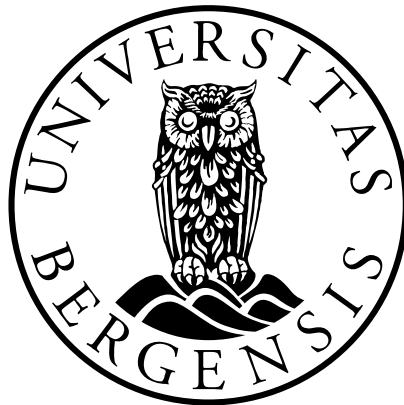


En komparativ analyse av arbeidsmiljøloven kapittel 2 A og
Direktiv (EU) 2019/1937

Kandidatnummer: 80

Antall ord: 12277



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	6
1.1	Tema og problemstilling	6
1.2	Oppgavens aktualitet.....	6
1.3	Rettskilder og metode.....	7
1.3.1	Metode.....	7
1.3.2	Lov.....	8
1.3.3	Forarbeid, rettspraksis og juridisk teori.....	8
1.3.4	Internasjonal rett - Særlig om EUs varslingsdirektiv.....	8
1.4	Begrepsavklaring.....	9
1.4.1	Varsling og varsler.....	9
1.4.2	Arbeidstaker og arbeidsgiver.....	9
1.4.3	Arbeidsgivers styringsrett.....	9
1.5	Fremgangsmåte og avgrensing.....	10
2	Hensyn og formål	10
2.1	Hensynene bak særreguleringen av varsling i arbeidsmiljøloven kap. 2 A.....	10
2.2	Hensynene bak EUs varslingsdirektiv.....	11
3	Arbeidsmiljølovens regler om varsling og selve varslingsprosessen	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Varslingsprosessen - de fire ulike stadiene.....	12

3.3	Kort om arbeidsmiljøloven kap. 2 A og den indre sammenhengen i regelverket.....	13
4	Det norske varslingsinstituttet sett i lys av EU-direktivet	15
4.1	Kort om en eventuell implementering av direktivet i norsk rett.....	15
4.2	Det personelle virkeområdet for direktivet og arbeidsmiljøloven.....	16
4.2.1	Innledning.....	16
4.2.2	Bør arbeidsmiljølovens personellmessige virkeområde utvides?.....	16
4.3	Krav og fremgangsmåte ved varsling etter direktivet og arbeidsmiljøloven.....	17
4.3.1	Forsvarlighetskravet og aktsomhetskravet ved intern og ekstern varsling.....	17
4.3.2	Det tidligere forsvarlighetskravet i norsk rett.....	18
4.3.3	Kritikk av forsvarlighetskravet.....	19
4.3.4	Bør det innføres aktsomhetskrav og/eller forsvarlighetskrav ved intern varsling i norsk rett?.....	19
4.4	Krav til innholdet i varselet.....	20
4.4.1	Innledning.....	20
4.4.2	Bør begrepet «kritikkverdig forhold i virksomheten» presiseres ytterligere?	20
4.5	Varslingsrutiner og varslingskanaler ved intern varsling etter direktivet og norsk rett.....	21
4.5.1	Krav til saksbehandlingen og saksbehandlingsfrister ved intern varsling.....	21
4.5.2	Bør bekreftelse på mottak av varsel innføres i norsk rett?.....	21
4.5.3	Krav til underretning.....	22

4.5.3.1	Krav til underretning etter varslingsdirektivet	22
4.5.3.2	Har varsleren krav på underretning etter norsk rett?.....	22
4.5.3.3	Bør det innføres en underretningsplikt og en first for når underretning skal gis i norsk rett?	23
4.5.4	Krav til habilitet og upartisk behandling.....	24
4.5.4.1	Innledning.....	24
4.5.4.2	Bør krav til habilitet og upartisk behandling innføres i norsk rett?.....	25
4.5.5	Konfidensialitet.....	25
4.5.5.1	Har varsleren rett på anonymitet etter norsk rett?	25
4.5.5.2	Har varsleren rett på anonymitet etter varslingsdirektivet?	26
4.5.5.3	Bør beskyttelse av varslereens identitet styrkes i norsk rett?.....	27
4.6	Opprettelse av eksterne varslingsrutiner- og kanaler.....	27
4.6.1	Innledning.....	27
4.6.2	Arbeidstakers adgang til å varsle til eksterne myndigheter, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2.....	28
4.6.3	Direktivets regulering av eksterne varslingsrutiner- og kanaler.....	28
4.6.4	Bør eksterne varslingsrutiner- og kanaler i norsk rett styrkes/endres?.....	29
4.7	Krav om opprettelse av støtteforanstaltninger.....	30
4.7.1	Innledning.....	30

4.7.2	Bør det opprettes støtteforanstaltninger i norsk rett?.....	31
4.8	Utforming av gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2 A-4 og i varslingsdirektivets art. 19.....	31
4.8.1	Innledning.....	32
4.8.2	Bør utforming av gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2 A-4 endres?	33
4.9	Bevisbyrdereglene i norsk rett og i EUs varslingsdirektiv.....	34
4.9.1	Innledning.....	34
4.9.2	Delt bevisbyrde.....	34
4.9.3	Bevisbyrdereglene i direktivets art. 21 nr. 5.....	35
4.9.4	Behov for språklig endring/nyansering av bevisbyrdereglene i norsk rett?	36
4.10	Den omvarsledes rettsstilling.....	36
4.10.1	Innledning.....	36
4.10.2	Omvarsledes rett på erstatning etter norsk rett.....	36
4.10.3	Behov for styrking av omvarsledes rett på erstatning etter norsk rett?	38
4.10.4	Behov for en generell tydeliggjøring/styrking av omvarsledes rettigheter?	38
5	Avsluttende bemerkninger	39
5.1	Oppsummering.....	39
5.2	En egen lov om varsling	40
5.3	Varslingsutvalgets og departementets synspunkt.....	40
5.4	Behov for en egen lov om varsling?.....	41

5.5	Det norske varslingsinstituttet bør endres.....	42
6	Kilderegister.....	43

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er en komparativ analyse av arbeidsmiljølovens regler om varsling i kapittel 2 A og EUs varslingsdirektiv¹. Jeg vil blant annet undersøke om reglene ivaretar varsleren i tilstrekkelig grad, og i hvilken grad direktivet vil medføre endringer i nasjonal rett dersom det gjennomføres.

1.2 Oppgavens aktualitet

Både EU, OECD og Europarådet har anbefalt medlemsstatene å styrke varslernes rettsvern, særlig vernet mot gjengjeldelse.² Bakgrunnen er blant annet at det foreligger mer kunnskap om de positive ringvirkningene ved å ha et effektivt varslingsinstitutt.³ Varsling kan benyttes som et redskap til å oppdage og forebygge forhold som korrupsjon og/eller annen kriminell aktivitet og lovbrudd.⁴ Gode rutiner og systemer kan også virke forebyggende, samt fremme et trygt og forsvarlig arbeidsmiljø. Dette er positivt, både for de ansatte, arbeidsplassen, og for samfunnet i et samfunnsøkonomisk perspektiv.⁵ Videre viser SSBs undersøkelse av livskvalitet i Norge 2020, hvordan trakassering og diskriminering på arbeidsplassen har sammenheng med trivsel; «Av arbeidsmiljøforhold ser vi at seksuell trakassering på jobb er forbundet med nedsatt livskvalitet».⁶ Et godt varslingsystem som forhindrer og forebygger at varslingssituasjoner oppstår, som for eksempel trakassering på arbeidsplassen, vil dermed kunne ha en positiv effekt på det psykososiale miljøet på arbeidsplassen.

Et betimelig spørsmål er om vi i tilstrekkelig grad følger EUs anbefaling om å styrke varslingsinstituttet og spesifikt vernet mot gjengjeldelse. En Fafo-rapport, publisert i 2019, konkluderte med at det bare er ca. 50 prosent av de som har observert eller vært utsatt for et kritikkverdig forhold på arbeidsplassen som faktisk varsler om forholdet.⁷ Grunnen til at såpass mange unnlater å melde fra om kritikkverdige forhold, kan være frykt for

¹ Direktiv (EU) 2019/1937 (heretter benyttes betegnelsene «EU-direktivet», «varslingsdirektivet» eller «direktivet»).

² Prop. 74 L (2018-2019) s. 16.

³ Se blant annet Oslo Economics (2017) s. 13.

⁴ Ibid s. 9.

⁵ NOU 2018:6 s. 32.

⁶ Støren m.fl. (2020) s. 4.

⁷ Trygstad og Ødegård (2019) s. 29.

gjengjeldelse. Eksempelvis konkluderte Fafo-rapporten med at 12 til 25 prosent av varslere ble utsatt for sanksjonering fra arbeidsgiver i etterkant av en varsling.⁸

Den 11. november 2016, ble det oppnevnt et utvalg av regjeringen som skulle foreta en gjennomgang av arbeidsmiljølovens varslingsregler og undersøke behovet for et styrket varslervern, herunder NOU 2018:6. Varslingsutvalget konkluderte med at det var behov for lovendringer ettersom lovreguleringen av det norske varslingsinstituttet ikke i tilstrekkelig grad la til rette for varsling, ivaretok den som varslet, og/eller satte krav om gode nok forebyggende rutiner for å forhindre at kritikkverdige forhold oppsto.

Arbeids- og sosialdepartementet fulgte opp utredningen i Prop. 74 L (2018-2019), og det ble foretatt flere lovendringer,⁹ deriblant innføringen av legaldefinisjonen av «gjengjeldelse» i arbeidsmiljøloven § 2 A-4 annet ledd, samt en liste over de forholdene som kan regnes som «gjengjeldelse» i annet ledd bokstav a) – c). Andre sentrale endringer var lovfesting av arbeidsgiverens omsorgs- og aktivitetsplikt i § 2 A-3, samt innføring av § 2 A-5 som statuerer arbeidstakerens rett til erstatning for økonomisk tap, uavhengig av arbeidsgivers skyldgrad. En annen viktig endring er at diskrimineringsnemnda gis mandat til å avgjøre saker som gjelder gjengjeldelse etter varsling, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-8.¹⁰

Per dags dato er det usikkert om det vil bli gjennomført ytterligere endringer, ettersom det fremdeles er «til diskusjon» hvorvidt varslingsdirektivet er EØS-relevant.¹¹

1.3 Rettskilder og metode

1.3.1 Metode

I denne avhandlingen tas det utgangspunkt i prinsippene for juridisk metode og rettskildelærens legitimerede argumentasjonskilder, herunder lov, lovforarbeid, rettspraksis, reelle hensyn, internasjonal rett, samt juridisk teori.¹² I det følgende knyttes det bemerkninger til de rettskildene som er særlig relevante for avhandlingen.

⁸ Ibid s. 6.

⁹ Lov 21. juni 2019 nr. 24 om endringer i arbeidsmiljøloven.

¹⁰ Lov 16. juni 2019 nr. 57 om endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven (etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og en styrking av aktivitets- og redegjørelsesplikten).

¹¹ Regjeringen.no - *Direktiv om vern av varslere* (2020).

¹² Monsen (2012) s. 30.

1.3.2 Lov

Retten til å varsle tar utgangspunkt i vår grunnlovfestede ytringsfrihet, jf. Grunnloven § § 13 og 100.¹³ Den alminnelige ytringsfriheten gjelder også i arbeidsforhold, men arbeidsmiljølovens regler om varsling i kap. 2 A gir varslernes ytringsfrihet et spesifikt tilleggsværn.

Diskrimineringsombudsloven¹⁴ er også aktuell for temaet som behandles her, da det har blitt gjort endringer i denne loven som får betydning for varslingsinstituttet vårt.

Diskrimineringsnemnda gis mandat til å behandle gjengjeldelsessaker, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-8, jf. § 2 A-4, og nemnda har mulighet til å tilkjenne erstatning etter § 2 A-5. Dette gjelder likevel ikke oppsigelses- eller avskjedssaker. Personopplysningsloven¹⁵ er også aktuell for avhandlingen ettersom loven angir hvordan personopplysninger i en varslingsprosess skal behandles.

1.3.3 Forarbeid, rettspraksis og juridisk teori

I 2006 fikk vi en lovfesting av reglene om varsling, og disse har i ettertid blitt endret en rekke ganger. Det er derfor flere relevante forarbeid som vil ha betydning, spesielt fordi det finnes begrenset rettspraksis tilknyttet de nyeste reglene. Forarbeidene av størst interesse er NOU 2018:6, Prop. 72 L (2016-2017) og Prop. 74 L (2018-2019), da disse knytter seg til de nye lovendringene.

Reglene om varsling i arbeidsmiljøloven kap. 2 A har ikke blitt behandlet av Høyesterett. Flere av endringene i arbeidsmiljøloven er ferske, i tillegg er varslingsdirektivet relativt nytt. Juridisk teori tilknyttet disse endringene er derfor begrenset. Ettersom rettskildematerialet er begrenset, og rettskildebildet er noe uavklart, åpner dette opp for å inkludere *de lege ferenda*-betraktninger i analysen, særlig i avhandlingens komparative del.

