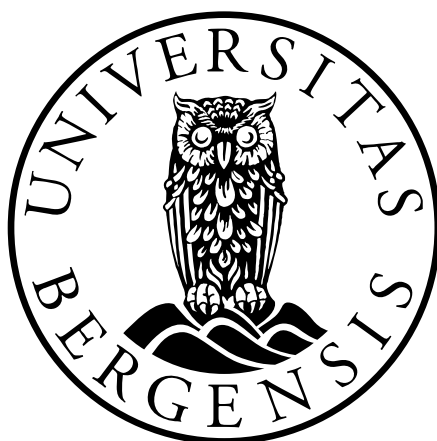


Forholdet mellom arbeidsgivers  
preventive aktivitetsplikt i aml. § 2 A-3  
og det særskilte rettsvernet arbeidstaker  
har ved varsling, jf. aml. §§ 2 A-2 jf.  
2 A-1.

Hvilken betydning har arbeidstakers særskilte varslervern etter aml. §  
2 A-2 for arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt etter aml. § 2 A-3?

Kandidatnummer: 122

Antall ord: 15000



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1. Innledning.....	4
1.1 Tema.....	4
1.2 Aktualitet.....	5
1.3 Metode.....	6
1.4 Avgrensninger og den videre fremstilling.....	8
1.5 Begrepsavklaring.....	9
1.5.1 Varsling og varsler.....	9
1.5.2 Forbudet mot gjengjeldelse .....	10
1.6 Historikk for arbeidsmiljølovens varslingsregler .....	11
2. Hensyn bak varslingsreglene .....	13
2.1 Innledning .....	13
2.2 Hensynet til arbeidstaker.....	13
2.3 Hensynet til arbeidsgiver.....	14
2.4 Hensynet til arbeidsmiljøet .....	15
2.5 Hensynet til samfunnsinteressene .....	16
3. Lojalitetsplikten i arbeidsforhold .....	18
4. Arbeidsmiljølovens regler om varsling .....	20
4.1 Sammenhengen i regelverket.....	20
4.2 Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten, jf. aml. § 2 A-1.....	20
4.3 Forbudet mot gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2 .....	21
5. Arbeidsgivers generelle ansvar for å sikre forsvarlig arbeidsmiljø.....	24
5.1 Arbeidsgivers aktivitetsplikt .....	24
5.2 Arbeidsgivers omsorgsplikt .....	25
6. Forholdet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og arbeidstakers vern ved varsling etter aml. § 2 A-2.....	27
6.1 Innholdet i aktivitetsplikten i forhold til det konkrete varsel.....	27
6.2 Innholdet i aktivitetsplikten i forhold til varsler og omvarslet person.....	29

7. Arbeidsgivers preventive plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling, jf. aml.	
§ 2 A-3 .....	32
7.1 Innledning .....	32
7.2 Begrunnelsen for arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt, jf. aml. § 2 A-3 ...	33
7.3 Virksomheter med under fem ansatte .....	33
7.4 Virksomheter med minst fem arbeidstakere .....	34
7.5 Rutinene må utarbeides i samarbeid med arbeidstakerne og tillitsvalgte .....	35
7.6 Rutinene skal ikke begrense arbeidstakers rett til å varsle.....	35
7.7 Lovpålagte minimumskrav til innhold .....	36
8. Nærmere om de lovpålagte minimumskrav til innholdet av varslingsrutinen .....	37
8.1 Oppfordring til å varsle om kritikkverdige forhold.....	37
8.2 Fremgangsmåte for varsling.....	37
8.3 Fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling .....	39
8.4 Implementering av varslingsrutinen.....	40
9. Arbeidstakernes medvirkningsplikt.....	43
10. I hvilken utstrekning får interne varslingsrutiner betydning for aktivitetsplikten?45	
10.1 Forholdet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og varslingsrutinene .....	45
10.2 Alminnelige rettslige krav til saksbehandling.....	46
10.2.1 Habilitet .....	46
10.2.2 Kontradiksjon .....	47
10.2.3 Konfidensialitet .....	47
10.2.4 Undersøkelse av faktum og konklusjon.....	47
10.2.5 Tilbakemelding til varsler.....	48
10.2.6 "Fengselsinspektør"-dommen som illustrasjon.....	48
11. Betydningen av interne varslingsrutiner ved rettsanvendelsen .....	49
11.1 Innledning .....	49
11.2 I forhold til kravet om forsvarlig fremgangsmåte ved varsling, jf. aml.	
§ 2 A-1 (2).....	49
11.3 I forhold til forbudet mot gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2.....	51
12. Avsluttende vurdering .....	54
13. Kildeliste.....	56

13.1 Lover .....	56
13.1.1 Norge .....	56
13.1.2 Sverige .....	56
13.2 Forskrifter .....	56
13.3 Forarbejder .....	56
13.3.1 Norge .....	56
13.3.2 Sverige .....	57
13.4 Forordninger .....	57
13.5 Dommer .....	57
13.5.1 Høyesterettsdommer .....	57
13.5.2 Lagmannsrettdommer .....	58
13.5.3 Tingrettsdommer .....	58
13.5.4 Den Europeiske menneskerettsdomstol .....	58
13.6 Veiledninger og rapporter .....	58
13.7 Litteratur .....	59

# 1. Innledning

## 1.1 Tema

Tema for masteroppgaven er forholdet mellom arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-3 (heretter arbeidsmiljøloven eller aml.), og det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1.<sup>1</sup>

Arbeidsgiver har en generell aktivitets- og omsorgsplikt overfor arbeidstaker til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.<sup>2</sup> Når arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten hvor vedkommende er ansatt, har lovgiver gitt arbeidstaker et særskilt rettsvern i henhold til aml. § 2 A-2. Vernet kommer *i tillegg* til det rettsvernet arbeidstaker – og enhver borger – nyter ved benyttelse av sin alminnelige ytringsfrihet etter Grunnloven § 100.<sup>3</sup> Følgelig stilles det ytterligere krav til arbeidsgivers omsorgs- og aktivitetsplikt i forhold til en arbeidstaker som har benyttet seg av sin varslingsrett.

Intensjonen bak arbeidstakers særskilte rettsvern ved varsling, er å realisere en effektiv varslingsrett på bakgrunn av samfunnets interesse av ytringer om virksomhetsinterne kritikkverdige forhold.<sup>4</sup> Når arbeidsgiver har rettslig plikt til å sikre dette særskilte vernet, vil kravene som stilles til arbeidsgivers omsorgs- og aktivitetsplikt intensiveres i varslingssituasjoner.

Hvilke rettsvirkninger varslingsretten i aml. § 2 A-1 aktualiserer for arbeidsgiver, har Eriksen uttalt følgende om:

*”Når en arbeidstaker benytter sin varslingsrett etter [aml. § 2 A-1], utløses en rekke plikter for arbeidsgiver, herunder ansvaret for det psykososiale arbeidsmiljøet, samt den alminnelige omsorgsplikten overfor egne arbeidstakere. Spørsmålet om*

---

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

<sup>2</sup> Jf. aml. kapittel 4, jf. § 2-1 og i kraft av styringsretten og den tilhørende ulovfestede omsorgsplikten.

<sup>3</sup> Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov.

<sup>4</sup> Birthe Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1)*. Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen, 2016 s. 159.

*etterlevelse av [aml. § 2 A-3] har således også betydning for arbeidsgivers særlige plikt til å forebygge og løse konflikter i kjølvannet av at en arbeidstaker har varslet*.<sup>5</sup>

Forholdet mellom arbeidsgivers preventive plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3 og arbeidstakers særskilte rettsvern ved varsling, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1, er ikke nærmere utdypet i forarbeidene. I et fåtall underrettsavgjørelser har spørsmålet om hvorvidt arbeidsgivers interne varslingsrutiner har betydning ved forsvarlighetsvurderingen av arbeidstakers varsel, jf. aml. § 2 A-1 (2), og om fravær av, eller mangelfulle varslingsrutiner har betydning for om det har funnet sted gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2, blitt berørt.<sup>6</sup> Retten har imidlertid kun i begrenset grad kommentert anførselene, og det er derfor ikke etablert en standard eller prinsipper for behandling av mottatte varsler i rettspraksis. I mangel av nærmere veiledning i lovtekst, forarbeider og rettspraksis, aktualiseres problemstillingen: Hvilken betydning har arbeidstakers særskilte varslervern etter aml. § 2 A-2 for arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt etter aml. § 2 A-3?

## 1.2 Aktualitet

Interne varslingsrutiners eksistens har vist seg å ha en positiv sammenheng med arbeidstakers varslingsaktivitet.<sup>7</sup> Det er altså påvist at arbeidstakere som arbeider i virksomheter med interne varslingsrutiner har en høyere varslingsstilbøyelighet enn arbeidstakere i virksomheter uten slike rutiner. Dette kan ha sammenheng med den forutberegnelighet interne varslingsrutiner etablerer for både arbeidsgiver og arbeidstaker.<sup>8</sup>

Varslingstemaets aktualitet kan også illustreres ved lovendringen i varslingsreglene som trådte i kraft 1. juli 2017.<sup>9</sup> Endringsformålet var å sikre et enda bedre vern for arbeidstaker som benytter varslingsretten etter aml. § 2 A-1<sup>10</sup>. Lovendringen kom som følge av et behov for forbedringer i lovverket, hvilket i seg selv nettopp underbygger aktualiteten av temaet for denne oppgaven.

---

<sup>5</sup> *Ibid*, s. 54.

<sup>6</sup> Se kapittel 11.

<sup>7</sup> Sissel. C. Trygstad, *Kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser*. Fafo-notat 2017:03 s. 50.

<sup>8</sup> Eriksen (2016), s. 294.

<sup>9</sup> Endringslov 16. juni 2017 nr. 42.

<sup>10</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 12.

Endelig kan temaets aktualitet understrekes gjennom Varslingsutvalgets utredning om varslings i arbeidslivet, som avga sitt arbeid til Arbeids- og sosialdepartementet den 15. mars 2018.<sup>11</sup> Utvalget understreket betydningen av arbeidsgivers plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner og pliktens sentrale rolle for å sikre et reelt rettsvern for arbeidstaker som benytter sin varslingsrett, jf. aml. § 2 A-1.<sup>12</sup> I forlengelsen av Varslingsutvalgets arbeid har Arbeids- og sosialdepartementet fulgt opp utredningen i en ny lovproposisjon ved å foreslå endringer i varslingskapittel 2 A, hvor særlig lovfesting av regler om hvilke plikter arbeidsgiver har når virksomheten mottar et varsel om kritikkverdige forhold, er et av proposisjonens hovedfokus.<sup>13</sup>

### 1.3 Metode

Rettskildematerialet som vedrører forholdet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og arbeidstakers særskilte rettsvern ved varslings, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1, er begrenset.<sup>14</sup> Dette gjør analysen metodisk utfordrende.

Oppgavens tema, som vektlegger en analyse av aml. § 2 A-3, inviterer i utgangspunktet til en tradisjonell rettsdogmatisk analyse. Bestemmelsen kan imidlertid forstås som et eksempel på en aktiv, kognitiv og formålsorientert lovgivningsteknikk, og kan derfor ikke håndteres tilstrekkelig innenfor rammene av tradisjonell rettsdogmatikk.<sup>15</sup> Oppgavens forskjellige deler stiller dermed ulike krav til metoden som benyttes.

Lovgivningsteknikken som er benyttet for aml. § 2 A-3 forutsetter selvregulering basert på en risikovurdering i den konkrete virksomhet.<sup>16</sup> Sentralt for risikobasert internkontroll som reguleringsmetode, er at arbeidsgiver er tilkjent et betydelig handlingsrom så lenge virksomhetens interne varslingsrutiner ”tilpasses virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse i det omfang som er nødvendig for å etterleve krav i eller i medhold av helse-,

---

<sup>11</sup> NOU 2018: 6 ”Varsling – verdier og vern”.

<sup>12</sup> *Ibid*, s. 162-164.

<sup>13</sup> Prop. 74 L (2018-2019). Eksempelvis foreslås arbeidsgivers aktivitets- og omsorgsplikt ved varslings lovfestet i ny § 2 A-3, og at fremgangsmåten for arbeidsgivers saksbehandling av varselet skal fremgå av rutinen jf. ny § 2 A-6 (4) bokstav c).

<sup>14</sup> Eriksen (2016), s. 71.

<sup>15</sup> *Ibid*, s. 70.

<sup>16</sup> *Ibid*, s. 460.

miljø- og sikkerhetslovgivningen”.<sup>17</sup> Når de interne varslingsrutinene særlig skal reflektere risikonivået i den enkelte virksomhet, vil en intern rutine trolig se ulik ut, i for eksempel en barnehage enn i en bank.

Så langt eksisterer det ingen Høyesterettspraksis knyttet til arbeidsmiljølovens særskilte varslingsbestemmelser. Dette, til tross for at flere rettsavgjørelser har blitt anket videre for rettsavklaring.<sup>18</sup> Situasjonen gjør at forarbeidene får stor rettskildemessig vekt, og en sentral betydning i det følgende.

Hvilket ansvar arbeidsgiver har som varslingsmottaker, og hvilken rettslig relevans interne varslingsrutiner har, er beskjedent behandlet i underrettspraksis.<sup>19</sup> Selv om underrettspraksis mangler autoritet, og dermed mangler rettskildemessig vekt, kan den ha betydning ved fastlegging av gjeldende rett.<sup>20</sup> Den vil dessuten kunne tillegges økt vekt der juridisk litteratur har behandlet den, eller der rettsavgjørelsen ikke er anket til Høyesterett.<sup>21</sup> Hovedsakelig vil underrettspraksis brukes som illustrasjon på hvordan varslervernet blir forstått i praksis, og hvilken rettslig relevans interne varslingsrutiner utarbeidet for etterlevelse av aml. § 2 A-3 har.

Nyere juridisk litteratur som behandler reglene om varsling vil også vies oppmerksomhet.<sup>22</sup>

En benyttelse av perspektiver fra organisasjonspsykologiske prosesser ved varsling, vil kunne gi verdifull innsikt i hvordan arbeidsgiver og arbeidstaker opptrer i forhold til hverandre i forbindelse med varsling.<sup>23</sup> Det vil trolig også kunne gi en bedre forståelse av hvordan arbeidsgiver utøver den preventive aktivitetsplikten i de ulike fasene av varslingsprosessen.

---

<sup>17</sup> Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter § 5.

<sup>18</sup> Eksempelvis LB-2009-36995 ”Norwelt” og LB- 2009-70215 ”Sensur” hvor anke til Høyesterett ble nektet fremmet.

<sup>19</sup> Se kapittel 11.

<sup>20</sup> Eriksen (2016), s. 71.

<sup>21</sup> Torstein Eckhoff. Jan. E. Helgesen, *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget, 2001 s. 162.

<sup>22</sup> Se f.eks. Eriksen (2016).

<sup>23</sup> Eksempelvis gjort i Eriksen (2016), s. 60.



## 1.4 Avgrensninger og den videre fremstilling

Fokuset i denne oppgaven er å undersøke hvordan arbeidstakers særskilte varslervern i aml. § 2 A-2 aktualiserer arbeidsgivers aktivitetsplikt på ethvert trinn i en varslingsprosess.

I det følgende vil det innledningsvis gis en kort begrepsavklaring, med en etterfølgende oversikt over historikk.

I kapittel 2 vil sentrale hensyn bak varslingsreglene presenteres, hovedsakelig for å synliggjøre bakgrunnen for lovfestingen av varslingsreglene i arbeidsmiljøloven.

Den gjensidige lojalitetsplikten i arbeidsforhold er temaet i kapittel 3. Forkunnskaper om utgangspunktet for arbeidstakers medvirkningsrett og -plikt, som behandles nærmere i kapittel 9, anses hensiktsmessig for å forstå dynamikken mellom arbeidsgiver og arbeidstakers ulike rettigheter og plikter i et arbeidsforhold.

I kapittel 4 vil det redegjøres for arbeidsmiljølovens regler om varsling og hvordan varslingsreglene samspiller for å plassere varslervernet i sin rettslige kontekst.

I kapittel 5 er temaet arbeidsgivers generelle ansvar for å sikre forsvarlig arbeidsmiljø. Det er grunnleggende å ha kunnskap om hva arbeidsgivers aktivitets- og omsorgsplikt innebærer for å kunne analysere hvordan den påvirkes for å realisere varslervernet.

I kapittel 6 vil forholdet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og arbeidstakers vern ved varsling etter aml. § 2 A-2 analyseres.

En presentasjon av arbeidsgivers preventive plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3 vil foreligge i kapittel 7.

I kapittel 8 vil de lovpålagte minimumskrav til innholdet av varslingsrutinen nærmere inngås.

