

Arbeidsgivers styringsrett

*Særlig om betydningen av samfunnsutviklingen
for styringsrettens innhold*

Kandidatnummer: 110

Antall ord: 12650



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.mai 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og oppbygging.....	4
1.2 Problemstillingens aktualitet	5
1.3 Begrepsavklaring.....	6
1.3.1 Arbeidstaker	6
1.3.2 Arbeidsgiver	7
1.3.3 Varsling og varslingsprosess.....	7
1.3.4 Arbeidsgivers styringsrett	8
1.3.5 Selvregulatorisk lovgivning	9
1.4 Avgrensning	9
2 Arbeidsgivers styringsrett	11
2.1 Innledning.....	11
2.1.1 “Restkompetanse”	11
2.2 Fremstillingen videre.....	12
2.3 Liberalistisk samfunn – konkurransefrihet og kontraktsfrihet	13
2.4 Framveksten av fagforeninger.....	13
2.5 Arbeidervernlovgivningens fremtreden	14
2.6 Den individuelle arbeidsavtalen	14
2.6.1 Innledning.....	14
2.6.2 Grunnpregstandarden	15
2.6.3 Samfunnsinteressen som nytt vurderingsmoment.....	16
2.6.4 Nøkk som utfordrer til det tradisjonelle synet på grunnpregstandarden	17
2.7 Saklighetskravet som en allmenn begrensning i styringsretten	18
2.7.1 Situasjonsbetinget vurdering	18
2.8 Domstolenes overprøvingsmyndighet av endringsbeslutninger	19
2.8.1 Er det rom for Interesseavveininger eller rimelighetsbetraktninger?.....	20
2.8.2 Begrenset prøvelsesrett	21
2.8.3 Utslag av ulike samfunnsinteresser	22
2.8.4 Uklar rettstilstand	23
3 Samfunnsutviklingen i dag	25

3.1	Økende behov for å avdekke kritikkverdige forhold og kriminalitet i virksomheter	25
3.2	Velferdsstatens ideal om trygghet og trivsel for borgerne	26
3.3	Samfunnsverdien av velfungerende virksomheter	27
3.3.1	Virksomhetens egenverdi	27
3.3.2	Arbeidskraften som ressurs	28
3.4	Fremveksten av selvregulatorisk verne Lovgivning	28
3.4.1	Ingen detaljregulering	29
3.4.2	Veletablerte rutiner og systemer	29
3.4.3	Etterlevelse av rutiner og systemer	30
3.5	Hvordan selvregulatorisk lovgivning påvirker styringsretten	30
3.5.1	En mer inngående domstolskontroll	31
4	Særlig om arbeidsmiljølovens kap. 2 A om varsling som begrensning i arbeidsgivers styringsrett	33
4.1	Innledning	33
4.2	Arbeidstakers rett til å varsle om “kritikkverdige forhold”, jf. Aml. § 2A-1	33
4.2.1	Krav om forsvarlig varsling	34
4.3	Nærmere om forbudet mot gjengjeldelse, jf. Aml. § 2A-2.	34
4.3.1	Delt bevisbyrde, jf. Aml. § 2 A-2, tredje ledd, annet pkt.	35
4.4	Arbeidsgivers preventive plikt til å implementere rutiner for intern varsling, jf. Aml. § 2A-3	35
4.4.1	Arbeidstakernes medvirkningsrett etter aml. § 2 A-3 (3)	36
4.4.2	Mottak av varsel	36
4.4.3	Rettspraksis som illustrerer viktigheten av mottaket	37
4.4.4	Risikovurdering av arbeidstakers situasjon	38
4.4.5	Selve saksbehandlingen av det mottatte varselet	39
4.4.6	Arbeidstilsynet	39
4.5	Nærmere om styringsrettens rekkevidde i en varslingssituasjon	40
4.5.1	E-post kjennelsen som illustrasjon.	40
4.5.2	Situasjonsbetinget innsnevring	41
4.6	Domstolens overprøvingsmyndighet i en varslingssituasjon.	42
4.6.1	Betydningen av full overprøving	42
4.6.2	Noen kritiske bemerkninger	43
5	Avsluttende bemerkninger:	44

6	Litteraturliste	45
6.1	Lover	45
6.2	Forarbejder	45
6.3	Dommer.....	45
6.4	Litteratur.....	46
6.5	Andre kilder.....	48

1 Innledning

I 1967 uttalte Kristen Andersen at arbeidsgivers styringsrett i "utviklingens løp har tiltrukket seg den største oppmerksomhet".¹ Sitatet er ikke mindre treffende i dag. Grensene for og rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett diskuteres stadig, noe som også er naturlig da den er et viktig tema i utviklingen av arbeidsretten.²

I det følgende vil en analyse av arbeidsgivers styringsrett vise at dette er et rettsområde som i stor grad påvirkes av samfunnsutviklingen. Utøvelse av styringsretten er nemlig betinget av at arbeidsgiver har en saklig og legitim interesse. Hva som er saklig og legitimt avhenger av en rekke ulike faktorer, hvor den viktigste trolig er den til enhver tid gjeldende samfunnsinteressen. Rettstilstander som støter mot den allmenne fornuft og rettferdighetsfølelse vil ofte måtte vike eller tilpasse seg samfunnets ønsker i et demokratisk land, som Norge.

Hvor grensen for styringsretten går er ikke bare viktig for å avklare gjeldende rett i seg selv, men grensen for styringsretten har også innvirkning på andre rettsområder. I noen tilfeller kan for eksempel arbeidstakers lojalitets- og lydighetsplikt følge direkte av hvor langt styringsretten rekker. Dette er bare et av eksemplene på hvorfor det er viktig å avklare grensene for arbeidsgivers styringsrett.

1.1 Tema og oppbygging

Oppgavens tema er arbeidsgivers styringsrett og grensene for den. Som sitatet til Kristen Andersen overfor gir uttrykk for, har tematikken vært diskutert og problematisert i en årrekke. Styringsretten er sentral innenfor arbeidsretten, og rekkevidden av den er av stor betydning for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Denne oppgaven redegjør for hvordan samfunnet så langt har utformet og fremdeles utfordrer styringsrettens innhold. Et viktig trekk ved styringsrettens utvikling, er nemlig sammenhengen med samfunnsutviklingen og samfunnsinteressene. Med samfunnsinteresse menes forhold som er av betydning for deler av samfunnet, eller samfunnet som helhet.

¹ Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, (1967), s. 149.

² Evju, *Arbeidsrett, utvalgte artikler 2001-2010*, (2010), s. 29.

I kapittel 2 vil det foretas en analyse av styringsrettens framvekst og utvikling. Det vil ses hen til den rettshistoriske utviklingen og hvordan ulike samfunnsinteresser har påvirket innholdet i styringsretten slik det forstås i dag. Særlig vil det ses nærmere på hvordan utviklingen av samfunnsinteresser utfordrer grensene for arbeidsgivers styringsrett, herunder arbeidsgivers mulighet til å ta beslutninger. I tillegg vil domstolenes overprøvningsmyndighet av styringsretten behandles. I hvilken grad domstolene kan overprøve styringsrettsbeslutninger er omdiskutert og denne diskusjonen behandles nærmere i avsnitt 2.8. Tradisjonelt har domstolene vært tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers frie skjønn.

I oppgavens kapittel 3 vil fokuset ligge på hvilke tendenser man ser i utviklingen av styringsretten i moderne tid. En økende innføring av nyere typer vernelovgivning har preget arbeidsretten de siste årene.³ Dette er særlig relevant for styringsretten på grunn av denne typen vernelovgivnings selvregulatoriske karakter. Jeg vil foreta en redegjørelse av hvilke samfunnsmessige hensyn som har ført til utviklingen av denne omfattende og økende vernelovgivningstrenden. Deretter vil det følge en generell gjennomgang av hvordan det selvregulatoriske aspektet ved denne type lovgivning kan påvirke styringsrettens innhold og rekkevidde.

I kapittel 4 vil reglene om varsling i arbeidsmiljølovens kapittel 2A behandles nærmere som et eksempel på hvordan selvregulatorisk vernelovgivning vil utfordre og utvikle både grensene for og selve innholdet i styringsretten. Varslingsreglene er et utslag av den retningen samfunnet har beveget seg i de siste tiårene, og illustrerer mer konkret hvordan samfunnsutviklingen har betydning for styringsretten.

Videre i kapittel 4, vil det ses på hvordan nye begrensninger eller endringer i styringsrettens innhold og rekkevidde kan påvirke domstolenes overprøvningsrett. Det vil eksplisitt ses nærmere på hvorvidt det i en varslingssituasjon vil være behov og grunnlag for en adgang til full overprøving bruken av styringsretten.

1.2 Problemstillingens aktualitet

Dagens samfunn er preget av raske skift. Virksomheter er avhengig av en stadig evne til omstilling og omdisponeringer for å holde hodet over vann i et konkurransepreget marked.

³ Se blant annet Lov 16.06.2017 om endringer i arbeidsmiljøloven, og innføringen av The EU General Data Protection Regulation (GDPR) gjennom Lov 15.06.2018 nr. 116 om behandling av personopplysninger.

Arbeidsgivers behov for å kunne ta nødvendige avgjørelser på virksomhetens vegne øker i takt med samfunnsutviklingen. Uforutsette samfunnsskift krever at nødvendige endringer og innovasjon må skje raskt. Arbeidsgiver er derfor avhengig av å ha et visst handlerom ved bruk av styringsretten for å overleve.

Samtidig vokser det frem stadig sterkere vernelovgivning. The EU General Data Protection Regulation (GDPR) har for eksempel trådt i kraft og medfører en innstramning i personvernlovgivningen.⁴ Videre medførte endringene i varslingsreglene i 2017 et sterkere vern for varslere.⁵ Terskelen for å konstatere gjengjeldelse etter varsling er lav⁶. Handlinger som i utgangspunktet og i normalsituasjonen er lovlige i lys av styringsretten, kan i en ekstraordinær varslingsituasjon få karakter av å være gjengjeldelse. Disse lovendringene berører styringsrettens grenser og utviklingen på disse rettsområdene.

Det er denne nye tendensen i moderne lovgivning som gjør problemstillingen mest aktuell. Vernet av arbeidstaker blir sterkere, mens en stadig større del av lovgivningen er selvregulatorisk ved at den pålegger arbeidsgiver å implementere rutiner for å etterleve regelverkens nærmere bestemte formål.⁷ At utviklingen medfører utfordringer og begrensninger for styringsretten er ikke uomtvistet, men i hvilken grad og hvordan styringsretten konkret blir påvirket er enda høyst uavklart. Oppgavens tema er derfor veldig aktuelt.

1.3 Begrepsavklaring

Det er nødvendig å foreta en kortfattet gjennomgang av noen arbeidsrettslige grunnbegrep. Ytterligere begrep blir det redegjort for underveis så langt det anses nødvendig.

1.3.1 Arbeidstaker

Arbeidstakerbegrepet er sentralt i all arbeidsrettslig lovgivning, fordi det er inngangsvilkåret som utløser en rekke plikter og rettigheter. Etter arbeidsmiljøloven (heretter aml.) § 1-8 (1) defineres en arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Tilsvarende eller liknende definisjoner finnes i eksempelvis arbeidstvistloven § 1 bokstav a, ferieloven § 2 nr.

⁴ Lov 20.12.2018 nr. 116, om behandling av personopplysninger.

⁵ Lov 16.06.2017 nr. 42, om endringer i arbeidsmiljøloven.

⁶ NOU 2018: 6 s. 134.

⁷ Se f.eks Lov 1. Desember 2006 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling), § 2 A-3 om arbeidsgivers preventive plikt til å implementere rutiner for varsling.

1, folketrygdloven § 1-8, og yrkesskadeforsikringsloven § 2 b. Ordlyden er vidtrekkende, noe som underbygges av både rettspraksis og hensynet til at arbeidstaker er den svake part i et arbeidsforhold. Behovet for vern mot arbeidsgiver tilsier at begrepet bør ha stor rekkevidde. Det er utenfor oppgavens tema å gå i dybden av forståelsen av arbeidstakerbegrepet, men det må kort nevnes at begrepet i de ulike lovene alltid må tolkes basert på de hensynene hvert enkelt regelverk skal ivareta.⁸ Arbeidstakerbegrepet er relativt og styringsretten kan kun utøves overfor den som er arbeidstaker etter gjeldende regelverk.

1.3.2 Arbeidsgiver

Arbeidsgiverbegrepet er viktig da det er knyttet et omfattende rettslig ansvar til det. Det er blant annet arbeidsgiver som er ansvarlig for å etterleve reglene i arbeidsmiljøloven og annen arbeidsrettslig vernelovgivning.⁹ I aml. § 1-8, annet ledd defineres arbeidsgiver som “enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Det er ansettelsesforholdet som definerer hvem som er arbeidsgiver, og dette henger sammen med at arbeidsgiver er den sterke part i en arbeidsavtale.

1.3.3 Varsling og varslingsprosess

Varsling er et kompleks fenomen, men er ikke legaldefinert i arbeidsmiljøloven.