1.3.4 Internasjonal rett - Særlig om EUs varslingsdirektiv

Av internasjonal rett, er EUs varslingsdirektiv mest sentralt for oppgavens tema. Direktivets formål er å gi bedre vern for varslere, særlig ved gjengjeldelsessaker, ettersom EU-kommisjonen mente at vernet i EU-retten ikke var sterkt nok og at varslingsreglene var

¹³ Lov 17 mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

¹⁴ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

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

oppstykket uten en klar nok indre sammenheng.¹⁶ Direktivet retter seg i utgangspunktet mot arbeidstakere som på sin arbeidsplass varsler om forhold som tilknyttes brudd på EU-rettsakter.¹⁷ Varslinger tilknyttet brudd på EU-rettens regler om arbeidstakervern inkluderes ikke. Hva dette innebærer, behandles under avhandlingens *kapittel 4.1*

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Varsling og varsler

Det fremkommer av arbeidsmiljøloven § 2 A -1 første ledd at «Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet. Innleid arbeidstaker har også rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten til innleier». Bestemmelsen indikerer at man må ha status som arbeidstaker for å anses som «varsler». Arbeidsmiljøloven gir ingen direkte definisjon av «varsling» eller «varsler». Forarbeidene gir en viss veiledning, da det stadfestes at varsling er «å si fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen til noen som direkte eller indirekte kan ha myndighet til å gjøre noe med det».¹⁸ Ofte siktes det her til en kollega eller en i en lederfunksjon i bedriften.¹⁹

Videre kan varselbegrepene ses i kontekstuell sammenheng med arbeidsmiljøloven § 2 A-4 første ledd første setning hvor det fremkommer at «[g]jengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med §§ 2 A-1 og 2 A-2, er forbudt». Dette innebærer at arbeidstakeren nyter det særskilte vernet som varsler først idet arbeidstakeren varsler om et «kritikkverdig forhold i arbeidsgivers virksomhet» i tråd med arbeidsmiljøloven § 2 A-2 og 2 A-2.

1.4.2 Arbeidstaker og arbeidsgiver

Arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd angir at arbeidstaker er en «som utfører arbeid i annens tjeneste». Det presiseres at «næringsdrivende, konsulenter, oppdragstakere med videre regnes ikke som arbeidstakere». «Arbeidsgiver» legaldefineres i arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd hvor det heter at arbeidsgiver er «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste».

1.4.3 Arbeidsgivers styringsrett

¹⁶ Regjeringen.no - *Direktiv om vern av varslere* (2020).

¹⁷ Ibid.

¹⁸ NOU 2018:6 s. 23.

¹⁹ Ibid s. 29.

I Rt. 2000 s. 1602 på s. 1610 fastholder Høyesterett at arbeidsgivers styringsrett innebærer at «Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått». Arbeidsgivers styringsrett begrenses av varslingsreglene, og sentrale arbeidsrettslige prinsipper, slik som arbeidsgivers aktivitetsplikt- og omsorgsplikt.²⁰

1.5 Fremgangsmåte og avgrensning

I oppgavens hoveddel vil jeg først se på hensynene bak varslingsreglene i norsk rett og varslingsdirektivet. I kap. 3 vil jeg foreta en utgreiing av sammenhengen og samspillet i de norske varslingsreglene i arbeidsmiljøloven kap. 2 A som skal sikre varslervernet.

Videre vil jeg undersøke likheter og forskjeller mellom det norske varslingsinstituttet og varslingsdirektivet, og hvilke endringer som bør foretas for at norsk rett skal være i overenstemmelse med direktivet. Den komparative delen vil derfor i stor grad inneholde *de lege ferenda*-betraktninger. I avhandlingens avsluttende del vil jeg komme med oppsummerende betraktninger.

Oppgaven avgrenses mot en utfyllende redegjørelse av varslingsdirektivets bestemmelser og arbeidsmiljølovens regler om varslings. Jeg vil heller fokusere på de viktigste *forskjellene* mellom direktivet og det norske varslingsinstituttet hvor det kan bli aktuelt med lovendringer dersom direktivet gjennomføres. Hovedvekten av analysen ligger i det komparative.

2. Hensyn og formål

2.1 Hensynene bak særreguleringen av varslings i arbeidsmiljøloven kap. 2 A

Formålet om å sikre «et godt yringsklima» ble inkludert i arbeidsmiljølovens innledende formålsbestemmelser²¹, jf. § 1-1 første ledd bokstav c. Hensikten bak endringen var blant annet å «fremme hvor viktig yringsklimaet i virksomheten er for arbeidsmiljøarbeidet og muligheten til å varsle om kritikkverdige forhold uten fare for gjengjeldelse».²² Dermed har koblingen mellom den alminnelige yringsfriheten og reguleringen av den spesielle varslings situasjonen blitt tydeligere. Videre inkluderer formålsbestemmelsen også det å sikre «helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon», «likebehandling i arbeidslivet»,

²⁰ Ibid s. 61-62.

²¹ Lov 21. juni 2019 nr. 24 om endringer i arbeidsmiljøloven.

²² Innst. 315 L (2018-2019) s. 2.

«tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon», samt «å bidra til et inkluderende arbeidsliv», jf. arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav a-f.

Andre sentrale hensyn er hensynet til allmennheten, deriblant samfunnsøkonomiske hensyn. Eksempelvis kan arbeidstakerens varsling medføre at ulovlige forhold, slik som korrupsjon eller hvitvasking, får sett dagens lys.²³ Dette er et sentralt hensyn, hvilket ble styrket av at Norge implementerte Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon.²⁴ Også myndighetsmisbruk kan oppdages og etterforskes ved varsling. I tillegg kan varsling føre til at forhold løses internt, slik at mulige rettslige prosesser unngås.²⁵ Et annet viktig hensyn bak varslingsreglene, er at arbeidstaker får mulighet til å ha innflytelse over arbeidsplassen.²⁶

I tillegg har flere av lovbestemmelsene som mål å gjennomføre Norges forpliktelser gjennom EØS-avtalen.²⁷ Dette innebærer at man ved tolkningen av disse reglene i tillegg må ta i betraktning EU-direktivenes fortaler der formålet bak reglene er nærmere utpenslet.²⁸

2.2 Hensynene bak EUs varslingsdirektiv

Direktivet fremhever også viktigheten av en fri yringskultur, hvor det blant annet fremgår i fortalens punkt 45 at ved å styrke vernet mot gjengjeldelse, styrkes også yrings- og mediefriheten. Effektiv beskyttelse av varslere mot gjengjeldelse er viktig for den frie pressens adgang til journalistiske kilder, og avgjørende for å opprettholde pressens rolle som «vaktbikkje», jf. fortalens punkt 46.

Videre fremkommer det av art. 1 at direktivets formål er å «styrke håndhevelsen af EU-retten og Unionens politikker inden for specifikke områder ved at fastsætte fælles minimumsstandarder, der sikrer et højt beskyttelsesniveau for personer, der indberetter overtrædelser af EU-retten». Målet er dermed å fremme likebehandling i medlemslandene, og at medlemslandene skal sørge for et godt vern for de som varsler om brudd på EU-rettsakter.

I likhet med de norske lovforarbeidene, fremhever direktivet også viktigheten av å avdekke og bekjempe uønsket atferd, ulovlige handlinger og kriminalitet. Særlig understrekes viktigheten

²³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 7.

²⁴ Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 4. november 1999 (ETS nr. 174)

²⁵ NOU 2018:6 s. 31.

²⁶ Ibid.

²⁷ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet av 2. mai 1992, (EØS-avtalen).

²⁸ Hotvedt, *Lovdata.no*

av korrupsjonsforebygging i fortalens punkt 6, samt miljøbeskyttelse og bekjempelse av miljøkriminalitet i fortalens punkt 10. Her poengteres det blant annet at «overtrædelse kan forårsage skade på offentlighedens interesser med potensielle afsmittende virkninger på tværs af nationale grænser». Videre fremheves det i fortalens punkt 13 at varslinger «kan være nøglen til at afsløre og forebygge, mindske eller eliminere risici for folkesundheden og for forbrugerbeskyttelse som følge af overtrædelse af EU-reglerne, der ellers ville kunne forblive skjult». På denne måten fremheves hensynet til allmennheten og de offentlige interesser, hvilket også er viktige hensyn bak de norske varslingsreglene.

Et annet sentralt formål bak varslingsdirektivet er å bekjempe og forebygge gjengjeldelse. Dette fremheves i fortalens første punkt, hvor det vises det til at potensielle varslere ofte avskrekkes fra å varsle i frykt for gjengjeldelse.

En viktig forskjell mellom hensynene bak de norske reglene og direktivets, er at direktivet skal tolkes og praktiseres i tråd med EU-rettslige prinsipper om å sikre likebehandling i medlemslandene og styrke håndhevelsen av EU-retten. Dette overordnede tolkningsprinsippet er derfor sentralt ved tolkningen av varslingsdirektivet. Det er imidlertid verdt å merke seg at EØS-avtalens overordnede hensyn og formål også får betydning for hvordan reglene om varsling i arbeidsmiljøloven kap. 2 A tolkes og praktiseres dersom direktivet anses som EØS-relevant og gjennomføres i norsk rett.

3. Arbeidsmiljølovens regler om varsling og selve varslingsprosessen

3.1 Innledning

For å undersøke hvilke endringer som kan være aktuelle ved en gjennomføring av direktivet i norsk rett, er det hensiktsmessig se nærmere på selve varslingsprosessen og på hvordan arbeidsmiljølovens regler om varsling er bygget opp, samt den indre sammenhengen mellom reglene.

3.2 Varslingsprosessen - de fire ulike stadiene

Det kan være utfordrende å peke på når en varsling faktisk har funnet sted. Forarbeidene betegner varsling som en firedelt prosess.²⁹ Å betrakte varsling som en prosess, finner også støtte i juridisk teori og arbeids- og organisasjonspsykologisk teori.³⁰ Varslingsprosessen

²⁹ NOU 2018:6 s. 25.

³⁰ Eriksen (2016) s. 32-33.

starter som regel internt i virksomheten ved at arbeidstaker for eksempel varsler til ledelsen eller en tillitsvalgt, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2 (1).³¹ Arbeidstaker kan også varsle eksternt, for eksempel til offentlige tilsynsmyndigheter, jf. annet ledd, eller media og offentligheten, jf. tredje ledd.³²

Det første stadiet handler om at arbeidstaker foretar en vurdering av om hun har opplevd/observert eller fått kjennskap til noe kritikkverdige.³³ I det neste stadiet må arbeidstaker vurdere om det uholdbare/kritikkverdige bør meldes fra om, til for eksempel ledelsen eller den det gjelder. Dette stadiet kan være utfordrende fordi arbeidstakeren må vurdere hvem hun skal fortelle det til, om hun i det hele tatt skal fortelle det til noen, og eventuelle konsekvenser dersom hun varsler, eksempelvis gjengjeldelse.³⁴

Dersom arbeidstaker velger å varsle, er det opp til bedriften å vurdere hvordan varslingen skal håndteres. Dette stadiet omtales som det tredje stadiet.³⁵ Forholdets alvorlighetsgrad, sakens dokumentasjon, og ytterligere forhold vil gjerne inngå i denne vurderingen.³⁶ I prosessens fjerde og siste stadium tas den endelige beslutningen om hvordan ledelsen skal behandle varselet. Prosessen kan ta lang tid, og den kan repeteres gjentatte ganger dersom det for eksempel varsles flere ganger om samme forhold.³⁷

Første gang det varsles om forholdet, velger kanskje ikke ledelsen å gjøre noe med det, mens det ved andre eller tredje gang kan for eksempel besluttes at den omvarslede skal bli sanksjonert. Bevisbildet kan også endres underveis, for eksempel kan det foreligge bedre dokumentasjon andre gangen man varsler om det samme forholdet, eller kanskje det er flere varslere som har gått sammen om å varsle til ledelsen. En annen mulighet er at varsleren ønsker å melde fra om forholdet eksternt, for eksempel ved å kontakte fagforeningen, en advokat eller pressen. Gangen i en varslingsprosess og utfallet varierer derfor fra sak til sak.³⁸

3.3 Kort om arbeidsmiljøloven kap. 2 A og den indre sammenhengen i regelverket

³¹ NOU 2018: s. 29.

³² Ibid.

³³ Ibid s. 25.

³⁴ Ibid s. 26.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

Varslingsreglene fikk i 2017 en tydeligere plassering i et eget kapittel; arbeidsmiljøloven - kapittel 2 A. Hensikten med en slik plassering var blant annet å tydeliggjøre varslingsreglenes indre sammenheng, og verne varsleren på ulike nivåer i varslingsprosessen, både på det preventive planet før en varslingssituasjon har oppstått, mens en varsling behandles, og i etterkant av behandlingen.³⁹

Arbeidsmiljøloven § 2 A-6 gjelder arbeidsgivers «Plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling», og er særlig aktuell på det preventive plan, før en varslingssituasjon har oppstått. For at retten til å varsle skal være reell, er det helt nødvendig å etablere gode interne varslingsrutiner for intern varsling.