Som nevnt i forbindelse med kapittel 3 ovenfor, behandles arbeidstakers medvirkningsrett og -plikt i kapittel 9.

I hvilken utstrekning interne varslingsrutiner får betydning for arbeidsgivers aktivitetsplikt, behandles i kapittel 10.

Temaet for kapittel 11 er hvilken betydning interne varslingsrutiner har ved rettsanvendelsen.

Avslutningsvis vil det i kapittel 12 foretas en avsluttende vurdering med svar på oppgavens problemstilling, for å unngå dobbeltbehandling av tema.

## 1.5 Begrepsavklaring

### 1.5.1 Varsling og varsler

Det følger av aml. § 2 A-2 (1) første punktum at arbeidstaker som ”varsler i samsvar med § 2 A-1” har vern mot gjengjeldelse. Av ordlyden kan det utledes at en ”varsler” er den arbeidstaker som oppfyller lovens vilkår ved benyttelsen av varslingsmuligheten i aml. § 2 A-1. Det betyr at arbeidstaker som på en ”forsvarlig” måte varsler om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten får status som en ”varsler”, og følgelig et særskilt vern mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver.

Hva som ligger i ”varsling” kan kun indirekte utledes av aml. § 2 A-1 (1) da arbeidsmiljøloven mangler en legaldefinisjon av begrepet. Retten til å ”varsle” om et forhold som er ”kritikkverdig” i arbeidsgivers virksomhet knytter seg til en *situasjon* der arbeidstaker observerer og tilegner seg kunnskap om et forhold på arbeidsplassen vedkommende er ansatt som utløser en rett til å varsle om forholdet.<sup>24</sup> Av dette kan det utledes at varsling er det å si fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen til noen som direkte eller indirekte kan ha myndighet til å gjøre noe med det.<sup>25</sup>

I likhet med de svenske forarbeidene til ”*lag om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden*”, har det nå også i Norge blitt lagt til grunn at varsling er en *prosess* og ikke bare en enkelt ytringssituasjon.<sup>26</sup>

Varslingsprosessen beskrives i fire steg, der første steg av prosessen starter med arbeidstakers

---

<sup>24</sup> *Ibid*, s. 32.

<sup>25</sup> NOU 2018: 6 s. 23.

<sup>26</sup> *Ibid*, s. 25-26, SOU 2014: 31 «Visselblåsare. Starkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden» s. 52-53 og Lag 2016:749.

*observasjon* av et forhold vedkommende vurderer som kritikkverdig i virksomheten hvor personen er ansatt. Neste steg innebærer *et valg* mellom å varsle, forholde seg taus eller forlate og avslutte sitt arbeidsforhold. Dersom arbeidstaker velger å varsle, går prosessen videre til steg tre hvor virksomheten må beslutte om forholdet skal *følges opp* eller ikke. I fjerde og siste steg av prosessen er det opp til virksomheten å avgjøre hvordan arbeidstaker som varslet skal *behandles*, herunder om arbeidstaker skal ignoreres, straffes for å ha skadet virksomheten, oppmuntres eller belønnes for sitt varsel. Prosessen vil kunne variere, og gjentas der arbeidstaker ikke når frem med sitt varsel.

Et varsel kan fremsettes for tre ulike varslingsnivå. Det kan varsles *internt* i virksomheten vedkommende er ansatt, til *offentlig myndighet* og til *offentligheten* ved media o.a.<sup>27</sup> Valg av nivå for varslingen, og den videre eskaleringen til et høyere nivå, har gjerne sammenheng med arbeidstakers opplevelse av varslingsmottakers håndtering av det mottatte varselet og ivaretagelse av varsleren selv.<sup>28</sup> Både internasjonal og nasjonal forskning viser at majoriteten av arbeidstakere som varsler, varsler internt flere ganger før saken eventuelt tas videre eksternt utenfor egen virksomhet.<sup>29</sup> Manglende vilje eller evne fra arbeidsgiver som strider mot de legitime forventningene arbeidstaker har til arbeidsgiver, kan altså være avgjørende for sannsynligheten til at konflikt oppstår og eskalerer til høyere varslernivå. Hvordan varslingsprosessen utarter vil dermed kunne avhenge av partenes opptreden og forventninger overfor hverandre.

Ved å forstå varsling som en prosess fremkommer det dynamiske elementet ved varsling som at varsling kan omfatte ytringer som engasjerer flere mottakere over tid, og at både forhold på arbeidstakers og arbeidsgivers hold påvirker utviklingen av varslingsprosessen. I et aktivitetspliktsperspektiv er det særlig viktig å understreke pliktens sentrale rolle for arbeidstakers varslervern underveis i varslingsprosessen.

### 1.5.2 Forbudet mot gjengjeldelse

Det følger av aml. § 2 A-2 (1) at ”gjengjeldelse” mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2 A-1 er forbudt. Arbeidstaker som på en ”forsvarlig” måte varsler om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten er følgelig vernet av forbudet. Begrepet gjengjeldelse omfatter i

---

<sup>27</sup> Fafo-notat 2017:03 s. 36-37.

<sup>28</sup> Eriksen (2016), s. 289.

<sup>29</sup> Fafo-notat 2017:03 s. 40.

utgangspunktet ”enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling”.<sup>30</sup> En slik ugunstig behandling kan bl.a. innebære interne overføringer, oppsigelse eller avskjed. Gjengjeldelsesforbudet er nærmere behandlet i kapittel 4.

## 1.6 Historikk for arbeidsmiljølovens varslingsregler

Arbeidsmiljøloven om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven 1977) manglet bestemmelser om vern av arbeidstakere som varsler, og et eksplisitt gjengjeldelsesforbud.<sup>31</sup> Reglene om arbeidstakers varslingsrett var ulovfestet, og særlig utviklet gjennom underrettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn.<sup>32</sup> For vern mot gjengjeldelse ved varsling måtte dette leses ut av enten §§ 60, 12 nr. 1 eller 54 G.<sup>33</sup> Beskyttelse mot gjengjeldelse forutsatte at arbeidstakers varsling var lojal.<sup>34</sup>

Arbeidsmiljølovens første spesifikke varslingsregler ble vedtatt i 2006.<sup>35</sup> Lovfestingen var en kodifisering av rettstilstanden fra arbeidsmiljøloven 1977, og ble primært lovfestet for å få klarere og mer presise regler på bakgrunn av opplysningshensyn og moderne medias fremtredende rolle i samfunnet.<sup>36</sup> Det var ønskelig med en generell verneregel for å synliggjøre at arbeidstaker har et vern i forbindelse med varsling, og at forutsetningen er at varslingen ikke bryter med arbeidsforholdets lojalitetsplikt.<sup>37</sup>

Varslingsreglene ble revidert i 2017, og kapittel 2 A med tittel ”Varsling” ble tilføyd.<sup>38</sup> Hovedhensynet bak opprettelsen av et eget varslingskapittel var å synliggjøre bestemmelsene, og gjøre dem mer tilgjengelige for å unngå at plasseringen skulle kamuflere sammenhengen i regelverket.<sup>39</sup> I tillegg til opprettelsen av et nytt kapittel ble også tidligere bestemmelser flyttet og revidert, en større del av yrkesaktive arbeidstakere i norsk arbeidsliv innlemmet i varslervernet og nye regler lagt til.

---

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 52.

<sup>31</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.

<sup>32</sup> NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget s. 445.

<sup>33</sup> *Ibid*, s. 448.

<sup>34</sup> *Ibid*.

<sup>35</sup> Ved endringslov 1. desember 2006 nr. 64.

<sup>36</sup> NOU 2004: 5 s. 450.

<sup>37</sup> *Ibid*, s. 453.

<sup>38</sup> Endringslov 16. juni 2017 nr. 42.

<sup>39</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 16.

Ved lovendringen i 2017 ble den tidligere bestemmelsen i aml. § 3-6 innlemmet i kapittel 2 A som § 2 A-3, samtidig som at ordlyden ble revidert. Bakgrunnen for revideringsbehovet var bestemmelsens skjønnsmessige utforming som skapte vanskeligheter for håndteringen i praksis.<sup>40</sup> Formålet med endringen var særlig å utforme en bestemmelse som skulle være enklere for virksomhetene å forholde seg til for hvordan kravet skal etterkommes.<sup>41</sup> Behovet for endring av bestemmelsen ble særlig satt på dagsorden etter at Fafo leverte sin kunnskapsrapport om varsling og varslingsprosesser i 2017.<sup>42</sup> Endringen tilsiktet å ha en positiv effekt for ytringsklimaet i virksomhetene, og bidra til å styrke vernet av arbeidstakere som varsler.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibid*, s. 20.

<sup>41</sup> *Ibid*, s. 20 og 21.

<sup>42</sup> Fafo-notat 2017:03.

<sup>43</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 21.

## 2. Hensyn bak varslingsreglene

### 2.1 Innledning

Grunnet styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, søker varslingsreglene å styrke arbeidstakers posisjon i forhold til arbeidsgiver ved å beskytte arbeidstakere som varsler forsvarlig om kritikkverdige forhold i virksomheten.<sup>44</sup> Det var behov for noen prinsipielle kjøreregler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker når kritikkverdige forhold i virksomheten avdekkes.<sup>45</sup> Videre følger noen sentrale hensyn bak varslingsreglene.

### 2.2 Hensynet til arbeidstaker

Arbeidstakers varslingsrett er en del av spørsmålet om arbeidstakers yringsfrihet.<sup>46</sup> Slik det vil illustreres nedenfor i kapittel 3, setter lojalitetsplikten i arbeidsforhold en lovlig begrensning i arbeidstakers yringsfrihet.<sup>47</sup> Det var derfor behov for varslingsregler som skulle fjerne usikkerheten om grensen mellom lojalitetsplikten og yringsfriheten for arbeidstaker.<sup>48</sup>

Det alminnelige utgangspunktet for yringsfriheten følger av Grunnloven § 100.

Utgangspunktet er at arbeidstakere har samme yringsfrihet som enhver annen borger.<sup>49</sup> Mens arbeidsforholdets lojalitetsplikt setter skranker for arbeidstakers yringsfrihet ved å begrense hvor fri yringer kan være, gir aml. § 2 A-1 arbeidstaker en rett til å ytre seg om forhold som lojalitetsplikten i utgangspunktet begrenser muligheten for. Lovfestingen av arbeidstakers særskilte beskyttelse mot ulovlig gjengjeldelse fra arbeidsgiver ved varsling kan derfor ses som en styrking av yringsfriheten i den spesifikke yrings-situasjonen.<sup>50</sup>

Lojalitetspliktens begrensninger for arbeidstakers yringsfrihet kommer til uttrykk ved at fremgangsmåten ved varslingen skal være ”forsvarlig”, jf. aml. § 2 A-1 (2). Spørsmålet om yringen er lojal og følgelig innenfor rammene av lojalitetsplikten, og grensen for

---

<sup>44</sup> *Ibid*, s. 6.

<sup>45</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 39.

<sup>46</sup> *Ibid*, s. 8.

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 129 og St.meld.nr.26 (2003-2004) s. 108.

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006), s. 10.

<sup>49</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 129.

<sup>50</sup> Eriksen (2016), s. 49.

arbeidstakers ytringsfrihet er to sider av samme sak.<sup>51</sup> Vurderingen beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering, der vurderingstemaet i hovedsak er om arbeidstaker har saklig grunn for kritikken, og om det er tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers legitime interesser.<sup>52</sup> Domstolene har imidlertid lagt til grunn at det skal mye til før ytringsfrihetens grenser er overskredet og lojalitetsplikten brutt.<sup>53</sup>

### 2.3 Hensynet til arbeidsgiver

Arbeidsgiverhensynet opprettholdes ved at arbeidsforholdets lojalitetsplikt ivaretas gjennom varslingsreglene. Arbeidsgivers gjengjeldelsesforbud aktualiseres kun overfor arbeidstaker som varsler i samsvar med aml. § 2 A-1, jf. § 2 A-2 (1), og følgelig har en ”forsvarlig” fremgangsmåte ved varslingen.

Arbeidsgivers plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3, ivaretar også hensynet til arbeidsgiver. Bestemmelsen kan ses som en plikt for arbeidsgiver til å sikre et forsvarlig ytringsklima i virksomheten. Rutineetablering for varsling vil bidra til å sikre forutberegnelighet i arbeidsforholdet for hva som kan forventes av prosessen når det fremsettes varsel. Ved at rutinen skal oppfordre arbeidstaker til å benytte varslingsmuligheten, vil det følgelig være lojalt av arbeidstaker å varsle om kritikkverdige forhold. Frykten for å varsle, samt terskelen for å frembringe kritisk informasjon, vil med dette kunne senkes. Å varsle i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling vil alltid være ”forsvarlig”, jf. aml. § 2 A-1 (2) andre punktum.

Varslingsrutiners betydning for konfliktprevensjon og konflikthåndtering har blitt påpekt i juridisk teori. Ved arbeidsgivers manglende håndtering av mottatt varsel, foreligger en løpende risiko for ytterligere varsel fra arbeidstaker, både internt og eksternt.<sup>54</sup> Dette har sammenheng med arbeidstakers begrunnelse for og ønske om endring ved å varsle om det kritikkverdige forholdet. På lik linje med den løpende risikoen for videre varsel, vil også en manglende ivaretagelse av den varslende arbeidstaker kunne medføre en konflikteskalering.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 129.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Eriksen (2016), s. 59.

<sup>55</sup> *Ibid.*

Organisasjonspsykologisk forskning tyder på at ikke-håndtert varsling ofte følger et bestemt mønster hvoretter det oppstår en eskalerende konflikt med påfølgende utstøtelse av arbeidstaker som mulig resultat.<sup>56</sup> Utarbeidelse av interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3, kan således bidra til å forebygge videre varsling og dermed en konflikteskalering mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Rutiner for intern varsling vil dermed gagne arbeidsgiver på sikt, og følgelig ivareta hensynet til arbeidsgiver.

Arbeidsgivers preventive plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3 vil bli nærmere behandlet nedenfor i kapittel 7.

## 2.4 Hensynet til arbeidsmiljøet

Arbeidsgiver har et alminnelig ansvar for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i virksomheten ved et sunt psykososialt og fysisk arbeidsmiljø, og etterlevelse av kravet til helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS), jf. aml. §§ 3-1, 4-2 og 4-3 jf. 4-1. Plikten til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3, har derfor karakter som en *tilleggsbeskyttelse* for arbeidstaker til arbeidsgivers generelle plikter til et forsvarlig arbeidsmiljø.

Ved å pålegge arbeidsgiver å utarbeide rutiner i samsvar med det systematiske HMS-arbeidet, jf. aml. §§ 2 A-3 jf. 3-1, tilrettelegger bestemmelsen for sunne bedriftskulturer med et åpent ytringsklima. Plikten vil altså bidra til å etablere en kanal for å frembringe frie og kritiske ytringer i virksomheten, og sikrer forutberegnelighet både for arbeidsgiver og arbeidstaker for hvordan varsling skal skje i virksomheten.<sup>57</sup> Et ytringsklima der arbeidstaker er av den oppfatning at arbeidsgiver tar ytringsfrihetsspørsmål på alvor, vil følgelig gagne virksomheten.

Etter at empiriske undersøkelser viser at ansatte i virksomheter med varslingsrutiner har en høyere varslingstilbøyelighet enn ansatte i virksomheter uten slike rutiner, har Arbeids- og

---

<sup>56</sup> *Ibid*, s. 60 og Brita Bjørkelo. Birthe Eriksen, ”Arbeidsgivers plikt til å forebygge og håndtere konflikt i kjølvannet av varsling” i Birthe Eriksen, *Å bekjempe et samfunnsproblem: Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*. Oslo: Gyldendal akademisk, 2014 s. 156-176.

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 46.



sosialdepartementet lagt til grunn at interne varslingsrutiner vil ha en positiv effekt for virksomheters ytringsklima, og bidra til å styrke vernet av varslende arbeidstakere.<sup>58</sup>

## 2.5 Hensynet til samfunnsinteressene

Varslingsreglene har også en side til samfunnet generelt. Det kan altså være i samfunnets interesse at bedriftsinterne forhold avdekkes.<sup>59</sup>

En viktig side ved ytringsfriheten er å finne frem til sannheten. Arbeidstakers reelle ytringsfrihet i ansettelsesforholdet er derfor sentralt for åpenhet og informasjonsflyt i samfunnet.<sup>60</sup> Da ytringsfriheten begrunnes av sentrale demokrati- og rettsstatsprinsipper som hensynet til demokrati, sannhetssøken og individets frie meningsdannelse er arbeidstakers ytringsfrihet avgjørende for den generelle demokratiske debatt.<sup>61</sup> Hensynet til allmennheten taler derfor for stor ytringsfrihet for ansatte.<sup>62</sup>

Ansettelsesforhold og arbeidsmiljø er i dag ansett å være et offentlig anliggende.<sup>63</sup> Dette har sammenheng med økningen av offentligrettslige regler som stiller krav til virksomhetenes ivaretagelse av samfunnsmessige hensyn som bl.a. miljøvern, rettssikkerhet og likestilling.<sup>64</sup> I tillegg til å ha det overordnede ansvaret for etterlevelse av arbeidsmiljølovens regler, er det også arbeidsgivers ansvar at øvrig regelverk overholdes.<sup>65</sup> Det vil derfor være i offentlighetens interesse om arbeidsgiver faktisk etterlever de regler loven pålegger virksomhetene å følge. I den forbindelse kan det argumenteres for at allmennheten har en legitim interesse i et visst innsyn i forhold på den enkelte arbeidsplass.

