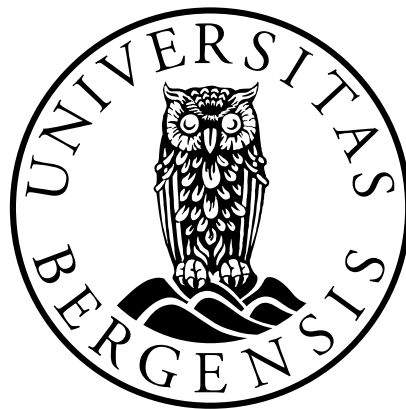


Kravene til et forsvarlig arbeidsmiljø avveid mot den individuelle organisasjonsfriheten

En analyse av arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers atferd overfor andre arbeidstakere i fagforeningsammenheng, avveid mot arbeidstakerens ytrings- og organisasjonsfrihet

Kandidatnummer: 79

Antall ord: 14 376



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	PRESENTASJON AV PROBLEMSTILLINGEN.....	3
1.2	NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGEN.....	5
1.3	TERMINOLOGI.....	5
1.4	PRESENTASJON AV RETTSKILDEBILDET.....	8
1.5	ENKELTE METODISKE BEMERKNINGER	9
1.6	AVGRENSING	10
1.7	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	11
2	GENERELT OM ARBEIDSGIVERS KOMPETANSE TIL Å SANKSJONERE ARBEIDSTAKERS ATFERD OVERFOR ANDRE ARBEIDSTAKERE	12
2.1	INNLEDENDE BETRAKTNINGER	12
2.2	RETTLIGE UTGANGSPUNKTER	12
2.2.1	Arbeidsgivers styringsrettslige kompetanse	12
2.2.2	Hvilke plikter pålegger arbeidsmiljøloven arbeidsgiver?.....	13
2.3	ARBEIDSGIVERS RISIKO FOR ERSTATNINGANSVAR.....	15
2.4	ARBEIDSGIVERS KOMPETANSE TIL Å SANKSJONERE BRUDD PÅ LOJALITETSPLIKTE UTENFOR ARBEIDSTIDEN.....	18
2.4.1	Innledende betraktninger	18
2.4.2	Analyse av handlinger på arbeidstakers fritid som kan utgjøre brudd på lojalitetsplikten	18
2.4.3	Analyse av typetilfeller av brudd på lojalitetsplikten i grensesoner mellom arbeidstid og fritid	20
2.5	OPPSUMMERENDE BETRAKTNINGER OM ARBEIDSGIVERS KOMPETANSE.....	22
3	I HVILKEN GRAD BEGRENSER YTRINGSFRIHETEN ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETTLIGE KOMPETANSE?	23
3.1	INNLEDENDE BETRAKTNINGER	23
3.2	ARBEIDSTAKERS VERN AV YTRINGSFRIHETEN ETTER GRUNNLOVEN OG EMK	23
3.3	LOJALITETSPLIKTE SOM SKRANKE FOR ARBEIDSTAKERS YTRINGSFRIHET I ARBEIDSFORHOLDET	26
3.4	LOJALITETSPLIKTE SOM GRUNNLAGE FOR ARBEIDSGIVERS KOMPETANSE TIL Å SANKSJONERE YTRINGER PÅ ARBEIDSTAKERS FRITID	28
3.5	HVILKE SÆRLIGE HENSYN BEGRUNNER EN VID YTRINGSFRIHET I FAGFORENINGSSAMMENHENG?.....	31

4	I HVILKEN GRAD BEGRENSER ORGANISASJONSFRIHETEN ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETTLIGE KOMPETANSE?	35
4.1	INNLEDENDE BETRAKTNINGER	35
4.2	ARBEIDSTAKERS VERN AV ORGANISASJONSFRIHET ETTER GRUNNLOVEN OG EMK ..	36
4.3	ORGANISASJONSFRIHETEN SOM ARGUMENT MOT AT ARBEIDSGIVER SKAL KUNNE SANKSJONERE ATFERD I FAGFORENINGSSAMMENHENG.....	38
4.4	KAN HENSynet TIL ARBEIDSMILJØET AVVEIES MOT ARBEIDSTAKERS ORGANISASJONSFRIHET?.....	41
5	SAMMENFATTENDE BETRAKTNINGER OM ARBEIDSGIVERS KOMPETANSE	44
5.1	INNLEDENDE BETRAKTNINGER	44
5.2	HVILKE VURDERINGSTEMA KAN OPPSTILLES FOR ARBEIDSGIVERS KOMPETANSE TIL Å SANKSJONERE OPPTREDEN I FAGFORENING?	44
5.3	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER OM LG-2021-152658 OG THOD-2020-94802.....	47
6	BIBLIOGRAFI.....	48
6.1	NORSKE RETTSKILDER.....	48
6.2	INTERNASJONALE RETTSKILDER	52

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Organisasjonsfriheten gir arbeidstaker rett til deltakelse i fagforening, og vern mot arbeidsgivers innblanding. Arbeidsgiver har dermed ikke kompetanse til å skaffe seg informasjon om arbeidstakers fagforeningsmedlemskap, hva som diskuteres i fagforeningen, og hvordan den enkelte ansatte opptrer i fagforeningen.¹ Utgangspunktene om arbeidstakers vern mot arbeidsgivers sanksjoner i fagforening utfordres når arbeidstakeren utviser negativ atferd overfor andre arbeidstakere fra samme virksomhet. I disse tilfellene vil tilknytningen mellom arbeidstakerne medføre at konflikten mellom dem ikke bare får virkning i fagforeningen, men også kan skape negative konsekvenser for den fornærmede arbeidstakerens psykososiale arbeidsmiljø.

Det overordnede spørsmålet som avhandlingen skal besvare, er om arbeidsgiver har kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers atferd overfor andre arbeidstakere i fagforeningssammenheng, når disse handlingene påvirker det psykososiale arbeidsmiljøet.

Problemstillingen ble behandlet i to dommer fra Hordaland tingrett og Gulating lagmannsrett², som legger utgangspunktet for den videre analysen. De to saksforholdene springer ut fra samme fagforeningsmøte som fant sted på arbeidstedet. På fagforeningsmøtet ble det tatt opp spørsmål om omorganisering og de tillitsvalgtes strategivalg overfor arbeidsgiver. De tillitsvalgtes strategivalg førte til interne motsetninger i organisasjonen, som medførte konflikt mellom to av arbeidstakerne, A og B, og andre medlemmer, herunder de tillitsvalgte. Det ble fra arbeidsgivers side anført at arbeidstaker A og B hadde opptrådt aggressivt, høylytt og truende overfor andre arbeidstakere til stede i fagforeningsmøtet.³ I etterkant av møtet mottok arbeidsgiver skriftlige reaksjoner fra arbeidstakerne som følte seg trakassert av A og B i fagforeningsmøtet. De varslende arbeidstakerne mente at atferden fikk konsekvenser for deres psykososiale arbeidsmiljø på arbeidsplassen.

¹ Organisasjonsfriheten behandles i kapittel 4.2.

² LG-2021-152658 og THOD-2020-94802.

³ LG-2021-152658 med henvisning til tingrettens dom i THOD-2020-183961.

Saken i LG-2021-152658⁴ omhandlet saken mot arbeidstaker A, som ble avskjediget da flertallet fant at arbeidstakeren gjennom atferden hadde brutt sine tjenesteplikter og utvist atferd som brøt med kravet til «saklig og behersket fremferd».⁵ Flertallet presiserte at organisasjonsfriheten ikke vernet mot arbeidsgivers reaksjoner ved «grenseoverskridende atferd når dette rammer kolleger, og skader arbeidsmiljøet slik at arbeidsgiver plikter å gripe inn for å ivareta andre arbeidstakeres krav på et forsvarlig arbeidsmiljø».⁶

Saken i THOD-2020-94802 behandlet gyldigheten av advarselen mot arbeidstaker B.⁷ Dommen er avsagt med dissens (2-1), hvor dissensen knytter seg til spørsmålet om arbeidsgiver hadde adgang til å sanksjonere med tjenstlig advarsel for uttalelser og handlinger i et internt fagforeningsmøte. Saken er fra arbeidsgivers side gjort mer prinsipiell enn i LG-2021-152658, og det ble lagt ned påstand om at advarselen var i strid med både Den europeiske menneskerettskonvensjonens (EMK) artikkel 10 og 11.⁸ Tingrettens flertall fulgte opp flertallet fra LG-2021-152658 og viste til at arbeidstakeren brøt med sine tjenesteplikter, og atferden påvirket det psykososiale arbeidsmiljøet i en slik grad at arbeidsgiver måtte kunne gripe inn. Flertallet mente at atferden ikke var vernet etter hverken yrings- eller organisasjonsfriheten. Mindretallet mente at det ikke var nødvendig at arbeidsgiver intervenerte fagforeningens virksomhet ved å reagere med advarsel mot arbeidstakeren, når fagforeningen hadde egne vedtekter for å håndtere de interne konfliktene.

Basert på de to overnevnte sakene vil spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd mellom arbeidstakere i fagforening bero på en avveining av motstående interesser, hvor arbeidsgivers plikter til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø for alle ansatte må avveies mot den enkelte arbeidstakers yrings- og organisasjonsfrihet. Formålet med den videre fremstillingen er å analysere i hvilken grad hensynet til arbeidsmiljøet kan avveies mot yrings- og organisasjonsfriheten i en slik grad at arbeidsgiver vil ha en kompetanse til å sanksjonere negativ atferd i fagforening.

⁴ Dommen er avsagt med dissens (3-2), men dissensen retter seg til rettsgrunnlaget for avskjedsvedtaket.

⁵ Flertallet i LG-2021-152658.

⁶ Flertallet i LG-2021-152658.

⁷ Saken ble anket til Gulating lagmannsrett men ankesaken ble hevet ved kjennelse 06.12.2022.

⁸ Convention for The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4 November 1950 (trådte i kraft 3 september 1953) (Den europeiske menneskerettskonvensjonen- EMK).

1.2 Nærmere om problemstillingen

Avhandlingen behandler spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers atferd overfor en annen arbeidstaker, når dette skjer i fagforeningssammenheng. Som den videre fremstillingen skal belyse åpner spørsmålet om arbeidsgivers eventuelle kompetanse problematiske rettsspørsmål ikke bare etter norsk lovgivning, men også mot våre internasjonale forpliktelser.

For temaets kontekst må opptreden i fagforening sees på som en spesiell grensesone mellom arbeidstid og fritid. Utgangspunktet er at arbeidstaker har tjenestefri, som er begrunnet i at arbeidstaker skal kunne utøve vervet uten de begrensninger arbeidstaker er underlagt i tjenesten.⁹ Likevel, som de to avgjørelsene presentert innledningsvis belyser, fører fagforeningsvirksomhet arbeidstakere fra samme virksomhet sammen, som gjør at deres atferd overfor hverandre kan virke inn på det psykososiale arbeidsmiljøet. Det er koblingen til arbeidsmiljøet som begrunner hvorfor spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse aktualiseres. Dersom atferden kun hadde virkning i fagforeningen ville fagforeningens egne vedtektsbestemte sanksjoner vært tilstrekkelig. Som den videre redegjørelsen skal belyse kan ikke spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse løses kun ut fra arbeidsgivers plikter, disse pliktene må avveies mot begrensningene som følger av yrings- og organisasjonsfriheten, som belyst i LG-2021-152658 og THOD-2020-94802.

1.3 Terminologi

Oppgaven forutsetter en entydig forståelse av de termene som legges til grunn for at temaet forstås i riktig kontekst. Ettersom disse termene følger avhandlingen fra startpunkt til slutt punkt fremstår det hensiktsmessig å gi en avklaring på disse innledningsvis.

Arbeidstaker og arbeidsgiver følger den alminnelige definisjonen i arbeidstvistloven § 1 a og b.¹⁰ Arbeidstakere omfatter arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven¹¹ og statsansatteloven.¹² Henvisningen til *andre arbeidstakere* viser til en annen arbeidstaker i arbeidsgivers

⁹ Slik som mindretallet i LG-2021-152658.

¹⁰ Lov 27 januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven – arbtvl).

¹¹ Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml).

¹² Lov 16 juni 2017 nr. 68 om staten ansatte (statsansatteloven).

virksomhet, et kollegaforhold. Slik som kapittel 2.4.2 og 2.4.3 skal belyse, vil det kreves en nær tilknytning mellom arbeidstakerne, slik at ikke ethvert kollegaforhold omfattes.

En *fagforening* er en «sammenslutning av arbeidstakere eller arbeidstakeres foreninger» som har til formål å «vareta arbeidstakerens interesser overfor deres arbeidsgivere» jf. arbtvl. § 1c. Deltakelse i fagforening er en rettighet for arbeidstaker, men ikke en plikt. I oppgaven vil samlebetegnelsen *fagforeningssammenheng* brukes om all deltakelse i fagforening.

Problemstillingen behandler arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere *arbeidstakers atferd*. Vurderingen av hvilken atferd som kan begrunne arbeidsgivers sanksjoner beror på et komplekst vurderingstema, ettersom hvilke krav arbeidstaker kan stille til arbeidstakerens atferd vil variere ut fra hvilket område en befinner seg på. I arbeidsforholdet, som kapittel 2.2 belyser, vil styringsretten, lovgivningen, arbeidsavtalen og interne instruksjoner og retningslinjer gi føringer for arbeidsgivers krav til arbeidstaker. Utenfor ordinær arbeidstid vil det avgjørende være hvilke krav arbeidsgiver kan stille krav til arbeidstakeren i medhold av lojalitetsplikten.

Arbeidstakers lojalitetsplikt er en gjensidig «lojalitet- og troskapsplikt» jf. Rt. 1990 s. 607 (Saga Data), og må forstås slik at partenes kontraktsforhold forutsetter et krav om gjensidig tillitt. Utgangspunktet, som skal belyses, er at lojalitetsplikten arbeidstaker har til arbeidsgiver gjelder i ordinær arbeidstid, på arbeidsplassen. Lojalitetsplikten må forstås som en relativ størrelse, og kravene arbeidsgiver kan stille til arbeidstaker beror på arten av arbeidsforholdet.¹³

I LG-2021-152658 ble atferden beskrevet som at arbeidstakeren hadde opptrådt «uønsket, enveis og gjentakene, høylytt og pågående»¹⁴, hvor flere av arbeidstakeren «aldri hadde opplevd noe lignende».¹⁵ Arbeidstakeren hadde lent fremover mot møtedeltakeren og «gestikulert samtidig som han hadde hatt svært høy stemme». Flertallet i LG-2021-152658, konkluderte som tingretten, at arbeidstakerens atferd var «i strid med allment aksepterte normer for atferd». I saken mot arbeidstaker B i THOD 2020-94802 ble arbeidstakeren ilagt en advarsel hvor den påståtte utilbørlige atferden knyttet seg til at arbeidstakeren hadde «

¹³ Se nærmere om lojalitetsplikten i kapittel 2.4.2.

¹⁴ Gjengivelse fra tingrettens dom i THOD-183961 med henvisning til klageorganets vedtak.

¹⁵ Gjengivelse fra tingrettens dom i THOD-193961 med henvisning til klageorganets vedtak.

*hevet stemmen ut over det som er å egne for vanlig engasjement, rope, og skrike, gestikulert på en negativ måte til andre som var tilstede og overdøve andre som kom med utsagt du var uenig i».*¹⁶ Tingretten ga arbeidsgiver medhold i at dette var «utilbørlig».

Atferden utvist i dommene sammenholdt med det generelle innholdet i lojalitetsplikten legger føringen for hvilken atferd arbeidsgiver kan sanksjonere mot. Det må gjelde *negativ atferd mot andre arbeidstakere med negativ innvirkning på arbeidsmiljøet*. Avhandlingen tar ikke sikte på å presisere den nøyaktige grensen på hvilken atferd det kan gripes inn mot, men vil gi ulike eksempler på negativ atferd som vil utgjøre brudd på lojalitetsplikten. Slike handlinger ville i arbeidsforholdet utløst arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljøloven. Rettstilstanden er uklar for hvilken kompetanse arbeidsgiver har til å sanksjonere denne atferden når den skjer i fagforening, og det er dette avhandlingen skal analysere.