Arbeidsmiljøloven § 2 A-1 stadfester arbeidstakerens «rett til å varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet», mens arbeidsmiljøloven § 2 A-2 angir fremgangsmåten ved varsling. Bestemmelsen fastsetter at arbeidstaker alltid kan varsle, internt, eksternt eller eksternt til offentligheten eller media. Sammen utgjør arbeidsmiljøloven § 2 A-1 og § 2 A-2 utgangspunktet for varsling i norsk rett. Samspillet mellom disse bestemmelsene kan blant annet illustreres ved at arbeidstaker først må varsle i tråd med §§ 2 A-1 og 2 A-2 for å nyte gjengjeldelsesvernet, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-4 første ledd.

Etter dette stadiet, vernes varsleren av gjengjeldelsesforbudet gjennom hele varslingsprosessen.⁴⁰ Gjengjeldelse legaldefineres i § 2 A-4 andre ledd som «enhver ugunstig handling, praksis eller unnlattelse som er en følge av eller en reaksjon på at arbeidstaker har varslet». Sammenhengen mellom retten til å varsle i §§ 2 A-1, 2 A-2 og gjengjeldelsesforbudet i 2 A-4 understrekes i forarbeidene: «En viktig forutsetning for at arbeidstakere skal varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten er å sikre at de ikke blir møtt med gjengjeldelse».⁴¹

Arbeidsmiljøloven § 2 A-5 har også en nær sammenheng med gjengjeldelsesforbudet: retten til erstatning etter § 2 A-5 fordrer at det har funnet sted en ulovlig gjengjeldelse. Videre er det en sammenheng mellom gjengjeldelsesforbudet og arbeidsmiljøloven § 2 A-8:

Diskrimineringsnemnda kan behandle tvister om brudd på gjengjeldelsesforbudet etter § 2 A-4. Arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varsling etter arbeidsmiljøloven § 2 A-3 og de øvrige varslingsbestemmelsene i kap. 2 A inngår i et samspill, ettersom pliktene som oppstilles i § 2

³⁹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 15-16

⁴⁰ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 28.

⁴¹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 38.

A-3 utløses på ulike stadier i varslingsprosessen. Eksempelvis kan arbeidsgivers etterlevelse av pliktene som oppstilles i § 2 A-3 (2) få betydning for bevisvurderingen i arbeidsmiljøloven § 2 A-4, herunder om det foreligger en ulovlig gjengjeldelse. Dersom arbeidsgiver i en varslings situasjon ikke skjøtter sine plikter etter § 2 A-3 annet ledd, vil dette kunne regnes som en ulovlig gjengjeldelseshandling.⁴²

Det er også en sammenheng mellom taushetsplikten som gjelder ved ekstern varsling til offentlig myndighet etter arbeidsmiljøloven § 2 A-7 og arbeidsmiljøloven § 2 A-2 andre ledd, ettersom taushetsplikten inntreffer når arbeidstaker varsler til ekstern myndighet. Disse bestemmelsene skal sammen gjøre ekstern varsling tilgjengelig og tryggere for arbeidstaker og sikre arbeidstakers varslervern dersom arbeidstaker velger å varsle eksternt.

4. Det norske varslingsinstituttet sett i lys av EU-direktivet

4.1 Kort om en eventuell implementering av direktivet i norsk rett

Dersom det varsles om brudd på en eller flere EU-rettsakter som fremgår av art. 2, skal varsleren få beskyttelse etter direktivet. Som tidligere nevnt, vil ikke varslinger tilknyttet brudd på EU-rettens regler om arbeidstakervern omfattes. Det fremgår imidlertid av art. 27 at medlemslandene skal komme med en tilbakemelding vedrørende anvendelsen og gjennomføringen av direktivet, hvorpå kommisjonen skal vurdere tilbakemeldingene og utarbeide en rapport som sendes til EU-rådet og parlamentet. Norge trenger dermed kun å endre/styrke arbeidstakers vern der det varsles om brudd på EU-rettsakter, og ikke der det varsles om brudd på arbeidsmiljøloven og/eller EU-rettens regler om arbeidstakervern.

Direktivet regnes som et minimumsdirektiv, og hindrer derfor ikke medlemslandene i å ha regler som styrker varslers rettigheter, jf. art. 1. Det er dermed opp til medlemslandene selv å velge å ha eller innføre strengere regler som gir varsleren et bedre rettsvern enn det som følger av direktivet.

Justis- og beredskapsdepartementet og Arbeids- og sosialdepartementet har lagt til grunn at dersom direktivet gjennomføres i norsk rett, vil det resultere i lovendringer.⁴³ Ettersom Norge har valgt en generell og vidtrekkende lovregulering av varslings⁴⁴, er det grunn til å tro at i den grad vi implementerer direktivet, vil det foretas generelle endringer i vår varslingslovgivning,

⁴² Prop. 74 L (2018-2019) s. 37.

⁴³ Regjeringen.no - *Direktiv om vern av varslere* (2020).

⁴⁴ NOU 2018:6 s. 145.

uavhengig av om det foreligger brudd på en EU-rettsakt, eller om det foreligger et kritikkverdige forhold etter arbeidsmiljøloven § 2 A-1.

4.2 Det personnlemessige virkeområdet for arbeidsmiljøloven og direktivet

4.2.1 Innledning

Det fremkommer av art. 4, punkt 1 bokstav c at direktivet omfatter arbeidstakere i privat og offentlig sektor, i tillegg til selvstendig næringsdrivende, «aktionærer og personer, der tilhører administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet i en virksomhet, herunder ikke ledende medlemmer, samt frivillige og lønnede eller ulønnede praktikanter». I tillegg omfattes «enhver person, som arbejder under tilsyn og ledelse af kontrahenter, underleverandører og leverandører», jf. bokstav d. Videre fremgår det av 3. punkt at direktivet også omfatter de personene som varsler om et forhold der vedkommendes ansettelsesforhold enda ikke har startet, for eksempel der opplysninger om brudd på EU-rettsakter er blitt ervervet under ansettelsesprosessen. I tillegg vil personer i nær tilknytning varsleren, for eksempel formidlere, kollegaer, familie og tredjeparter, «som risikerer at blive udsat for repressalier i en arbeidsrelateret sammenheng», også omfattes av direktivet, jf. art. 4 nr. 4. Dette gjelder også «juridiske enheder» som den varslede eier, arbeider i, eller har en annen arbeidsrelatert tilkobling.

For å oppnå varslervern etter norsk rett, må man regnes som «arbeidstaker» etter arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd. Videre kan man også nyte varslervern dersom man omfattes av arbeidsmiljøloven § 1-6. Bestemmelsens første ledd angir en liste over de som regnes som arbeidstakere «etter lovens regler om varsling og helse, miljø og sikkerhet». I tillegg utvides ansvarssubjektet i andre ledd der man regnes som arbeidsgiver så fremt man «lar personer som nevnt i første ledd utføre arbeid i sin virksomhet». Videre medfører arbeidsmiljøloven §§ 2-2 og 13-2 andre ledd utvidelser av arbeidsgiveransvaret der arbeidsgiver også vil ha ansvar for selvstendige arbeidstakere og innleide arbeidstakere. Dette innebærer at innleide arbeidstakere og selvstendige også kan oppnå varslerstatus.

4.2.2 Bør arbeidsmiljølovens personnlemessige virkeområde utvides?

Personkretsen av de som har varslerstatus etter norsk rett samsvarer ikke med personkretsen i direktivets art. 4, der sistnevnte omfatter en mye videre krets av personer. Dette innebærer at også gjengjeldelsesforbudet gjelder en snevrere krets mennesker enn det som følger av

direktivet. En gjennomføring av direktivet vil trolig medføre at personkretsen i norsk rett utvides tilsvarende. Dette er en av de største endringene en gjennomføring vil medføre.

Hensikten bak varsling er å avdekke et kritikkverdig forhold på arbeidsplassen. Man kan avdekke slike forhold under hele ansettelsesforholdet, også før man formelt har startet i jobben, og uavhengig av hva slags stilling/tilknytning man har. Formen på ansettelsesforholdet, hvorvidt man anses som arbeidstaker, oppdragstaker eller innehar en annen stilling, bør derfor være underordnet. Arbeidsplassen og samfunnet for øvrig har den samme interessen i å avdekke potensielle kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, uavhengig av hvem som varsler. Etter min mening er dette et sterkt argument for å utvide personkretsen i norsk rett ved implementering av direktivet.

EU-direktivet gjelder varsler om brudd på EU-rettsakter. Ved en gjennomføring av direktivet i norsk rett, er det derfor ikke nødvendig at det generelle personellmessige virkeområdet for varselvern i arbeidsmiljøloven utvides for at norsk rett skal samsvare med EU-retten. Ved gjennomføring av direktivet er det i utgangspunktet tilstrekkelig at personkretsen utvides ved varsling om brudd på EU-rettsakter. Sammenhengen i den norske lovgivningen tilsier imidlertid at dersom det personellmessige virkeområdet for varslervern ved brudd på EU-rettsakter utvides, så må dette også gjelde etter arbeidsmiljøloven. Det vil også være i samsvar med viktige formål bak revideringen av arbeidsmiljølovens regler, som var å gjøre dem mer tilgjengelige og enklere å forstå for arbeidstakere, samt styrke rettsvernet.⁴⁵ Man kan derfor argumentere for at det vil være i tråd med nevnte formål at personkretsen også utvides etter arbeidsmiljøloven, da det er enklere å forholde seg til et regelverk der personkretsen for de som har varslervern i arbeidsmiljøloven samsvarer med øvrig varsellovgivning. En slik utvidelse av varselvernets personkrets vil derfor kunne bidra til å styrke varslernes rettsvern.

4.3 Krav og fremgangsmåte ved varsling etter direktivet og arbeidsmiljøloven

4.3.1 Forsvarlighetskravet og aktsomhetskravet ved intern og ekstern varsling

I varslingsdirektivets art. 6 oppstilles ulike krav som må være oppfylt for at man som varslers skal nyte varslervernet ved intern og ekstern varsling. Varsleren må ha «rimelig grund til at antage» at de aktuelle opplysningene det varsles om «var korrekte på tidspunktet for indberetningen», og at varslingen gjelder brudd på en eller flere EU-rettsakter, jf. art. 6

⁴⁵ Prop. 74 L (2018-2019) s. 5.

bokstav a. I tillegg må varsleren handle i tråd med direktivets fremgangsmetode etter art. 7, 10 eller 15, jf. bokstav b. Som hovedregel må varsleren først prøve å varsle internt på arbeidsplassen, eller rette varslet mot offentlig myndigheter. Deretter kan varsleren gå til media dersom vedkommende ønsker det.

Grunnen til en slik rekkefølge belyses i punkt 32 i fortalen: «Det krav er en viktig beskyttelse mod ondsindet, useriøs eller urimelig indberetning, da det sikrer, at personer, der på indberetningstidspunktet forsætligt og bevidst indberettede forkerte eller vildledende oplysninger, ikke nyder beskyttelse». Hensikten er dermed å unngå utnyttelse av varslingssystemet. Eksempelvis ønsker man å unngå at en arbeidstaker går direkte til media kun for å sverte andre.

Fremgangsmåten ved ekstern varsling til media eller offentligheten etter norsk rett, har visse fellestrekk med direktivet, herunder kravet om at «arbeidstaker er i aktsom god tro om innholdet i varselet», «varselet gjelder kritikkverdige forhold som har allmenn interesse, samt at «arbeidstaker først har varslet internt, eller har grunn til å tro at intern varsling ikke vil være hensiktsmessig», jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2 tredje ledd, bokstav a-c. Imidlertid gjelder ikke aktsomhetskravet ved intern varsling i norsk rett. Det stilles derfor strengere krav etter direktivet enn det som følger av norsk rett.

4.3.2 Det tidligere forsvarlighetskravet i norsk rett

Forsvarlighetskravet og aktsomhetskravet ved ekstern varsling etter arbeidsmiljøloven § 2 A-2 tredje ledd, bokstav a, har visse paralleller med forsvarlighetskravet ved intern varsling som tidligere var et lovfestet krav i norsk rett. Arbeidstakers fremsettelse av varselet skulle være «forsvarlig», jf. tidligere arbeidsmiljølovens § 2 A-1 annet ledd.

Hensikten bak det tidligere forsvarlighetskravet, var å sette visse rammer for hvordan en varsling skulle gjennomføres, prosessen skulle være forsvarlig og ivareta bedriftens og arbeidsgivers interesser, samt verne den omvarslede mot falske varslinger.⁴⁶

Forsvarlighetskravet tar utgangspunkt i arbeidstakers ulovfestede lojalitetsplikt i arbeidsforhold som innebærer at arbeidstaker skal opptre på en måte som ikke skader arbeidsgivers og bedriftens interesser, samt gjennomføre oppgaver og plikter som på best mulig vis gagnar arbeidsgiver og bedriften.⁴⁷ Forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven

⁴⁶ Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 51.