Bestemmelsene i aml. kap. 2A består i stedet av tre delbestemmelser som regulerer en varslings situasjon. Først etablerer § 2 A-1 retten for ”arbeidstaker” til å varsle forsvarlig om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten. Dersom varsling etter regelen i § 2 A-1 har skjedd, utløses umiddelbart et forbud mot ”gjengjeldelse”, jf. aml § 2 A-2 (1), første pkt. Det kan indirekte leses ut av ordlyden at arbeidstakere som oppfyller vilkårene i aml. § 2 A-1 er å anse som en ”varsler” og har et særskilt vern mot gjengjeldelse, jf. § 2 A-2(1). En varslings situasjon foreligger med andre ord når en arbeidstaker har fått kunnskap om kritikkverdige forhold i virksomheten, og retten til varsling er etablert. Arbeidsgiver plikter også å etablere interne varslingsrutiner og tilrettelegge for slik varsling etter aml. § 2 A-3.

Varslingsregelverket er samspillende, og av de nevnte bestemmelses innhold er det tydelig at reglene samlet legger opp til å beskytte de ulike trinnene i en varslings situasjon. Å se på varsling som en helhetlig prosess har fått fotfeste i både juridisk og organisasjonspsykologisk

⁸ Skjønberg, mfl, *Individuell Arbeidsrett*, 2017 s. 49

⁹ *Ibid.* s.58

teori.¹⁰ Varslingsutvalget tok i bruk dette begrepet i sin utredning fra 2018, hvor de ulike fasene i den ideelle varslingsprosessen behandles.¹¹ Utvalget har delt opp prosessen i åtte faser:

“Observasjon og vurdering, varsling, mottak av varsel, undersøkelse og vurdering av varselet, beslutning om videre prosess, håndtering og løsning eller lukking av saken, evaluering og etablering eller forbedring av rutiner for varsling.”¹²

Forståelsen av varsling som en prosess får frem fenomenets dynamiske karakter. Et varsel kan ytres på forskjellige måter og til ulike mottakere over tid. Det skilles mellom intern og ekstern varsling. Intern varsling er der arbeidstaker tar opp forhold overfor kolleger, tillitsvalgte, ledelsen eller andre representanter innad i virksomheten.¹³ Ekstern varsling foreligger når opplysninger eller dokumenter vedrørende det kritikkverdige forholdet gis til personer eller organisasjoner utenfor virksomheten.¹⁴

1.3.4 Arbeidsgivers styringsrett

Styringsretten defineres tradisjonelt som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, eller fordele arbeidet, samt retten til å ansette og si opp arbeidstakere.¹⁵ Arbeidsgiver kan i kraft av styringsretten ensidig treffe avgjørelser som påvirker arbeidstakernes arbeidssituasjon og virksomheten som sådan.¹⁶ Styringsretten er en vidtrekkende rettighet som gir arbeidsgiver både endrings- og beslutningskompetanse, herunder kompetanse til å omfordele arbeid, regulere arbeidsforhold i virksomheten og omorganisere. Kompetansen begrenses av lov, tariffavtale, arbeidsavtale og et allment saklighetskrav.¹⁷ Hvor langt styringsretten rekker avhenger av endringskategori og berøringsgrad. Mindre endringer i virksomhetsstrukturen er klart mindre inngripende enn en oppsigelse av arbeidstaker, og det stilles derfor strengere krav til sistnevnte endring.¹⁸ Arbeidsgivers styringsretten behandles nærmere i kapittel 2.

¹⁰ Se blant annet Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om "kritikkverdige forhold"*, 2016, s. 32-33

¹¹ Nou 2018:6 s. 136-137

¹² *Ibid.* s. 137-138

¹³ *Ibid.* s.29

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Andersen, (1967), side. 149

¹⁶ Skjønberg, (2017) s. 96

¹⁷ *Ibid.* s. 100

¹⁸ Se begrensningene i Lov 17.06.2006 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern, kap 15 om opphør av arbeidsforhold.

1.3.5 Selvregulatorisk lovgivning

Selvregulatorisk lovgivning er en reguleringssteknikk hvor lovgiver pålegger virksomheter lovkrav som innebærer en rettslig plikt til å regulere seg selv for å ivareta bestemte formål.¹⁹ Normalt pålegges slike lovkrav med sikte på å forvalte ulike risikoforhold i virksomheten, som eksempelvis personvern, HMS, og informasjonssikkerhet.²⁰ Lovgivningsteknikken er en motsetning til streng detaljregulering i lovverket og gir virksomheter større fleksibilitet og spillerom til å tilpasse implementeringen av lovformålene til egen virksomhet. Det stilles imidlertid også store krav til arbeidsgiver når vidtrekkende lovformål påvirker hele organiseringen av hele virksomheten. Selvregulatorisk lovgivning behandles mer inngående i kapittel 3.

1.4 Avgrensning

Oppgaven vil rette seg mot den generelle utviklingen av innholdet i arbeidsgivers styringsrett, og vil således ikke gå i dybden på de enkelte kategorier av endringsbeslutninger. Det ville sprengt rammene for denne oppgaven. Hovedfokuset vil ligge på å redegjøre for de hensyn som begrunner utviklingen, samt på hvilke utviklingstendenser vi ser ved utøvelsen av styringsretten på generelt grunnlag.

Innledningsvis nevnes det at styringsrettens grenser er av betydning for andre rettigheter og rettsområder, blant annet arbeidstakers lojalitets- og lydighetsplikt og domstolenes overprøvingsmyndighet. Oppgaven avgrenses mot en behandling av betydningen styringsretten har for arbeidstakers lojalitets- og lydighetsplikt. Men domstolens overprøvingsmyndighet vil behandles nærmere i avsnitt 2.8, 3.5.1 og 4.6 nedenfor.

Domstolskontrollen henger direkte sammen med vernelovgivningen, og det er interessant å se nærmere på hvorvidt rettsutviklingen når det gjelder vernelovgivningen påvirker domstolenes adgang til overprøving av styringsretten.

Når det gjelder den aktuelle vernelovgivningen som kan utfordre styringsrettens grenser, vil både anti-korrupsjonsregler, personvernregler, regler om informasjonssikkerhet og varslingsregler nevnes. Av disse er det kun særreguleringen av varsling som vil behandles

¹⁹ Eriksen, (2016), s. 465

²⁰ Eriksen, (2016) s. 465-466.

mer inngående. De ulike eksemplene bygger imidlertid på samme type lovgivningsmetodikk og har likhetstrekk i måten de antas å påvirke styringsrettens rekkevidde. Resultatet av analysen av varslingsreglene vil derfor kunne ha overføringsverdi til hvordan også annen selvregulatorisk lovgivning kan påvirke styringsretten.

I kapittel fire om varslingsreglene, ligger hovedfokuset på arbeidsgivers plikt til å implementere interne rutiner for varsling. Det ligger utenfor oppgavens rammer å behandle tilrettelegging og muligheten for ekstern varsling, og dette blir derfor ikke behandlet nærmere.

2 Arbeidsgivers styringsrett

2.1 Innledning

I den første landsomfattende tariffavtalen, verkstedsoverenskomsten av den 15. April 1907, ble det uttrykkelig fastslått at styringsretten tilkom arbeidsgiver. Dette stadfestet tidligere praksis, men i årene som kom, fremkalte diskusjonen om styringsretten flere uenigheter vedrørende arbeidstakeres organisasjonsfrihet og streikebryterproblemet.²¹ Arbeidsgivers styringsrett slik den sedvanlig defineres, stammer fra Kristen Andersens formulering fra 1967. Han formulerte rettssetningen om arbeidsgivers rett til å organisere, lede, eller fordele arbeidet, samt retten til å ansette og si opp arbeidstakere.²² Retten har aldri blitt lovfestet, men liknende formuleringer har blitt fulgt opp i juridisk litteratur og rettspraksis²³ og styringsretten er anerkjent som selvstendig rettsnorm.

Selv om styringsretten er anerkjent som en rettslig norm, er den ikke uten begrensninger. Lov, tariffavtale, den individuelle arbeidsavtalen og et saklighetskrav utformet gjennom rettspraksis er de viktigste skrankene. Styringsretten kan imidlertid støte på andre rettsnormer og rettsregler, og i slike tilfeller er det ikke alltid avklart hvilken rettighet som står sterkest, eller ”kommer først” i et rettslig perspektiv.²⁴

2.1.1 “Restkompetanse”

I lys av at styringsretten kun kan anvendes innenfor rammen av de overnevnte begrensninger, har den i teorien blitt ansett som en ”restkompetanse”. Stein Evju innførte begrepet ved å hevde at styringsretten ikke er et selvstendig, uavhengig grunnlag, men en restkompetanse. Han viste til at styringsrettens begrensninger må undersøkes for å fastslå om det eksisterer noe beslutningsrom igjen for arbeidsgiver.²⁵ Begrepet er senere blitt brukt av en rekke teoretikere²⁶ og benyttet i rettspraksis i blant annet den såkalte «Kårstø-dommen».²⁷

²¹ Andersen, (1967), side 149

²² Andersen, (1967), side. 149

²³ Se eksempelvis, Rt. 2002-1602 Nøkk og Rt. 2001-418, Kårstø

²⁴ Evju, (2010), *Arbeidsrett*, s.40

²⁵ Evju, (2003), *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*, s. 20

²⁶ Se f.eks. Fanebust, *Innføring i arbeidsrett, den individuelle delen*, (2002), s. 108, og Fougner, *Endring i arbeidsforhold; styringsrett og arbeidsplikt*, (2016), s. 154

²⁷ Rt.2001-418, avsnitt. 422

Det er nødvendig å se hen til de grenser som omgir styringsretten for å avklare dens rekkevidde. Da de ulike grunnlagene for innskrenking heller ikke er av et ubetydelig omfang, er Evjus tilnærming til styringsretten som en restkompetanse et forsvarlig perspektiv. Styringsretten er nemlig ikke et uavhengig grunnlag, men blir konstant utfordret og begrenset av andre rettsgrunnlag. Den er ikke fri og dens innhold kan derfor ikke identifiseres isolert.

Begrepet restkompetanse har likevel vært gjenstand for kritikk av ulike teoretikere.²⁸ Fougner har utformet essensen i sin kritikk mot Evjus analytiske tilnærming dithen at begrepet kan lede rettsanvendere til å tro at intet kan sluttes av styringsretten i seg selv.²⁹ En slik forståelse mener han kan være uheldig. Dersom utgangspunktet er at arbeidsgiver har styringsrett, eller dersom utgangspunktet tas i begrensningene, kan dette få innvirkning på sluttresultatet ved en rettslig vurdering. Et slikt synspunkt støttes også av Thorkildsen og Drevland som hevder at ”ordet kan ha makt over tanken” og fremholder at det ved vurderingen av arbeidsgivers beslutningskompetanse, kan ha betydning hvilket utgangspunkt som legges til grunn.³⁰

Evju har besvart denne kritikken ved å påpeke at han aldri har ment å underkjenne at styringsretten er et selvstendig rettsgrunnlag.³¹ Selv om styringsretten er inngjerdet av begrensninger, er ikke begrepet restkompetanse ment å strippe styringsretten for enhver selvstendighet som rettsgrunnlag.

Det må poengteres at diskusjonen omhandler den *analytiske* tilnærmingen til rettsspørsmålet, og det er ingen uenighet om at styringsretten har en rekke begrensninger. Uenighetene illustrerer likevel en viktig side ved styringsretten – at rekkevidden fortsatt er uavklart. Kristen Andersens sitat fra 1967 om at styringsretten tiltrekker seg den største oppmerksomhet, poengteres bare ytterligere gjennom denne diskusjonen.

2.2 Fremstillingen videre

Som nevnt overfor, begrenses styringsretten av en rekke faktorer. Fremstillingen videre i avsnitt 2.3 – 2.7 vil gi en oversikt over det historiske opphavet og utviklingen av styringsrettens viktigste rettslige begrensninger; lov, tariffavtale, arbeidsavtalen og det alminnelige saklighetskrav. Det vil legges særlig vekt på hvilke samfunnsinteresser som har

²⁸ Thorkildsen og Drevland, *Arbeidsgivers styringsrett – en ”restkompetanse”*, (2010), avsnitt 6.

²⁹ Fougner, (2016) s. 155.

³⁰ Thorkildsen og Drevland, (2010), avsnitt 6.

³¹ Evju, *Styringsrett og restkompetanse*, (2010), avsnitt 3.2

vært styrende i denne utviklingen. I avsnitt 2.8 følger en redegjørelse av hvordan domstolene tradisjonelt har stilt seg til overprøving av om arbeidsgiver har holdt seg innenfor styringsrettens rammer.

2.3 Liberalistisk samfunn – konkurransefrihet og kontraktsfrihet

På 1800-tallet, før industrialiseringen i Norge, var arbeidsgivers styringsrett uomtvistet og nærmest en suveren rett. Arbeidstaker måtte finne seg i nesten enhver avgjørelses fattet av arbeidsgiver. Samfunnet bar sterkt preg av den fremvoksende liberalismen, en nytenking som var en reaksjon på langvarige strenge tvangsreguleringer i hele Europa.³² Avtalefriheten ble det dominerende rettsprinsippet for utformingen av arbeidsforhold og det liberalistiske synet på næringslivet kan gjenfinnes i utformingen av Grunnloven av 1814.³³ I § 101 het det at ”Nye og bestandige innskærpkninger i Næringsfriheden bør ikke tilstedes Nogen for Fremtiden”. Liberalismens gjennombrudd i Norge og Europa markerte et nytt syn på næringslivet, hvor personlig og økonomisk frihet stod sentralt.³⁴ Vernet av avtalefriheten og arbeidsgivers rett til å drive virksomhet på egne vilkår stod altså sterkt i Norge, tidlig 1800-tallet.

