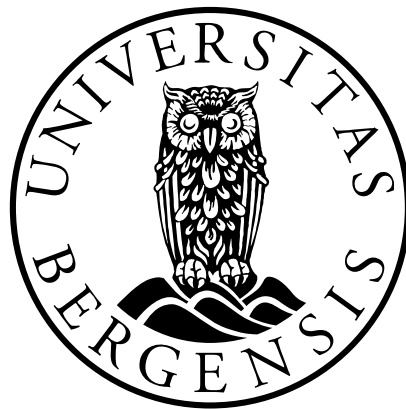


# Arbeidsgivers plikt til å legge forholdene til rette for intern varsling

*Betydningen av arbeidsgivers plikt etter arbeidsmiljøloven § 3-6 til å legge til rette for intern varsling gjennom varslingsrutiner for arbeidstakers varslingsrett og varslervern*

Kandidatnummer: 78

Antall ord: 14 977



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016



# Innholdsfortegnelse

<b>INNHOLDSFORTEGNELSE .....</b>	<b>2</b>
<b>1 TEMA, PROBLEMSTILLING, METODE OG BEGREPSAVKLARING .....</b>	<b>4</b>
1.1 INNLEDNING .....	4
1.2 PROBLEMSTILLING .....	5
1.3 AVGRENSNING AV OPPGAVEN .....	5
1.4 METODE OG RETTSKILDEBILDE .....	6
1.5 BEGREPSAVKLARING .....	7
1.5.1 Varsler og varslingsrutiner .....	7
1.5.2 Intern og ekstern varslingsrutiner .....	8
1.5.3 Forsvarlig varslingsrutiner .....	8
1.5.4 Kritikkverdige forhold .....	9
1.5.5 Ulovlig gjengjeldelse .....	9
1.6 DEN VIDERE FREMSTILLINGEN .....	9
<b>2 RETTSPOLITISKE HENSYN BAK LOVENS VARSLINGSREGLER .....</b>	<b>11</b>
2.1 HENSYNENE BAK ARBEIDSMILJØLOVENS REGULERING AV VARSLING .....	11
2.2 SÆRLIG OM HENSYNENE BAK ARBEIDSGIVERS TILRETTELEGGINGSPLIKT ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 3-6 .....	12
<b>3 ARBEIDSTAKERS VARSLINGSRETT OG VARSLERVERN ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN §§ 2-4 OG 2-5 .....</b>	<b>15</b>
3.1 INNLEDNING .....	15
3.2 ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å VARSLE OM "KRITIKKVERDIGE FORHOLD" ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 2-4(1) .....	15
3.3 KRAVET OM AT VARSLING SKAL SKJE PÅ EN "FORSVARLIG" MÅTE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 2-4(2) .....	16
3.3.1 Hvilke krav stilles til arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingsrutiner? .....	16
3.3.2 Arbeidstakers gode tro om opplysningenes riktighet .....	17
3.3.3 Intern varslingsrutiner før ekstern .....	18
3.3.4 Opplysningenes skadepotensiale .....	19
3.3.5 Opplysningenes allmenne interesse .....	20
3.4 ARBEIDSTAKERS VARSLERVERN: FORBUDET MOT GJENGJELDelse ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 2-5 .....	20
<b>4 ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å LEGGE TIL RETTE FOR INTERN VARSLING ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 3-6 .....</b>	<b>23</b>
4.1 INNLEDNING .....	23
4.2 OVERORDNET OM SYSTEMTILRETTELEGGINGSPLIKTEN I § 3-6 .....	23
4.3 NÅR PLIKTER ARBEIDSGIVER Å LEGGE TIL RETTE FOR INTERN VARSLING? .....	24
4.4 VARSLINGSRUTINERS KVALITATIVE UTFORMING OG INNHOLD .....	26
4.4.1 Hvilke krav stilles til varslingsrutiners utforming? .....	26
4.4.2 Hvilke krav stilles til varslingsrutiners innhold? .....	27
4.5 SÆRLIG OM ARBEIDS- OG SOSIALDEPARTEMENTETS FORSLAG TIL NY FORMULERING AV SYSTEMTILRETTELEGGINGSPLIKTEN .....	29

<b>5</b>	<b>BETYDNINGEN AV INTERNE VARSLINGSRUTINER FOR VARSLINGSRETTE OG VARSLERVERNET ETTER §§ 2-4 OG 2-5 .....</b>	<b>32</b>
5.1	INNLEDNING.....	32
5.2	BETYDNINGEN AV INTERNE VARSLINGSRUTINER VED FORSVARLIGHETSVURDERINGEN ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 2-4(2) .....	32
5.2.1	<i>Særlig om bevisbyrden i arbeidsmiljøloven § 2-4.....</i>	32
5.2.2	<i>Forsvarlig varsling når arbeidsgiver ikke har overholdt tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6.....</i>	33
5.2.3	<i>Betydningen av hensynet til forutberegnelighet ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) .....</i>	36
5.2.4	<i>Betydningen av hensynet til konflikthåndtering ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) .....</i>	37
5.2.5	<i>Arbeidsgivers egeninteresse i å avdekke kritikkverdige forhold.....</i>	37
5.2.6	<i>Oppsummering: Har tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 betydning ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4? .....</i>	39
5.3	BETYDNINGEN AV INTERNE VARSLINGSRUTINER VED BEVISVURDERINGEN ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 2-5 .....	39
5.3.1	<i>Særlig om bevisbyrden i arbeidsmiljøloven § 2-5.....</i>	39
5.3.2	<i>Bevisvurderingen når arbeidsgiver ikke har overholdt tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6.....</i>	40
5.3.3	<i>Betydningen av hensynet til forutberegnelighet ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5.....</i>	41
5.3.4	<i>Betydningen av dokumentasjon ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5 .....</i>	42
5.3.5	<i>Betydningen av hensynet til konflikthåndtering ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5(1) .....</i>	42
5.3.6	<i>Oppsummering: Har tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 betydning ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5? .....</i>	43
<b>6</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>44</b>
6.1	OPPSUMMERING OG SVAR PÅ PROBLEMSTILLINGEN .....	44
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>47</b>

# 1 Tema, problemstilling, metode og begrepsavklaring

## 1.1 Innledning

Arbeidstakeres varslingsrett og varslervern ble lovfestet i arbeidsmiljøloven<sup>1</sup> §§ 2-4 og 2-5 i 2007. Etter bestemmelsene har enhver som er "[a]rbeidstaker" rett til å varsle om "kritikkverdige forhold" i virksomheten han er ansatt i jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) og dersom arbeidstaker varsler om slike forhold på en "forsvarlig" måte jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) utløses et særskilt vern mot ulovlig gjengjeldelse fra arbeidsgiver jf. arbeidsmiljøloven § 2-5. Tross disse rettighetene hører vi likevel stadig om dårlig ytringsklima og steile konflikter mellom arbeidstakere og arbeidsgivere i forbindelse med og i kjølvannet av varslingsaker.

Siden lovfesting i 2007 har varslingsbestemmelsene og deres effektivitet vært undersøkt og evaluert flere ganger. Advokatfirmaet Arntzen de Besche gjennomgikk praksis knyttet til bestemmelsene i 2013. Den gang ble det konkludert med at varslingsbestemmelsene fungerer etter lovgivers hensikt.<sup>2</sup> Fafos siste rapporter tyder derimot på noe annet. Den 29. september 2016 la de fram resultatene av deres nyeste undersøkelser blant norske arbeidstakere om hvordan de opplever ytringsfriheten på arbeidsplassen.<sup>3</sup> Undersøkelsene viser at færre arbeidstakere enn tidligere oppnår endringer når de varsler, flere utsettes for represalier når de varsler, færre av de som tidligere har varslet oppgir at de vil varsle igjen, og flere begrunner sin motvilje mot å varsle med frykt for represalier. Funnene står i sterk kontrast til myndighetenes forsøk på å formidle at varsling er både lovlig og ønsket.<sup>4</sup>

I hvilken grad arbeidstakere faktisk er villige til å si fra om kritikkverdige forhold på sin arbeidsplass handler ikke først og fremst om den materielle og lovfestede retten til å varsle, men vel så mye om ytringskulturen på arbeidsplassen, den praktiske muligheten til å nå fram med kritikk internt og graden av risiko for gjengjeldelser. For å sikre at retten til å varsle og vernet mot gjengjeldelse etter loven er reelt har lovgiver lovfestet en systemtilretteleggingsplikt for arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven § 3-6. Etter bestemmelsen skal arbeidsgiver "i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet", "utarbeide rutiner" for intern varsling eller sette i verk "andre tiltak" som legger

---

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

<sup>2</sup> Arntzen de Besche, *Evaluering av varslingsbestemmelsene. En gjennomgang og analyse av rettspraksis og Sivilombudsmannens praksis*, 2013.

<sup>3</sup> Fafo-rapport 2016:32: *Ytringsbetingelser og varsling i Oslo universitetssykehus*, Fafo-rapport 2016:33: *Varsling og ytringsfrihet i norsk arbeidsliv 2016* og Fafo-rapport 2016:34: *Varsling og ytring blant medlemmer i sju fagforbund*.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7

forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold ”dersom forholdene i virksomheten tilsier det”. Bestemmelsen er foreløpig unik i europeisk sammenheng.<sup>5</sup>

Tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 innebærer at arbeidsgiver må ta aktivt grep for å sikre at arbeidstakers mulighet til å si fra er reell og at intern kritikk og opplysninger om kritikkverdige forhold håndteres på en god og forsvarlig måte i virksomheten. Plikten for arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 3-6 til å legge til rette for intern varsling gjennom varslingsrutiner og betydningen av at denne plikten etterleves er tema for denne oppgaven.

## 1.2 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er hvilken betydning arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling gjennom varslingsrutiner etter arbeidsmiljøloven § 3-6 har for *operasjonaliseringen* av arbeidstakers varslingsrett og varslervern jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5. Viktige spørsmål i denne forbindelse er hvilke krav til tilrettelegging arbeidsmiljøloven § 3-6 oppstiller, hvorvidt arbeidsmiljøloven § 3-6 oppnår sitt formål, og om de tre varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven i tilstrekkelig grad ses i sammenheng i praksis.

For å besvare problemstillingen vil det blant annet undersøkes hvilken betydning arbeidsgivers etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 har for *forsvarlighetsvurderingen* etter arbeidsmiljølovens § 2-4(2) første setning, og for *bevisvurderingen* ved påstand om ulovlig gjengjeldelse etter lovens § 2-5(1) andre setning.

Videre i oppgavens del 1 vil det foretas en avgrensning av oppgaven og redegjøres nærmere for rettskildebildet og valg av metode. Dernest vil begrepene varslere og varsling, intern og ekstern varsling, forsvarlig varsling, kritikkverdige forhold og ulovlig gjengjeldelse bli forklart.

## 1.3 Avgrensning av oppgaven

Varslingsbestemmelsens plassering i arbeidsmiljøloven må ikke forstås slik at varslingsretten kun gjelder arbeidsrettslige forhold. Innenfor selskapsretten kan varsling for eksempel anses som et verktøy for risikostyring hvor arbeidsmiljøloven § 3-6 har betydning for selskapers plikt til å sørge for en ”forsvarlig organisering” av virksomheten jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-12(1) andre setning.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Eriksen (red.), *Å bekjempe et samfunnsonde. Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*, 2014, s. 178

<sup>6</sup> Eriksen, *Arbeidstakers varslingsrett - et verktøy for eierstyring og selskapsledelse?* Arbeidsrett 01/2016, s. 39-50 (s. 39)

Tross varslingsinstituttets kompleksitet er de norske varslingsbestemmelsene likevel i de fleste tilfeller behandlet innenfor rammene av arbeidsretten, holdt opp mot reglene om arbeidstakeres alminnelige ytringsfrihet og lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. Varsling sett opp i mot andre rettsområder enn arbeidsretten, virksomheters plikt til selvregulering og etablering av interne rutiner for varsling, samt den rettslige betydningen av slike rutiner, er i mindre grad behandlet.<sup>7</sup>

Fordi arbeidstakers varslingsrett utgjør en særlig del av arbeidstakers generelle ytringsfrihet etter Grunnloven § 100 og EMK art. 10 er disse bestemmelsene relevante ved tolkning av arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser, men de er ikke tema for vidtrekkende behandling i oppgaven. Det er heller ikke arbeidstakers lojalitetsplikt.

Arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling etter arbeidsmiljøloven § 3-6 skal bidra til å operasjonalisere varslingsretten og varslervernet etter arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5. Disse to bestemmelsene er derfor relevante ved analyse av arbeidsmiljøloven § 3-6. Det er nødvendig å gjøre rede for innholdet av bestemmelsene og vilkårene ”kritikkverdige forhold” og ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4 og ”gjengjeldelse” jf. arbeidsmiljøloven § 2-5(1), men disse to bestemmelsene er ikke gjenstand for dyptgående analyse i oppgaven.

Opgaven vil redegjøre for skillet mellom ekstern og intern varsling, men oppgavens tyngde ligger på håndtering av varsling internt. Arbeidstakeres plikt til å varsle jf. for eksempel arbeidsmiljøloven § 2-3 behandles ikke.

## 1.4 Metode og rettskildebilde

Opgavens tema er metodisk utfordrende ettersom rettskildematerialet knyttet til de norske varslingsbestemmelsene ennå er begrenset. Selv om antallet saker relatert til varsling for domstolene har økt betydelig etter at arbeidsmiljøloven fikk lovfestede regler om varsling, har ingen av de tre varslingsbestemmelsene så langt vært behandlet i Høyesterett. Tross underrettspraksis sin manglende autoritet vil slik praksis derfor benyttes som eksempler og illustrasjon.<sup>8</sup>

Analysen av arbeidsmiljøloven § 3-6 vil i utgangspunktet gjøres ved tradisjonell rettdogmatisk metode og ved bruk av lovens forarbeider. Bestemmelsen er imidlertid dynamisk og formålsmotivert, noe som gjør en rettsrealistisk tilnærming med stor vekt på reelle hensyn, naturlig. Det mangelfulle rettskildebildet gjør at oppgaven ikke blir en ren fremstilling de lege lata, men til en viss grad også en

---

<sup>7</sup> En av få publikasjoner som behandler tilretteleggingsplikten er Birthe Eriksens avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d), *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, som ser varslingsretten i et selskapsrettslig perspektiv, og boken av Eriksen (red.), *Å bekjempe et samfunnsonde. Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*, 2014, som ser på sammenhengen mellom ulike sider av varsling og korrupsjon som fenomen.

<sup>8</sup> Nygård, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgåve, 2004, s. 210

fremstilling de sententia ferenda, det vil si den rettsoppfatning som anbefales lagt til grunn som gjeldende rett.<sup>9</sup>

Det vil ses hen til internasjonale kilder for argumenter. I Sverige trer en ny lov om varsling i kraft 1. januar 2017 og argumenter fra forarbeidene til denne vil benyttes. Argumenter vil også hentes fra britisk rett, uten at oppgaven er ment å være komparativ.

Opgavens tema er til en viss grad interdisiplinært. Det skyldes blant annet at varsling ikke bare er et rettslig tema, men også et organisasjonspsykologisk fenomen. Ettersom det forskes på varsling innen blant annet sosiologi og organisasjonspsykologi, er det relevant å trekke inn empiri og argumenter fra de nevnte disipliner, men kun som *tilleggsmoment* til bruken av juridiske kilder.