⁴⁷ Ibid.

presiserer hva som er avgjørende ved vurderingen av om en fremgangsmåte ved intern varsling er forsvarlig:

«[...] arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens saklige interesser med hensyn til måten det varsles på. De konkrete momentene i vurderingen vil blant annet være om arbeidstaker var i aktsom god tro om opplysningenes riktighet, hvem det ble sagt fra til og hvordan, hva slags opplysninger det er tale om, ytringens skadepotensiale og opplysningenes allmenninteresse».⁴⁸

4.3.3 Kritikk av forsvarlighetskravet

Departementet kritiserte forsvarlighetskravet fordi det kunne være vanskelig å fastsette hva som var «forsvarlig», at vurderingen manglet tydeligere retningslinjer og var i stor grad skjønnspreget, samt at kravet i seg selv kunne føre til at arbeidstakere kviet seg for å varsle.⁴⁹ Departementet tok til orde for å fjerne kravet til forsvarlighet, og heller utfylle bestemmelsen med en beskrivende fremgangsmåte for varsling. Målet var at en slik beskrivelse skulle være mer forutberegnelig, og ikke så skjønnspreget i vurderingen av om arbeidstakers fremgangsmetode ved varsling var forsvarlig eller ei.⁵⁰ Departementets syn ble tatt til følge gjennom en lovendring der forsvarlighetskravet ble fjernet, og en mer utfyllende beskrivelse av fremgangsmåten ved varsling ble innført.

4.3.4 Bør det innføres et forsvarlighetskrav og /eller aktsomhetskrav ved intern varsling?

Ved en gjennomføring av direktivet i norsk rett, kan det bli aktuelt å gjeninnføre et forsvarlighetskrav og eventuelt innføre et aktsomhetskrav ved intern varsling. En slik innføring kan bidra til å styrke rettsikkerheten til den omvarslede, ettersom det stilles strengere krav til arbeidstakers fremgangsmåte ved intern varsling, deriblant at arbeidstaker må være i «aktsom god tro om innholdet i varselet». På denne måten kan omvarslede i større grad vernes mot oppkonstruerte og falske varslinger. I tillegg kan det være positivt om fremgangsmåten ved varsling på brudd på EU-rettsakter og varsling på brudd på

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 31.

⁵⁰ Ibid.

arbeidsmiljølovens samsvarer. Dette kan bidra til å skape en mer enhetlig praktisering av varslingsreglene.

Imidlertid må ikke reglene for fremgangsmåten ved intern varsling bli så strenge at det blir vanskeligere for arbeidstakeren å varsle. Det bør derfor presiseres i forarbeidene til en eventuell ny lovendring at det ikke stilles strenge krav til arbeidstakers aktsomme gode tro ved intern varsling, samt at formålet er å tydeliggjøre arbeidstakers fremgangsmetode ved varsling - ikke å gjøre terskelen for å varsle høyere.

Det er usikkert om et forsvarlighetskrav og/eller aktsomhetskrav ved intern varsling bør innføres. Ved en gjennomføring av direktivet bør denne problemstillingen vurderes grundig. Dersom lovgiver mener varslersens rettsvern vil svekkes ved en slik endring, bør nok ikke et forsvarlighetskrav og/eller aktsomhetskrav ved intern varsling innføres, selv om omvarsledes rettsstilling skulle styrkes.

4.4 Krav til innholdet i varselet

4.4.1 Innledning

Etter norsk rett er det et krav om at varselet dreier seg om et «kritikkverdig forhold i virksomheten», jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-1. Andre ledd bokstav a til f inneholder eksempler på hvilke kritikkverdige forhold det kan varsles om.

Etter varslingsdirektivet er det et krav om at varslingen gjelder brudd på et av områdene som opplistes i art. 2 nr. 1, i-x. Eksempelvis nevnes forhold som strider med forbrukervernet eller personvernet, miljøskadelige eller helseskadelige arbeidsforhold og en rekke andre forhold. Varsler tilknyttet brudd på EU-rettens regler om arbeidstakervern inkluderes *ikke*.

4.4.2 Bør begrepet «kritikkverdig forhold i virksomheten» presiseres ytterligere?

Betegnelsen «kritikkverdig forhold i virksomheten», jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-1, er mye videre enn direktivets regulering. Dersom direktivet gjennomføres i norsk rett, vil det trolig *ikke* være aktuelt med en innskrenking av hva som omfattes av «kritikkverdige forhold» ettersom en innskrenking vil kunne svekke varslersens rettsstilling. Likevel kan det bli aktuelt å legge inn en ny bokstav i katalogen i arbeidsmiljøloven § 2 A-1 (2) om at også brudd på EU-rettsakter kan utgjøre et «kritikkverdig forhold i virksomheten».

Ettersom brudd på eller overtredelse av EU-rettsakter allerede kan sies å omfattes av ordlyden «kritikkverdige forhold», er det usikkert om en slik presisering er nødvendig. Forarbeidene poengterer allerede at kritikkverdige forhold kan omfatte brudd på lover, regler, retningslinjer og lignende.⁵¹ Imidlertid vil en slik presisering kunne bidra til å tydeliggjøre for arbeidstakerne at brudd på enkelte EU-rettsakter også omfattes av begrepet «kritikkverdige forhold». En slik tydeliggjøring kan være fordelaktig ettersom begrepet «kritikkverdige forhold» kan oppfattes noe vagt.

4.5 Varslingsrutiner og varslingskanaler ved intern varsling etter direktivet og norsk rett

4.5.1 Krav til saksbehandlingen og saksbehandlingsfrister ved intern varsling

Etablering av gode interne- og eksterne varslingsrutiner- og kanaler er et sentralt mål ved EUs varslingsdirektiv⁵², og direktivet stiller flere krav til etableringen og gjennomføringen av disse. Plikten til å opprette interne varslingsrutiner og oppfølging fremgår av direktivets art. 8, mens de materielle kravene til hva de interne varslingsrutiner skal inneholde, fremgår av art. 9.

Plikten til å opprette interne varslingsrutiner etter arbeidsmiljøloven § 2 A-6 første ledd er i utgangspunktet strengere enn plikten som oppstilles i direktivets art. 8. Eksempelvis kreves det etter § 2 A-6 første ledd at det opprettes interne varslingsrutiner i bedrifter med mer enn fem ansatte, mens direktivets art. 8 nr. 1, jf. nr. 3 kun krever at virksomheter med minst 50 ansatte oppretter interne varslingsrutiner. Imidlertid stiller direktivet i utgangspunktet strengere krav til det *materielle innholdet* i de interne varslingsrutinene, enn det som følger av norsk rett. I det følgende vil jeg fokusere på de kravene som stilles til det materielle innholdet i varslingsrutinene etter art. 9 og arbeidsmiljøloven § 2 A-6.

4.5.2 Bør bekreftelse på mottak av varsel innføres i norsk rett?

Det fastsettes i art. 9 nr. 1, bokstav b at varsleren skal få bekreftelse om at varselet er mottatt, senest syv dager etter at det ble varslet.

I arbeidsmiljøloven er det ikke noe krav om at arbeidsgiver skal gi varsleren en slik bekreftelse på at varselet er mottatt. Det at varsleren mottar en slik bekreftelse senest én uke etter at vedkommende har varslet, kan bidra til at varsleren i større grad føler seg ivaretatt.

⁵¹ Ibid s. 52.

⁵² Se blant annet fortalens punkt 63.

Dette er særlig viktig fordi en varslingsprosess ofte er langvarig, det kan gå lang tid fra det tidspunktet arbeidstaker varsler fra til en varslingsmottaker og frem til varsleren underrettes om arbeidsgivers vurdering av varselet.

Et sentralt mål er å fremme forutberegnelighet og verne om de involverte parter: prosessen må være egnet til å inngi tillit.⁵³ Det er derfor viktig at prosessen er forsvarlig allerede fra det øyeblikket varselet blir mottatt. Dersom dette lykkes, vil sjansen være større for at man unngår konflikteskalering, og at arbeidstaker velger å kontakte en advokat eller media.⁵⁴ Ved en gjennomføring av direktivet kan det derfor være hensiktsmessig å pålegge arbeidstaker en plikt om å gi varslere en bekreftelse på at varselet er mottatt slik at varsleren føler seg ivaretatt og prosessen kan oppleves mer forsvarlig fra starten av.

4.5.3 Krav til underretning

4.5.3.1 Krav til underretning etter varslingsdirektivet

Varslingsdirektivet art. 9 nr. 1 bokstav f fastsetter en plikt om at arbeidsgiver underretter varsleren «tre måneder fra bekræftelsen af modtagelsen [av varselet]». Det poengteres i direktivets fortale nr. 57 at oppfølging og underretning er helt sentralt for å sikre tilliten og effektiviteten til varslingsssystemet, og at dette «mindsker sandsynligheden for yderligere unødvendige indberetninger eller offentliggørelser. Den indberettende person bør inden for en rimelig frist underrettes om de tiltag, der påtænkes eller er truffet som opfølgning, og begrundelsen for valget af denne opfølgning». Videre understrekes det at underretningsfristen ikke bør overstige tre måneder, og at dersom behandlingen av varselet ikke er ferdigstilt, bør varsleren underrettes om dette og når varsleren kan forvente å få endelig svar på behandlingen av varselet, jf. fortalens nr. 58. En slik plikt fordrer at arbeidsgiver faktisk må sette seg inn i, undersøke og vurdere varselet innen den gitte tidsfristen.⁵⁵ Dette indikerer at saksbehandlingen av varselet bør sammenfalle med underretningsplikten, altså være på rundt tre måneder.

4.5.3.2 Har varsleren krav på underretning etter norsk rett?

Det fremkommer av arbeidsmiljøloven § 2 A-6 fjerde ledd bokstav c at rutine for varsling skal inneholde «fremgangsmåte for arbeidsgivers saksbehandling ved mottak, behandling og

⁵³ Prop. 74 L (2018–2019) s. 44.

⁵⁴ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 29.

⁵⁵ Andreassen og Remmen (2020), *ii.a.no*

oppfølging av varsling». Bestemmelsens ordlyd sier ikke noe om det nærmere innholdet i varslingsrutinene, for eksempel om og når underretning skal gis, og hva saksbehandlingsfristen skal være. Forarbeidene peker på at det bør fremgå av varslingsrutinene hvilke saksbehandlingsfrister som gjelder, når aktuelle tiltak bør gjennomføres, for eksempel når varsler skal bli underrettet om behandlingen av varselet.⁵⁶

Arbeidsmiljøloven § 2 A-6 skal forstås i lys av arbeidsmiljøloven § 2 A-3.⁵⁷ Bestemmelsen gir uttrykk for arbeidsgivers aktivitets- og omsorgsplikt ved varsling hvor arbeidsgiver etter første ledd skal «sørge for at varselet innen rimelig tid blir tilstrekkelig undersøkt». Bestemmelsen gir ingen nærmere anvisning på når undersøkelsen skal finne sted, hvordan undersøkelsen skal gjennomføres, eller hva som ligger i begrepet «tilstrekkelig». Det skal foretas en skjønnsmessig vurdering der sentrale momenter vil være hvor alvorlig og omfattende varselet er, hvilke ressurser arbeidsgiver har til rådighet, og hvor prekært det er å behandle varselet raskt.⁵⁸ Videre bør varsleren underrettes/gis tilbakemelding om hvordan varslet har blitt undersøkt og behandlet, men dette er kun en anbefaling fra departementets side, og ikke en rettslig plikt arbeidsgiver har.⁵⁹ Noe av bakgrunnen for at lovgiver valgte å ikke innføre dette som plikt var for å unngå en for omstendelig, byråkratisk prosess.⁶⁰

Arbeidsgiver må selv vurdere varselets alvorlighetsgrad og omfang med tanke på hvor lang tid man skal bruke på å behandle varselet og om underretning skal gis. Arbeidsgiver gis altså stor grad av frihet til å selv bestemme hvordan de interne varslingsrutinene skal gjennomføres.

4.5.3.3 Bør det innføres en underretningsplikt og en frist for når underretning skal gis?

Dersom direktivet gjennomføres i norsk rett, kan det bli aktuelt å lovfeste en underretningsplikt, en gitt frist for når underretningen skal gis, og eventuelt hva en slik underretning skal inneholde. Ettersom viktige mål for de interne varslingsrutinene er å fremme forutberegnelighet og tillit,⁶¹ bør rutinene utarbeides på en måte som sikrer disse målene. Dette kan tale for å lovfeste en underretningsplikt. Studier viser for eksempel at ca. halvparten av ansatte har manglende tillitt til at behandlingen av varselet skjer på forsvarlig

⁵⁶ Prop. 74 L (2018–2019) s. 44.

⁵⁷ Prop. 74 L (2018–2019) s. 53.

⁵⁸ Ibid s. 52.

⁵⁹ Ibid. s. 36.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid s. 44.

og rettferdig vis.⁶² God underretning underveis kan medføre at varsleren føler seg ivaretatt og man kan unngå konflikteskalering. Dette poenget understrekes også i forarbeidene.⁶³ Studier peker også på at godt utarbeidede rutiner og forebyggende tiltak effektiviserer og forbedrer varslingsprosessen, og at arbeidstakere i større grad ønsker å varsle når varslingsrutinene er gode og tilgjengelige.⁶⁴

Departementets argument om at en underretningsplikt vil kunne by på mer administrativt og byråkratisk arbeid, bør derfor ikke tillegges avgjørende vekt. Dersom varsleren ikke føler seg tilstrekkelig ivaretatt i den interne varslingsprosessen, kan varsleren varsle eksternt, for eksempel til media. Det er derfor viktig at de interne varslingsrutinene ivaretar varsleren på en så god måte at varsleren *ikke* trenger å varsle eksternt. Dette vil også kunne være mer ressursbesparende.