Ved å utføre arbeid i og for virksomheten, kan arbeidstaker anses nærmest til å oppdage og inneha kunnskap om lovbrudd, umoralsk eller annen uakseptabel adferd i en bedrift. Om virksomheters kritikkverdige forhold ser dagens lys vil derfor i stor grad bero på rekkevidden av arbeidstakers ytringsfrihet. Selv om ekstern offentlig varslings som klart utgangspunkt skal

---

<sup>58</sup> Se pkt. 1.2 og Prop.72 L (2016-2017) s. 21.

<sup>59</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 133.

<sup>60</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 34.

<sup>61</sup> NOU 1999: 27 "Ytringsfrihed bør finde sted" s. 21.

<sup>62</sup> NOU 2018: 6 s. 44.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 133.

<sup>65</sup> *Ibid.*, s. 303.

benyttes som siste varslingsnivå, skal ikke dette gå på bekostning av at korrupsjon eller andre alvorlige kritikkverdige forhold som allmennheten har en berettiget interesse i å få vite om, holdes innenfor virksomheten og unna offentlighetens ører.<sup>66</sup> At kritikkverdige forhold blir gjort kjent for etablerte tilsynsorgan som eksempelvis Arbeidstilsynet, vil derfor nødvendigvis ikke alltid være godt nok for den generelle demokratiske debatt om arbeidsmiljøspørsmål.<sup>67</sup>

Ved at opplysninger kan spres raskere og mer effektivt enn tidligere, har moderne media hatt en sentral rolle for å skape en større aktualitet rundt offentliggjøring av kritikkverdige forhold på arbeidsplassen de siste årene. Et offentlig engasjement har makt til å påtvinge en opprydningsprosess av det kritikkverdige, og vil i noen tilfeller være det eneste mulige og mest hensiktsmessige virkemiddelet for å endre forholdet. At arbeidstakers ytringsfrihet ikke er begrenset til å delta i den demokratiske debatt, kan altså være avgjørende for om virksomheters kritikkverdige forhold blir avdekket og senere endret. En slik ytringsfrihet for arbeidstaker vil følgelig være i samfunnets interesse.

---

<sup>66</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 42.

<sup>67</sup> NOU 2018: 6 s. 44.

### 3. Lojalitetsplikten i arbeidsforhold

For å plassere utgangspunktet for arbeidstakers medvirkningsrett og -plikt i sin rettslige kontekst, vil det i det følgende gis en kort oversikt over den gjensidige lojalitetsplikten i arbeidsforhold.

Arbeidsavtalen er et kontraktsforhold med styrkeforskjell mellom partene som følge av at arbeidsgiver anses som den profesjonelle part med særlig innsikt og ressurser, i tillegg til å ha styringsrett til å ensidig fastsette bestemmelser som er bindende for arbeidstaker.<sup>68</sup> At arbeidskraften som skal leveres i et arbeidsforhold ikke kan skilles fra arbeidstaker, gjør at arbeidsavtalen også har et personlig og sosialt forhold mellom avtalepartene, i tillegg til å være en økonomisk og forretningsmessig kontrakt.<sup>69</sup> På bakgrunn av arbeidsgivers ensidige styringsrett, må arbeidstaker som utgangspunkt godta de betingelser arbeidsgiver kommer med, eller forlate avtaleforholdet i søken om å finne en arbeidsgiver som er villig til å inngå avtale på andre vilkår. Et arbeidsforhold kan derfor karakteriseres som et underordningsforhold for arbeidstaker.<sup>70</sup>

Mellom partene i et kontraktsforhold gjelder ulike rettigheter og plikter. Som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, skal avtalepartene opptre gjensidig lojalt overfor hverandre, slik at det opprettholdes en balanse i henhold til de forutsetninger og forventninger partene inngikk avtalen med.<sup>71</sup> På bakgrunn av et økende fokus rundt vern av den svakere part i avtaleforholdet, utviklet lojalitetsprinsippet seg på ulovfestet grunnlag gjennom rettspraksis.<sup>72</sup> At arbeidsforhold har et særlig tillitselement ved at lojaliteten på mange måter er en forutsetning for avtaleforholdet i seg selv, gjør at lojalitetsplikten har en særlig sentral rolle.<sup>73</sup>

Arbeidsavtalen har som regel som formål å være en langsiktig avtale. Det gjør lojalitetsplikten

---

<sup>68</sup> Stein Evju, "Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten", *Arbeidsrett*, 2011 (3-4), 143-163.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*, s. 155.

<sup>71</sup> NOU 2004: 5 s. 446 og Rt-2005-268 avsnitt 55.

<sup>72</sup> Rt-2003-1252 avsnitt 29, Rt-2005-268 avsnitt 55, Rt-1988-1078 side 1084.

<sup>73</sup> Rt-1990-607 side 615.

dynamisk ved at partenes plikter vil fastsettes gjennom kontraktsforholdets løp.<sup>74</sup> Enkelte plikter gjelder likevel konstant, og skal sørge for forutberegnelighet i kontraktsforløpet. Helt overordnet har arbeidstaker forpliktet seg til lojalt å slutte opp om og ivareta arbeidsgivers interesser, og avstå fra å skade disse interessene og arbeidsgivers omdømme unødige gjennom ytringer.<sup>75</sup>

En arbeidsavtale innebærer følgelig motstridende interesser. Arbeidstakers yringsfrihet på den ene siden må holdes opp mot arbeidsgivers legitime behov for lojalitet fra sine arbeidstakere på den andre.<sup>76</sup> Arbeidstakers særskilte rettsvern ved varsling, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1, kan imidlertid fungere som en modifikasjon i lojalitetsplikten da ansattes yringsfrihet tilgodeses ved muligheten til å varsle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen til noen som har mulighet til å gjøre noe med forholdet. Varslingsretten gjør altså et eksplisitt unntak for ytringer som isolert sett kan være illojale mot arbeidsgiver og virksomheten.<sup>77</sup> I et arbeidsmiljøperspektiv er det viktig at arbeidstakere har en slik mulighet til å ytre seg for å belyse straffbare, lovstridige eller uetiske forhold, samtidig som at det ivaretar allmennhetens interesser i at slikt avdekkes.<sup>78</sup> Lojalitetsplikten overfor arbeidsgivers legitime interesser er ivaretatt ved at fremgangsmåten for varsling må være ”forsvarlig”.<sup>79</sup>

Arbeidsgivers overordnede ansvar for å etterleve arbeidsmiljølovens regler, aktualiserer arbeidsgivers alminnelige omsorgsplikt overfor egne arbeidstakere.<sup>80</sup> Dette kan betraktes som arbeidsgivers side av lojalitetsplikten. Da arbeidsgivers aktivitets- og omsorgsplikt behandles i kapittel 5 nedenfor, vil denne siden av lojalitetsplikten ikke behandles nærmere i dette kapitlet.

Arbeidstakers brudd på lojalitetsplikten vil berette reagjoner fra arbeidsgiver.<sup>81</sup>

---

<sup>74</sup> Linn. H. Ringvoll. Erlend. M. Leonhardsen, ”Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold”, *Jussens Venner*, 2007 (01), 37-55.

<sup>75</sup> NOU 2004: 5 s. 446 og Maren Elvestad. ”Yringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold”, *Arbeidsrett*, 2011 (3-4), 130-142.

<sup>76</sup> Eriksen (2016), s. 54.

<sup>77</sup> Elvestad (2011), s. 130-142.

<sup>78</sup> NOU 2004: 5 s. 445.

<sup>79</sup> Arbeidsmiljøloven § 2 A-1 (2) første punktum.

<sup>80</sup> Arbeidsmiljøloven § 2-1.

<sup>81</sup> Rt-1996-1401 side 1408.

## 4. Arbeidsmiljølovens regler om varsling

### 4.1 Sammenhengen i regelverket

For sammenhengens skyld er det behov for å plassere arbeidstakers særskilte varslervern i sin rettslige kontekst. Videre følger en kort oversikt over arbeidsmiljølovens regulering av varsling.

Varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven består i all hovedsak av tre bestemmelser som er ment å samvirke og som følgelig må ses i lys av hverandre.<sup>82</sup> Hovedregelen er at arbeidstaker som på en ”forsvarlig” måte varsler om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten er vernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver. Sammenhengen i regelverket kan illustreres ved at arbeidstakers gjengjeldelsesvern forutsetter at arbeidstaker har varslet i henhold til aml. § 2 A-1, jf. ordlyden i aml. § 2 A-2. Arbeidsgivers plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling etter aml. § 2 A-3 forut for en aktuell varsling illustrerer sammenhengen ytterligere. Det fordi plikten innebærer å legge til rette for ytringer om ”kritikkverdige forhold”, jf. aml. §§ 2 A-3 (4) som henviser til 2 A-1.<sup>83</sup> Plikstens hensikt er å styrke den reelle ytringsfriheten til arbeidstaker og fremme et åpent ytringsklima, som er viktige faktorer for å realisere varslerreretten og arbeidstakers beskyttelsesbehov.<sup>84</sup>

I det følgende vil det gis en oversikt over arbeidstakers rett til å varsle, samt det særskilte varslervernet ved forbudet mot gjengjeldelse. Arbeidsgivers plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner behandles i kapittel 7 og vil derfor ikke behandles nærmere i dette kapittelet.

### 4.2 Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold”, jf. aml. § 2 A-1

Hovedregelen er at arbeidstaker har rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” i arbeidsgivers virksomhet der vedkommende er ansatt, jf. aml. § 2 A-1. Ordlyden i vilkåret ”kritikkverdige forhold” indikerer et dynamisk innhold som endrer seg i takt med den rettslige standarden som til enhver tid utvikles i samsvar med samfunnsutviklingen.<sup>85</sup> Lovgiver har fremholdt at arbeidstaker bør ha ytringsfrihet også i tilfeller der ytringene kan komme i

---

<sup>82</sup> Eriksen (2014), s. 170.

<sup>83</sup> Eriksen (2016), s. 158.

<sup>84</sup> Wiersholm I. ”Monika-saken”: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefer's varsling, *rapport 25. juni 2015*, s. 85.

<sup>85</sup> Eriksen (2016), s. 160.

konflikt med eller skade interessene til arbeidsgiver.<sup>86</sup> Begrepet omfatter både straffbare forhold og andre lovbestemte forbud eller påbud som ikke er straffesanksjonerte.<sup>87</sup> Brudd på etiske normer med bred tilslutning i samfunnet, og interne etiske retningslinjer i virksomheten omfattes også.<sup>88</sup> Helt overordnet må vurderingen av ”kritikkverdig” fortolkes i lys av hvilken allmenn interesse opplysningene har, da det nettopp er samfunnsinteressen i det påståtte kritikkverdige forholdet som avgjør varslerrettens rekkevidde.<sup>89</sup> Arbeidstakers egen personlige overbevisning av begrepet faller følgelig utenfor vilkårets rekkevidde. Helt sentralt ved vurderingen er hvorvidt arbeidstaker har fått kjennskap til opplysningen i kraft av ansettelsesforholdet, slik at den ikke er allment tilgjengelig.<sup>90</sup>

Arbeidstakers varslingsrett modifiseres imidlertid i (2), ved at fremgangsmåten ved varslingen skal være ”forsvarlig”. Ordlyden i vilkåret ”forsvarlig” indikerer et visst hensyn fra arbeidstaker overfor arbeidsgivers interesser ved varslingen. Reguleringen var kun ment å stille visse krav til måten arbeidstaker skal varsle på, og ikke begrense selve varslerretten til å ytre seg om kritikkverdige forhold.<sup>91</sup> Bestemmelsen kan således ses som et utslag av den gjensidige lojalitetsplikten som foreligger i arbeidsforhold. Vilkåret var ment å virke som en sikkerhetsventil mot unødvendige skader på virksomhetens legitime interesser.<sup>92</sup> Som nevnt i pkt. 2.2 ovenfor, beror forsvarlighetsvurderingen på en konkret skjønnsmessig vurdering.

Samspillet i varslingsreglene illustreres ved at det alltid vil være ”forsvarlig” å varsle i samsvar med ”virksomhetens rutiner for varsling”, jf. aml. §§ 2 A-1 (2) jf. 2 A-3.

#### 4.3 Forbudet mot gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2

Lovgiver har bemerket at vernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver kun gjelder i den utstrekning arbeidstakers varsling er innenfor grensene av lojalitetsplikten.<sup>93</sup> Av dette kan det utledes at varslervernet kun gjelder for arbeidstaker som benytter en ”fremgangsmåte ved varslingen [som er] forsvarlig”, jf. aml. § 2 A-1 (2) jf. pkt. 4.2 ovenfor. Samspillet mellom

---

<sup>86</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 38.

<sup>87</sup> *Ibid*, s. 24.

<sup>88</sup> *Ibid*, s. 38.

<sup>89</sup> Eriksen (2016), s. 159.

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 38

<sup>91</sup> *Ibid*, s. 52.

<sup>92</sup> *Ibid*.

<sup>93</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 306.

varslingsreglene kommer følgelig også her til uttrykk, ved at gjengjeldelsesforbudet gjelder der arbeidstaker varsler ”i samsvar med § 2 A-1”, jf. aml. § 2 A-2. Arbeidsgivers gjengjeldelsesforbud gjelder i tilfeller der arbeidstaker allerede har varslet, og også der arbeidstaker ”gir til kjenne at retten til å varsle (...) vil bli brukt”, jf. (2). Det tilligger altså ikke en frihet for arbeidsgiver til å gi arbeidstaker varslervern eller ikke, og vernet aktualiseres der arbeidstakers fremgangsmåte er ”forsvarlig”. Det er samfunnets interesser i virksomhetsinterne kritikkverdige forhold som legitimerer det særskilte varslervernet for arbeidstaker som ytrer seg om slike forhold.<sup>94</sup> Arbeidstakers ytring nyter følgelig en særskilt beskyttelse etter aml. §§ 2 A-2 jf. § 2 A-1, i kraft av sitt innhold.<sup>95</sup>

Forståelsen av forbudet mot gjengjeldelse har to ulike perspektiv.<sup>96</sup> Det dynamiske perspektivet knytter vurderingen til varslingsprosessen, der en gjengjeldelses- og utstøtelsesprosess kan følge parallelt. Gjengjeldelsestematikken baserer seg her på betydningen av partenes opptreden overfor hverandre for en eventuell konflikteskalering av varslingsprosessen.<sup>97</sup> Dette perspektivet bygger videre på forståelsen av varslingsprosessen som en prosess, som er redegjort for i pkt. 1.5.1 ovenfor. Ved det statiske perspektivet vil hver enkelt påståtte gjengjeldelse bli konkret vurdert opp mot gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2 A-2.<sup>98</sup>

Årsakssammenheng må foreligge mellom det fremsatte varsel og den påståtte gjengjeldelse for at handlingen rammes av gjengjeldelsesforbudet.<sup>99</sup> Bevisregelen for gjengjeldelse i aml. § 2 A-2 (1) tredje punktum bygger på en delt bevisbyrde mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.<sup>100</sup> Dette innebærer at der arbeidstaker fremlegger opplysninger som ”gir grunn til å tro” at det foreligger lovstridig gjengjeldelse, må arbeidsgiver ”sannsynliggjør[e]” noe annet dersom dette ikke skal legges til grunn. Viktig å merke seg i denne sammenheng er at arbeidstaker selv er ansvarlig for bevisføringen for de påståtte gjengjeldelsehandlingene, selv om det påligger arbeidsgiver å skulle bevise at det ikke foreligger sammenheng mellom varsel

---

<sup>94</sup> Eriksen (2016), s. 159.

<sup>95</sup> *Ibid.*, s. 236.

<sup>96</sup> Birthe Eriksen, ”Varslingsprosessen: En kamp om definisjonsmakten”, *Tidsskrift for human- og samfunnsvitenskap*, 2017, 108-119. (s. 114-115).