2.4 Framveksten av fagforeninger

Utover 1800-tallet og i løpet av industrialiseringen som den vestlige verden gjennomgikk, så man tendenser til statlig intervensjon og framvekst av fagforeninger. Den liberalistiske tankegangen ble utfordret av sosialismen og det økende fokuset på det kollektive arbeidsfellesskapet. Den første fagforeningen i Norge ble etablert i 1869 innenfor tobakksarbeiderfaget.³⁵ Framveksten av fagforeningene banet vei for en viktig begrensning i arbeidsgivers styringsrett, nemlig tariffavtalene.

I dag definerer Norges største arbeidstakerorganisasjon, LO, en tariffavtale slik:

”En tariffavtale er en kollektiv regulering av lønns- og arbeidsvilkår eller andre forhold, som inngås mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverorganisasjon. En tariffavtale er bindende for avtalens parter og deres

³² Evju, *Arbeidsrett*, (2010), s. 130.

³³ Lov 17.mai, 1814, Grunnloven.

³⁴ Evju, *Arbeidsrett*, (2010), s. 38

³⁵ *Ibid.* s. 47.

medlemmer. I tillegg til lønn, regulerer tariffavtalene også bestemmelser om forhold som sosiale rettigheter, pensjon for de som har dette avtalefestet, arbeidstidsspørsmål, samt oppsigelsesfrister, medbestemmelse og permittering.”³⁶

Tariffavtalers innhold vil kunne variere, etter bransje eller nivå i ulike sektorer. Det som er utvilsomt, er at utvikling vedrørende innholdet i tariffavtaler vil påvirke grensene for arbeidsgivers styringsrett.

2.5 Arbeidervernlovgivningens fremtreden

Samtidig som fagforeningene vokste frem, fant det sted en utvikling av arbeidervernlovgivning. I hele perioden på 1900-tallet var arbeidsretten preget av sterk utvikling hvor en rekke vernelover ble vedtatt frem mot 1980-tallet. Lovgivning om arbeidstid, stillingsvern og arbeidsmiljø innskrenket den tidligere vidtrekkende styringsretten.³⁷ Oppgavens omfang gjør det nødvendig å avgrense mot en detaljert gjennomgang av vernelovgivningens fremvekst på 90-tallet. Omfattende rettigheter knyttet til stillingsvern, et forsvarlig arbeidsmiljø og regulerte arbeidstider anses i dag for å være åpenbare goder for arbeidstakerne. Den omfattende fremveksten av lovgivning på 90-tallet medførte imidlertid en betydelig endring og innskrenking i daværende rammer for styringsretten, herunder forandring for arbeidsgivers tidligere nærmest suverene posisjon.

2.6 Den individuelle arbeidsavtalen

2.6.1 Innledning

Arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver forutsetter en eller annen form for avtale. Denne forutsetningen er grunnleggende for at arbeidstaker skal stille sin arbeidskraft til disposisjon mot et vederlag. Ytelse mot ytelse er et prinsipp som ligger i bunn av ethvert arbeidsforhold, helt tilbake til avskaffelsen av tvangs- og slavearbeid. Vilkårene for arbeidsforhold har imidlertid variert og utviklet seg gjennom årene. I moderne tid stiller blant annet arbeidsmiljøloven en rekke krav til arbeidsavtalen.

³⁶ LO, Ord og uttrykk, 2019.

³⁷ Evju, *Arbeidsrett*, (2010), s. 53.

Mens det ikke gjelder noe krav om skriftlighet for at en arbeidsavtale kan inngås, stiller aml § 14-5 flg. likevel krav om opprettelse av og krav til innholdet i arbeidsavtaler.³⁸

Arbeidsavtalen angir rammene for arbeidsforholdet og er trolig den viktigste begrensningen i arbeidsgivers styringsrett.

2.6.2 Grunnpregstandarden

At arbeidsavtalen er en viktig begrensning i arbeidsgivers styringsrett følger av den såkalte ”grunnpregstandarden”. En standard som utpeker arbeidsavtalen som det rettslige utgangspunkt for vurderingen av styringsrettens rekkevidde. Grunnpregstandarden kan spores tilbake til utviklingen av arbeidsretten på midten av 1900-tallet, hvor Kristen Andersen først tok til ordet for den. Andersen skrev at det:

*«bør være hevet over tvil at en arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dets grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med».*³⁹

Høyesterett har aldri tatt direkte stilling til grunnpregstandarden, men den har i en årrekke blitt lagt til grunn i underrettspraksis.⁴⁰ Selv om rettssetningen ble utviklet for over 50 år siden og har møtt noe kritikk fra enkelte forfattere, ble den senest gjentatt ved forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven av 2005:

*«Med mindre arbeidsavtalen er klar, vil den såkalte «grunnpregstandarden» gjelde, det vil si at arbeidsgiver ikke ensidig kan endre stillingens grunnpreg. I utgangspunktet vil spørsmålet være om en eventuell endring av arbeidet ligger innenfor arbeidsavtalen. Hvorvidt en ensidig endring av arbeidet innebærer et mislighold av denne eller ikke, må vurderes i hvert enkelt tilfelle».*⁴¹

Grunnpregstandarden viser til en kjerne i arbeidsforholdet som ikke kan fravikes og representerer en ytre grense for arbeidsgivers styringsrett. Kjerneinnholdet i arbeidsforholdet skal til enhver tid bestå. Hva som ligger i arbeidsforholdets grunnpreg finner man ved å tolke

³⁸ Skjønberg mfl. (2007), s. 49

³⁹ Andersen, (1967), s. 101.

⁴⁰ Fougner, *Endring i arbeidsforhold*, (2016) s. 15

⁴¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 250

arbeidsavtalen i vid forstand, samt se på innarbeidet praksis på området.⁴² Praksis og teori har operert med en slags før- og etter test hvor man sammenlikner arbeidsplikten før og etter endringen. Klare avvik fra kjerneinnholdet i arbeidsplikten er ikke i overensstemmelse med grunnpregstandarden. Dermed beskytter den det bestående, det faste, samtidig som arbeidsgiver har et visst spillerom til å gjøre forandringer.

2.6.3 Samfunnsinteressen som nytt vurderingsmoment

Den såkalte *Nøkk-dommen*⁴³ omhandler to utdannede skipsmaskinister med grad som brannmestre. De arbeidet som en del av mannskapet på brannbåten Nøkk, men som følge av få utrykninger ønsket Stavanger kommune med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett å integrere de to konstablene i hovedbrannstyrken på land. Det rettslige spørsmålet rettet seg mot hvor langt arbeidsgiver kunne utøve styringsretten sin. Var denne endringen av arbeidsplass og arbeidsoppgaver legitim i lys av styringsretten?

Høyesterett tok utgangspunkt i det tradisjonelle synet på styringsretten som gir arbeidsgiver rett til å organisere, lede og kontrollere arbeidet, før de uttalte at dette må skje innenfor rammen av arbeidsavtalen. Dermed tok Høyesterett videre utgangspunkt i grunnpregstandarden og uttalte at det ved tolkning og utfylling av arbeidsavtalene måtte legges vekt på ”stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen”.⁴⁴

Praksisen i arbeidsforholdet og sedvaner i bransjen er momenter som åpner for at man kan fravike utgangspunktet i arbeidsavtalen. Fast praksis som har etablert seg i arbeidsforholdet, kan det utvilsomt legges vekt på, selv om dette ikke var nevnt ved avtaleinngåelsen. Men at Høyesterett eksplisitt nevnte samfunnsutviklingen som et moment ved styringsrettsvurderingen, hadde aldri tidligere vært gjort i rettspraksis.⁴⁵ Å vektlegge hva som er rimelig i lys av samfunnsutviklingen, men som ennå ikke har festet seg i arbeidsforholdet,

⁴² Totland, *Kan arbeidsgiver nå, i større grad enn tidligere, gjøre endringer i de ansattes arbeidsoppgaver*, (2008), avsnitt. 3.1.

⁴³ Rt. 2000-1605

⁴⁴ Rt. 2000-1602 s. 1610

⁴⁵ Skjønberg mfl, (2017). s. 103

var noe helt nytt, og et steg bort fra det tradisjonelle synet på grunnpregstandarden og beskyttelsen av det bestående.

Momentet er også anvendt i *Theatercafe-dommen*⁴⁶ som omhandlet en endring av servitørens tipsordning, hvor servitørene ble pålagt å dele tipset med de andre ansatte ved restauranten. Arbeidsavtalen var taus vedrørende tipsordningen, og Høyesterett kom til arbeidsgiver kunne beslutte å endre den i kraft av styringsretten. Selv om det forelå langvarig praksis hvor tipset ble delt mellom servitørene alene, la Høyesterett avgjørende vekt på at de fleste andre restauranter i bransjen, hadde en ordning hvor tipset ble fordelt på alle.⁴⁷ Her ble altså samfunnsutviklingen det avgjørende momentet i vurderingen om å endre den tidligere tipsordningen. Dommen er derfor enda et eksempel på hvordan samfunnsutviklingen utfordrer det tradisjonelle synet på grunnpregstandarden.

2.6.4 Nøkk som utfordrer til det tradisjonelle synet på grunnpregstandarden

Fougner tok tidlig til ordet for at *Nøkk* utfordret grunnpregstandarden. Han poengterer særlig hvordan grunnpregstandarden er tilbakeskuende og beskytter det bestående. Ved at Høyesterett i *Nøkk* eksplisitt bruker samfunnsutviklingen som et moment ved vurderingen av styringsrettens rekkevidde, trekkes grensene for arbeidsgivers endringsadgang lenger enn det som ville vært tillatt etter grunnpregstandarden.⁴⁸ Det ble åpnet for å vektlegge rimelighetsbetraktninger i lys av en utvikling som muligens enda ikke hadde gitt utslag i arbeidsforholdet, og dette var ikke i samsvar med grunnpregstandarden.⁴⁹ Videre bygget Fougner kritikken mot grunnpregstandarden på at det allmenne saklighetskravet beskytter arbeidstakeren og at behovet for grunnpregstandarden minsker.⁵⁰ Saklighetskravet behandles nærmere i avsnitt 2.7 nedenfor.

Men grunnpregstandarden har unektelig fortsatt et solid fotfeste i norsk arbeidsrett. Kritikken som har vært rettet mot standarden er i stor grad et akademisk spørsmål, og selv Fougner konkluderer med at grunnpregstandarden fortsatt lever i beste velgående – selv om han altså mener at rettsutviklingen utfordrer dette tradisjonelle synet.⁵¹

⁴⁶ Rt-2008-856

⁴⁷ Skjønberg, mfl. (2017), s. 104

⁴⁸ Fougner, *Endring i arbeidsforhold*, (2007), Arbeidsrett, avsnitt, 3.

⁴⁹ Totland, (2008), avsnitt, 4

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Fougner, *Endring i arbeidsforhold*, (2007), Arbeidsrett, avsnitt 3.

2.7 Saklighetskravet som en allmenn begrensning i styringsretten

I tillegg til grunnpregstandarden har langvarig rettspraksis utviklet et saklighetskrav som en ytterligere begrensning for arbeidsgivers utøvelse av styringsretten. Selv om en endring i arbeidsforholdet er i tråd med stillingens grunnpreg, må den også til enhver tid være saklig begrunnet. Enhver beslutning som berører arbeidstaker bør hvile på fornuftige og aktverdige formål. Jakhelln har omtalt saklighetskravet som en konsekvens av det underordningsforholdet som etableres ved en arbeidsavtale. Arbeidstaker må rette seg etter arbeidsgivers styring, og det må dermed karakteriseres som et arbeidsrettslig prinsipp at arbeidsgiver må forholde seg saklig og ikke ta utenforliggende eller vilkårlige hensyn ved styringsavgjørelser.⁵²

At saklighetsprinsippet innebærer at arbeidsgiver må ha et forsvarlig, faktisk grunnlag for utøvelse av styringsretten sin er sikker rett.⁵³ Dette uttalte Høyesterett blant annet i *Kårstø*⁵⁴, som omhandlet arbeidsgivers mulighet til å endre oppmøtested for de ansatte ved Statoils anlegg på Kårstø:

«Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.»⁵⁵

Etter dette kan saklighetskravet inndeles i to henseender: For det første må selve beslutningen bero på saklige hensyn, som for eksempel driftsmessige forhold.⁵⁶ Beslutninger som beror på utenforliggende hensyn som personlige særtrekk eller forutsetninger, er ikke saklige. Arbeidsgiver skal i utgangspunktet ikke påføre større ulemper for arbeidstakeren enn det som er *strengt nødvendig* for å ivareta arbeidsgivers behov. For det andre stilles det krav til selve saksbehandlingen. Prosessen før en endringsbeslutning bør være ryddig og forberede arbeidstaker på muligheten for endring. Endringsbeslutningen bør ikke komme som noen overraskelse og prosessen i forkant skal være gjennomtenkt og ryddig.⁵⁷

2.7.1 Situasjonsbetinget vurdering

⁵² Jakhelln, (2006), s. 50

⁵³ Fougner, 2016, s. 164.

⁵⁴ Rt. 2001 s. 418

⁵⁵ Rt. 2001 s. 418 s. 427.

⁵⁶ Storeng, (2014), s. 426.

⁵⁷ Totland, (2008), pkt 5.

Den nærmere rekkevidden av saklighetskravet er likevel noe usikker og vil kunne variere etter hvor man befinner seg på arbeidsrettens område. Enhver situasjon og virksomhet er forskjellig og vurderingen av hvilke endringsbeslutninger som oppfyller kravet til saklighet er situasjonsbetinget.