En lovfestet underretningsplikt og en frist for når underretning skal gis, vil også kunne bidra til en mer enhetlig og forutberegnelig praktisering av varslingsreglene, ettersom det ikke lenger vil være opp til den enkelte arbeidsgiver å fastsette om og når underretning skal gis. Ved utformingen av en slik underretningsfrist, bør det i likhet i med direktivets utforming være snakk om en maksimal tidsfrist, for eksempel på tre måneder. Likevel bør det være rom for arbeidsgiver og de tillitsvalgte å operere med en kortere frist, eller muligens en lenger frist, dersom varselets omfang og alvorlighetsgrad tilsier det. På denne måten vil ikke arbeidsgivers styringsrett begrenses helt ved en eventuell lovendring. Basert på det ovennevnte, bør en slik underretningsplikt og en gitt tidsfrist lovfestes ved en gjennomføring av direktivet.

4.5.4 Krav til habilitet og upartisk behandling

4.5.4.1 Innledning

Kravet til habil og upartisk behandling av varsler for offentlig virksomheter følger av forvaltningsloven⁶⁵ kapittel II. For private bedrifter derimot, finnes det ikke en slik lovfestet habilitetsplikt. I forarbeidene til arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling, uttrykkes det at varslingsene generelt sett bør behandles på forsvarlig vis som sikrer habilitet.⁶⁶ Videre antas

⁶² Trygstad og Ødegård (2019) s. 45.

⁶³ Prop. 74 L (2018–2019) s. 36.

⁶⁴ Prop. 74 L (2018–2019) s. 43.

⁶⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

⁶⁶ Prop. 74 L (2018–2019) s. 44.

det i juridisk teori at det gjelder et krav om forsvarlig og habil behandling av varsler også angår private bedrifter.⁶⁷ Dette kan utledes av det overordnede kravet om å verne om varsler og sikre en forsvarlig varslingsprosess.

I EU-direktivet art. 9 nr. 1 bokstav c fremkommer det at det skal utpekes «en upartisk person eller avdeling, der er kompetent til at følge opp på indberetningene». Den upartiske personen eller avdelingen kan være den samme som mottar varslet. Personen eller avdelingen skal sørge for å «opretholde kommunikasjonen med den indberettende person og, hvor det er nødvendig, anmode om yderligere opplysninger fra og give feedback til denne indberettende person». Den upartiskes rolle skal følgelig være å sørge for god kommunikasjon og informasjonsflyt, samt ivaretagelse av involverte parter.

4.5.4.2 Bør krav til habilitet og upartisk behandling innføres?

Dersom direktivet gjennomføres i norsk rett, kan det bli nødvendig å lovfeste en tilsvarende plikt hvor den eller de som følger opp varslene skal være kompetente og upartiske til å foreta en slik oppgave. Dette vil i større grad kunne sikre habilitet og forsvarlig saksbehandling og ivareta de involverte parter. I tillegg vil krav til habilitet og upartiskhet skape mer tillit til de interne varslingsrutinene, slik at varsleren i mindre grad føler behovet for å varsle eksternt. En slik plikt vil kunne få innvirkning for de interne varslingsrutinene, og arbeidsgivers styringsrett vil nok begrenses noe.

4.5.5 Konfidensialitet

4.5.5.1 Har varsleren rett på anonymitet etter norsk rett?

Det finnes ingen absolutt lovbestemt plikt som hindrer arbeidsgiver i å røpe arbeidstakers identitet. Varslingsutvalget har tatt til orde for at det bør stilles «krav til konfidensialitet om varslers identitet», og at arbeidsgiver så langt det lar seg gjøre skal unngå «å røpe varslers identitet til andre enn de som har behov for eller rett til slik kunnskap» i varslingsprosessen.⁶⁸ Dette tilsier at arbeidsgiver skal være svært restriktiv med å røpe varslers identitet. Dette synspunktet støttes også av departementet.⁶⁹

⁶⁷ Eriksen og Eidsheim (2018) s. 31.

⁶⁸ NOU 2018:6 s. 168.

⁶⁹ Prop. 74 L (2018–2019) s. 37.

Imidlertid antas det i juridisk teori at utgangspunktet er at omvarslede kan kreve å få kjennskap til hvor eller hvem varslingsopplysningene kommer fra.⁷⁰ Dagens rettstilstand er altså noe uklart med tanke på om og i hvilken grad arbeidsgiver plikter å skjule varslerens identitet. En aktuell problemstilling her er hvorvidt omvarslede har eller kan ha rett på informasjon om hvem som har varslet.

Det finnes flere bestemmelser i norsk rett som regulerer behandling av personopplysninger, innsynsrett, konfidensialitet og anonymitet, og som angir når innsynsrett kan nektes. Et eksempel på dette er der en arbeidstaker varsler eksternt til en advokat, og hvor advokatens taushetsplikt setter skranker for hvem som har rett på opplysninger om varslerens identitet. Videre begrenser personopplysningsloven § 16 (1) bokstav f innsyn i personopplysninger der dette vil «strid[e] med åpenbare og grunnleggende private eller offentlige interesser å informere om».

Personopplysningsloven innebærer en «[g]jennomføring av personvernforordningen», jf. § 1. Her siktes det til EUs personvernforordning (GDPR). De personvernprinsipper som fremgår av GDPR art. 5 nr. 1 må hensyntas når personopplysninger skal behandles. Det fastsettes i GDPR art. 5 nr. 1 (f) at «personopplysninger skal behandles på en måte som sikrer tilstrekkelig sikkerhet for personopplysningene, herunder vern mot uautorisert eller ulovlig behandling».

Bestemmelsen stenger ikke for at personopplysninger kan utleveres dersom opplysningene sikres tilstrekkelig, og dette gjøres på lovlig vis. Dette legges til grunn i Irene Hagens artikkel hvor hun uttaler at bestemmelsen innebærer at «konfidensialitetsprinsippet ikke er absolutt».⁷¹

4.5.5.2 Har varsleren rett på anonymitet etter varslingsdirektivet?

I varslingsdirektivets art. 9 nr. 1 (a) og art. 16 nr. 1 er utgangspunktet at arbeidsgiver skal ha ulike mekanismer som gjør at fortrolighet om varslerens identitet sikres. I tillegg skal informasjon tilknyttet varslingssaken kun tilkjennegis for «autoriserede medarbejdere», altså de som behandler varselet, jf. art. 16 nr. 1. Varslerens identitet kan kun tilkjennegis «hvor dette er et nødvendigt og forholdsmæssigt krav i henhold til EU-retten eller national ret i forbindelse med undersøgelser foretaget af nationale myndigheder eller retssager, herunder med henblik på at sikre den berørte persons ret til et forsvar», jf. art. 16 nr. 2. Her går altså

⁷⁰ Hagen (2019).

⁷¹ Ibid.

direktivet enda lenger enn norsk rett i beskyttelsen av varsleren ved at varslersens identitet etter hovedregelen også skal skjules for omvarslede.

Prinsippet om at varslersens identitet skjules for omvarslede ble også fremhevet i det originale direktivforslaget som et av de viktigste tiltakene for å sikre varslersens vern.⁷² Kommisjonen har uttalt at «Det kræves navnlig, at indberetningskanaler garanterer fortroligheden af identiteten af den indberettende person, hvilket er en af hjørnesteinene i beskyttelsen af whistleblowere».⁷³

4.5.5.3 Bør beskyttelse av varslersens identitet styrkes?

Ved en gjennomføring av direktivet i norsk rett, kan det derfor bli nødvendig å lovfeste en plikt for arbeidsgiver om å iverksette tiltak og ulike mekanismer som sørger for å skjule varslersens identitet. I tillegg bør det innføres et nødvendighets- og forholdsmessighetskrav i vurderingen av om varslersens identitet skal skjules, tilsvarende de kravene som oppstilles i direktivets art. 16 nr. 2. Dette er av stor betydning ettersom kommisjonen har understreket at beskyttelse av varslersens identitet, særlig overfor omvarslede, er helt sentralt for å sikre varslervernet.

4.6 Opprettelse av eksterne varslingsrutiner- og kanaler

4.6.1 Innledning

Reguleringen av ekstern varsling til offentlig myndighet, følger blant annet av arbeidsmiljøloven § § 2 A-2 andre ledd og 2 A-7, forvaltningsloven, kravet til god forvaltningsskikk, offentleglova⁷⁴, samt spesiallovgivningen. Regelverket gir retningslinjer tilknyttet ekstern varsling til det aktuelle myndighetsområdet. I tillegg gis en beskrivelse av hvordan det offentlige myndighetsområdet som mottar varselet kan sende varselet videre dersom et annet ansvars- eller myndighetsområde er bedre egnet til å behandle varselet.⁷⁵

Videre påvirkes norsk rett av internasjonal rett som stiller krav, både til virksomheter om opprettelse av interne varslingskanaler, samt til staten om opprettelse av eksterne

⁷² Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-lovgivningen COM/2018/218 final - 2018/0106 (COD) s. 13.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i offentlig verksemd (offentleglova).

⁷⁵ Bergan (2019), *arbeidstilsynet.no*.

varslingskanaler. EUs finansmarkedsdirektiv⁷⁶, som Norge har gjennomført i norsk rett gjennom EØS-avtalen, stiller for eksempel spesifikke krav om opprettelse av varslingskanaler.⁷⁷ Jeg vil imidlertid fokusere mer generelt på arbeidsmiljølovens regulering av ekstern varsling.

4.6.2 Arbeidstakers adgang til å varsle til eksterne myndigheter, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2

Arbeidstakers adgang til å varsle til eksterne myndigheter fremkommer av arbeidsmiljøloven § 2 A-2 andre ledd, hvor det heter at «Arbeidstaker kan alltid varsle eksternt til en offentlig tilsynsmyndighet eller en annen offentlig myndighet». Videre fremkommer det av arbeidsmiljøloven § 2 A-7 første ledd at «Når tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter mottar et eksternt varsel om kritikkverdige forhold, plikter enhver som utfører arbeid eller tjeneste for mottakerorganet, å hindre at andre får kjennskap til arbeidstakers navn eller andre identifiserende opplysninger om arbeidstaker», og at «Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter og deres representanter. Arbeidstaker har følgelig rett på at ens identitet blir taushetsbelagt ved ekstern varsling.

Utover taushetsplikten ved ekstern varsling, stiller ikke arbeidsmiljøloven spesifikke krav til hvordan de eksterne varslingsrutinene- og kanalene skal utformes og gjennomføres. Nærmere krav til hvordan ekstern varsling skal håndteres og gjennomføres, følger som nevnt av spesiallovgivningen. I tillegg kan EØS-retten gi anvisning på hvordan de eksterne varslingskanalene skal gjennomføres og håndheves i nasjonal rett. Videre gis arbeidstilsynet myndighet til kontrollere at arbeidsmiljølovens bestemmelser overholdes, jf. arbeidsmiljøloven § 18-1 første ledd. Dette gjelder også gjennomføringen av de eksterne varslingskanalene.

4.6.3 Direktivets regulering av eksterne varslingsrutiner- og kanaler

Etter varslingsdirektivet art. 11, plikter medlemslandene å opprette eksterne kanaler og rutiner for varsling. Varselet skal registreres og behandles etter fastlagte rutiner. Etter art. 11 nr. 1 skal medlemslandene peke ut kvalifiserte, uavhengige myndigheter som skal behandle varslingene, og medlemslandene skal også sørge for at de gis tilstrekkelig med midler og

⁷⁶ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/65/EU af 15. maj 2014 om markeder for finansielle instrumenter og om ændring af direktiv 2002/92/EF og direktiv 2011/61/EU.

⁷⁷ Truyen (2015).

ressurser. Det poengteres i art. 11 nr. 2 bokstav a at de eksterne kanalene skal være «uafhængige og selvstændige». Etter bokstav b skal de eksterne kanalene så snart det lar seg gjøre, og i hvert fall innenfor syv dager etter mottaket av varselet, bekrefte at varselet er mottatt. Unntaksvis kan den eksterne kanalen la være å bekrefte at varselet er mottatt dersom varsleren har motsatt seg dette, eller «den kompetente myndighed har rimelig grund til at antage, at en bekræftelse af modtagelsen af indberetningen ville bringe beskyttelsen af den indberettende persons identitet i fare». Videre skal varslingen følges opp grundig, jf. bokstav c, og det skal gis «feedback til den indberettende person inden for en rimelig frist, der ikke overstiger tre måneder, eller seks måneder i behørigt begrundede tilfælde», jf. bokstav d. Den eksterne kanalen skal så orientere varsleren om «det endelige resultat af undersøgelser, der er udløst af indberetningen, i overensstemmelse med procedurerne fastsat i national ret», jf. bokstav e.

Endelig skal medlemslandene rapportere til EU-kommisjonen om de opprettede myndighetskanalene (EFTA-landene vil nok rapportere til ESA), jf. art. 11 nr. 2 bokstav f. I direktivets fortale punkt 64-65 fastslås det at medlemslandene kan velge mellom å opprette ulike myndighetskanaler som opererer innenfor de ulike delene av direktivet, eller at det opprettes en mer generell offentlig myndighetskanal som har et større overordnet og mer generelt ansvarsområde. Eksempelvis kan ombudsmenn inneha en slik funksjon.