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> Eriksen (2016), s. 37.

<sup>100</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 44.

og påstått gjengjeldelse.<sup>101</sup> Det stilles imidlertid ikke strenge beviskrav overfor arbeidstaker.<sup>102</sup> Bestemmelsen kan derfor ses til fordel for arbeidstaker, da det ikke skal mye til for at arbeidsgiver må sannsynliggjøre mangel på årsakssammenheng.

Arbeidstaker som utsettes for gjengjeldelse, har rett til oppreisningserstatning i medhold av det særskilte varslervernet, jf. aml. § 2 A-2 (3). Retten gjelder for ikke-økonomisk tap, og kan tilkjenneis uten påvist skyld fra arbeidsgiver. Lovgivers intensjon bak reguleringen var å gjøre det lettere for arbeidstaker å vinne frem med et erstatningskrav der det foreligger gjengjeldelse, da det erfaringsmessig er vanskelig etter de alminnelige reglene for erstatning.<sup>103</sup> Bestemmelsen rekker altså videre enn etter de alminnelige erstatningsreglene. Arbeidstaker er ikke begrenset til å søke oppreisningserstatning, og erstatning for økonomisk tap kan følgelig kreves etter alminnelige regler, jf. (3) siste punktum.

---

<sup>101</sup> Eriksen (2016), s. 37-38.

<sup>102</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 45.

<sup>103</sup> *Ibid.*



## 5. Arbeidsgivers generelle ansvar for å sikre forsvarlig arbeidsmiljø

### 5.1 Arbeidsgivers aktivitetsplikt

Før det vil være aktuelt å behandle forholdet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og arbeidstakers varslervern, må selve aktivitetsplikten behandles.

Arbeidsgiver har det overordnede ansvaret for å sikre etterlevelse av arbeidsmiljølovens regler.<sup>104</sup> Det innebærer en plikt for arbeidsgiver til å aktivt arbeide for å ivareta det alminnelige ansvaret overfor arbeidstaker som følger av arbeidsmiljøloven – en såkalt aktivitetsplikt. For aktivitetspliktens helt overordnede utgangspunkt må det ses hen til arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse i § 1-1 bokstav a) hvor det fremkommer at arbeidsgiver skal sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger. I tillegg kommer kravet om et systematisk HMS-arbeid, jf. arbeidsmiljøloven § 3-1.

I medhold av aktivitetsplikten har arbeidsgiver en generell plikt overfor arbeidstaker til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1 i kraft av styringsretten og den tilhørende ulovfestede omsorgsplikten.<sup>105</sup> Dette innebærer en plikt for arbeidsgiver til å kontinuerlig vurdere risikofaktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakers fysiske og psykiske helse og velferd, jf. aml. §§ 3-1 jf. 2-1 og internkontrollforskriften § 5, og verne arbeidstaker mot psykiske belastninger, jf. aml. § 4-3. I denne sammenhengen blir gjengjeldelsesforbudet, jf. aml. § 2 A-2, en særregulering av arbeidsgivers alminnelige plikt til å forebygge og håndtere konflikt, jf. aml. § 4-3 (3), og kommer følgelig i tillegg til de alminnelige reglene som arbeidsgiver er underlagt i forlengelsen av plikten om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1.<sup>106</sup> Aktivitetsplikten kan således forstås som en presisering av arbeidsgivers plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for varsleren, herunder å motvirke gjengjeldelse.<sup>107</sup>

Da arbeidstaker som varsler ofte opplever å komme i en særlig utsatt og sårbar situasjon, er

---

<sup>104</sup> Arbeidsmiljøloven § 2-1.

<sup>105</sup> Se pkt. 5.2.

<sup>106</sup> NOU 2018: 6 s. 162.

<sup>107</sup> *Ibid.*

arbeidsgivers aktivitetsplikt særlig aktuell i en varslings situasjon.<sup>108</sup> Arbeidsgivers ansvar for forsvarlig mottak og behandling av et mottatt varsel fra arbeidstaker kommer indirekte til uttrykk gjennom aml. § 2 A-3 (5) bokstav c) hvor det fremgår at varslingsrutinen skal regulere fremgangsmåten for mottak av varselet. Særegent er det at et forsvarlig mottak innebærer to aspekt: 1) selve innholdet av varselet skal behandles, og 2) personen som har varslet, samt den personen varselet omhandler, skal ivaretas. Det betyr at aktivitetsplikten i varslings saker knytter seg både til håndteringen av det kritikkverdige forholdet det er varslet om, og den omsorgs plikt arbeidsgiver har overfor varsleren og omvarslet.<sup>109</sup> Varslingsmottakers behandling kan følgelig være avgjørende for om det skjer gjengjeldelse eller oppstår konflikt i virksomheten.<sup>110</sup> Da aml. § 2 A-3 pålegger arbeidsgiver en plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner som et preventivt tiltak, kan det altså utledes at loven stiller krav til aktivitet fra arbeidsgiver, både i forkant av et varsel, og i etterkant av et konkret varsel.

Innholdet i arbeidsgivers aktivitetsplikt overfor et fremsatt varsel, arbeidstaker som varsler og arbeidstaker som er omvarslet behandles nærmere i kapittel 6 nedenfor.

## 5.2 Arbeidsgivers omsorgs plikt

Arbeidsgivers omsorgs plikt overfor egne arbeidstakere er et alminnelig arbeidsrettlig prinsipp. Omsorgs plikten kan ses som et utslag både av at arbeidsgiver som den sterkeste kontraktspart i arbeidsforholdet har et særlig ansvar overfor den svakere arbeidstaker, og av arbeidsgivers plikt til å sikre arbeidstaker et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1. Primært i omsorgs plikten ligger at arbeidsgiver må ta hensyn til den ansattes behov *utover* hva som kan kreves av de alminnelige arbeidsrettslige forpliktelsene til arbeidsgiver i en normalsituasjon.<sup>111</sup> Omsorgs plikten er følgelig en del av arbeidsgivers aktivitetsplikt ved at det stilles et særlig krav om omsorg fra arbeidsgiver overfor arbeidstaker for at det alminnelige arbeidsrettslige ansvaret som følger av arbeidsmiljøloven skal ivaretas.

Grunnet arbeidstakers potensielt sårbare situasjon etter et fremsatt varsel, har Fougner lagt til

---

<sup>108</sup> Henning Jakhelln, ”Arbeidsmiljølovens regler om varslings: Er varsleres rettsvern en realitet eller en illusjon – eller ”tar man spilleren, og ikke ballen?””, *Varsleren: viktig og verdig*, 2010 (1), 385-448 (s. 435).

<sup>109</sup> NOU 2018: 6 s. 162.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Wiersholm I. (2015), s. 101.

grunn at omsorgsplikten intensiveres overfor den arbeidstakeren som har varslet:

*”Plikten til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø innebærer en omsorgsplikt overfor den enkelte arbeidstaker som intensiveres i varslingssituasjoner. En varsler kommer lett i en sårbar posisjon, og det må arbeidsgiver ta utgangspunkt i”.*<sup>112</sup>

Fougners uttalelse illustrerer at gjengjeldelsesforbudet arbeidstaker nyter etter et fremsatt forsvarlig varsel, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1, er en særregulering av arbeidsgivers alminnelige plikt etter aml. § 4-3 (3) til å forebygge og håndtere konflikt.<sup>113</sup> På bakgrunn av arbeidstakers utsatte og sårbare situasjon etter fremsatt varsel, vil arbeidsgivers plikt til å verne arbeidstaker mot psykososiale belastninger på arbeidsplassen, jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1, være særlig fremtredende i en varslingssituasjon.

---

<sup>112</sup> *Ibid*, s. 81.

<sup>113</sup> NOU 2018: 6 s. 162.

## 6. Forholdet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og arbeidstakers vern ved varsling etter aml. § 2 A-2

### 6.1 Innholdet i aktivitetsplikten i forhold til det konkrete varsel

I medhold av aml. § 2 A-3 (5) bokstav c) skal arbeidsgivers mottak og behandling av et fremsatt varsel fra arbeidstaker være forsvarlig. Som vist under pkt. 5.1 ovenfor, innebærer dette at arbeidsgivers aktivitetsplikt knytter seg til håndteringen av det kritikkverdige forholdet det er varslet om. Bestemmelsen kan tolkes som en plikt til ”å ta tak i” og håndtere det kritikkverdige forholdet.<sup>114</sup> Arbeidsgivers behandling og oppfølging av et mottatt varsel er videre en del av arbeidsgivers helhetlige ansvar for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1. At rutiner for fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av et varsel skal utarbeides i forkant, viser aktivitetspliktens preventive side for arbeidsgiver overfor selve varselet. Bestemmelsen gir imidlertid lite veiledning med hensyn til hvilke konkrete krav som stilles til arbeidsgiver i denne fasen av varslingsprosessen.

Fra empirisk forskning viser blant andre Stig Berge Matthiesen m.fl. at ”[varslings]mottakeren og dennes håndtering av den første interne varslingen” er en av de viktigste faktorene som påvirker varsling.<sup>115</sup> En ignorering eller avvisning av et mottatt varsel vil derfor kunne være avgjørende for om videre varsling til høyere varslingsnivå forekommer og legitimeres.<sup>116</sup> Arbeidsgivers varslingsmottak er derfor et kritisk punkt for å hindre konflikteskalering. Med denne kunnskapen har arbeidsgiver en særlig plikt til å forhindre og håndtere konflikt allerede ved mottak av varselet.

I ”Sandviken Sykehus” ble spørsmålet om hvilke plikter arbeidsgiver har ved varslingsmottak berørt.<sup>117</sup> Mindretallet bemerket følgende i saken:

*”Mindretallet mener at [arbeidsgiver] er å klandre noe for at saken har fått så stort omfang og måtte gå gjennom rettsapparatet (...) Mindretallet reiser spørsmål om ikke*

---

<sup>114</sup> *Ibid*, s. 163.

<sup>115</sup> Stig. B. Matthiesen. Brita Bjørkelo. Morten B. Nielsen, *Klanderverdig atferd og varsling i norsk arbeidsliv*. FALK, Universitetet i Bergen, psykologisk fakultet, 2008 s. 33.

<sup>116</sup> Eriksen (2014), s. 159.

<sup>117</sup> TBERG-2007-136244 ”Sandviken Sykehus”.

*hele saken hadde fått et annet forløp dersom man på den tiden hadde tatt mer vare på [arbeidstaker] og veiledet ham”.*<sup>118</sup>

Selv om retten enstemmig konkluderte at arbeidstaker ikke var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse, kritiserte mindretallet arbeidsgivers håndtering av det fremsatte varselet, og rettet fokus på at arbeidsgiver kunne forhindre konflikteskaleringen ved en bedre behandling. Tilsvarende ble påpekt av mindretallet i den nyere saken ”*Odfjell Drilling*”, som blir nærmere behandlet nedenfor i pkt. 11.3, hvor mindretallet vurderte arbeidsgivers ”liten evne til å løse konflikter” til at varslings-saken ville vært unngått dersom varselet ”hadde (...) blitt løst tilfredsstillende og raskt”.<sup>119</sup> Mindretallet synes å fremheve arbeidsgivers plikt til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1, herunder forhindre konflikteskalering, uten at viktigheten av momentet blir behandlet eller sett av rettens flertall.

I Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet er en ideell varslingsprosess ved internt varsel i virksomheten delt opp i åtte faser.<sup>120</sup> At prosessen er ideell betyr at den er ønskelig sett hen til målet om at kritikkverdige forhold skal avdekkes, håndteres og opphøre på en kostnadseffektiv måte, uten gjengjeldelse mot varsleren.<sup>121</sup> Prosessen forutsetter at interne varslingsrutiner er etablert i henhold til aml. § 2 A-3 eller at arbeidstaker innehar kunnskap om hva som er et mulig kritikkverdig forhold, og hvordan det kan varsles på en forsvarlig måte. Etter at arbeidstaker har vurdert hvordan det observerte kritikkverdige forholdet kan varsles ”forsvarlig”, og varsel er fremsatt til arbeidsgiver eller representant for denne i virksomheten som har myndighet til å gjøre noe med saken, skal varslingsmottaker gi arbeidstaker tilbakemelding så raskt som mulig om forventet behandlingsprosess av varselet etter at det er mottatt. Dernest skal varselets innhold tas på alvor og undersøkes.<sup>122</sup> I denne fasen er det særlig viktig at varslingsmottaker foretar en risikovurdering av varslers og omvarsledes situasjon, hvilket behandles nærmere under pkt. 6.2 nedenfor. Etter endt undersøkelse skal varslingsmottaker vurdere videre prosess, og videreformidle hvilken konklusjon undersøkelsen har resultert i. Avhengig av om det blir ansett å foreligge ”kritikkverdige forhold”, skal varslingsmottaker avslutningsvis håndtere og løse det kritikkverdige forholdet, eller lukke saken. For å kunne utvikle læringspunkter og forbedre

---

<sup>118</sup> *Ibid*, s. 33.

<sup>119</sup> LG-2011-17283 ”*Odfjell Drilling*” s. 8.

<sup>120</sup> NOU 2018: 6 s. 137-138.

<sup>121</sup> *Ibid*, s. 137.

<sup>122</sup> *Ibid* og Eriksen (2016), s. 442.

varslingsrutinene skal avsluttede prosesser gjennomgå og evalueres i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte.

I tråd med Varslingsutvalgets krav til arbeidsgivers aktivitetsoppfyllelse av det kritikkverdige forholdet underveis i varslingsprosessens ulike faser i en ideell varslingsprosess, har Arbeids- og sosialdepartementet foreslått å lovfeste en uttrykkelig aktivitetsplikt for arbeidsgiver når det varsles om kritikkverdige forhold i virksomheten.<sup>123</sup> Ved at arbeidsgivers varslingsmottak innvirker for om saken kan behandles på lavest mulig nivå, kan det argumenteres for at klargjørende kjøreregler for arbeidsgivers plikter ved varslingsmottak bør settes på dagsorden, slik at varslingsreglenes konfliktpreventive funksjon kan ivaretas.<sup>124</sup> På bakgrunn av arbeidsgiverkritikken for håndtering av fremsatte varsler i rettspraksis, kan det stilles spørsmål til om departementets tidligere unnlattelse av å lovfeste uttrykkelige krav til arbeidsgivers oppfølging av et varsel er årsak til forvirring snarere enn uvilje fra arbeidsgivere i norsk arbeidsliv.

Hvilke krav som nærmere stilles til arbeidsgivers saksbehandling av et mottatt varsel vil behandles i kapittel 10.

## 6.2 Innholdet i aktivitetsplikten i forhold til varsler og omvarslet person

Arbeidsgiver har et overordnet ansvar for å sikre et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø, jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1. Da det ikke er fremmed for at varslingssituasjoner kan by på arbeidsmiljøutfordringer, er arbeidsgivers plikt særlig aktuell i forbindelse med et varsel om mulige kritikkverdige forhold i virksomheten fra arbeidstaker. Bestemmelsen er følgelig et utslag av arbeidsgivers alminnelige ansvar for å hindre og håndtere konflikt.

Lovgiver har uttalt at ”tiltak for å styrke ytringsklimaet” er en viktig del av virksomhetens arbeid for å fremme et godt arbeidsmiljø, og at ”[y]tringsklimaet bør være slik at konfliktfylte varslingssituasjoner ikke oppstår”.<sup>125</sup> Arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt til å utarbeide interne varslingsrutiner etter aml. § 2 A-3 som mekanisme for risikohåndtering og sikkerhetsventil for å sikre et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø, jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1, kommer i denne sammenhengen tydelig frem. I et samfunnsinteresseperspektiv kan plikten

---

<sup>123</sup> Se forslag til ny § 2 A-3 i Prop.74 L (2018-2019).

<sup>124</sup> Se pkt. 1.5.1.

