>73</sup> Forarbeidene nevner imidlertid ikke negative reaksjoner fra andre ansatte. Utgangspunktet må derfor være at disse ikke er omfattet av forbudet. En slik tolkning er lagt til grunn i underrettspraksis i blant annet Fengselsinspektørsaken.<sup>74</sup> Det er samtidig klart at negative reaksjoner fra andre ansatte kan representere et brudd på arbeidsgivers plikt til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø som etter omstendighetene kan karakteriseres som gjengjeldelse.<sup>75</sup>

### 3.1.4 Bevistema og bevisbyrde

Bevistemaet i § 2-5(1) kan formuleres som et spørsmål om varselet er *årsaken* til den negative behandlingen. Hva gjelder bevisbyrde følger det av § 2-5(1) at dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som «gir grunn til å tro» at det har funnet sted gjengjeldelse, skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted hvis ikke arbeidsgiver «sannsynliggjør» noe annet. Det er normalt tilstrekkelig at arbeidstaker beviser at han/hun har varslet, at vedkommende er utsatt for ugunstig behandling og at det er nærhet i tid mellom den ugunstige behandlingen og varselet.<sup>76</sup> Bevisbyrden går da over på arbeidsgiver, som må bevise at det *ikke* foreligger årsakssammenheng mellom varselet og behandlingen.<sup>77</sup>

### 3.1.5 Andre regler som verner arbeidstaker

Selv om arbeidstakers varsling er uforsvarlig er det imidlertid ikke slik at arbeidsgiver står fritt til å behandle arbeidstaker hvordan han/hun vil. Arbeidstaker vil blant annet være vernet mot formelle sanksjoner av GrL § 100 som krever at inngrep i ytringsfriheten bygger på et rettslig grunnlag.<sup>78</sup> Videre vil arbeidstaker indirekte ha krav på vern mot enkelte uformelle sanksjoner på grunnlag av andre regler. Et eksempel er regelen i aml. § 4-3 som fastsetter at arbeidstaker ikke skal utsettes for trakassering eller annen utilbørlig atferd.<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> Ot.prp. nr84(2005-2006) s. 52, LB-2010-40623 og LB-2009-36995.

<sup>74</sup> LB-2010-40623

<sup>75</sup> Fougner (2015) s.81.

<sup>76</sup> Ot.prp.nr 84 (2005-2006) s.53.

<sup>77</sup> Storeng mfl. (2009) s.46.

<sup>78</sup> Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.21.

<sup>79</sup> Ibid. s.22.

For det tredje beskyttes arbeidstaker av det ulovfestede saklighetskravet som begrenser arbeidsgivers handlingsrom ved bruk av styringsretten.<sup>80</sup> Videre er det lagt til grunn i forarbeidene at det «antakelig generelt [må] legges til grunn et krav om at en reaksjon må stå i et rimelig forhold til hvor alvorlig bruddet på lojalitetsplikten er».<sup>81</sup> Arbeidstaker vil således være vernet mot uforholdsmessig gjengjeldelse fra arbeidsgiver.

### **3.2 Retten til å varsle om «kritikkverdige forhold i virksomheten»**

Kravet om at arbeidstakers fremgangsmåte skal være «forsvarlig» aktualiseres når arbeidstaker benytter seg av retten til å varsle om «kritikkverdige forhold i virksomheten». Det skal derfor gjøres rede for når hvilke forhold arbeidstaker kan varsle om.

#### **3.2.1 «forhold i virksomheten»**

Aml. § 2-4 slår fast at varslingsretten gjelder «virksomheten[s]» forhold. Loven inneholder ingen legaldefinisjon av virksomhet. I forarbeidene presiseres det imidlertid at virksomheten som hovedregel vil være det samme rettssubjektet som arbeidsgiver.<sup>82</sup> Bestemmelsen omfatter virksomheter både privat og offentlig sektor, uavhengig av om virksomheten er av økonomisk eller ikke-økonomisk art.<sup>83</sup>

Når § 2-4 (1) stiller krav om at varselet må gjelde «forhold i virksomheten» er det dermed klart at det må dreie seg om ytringer som direkte eller indirekte berører arbeidsgivers interesser. Det må derfor avgrenses mot ytringer arbeidstakeren fremsetter på egne vegne som ikke angår virksomheten.

---

<sup>80</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s.22.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> NOU 2004:5 s.148

<sup>83</sup> Ibid.

### 3.2.2 «kritikkverdige forhold»

Aml. § 2-3(2) bokstav b og d pålegger arbeidstaker en plikt til å varsle arbeidsgiver eller verneombud om feil eller mangler som kan medføre fare for liv eller helse og trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen. Ytringer om slike forhold er dermed utvilsomt omfattet av varslingsretten.

Ordlyden av «kritikkverdig(...)» tilsier at ytringen må gjelde negative forhold i virksomheten dersom den skal regnes som et varsel. Det er samtidig klart at ikke alle negative forhold i virksomheten utløser en varslingsrett, ettersom særreguleringen av arbeidstakers ytringsfrihet er begrunnet i samfunnets behov for å avdekke kritikkverdige forhold. Lovgiver presiserer derfor at det må være knyttet en viss allmenn interesse til forholdet det varsles om.<sup>84</sup>

Kjerneområdet for retten til å varsle er forhold som er i strid med lov, ettersom allmennheten har en sterk interesse i at ulovlige forhold avdekkes.<sup>85</sup> Verken forarbeidene eller rettspraksis gir grunnlag for å stille krav om kvalifisert lovstrid.<sup>86</sup> Det innebærer at alle lovovertrедelser må være omfattet, enten det dreier seg om straffebud eller lovbestemte påbud eller forbud.

Videre går det frem av forarbeidene at forhold som er i strid med etiske normer eller arbeidsreglement omfattes, under forutsetning av at normen eller reglementet tilfredsstillende visse krav.<sup>87</sup> Ved spørsmål om brudd på et arbeidsreglement skal regnes som et ”kritikkverdig forhold” bør det ifølge forarbeidene kreves at reglementet er skriftlig nedfelt og tydelig kommunisert til arbeidstakerne.<sup>88</sup> Hva gjelder etiske normer uttales det i forarbeidene at det ikke er den enkelte arbeidstakers etiske eller politiske overbevisning som er avgjørende for om et forhold skal anses kritikkverdig.<sup>89</sup> Om noe er kritikkverdig må bedømmes etter bredere

---

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

<sup>85</sup> Ibid. og AdeB-rapport(2013) s.23.

<sup>86</sup> AdeB-rapport (2013) s.26 og Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.50.

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.50.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.50

samfunnsnormer.<sup>90</sup> Ved spørsmål om brudd på normer må det derfor foretas en objektiv vurdering av om forholdet er kritikkverdig sett i lys av samfunnets interesser.

### 3.2.3 Begrensninger i arbeidstakers varslingsrett

Forarbeidene gir også grunnlag for å foreta enkelte avgrensninger. For det første kan det pekes på at rene politiske eller faglige meningsytringer faller utenfor varslingsretten, selv om ytringen omhandler forhold i virksomheten.<sup>91</sup> Denne avgrensningen er imidlertid ikke uproblematisk, ettersom det kan være vanskelig å skille rene faglige og politiske meningsytringer fra meningsytringer om brudd på normer eller regler. Et eksempel er grunnskolelæreren som kritiserer undervisningens faglige innhold i media. En slik ytring kan enten være en faglig meningsytring eller det kan dreie seg om et varsel om brudd på opplæringsloven. Dersom ytringen har en side til brudd på regler eller normer vil den normalt måtte anses som et varsel, slik som i Norwelt-saken.<sup>92</sup> Arbeidstakerens ytring ble i dette tilfellet ble ansett som et varsel, fordi den faglige kritikken også gikk ut på at virksomheten hadde handlet i strid med strålevernforskriften.<sup>93</sup>

For det andre vil ytringer om forhold som er alminnelig kjent faller utenfor varslingsretten, ettersom varslingsretten begrunnes i at arbeidstakere har en særlig tilgang på informasjon i kraft av sitt arbeidsforhold.<sup>94</sup> Dette illustreres av en sak fra Asker og Bærum Tingrett i 2009 der retten fremhevet at det var allment kjent at det var mangel på kvinnelige forskere i teknologibransjen og at arbeidstakers ytring derfor ikke kunne anses som et varsel.<sup>95</sup> Det er

---

<sup>90</sup> Ot.prp.nr 84 (2005-2006) s. 51.

<sup>91</sup> Ibid. s. 36.