For avhandlingen står skillet mellom *arbeidstid og fritid* sentralt. Skillet er definert i aml. § 10-1 a og b som fastlegger at det avgjørende er hvorvidt arbeidstakeren står til «disposisjon» for arbeidsgiver. Arbeidsmiljøloven gjennomfører Arbeidstiddirektivet,¹⁷ og bestemmelsen i aml. § 10-1 forutsettes å være i samsvar med direktivet.¹⁸ EFTA domstolen presisert i E-19/17 (Thue) at fritid regnes som «når arbeidstakerne kan forlate arbeidsmiljøet i hvileperiodene og fritt og uavbrutt beskjeftige seg med egne interesser».¹⁹ Skillet er sentralt fordi arbeidsgivers og arbeidstakers plikter etter arbeidsmiljøloven knytter seg til arbeidstiden. Utgangspunktet er at arbeidstaker råder over sin egen fritid, og at arbeidsgivers kompetanse til å regulere atferden på arbeidstakers fritid er svært begrenset.²⁰ Grensedragningen kan ikke forstås alene ut fra denne definisjonen i fremstillingen, ettersom det problematiske er at atferden skjer på fritiden, men får konsekvenser for ordinær arbeidstid.

Avgjørelsene i LG-2021-152658 og THOD-2020-84902 behandler rettsstillingen etter statsansatteloven. For oppsigelse og avskjed etter statsansatteloven § 20 bokstav d og § 26 bokstav c, som var de relevante bestemmelsene, er vurderingstemaet hvorvidt arbeidstakeren har krenket «*tjenesteplikter*». En tjenesteplikt skal forstås vidt, og vil omfatte brudd på

¹⁶ THOD-2020-94802 i tingrettens fremstilling. Min kursivering.

¹⁷ Direktiv 2003/88EF om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden (Arbeidstidsdirektivet).

¹⁸ Slik som uttalt i HR-2018-1036-A (Reisetid) med henvisning til Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 152.

¹⁹ E-19/16 27 (Thue).

²⁰ Rt. 1959 s. 900 (Sveiser) og Rt.2009 s. 685 (Webredaktør).

lojalitetsplikt og utilbørlig opptreden eller atferd.²¹ Forståelsen av «tjenesteplikt» er strukket lenger en forståelsen av «arbeidstid» i aml. § 10-1. I Rt. 2002 s. 283 (Professor) presiseres innholdet i «tjenesteplikter» for å gjelde på «fast eller midlertidig tjenestested eller under tjenestereise», og i HR-2018-1036 (Reisetid) fikk arbeidsgiver medhold i at reise til og fra annet arbeidssted enn fast arbeidssted var arbeidstid.²² Tjenestereiser brukes som et eksempel på grensesone mellom arbeidstid og fritid, for å problematisere spørsmålene som oppstår tilknyttet til lojalitetsplikten. Eksemplene må leses med begrensning, da arbeidstakerne på tjenestereise står «til disposisjon» for arbeidstaker, og opptreden i fagforening bygger på det motsatte hensyn.²³ Ettersom «tjenesteplikt» etter statsansatteloven omfatter brudd på lojalitetsplikten, kan dette tale for at arbeidsgiver har en noe videre kompetanse til å sanksjonere lojalitetsbrudd etter statsansatteloven, enn etter den ulovfestet lojalitetsplikten for arbeidsmiljøloven.

Innholdet i begrepet *arbeidsgivers styringsrett* henviser til en ulovfestet kompetansenorm som gir rett til å sanksjonere brudd på arbeidsavtalen, og brudd på lojalitetsplikten. Styringsretten som rettsgrunnlag for arbeidsgivers kompetanse behandles i kapittel 2.2.1.

1.4 Presentasjon av rettskildebildet

Problemstillingen har i liten grad vært behandlet i norsk- eller internasjonal rett. Som en konsekvens er det lite relevant rettspraksis, og begrenset med relevant litteratur som besvarer rettsspørsmålene. Temaet befinner seg på et rettsområde hvor norsk rett i stor grad er påvirket av internasjonal rett. Arbeidstakers yrings- og organisasjonsfrihet er vernet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen og i Grunnloven.²⁴ Kravene til arbeidsmiljøet og arbeidsgivers plikter til å ivareta dette er hjemlet i Arbeidsmiljøloven, som gjennomførerkravene fra EU og EØS-retten.

For å løse spørsmålet problemstillingen reiser har det vært nødvendig å bygge på analogislutninger fra andre tilgrensende rettsområder, sammenholdt med overordnede prinsipper og reelle hensyn. Som en følge av det sprikende rettskildebildet, vil oppgaven

²¹ Borgerud, Løwenbourg, Knudsen (2020) Elektronisk lovkommentar til statsansatteloven § 20 pkt. 3.4 (lest 18.11.2022.)

²² Avsnitt 66.

²³ Slik som HR-2018-1036-A avsnitt 66.

²⁴ Lov 17 mai 1814 Kongerikets Norges grunnlov (Grunnloven – Grl.).

drøfte rettskilder og prinsipper i grensesonene mellom arbeidsrett, erstatningsrett og personvernretten. Problemstillingen presenteres gjennom analogislutninger fra disse rettsområdene, hvor overføringsverdien bygges på de overordnede hensynene som kan er felles for områdene.

Det primære rettsgrunnlaget for analysen er Arbeidsmiljøloven. Oppgaven behandler også rettsstillingen etter statsansatteloven. Statsansatteloven er en særregulering for «statsansatte», og suppleres av arbeidsmiljøloven. Statsansatteloven får ikke selvstendig betydning for spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse, men har egne selvstendige oppsigelses- og avskjedsgrunnlag, slik som presentert ovenfor.

1.5 Enkelte metodiske bemerkninger

Avhandlingen gir en fremstilling av gjeldende rett, herunder lov, forarbeider og rettspraksis. For å besvare problemstillingens overordnede spørsmål bygger analysen på analogislutninger for å konstruere de regler som er nødvendig. For å kompensere for den begrensede rettskildemessige vekten analogislutningene gir, tilstrebes det å holde slutningene tett opp mot vurderingstemaene for praksis knyttet til EMK artikkel 10 og 11. Som avhandlingen skal belyse i kapittel 3 og 4 vil analogislutningene trukket fra norsk rett samsvare med de vurderingstema som oppstilles ved inngrep i EMK artikkel 10 og 11, slik vurderingstemaene er oppstilt av EMD. Ettersom arbeidsretten ligger i skjæringen mellom privat- og offentlig rett er det også mindre betenkkelig å trekke analogislutninger på dette området.

Et annet virkemiddel for å løse de rettskildemessige utfordringene er å bygge på de overordnede hensynene som gjør seg gjeldende på tvers av de behandlede rettsområdene. Analogislutningene er i stor grad trukket fra erstatningsrettens arbeidsgiveransvar (slik som i 2.3), som i ytterste konsekvens påfører arbeidsgiver et erstatningsansvar for skade voldt av arbeidstaker på arbeidsplassen. Dette har en nær kobling til arbeidsgivers plikt etter arbeidsmiljøloven, slik at mange av de samme hensynene gjør seg gjeldende.

Ved bruk av rettspraksis fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) nøyer jeg meg til å vise til at EMD, som norske domstoler har sin egen særegne metode.²⁵ Metoden er

²⁵ Se Aall (2022) s. 36-44.

ikke problematisk for avhandlingen. EMDs bruk av skjønnsmargin bør likevel fremheves. Skjønnsmargin er en betegnelse på hvor stort spillerom den enkelte stat har innenfor konvensjonens bestemmelser, og hvor inngående EMD prøver konvensjonsmessigheten av tiltakene til statene.²⁶ EMD tilkjenner vid skjønnsmargin ved overprøvingen av om et inngrep i konvensjonsrettene er forholdsmessig,²⁷ og det krever sterke grunner for å overprøve nasjonale domstolars vurdering av inngrepet.²⁸ For både yrings- og organisasjonsfriheten er staten tilkjent vid skjønnsmargin.²⁹ Den vide skjønnsmarginen kan forstås som en mulig forklaring på hvorfor spørsmålet om inngrep i fagforeningsrettigheter er prøvd i begrenset grad hos EMD.

1.6 Avgrensning

Som en følge av temaets kompleksitet kan oppgaven som en konsekvens av ordgrensen ikke behandles i sin fulle rekkevidde. Oppgavens problemstilling er å vurdere hvorvidt arbeidsgiver har en kompetanse til å sanksjonere atferd i fagforening, og den nærmere rekkevidden av kompetansen vil ikke behandles. Etersom rekkevidden ikke behandles, avgrenses det også til å skille mellom tillitsvalgte fagforeningsmedlemmer og ordinære fagforeningsmedlemmer, slik at den tillitsvalgtes særlige vern mot arbeidsrettslige sanksjoner ikke tas opp.³⁰ Det avgrenses mot saksbehandlingskravene ettersom disse forutsetter at arbeidsgiver har en kompetanse.

Temaet ligger i grensesonen mellom kollektiv- og individuell arbeidsrett. Problemstillingen sentreres rundt de krav som arbeidsgiver i medhold av arbeidsavtalen, styringsretten og lovgivningen kan stille til arbeidstaker. Oppgaven vil ikke behandle de tariffrettslige bestemmelsene om individuelle arbeidsforhold. Oppgaven behandler organisasjonsfriheten som en begrensning for arbeidsgivers kompetanse, og ved behandlingen avgrenses det mot den negative organisasjonsfriheten.³¹

²⁶ Sørensen (2004), s. 1

²⁷ Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) *mot. Norge* (Lo and NTF mot Norge) no. 45487/17 avsnitt 114.

²⁸ *LO and NTF mot Norge* no. 45487/17 avsnitt 115.

²⁹ *Pentikäinen mot Finland* [GC] no. 11882/10 avsnitt 87 og *LO and NTF mot Norge* no. 45487/17 avsnitt 114.

³⁰ Hovedavtalen LO- NHO § 5-11.

³¹ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2022) s. 44.

1.7 Den videre fremstillingen

Den videre fremstillingen vil ta utgangspunkt i rettsspørsmålene slik de ble anført i THOD-202098023. I kapittel 2 skal det gis en redegjørelse for arbeidsgivers plikter til å sikre arbeidsmiljøet i arbeidstiden (2.2), og i ulike grensesoner mellom arbeidstid og fritid (2.3). Formålet med kapittel 2 er å belyse i hvilken grad arbeidsgivers kompetanse i andre grensesoner av arbeidstid og fritid kan begrunne en adgang til å sanksjonere atferd i fagforening. Som et argument for at arbeidsgiver har en slik kompetanse skal vurderes om kunnskap om arbeidstakerens atferd i fagforening vil skjerpe arbeidsgivers aktsomhetsplikt etter Skadeerstatningsloven § 2-1,³² slik at arbeidsgiver må iverksette tiltak for å unngå erstatningsansvar.

Kapittel 3 analyserer arbeidstakers yringsfrihet som en begrensning for arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere opptreden i fagforening. Det skal gjøres rede for i hvilken grad yringsfriheten gjør seg gjeldende i arbeidsforholdet (3.2), og hvordan yringsfriheten kan begrenses av lojalitetsplikten (3.3). Det skal videre gjøres en analyse på rettspraksis hvor arbeidsgiver har fått medhold i å sanksjonere arbeidstakers ytringer utenfor arbeidsforhold (3.4). Avslutningsvis skal det vurderes hvilke særlige hensyn som begrunner en vid yringsfrihet i fagforening, og hvordan disse hensynene påvirker arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere ytringer mellom arbeidstakere i fagforening (3.5).

Avhandlingens kapittel 4 behandler spørsmålet om i hvilken grad organisasjonsfriheten begrenser arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere handlinger mellom arbeidstakerne. Det vil innledningsvis gis en presentasjon av vernet i organisasjonsfriheten (4.2). Det skal videre foretas en avveining av i hvilken grad organisasjonsfriheten utgjør et argument mot at arbeidsgiver skal sanksjonere atferd i fagforening (4.3), avveid mot i hvilken grad hensynet til arbeidsmiljøet tilsier en kompetanse (4.4). Avslutningsvis skal det gis en sammenfatning av de vurderingsmomentene som vil avgjøre spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver i det konkrete tilfellet vil ha en kompetanse til å sanksjonere atferden (5.1).

³² Lov 13 juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven – skl).

2 Generelt om arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers atferd overfor andre arbeidstakere

2.1 Innledende betraktninger

Arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers atferd overfor andre arbeidstakere må forstås ut fra sammenhengen mellom arbeidsgivers styringsrett (2.2.1) de lovfestede pliktene i arbeidsmiljøloven (2.2.2) og arbeidstakers lojalitetsplikt. Den videre fremstillingen skal analysere i hvilken grad rettskildene begrunner at arbeidsgiver har en kompetanse til å sanksjonere atferd utenfor ordinær arbeidstid (2.4). Formålet er å statuere utgangspunktene for arbeidsgivers kompetanse i ulike grensesoner mellom arbeidstid og fritid. Disse utgangspunktene skal brukes til å besvare den overordnede problemstillingen for avhandlingen, spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd i fagforening.

2.2 Rettslige utgangspunkter

2.2.1 Arbeidsgivers styringsrettslige kompetanse

Styringsretten er det rettslige utgangspunktet for arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere brudd på lojalitetsplikten. Rettspraksis har definert styringsretten som en rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet» jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1610.³³ Gjennom styringsretten kan arbeidsgiver sanksjonere arbeidstakers negative atferd overfor andre arbeidstaker gjennom advarsler, oppsigelse, og i ytterste konsekvens, avskjed.

Styringsrettens rekkevidde begrenses av det individuelle arbeidsforholdet, lov, tariffavtaler, alminnelige saklighetsnormer,³⁴ og til kravet om forsvarlig saksbehandling.³⁵ Utgangspunktet er at styringsretten er begrenset til arbeidstakers utføring av «arbeidet»,³⁶ og at inngrep i fritiden krever særskilt grunnlag.³⁷ I den videre drøftelsen skal det vurderes hvilke forhold

³³ Bygger opprinnelig på Andersen (1967) s. 149.

³⁴ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

³⁵ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2022) s. 175-183.

³⁶ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk).

³⁷ Rt 1959 s. 900 (Sveiser) s. 902.

som kan tale for utvidet styringsrett slik at arbeidsgiver har en kompetanse til å sanksjonere arbeidstakerens atferd utenfor ordinær arbeidstid.

2.2.2 Hvilke plikter pålegger arbeidsmiljøloven arbeidsgiver?

Arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse i § 1-1 fastlegger at lovens formål er «å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger (...)». Arbeidsgiver skal sikre et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø jf. aml. § 4-1. Arbeidsgiver plikter å «sørge for» at bestemmelsene i arbeidsmiljøloven overholdes jf. aml. § 2-1. Arbeidsmiljølovens kapittel 4 pålegger arbeidsgiver plikter for å unngå at arbeidstakerne utsettes for fysiske og psykiske belastninger på arbeidsplassen.

Problemstillingen behandler arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd mellom arbeidstakere i fagforening, som typisk vil være trakassering, mobbing og krenkende ytringer slik som i LG-2021-152658 og THOD 2020-94802. Arbeidsgivers plikt til å følge opp trakasserende, mobbende og krenkende ytringer i arbeidsforholdet reguleres av aml. § 4-3 tredje ledd som fastlegger at arbeidstaker ikke skal utsettes for «trakassering eller annen utilbørlig opptreden», og utgjør det sentrale rettsgrunnlaget for videre analyse. Bestemmelsen i § 4-3 fjerde ledd om at arbeidstakere skal «beskyttes mot vold, trusler og uheldige belastninger som følge av kontakt med andre» innebærer at det ikke kun er arbeidsgiverens egne arbeidstakers trakassering den ansatte skal vernes mot, men også trakassering fra andre arbeidstakeren møter gjennom arbeidet.³⁸

Det nærmere innholdet i «trakassering» og «annen utilbørlig atferd» defineres ikke i lovteksten eller i lovforarbeidene. Utgangspunktet er at ordlyden i «trakassering» er en rettslig standard som må tolkes i lys av samfunnsutviklingen.³⁹ I forarbeidene til aml. § 13-1 som gjelder forbud mot diskriminering, presiserer lovgiver at «trakassering» skal forstås som «uønsket atferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.»⁴⁰ I likestillings- og diskrimineringsloven § 13 andre ledd defineres trakassering

³⁸ Eksempelvis kunder som i HR-2020-2476-A.