<sup>125</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 47.

også ses som en faktor for forebygging og avdekking av risiko av samfunnsmessig betydning. Bestemmelsens aktualitet som virkemiddel for avdekking av korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet kan særlig tillegges vekt.<sup>126</sup>

Ved at varslende arbeidstaker ofte opplever en etterfølgende utsatt og sårbar situasjon, har arbeidsgiver en løpende plikt til å kontinuerlig gjennomføre risikovurderinger av forholdet i virksomheten.<sup>127</sup> For arbeidsgiver innebærer dette først og fremst å kartlegge potensielle farer og problemer i virksomheten, og iverksette nødvendige og forebyggende tiltak på bakgrunn av risikovurderingen, samt vurdere varslersens situasjon i kjølvannet av varslingen.<sup>128</sup> I medhold av aml. § 2 A-3 har arbeidsgiver imidlertid også en plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner i forkant av et varsel. Da plikten gjelder preventivt vil bestemmelsen betraktes som en mekanisme for arbeidsgivers risikohåndtering.<sup>129</sup>

Jakhelln har fremhevet at arbeidsgivers aktivitetsplikt i forbindelse med et fremsatt varsel beror på en årvåkenhet overfor arbeidstaker:

*”Kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er (...) et krav om at arbeidsgiver må utvise aktivitet for å oppfylle dette krav, og om nødvendig gjøre noe positivt for å forhindre at trakassering m.v. finner sted eller får fortsette. Kravet er således ikke begrenset til det negative (...)”<sup>130</sup>*

Risikoen for gjengjeldelse som ofte realiseres i kjølvannet av varsling, setter følgelig et krav til arbeidsgivers aktsomhet i varslingssituasjonen.<sup>131</sup> Arbeidsgiver må være ekstra oppmerksom på om varslende arbeidstaker blir utsatt for uheldige belastninger, og skal aktivt forhindre at gjengjeldelse finner sted. Er arbeidstakers særlige sårbarhet kjent for arbeidsgiver, er aktsomhetsplikten skjerpet.<sup>132</sup> Der risikoen for gjengjeldelse tilsier det, stiller altså aktivitetsplikten et ekstra krav til omsorg fra arbeidsgiver overfor arbeidstaker. Dette kan

---

<sup>126</sup> *Ibid*, s. 33.

<sup>127</sup> Se pkt. 5.1.

<sup>128</sup> Arbeidsmiljøloven § 3-1 (2) bokstav c).

<sup>129</sup> Eriksen (2016), s. 54.

<sup>130</sup> Jakhelln (2010), s. 437.

<sup>131</sup> Eriksen (2017).

<sup>132</sup> Wiersholm I. (2015), s. 84.

eksempelvis gi utslag i tettere oppfølging av varsleren og ved støtte og anerkjennelse utover hva som kan kreves av arbeidsgivers alminnelige oppfølging i arbeidsforholdet.<sup>133</sup>

Påstander om mulige kritikkverdige forhold kan også omhandle informasjon knyttet til en konkret person. En slik omvarslet person har også rettigheter i en varslingssituasjon. For arbeidsgiver er det særlig viktig å sikre retten til kontradiksjon og innsynsrett overfor en omvarslet, samtidig som at tilbakemelding om utfallet skal gis der saksbehandling og undersøkelser som de berørte har vært informert om, er gjennomført.<sup>134</sup> På lik linje som for varslende arbeidstaker, skal arbeidsgiver utøve sin aktivitetsplikt slik at rettsikkerheten til den varselet omhandler ivaretas gjennom hele varslingsprosessen.<sup>135</sup> Alle i virksomheten har imidlertid rett til et forsvarlig arbeidsmiljø, og aktivitetsplikten innebærer følgelig ikke at varslere eller omvarslet har en slik rett på bekostning av rettighetene til andre ansatte i virksomheten.<sup>136</sup>

Arbeidstakers valg av varslingsnivå gjenspeiles ofte gjennom arbeidstakers opplevelse av varslingmottakers ivaretagelse av varsleren selv.<sup>137</sup> For at varslervernet skal være reelt i en varslingssituasjon, forutsettes en aktivitetsoppfyllelse fra arbeidsgiver både før, under og etter varselet. Dette innebærer følgelig at arbeidstaker må ivaretas på ethvert trinn av prosessen. Dette gjelder også overfor den personen det varsles om.<sup>138</sup> Varslingsutvalgets ideelle varslingsprosess stiller derfor også krav til arbeidsgivers aktivitetsplikt overfor varslere og omvarslet person i varslingsprosessens ulike faser.<sup>139</sup> Arbeids- og sosialdepartementets foreslåtte lovfesting av arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varslingmottak innebærer dermed også arbeidsgivers omsorgsplikt.<sup>140</sup> Da omsorgsplikten kan utledes av arbeidsgivers plikt til å sikre arbeidstaker et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1, vil en eventuell uttrykkelig omsorgspliktbestemmelse potensielt gi arbeidsgiver en påminnelse av kravet overfor arbeidstaker under en varslingsprosess.

---

<sup>133</sup> *Ibid*, s. 101.

<sup>134</sup> Se pkt. 6.1 og Eriksen (2016), s. 451.

<sup>135</sup> NOU 2018: 6 s. 163.

<sup>136</sup> *Ibid*.

<sup>137</sup> Se pkt. 2.3 og Eriksen (2016), s. 289.

<sup>138</sup> *Ibid*, s. 451.

<sup>139</sup> Se pkt. 6.1.

<sup>140</sup> Se note 123.



## 7. Arbeidsgivers preventive plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling, jf. aml. § 2 A-3

### 7.1 Innledning

Nåværende bestemmelse for arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt etter aml. § 2 A-3 hadde sin bakgrunn i den påviste positive innvirkningen varslingsrutiner har for arbeidstakers varslingstilbøyelighet, for i hvilken grad de kritikkverdige forholdene det varsles om blir endret, og om arbeidstakerne blir utsatt for gjengjeldelse fra arbeidsgiver.<sup>141</sup> Fra å pålegge arbeidsgiver å legge forholdene til rette for varsling, lovfestes nå en plikt for arbeidsgiver til å utarbeide varslingsrutiner for intern varsling.

Arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt til å utarbeide interne varslingsrutiner etter aml. § 2 A-3 kan ses som et utslag av lovgivers valg av risikobasert internkontroll som reguleringsmetode. Dette har sammenheng med arbeidsgivers løpende plikt til å gjennomføre risikovurderinger av forholdet i virksomheten, jf. aml. § 3-1 jf. § 2-1 og internkontrollforskriften § 5. Arbeidsmiljøloven § 2 A-3 er følgelig en selvregulering for arbeidsgiver for håndtering av risikoen knyttet til arbeidstakers varsling av kritikkverdige forhold i virksomheten.<sup>142</sup> Sammenhengen mellom varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven tilsier at rutinene som implementeres i virksomheten må være egnet til å fremme både de generelle hensynene bak arbeidsmiljølovens regler om varsling, og de spesifikke hensynene bak § 2 A-3.<sup>143</sup>

Internkontroll benyttes som metode for å sikre at virksomheter ivaretar et angitt samfunnshensyn godt nok.<sup>144</sup> Bak arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt etter aml. § 2 A-3 står hensynet til arbeidstaker og et reelt varslervern sterkt, og er følgelig det overordnede målet arbeidsgivers internkontroll skal ivareta. En sentral tanke bak risikobasert selvregulering, er å sikre samfunnskontroll.<sup>145</sup> I den forbindelse er aml. § 2 A-3 underlagt

---

<sup>141</sup> Faf-notat 2017:03 s. 50 og 59.

<sup>142</sup> Eriksen (2016), s. 400.

<sup>143</sup> *Ibid*, s. 396.

<sup>144</sup> *Ibid*, s. 401.

<sup>145</sup> *Ibid*.

Arbeidstilsynets tilsynsvirksomhet, jf. aml. § 18-1. Pålegg kan gis arbeidsgiver dersom bestemmelsene i og i medhold av arbeidsmiljøloven ikke overholdes, jf. aml. §§ 18-6 jf. 18-1.

**7.2 Begrunnelsen for arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt, jf. aml. § 2 A-3**  
På bakgrunn av lovgivers vektlegging av at interne varslingsrutiner kan ”ha en positiv effekt for ytringsklimaet” og at rutiner kan ”bidra til å styrke vernet av arbeidstakere som varsler”, er arbeidsgiver pålagt en preventiv aktivitetsplikt til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3.<sup>146</sup>

Et annet viktig hensyn bak arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt som ikke fremgår like klart av forarbeidene, er varslingsruters potensielle forebygging av varsling til høyere varslingsnivå og konflikteskalering.<sup>147</sup> Ved å sikre klarhet og forutberegnelighet ved måten det kan varsles på i virksomheten, og ved en forsvarlig håndtering av varselet som ivaretar arbeidstakers vern mot gjengjeldelse, har varslingsrutiner et konfliktreducerende potensiale. Gjennom selvregulering har arbeidsgiver altså mulighet til å redusere risikoen for konflikt i forbindelse med varsling.

Konfliktpreventive varslingsrutiner mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er i samsvar med arbeidsgivers alminnelige plikt til å sikre et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø, jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1. Ved at varsling i samsvar med ”virksomhetens rutiner for varsling” alltid regnes som ”forsvarlig”, jf. aml. § 2 A-1 (2) andre punktum, reduseres også aktualiteten for arbeidsgivers gjengjeldelseshandlinger, og realiteten rundt arbeidstakers varslervern styrkes.

### **7.3 Virksomheter med under fem ansatte**

Dersom virksomheten ikke jevnlig sysselsetter minst fem arbeidstakere, pålegger loven arbeidsgiver å utarbeide interne varslingsrutiner dersom ”forholdene i virksomheten” tilsier det, jf. aml. § 2 A-3 (1). Lovgiver har tillagt en plikt for arbeidsgiver til selv å ”vurdere” hvorvidt det foreligger slikt behov.<sup>148</sup> Vurderingen skal foretas i tilknytning til det systematiske HMS-arbeidet, jf. aml. §§ 3-1 jf. 2 A-3 (1). For arbeidsgiver innebærer det at rutiner skal utarbeides dersom risikoforholdene eller ytringsklimaet i virksomheten tilsier

---

<sup>146</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 21.

<sup>147</sup> Eriksen (2016), s. 52 og 60-61.

<sup>148</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 55.

det.<sup>149</sup> Terskelen for å utarbeide rutiner er ikke høy, og plikten for arbeidsgiver vil følgelig være aktuell i de fleste virksomheter.<sup>150</sup>

I mangel av konkret veiledning for hvilke krav som stilles til varslingsrutinens innhold i lovtekst eller forarbeider, gir imidlertid ordlyden en viss indikasjon for at rutinen må være objektivt egnet til å ivareta arbeidstakers rettssikkerhet til tross for virksomhetens risikoforhold. Samspillet mellom arbeidsmiljølovens tre varslingsbestemmelser viser at rutinen må være egnet til å ivareta de hensyn som bestemmelsene om varslingsrutiner bygger på, og fremme de formål som bestemmelsene er ment å skulle fremme.<sup>151</sup>

Lovgivers valg av risikobasert internkontroll som reguleringsmetode etter aml. § 2 A-3, gir arbeidsgiver mulighet gjennom selvregulering til å utforme og tilpasse varslingsrutinen til virksomhetens konkrete behov så lenge de lovbestemte formål ivaretas. Det gjør arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt ved selve utarbeidelsen av rutinen fleksibel. Da en streng detaljregulering kan innvirke negativt på arbeidsgivers vilje og motivasjon til å etterleve reguleringskravet på eget initiativ, har denne lovgivningsteknikken potensiale til å styrke arbeidstakers reelle varslervern. Selvreguleringen kan også redusere tilfeller av en for kompleks regulerings situasjon som arbeidsgiver kan miste oversikt over.<sup>152</sup>

Ved at innholdskravet i varslingsrutinen ikke er detaljregulert av lovgiver, gir det arbeidsgiver mulighet til å tilpasse rutinen den enkelte virksomhet, samtidig som at det beror på arbeidsgiver om rutinen er egnet til å fremme lovens formål. Lovgivers regulerings teknikk gir arbeidsgiver dermed et stort skjønnsmessig handlingsrom i vurderingen av behovet for varslingsrutiner og for den konkrete utformingen av denne, jf. aml. § 2 A-3 (1).

#### 7.4 Virksomheter med minst fem arbeidstakere

Arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering av behovet for varslingsrutiner etter aml. § 2 A-3 (1) må ses i relasjon til den ubetingede plikten for virksomheter med ”minst 5 arbeidstakere” til å utarbeide interne varslingsrutiner etter (2). Til tross for at Arbeids- og sosialdepartementets forslag til den ubetingede plikten skulle gjelde for ”virksomheter med minst ti arbeidstakere”,

---

<sup>149</sup> *Ibid*, s. 48.

<sup>150</sup> *Ibid*.

<sup>151</sup> Eriksen (2016), s. 397.

<sup>152</sup> *Ibid*, s. 467.

besluttet Stortinget å styrke varslervernet ved å nedjustere dette til virksomheter med minst fem arbeidstakere, jf. aml. § 2 A-3 (2).

Den ubetingede plikten til å utarbeide interne varslingsrutiner har dermed medført en innskrenkning i arbeidsgivers skjønnsmessige vurderingen av hvorvidt det skal opprettes interne varslingsrutiner. Ved å ha satt en klar grense ut fra virksomhetens størrelse pålegges flere virksomheter å utarbeide varslingsrutiner enn før lovendringen i 2017. Dette medfører at det jevnt over stilles strengere krav til arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt.

### 7.5 Rutinene må utarbeides i samarbeid med arbeidstakerne og tillitsvalgte

I medhold av aml. § 2 A-3 (3) stilles det krav til arbeidstakermedvirkning i varslingsrutinenes utforming ved at arbeidsgiver skal utarbeide disse ”i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte”. Lovgivers intensjon med uttrykket ”i samarbeid med” er å sikre de ansatte en reell innflytelse i hele utarbeidelsesprosessen av varslingsrutinene.<sup>153</sup> Bakgrunnen for medvirkningskravet har sammenheng med arbeidstakernes viktige innsikt i hvilke konkrete behov varslingsrutinen må ivareta, da arbeidstakerne har nær kunnskap til virksomhetens daglige drift. Forarbeidene fremhever også at arbeidstakernes medvirkningsplikt er av betydning for ansattes tillit til varslingsrutinene.<sup>154</sup>

Kravet til arbeidstakermedvirkning medfører en aktivitetsplikt for arbeidsgiver til å utarbeide rutinen i samarbeid med arbeidstaker og tillitsvalgt. Dette går imidlertid ikke på bekostning av arbeidsgivers styringsrett til endelig beslutning av varslingsrutinene ved uenighet.<sup>155</sup>

Arbeidstakers medvirkningsrett og -plikt vil bli nærmere behandlet i kapittel 9 nedenfor.

### 7.6 Rutinene skal ikke begrense arbeidstakers rett til å varsle

Arbeidstakers varslingsrett, jf. aml. § 2 A-1, er ufravikelig og kan ikke begrenses gjennom interne varslingsrutiner. Presiseringen i aml. § 2 A-3 (4) er derfor rettslig sett unødvendig. Likevel har den en viss betydning for bevisstgjøring rundt varslingsrutinens utforming. For at arbeidstakerne ikke skal oppleve en formell begrensning i varslingsmuligheten er det viktig at

---

<sup>153</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 23.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> *Ibid.*

rutinen formuleres positivt ved å heller angi eksempler på hva det kan varsles om, snarere enn hva det ikke kan varsles om, da dette kan virke begrensende for arbeidstaker.<sup>156</sup>

### 7.7 Lovpålagte minimumskrav til innhold

Selv om lovgiver har valgt å ikke føre en streng detaljregulering for varslingsrutinens innhold, som nevnt ovenfor i pkt. 7.3, oppstilles det minimumskrav til innholdet av rutinen, jf. aml. § 2 A-3 (5). I tillegg til at minimumskravene stiller et krav til skriftlighet, skal rutinen inneholde en oppfordring til å varsle om kritikkverdige forhold, fremgangsmåte for varsling og fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling. I forlengelsen av dette skal rutinen være ”lett tilgjengelig for alle arbeidstakere i virksomheten”, jf. aml. § 2 A-3 (6). Minimumskravene er følgelig uttrykk for arbeidsgivers aktivitetsplikt gjennom hele varslingsprosessen fra mottak til endelig ferdig behandlet varsel.

Arbeids- og sosialdepartementet har presisert at minimumskravene er ”generelt utformet” og at rutinen må ”tilpasses situasjonen og behovet i den enkelte bransje og virksomhet”.<sup>157</sup> Uttalelsen kan ses i sammenheng med at det er risikoforholdet i den enkelte virksomhet som avgjør kravet til rutinens utforming.<sup>158</sup> For arbeidsgiver innebærer dette en kontinuerlig prosess hvor endringer i virksomhetens risikosituasjon og erfaringer vil påvirke kravene som stilles.<sup>159</sup>

Innføringen av de lovpålagte minimumskravene i aml. § 2 A-3 (5) har beveget reguleringen et stykke bort fra det som er sentralt ved risikobasert internkontroll som reguleringsmetode. For arbeidsgiver innebærer minimumskravene en mindre fleksibel selvregulering for håndtering av risikoen knyttet til arbeidstakers varsling av kritikkverdige forhold i virksomheten. Fastsettelsen av minimumskravene kan dermed ses som en innskrenking i arbeidsgivers beslutningskompetanse, med påfølgende ytterligere krav til arbeidsgivers aktivitetsplikt overfor arbeidstaker. Minimumskravene kan følgelig ses i sammenheng med utviklingen i arbeidsmiljøloven i retning av å styrke varslervernet, som synes å fastsette flere lovpålagte plikter for arbeidsgiver som setter rammer både for styringsretten og aktivitetsplikten.