Den rettslige utviklingen som har funnet sted de siste årene, med en omfattende økning av vernelovgivning på arbeidsrettens område har stor betydning for saklighetsvurderingen og dermed rekkevidden av selve styringsretten. Befinner man seg i en situasjon hvor særskilt vernelovgivning slår inn, må arbeidsgiver sørge for å overholde de aktuelle lovformål ved enhver utøvelse av styringsretten. Hva som er saklig må dermed ses i lys av nærmere bestemte eller definerte lovformål og verdier. I kapittel 4 om varsling, vil det redegjøres nærmere for hvordan vernelovgivning påvirker saklighetskravet og styringsretten.

2.8 Domstolenes overprøvningsmyndighet av endringsbeslutninger

Etter en gjennomgang av styringsrettens begrensninger som følger av lov, tariffavtale, arbeidsavtalen og det allmenne saklighetskravet, står man igjen med utgangspunktet for de lovlige endringsbeslutningene. Dersom arbeidstaker er uenig i beslutningen og mener at arbeidsgiver har trådt utenfor sin beslutningskompetanse, kan han fremme påstand om at avgjørelsen er ugyldig eller må settes til side. Domstolene må dermed vurdere om arbeidsgiver har overholdt styringsrettens grenser og hvorvidt avgjørelsen oppfyller saklighetskravet.

Ved vurderingen av om en oppsigelse er saklig, er den klare hovedregel at domstolen har full prøvelsesrett og kan prøve *alle sider* ved arbeidsgivers vurdering.⁵⁸ At domstolene *kan* prøve de materielle og prosessuelle sidene betyr ikke nødvendigvis at retten alltid velger å gjøre det. I mange tilfeller vil det nemlig være praktisk vanskelig for domstolene å overprøve de ulike faglige eller bedriftsøkonomiske vurderingene som ligger til grunn for arbeidsgivers beslutninger.⁵⁹

Det prosessuelle aspektet ved en endringsbeslutning som baserer seg på det alminnelige saklighetskravet kan også overprøves fullt ut. Selv endringer av lite inngripende karakter. Det

⁵⁸ Skjønberg, (2017) s. 105.

⁵⁹ Ibid. s.105

er heller ikke omtvistet at retten alltid skal sørge for en ikke-diskriminerende utøvelse av styringsretten ved at det ikke tas utenforliggende eller vilkårlige hensyn.

Men når det gjelder spørsmålet om hvorvidt domstolene har full overprøvelsesrett over *alle* endringsbeslutninger i medhold av den ulovfestede styringsretten, er dette mer uklart.

Rettspraksis har vært sprikende, og spørsmålet har vært diskutert blant flere teoretikere i den juridiske litteraturen.

2.8.1 Er det rom for Interesseavveininger eller rimelighetsbetraktninger?

Det springende punkt gjelder det skjønnsmessige elementet i saklighetskravet. Her er teorien splittet og rettspraksis er uklar. Det er to innfallsvinkler som er aktuelle: Enten kan man legge til grunn *en begrenset prøvelsesrett* hvor kun misbruk av styringsretten skal vurderes, eller en kontraktrettslig innfallsvinkel hvor styringsrettens omfang bestemmes etter en tolkning av og utfylling av arbeidsavtalen. Ved sistnevnte vurdering er det større rom for rimelighetsbetraktninger og man kan i større grad overprøve arbeidsgivers faglige skjønn.⁶⁰

Hotvedt og Ulseth har tatt til ordet for en *kontraktrettslig* innfallsvinkel hvor det er rom for å tolke og utfylle arbeidsavtalen med konkrete rimelighetsvurderinger. Dette begrunnes med den gjensidige lojalitetsplikten som følger av det kontraktrettslige arbeidsforholdet. De viser til at Høyesterett hverken i *Nøkk-* eller *Senvakt-dommen*⁶¹ legger til grunn noe ulovfestet saklighetskrav, men tar utgangspunkt i arbeidsavtalen og tar i bruk elementer som domstolene benytter ved tolkning av alminnelige kontrakter, herunder rimelighetsvurderinger.⁶²

Senvakt-dommen gjaldt to sykepleiere som hadde inngått arbeidsavtaler under forutsetning om at de utelukkende skulle arbeide senvakter. Spørsmålet var om kommunen kunne endre dette noen år senere. Høyesterett tok ikke utgangspunkt i et ulovfestet saklighetskrav, men gjorde en nærmere vurdering av arbeidsavtalen. Det ble først poengtert at enhver avtalebestemmelse om arbeidstid ikke kan begrense styringsretten. Deretter viste førstevoterende til vurderingsmomentene i *Nøkk-dommen*, se avsnitt 2.6.3 og uttalte at disse i større eller mindre grad, er relevante ved fastleggelsen av styringsrettens grenser også i andre henseender.⁶³ I denne konkrete saken fant imidlertid Høyesterett at det ikke forelå noen vesentlig

⁶⁰ Hotvedt, *Arbeidsavtalen og styringsrett*, kap.3

⁶¹ Rt. 2009 s. 1465

⁶² Hotvedt, *Arbeidsavtalen og styringsrett*, kap. 3

⁶³ Rt.2009 s. 1465 avsnitt 41.

samfunnsendring eller tilstrekkelig tungtveiende grunner til å endre særpreget med senvakter i arbeidsavtalen.⁶⁴

En slik helhetlig vurdering hvor samfunnsutviklingen eksplisitt nevnes, er et steg i liknende retning som i *Nøkk*, herunder at rimelighetsbetraktninger er av betydning.

2.8.2 Begrenset prøvelsesrett

«Undervisningsinspektør-dommen»⁶⁵ gjaldt omplassering av en inspektør ved en skole. Vedkommende ble flyttet til en annen skole grunnet samarbeidsproblemer. Stillingen og lønnen ville være den samme, men arbeidstaker hevdet at den økte undervisningsplikten, de reelle endringene og den økte reiseveien medførte at arbeidsgiver opererte utenfor sin endringskompetanse. Høyesterett tok utgangspunkt i at arbeidsgivers styringsrett måtte utøves innenfor rammen av det allmenne saklighetskravet oppstilt i «*Kårstø-dommen*». Deretter uttalte retten imidlertid at domstolene ikke skulle:

”foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger innenfor rammene for styringsretten er påkrevde eller optimale. Spørsmålet er om det foreligger misbruk av styringsretten”.⁶⁶

Denne uttalelsen er et klart signal om at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers driftsøkonomiske og faglige skjønn, og at prøvingsretten er prinsipielt begrenset. Uttalelsen ble fulgt opp i *Rygge-dommen*⁶⁷ hvor kommunen omgjorde et seniorpolitisk vedtak som ga to lærere full lønn for 80% arbeid. Her lå det i ordningens natur at det kunne komme endringer, og selv det å avslutte hele ordningen ble ansett som saklig begrunnet fra kommunens side.

Disse dommene må tolkes dithen at det i alle fall i de konkrete sakene var lite rom for konkrete interesseavveininger. Fougner har med bakgrunn i blant annet nevnte dommer, konkludert med at domstolenes overprøvelsesadgang er begrenset på området for arbeidsgivers styringsrett. Han formulerte det slik:

⁶⁴ Rt. 2009 s. 1465 avsnitt 43.

⁶⁵ Rt. 2011 s. 841

⁶⁶ Rt. 2011 s. 841, avsnitt 58.

⁶⁷ HR-2016-2286-A, avsnitt 39.

”Samlet sett viser rettspraksis at domstolene kun prøver om arbeidsgiver har kompetanse til å treffe en bestemt beslutning. Innenfor rammen av denne kompetansen kan domstolen kontrollere om arbeidsgiver har tatt utenforliggende hensyn og om beslutningen fremstår som vilkårlig eller er uten et forsvarlig grunnlag. Det er disse skrankene som utgjør innholdet i det generelle saklighetskravet på arbeidsrettens område. Arbeidsgivers frie skjønn prøves ikke. Det innebærer at styringsretsbeslutningens rimelighet eller hensiktsmessighet ikke prøves med mindre lov gir anvisning på det.”⁶⁸

Fougner er uenig med Hotvedt og Ulseth, da han mener at arbeidsgiver i kraft av styringsretten har et fritt skjønn innenfor rammen av kompetansen til å treffe en bestemt slutning. Innenfor rammen av kompetansen som følger av styringsretten, mener han at domstolene kun kan foreta en misbrukstest.⁶⁹

2.8.3 Utslag av ulike samfunnsinteresser

Synspunktet om begrenset overprøvelsesrett, åpner ikke for rimelighetsvurderinger i lys av samfunnsutviklingen på samme måte som den kontraktsrettslige innfallsvinkelen. Men den ivaretar samfunnsinteressen på et annet plan. Velferdssamfunnet med stadige krav til innovasjon og utvikling, krever at vi har lønnsomme og effektive bedrifter. Lønnsomme, private bedrifter forutsetter konkurransevne, innovative løsninger, og selvstendige valg. Det er på det rene at arbeidsgiver selv er den som er best egnet til å foreta slike faglige vurderinger. Dersom domstolen kan overprøve alle sider av vanskelige endringsbeslutninger i virksomheter, vil dette medføre at ikke de best kvalifiserte tar avgjørelser vedrørende norsk arbeidsliv. Noe som ville vært svært uheldig i et samfunnsmessig perspektiv. Domstolen vil vanskelig kunne sette seg inn i alle virksomhetens forhold og bransjepraksis. Hva som er driftsøkonomisk effektivt og forsvarlig, bør derfor være opp til arbeidsgiver å vurdere. Videre må det være rom for at arbeidsgivere tar uortodokse valg, nettopp for å kunne konkurrere i et allerede veletablert og sterkt konkurransepreget marked.

⁶⁸ Fougner, (2016) s. 167

⁶⁹ Fougner, *Arbeidsgivers frie skjønn*, (2007), avsnitt 4.

At arbeidsgiver har denne friheten medfører liten trussel mot arbeidstakervernet, fordi saklighetskravet skal verne arbeidstaker som følge av at endringene må være rasjonelle, og at den prosessuelle siden alltid vil kunne overprøves fullt ut av domstolene.

2.8.4 Uklar rettstilstand

Samlet sett er rettstilstanden fortsatt uklar. Det kan argumenteres med at domstolene i prinsippet burde kunne prøve *enhver side* av arbeidsgivers vurdering, da endringene kan være inngripende overfor arbeidstaker. De nyeste høyesterettsdommene synes imidlertid å gi uttrykk for en forsiktig holdning til en full overprøvingsadgang.

Det er interessant hvordan begge de to ovennevnte innfallsvinklene er samfunnsstyrte, samtidig som de styres av to ulike samfunnsinteresser. Som vist ovenfor i pkt. 2.8.3 er også innfallsvinkelen med begrenset overprøvelsesrett begrunnet i et viktig samfunnshensyn, nemlig interessen i at norsk arbeidsliv skal driftes mest mulig effektivt. Domstolskontrollen begrenses til en vurdering av om arbeidsgiver har tatt utenforliggende hensyn, eller om beslutningen fremstår som vilkårlig.⁷⁰ Etter denne innfallsvinkelen vernes arbeidstaker av saklighetskravet, samtidig som arbeidsgivers spillerom ivaretas.

Den kontraktsrettslige innfallsvinkelen åpner på sin side for mer helhetlige vurderinger av endringsbeslutningene hvor samfunnsmessige rimelighetshensyn kan være styrende i vurderingen. Det er ingen automatikk i at dette vil medføre større vern for arbeidstaker. I *Nøkk-dommen* var faktisk samfunnsutviklingen avgjørende for at arbeidsgiver kunne endre arbeidsoppgaver til ugunst for arbeidstakerne. I *Senvakt* ble manglende samfunnsutvikling riktignok avgjørende for at arbeidsgiver ikke kunne utøve styringsretten på en måte som gikk utover arbeidstaker. Poenget er at den kontraktsrettslige innfallsvinkel åpner for at samfunnsutviklingen kan være styrende i tvilstilfeller og dermed undergrave arbeidsgivers skjønn i større grad enn den begrensede innfallsvinkelen.

Hovedforskjellen bunner derfor i hvor stort rom det skal være for de konkrete interesseavveininger med innslag av rimelighet, og ikke direkte om det er arbeidsgivers eller arbeidstakers interesser som skal vektas tyngst. Samlet sett synes innfallsvinkelen med begrenset overprøvelsesrett så langt å ha fått mest gjennomslag i norsk rett, særlig fordi den

⁷⁰ Fougner, *Endring i arbeidsforhold: styringsrett og arbeidsplikt*, (2016), s. 167.

nyeste rettspraksisen i Høyesterett utøver forsiktighet ved overprøvingen av arbeidsgivers styringsrett, se ovenfor i avsnitt 2.8.2.

3 Samfunnsutviklingen i dag

Redegjørelsen overfor viser at samfunnsutviklingen og samfunnsinteressen er en de viktigste styrende faktorene, ikke bare for styringsrettens grenser, men også for domstolenes overprøvingsmyndighet av den. Høyesterett viser til samfunnsutviklingen som et vurderingsmoment i både *Nøkk*, *Theatercafe-dommen* og *Senvakt-dommen*, og lar denne interessen være styrende for resultatet ved krevende styringsrettvurderinger. Selv i *Kårstø-dommen* og *Undervisningsinspektør-dommen* hvor Høyesterett viste en mye større tilbakeholdenhet med å overprøve arbeidsgivers vanskelige driftsøkonomiske og virksomhetseffektive beslutninger, var det tale om samfunnsinteresser. Viktigheten av at arbeidsgiver kan drifte sin egen virksomhet selvstendig for å kunne konkurrere i det harde markedet, førte til at domstolen valgte å være forsiktig med å overprøve styringsrettvurderingene. Denne type samfunnshensyn er bare av en annen karakter enn den som ble vektlagt i *Nøkk*, *Theatercafe-dommen* og *Senvakt-dommen*, se pkt. 2.8.4.