Jussen eksisterer ikke i et vakuum. Kunnskap om det jussen skal regulere er verdifullt. Det som er fremskaffet av relevant kunnskap innenfor andre fagområder er dermed relevant ved analyse av hvorvidt rettsregler oppnår sitt formål.<sup>10</sup>

## 1.5 Begrepsavklaring

### 1.5.1 Varsler og varsling

Hverken begrepet ”varsler” eller ”varsling” er legaldefinert i arbeidsmiljøloven eller i annet norsk regelverk. En rettslig definisjon av varsling kan likevel utledes av arbeidsmiljøloven § 2-4(1). Her fremgår det at varsling er en situasjon hvor en ”arbeidstaker” varsler om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten han er ansatt i. Status som varsler får altså den arbeidstaker som varsler i samsvar med vilkårene i arbeidsmiljøloven § 2-4, det er ikke opp til arbeidsgiver å ”gi” arbeidstaker status som varsler.

Varslingsreglenes plassering i arbeidsmiljøloven gjør at rettighetene gjelder for enhver ”arbeidstaker” slik vilkåret er definert i arbeidsmiljøloven § 1-8(1). Det er ”[a]rbeidsgiver” som plikter å sørge for at lovens bestemmelser overholdes jf. arbeidsmiljøloven § 2-1 jf. § 1-8(2).

Det fremgår ikke entydig av arbeidsmiljøloven, men det er et sentralt poeng at varsling ikke er betegnelse på den enkelte ytring om kritikkverdige forhold fremsatt av arbeidstaker, men betegnelse på en *prosess*. Dette er vektlagt i forarbeidene til forslaget om en egen varslingslov i Sverige.<sup>11</sup> I de

---

<sup>9</sup> Gisle, *Jusleksikon*, 4. Utgave, 2010, s.74

<sup>10</sup> Se f.eks. Bernt, *Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen*, Jussens Venner, 02/2002, s. 61-73 (s. 72) hvor forfatteren skriver at rettsvitenskapen ikke kan eksistere uten uttalte eller underforståtte teorier om hvordan et samfunn kan og bør organiseres, og om hvordan rettsregler kan og bør bidra til dette.

<sup>11</sup> SOU 2014:13: *Visselblåsare. Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden*.



svenske forarbeidene er *varslingsprosessen* beskrevet i fire steg.<sup>12</sup> Den begynner ofte med at en arbeidstaker gjør en observasjon eller mottar kunnskap om et mulig kritikkverdig forhold. Arbeidstaker vil deretter, i prosessens andre steg, normalt gjøre en vurdering av forholdets alvorlighet, basert på de bevis han har tilgjengelig og hans egen oppfatning av forholdet som farlig, ulovlig eller uetisk. Arbeidstaker foretar så, i prosessens tredje steg, et av tre valg: Han varsler, tier eller avslutter sitt arbeidsforhold.

Velger arbeidstaker å varsle og gjør dette i henhold til vilkårene i arbeidsmiljøloven § 2-4, er det etter arbeidsmiljøloven § 2-5 ulovlig for arbeidsgiver å utsette arbeidstaker for gjengjeldelser. Hva arbeidsgiver velger å gjøre med varselet er det siste steget i varslingsprosessen: Vil arbeidsgiver gjøre noe med varselet, og vil han straffe eller belønne arbeidstaker?<sup>13</sup> Lovgivers ønske er at arbeidsgiver skal håndtere varselet på en forsvarlig måte, endre eller stoppe det kritikkverdige forholdet og ikke straffe varsleren. Verktøyet som skal sikre dette er tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6.

### **1.5.2 Intern og ekstern varsling**

Varsling kan skje internt i virksomheten eller eksternt. Noen ganger starter varslingsprosessen internt, men flyttes eksternt fordi arbeidstaker opplever at han ikke kommer noen vei internt. Arbeidsmiljøloven § 2-4 regulerer både intern og ekstern varsling.

Intern varsling er når arbeidstaker varsler ”i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) eller på andre måter varsler internt for eksempel ved å ta opp spørsmål ”overfor kolleger, tillitsvalgte, representant for ledelsen osv.”<sup>14</sup>

Ekstern varsling kan skje på to måter. Arbeidstaker kan varsle ”til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) tredje setning eller arbeidstaker kan å gå ut offentlig med varselet, i media eller lignende.

### **1.5.3 Forsvarlig varsling**

Etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) første setning skal arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling være ”forsvarlig”. Vilkåret innebærer blant annet at arbeidstaker må være i aktsom god tro om at forholdet han varsler om både har faktisk grunnlag og er rettsstridig. Videre bør arbeidstaker, av hensyn til arbeidsgiver, forsøke å varsle internt før han vurderer å varsle eksternt. Ved forsvarlighetsvurderingen

---

<sup>12</sup> *Ibid.* s. 52-53

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50-51

er det også relevant å legge vekt på varselets skadepotensiale for arbeidsgiver og opplysningenes allmenne interesse. Det redegjøres ytterligere for forsvarlighetskravet i oppgavens punkt 3.3.

#### **1.5.4 Kritikkverdige forhold**

Det følger av arbeidsmiljøloven § 2-4(1) at arbeidstakers varslingsmåte må gjelde "kritikkverdige forhold". Vilkaaret tilsier at det finnes en nedre grense for hva som kan anses som et varsel. Det må være snakk om mer enn faglig uenighet.<sup>15</sup> Forhold som typisk oppfyller vilkaaret "kritikkverdige forhold" jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) er brudd på lovregler eller virksomhetens etiske retningslinjer, uforsvarlig saksbehandling, svikt i sikkerhetsrutiner, korrupsjon eller annen økonomisk kriminalitet, eller forhold som kan representere fare for liv eller helse. Det redegjøres ytterligere for innholdet av vilkaaret "kritikkverdige forhold" i oppgavens punkt 3.2.

#### **1.5.5 Ulovlig gjengjeldelse**

Dersom en arbeidstaker varsler i tråd med vilkaarene i arbeidsmiljøloven § 2-4 utløses et særlig vern for arbeidstaker mot ulovlig gjengjeldelse fra arbeidsgiver. Varslervernet er regulert i arbeidsmiljøloven § 2-5 hvor det fremgår at "[g]jengjeldelse" mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 er "forbudt". En "[g]jengjeldelse" er enhver negativ reaksjon overfor arbeidstaker som er en konsekvens av varslingen. Innholdet av arbeidsmiljøloven § 2-5 og vilkaaret "[g]jengjeldelse" behandles ytterligere i oppgavens punkt 3.4.

### **1.6 Den videre fremstillingen**

I oppgavens del 2 vil det gjøres rede for de rettspolitiske hensyn som ligger til grunn for arbeidsmiljølovens regler om varslingsmåte, herunder hvilke særlige hensyn arbeidsmiljøloven § 3-6 bygger på. På grunn av det mangelfulle rettskildebildet er hensynene bak varslingsbestemmelsene av særlig betydning for forståelsen av varslingsbestemmelsene.

I del 3 vil arbeidstakers varslingsrett etter arbeidsmiljøloven § 2-4 behandles, herunder særlig vilkaaret «kritikkverdige forhold» jf. § 2-4(1) og vilkaaret om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingsmåte må være «forsvarlig» jf. § 2-4(2) første setning. Dernest behandles forbudet mot ulovlig "[g]jengjeldelse" jf. arbeidsmiljøloven § 2-5.

Del 4 og 5 utgjør oppgavens hoveddeler. I del 4 redegjøres det for innholdet av arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varslingsmåte gjennom varslingsrutiner jf. arbeidsmiljøloven § 3-6, herunder hva

---

<sup>15</sup> *Ibid.* s. 51

varslingsrutiner må inneholde og hvordan de må utformes for å oppfylle lovens krav. I del 4 vil det også gis en kort redegjørelse for Arbeids- og sosialdepartementets forslag til ny formulering av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt og hva forslaget sier om lovgivers holdning til tilretteleggingsplikten.

I del 5 vurderes hvilken betydning arbeidsgivers etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 har for operasjonaliseringen av varslingsretten og varslervernet, særlig knyttet til *forsvarlighetsvurderingen* etter arbeidsmiljølovens § 2-4(2) første setning, og *bevisvurderingen* ved påstand om ulovlig gjengjeldelse etter lovens § 2-5(1) andre setning.

Avslutningsvis i del 6 oppsummeres oppgavens funn og problemstillingen besvares.

## 2 Rettspolitiske hensyn bak lovens varslingsregler

### 2.1 Hensynene bak arbeidsmiljølovens regulering av varsling

Hovedformålet med lovfesting av varslingsbestemmelsene var ”å signalisere at varsling er både lovlig og ønsket”.<sup>16</sup> Varslingsreglene skulle ”bidra til å styrke den reelle yringsfriheten i ansettelsesforhold” og ”fremme åpenhet og bidra til bedre yringsklima i den enkelte virksomhet”.<sup>17</sup>

Før lovfesting av varslingsbestemmelsene var arbeidstakeres yringsfrihet vernet av den alminnelige bestemmelsen om yringsfrihet i Grunnloven § 100 og EMK art. 10. Disse bestemmelsene verner alle borgeres yringsfrihet mot inngrep fra offentlige myndigheter og i betydelig utstrekning også mot inngrep fra private. Hensynet til demokrati, sannhetssøken og individets frie meningsdannelse, som ligger bak Grunnlovsfestingen av yringsfriheten, begrunner også varslingsreglene på et overordnet nivå, og taler for at arbeidstakere skal ha vid adgang til å ytre seg ”også om forhold som berører arbeidsgiver og selv om ytringene kan skade arbeidsgivers interesser”.<sup>18</sup>

Arbeidstakeres varslingsrett jf. arbeidsmiljøloven § 2-4 er en særregulering av arbeidstakeres yringsfrihet som begrenser seg til en bestemt ytringssituasjon, nemlig ytringer om ”kritikkverdige forhold” på arbeidsplassen, men som gir et sterkere vern enn det generelle vernet etter Grunnloven § 100 og EMK art. 10. Arbeidstakere som varsler i samsvar med arbeidsmiljøloven § 2-4 er vernet mot gjengjeldelser etter arbeidsmiljøloven § 2-5, bevisbyrden er delt ved tvist og det er egne erstatningsregler som gir adgang til oppreisning for arbeidstaker ved brudd på varslingsbestemmelsene.

Arbeidstakers varslingsrett og varslervern jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5 begrunnes, foruten i hensynene som ligger bak yringsfriheten generelt, i tillegg særlig med tre hensyn. For det første er det *i samfunnets interesse* at kritikkverdige forhold i en virksomhet, slik som ukultur, korrupsjon, uetisk eller skadelig aktivitet, blir avdekket.<sup>19</sup> I forarbeidene til varslingsbestemmelsene er det fremhevet at arbeidstakere, som ut fra den informasjon de får gjennom ansettelsesforholdet og ut fra sin faglige kompetanse, har en særlig innsikt i de spørsmål de arbeider med og derfor burde få ”anledning til å ytre seg i det offentlige rom”.<sup>20</sup> Det påpekes videre at varsling er et viktig virkemiddel for bedre

---

<sup>16</sup> *Ibid.* s. 7

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.* s. 16

<sup>19</sup> NOU 2004:05 s. 444

<sup>20</sup> *Ibid.*

kontroll med offentlige ytelser og ressursbruk og ”for å avdekke korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet” både i offentlig og privat virksomhet.<sup>21</sup>

For det andre er retten til å varsle viktig for å *ivareta arbeidsmiljøet*.<sup>22</sup> Arbeidsgiver er pliktig å sørge for at arbeidsmiljøet fullt ut er forsvarlig jf. arbeidsmiljøloven §§ 4-3 og 4-1 jf. 2-1. Arbeidstakers adgang til å ytre seg kritisk, og vernet mot gjengjeldelser, er i denne sammenheng av stor betydning, særlig for det psykososiale arbeidsmiljøet. I forarbeidene heter det at ”et åpent ytringsklima og gode reelle muligheter til å si fra om kritikkverdige forhold er et vesentlig trekk ved et godt arbeidsmiljø og en sunn bedriftskultur”.<sup>23</sup> En virksomhet med dårlig ytringsklima blir raskt en virksomhet med dårlig psykososialt arbeidsmiljø. Hensynene bak de mer generelle reglene om arbeidsmiljø er dermed relevante tolkningsmoment ved analyse av de spesielle varslingsreglene.

Det tredje og siste hensynet som vektlegges i forarbeidene er hensynet til *arbeidstakers medbestemmelsesrett*. Denne retten er angitt flere steder i lovverket, også på Grunnlovsnivå. I Grunnloven § 110 heter det at ”[n]ærmere bestemmelser om ansattes medbestemmelsesrett på sin arbeidsplass fastsettes ved lov”.

Et hensyn som ikke fremgår av de norske forarbeidene, men som er vektlagt i de over nevnte svenske forarbeidene er hensynet til *virksomhetens egne interesser*. Det anføres at et strekt varslervern vil kunne føre til sunnere konkurranse mellom virksomheter fordi økt innsyn i virksomhetene på grunn av varsling gjør det vanskeligere for virksomheter å skaffe seg konkurransefordeler ved hjelp av utilbørlige metoder.<sup>24</sup> At kritikkverdige forhold avdekkes og bringes til opphør har dessuten betydning for virksomhetens ressursbruk, måloppnåelse og rykte, og kan bidra til å unngå at arbeidsgiver kommer i ansvar på grunnlag av kritikkverdige forhold.<sup>25</sup> Dette er relevante argumenter også etter norsk rett.

## **2.2 Særlig om hensynene bak arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 3-6**

Det overordnede formålet med lovfestingen av systemtilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 er å sikre ”et åpent ytringsklima og gode *reelle* muligheter til å si fra om kritikkverdige forhold” (min kursivering).<sup>26</sup> Tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 skal altså sørge for at varslingsretten

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 33

<sup>22</sup> *Ibid.* s. 54

<sup>23</sup> *Ibid.* s. 46

<sup>24</sup> SOU 2014:13: *Visselblåsare. Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden*, s. 202

<sup>25</sup> Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, s. 51

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46

og varslervernet jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5 ikke blir illusoriske rettigheter. Arbeidsmiljøloven §§ 2-4, 2-5 og 3-6 henger etter dette nøye sammen og hensynene som begrunner varslingsretten og varslervernet jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5 begrunner også tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6. I tillegg er det andre hensyn som begrunner tilretteleggingsplikten spesielt.

Lovgiver anerkjenner i forarbeidene at ytringsfrihet i stor grad er ”et spørsmål om kultur og holdninger” hvor den viktigste innsatsen for å styrke den reelle ytringsfriheten for arbeidstakere må gjøres internt i virksomhetene.<sup>27</sup> Lovgiver ønsket ved lovfesting av arbeidsmiljøloven § 3-6 å sørge for at arbeidsgiver tar arbeidstakernes ytringsfrihet på alvor, og mente at en plikt for arbeidsgiver til å aktivt vurdere det interne ytingsklimaet og sette i verk tilretteleggingstiltak ville ”bidra til en økt bevissthet hos arbeidsgiver [...] og større innsikt og forståelse for at et godt ytingsklima er et gode for virksomheten”.<sup>28</sup> Det er ikke mulig for arbeidsgiver å legge forholdene til rette for intern varslings uten å kjenne til varslingsbestemmelsene og deres innhold. Tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 tvinger arbeidsgiver til å skaffe seg nødvendig kunnskap og til å sette arbeidstakernes ytringsfrihet på dagorden.

Et tungtveiende hensyn bak tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 er hensynet til forutberegnelighet. En arbeidstaker som blir klar over forhold han anser kritikkverdig har behov for å vite hvordan han skal gå frem med dette. Arbeidstaker kan være i tvil om det han har observert i det hele tatt er et kritikkverdig forhold, hvilken adgang han har til å varsle, hvem han skal eller kan snakke med, hvordan varsel håndteres av virksomheten, hva arbeidstaker bør gjøre hvis den som mottar opplysningene ikke gjør noe, og så videre.<sup>29</sup> Dersom arbeidsgiver har oppfylt sin plikt til å skape klarhet og forutberegnelighet gjennom varslingsrutiner eller andre tiltak, som er gjort kjent og tilgjengelig i virksomheten, vil arbeidstaker kunne føle seg tryggere på at hans eller hennes varsel vil bli forsvarlig håndtert og at varslingsrutinen ikke vil få negative konsekvenser for vedkommende selv.