---

<sup>156</sup> *Ibid*, s. 24.

<sup>157</sup> *Ibid*, s. 23.

<sup>158</sup> Eriksen (2016), s. 398.

<sup>159</sup> Eriksen (2014), s. 202.

## 8. Nærmere om de lovpålagte minimumskrav til innholdet av varslingsrutinen

### 8.1 Oppfordring til å varsle om kritikkverdige forhold

I henhold til aml. § 2 A-3 (5) bokstav a) skal rutinen oppfordre arbeidstaker til å benytte retten til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. I forståelsen av ”oppfordring” har lovgiver påpekt at rutinen skal gi arbeidstaker et signal ”om at det er ønskelig at det sies ifra om kritikkverdige forhold” og at ”varslerne vil bli tatt imot på en god og seriøs måte i virksomheten”.<sup>160</sup>

Oppfordringskravet kan ses i sammenheng med lovgivers presisering av at rutinen ikke skal begrense arbeidstakers varslerrete som følger av aml. § 2 A-3 (4). Som nevnt ovenfor i pkt. 7.6, er det hensiktsmessig at eksempler på risikoforhold i den enkelte virksomhet, som det er særlig viktig og ønskelig at det varsles om, fremkommer av rutinen for at arbeidstaker ikke skal oppleve en formell begrensning i varslingsmuligheten.<sup>161</sup> Dette har overføringsverdi for at arbeidstaker skal oppleve signalet fra arbeidsgiver om at det er ønskelig at det varsles om kritikkverdige forhold i virksomheten.

Arbeidstakeroppfordring til å benytte varslingsmuligheten kan ha flere positive innvirkninger for arbeidsgiver. Ved å gi arbeidstaker et tydelig signal om at verdier som åpenhet og ytringsfrihet verdsettes i virksomheten, kan en organisasjonskultur med lav terskel for varslings etableres.<sup>162</sup> Dette vil igjen kunne danne en kultur som virker preventivt med henblikk på å forebygge kritikkverdige forhold. Arbeidstakerne vil derav ivareta og styrke rutinenes preventive effekt, og følgelig være en ressurs for virksomheten.

### 8.2 Fremgangsmåte for varslingsrutinen

Et annet minimumskrav for innholdet av varslingsrutinen, er at den skal inneholde retningslinjer for hvordan arbeidstaker kan gå frem med sitt varsel, jf. aml. § 2 A-3 (5) bokstav b). Som et minimum har lovgiver fremsatt et krav om at rutinen ”skal angi hvem det kan varsles til internt”, hvor arbeidsgiver står fritt i vurderingen av hvem som skal være

---

<sup>160</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 23.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Eriksen (2016), s. 415.

varslingsmottaker da hver virksomhet må ”finne sin egen ”oppskrift” på hva som er [mest] hensiktsmessig”.<sup>163</sup>

Bakgrunnen for kravet er særlig å skape trygghet og forutberegnelighet for arbeidstaker for hvordan det trygt kan fremsettes varsel internt i virksomheten, fra vedkommende vurderer å varsle til arbeidsgiver har mottatt varselet.<sup>164</sup> Dette vil samtidig medføre forutberegnelighet for arbeidsgiver ved at fremgangsmåten for intern varsel fra arbeidstaker kan forutses. Målsetningen ved å gi slike retningslinjer er altså å skape trygghet for at forholdene det varsles om blir tatt alvorlig, og at arbeidstaker selv blir ivaretatt og beskyttet.<sup>165</sup> I forlengelsen av dette kan risikoen for konflikteskalering reduseres.

For at arbeidsgivers varslingsrutine skal skape klarhet og trygghet for arbeidstaker må den være informativ. Det viktigste er at rutinens innhold gir tilstrekkelig informasjon om sentrale spørsmål som det er relevant å få klarhet i for arbeidstakere som vurderer å varsle.<sup>166</sup> Foruten informasjon om hvem det kan varsles til, bør spørsmål som hvilken måte det bør varsles på, hvilken informasjon som bør overbringes i forbindelse med varselet, adgang til anonymitet samt forventninger om konfidensialitet være dekket i rutinen. Av hensyn til arbeidstakers usikkerhet som ofte er forbundet med varsling, kan rutinen med fordel også understreke retten til å søke råd og støtte i forbindelse med varsling, og informasjon om hvor slik støtte kan søkes.<sup>167</sup>

Arbeidsgivers plikt til å gi arbeidstaker retningslinjer for fremgangsmåten for varsling må ses i sammenheng med det ansvaret arbeidstaker er pålagt for å varsle på en måte som anses som ”forsvarlig” i forhold til særlig arbeidsgivers legitime interesser, jf. aml. § 2 A-1 (2). For arbeidstaker vil det alltid være en ”forsvarlig” fremgangsmåte å varsle i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling, jf. (2) andre punktum. Følgelig må de interne varslingsrutinene også gjøre det mulig for arbeidstaker å oppfylle vilkåret om at ”[a]rbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig”, jf. (2) første punktum.

---

<sup>163</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 23-24.

<sup>164</sup> Eriksen (2016), s. 410.

<sup>165</sup> *Ibid*, s. 414.

<sup>166</sup> *Ibid*.

<sup>167</sup> *Ibid*, s. 434.

### 8.3 Fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling

Arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt til å utarbeide interne varslingsrutiner vil ikke anses oppfylt dersom arbeidsgiver ikke også sikrer at varsler mottatt i henhold til interne rutiner blir håndtert, og at arbeidstaker ivaretas og beskyttes mot represalier etter fremsatt varsel. Den interne varslingsrutinen skal derfor også inneholde informasjon om arbeidsgivers fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling, jf. aml. § 2 A-3 (5) bokstav c). Som nevnt i pkt. 5.1 ovenfor innebærer dette at varslingsrutinen skal inneholde retningslinjer overfor selve varselet, varsler og omvarslet person.

Lovgiver har presisert at rutinen bør inneholde informasjon om ”hvem [i virksomheten] som har ansvaret for oppfølgingen av varsler”.<sup>168</sup> Imidlertid vil det som regel ikke være tilstrekkelig å ha definert en varslingsmottaker i virksomheten, da sakens kompleksitet, som kritikkverdige forhold gjerne bærer preg av, ofte vil kreve involvering fra flere medlemmer i virksomheten for å kunne foreta nødvendige undersøkelser av det påståtte kritikkverdige forholdet, samt beslutte videre tiltak.<sup>169</sup> Varslingsrutinen må derfor også inneholde informasjon om hvem varslingsmottaker skal rapportere til, og på hvilken måte dette skal skje. I denne sammenhengen vil særlig spørsmål rundt habilitet og beslutningsmyndighet være viktig å behandle. Antall personer bør imidlertid begrenses til en så snever gruppe som mulig.<sup>170</sup>

For å skape trygghet og forutberegnelighet for både arbeidstaker og arbeidsgiver omfatter dette minimumskravet hvilket ansvar arbeidsgiver har når et varsel er mottatt. Som tidligere behandlet i pkt. 2.3 og 6.2 ovenfor er det en sammenheng mellom årsaker til videre ekstern varsling og konflikteskalering mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Forutberegnelige rutiner som sikrer en forsvarlig håndtering av selve varselet, og ivaretagelse av varslende arbeidstaker samt omvarslet person, kan derfor være avgjørende for å hindre både videre varsling, konflikteskalering og ulovlig gjengjeldelse overfor arbeidstaker som varsler. At varslingsrutinen inneholder informasjon om arbeidsgivers fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsling og følgelig reduserer risikoen for konflikt og dermed

---

<sup>168</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 24.

<sup>169</sup> Eriksen (2016), s. 441.

<sup>170</sup> For å ivareta hensyn bak lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger.



gjengjeldelse, er derfor i samsvar med lovgivers intensjon bak arbeidstakers særskilte varslervern, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1.<sup>171</sup>

#### 8.4 Implementering av varslingsrutinen

Implementeringskravet fremgår av aml. § 2 A-3 (6). En varslingsrutine har imidlertid begrenset verdi dersom den ikke er reelt kjent eller tilgjengelig i virksomheten.

Implementeringskravet vil derfor anses som en del av varslingsrutinens minimumskrav.

Varslingsrutinen skal følgelig ”være lett tilgjengelig for alle arbeidstakere i virksomheten”, jf. aml. § 2 A-3 (6) jf. (5), for at arbeidsgiver skal ivareta sin preventive aktivitetsplikt til å utarbeide interne varslingsrutiner.

For hvordan tilgjengelighetskravet skal forstås har lovgiver presisert at det avgjørende er ”at de ansatte ved behov lett kan finne fram til rutinene”, men at det ikke er noe krav om at arbeidsgiver må jobbe aktivt for å gjøre disse kjent for alle ansatte.<sup>172</sup> Eksempelvis er det nok om rutinen ”inntas i personalreglementet” eller blir publisert på ”virksomhetens nettsider”.<sup>173</sup>

En empirisk undersøkelse foretatt av Fafo i 2016 viser at omtrent halvparten av de ansatte svarte nei eller vet ikke til om virksomheten de jobbet i hadde skriftlige varslingsrutiner.<sup>174</sup> På bakgrunn av denne kunnskapen kan det stilles spørsmål til om Arbeids- og sosialdepartementets forarbeidsuttalelser indikerer for lave implementeringskrav overfor arbeidsgiver.

I forarbeidene til tidligere aml. § 3-6 anbefalte lovgiver at rutinene skulle være ”gjort kjent for alle ansatte” i tillegg til å være skriftlige og tilgjengelige.<sup>175</sup> At det i forarbeidene til ny aml. § 2 A-3 er presisert at det ikke stilles krav om at arbeidsgiver ”aktivt sørger for å gjøre [rutinene] kjent for alle ansatte” kan det synes som at lovgiver har gått noe tilbake på implementeringskravene som stilles til arbeidsgiver.<sup>176</sup> Ved at varslingsrutiner som ikke er gjort kjent for arbeidstaker vanskelig vil forebygge både videre varsling og konflikteskalering, og følgelig ikke redusere risikoen for gjengjeldelseshandlinger, kan det argumenteres for at

---

<sup>171</sup> Eriksen (2016), s. 441.

<sup>172</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 22-23.

<sup>173</sup> *Ibid*, s. 23.

<sup>174</sup> Fafo-notat 2017:03 s. 24.

<sup>175</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 55.

<sup>176</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 22.

lovgever har tatt et steg i feil retning. En rutine som ingen har kjennskap til vil også vanskelig kunne oppfylle minimumskravet til ”oppfordring” av arbeidstaker, jf. aml. § 2 A-3 (5) bokstav a). I forlengelsen av dette vil verken arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt, jf. aml. § 2 A-3, eller den generelle plikten til å sørge for et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø, jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1, ivaretas.

Eriksen har kritisert det begrensede fokuset på aml. § 2 A-3 både i rettspraksis og juridisk litteratur:

*”Den begrensede/mangelfulle rettsanvendelsen knyttet til [aml. § 2 A-3], sammen med FAFO sin evalueringsrapport, tyder på at de veiledningene som så langt foreligger, ikke er dekkende for behovet som eksisterer for avklaring av de rettslige forventningene til virksomhetens tilrettelegging, i henhold til [aml. § 2 A-3]”<sup>177</sup>*

I den forbindelse har Eriksen tatt til orde og presisert at det overordnet må kreves at rutinen er så tilgjengelig for arbeidstaker at den objektivt sett er egnet til å fremme de hensyn og de formål som bestemmelsen skal fremme.<sup>178</sup> For en vellykket implementering av en varslingsrutine, vil organisering av saksbehandlingsapparatet i virksomheten, arbeidstakers kjennskap til rutinens eksistens og en aktiv opplæring av arbeidstaker i varslingsprosessens ulike faser og roller jf. internkontrollforskriften § 5 (2) nr. 2, være sentralt.<sup>179</sup>

En Høyesterettsavgjørelse som har overføringsverdi til implementeringskravet i aml. § 2 A-3 (6) jf. (5), er Rt-2007-1684. Spørsmålet i saken var om det skulle tilkjennes foretaksstraff til tross for at arbeidstaker hadde handlet i strid med virksomhetens rutiner som var nedfelt i internkontrollhåndboken. På bakgrunn av sakens alvorlige karakter, konkluderte Høyesterett med at arbeidsgiver ikke hadde implementert rutinen tilstrekkelig, og at virksomheten derfor måtte holdes strafferettslig ansvarlig for arbeidstakers handling.

I tråd med avgjørelsen kan det utledes at kravet til arbeidsgivers implementeringsplikt beror på virksomhetens organisering og risikoforhold. Da risikoforholdet generelt er styrende for utformingen av varslingsrutinens innhold, som nevnt i pkt. 7.7 ovenfor, bør det kunne stilles

---

<sup>177</sup> Eriksen (2016), s. 461-462.

<sup>178</sup> *Ibid*, s. 454.

<sup>179</sup> *Ibid*, s. 454-458.

strengere krav til arbeidsgivers implementeringsplikt i virksomheter med stor risiko for alvorlige kritikkverdige forhold, enn i virksomheter med lavere risikonivå. Dette momentet anses å være underkommunisert i dagens forarbeider.

Avslutningsvis presiseres det at det ikke er noe i veien for at arbeidsgiver, i kraft av aktivitetsplikten, implementerer rutinen mer aktivt enn det minimumskravene pålegger virksomheten.

## 9. Arbeidstakernes medvirkningsplikt

Innad i arbeidsgivers aktivitetsplikt til å utarbeide interne varslingsrutiner ”i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte” jf. aml. § 2 A-3 (3), ligger en implisitt medvirkningsrett og -plikt for arbeidstaker. For arbeidstaker innebærer dette medvirkning både i arbeidet med å utforme innholdet av interne varslingsrutiner, og selve implementeringen av den i virksomheten.<sup>180</sup>

Som illustrert i kapittel 3 ovenfor, er det generelle utgangspunktet for arbeidstakers medvirkningsrett og -plikt den gjensidige lojalitetsplikten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i et arbeidsforhold.

Arbeidstakers medvirkningsrett og -plikt i HMS-arbeid ved utformingen av interne rutiner er lovregulert i aml. §§ 3-1 (1) jf. 2 A-3 (3) jf. (1). I dette ligger at arbeidstaker skal medvirke til at det ”utføres systematisk [HMS-arbeid] på alle plan i virksomheten”, herunder at rutinene blir utarbeidet i tilknytning til dette. Bakgrunnen for medvirkningen bygger på viktigheten av å utnytte arbeidstakernes kunnskap og ressurser, samt å ivareta hensynet til bedriftsdemokratiet.<sup>181</sup> Dette har sammenheng med, som nevnt i pkt. 7.5 ovenfor, at arbeidstaker har nær kunnskap til virksomhetens daglige drift, og derav viktig innsikt i hvilke konkrete behov interne rutiner bør ivareta.

For å sikre at de interne varslingsrutinene i virksomheten fungerer effektivt og etter sitt formål, skal arbeidstaker også medvirke i utøvelsen av rutinen, jf. internkontrollforskriften § 4 (2). Bestemmelsen legger til grunn at arbeidstakers gjennomføring av et internt varsel skal være i tråd med virksomhetens interne varslingsrutiner. Derav vil varsling i samsvar med ”virksomhetens rutiner for varsling” alltid være ”forsvarlig” fremgangsmåte, jf. aml. § 2 A-1 (2) andre punktum.

Arbeidstaker har også en medvirkningsrett og -plikt for arbeidsgivers gjennomføring av aktivitetsplikten til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. internkontrollforskriften § 5 (2) nr. 3. Medvirkning fra arbeidstaker vil her anses som egne prosessuelle trinn ved arbeidsgivers

---

<sup>180</sup> *Ibid*, s. 405.

<sup>181</sup> *Ibid*.

gjennomføring av plikten til å utarbeide interne varslingsrutiner.<sup>182</sup> Begrunnelsen for medvirkningen er her at arbeidstakernes ”samle[de] kunnskap og erfaring utnyttes”. I tillegg til kunnskap og erfaringer knyttet til innholdet av rutinen, vil arbeidstakers medvirkning være sentral for implementeringen av den.