<sup>92</sup> LB-2009-36995

<sup>93</sup> LB-2009-36995

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.37: «For at det skal være tale om varsling må det i tillegg dreie seg om opplysninger som ikke er allment tilgjengelige, men som arbeidstaker har kommet til i kraft av ansettelsesforholdet» og TAHER-2009-67427

<sup>95</sup> TAHER-2009-67427



likevel viktig å presisere at informasjon som viser nye eller andre sider av en sak skal anses som et varsel, selv om saken er alminnelig kjent.<sup>96</sup>

For det tredje om arbeidstakerens personlige arbeidsforhold, personalkonflikter og rent interne forhold i bedriften faller også utenfor varslingsretten, ettersom forarbeidene krever at forhold det varsles om «normalt bør ha en viss allmenn interesse».<sup>97</sup> Samtidig er det klart at arbeidsforhold, personalkonflikter og virksomhetsinterne forhold etter omstendighetene kan være av allmenn interesse. Et eksempel er saken fra Borgarting lagmannsrett i 2009 der arbeidstakeren varslet om vaktlister, problemer med en timebank og manglende overtidspåbetaling.<sup>98</sup> Retten la til grunn at «(s)elv om forholdene kan sies å dreie seg om hans eget arbeidsforhold, er de av en slik generell art at det også dreier seg om varsling». Det avgjørende må således være om forholdet etter en konkret vurdering kan sies å være av allmenn interesse.

For det fjerde begrenses arbeidstakers varslingsrett der det «er i strid med annen lov».<sup>99</sup> I forarbeidene listes opp enkelte bestemmelser som antas å være relevante skranker for varslingsretten. Her nevnes bestemmelser om taushetsplikt (eks. forvaltningsloven § 13, personopplysningsloven §§15 og 48, straffeloven § 144) og andre begrensninger i ytringsfriheten (straffeloven §§ 123-125).<sup>100</sup> Hva gjelder reglene om taushetsplikt regulerer disse normalt forholdet til tredjemann, men brudd på plikten kan etter omstendighetene også innebære en tjenesteforsømmelse overfor arbeidsgiver.<sup>101</sup> Eriksen tar til orde for at reglene om taushetsplikt må tolkes innskrenkende der de samfunnshensynene som begrunner varslingsretten står sterkere enn de hensynene som begrunner taushetsplikten, for eksempel

---

<sup>96</sup> LA-2009-57115: Arbeidsgiver var allerede informert om samarbeidsproblemene det ble varslet om. Arbeidstakerens varsel var likevel egnet til å belyse nye sider ved saken, ettersom arbeidsgiver ikke var klar over hvordan de ansatte opplevde samarbeidsproblemene.

<sup>97</sup> Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s.50. Se også LB-2008-184675.

<sup>98</sup> LB-2008-184675.

<sup>99</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.23.

<sup>100</sup> Ibid. s. 24.

<sup>101</sup> Ibid. s. 18.

dersom det varsles om korrupsjon.<sup>102</sup> En slik tolkning synes forsvarlig sett hen til varslingsrettens begrunnelse.

Ytringer som faller utenfor varslingsretten i § 2-4 må vurderes etter Grl. § 100 og den ulovfestede lojalitetsplikten.

## **4 Vilkåret om at arbeidstakers fremgangsmåte må være «forsvarlig» i aml. § 2-4(2)**

### **4.1 Introduksjon**

Av aml. § 2-4(2) følger det at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være «forsvarlig». Bestemmelsen regulerer hvordan arbeidstaker skal gå frem ved varsling om «kritikkverdige forhold» for å ha krav på vern mot gjengjeldelse etter aml. § 2-5. Når det er gjengjeldelsesvernet som sikrer arbeidstaker en reell varslingsrett, betyr det at arbeidstakers varslingsrett er betinget av at arbeidstakeren varsler på en «forsvarlig» måte.

Her er det likevel viktig å presisere at utgangspunktet er at arbeidstakeren har krav på ytringsfrihet og at det er begrensninger i denne retten som må begrunnes.<sup>103</sup> I dette ligger også et krav på vern mot sanksjoner etter § 2-5. Det er således en presumpsjon for at ytringer om «kritikkverdige forhold i virksomheten» utløser det særskilte vernet i § 2-5.<sup>104</sup>

Aml. § 2-4(2) annet og tredje punktum fastsetter at arbeidstaker uansett har rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller etter virksomhetens rutiner for varsling, og at det samme gjelder for varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. Det betyr at slik varsling alltid er «forsvarlig» og at gjengjeldelse mot slik varsling alltid vil være forbudt. Loven kan etter § 1-9 ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker. Det innebærer blant

---

<sup>102</sup> Eriksen (2016) s.308.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s.50.

<sup>104</sup> Eriksen (2016) s. 257 og Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon art. 9.

annet at arbeidsgivers interne varslingsrutiner ikke kan innskrenke arbeidstakers rett til å varsle etter § 2-4.

Forsvarlighetskravet kan altså bare begrense arbeidstakers varslingsrett dersom varselet er fremsatt på en annen måte enn det som er nevnt i § 2-4(2) annet og tredje punktum.

## **4.2 Veien videre**

I det videre skal det gjøres rede for det overordnede vurderingstemaet og de enkelte momentene som inngår i forsvarlighetsvurderingen i kapittel 4.4 til 4.10. Først vil det imidlertid gjøres rede for skal det derfor gjøres rede for spørsmålet om forsvarlighetskravet har det samme innholdet som lojalitetsplikten.

## **4.3 Er vilkåret om «forsvarlig» fremgangsmåte en kodifisering av den ulovfestede lojalitetsplikten?**

Ved utarbeidelsen av arbeidsmiljøloven ble det i utgangspunktet foreslått at § 2-4 skulle ha en ordlyd som direkte henviste til den ulovfestede lojalitetsplikten, herunder et krav om at arbeidstaker måtte varsle på en «lojal måte».<sup>105</sup> Stortinget vedtok en annen utforming av § 2-4, men denne trådte aldri i kraft fordi man ønsket å foreta en nærmere utredning.<sup>106</sup> I 2006 ble dagens krav om «forsvarlig» fremgangsmåte i § 2-4 vedtatt.<sup>107</sup> Endringen av ordlyden fra forslaget om et krav om «lojal måte» til dagens utforming av § 2-4 kan tyde på at lovgiver har ment at vilkåret ikke skal være en direkte kodifisering av den ulovfestede lojalitetsplikten. Det kan derfor stilles spørsmål ved om forsvarlighetsvilkåret har et annet innhold enn den ulovfestede lojalitetsplikten.

---

<sup>105</sup> Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (mv.) nr. 62 2005, NOU 2004:5 s. 503 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s.348.

<sup>106</sup> Innst. O. nr. 100 (2004-2005) s. 62 og 27 og Ot.prp. nr.24 (2005-2006) s.1.

<sup>107</sup> Lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) nr. 64 2006.

Til støtte for en slik tolkning kan det pekes på at det i innstillingen uttales at det er «viktig at begrepet «lojal måte» ikke følges opp av verken flertall eller mindretall i denne innstillingen».<sup>108</sup> Stortingets uttalelse står tilsynelatende i kontrast til departementets synspunkter i lovproposisjonen, der det heter at «[f]orsvarlighetskravet er en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten i forhold til varslingssituasjonen».<sup>109</sup> Uttalelsen i innstillingen knytter seg imidlertid til at en presisering av arbeidstakers lojalitetsplikt kan oppleves som en innskrenkning i varslingsretten.<sup>110</sup> Ordlydsendringen er altså begrunnet i at bruken av ordet lojalitet i seg selv kan føre til at arbeidstakeren ikke tør å varsle.<sup>111</sup>

At ordlydsendringen begrunnes i andre forhold besvarer likevel ikke spørsmålet om innholdet av forsvarlighetsvurderingen er den samme som etter den ulovfestede lojalitetsplikten. For å besvare dette spørsmålet må det tas stilling til om vurderingsmomentene er de samme.

I lovproposisjonen fremheves det at rettspraksis om lojalitetsplikten har relevans, men at yringsfriheten er gitt et sterkere vern ved grunnlovsendringen slik at avveiiingen ikke lenger er den samme.<sup>112</sup> Uttalelsen taler for at innholdet av vurderingen er det samme, men at vektingen av de ulike momentene er en annen på grunn av yringsfrihetens styrkede vern i Grl. § 100. Dette støttes av at vurderingsmomentene som går frem av proposisjonen er de samme momentene som etter den ulovfestede lojalitetsplikten.

Når det i juridisk teori tas til orde for at forsvarlighetskravet ikke er synonymt med den ulovfestede lojalitetsplikten, synes det også å være begrunnet med at avveiiingen er endret og ikke med at det er nye vurderingsmomenter.<sup>113</sup> Eriksen og Vigerust baserer for eksempel et slikt synspunkt på at det under forhandlingene i Odelstinget ble fremhevet at det skulle legges større vekt på samfunnsinteresser ved forsvarlighetsvurderingen sammenliknet med

---

<sup>108</sup> Innst. O nr.6 (2006-2007) s.13

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50

<sup>110</sup> Innst. O nr.6 (2006-2007) s.13

<sup>111</sup> Se også Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.38 der departementet begrunner ordlydsendringen med at den «kan bidra til å avverge for strenge uformelle lojalitetskrav».