Varslingsrutiner som sikrer forutberegnelighet mente lovgiver også ville kunne senke terskelen for å varsle. Dette støttes av empirisk forskning som viser at varslere i virksomheter som har interne varslingsrutiner i større grad oppnår å få endret de kritikkverdige forhold de varsler om, og i mindre grad utsettes for sanksjoner fra arbeidsgiver.<sup>30</sup> I forarbeidene heter det at interne varslingsrutiner vil kunne avverge at ”grunnløse mistanker og påstander får grobunn i virksomheten” og anses som ”et virkemiddel for arbeidsgiver til å avdekke og ordne opp i misligheter [...] straffbare og andre

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Fafo-rapport 2016:33 s. 40

kritikkverdige forhold”.<sup>31</sup> Tydelige varslingsrutiner bidrar slik til å hindre konflikt og konflikteskalering i forbindelse med i kjølvannet av en varslingsprosess.

Det er et uttalt mål i forarbeidene at det å ytre kritikk ikke skal ”betraktes som noe ekstraordinært i virksomheten, men tvert imot som en ordinær del av avviksrapportering, intern debatt, kommunikasjon mellom ledelse og medarbeidere, osv.”.<sup>32</sup> Håndteringen av kritikk bør skje på en slik måte at konfliktfylte varslings situasjoner ikke oppstår. Dette er målet med kravet om tilrettelegging for varsling generelt, og etablering av varslingsrutiner spesielt.

Samlet tilsier formålet bak arbeidsmiljøloven § 3-6 og de hensynene som bestemmelsen bygger på at tilretteleggingsplikten skal bidra til å *operasjonalisere* og *effektivisere* varslingsretten og varslervernet jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5.

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46

<sup>32</sup> *Ibid.*

# 3 Arbeidstakers varslingsrett og varslervern etter arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5

## 3.1 Innledning

I denne delen av oppgaven vil det gis en kort redegjørelse for de to bestemmelsene som arbeidsmiljøloven § 3-6 er ment å operasjonalisere, nemlig arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5. Det vil først redegjøres for innholdet i arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) og deretter for kravet om at varslingen skal skje på en ”forsvarlig” måte jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2). Til sist vil det gjøres rede for arbeidstakers varslervern og forbudet mot gjengjeldelse jf. arbeidsmiljøloven § 2-5(1).

## 3.2 Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4(1)

Arbeidsmiljøloven § 2-4(1) slår fast at enhver ”[a]rbeidstaker” har ”rett til å varsle” om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten. Bestemmelsen angir lovens utgangspunkt og hovedregel om varsling og omfatter både intern og ekstern varsling, både i private og offentlige virksomheter og for alle stillingskategorier.<sup>33</sup> Spørsmålet er hva som etter bestemmelsen kvalifiserer som ”kritikkverdige forhold”.

Ordlyden av vilkåret ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) tilsier forhold som er ulovlige, uetiske eller farlige og som er av en viss alvorlighet. I følge forarbeidene skal vilkåret i første rekke omfatte alle typer ”straffesanksjonerte forhold og mislighold av andre lovbestemte påbud eller forbud” som for eksempel korrupsjon, fare for pasienters liv og helse, farlige produkter eller dårlig arbeidsmiljø.<sup>34</sup> Dernest omfatter vilkåret ”brudd med virksomhetens egne etiske retningslinjer” så fremt disse er ”tydelig uttalte og er nedfelt i skriftlige dokumenter som er gjort kjent for ansatte og ledelse”.<sup>35</sup> I tillegg omfatter vilkåret brudd på ”alminnelige etiske standarder som det er bred tilslutning til i samfunnet”.<sup>36</sup>

Vilkåret ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) er vidtrekkende, og avgrenses kun mot rent faglig, politisk eller moralsk uenighet og forhold som ikke har allmenn interesse. Etter

---

<sup>33</sup> *Ibid.* s. 50

<sup>34</sup> *Ibid.* s. 7

<sup>35</sup> *Ibid.* s. 51

<sup>36</sup> *Ibid.*



forarbeidene omfattes ikke forhold som arbeidstaker mener er kritikkverdige ”ut fra sitt eget politiske syn eller sin egen etiske overbevisning”.<sup>37</sup> Slike ytringer regnes ikke som varsling etter arbeidsmiljøloven § 2-4, men omfattes av den alminnelige ytringsfriheten etter Grunnloven § 100 og EMK art. 10.

Grensedragningen er glidende. Forhold som i utgangspunktet ikke kvalifiserer som ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4 kan bli det hvis forholdet gjentas til stadighet, ikke rapporteres, eller ikke endres. Dette taler for at varslingsmottaker ved tvil om vilkåret er oppfylt bør behandle kritikk som et varsel, heller enn å ikke gjøre det, inntil forholdets karakter og alvorlighet er avklart. Vilkaåret er en rettslig standard som det er opp til rettspraksis å utvikle, så lenge det dreier seg om ”opplysninger som ikke er allment tilgjengelige, men som arbeidstaker har kommet til i kraft av ansettelsesforholdet”.<sup>38</sup>

Arbeidstaker mister ikke varslingsretten fordi *arbeidsgiver* allerede kjenner til forholdet det varsles om. Tap av varslingsretten grunnet arbeidsgivers kjennskap til de kritikkverdige forholdene ville medføre en vesentlig innskrenkning av både varslingsretten og varslervernet jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5 i strid med hensynene bak bestemmelsene.<sup>39</sup> Dersom arbeidsgiver ikke foretar seg noe må arbeidstaker kunne varsle gjentatte ganger, både internt og eksternt.

### **3.3 Kravet om at varsling skal skje på en ”forsvarlig” måte etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2)**

#### **3.3.1 Hvilke krav stilles til arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling?**

Retten til å varsle om ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) gjelder med den begrensning at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen må være ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) første setning. Vilkaårene er altså kumulative.

Ordlyden av vilkaåret ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) tilsier at arbeidstaker må varsle på en hensynsfull måte. I følge forarbeidene er vilkaåret ikke ment å begrense *retten* til å varsle, det skal kun stille visse krav til *måten* varslingen skjer på.<sup>40</sup> Det gjelder ingen formkrav til varselet, men varslingen

---

<sup>37</sup> *Ibid.* s. 51

<sup>38</sup> *Ibid.* s. 37

<sup>39</sup> Se LA-2009-57115 hvor lagmannsretten slår dette fast.

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

bør skje på en måte som gjør det mulig for varslingsmottaker å forstå at det er snakk om et varsel ved at det gir oppfordring til å handle eller foreta undersøkelser.<sup>41</sup>

Kravet til arbeidstakers fremgangsmåte er begrunnet i behovet for ivaretagelse av arbeidsgivers ”saklige og tungtveiende interesser” som i særlige tilfeller ikke bør vike for hensynene bak ytringsfriheten.<sup>42</sup> Varsling kan medføre at arbeidsgiver risikerer økonomisk tap, tap av kunder eller forretningsforbindelser, tap av ”goodwill”, eller at arbeidsmiljøet blir dårligere. Risikoen for skade ved varsling må gjelde virksomhetens *legitime* interesser.<sup>43</sup> Arbeidsgiver kan ikke bruke forsvarlighetskravet i arbeidsmiljøloven § 2-4(2) til å beskytte straffbar, lovstridig, uetisk eller skadelig virksomhet.<sup>44</sup>

Det skal ikke stilles strenge krav til arbeidstakers fremgangsmåte.<sup>45</sup> Det må være en ”vesentlig interesseovervekt i favør av arbeidsgivers interesser” for at arbeidstaker anses å ikke ha varslet på en forsvarlig måte.<sup>46</sup> Dette må ses i sammenheng med arbeidsmiljøloven § 2-4(3) hvor det fremgår at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med arbeidsmiljøloven § 2-4.

Hvorvidt arbeidstaker har varslet ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) beror på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering hvor vurderingstemaet i hovedsak er om arbeidstaker ”har forsvarlig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens saklige interesser med hensyn til måten det varsles på”.<sup>47</sup> Det er i forarbeidene angitt fire momenter som det skal legges særlig vekt på. Opplistingen er imidlertid ikke uttømmende. Det kan ikke utelukkes at det i konkrete tilfeller kan være andre momenter som bør tillegges vekt.<sup>48</sup> De fire momentene forarbeidene nevner er om arbeidstaker var i aktsom god tro om opplysningenes riktighet, hvorvidt forholdet ble forsøkt varslet om internt først, ytringens skadepotensiale for arbeidsgiver og opplysningenes allmenne interesse. I det følgende vil det redegjøres ytterligere for disse momentene.

### 3.3.2 Arbeidstakers gode tro om opplysningenes riktighet

At arbeidstaker er i ”aktsom god tro” om at det foreligger ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) kreves for å unngå at arbeidstaker går ut med ”grunnløse eller svakt funderte påstander” som kan skade arbeidsgivers interesser unødig.<sup>49</sup> Arbeidstaker må ha rimelig

---

<sup>41</sup> Se TBERG-2007-136244 ”Sandviken Sykehus” hvor flere påståtte varsler ble ansett som for diffuse og uten oppfordring til å handle. Se også Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, s. 34.

<sup>42</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 38

<sup>43</sup> Gravås, *Forsvarlig varsling*, *Arbeidsrett* 04/2007, s. 211-226 (s. 215)

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>45</sup> *Ibid.* s. 39

<sup>46</sup> *Ibid.* s. 39

<sup>47</sup> *Ibid.* s. 51

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

grunn til å tro ”ut fra sin posisjon og kompetanse og med de opplysninger som var tilgjengelige på det tidspunktet da varslingen skjedde” at opplysningene er riktige.<sup>50</sup> Arbeidstaker må være i god tro om at opplysningene både faktisk og rettslig representerer ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1).<sup>51</sup>

Hvor streng aktsomhet som kreves avhenger blant annet av ”arbeidstakerens stilling og faglige kompetanse, tidsaspektet og hva slags opplysninger det er tale om”.<sup>52</sup> Det er også relevant om ”arbeidstaker har gjort det han eller hun kan for å bringe riktige fakta på bordet”.<sup>53</sup> Kravet gjelder både når arbeidstaker selv har oppdaget kritikkverdige forhold og når en arbeidstaker varsler på grunnlag av opplysninger han har fått fra andre.

Dersom varselet bygger på grove uriktigheter og ”arbeidstaker skjønnte eller burde skjønne dette” trekker dette ”sterkt i retning av illojal opptreden”.<sup>54</sup> Varsling om forhold som ikke har grunnlag i faktiske forhold og som skader arbeidsgivers interesser vil etter dette kunne anses som et brudd på lojalitetsplikten og gi grunnlag for rettmessig oppsigelse eller avskjed.

### 3.3.3 Intern varsling før ekstern

Det er presisert i forarbeidene at kravet til forsvarlig framgangsmåte varierer etter hvem arbeidstaker varsler til.<sup>55</sup> Dette har sammenheng med graden av skaderisiko varslingen har for arbeidsgiver. Forsvarlighetskravet skjerpes ved ekstern varsling til offentligheten, altså ved varsling til media ”og andre kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets”.<sup>56</sup> Dersom arbeidstaker velger å varsle til offentligheten er det et tungtveiende vurderingsmoment om arbeidstaker først har forsøkt å varsle internt i virksomheten og slik gitt arbeidsgiver en mulighet til å rette opp i forholdet.<sup>57</sup> At varslingsrutiner er etablert i tråd med arbeidsmiljøloven § 3-6 medfører imidlertid ikke at arbeidstaker alltid må følge disse.<sup>58</sup>

Et lovhjemlet unntak fra kravet om å forsøke intern varsling først er dersom arbeidstaker velger å varsle direkte ”til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter” jf. arbeidsmiljøloven § 2-

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Vigerust, *Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven*. Arbeidsrett, 2007, s. 103-125 (s. 112)

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>53</sup> NOU 2004:5 s. 447

<sup>54</sup> *Ibid.* Se også Rt. 2003 s. 1624 ”Telenor” hvor avskjedigelse av arbeidstaker ble opprettholdt på grunn av lojalitetsbrudd. Arbeidstaker hadde fremsatt grove og grunnløse beskyldninger om uetisk opptreden og alvorlige straffbare forhold begått av ledende medarbeidere.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Jakhelln, *Arbeidsmiljølovens regler om varsling. Er varsleres rettsvern en realitet, eller en illusjon - eller «tar man spilleren, og ikke ballen»?* Varslerbok 2010, s. 432

4(2) tredje setning. Dette er alltid ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4 (2) første setning. I tillegg er det flere grunner til at å varsle internt først ikke alltid er hensiktsmessig.

Kravet om å varsle internt først gjelder ikke ”dersom opplysningene gjelder kriminelle eller andre alvorlige forhold”,<sup>59</sup> eller dersom arbeidstaker hadde grunn til å tro at intern varsling ville være uhensiktsmessig for eksempel fordi den som varslingsrutinene angir som varslingsmottaker er innblandet i det kritikkverdige forholdet.

Å først varsle internt vil også kunne anses uhensiktsmessig ”hvis arbeidstaker har grunn til å tro at [varslingen] i seg selv kan medføre gjengjeldelser”, for eksempel på grunn av framsatte ”trusler eller andre uttalelser fra kolleger eller ledelse” eller fordi ”andre ansatte har blitt utsatt for slik gjengjeldelse”.<sup>60</sup> Det generelle ytringsklimaet i virksomheten kan også tilsi at varsling internt er uhensiktsmessig, selv om det ikke foreligger konkrete trusler eller eksempler på gjengjeldelser.<sup>61</sup>

Varsling internt må videre kunne anses uhensiktsmessig dersom det er ”behov for å handle raskt, for eksempel på grunn av fare for bevisforspillelse eller fare for liv eller helse”.<sup>62</sup> Intern varsling kan også anses uhensiktsmessig ”hvis arbeidstaker eller kolleger tidligere har tatt opp samme, tilsvarende eller andre kritikkverdige forhold uten at noe er skjedd”.<sup>63</sup>

I alle tilfeller er det uansett alltid ”forsvarlig” å varsle ”i samsvar med [...] virksomhetens rutiner for varsling” jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4(2) jf. 3-6. Dersom arbeidsgiver ønsker at arbeidstaker først og fremst skal varsle internt bør arbeidsgiver derfor etablere varslingsrutiner i tråd med kravene i arbeidsmiljøloven § 3-6.

### 3.3.4 Opplysningenes skadepotensiale

Det tredje momentet som skal vektlegges i forsvarlighetsvurderingen er opplysningenes skadepotensiale.<sup>64</sup> Dette henger sammen med hensynet til å beskytte arbeidsgivers interesser. Jo mer skadelige opplysningene er for arbeidsgivers interesser, jo strengere blir kravet til forsvarlig fremgangsmåte ved varslingen.

Motsetningsvis kan varsler basert på opplysninger med stort skadepotensiale også utgjøre en større fare for gjengjeldelse for varsleren og derfor gjøre at arbeidstaker, med rette, kan velge å varsle eksternt uten først å varsle internt. Momentet kan dermed vektas i begge retninger.