4.6.4 Bør eksterne varslingsrutiner- og kanaler i norsk rett styrkes/endres?

Som gjennomgangen har vist, gir varslingsdirektivet en utfyllende og grundig beskrivelse av de kravene som stilles til de eksterne varslingskanalene, deriblant saksbehandlingsfrister, formkrav og øvrige saksbehandlingsregler. Selv om medlemslandene gis en viss frihet i utformingen av de eksterne varslingskanalene, er likevel kravene til hvordan myndighetskanalene skal operere klare og konsise med lite rom for skjønn. Arbeidsmiljølovens regulering av de eksterne varslingsrutinene er til sammenligning vesentlig mer skjønnspreget.

Dersom varsleren opplever mangelfull eller uforsvarlig behandling ved håndtering av varslet gjennom den interne varslingskanalen, har varsleren mulighet til å bli hørt gjennom en ekstern varsling. Da er det viktig at de eksterne varslingsrutiner følger klare, lovfestede retningslinjer, saksbehandlingsfrister- og regler. Dette er for å sikre at prosessen rundt ekstern varsling skal bli mest mulig ensartet, forutberegnelig og forsvarlig for å ivareta varsleren.

Det er også viktig å presisere at et varslingsystem ikke kun skal brukes til å verne varsleren: etablering av gode interne- og eksterne varslingsrutiner vil også være i arbeidsgivers og den omvarsledes interesse. Dersom det eksempelvis har blitt fremmet uriktige eller oppkonstruerte varslinger, vil solide interne- og eksterne varslingsrutiner- og kanaler lettere avdekke dette.

I tillegg kan gode eksterne varslingsrutiner i seg selv virke forbyggende mot ulovlig gjengjeldeshandlinger da disse kan fungere som et ris bak speilet for arbeidsgiver, altså ha en avskrekkende effekt. Godt etablerte interne og eksterne varslingskanaler er derfor viktig for å ivareta varsleren.

4.7 Krav om opprettelse av støtteforanstaltninger

4.7.1 Innledning

Det fastslås i direktivets art. 20 nr. 1 at medlemslandene skal sikre at de som omfattes av direktivets art. 4 skal ha tilgang på «støtteforanstaltninger». Dette omfatter blant annet tilgang på gratis, uavhengig informasjon og veiledning om arbeidstakers rettigheter ved gjengjeldelse, samt hvor arbeidstaker kan henvende seg dersom man mener man har blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse, om rettsprosessen og rettsmidlene man kan ta i bruk, jf. art. 20 nr. 1 bokstav a til c. Videre fremkommer det av art. 20 nr. 2 at medlemslandene kan bevilge «finansiell bistand og støtteforanstaltninger, herunder psykologisk støtte, til indberettende personer i forbindelse med retssaker».

Norge har ikke lovfestet krav om opprettelse av støtteforanstaltninger. Imidlertid foreslo varslingsutvalget å opprette et nasjonalt varslingsombud. Ombudet skulle blant annet:

«gi råd, støtte og bistand til varslere i konkrete saker. Det skal representere god og solid kompetanse og kunne bistå også omvarslede, arbeidsgivere og andre i prosessen, herunder bidra til at de som trenger det, kan få bistand av psykososial art. Ombudet bør kunne tilby mekling, og bør også kunne anbefale fri rettshjelp.»⁷⁸

Departementet valgte likevel ikke å anbefale å etablere et slikt ombud grunnet «faglige og økonomiske hensyn» og fordi «Arbeidstilsynet ivaretar veiledningsbehovet om varslings gjennom en videreføring av sin satsing og sine aktiviteter på dette feltet».⁷⁹

⁷⁸ NOU 2018: 6 s. 14.

⁷⁹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 47.

4.7.2 Bør det opprettes støtteforanstaltninger i norsk rett?

Et viktig formål bak arbeidsmiljøloven § 2 A-6 er å bygge opp under en fri ytringskultur på arbeidsplassen. Dersom arbeidsgiver ikke legger til rette for at de ansatte blir gjort kjent med varslingsrutinene, mister rutinene sin funksjon, og arbeidstaker har heller ingen mulighet til å varsle i overensstemmelse med de interne varslingsrutinene.⁸⁰ God informasjonsutveksling og rådgivning vil derfor være sentralt ved styrking av varslersens vern, særlig mot gjengjeldelse da arbeidstaker blir gjort oppmerksom på hva som kan regnes som en gjengjeldelse, hvor man kan henvende seg dersom man mener at man har blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse, og hvilke muligheter og rettigheter man har. Dersom arbeidstaker ikke er klar over sine rettigheter ved gjengjeldelse, vil det være vanskelig å hevde sin rett.

Dersom direktivet gjennomføres, vil det være helt sentralt å etablere ulike støtteforanstaltninger, som for eksempel et eget varslingsombud. Ved en gjennomføring vil det kunne oppstå flere spørsmål tilknyttet praktiseringen og forståelsen av regelverket. Det vil være av stor betydning at vi har kompetente myndigheter som kan føre kontroll og gi veiledning om hvordan reglene skal gjennomføres. Selv om arbeidstilsynet utgjør en viktig funksjon, kan det være hensiktsmessig å ha et eget varslingsombud med spisskompetanse på varslingsreglene. Ombudsmannen vil kunne tilegne seg verdifull innsikt i hvordan det nye regelverket skal forstås, og vil dermed ha den nødvendige kompetansen til å veilede, mekle og kontrollere.

Videre kan gode støtteordninger, for eksempel i form av psykologstøtte, bidra til å ivareta varsleren. Ettersom studier viser at det kan være psykisk krevende for varslere å stå i en varslingsprosess, særlig dersom saken tas til retten⁸¹, vil slik bistand kunne hjelpe varsleren i en eventuell rettsprosess. Det er derfor helt nødvendig at informasjon, rådgivning, rettsmidler og andre støtteordninger slik som psykologbistand, gjøres mer tilgjengelige for arbeidstaker for å sikre et reelt varslervern. Slike støtteforanstaltninger bør derfor lovfestes ved en gjennomføring av direktivet.

4.8 Utforming av gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2 A-4 og i varslingsdirektivets art. 19

⁸⁰ Ibid s. 21.

⁸¹ Jakhelln, Henning (2010), s. 434.

4.8.1 Innledning

Det fremgår av art. 19 første ledd at «Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at forbyde enhver form for repressalier mod personer omhandlet i artikel 4, herunder trusler om og forsøg på repressalier». Legaldefinisjonen av represalie⁸² fremgår av art. 5 nr. 11 hvor det heter at represalie omfatter «enhver direkte eller indirekte handling eller unndladelse, som finder sted i en arbejdsrelateret sammenhæng, er en følge af intern eller ekstern indberetning eller af offentliggørelse og forårsager eller kan forårsage den indberettende person uberettiget skade».

Den norske legaldefinisjonen fremkommer av 2 A-4 andre ledd: «enhver ugunstig handling, praksis eller unnlattelse som er en følge av eller en reaksjon på at arbeidstaker har varslet». Begge legaldefinisjonene understreker at en gjengjeldelse kan være en negativ handling *eller* unnlattelse. Imidlertid er den norske legaldefinisjonen noe knappere enn direktivets: direktivet understreker at handlingen eller unnlattelsen omfatter «direkte eller indirekte» handlinger, og at gjengjeldelsen må være en følge av «intern eller ekstern» varsling eller «offentliggjørelse».

En viktig forskjell mellom direktivets opplisting av gjengjeldeshandlingene og opplistingen i arbeidsmiljøloven, er at direktivet nevner langt flere eksempler på hva som kan regnes som gjengjeldeshandlinger. Eksempelvis nevnes:

«degradering eller unnladt forfremmelse», jf. bokstav b, «negativ bedømmelse af vedkommendes præstationer eller negativ ansættelsesreference», jf. bokstav e, «tvang, intimidering, chikane eller udstødelse», jf. bokstav g, «diskrimination, ufordelagtig eller uretfærdig behandling», jf. bokstav h, «manglende konvertering af en midlertidig ansættelseskontrakt til en tidsubegrænset kontrakt, hvor arbejdstageren havde en berettiget forventning om at få tilbudt varig ansættelse», jf. bokstav i, «skade, herunder på personens omdømme, navnlig i sociale medier, eller økonomisk tab, herunder tab af omsætning», jf. bokstav k, samt «henvisning til psykiater eller læge», jf. bokstav o.

Til sammenligning nevner arbeidsmiljøloven «trusler, trakassering, usaklig forskjellsbehandling, sosial ekskludering eller annen utilbørlig opptreden», jf. bokstav a, «advarel, endring i arbeidsoppgaver, omplassering eller degradering», jf. bokstav b, samt «suspensjon, oppsigelse, avskjed eller ordensstraff», jf. bokstav c.

⁸² På norsk: «gjengjeldelse».

Arbeidsmiljølovens opplisting er ikke uttømmende, og flere tilfeller enn de som opplistes kan regnes som gjengjeldelseshandlinger. Videre skiller ikke loven mellom formelle og uformelle handlinger, mens det i forarbeidene skilles mellom «formelle og uformelle sanksjoner».⁸³ Forarbeidene drøfter ikke om rettsvirkninger tilknyttet de formelle sanksjonene og rettsvirkninger tilknyttet de uformelle sanksjonene er forskjellige.

4.8.2 Bør utforming av gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2 A-4 endres?

Dersom en mer utfyllende opplisting tas inn i loven, tilsvarende varslingsdirektivets opplisting, kan dette være mer oppklarende og forutberegnelig for alle involverte parter. Særlig fordi omfanget av gjengjeldelsesforbudet og hva som kan regnes som en ulovlig gjengjeldelse kan oppleves noe uklart, deriblant hvilke uformelle handlinger som regnes som ulovlig gjengjeldelse. Dette kan være et argument for at flere eksempler på uformelle handlinger nevnes i lovens eksempelliste.

En slik mer omfattende opplisting med flere konkrete eksempler, vil også være oppklarende for arbeidsgiver, samt fungere som en rettesnor for domstolene i vurderingen av om den aktuelle handlingen eller unnlatsen kan regnes som en gjengjeldelseshandling.

Videre kan en presisering av at gjengjeldelsesforbudet omfatter både direkte og indirekte handlinger, bidra til å tydeliggjøre at mer subtile og indirekte gjengjeldelseshandlinger omfattes. I tillegg kan understreking av at bestemmelsen gjelder både ved intern og ekstern varslings samt offentliggjørelse, tydeliggjøre arbeidstakers rettigheter ved varslings, hvilket vil fremme hensynet til forutberegnelighet. I tillegg understrekes det i direktivets fortale nr. 44 at det er helt nødvendig med en vid definisjon av gjengjeldelseshandlingene for å oppnå en effektiv og reell beskyttelse av varslerne. Dette vil også kunne benyttes «som et middel til at styrke håndhævelsen af EU-retten».

Dersom direktivet gjennomføres i norsk rett, vil det derfor være aktuelt å utforme en tilsvarende eksempelliste som varslingsdirektivets opplisting, særlig fordi EU-kommisjon har understreket viktigheten av en vid definisjon av gjengjeldelsesbegrepene for å styrke varslernes rettsstilling i medlemslandene. Likevel må det fremdeles komme tydelig frem at opplistingen ikke er uttømmende. Dersom personkretsen av de som har varslersstatus etter arbeidsmiljøloven utvides slik at denne samsvarer med direktivets personkrets, vil det også

⁸³ NOU 2018: 6 s. 51.

kunne være aktuelt å nevne eksempler på gjengjeldelseshandlinger som knytter seg spesifikt til den utvidede personkretsen.

4.9 Bevisbyrdereglene i norsk rett og i EUs varslingsdirektiv

4.9.1 Innledning

Det fremkommer av arbeidsmiljøloven § 2 A-4 fjerde ledd at «Dersom arbeidstaker legger frem opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik gjengjeldelse». Følgelig er det snakk om en delt bevisbyrde mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, men beviskravet er likevel strengere for arbeidsgiver enn arbeidstaker. Ordlyden «sannsynliggjør» impliserer at arbeidsgiver må fremlegge opplysninger som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt, altså mer enn 50 prosent sannsynlighet for at det *ikke* har skjedd en gjengjeldelse.

4.9.2 Delt bevisbyrde

I sivilretten er utgangspunktet at saksøker skal bære bevisbyrden.⁸⁴ Det kan være vanskelig for arbeidstaker i en varslingssak å sannsynliggjøre at det har skjedd en gjengjeldelse, og kunne påvise en årsakssammenheng mellom gjengjeldelseshandlingen og varslingen. I tillegg vil arbeidsgiver ofte ha flere ressurser og bedre tilgang på opplysninger om virksomheten og forholdene rundt varslingen. Følgelig vil det gjerne være arbeidsgiver som har de beste forutsetningene for å dokumentere og sannsynliggjøre at den påståtte gjengjeldelsen ikke har funnet sted.⁸⁵ Grunnet dette styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, i tillegg til at bevistemaet kan være noe komplisert, har varsleren behov for et særskilt vern. Dette er noe av bakgrunnen for at lovgiver har valgt å innføre en bestemmelse om delt bevisbyrde i gjengjeldelsessakene, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-4 fjerde ledd.⁸⁶ Det fastslås i forarbeidene at beviskravet i «grunn til å tro»-vurderingen ikke skal være så strenge for varsleren.⁸⁷ I utgangspunktet er det tilstrekkelig at varsleren viser at varslingen har funnet sted, samt at den etterfølgende påståtte gjengjeldelsen i form av en negativ reaksjon eller unnlattelse fant sted relativt kort tid etter varslingen.⁸⁸

⁸⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90.

