

VARSLING AV KRITIKKVERDIGE FORHOLD I VIRKSOMHETER

Av professor emeritus Hennig Jakhelln.

1.1 Varslere – ”whistleblowers”

1.1.1 De nye lovbestemmelser om varsling – oversikt

I aml (2005) §§ 2-4, 2-5 og 3-6 er det ved lov av 1. des. 2006 nr. 64 gitt nye bestemmelser om varsling av kritikkverdige forhold i virksomheten. Bestemmelsene trådte i kraft 1. jan. 2007. Samtidig ble den opprinnelige bestemmelse, aml (2005) § 2-4, opphevet. Den tidligere arbeidsmiljølov (1977) hadde ingen bestemmelser til vern om varslere.

I aml (2005) § 2-4 (1) er det fastsatt at arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Etter § 2-4 (2) skal arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen være forsvarlig. Uansett har imidlertid arbeidstaker rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller med virksomhetens rutiner for varsling. Det samme gjelder varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter. Bevisbyrden påhviler arbeidsgiver § 2-4 (3) for at varsling har skjedd i strid med bestemmelsen. Gjengjeldelse er etter § 2-5 forbudt overfor den som varsler slik. Dersom forholdene i virksomheten tilsier det, er arbeidsgiver etter § 3-6 forpliktet til å legge forholdene til rette for varsling.

Bestemmelsene om varling er politisk omstridte. Det var betydelig uenighet om utformingen av de bestemmelser som ble vedtatt 1. des. 2006, og som avløste den opprinnelige § 2-4. Den opprinnelige bestemmelse av 17. juni 2005 var også sterkt politisk omstridt, og fikk først sin form under behandlingen i Stortinget. Det er forutsatt at bestemmelsene bør evalueres noen år etter at de har trådt i kraft (Inst.O.nr.6 (2006.2007) s 11.

1.1.2 Hvorfor er det så viktig med en bestemmelse til vern om den som varsler?

På et lovgivingspolitisk plan – når det nå i forbindelse med den nye arbeidsmiljøloven skal slås et ytterligere slag for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, med særlig vekt på det psykososiale Arbeidsmiljøet, for herunder å motvirke trakassering og diskriminering – utgjør kanskje reglene om varsling, og dermed de reglene som skal verne den som varsler, en av de viktigste utfordringene.

Fordi det er så viktig at det blir sagt fra – og at det blir sagt fra i tide.

Blir det sagt fra, kan ulykker og sykdom avverges eller reduseres, faremomenter kan avdekkes og begynnende trakassering eller diskriminering motvirkes eller kanskje helt forhindres.

Sett i et helse-, miljø- og sikkerhetsperspektiv er det grunnleggende at det blir sagt fra før ulykke, sykdommen, trakasseringen eller diskrimineringen er et faktum – ed derav følgende elendighet.

Det er dette som er Samfunnets utgangspunkt – men dette vil ikke nødvendigvis være det enkelte foretaks eller den enkelte arbeidstakers utgangspunkt. Et fullt forsvarlig arbeidsmiljø og systemer som tar sikte på å fremme et fullt forsvarlig arbeidsmiljø – er med andre ord et samfunnsanliggende, og dermed en del av de rammevilkår som gjelder for både foretak og arbeidstakere.

For å effektivisere de hensyn som ligger bake vedtagelsen av bestemmelsen, samtidig som det tas tilbørlig hensyn til arbeidstakers lojalitetsplikt, må som utgangspunkt legges til grunn at det er viktig og ønskelig at arbeidstakere sier fra.

Samfunnet har selvsagt også på annen måte sterke interesser knyttet til at et foretak drives innen de rammevilkårene som gjelder. Hensynet til omverdenen står her sentralt. Det er viktig at det ytre miljøet ikke forurenses ut over det tillatte, og det er viktig at kundene, klientene, pasientene – markede i det hele tatt – ikke blir ført bak lyset, at det ikke benyttes uetiske eller kanskje endog straffbare metoder, osv.

I praksis vil det ofte kunne være nettopp arbeidstakere som blir oppmerksomme på at noe ikke er helt som det skal være, eller som begynner å lure på om det kan være noe som ikke helt stemmer. Arbeidstakere som sier fra – varslere – er derfor både en viktig informasjonskilde overfor irregulære forhold og en viktig faktor for å forebygge slike forhold. Det er da viktig at forholdene er lagt til rette slik at varsling kan finne sted og at varslernes rettsstilling er betryggende ivaretatt.

Det aller viktigste for å sikre åpenhet – også om arbeidsforhold og forholdene i de forskjellige bedrifter og idet offentlige – er selvsagt at det oppmuntres til åpenhet. Ut fra hensynet til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og ut fra de offentlige hensyn som gjør seg gjeldende også ellers – som å sikre forsvarlige forhold i forhold til omverdenen og internt i forhold mellom bedriftsledelse og eiere osv. – er det vesentlig at det i en virkeomhet bygges på en kultur som går ut på at det er en selvsagt ting at den ansatte sier fra om forhold som fremstår som problematiske eller uavklarte.

Dette er en utfordring, særlig for bedriftsledelse og eiere, men også for tillitsvalgte og ansatte.