³⁹ Pedersen, Harald, «Kommentarutgave til arbeidsmiljøloven» til § 4-3, pkt. 3, på Arbeidsrett.no. (lest 28 september 2022).

⁴⁰ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 326.

som «handling, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende». Uavhengig av hvilken definisjon som legges til grunn som retningsgivende er ordlyden ikke begrenset av hva som innebærer «trakassering» da ordlyden i «utilbørlig atferd» kan trekkes lengre. For begge termene er det lagt til grunn at ulike personer med ulike forutsetninger vil ha ulik oppfatning av hva som er trakassering eller mobbing, slik at vurderingen må gjøres konkret.⁴¹

Plikten til å følge opp det psykososiale arbeidsmiljøet er etter § 4-3 lagt innenfor arbeidstiden, ettersom dette er kjernen i partens forpliktelser til hverandre. Som kapittel 2.3 skal belyse er det den nære tilknytningen til arbeidssituasjonen som kan begrunne en skjerpet aktsomhetsplikt for arbeidsgiver ved kunnskap om arbeidstakers atferd på fritiden, for å unngå erstatningsansvar. Arbeidsgiver har også plikt til å «forebygge og søke å hindre» trakassering etter likestillings- og diskrimineringsloven, hvor brudd på plikten kan lede til erstatningsansvar etter skl. § 2-1.⁴²

Arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljøloven må sees sammenholdt med arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten jf. § 2 A-1, og arbeidsgivers aktivitetsplikt når han mottar varsler jf. § 2 A-3. Arbeidsgivers aktivitetsplikt er begrenset til «kritikkverdige forhold i virksomheten», men vil kunne aktualiseres når konflikter oppstår utenfor arbeidsforholdet har skadevirkning som tas med inn i arbeidsforholdet. Oppgaven vil ikke gå nærmere inn på varslingsreglene, men de er et bakteppe for forståelsen av hensynene som begrunner arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd i fagforening ved varsler fra andre arbeidstakere, som behandles i kapittel 4.4.

Til tross for at aml. § 4-3 tredje ledd regulerer plikten til å forhindre trakassering og utilbørlig opptreden, vil den også kunne være retningsgivende som et støtteargument ved vurderingen av om arbeidsgiver som ledd i utføring av plikten kan sanksjonere en arbeidstakers atferd,⁴³ slik som flertallet i LG-2021-152658 belyser. I den videre fremstillingen skal det foretas en analyse av rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett for å overholde plikten etter aml. § 4-3 ved ulike typetilfeller av atferd mellom arbeidstakere utenfor ordinær arbeidstid.

⁴¹ Slik som i LF-2019-16357.

⁴² Bekreftet bla. i LH-2019-135300.

⁴³ Gommerud Våg og Engan, Karnov lovkommentar til § 4-3 tredje ledd (lest 17 november 2022) med henvisning til LA-2009-189015-2.

2.3 Arbeidsgivers risiko for erstatningsansvar

Arbeidsgivers ansvar for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø kan ikke forstås alene ut fra arbeidsmiljøloven, det må også søkes veiledning i ande rettsområders håndtering av tilgrensende interessekonflikt. I dette kapittelet skal det undersøkes om kunnskap om atferd som negativt påvirker arbeidsmiljøet skjerper arbeidsgivers aktsomhetsplikt, og dermed arbeidsgivers risiko for erstatningsansvar.

Det følger av Skadeerstatningslovens § 2-1 at «arbeidsgiver» svarer for skade «som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers «utføring av arbeid eller verv» for arbeidsgiveren, «i det hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten er tilsidesatt». Ordlyden i skl. § 2-1 stiller ikke krav om at arbeidsgiver er å bebreide for «skaden». Dette medfører at arbeidsgiver kan bli ansvarlig tross for manglende kunnskap.⁴⁴ Rettspraksis har motsetningsvis, bekreftet at i tilfeller der arbeidsgiver har kunnskap vil arbeidsgiver ha en handle- og omsorgsplikt, slik at dersom det ikke gripes inn, kan det medføre erstatningsansvar.⁴⁵ Som ledd i å etablere arbeidsgivers kompetanse for å sikre det psykososiale arbeidsmiljøet etter aml.§. 4-3, hvilke skader kan arbeidsgiver risikere å bli erstatningsansvarlig for?

Rettspraksis har bekreftet at psykiske skader som følge av mobbing og trakassering i arbeidsforholdet vil være en «skade» jf. Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket) og Rt. 1997 s. 786 (Falken). Utgangspunktet om arbeidsgivers erstatningsansvar for mobbing og trakassering av andre arbeidstakere etablert i Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket). Høyesterett definerte mobbing som «trakassering, plaging, utfrysning eller sårende erting og fleiping ... som forekommer gjentatte ganger over en viss tidsperiode».⁴⁶ Til tross for at det ikke forelå ansvarsgrunnlag i saken, uttalte Høyesterett at det «innenfor rammen av reglene om skyldansvar»⁴⁷ vil kunne være grunnlag for å holde arbeidsgiver og medarbeidere på arbeidsplassen ansvarlige for mobbing.

⁴⁴ Rt. 1997 s. 786 (Falken) s. 788 sammenholdt med mindretallet s. 793 og LF-2019-163357.

⁴⁵ LF-2019-16357.

⁴⁶ Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket) s. 621.

⁴⁷ Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket) s. 621.

Synspunktet om arbeidsgivers ansvar for mobbing og trakassering ble videreført i Rt. 1997 s. 786 (Falken). Dommen er avsagt med dissens knyttet til ansvarsgrunnlaget. Flertallet påpekte at det er mobbingens nære tilknytning til arbeidssituasjonen som begrunner et objektivt ansvar.⁴⁸ Det blir fremholdt at et objektivt ansvar vil skjerpe arbeidsgivers aktsomhet til å iverksette forebyggende tiltak.⁴⁹ Flertallet i Rt. 1997 s. 786 (Falken) oppsummere vurderingstemaet for når arbeidsgiver kan bli ansvarlig som at «den skadegjørende handling må ha rimelig tilknytning til tjenesten for at arbeidsgiveren skal bli ansvarlig».

Mindretallet var enig i resultatet for den konkrete saken, men var uenig i at mobbing på arbeidsplassen som hovedregel skulle medføre objektivt ansvar for arbeidsgiver. Mindretallet mente det måtte bero på en bredere vurdering av hvorvidt arbeidstakerens handling stod i en «funksjonell sammenheng med utførelsen av arbeidet», og hvor det avgrenses mot personlige overenskomster. Mindretallet var enige i resultatet, men begrunnet det i «sterke rimelighetshensyn» fordi det forelå en nær «funksjonell sammenheng på skadelidtesiden mellom arbeidsforholdet og skaden» som tilsa et objektivt ansvar.

Ansaret etter skl. § 2-1 gjelder etter ordlyden kun ved arbeidstakers «utføring av arbeid». Som et klart utgangspunkt faller dermed «handlinger som arbeidstaker volder borte fra arbeidsstedet i sin fritid» utenfor.⁵⁰ Ansvarets rekkevidde begrenses videre av de krav skadelidte «med rimelighet kan stille til virksomheten», som også taler for at arbeidstakerens handlinger på fritiden faller utenfor. I Rt. 1997 s. 786 (Falken) konstaterte Høyesteretts flertall mobbingens nære tilknytning til arbeidssituasjonen tilsier at skadelidte ved mobbing i arbeidsforholdet ikke går utenfor de krav som er rimelig å regne med, fordi det kan forventes at arbeidsgiver sanksjonerer mobbing.

Høyesterett presiserte også i Rt. 1997 s. 786 (Falken) en avgrensning mot hvilke mobbehandling det kan forventes at arbeidsgiver reagerer mot. Flertallet mente at selv om handlingene som foretas kan være «utiltalende og kritikkverdige», vil mange handlinger ikke innebære erstatningsansvar.⁵¹ Avgrensningen mot det «utiltalende og kritikkverdige» setter en høy terskel, og belyser at mobbing og trakassering må overskride en viss terskel for at arbeidsgiver skal bli erstatningspliktig etter skl. § 2-1.

⁴⁸ Rt. 1997 s. 786 (Falken) s. 792.

⁴⁹ Dommen s. 793.

⁵⁰ NUT 1964:3 Innstilling II s. 20 og Rt. 1962 s. 89.

⁵¹ Dette synspunktet følges opp i Rt. 2004 s. 1844 (Nera).

Den høye terskelen belyses ved Rt. 2004 s. 1844 (Nera) hvor en arbeidstaker ble ufør etter mobbing på arbeidsplassen. Høyesterett fastslo at ettersom arbeidstaker var «en nærtakende person, med stort behov for annerkjennelse», som ikke var «lett å skjønne for andre», ble arbeidsgiver frifunnet for påstanden om trakassering.⁵² Avgjørelsen belyser at det ikke får betydning for arbeidsgivers handleplikt at arbeidstakeren er særskilt sensitiv eller nærtakende. Ser man de to vurderingstemaene samlet, om at atferden må overstige det «utiltalende og kritikkverdige» og det i tillegg ikke skal tas særskilte hensyn til nærtakende og sensitive personer, tilsier dette en høy terskel for de tilfeller arbeidsgiver risikerer erstatningsansvar for. Vurderingstema må også ha overføringsverdi for hvilken atferd som skal godtas i fagforening før det inntrer spørsmål om arbeidsgivers kompetanse.

De to avgrensningene ordlyden i skl.§ 2-1 indikerer dermed at ansvaret ikke kan strekkes utover skade som er oppstått i arbeidsforholdet, og har virkning i arbeidsforholdet. Ordlyden løser imidlertid ikke spørsmålet om arbeidstakers risiko for erstatningsansvar for skade en arbeidstaker har påført en annen arbeidstaker, utenfor arbeidsforholdet, der skadevirkningen tas med inn i arbeidstiden. Det problematiske ved en slik konflikt er at det er en risiko for at skadevirkningen ikke er begrenset til opptreden i fagforeningen, men tas med inn i arbeidsforholdet som følge av kollegaforholdet. Som redegjørelsen i kapittel 2.2 og 2.3 så langt har belyst, er inngangsvilkåret for vurdere om arbeidsgivers ansvar kan strekkes så langt om det har en negativ påvirkning for arbeidsmiljøet.

Situasjonen skissert ovenfor skiller seg fra avgrensningen foretatt i Skadeerstatningslovens forarbeid.⁵³ Forarbeidene avgrenser mot situasjoner hvor handlingen er foretatt på fritiden, og har sin virkning på fritiden. For problemstillingens tilfelle er situasjonen i fagforening annerledes; det gjelder en konflikt oppstått utenfor fagforeningstilfellene, men med virkning som tas inn i arbeidsforholdet. I disse tilfellene er konflikten egnet til å påvirke det arbeidsmiljøet, og vil kunne innebære en driftsrisiko for arbeidstaker ved at arbeidet ikke blir utført med den effektivitet som tilsiktet som følge av sykefravær, sykemeldinger og permisjoner. Arbeidsgiver vil ha flere virkemidler til å sanksjonere atferden som

⁵² Dommen avsnitt 45.

⁵³ NUT 1964: 3 Innstilling II s. 20 og bekreftet i Rt. 1962 s. 89

omplussing, advarsel og i ytterste konsekvens oppsigelse og avskjed.

I lys av argumentasjonen ovenfor er det flere hensyn som trekker i retning av at arbeidsgiver vil ha en skjerpet aktsomhetsplikt til å sette inn tiltak eller sanksjonere atferden i medhold av aml. § 4-3 tredje eller fjerde ledd. Synspunktene vil også begrunne at arbeidsgiver vil kunne ha en lavere terskel for å gripe inn ved atferd i arbeidsforholdet, når det er etablert kunnskap om at arbeidstakeren er utsatt for negativ atferd fra samme arbeidstaker i fagforeningsmøte.

2.4 Arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere brudd på lojalitetsplikten utenfor arbeidstiden

2.4.1 Innledende betraktninger

Som fastslått i kapittel 2.2 gjelder arbeidsgivers styringsrett som utgangspunkt kun i arbeidsforholdet, og ikke i arbeidstakers fritid. Oppgavens problemstilling belyser at arbeidstakers opptreden utenfor ordinær arbeidstid i enkelte situasjoner kan få betydning for arbeidstakerens arbeidsmiljø, slik at spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse aktualiseres. I den videre fremstillingen skal det foretas en analyse av arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd begått på arbeidstakers fritid.

2.4.2 Analyse av handlinger på arbeidstakers fritid som kan utgjøre brudd på lojalitetsplikten

Som presisert i kapittel 2.1 er arbeidstakers fritid arbeidsgivers uvedkommende,⁵⁴ som medfører at det kreves «særlig strenge krav» for å sanksjonere arbeidstakers handlinger utenfor ordinær arbeidstid.⁵⁵ Brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold foreligger først når arbeidstakers handling har en så nær tilknytning til arbeidsforholdet at det medfører risiko for skade på arbeidsgivers interesser.⁵⁶

Spørsmålet om lojalitetspliktens rekkevidde ble problematisert i Rt. 2002 s. 273 (Professor)

⁵⁴ Rt. 1959 s. 900, s. 901.

⁵⁵ Slik som i Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør).

⁵⁶ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 102 og som fastlagt i Rt. 1959 s. 900 side 902.

hvor arbeidsgiver fikk medhold i avskjed av en professor som både i undervisningssammenheng, også på tjenestereiser, hadde trakassert kvinnelige studenter og kolleger. Det ble lagt til grunn at professorens tjenesteplikter strakk videre enn kun i arbeidssituasjonen på arbeidsstedet, som presisert i 1.3. Høyesterett uttalte at en arbeidsgiver må kunne kreve at arbeidstaker opptrer i tråd med «allment aksepterte normer for atferd på fast eller midlertidig tjenestested eller under tjenestereise».⁵⁷ Avgjørelsens resultat må leses med begrensning om at professoren for alle tilfellene av trakassering var i tjeneste for arbeidsgiver. Dette skiller seg fra opptreden i fagforening, men avgjørelsen fastlegger at arbeidsgiver kan stille krav til arbeidstakers opptreden utover den ordinære arbeidssituasjonen når atferden får virkning for arbeidstiden.

Rettspraksis belyser flere tilfeller hvor spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers lojalitetsbrudd på fritiden har vært behandlet. Arbeidsgiver fikk medhold i brudd på at arbeidstakeren hadde brutt lojalitetsplikten i Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant). Saken gjaldt en tollaspirant som ble sagt opp fra sin stilling på grunn av promillekjøring i prøvetiden. Arbeidsgiver fikk medhold i at arbeidstakeren brutt lojalitetsplikten. Til sammenligning, fikk arbeidsgiveren ikke medhold i påstanden om at lojalitetsplikten var brutt i Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør). Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av oppsigelse av en arbeidstaker dømt for seksuallovbrudd. Oppsigelsen ble kjent ugyldig ettersom oppsigelsen knyttet seg til et påstått tillitsbrudd for en stilling arbeidstakeren ikke lenger hadde.⁵⁸ Det ble likevel uavhengig av at han ikke lenger hadde stillingen, uttalt at arbeidsgiveren ikke hadde opptrådt illojalt ettersom arbeidsgiver hadde blitt løpende oppdatert om saksgangen, og dermed fått en handleplikt til å skaffe seg informasjon.⁵⁹

De to dommene konstaterer at arbeidsgiver har en adgang til å påberope seg brudd på lojalitetsplikten selv om dette skjer utenfor den ordinære arbeidssituasjonen. Dommene bekrefter at den sentrale vurderingstemaet er om handlingen bryter med de tillitskrav arbeidsgiver har til arbeidstakeren. Kravet om at den atferden må virke inn på virksomheten forklarer ulikheten i resultatene i avgjørelsene i Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør) og Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant). I Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør) ville arbeidsgiver ikke fått medhold fordi arbeidstakeren hadde lagt til rette for arbeidsgivers kunnskap, slik at det ikke forelå

⁵⁷ Synspunktet er fulgt opp i TOSLO-2018-78174, se omtale i kapittel 3.4.

⁵⁸ Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør) avsnitt 62.

⁵⁹ Avsnitt 54 og 75.

lojalitetsbrudd. Motsatt, fikk arbeidsgiver medhold i Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant) fordi atferden stred med forventningene arbeidsgiver stille til arbeidstakeren var brutt.