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

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

<sup>64</sup> *Ibid.*

### 3.3.5 Opplysningenes allmenne interesse

Varslingsbestemmelsene er, som nevnt i oppgavens punkt 2.1, blant annet begrunnet i hensynet til samfunnets interesse i å få avdekket og stoppet kritikkverdige forhold. Slik allmenn interesse har varsling som for eksempel gjelder ”kriminelle forhold, opplysninger av betydning for allmennhetens kontroll med offentlig forvaltning eller kvaliteten på varer og tjenester”.<sup>65</sup> En forutsetning er at forholdet har saklig sammenheng med virksomheten.<sup>66</sup>

Hensynet til samfunnets interesse i å få avdekket kritikkverdige forhold veier særlig tungt i forsvarlighetsvurderingen, slik at kravet om allmenn interesse ikke skal vurderes strengt.<sup>67</sup> Det er kun forhold av ren intern eller personlig interesse, slik som interne personkonflikter, som faller utenfor.<sup>68</sup>

Hensynet til opplysningenes allmenne interesse har størst rettslig og praktisk betydning for vurderingen av om det er forsvarlig å varsle *eksternt*, særlig til media. Har opplysningene varsleren besitter allmenn interesse kan dette til dels veie opp for opplysningenes skadepotensiale og det faktum at arbeidstaker ikke først har varslet internt.

Hensynet til samfunnets interesse er også vektlagt med tyngde i flere internasjonale konvensjoner hvor varsling fremheves som et viktig verktøy for avdekking av økonomisk kriminalitet og korrupsjon.<sup>69</sup>

## 3.4 Arbeidstakers varslervern: Forbudet mot gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven § 2-5

Arbeidsgiver har kompetanse til å ta beslutninger som direkte eller indirekte har betydning for det individuelle arbeidsforhold og dermed den enkelte arbeidstaker. Dette kalles arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten er ulovfestet og anerkjent som selvstendig rettsnorm både i rettspraksis,<sup>70</sup> juridisk litteratur og tariffavtalepraksis, og gir arbeidsgiver rett til å lede, organisere, kontrollere og fordele arbeidet og til å fastsette hvem som kan uttale seg om hva på vegne av virksomheten.<sup>71</sup> Styringsretten utøves innenfor de begrensninger som følger av arbeidsavtalen, tariffavtale, det alminnelige saklighetskravet og arbeidsmiljølovens regler.<sup>72</sup>

---

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Gravås, *Forsvarlig varsling*, *Arbeidsrett* 04/2007, s. 211-226 (s. 218)

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Se Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 14. november 1999, OECDs konvensjon om bekjempelse av bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestemenn av 15. februar 2009 og FNs konvensjon mot korrupsjon av 31. oktober 2003, alle ratifisert av Norge.

<sup>70</sup> Rt. 1977 s. 903 ”Hammerverk”

<sup>71</sup> Rt. 2000 s. 1602 ”Nøkk”

<sup>72</sup> Rt. 2001 s. 418 ”Kårstø”. Se også Hirst og Lønneid, *Arbeidsrett i et notteskall*, 2015, s. 25

Som utgangspunkt har arbeidsgiver i kraft av styringsretten rett til å reagere negativt overfor, eller (på visse vilkår) kvitte seg med arbeidstakere som ikke følger virksomhetens retningslinjer eller som skader virksomheten.<sup>73</sup> Varsling kan, som påpekt i oppgavens punkt 3.3, skade arbeidsgivers interesser, men hvis arbeidstakers varsling oppfylder vilkårene i arbeidsmiljøloven § 2-4 medfører dette en viktig begrensning i styringsretten. Denne begrensningen fremgår av arbeidsmiljøloven § 2-5(1) første setning, hvor det heter at "[g]jengjeldelse" mot arbeidstaker som "varsler i samsvar med § 2-4" er "forbudt".

En viktig presisering i forarbeidene er at arbeidsmiljøloven § 2-5 ikke skal tolkes antitetisk.<sup>74</sup> Dette betyr at selv om en arbeidstaker ikke har varslet i tråd med vilkårene i arbeidsmiljøloven § 2-4 gir det ikke arbeidsgiver uten videre rett til å utøve gjengjeldelser. Det må alltid foretas en selvstendig vurdering av arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling.

Ordlyden av "[g]jengjeldelse" jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 tilsier en handlingen som har negativ virkning for den arbeidstaker handlingen er rettet mot og som skjer som reaksjon på arbeidstakers varsling. Vilkåret skal i følge forarbeidene forstås vidt og omfatte enhver "ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling".<sup>75</sup> Dette innebærer et krav om *årsakssammenheng* mellom arbeidstakers varsling og den negative reaksjonen fra arbeidsgiver.

De reaksjoner som etter forarbeidene kan anses som "[g]jengjeldelse" etter arbeidsmiljøloven § 2-5 er både "formelle sanksjoner som oppsigelse, suspensjon og avskjed" og mer uformelle reaksjoner slik som "endringer i arbeidsoppgaver, interne overføringer" eller at "arbeidstaker «kalles inn på teppet» og får instruksjoner eller advarsler".<sup>76</sup> Dette er reaksjoner som arbeidstaker normalt kan utøve i kraft av styringsretten, men som på grunn av varslingssituasjonens ekstraordinære karakter blir ulovlige.<sup>77</sup>

Også unnlaterelser kan være "[g]jengjeldelse" etter arbeidsmiljøloven § 2-5, og flere negative reaksjoner og hendelser, fra flere ulike personer, kan kumuleres og samlet oppfylle vilkåret. Dette ble blant annet lagt til grunn i en granskingsrapport av "Monika-saken".<sup>78</sup>

Vernet mot gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven § 2-5 gjelder på alle stadier i varslingsprosessen, også ved gjengjeldelse mot arbeidstaker som "gir til kjenne at retten til å varsle etter § 2-4 vil bli brukt" jf. arbeidsmiljøloven § 2-5(2) ved for eksempel å foreta undersøkelser, kopiere dokumenter eller true med å varsle hvis det kritikkverdige forholdet ikke endres.<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> Skjønberg og Hognestad, *Individuell Arbeidsrett*, 2014, s. 68-69

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 53

<sup>75</sup> *Ibid.* s. 52

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Se som eksempel TOBYF-124301/RG- 2008-53 "E-postkjennelsen".

<sup>78</sup> Fougner, "Monika-saken". *Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling*, 2015, s.102

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 53

Forbudet mot gjengjeldelse i arbeidsmiljøloven § 2-5 er generelt og supplerer og overlapper delvis med flere andre bestemmelser som også beskytter arbeidstaker. En arbeidstaker som på en forsvarlig måte varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen vil for eksempel også være beskyttet mot ”[g]jengjeldelse” jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 etter arbeidsmiljøloven § 4-3(3). Bestemmelsen forbyr trakassering og mobbing av ulik art, både fra arbeidsgivers og arbeidstakers side, mellom overordnet og underordnet, og mellom ansatte på samme plan. En oppsigelse som er en ”[g]jengjeldelse” etter arbeidsmiljøloven § 2-5 er dessuten også usaklig etter arbeidsmiljøloven § 15-7.

Det er ikke slik at enhver negativ handling fra arbeidsgivers side alltid er en ”[g]jengjeldelse” jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 fordi den skjer i forbindelse med eller i kjølvannet av en varslingsprosess. Det er vanskelig å oppstille en nedre grense for hva som kan anses som en gjengjeldelseshandling, men vilkåret må avgrenses mot handlinger som ikke er begrunnet i varslingen, men i virksomhetens legitime behov. Bestemmelsen hindrer ikke arbeidsgiver i å ta til motmæle eller i å iverksette tiltak for å avdekke motsigende bevis.<sup>80</sup> Arbeidstaker er heller ikke vernet mot oppsigelse eller andre reaksjoner som er saklig begrunnet i annet enn varslingen.<sup>81</sup> Da vil det ikke være en ”[g]jengjeldelse” etter arbeidsmiljøloven § 2-5.

Arbeidsmiljølovens gjengjeldelsesforbud er svært viktig. Undersøkelser viser at til tross for varslervernet jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 synes arbeidstakere å løpe en personlig risiko ved å varsle. I Fafos undersøkelse fra 2016 rapporterer 25 prosent av de som hadde varslet at de fikk ”bare eller overveiende negative sanksjoner” og ytterligere 20 prosent svarte at de ”fikk både positive og negative reaksjoner”.<sup>82</sup> Et effektivt varslervern som ikke bare står i loven, men som også fungerer i praksis er derfor en forutsetning for at *varslingsretten* jf. arbeidsmiljøloven § 2-4 skal være reell. Dette skal tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 bidra til.

---

<sup>80</sup> *Ibid.* s. 52

<sup>81</sup> Se for eksempel LE-2013-69297 hvor lagmannsretten kom til at oppsigelsen var saklig begrunnet i arbeidstakers gjentatte instruksbrudd og ordrenekt.

<sup>82</sup> Fafos-rapport 2016:33 s. 49-50

## **4 Arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling etter arbeidsmiljøloven § 3-6**

### **4.1 Innledning**

Gjennomgangen av arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5 i oppgavens del 3 viser at både varslingsretten og varslervernet formelt sett er sterkt, men som allerede påpekt er de materielle rettighetene alene ikke tilstrekkelige for at arbeidstaker skal tørre å varsle. Varslingsaktiviteten i en virksomhet avhenger av hvorvidt det er praktisk mulig å varsle enkelt og risikofritt. Som nevnt skal tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 bidra til dette.

I denne delen av oppgaven vil det redegjøres for innholdet av systemtilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6, når plikten utløses, hvilke krav til tiltak bestemmelsen stiller og hvordan varslingsrutiner må utformes og hva de må inneholde for at tilretteleggingsplikten skal kunne anses overholdt. Til sist vil Arbeids- og sosialdepartementets forslag til ny formulering av tilretteleggingsplikten presenteres og kort kommenteres.

### **4.2 Overordnet om systemtilretteleggingsplikten i § 3-6**

Det følger av arbeidsmiljøloven § 3-6 at arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling er en del av arbeidsgivers generelle plikt til å jobbe med ”det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet”. Formuleringen er en indirekte henvisning til internkontrollforskriften<sup>83</sup> og arbeidsmiljøloven § 3-1 om arbeidsgivers generelle plikt til å utføre internkontroll med risikoforholdene knyttet til helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten.<sup>84</sup> Tilrettelegging skal dermed gjøres i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte jf. arbeidsmiljøloven § 3-1(1) siste setning, for å sikre at tiltakene har legitimitet og dermed blir effektive.<sup>85</sup> Dette er også i tråd med hensynet til arbeidstakers medbestemmelsesrett.<sup>86</sup>

Henvisningen i arbeidsmiljøloven § 3-6 til § 3-1 understreker at arbeidet med å legge forholdene til rette for varsling er like viktig som alt annet helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheten, og at det etter omstendighetene kan være nødvendig ”at det lages et system internt i virksomhetene for

---

<sup>83</sup> Forskrift 12. juni 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften)

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 47 og 54

<sup>85</sup> *Ibid.* s. 54

<sup>86</sup> Se oppgavens punkt 2.2.



hvordan arbeidstakerne kan melde fra om kritikkverdige forhold” for å oppfylle kravet i arbeidsmiljøloven § 3-1.<sup>87</sup>

Som redegjort for under oppgavens punkt 2.1 må arbeidsmiljøloven § 3-6 også ses i sammenheng med kravene til et fullt ut forsvarlig fysisk og psykososialt arbeidsmiljø jf. arbeidsmiljøloven §§ 4-3 og 4-1.<sup>88</sup> Arbeidsmiljøloven § 3-6 kan etter dette anses som en *spesialregulering* av en plikt som allerede følger av flere andre bestemmelser.<sup>89</sup> Spørsmålet er hvordan arbeidsgiver kan etterleve tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6.

### 4.3 Når plikter arbeidsgiver å legge til rette for intern varsling?

Det følger av arbeidsmiljøloven § 3-6 at ”dersom forholdene i virksomheten tilsier det” skal arbeidsgiver ”utarbeide rutiner” eller sette i verk ”andre tiltak” som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten ”i samsvar med § 2-4”. Spørsmålet er først hvilke forhold som utløser tilretteleggingsplikten.

Plikten er skjønnsmessig formulert. Lovgiver benytter en avansert lovgivningsteknikk, ofte kalt refleksiv lovgivningsteknikk, hvor lovgiver pålegger virksomheter å regulere seg selv ved at lovgiver definerer formålet som skal ivaretas, men overlater til virksomhetene hvordan de ved selvregulering skal oppnå formålet.<sup>90</sup> Denne typen lovgivning brukes i et preventivt perspektiv, med mål om at virksomhetens selvregulering skal redusere ulike risikoforhold.<sup>91</sup> Arbeidsmiljøloven § 3-6 må etter dette tolkes i lys av bestemmelsens formål og hensynene den bygger på.

Det kan utledes av ordlyden i inngangsvilkåret ”dersom forholdene i virksomheten tilsier det” og kravet om at tilretteleggingen må være ”i samsvar med § 2-4” at arbeidsmiljøloven § 3-6 regulerer en absolutt plikt for arbeidsgiver til å *vurdere* om tilretteleggingstiltak behøves. Dernest regulerer arbeidsmiljøloven § 3-6 en relativ plikt til å *implementere* tiltak. Det følger av forarbeidene at ved implementering av tilretteleggingstiltak må disse være *tilpasset* den bestemte virksomhetens risikoforhold og *egnet til* å fremme varslingsreglens formål.<sup>92</sup> Hva slags tiltak som velges er underordnet så lenge dette formålet oppnås.

I vurderingen av behovet for tiltak skal arbeidsgiver undersøke mulige risikoforhold i lys av virksomhetens art, for eksempel ”mulighetene for korrupsjon eller fare for liv eller helse til

---

<sup>87</sup> NOU 2004:5 s. 451

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 54

<sup>89</sup> *Ibid.* s. 47

<sup>90</sup> Eriksen [Taraldset], *Selvregulering som sivil- og strafferettslig reguleringsmekanisme for forebygging og avdekking av korrupsjon*, Tidsskrift for strafferett 01/2011, s. 6-43 (s. 9)

<sup>91</sup> Eriksen [Taraldset], *Arbeidsrett- eller eierstyring og selskapsledelse?* Arbeidsrett 01/2010, s. 66-74 (s. 68)

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 54 og Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, s. 395

pasienter”.<sup>93</sup> Alle forhold som påvirker arbeidstakernes helse-, miljø- og sikkerhet jf. arbeidsmiljøloven § 3-1 er relevante. Arbeidsgiver har særlig oppfordring til å iverksette tiltak dersom det i virksomheten har vært konkrete tilfeller hvor ”saklig kritikk avvises, sanksjonerer eller ikke tas alvorlig”.<sup>94</sup>

At det ”foreligger konkrete mistanker om kritikkverdige forhold eller at det har vært konkrete situasjoner som har vist at det er behov for at det gjøres noen grep i virksomheten” er likevel ikke en forutsetning for at tiltak skal iverksettes.<sup>95</sup> En teoretisk mulighet er tilstrekkelig for å utløse tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6. Det skal ikke være en høy terskel for at plikten til å sette i verk tiltak gjør seg gjeldende.<sup>96</sup>

Dersom ”forholdene i virksomheten tilsier” at tiltak bør iverksettes har arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 3-6 to alternative valg. Arbeidsgiver kan enten ”utarbeide rutiner” eller sette i verk ”andre tiltak” som ”legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten” jf. arbeidsmiljøloven § 3-6. Spørsmålet er hvilke ”andre tiltak” enn varslingsrutiner arbeidsmiljøloven § 3-6 åpner opp for.