2.4.3 Sammenhengen med arbeidstakers medbestemmelsesrett

En slik tilnærming til spørsmålet om arbeidstakers varslingsrett og ytringsfrihet er også i samsvar med de prinsipper om ansattes medbestemmelsesrett som bl.a. følger av Grunnlovens § 110 annet ledd – og med den rekken av samarbeidsavtaler som preger norsk arbeidsliv og har gjort det lenge.

Denne tilnærmingen synes også å være den som bør være utgangspunktet når det dreier seg om whistleblowernes – varslernes – arbeidsrettslige stiling. Dette kan også uttrykkes slik: det hjelper lite med en lovbestemmelse i seg selv, dersom den ikke følges opp av de impliserte parter på alle plan i arbeidslivet.

Arbeids- og sosialkomiteen har da også understreket at "forholdene må legges til rette for at arbeidstakere melder ifra om kritikkverdige forhold i virksomheten, slik at disse opphører og eventuelt avdekkes for allmennheten. For samfunnet er det avgjørende at kritikkverdige forhold i virksomheter avdekkes og opphører. Flertallet understreker at betydningen av en sunn og åpen kommunikasjonskultur og den betydning dette ar for et godt arbeidsmiljø og en effektivisering av forvaltning og økonomi" (Inst. O.nr, 6 (2006-2007) s.9).

1.1.3. Sammenhengen med arbeidstakers ytringsfrihet og lojalitetsplikt mv., og med andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven

Bestemmelsene i aml (2005) § 2-4 flg. må ses i sammenheng med Grunnloven § 100 og forhandlingene i Stortinget da den reviderte grunnlovsbestemmelsen ble vedtatt 30. sept. 2004. Etter endringene av Grunnloven § 100 og vedtagelsen av aml (2005) § 2-4, er det for øvrig et ikke avklart spørsmål hvor langt tidligere rettspraksis om arbeidstakernes

ytringsfrihet mv. fortsatt kan legges til grunn, når det gjelder balanseforholdet overfor arbeidstakeres lojalitetsplikt.

I Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) er disse prinsipielle utgangspunkter omtalt. Det påpekes at "Grunnloven § 100 er en sentral tolkningsfaktor når grensene for den arbeidsrettslige lojalitetsplikten skal trekkes i forhold til ytringer", og at det "følger av Grunnloven § 100 at innskrenkningen i den ansattes ytringsfrihet må være relevant og saklig i det enkelte tilfelle og ikke gå lenger enn nødvendig! (avsnitt 4.2.1., s. 15-16).¹⁾

Det legges til grunn at det "prinsipielt ikke (er) grunnlag for å trekke et skille mellom varsling og ytringer av politisk og faglig karakter" og at "deltakelse i faglig debatt innenfor eget og virksomhetens fagfelt" som hovedregel vil være beskyttet av den grunnlovsfestede ytringsfrihet. "Ytringsfriheten vil videre beskytte retten til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Også i disse tilfellene skal det svært mye til før en ytring kan regnes som illojal og ikke vernet av ytringsfriheten. Allmennheten vil normalt ha en berettiget interesse i å få vite om uetiske eller ulovlige forhold" (s. 16).

Videre må bestemmelsen i aml (2005) § 2-4 ses i sammenheng med § 2-3 (2) d) om plikt for arbeidstakere til å sørge for at arbeidsgiver eller verneombud blir underrettet så snart arbeidstaker blir kjent med at det forekommer trakassering eller diskriminering på arbeidsplassen. I den sammenhengen må bestemmelsen også ses i sammenheng med § 13-8 om bevisbyrde og § 13-9 om erstatningsrettslig vern av den som varsler om brudd på ikke-diskrimineringsbestemmelsene i aml (2005) kapittel 13. Overtredelse av aml (2005) § 2-4 er straffbar etter reglene i aml (2005) kapittel 19. Bestemmelsene i aml (2005) §§ 21-4 og 2-5 er etter aml (2005) § 18-6 (1) unntatt fra Arbeidstilsynets påleggskompetanse. Plikten etter aml (2005) § 3-6 til å legge forholdene til rette for varsling, dersom forholdene i virksomheten tilsier det, omfattes derimot av Arbeidstilsynets kompetanse. Arbeidstilsynet vil kunne overprøve arbeidsgivers vurdering av om forholdene i virksomheten tilsier tiltak om dette, jfr. Presiseringen i Inst. O. nr. 6 (2006-2007) vedlegg 2 (punkt 4).

1.1.4 Utgangspunktet – en lovfestet rett for arbeidstakere til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten

Etter aml (2005) § 2-4 (1) er utgangspunktet at arbeidstaker "har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten".

Det er således ikke bare tale om en bestemmelse som retter seg mot arbeidsgiver og som forbyr arbeidsgiver å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold. Denne retten for arbeidstakere til å varsle om kritikkverdige forhold kan ses som en videreføring av de prinsippene som ble lagt til grunn da et enstemmig Storting vedtok den nye Grunnloven § 100.

Den sterke og enstemmige understrekningen fra Stortingest side av så vel hensynet til arbeidstakernes ytringsfrihet som av hensynet til å sikre at det blir varslet, herunder hensynet til å sikre varslernes rettsstilling, er et viktig utgangspunkt for den nærmere forståelsen av aml (2005) § 2-4.