2.4.3 Analyse av typetilfeller av brudd på lojalitetsplikten i grensesoner mellom arbeidstid og fritid

Kapittel 2.3.2 presenterte utgangspunktet om at arbeidsgiver har en kompetanse til å sanksjonere negativ atferd på arbeidstakers fritid når atferden påvirker arbeidstakerens psykososiale arbeidsmiljø. I den videre fremstillingen skal det gjøres en analyse av ulike grensesoner mellom arbeidstid og fritid hvor arbeidsgiver har fått medhold i å sanksjonere arbeidstakers atferd overfor andre arbeidstakere.

I LA-2004- 8128 fikk arbeidsgiver medhold i oppsigelse av en arbeidstaker som på firmaets parkeringsplass hadde opptrådt trakasserende overfor en medarbeider. Arbeidstakeren hadde vist finger og rukkete tunge ved den verbale trakasseringen, i tillegg til at arbeidstakeren før og etter hendelsen hadde ringt og sendt tekstmeldinger til medarbeideren.⁶⁰ Lagmannsretten la avgjørende vekt på at trakasseringen skjedde i «åpenbar tilknytning til arbeidet», og en situasjon hvor arbeidsgivere måtte kunne forvente at arbeidsgiveren sikret at de unngikk å bli trakassert. Lagmannsretten konstaterte arbeidstakers lojalitetsplikt i arbeidsforholdet «innebærer plikt til å opptre anstendig overfor medansatte», selv utenfor arbeidstiden. Ettersom atferden var egnet til å skade samarbeidsforholdene i bedriften fikk arbeidsgiver medhold i oppsigelse av arbeidstakeren.

Et tilsvarende grensetilfelle mellom arbeidstid og fritid hvor arbeidsgiver fikk medhold i oppsigelse av arbeidstaker som følge av brudd på lojalitetsplikten er 20-072223TVI-JARE. Saken gjaldt en taxisjåfør, som gjentatt hadde trakassert en kvinnelig ansatt på bensinstasjonen han spiste lunsj ved. Arbeidsgiver fikk medhold i at arbeidstakeren hadde brutt med de krav og normer som kunne stilles til en taxisjåfør. Det ble lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren ble oppfattet som en representant for arbeidsgiver da han var kledd arbeidsuniform og kjørte arbeidsbil. I tillegg til at han ble oppfattet som en representant for arbeidsgiver, bygget oppsigelsesvedtaket på flere grunnlag, slik at avgjørelsens overføringsverdi må sees i lys av dette. Avgjørelsen bekrefter likevel at arbeidsgiver må

⁶⁰ Avskjeden ble kjent ugyldig men ble opprettholdt som oppsigelse.

kunne stille krav til arbeidstakerens opptreden utenfor arbeidssituasjonen for å unngå at arbeidsgivers interesser blir skadelidte.

Rettspraksis bekrefter også at arbeidsgiver har fått medhold i å sanksjonere arbeidstakers negative atferd overfor andre arbeidstakere på arrangementer i regi av arbeidstaker. Felles for disse tilfellene, som i fagforening, er at arbeidstakeren har tjenestefri, men opptrer sammen med kolleger. I avgjørelsen LA-2009-189015-2 ble en arbeidstaker avskjediget som følge av seksuelt krenkende opptreden overfor en nyansatt kvinne på julebord. Lagmannsretten uttaler at julebordet var «et jobbrelatert sosialt arrangement, hvor arbeidsgiveren har rett til å stille krav til de ansattes atferd.» Lagmannsretten fremhevet vernet mot trakassering av andre arbeidstakere etter aml. § 4-3 har et praktisk anvendelsesområde ved disse tilfellene, og dette forstås som en henvisning til at arbeidsgiver har et behov for å korrigere atferd som kan skade arbeidsmiljøet.

Dersom vi ser tilbake på de to avgjørelsene introdusert innledningsvis, i THOD-2020-94802 og LG-2021-152658⁶¹ var både lagmannsretten og tingretten var enig i at atferden stred med arbeidstakernes «tjenesteplikter». For begge instanser var det springende punkt om hvorvidt opptreden i fagforening var i «tjeneste», slik at arbeidsgiver kunne sanksjonere atferden i arbeidstakerens tjenestefri. Flertallet i LG-2021-162658 la vekt på at ettersom arbeidstakerne i fagforening opptrer sammen med kolleger må det kunne kreves at arbeidstakeren overholder «allment aksepterte normer». Flertallet i THOD-2020-94802 påpekte at til tross for at arbeidsgivers primære forpliktelse er å sanksjonere arbeidstakerens atferd mot kolleger på arbeidsplassen i arbeidstiden, kan ikke dette gjelde unntaksfritt. Flertallet uttaler: «Hvis arbeidsgiver skulle være avskåret fra å følge opp enhver hendelse som ikke formelt kan knyttes til tjenesten i snever forstand ville arbeidsgiver måtte la kritikkverdige forhold ligge inntil det inntreffer kritikkverdige hendelser i tjenesten». Det vises videre til at dersom dette er utgangspunktet, risikerer arbeidsgiver at det inntre «uholdbare» konsekvenser for det psykososiale arbeidsmiljøet.

Flertallet i THOD-2020-92802 sa seg dermed ikke uenig i at arbeidstakeren var utenfor sin tjeneste, men viste til at ettersom det forelå en så nær tilknytning til andre kolleger, måtte det kunne reageres mot atferd som fikk konsekvenser for arbeidsmiljøet. Flertallet kan forstås

⁶¹ Se omtale av dommene i både i 1.1, 1.2 og 1.3.

som at det kan gjøres gjeldende en preventiv handleplikt også for de tilfeller hvor arbeidsgiver er klar over en konflikt mellom arbeidstakerne, men som enda ikke har berørt arbeidsforholdet. Dersom premissene fra THOD-2020-94802 sees sammenholdt med betraktningene om arbeidsgivers aktsomhetsplikt i kapittel 2.3 taler disse samlet i retning av at arbeidsgiver må ha en kompetanse til å gripe inn, for å forhindre at belastningene fra arbeidstakers atferd blir for store for arbeidsmiljøet.

2.5 Oppsummerende betraktninger om arbeidsgivers kompetanse

Fremstillingen har belyst at arbeidsgiver har fått medhold i å sanksjonere brudd på lojalitetsplikten, utenfor ordinær arbeidstid. Som belyst er det det avgjørende vurderingstemaet for at arbeidsgiver har kompetanse til å sanksjonere atferd mellom arbeidstakere utenfor ordinær arbeidssituasjon, at atferden må ha fått ha virket inn på de arbeidstakernes arbeidsmiljø. Som de ulike grensetilfellene viser vil dette typisk være ubehag mot å samhandle med arbeidstakeren i arbeidssituasjonen i etterkant. Sammenfatningsvis, belyser eksemplene fra rettspraksis at i de tilfeller arbeidstakeren utviser ulik form for negativ atferd overfor andre arbeidstakere, vil stedet atferden er fremsatt spille mindre rolle.

De grensetilfellene som er presentert ovenfor må imidlertid sees med sin begrensning, som presisert innledningsvis. Bakgrunnen for at arbeidsgiver i flere av disse tilfellene har fått medhold i at lojalitetsplikten er brutt, er den nære tilknytning situasjonen har hatt til kollegene, arbeidsstedet og at arbeidsgiver i enkelte av tilfellene har kunne ansett arbeidstakeren for å stå «til disposisjon». Dette er hensyn som, slik kapittel 4 skal belyse, står svakere i fagforening. Dette tilsier at til tross for at de ulike grensesone har overføringsverdi, må terskelen for opptreden i fagforening vurderes konkret ut fra de hensyn som begrunner arbeidstakerens deltakelse. Analysen så langt behandlet arbeidsgivers kompetanse ut fra styringsretten med de krav arbeidsmiljøloven og risikoen for et erstatningsansvar, begrunner. I den videre fremstillingen skal det foretas en analyse av hvilke begrensninger arbeidstakernes ytringsfrihet setter for arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd i fagforening.

3 I hvilken grad begrenser ytringsfriheten arbeidsgivers styringsrettslige kompetanse?

3.1 Innledende betraktninger

Meningsutveksling i fagforening er underlagt ytringsfriheten. Dette medfører at sanksjoner fra arbeidsgiver overfor arbeidstakers ytringer i fagforening kan innebære et inngrep i arbeidstakers ytringsfrihet.⁶² Som en konsekvens av disse utgangspunktene skal fremstillingen i kapittel 3 vurdere i hvilken grad ytringsfriheten utgjør en begrensning for arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd i fagforening. Arbeidstakers ytringsfrihet både i arbeidsforhold og i fagforeningsforhold er sentralt for at arbeidstakeren skal kunne fremme sine interesser og rettigheter i arbeidsforhold.⁶³ Det er derfor lagt til grunn at arbeidstakeren skal ha en vid adgang til å ytre seg kritisk om virksomheten.⁶⁴

Det skal redegjøres for utgangspunkter om arbeidstakerens ytringsfrihet (3.2), dernest skal det vurderes i hvilken grad lojalitetsplikten kan fungere som begrensning(3.3). Det skal videre i kapittel 3.4 foretas en analyse av arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere ytringer utenfor den ordinære arbeidstiden, og avslutningsvis analyseres hvilke hensyn som begrunner en vid ytringsfrihet i fagforening (3.5).

3.2 Arbeidstakers vern av ytringsfriheten etter Grunnloven og EMK

Ytringsfriheten beskyttes etter norsk rett av Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10. Ytringsfriheten er også undergitt vern etter den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 19,⁶⁵ men denne gir ikke noe ytterligere vern enn Grunnloven og EMK, og den videre behandlingen konsentreres til disse. Både SP og EMK er gjort til norsk lov ved menneskerettsloven § 2.⁶⁶

⁶² *Kula mot Tyrkia*, no. 20233/06 avsnitt 38-40.

⁶³ Slik som *Straume mot Latvia* no. 59204/14 avsnitt 92.

⁶⁴ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 103 og 109.

⁶⁵ International Covenant on Civil and Political Rights 16 Desember 1966 (trådte i kraft 3 januar 1976) (FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter-SP).

⁶⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven- mrl.).

Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 fastlegger at alle skal sikres ytringsfrihet.

Arbeidsmiljøloven har ikke en egen bestemmelse som fastlegger arbeidstakers ytringsfrihet, men «et godt ytringsklima» er et av formålene bak loven. jf. aml.§ 1c. Forarbeidene fastlegger også at arbeidstakere har tilsvarende ytringsvern,⁶⁷ og dette er bekreftet i rettspraksis både for EMK og Grunnlovens vedkommende.⁶⁸

Både Grunnloven og EMK krever at inngrep i ytringsfriheten har hjemmel i lov, og er tilstrekkelig begrunnet. Adgangen til inngrep etter EMK artikkel 10 samsvarer med inngrepsvilkårene for EMK artikkel 11,⁶⁹ og vilkårene vil derfor kort redegjøres for i tilknytning til EMK artikkel 10. Det følger av EMK artikkel 10 nr. 2 at arbeidstakerens ytringsfrihet kan begrenses dersom inngrepet har hjemmel i lov, inngrepet skjer for å oppfylle et av de nevnte formålene i konvensjonsteksten, og inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. De hensyn som kan begrunne inngrep etter EMK artikkel 8-11 er hensynet til «den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlig trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet».

Lovskravet i EMK er videre enn for norsk rett, som medfører at også ulovfestet kan oppfylle kravet.⁷⁰ Det er bekreftet at lojalitetsplikten i arbeidsforhold oppfylder kravet til hjemmel i nasjonal rett, dette behandles nærmere i kapittel 3.3.⁷¹ I vurderingen av om inngrepet er nødvendig er det fastlagt at inngrepet må utgjøre et pressende samfunnsmessig behov⁷², i tillegg til at statene må bevise at grunnene for tiltaket er relevante og tilstrekkelige for den enkelte sak.⁷³ I norsk rett viser Grunnloven § 100 andre og tredje ledd at inngrep kan gjøres når «det kan forsvares mot sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse». Det er presisert at inngrep adgangen til inngrep i Grunnlovens § 100 skal vurderes i lys av EMK artikkel 10 nr. 2 slik at det i praksis vil bli en samsvarende fortolkning.⁷⁴

⁶⁷ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100

⁶⁸ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100, *Herbai mot Ungarn* no.11608/15 avsnitt 36 og AR-2019-28 avsnitt 47.

⁶⁹ Som behandles i kapittel 4.2.

⁷⁰ Aall (2022) s. 138-139.

⁷¹ Wessel-Aas mfl. (2021) s. 5 med henvisning til St. meld nr. 26 (2003-2004) s. 108 og *Gawlik mot Liechtenstein* no. 23922/19 avsnitt 65.

⁷² *Sunday Times mot Storbritannia* [P] no. 6538/74 avsnitt 59.

⁷³ *Peck mot Storbritannia* no. 44647/98 avsnitt 76.

⁷⁴ Slik som Dok. nr. 16 (2011-2012) pkt. 28.2 og NOU 2019: 10 pkt. 4.4.2.1 s, 45-46.

EMD har uttalt at ved vurderingen av om det foreligger inngrep må sanksjonen være «essentially related to» arbeidstakerens ytringer for at det skal anses som et inngrep på arbeidstakerens ytringsfrihet.⁷⁵ Dette vurderingstemaet ble fulgt opp i norsk rett ved LB-2010-69877 (Historieprofessor)⁷⁶ hvor lagmannsretten viste til at dersom arbeidstakerens ytringer knytter seg til utføringen av tjenestepliktene, vil dette ikke vernes av EMK artikkel 10. Lagmannsretten fremholder at ytringer som er negative for arbeidsmiljøet vil være underlagt artikkel 10, men at de negative konsekvensene kan begrunne inngrep og arbeidsrettslige sanksjoner.

Det er videre fremholdt i EMDs praksis at vurderingstemaet er om sanksjonen medfører «chilling effect», slik at sanksjonen i praksis begrenser arbeidstakers ytringsfrihet.⁷⁷ Dette vurderingstemaet er viktig for avhandlingens problemstilling når arbeidsgivers kompetanse vurderes. Dersom en sanksjonen har en «chilling effect» på fremtidige ytringer i fagforening vil det utgjøre en innskrenking i fagforeningsretten.⁷⁸ Saken *Kula mot Tyrkia*, gjaldt en professor som deltok på en konferanse som ikke var godtatt at hans overordnede. Arbeidsgiver sanksjonerte tillitsbruddet med lønnsreduksjon. EMD presiserte at til tross for at lønnsreduksjonen ikke var en tyngende sanksjon, var det et inngrep i ytringsfriheten da det kunne ha en nedkjølende effekt på hans ønske om å i fremtiden ytre seg offentlig.

Den videre fremstillingen skal belyse i hvilken grad arbeidstakers lojalitetsplikt kan begrunne inngrep i ytringsfriheten i ordinær arbeidstid (3.3), og utenfor arbeidstiden (3.4).

⁷⁵ *Baka mot Ungarn* [GC] no. 20261/12 avsnitt 142.

⁷⁶ Anke nektet fremmet i beslutning i Rt.2011-1011-U (Historieprofessor II), som omtales nedenfor i 3.3.

⁷⁷ *Kula mot Tyrkia* no.20233/06 avsnitt 39.

⁷⁸ Se videre om spørsmålet knyttet til betydningen for foreningsretten i kapitel 4.3.