<sup>112</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.50.

<sup>113</sup> Eriksen (2016) s. 252, Vigerust (2007) s. 110 og Gravås (2007) s.226.

vurderingen etter lojalitetsplikten.<sup>114</sup> Gravås underbygger sitt synspunkt med at arbeidstakers ytringsfrihet er styrket.<sup>115</sup>

På bakgrunn av forarbeidsuttalelsene og juridisk teori er det klart at en vurdering av om arbeidstaker har gått frem på en «forsvarlig» vil måte må ta utgangspunkt i de samme vurderingsmomentene som en vurdering etter den ulovfestede lojalitetsplikten. Selv om rettssystematikken er ny og det rettslige vurderingstemaet er nytt etter innføringen av aml. 2-4, er det de samme interessene som gjør seg gjeldende i den konkrete vurderingen. Det er samtidig klart avveiningen er endret sammenliknet med den tidligere vurderingen etter lojalitetsplikten, fordi ytringsfriheten og de hensynene ytringsfriheten bygger på skal tillegges større vekt som følge av grunnlovsendringen. Grunnlovsendringen må imidlertid også få betydning for en vurdering etter den ulovfestede lojalitetsplikten, slik at avveiningen langt på vei må være den samme. Forsvarlighetsvilkåret kan derfor sies å være en kodifisering av den ulovfestede lojalitetsplikten, selv om avveiningen er en annen enn den som tidligere fulgte av lojalitetsplikten.

#### **4.4 Overordnet vurderingstema**

I ordlyden av «forsvarlig» fremgangsmåte i aml. § 2-4(2) ligger det et krav om at arbeidstaker må gå frem på en aktsom måte sett hen til arbeidsgivers legitime interesser ved fremsettelsen av et varsel. I forarbeidene fremheves det at det ved bedømmelsen av om varselet er fremsatt på en «forsvarlig» måte er av betydning om arbeidstaker har saklig grunnlag for kritikken.<sup>116</sup> Aktsomhetskravet retter seg altså både til varselets innhold og fremsettelsen av varselet.

Når § 2-4(2) gir hjemmel for å innskrenke arbeidstakers ytringsfriheten med grunnlag i arbeidsgivers interesser må det, som nevnt i kapittel 2.3, foretas en konkret avveining mellom de hensynene som begrunner ytringsfriheten på den ene siden og arbeidsgivers interesser på den andre.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Eriksen(2016)s. 252 og Vigerust (2007) s. 110

<sup>115</sup> Gravås(2007) s. 226

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.39.

<sup>117</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 50 og 36.

Som følge av grunnlovsvernet i GrL. § 100 må utgangspunktet være at arbeidstaker har ytringsfrihet. For å understreke at det er begrensninger i ytringsfriheten som må begrunnes, og ikke retten til ytringsfrihet, er bevisbyrden for at arbeidstakers fremgangsmåte ikke er «forsvarlig» lagt på arbeidsgiver i § 2-4(3).<sup>118</sup> Ytringer om «kritikkverdige forhold i virksomheten» kan på den bakgrunn karakteriseres som særlig beskyttelsesverdige ytringer.<sup>119</sup>

Aml. § 2-4(2) åpner likevel for at ytringsfriheten kan innskrenkes dersom arbeidstaker ikke går frem på en «forsvarlig» måte. Bestemmelsen i aml. § 2-4(1) og (2) gir uttrykk for at lovgivers avveining av det overordnede avtalerettslige prinsippet om lojalitet på den ene siden og den alminnelige grunnlovfestede retten til ytringsfrihet på den annen, herunder at hensynet til arbeidsgivers legitime og saklige interesser *kan* begrunne en innskrenkning av arbeidstakerens ytringsfrihet.<sup>120</sup>

Når det gjelder den konkrete avveiningen fremheves det i lovproposisjonen at det må foreligge en «vesentlig interesseovervekt» til fordel for arbeidsgivers interesser dersom man skal kunne legge til grunn arbeidstaker ikke har vært forsvarlig i sin fremferd.<sup>121</sup> At hensynene bak ytringsfriheten i utgangspunktet veier tyngst går også frem av innstillingen der det uttales at «når forsvarligheten av en varsling vurderes, må hensynet til helse, miljø og sikkerhet i virksomheten, til bruker/mottakere av virksomhetens tjenester og til samfunnets interesser av at varsling finner sted, gis større vekt enn hensynet til virksomhetenes interne interesser».<sup>122</sup> Arbeidstaker må derfor ha en «vid skjønnsmargin med hensyn til valg av fremgangsmåte».<sup>123</sup>

Vurderingstemaet vil ifølge forarbeidene i hovedsak være om «arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens legitime interesser med hensyn til måten det varsles på».<sup>124</sup> Det overordnede vurderingstemaet under forsvarlighetsvilkåret kan dermed formuleres som et spørsmål om en

---

<sup>118</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 50 og 36.

<sup>119</sup> Eriksen s. 249.

<sup>120</sup> Ot.prp.nr.84.(2005-2006)s. 16.

<sup>121</sup> Ibid. s.38.

<sup>122</sup> Innst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 10.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006)s.50.

konkret helhetsvurdering av arbeidstakers fremgangsmåte tilsier at arbeidstaker ikke har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers interesser og om det foreligger en «vesentlig interesseovervekt» til fordel for arbeidsgivers interesser, slik at det er grunnlag for å innskrenke arbeidstakers rett til å varsle etter § 2-4(1).

#### **4.5 Vurderingsmomenter**

I forarbeidene legges det til grunn at det i den konkrete helhetsvurderingen blant annet vil være av betydning om «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 opplysningenes allmenninteresser». <sup>125</sup> Tilsvarende legges det i EMDs praksis vekt på ytringens samfunnsinteresse, om det eksisterer et kritikkverdig forhold, skade på arbeidsgivers interesser og om arbeidstaker er i god tro. <sup>126</sup> Disse momentene må derfor være de sentrale momentene for vurderingen.

Det er et minstekrav for å begrense ytringsfriheten at ytringen faktisk skader eller skaper risiko for skade på arbeidsgivers interesser, jf. GrL. § 100. <sup>127</sup> Når vurderingen av om arbeidstakers fremgangsmåte skjer i etterkant av varslingen vil det, i tilknytning til spørsmålet om det har oppstått skade eller risiko for skade, være av betydning hvem arbeidstaker har varslet til og hvordan. Det vil med andre ord være av avgjørende betydning for om det har oppstått skade om arbeidstaker har varslet internt eller eksternt.

Kravet om skade eller risiko for skade er likevel bare et minstekrav for inngrep i arbeidstakers ytringsfrihet. Arbeidstakers ytringsfrihet kan bare begrenses dersom arbeidstakerens fremgangsmåte ikke er «forsvarlig», jf. 2-4(2). Om fremgangsmåten kan karakteriseres som uforsvarlig beror på hvilke krav en kan stille til arbeidstakerens aktsomhet i det konkrete tilfellet. Det vil i sin tur være avhengig av grunnlaget for varselet, varselets skadepotensiale og opplysningenes allmenne interesse mv.

---

<sup>125</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006)s.50.

<sup>126</sup> Eriksen(2016) s. 258

<sup>127</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006)s.17.

I det følgende skal det derfor gjøres rede for de momentene som er mest sentrale for vurderingen av om den interne eller eksterne varslingen er forsvarlig i kapittel 4-6 til 4.8, før det tas stilling til når vil være forsvarlig å varsle eksternt og når det vil være forsvarlig å varsle eksternt i kapittel 4.6.10

I forbindelse med lovendringen har det oppstått uenighet i juridisk teori om hvorvidt det er adgang til å legge vekt på arbeidstakers motiv, slik en gjorde forut for lovendringen. Det skal derfor tas stilling til om det kan legges vekt på arbeidstakerens motiv i kapittel 4.9.