1) Den arbeidsgruppe som forberedte lovendringene av 1. des. 2006, jfr. rapport av 21 desember 2005 om ansattes ytringsfrihet, fremsatte bl.a. forslag om å lovfeste at

arbeidstakere nok skulle ha rett til å "ytre seg om forhold som berører virksomheten, jf Grunnloven § 100, herunder ytringer om politiske og faglige spørsmål", men med den begrensning at ytringen måtte "ikke skape u nødvendig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser". (Tilsvarende var tidligere antydnet i Ot.prp.nr. 49 (2004.2005) s.133). Dette forslag fra arbeidsgruppen bli ikke fulgt opp i det påfølgende lovarbeid.

1.1.5 Den lovfestede varslingsrett er en minimumsrett – en mer vidtgående varslingsrett kan være avtalt, tariffavtalt, instruksfestet m.v.

Det må understrekes at den lovfestede varslingsrett etter aml (2005) § 2-4 er den rett som vil gjelde uansett om det ellers måtte være avtalt eller fastsatt bestemmelser som innskrenker denne rett. Bestemmelsen er altså for så vidt ufravikelig. En mer vidtgående varslingsrett kan imidlertid være avtalt eller fastsatt på annen måte. Skulle arbeidsgiver iverksette sanksjoner mot den arbeidstaker som gjør bruk av slik mer vidtgående varslingsrett, vil det fra arbeidsgivers side foreligge brudd på arbeidsavtalen, og som kontraktsbrudd vil dette kunne være et selvstendig ansvarsgrunnlag for arbeidsgiver. Det må også merkes at en avtalebasert og mer vidtgående varslingsplikt må antas å ville innebære en tilsvarende utvidet varslingsrett.

I Inst. O.nr. 6 (2006-2007) s. 9 uttaler arbeids- og sosialkomiteen bl.a.: "Flertallet vil...vise til at det finnes regler i lov, reglementer, instruksjoner osv. om plikt til å varsle om uregelmessigheter og andre kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Dersom arbeidstaker har plikt til å varsle, så har arbeidstaker også adgang til å varsle. Varsling i samsvar med varslingsplikt er alltid forsvarlig i forhold til arbeidsgiver !.

Illustrerende er Oslo tingretts dom 29 sept. 2005 (04.099016TV1-OTIR/07) A mot Siemens Business Services as. Arbeidstakeren var medlem av direksjonsledelsen. Bedriftens regningslinjer for forretningsmessig atferd inngikk som en del av arbeidsavtalen. Retningslinjene forpliktet arbeidstakeren til å si fra om lovbrudd innen arbeidsområdet, fastsatte at all dokumentasjon "vil være konfidensiell", og at gjengjeldelsesaksjoner "vil under ingen omstendighet bli tolerert". Arbeidstaker varslet lojalt om urettmessige forhold. På tross av den rett til konfidensialitet som fulgte av retningslinjene ble identiteten avslørt og arbeidstakeren sagt opp som følge av varslingen. Dette var et brudd på den uttrykkelig uttalte rett til å være sikret mot gjengjeldelsesaksjoner. Disse forhold ble av tingretten – med rette – vektlagt ved erstatningsutmålingen; "en slik erstatning (må også) ha et visst pønalt preg slik at arbeidsgivere ikke iverksetter slike gjengjeldelsesaksjoner". Resonnementet er grunnleggende på linje med som ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1937 s. 62 (Rjukanfos), jfr. også Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).

1.1.6 Lovbestemte begrensninger i varslingsretten

Retten til å varsle om kritikkverdige forhold kan være begrenset som følge av lovbestemt taushetsplikt. Det er imidlertid et eget spørsmål om lovbestemt taushetsplikt vil stenge for intern varsling, og for varsling til tilsynsmyndigheter. Dette må avgjøres ut fra en tolkning av den enkelte taushetspliktsbestemmelse, og i forhold til hvem det varsles til internt. I den utstrekning nødrettsbetraktninger måtte tilsi varsling – til offentligheten eller andre – på tross av lovbestemt taushetsplikt, vil det være tale om rettmessig varsling, bl.a. slik at også forbudet mot gjengjeldelse i § 2-5 får anvendelse.

1.1.7 Kritikkverdige forhold

De kritikkverdige forhold det varsles om, vil kunne være relatert til arbeidsmiljøet, det kan være tale om "ukultur, korrupsjon, ulovligheter, uetisk og annen sakelig aktivitet mv (OT.prp.

nr. 49 (2004-2005) s. 305, forhold som innebærer en trussel for liv eller helse (Ot. prp. Nr 49 (2004-2005) s. 129, og det kan være tale om misbruk av offentlige midler, forurensing, osv. I Ot.prp. nr. 84 (2005-2006 s. 23 er dette oppsummert slik at uttrykket kritikkverdige forhold omfatter "straffbare forhold (økonomisk kriminalitet, miljøkriminalitet, vold, brudd på helse-, miljø og sikkerhetsregler, osv) andre ulovlige forhold som ikke er straffbare...(og) antagelig brudd på andre etiske normer". Det fremgår videre (Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37, jfr. s. 50) at "brudd med virksomhetens etiske retningslinjer" omfattes, samt "alminnelige etiske standarder som det er bred tilslutning til i samfunnet".

For så vidt gjelder brudd med virksomhetens etiske retningslinjer er det i Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s.50 forutsatt at det må "være tale om rutiner som er tydelig uttalte og som er nedfelt i skriftlige dokumenter som er gjort kjent for ansatte og ledelse".