3.3 Lojalitetsplikten som skranke for arbeidstakers ytringsfrihet i arbeidsforholdet

Som fastlagt i kapittel 2.2 og 2.4 er det kravet på gjensidig lojalitet som begrunner at arbeidsgiver kan stille krav til arbeidstakerens atferd, også i enkelte tilfeller utenfor den ordinære arbeidstiden. Lojalitetsplikten innebærer at arbeidstaker i enkelte tilfeller må avstå fra handlinger og ytringer som kan skade arbeidsgivers interesser.⁷⁹

Utgangspunktet er at arbeidsgiver skal tilrettelegge for et ytringsklima som gir vide rammer for kritikk av virksomheten.⁸⁰ Det er kun når ytringene medfører skade, eller en risiko for skade på arbeidsgivers interesser, ytringene kan anses som illojale.⁸¹ Terskelen for hva som skader arbeidsgivers interesser er dermed høy, slik at kritiske ytringer muliggjøres.⁸² EMD har formulert dette som at det er en høyere terskel for å gripe inn i ytringer som er av «general interest».⁸³ Det må likevel skilles mellom ytringer som utgjør misnøye og saklig kritikk, sammenlignet mot uakseptable, negative ytringer.⁸⁴ Uakseptable ytringer vil som presisert i kapittel 2.2 være ytringer som oppfattes som mobbing, trakassering og annen utilbørlig atferd⁸⁵, som har negativ innvirkning på arbeidsmiljøet.⁸⁶

Bakgrunnen for at lojalitetsplikten kan begrunne en begrensning i arbeidstakers ytringsfrihet kan ikke alene begrunnes utfra tillitsforholdet mellom partene, det må også forstås ut fra identifikasjonshensynet.⁸⁷ EMD har uttrykt lojalitetsplikten i arbeidsforhold som at “employees owe to their employer a duty of loyalty, reserve and discretion».⁸⁸ Det er bekreftet i EMDs praksis at til tross for at lojalitetsplikten ikke er absolutt, vil den kunne medføre at ytringer

⁷⁹ St. meld. nr.26 (2003-2004) s.102.

⁸⁰ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 110 og formålsbestemmelsen i aml. § 1 c.

⁸¹ St. meld nr. 26 (2003-2004) s.110.

⁸² Slik som RG-2002-780.

⁸³ *Palomo Sánchez mot Spania* [GC] no. 29955/06, no. 28957/06, no. 28964/06 avsnitt 72.

⁸⁴ *Palomo Sánchez mot Spania* [GC] no. 29955/06, no. 28957/06, no. 28964/06 avsnitt 73 med videre henvisninger.

⁸⁵ Slik som Rt. 2003 s. 1614 (Telenor).

⁸⁶ Slik som redegjort for i kapittel 2.2.

⁸⁷ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 102.

⁸⁸ *Kudeshkina mot Russland* no. 29492/05 avsnitt 85.

som i andre relasjoner ville vært legitime, kan være uakseptable i det konkrete arbeidsforholdet.⁸⁹

Ved vurderingen av i hvilken grad lojalitetsplikten kan begrunne inngrep i ytringsfriheten, må utgangspunktet være at ytringsfriheten er en menneskerettighet, mens arbeidstakerens krav på lojalitet er en ulovfestet norm.⁹⁰ Med dette utgangspunktet kan dermed hensynet til ytringsfriheten medføre at arbeidstakerens ytring har vern til tross for at arbeidsgivers interesser blir skadelidt.⁹¹ Ettersom lojalitetsplikten har en relativ størrelse, må adgangen til å gjøre inngrep vurderes opp mot arbeidsgivers forventninger i det konkrete arbeidsforholdet.⁹² Det må gjøres en konkret avveining, men praksis fra Grunnloven § 101 og EMK artikkel 10 kan gi noe veiledning.⁹³ Det sentrale vurderingskriteriet for denne avhandlingen er skadepotensialet for arbeidsgiver, konkret i hvilken grad ytringene får konsekvenser for andre arbeidstakere.⁹⁴

Et eksempel på avveiningen som må foretas mellom arbeidstakers ytringsfrihet, og arbeidsgivers plikter til å sikre arbeidsmiljøet er belyst i Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2011-s.1011-U (Historieprofessor II).⁹⁵ Arbeidsgiver medhold i avskjed av en professor som på arbeidsplassen gjentatt hadde fremsatt krenkende, nedsettende og usaklige beskyldninger mot kolleger. Den ansattes atferd knyttet seg til et «langvarig mønster» og «langvarige og hyppige krenkelser»,⁹⁶ og utfallet må vurderes i lys av dette. Ankeutvalget uttalte at til tross for at ytringsfriheten gir «svært vide rammer» for hva en vitenskapelig ansatt kan si om faglige og administrative spørsmål kan ytringsfriheten ikke gjelde ubegrenset, og arbeidstakeren må også ta hensyn til arbeidsmiljøet.

⁸⁹ Slik som *Palomo Sánchez mot Spania [GC]* no. 29955/06, no. 28957/06, no. 28964/06 avsnitt 76 og *Herbai mot Ungarn* no. 11608/15 avsnitt 43.

⁹⁰ AR-2019-28 (Equinor) avsnitt 51.

⁹¹ AR-2019-28 avsnitt 51.

⁹² St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 108.

⁹³ For en nærmere behandling av momenter som påvirker arbeidsgivers avvenning ytringsfriheten og lojalitetsplikt se St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 107-113, og Wessel Aas mfl. (2021) s. 19-25.

⁹⁴ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100.

⁹⁵ Ankenektelse av LB-2010-69877 (Historieprofessor).

⁹⁶ Rt. 2011 s. 1011-U (Historieprofessor II) avsnitt 3.

3.4 Lojalitetsplikten som grunnlag for arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere ytringer på arbeidstakers fritid

Som belyst i kapittel 2.1 er det rettslige utgangspunktet i arbeidsforholdet at inngrep i arbeidstakers fritid krever særskilt grunnlag,⁹⁷ og at lojalitetsplikten kan være et slikt grunnlag. Fremstillingen videre skal ta utgangspunkt i ytringer fremsatt på arbeidstakers fritid, men som etter sitt innhold oppleves ubehagelige for andre arbeidstakere, slik at arbeidsgivers ansvar for det psykososiale arbeidsmiljøet aktualiseres.

Avgjørelsen i Rt. 1979 s. 770 (Oslo Sporveier) gjaldt gyldigheten av avskjed av to ansatte i Oslo Sporveier som hadde deltatt i et direktesendt TV-program om ekstreme politiske organisasjoner. De hadde i programmet gitt uttrykk for at de var en del av en landsomfattende organisasjon hvor medlemmene både var i besittelse av våpen, og forberedte seg på våpenbruk. De ansatte opplyste om at de i sitt arbeid på Sporveien holdt øynene åpne for folk med en annen politisk oppfatning. De andre ansatte⁹⁸ og ledelsen i Sporveien reagerte sterkt på ytringene, og følte seg truet.⁹⁹ Høyesterett ga arbeidsgiver medhold i avskjeden. Høyesterett fastlegger utgangspunktet om at arbeidsgiver ikke har adgang til å kreve en arbeidstaker fjernet som følge av sine «ekstreme, uforståelige, rystende eller frastøtende politiske meninger fremsatt på fritiden».

Det ble i avgjørelsen lagt avgjørende vekt på at ytringene var «ytterst klanderverdige handlinger overfor samfunnet som helhet og kolleger».¹⁰⁰ Dette belyser to sentrale poeng. Det er ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver personlig opplever misnøye eller uenighet med ytringen, det kreves en innvirkning på de ansattes arbeidsmiljø. Dommens rettskildevekt må modereres ut fra at Høyesterett ikke avgjorde spørsmålet om oppsigelse ut fra hvorvidt uttalelsen ville medføre at det ble umulige samarbeidsforhold mellom arbeidskollegaene, slik at det forelå skade på arbeidsgivers interesser.¹⁰¹ Dommen bekrefter imidlertid at i de tilfeller arbeidstakerens ytringer vekker sterke reaksjoner hos andre arbeidstakere og oppfattes som

⁹⁷ Rt. 1959 s. 900 (Sveiser).

⁹⁸ Eggen (2004), se nærmere nedenfor, synes å tolke dommen som at den bare berører arbeidsgiver.

⁹⁹ Dommen s. 774.

¹⁰⁰ Dommen s. 784.

¹⁰¹ Eggen (2004) kritiserer dommen på dette grunnlag, men mener resultatet kunne blitt det samme med den begrunnelse.

truende, må arbeidsgiver ha kompetanse til å sanksjonere lojalitetsbruddet for å verne andre arbeidstakere.

Et annet praktisk typetilfelle hvor spørsmålet arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers ytringer kommer opp, er ved ytringer knyttet til rasisme og rasespørsmål. Avgjørelsen i Rt. 1982 s. 1729 (Lektor) gjaldt en lektor som hadde fremsatt ytringer om personlige oppfatninger om rasespørsmål og jødeforfølgelse. Ytringene var fremsatt både i undervisning, men også delvis i offentlighet. Høyesterett fastla at ytringene i undervisningen brøt med de krav til omdømme og tillit som ble stilt for en lektor, og at det dermed forelå tilstrekkelig skade på arbeidsgivers interesser til at avskjeden kunne opprettholdes.¹⁰² Det ble vektlagt at lektoren tidligere hadde fått advarsel for tilsvarende overtredelser, og spørsmålet om ytringene alene kunne begrunnet avskjed ble ikke kommentert. Høyesterett presiserer i dommen at de heller ikke tok stilling til om lektorens uttalelser offentlig var tilstrekkelig avskjedsgrunn. Dommen er dermed ikke noe prejudikat for at arbeidsgiver kan sanksjonere mot utilbørlige ytringer som ikke skader arbeidsgivers interesser.¹⁰³

Felles for de to sakene i Rt. 1979 s. 770 (Oslo Sporveier) og Rt. 1982 s.1279 (Lektor) er at arbeidsgiver i begge sakene fikk medhold i å sanksjonere ytringer som nærmet seg grensen for det straffbare, og som ble opplevd ubehagelig og krenkende for arbeidsgiver.¹⁰⁴ Ytringene i Rt. 1979 s. 779 (Oslo Sporveier) og de offentlige ytringene i Rt. 1982 s. 1729 (Lektor) var ikke rettet direkte mot arbeidsgivers interesser, og det er dermed mer usikkert om dommene ville fått samme utfall i dag, med tanke på det økte fokuset på arbeidstakers ytringsfrihet utenfor ansettelsesforholdet.¹⁰⁵ Synspunktene ovenfor har likevel overføringsverdi til fagforeningstilfellene; det må påvises skade for arbeidsmiljøet, og arbeidsgivers egen oppfatning er ikke tilstrekkelig.

Avgjørelsen i TOSLO-2018-78174 følger opp utgangspunktet fra Rt. 2002 s. 273 (Professor) om at arbeidstakers «tjenesteplikter» rekker lenger enn kun innenfor den ordinære arbeidstiden på arbeidsteden. Arbeidsgiver fikk i saken medhold i avskjed av en professor som ved flere tilfeller hadde fremsatt krenkende ytringer mot kolleger i beruset tilstand på tjenestereiser, og i tillegg opptrådt krenkende på sosiale medier. Flere av ytringene mot

¹⁰² Dommen s. 1759.

¹⁰³ Eggen (2004) under pkt.2.

¹⁰⁴ Se kritikk av dommene på dette pkt i Eggen (2004) under pkt. 2.

¹⁰⁵ Slik som St.meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100-104.

kollegene var krenkende ytringer om rasespørsmål, private forhold og kollegenes arbeid. Tingretten vurderte ytringene som «sleivete og preget av alkoholinntak», og de ble ikke ansett for å være egnet til å fremme en saklig debatt. Dommen må forstås ut fra at ytringene er fremsatt i en situasjon hvor arbeidstakeren fremdeles er «i disposisjon» for arbeidsgiver, slik at arbeidsgivers forventninger til fremtiden vil stå sterkere enn i fagforeningene.¹⁰⁶ Dommens resultat må også forstås ut fra at arbeidstakeren hadde en lang historikk med tilsvarende atferd, og at det gjaldt flere tilfeller.

Rettspraksis har også vist at arbeidsgiver kan ha en plikt til å gripe inn på vegne av andre. I saken i LH-2016-164451 fikk arbeidsgiver medhold i oppsigelse av en lærer som følge av ytringer fremsatt i hans rolle som politiker. Arbeidsgiveren mente at arbeidstakerens gjentatte ytringer om to lokalpolitikere, når han samtidig var lærer for deres barn, streid med hans lojalitetsplikt. Fylkesmannen fastla at læreren ikke kunne undervise politikerens barn, fordi det brøt med plikten til å sikre et godt psykososialt miljø for barna. Avgjørelsens overføringsverdi må modereres ut fra at ytringene kun utgjorde deler av oppsigelsesvedtaket, og at vedtaket også bygget på brudd på taushetsplikt og manglende arbeidstakerkompetanse. Likevel, belyser avgjørelsen at arbeidsgiver kan gripe inn på vegne av andre, og vurderingstemaet har overføringsverdi til konflikter i fagforening, hvor spørsmålet om arbeidsgiver ansvar for andre arbeidstakere aktualiseres. Avgjørelsen belyser også at arbeidstakerens politiske ytringer kan begrenses når disse utfordrer det psykososiale arbeidsmiljøet.¹⁰⁷ Sistnevnte vurderingstema har også overføringsverdi til fagforeningstilfellene. Til tross for at formålet med fagforeningsdeltakelse er vid ytringsfrihet for å fremme egne interesser, må den vide ytringsfriheten i visse tilfeller kunne avveies mot arbeidsgivers ansvar for ivaretagelse av det psykososiale arbeidsmiljøet.

Fellestrekkene for typetilfellene nevnt i kapittelet er at de gjelder offentlige ansatte. Til tross for at arbeidsgiver har fått medhold i at lojalitetsplikten begrenser arbeidstakerens ytringsfrihet, er terskelen satt høyt, og det er ikke bare ytringens innhold alene som har vært vurderingstema. Ytringsfrihetens vern er tilsvarende for private og offentlige ansatte, men Grunnlovens forarbeider indikerer at offentlig ansatte må tåle større begrensninger i ytringsfriheten.¹⁰⁸ Forarbeidene fremholder at det følger en særskilt lojalitetsplikt for

¹⁰⁶ Slik som i HR-2018-1036 avsnitt 57-59 med videre henvisninger.

¹⁰⁷ Slik som Wessel-Aas mfl. (2021) s. 17.

¹⁰⁸ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100.

offentlige ansatte ettersom de arbeider for organisasjoner som i større grad krever demokratisk legitimitet.¹⁰⁹

De ovennevnte dommene belyser likevel at tross den høye terskelen for å gjøre inngrep i arbeidstakerens ytringsfrihet har arbeidsgiver fått medhold i dette for enkelte tilfeller. Rettspraksis bekrefter at det sentrale vurderingstemaet for arbeidsgiver er i hvilken grad arbeidsgivers interesser blir skadelidt av virkningene. Ved denne vurderingen har drøftelsen belyst at det ikke er tilstrekkelig at arbeidsgiver selv oppfatter uttalelsene som krenkende, de må også ha en negativ innvirkning for det psykososiale arbeidsmiljøet i en slik grad at ytringen er å anse som et lojalitetsbrudd. Som analysen har belyst må rekkevidden av lojalitetsplikten vurderes konkret,¹¹⁰ og derfor kan det vanskelig oppstilles generelle vurderingsmomenter for hvilke grenser lojalitetsplikten vil sette for ytringsfriheten i det enkelte arbeidsforholdet.

3.5 Hvilke særlige hensyn begrunner en vid ytringsfrihet i fagforeningsssammenheng?

Utgangspunktet for fagforeningsvirksomhet er som etablert at det må forutsettes en vid ytringsfrihet for medlemmene. Ettersom fagforeningene ofte diskuterer temaer som skaper sterke interessenmotsetninger med betydning for arbeidstakers individuelle arbeidsforhold, må det være rom for høyere temperatur i disse tilfellene.¹¹¹ Organisasjonsfriheten blir omtalt som en forutsetning for gjennomføringen av ytringsfriheten.¹¹² Det er også bemerket at friheten til å ytre seg videre er et av formålene med organisasjonsfriheten, slik at de to rettighetene er nært knyttet sammen.¹¹³ EMD har lagt til grunn at fagforeningen må legge til rette for en vid ytringsfrihet for fagforeningsmedlemmene ettersom formålet med fagforeningen er at arbeidstakerne skal fremme sine synspunkter overfor arbeidstaker.¹¹⁴ Det er lagt til grunn at

¹⁰⁹ St. meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100. Se også Wessel-Aas mfl. (2021) s. 24-25 som tolkes motsatt.

¹¹⁰ Slik som presisert i kapittel 2.2.

¹¹¹ Mindretallet i LG-2021-152658.

¹¹² Dok 16 (2011-2012) pkt. 29.5.

¹¹³ Se *Trade Union of the Police in the Slovakia Republic and Others mot Slovakia* no. 11828/08 avsnitt 51 med videre henvisninger.