## **4.6 Kravet om et aktsomt grunnlag for varselet**

### **4.6.1 Begrunnelsen for kravet om et aktsomt grunnlag**

Når det kreves at arbeidstaker har et aktsomt grunnlag for varselet blir spørsmålet om arbeidstaker var i aktsom god tro med hensyn til at det forelå kritikkverdige forhold på varslingstidspunktet.<sup>128</sup> Kravet til aktsomhet omfatter også de vurderingene og slutningene arbeidstaker utleder av de faktiske opplysningene.<sup>129</sup> Dersom det foreligger uriktigheter og arbeidstaker skjønnte eller burde skjønnet dette, taler det for at handlemåten må anses som uforsvarlig.<sup>130</sup>

En sak fra Gulating Lagmannsrett i 2015 illustrerer at fraværet av god tro kan være et viktig argument for at fremgangsmåten er uforsvarlig.<sup>131</sup> Spørsmålet i saken var blant annet om avskjeden av en teknisk direktør var ulovlig gjengjeldelse for varsling om dårlige samarbeidsforhold i ledelsen. En undersøkelse blant de ansatte viste imidlertid at det var arbeidstakeren som hadde varslet som var problemet. Retten fant at arbeidstakeren måtte være klar over sitt eget forhold og sitt ansvar for situasjonen og at han derfor ikke var i aktsom god tro da han varslet. Varslingen ble derfor ansett for å være uforsvarlig.

---

<sup>128</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.38.

<sup>129</sup> Ibid.s.51.

<sup>130</sup> Ibid s.19.

<sup>131</sup> LG-2015-75029



Hensynet til arbeidsgivers interesser taler for at arbeidstaker ikke bør ha noen beskyttet rett til å uttale seg dersom varselet er fundert på et svakt grunnlag.<sup>132</sup> Dette illustreres i Telenordommen i Rt. 2003 s.1614 der arbeidstakeren mente at han var utsatt for ulovlig gjengjeldelse, som følge av at han hadde ytret seg kritisk mot en av arbeidsgivers kunder.<sup>133</sup> Høyesterett pekte på at arbeidstakerens alvorlige beskyldninger helt savnet grunnlag i reelle forhold og konkluderte derfor med at ytringsfriheten ikke kunne etablere noe vern mot reaksjoner fra arbeidsgiver.<sup>134</sup>

#### **4.6.2 Bevisbyrden for arbeidstakers aktsomhet**

Hva gjelder bevisbyrden for arbeidstakers gode tro ble det tidligere lagt til grunn at det var arbeidstaker som måtte bevise at han eller hun var i god tro om at informasjonen i varselet var riktig, jf. blant annet Telenordommen.<sup>135</sup> Etter vedtakelsen av § 2-4 gjelder det imidlertid andre bevisregler. § 2-4(3) fastsetter at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med bestemmelsen. Det er dermed arbeidsgiver som må bevise at det ikke forelå et faktisk grunnlag for varslingen. Arbeidsgiver må med andre ord påvise at arbeidstaker forstod eller burde ha forstått at det ikke forelå grunnlag for varsling.

#### **4.6.3 Hvilken grad av aktsomhet kreves av arbeidstakeren**

Til spørsmålet om hvilken grad av aktsomhet som forventes av arbeidstaker kan det pekes på at endringen av Grl. § 100 har ført til at det ikke kan stilles for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet.<sup>136</sup> I forarbeidene presiseres det derfor at arbeidstaker har «en relativt vid feilmargin».<sup>137</sup> Ytringene må i utgangspunktet være holdbare med hensyn til faktiske forhold,

---

<sup>132</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.51.

<sup>133</sup> Rt. 2003 s.1614.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> I Rt. 2013 s.1614 forutsettes det i avsnitt 46 at det er arbeidstaker som må fremlegge informasjon som viser at vedkommende var i god tro med hensyn til riktigheten av varselets innhold.

<sup>136</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.33.

<sup>137</sup> Ibid. s.33.

men mindre unøyaktigheter eller unøyaktigheter på mindre vesentlige punkter er likevel ikke avgjørende.<sup>138</sup>

I forarbeidene fremheves det at dersom «arbeidstaker har gjort det han eller hun kan for å bringe fakta på bordet, er dette tilstrekkelig, selv om informasjonen i ettertid viser seg å ikke være korrekt». <sup>139</sup> Dette synspunktet er fulgt opp i underrettspraksis i blant annet Fængselsinspektørsaken.<sup>140</sup> Her uttaler lagmannsretten at retten til å varsle først og fremst gjelder det foreligger kritikkverdige forhold, men at det må også være adgang til å varsle der arbeidstakeren har grunn til å tro at det foreligger kritikkverdige forhold, selv om det senere viser seg å ikke være tilfellet. <sup>141</sup> I den konkrete saken kom retten til at arbeidstakeren ikke hadde gått frem på en aktsom måte, fordi fængselsbetjenten relativt enkelt kunne ha funnet ut om påstandene stemte eller ikke.<sup>142</sup> Lagmannsretten påpeker i den forbindelse at kravet om forsvarlig varsling også gjelder når man går videre med opplysninger fra andre. <sup>143</sup>

At kravet til aktsomhet også gjelder de slutningene arbeidstaker utleder av det faktiske grunnlaget har sammenheng med at arbeidstakers konklusjoner vil være avgjørende for fremstillingen av de kritikkverdige forholdene. Det er et derfor er vanskelig å se bort fra arbeidstakers konklusjoner ved vurderingen av varselet. I forarbeidene presiseres det i den forbindelse at det antakelig må kunne legges «en viss vekt på uttrykksform eller språkbruk». <sup>144</sup> Samtidig fremhever lovgiver at en må «varsom med å tillegge uttrykksform og språkbruk for stor vekt». <sup>145</sup>

Ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til arbeidstakeren i det konkrete tilfellet går det frem av forarbeidene at det må stilles strengere krav til varslingsgrunnlaget dersom det

---

<sup>138</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006). s.19.

<sup>139</sup> Ibid. s.19.

<sup>140</sup> LB-2010-40623.

<sup>141</sup> LB-2010-40623.

<sup>142</sup> LB-2010-40623: Fængselsinspektøren hadde blant annet varslet om at driftssjefen og en fængselsbetjent hadde brukt midler på innkjøp av snøfresere og et svømmebasseng til privat bruk.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Ot.prp. nr.84(2005-2006) s.19.

<sup>145</sup> Ibid. s.19

varsles til media, sammenliknet med tilfeller der det varsles internt.<sup>146</sup> Det har sammenheng med at det er større fare for skade på arbeidsgivers interesser ved ekstern varsling. Negativ omtale i media kan for eksempel svekke virksomhetens omdømme, skape dårlig miljø blant de ansatte mv. Faren for skade forsterkes av at arbeidstaker vil ha mindre mulighet til å påvirke hvordan opplysningene fremstilles i media. Jakhelln presiserer i den forbindelse at arbeidstaker ikke kan belastes for medias fremstilling når det skal vurderes om arbeidstaker har et aktsomt grunnlag for varselet.<sup>147</sup> Momentet må likevel tillegges vekt i den samlede vurderingen av om arbeidstakers fremgangsmåte er forsvarlig, ettersom arbeidstaker må ta høyde for at media fremstiller de faktiske forhold på en annen måte.<sup>148</sup>

Videre vil arbeidstakerens forutsetninger for å vurdere informasjonen være av betydning for hvilken grad av aktsomhet som forventes. Det avgjørende er om arbeidstaker ut fra sin posisjon og kompetanse, med de opplysningene som var tilgjengelige på varslingstidspunktet hadde grunn til å tro at det forelå et kritikkverdig forhold.<sup>149</sup> Det er også av betydning om opplysningene arbeidstaker sitter på tilsier at det bør varsles raskt. Hvis det er fare for liv eller helse eller bevisforspillelse kan det ikke stilles like strenge krav til arbeidstakers vurderingsgrunnlag.<sup>150</sup>

## **4.7 Varselets skadepotensiale**

### **4.7.1 Minstekrav for inngrep i arbeidstakers ytringsfrihet**

Varselets skadepotensial får betydning på to måter. For det første er det, som nevnt, et minstekrav for å begrense ytringsfriheten at ytringene faktisk skader eller skaper risiko for skade arbeidsgivers interesser.<sup>151</sup> Det betyr at dersom varslingen ikke har medført skade eller utløst en risiko for skade på virksomhetens interesser kan det heller ikke ha vært uforsvarlig av arbeidstaker å varsle. I denne sammenhengen fungerer skadepotensialet som en terskel,

---

<sup>146</sup> Ot.prp. nr.84(2005-2006) s.19.

<sup>147</sup> Jakhelln mfl. (2011) s.18.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 51.

<sup>150</sup> Ibid. s. 19.

<sup>151</sup> Ot.prp.nr 84(2005-2006) s.36.

ved at vurderingen av om varslingen var uforsvarlig ikke aktualiseres før det er påvist skade eller risiko for skade.