Det vil være kritikkverdig forhold om virksomheten skulle drives med lønns- og arbeidsvilkår som er vesentlig lavere enn det som ellers legges til grunn i bransjen, for eksempel slik lønns- og arbeidsvilkår er kommet til uttrykk i landsomfattende tariffavtaler, i tariffavtaler for større deler av bransjen, eller på annen måte. Spesielt vil det være kritikkverdig om virksomheten utad – i forhold til allmennhet, kundekrets, myndigheter osv. – samtidig gir uttrykk for at den anvender de anerkjente lønns- og arbeidsvilkår i bransjen. Det gjør selvsagt ikke forholdet bedre om det skulle opereres med forskjellige lønns- og arbeidsvilkår i "offisielle" sammenhenger – for eksempel i arbeidsavtaler som presenteres overfor offentlige myndigheter – mens realiteten er at det er vesentlig dårligere vilkår som blir anvendt i praksis. Særlig kritikkverdig blir det om virksomheten skulle true med å anvende gjengjeldelsestiltak av forskjellig art overfor ansatte eller andre, for å forhindre at de reelle forhold kommer frem i lyset.

Ordlyden i § 2-5 omfatter ikke det forhold at en virksomhet truer med å gjøre bruk av gjengjeldelsestiltak overfor ansatte som eventuelt vil gjøre bruk av sin rett til å varsle om slike eller andre kritikkverdige forhold. I slike situasjoner er det (ennå) ingen arbeidstaker som har varslet om eller gitt tilkjenne at retten til å varsle vil bli brukt, jfr. § 2-5 (1) og (2). Denne situasjon kan ikke sees vurdert i lovforarbeidene. Formålet med bestemmelsene – å sikre at arbeidstakere har en rett til å varsle – tilsier at ordlyden ikke kan være avgjørende. Det er tale om en forståelse som tar sikte på å effektivisere retten til å varsle, og det er ikke tale om noen vesentlig utvidelse av bestemmelsens omfang. Det synes derfor å måtte kunne legges til grunn at så vel bestemmelsene om bevisbyrde som om oppreisning må få anvendelse i den situasjon det her er tale om. Tilsvarende må formentlig antas også i strafferettslig sammenheng (overtredelse av § 2-5 er straffbar etter § 19-1), selv om det strenge legalitetsprinsipp i strafferettslig sammenheng innebærer at det strafferettslige spørsmål fremstår som noe tvilsomt.

At et forhold er kritikkverdig ut fra en arbeidstakers egen politiske eller etiske overbevisning er som utgangspunkt ikke omfattet av bestemmelsen.

Jfr. Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 37 og s. 50: "Kritikk av forhold som ikke er ulovlige eller uetiske er det ikke naturlig å regne som varsling, som for eksempel sykepleiere som går ut med kritikk av budsjett- eller bemanningssituasjonen på sykehuset der de arbeider". Slike ytringer er dekket av arbeidstakers ytringsfrihet i henhold til Grunnloven § 100. Det må imidlertid merkes at de særlige regler i aml (2005) § 2-5 om forbud mot gjengjeldelse, bevisbestemmelsen og erstatningsansvar for ikke-økonomisk skade ikke omfatter slike ytringer.

Lovforarbeidenes eksempel er hentet fra helsesektoren, men helsesektoren er i denne sammenheng ikke særpreget – tilsvarende vil gjelde for en rekke andre

offentlige virksomhet, innen så vel statlig som fylkeskommunal og kommunal sektor.

Sløsing med offentlige midler vil være kritikkverdig forhold, og tilsvarende gjelder i privat virksomhet, selv om grensene for hva som kan tolereres nok er noe videre for private virksomheter. Tilsvarende må legges til grunn for så vidt gjelder uhensiktsmessig drift og annen uhensiktsmessig bruk av virksomhetens ressurser.

Samtidig må det påpekes at det i mange tilfelle kan være tale om en glidende overgang fra eksempelvis kritikk av en vanskelig budsjett- og bemanningssituasjon og over til det som vil være varsling av kritikkverdig forhold, så som – når det eksempelvis gjelder helsesektoren – mulig fare for liv og helse for så vel ansatte som pasienter m.fl.

Således vil en vanskelig budsjettsituasjon kunne innebære innsparinger med hensyn til oppfølging og vedlikehold av bl.a. avansert teknologisk utstyr, med påfølgende økning av risikoen for skader av så vel betjening som pasienter. Dersom det i tillegg har vært nødvendig å gjennomføre redusert bemanning i forhold til slikt utstyr, kan en markert risikoøkning ha blitt resultatet. Er resultatet av budsjettinnstramningen blitt en faglig sett uforsvarlig situasjon, må det legges til grunn at det foreligger et kritikkverdig forhold i den betydning uttrykket er brukt i § 2-4 (1).

1.1.8 Kravet om forsvarlig fremgangsmåte

Vilkåret om at arbeidstakers framgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig, aml (2005) § 2-4 (2), er begrunnet i "at det er behov for noen kjæreregler som skal gjelde mellom arbeidsgiver og arbeidstaker når kritikkverdige forhold i virksomheten avdekkes" (Inst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 10). I Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s.39 er dette endog uttrykt slik at det "er jo ikke det at arbeidstakeren sier i fra som kan være problematisk, men måten det skjer på"!