Loven gir ingen veiledning om hvilke ”andre tiltak” enn utarbeiding av varslingsrutiner som oppfyller tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6, men i forarbeidene angis det som eksempel at arbeidsgiver kan ta opp spørsmålet om hvordan intern kritikk skal håndteres ”systematisk eller regelmessig [...] i medarbeidersamtaler, møter, informasjon og drøftelse”.<sup>97</sup>

I følge lovforarbeidene er det først og fremst i ”ukompliserte” virksomheter med få ansatte at det vil kunne være mer hensiktsmessig å iverksette ”andre tiltak” enn å utarbeide interne varslingsrutiner, av hensyn til å skåne små og enkle virksomheter fra unødvendige byråkratiske byrder.<sup>98</sup> Dette betyr ikke at de ukompliserte virksomhetene er unntatt reglene i arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5, og heller ikke at slike virksomheter aldri vil ha behov for interne varslingsrutiner. Det er risikovurderingen som avgjør behovet for tiltak og varslingsrutiner, ikke antall ansatte.<sup>99</sup> En virksomhet med få ansatte kan forvalte store verdier og være utsatt for kriminelle og uetiske handlinger akkurat som større virksomheter. Poenget er at for slike virksomheter kan mer ”enkelstående informasjonstiltak” være tilstrekkelig for å oppnå lovens formål.<sup>100</sup>

En språklig fortolkning av arbeidsmiljøloven § 3-6 sett i lys av forarbeidene og bestemmelsens formål tilsier etter dette at tilretteleggingsplikten er vidtrekkende og ment å omfatte så og si alle virksomheter

---

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 54

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*

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

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

<sup>99</sup> Eggen, *Arbeidsgivers tilrettelegging for varsling*, *Arbeidsrett* 01/2009, s. 1-45 (s. 22)

<sup>100</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 47

som er pliktsubjekter etter arbeidsmiljøloven. Dette, sett i sammenheng med hensynene som begrunner arbeidsmiljøloven § 3-6, å skape forutberegnelighet, å sikre reell mulighet for arbeidstaker til å si fra om kritikkverdige forhold, og å bedre yringsklimaet, samt målet om å senke terskelen for varsling, taler for at også de ”ukompliserte” virksomhetene bør ha interne varslingsrutiner.

I følge forarbeidene vil det i de fleste tilfeller hvor forholdene i virksomheten tilsier at det er behov for tilretteleggings tiltak være mest naturlig å ”utarbeide rutiner for intern varsling” jf. arbeidsmiljøloven § 3-6.<sup>101</sup> Videre i oppgaven vil kun interne varslingsrutiner behandles ettersom dette er det mest praktiske og aktuelle tiltaket arbeidsgiver kan iverksette for å etterleve tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6.

## **4.4 Varslingsrutiners kvalitative utforming og innhold**

Spørsmålet er hvordan interne varslingsrutiner må utformes og hva de må inneholde for at tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 skal anses overholdt. Problemstillingen kan deles i tre. Hvilke krav stiller arbeidsmiljøloven § 3-6 til utforming og implementering av varslingsrutiner i virksomheten? Hvilke krav stiller bestemmelsen til regulering av varslingsprosessen og arbeidstakers fremgangsmåte? Og hvilke krav stilles til arbeidsgivers saksbehandling av mottatte varsel?

Hverken arbeidsmiljøloven § 3-6 eller arbeidsmiljøloven for øvrig gir noen *direkte* veiledning om hvordan varslingsrutiner skal utformes eller hva de skal inneholde. Noen minimumskrav kan likevel utledes fra lovteksten, forarbeidene, tilretteleggingsplikten formål og hensynene bak varslingsbestemmelsene.

### **4.4.1 Hvilke krav stilles til varslingsrutiners utforming?**

Spørsmålet er først hvilke krav arbeidsmiljøloven § 3-6 stiller til utforming og implementering av varslingsrutiner i virksomheten. Vilåret ”rutiner” jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 er i forarbeidene definert på to ulike måter. Vilåret kan forstås som ulike former for ”retningslinjer, instruksjoner, reglementer” eller lignende,<sup>102</sup> eller som ”prosedyrer for varsling og håndtering av kritiske ytringer i virksomheten som er nedfelt i reglementer, instruksjoner, avtaler, prosedyrer mv.”<sup>103</sup> Det kan utledes av dette at det avgjørende ikke er hvordan varslingsrutinene fysisk er utformet, men hva de inneholder og gir svar på.

---

<sup>101</sup> *Ibid.* s. 46

<sup>102</sup> *Ibid.* s. 54

<sup>103</sup> *Ibid.* s. 52

Varslingsrutiner bør i følge forarbeidene ”være skriftlige”, ”tilgjengelige og gjort kjent for alle ansatte”.<sup>104</sup> Formålet bak arbeidsmiljøloven § 3-6 om å styrke den reelle yringsfriheten i ansettelsesforhold oppnås ikke dersom arbeidstaker ikke er eller kan gjøre seg kjent med hvordan han går fram for å varsle. Varslingsrutiner som ikke er gjort kjent for arbeidstaker har ingen funksjon. Det samme kan sies om varslingsrutiner som ikke etterleves i virksomheten og som ikke jevnlig evalueres og revideres for å sikre at de oppnår sitt formål.<sup>105</sup> At varslingsrutiner er skriftlige gjør det dessuten lettere å dokumentere at tilretteleggingsplikten er overholdt.

Varslingsrutiner kan ikke stride med alminnelige arbeidsrettslige regler og prinsipper eller annen relevant lovgivning. Fordi varslingsretten etter arbeidsmiljøloven § 2-4 er ufravikelig jf. arbeidsmiljøloven § 1-9 kan varslingsrutiner ikke være utformet på en måte som begrenser varslingsretten. Rutinene kan heller ikke begrense yringsfriheten mer enn det som følger av Grunnloven § 100(3). Dersom varslingsrutiner rettsstridig begrenser varslingsretten kvalifiserer dette som ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1).

#### 4.4.2 Hvilke krav stilles til varslingsrutiners innhold?

Spørsmålet er så hvilke krav arbeidsmiljøloven § 3-6 stiller til regulering av selve varslingsprosessen og arbeidstakers fremgangsmåte. Henvisningen i arbeidsmiljøloven § 3-6 til arbeidsmiljøloven § 2-4 tilsier at varslingsrutiner bør opplyse om arbeidstakers rett til å varsle etter arbeidsmiljøloven § 2-4.<sup>106</sup> At varsling ”i samsvar med [...] virksomhetens rutiner for varsling” uten videre er ”forsvarlig” etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) første setning tilsier at varslingsrutiner må beskrive en fremgangsmåte som *gjør det mulig* for arbeidstaker å oppfylle vilkåret om ”forsvarlig” varsling. Informasjon om dette bidrar til å skape forutberegnelighet for arbeidstaker og bidrar til å hindre konflikt om varslingers forsvarlighet. Varslingsrutiner som frigjør arbeidstaker fra valg om fremgangsmåte for intern varsling kan dessuten bidra til å senke terskelen for å varsle.<sup>107</sup>

Hensynet til forutberegnelighet og konflikthåndtering tilsier at det i varslingsrutiner bør redegjøres for hva ”kritikkverdige forhold” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1) eksempelvis kan være. Fafos undersøkelse fra 2016 viser at majoriteten av norske arbeidstakere ikke vet hva som kvalifiserer som ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4(1).<sup>108</sup> Varslingsrutiner kan klargjøre dette. En sammenfallende forståelse for vilkårets innhold hos arbeidstaker og arbeidsgiver, som er i tråd med loven, kan dessuten hindre konflikt og uenighet om hva som er en varslingssak og hva som ikke er det. Manglende

---

<sup>104</sup> *Ibid.* s. 54

<sup>105</sup> Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, s. 411

<sup>106</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 54

<sup>107</sup> Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, s. 423

<sup>108</sup> Fafo-rapport 2016:33 s. 30

konsensus kan føre til at arbeidstakere enten lar være å varsle eller at varsler stopper opp i systemet fordi varslingsmottaker ikke oppfatter saken som et varsel.

Rutinene bør redegjøre for virksomhetens etiske retningslinjer fordi brudd på disse er å anse som ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4(1).<sup>109</sup> Det bør dessuten presiseres at ulovlige gjengjeldelseshandlinger er å anse som ”kritikkverdige forhold” ettersom slike handlinger både er brudd på ytringsfriheten og arbeidsmiljøloven §§ 2-5 jf. 2-4.<sup>110</sup>

Varslingsrutinene bør videre angi hvem det kan varsles til, når det skal varsles og hvilke alternative varslingskanaler som kan brukes. Varslingsmottaker bør være navngitt i rutinene og kan typisk være et verneombud, en ansatt i en bestemt stilling eller en særlig utnevnt oppdragstaker, for eksempel en advokat.<sup>111</sup> Selv om denne oppdragstakeren er ekstern, altså ikke ansatt i virksomheten, regnes varslingsmottaker til vedkommende som intern varslingsmottaker.<sup>112</sup> Det samme gjelder eksternt opprettede varslingsmottak.

En varslingsrutine kan og bør ha flere ”spor”. Varslingsrutiner kan i utgangspunktet oppfordre til å første og fremst varsle ”i linjen”, det vil si til nærmeste overordnede.<sup>113</sup> Dette vil være varslingsrutinens ”normalspor”. Varslingsrutinene bør også alltid angi en alternativ varslingskanal, et ”ekstraordinært spor”, for de situasjoner hvor arbeidstaker føler seg tvunget til å tre ut av linjen for eksempel fordi nærmeste leder er involvert i de kritikkverdige forhold.<sup>114</sup>

Det er viktig at varslingsmottaker er habil og uavhengig slik at arbeidstaker kan ha tillit til håndteringen av varsel og ikke frykte gjengjeldelse. Varslingsmottaker må dessuten ha en stilling som gir reell mulighet til å gjøre noe med de kritikkverdige forhold som det varsles om. For å sørge for habilitet og handlekraft bør det være flere alternative varslingsmottakere på flere nivå i virksomheten.

Spørsmålet er til sist hvilke krav arbeidsmiljøloven § 3-6 stiller til arbeidsgivers eller varslingsmottakers saksbehandling av mottatte varsel. Hensynet til forutberegnelighet og hensynet til forsvarlig og konfliktpreventiv håndtering av varsel tilsier at varslingsrutiner bør regulere arbeidstakers adgang til råd og støtte, varslingsmottakers rapporteringslinje, krav til undersøkelse av de påståtte kritikkverdige forhold, hvordan beslutningsprosessen etter undersøkelsen skal foregå, tilbakemelding til og ivaretagelse av varsler og eventuell klagemulighet for varsler.<sup>115</sup> Det bør påpekes

---

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 54

<sup>110</sup> Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varslingsmottaker i aksjeselskap*, 2016, s. 418

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 54

<sup>112</sup> *Ibid.* s. 47

<sup>113</sup> *Ibid.* s. 54

<sup>114</sup> Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varslingsmottaker i aksjeselskap*, 2016, s. 406

<sup>115</sup> Eriksen, *Arbeidstakers varslingsrett - et verktøy for eierstyring og selskapsledelse?* Arbeidsrett 01/2016, s. 39-50 (s. 48)

i varslingsrutiner at varslersens identitet er en fortrolig opplysning,<sup>116</sup> og varslingsrutiner må utformes på en slik måte at kravene i personopplysningsloven om opplysningenes kvalitet og kravene til informasjon og datasikkerhet oppfylles.<sup>117</sup>

Oppsummert er de minimumskrav som kan utledes fra lovteksten, forarbeidene, tilretteleggingsplikten formål og hensynene bak varslingsbestemmelsene at varslingsrutiner må beskrive hva det kan varsles om, hvordan arbeidstaker skal gå frem for å varsle forsvarlig, hvem det skal eller kan varsles til og hvordan varslingsmottaker skal håndtere varslers. Varslingsrutiner må gjøres tilgjengelige og kjent for alle arbeidstakere og bør for alle praktiske formål være skriftlige. Samlet bidrar alle disse elementene til å oppfylle formålet om å senke terskelen for varslingsrutiner og ivareta hensynet til forsvarlig og konfliktpreventiv håndtering av varsel, samt forutberegnelighet i varslingsprosessen for både arbeidstaker og arbeidsgiver.

Arbeidsgiver skal i varslingsrutiner regulere adgangen til *intern* varslingsrutiner. Det er ingen plikt til å legge til rette for ekstern varslingsrutiner.<sup>118</sup> Det er imidlertid ingenting i veien for at rutinene går lenger enn det tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 krever og også angir fremgangsmåte for ekstern varslingsrutiner, så lenge adgangen ikke gjøres snevrere enn retten etter arbeidsmiljøloven § 2-4 tilsier. Rutinene kan også for eksempel legge opp til en ordning med anonym varslingsrutiner, oppfordre til varslingsrutiner eller belønne arbeidstakere som velger å varsle for slik å senke terskelen for varslingsrutiner internt.

## **4.5 Særlig om Arbeids- og sosialdepartementets forslag til ny formulering av systemtilretteleggingsplikten**

I oppgavens del 4 er det redegjort for gjeldende rett slik arbeidsmiljøloven § 3-6 er formulert i dag. Den 21. juni 2016 sendte Arbeids- og sosialdepartementet ut et forslag til nye varslingsbestemmelser på høring. Forslaget gikk blant annet ut på å tydeliggjøre systemtilretteleggingsplikten innhold og virkeområde ved å gjøre skriftlige varslingsrutiner til en ubetinget plikt for alle virksomheter som jevnlig sysselsetter minst 10 arbeidstakere, og ved å lovfeste minimumskrav til varslingsrutiner kvalitative innhold. Spørsmålet er hva departementets høringsforslag sier om systemtilretteleggingsplikten rettslige betydning.

Ved vedtakelsen av varslingsbestemmelsene i 2007 ble disse formulert skjønnsmessig med vilje.<sup>119</sup> Departementet mente at det ikke var ”hensiktsmessig å konkretisere nærmere i lovteksten hvordan plikten [skulle] oppfylles” fordi det på det tidspunktet manglet gode empiriske kunnskaper om hvilke

---

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 84 (2004-2005) s. 46

<sup>117</sup> *Ibid.* s. 54

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.* s. 46

faktorer som påvirker yringsfriheten. Departementet mente at eventuelle konkrete anbefalinger eller krav om tiltak burde utarbeides ”på bakgrunn av sikrere empirisk kunnskap enn vi har i dag”.<sup>120</sup>

Slik empirisk kunnskap har vi nå tilgang på gjennom blant annet Fafos gjentatte undersøkelser av varslingsbestemmelsenes effekt. Departementet har tatt utgangspunkt i Fafos rapport fra 2014 ved utforming av høringsforslaget og slår fast at ”rutiner for intern varsling har en klar positiv effekt for yringsklimaet i virksomhetene”.<sup>121</sup> Fafos rapport fra 2014 viser at varslere i virksomheter med varslingsrutiner i større grad oppnår å få endret de kritikkverdige forhold de varslere om, samt at de i mindre grad utsettes for sanksjoner fra arbeidsgiver.<sup>122</sup> De samme funn ble gjort i Fafos undersøkelser i 2016.<sup>123</sup> Dette indikerer at når varslingsrutiner implementeres har det positiv effekt for både varslingsretten og varslervernet.

Fafos rapporter viser også at nesten halvparten av de spurte arbeidstakerne ikke hadde eller ikke kjente til varslingsrutiner på sin arbeidsplass. Andelen har knapt endret seg fra 2014 til 2016.<sup>124</sup> Dette kan tyde på at mange arbeidsgivere ikke kjenner til eller forstår innholdet av tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 eller at bestemmelsen ikke håndheves tilstrekkelig.