Minstekravet om skade kommer bl.a. til uttrykk i en dom fra Gulating Lagmannsrett.<sup>152</sup> Spørsmålet i saken var om oppsigelsen av en kokk om bord på et supplyfartøy var gyldig. Oppsigelsen var begrunnet i at kokkens leserinnlegg var egnet til å skade rederiets forholdet til Statoil, slik at han hadde brutt sin lojalitetsplikt overfor rederiet. Lagmannsretten la til grunn at det var lite sannsynlig at leserinnlegget kunne ha noen skadelig innvirkning på forholdet mellom rederiet og Statoil, ettersom han ikke fremstod som representant for rederiet i leserinnlegget. Leserinnlegget fremstod som en «privat mishagsytring knyttet til en nærmere angitt hendelse» og ikke inneholdt noen generell kritikk av Statoils måte å operere fartøyene på.

#### **4.7.2 Skadepotensialets betydning for aktsomhetskravet**

For det andre er skadepotensialet av betydning for hvilken grad av aktsomhet som kan kreves av arbeidstakeren når han/hun skal fremsette et varsel.<sup>153</sup> Dersom varselets innhold har stort skadepotensiale må det stilles strengere krav til arbeidstakers fremgangsmåte. Den rettslige vurderingen av varslersens fremgangsmåte skjer i etterkant av en varsling. Om det har oppstått skade eller risiko for skade på arbeidsgivers interesser vil derfor være avhengig av om arbeidstakeren varslet eksternt eller internt.

Når loven gir arbeidstaker en rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt, etter rutiner for varsling og til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter kan det begrunnes med at risikoen for skade på arbeidsgivers interesser er langt mindre i disse tilfellene. I tilknytning til offentlig varsling fremheves det i forarbeidene at arbeidstaker «når det er hensiktsmessig» bør varsle internt først.<sup>154</sup> Denne oppfordringen henger sammen med at intern varsling er det som i størst grad beskytter arbeidsgivers interesser. Dette poenget understrekes også i

---

<sup>152</sup> LG-2001-591

<sup>153</sup> Ibid s. 18.

<sup>154</sup> Ot.prp. nr.84(2005-2006) s.39.

Telenordommen der Høyesterett uttaler at det «neppe [kan] være tvilsomt at uttalelser av den karakter A-kom med i e-posten lett ville ramme hardere – og dermed være et grovere lojalitetsbrudd – om de også fremsettes overfor mottakere utenfor arbeidsgivers egne ansatte». <sup>155</sup> Dommen knytter seg til den ulovfestede lojalitetsplikten, men har fortsatt relevans ved tolkningen av aml. § 2-4. <sup>156</sup>

#### **4.8 Allmenn interesse**

Arbeidstakers varslingsrett er blant annet begrunnet i samfunnets interesse i å avdekke kritikkverdige forhold. Allmenhetens interesse i informasjonen er derfor av betydning for hvilke krav en stiller til arbeidstakers fremgangsmåte. Når det kritikkverdige forholdet angår allmenne interesser taler de underliggende hensynene som begrunner ytringsfriheten for at ytringen bør ha et sterkere vern, sammenliknet med de tilfellene der forholdet ikke berører samfunnsinteresser. Jo større allmenn interesse forholdet har, desto sterkere er ytringsfrihetsvernet. <sup>157</sup> Arbeidstakeren vil derfor i større grad være berettiget til å utale seg dersom forholdet har stor allmenn interesse. <sup>158</sup> Når forholdet er av personlig eller intern interesse vil samfunnets interesse i å avdekke forholdet derimot være mindre.

Det presiseres likevel i forarbeidene at ” kravet om allmenn interesse ikke skal vurderes strengt”. <sup>159</sup> Det er kun forhold som er av intern eller personlig interesse som ikke kan karakteriseres som forhold av allmenn interesse. <sup>160</sup> Kravet om allmenn interesse vil følgelig også beskytte arbeidsgiver mot at forhold som er av rent personlig eller intern interesse ytres offentlig. <sup>161</sup>

---

<sup>155</sup> Rt. 2003 s.1614.

<sup>156</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s.51.

<sup>157</sup> Ibid. s.37.

<sup>158</sup> Ibid. s.17.

<sup>159</sup> Ibid. s. 52.

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> Ot.prp.nr 84(2005-2006) s.41.

I forarbeidene gis det eksempler på forhold som er av allmenn interesse; kriminelle forhold, opplysninger av betydning for allmennhetens kontroll med offentlig forvaltning eller kvaliteten på varer og tjenester.<sup>162</sup>

#### **4.9 Krav om motiv?**

Ved vurderingen av om arbeidstakeren har tatt rimelig hensyn til arbeidsgivers interesser ble det tidligere blitt lagt vekt på arbeidstakers motiv for varslingen.<sup>163</sup> Tanken var at ytringer motivert av arbeidstakerens egne interesser fremstår som illojale, fordi arbeidstakeren i slike tilfeller setter egeninteresse foran arbeidsgiverens interesser. I forbindelse med det styrkede vernet av ytringsfriheten i Grl. § 100 uttales det imidlertid i forarbeidene til arbeidsmiljøloven at «en bør være varsom med å legge for stor vekt på arbeidstakerens motiv». <sup>164</sup> Dette begrunnes med at det må legges avgjørende vekt på om forholdet er av allmenn interesse, slik at det ikke kan legges for stor vekt på arbeidstakerens motiv.<sup>165</sup>

I juridisk teori tar Jakhelln til orde for at en lojal tolkning av lovgiver tilsier at arbeidstakers varslingsrett ikke skal begrenses selv om arbeidstakers hensikt med varslingen ikke er aktverdig.<sup>166</sup> Gravås peker på sin side på at uttalelsen i lovproposisjonen har sammenheng med at de hensynene som begrunner ytringsfriheten ofte vil veie tyngre, slik at varslersens motiv er av underordnet betydning.<sup>167</sup> Hun mener derfor at arbeidstakers motiv vil kunne tillegges noen vekt dersom forholdet det varsles om i mindre grad gjelder allmenne interesser.<sup>168</sup>

En slik forståelse av forarbeidene synes også å være lagt til grunn i underrettspraksis. I en dom fra Borgarting Lagmannsrett er forarbeidsuttalelsene tolket dit hen at loven ikke stiller

---

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

<sup>163</sup> Ibid. s.20.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Ibid. s.22.

<sup>167</sup> Gravås (2007) s. 221.

<sup>168</sup> Ibid.

krav om ideelle motiver.<sup>169</sup> Her hadde arbeidstakeren sagt til arbeidsgiver at han ville melde fra til skattemyndighetene om skattemessige lovbrudd, under forhandlingene om sluttpakke.<sup>170</sup> I en sak fra Gulating lagmannsrett utelukkes det likevel ikke at motivet kan være av betydning, idet retten at det er «unødvendig å ta stilling til om [arbeidstakeren] hadde planer om å overta stillingen som daglig leder eller om han hadde planer om å forsøke å overta virksomheten».<sup>171</sup>

På bakgrunn av forarbeidene, juridisk teori og med støtte i underrettspraksis må det legges til grunn at forholdets allmenne interesse vil ha avgjørende betydning, ettersom det er samfunnets behov for å avdekke kritikkverdige forhold som begrunner den særskilte reguleringen av arbeidstakers yringsfrihet. For å sikre at samfunnet får innsyn kan det derfor ikke kreves at arbeidstakeren har aktverdig motiv for varslingen. Arbeidstakerens motiv kan likevel ha betydning, men bare dersom forholdet det varsles om har mindre allmenn interesse slik at hensynene bak yringsfriheten gjør seg mindre gjeldende.

## **4.10 Intern varsling**

### **4.10.1 Intern varsling i tråd med varslingsplikt og virksomhetens rutiner**

Det følger av aml §2-4(2) at arbeidstaker alltid kan varsle i tråd med varslingsplikt og virksomhetens rutiner for varsling. Intern varsling i tråd med rutiner vil derfor alltid være «forsvarlig». Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 3-6 som fastsetter at arbeidsgiver, dersom forholdene i virksomheten tilsier det, skal utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger rette for intern varsling. Arbeidsgivers interesser må nødvendigvis være tilstrekkelig ivaretatt ved en fremgangsmåte arbeidsgiver selv har valgt. Med rutiner siktes det til fremgangsmåter som er nedfelt i reglementer, instruksjoner, avtaler, prosedyrer mv.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> LB-2009-137220.

<sup>170</sup> LB-2009-137220.

<sup>171</sup> LG-2015-75029.

<sup>172</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51.