Kultur, tradisjoner og utvikling påvirker de til enhver tid viktigste interessene i et samfunn. Når samfunnsinteressen kan være så avgjørende for domspremissene, er det viktig å kartlegge retningen samfunnet utvikler seg i, hvilke hensyn utviklingen bygger på og hvordan dette vil påvirke arbeidsgivers styringsrett. Både når det gjelder dens innhold og rekkevidde, men også i form av domstolenes overprøvingskompetanse. I det følgende vil det derfor ses nærmere hvilke grunnleggende samfunnmessige hensyn som har påvirket den arbeidsrettslige utviklingen de siste årene. Deretter vil det ses på hvordan disse hensynene påvirker retningen styringsretten beveger seg i fremover.

3.1 Økende behov for å avdekke kritikkverdige forhold og kriminalitet i virksomheter

Globaliseringen av dagens samfunn fører til at private og offentlige virksomheter samarbeider på tvers av regioner og landegrenser. Teknologiutviklingen verden har vært gjennom de siste tiårene, fører til høyere tilgjengelighet til alt av informasjon, data og programvare. Dette medfører en større kompleksitet i både små og store virksomheter enn tidligere. Større kompleksitet i en virksomhet, stiller større krav til forsvarlig drift og organisering, noe som kan være svært utfordrende både for virksomheten selv, men også for et samfunn som helhet.

De siste årene har blant annet vært preget av store økonomiske internasjonale skandaler som WorldCom, Panama Papers og Enron. Økokrim i Norge mener at omfanget av økonomisk kriminalitet i virksomheter er stort og til dels økende.⁷¹ Implementeringen av Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon i 2008, styrkingen av varslingsreglene i 2017, og implementeringen av The EU General Data Protection Regulation (heretter GDPR)⁷², signaliseres at det er både ønskelig og nødvendig å ivareta arbeidstaker, og avdekke kritikkverdige forhold og kriminalitet.

3.2 Velferdsstatens ideal om trygghet og trivsel for borgerne

I en velferdsstat som Norge, er det å sikre den enkelte borgers sikkerhet, glede, og økonomisk trygghet en målsetning. Statsminister Erna Solberg talte om nettopp verdien av arbeid under NHOs årskonferanse i 2018; hvor hun påpekte hvorfor arbeidet er viktig både for den enkeltes livskvalitet, men også for Norge som helhet.⁷³ Den klart største delen av Norges befolkning i dag er arbeidstakere. Disse tilbringer store deler av livet sitt på arbeidsplassen, følgelig vil opplevelsen av jobbhverdagen være av betydning for den enkeltes livskvalitet. Det er også gjennom arbeidet de fleste sikrer sin økonomiske trygghet. Gode arbeidsvilkår- og et godt arbeidsmiljø er derfor viktig for å etterleve idealet om trygghet og trivsel for borgerne.

Behovet for å ivareta arbeidstakere er fortsatt høyst aktuelt i Norge. Eksempelvis leverte advokatfirmaet Wiersholm inn en rapport vedrørende den såkalte ”Monika-saken” i juni 2015. Rapporten omhandlet arbeidsgivers behandling av politietterforskeren Robin Schaeferes varsel.⁷⁴ Saken fikk massiv oppmerksomhet, og kastet lys over en varslingsprosess som ikke fungerte optimalt. Nye varslingssaker dukker stadig opp i norske virksomheter, både i offentlig og privat sektor. Problemstillingen knyttet til det å sikre et reelt varslervern er fortsatt til stede.

Forhold som manglende personvern for arbeidstakere, eller et utilstrekkelig varslervern kan medføre utrygghet for arbeidstaker. Risikoen for mistriivsel øker, og i tråd med denne type arbeidsrettslige mangler, svekkes idealet om trygghet og velferd for borgerne. I ytterste konsekvens kan vår rettsstat og demokratiske verdier stå på spill. Dette illustrerer viktigheten

⁷¹ Ørjasæter, mfl, *Bedre ledelse*, 2013, s. 265

⁷² Datatilsynet, *Hva er nytt med personvernforordningen*, avsnitt 1.

⁷³ Regjeringen.no – *Verdien av arbeid*, 2018

⁷⁴ Regjeringen.no – *Fire varslingssaker*

av, og begrunner innføringen av vernelovgivning som ivaretar arbeidstaker og sørger for en best mulig arbeidshverdag.

3.3 Samfunnsverdien av velfungerende virksomheter

Arbeid skaper verdier, og det er denne verdien som skaper velferd. Behovet for å avdekke kritikkverdige forhold i virksomheter, kan også begrunnes i den ønskede verdiskapningen.⁷⁵ Velferdssamfunnet er tjent med å ha bedriftsøkonomisk lønnsomme virksomheter som drives av kompetente arbeidsgivere. Det er dette som skaper verdi. Gjennom arbeidet produseres det varer og tjenester som driver utviklingen av velferdssamfunnet fremover. Dette er den overordnede rettspolitiske samfunnsverdien en velfungerende virksomhet bidrar med til velferdsstaten.

Innføringen av blant annet lovregler mot korrupsjon, varslingsregler som skal avdekke kritikkverdige forhold og personvernregler som beskytter arbeidstakeren, baner vei for et etisk, effektivt og verdiskapende arbeidsliv.⁷⁶ I en rapport av Oslo Economics om verdien av varsling, fremkommer det at velfungerende varslingsrutiner bidrar til å stanse destruktiv ledelse, trakassering, og bedrer helse, miljø og sikkerhet ved at kritikkverdige forhold avdekkes.⁷⁷ Videre bidrar varsling direkte til en mer velfungerende økonomi og høyere skatteinntekter for samfunnet, ved å avdekke og stanse økonomiske misligheter som tyveri, underslag, svart arbeid, korrupsjon og sosial dumping.⁷⁸ Økt varslingsmengde fører også til at det er mindre attraktivt å igangsette og opprettholde kritikkverdige forhold, da risikoen er større for at de blir oppdaget.⁷⁹ Dette illustrerer viktigheten av vernelovgivning, for å oppnå målet om ha velfungerende virksomheter i det norske arbeidsliv.

3.3.1 Virksomhetens egenverdi

En velfungerende virksomhet er ikke bare til nytte for arbeidstakerne og samfunnet som helhet. Det er utvilsomt at hver enkelt virksomhet og arbeidsgiver også vil nyte godt av at kritikkverdige forhold og kriminalitet avdekkes og bringes til opphør. Ved å rette opp feil, mangler eller stanse kritikkverdig atferd i virksomheten, vil ressursene benyttes mer effektivt.

⁷⁵ Høyre.no, *56 000 nye jobber skapt det siste året*

⁷⁶ Se blant annet Lov 01.12.2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven, Lov 16.06.2017 om endringer i arbeidsmiljøloven og Lov 15.06.2018 nr.116 om behandling av personopplysninger.

⁷⁷ Oslo Economics, 2017, s. 38.

⁷⁸ *Ibid.* s. 38.

⁷⁹ *Ibid.* s. 39.

Effektivitet fordrer vekst, og vekst i størrelse, kapital eller marked vil ofte være positivt for arbeidsgiver. Det skaper nemlig muligheter til å ekspandere, øke verdien i virksomheten, eller legge om driften for å skape noe nytt. At virksomheter har god økonomi, skaper sikkerhet for arbeidstakere og samfunnet som helhet. Den mest effektive måten å luke bort kritikkverdige forhold på, er ved fornuftig bruk av arbeidsgivers styringsrett.

3.3.2 Arbeidskraften som ressurs

Arbeidstakerne er bærebjelken i enhver virksomhet. Enhver ytelse er nødvendig for at maskineriet holdes i gang, og arbeidsgiver trenger motiverte og engasjerte arbeidstakere. Ivaretagelse av de ansatte er derfor et viktig aspekt for å ha en veldreven virksomhet. Dersom arbeidstakerne føler seg trygge, respektert og fortrolige med å varsle om forhold de mener er kritikkverdige, kan man tale om et sunt arbeidsmiljø. Et godt arbeidsmiljø fører til høyere effektivitet, glede og engasjement i jobbhverdagen. Klarer arbeidsgiver å skape et slikt miljø, har man bedre forutsetninger enn andre virksomheter for å gjøre det bra.

3.4 Fremveksten av selvregulatorisk vernelovgivning

For å fremme de overnevnte samfunnshensyn og skape en velfungerende virksomhet, har det arbeidsrettslige lovverket utviklet seg raskt de senere år. Et av de nyere utviklingstrekkene er som nevnt, styrkingen av vernelovgivning, gjennom blant annet regler om varsling i arbeidsmiljøloven, strengere regler om personvern og anti-korrupsjonsregulering.⁸⁰ Felles for denne typen lovgivning er at den er selvregulatorisk. Lovgiver pålegger arbeidsgiver lovkrav som innebærer en rettslig plikt til å regulere virksomheten, for å ivareta bestemte formål eller verdier. Vanligvis er hensikten en bedre forvaltning av risikoforhold i virksomheten.⁸¹ Arbeidsgiver pålegges altså å benytte styringsretten til å implementere interne rutiner for å overholde de nærmere definerte lovformål, gjennom denne reguleringsteknikken. Og fremveksten av den omfattende mengden vernelovgivning er en konsekvens at de overnevnte samfunnshensyn.

⁸⁰ Se blant annet Lov 01.12.2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven, Lov 16.06.2017 om endringer i arbeidsmiljøloven og Lov 15.06.2018 nr.116 om behandling av personopplysninger.

⁸¹ Eriksen, (2016), s. 465.

I kapittel 4 nedenfor vil arbeidsgivers krav om selvregulering knyttet til varsling, behandles nærmere, jfr. aml. § 2A-3. Først vil det imidlertid redegjøres for noen generelle trekk ved denne type lovgivning.

3.4.1 Ingen detaljregulering

Kjernen i den selvregulatoriske lovgivningen, er at den ikke detaljregulerer hvordan arbeidsgiver skal overholde lovens nærmere bestemte formål. Høy grad av detaljregulering ville medført en veldig kompleks reguleringsituasjon, og det vil bli vanskelig for virksomheter å holde oversikt over hva som kreves for å etterleve kravene i reguleringsregimet.⁸² Uten detaljregulering blir det opp til arbeidsgiver å benytte styringsretten på best mulig måte, til å implementere interne rutiner og systemer for å overholde de nærmere bestemte lovformål. Mangelen på detaljregulering gir derfor arbeidsgiver større spillerom til å overholde lovens krav og ivareta egen virksomhet på den mest effektive og hensiktsmessige måten. Dette bunner direkte i hensynet om at det er arbeidsgiver selv som er best egnet til å etablere og tilpasse de tiltakene som best fremmer lovens formål, i egen virksomhet.⁸³

3.4.2 Veletablerte rutiner og systemer

Rutiner og systemer i en virksomhet skal bidra til effektiv måloppnåelse og utvikling. For at organiseringen av virksomheten skal være hensiktsmessig og rutinene tilstrekkelige, må de være utformet på en slik måte at de hensyntar relevante risikofaktorer.⁸⁴ Det er nettopp dette de overnevnte regelverk tar sikte på. Arbeidsgiver velger selv hvordan han vil implementere interne system som skal avhjelpe og bøte på ulike former for risiko knyttet til virksomheten. Men systemet arbeidsgiver velger å innføre må være gjennomtenkt og tilgjengelig i alle ledd i virksomheten, for å sikre at rutinene faktisk fanger opp de forholdene de er ment å gjøre. Så selv om arbeidsgiver har et visst spillerom ved implementeringen av interne rutiner, stiller reguleringsteknikken ofte overordnede krav til gjennomføringen. Dette eksemplifiseres nærmere i avsnitt 4.4 hvor arbeidsgiver preventive plikt til å implementere varslingsrutiner behandles.

⁸² *Ibid*, s. 467.

⁸³ *Ibid*, s. 395

⁸⁴ Olsen, *Virkemidler for å stoppe kriminelle ledere i næringslivet*, (2008), avsnitt om *hensiktsmessige rutiner og systemer*.