Hovedformålet med arbeids- og sosialdepartementets forslag til nye varslingsbestemmelser er å styrke beskyttelsen av arbeidstakere som varslere, og å tydeliggjøre at varsling er både lovlig og ønsket.<sup>125</sup> Fordi departementet ønsker at arbeidsgivere enkelt skal kunne oppfatte om de har plikt til å ha varslingsrutiner eller ikke, foreslås både det skjønsmessige vilkåret ”dersom forholdene i virksomheten tilsier det” og muligheten til å iverksette ”andre tiltak” jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 sløyfet. Varslingsrutiner gjøres isteden obligatorisk for alle virksomheter som jevnlig sysselsetter minst 10 arbeidstakere. Dette viser at myndighetene mener varslingsrutiner er det beste verktøyet for tilrettelegging for intern varsling og at det er noe så og si alle virksomheter bør ha.

Departementet foreslår også å lovfeste minimumskrav til varslingsrutinenes kvalitative innhold. Minimumskravene er utformet på bakgrunn av internasjonale retningslinjer for hva varslingsrutiner bør inneholde, blant annet fra EU, OECD og Transparency International.<sup>126</sup> Det foreslås å gjøre det til et krav at varslingsrutinene er skriftlige, og at de minimum skal inneholde en oppfordring til arbeidstakerne om å varsle, fremgangsmåte for varsling og fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsel. Ut over dette vil det fortsatt være opp til arbeidsgiver hvordan varslingsrutiner skal utformes og hvor omfattende de skal være.

---

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Arbeids- og sosialdepartementet, *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling*. 20. juni 2016. s. 10 med henvisning til Fafo-rapport 2014:05 s. 189

<sup>122</sup> Fafo-rapport 2014:05 s. 190

<sup>123</sup> Fafo-rapport 2016:33 s. 40

<sup>124</sup> Fafo-rapport 2014:05 s. 27 og Fafo-rapport 2016:33 s. 31

<sup>125</sup> Arbeids- og sosialdepartementet, *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling*. 20. juni 2016. s. 3

<sup>126</sup> *Ibid.* s. 13

Arbeids- og sosialdepartementets forslag til ny formulering av systemtilretteleggingsplikten innebærer i realiteten ingen endring av tilretteleggingsplikten innhold, men en endring i lovgivningsteknikk fra refleksiv lovgivning til mer tradisjonell regulering. Gjennomgangen av dagens bestemmelsen i oppgavens punkt 4.1 til 4.3 viser at tilretteleggingsplikten allerede i dag stiller de krav som departementet foreslår å lovfeste, men at mye av bestemmelsens innhold fremgår av lovforarbeidene og hensynene bak.

At departementet mener det er behov for å tydeliggjøre overfor arbeidsgiverne at de *har* plikt til å legge forholdene til rette for intern varsling taler for at departementet fortsatt anser tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 som et viktig verktøy for å bedre kunnskapen om varsling hos arbeidsgivere og for å bedre ytringsklimaet i virksomhetene.



## **5 Betydningen av interne varslingsrutiner for varslingsretten og varslervernet etter §§ 2-4 og 2-5**

### **5.1 Innledning**

Det er så langt i oppgaven gjort rede for innholdet av hver av de tre varslingsbestemmelsene og hensynene som begrunner dem. I denne delen vurderes hvilken betydning arbeidsgivers etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 har for operasjonaliseringen av varslingsretten og varslervernet, særlig knyttet til *forsvarlighetsvurderingen* etter arbeidsmiljølovens § 2-4(2) første setning og *bevisvurderingen* ved påstand om ulovlig gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven § 2-5. I denne sammenheng er det relevante spørsmål hvordan de ulike hensynene bak arbeidsmiljøloven § 3-6 gjør seg gjeldende i de to vurderingene og hvilken vekt tilretteleggingsplikten så langt har fått i rettspraksis.

### **5.2 Betydningen av interne varslingsrutiner ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2)**

#### **5.2.1 Særlig om bevisbyrden i arbeidsmiljøloven § 2-4**

Det følger av arbeidsmiljøloven § 2-4(3) at arbeidsgiver har bevisbyrden for at arbeidstakers varsling har skjedd i strid med bestemmelsen. Det betyr at arbeidsgiver må bevise at arbeidstaker *ikke* har varslet ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) første setning, for eksempel ved å dokumentere at arbeidstaker ved sin fremgangsmåte påførte virksomheten skade eller at det var en ikke ubetydelig risiko for skade.<sup>127</sup> Spørsmålet er hvilken rettslig betydning det har i denne sammenheng at arbeidsgiver enten har eller ikke har etablert interne varslingsrutiner i tråd med plikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6.

Som vist i oppgavens punkt 3.3 er det ikke behov for noen nærmere vurdering av forsvarlighetsvilkåret jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) dersom arbeidsgiver har overholdt sin plikt etter arbeidsmiljøloven § 3-6 og etablert varslingsrutiner i tråd med bestemmelsen. En arbeidstakers varsling anses nemlig uten videre ”forsvarlig” dersom arbeidstaker varsler ”i samsvar med [...] virksomhetens rutiner for varsling” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2). Dette betyr at arbeidsgiver i disse

---

<sup>127</sup> Vigerust, *Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven*. Arbeidsrett 01/2007, s. 103-125 (s. 109)

tilfellene ikke vil kunne nå fram med forsøk på å bevise at arbeidstaker har varslet uforsvarlig. Å bevise uforsvarlig varsling er kun aktuelt dersom arbeidstaker ikke varsler i tråd med virksomhetens varslingsrutiner der slike er implementert, eller dersom varslingsrutiner ikke finnes.

Det fremgår videre av redegjørelsen under oppgavens punkt 3.3.3 at en arbeidstaker kan ha gode grunner for å ikke følge virksomhetens interne varslingsrutiner og likevel anses å ha varslet på en ”forsvarlig” måte jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2), nemlig dersom intern varsling anses uhensiktsmessig. Spørsmålet er hvilken betydning det har for forsvarlighetsvurderingen jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) at arbeidsgiver *ikke* har etterlevd tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 slik at det ikke finnes noen varslingsrutiner arbeidstaker kan varsle i tråd med.

## **5.2.2 Forsvarlig varsling når arbeidsgiver *ikke* har overholdt tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6**

Det følger av forarbeidene at dersom ”det ikke er utarbeidet rutiner for varsling, bør arbeidstaker normalt ta opp de kritikkverdige forholdene med en representant for virksomhetens ledelse”.<sup>128</sup> I tillegg til de øvrige vurderingsmomentene for forsvarlighetsvurderingen angitt i forarbeidene og gjennomgått under oppgavens punkt 3.3, vil det ved fravær av varslingsrutiner ha betydning om ”arbeidstaker har sørget for at en som har formell påvirkningsmulighet, beslutningsmyndighet eller ansvar [knyttet til] de spørsmål eller personer det gjelder, får vite om forholdene”.<sup>129</sup>

Det påpekes også i forarbeidene at det ved fravær av varslingsrutiner som regel vil være naturlig å varsle ”i linjen”, det vil si til nærmeste leder. Varsling til ledelsen kan også skje til ledere høyere opp i linjen, eller arbeidstaker kan ”varsle internt til ledelsen via tillitsvalgt, verneombud, kollega, advokat eller annen rådgiver”.<sup>130</sup> Å varsle til verneombud eller tillitsvalgt vil alltid være en forsvarlig framgangsmåte.<sup>131</sup>

Utgangspunktet må etter dette være at manglende varslingsrutiner i virksomheten ikke de lege lata endrer arbeidstakers plikt til å varsle på en ”forsvarlig” måte jf. arbeidsmiljøloven § 2-4 (2).<sup>132</sup> Plikten til å gå fram på en forsvarlig måte er *selvstendig* og beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering av flere momenter.<sup>133</sup> Hverken forarbeidene eller rettspraksis sier imidlertid noe om hvilken vekt momentet at arbeidsgiver ikke har overholdt *sin* plikt etter arbeidsmiljøloven § 3-6 skal ha ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2).

---

<sup>128</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, s. 294

<sup>133</sup> Se oppgavens punkt 3.3

Som redegjort for under oppgavens punkt 4.3 er arbeidsmiljøloven § 3-6 et eksempel på såkalt refleksiv lovgivning. Slik lovgivning kjennetegnes ved at etterlevelse av lovgivningen er underlagt tilsynsmyndigheter som kan overprøve virksomhetens egen vurdering av behovet for selvregulering.<sup>134</sup> Etterlevelse av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og tilknyttet regelverk kontrolleres av Arbeidstilsynet jf. arbeidsmiljøloven § 18-1(1).

Etter arbeidsmiljøloven § 18-6(1) kan Arbeidstilsynet gi pålegg og fatte enkeltvedtak ”som er nødvendige for gjennomføringen av bestemmelsene i og i medhold av [arbeidsmiljøloven] kapittel 2 til kapittel 11”. Arbeidstilsynet kan altså gi arbeidsgivere pålegg om å etablere varslingsrutiner i tråd med arbeidsmiljøloven § 3-6 dersom dette ikke er gjort. Arbeidstilsynet kan også foreta en selvstendig vurdering av behovet for varslingsrutiner i virksomheten, og overprøve arbeidsgivers egen vurdering av dette.<sup>135</sup> I pålegg kan det fastsettes en løpende tvangsmulkt jf. arbeidsmiljøloven § 18-7.

Ved overtredelse av bestemmelsene som er opplistet i arbeidsmiljøloven § 18-6(1), deriblant arbeidsmiljøloven § 3-6, kan Arbeidstilsynet også ilegge overtredelsesgebyr jf. arbeidsmiljøloven 8-10(1) og etter arbeidsmiljøloven § 19-1(1) straffes ”innehaver av virksomhet, arbeidsgiver eller den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten” med bøter eller fengsel inntil ett år eller begge deler ved ”forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelse” i arbeidsmiljøloven eller pålegg gitt av Arbeidstilsynet. Dette tilsier at manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten straffes hardt, men slik er det ikke.

Arbeidstilsynet har ikke myndighet til å føre tilsyn med om bestemmelsene om arbeidstakers varslingsrett og varslervern jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5 er overtrådt eller ikke. Dette skyldes at bestemmelsene er privatrettslige og at Arbeidstilsynet ikke har mandat til å løse privatrettslige tvister. Dette innebærer at selv om arbeidsmiljøloven § 3-6 er en offentligrettslig plikt kan ikke mangler i eller brudd på interne varslingsrutiner påtales av Arbeidstilsynet. En arbeidstaker som vil påberope seg manglende interne varslingsrutiner eller brudd på slike må fremme sak for de alminnelige domstolene.<sup>136</sup>

Det finnes så langt ingen praksis fra Høyesterett knyttet til noen av de tre varslingsbestemmelsene, og dermed ingen praksis med prejudikatsvirkning om forståelsen av arbeidsmiljøloven § 3-6 eller tilretteleggingspliktens rettslige betydning. Ei heller i hvilken grad varslingsrutiner i en virksomhet, etablerte eller manglende, skal vektlegges ved vurderingen av om forsvarlighetskravet er oppfylt etter arbeidsmiljøloven § 2-4, eller for den saks skyld ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5. Det finnes kun et fåtall dommer fra underrettene hvor manglende varslingsrutiner er anført.

---

<sup>134</sup> Eriksen [Taraldset], *Selvregulering som sivil- og strafferettslig reguleringsmekanisme for forebygging og avdekking av korrupsjon*, Tidsskrift for strafferett 01/2011, s. 6-43. (s. 10)

<sup>135</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 54

<sup>136</sup> Se arbeidsmiljøloven § 17-1

En av dommene hvor manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 var tema er en dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2010, hvor en arbeidstaker anførte at Oslo fengsels oppfølging av hans mange varslinger var for dårlig og at virksomheten ikke hadde gode nok varslingsrutiner.<sup>137</sup> Lagmannsretten la til grunn at det var forsvarlig å varsle om arbeidsgivers utilfredsstillende oppfølging av varsel og mangelfulle varslingsrutiner, men uttalte at de ikke fant det nødvendig å ta stilling til anførselen *i den konkrete saken*. Lagmannsretten foretok dermed ingen vurdering av om det var innført gode nok varslingsrutiner ved Oslo fengsel eller hvilken betydning etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 prinsipielt har for forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4.

I en annen dom fra Borgarting lagmannsrett fra 11. desember 2009 hvor manglende etterlevelse av arbeidsmiljøloven § 3-6 ble anført, hadde en universitetsprofessor varslet om kritikkverdige forhold ved sensur av en masteroppgave. I dommen kom lagmannsretten til at professoren ikke hadde varslet ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4, fordi varslingen ble gjort gjennom en student som sto i et avhengighetsforhold til professorens arbeidsgiver. Lagmannsretten uttalte at det var «meget uheldig at en av de vitenskapelig ansatte bringer studenter inn i sine faglige og instituttpolitiske uenigheter».<sup>138</sup>

Professoren sendte også brev til universitetets ledelse, og dette mente lagmannsretten var en forsvarlig fremgangsmåte ved varsling. Fordi brevet til universitetsledelsen inneholdt mye av det samme som notatet professoren ga studenten så lagmannsretten det likevel slik ”at når forhold først er varslet på en måte som ikke er forsvarlig, kan ikke en senere forsvarlig fremgangsmåte avhjelpe dette”.<sup>139</sup> Lagmannsretten pekte også på at professoren kunne varslet forsvarlig ved å gå vanlig tjenestevei, direkte til universitetsledelsen eller gjennom fagforeningen.

Professoren anførte forgjeves at det måtte tillegges vekt ved forsvarlighetsvurderingen at universitetet ikke hadde utarbeidet noe system for varsling, slik plikten er etter arbeidsmiljøloven § 3-6. Det ble anført at fordi arbeidsgiver plikter å legge til rette for varsling er det arbeidsgiver som burde ha risikoen dersom arbeidstaker trår feil i varslingsprosessen. Lagmannsretten uttalte at de var ”enig i dette, men kan ikke se at momentet har stor vekt”.<sup>140</sup>

Lagmannsrettens uttalelse trekker i retning av at hvorvidt arbeidsgiver har etablert interne varslingsrutiner i tråd med arbeidsmiljøloven § 3-6 eller ikke *er* et relevant moment ved forsvarlighetsvurderingen, men etter rettens vurdering hadde momentet liten vekt *i den konkrete saken*. Ingen av de to ovennevnte dommene avviser at manglende etterlevelse av arbeidsmiljøloven § 3-6 prinsipielt kan ha betydning ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2).

---

<sup>137</sup> LB-2010-40623

<sup>138</sup> LB-2009-70215

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

Etter min mening bør det stilles mildere krav til arbeidstakers fremferd ved varsling i virksomheter hvor arbeidsgiver ikke har overholdt tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6. Manglende varslingsrutiner bør i slike tilfeller ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) vektes i arbeidsgivers disfavør, blant annet på grunn av de hensyn tilretteleggingsplikten er ment å ivareta. Jeg vil begrunne dette i det videre.

### **5.2.3 Betydningen av hensynet til forutberegnelighet ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2)**

Et av de viktigste hensynene bak arbeidsmiljøloven § 3-6 er hensynet til forutberegnelighet. Hensynet begrunner minimumskravene gjennomgått i punkt 4.4 om at varslingsrutiner blant annet skal gi svar på hva det kan varsles om, hvordan arbeidstaker skal gå frem for å varsle ”forsvarlig” etter arbeidsmiljøloven § 2-4, hvem det skal varsles til og hvordan varslingsmottaker skal håndtere varsler. Uten varslingsrutiner fratas både arbeidstaker og arbeidsgiver den forutberegneligheten som varslingsrutiner skal gi og det blir vanskeligere for arbeidstaker å forsikre seg om at han varsler på en forsvarlig måte.

Sensursaken illustrerer særlig det siste. Dersom universitetet hadde hatt varslingsrutiner som oppfylte vilkårene i arbeidsmiljøloven § 3-6, ville professoren kunne orientert seg om hvilken fremgangsmåte han burde benyttet for å varsle på en ”forsvarlig” måte jf. arbeidsmiljøloven § 2-4. Slik ville en også unngått at hans første forsøk på å varsle hindret han i å nå frem med sin kritikk når han senere varslet på en forsvarlig måte.