## 4.10.2 Annen intern varsling

### 4.10.2.1 Introduksjon

Når det gjelder lovligheten av intern varsling som ikke følger virksomhetens rutiner eller varslingsplikt, går det frem av forarbeidene at den klare hovedregelen er at intern varsling er rettmessig.<sup>173</sup> Intern varsling vil bare «helt unntaksvis» kunne falle utenfor varslingsretten i § 2-4.<sup>174</sup> I forarbeidene presiseres det at det normalt vil være forsvarlig å varsle til ansvarlige personer i virksomheten som har mulighet til å påvirke forholdene det varsles om.<sup>175</sup> Varsling til nærmeste leder eller andre i linjen, til tillitsvalgte eller verneombud vil derfor som hovedregel være forsvarlig.<sup>176</sup>

Hovedregelen om at intern varsling er rettmessig har sammenheng med at intern varsling nesten uten unntak vil ivareta arbeidsgivers interesser på en tilbørlig måte. Det er med andre ord liten risiko for at en intern varsling vil påføre virksomheten skade. Det må imidlertid gjøres unntak fra dette utgangspunktet der det varsles på en «helt utilbørlig måte» som «unødvendig skader samarbeidsklime, arbeidsmiljøet eller enkeltpersoner i virksomheten».<sup>177</sup>

### 4.10.2.2 Vekten av de ulike vurderingsmomentene

Hva gjelder de konkrete momentene i forsvarlighetsvurderingen er det klart at det ikke kan stilles like strenge krav til arbeidstakers fremgangsmåte ved intern varsling sammenliknet med offentlig varsling, ettersom skadepotensialet er mindre.<sup>178</sup> I tilknytning til kravet om et aktsomt grunnlag understreker derfor lovgiver at det «neppe [kan] stilles særlig strenge krav til bakgrunnen eller begrunnelsen for mistanken».<sup>179</sup> Uttalelsen synes å rette seg mot at det ikke kan stilles like strenge krav til arbeidstakers undersøkelse av forholdet ved intern varsling sammenliknet med ekstern varsling. Uttalelsen gir likevel ikke grunnlag for å legge

---

<sup>173</sup> Ot.prp.nr 84 (2005-2006) s. 51.

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> Ibid. s.19.

<sup>179</sup> Ibid.



til grunn at arbeidstaker ikke skal forsøke å avklare forholdet, ettersom en slik tolkning vanskelig lar seg forene med kravet om god tro.<sup>180</sup>

Når det gjelder betydningen av at informasjonen har allmenn interesse må det imidlertid antas at ytringsfriheten vil ha et styrket vern mot inngrep dersom forholdet gjelder allmenne interesser, uavhengig av om det varsles eksternt eller internt. Samtidig kan det pekes på at det ved intern varsling ikke er like stort behov for å begrense arbeidstakers varsling selv om forholdet ikke skulle ha så stor allmenn interesse, fordi det er mindre fare for skade på arbeidsgivers interesser.

#### **4.10.2.3 Vurdering**

Når forsvarlighetskravet er et unntak fra hovedregelen om arbeidstakers ytringsrett, og utgangspunktet er at varselet er forsvarlig dersom det er varslet internt, er det klart at det skal mye til for at et internt varsel anses urettmessig. En slik forståelse er lagt til grunn i forarbeidene, ettersom det forutsettes at varsleren må ha varslet på en «helt utilbørlig måte».<sup>181</sup>

Forarbeidsuttalelsen må ikke tolkes slik at terskelen for å anse varslingen som uforsvarlig er høyere ved intern varsling, men at intern varsling i langt færre tilfeller vil kvalifisere som uforsvarlig. Dette henger sammen med at arbeidstaker ikke har noe handlingsalternativ som bedre vil ivareta arbeidsgivers interesser dersom det er varslet internt. Uforsvarligheten må dermed rette seg mot andre sider ved varselet. Et eksempel er at arbeidstakeren fremsetter gjentatte grunnløse påstander mot medarbeidere.<sup>182</sup> Dette var tilfellet i Telenordommen i Rt. 2003 s.1614. Høyesterett fant at ytringsfriheten ikke kunne etablere vern for arbeidstakerens grunnløse påstander om meget alvorlige og straffbare forhold mot andre ansatte i virksomheten. Dommen knytter seg til den ulovfestede lojalitetsplikten, men gir likevel et godt eksempel på tilfeller der intern varsling kan være uforsvarlig.

---

<sup>180</sup> Se også LB-2010-40623.

<sup>181</sup> Ot.prp. nr.84(2005-2006) S. 52

<sup>182</sup> Ibid.

Videre finnes det også enkelte eksempler i underrettspraksis på at retten har funnet at en intern varsling er uforsvarlig. I en dom fra Gulating Lagmannsrett i 2015 fant retten at den tekniske direktørens varsling var uforsvarlig, selv om varselet bare var fremsatt til personer som hadde innflytelse i virksomheten.<sup>183</sup> Begrunnelsen var at han ikke var i aktsom god tro om at det forelå kritikkverdige forhold på varslingstidspunktet.<sup>184</sup> Lagmannsretten gir ingen nærmere begrunnelse for hvorfor den interne varslingen var uforsvarlig utover dette. Basert på faktum i saken kan det se ut som at varslersens uttalelser skapte et dårlig samarbeidsklima, men retten går ikke inn på hvordan varselet var egnet til å skade eller skape risiko for skade på virksomheten.

I en sak fra Borgarting Lagmannsrett i 2009 krevde en professor oppreisning for gjengjeldelse som følge av varsling.<sup>185</sup> Professoren hadde varslet Universitetet om at det heftet feil ved sensureringen av en student, via studenten det gjaldt. Lagmannsretten kom til at varslingen var uforsvarlig, fordi professoren hadde flere andre måter å varsle på enn å varsle gjennom studenten. Han kunne ha gått vanlig tjenestevei, direkte til universitetsledelsen eller gjennom fagforeningen. I tilknytning til minstekravet om skade ble det lagt vekt på at studenten hadde fått en karakter han var misfornøyd med og at han derfor kunne være sårbar og at ansatte bl.a. på grunn av slike forhold ikke burde blande studenter inn i instituttpolitiske uenigheter.

#### **4.11 Ekstern varsling**

I relasjon til forsvarlighetskravet må det skilles mellom varsling til tilsynsmyndigheter og andre offentlige organer som § 2-4(2) gir arbeidstaker en rett til å varsle til, og offentlig varsling.

---

<sup>183</sup> LG-2015-75029.

<sup>184</sup> Se punkt 6.5. LG-2015-75029: Retten gikk ikke inn på om avskjeden sto i et rimelig forhold til varselet, ettersom den ikke hadde sammenheng med varselet.

<sup>185</sup> LB-2009-70215

#### 4.11.1 Varsling til tilsynsmyndigheter

Arbeidsmiljøloven § 2-4(2) fastsetter at arbeidstaker «uansett [har] rett» til å varsle til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige organer. I forarbeidene presiseres det at bestemmelsen omfatter «offentlige organer som har som oppgave å håndheve, føre tilsyn eller overvåke gjennomføringen av lover og regler».<sup>186</sup> Som eksempel nevnes politiet, Arbeidstilsynet, Datatilsynet, Konkurransetilsynet, Statens forurensningstilsyn, Petroleumstilsynet, Statens helsetilsyn, Helsetilsynet i fylket, Mattilsynet og disses overordnede departementer, Barneombudet, Likestillings- og diskrimineringsombudet, pasientombudene og Sivilombudsmannen.

Når loven gir arbeidstaker en slik rett til å varsle tilsynsmyndigheter og andre offentlige organer, innebærer det at denne typen ytringer ikke må vurderes etter forsvarlighetskravet i § 2-4(2) første punktum. Lovgiver fant det ikke var nødvendig å innta et forbehold om at arbeidstakeren må ha et visst grunnlag for varselet.<sup>187</sup> Dette ble begrunnet med at tilsynsmyndigheter og andre offentlige organer ville være i stand til å behandle grunnløse eller svakt funderte påstander på en forsvarlig måte.

#### 4.11.2 Offentlig varsling

Utgangspunktet og hovedregelen er, som nevnt, at arbeidstakeren har ytringsfrihet. Dette gjelder selv om ytringene kan skade eller skape risiko for skade på arbeidsgiverens interesser.<sup>188</sup> Samtidig er det klart at offentlige varslinger har langt større skadepotensiale sammenliknet med interne varslinger. Dette fremheves blant annet av Høyesterett i Telenordommen der de uttaler at ytringer om kritikkverdige forhold «lett vil ramme hardere (...) om de også fremsettes overfor mottakere utenfor arbeidsgivers egne ansatte».<sup>189</sup> Offentlige fremsatte varslinger vil derfor i praksis oftere kunne begrunne en begrensning i arbeidstakers ytringsfrihet.

---

<sup>186</sup> Ot.prp.nr 84. (2005-2006). 52.

<sup>187</sup> Ibid. s. 40.

<sup>188</sup> Ibid. s. 51.