Forsvarlighetskravet innebærer at arbeidstakeren må være i aktsom god tro med hensyn til sannheten i det som blir lagt frem i forbindelse med varslingen. Vurderingen av arbeidstakers forhold vil måtte skje ut fra den oppfatning som arbeidstakeren – ut fra sine forutsetninger – hadde grunn til å anta på det tidspunkt da arbeidstakeren sa fra om forholdet.

"det avgjørende må være om arbeidstaker har vært i aktsom god tro om sannheten i det for framsettes. Dersom arbeidstaker har gjort det han eller hun kan for å bringe riktige fakta på bordet, er dette tilstrekkelig, selv om informasjonen i ettertid viser seg ikke å være korrekt. Dersom det foreligger uriktigheter og arbeidstaker skjønnte eller burde h skjønnt dette, taler det derimot for at handlemåten må anses uforsvarlig" (Inst. O. nr. 6 (2006–2007) s. 10).

Merkes må også Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 51: "Poenget er at arbeidstaker ikke skal gå ut med grunnløse eller svakt funderte påstander. Kravet om forsvarlig grunnlag relaterer seg for det første til riktigheten av faktiske opplysninger. For det andre omfatter det vurderinger og slutninger som arbeidstaker gir uttrykk for og som er utledet av de faktiske opplysningene, for eksempel hvorvidt forholdene er lovstridige. Det vil ikke være avgjørende om arbeidstaker i etterkant viser seg å ta feil. Det avgjørende vil være hva denne arbeidstakeren hadde rimelig grunn til å tro ut fra sin posisjon og kompetanse og de opplysninger som var tilgjengelige på det tidspunktet da varslingen skjedde. Hvor streng aktsomhet som kreves bør avhenge blant annet av arbeidstakerens stilling og faglige kompetanse, tidsaspektet og hva slags

opplysninger det er tale om. Det kan ikke stilles for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet”.

Sannhetskravet kan ikke innebære at arbeidstaker skal *vite* at kritikkverdig forhold foreligger; det må være tilstrekkelig at arbeidstaker har *grunn til å tro* at ikke alt er slik det skulle være, og at det derfor *kan* foreligge kritikkverdige forhold. Det må imidlertid følge av sannhetskravet at den som varsler ikke må gi uttrykk for kritikkverdige forhold i større grad enn det er dekning for. Det usikre må derfor ikke utgis for sikkert, og antagelser kan ikke utgis for et faktum.

Har arbeidstaker bare en bekymring eller mistanke om at alt ikke er som det skal være, men uten nærmere faste holdepunkter for sin bekymring eller mistanke, vil arbeidstaker likevel måtte ansees for berettiget til å si fra om sin bekymring osv., og ha det vern som tilkommer en varsler. I slik tilfelle følger det imidlertid av forsvarlighetskravet at arbeidstaker ikke kan gå lenger enn til intern varsling. Varsling utad vil som hovedregel ikke være berettiget. Som Fremholdt i Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51 er poenget ”at arbeidstaker ikke skal *gå ut* med grunnløse eller svakt funderte påstander” (*kursivert her*).

Selvsagt må den arbeidstaker som varsler om et forhold kunne uttrykke seg i vanlige ordelag, slik det faller naturlig for ham eller henne – også hvor språkbruken blir temmelig kontant og direkte, kanskje endog provoserende. Det kan ikke godt forlanges at arbeidstakere i det norske arbeidsliv skal uttrykke seg med diplomatiets språkdrakt og forbeholdenhet. Sannhetskravet medfører imidlertid at det ikke blir nevneverdig plass for overdrivelser, selv om det ved intern varsling nok må innrømmes en viss toleransefaktor for så vidt, spesielt med henblikk på tilfelle hvor arbeidstakers varsling finner sted på bakgrunn av betydelig frustrasjon.

Ved varsling til media vil arbeidstaker ha liten innflytelse på hvorledes media velger å presentere forholdet, hvilket oppslag det blir gitt, bruk av overskrifter, ingress og bildebruk, osv. Slike forhold kan arbeidstaker ikke belastes for. Arbeidstaker må imidlertid være oppmerksom på at forholdet *kan* bli slått stort opp, og dette moment må derfor tillegges vekt ved forsvarlighetsvurderingen.

Har arbeidstaker til hensikt å skade eller sjikanere virksomheten, kan kravene til arbeidstakers aktsomhet neppe stilles høyere enn ellers. Under lovforberedelsen la arbeids- og sosialkomiteens flertall til grunn at også varsling med slik motivasjon skulle være rettmessig, og et forslag om å begrense varslingsretten for så vidt ble forkastet. Det er således ansett ønskelig å fremme varsling uansett om motivet måtte være mindre høyverdig. En lojal forståelse av dette standpunkt må innebære at det ikke indirekte kan legges begrensninger i arbeidstakers varslingsrett gjennom en aktsomhetsvurdering basert på at det i slik tilfelle stilles strengere krav til arbeidstakers aktsomhet enn ellers.

Jfr. Inst. O. nr. 6 (2006 – 2007) s. 13: ”Usikkerheten om hvilke begrensninger som ligger i formuleringene om at varsling ”kan likevel ikke skje i skadehensikt”--- vil kunne oppleves som en begrensende faktor i ønsket om å skape trygghet for varsleren”.

Vurderingen av hvilken aktsomhet arbeidstaker må ha utvist, vil bl.a. avhenge av om det er tale om varsling internt eller om det er tale om offentlig varsling. Er det tale om varsling til offentligheten – forholdet blir for eksempel tatt opp i media – vil opplysningenes skadepotensiale for arbeidsgivers virksomhet vanligvis være vesentlig større enn ved intern varsling. Dessuten vil det ha betydning om det varsles om et forhold som har ”allmenn interesse” eller om forholdet er av annen karakter.

I Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 39 er dette utdypet slik: ”Vurderingstemaet vil i hovedsak være om arbeidstaker har saklig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens legitime interesser med hensyn til måten det varsles på. De konkrete momentene i vurderingen vil være de samme som i dag, særlig om arbeidstaker var i aktsom god tro om at det faktisk forelå kritikkverdige forhold og om arbeidstaker, når det er hensiktsmessig, har tatt opp saken internt før den bringes videre til offentligheten. Ved valg av fremgangsmåte må det ses hen til opplysningenes skadepotensiale og i hvilken grad det er tale om forhold som har allmenn interesse, for eksempel faglig funderte innspill framfor subjektive personangrep”.

Med hensyn til varslingsens skadepotensiale for arbeidsgiver er det i Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 38 bl.a. påpekt at arbeidsgiver ”kan ha et berettiget ønske om at arbeidstakerne skal vise skjønnsomhet med hensyn til måten de varsler på. Arbeidsgiver risikerer for eksempel økonomisk tap, tap av kunder, at forretningshemmeligheter røpes, at interne arbeidsmiljøforhold diskuteres offentlig, at det blir dårlig samarbeidsklima på arbeidsplassen, tap av goodwill eller svekket merkevarebygging. En virksomhet vil kunne lide unødige tap hvis en arbeidstaker går til media med opplysninger om kritikkverdige forhold som er grunnløse eller som ledelsen lett kunne ordnet opp i selv. Negativ omtale av virksomheten som først er kommet ut kan ramme hardt, også om det viser seg at det ikke var grunnlag for påstandene”.

Disse uttalelser i Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) modifiseres imidlertid i noen grad av arbeids- og sosialkomiteens presisering om at ”intern varsling bare helt unntaksvis vil kunne falle utenfor varslingsretten”, samtidig som komiteen understreker at ”den normale framgangsmåten i en varslings situasjon vil være å varsle internt først” (Inst. O nr. 6 (2006_2007) s. 10. Dette må innebære at det ved intern varsling ikke skal stilles særlig strenge krav til arbeidstakers aktsomhet med hensyn til holdbarheten av de forhold det varsles om.

Jfr. også Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51: ”Intern varsling vil for alle praktiske tilfeller være rettmessig etter denne bestemmelsen.--- Intern varsling vil bare helt unntaksvis kunne falle utenfor varslingsretten etter § 2 – 4. Dette gjelder hvis de kritikkverdige forholdene tas opp på en helt utilbørlig måte som unødvendig skader samarbeidsklima, arbeidsmiljøet eller enkeltpersoner i virksomheten, for eksempel ved gjentatte grunnløse påstander rettet mot kolleger”.

Det må påpekes at arbeids- og sosialkomiteen også presiserer at ”når forsvarligheten av en varsling vurderes, må hensynet til helse, miljø og sikkerhet i virksomheten, til bruker/mottakere av virksomhetens tjenester og til samfunnets interesser av at varsling finner sted, gis større vekt enn hensynet til virksomhetenes interne interesser” (Inst.O.nr. 6 (2006-2007) s. 10. I noen grad modifiseres således proposisjonens sterke angivelse av varslingsens skadepotensiale i forhold til arbeidsgivers og virksomhetens interesser.

Når forsvarlighetskravet er oppfylt, vil varsling være rettmessig, og ikke i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Dette er også presisert av arbeids- og sosialkomiteens flertall i Inst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 13: ”Flertallet mener det er viktig at begrepet *lojal måte* ikke følges opp av verken flertall eller mindretall i denne innstillingen. Presisering av arbeidstakers lojalitetsplikt vil i denne sammenheng kunnet oppleves som å skape innskrenkninger i varslingsretten”.

Endelig understreker arbeids- og sosialkomiteen at det ikke kan kreves intern varsling først, dersom arbeidstaker har grunn til å tro at slik varsling vil være uhensiktsmessig.

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 132-133, og utdypet i Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 41: "det kan ikke kreves at det (skal) varsles internt hvis arbeidstaker har grunn til å tro at slik varsling vil være *uhensiktsmessig*. Intern varsling kan være uhensiktsmessig dersom opplysningene gjelder kriminelle eller andre alvorlige forhold. Intern varsling må også betraktes som uhensiktsmessig hvis arbeidstaker har grunn til å tro at dette kan medføre gjengjeldelser. Arbeidstaker kan ha grunn til å tro dette for eksempel ut fra trusler eller andre uttalelser fra kolleger eller ledelse, hvis andre ansatte har blitt utsatt for gjengjeldelse eller ut fra det generelle ytringsklimaet i virksomheten. Videre kan det være uhensiktsmessig å varsle internt hvis det er behov for å handle raskt, for eksempel på grunn av fare for bevisforspillelse eller fare for liv eller helse. Intern varsling kan også være uhensiktsmessig hvis arbeidstaker eller kolleger tidligere har tatt opp samme, tilsvarende eller andre kritikkverdige forhold uten at noe er skjedd".