Det er en uheldig konsekvens av manglende varslingsrutiner at kritikkverdige forhold ikke blir håndtert fordi arbeidstakers (første) forsøk på å varsle ikke anses forsvarlig og arbeidstakers senere varslinger derfor avvises. Denne situasjonen oppstår ikke dersom virksomheten har etablert interne varslingsrutiner og arbeidstaker kan orientere seg i disse om hvilken fremgangsmåte som er den riktige, ettersom varsling ”i samsvar med [...] virksomhetens rutiner for varsling” alltid er ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2) andre setning.

At interne varslingsrutiner så tydelig kan hindre misforståelser og uforsvarlig varsling taler for at manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 bør vektlegges som et moment ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2). At det er arbeidsgiver som er pliktsubjektet etter arbeidsmiljøloven og som skal ”sørge for at bestemmelsene gitt i og i medhold av [arbeidsmiljøloven] blir overholdt” jf. arbeidsmiljøloven § 2-1 gjør det dessuten naturlig at manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 ved forsvarlighetsvurderingen vektes i arbeidsgivers disfavør.

## **5.2.4 Betydningen av hensynet til konflikthåndtering ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2)**

Hensynet til forutberegnelighet og hensynet til konflikthåndtering henger nøye sammen. Varsling er som nevnt et verktøy for avdekking av kritikkverdige forhold, men også et verktøy for konfliktforebygging. Dette er underfokuset både i arbeidsmiljølovens forarbeider og i rettspraksis. Klare og effektive varslingsrutiner som gir svar på hvordan både arbeidstaker og arbeidsgiver skal gå frem i en varslingsprosess og som avklarer hva partene kan forvente av hverandre underveis er åpenbart egnet til å hindre konflikt og misforståelser. Det bidrar også til å unngå konflikt at de forhold som det varsles om løses tilfredsstillende og raskt av arbeidsgiver.

Forskning viser at norske arbeidstakere hovedsakelig varsler internt første gang de varsler.<sup>141</sup> En arbeidstaker som varsler eksternt til media er altså som oftest en varsler som ikke har nådd fram med sin kritikk internt. Arbeidsgivers mål bør være å gjøre ekstern varsling unødvendig og dette kan gjøres gjennom etablering av interne varslingsrutiner og ved forsvarlig håndtering av varsel internt. Slik unngås den konflikteskalering som mangelfull intern håndtering og påfølgende ekstern varsling ofte medfører, og den belastningen slik konflikt er for både virksomheten, arbeidsmiljøet og ikke minst for varsleren.<sup>142</sup>

Varslingsrutiner som oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven § 3-6 bidrar etter dette til å hindre konflikter i forbindelse med og i kjølvannet av en varslingsprosess, blant annet tilknyttet varslings forsvarlighet. Dette taler videre for at manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 ved forsvarlighetsvurderingen bør vektes i arbeidsgivers disfavør.

## **5.2.5 Arbeidsgivers egeninteresse i å avdekke kritikkverdige forhold**

Arbeidsgiver kan være tilbøyelig til å se varsling som en risiko for skade i seg selv og ikke som et verktøy for å unngå skade. Den muligheten arbeidsgiver har til å redusere risiko for ekstern varsling, konflikt og konflikteskalering gjennom etablering av varslingsrutiner burde imidlertid være et intensiv for arbeidsgiver til å jobbe forebyggende med varsling og til å etterleve tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6.

Som nevnt under oppgavens punkt 2.2 trekkes det fram i de svenske forarbeidene at dette også er av betydning for virksomhetens ressursbruk, måloppnåelse og rykte. Interne varslingsrutiner kan dessuten bidra til å redusere risikoen for at arbeidsgiver kommer i ansvar både på grunnlag av kritikkverdige

---

<sup>141</sup> Fafo-rapport 2016:33 s. 35

<sup>142</sup> Eggen, *Arbeidsgivers tilrettelegging for varsling*, Arbeidsrett 01/2009, s. 1-45 (s. 4)

forhold i virksomheten og på grunn av manglende håndtering av varsel. Arbeidsgiver burde selv se verdien av varslingsrutiner som verktøy for prevensjon og håndtering av konflikt og ansvar.

Nettopp denne *egeninteressen* hos arbeidsgiver i å avdekke og rette opp i kritikkverdige forhold i virksomheten og dermed unngå å komme i ansvar på grunnlag av slike, samt at varslingsrutiner bidrar til at arbeidsgiver ikke kommer i ansvar på grunn av manglende håndtering av interne varsel, gjør at manglende interne varslingsrutiner vektlegges med tyngde i arbeidsgivernes disfavør i rettspraksis i Storbritannia. Når arbeidsgiver ikke har benyttet muligheten til å etablere varslingsrutiner som skaper klarhet og forutberegnelighet for både arbeidstaker og arbeidsgiver, og som dermed kunne ha forhindret konflikteskalering, straffes de for det og det *uten* at det finnes noen lovhjemlet plikt til å etablere interne varslingsrutiner i Storbritannia.<sup>143</sup>

Storbritannias lov om varslingsrett og varslervern, Public Interest Disclosure Act (PIDA), trådte i kraft i juli 1999 og omfatter, slik som de norske reglene, arbeidstakere i både privat og offentlig sektor. PIDA anses å være et av de mest omfattende lovverk om varslingsrutiner i verden, men inneholder altså ingen tilretteleggingsplikt tilsvarende arbeidsmiljøloven § 3-6. Fravær av interne varslingsrutiner vektlegges likevel i britisk rettspraksis ettersom PIDA i seg selv anses å gi en sterk oppfordring til arbeidsgiver om å utforme klare og effektive interne rutiner for håndtering av varslingsrutiner, slik at ekstern varslingsrutiner blir unødvendig. Ettersom tilrettelegging for varslingsrutiner internt i virksomheten etter norsk rett er en *lovpålagt plikt* har også norske arbeidsgivere en sterk oppfordring til å etablere interne varslingsrutiner.

Denne oppfordringen forsterkes av at norske arbeidsgivere ”belønnes” dersom varslingsrutiner jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 er etablert ved avdekking av *korrupsjon*. Skadelidte har krav på erstatning fra den ansvarliges arbeidsgiver ”med mindre [arbeidsgiver] påviser at det er truffet alle rimelige forholdsregler for å unngå korrupsjon” jf. skadeerstatningsloven<sup>144</sup> § 1-6 nr. 1 andre setning. Varslingsrutiner etablert i tråd med arbeidsmiljøloven § 3-6 som bidrar til å forebygge og avdekke korrupsjon må anses relevant i denne ansvarsvurderingen.<sup>145</sup>

Dette taler ytterligere for at manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) bør vektes i arbeidsgivers disfavør. Manglende varslingsrutiner i norsk rettspraksis burde tillegges tilsvarende vekt som i britisk, om ikke enda mer. En tilsvarende rettsutvikling i Norge som i Storbritannia vil styrke insentivet for norske arbeidsgiver til å etablere varslingsrutiner og arbeide forebyggende med varslingsrutiner.

---

<sup>143</sup> Bowers m.fl., *Whistleblowing. Law and practice*, 2007, s. 386-387

<sup>144</sup> Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning (skadeerstatningsloven)

<sup>145</sup> Eriksen, *Arbeidstakers varslingsrett - et verktøy for eierstyring og selskapsledelse?* Arbeidsrett 01/2016, s. 39-50 (s. 46)

## **5.2.6 Oppsummering: Har tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 betydning ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4?**

I de konkrete varslingssakene som har vært behandlet av lagmannsretten har arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling gjennom varslingsrutiner etter arbeidsmiljøloven § 3-6 blitt tillagt liten vekt ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2). I dommen fra Borgarting lagmannsrett fra 11. desember 2009 om varsling tilknyttet sensur av en masteroppgave uttalte lagmannsretten imidlertid at den var ”enig i” at det er arbeidsgiver som bør bære risikoen for at arbeidstaker trår feil i varslingsprosessen når arbeidsgiver ikke har overholdt sin plikt til tilrettelegging jf. arbeidsmiljøloven § 3-6.<sup>146</sup> Dette harmonerer godt med at det er arbeidsgiver som er pliktsubjekt etter arbeidsmiljøloven jf. lovens § 2-1.

Hverken forarbeidene eller rettspraksis avviser at manglende etterlevelse av arbeidsmiljøloven § 3-6 prinsipielt har betydning ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4. Snarere tilsier hensynene bak arbeidsmiljøloven § 3-6 at manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten *bør* vektes i arbeidsgivers disfavør slik at det stilles mildere krav til arbeidstakers fremferd ved varsling når interne varslingsrutiner ikke er etablert.

Varslingsrutiner er et velegnet verktøy for arbeidsgiver til å hindre konflikt både underveis i varslingsprosessen og i etterkant. Manglende varslingsrutiner øker risikoen for både uforsvarlig og ekstern varsling, og både arbeidstaker og arbeidsgiver fratras den forutberegneligheten arbeidsmiljøloven § 3-6 er ment å ivareta. Sammenholdt med arbeidsgivers særlige oppfordring og egeninteresse i å etterleve tilretteleggingsplikten taler dette samlet for at tilretteleggingsplikten har betydning for forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2), slik at manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten ved forsvarlighetsvurderingen bør vektlegges i arbeidsgivers disfavør.

## **5.3 Betydningen av interne varslingsrutiner ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5**

### **5.3.1 Særlig om bevisbyrden i arbeidsmiljøloven § 2-5**

Spørsmålet er så hvilken betydning arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling gjennom varslingsrutiner jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 har ved *bevisvurderingen* ved påstand om ulovlig

---

<sup>146</sup> LB-2009-70215



gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven § 2-5, og hvordan de ulike hensynene bak arbeidsmiljøloven § 3-6 gjør seg gjeldende i denne vurderingen.

Gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2-5 er gjenstand for såkalt delt bevisbyrde. Det betyr at både arbeidstaker og arbeidsgiver må bevise sin påstand, men medfører likevel ikke at bevisbyrden er helt likt vektet mellom partene. Arbeidstaker må fremlegge opplysninger som ”gir grunn til å tro” at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med arbeidsmiljøloven § 2-5(1) andre setning. Ordlyden tilsier at bevisene arbeidstaker fremlegger ikke må være veldig sterke.

I følge forarbeidene skal det ikke stilles for strenge beviskrav til arbeidstaker. For eksempel vil det normalt være nok at arbeidstaker beviser at ”varslingen har skjedd og at oppsigelse eller annen handling kom tett på varslingen i tid”.<sup>147</sup> Arbeidstaker må altså kun bevise at gjengjeldelsen skjedde *etter* varslingen og såpass tett på i tid at det er ”grunn til å tro” at det er *årsakssammenheng* mellom varslingen og gjengjeldelsen.

Beviser arbeidstaker dette skal det ”legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted” jf. arbeidsmiljøloven § 2-5(1) andre setning. Deretter er det opp til arbeidsgiver å ”sannsynliggjør[e] noe annet” jf. arbeidsmiljøloven § 2-5(1) andre setning, ved å bevise at den påståtte gjengjeldelsehandlingen ”var begrunnet i andre forhold enn varslingen” og at det er sannsynlighetsovervekt for manglende årsakssammenheng.<sup>148</sup> Vurderingen av om ulovlig gjengjeldelse har funnet sted er bare aktuell i tilfeller hvor arbeidstaker har varslet ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2). Det er bare i disse tilfellene at vernet mot ulovlig gjengjeldelse jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 utløses.

### **5.3.2 Bevisvurderingen når arbeidsgiver ikke har overholdt tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6**

Arntzen de Besches gjennomgang av praksis tilknyttet varslingsbestemmelsene i 2013 viste at domstolene i mange tilfeller finner at arbeidstaker har varslet på en forsvarlig måte, men at det ikke har funnet sted noen ulovlig gjengjeldelse. Det er få avgjørelser som bidrar til å kaste lys over reglene om delt bevisbyrde i arbeidsmiljøloven § 2-5. Rapporten konkluderte derfor med at det ikke kunne trekkes sikre slutninger om reglene om delt bevisbyrde har fungert etter sin hensikt.<sup>149</sup>

Betydningen av arbeidsgivers etterlevelse av arbeidsmiljøloven § 3-6 ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5 er ikke kommentert i arbeidsmiljølovens forarbeider. Det finnes som nevnt

---

<sup>147</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> Arntzen de Besche, *Evaluering av varslingsreglene. En gjennomgang og analyse av rettspraksis og Sivilombudsmannens praksis*, 2013, s. 62

heller ingen praksis fra Høyesterett om forståelsen av arbeidsmiljøloven § 3-6 eller tilretteleggingsplikten rettslige betydning. Manglende varslingsrutiner er kun anført i noen få dommer for lagmannsretten.

I en dom fra Gulating lagmannsrett fra 11. desember 2009 om påstått ulovlig gjengjeldelse ble det anført at offshoreselskapet Odfjell Drilling ikke hadde de nødvendige rutiner for oppfølging av varsel og vern av varslere. Flertallet fant at disse forhold ikke hadde betydning for den aktuelle saken, fordi lagmannsretten mente at varslingssakene dommen dreide seg om var behandlet av Odfjell ”på en tilfredstillende [*sic*] måte uavhengig om man skulle komme til at regelverket internt i Odfjell på de angitte tider var tilfredstillende [*sic*] eller ei”.<sup>150</sup>

Selv om manglende varslingsrutiner er anført i dommen, kommenterer ikke lagmannsretten tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6. Isteden lanserer lagmannsretten sitt eget vurderingstema: Hvorvidt arbeidsgiver har håndtert varslene på en ”tilfredstillende [*sic*] måte”, *uavhengig* av eventuelle interne rutiner. Retten utdyper ikke hva de legger i dette. Dommen kan uansett ikke sies å avvise at tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 har relevans for bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5.

### **5.3.3 Betydningen av hensynet til forutberegnelighet ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5**

Etter min mening ser ikke lagmannsretten de tre varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven §§ 2-4, 2-5 og 3-6 i tilstrekkelig sammenheng i dommen. Formålet med tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 er ikke bare å sørge for forutberegnelighet for arbeidstaker ved å sikre at han vet hvordan han varsler ”forsvarlig” etter arbeidsmiljøloven § 2-4. Varslingsrutiner skal også bidra til forutberegnelighet for arbeidsgiver og til at varslingsaker håndteres på en forsvarlig måte.<sup>151</sup>

Som vist under oppgavens punkt 5.2 kan arbeidsgivers manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 føre til at arbeidstaker varsler uforsvarlig fordi han ikke enkelt kan orientere seg i etablerte varslingsrutiner om hvordan han skal gå fram for å varsle på en forsvarlig måte. Den økte risikoen for uforsvarlig varsling som manglende varslingsrutiner medfører øker også risikoen for at arbeidstaker utsettes for gjengjeldelser fra arbeidsgiver. Arbeidstaker er nemlig ikke beskyttet mot gjengjeldelser dersom arbeidstaker ikke varsler ”forsvarlig” jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(2). Varslervernet etter arbeidsmiljøloven § 2-5 utløses kun dersom arbeidstaker oppfyller vilkårene i arbeidsmiljøloven § 2-4(2). Dette taler for at manglende

---

<sup>150</sup> LG-2011-17283

<sup>151</sup> Se oppgavens punkt 4.4

varslingsrutiner også ved bevisvurderingen jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 må vektlegges i arbeidsgivers disfavør.