<sup>189</sup> Rt. 2003 s.1614

Med større skadepotensiale siktes det til at offentlige ytringer om kritikkverdige forhold lettere vil kunne påvirke andre ansatte, kundeforhold, aksjeverdien, arbeidsmiljøet mv., sammenliknet med en intern varsling. Varslingsretten er derfor noe snevrere ved offentlig varsling, i form av at det stilles strengere krav til arbeidstakers aktsomhet.

Forarbeidene angir særlig tre momenter som er sentrale for vurderingen av et offentlig fremsatt varsel; om arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for varselet, om det er varslet internt og om forholdet det varsles om er av allmenn interesse.<sup>190</sup> Lovgiver understreker at det kun i «unntakstilfeller vil (...) kunne tenkes andre momenter som skal tillegges avgjørende vekt».<sup>191</sup> For arbeidstakeren betyr dette at vedkommende normalt kan innrette seg på at varselet er forsvarlig dersom disse momentene er tilstede. Det skal derfor gjøres rede for disse momentene i det følgende.

#### **4.11.2.1 Har arbeidstaker et forsvarlig grunnlag for varselet?**

Når det gjelder kravet om at arbeidstaker må være i god tro om opplysningenes riktighet gis det i forarbeidene, uttrykk for at det stilles strengere krav til aktsomhet dersom det varsles eksternt, sammenliknet med intern varsling.<sup>192</sup> Det kan tyde på at arbeidstakeren i større grad har en plikt til å undersøke om forholdet medfører riktighet dersom han skal fremsette varslingen eksternt. Dette synes naturlig ettersom skadepotensialet er større. Samtidig er det klart at det ikke er grunnlag for å kreve mer enn at arbeidstaker har gjort det han kan for å «bringe fakta på bordet».<sup>193</sup>

#### **4.11.2.2 Har arbeidstaker forsøkt å varsle internt?**

---

<sup>190</sup> Ot.prp. nr. 84(2005-2006) s.41.

<sup>191</sup> Ibid. s.40.

<sup>192</sup> Ibid. s.19.

<sup>193</sup> Ibid. s.19.

Av forarbeidene går det frem at det er av betydning om «arbeidstaker, når det er hensiktsmessig, har tatt opp saken internt før den bringes videre til offentligheten».<sup>194</sup>

Forarbeidene synes dermed å likestille tilfeller der det er forsøkt varslet internt og tilfeller der det er grunn til å tro at en intern varsling ikke vil føre frem. Av forarbeidsuttalelsen kan det dermed slutes at offentlig varsling vil være rettmessig i to tilfeller; der intern varsling er uhensiktsmessig og der arbeidstakeren ikke har nådd frem med sin interne varsling.

Hvis varselet angår kriminelle eller andre alvorlige forhold er det ifølge forarbeidene ikke nødvendig å varsle internt først.<sup>195</sup> Det er dermed heller ikke nødvendig å vurdere hensiktsmessigheten av intern varsling i disse tilfellene.

I andre tilfeller, der arbeidstakeren ikke har varslet internt først, må det imidlertid vurderes om arbeidstakeren hadde grunn til å tro at det ikke ville være hensiktsmessig å fremsette varselet internt. Det kan for eksempel tenkes at arbeidstaker har grunn til å tro at han vil bli utsatt for gjengjeldelse, enten det skyldes egne erfaringer, erfaringer fra andre som har varslet, på grunn av trusler om gjengjeldelse eller at virksomhetens ytringsklima er dårlig.<sup>196</sup> Videre kan det være grunn til å tro at en intern varsling vil være uhensiktsmessig dersom arbeidstakeren eller medarbeidere tidligere har varslet uten å nå frem, enten det dreier seg om det samme kritikkverdige forhold eller andre forhold.<sup>197</sup> Dersom det er fare for bevisforspillelse eller liv og helse kan det også være uhensiktsmessig å varsle internt først, ettersom det da ofte kan behov for at man handler raskt.<sup>198</sup>

I forarbeidene ble det flere steder understreket at det er av vesentlig betydning om arbeidstaker har varslet internt.<sup>199</sup> I den forbindelse kan det spørres om det er tilstrekkelig at arbeidstaker forsøker å varsle internt én gang, eller om det forventes at arbeidstakeren gjør

---

<sup>194</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.39

<sup>195</sup> Ot.prp. nr 84 (2005-2006) s.51.

<sup>196</sup> Ibid. s.52.

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> Innst. O. nr. 6 (2006-2007) s.5 og 10 og Ot.prp. nr 84 (2005-2006) s. 18.

flere forsøk på å nå frem med den interne varslingen. Hensynet til arbeidsgiver kan tale for at arbeidstaker bør forsøke å nå frem internt først, særlig dersom skadepotensialet er stort. På den annen side kan det pekes på at arbeidsgiver har hatt mulighet til å håndtere varselet internt, selv om arbeidstaker bare har forsøkt én gang. I lys av at forarbeidene ikke stiller krav om at arbeidstaker har forsøkt flere ganger må det derfor legges til grunn at det er tilstrekkelig med ett forsøk.

Samtidig er det klart at det må tale i arbeidstakers favør at han har forsøkt å varsle flere ganger, ettersom arbeidsgivers interesse i at forholdet behandles internt da stadig vil være mindre beskyttelsesverdig. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller ha fått gjentatte oppfordringer og flere muligheter til å behandle saken internt.

#### **4.11.2.3 Er det kritikkverdige forholdet av allmenn interesse?**

Dersom forholdet det varsles om er alvorlig vil det kunne være større risiko for skade på arbeidsgivers interesser. Hensynet til arbeidsgivers interesser kan dermed tale for at det bør varsles internt dersom det varsles om alvorlige forhold. På den annen side vil samfunnets behov for å avdekke kritikkverdige forhold tale for at jo mer alvorlig forholdet er, jo lettere kan det forsvares at det formidles offentlig.<sup>200</sup> I lys av det styrkede ytringsfrihetsvernet i Grunnloven må hensynet til allmenne interesser veie tyngre enn hensynet til virksomhetens interesser ved en vurdering av om arbeidstakers fremgangsmåte er forsvarlig.<sup>201</sup>

#### **4.11.2.4 Vurdering**

Det finnes lite praksis om offentlige varslinger, som kan gi veiledning for når arbeidstakers fremgangsmåte må anses for å være uforsvarlig. På bakgrunn av forarbeidsuttalelsene og praksis om intern varsling kan det likevel trekkes enkelte slutninger for når et offentlig fremsatt varsel anses uforsvarlig.

---

<sup>200</sup> Dege (2009) s.845.

<sup>201</sup> Innst. O. nr. 6 s.10.

I tilknytning til intern varsling ser en at arbeidstakers varsel har blitt underkjent som følge av manglende god tro.<sup>202</sup> I lys av at det stilles et strengere krav til arbeidstakerens aktsomhet ved offentlig varsling, må det derfor kunne legges til grunn at også offentlig fremsatte varsel vil måtte anses som uforsvarlige dersom arbeidstakeren ikke er i god tro.

Videre kan det stilles spørsmål ved om det kan legges avgjørende vekt på at arbeidstakeren ikke har varslet internt, selv om det ikke var uhensiktsmessig. I underrettspraksis er det i «Sandviken Sykehus»-saken lagt til grunn at det skal varsles internt først.<sup>203</sup> Forarbeidene gir imidlertid ikke grunnlag for å oppstille krav om at det *skal* varsles internt først, selv om det understrekes flere steder at momentet er vesentlig. I lys av de øvrige forarbeidsuttalelsene må det legges til grunn at dersom varselets innhold er i kjernen av varslingsretten, herunder at allmennheten har en berettiget interesse i at forholdet avdekkes, vil fremgangsmåten måtte anses som forsvarlig selv om arbeidstaker ikke har forsøkt å varsle internt.<sup>204</sup> Dersom forholdet ikke gjelder allmenne interesser vil det derimot normalt måtte anses som uforsvarlig at arbeidstaker ikke har forsøkt å varsle internt.

#### 4.12 Oppsummering

Kravet om «forsvarlig» fremgangsmåte kan i korte trekk oppsummeres som en vurdering av om arbeidsgivers legitime og saklige interesser kan begrunne en innskrenkning av arbeidstakers ytringsfrihet. Lovgiver har dermed fastsatt at det overordnede avtalerettslige prinsippet om arbeidstaker har en viss lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver *kan* begrunne en begrensning i den grunnlovsvernede ytringsfriheten. Det må likevel kreves «vesentlig interesseovervekt» til fordel for arbeidsgivers interesser.<sup>205</sup> Minstekravet er derfor at ytringen skader eller medfører risiko for skade på arbeidsgivers interesser.