3.4.3 Etterlevelse av rutiner og systemer

At arbeidsgiver implementerer retningslinjer og skaper et system som objektivt sett er egnet til å ivareta formålet til den aktuelle vernelovgivningen kan i noen tilfeller være nok. Kjernen i det selvregulatoriske, ligger imidlertid i at arbeidsgiver kontinuerlig må evaluere og sørge for at de interne rutinene i virksomheten er egnet til å fange opp misligheter eller mangler.⁸⁵ En ting er at rutinene er implementert og igangsatt, noe annet er hvorvidt de følges opp og etterleves i praksis. Dersom arbeidsgiver ikke følger opp rutinene som er innført, kan dette få konsekvenser. For det første vil det sende signaler om at avvik ikke får følger, noe som igjen kan påvirke oppfatningen av at det er lett å begå misligheter. For det andre vil manglende etterlevelse føre til at håndtering av kritikkverdige forhold ikke følger noe fast mønster. Det vanskeliggjør prosessen med å skille kritikkverdige situasjoner fra de mer ordinære eller vanlige.⁸⁶

3.5 Hvordan selvregulatorisk lovgivning påvirker styringsretten

Sammenliknet med tradisjonell vernelovgivning, som for eksempel regulerer arbeidstid og ferie for arbeidstakere direkte,⁸⁷ innebærer det selvregulatoriske aspektet ved moderne lovgivning noe annet for arbeidsgivers styringsrett. Lovene gir i begrenset grad konkrete føringer for hvordan lovens overordnede formål skal sikres. Det er selv opp til arbeidsgiver å implementere et system som fungerer og har et spillerom til å tilpasse rutinene til egen virksomhet. Bakgrunnen for dette, er som vist i punkt 3.4.1, både at det er vanskelig for lovgiver å detaljregulere hvilke tiltak den enkelte virksomhet skal innføre for å oppfylle lovens formål, og at arbeidsgiver er best egnet til å lede egen virksomhet mest effektivt og økonomisk.⁸⁸

Men selv om arbeidsgiver har et visst spillerom til å overholde lovens nærmere bestemte formål, medfører denne typen reguleringsteknikk likevel en del endringer for styringsrettens innhold og rekkevidde. For det første medfører ny lovgivning en rekke nye begrensninger for styringsretten generelt. Arbeidsgiver får større mengde vernelovgivning å forholde seg til ved

⁸⁵ Olsen, (2008), avsnitt om *etterlevelse av retningslinjer og rutiner*.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Se f.eks Lov 17.06.2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, og stillingsvern mv, og Lov 29.04.1998 om ferie nr. 21 §§ 5 og 10-4.

⁸⁸ Eriksen, (2016), s. 395

utøvelsen av styringsretten, noe som fører til at rommet for legitime beslutninger blir mindre. Årsaken er så enkel som at begrensningene som finnes i lovgivning blir mer omfattende.

For det andre utløses det en omfattende aktivitets/handleplikt for arbeidsgiver. Det dynamiske aspektet ved denne reguleringsteknikken medfører at arbeidsgiver til enhver tid må sørge for at de nærmere bestemte lovformålene er overholdt. Passivitet og unnlaterer kan få betydelig større konsekvenser nettopp på grunn av den dynamiske faktoren. En varslings situasjon kan illustrere dette. Selv om de implementerte rutinene for varslings i utgangspunktet er gode, kan arbeidsgiver ikke unnlate å gripe inn dersom forholdene skulle tilsi at det er behov for det, på grunn av varslingsreglens karakter som selvregulatorisk vernelovgivning. Dette vil eksemplifiseres nærmere under gjennomgangen av arbeidsgivers plikt til å implementere rutiner for intern varslings i henhold til aml. § 2 A-3 i avsnitt 4.4.

3.5.1 En mer inngående domstolskontroll

Som gjennomgått i pkt. 2.8.4 overfor er det uklart hvor langt domstolens overprøvningsmyndighet egentlig strekker. Det er enighet om at domstolene kan prøve full ut om arbeidsgiver har generell kompetanse til å treffe en type beslutning. Men domstolene har vært forsiktige med å utøve full overprøvningsrett overfor arbeidsgivers skjønn innenfor rammen av denne kompetansen.⁸⁹ I flere nyere dommer har domstolen vist respekt for arbeidsgivers faglige og egenartede skjønn.⁹⁰

Det er vernelovgivningens karakter som er av avgjørende betydning for domstolskontrollen av styringsretten. Den aktuelle lovgivningen har som sentralt formål å verne om arbeidstakerne og sikre deres arbeidshverdag. Det ligger i denne type regelverks natur at domstolene må overprøve enhver side av saker hvor det er spørsmål om brudd på vernet.

Selv om mye av hensynene bak selvregulatorisk vernelovgivning er at arbeidsgiver er best egnet til å vurdere hva som er mest hensiktsmessig for egen virksomhet, fører altså lovgivningens karakter likevel til at domstolskontrollen blir mer inngående.

At domstolene får en mer inngripende overprøvningsrett på områder for arbeidsgivers styringsrett, kan føre til at arbeidsgivere utøver større forsiktighet. Dersom grensene for *hva* som er saklig utøvelse av styringsretten ikke er klare, og arbeidsgiver *vet* at forholdet vil

⁸⁹ Fougner, *Arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll*, (2018), avsnitt 1.

⁹⁰ Se eksempelvis RT-2011-841 og HR-2016-2286-A

kunne overprøves, kan det påvirke arbeidsgivers vurderinger. Det vil for eksempel kunne skje i en varslingsituasjon, hvor arbeidstaker påberoper gjengjeldelse, jfr. aml. §§ 2A-2 jf. 2A-1 etter en endringsbeslutning som i utgangspunktet er lovlig og saklig begrunnet i styringsretten. Dette kommer jeg også tilbake til i kap. 4 nedenfor.

4 Særlig om arbeidsmiljølovens kap. 2 A om varsling som begrensning i arbeidsgivers styringsrett

4.1 Innledning

Retten til å varsle forsvarlig ble lovfestet i arbeidsmiljøloven som trådte i kraft den 1. januar 2007.⁹¹ I 2017 ble minimumskravene til innholdet i varslingsrutinene konkretisert for å optimalisere varslingsprosessen og skape større forutberegnelighet for partene. Et av hovedformålene med varslingsreglene er å beskytte arbeidstakere som varsler, og tydeliggjøre at varsling er lovlig og ønskelig.⁹² Reglene er et direkte utslag av samfunnsinteresser, da både samfunnet som helhet, den enkelte arbeidstaker og virksomhetene selv anses å være tjent med at ulovlig og uønsket atferd avdekkes og bringes til opphør. Se avsnitt 1.3.3 overfor for en nærmere beskrivelse av varsling og varslingsprosessen.

Varslingsreglene bygger på en forventning om at reglene skal bidra til å avdekke og forebygge korrupsjon og kritikkverdige forhold. Eriksen skriver at det med dette medfølger en implisitt forventning om effektivitet av varsling som reguleringsmekanisme.⁹³ Et slikt krav om effektivitet sikres i stor grad gjennom gode rutiner og systemer som legger til rette for forsvarlig varsling. Med andre ord sikres dette gjennom arbeidsgivers utøvelse av styringsretten.

Det vil nå foretas en kort gjennomgang av vilkårene for arbeidstakers rett til varsling, før det foretas en grundigere analyse av arbeidsgivers rolle i varslingsprosessen. Det vil særlig legges vekt på trinnene i prosessen etter mottak av varsel, da det er her utøvelse av arbeidsgivers styringsrett kommer på spissen.

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

Vilkåret ”kritikkverdige forhold” er en rettslig standard, og det vilkåret som utgjør utgangspunktet ved enhver varsling. Hva som er kritikkverdig, vil til enhver tid kunne variere, og ordlyden taler for at alle forhold som kan ha en negativ innvirkning på arbeidsmiljø, sikkerhet, samfunnet generelt eller den enkelte arbeidstaker bør omfattes. Dette

⁹¹ Lov 01.12.2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven.

⁹² Prop. 72 L (2016-2017) s.6.

⁹³ Eriksen, (2016), s. 50

støttes av forarbeidene hvor det fremkommer at bestemmelsen er ment å ramme forhold som er i strid med lov eller etiske normer.⁹⁴ I en ny lovproposisjon av 2018-2019 er det også foreslått en klargjøring av begrepet ”kritikkverdige forhold”. Utvalget foreslår at det skal tas inn en ikke-uttømmende liste med eksempler på konkrete normbrudd for å presisere begrepet.⁹⁵ Utvalget foreslår videre å avgrense mot ”klage som bare gjelder misnøye med arbeidstakers eget arbeidsforhold”. Poenget er at varslingsreglene bør forbeholdes tilfeller der varslingen gjelder noe som har en viss generell interesse, selv om terskelen skal være lav.⁹⁶

4.2.1 Krav om forsvarlig varsling

Etter aml. § 2 A-1 annet ledd, første pkt, stilles det krav om at fremgangsmåten ved varsling skal være “forsvarlig”. Selv om § 2 A-1 første ledd oppstiller en ubetinget rett til å varsle, er det likevel ikke fritt frem med *måten* man varsler på. Ordlyden tilsier at varslingsmetoden må være aktsom og gjennomtenkt, men noen videre anvisning på hva som er ”forsvarlig” varsling gir den ikke. Forarbeider har imidlertid utledet noen relevante momenter. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på hvor holdbart varselet er, hvilket skadepotensiale ytringen kan ha, og hvem det varsles til er momenter ved vurderingen.⁹⁷ I lovproposisjonen av 2018-2019 foreslår utvalget å spesifisere vilkåret med tre kriterier. Arbeidstaker som varsler må være i *god tro* om at det foreligger et kritikkverdig forhold, forholdet må være av *allmenn interesse*, og det må stilles krav til *hvem det varsles til og i hvilken rekkefølge dette gjøres*.⁹⁸ Sistnevnte kriteriet tar sikte på en hovedregel om at det bør varsles internt før arbeidstaker ytrer seg eksternt.⁹⁹

4.3 Nærmere om forbudet mot gjengjeldelse, jf. Aml. § 2A-2.

Etter at en arbeidstaker har varslet etter aml. § 2 A-1, utløser § 2 A-2 et forbud mot gjengjeldelse. Ordlyden gir anvisning på handlinger som objektivt sett kvalifiserer som negative handlinger som følge av at arbeidstaker har varslet. Dette kan være formelle endringer som oppsigelse, degradering av stilling, bytte av kontor, eller mildere og mer

⁹⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37.

⁹⁵ Se Prop. 74 L (2018-2019), s. 24 for forslag til klargjøring av begrepet ”kritikkverdige forhold”.

⁹⁶ Prop. 74 L (2018-2019) s. 24.

⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 16-20.

⁹⁸ Prop. nr. 74 L (2018-2019) s. 30, *Mine uthevinger*.

⁹⁹ Prop. nr. 74 L (2018-2019) s. 30.

uformelle former for trakassering som blikkgivning, utfrysing eller slengbemerkinger. En slik tolkning støttes av forarbeidene hvor det fremkommer at ”enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling” omfattes.¹⁰⁰

Dette særskilte rettsvernet i varslingsreglene er av stor betydning for rammene for arbeidsgivers styringsrett. Eidsheim og Eriksen tar blant annet til ordet for følgende:

”Handlinger som i utgangspunktet vil være å anse som rettmessig utøvelse av styringsretten, kan få en annen rettslig karakter der hvor arbeidstaker har utløst det særskilte rettsvernet ved å varsle i henhold til aml. §§ 2-A-2 jf. § 2 A-1.”¹⁰¹

Man kan stå overfor en situasjon hvor en endring kan være lovlig i lys av styringsretten, samtidig som den kan være ulovlig hvis den oppfattes som gjengjeldelse. Nærmere om hvordan gjengjeldelsesforbudet kan begrense rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett i avsnitt 4.5 nedenfor.

4.3.1 Delt bevisbyrde, jf. Aml. § 2 A-2, tredje ledd, annet pkt.

Hva som er gjengjeldelse kan være vanskelig å bevise, og lovgiver har valgt å legge terskelen lavt for å redusere arbeidstakers bevisbyrde. Dette er en sentral del av varslervernet. Lovgiver har selv uttrykt at det ikke skal stilles “for strenge beviskrav”, der det er gått kort tid mellom varselet og den påståtte negative reaksjonen.¹⁰² Så lenge arbeidstaker kan fremlegge opplysninger som ”gir grunn til å tro” at det har funnet sted gjengjeldelse, skal dette legges til grunn. Det er da opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre noe annet, jf. § 2 A-2, tredje ledd, annet pkt.

4.4 Arbeidsgivers preventive plikt til å implementere rutiner for intern varsling, jf. Aml. § 2A-3.

Det selvregulatoriske aspektet ved varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven fremkommer i aml. § 2 A-3 som pålegger arbeidsgiver en preventiv plikt til å implementere rutiner for intern varsling. Plikten gjelder for virksomheter som sysselsetter ”minst 5 arbeidstakere” der ”forholdene i virksomheten” tilsier det, jf. § 2 A-3 (2). Dette er en innskrenking i

¹⁰⁰ Ot.prp. nr 84 (2005-2006) s. 52

¹⁰¹ Eidsheim, mfl, *Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern*, jf. *arbeidsmiljøloven § 2 A-2*, (2018), avsnitt 2.

¹⁰² Ot.prp. nr 84 (2005-2006) s. 53.

arbeidsgivers styringsrett sammenliknet med tidligere, fordi bestemmelsen ikke bare krever implementering av rutiner, men også legger generelle føringer på hvordan de interne rutinene skal være, jf. § 2 A-3 første til sjette ledd.

Denne preventive plikten kan også ses som det første steget i varslingsprosessen, da det er disse rutinene som generelt skal legge til rette for senere konkrete varsler. Måten et varsel håndteres på kan være avgjørende for om det utvikler seg konflikt, og aml. § 2 A-3 er ment å tilrettelegge for forebygging og håndtering av konflikter. En vellykket håndtering av et varsel, kan sammenlignes med vellykket håndtering av krise i en virksomhet.¹⁰³ For å mestre belastningen det er å stå i en varslingssituasjon og en potensiell konflikt, enten du er arbeidstaker eller arbeidsgiver, er det viktig med informasjon om hva som foregår, hvordan det foregår og hva som kommer til å bli neste steg.¹⁰⁴ Med andre ord skal alle involverte være trygge på hvordan man går frem og hva som kommer til å skje. Samtidig skal alle parter føle seg ivaretatt i en varslingssituasjon, for at rutinen skal fungere optimalt.