Ved vurderingen må det også tas hensyn til karakteren av det kritikkverdige forhold. Er det tale om korrupsjon, miljøkriminalitet osv. stiller forholdet seg vesentlig annerledes enn om det er tale om et internt arbeidsmiljøproblem. I St.meld.nr 26 (2003 -2004) s. 112 er det bl.a. påpekt "unndragelsesfare, dekkoperasjoner, fare for den ansatte selv" mv. Det må i det hele tatt legges vekt på om de forhold som det varsles om har allmenn interesse, bl.a. med hensyn til kontroll med bruk av ressurser, lovbrudd, kvaliteten på ytelser. Endog interne eller personlige konflikter kan ha allmenn interesse, "avhengig av hvilke personer og hva slags virksomhet det er tale om". Hensynet til sannhetsøking og demokrati er her hovedbegrunnelsen.

Jfr. Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 41: "allmennheten kan således ha en legitim interesse i et visst innsyn på den enkelte arbeidsplass, for å føre kontroll med bruk av ressurser, lovbrudd, kvaliteten på ytelser mv. Ytringer som kan forsvares i et slikt perspektiv, bør ha et sterkere vern enn andre ytringer. Momentet allmenn interesse vil etter omstendighetene beskytte arbeidsgiver mot at opplysninger som kun er av intern eller personlig interesse, slik tilfellet ofte er i forhold til for eksempel interne personkonflikter, blir et tema som kommer ut og drøftes på den offentlige arena. Dette kan skade arbeidsmiljøet unødig. Det kan likevel ikke utelukkes at også interne eller personlig konflikter kan ha allmenn interesse, avhengig av hvilke personer og hva slags virksomhet det er tale om".

Dersom arbeidstaker har vært i aktsom god tro, og har vurdert om det bør varsles internt, til tilsynsmyndigheter eller gjennom media, er det forutsatt at arbeidstaker "må ha en vid skjønnsmargin med hensyn til valg av fremgangsmåte. Hvis arbeidstakeren varslet i aktsom god tro for å få rettet opp forhold han eller hun mente var kritikkverdige, må dette tillegges meget stor vekt". Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 39, jfr. også arbeids- og sosialkomiteens presisering om "at det uansett ikke skal stilles strenge krav til arbeidstaker. Arbeidstaker må ha en vid skjønnsmargin med hensyn til valg av framgangsmåte" (Inst. O. nr. 6 (2006.2007) s. 10. Det må likevel tilføyes, at selv med en vid skjønnsmargin vil det ligge et visst aktsomhetskrav i bunnen når det gjelder arbeidstakers valg av fremgangsmåte.

I Inst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 10 er bl.a. bemerket at om varsleren ikke har tillit til at intern varsling vil være den riktige veien å gå. "vil varsling til tilsynene eller eventuelt til media være et alternativ". Bemerkningene må formentlig oppfattes som en påpekning av at varsleren har alternativer til den interne varsling, og at varsleren kan velge å henvende seg til tilsynsmyndighet. Uttalelsen kan

imidlertid neppe oppfattes slik at den rokker ved selve det utgangspunkt som både proposisjon og komite legger til grunn, at det uansett ikke skal stilles strenge krav til varsleren når det gjelder valg av fremgangsmåte, og dermed valg av alternativ. Det forhold at det kunne være et alternativ å varsle tilsynsmyndighet kan derfor ikke være mer enn et visst moment ved aktsomhetsvurderingen. Under enhver omstendighet kan uttalelsen ikke oppfattes slik at arbeidstaker bør varsle tilsynsmyndighet før media kontaktes.

Sammenfatningsvis medfører kravet om forsvarlig fremgangsmåte at det stilles krav til arbeidstakers aktsomhet – arbeidstaker må ha gjort det som med rimelig kan kreves for å bringe de faktiske forhold på det rene – noe som nødvendigvis medfører at det kan bli stilt spørsmål om arbeidstaker har oppfylt dette aktsomhetskrav. På tross av arbeids- og sosialkomiteens siktemål om at forsvarlighetskravet ikke skulle være "beheftet med stor risiko for at arbeidsgiver kan bestride at varslingen er forsvarlig, og at det i neste omgang åpner for sanksjoner mot varsleren" (Inst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 10), er det vanskelig å se det annerledes enn at det er nettopp dette som er blitt resultatet. I sportsjournalistikkens språkbruk kan dette uttrykkes slik at man dermed "tar spilleren og ikke ballen".

Dermed vil det kunne det skje en fordreining av spørsmålsstillingen om det forhold det blir varslet om – fra spørsmålet om det forelå kritikkverdig forhold i virksomheten – til spørsmålet om arbeidstakerens fremgangsmåte og opptreden mv. har vært tilstrekkelig forsvarlig nok. Tilsvarende problematikk knyttet seg til det opprinnelige forslag til § 2-4. Da var bestemmelsen foreslått utformet slik at arbeidstaker måtte ha varslet "på en lojal måte" (Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 305-306). Kritikken mot forslaget gikk særlig på at det i praksis lett kunne bli slik at den arbeidstakeren som hadde varslet om et kritikkverdig forhold, ville bli utsatt for spørsmålet om vedkommende hadde opptrådt tilstrekkelig lojalt. Dermed kunne det skje en fordreining av spørsmålsstillingen om det forholdet det var varslet om – fra spørsmålet om det forelå kritikkverdig forhold i virksomheten – til spørsmålet om arbeidstakerens fremgangsmåte og opptreden mv. var lojal nok. Under behandlingen i Stortinget ble derfor kravet om varsling på lojal måte tatt ut av bestemmelsen.