Varslingsrutiner skal sikre at arbeidsgiver reagerer på et varsel med å undersøke og eventuelt endre det kritikkverdige forholdet, og *hindre* at arbeidsgiver gjør seg skyldig i ulovlig gjengjeldelse jf. arbeidsmiljøloven § 2-5. Etablering av interne varslingsrutiner i tråd med arbeidsmiljøloven § 3-6 er dermed et viktig verktøy for arbeidsgiver til å sørge for at ulovlig gjengjeldelse jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 *ikke finner sted*. At arbeidsgiver ikke har etterlevd tilretteleggingsplikten slik den er angitt i arbeidsmiljøloven § 3-6 er etter dette klart relevant for bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5.

### **5.3.4 Betydningen av dokumentasjon ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5**

Avgjørende for bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5 er i hvilken rekkefølge varslings og påstått ulovlig gjengjeldelse har skjedd. Gjengjeldelse er meget vanskelig å bevise, særlig når de påståtte gjengjeldelseshandlinger for eksempel er utfrysning eller muntlig trakassering bak lukkede dører. Det er derfor arbeidsgiver må sannsynliggjøre at gjengjeldelse *ikke* har skjedd jf. arbeidsmiljøloven § 2-5(1) andre setning.

Varslingsrutiner kan lette bevisvurderingen for domstolene ved å bidra til dokumentering av når et varsel ble framsatt, hvordan varslingsprosessen har foregått og hvordan varsel har vært håndtert av arbeidsgiver. Dersom virksomheten har implementert varslingsrutiner og disse er blitt fulgt kan det også gjøre det lettere for arbeidsgiver å bevise at de har håndtert varsel forsvarlig og ikke utøvd ulovlig gjengjeldelse. Arbeidsgivers manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten vanskeliggjør etter dette bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5 og bør vektes i arbeidsgivers disfavør.

### **5.3.5 Betydningen av hensynet til konflikthåndtering ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5(1)**

Det var dissens i dommen om Odfjell Drilling. Flertallet i dommen mente manglende varslingsrutiner var uten betydning for *den aktuelle saken*. Lagmannsrettens mindretall mente derimot at manglende varslingsrutiner er et relevant moment og dessuten at selskapets ”rutiner og samtaler mot den enkelte arbeidstaker var for dårlig”. Mindretallet mente at selskapets ledelse ”viste liten evne til å løse

konflikter” og at dersom forholdene hadde blitt løst tilfredsstillende og raskt ”ville man ha unngått varslingssaken”.<sup>152</sup>

Mindretallets votum i underrettspraksis har liten rettskildemessig vekt, men deres argumenter er likevel interessante. Mindretallet nevner, som flertallet, heller ikke tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6, men påpeker at dersom de forhold som det varsles om løses tilfredsstillende og raskt av arbeidsgiver *unngår en konflikter*. Dette er, som redegjort for i oppgavens punkt 2.2, et av hensynene bak tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6.

Som redegjort for i oppgavens punkt 5.3.4 er varslingsrutiner et konflikthåndteringsverktøy som tydeliggjør for både arbeidstaker og arbeidsgiver hvordan de skal gå frem og hva de kan forvente av hverandre. Slik kan konflikt og konflikteskalering både i forbindelse med selve varslingen og håndteringen av varsel avverges og en kan hindre ressurskrevende granskninger for å plassere ansvar i etterkant. Arbeidsgivers mulighet til å unngå konflikt ved etablering av varslingsrutiner taler for å vektlegge manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5(1) i arbeidsgivers disfavør.

### **5.3.6 Oppsummering: Har tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 betydning ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5?**

Arbeidsgiver har ansvaret for å både tilrettelegge for varsling i virksomheten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 og for å sørge for at ulovlig gjengjeldelse ikke finner sted jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-5 jf. 2-1. Arbeidsmiljøloven §§ 3-6 og 2-5 henger sammen ved at tilrettelegging gjennom etablering av varslingsrutiner etter arbeidsmiljøloven § 3-6 bidrar til forsvarlig håndtering av varsel som hindrer konflikt og gjengjeldelse, og ved at varslingsrutiner bidrar til dokumentasjon av varslingsprosessen som letter bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5. Effektiviseres ikke varslervernet jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 gjennom varslingsrutiner i tråd med arbeidsmiljøloven § 3-6 blir heller ikke varslingsretten etter arbeidsmiljøloven § 2-4 reell.

Dette taler samlet for at arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling gjennom varslingsrutiner jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 har betydning for bevisvurderingen ved påstand om ulovlig gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven § 2-5, og at manglende etterlevelse av arbeidsmiljøloven § 3-6 bør vektlegges i arbeidsgivers disfavør.

---

<sup>152</sup> LG-2011-17283

## 6 Avslutning

### 6.1 Oppsummering og svar på problemstillingen

Oppgaven har vist at arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling gjennom varslingsrutiner etter arbeidsmiljøloven § 3-6 *har* betydning for operasjonaliseringen av arbeidstakers varslingsrett og varslervern jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5, men at bestemmelsens potensiale ennå ikke realiseres på grunn av manglende etterlevelse blant arbeidsgivere og manglende håndhevelse ved tilsyn og i rettspraksis.

Gjennomgangen viser at særlig hensynet til forutberegnelighet tilsier at arbeidsgivers manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 bør vektlegges i arbeidsgivers disfavør ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) første setning, og at særlig hensynet til konflikthåndtering og behovet for dokumentasjon begrunner hvorfor manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 bør vektlegges i arbeidsgivers disfavør ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5.

Gjennomgangen viser videre at når varslingssaker behandles i domstolene ses ikke de tre varslingsbestemmelsene i tilstrekkelig grad i sammenheng. Fokuset i underrettspraksis synes i langt større grad å være på arbeidstakers framferd ved varsling, enn på innholdet i det kritikkverdige forholdet det er varslet om, arbeidsgivers tilrettelegging for og håndtering av varsel og betydningen varsling har for samfunnet. Tross anførsler om manglende varslingsrutiner drøftes ikke innholdet i tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6. Underrettspraksis slår fast varslingsrutiners generelle relevans, mens deres konkrete relevans avvises i den enkelte sak.

Domstolenes manglende problematisering og vektlegging av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 3-6 i varslingssaker sender så langt et utvetydig signal til arbeidsgivere om at etterlevelse av tilretteleggingsplikten ikke er viktig og at manglende etterlevelse ikke straffes. Dette representerer et demokratisk problem fordi det strider med lovgiverviljen. Lovgivers klare hensikt er at tilretteleggingsplikten i arbeidsmiljøloven § 3-6 skal være et verktøy som sikrer et åpent yringsklima og som senker terskelen for å si fra om kritikkverdige forhold gjennom operasjonalisering av varslingsretten og varslervernet jf. arbeidsmiljøloven §§ 2-4 og 2-5<sup>153</sup> Dette formålet oppnås ikke dersom arbeidsmiljøloven § 3-6 ikke etterleves og håndheves.

Forskning viser at varslingsrutiner *har* effekt og betydning for yringsklimaet, varslingsaktiviteten og kunnskapen om varsling i norske virksomheter, men også at tilretteleggingsplikten i stor grad ikke

---

<sup>153</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46

overholdes.<sup>154</sup> Det er i dag arbeidstaker som løper den største risikoen ved manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6. Arbeidstilsynets manglende evne og domstolenes tilsynelatende manglende vilje til å håndheve tilretteleggingsplikten fører til at den eneste mekanismen som faktisk skal sikre at arbeidsgivere etterlever tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 3-6 er satt ut av spill.

Lovgivers forventning om at varslingsbestemmelsene skal bidra til at kritikkverdige forhold avdekkes og stoppes innebærer også en forventning til varsling som reguleringsmekanisme.<sup>155</sup> Arbeidsmiljøloven § 3-6 er en plikt til selvregulering som skal ivareta *samfunnets* interesse i at kritikkverdige forhold avdekkes og stoppes, plikten er ikke lovfestet for å ivareta *virksomhetens* formål eller interesser. Arbeidsgiver forventes likevel å ha en *egeninteresse* i å skape trygghet og forutberegnelighet for sine arbeidstakere ved varsling, men det kan ikke være opp til arbeidsgiverne å *velge* om de vil bidra til å styrke varslingsretten og varslervernet.

For at lovgivers hensikt og formålet med arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser skal oppnås må arbeidsgiverne ansvarliggjøres. Vektlegging av arbeidsgivers manglende etterlevelse av tilretteleggingsplikten jf. arbeidsmiljøloven § 3-6 i arbeidsgiveres disfavør i rettspraksis, både ved forsvarlighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-4(2) første setning, og ved bevisvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 2-5(1) er derfor helt nødvendig.

For å oppnå dette kan lovgiver tydeliggjøre tilretteleggingsplikten ved å gjøre varslingsrutiner obligatorisk for alle virksomheter. En omformulering av tilretteleggingsplikten som presiserer og tydeliggjør gjeldende rett og lovfesting av minimumskrav til interne varslingsrutiner, slik Arbeids- og sosialdepartementet foreslår, kan etter min mening også være hensiktsmessig fordi det vil kunne bidra til at flere arbeidsgivere blir klar over tilretteleggingsplikten og faktisk etterlever den.

En ulempe med lovfesting av minimumskrav som lovgiver i så fall må være obs på, er at arbeidsgiverne kan komme til å legge seg på nivå med minimumskravene uten å foreta en konkret vurdering av virksomhetens risikoforhold og behov for tilrettelegging. Dersom en likevel velger å lovfeste minimumskrav bør det ikke bare kreves at varslingsrutiner inneholder fremgangsmåte for varsling og fremgangsmåte for mottak, behandling og oppfølging av varsel, det bør legges til at varslingsrutiner skal angi fremgangsmåte for behandling, oppfølging og ivaretagelse av *varsleren*.

Varsling er et rettsområde i voldsom utvikling, og nok en gang skal varslingsbestemmelsene evalueres. Etter et Stortingsvedtak oppnevnte regjeringen i november 2016 et ekspertutvalg som skal gjennomgå og vurdere varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven og praktiseringen av disse,

---

<sup>154</sup> Fafo-rapport 2016:33

<sup>155</sup> Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om "kritikkverdige forhold" etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, 2016, s. 50

herunder domstolenes rolle i varslingsaker.<sup>156</sup> Det er grunn til å tro at ekspertutvalget vil fremheve betydningen av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 3-6 og følge opp behovet for ansvarliggjøring av arbeidsgiverne i varslingsaker. Utvalget skal levere sin innstilling innen 1. mars 2018 i form av en offentlig utredning (NOU).

---

<sup>156</sup> Se Stortingets anmodningsvedtak nr. 564 og 565 fra behandlingen av Innst. 205 S (2015-2016) og *Mandat til utvalg som skal gjennomgå varslingsbestemmelsene*, gitt ved kongelig resolusjon 11. november 2016. s. 2

# Litteraturliste

## Bøker og artikler:

Bernt, Jan Fridthjof, *Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen*. Jussens Venner, Volum 39 (2) (2002): s. 61-73.

Bowers Q. C., John, Fodder, Martin, Lewis, Jeremy, Mitchell, Jack, *Whistleblowing. Law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

EGgen, Magnhild, *Arbeidsgivers tilrettelegging for varsling*. Arbeidsrett 01/2009, s. 1-45.

Eriksen, [Taraldset] Birthe, *Arbeidsrett- eller eierstyring og selskapsledelse?* Arbeidsrett 01/2010, s. 66-74.

Eriksen, [Taraldset] Birthe, *Selvregulering som sivil- og strafferettslig reguleringsmekanisme for forebygging og avdekking av korrupsjon*. Tidsskrift for strafferett 01/2011, s. 6-43.

Eriksen, Birthe (red), *Å bekjempe et samfunnsønde. Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*. Oslo: Gyldendal, 2014.

Eriksen, Birthe, *Arbeidstakers varslingsrett - et verktøy for eierstyring og selskapsledelse?* Arbeidsrett 01/2016, s. 39-50.

Eriksen, Birthe, *Arbeidstakers rett til å varsle om "kritikkverdige forhold" etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*. Ph.D-avhandling. Universitetet i Bergen, 2016.

Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. Utgave, Oslo: Kunnskapsforlaget ANS, 2010.

Gravås, Aud Kinsarvik, *Forsvarlig varsling*. Arbeidsrett 04/2007, s. 211-226.

Hirst, Marion Holthe og Lønneid, Sven Ivar, *Arbeidsrett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal, 2015.

Jakhelln, Henning, *Arbeidsmiljølovens regler om varsling. Er varsleres rettsvern en realitet, eller en illusjon - eller «tar man spilleren, og ikke ballen»?* Varslerbok 2010. Oslo: Kolon, 2010.

Nygård, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

Skjønberg, Alexander Næss og Hognestad, Eirik, *Individuell Arbeidsrett*. Oslo: Gyldendal, 2014.

Vigerust, Elisabeth, *Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven*. Arbeidsrett 01/2007, s. 103-125.

## Rapporter:

Arntzen de Besche. 2013. *Evalueringsrapport av varslingsbestemmelsene. En gjennomgang og analyse av rettspraksis og Sivilombudsmannens praksis*. Se link:

[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ASD/Dokumenter/2014/Rapporter/Rapport\\_Arntzen\\_de\\_Besche.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ASD/Dokumenter/2014/Rapporter/Rapport_Arntzen_de_Besche.pdf) (Sist besøkt 25.11.16)



Fougner, Jan. 2015. "Monika-saken". *Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varsling*. Se link: [https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monika-saken\\_web.pdf?visorgroupsByID=undefined](https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monika-saken_web.pdf?visorgroupsByID=undefined) (Sist besøkt 10.12.16)

Trygstad, Sissel C., Skivenes, Marit, Steen, Johan Røed og Ødegård, Anne Mette. Fafo-rapport 2014:05: *Evaluering av varslerbestemmelsene*.

Trygstad, Sissel C. og Ødegård, Anne Mette. Fafo-rapport 2016:33: *Varsling og ytringsfrihet i norsk arbeidsliv 2016*.

### **Lover:**

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

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

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

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

### **Forskrifter:**

Forskrift 12. juni 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften)

### **Forarbeider:**

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

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

### **Rettspraksis:**

#### **Høyesterett:**

Rt. 1977 s. 903 "Hammerverk"

Rt. 2000 s. 1602 "Nøkk"

Rt. 2001 s. 418 "Kårstø"

Rt. 2003 s. 1624 "Telenor"

**Underrettspraksis:**

TBERG-2007-136244 ”Sandviken Sykehus”

TOBYF-124301/RG- 2008-53 ”E-postkjennelsen”

LA-2009-57115

LB-2009-70215

LB-2010-40623

LG-2011-17283

LE-2013-69297

**Høringsnotat:**

Arbeids- og sosialdepartementet. 2016. Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varslingsnotat. Se link:

[https://www.regjeringen.no/contentassets/2502e796c9e64f7fb7892dcef1f9a696/hoeringsnotat\\_endring\\_er\\_aml\\_varslingsnotat.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/2502e796c9e64f7fb7892dcef1f9a696/hoeringsnotat_endring_er_aml_varslingsnotat.pdf) (Sist besøkt 03.11.16)

**Kongelig resolusjon:**

*Mandat til utvalg som skal gjennomgå varslingsbestemmelsene*, gitt ved kongelig resolusjon 11. november 2016. Se link:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/89fd876e89414511b67bda8914521f46/mandat-varslingsutvalget--vedlegg-til-kongelig-resolusjon.pdf>

**Internasjonale rettskilder:****Konvensjoner:**

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 14. november 1999.

FNs konvensjon mot korrupsjon av 31. oktober 2003

OECDs konvensjon om bekjempelse av bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestemenn av 15. februar 2009

**Sverige:**

SOU 2014:13: ”Visselblåsare. Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden”.

**Storbritannia:**

Public Interest Disclosure Act 1998.