I det følgende vil det redegjøres for hva som skal til for å implementere gode rutiner for varsling og hvilke føringer lovgiver har gitt på arbeidsgivers implementering, jf. aml. § 2 A-3.

4.4.1 Arbeidstakernes medvirkningsrett etter aml. § 2 A-3 (3).

Arbeidsgiver plikter å utarbeide de interne varslingsrutinene i ”samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte”, jf. aml. § 2 A-3(3). I forarbeidene fremkommer det at bestemmelsen er ment å sikre de ansatte og deres tillitsvalgte en reell innflytelse i arbeidet med varslingsrutinene.¹⁰⁵ Arbeidsgiver må derfor utarbeide rutinene i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte. I et styringsrettsperspektiv medfører denne aktivitetsplikten en ytterligere begrensning for arbeidsgiver.¹⁰⁶ Arbeidsgivers frie skjønn begrenses av plikten til å sikre arbeidstakernes og deres tillitsvalgte reell innflytelse.

4.4.2 Mottak av varsel

Arbeidsgivers rutiner for varsling skal inneholde fremgangsmåte for ”mottak, behandling og oppfølging av varsling” jf. § 2 A-3, femte ledd, bokstav c. Mottak av varselet er et

¹⁰³ Matthiesen, *Mottak av varsling*, (2016), Avsnitt om *Håndtering av varsling*.

¹⁰⁴ Einarsen, *Konflikter og trakassering i arbeidslivet*, (2007), s. 26.

¹⁰⁵ Prop. 72 L (2016-2017) s. 22

¹⁰⁶ Eidsheim, mfl, (2018), avsnitt. 3.

avgjørende øyeblikk for utviklingen av den videre varslingsprosessen. Det er et av de viktigste stegene i rutinearbeidsgiver skal innføre, fordi det er startpunktet for hele prosessen. Det nærmere innholdet i hvordan et varsel skal mottas, gir loven lite veiledning på. I Varslingsutvalgets utredning bør imidlertid bestemmelsen ivareta to aspekter: det bør knyttes en aktivitetsplikt til selve varselet og en omsorgsplikt overfor varsleren. Herunder skal arbeidsgiver innen rimelig tid sørge for at varselet blir tilstrekkelig undersøkt og behandlet. Deretter skal arbeidsgiver sikre et forsvarlig arbeidsmiljø for varsleren, herunder motvirke tiltak som er egnet til å være gjengjeldelse.¹⁰⁷

Å ta varsleren og selve varselet på alvor er et minimumskrav for at mottaket anses forsvarlig tatt imot. Arbeidsgiver må avklare situasjonen og skaffe seg best mulig oversikt over hendelsesforløpet som har ført til varselet. Det er viktig å følge opp med utdypende spørsmål for å avklare misforståelser og uklarheter. En tilnærmet fullstendig oversikt over situasjonen er det optimale.¹⁰⁸ Matthiesen fremholder også viktigheten av å skille mellom et varsel og udokumenterte beskyldninger.¹⁰⁹ Selv om terskelen for å varsle skal være lav, kan ikke arbeidsgiver akseptere enhver beskyldning og behandle den som et varsel.

Det er også svært viktig å informere varsleren om den kommende prosessen, og hvor lang tid som forventes å brukes.¹¹⁰ Dette er et virkemiddel for å få varsleren til å oppleve seg tatt på alvor og ivareta varsleren gjennom hele prosessen. Arbeidsgivers aktivitetsplikt utløses allerede ved mottaket av varselet, da det stilles krav om formidling av informasjon om den videre prosessen til den som har varslet. Aktivitetsplikten gjelder uavhengig av type varsel, og gjør seg gjeldende under hele varslingsprosessen.

4.4.3 Rettspraksis som illustrerer viktigheten av mottaket

Viktigheten av mottakssituasjonen kan illustreres gjennom *Sandviken Sykehus-dommen*.¹¹¹ En arbeidstaker hadde varslet om en rekke mangler ved sykehuset, blant annet svikt i sikkerheten og medikamentsvinn. I etterkant hevdet arbeidstaker seg utsatt for ulovlig gjengjeldelse. Vedkommende viste til en rekke hendelser, herunder trakassering, omplassering og fratakelse av arbeidsoppgaver. Flertallet i tingretten vurderte saken dithen at de påberopte

¹⁰⁷ NOU 2018:6 s.163.

¹⁰⁸ Matthiesen, (2016), *Mottak av varslings*, avsnitt om: *Håndtering av varslings*.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Nou 2018:6 s.138

¹¹¹ TBERG-2007-136244

gjengjeldeshandlingene ikke brøt med gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven og arbeidstakers krav ble avvist. Mindretallet bemerket imidlertid at arbeidstaker ikke var å klandre for at saken hadde fått så stort omfang og måtte gjennom hele rettsapparatet. Det ble også reist spørsmål ved om ikke saken kunne fått et annet forløp dersom arbeidsgiver hadde veiledet og tatt bedre vare på arbeidstaker.¹¹² Mindretallet poengterer altså viktigheten av arbeidsgivers håndtering av varselet som en viktig faktor for konflikteskaleringen.

Det samme var tilfellet i den senere *Odfjell Drilling-dommen*.¹¹³ En arbeidstaker påberopte seg gjengjeldelse gjennom blant annet forbigåelse ved ansettelse, trakassering og ryktespredning. Lagmannsretten avviste saksøkers krav, men mindretallet vurderte det slik at Odfjells rutiner var for dårlige, og at de ”viste liten evne til å løse konflikter”. De påpekte videre at hele saken kunne vært unngått dersom varselet hadde blitt ”løst tilfredsstillende og raskt”.¹¹⁴ Også i denne dommen fremhever altså et mindretall av dommerne viktigheten av at arbeidsgiver må håndtere mottaket av varselet tilfredsstillende.

4.4.4 Risikovurdering av arbeidstakers situasjon

Vedkommende arbeidstaker står etter et varsel i en særlig utsatt og sårbar posisjon. Å sende et varsel kan ofte føles som en risiko, da man ikke kjenner til utfallet. Organisasjonspsykologisk forskning viser også at en varslingssituasjon kan danne grunnlag for en mobbe- og utstøtelsesprosess overfor den arbeidstakeren som har varslet.¹¹⁵

Det er ikke nok at arbeidsgiver unnlater å utføre gjengjeldeshandlinger mot arbeidstaker selv. Arbeidsgiver har også et særlig ansvar for å ivareta partene i saken, noe som utløser en omsorgsplikt.¹¹⁶ Styringsretten må benyttes til å utøve omsorg og ivareta de involverte parter. Dette støttes videre av hensynet om å skape en reell varslingsrett. Dersom arbeidsgiver ikke er oppmerksom på den sårbare situasjonen varsleren står i og skaper trygghet for vedkommende, vil trolig færre varsle, eller de som varsler ende i eskalerende konflikter.

Eidsheim og Eriksen omtaler varslervernet som en *lex specialis* utover arbeidsgivers alminnelige omsorgsplikt. Omsorgsplikten intensiveres og taler for en særlig aktsom

¹¹² TBERG-2007-136244 – *Mindretallets konklusjon*

¹¹³ LG-2011-17283

¹¹⁴ LG-2011-17283 – *Mindretallets oppfatning*

¹¹⁵ Eidsheim, mfl, avsnitt, 4.4

¹¹⁶ NOU 2018:6 s.138

ivaretagelse av saklighetskravet når styringsretten benyttes.¹¹⁷ Selv en unnlattelse av å bruke styringsretten kan i denne situasjonen anses som en gjengjeldelse på selve varselet.

4.4.5 Selve saksbehandlingen av det mottatte varselet

I lys av styringsretten står arbeidsgiver ganske fritt til å bestemme konkret hvordan han vil utføre selve saksbehandlingen av det mottatte varselet. Hvordan saksbehandlingen mest effektivt kan gjennomføres i den enkelte virksomhet, er arbeidsgiver fortsatt best kvalifisert til å avgjøre. Et visst spillerom har altså arbeidsgiver fortsatt ved utøvelsen av styringsretten – selv i en varslings situasjon.

Det særskilte varslervernet som aml. § 2 A-2 utløser, er imidlertid en konkret innsnevring av denne friheten. Det utløses en undersøkelsesplikt idet arbeidsgiver har blitt gjort oppmerksom på det påståtte kritikkverdige forholdet.¹¹⁸ Denne plikten strekker seg lenger enn å se på de konkrete faktaopplysningene fremlagt av varsleren. Saken må belyses i sin helhet, og det grunnleggende prinsippet om kontradiksjon i norsk rett, stiller videre krav til arbeidsgivers saksbehandling. Alle involverte parter skal få innsyn i bevis/dokumenter og gis anledning til å tale sin sak.¹¹⁹ Arbeidsgiver kan selv velge fremgangsmåte for å ivareta kontradiksjonsprinsippet, men alle partene må ivaretas.

For å sikre en reell varslerrett er det avgjørende at prosessen er troverdig og tillitsvekkende. Både varsler og den omvarslede skal kunne ha tillit til saksbehandlingen og vurderingene som gjøres av det påståtte kritikkverdige forholdet.¹²⁰ Dette medfører altså et krav om habilitet i varslingsprosessen. Arbeidsgiver må sørge for at den som behandler varselet er troverdig og upartisk. Er dette ikke mulig, bør det hentes inn eksterne saksbehandlere for å sikre en reell og troverdig varslingsprosess.

4.4.6 Arbeidstilsynet

Selv om arbeidsgiver står fritt til å bestemme detaljene i saksbehandlingen etter mottatt varsel, er det en rekke hensyn arbeidsgiver aktivt må sørge for å ivareta. For å sikre at plikten til å utarbeide og etterleve rutiner utføres i tråd med aml. § 2 A-3, faller bestemmelsen inn under

¹¹⁷ Eidsheim, mfl, (2018), pkt. 4.4

¹¹⁸ *Ibid.* pkt. 4.5

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

Arbeidstilsynets tilsyns- og påleggskompetanse, jf. Arbeidsmiljøloven §§ 18-1 og 18-6. Virksomheten kan bli gjenstand for tilsyn, og dersom det avdekkes mangler kan Arbeidstilsynet gi pålegg om å utarbeide nye rutiner. Det er forholdene i virksomheten som vurderes.¹²¹ Det skal bemerkes at Arbeidstilsynets viktigste oppgave er veiledning, og tilsynets oppgaver avhenger av å ha et balansert forhold til både arbeidstakere og virksomheten.¹²²

4.5 Nærmere om styringsrettens rekkevidde i en varslings situasjon

Gjennomgangen over har vist at varslings situasjonen utløser både en aktivitet- og omsorgs plikt for arbeidsgiver. Styringsretten må aktivt benyttes for å etablere en god varslingsprosess og ivareta de involverte parter.

I hvilken grad varslings situasjonen berører arbeidsgivers ordinære bruk av styringsretten, er likevel ikke besvart. Spørsmålet er om beslutningskompetansens møte med varslingsprosessen, kan føre til at endringsadgangen er annerledes enn den hadde vært uten varslings situasjonen. Temaet er ikke omfattende behandlet i teori, og rettspraksisen på området er relativt liten. Hvordan det særskilte rettsvernet arbeidstaker utløser ved å varsle i henhold til aml. §§ 2 A-2, jf. § 2 A-1 påvirker den normale utøvelsen av styringsretten er derfor en interessant underproblemstilling.

4.5.1 E-post kjennelsen som illustrasjon.

Det eksisterer noe rettspraksis på området. En avgjørelse er den såkalte «e-postkjennelsen» som hadde sin bakgrunn i «Siemens-saken», hvor Siemens ble dømt for ulovlig gjengjeldelse etter oppsigelse av en divisjonsøkonom som hadde varslet om mulige økonomiske ulovligheter. Selv om Siemens hevdet at driftsinnskrenkninger var årsaken, fant retten at det var tatt utenforliggende hensyn og at det således var tale om gjengjeldelse etter varslings.¹²³

I etterkant av saken krevde Siemens innsyn i den oppsagte arbeidstakerens virksomhetsrelaterte epost i medhold av styringsretten. De viste særlig til at den tidligere arbeidstakeren hadde skrevet under på virksomhetens rutiner for blant annet innsyn i e-

¹²¹ NOU 2018:6 s. 54

¹²² *Ibid.* s.15

¹²³ TOSLO-2004-99016.

post.¹²⁴ Retten vurderte konkret hvorvidt Siemens sitt krav hadde tilstrekkelig saklig grunnlag som oversteg arbeidstakers krav på personvern, og bemerket at de interne retningslinjene ikke kunne tillegges vekt i dette tilfellet, da de var laget for en *normalsituasjon*. Kravet om innsyn ble sett på som en fortsettelse av gjengjeldelsen som startet under arbeidsforholdet, og Siemens fikk ikke medhold. Retten sa altså implisitt at styringsretten kan være situasjonsbetinget, og at utøvelsen ikke alltid vil være lik.