¹¹⁴ Slik som *Straume mot Latvia* no. 59402/14 avsnitt 91 og 92.

fagforeninger som får begrenset sin ytringsfrihet overfor arbeidsgiver, mister et vesentlig virkemiddel, og i ytterste konsekvens kan det stride mot fagforeningens formål.¹¹⁵

En av hovedgrunnene til at arbeidstakere skal organisere seg, er for å fremme krav og synspunkter som er i strid med arbeidsgivers interesser. Det er lagt til grunn at ytringsfriheten vil gi en sterk beskyttelse til ytringer som fremsettes som ledd i interessekonflikter mellom arbeidsgiver og ansatte.¹¹⁶ Dette utgangspunktet tilsier at arbeidstakeren uavhengig av vernet organisasjonsfriheten gir for fagforeningsmedlemmers ytringsfrihet, som følge av det legitime formålet bak deltakelse i fagforening, har et vidt vern.

Arbeidsretten uttalte i AR-2019-28 (Equinor) at de tillitsvalgte i fagforeningen må tillegges «et vidt spillerom for å ivareta sine interesser», og at det må illegges vide rammer slik at «vervet kan utøves på en forsvarlig og en for arbeidstakerne effektiv måte».¹¹⁷ Arbeidsgiver påstod en arbeidstaker som også var tillitsvalgt, sitt debattinnlegg var i strid med lojalitetsplikten, og oversteg grensene for ytringsfriheten. Arbeidsretten bekreftet at det gjelder en vid ytringsfrihet for ytring i fagforening.¹¹⁸ Det uttales at «det ligger i vervets og rollenes natur at det nødvendigvis vil kunne oppstå situasjoner hvor arbeidsgiver vil kunne reagere og være sterkt uenig i de syn tillitsvalgte forfekter, de standpunkter de inntar og måten disse blir fremført på.» Til tross for at dommen omhandler tillitsvalgte, har uttalelsen overføringsverdi for ordinære medlemmer siden tilsvarende konflikter kan oppstå. Uttalelsen støtter dermed opp utgangspunktene presentert ovenfor, om at det må aksepteres en større takhøyde for ytringene fremmet i fagforening.

EMDs praksis har likevel bekreftet at det kan foretas begrensninger i fagforeningsmedlemmenes ytringsfrihet. Ved vurderingen av om arbeidsgiver kan sanksjonere arbeidstakers ytringer i fagforening har domstolen presisert at det må skilles mellom de ytringer som gjelder saklig utøvelse av fagforeningsvirksomhet, herunder ytringer med tilknytning til fagforeningens funksjon og formål, og de ytringer som gjelder forhold utenfor fagforeningen.¹¹⁹ Det er kun når ytringen er fremsatt i fagforeningen med tilknytning til foreningens formål og virksomhet at ytringen undergis særskilt vern.

¹¹⁵ *Straume mot Latvia* no. 59402/14 avsnitt 92.

¹¹⁶ Eggen (2020) pkt. 5.3 med henvisning til *Bobo Fuentes mot Spania* no. 39293/98.

¹¹⁷ ARD- 2012-297 avsnitt 91, og gjentatt AR-2019-28 avsnitt 53.

¹¹⁸ Avsnitt 53 og 54.

¹¹⁹ *Szima mot Ungarn*, no. 29723/11 avsnitt 31.

Saken i *Szima mot Ungarn* belyser grensedragningen. Saken gjaldt en polititjenestekvinne som var tillitsvalgt. Som tillitsvalgt administrerte hun fagforeningens nettsider, og publiserte en artikkel hvor hun kritiserte arbeidsgiver. I artikkelen ble det rettet kritikk mot arbeidsgiver for måten tjenesten var organisert på, og for at arbeidsgiver representerte politiske interesser fremfor de ansattes rettigheter.¹²⁰ EMD fremhevet utgangspunktet om at fagforeningsmedlemmers ytringsfrihet må være vid.¹²¹ Videre, fremhevet domstolen at dersom fagforeningens formål skal gjennomføres må myndighetene sikre at det ikke gis sanksjoner som kan forhindre at medlemmenes interesser fremmes.¹²² Det presiseres at artikkel 10 ikke bare gir vern for ytringens innhold, men også ytringenes form.¹²³

For den konkrete vurderingen av innholdet av ytringene ble det vist til at det var kun ytringene om organiseringen av polititjenesten som hadde tilknytning til fagforeningens interesser. De øvrige ytringene om kritikk av prioritering av interesser måtte derfor vurderes etter det generelle vernet ytringsfriheten gir, og var ikke undergitt noe særskilt vern til tross for at de var fremsatt i posisjon som tillitsvalgt.¹²⁴ Polititjenestekvinnens stilling ble trukket frem som et viktig moment på hvorfor domstolen mente at ytringsfriheten var overskredet. EMD viste til at som ansatt i ledende stilling og fagforeningsleder ble det stilt plikter og ansvar til henne, som utgjorde begrensninger på hennes ytringsfrihet. Dommen belyser dermed at EMD etter en konkret vurdering av lojalitetsplikten fant at ytringsfriheten var oversteget. Dommen må dermed tas til inntekt for at vurderingen av lojalitetspliktens rekkevidde gjelder tilsvarende for fagforeningsvirksomhet, slik at lojalitetsplikten kan begrense ytringsfriheten til et fagforeningsmedlemmene i et konkret tilfelle.¹²⁵

Spørsmålet om fagforeningsmedlemmers ytringsfrihet ble også behandlet i *Palomo Sánchez and Others mot Spania*.¹²⁶ Saken gjaldt fagforeningsmedlemmer som publiserte seksuelt trakasserende karikaturer av ledelsen på arbeidsplassen etter en konflikt i

¹²⁰ Avsnitt 6-8.

¹²¹ Avsnitt 28.

¹²² Avsnitt 28.

¹²³ Avsnitt 25.

¹²⁴ Avsnitt 31.

¹²⁵ Som bekreftet i kapittel 3.4.

¹²⁶ *Palomo Sánchez mot Spania* [GC] no. 29955/06, no. 28957/06, no. 28964/06.

arbeidsforholdet. Medlemmene ble sagt opp av arbeidsgiver, og spørsmålet for EMD var om publikasjonene lå innenfor fagforeningsmedlemmenes ytringsfrihet.

Domstolene viste til at fagforeningsmedlemmer også må respektere grensene for anstendighet og avstå fra fornærmende krenkelser.¹²⁷ EMD viste til at utsagnene var krenkende personangrep på kolleger, og ikke en fagforeningshandling overfor arbeidsgiver.¹²⁸ Karikaturen krenket kravene til lojalitet og samarbeidsskikk som krevdes i arbeidsforhold.¹²⁹

De to avgjørelsene bekrefter at det må foretas en vurderingen av ytringens innhold, og at formen ytringen fremsettes i, ikke automatisk leder til et vern.¹³⁰ De to avgjørelsene belyser dermed at i de tilfeller hvor ytringer fremsatt i fagforening ikke har saklig sammenheng med fagforeningsvirksomheten, får plattformen de er fremsatt i, mindre betydning. Dommene har belyst at en fagforening ikke kan gi et ubetinget vern for arbeidstakerens ytringer når ytringene får konsekvenser for arbeidsgiver og arbeidsmiljøet.

Dommene må leses med sin begrensning. Faren for spredning i Szima, og de krenkende karikaturene i Palomo gjelder en ganske annen atferd enn den atferd de to avgjørelsene i et i LG-2021-152658, og særlig i THOD-2020-94802. Et fagforeningsmedlems skrikende opptreden i en diskusjon i fagforening ligger isolert sett under vernet fagforeningen er ment å gi. Atferden må i midlertidig vurderes konkret, og idet engasjert atferd krenker andre må det foretas en vurdering etter vurderingstemaene oppstilt i EMDs praksis. I de tilfeller det er vanskelig å skille mellom hva som er del av en engasjert meningsutveksling, og hva som kan oppfattes trakasserende for andre arbeidstakere står arbeidsgiver overfor en vanskelig avveining. Videre, må avgjørelsene i Szima og Palomo leses i lys av at det gjaldt to tillitsvalgte, hvor arbeidstakeren i Szima i tillegg var ansatt i ledende stilling. Deres stillingsforhold kan dermed tilsi at vurderingen av saksforholdet kunne blitt annerledes om det gjaldt ordinære fagforeningsmedlemmer som ikke hadde ledende stillinger. Likevel, viser dommene at arbeidsgiver må ha relativt sikre holdepunkter for at atferden påvirker det psykososiale arbeidsmiljøet før det gripes inn.

¹²⁷ Avsnitt 67.

¹²⁸ Avsnitt 74.

¹²⁹ Avsnitt 74.

¹³⁰ Wessel Aas mfl. (2021) s. 14.

4 I hvilken grad begrenser organisasjonsfriheten arbeidsgivers styringsrettslige kompetanse?

4.1 Innledende betraktninger

Som presisert innledningsvis skal fagforeningene ivareta arbeidstakerens interesser overfor arbeidsgiver.¹³¹ Et sentralt utgangspunkt for at fagforeningen skal fungere som motpart til arbeidsgiver, er at den er uavhengig av arbeidsgiver.¹³² Kravet om uavhengighet begrunner at arbeidsgiver ikke bør blande seg inn i intern diskusjon i fagforening, og heller ikke påvirke medlemmenes deltakelse. Deltakelse i fagforening skjer også utenfor arbeidstakerens tjeneste for arbeidsgiver, som begrunnes i at vervet skal utøves uten de begrensningene som gjelder i arbeidsforholdet.¹³³

Til tross for at fagforeningens uavhengighet taler mot at arbeidsgiver skal ha en kompetanse til å sanksjonere atferd i fagforening, oppstår det situasjoner hvor hensynet til arbeidsmiljøet utfordrer kravet om uavhengighet. Arbeidsgiver opptrer i fagforening sammen med kolleger, og hensynet til arbeidsmiljøet gjør seg gjeldende i tilsvarende grad her som for andre grensesoner. Formålet med kapittel 4 er å redegjøre for hvilket vern organisasjonsfriheten gir arbeidstaker (4.2), og i hvilken grad organisasjonsfriheten begrenser arbeidsgivers kompetanse til å gripe inn i arbeidstakerens fagforeningsvirksomhet (4.3). Avslutningsvis skal det vurderes om arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet i visse tilfeller kan avveies mot arbeidstakerens organisasjonsfrihet (4.4).

¹³¹ Arbtvl. § 1c.

¹³² Se Sundet (2014) s. 37 med videre henvisninger.

¹³³ Mindretallet i LG-2021-152658.

4.2 Arbeidstakers vern av organisasjonsfrihet etter Grunnloven og EMK

Organisasjonsfriheten har i norsk rett vern etter Grunnloven § 101, EMK artikkel 11 og SP artikkel 22. Tolkningen av de to sistnevnte er sammenfallende,¹³⁴ og utgangspunktet for den videre drøftelse er EMK artikkel 11. Organisasjonsfriheten er også vernet etter andre konvensjoner som Norge har ratifisert, men som oppgaven ikke vil gå nærmere inn på.¹³⁵

Grunnloven og EMK fastlegger at «enhver» har rett til «å danne, slutte seg til og delta i foreninger». Gjennom artikkel 11 sikres arbeidstakeres eksplisitt en rett til deltakelse i fagforening. EMD har ved tolkningen av bestemmelsen presisert viktighet av at fagforeningene gis et vidt spillerom til å arbeide for å ivareta medlemmenes interesser.¹³⁶ Det enkelte medlems fagforeningsrett innebærer at fagforeningene blir hørt for at organisasjonsfriheten skal gjennomføres.¹³⁷ Organisasjonsfriheten forplikter arbeidsgivere til å avstå fra å gripe inn i fagforeningene, men gir også en plikt til å realisere fagforeningsretten gjennom positive forpliktelser.¹³⁸ EMD har understreket viktigheten av forpliktelsen til å muliggjøre fagforeningsvirksomhet for å beskytte arbeidstakerens interesser.¹³⁹ Disse utgangspunktene danner bakteppe for den videre analyse ved vurderingen av arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd i fagforening..

Organisasjonsfriheten forstås som en individuell og kollektiv side. Den individuelle siden av organisasjonsfriheten betegner den enkelte arbeidstakers og arbeidsgivers organisasjonsfrihet.¹⁴⁰ Den individuelle siden må forstås positivt som den enkeltes rett til å være fagorganisert, og negativt som rette til å avstå fra medlemskap.¹⁴¹ Den kollektive siden regulerer rettighetene fagforeningene og arbeidsgiverforeningene har. Den kollektive siden

¹³⁴ Dok. nr. 16 (2011-2012) pkt. 29.3.

¹³⁵ Slik som International covenant on economic, social and cultural rights, 3 januar 1976 (trådte i kraft 3 januar 1927) (ØSK), The European social charter (revised) 3 mai 1996 (trådte i kraft for Norge 1 juli 2001) (ESP), ILO convention no. 87 concerning Freedom of Association and protection of the Right to Organise 9 juli 1948 (trådte i kraft 4 juli 1950) (ILO nr. 87) og Right to Organise and Collective Bargaining Convention 1 juli 1979 (trådte i kraft 17 februar 1956) (ILO. nr. 98).

¹³⁶ *Trade Union of the Police in the Slovak Republic mot Slovakia* no. 11828/08 avsnitt 54.

¹³⁷ *Trade Union of the Police in the Slovak Republic mot Slovakia* no. 11828/08 avsnitt 54.

¹³⁸ *Ollinger mot Østerrike* no. 76900/01 avsnitt 35.

¹³⁹ *Swedish Engine Drivers Union mot Sverige* [C] no. 56114/74 avsnitt 40.

¹⁴⁰ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2022) s. 44.

¹⁴¹ *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* [GC] no. 52562/99 og no. 52620/99 avsnitt 54.

deles inn i institusjonell og funksjonell side, hvor det er den funksjonelle siden som er relevant for problemstillingen.¹⁴² Den funksjonelle siden omfatter utøvelse av virksomhet og arbeid for ivaretagelse av organisasjonens interesser, og de kampmidler organisasjonen kan bruke.¹⁴³ Til tross for at ordlyden i Grunnloven kun regulerer den individuelle siden er det bekreftet at ved fortolkningen av Grunnloven må det tas utgangspunkt i EMK artikkel 11.¹⁴⁴ Det er følgelig den kollektive siden som begrenser arbeidsgivers adgang til å skaffe seg informasjon om arbeidstakerens atferd i fagforening.

Tilsvarende som for EMK artikkel 10 er det inngrep i organisasjonsfriheten som må begrunnes.¹⁴⁵ Til tross for at inngrepsvilkårene i Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11 er formulert ulikt er det slått fast at det ved tolkningen av Grunnloven § 101 må innfortolkes tilsvarende inngrepsadgang som etter EMK artikkel 11 nr. 2.¹⁴⁶

Spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers opptreden i fagforening begrenses både av den individuelle og kollektive organisasjonsfriheten. Arbeidsgivers innblanding arbeidstakerens atferd overfor annen arbeidstaker kan innebære et inngrep i den individuelle retten til deltakelse i organisasjon, samtidig som den kan være egnet til å forhindre at organisasjonen fungerer etter sitt formål, slik den kollektiv organisasjonsfrihet beskytter.

¹⁴² Se nærmere om skillet mellom institusjonell og funksjonell organisasjonsfrihet i Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2022) s. 45.

¹⁴³ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2022) s. 45.

¹⁴⁴ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, (2022), s. 45 med henvisning til HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81.

¹⁴⁵ Se redegjørelsen i kapittel 3.2.

¹⁴⁶ HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81.