⁸⁵ NOU 2018: 6 s. 172.

⁸⁶ Ibid s. 171.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

⁸⁸ Ibid

Rt. 2012 s. 424 behandler spørsmålet om hvorvidt det har skjedd en diskriminering etter tidligere likestillingsloven § 4, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1. I den sammenheng må det etter arbeidsmiljøloven § 13-8 sannsynliggjøres at arbeidstaker har blitt diskriminert. Høyesterett fastslår at for diskrimineringssakene er utgangspunktet at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁸⁹ Det presiseres likevel at bevisbyrderegeleen i arbeidsmiljøloven § 13-8 innebærer at det skal være delt bevisbyrde mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, men at hovedansvaret for å føre bevis pålegges arbeidsgiver. I tillegg bærer arbeidsgiver tvilsrisikoen når arbeidstaker kan legge frem opplysninger som «gir grunn til å tro» at vedkommende har blitt diskriminert.⁹⁰ Selv om nevnte dom gjelder diskriminering på arbeidsplassen, tilsier sammenheng i arbeidsmiljøloven at kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt også gjelder ved vurderingen av om det har skjedd en ulovlig gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven § 2 A-4. En slik tolkningen legges også til grunn i underrettspraksis.⁹¹

4.9.3 Bevisbyrdereglene i direktivets art. 21 nr. 5

Det fremkommer av direktivets art. 21 nr. 5 at varslingsaker som føres for retten eller annen myndighet hvor varsleren hevder at hun har blitt utsatt for en gjengjeldelse, og hvor hun kan godtgjøre *prima facie* at hun har varslet internt eller eksternt, samt at hun har lidd en ulempe på grunn av varslingen, så «formodes det, at ulempen var represalier for indberetningen eller offentliggjørelsen». Det er i slike tilfeller arbeidsgiver som må bevise at den påståtte gjengjeldelsehandlingen «var baseret på behørigt begrundede årsager». Dette innebærer at det er en presumpsjon for at en «ulempe» eller en annen negativ handling varsleren opplever etter en varsling, er en ulovlig gjengjeldelse som en reaksjon på varselet, jf. ordlyden «formodes».

I likhet med uttalelsene i forarbeidene om at det gjerne vil være arbeidsgiver som har de beste forutsetningene for å dokumentere og sannsynliggjøre at den påståtte gjengjeldelsen ikke har funnet sted, poengteres dette også i direktivets fortale nr. 93. Videre fastslås det at dersom varsleren godtgjør *prima facie* at vedkommende har varslet om brudd i overensstemmelse med direktivet, og har lidt skade grunnet dette, bør bevisbyrden gå over på den person som utførte skaden eller ulempen.

I likhet med reglene om delt bevisbyrde i arbeidsmiljøloven § 2 A-4 fjerde ledd, fastsetter også varslingsdirektivet at bevisbyrden skal gå over på arbeidsgiveren dersom varsleren

⁸⁹ Avsnitt 40.

⁹⁰ Avsnitt 38.

⁹¹ Se blant annet LB-2010-40623.

hevder seg utsatt for en gjengjeldelse. En nyanseforskjell mellom utformingen av reglene om delt bevisbyrde i direktivet og utformingen i norsk rett, er at det i direktivet skal tas utgangspunkt i at det har skjedd en ulovlig gjengjeldelse, med mindre arbeidsgiver kan godtgjøre noe annet, jf. ordlyden «formodes». En slik uttalt formodning fremgår ikke eksplisitt av arbeidsmiljøloven § 2 A-4 fjerde ledd.

4.9.4 Behov for språklig endring/nyansering av bevisbyrdereglene i norsk rett?

En gjennomføring av direktivet i norsk rett vil kunne medføre en språklig endring/nyansering ved at lovgiver presiserer at det formodes eller at det tas utgangspunkt i at det har skjedd en gjengjeldelsehandling dersom varsleren fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro dette. Om en slik språklig presisering vil ha noen reell betydning, er vanskelig å si, ettersom hovedregelen om delt bevisbyrde fremdeles vil stå ved lag. Likevel kan en slik presisering bidra til at bevisbyrdereglene fremstår noe enklere og mer håndgripelige da det tydeliggjøres at utgangspunktet er delt bevisbyrde, og ikke sivilrettens utgangspunkt om at saksøker bærer bevisbyrden.

4.10 Den omvarsledes rettsstilling

4.10.1 Innledning

Den omvarslede har på mange måter et sterkere vern etter direktivet enn etter arbeidsmiljøloven. Eksempelvis er omvarsledes rett til kontradiksjon, rettferdig rettergang, effektive rettsmidler, retten til innsyn og retten til forsvar tydeliggjort gjennom direktivets art. 22 punkt.1. Her blir også viktigheten av den omvarsledes uskyldspresumpsjon understreket. Videre fremkommer det av fortalens punkt 1 at omvarslede som får et ukorrekt varsel rettet mot seg, bør beskyttes i tråd med nasjonale rettsregler. Dersom den feilaktige varslingen er fremsatt med viten og vilje, vil også den omvarslede kunne ha rett på erstatning.

I tillegg poengteres det i fortalens punkt 102 at for å sørge for et effektivt varslingssystem er det viktig å sanksjonere arbeidsgivere som utfører en gjengjeldeshandling, men også å sanksjonere de som fremmer grunnløse varslinger. Formålet er å skape en preventiv effekt; det skal hverken lønne seg å gjengjelde varsleren eller fremme grunnløse varslinger, i tillegg til at man sikrer tillitten til varslingssystemet. Det presiseres likevel at den avskrekkende effekten ikke må bli så stor at arbeidstakere ikke tør å varsle om kritikkverdige forhold.

4.10.2 Omvarsledes rett på erstatning etter norsk rett

I norsk rett er det en forskjell mellom henholdsvis varslersens og omvarsledes rettsstilling ved erstatningssøksmål. Varslerens rett til erstatning ved eksempelvis ulovlig gjengjeldelse, fremkommer av arbeidsmiljøloven § 2 A-5. Dersom omvarslede får en urettmessig varsling rettet mot seg, kan omvarslede fremme et erstatningskrav i tråd med norske erstatningsrettslige regler. Imidlertid regulerer ikke arbeidsmiljøloven en slik erstatningsadgang for omvarslede, og erstatningsreglene omfatter ingen særskilte reguleringer med tanke på varslingssøksmål.

I tråd med de alminnelige erstatningsreglene i norsk rett, må det eksistere en erstatningsrelevant skade, årsakssammenheng, og et ansvarsgrunnlag for at man skal kunne få tilkjent erstatning.⁹² Dersom omvarslede får et urettmessig varsel rettet mot seg, vil det ikke nødvendigvis resultere i et økonomisk tap. Det vil ofte heller være naturlig å betegne dette som et ikke-økonomisk tap.

For å få erstatning for ikke-økonomisk tap, må det eksistere et særlig rettsgrunnlag.⁹³ Skadeerstatningsloven⁹⁴ § 3-6 a kan utgjøre et slikt rettsgrunnlag; dersom man har blitt utsatt for en ærekrenkelse, kan man ha rett på erstatning. Det fremgår av skadeerstatningsloven § 3-6 a første ledd at «Den som uaktsomt har satt frem en ytring som er egnet til å krenke en annens ærefølelse eller omdømme, skal yte erstatning for den lidte skade og slik erstatning for tap i fremtidig erverv som retten ut fra den utviste skyld og forholdene ellers finner rimelig». I begrepet «ærekrenkelse» ligger det at man gjennom ord eller handling krenker eller skader vedkommendes navn, person og/eller rykte på en måte som gjør at vedkommende taper «tillit som hen har behov for i sin stilling eller næring».⁹⁵ Etter forarbeidene, er det ikke et krav om at man må kunne bevise at ærekrenkelsen faktisk har skjedd, det er tilstrekkelig at ytringen «er egnet til å krenke en annens æresfølelse eller omdømme»⁹⁶ Skadeerstatningsloven § 3-6 a første ledd fastslår at skyldkravet er uaktsomhet. Det fremkommer av andre ledd at:

«en ærekrenkende ytring medfører ikke ansvar etter første ledd dersom den anses berettiget etter en avveining av de hensyn som begrunner ytringsfrihet. Ved denne vurderingen skal det særlig legges vekt på om ytringen hviler på et fyldestgjørende faktisk grunnlag, på ytringens grad av krenkelse, og om hensynet til den krenkede er

⁹² Lødrup, Frøseth og Gisle, *snl.no*

⁹³ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 47.

⁹⁴ Lov 13 juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven).

⁹⁵ Andenæs, Sulland og Elden, *snl.no*

⁹⁶ Ot.prp. nr.22 (2008-2009) s. 488.

tilfredsstillende ivaretatt ved for eksempel adgang til imøtegåelse, om allmenne interesser eller andre gode grunner tilsa at den ble satt frem, og om ytreren har vært i aktsom god tro med hensyn til de momenter som kan gjøre ytringen berettiget».

Dersom et varsel anses som en æreskrenkelse, kan man følgelig etter en vurdering likevel komme frem til at æreskrenkelsen ikke er ansvarsbetingende, jf. bestemmelsens andre ledd. Viktige hensyn bak varslingsinstituttet er blant annet ytringsfrihet og målet om en åpen ytringskultur på arbeidsplassen. Disse hensynene samsvarer godt med unntakene etter skadeerstatningsloven § 3-6 a andre ledd. Likevel vil de mest alvorlige og graverende tilfellene av æreskrenkelser føre til at den omvarslede kan ha rett på erstatning, jf. bestemmelsens først ledd.

I 2005 fikk vi en ny straffelov, og før den tid fremgikk æreskrenkelsesreglene av straffeloven. I dag reguleres æreskrenkelser som vist i skadeerstatningsloven § 3-6 a. Innenfor strafferettspleien, har omvarslede få muligheter til å forfølge en urettmessig varslings. Eventuelt kan omvarslede hevde at den urettmessige varslingen utgjør en krenkelse av privatlivets fred etter straffeloven⁹⁷ § 267, eller at krenkelsen er en hatefull ytring etter straffeloven § 185.

4.10.3 Behov for styrking av omvarsledes rett på erstatning etter norsk rett?

Arbeidsmiljøloven har ikke bestemmelser om omvarsledes rett til erstatning, og omvarslede har begrensede muligheter til å vinne frem med et erstatningskrav etter de alminnelige erstatningsreglene eller etter strafferettsreglene. Det kan derfor være aktuelt å tydeliggjøre omvarsledes adgang til å kreve erstatning for urettmessig eller falsk varslings ved å fastsette denne adgangen i arbeidsmiljøloven. Dette kan i større grad bidra til å styrke den omvarsledes rettsstilling, hvilket også er et mål som EU-kommisjonen ønsker å oppnå.

4.10.4 Behov for en generell tydeliggjøring/styrking av omvarsledes rettigheter?

I tråd med EU-retten, har omvarslede i en varslings situasjon rett til å be om innsyn i de aktuelle personopplysningene i en varslings sak som gjelder en selv. Denne retten fremgår av personvernforordningen art. 15. Omvarslede har også rett til grunnleggende

⁹⁷ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

rettsikkerhetsgarantier slik som kontradiksjon, uskyldspresumpsjonen og retten til et forsvar. Disse rettighetene er nedfelt i direktivets art. 22.

I norsk rett finner vi disse rettsikkerhetsgarantiene blant annet i Grunnloven⁹⁸, EMK⁹⁹, tvisteloven¹⁰⁰ og straffeprosessloven.¹⁰¹ Selv om forarbeidene til arbeidsmiljøloven understreker betydningen av kontradiksjonsprinsippet og uskyldspresumpsjonen¹⁰², er ikke disse rettighetene tatt inn i arbeidsmiljøloven.

Dersom nevnte rettigheter, i tillegg til omvarsledes rett på erstatning, nedfelles i arbeidsmiljøloven, kan dette medføre en tydeliggjøring av omvarsledes rettigheter, og dermed bidra til en bedre balansering av varslersens rettsvern og omvarsledes rettsvern. Det kan derfor være formålstjenlig å innta en likelydende bestemmelse som art. 22 ved en gjennomføring av direktivet. Dette vil også kunne virke rettsavklarende.

5. Avsluttende bemerkninger

5.1 Oppsummering

Det norske varslingsinstituttet er på mange måter godt og helhetlig utformet. Reglene i arbeidsmiljøloven kap. 2 A søker å ivareta varsleren og den omvarslede, samtidig som arbeidsgivers interesser ivaretas. Lovreguleringen av varsling har vært gjenstand for flere endringer der formålet har vært å styrke varslersens rettsvern. Likevel viser flere undersøkelser at mange arbeidstakere kvier seg for å varsle til ledelsen om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, hvor en viktig årsak til dette er at arbeidstakeren frykter gjengjeldelse.¹⁰³ Dette tyder på at tiden er moden for å foreta en ytterligere styrking av varslersens vern, og innføre konkrete tiltak for å forbygge både at varslingssituasjoner oppstår og at gjengjeldeshandlinger finner sted.