Sett hen til minstekravet om skade vil intern varsling vil som klar hovedregel være «forsvarlig». I praksis finnes det likevel eksempler på at arbeidstakers interne varsling har blitt ansett som uforsvarlig. Det avgjørende i de fleste av disse sakene har vært at arbeidstaker

---

<sup>202</sup> Rt. 2003 s. 1614 og LG-2015-75029.

<sup>203</sup> TBERG-2007-136244

<sup>204</sup> Ot.prp.nr84(2005-2006) s.41.

<sup>205</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s.38.

ikke har vært i god tro om at det foreligger kritikkverdige forhold på varslingsstidspunktet, enten fordi de var klar over at de selv var problemet eller fordi de re relativt enkelt kunne ha funnet ut om påstandene stemte eller ikke.<sup>206</sup> Videre vil det også kunne være uforsvarlig å varsle via personer utenfor virksomheten, slik som i saken om professoren som fikk en student til å varsle.<sup>207</sup> På bakgrunn av dette kan det sluttet at arbeidstaker normalt må kunne innrette seg på at et varsel han selv fremsetter internt er forsvarlig, dersom han er i god tro.

Ved offentlig varslings, vil det oftere oppstå skade eller risiko for skade på arbeidsgivers interesser. Her vil trolig fraværet av god tro, manglende intern varslings og fravær av samfunnsinteresser hver for seg eller samlet sett kunne føre til at den offentlige varslings anses uforsvarlig. Arbeidstaker vil dermed bare kunne innrette seg på at varselet er forsvarlig dersom han/hun er i god tro, varselet har allmenn interesse og vedkommende har forsøkt å varsle internt hvis det ikke er uhensiktsmessig.

## 5. Avslutning

Innledningsvis ble det vist til at Arbeids- og sosialdepartementet etter oppfordring fra Stortinget har fremlagt forslag om at virksomheter med mer enn ti ansatte skal ha en plikt til å etablere interne varslingsrutiner. Det må forutsettes at de fleste arbeidsgivere etterkommer denne plikten, slik at langt flere arbeidstakere ha mulighet til å varsle internt uten å risikere at varselet blir ansett for å være uforsvarlig. FAFO-rapporten fra 2014 viser dessuten at interne varslingsrutiner fører til at flere arbeidstakere varsler og at færre arbeidstakere utsettes for gjengjeldelse fordi virksomhetene er bedre rustet til å håndtere varslingsaker.

I tilknytning til forsvarlighetskravet kan det pekes på at lovendringen vil føre til at det vil bli enda færre saker som gjelder spørsmålet om varslings er forsvarlig. Lovendringen vil imidlertid ikke endre kravet om «forsvarlig» fremgangsmåte der arbeidstaker ikke varsler i tråd med rutiner, jf. § 2-4(2).

---

<sup>206</sup> LB-2010-40623 og LG-2015-75029.

<sup>207</sup> LB-2009-70215



I de tilfellene arbeidsgiver ikke etterkommer plikten til å opprette varslingsrutiner er det klart at det vil utgjøre et selvstendig brudd på arbeidsmiljøloven, som trolig vil kunne sanksjoneres med hjemmel i aml. § 19-1.

Sanksjoner mot arbeidsgiver vil imidlertid ikke avhjelpe det faktum at arbeidstaker fratras muligheten til å varsle i tråd med interne varslingsrutiner. Når det ikke er opprettet rutiner for intern varsling vil arbeidstakers interne varsling vil være underlagt kravet om «forsvarlig» fremgangsmåte (med unntak av varslingsplikt). Gjennomgangen av kravet om «forsvarlig» fremgangsmåte viser at intern varsling som hovedregel vil være forsvarlig, men at arbeidstakers fremgangsmåte ofte vil anses som uforsvarlig dersom arbeidstaker ikke er i god tro. Det vil dermed stilles ulike krav til arbeidstakere i virksomheter med varslingsrutiner sammenliknet med virksomheter uten varslingsrutiner, ettersom det i normalt vil kunne kreves at arbeidstakeren er i god tro for at han skal ha krav på vern. Arbeidsgivers manglende etterlevelse av plikten til å opprette rutiner vil således kunne ramme arbeidstaker. Det kan derfor stilles spørsmål ved om arbeidstakeren bør være fritatt fra et krav om god tro.

På en side kan det pekes på at arbeidsgivers interesser er mindre beskyttelsesverdige når arbeidsgiver ikke har benyttet seg av muligheten til å opprette varslingsrutiner.

Arbeidsmiljøloven skal ivareta arbeidstaker. Det taler for at den manglende etterlevelsen av plikten ikke bør gå ut over arbeidstaker.

På samme tid er det klart at varslinger som fremsettes til tross for at arbeidstakeren vet eller burde ha visst at det ikke foreligger et faktisk grunnlag for varselet, ikke kan anses som særlig beskyttelsesverdige. I den forbindelse kan det pekes på at virksomheter uten varslingsrutiner formodentlig vil være dårligere rustet til å sile ut slike varslinger. Det taler for at arbeidstaker ikke har noen beskyttelsesverdig interesse i at han fritas fra kravet om god tro. Det kan altså argumenteres for begge løsninger. Hvordan fraværet av interne varslingsrutiner vil påvirke forsvarlighetskravet står derfor foreløpig ubesvart.

## **6. Litteraturliste**

### **6.1 Lover**

- Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven-Grl.): LOV-1814-05-17
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.): LOV-1999-05-21-30
- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven- aml.): LOV-2005-06-17
- Lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling): LOV-2006-06-16

### **6.2 Konvensjoner**

- Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK), vedlegg 2. i menneskerettsloven
- De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP), vedlegg 6. i menneskerettsloven
- Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 9. September 1999 (ETS nr.174)

### **10.2 Forarbeider**

- Arbeids- og sosialkomiteen, Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling, 20.juni 2016.
- Innst.205 S (2015-2016): Innstilling til Stortinget fra arbeids- og sosialkomiteen om behovet for et sterkere vern av varslere, Dokument 8:30 S (2015–2016)
- Ot.prp. nr. 84 (2005-2006): Om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
- Innst. O. nr. 6 (2006-2007): Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)

- Innst. O. nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr.24 (2005-2006): Om lov om endringer i lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- NOU 2004:5: Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

### **10.3 Rettspraksis**

Rt. 2003 s. 1614 – Telenorddommen

LG-2001-591 – Sjømann

LG-2015-75029 – Teknisk direktør

LB-2010-40623 – Fængselsinspektørsaken

LA-2009-57115 – Helgeavløser

LB-2009-36995 – Norwelt

LB-2009-70215 – Sensur

LB-2008-184675 – Konferansehotell

LB-2009-137220 – Skatt

TBERG-2007-136244 – Sandviken sykehus

TOSLO-2004-99016 – Siemens-saken

TAHER-2009-67427 – Simula

### **6.4 Juridisk litteratur**

- Benson (2014): Thomas Benson, «*Arbeidstakers yringsfrihet*», 2.utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2014.
- Dege (2003): Jan Tormod Dege, «*Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*», Minerva, 2003.
- Eriksen (2016): Birthe Eriksen, «*Arbeidstakers rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» etter arbeidsmiljøloven § 2-4*», Avhandling for graden philosophiae doctor, Universitetet i Bergen, 2016.

- Fougner mfl. (2016): Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet, Tarjei Thorkildsen, «*Kommentarutgaver.no: Arbeidsmiljøloven § 2-4. Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten.*», Universitetsforlaget, 2016.
- Gravås (2007): Aud Kinsarvik Gravås, «*forsvarlig varsling*», Arbeidsrett nr. 4, s. 211-226, 2007.
- Jakhelln mfl. (2011): Henning Jakhelln og Aase C. Løne, «*Arbeidsrett.no: Kommentarer til arbeidsmiljøloven*», Cappelen Damm Akademisk, 2011.
- Johansen mfl. (2011): Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland; «*Kommentarutgave*», Gyldendal Norsk Forlag AS, 1.utgave. 1.opplag Oslo 2011.
- Storeng mfl. (2009): Nils H. Storeng, Arve Due Lund og Tom Henrik Beck: «*Arbeidsrett*», Cappelen, 2009.
- Vigerust (2007): Elisabeth Vigerust, «*Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler*», Arbeidsrett nr. 2, s.103-125, 2007.

## **6.5 Rapporter**

- Trygstad mfl. (2014): Sissel C. Trygstad, Marit Skivenes, Johan Røed Steen og Anne Mette Ødegård (2014). Evaluering av varslerbestemmelsene. FAFO-rapport 2014:05 - ISSN 2387-6859
- AdeB-rapport (2013): Arntzen de Besche (2013). Evaluering av varslingsreglene. En gjennomgang og analyse av rettspraksis og Sivilombudsmannens praksis.
- Fougner (2015): Jan Fougner, Wiersholms rapport om «*«Monika-saken»: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling*», av 25.juni 2015.