4.3 Organisasjonsfriheten som argument mot at arbeidsgiver skal kunne sanksjonere atferd i fagforeningssammenheng

Som belyst i kapittel 4.1 er fagforeningens formål en selvstendig begrunnelse mot arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd mellom arbeidstakere i fagforening. Formålet bak organisasjonsfriheten er ikke bare å fremme arbeidstakers deltakelse, det skal også forhindre at arbeidsgiver bruker arbeidstakers medlemskap, deltakelse og opptreden i fagforening som grunnlag for sanksjoner som følge av arbeidstakers synspunkter.¹⁴⁷

Som presisert i kapittel 4.2 er det problematiske ved arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd mellom arbeidstakere i fagforening, at arbeidsgiver etter organisasjonsfriheten er avskåret fra å innhente opplysninger om arbeidstakerens fagforeningsvirksomhet. I det følgende skal det gis en redegjørelse for ulike rettsgrunnlag som beskytter arbeidstakers organisasjonsfrihet, og begrenser arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger om arbeidstakerens fagforeningsvirksomhet. Disse begrensningene er relevante for å forstå hvorfor det kun er hensynet til arbeidsmiljøet som kan begrunne et unntak fra utgangspunktet om at fagforeningsvirksomhet er arbeidsgiver uvedkommende. Ved fremstillingen av de ulike regelsettene som begrenser arbeidsgivers adgang til å innhente informasjon om arbeidstakerens deltakelse i fagforeningssammenheng må det skilles mellom de tilfeller arbeidsgiver aktivt forsøker å skaffe seg kunnskap, og i de tilfellene arbeidsgiver mottar varsler fra de andre ansatte.¹⁴⁸

Ved ansettelse fastlegger aml. § 13-4 at arbeidsgiver ikke kan spørre om fagforeningsmedlemskap. I det løpende ansettelsesforholdet vil arbeidsgiver ha behov for å behandle opplysninger om fagforeningsmedlemskap ved trekk av fagforeningskontingent for korrekt lønnsutbetaling.¹⁴⁹ Medlemsavtalene til den enkelte fagforening vil også kunne regulere begrensninger i arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger. Opplysninger om fagforeningsmedlemskap er også definert som en «særlig kategori» av personopplysninger

¹⁴⁷ Slik som mindretallet i LG-2021-15658.

¹⁴⁸ Som behandles i kapittel 4.4.

¹⁴⁹ Eksempelvis Hovedavtalen LO-NHO § 11-3.

etter GDPR artikkel 9 nr.1¹⁵⁰ som krever behandlingsgrunnlag etter Personopplysningsloven § 9, ¹⁵¹eksempelvis gjennom «samtykke» jf. GDPR § 9 første ledd, eller nr. 2 b om «plikter og rettigheter innenfor arbeidsrett». Begrunnelsen for at fagforeningsforhold er fremhevet som en «særlig kategori» etter artikkel 9, og ikke reguleres av den alminnelige bestemmelsen i artikkel 5, kan forstås ut fra direktivets fortale som fastlegger at kravet om behandlingsgrunnlag har formål om å «grunnleggende rettigheter og friheter, som tolkes som en henvisning til organisasjonsfriheten.

Arbeidsgivers begrensede adgang for å gripe inn i spørsmål i fagforening uttrykkes også som en tariffrettslig lojalitetsplikt, blant annet slik som i Hovedavtalen mellom LO og NHO § 2-1 fjerde ledd hvor det fastlegges at arbeidsgiver må «vise respekt for organisasjonens interesser og at ingen parter må opptre på en måte som svekker hverandres posisjon». I saken i THOD-2020- 94802 påberopte arbeidstakersiden at arbeidsgivers innblanding stred med prinsippet om likeverdige parter i arbeidslivet jf. Hovedavtalen i staten pkt. 5. Bestemmelsen fastlegger utgangspunktet om partene skal «møte som likeverdige parter». Likeverdighet vil ikke oppnås dersom den ene parten kan sanksjonere overfor medlemmene i den andre parten. Til tross for at ikke alle tariffavtaler vil ha samsvarende reguleringer, bygge bestemmelsene på et generelt prinsipp om at arbeidstaker ikke skal forstyrre fagforeningens virksomhet.

I forlengelse av den tariffrettslige lojalitetsplikten er det også et relevant aspekt at fagforeningsmedlemmene seg i mellom, og overfor fagforeningene har en lojalitetsplikt.¹⁵² Denne kan ikke leses ut av tariffavtalen, vedtektene, eller som et generelt prinsipp i medlemsavtalene, men bygger på en gjensidig forutsetning når arbeidstaker tilslutter seg fagforeningens vedtekter ved innmeldelse.¹⁵³ Lojalitetsplikten må ytterligere begrunnes i at fagforeningen skal fungere som motpart til arbeidsgiver, og at diskusjoner om strategivalg derfor må holdes internt. Omfanget av fagforeningsmedlemmenes lojalitetsplikt vil avhenge av hvorvidt opplysningene har en nær nok tilknytning til formålet, og konsekvensen av at lojalitetsplikten ikke overholdes.¹⁵⁴ Lojalitetsplikten til fagforeningen belyses også ved at flere av fagforeningen har egne vedtektsbestemte sanksjonsbestemmelser for interne brudd.

¹⁵⁰ Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/579 av 29 april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt oppheving. av direktiv 95/46/EF (GDPR).

¹⁵¹ Lov 15 juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (Personopplysningsloven).

¹⁵² Slik som Woxholth (2020) s. 230.

¹⁵³ Woxholth (2020) s. 230.

¹⁵⁴ Woxholth (2020) s. 230.

Når fagforeningen har etablert et slikt system må det være ut fra tanken om at illojalitet kan forekomme, og at et av formålene er å etablere et system som kan forebygge og hindre illojalitet. Ser man synspunktene om medlemmenes lojalitetsplikt sammenholdt med prinsippene om likeverdighet mellom arbeidstakerorganisasjonene og arbeidsgiverorganisasjonene ovenfor taler dette for at arbeidsgiver ikke skal ha kompetanse til å gripe inn i fagforeningens virksomhet.

Et annet argument som taler mot at arbeidsgiver skal ha kompetanse til å skaffe seg kunnskap om fagforeningsvirksomheten til arbeidstakeren for å sanksjonere atferd, er faren for at arbeidsgiver misbruker kompetansen. Misbruksfaren må forstås ut fra to forhold. For det første vil arbeidsgiver kunne påvirke fagforeningens strategivalg, som strider med organisasjonsfrihetens formål, som presisert i kapittel 4.2. For den andre kan arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere medføre en «chilling effect» for fagforeningsmedlemmene.¹⁵⁵ For det tredje kan en fare for misbruk oppstå ved at arbeidsgiver bruker opptreden i fagforening som et selvstendig grunnlag for å ilegge reaksjoner for arbeidstakere som ikke er ønsket, men hvor arbeidstakerens arbeidsutførelse i seg selv ikke begrunner slike reaksjoner.¹⁵⁶ Dersom disse konsekvensene realiserer seg kan det begrense arbeidstakerens ønske om deltakelse i organisasjonen i fare for gjengjeldelse eller andre sanksjoner.¹⁵⁷

De overnevnte rettslige grunnlagene ovenfor belyser at hensynet til organisasjonsfriheten er begrunnet gjennom ulike regelsett, med formål om å forhindre at arbeidsgiver blander seg inn i fagforeningens virksomhet. De ulike reguleringene forutsetter at arbeidsgivers selvstendige innhenting av kunnskap om arbeidstakerens fagforeningsvirksomhet er problematisk sett mot vernet arbeidstaker har etter organisasjonsfriheten. I den videre fremstillingen i kapittel 4.4 skal det foretas en vurdering av om dette utgangspunktet kan stilles seg annerledes i de tilfeller hvor arbeidsgiver får varsler om arbeidstakers negative atferd i fagforening, slik at arbeidsgivers plikter til å ivareta arbeidsmiljøet aktualiseres.

¹⁵⁵ Slik som utgangspunktet i *Kula mot Tyrkia* no. 20233/06 avsnitt 39.

¹⁵⁶ Slik som mindretallet i LG-2021-152658.

¹⁵⁷ *Trade union of the Police in the Slovak Republic and Others mot Slovakia* no. 56114/74 avsnitt 55.

4.4 Kan hensynet til arbeidsmiljøet avveies mot arbeidstakers organisasjonsfrihet?

Som belyst i kapittel 4.2 og 4.3 er arbeidsgivers kompetanse til å innhente opplysninger om arbeidstakerens fagforeningsvirksomhet begrenset. Spørsmålet for den videre fremstillingen er i hvilken grad utgangspunktene fra kapittel 4.3 kan avveies mot arbeidsgivers ivareta arbeidsmiljøet. Til tross for at utgangspunktet er at formålet bak en fagforening tilsier at arbeidsgiver skal holde seg utenfor virksomheten, skal kapitlet belyse at det også foreligger hensyn som begrunner at arbeidsgiver i visse tilfeller skal kunne ha en kompetanse til å sanksjonere atferd.

Som belyst i kapittel 4.1 vil opptreden i fagforening ha flere likhetstrekk ved opptreden i de ulike grensesonene presentert i kapittel 2.4, begrunnet ved at arbeidstakere fra samme virksomhet opptrer sammen i fagforening. Kapittel 2.3 fastlegger at utgangspunktet for arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers negative atferd på arbeidstakers fritid krever at det foreligger en konflikt med en annen arbeidstaker, hvor de negative konsekvensene av arbeidstakerens samhandling tas med inn i arbeidsforholdet. I kapittel 2.3 ble det konstatert at dette kan medføre en skjerpet aktsomhetsplikt for arbeidsgiver til å iverksette tiltak, for å unngå erstatningsansvar.

Utgangspunktet for deltakelse i fagforening er som presisert i 1.3 at dette er frivillig fra den enkelte arbeidstakers side,¹⁵⁸ noe som kan tale for at hensynet til arbeidsmiljøet ikke gjør seg gjeldende med like stor styrke siden arbeidstakere kan avstå fra deltakelse. Likevel, vil de rettighetene et fagforeningsmedlemskap innebærer medfører legge opp til at arbeidstakerne i større grad møtes i fagforening, enn andre grensesoner mellom fritid og arbeidstid. Disse synspunktene taler for at både arbeidstakere og arbeidsgiver har et behov for at arbeidsgiver kan ha kompetanse til å i visse tilfeller gripe inn mot arbeidstakers atferd. Synspunktene støttes opp ved at det er i arbeidsgivers interesse at arbeidstakerne deltar i fagforening, slik at arbeidsgiver kan forhandle arbeidstakerens interesser med fagforeningen fremfor den enkelte arbeidstaker.

¹⁵⁸ Som presisert innledningsvis i kapittel 1.3.

Synspunktet ovenfor, at formålet bak fagforening i større grad er egnet til å føre sammen arbeidstaker begrunner også at fagforening kan være arena som kan medføre like store konsekvenser for arbeidsmiljøet, som eksempelvis sosiale arrangementer i regi av arbeidstaker atferd eller i tilknytning til en tjenestereise. Det er faren for at konflikter som oppstår i fagforeningssammenheng tas med inn i arbeidsforholdet som kan begrunne arbeidsgivers kompetanse. Dette åpner i midlertidig, som presisert ovenfor i kapittel 4.3, for en fare for misbruk både slik at arbeidsgivere og kolleger kan påberope seg arbeidstakerens opptreden i fagforening som grunnlag for å bli kvitt arbeidstaker. Som den tidligere drøftelsen har belyst er det særlig to forhold som gjør det utfordrende å legge en grense for hvilke skadepotensiale som skal kreves på det psykososiale arbeidsmiljøet, for arbeidsgivers kompetanse inntreffer. Den første forholdet er at det er vanskelig å trekke en grense for hvilken atferd som kan godtas i fagforening, fordi yttingsfriheten gir et vidt vern for ytringer tilknyttet fagforeningsvirksomheten. Det andre forholdet er at ettersom arbeidstakers lojalitetsplikt har ulik rekkevidde avhengig av arten av arbeidsforholdet, vil arbeidsgivers krav og forventninger til arbeidstakeren variere.

Et grunnleggende hensyn som kan begrunne arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere atferd er at organisasjonsfriheten kun gir et vern til deltakelse i fagforening, men regulerer etter sin ordlyd ikke retten til enhver atferd. Dersom denne forståelsen sammenholdes med EMDs praksis, hvor det er godtatt sanksjoner av krenkende ytringer uten saklig tilknytning til fagforeningen, trekker dette i retning for at det må oppstilles krav om saklig fremferd også i fagforening.¹⁵⁹ Dersom arbeidsgiver ikke skulle ha en kompetanse til å gripe inn ved arbeidstakers negative atferd overfor annen arbeidstaker, kan fagforeningen risikere å bli oppfattet som en «frisoner». Faren ved dette er at atferd som ikke ville godtas i arbeidsforholdet, slik som mobbing og trakassering, utøves i fagforening, fordi arbeidstakeren vet at arbeidsgiver ikke har kompetanse til å sanksjonere atferden. Disse synspunktene taler dermed i retning for at arbeidsgiver i visse tilfeller skal ha en kompetanse til å sanksjonere atferd som ikke er ledd i en saklig meningsutveksling i fagforeningen, og har en negativ påvirkning for arbeidsmiljøet.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Slik som *Szima mot Ungarn* no. 29723/11 og *Palomo Sánchez mot Spania* [GC] no. 29955/06, no. 28957/06, no. 28964/06.

¹⁶⁰ Slik som flertallet i LG-2021-152658.

Som tidligere presisert la flertallet i THOD-2020 94802 vekt på at dersom arbeidsgivers plikter skulle være innskrenket til å gjelde «i tjenesten» ville dette kunne medføre utfoldbare konsekvenser for arbeidsmiljøet.¹⁶¹ Flertallet kan dermed tolkes slik at det vil være lite hensiktsmessig at arbeidsgiver skal måtte vente på de negative konsekvensene for arbeidsmiljøet inntreffer, slik at det medfører driftskonsekvenser som sykefravær. Dette kan oppfattes ineffektivt, og lite overensstemmende med de vernehensyn arbeidsmiljøloven er ment å ivareta. Når disse utgangspunktene sammenlignes med betraktningene i kapittel 2.3, om at arbeidsgivers kjennskap til konflikter utenfor arbeidsforholdet er egnet til å skjerpe aktsomhetsplikten, er det flere hensyn som begrunner at arbeidsgiver skal ha en kompetanse til å korrigere atferden før den får uheldige konsekvenser for arbeidsmiljøet.

Argumentasjonen overfor tilsier at arbeidstakers hensyn til ivaretagelse av arbeidstakerens arbeidsmiljø, og arbeidstakers individuelle ikke i alle tilfeller vil være to uforenlige størrelser. Terskelen må likevel settes høyt, for at misbruksfaren fra både arbeidsgivers- og arbeidstakersiden skal unngås.¹⁶² Spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse aktualiseres kun i tilfeller hvor arbeidstakeren har brutt lojalitetsplikten, ut fra de krav arbeidsgiver er berettiget til å stille til arbeidstakeren, etter en avveining av ytrings- og organisasjonsfriheten.

¹⁶¹ Se omtalen i kapittel 2.4.3 s. 23.

¹⁶² Slik som påpekt av mindretallet i LG-2021-152658.

5 Sammenfattende betraktninger om arbeidsgivers kompetanse

5.1 Innledende betraktninger

Avhandlingen har behandlet spørsmålet om arbeidsgiver har en kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers atferd overfor andre arbeidstakere i fagforeningssammenheng, når denne atferden får virkning for det psykososiale arbeidsmiljøet. Analysen har bekreftet at arbeidsgiver i visse tilfeller vil ha en slik kompetanse, men at dette krever en forsvarlig avveining av hensynet til arbeidsmiljøet avveid mot arbeidstakerens yrings- og organisasjonsfrihet. I kapittel 5.1 skal det oppstilles en sammenfatning av de vurderingstemaene analysen har vist må foreligge for at arbeidsgiver skal ha en kompetanse for å sanksjonere arbeidstakers negative atferd i fagforening.

5.2 Hvilke vurderingstema kan oppstilles for arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere opptreden i fagforening?

Det første vurderingstemaet som presisert allerede i 1.3 er at arbeidsgivers kompetanse forutsetter at det gjelder negativ atferd mellom to arbeidstakere fra samme virksomhet. Tilknytningen mellom arbeidstakere må være så nær at konflikten i fagforeningen påvirker den ene arbeidstakerens psykososiale arbeidsmiljø på arbeidsplassen. Det andre vurderingstemaet som må oppstilles er at arbeidstakerens atferd medfører et brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt, slik som presisert i kapittel 1.3 og fulgt opp i kapittel 2.4. Kravet om lojalitetsbrudd innebærer at konflikten må avgrenses mot det som ligger innenfor den ordinære virksomheten til fagforeningen, herunder konflikter om strategivalg eller interessemotsetninger.