Eidsheim og Eriksen har behandlet e-postkjennelsen, og argumenterer for at det særskilte varslervernet som utløses i medhold av aml. §§ 2 A-2, jf. § 2 A-1, etablerer en *ekstraordinær situasjon* mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsgivers plikt til å sikre et reelt varslervern, medfører at i utgangspunktet legitime styringsrettshandlinger mister sin legitimitet dersom de mangler *saklig grunnlag i andre årsaksforhold* enn selve varselet.¹²⁵

Her er det viktig å bemerke at e-postkjennelsen er fra første instans. Den rettskildemessige vekten er dermed begrenset, og det er foreløpig ingen dommer som har fulgt opp utgangspunktet som etableres. Men det grunnleggende formålet bak varslingsreglene er å sikre et reelt varslervern, og det er nødvendig at endringsbeslutninger i kjølvannet av en varslings er aktverdige, saklige og troverdige for å ivareta dette. Samfunnet er tjent med at kritikkverdige forhold bringes til opphør, og loven forutsetter at arbeidstakers beskyttelsesbehov ivaretas for å få til dette.¹²⁶ Disse hensynene underbygger Eidsheim og Eriksens forståelse av e-postkjennelsen ytterligere.

4.5.2 Situasjonsbetinget innsnevring.

Det må videre bemerkes at e-postkjennelsen kom i kjølvannet av en domfellelse for ulovlig gjengjeldelse. Arbeidsgiver hadde allerede opptrådt i strid med det særskilte rettsvernet i aml. §§ 2 A-2, jf. § 2 A-1 ved å si opp arbeidstakeren. Tilliten mellom varsleren og arbeidsgiver var allerede tynnlitt, noe som ble brukt som argument for at Siemens ikke hadde sin alminnelige styringsrett i behold.

Det må derfor vises forsiktighet ved å hevde at det særskilte varslervernet som utløses i medhold av §§ aml. 2 A-2, jf. § 2 A-1, i ethvert tilfelle etablerer en *ekstraordinær situasjon* mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Til tross for det grunnleggende hensynet om å ivareta et

¹²⁴ TOBYF-2007-124301-RG-2008-53

¹²⁵ Eidsheim, mfl.Eriksen, (2018), avsnitt. 4.6.2

¹²⁶ *Ibid.*

reelt varslervern, kan etableringen av en ekstraordinær situasjon som sådan, ikke trekkes ut av E-postkjennelsen alene.

Det som imidlertid kan trekkes ut av E-postkjennelsen er at ethvert tilfelle må vurderes konkret og at grensene og vilkårene for å utøve styringsretten er situasjonsbetinget. Det vil kunne oppstå situasjoner som utfordrer den legitime utøvelsen av styringsretten. Som vist i avsnitt. 4.4.4 utløser det særskilte varslervernet en omsorgsplikt for arbeidsgiver. Denne omsorgsplikten kan begrense den ordinære adgangen både til utøvelse og unnlattelse av styringsretten. Varslingsprosessen skjerper kravene til saklighet for arbeidsgiver, i tråd med rekken av plikter implementeringen av interne rutiner medfører, se avsnitt. 4. Arbeidsgiver må kontinuerlig ta hensyn til hvor han befinner seg i varslingsprosessen. I ytterste konsekvens må hensynet om å ivareta den som har varslet veie tyngre enn arbeidsgivers eget behov for å utøve styringsretten.

4.6 Domstolenes overprøvingsmyndighet i en varslingssituasjon.

Vernelovgivningens karakter medfører at domstolene overprøver påståtte brudd på denne typen lovgivning fullt ut.¹²⁷ Mangel på kontroll og innsyn i en varslingsprosess fratrar mye av varslingsregelverket sin verdi. All vernelovgivning skal ivareta og verne om nærmere bestemte formål, og uten mulighet for å overprøve påståtte brudd på dette vernet mister lovgivningen mye av sin hensikt. I en varslingssituasjon hvor arbeidstaker påberoper seg gjengjeldelse, vil derfor domstolene ha full overprøvingsmyndighet i medhold av det særskilte rettsvernet i aml. §§ 2 A-2, jf. § 2 A-1.

4.6.1 Betydningen av full overprøving

Hva slags betydning full overprøving vil ha for den enkelte arbeidsgivers utøvelse av styringsretten, er det vanskelig å uttale seg konkret om. Det er ikke gitt at full overprøving medfører større innslag av samfunnsmessige rimelighetshensyn slik som den kontraktsrettslige innfallsvinkelen redegjort for overfor i avsnitt 2.8.1.

Man kommer likevel ikke unna at vissheten om at full overprøving venter, kan føre til større forsiktighet hos arbeidsgiver. På mange måter vil dette være positivt i en varslingssituasjon, da arbeidstakeren som varslet bør ivaretas etter arbeidsgivers beste evne. At arbeidsgiver i så

¹²⁷ NOU 2018:6 s. 196

henseende tenker seg om en gang ekstra før han utøver styringsretten på en måte som kan være gjengjeldelse etter aml. § 2 A-2 er utelukkende positivt. Dette støttes videre at det grunnleggende samfunnsgodet det medfører å få avdekket feil og ulovligheter i norske bedrifter.

4.6.2 Noen kritiske bemerkninger

At domstolene har full overprøvelsesrett i alle saker som omhandler forbudet mot gjengjeldelse, bringer med seg et par konsekvenser. En konkret utfordring er at dette kan skape frykt eller usikkerhet hos arbeidsgivere. Konsekvensene av å tape et søksmål kan bli betydelige for en virksomhet, og det kan være vanskelig for arbeidsgiver å være sikker på hvor grensen for hva som er legitimt går. Dette støttes videre av at terskelen for varsling er lav og det skal lite til for å utløse det særskilte varslervernet i aml. §§ 2 A-2, jf. § 2 A-1. Frykten for overprøving kan derfor føre til at arbeidsgiver ikke utøver eller unnlater å utøve styringsretten på den mest hensiktsmessige måten med tanke på virksomheten. Hvis dette blir tilfellet vil det særskilte varslervernet i medhold av aml. §§ 2 A-2, jf. § 2 A-1 kunne gå på bekostning av den mest bedriftsøkonomiske og effektive styringen av en virksomhet. Dette kan skape negative ringvirkninger for den generelle verdiskapningen i samfunnet.

Noe som også bør bemerkes, er at samspillet mellom varslingsreglene og styringsretten slik det fremstår i dag, kan åpne for misbruk. I en hypotetisk situasjon hvor en arbeidstaker kjenner til at han mest sannsynlig vil være gjenstand for en negativ endring i virksomheten, kan vedkommende søke å unngå dette ved å varsle om et kritikkverdig forhold. Nettopp fordi terskelen for varsling er så lav, er det kanskje ikke så vanskelig å unndra seg arbeidsgivers utøvelse av styringsretten gjennom misbruk av reglene.

Risikoen for misbruk antas imidlertid å være betydelig mindre enn de legitime interesser som varslingsbestemmelsene sikrer. Det er viktig å ikke å undergrave viktigheten av et sterkt varslervern, og det er ikke det som er hensikten ved å rette et kritisk lys mot risikoen for misbruk. Å belyse alle sider av samspillet mellom varslingsreglene og styringsretten er likevel viktig for at rettsområdene kan videreutvikle seg på best mulig måte.

5 Avsluttende bemerkninger:

Temaet arbeidsgivers styringsrett er minst like viktig i dag, som det var for 100 år siden. Styringsretten tiltrekker seg fortsatt oppmerksomhet og er sentral for utviklingen av arbeidsretten som rettsområde. Samfunnets krav om sterkere vern av arbeidstaker og etisk drift har ført til en økende mengde av selvregulatorisk vernelovgivning. Samfunnsutviklingen har i alle år vært styrende for styringsrettens rekkevidde, og denne reguleringstrenden er intet unntak. Arbeidsgivers endrings- og beslutningskompetanse begrenses og utfordres gjennom mengden av selvregulatorisk lovgivning, og resultatet av dette er enda uavklart.

Oppgaven har vist hvordan utøvelsen av styringsretten må tilpasses de nærmere bestemte lovformålene i den aktuelle vernelovgivningen. Det er naturlig å kalle det en situasjonsbetinget innsnevring av styringsretten. Arbeidsgiver må bare forholde seg til vernelovgivningen i de tilfeller den aktualiseres, som for eksempel i en varslings situasjon.

Hvordan dette vil påvirke arbeidsgivers generelle utøvelse av styringsretten er uvisst. Det som er sikkert er at arbeidsgivers beslutninger i større grad enn tidligere, kan bli gjenstand for fullstendig overprøving av domstolene. Hva konsekvensen av dette blir, vil fremtiden vise.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

Lov 17. mai 1814 om Kongerikets Noregs grunnlov (Grunnloven).

Lov 29. Mars 1998 nr. 21 om ferie (ferieloven)

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

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

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

Lov 20. Desember 2018 nr. 38, Lov om behandling av personopplysninger.

6.2 Forarbeider

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

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

Innst. O. Nr. 6 (2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)

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

Prop L 74 (2016-2017) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)

Nou 2018:6 Om Varsling – verdier og vern — Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet

Prop. L 76 (2018-2019) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)

6.3 Dommer

TBERG-2007-136244

TOBYF-2007-124301-RG-2008-53

TOSLO-2004-99016.

LG-2011-17283

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2008 s. 856

Rt. 2009 s. 1465

Rt. 2011 s. 841

6.4 Litteratur

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett.*, Oslo, Johan Grundt Tanum Forlag, 1967.

Eidsheim, Karianne, Nilsen, Eriksen, Birthe, *Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers varslervern, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2*. Magma, Econas tidsskrift for økonomi og ledelse, 3/2018 s. 27-38.

Einarsen, Ståle, Pedersen, Harald, *Konflikter og trakassering i arbeidslivet*, 1. Utgave, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 2007.

Eriksen, Birthe, *Arbeidstakers rett til å varsle om "kritikkverdige forhold" etter arbeidsmiljøloven § 2-4(1)*, Doktorgradsavhandling, Universitetet i Bergen, 2016.

Evju, Stein, *Arbeidsrett, utvalgte artikler 2001-2010*, Oslo, Universitetsforlaget 2010.

Evju, Stein, *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*. Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1, (2003).

Evju, Stein, *Styringsrett og restkompetanse*, Arbeidsrett 01/02 – 2010, Volum 7.

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett, den individuelle delen*. 2. Utgave, Oslo, Universitetsforlaget 2002.

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*. 1. Utgave. Oslo, Universitetsforlaget 2007.

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt*, Arbeidsrett, 02/2007, Volum 4.

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold; styringsrett og arbeidsplikt*, 2. Utgave, Oslo, Universitetsforlaget 2016.

Fougner, Jan, *Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgiver styringsrett og domstolskontroll*, Arbeidsrett 01/2018, Volum 15, Artikkel 2.

Hotvedt, Marianne, Jenum, Ulseth, Therese, Smith, *Arbeidsavtalen og styringsrett; Harmoni i en domsoktett*, Arbeidsrett, 01/2013 Volum 10, artikkel 3.

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. Utgave, Oslo, Damm, 2006.

Matthiesen, Stig, Berge, *Mottak av varslings*, Magma, Econas tidsskrift for økonomi og ledelse 04/2016, s (23-24).

Olsen, Anders, *Virkemidler for å stoppe kriminelle ledere i næringslivet*, Praktisk Økonomi og Finans 02/2008 Volum 24.

Oslo Economics, *Verdien av varslings*, Utredning for Varslingsutvalget og Arbeids- og sosialdepartementet OE- rapport 2017-45.

Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum, *Individuell arbeidsrett*. 2. Utgave, Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS 2017.

Storeng, Nils, Beck, Tom, Lund, Arve Due, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. Utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2014.

Svendsen, Thomas Braut, *Arbeidsgivers styringsrett*, Personal og Ledelse. 4. Utgave, 2014. Sist lest, 21. Februar 2019

Taraldset, Birthe, *Arbeidsrett – eller eierstyring og selskapsledelse?*, Arbeidsrett 01-02/2010 Volum 7. Sist lest, 01.05.2019

Thorkildsen, Tarjei og Drevland, Tonje, *Arbeidsgivers styringsrett – en ”restkompetanse”*, Arbeidsrett 01/02 – 2010, Volum 7.

Totland, Ida Ørbeck, *Kan arbeidsgiver nå, i større grad enn tidligere, gjøre endringer i de ansattes arbeidsoppgaver*, Arbeidsrett 03/2008, Volum 5. Lest 22. Februar 2019.

Ørjasæter, Elin, Stenberg Larsen, Birgitte, Stang, Trond, *Bedre Ledelse*, 1. Utgave, Cappelen Damm, Oslo, 2013.

6.5 Andre kilder

Datatilsynet, *Hva er nytt med personvernforordningen*. Link:

<https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/lover-og-regler/hva-er-nytt/> Sist lastet ned: 12.mars.2019

Hoyre.no, *56 000 nye jobber skapt det siste året*, Gaute Kandal Hoel, 08.11.2018. Link:

<https://hoyre.no/aktuelt/nyheter/2018/56-000-nye-jobber-skapt-det-siste-aret/> Sist lastet ned: 14.04.2019.

Regjeringen, Personvern, *Ny personopplysningslov*. Link:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/statlig-forvaltning/personvern/ny-personopplysningslov/id2340094/> Sist lastet ned: 12.mars 2019.

Regjeringen, *Fire varslingsaker i Hordaland er gransket (Wiersholms rapport Del 2)*. Link:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/fire-varslingsaker-i-hordaland-er-gransket-----wiersholms-rapport-del-2/id2479905/> Sist lastet ned, 11.april 2019.

Regjeringen, *Verdien av arbeid*, Tale av Erna Solberg, 9.januar 2018. Link:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/verdien-av-arbeid/id2584149/> Sist lastet ned: 14. April. 2019.

LO – Norges største arbeidstakerorganisasjon. *Ord og uttrykk*. Link: <https://www.lo.no/hva-vi-mener/tariff-2019/ord-og-uttrykk/> Sist lastet ned: 13.mars 2019.