Lovreguleringen av det norske varslingsinstituttet har en indre sammenheng.¹⁰⁴ Dersom direktivet gjennomføres, bør gjennomføringen derfor innebære endringer i arbeidsmiljøloven som klargjør at både varsling om brudd på EU-rettsakter og varsling om andre typer

⁹⁸ Grunnloven § 96.

⁹⁹ Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen art. 6 nr. 1.

¹⁰⁰ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven) § 1-1.

¹⁰¹ Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) § 94.

¹⁰² NOU 2018:6 s. 141.

¹⁰³ Trygstad og Ødegård (2019) s. 8.

¹⁰⁴ Eriksen (2014) s. 170.

kritikkverdige forhold omfattes. Dette vil skape bedre koherens i reguleringen, samt medføre mer forutberegnelighet. Dersom direktivet gjennomføres, vil det måtte gjøres en rekke endringer i arbeidsmiljøloven. Eksempelvis vil det bli aktuelt med en utvidelse av varslervernets personkrets, en mer omfattende regulering av retningslinjene ved utformingen av eksterne kanaler for varsling, samt lovfeste en plikt for arbeidsgiver om å iverksette tiltak og ulike mekanismer som sørger for å skjule varslersens identitet ved intern varsling. Videre kan det bli aktuelt med en lovfesting av bekreftelse på mottak av varsel, underretningsplikt, lovfeste krav til habilitet og upartisk behandling, samt lovfeste krav om opprettelse av støttefunksjoner, slik som et eget varslingsombud.

5.2 En egen lov om varsling

Dersom personkretsen av de som har varslersstatus utvides, kan det være hensiktsmessig med en egen lov om varsling. Ved en utvidelse vil det ikke lenger kun være arbeidstakere, oppdragstakere eller andre i typiske arbeidstakerposisjoner som har varslervern. Arbeidstakers nære støttespillere kan etter forholdene oppnå varslervern. Det kan derfor være mer praktisk at reglene om varsling samles i én lov, ettersom det ikke lenger kun er den typiske arbeidstakerkategorien etter arbeidsmiljøloven som kan nyte varslervern.

En egen varslingslov vil også være mer hensiktsmessig ved gjennomføring av direktivet da både varsling om brudd på EU-rettsakter og varsling om kritikkverdige forhold etter arbeidsmiljøloven vil omfattes.

5.3 Varslingsutvalgets og departementets synspunkt

Varslingsutvalget flertall tok til orde for å opprette en egen lov for varsling for å «bidra til økt oppmerksomhet om varsling, om verdien av varsling og et godt yringsklima». ¹⁰⁵ I tillegg ville en egen lov sende et signal utad om at varsling er ønskelig og viktig, og at varslere skulle prioriteres og beskyttes. Det ble også fremhevet av flertallet i utvalget at en egen lov kunne gjøre det enklere for borgerne å finne frem i varslingsreglene. ¹⁰⁶ Varslingsutvalget understreket at det var viktig å «følge samfunnsutviklingen på dette feltet nøye, også debatten knyttet til varsling internasjonalt». ¹⁰⁷

¹⁰⁵ NOU 2018:6 s. 145.

¹⁰⁶ Ibid s. 146.

¹⁰⁷ Ibid.

Departementet støttet ikke forslaget om en egen lov om varsling da de mente at arbeidsmiljølovens regulering av varsling var tilstrekkelig. Departementet foreslo heller «å utvide anvendelsesområdet for arbeidsmiljølovens regler om varsling».¹⁰⁸

5.4 Behov for en egen lov om varsling?

I lys av samfunnsutviklingen og den internasjonale utviklingen, bør det foretas grep i norsk rett for å styrke varslernes rettsvern. Når EU, OECD og Europarådets anbefaler medlemslandene å styrke varslernes rettsvern, så siktes det ikke kun til arbeidstakere som varslere, men også varslere i andre settinger og posisjoner. En egen lov om varsling vil nettopp understreke at varsling ikke utelukkende er et arbeidsrettslig fenomen, hvor kun arbeidstakere nyter varslervernet, men at varsling kan skje på andre arenaer, og i alle samfunnslag. Dersom direktivet gjennomføres i norsk rett, vil dette innebære store endringer i varslingsreglene som får virkning utover arbeidsmiljølovens regler. Dette aktualiserer følgelig behovet for en egen lov.

En mulig måte å utforme varslingsloven på er å samle alle regler om varsling i samme lov, men likevel beholde reglene om varsling i arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljølovens varslingsregler og forbudet mot gjengjeldelse har en klar, indre sammenheng, i tillegg til å være forbundet med mange andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Dette gjelder særlig reglene om retten til et forsvarlig arbeidsmiljø, stillingsvernsreglene, samt helse-, miljø- og sikkerhetsreglene. Varslingsreglene bør derfor videreføres i arbeidsmiljøloven selv om det opprettes en egen lov om varsling. Dette er også varslingsutvalgets synspunkt.¹⁰⁹

5.5 Det norske varslingsinstituttet bør endres

Etter mitt syn er det viktig og nødvendig å gjennomføre direktivet i norsk rett. Direktivet har som formål å styrke varslernes vern, særlig mot gjengjeldelse, samtidig som omvarsledes rettsvern og arbeidsgivers interesser ivaretas. En gjennomføring vil derfor kunne styrke både varslernes og omvarsledes rettsstilling.

EU-kommisjonen har dessuten understreket at det er uheldig for målsetningen om like konkurransevilkår i EU dersom medlemslandene opererer med ulik grad av beskyttelse og

¹⁰⁸ Prop. 74 L (2018-2019) s. 23.

¹⁰⁹ NOU 2018:6 s. 145.

vern av varslere.¹¹⁰ Like konkurransevilkår er en forutsetning for at EUs indre marked skal tjene sin funksjon. Kommisjonen har uttalt at det må igangsettes ulike tiltak for å sørge for at varslere i samtlige medlemsland nyter et sterkt varslervernet. En grunnpilar i EØS-avtalen er å fremme «like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde», jf. EØS-avtalen art. 1 nr. 1. Norge som part i EØS-avtalen bør derfor gjennomføre direktivet for å innfri EUs mål om et felles, høyt beskyttelsesnivå for varslere i EU. Dette vil også være i tråd med EØS-avtalens formål om å sikre like konkurransevilkår.

I tillegg bør det etableres en egen varslingslov og et eget, uavhengig varslingsombud. Samlet sett vil disse endringene og innføringene kunne gjøre reglene mer forståelige, tilgjengelige, skape mer forutberegnelighet og følgelig bidra til å styrke det norske varslingsinstituttet, varslernes og omvarsledes rettsikkerhet.

¹¹⁰ Ledsagedokument til Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-lovgivningen (2018) s. 2.

Kilderegister

Lover

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

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

Lov 13 juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).

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 saker (tvisteloven).

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

Lov 16. juni 2019 nr. 57 om endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven (etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og en styrking av aktivitets- og redegjøringsplikten).

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

Avtaler, direktiver og internasjonale kilder

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet av 2. mai 1992. (EØS-avtalen).

Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 4. november 1999 (ETS nr. 174).

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/65/EU af 15. maj 2014 om markeder for finansielle instrumenter og om ændring af direktiv 2002/92/EF og direktiv 2011/61/EU.

Europaparlamentets – og rådsforordningen (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av

slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) (PVF, GDPR).

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-lovgivningen COM/2018/218 final - 2018/0106 (COD).

Ledsagedokument til Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-lovgivningen (2018).

Europaparlamentet og Rådets direktiv 2019/1937 af 23. oktober 2019 om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-retten.

Forarbeider

Ot.prp.nr.77 (2000–2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).

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

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).

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).

Innst. 315 L (2018–2019) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2012 s. 424

Underrettspraksis

LB-2010-40623

Litteratur

Bøker, artikler og tidsskrift

- Eriksen (2014)** Eriksen, Birthe, *Å bekjempe et samfunnsønde – om korrupsjon, varsling, gransking og organisasjonskultur*, 1. utgave, Gyldendal Akademisk, 2014.
- Eriksen (2016)** Eriksen, Birthe, *Arbeidstakers rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» etter arbeidsmiljøloven § 2-4(1)*, Doktorgradsavhandling, Universitetet i Bergen, 2016.
- Eriksen og Eidsheim (2018)** Eriksen, Birthe og Karianne Nilsen Eidsheim, *Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2*, Magma, Econas tidsskrift for økonomi og ledelse, 3/2018 s. 27-38.
- Hagstrøm og Stenvik (2015)** Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 1. utgave, Universitetsforlaget, 2015.
- Jakhelln (2010)** Jakhelln, Henning, *Arbeidsmiljølovens regler om varsling: Er varslers rettsvern en realitet, eller en illusjon - eller «tar man spilleren, og ikke ballen?»* s. 385-448 i Horn, Kjell, *Varsleren – viktig og verdig*, Oslo 2010.
- Monsen (2012)** Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk, 2012.

Rapporter

- Oslo Economics (2017)** Oslo Economics, *Verdien av varsling*, Utredning for Varslingsutvalget og Arbeids- og sosialdepartementet OE- rapport 2017-45. Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/bd4f61bba893409a9b715ee1971a0004/no/sved/3.pdf> (lest 9.12.21)
- Støren m.fl. (2020)** Kristina Strand Støren, Elisabeth Rønning og Karin Hamre Gram, *Livskvalitet i Norge 2020*, SSB-rapport 2020:35. Hentet fra: <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/livskvalitet-i-norge-2020> (lest 9.12.21).
- Truyen (2015)** Truyen, Filip, *Arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold*, Sluttrapport, Kritisk juss, Versjon 2 0. Hentet fra: https://www.finansmarkedsfondet.no/contentassets/d9b36d9f665e489ab2e46f69f9a57d31/sluttrapport_truyen_corporate-governance-i-norsk-rett_2009-2015.pdf (lest 9.12.21).
- Trygstad (2017)** Trygstad, Sissel C, *Kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser*, Fafo-notat 2017:03. Hentet fra: <https://www.fafo.no/images/pub/2017/10253.pdf> (lest 9.12.21).
- Trygstad og Ødegård (2019)** Trygstad, Sissel C og Anne Mette Ødegård, *Varsling i norsk arbeidsliv 2018*, Fafo-rapport 2019:14. Hentet fra: <https://www.fafo.no/images/pub/2019/20711.pdf> (lest 9.12.21).

Elektroniske artikler, nettsider og annen elektronisk litteratur

- Andenæs, Sulland og Elden** Andenæs, Johs, Frode Sulland og John Christian Elden, «Ærekrenkelse», *Store norske leksikon*. Hentet fra <https://snl.no/%C3%A6rekrenkelse> (lest 9.12.21).

- Andreassen og Remmen (2020)** Andreassen, Paul Devenish og Camilla Remmen, «EUs varslingsdirektiv», *iia.no*, 2020 Hentet fra: <https://iia.no/eus-varslingsdirektiv/?fbclid=IwAR2ZL7EQ8zSU8QZTWY aVehDj3E56VcIsSxZ3DFT5A-hK4FfZD7R6Ijr784> (lest 9.12.21).
- Bergan (2019)** Bergan, Christin Nylund «Felles retningslinjer for mottak og håndtering av eksterne varsel til offentlige myndigheter», *arbeidstilsynet.no*, 2019. Hentet fra <https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/nyheter/2019/retningslinjer-varsling-offentlige-myndigheter.pdf> (lest 9.12.21).
- Falkanger og Gisle** Falkanger, Thor; Gisle, Jon, «Rettskilder», *Store norske leksikon*. Hentet fra <https://snl.no/rettskilder> (lest 9.12.21).
- Gisle** Gisle, Jon, «Lovforarbeid», *Store norske leksikon*. Hentet fra <https://snl.no/rettskilder> (lest 9.12.21).
- Hagen (2020)** Hagen, Irene, «Konfidensialitetsprinsippet ved varsling av kritikkverdige forhold», *Juridika.no*, 2020. Hentet fra: <https://juridika.no/innsikt/gdpr-og-varsling> (lest 9.12.21).
- Hotvedt** Hotvedt, Marianne Jenum. «Arbeidsmiljøloven - arbeidsmiljøloven 2005», Lovkommentar 1 til § 1-1, *Lovdata.no*. Hentet fra https://lovdata.no/pro/COMMENT/karnov/2005-06-17-62_k1_p1-1.n1/2 (lest 9.12.21).
- Lødrup, Frøseth og Gisle** Lødrup, Peter, Anne Marie Frøseth og Jon Gisle, «Erstatning», *Store norske leksikon*. Hentet fra <https://snl.no/erstatning> (lest 9.12.21).
- Regjeringen (2020)** Regjeringen v. Justis- og beredskapsdepartementet og Arbeids- og sosialdepartementet, «Direktiv om vern av

varslere», EØS-notat, *Regjeringen.no*, 2020. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2018/mai/direktivforslag-om-vern-av-varslere/id2606192/> (lest 9.12.21).