Som presisert i kapittel 1.3 og fulgt opp i 4.4 er det vanskelig på generelt grunnlag å si noe om hvilken atferd som skal kreves for at arbeidsgivers kompetanse skal inntre. Sakene i LG-2021-152658 og THOD-2020-94802 gjaldt arbeidstakerens misnøye med de tillitsvalgte strategivalg overfor arbeidsgiver ved omorganisering i bedriften, som er interesser som i

utgangspunktet er vernet av organisasjonsfriheten. Bakgrunnen for arbeidsgivers sanksjoner var i midlertidig ikke uenigheten om strategivalgene, men måten arbeidstakeren opptrådte i sin meningsutveksling.¹⁶³ Det avgjørende for både tingretten og lagmannsretten var konsekvensen arbeidstakerens atferd fikk for arbeidsmiljøet. Vurderes disse dommene sammenholdt med andre tilfeller hvor arbeidsgiver har fått medhold i å sanksjonere arbeidstakers atferd på fritiden, vil det kreve en atferd som er på grensen til å undergrave fagforeningens formål. Dette er en høy terskel, men hvor det avgjørende må være at det ikke foreligger noen saklig sammenheng mellom arbeidstakers atferd og fagforeningens virkeområde.

I kapittel 2.4 og kapittel 3.4 har rettspraksis belyst at arbeidsgiver fått medhold i å sanksjonere seksuell trakassering, nedverdiggende ytringer og fremmedfiendtlige og rasistiske ytringer overfor andre arbeidstakere. Arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere denne atferden er ikke betinget av at det påvises noen særlig kompetanse i fagforeningen, fordi denne atferden i de fleste tilfeller er underlagt strafferettslige begrensninger.¹⁶⁴ De mer problematiske tilfellene er, som særlig belyst i THOD-2020-94802, verbale utsagn. Ved verbale utsagn vil grensene for ytringsfriheten være retningsgivende,¹⁶⁵ men det vil måtte foretas en vurdering av hvilke konsekvenser ytringen medfører for arbeidsmiljøet.

Et tredje vurderingstema er at arbeidsgiver må ha blitt gitt en oppfordring til å handle av de øvrige arbeidstakerne tilstede i fagforeningssammenheng. Som belyst i kapittel 4.2 er arbeidsgivers kompetanse til å skaffe seg kunnskap om arbeidstakerens fagforeningsvirksomhet sterkt begrenset. Arbeidsgivers kompetanse forutsetter dermed varsler fra ansatte som frykter for negativ innvirkning på arbeidsmiljøet.

Et fjerde vurderingstema er at arbeidsgivers sanksjon må være egnet til å minimere eller fjerne, skadevirkningen for arbeidsmiljøet. Vurderingstemaet må sees i lys av det bærende utgangspunkt for analysen; arbeidsgiver kan kun gripe inn i fagforeningsvirksomhet når dette er begrunnet i hensynet til det psykososiale arbeidsmiljøet, slik som konstatert i 4.2 og 4.3. Dersom arbeidsgivers sanksjon ikke er egnet til å påvirke skadevirkningen av arbeidstakerens atferd vil dette være problematiske ut fra to betraktninger: For det første, vil sanksjonen fremstå som en innblanding i fagforeningens virksomhet, som vil stride med arbeidstakerens

¹⁶³ Se presentasjon av atferden i kapittel 1.3.

¹⁶⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (Straffeloven – strl.).

¹⁶⁵ Se kapittel 3.1 og 3.2

rett til organisasjonsfrihet som belyst i kapittel 4.3. For det andre, dersom sanksjonen ikke er egnet til å påvirke skadevirkningen for det psykososiale arbeidsmiljøet kunne atferden blitt håndtert av fagforeningens eget sanksjonssystem, slik som bemerket i kapittel 2.2.

I LG-2021-152658 ble arbeidstakeren avskjediget. Valget av sanksjon må sees i lys av at arbeidstakeren hadde en historikk med tilsvarende atferd, som gjorde at virkningen for arbeidsmiljøet ved hans atferd i fagforeningen fikk større konsekvenser for arbeidsmiljøet, enn ved en enkeltstående hendelse. For saken i LG-2021-152658 ville dermed fagforeningens egen utestengning av arbeidstakeren ikke være egnet til å løse skadevirkningen for det psykososiale arbeidsmiljøet.

I THOD-2020- 94802 som gjaldt meddelelse av advarsel, kunne kanskje forholdet til fagforeningens eget sanksjonssystem stilt seg annerledes. Arbeidstakerne tilstede i fagforeningsmøtet gikk direkte til arbeidstaker, og fagforeningen fikk aldri mulighet til å sanksjonere atferden gjennom sine interne vedtekter. Arbeidsgiver ga kun en advarsel, slik at arbeidstakeren ble værende i arbeidsmiljøet. Advarselen bekrefter at de varslende arbeidstakerne blir tatt på alvor av arbeidsgiver, og det ble statuert et eksempel på hvilken type atferd som ikke kan godtas i fagforening. Likevel, fikk ikke denne advarselen noen isolert virkning for det psykososiale arbeidsmiljøet, ettersom arbeidstakeren fikk fortsette i stillingen. For arbeidstakeren som ble meddelt advarselen medførte det trolig en «chilling effect» på ønsket å videre deltakelse og ytring i fagforening. Det kan dermed diskuteres om denne sanksjonen heller burde vært håndtert av fagforeningens egne sanksjonssystemer. I forlengelse av det fjerde vurderingstema, som nevnt ovenfor, vil det være av betydning hvorvidt arbeidsgiver har iverksatt tiltak for å sikre at sanksjonen ikke fremstår som en innblanding i fagforeningens virksomhet, slik som kapittel 4.2 oppstiller strenge begrensninger for. Dette ble et sentralt vurderingstema i LG-2021-152658 hvor det ble fremhevet at arbeidstakeren tidligere hadde blitt ilagt advarsler for trakassering og utilbørlig opptreden.¹⁶⁶

Analysen har belyst at selv om spørsmålet arbeidsgivers kompetanse ikke problematiseres så ofte, reiser problemstillingen spørsmål som krever en avveining av grunnleggende, men motstående rettigheter; kravene til et forsvarlig arbeidsmiljø mot arbeidstakers

¹⁶⁶ Disse forholdenes er rettskraftig avgjort i LG-2020-76005.

organisasjonsfrihet. Analysen belyser at en forsvarlig avveining av de motstridende rettighetene kan foretas, slik at de to størrelsene ikke alltid vil være uforenelige.

5.3 Avsluttende refleksjoner om LG-2021-152658 og THOD-2020-94802

Etter ovenstående drøftelse mener jeg at det kun er avgjørelsen i THOD-2020-94802 som problematiserer spørsmålet om forholdet til yrings- og organisasjonsfriheten. For avgjørelsen i LG-2021-152658 er jeg etter vurderingsmomentene som er stilt opp i analysen, enig med flertallet. Arbeidstakeren hadde historikk med tilsvarende atferd, og atferden gikk langt utover det vernet både yrings- og organisasjonsfriheten gir et fagforeningsmedlem. For avgjørelsen i THOD-2020-94802 mener jeg tingretten burde anlagt en bredere vurdering, hvor hensynet til fagforeningens egne sanksjonsregler burde fått større oppmerksomhet. Jeg stiller meg usikker på hvilken virkning advarselen fikk for det psykososiale arbeidsmiljøet.

Saken i THOD-2020-94802 ble ved Gulating lagmannsretts kjennelse hevet 6 desember 2022.¹⁶⁷ Begrunnelsen for hevingskjennelsen var at lagmannsretten ikke fant at arbeidstakeren oppfylte kravene for søksmålssituasjon etter tvisteloven § 1-3 andre ledd¹⁶⁸ for spørsmålet om advarselens gyldighet og kravet om erstatning. Spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse er derfor ikke rettskraftig avgjort i denne saken. Det blir dermed opp til rettspraksis å avgjøre spørsmålet om arbeidsgivers kompetanse til å sanksjonere arbeidstakers atferd i fagforening neste gang spørsmålet problematiseres.

¹⁶⁷ Kjennelsen er ikke rettskraftig.

¹⁶⁸ Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

6 Bibliografi

6.1 Norske rettskilder

Norske lover

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven- Grl.).
1999	Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.).
2005	Lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven- strl.).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven – aml.).
2005	Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.).
2012	Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven – arbtvl.).
2017	Lov 16 juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven – ldl.).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven).
2018	Lov 14. mai 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Norske lovforarbeider, stortingsmeldinger og utredninger

NUT 1964:3	NUT 1964: 3 Innstilling om lov om Det offentliges og andre arbeidsgivers erstatningsansvar m.m Innstilling II. (hentet fra Lovdata.no.)
St. meld nr 26 (2003-2004)	Om endring av Grunnloven § 100. (hentet fra Regjeringen.no.)
Ot. prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). (hentet fra Lovdata.no.)
Dok nr. 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. (Hentet fra Lovdata.no.)
NOU 2019: 10	Åpenhet i grenseland – bilder, film og lydopptak i helse og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehage. (Hentet fra lovdata.no.)

Avtaler

Hovedavtalen for LO-NHO 1 januar 2022 til 31 desember 2025

(Hovedavtalen). (Lest på Lovdata.no.)

Hovedtariffavtalen i staten for perioden 1 mai 2022 til 30 april 2024

(Hovedavtalen i staten). (Lest i Statens personalhåndbok 2022 på Lovdata.no.)

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1959 s. 900 (Sveiser)

Rt. 1962 s. 89

Rt. 1979 s. 770 (Oslo Sporveier)

Rt. 1982 s. 1729 (Lektor)

Rt. 1990 s. 607 (Saga Data)

Rt. 1993 s. 616 (Mjøsbruket)

Rt. 1997 s. 786 (Falken)

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2001 s. 418 (Kåstø)

Rt. 2002 s. 273 (Professor)

Rt. 2003 s. 1614 (Telenor)

Rt. 2008 s. 135 (Tollaspirant)

Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør)

Rt. 2011 s. 1011-U (Historieprofessor II)

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2018-1036-A (Reisetid)

HR-2020-2476-A

Lagmannsrettene

RG-2002- 780

LA-2004- 8128

LA-2009- 189015-2

LB-2010-69877 (Historieprofessor)

LF-2019-16357

LH-2019-135300

LG-2020-176005

LG-2021-152658

Tingrettene

THOD- 2020-183961

THOD- 2020-183961

20-072223 TVI-JARE (Upublisert, avsagt i Jæren tingrett 16.12.2020.)

Arbeidsretten

ARD-2012-297

AR-2019-28

Praksis fra likestillings- og diskrimineringsnemnda:

LDN-2014-10

6.2 Internasjonale rettskilder

Traktater

- ILO nr. 87 ILO Convention n. 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise -ILO nr. 87 av 9 juli 1948 (trådte i kraft 4 juli 1950). (ILO nr. 87). (Hentet fra Lovdata.no)
- ILO. nr. 98 Right to Organise and Collective Bargaining Convention – ILO nr. 98 av 1 juli 1949 (trådte i kraft i Norge 17 februar 1956). (ILO. nr. 98). (Hentet fra Lovdata.no)
- EMK The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4 november 1950 (trådte i kraft 3 september 1953), 213 UNTS 221(Den europeiske menneskerettskonvensjonen, EMK).
- SP International Covenant on Civil and political Rights, 16 December 1966 (trådte i kraft 23 mars 1976), 999 UNTS 171 (Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP).
- ØSK The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (trådte i kraft 3 januar 1976), 993 UNTS 3 (Den internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, ØSK).
- RevESP The European Social Charter (Revised), 3. mai 1996 (trådte i kraft for Norge 1. juli 2001), European Treaty Series - No. 163 (Den reviderte Europeiske Sosialpakt, RevESP)

Internasjonale forordninger og direktiver

Arbeidstidsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekt ved organisering av arbeidstiden. (Hentet fra Lovdata.no.)
GDPR	Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og fri utveksling av slike opplysninger samt oppheving av direktiv 95/46/EF. (Hentet fra Lovdata.no.)

Internasjonal rettspraksis:

Avgjørelser fra EFTA-domstolen:

E-19/16 (Thue)	Torbjørn Selstad Thue og Politiets Fellesforbund mot Norge v/ Justis- og beredskapsdepartementet. (Hentet fra Lovdata.no)
----------------	--

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

56114/74	<i>Swedish Engine Drivers Union mot Sverige</i> [C] ECLI:CE:ECHR:1976:0206JUD000561472
6538/74	<i>Sunday Times mot Storbritannia</i> [P] ECLI:CE:ECHR:1980:1106JUD000653874
39283/98	<i>Fuentes Bobo mot Spania</i> ECLI:CE:ECHR:2000:0229JUD003929398

44647/98	<i>Peck mot Storbritannia</i> ECLI: CE:ECHR:2003: 0128JUD004464798
76900/01	<i>Ollinger mot Østerrike</i> ECLI:CE:ECHR:2006:0629JUD007690001
52562/99 og 52620/99	<i>Sørensen og Rasmussen mot Danmark</i> [GC] ECHR:2006:0111JUD005256299
29492/05	<i>Kudeshkina mot Russland</i> ECLI:CE:ECHR:2009:0226JUD002949205
29955/06 28957/06 28964/06	<i>Palomo Sánchez mfl. mot Spania</i> [GC] ECLI:CE:ECHR:2011:0912JUD002895506
11828/08	<i>Trade union of the police in the Slovak Republic and Others mot Slovakia</i> ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD001182808
29723/11	<i>Szima mot Ungarn</i> ECLI:CE:ECHR:2012:1009JUD002972311
11882/10	<i>Pentikäinen mot Finland</i> [GC] ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUS001188210
20261/12	<i>Baka mot Ungarn</i> [GC] ECLI:CE:ECHR:2016:0623JUD002026112
20233/06	<i>Kula mot Tyrkia</i> ECLI:CE:ECHR:2018:0619JUD002023306

- 11608/15 *Herbai mot Ungarn*
ECLI:CE:ECHR:2019:1105JUD001160815
- 23922/19 *Gawlik mot Liechtenstein*
ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD002392219
- 45487/17 *Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Workers Union (NTF) mot Norge (LO and NTF mot Norge).*
ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD004548717
- 59402/14 *Straume mot Latvia*
ECLI:CE:ECHR:2022:0602JUD005940214

Juridisk litteratur

- Aall *Aall, Jørgen Rettsstat og menneskerettigheter 1: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter,* Fagbokforlaget, 2022.
- Andersen *Andersen, Kristen, Fra arbeidslivets rett,* Oslo, Johan Grundt Tanum Forlag, 1967.
- Borgerud *Borgerud, Ingeborg Moen, Agathe Løwenbourg og Emilie Veggeland Knudsen, «Statsansatteloven: lov 16 juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.: lovkommentar»,* 2020. (Lest på Juridika.no 16 november 2022.)
- Eggen *Eggen, Kyrre, «Ansattes yringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker?»,* i *Arbeidsrett*, vol 1, utg 1, 2004, s. 2-23. (Lest på Idunn.no.)

- Skjønberg mfl. Skjønberg Alexander Næss, Eirik Hognestad, Marianne Jenunm Hotvedt, *Arbeidsrett: Individuelle og kollektive emner*, (3 utg), Gyldendal Norsk Forlag, 2022.
- Sundet Sundet, Tron Løkken, *Tariffavtalen: Utvalgte emner*, Fagbokforlaget, 2014.
- Sørensen Sørensen, Christian Børge, «*Læren om statenes skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*» i Tidsskrift for rettsvitenskap Vol 118, Utg 1-2, 2004, s. 134-196. (Lest på Idunn.no.)
- Pedersen Pedersen, Harald, «*Arbeidsmiljøloven med kommentarer*». (Lest på Arbeidsrett.no 28 september 2022.)
- Våg Våg, Lasse Gommerud og Anne-Beth Meidell Engan, «*Karnov lovkommentar til arbeidsmiljøloven*» 2021. (Lest på Lovdata.no 7 november 2022.)
- Wessel-Aas Wessel-Aas, Jon, Norunn Løkken Sundet og Lasse Gommerud Våg, «*Arbeidstakers ytringsfrihet og arbeidsgivers styringsrett*», *Arbeidsrett*, vol. 18 utg 1, 2021, s. 1-27. (Lest på Idunn.no.)
- Woxholth Woxholth, Geir, *Foreningsrett med samvirkeloven* (4 utgave), Gyldendal, 2020.