Som en viktig suksessfaktor for å sikre et effektivt regelverk for intern varsling er arbeidstakers troverdighet og tillit til varslingsrutinene.<sup>183</sup> Et viktig element for å skaffe varslingsrutinen arbeidstakers legitimitet er derfor nettopp å inkludere arbeidstaker og tillitsvalgte i en bred prosess i arbeidsgivers utarbeidelse av interne varslingsrutiner. Lovgiver har derfor fastsatt at ansatte skal ha en reell innflytelse i form av medvirkning i hele utarbeidelsesprosessen av varslingsrutinene.<sup>184</sup> Effektivitetshensynet ligger implisitt i lovgivers valg av risikobasert internkontroll som reguleringsmetode, samtidig som at det mer eksplisitt fremkommer gjennom arbeidsmiljølovens særregulering av varsling.<sup>185</sup> Bakgrunnen for arbeidstakers medvirkningsrett og -plikt kan derfor, på generelt grunnlag, sluttes å være arbeidsgivers mulighet til å sikre en effektiv intern varslingsrutine med høy grad av legitimitet og troverdighet blant de ansatte.

---

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> *Ibid.*, s. 404.

<sup>184</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 23.

<sup>185</sup> Eriksen (2016), s. 405.

## 10. I hvilken utstrekning får interne varslingsrutiner betydning for aktivitetsplikten?

### 10.1 Forholdet mellom arbeidsgivers aktivitetsplikt og varslingsrutinene

Plikten til å ”motta[, behandl[e] og [følge opp] varsling” om kritikkverdige forhold i virksomheten, er en viktig forutsetning for at operasjonaliseringen av varslervernet, jf. aml. § 2 A-3 skal være oppfylt. Der interne varslingsrutiner er opprettet må de følgelig sikres etterlevd. For å sikre et åpent ytringsklima med lav terskel for å ytre seg om kritikkverdige forhold i samsvar med lovgivers intensjon, er det avgjørende at arbeidsgiver ivaretar varsleren og saksbehandler varselet.<sup>186</sup> Dersom et varsel om ”kritikkverdige forhold” er fremsatt ved en ”forsvarlig” fremgangsmåte, jf. aml. § 2 A-1 (2), er det i hovedsak opp til varslingsmottaker hvorvidt varselet vil fungere effektivt med hensyn til å forebygge og avdekke det aktuelle forholdet.<sup>187</sup>

I medhold av arbeidsgivers plikt til å sikre arbeidstakers særskilte varslervern, står ikke arbeidsgiver fritt til å velge hvorvidt varselet skal saksbehandles. Det kan argumenteres for at arbeidsgivers plikt til å følge opp et varsel i tråd med aktivitetsplikten utløses når arbeidstaker varsler internt i henhold til virksomhetens varslingsrutiner, eller dersom det varsles på en måte som gir arbeidsgiver ”grunn til å tro” at det har kommet et varsel.<sup>188</sup> Videre står ikke arbeidsgiver fritt til å bestemme hvordan forholdet skal undersøkes, da varslervernet setter *prosessuelle krav* til saksbehandlingen. Arbeidsgivers aktivitetsplikt må utøves innenfor de rammer som følger av kravet til en forsvarlig saksbehandling.<sup>189</sup> Dette innebærer bl.a. at det må fokuseres på forholdet det er varslet om, og ikke arbeidstaker som varsler.

Som illustrert i pkt. 6.1 ovenfor, er det krevende å utlede konkrete krav til hva som forventes av arbeidsgivers saksbehandling av et varsel, både av aml. § 2 A-3 (5) bokstav c) og det eksisterende rettskildematerialet, da det ikke behandles direkte av retten. Alminnelige rettslige krav til en forsvarlig saksbehandling, antas imidlertid å gjøre seg gjeldende også ved

---

<sup>186</sup> Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 47.

<sup>187</sup> Eriksen (2016), s. 435-436.

<sup>188</sup> NOU 2018: 6 s. 163.

<sup>189</sup> Som påpekt under pkt. 6.1 kan dette utledes av aml. § 2 A-3 (5) bokstav c).

saksbehandling av et mottatt varsel. Kravene som stilles til rutiner for saksbehandlingen er forholdsmessige i forhold til virksomhetens størrelse, kompleksitet og risikoforhold.<sup>190</sup>

Arbeids- og sosialdepartementet foreslår lovfestet at virksomhetens interne varslingsrutiner skal inneholde krav til arbeidsgivers saksbehandling av et mottatt varsel.<sup>191</sup> Forslaget kan ses som et steg i retning av å utlede konkrete krav til hva som forventes av arbeidsgivers saksbehandling av et varsel.

## 10.2 Almennlige rettslige krav til saksbehandling

### 10.2.1 Habilitet

Kravet til en habil saksbehandling er lovfestet for offentlig myndighet.<sup>192</sup> Det vil imidlertid være nærliggende å legge til grunn at prinsippet også må gjelde i private virksomheter som følge av arbeidsgivers plikt til å sikre det særskilte varslervernet. At en person er ”ugild” innebærer at det foreligger omstendigheter som er egnet til å svekke tilliten til upartiske avgjørelser.<sup>193</sup> Slike omstendigheter vil medføre at saksbehandlingen mangler tillit. Vedkommende skal dermed ikke delta i behandlingen av den konkrete saken.

Habilitetskravet innebærer konkret at personer som befinner seg i en interessekonflikt til det påståtte kritikkverdige forholdet, ikke selv kan behandle saken.<sup>194</sup> Det er nettopp den *ekstraordinære situasjonen* som arbeidstakers varsling aktualiserer som setter krav til saksbehandlingen. Personens uavhengighet er grunnleggende for varslersens tillit til både undersøkelsen og vurderingen av det påståtte ”kritikkverdige forhold[et]” i virksomheten.<sup>195</sup> Er arbeidsgiver ”ugild”, må det vurderes om en kompetent og uavhengig part må bringes inn ved for eksempel bruk av eksterne granskere.

---

<sup>190</sup> I likhet med det sentrale for risikobasert internkontroll generelt, som nevnt bl.a. i pkt. 1.3, og Eriksen (2016), s. 441.

<sup>191</sup> Se forslag til ny § 2 A-6 (4) bokstav c) i Prop.74 L (2018-2019).

<sup>192</sup> Se lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker, kapittel II.

<sup>193</sup> *Ibid*, § 6 (1) og (2).

<sup>194</sup> Eriksen (2016), s. 444.

<sup>195</sup> *Ibid*.

### 10.2.2 Kontradiksjon

Kravet til kontradiksjon er et grunnleggende rettsprinsipp som innebærer at de involverte parter skal ”få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis”.<sup>196</sup> Ved saksbehandlingen av et varsel skal altså personen varselet omhandler gis mulighet til å uttrykke sin versjon av saken, og imøtegå påstanden om det kritikkverdige forholdet. Det innebærer at vedkommende gis innsyn i forholdet vedkommende er anklaget for. Kravet synes fremhevet i ”NAV-dommen” som har illustrasjonsverdi for kontradiksjonsprinsippets betydning i vurderingen av gjengjeldelse fra arbeidsgiver.<sup>197</sup> Lagmannsrettens vurdering av at arbeidsgiver hadde sikret kontradiksjon i saken, syntes å gå i støtte av at det ikke forelå sviktende saksbehandling og gjengjeldelse fra arbeidsgiver ved varslingen.

### 10.2.3 Konfidensialitet

I tilfeller der arbeidstaker har varslet må ytringen håndteres konfidensielt.<sup>198</sup> Dette betyr behandling ”på en måte som sikrer tilstrekkelig sikkerhet for personopplysningene”.<sup>199</sup> Plikten innebærer at varslingsmottaker, så langt som mulig, skal behandle det mottatte varselet uten å røpe varslersens identitet til andre enn dem som har lovlig tilgang.<sup>200</sup> Ved behandlingen av det påståtte kritikkverdige forholdet skal altså ”enhver opplysning (...) som direkte eller indirekte kan identifisere[.]” vedkommende, sikres tilstrekkelig sikkerhet.<sup>201</sup>

### 10.2.4 Undersøkelse av faktum og konklusjon

En av hovedårsakene til konflikteskalering eller videre varsling til høyere varslingsnivå, er at arbeidsgiver ikke undersøker innholdet i varselet.<sup>202</sup> En forsvarlig og objektiv undersøkelse av de påståtte kritikkverdige forholdene må ta utgangspunkt i de konkrete faktiske forholdene som ble fremlagt av varsleren. Et slikt fokus kan forhindre at arbeidstaker som varslet eller andre berørte personer, blir det sentrale fremfor innholdet i varselet. Det som skal undersøkes er hvorvidt innholdet i påstanden stemmer med virkeligheten.<sup>203</sup> Det er først når

---

<sup>196</sup> Se eksempelvis lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister, § 1-1 (2) andre strekpunkt.

<sup>197</sup> LH-2016-36029 ”NAV-dommen”.

<sup>198</sup> Eriksen (2014), s. 191.

<sup>199</sup> Personvernforordningen (EU) 2016/679 av 27. april 2016 artikkel 5 nr. 1 bokstav f).

<sup>200</sup> Se personopplysningsloven, personvernforordningen samt Eriksen (2016), s. 432.

<sup>201</sup> Jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 1 jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav f).

<sup>202</sup> Eriksen (2016), s. 442.

<sup>203</sup> *Ibid*, s. 445.



saksbehandler har fått tilstrekkelig informasjon at undersøkelsen kan avsluttes, og det kan konkluderes hvorvidt det påståtte ”kritikkverdige forhold[et]” anses bevist.<sup>204</sup>

#### 10.2.5 Tilbakemelding til varsler

I tillegg til å gi arbeidstaker en tilbakemelding om forventet behandlingsprosess av varselet, som nevnt i pkt. 6.1 ovenfor, skal arbeidsgiver gi en tilbakemelding om den ferdige saksbehandlingen av varselet. Helt overordnet bør tilbakemeldingen inneholde en bekreftelse på at det påståtte ”kritikkverdige forhold[et]” er undersøkt og saksbehandlerens konklusjon. Da arbeidstaker ikke er part i saken som springer ut av varselet, er det imidlertid begrenset hvilken informasjon arbeidstaker kan forvente.<sup>205</sup> Informasjon må derfor gis innenfor de rettslige rammene av personopplysningsloven, og kan følgelig ikke stride mot den omvarsledes personvern.<sup>206</sup> Det avgjørende er at arbeidstaker ser at varselet blir behandlet og føler seg ivaretatt, samt at det gis tilstrekkelig informasjon til at arbeidstaker kan vurdere sitt rettslige grunnlag for eventuell videre varsling intern eller eksternt.<sup>207</sup> I mangel av slik tilbakemelding vil ekstern varsling kunne legitimeres som ”forsvarlig” fremgangsmåte, jf. aml. § 2 A-1 (2).<sup>208</sup>

#### 10.2.6 ”Fengselsinspektør”-dommen som illustrasjon

”Fengselsinspektør”-dommen, som også blir behandlet nedenfor i pkt. 11.2, kan illustrere hvordan arbeidsgivers manglende vilje eller evne til å saksbehandle et varsel kan få betydning for videre varsling og konflikteskalering.<sup>209</sup> Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt en fengselsinspektør var blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse som følge av varsling. Arbeidstaker varslet totalt elleve ganger, hvor det ble varslet seks ganger internt før det ble varslet eksternt. Lagmannsretten fant at det var varslet ”forsvarlig” om de fleste av forholdene, og at flere av reaksjonene som forelå i utgangspunktet kunne anses som ulovlig gjengjeldelse. Rettens flertall viet særlig kritikk til fengselets ledelse, og bemerket at arbeidsgiver ”kunne håndtert [varslene] bedre, særlig ved å ha større fremdrift”.<sup>210</sup> Dette til tross, konkluderte retten likevel med at arbeidstaker ikke var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

---

<sup>204</sup> Eriksen (2014), s. 194-195.

<sup>205</sup> Eriksen (2016), s. 450.

<sup>206</sup> Eriksen (2014), s. 193 og 195.

<sup>207</sup> Eriksen (2016), s. 450.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> LB-2010-40623 ”Fengselsinspektør”.

<sup>210</sup> *Ibid.*, s. 18.

# 11. Betydningen av interne varslingsrutiner ved rettsanvendelsen

## 11.1 Innledning

I forarbeidene synes det å ha vært et bevisst valg å la være å stille konkrete krav til ”arbeidsgivers fremgangsmåte eller til saksbehandlingen av et varsel” for de interne varslingsrutinene.<sup>211</sup> Som følge av at både lovtekst og forarbeider gir lite veiledning, har særlig rettspraksis potensiale til å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling av spørsmålet. Hvilket ansvar arbeidsgiver har som varslingsmottaker, og hvilken rettslig relevans interne varslingsrutiner har, er beskjedent behandlet i rettspraksis. I det følgende vil det vises til underrettspraksis i et forsøk på å illustrere hvilken rettslig relevans interne varslingsrutiner utarbeidet for etterlevelse av aml. § 2 A-3 har.

## 11.2 I forhold til kravet om forsvarlig fremgangsmåte ved varsling, jf. aml. § 2 A-1 (2)

Arbeidstakers plikt til at fremgangsmåten ved varslingen skal være ”forsvarlig” er avgjørende for at det særskilte rettsvernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver aktualiseres overfor arbeidstaker, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1.<sup>212</sup> Spørsmålet er hvorvidt arbeidsgivers interne varslingsrutiner har betydning for forsvarlighetsvurderingen av arbeidstakers varsel.

Eriksen har uttalt at: ”(...) regulering av saksbehandlingen av mottatte varsler, og ivaretagelse av arbeidstaker som varsler, kan særlig få betydning for arbeidstakers grunnlag for videre, ekstern varsling”.<sup>213</sup> Med kunnskap om at en av de viktigste faktorene som påvirker varsling, er varslingsmottakers ”håndtering av den første interne varslingen”, og at arbeidstakers varsling i samsvar med ”virksomhetens rutiner for varsling” alltid regnes som ”forsvarlig”, jf. aml. § 2 A-1 (2) andre punktum, kan det argumenteres for at arbeidsgivers ansvar som varslingsmottaker kan tillegges vekt i vurderingen av forsvarlighetsvilkåret i aml. § 2 A-1 (2).<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> Prop.72 L (2016-2017) s. 37.

<sup>212</sup> Se pkt. 1.5.1.

<sup>213</sup> Eriksen (2016), s. 436.

<sup>214</sup> Se note 115.

I ”Sensur”-dommen ble spørsmålet om arbeidsgivers manglende tilrettelegging for varsling etter dagjeldende aml. § 3-6 skulle tillegges vekt i vurderingen av om arbeidstaker hadde varslet forsvarlig, berørt.<sup>215</sup> Hovedspørsmålet i saken var om det skulle tilkjennes oppreisning som følge av gjengjeldelse for varsling. Lagmannsretten bemerket seg ”enig i” at manglende utarbeidelse av varslingsystem måtte tillegges vekt ved vurderingen av om det var handlet ”forsvarlig”, selv om fremgangsmåten i den konkrete saken ble ansett såpass avvikende fra det som måtte kunne forventes, at fraværet av retningslinjer ikke kunne legitimere den som ”forsvarlig”. Av dommen kan det utledes at fravær av interne varslingsrutiner *prinsipielt* er å anse som relevant for vurderingen av forsvarlighetsvilkåret i aml. § 2 A-1 (2).

Retten synes også å legge et slikt synspunkt til grunn i ”Fengselsinspektør”.<sup>216</sup> Ved at lagmannsretten ikke fant det ”nødvendig å ta stilling til” arbeidstakers anførsel om at fengselets varslingsoppfølging var for dårlig, og at det ikke var utarbeidet gode nok varslingsrutiner og oppfølging av slike, ga retten et implisitt uttrykk for anførelsens rettslige relevans.

For hvordan fravær av, eller mangelfulle, rutiner kan påvirke vurderingen av forsvarlighetsvilkåret i aml. § 2 A-1 (2) har Eriksen fremhevet at terskelen kan senkes:

*”Hensynene bak [aml. § 2 A-3] tilsier at manglende tilrettelegging for intern varsling kan bidra til å senke kravene til hvor mange ganger arbeidstaker kan forventes å forsøke å nå frem internt, før vedkommende varsler videre”.*<sup>217</sup>

En avgjørelse som har illustrasjonsverdi for at brudd på egne varslingsrutiner kan gi arbeidstaker en romsligere terskel for ”forsvarlig” fremgangsmåte ved varsling, er ”Norwelt”.<sup>218</sup> Saken gjaldt påstand om gjengjeldelse som følge av varsling om påståtte ”kritikkverdige forhold”, som arbeidstaker mente representerte betydelig samfunnsmessig risiko. I saken ble arbeidsgivers manglende evne eller vilje til å håndtere varselet som ble fremsatt minst to ganger internt, vektlagt i vurderingen av arbeidstakers legitimitet til å varsle

---

<sup>215</sup> LB-2009-70215 ”Sensur”.

<sup>216</sup> LB-2010-40623 ”Fengselsinspektør”, se pkt. 10.2.6.

<sup>217</sup> Eriksen (2016), s. 296.

<sup>218</sup> LB-2009-36995 ”Norwelt”.

til et høyere varslernivå.<sup>219</sup> Retten la til grunn at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen var ”forsvarlig”, til tross for at det forelå eksternt varslingsnivå i saken. Selv om avgjørelsen er begrenset på hvorfor manglende respons fra arbeidsgiver styrker legitimiteten til arbeidstakers videre varslingsnivå, synes en avgjørelse der konsekvensene av et brudd på arbeidsgivers aktivitetsplikt overfor arbeidstaker tilkommer arbeidsgiver, å harmonere med hensynene bak aml. § 2 A-3.

At manglende varslingsrutiner kan vektlegges i legitimeringsvurderingen av arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingsnivå, kan også illustreres med avgjørelsen fra EMD i ”*Heinisch v. Germany*”.<sup>220</sup> I saken var det anført at oppsigelsen var en ulovlig gjengjeldeshandling som følge av arbeidstakers varslingsnivå til arbeidsgiver. Retten vektla her, i favør av å akseptere arbeidstakers fremgangsmåte der vedkommende varslet eksternt til politiet, at arbeidstaker manglet effektive interne kanaler for varslingsnivå.<sup>221</sup>

Av ovennevnte underrettspraksis kan det utledes en prinsipiell rettsoppfatning om at konsekvensene av brudd på arbeidsgivers aktivitetsplikt overfor arbeidstaker skal tilkomme arbeidsgiver. Hensynene bak aml. § 2 A-3, og det presumptivt skjeve maktforholdet mellom partene, tilsier at arbeidstaker ikke skal rammes av at arbeidsgiver har unnlatt å ivareta sin plikt og benytte sin mulighet til å redusere risikoen for gjengjeldelse, og derav ikke har oppfylt sin rettsplikt.<sup>222</sup> Det kan vanskelig hevdes at arbeidsgiver har ivaretatt sin preventive aktivitetsplikt, jf. aml. § 2 A-3, dersom det ikke også sikres at varsler mottatt i samsvar med virksomhetens varslingsrutiner, blir håndtert, og at arbeidstaker ivaretas og beskyttes mot represalier.

### 11.3 I forhold til forbudet mot gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2

I forlengelsen av at manglende aktivitetspliktoppfyllelse fra arbeidsgiver har betydning for vurderingen av forsvarlighetsvilkåret i aml. § 2 A-1 (2), har aml. § 2 A-3 også blitt gjort til tema for hvorvidt det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2.

Rasjonale bak slike anførsler har Eriksen begrunnet med at:

---

<sup>219</sup> *Ibid*, s. 10.

<sup>220</sup> Den Europeiske menneskerettsdomstol, application no. 28274/08.

<sup>221</sup> *Ibid*, note 73 og 74.

<sup>222</sup> Eriksen (2016), s. 438.

*”(...) fravær av interne rutiner innebærer at arbeidsgiver ikke kan dokumentere hvordan det generelt og i den konkrete saken sikres at arbeidstaker ivaretas og beskyttes; noe som må senke terskelen for å få medhold i en påstand om at det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse”.*<sup>223</sup>

Et eksempel fra rettspraksis som illustrerer at fravær av, eller mangelfulle, rutiner ble anført som argument for at arbeidstaker ikke var blitt tilstrekkelig ivaretatt og beskyttet mot gjengjeldelse, er *”Odfjell Drilling”*.<sup>224</sup> Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt arbeidstaker skulle tilkjennes oppreisningserstatning eller gjeninnsettelse i stilling på bakgrunn av ulovlig gjengjeldelse for varsling. I saken anførte arbeidstaker at Odfjell *”ikke hadde de nødvendige rutiner [med hensyn til] beskyttelse av varslere”*.<sup>225</sup> Mindretallet fulgte opp anførselen, og påpekte at *”Odfjells rutiner og samtaler mot den enkelte arbeidstaker var for dårlig”*.<sup>226</sup> Selv om lagmannsrettens flertall mente at *”disse forhold[ene] [ikke] ha[dde] fått betydning for den aktuelle saken”*, utelukket ikke flertallet anførselens rettslige relevans.<sup>227</sup>

I forlengelsen av argumentet i *”Odfjell Drilling”* ble fravær av rutiner i den nyere saken *”Bygdaheimen”* anført som argument for å definere en lavere bevismessig terskel for å konstatere ulovlig gjengjeldelse.<sup>228</sup> Sammenhengen mellom arbeidsmiljølovens tre varslingsbestemmelser tilsier at arbeidstakers argumentasjon er rettslig relevant.<sup>229</sup> Relevansen underbygges også av empirisk forskning som viser at varslingsrutiner på arbeidsplassen bidrar til å redusere risikoen for represalier.<sup>230</sup>

I begge ovennevnte avgjørelser ble anførselene kun i begrenset grad kommentert av retten. Konsekvensen av at retten i så begrenset grad velger å behandle anførselene, er at retten frasier seg muligheten til å etablere en standard, eller i det minste prinsipper for behandling av

---

<sup>223</sup> *Ibid*, s. 437.

<sup>224</sup> LG-2011-17283 *”Odfjell Drilling”*.

<sup>225</sup> *Ibid*, s. 8.

<sup>226</sup> *Ibid*.

<sup>227</sup> *Ibid*.

<sup>228</sup> Dom i Hardanger tingrett 19. oktober 2012 *”Bygdaheimen”*.

<sup>229</sup> Eriksen (2016), s. 438.

<sup>230</sup> Fafo-notat 2017:03 s. 50-53.

mottatte varsler.<sup>231</sup> Uten klare holdepunkter for hva som kan forventes av arbeidsgiver i varslingssituasjonen, blir både bevisvurderingen og rettsanvendelsen i varslingsaker vanskelig, da sakene ofte representerer kompliserte faktum preget av subjektive oppfatninger.<sup>232</sup>

Empirisk forskning viser at varslingsrutiner i virksomheten øker sjansen for at arbeidstaker blir møtt med positive reaksjoner.<sup>233</sup> At fravær av, eller mangelfulle, rutiner må være relevant ved vurderingen for hvorvidt det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse, som fremhevet i juridisk teori og av mindretallet i "*Odfjell Drilling*", synes dermed å være fornuftig. Argumentet kan også støttes av risikoen for at det er arbeidsgivers vilje og ikke evne som er årsaken til manglende utarbeidelse av interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3.

Det må presiseres at avgjørelsene i både "*Odfjell Drilling*" og "*Bygdaheimen*" ble tatt før arbeidsgivers ubetingede plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner for virksomheter med "minst 5 arbeidstakere", jf. aml. § 2 A-3 (2). Ved at det nå oppstilles ubetingede lovfestede minimumskrav til innholdet av rutinen, kan dette hevdes å ha potensiale til rettsutvikling. For det første, vil en konkret rettsregel retten kan forholde seg til gjøre det lettere for domstolen å overprøve om arbeidsgiver har oppfylt de lovfestede minimumskravene i sin virksomhet. Denne formen for lovregulering er knyttet til den tradisjonelle lovreguleringen som er kjent for rettsanvenderen.

For det andre, vil klargjøringen i aml. § 2 A-3 kunne bidra til at det rettes et større fokus på arbeidsgivers preventive plikt til å forhindre og håndtere konflikter, jf. aml. §§ 4-3 jf. 4-1. Det kan være nærliggende å tenke at den ubetingede plikten til å opprette interne varslingsrutiner kan bidra til å understreke arbeidsgivers plikt til å sikre et forsvarlig varslingsmottak og ivaretagelse av varsler. En slik rettsutvikling kan påvirke aktivitetsplikten, ved at arbeidsgivers etterlevelse av de prosessuelle saksbehandlingskravene antas å kunne skjerpes.

---

<sup>231</sup> Eriksen (2016), s. 440.

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> Se note 230.

## 12. Avsluttende vurdering

Arbeidsgivers preventive plikt til å utarbeide interne varslingsrutiner, jf. aml. § 2 A-3, kan forstås som en operasjonalisering av varslingsretten og varslervernet, jf. aml. §§ 2 A-2 jf. 2 A-1, på bakgrunn av de hensyn bestemmelsen bygger på, og formålet bak bestemmelsen. Synspunktet støttes av empirisk forskning som synes å underbygge at eksistensen av rutiner for intern varslingsrutiner som institusjonelt tiltak øker sjansen for at de kritikkverdige forholdene vil bli adressert, og at utfallet av saken blir positivt.<sup>234</sup> Selv om det foreligger en viss usikkerhet rundt årsaken til varslingsrutiners effekt, virker interne varslingsrutiner utvilsomt positivt.<sup>235</sup>

Påstander om ulovlig gjengjeldelse forekommer ofte i tilknytning til konflikteskalering i kjølvannet av varslingsrutiner. Virksomhetens interne varslingsrutiner bør derfor motvirke risikofaktorer som har særlig betydning for konflikteskalering og ulovlig gjengjeldelse for å være effektiv.<sup>236</sup> Lovgiver har derfor tillagt arbeidsgiver et betydelig handlingsrom til selv å skreddersy interne varslingsrutiner i samsvar med virksomhetens risikoforhold.<sup>237</sup>

Som behandlet i pkt. 7.7, står de lovpålagte minimumskrav til innholdet av varslingsrutinen, jf. aml. § 2 A-3 (5), i motsetning til lovgivers valg av risikobasert internkontroll som reguleringsmetode. Selv om dette medfører en mindre fleksibel selvregulering for håndtering av risikoen knyttet til arbeidstakers varslingsrutiner av kritikkverdige forhold i virksomheten for arbeidsgiver, vil dette, som illustrert i pkt. 11.3, kunne ha potensiale til rettsutvikling.

Ved at retten kun i begrenset grad har valgt å behandle anførsler vedrørende aml. § 2 A-3, kan tydeliggjøringen i form av minimumskrav til innholdet av varslingsrutinen illustrere det behovet for rettsavklaring for etablering av klare metodiske prinsipper for evaluering av selvregulering som eksisterte før 1. juli 2017. Ved at Arbeids- og sosialdepartementet viderefører og supplerer de eksisterende minimumskravene i ny lovproposisjon, kan det indikere at innskrenking i arbeidsgivers selvregulering med ubetingede minimumskrav er gjenstand for en lovregulering som fungerer i tråd med lovgivers intensjon.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> Eriksen (2016), s. 409.

<sup>235</sup> Se eksempelvis pkt. 1.2.

<sup>236</sup> Eriksen (2016), s. 411-412.

<sup>237</sup> Se særlig pkt. 7.1 om risikobasert internkontroll som reguleringsmetode.

<sup>238</sup> Prop.74 L (2018-2019) s. 45.

Som illustrert i kapittel 11, synes domstolen unnvikende med hensyn til å vise den rettslige relevansen av arbeidsgivers plikt i henhold til aml. § 2 A-3, både for forsvarlighetsvurderingen i aml. § 2 A-1 (2), og ikke minst ved vurderingen av påstand om ulovlig gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2. Dersom den tradisjonelle formen for lovregulering, som minimumskravene nå er utslag av, bidrar til rettsutvikling, vil det være nærliggende å tro at forståelsen av samspillet mellom arbeidsmiljølovens tre varslingsbestemmelser også videreutvikles.

Som gjennomgått i pkt. 7.1, tilsier sammenhengen mellom arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser at implementerte rutiner i virksomheten må være egnet til å fremme både de generelle hensynene bak arbeidsmiljølovens varslingsregler, og de spesifikke hensynene bak § 2 A-3. Varslingsutvalgets ideelle varslingsprosess har, som nevnt i pkt. 6.1, en avsluttende evalueringsfase der konkrete erfaringer fra varslingsprosessen spiller tilbake på revidering av varslingsrutinen. Denne fasen representerer et trinn om læring. Ved å gjennomgå avsluttede varslingsprosesser i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte for å kunne utvikle læringspunkter og forbedre varslingsrutinene, åpnes det opp for varslingsrutiner som til enhver tid reflekterer risikonivået i virksomheten som arbeidstaker har tillit til. På denne måten vil rutinene ha relevans for varslingsrettens utstrekning ved å alltid være ”forsvarlig” å varsle i samsvar med ”virksomhetens rutiner for varsling”, jf. aml. §§ 2 A-1 (2) jf. 2 A-3, og samtidig redusere risikoen for konflikteskalering og gjengjeldelseshandlinger ved å sikre arbeidsgiver forutberegnelighet for varselets fremgangsmåte. Det kan derfor argumenteres for at en avsluttende evalueringsfase av varslingsprosessen bør innfortolkes som en del av arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt etter § 2 A-3.

Ved at varslervernets realitet forutsetter arbeidsgivers aktivitetsoppfyllelse både før, under og etter varsling kan det, i tråd med oppgavens gjennomgang, sluttet at arbeidsgivers plikt til å sikre arbeidstakers varslervern aktualiserer arbeidsgivers preventive aktivitetsplikt etter aml. § 2 A-3 på ethvert trinn av varslingsprosessen, hvilket igjen ivaretar samspillet mellom varslingsbestemmelsene.



## 13. Kildeliste

### 13.1 Lover

#### 13.1.1 Norge

Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

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

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.

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

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

Lov 1. desember 2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid).

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

#### 13.1.2 Sverige

Lag 2016:749 om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

### 13.2 Forskrifter

Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften).

### 13.3 Forarbeider

#### 13.3.1 Norge

NOU 1999: 27 ”Ytringsfrihed bør finde sted” Forslag til ny Grunnlov § 100.

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygget, inkludering og vekst.

St.meld.nr.26 (2003-2004) Om endring av Grunnloven § 100.

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp.nr.84 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Prop.72 L (2016-2017) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid).

NOU 2018: 6 Varsling – verdier og vern. Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet.

Prop.74 L (2018-2019) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

### 13.3.2 Sverige

SOU 2014: 31 Visselblåsare. Starkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

## 13.4 Forordninger

Forordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger (personvernforordningen).

## 13.5 Dommer

### 13.5.1 Høyesterettsdommer

Rt-1988-1078.

Rt-1990-607.

Rt-1996-1401.

Rt-2003-1252.

Rt-2005-268.

### 13.5.2 Lagmannsrettdommer<sup>239</sup>

LB-2009-36995 ”Norwelt”.

LB-2009-70215 ”Sensur”.

LB-2010-40623 ”Fengselsinspektør”.

LG-2011-17283 ”Odfjell Drilling”.

LH-2016-36029 ”NAV-dommen”.

### 13.5.3 Tingrettsdommer

TBERG-2007-136244 ”Sandviken Sykehus”.

Dom i Hardanger tingrett 19. oktober 2012 ”Bygdaheimen”.

### 13.5.4 Den Europeiske menneskerettsdomstol

Case of Heinisch v. Germany av 21. juli 2011, application no. 28274/08.

### 13.6 Veiledninger og rapporter

Trygstad, S. C. *Kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser*. Fafo-notat 2017:03.

Wiersholm I. ”Monika-saken”: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaeferes varsling, rapport 25. juni 2015. Hentet fra:

[https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monika-saken\\_web.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monika-saken_web.pdf)

---

<sup>239</sup> Sidetallene henvist til ved bruk av underrettspraksis i oppgaven baseres på nedlastbar struktur fra lovdata.no: ”med sammendrag”, ”med dokument-tekst”, ”med fotnoter” og ”med innholdsfortegnelse” (uten merknader).

## 13.7 Litteratur

Eckhoff, T. Helgesen, J. E. *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

Elvestad, M. ”Ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold”, *Arbeidsrett*, 2011 (3-4), s. 130-142.

Eriksen, B. *Å bekjempe et samfunnsonde: Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*. Oslo: Gyldendal akademisk, 2014.

Eriksen, B. *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1): Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*. Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen, juridisk fakultet, 2016.

Eriksen, B. ”Varslingsprosessen: En kamp om definisjonsmakten”, *Tidsskrift for human- og samfunnsvitenskap*, 2017 s. 108-119.

Evju, S. ”Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten”, *Arbeidsrett*, 2011 (3-4), s. 143-163.

Jakhelln, H. ”Arbeidsmiljølovens regler om varsling: Er varsleres rettsvern en realitet eller en illusjon – eller ”tar man spilleren, og ikke ballen?””, *Varsleren: viktig og verdig*, 2010 (1) s. 385-448.

Matthiesen, S. B. Bjørkelo, B. Nielsen, M. B. *Klanderverdig atferd og varsling i norsk arbeidsliv*. FALK, Universitetet i Bergen, psykologisk fakultet, 2008.

Ringvoll, L. H. Leonhardsen, E. M. ”Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold”, *Jussens Venner*, 2007 (01) s. 37-55.