1.1.9 Intern varsling og varsling utad

Som nevnt i avsnitt 1.1.8 vil "intern varsling bare helt unntaksvis vil kunne falle utenfor varslingsretten" (Inst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 10). Med intern varsling siktes det til varsling i henhold til rutiner som virksomheten har fastsatt, for eksempel i henhold til § 3-6, eller til en ansvarlig person i virksomheten.

Varsling til verneombud eller tillitsvalgt er forutsatt alltid å ville være forsvarlig. Uttrykket tillitsvalgt synes i denne sammenheng å måtte forstås slik at det ikke bare omfatter lokal tillitsvalgt, men også mer sentrale tillitsvalgte for fagforening eller fagforbund.

Jfr. Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51: " Det ligger innenfor en arbeidstakers yringsfrihet etter lovutkastet § 2- 4 å ta opp kritikkverdige forhold med overordnede eller andre i virksomheten i henhold til virksomhetens rutiner for varsling eller på en annen måte som er ryddig i forhold til hvordan virksomheten er organisert. Det vil være forsvarlig å varsle til en ansvarlig person i virksomheten. Ansvarlig person vil være en representant for ledelsen som har påvirknings- eller beslutningsmyndighet i forhold til de spørsmålene som varslingen gjelder. Dette betyr at arbeidstaker etter omstendighetene må kunne velge å gå forbi nærmeste leder i linjen, noe som kan være hensiktsmessig for eksempel der de forhold det varsles om nettopp gjelder nærmeste leder. Det kan her vises til Europarådets sivilrettslige konvensjon artikkel 9 som forplikter staten til å gi hensiktsmessig vern til arbeidstakere

som sier fra til ansvarlig person eller myndigheter. Å si fra til verneombud eller tillitsvalgte vil alltid være en forsvarlig framgangsmåte”.

Grensedragningen mellom intern varsling og varsling utad er ikke nødvendigvis skarp, for eksempel når det gjelder konserner, slik avgjørelsen i Rt -2003-1614 (Telenor) illustrerer.

Her ble det ut fra lojalitetskrav bl.a. lagt vekt ”på det fellesskap som det til tross for ulike selskapsenheter lett vil være innenfor det samme konsern”, og at arbeidstakeren hadde sørget for ”den store spredning” av sin e-post, som ”lett ville resultere i at innholdet også ble brakt videre til personer utenfor konsernet” (avsnitt 44 og 45).

Slik intern varsling er angitt i lovforarbeidene kan det neppe være tvil om at det å sende e-post til samtlige av sin arbeidsgivers ansatte i et distrikt – noe over 60 personer – samt til tre personer i et tilknyttet selskap vil måtte karakteriseres som varsling utad. Så vidt stor spredning ville også lett resultere i at innholdet ble brakt videre til personer utenfor konsernet, slik Høyesterett påpeker (avsnitt 44). Fellesskapet mellom de ulike selskapsenheter synes likevel å måtte tillegges vekt, slik at det må anses for intern varsling dersom en arbeidstaker i et datterselskap velger å gå til ansvarlig person i en overordnet selskapsenhet. Selve det forhold at arbeidstaker da går utenfor sin arbeidsgiver – datterselskapet – og for så vidt til andre enn den personkrets som er tilknyttet det selskap hvor arbeidstaker arbeider, kan i seg selv ikke være avgjørende.

1.1.10 Inn- og utleid arbeidskraft m.v. – varslingsproblematikken

I forhold til reglene til vern om arbeidstakere som sier fra reiser innleide arbeidstakere særlige spørsmål. Disse spørsmål kan tenkes å oppstå i forbindelse med varsling utad, men er formentlig mest aktuelle ved intern varsling. Siden innleide arbeidstakere utfører arbeid integrert i det innleiende firmas virksomhet, og det dreier seg om varsling om forhold ved det innleiende firma, synes de innleide arbeidstakere å måtte anses som om de var ansatt ikke bare i utleiefirmaet, men også i det innleiende firma, jfr. prinsippet i aml § 2-2 (1) og Rt-1985-941 (OIS-dommen) På bakgrunn av formålet med bestemmelsene i aml §§ 2-4 og 2-5 – å fremme varsling – synes de innleide arbeidstakere, i forhold til det utleiende firma, å måtte ha rett til å varsle om forhold knyttet til innleiefirmaets virksomhet, innen de rammer som følger av § 2-4. Avgjørelsen i Rt-2003-1614 (Telenor), som gjaldt en innleid arbeidstaker, kan kanskje sies å trekke i denne retning.

Forsåvidt gjelder intern varsling skulle de innleide arbeidstakere dermed kunne velge om de vil varsle til utleiefirmaet eller til innleiefirmaet, og de skulle i så fall også være beskyttet av aml § 2-4 og §2-5 i begge relasjoner.

For innleide arbeidstakere kan det fremstå som tryggere å kunne varsle til utleiefirmaet om kritikkverdige forhold i innleiefirmaet, slik at den ansvarlige i utleiefirmaet kan ta opp spørsmålet med innleiefirmaets ansvarlige. En slik løsning vil være i samsvar med formålet med bestemmelsene til vern om varslerne, og må formentlig kunne legges til grunn. Varsleren skulle i så fall være beskyttet av aml § 2-4 og § 2-5 i relasjon til begge firmaene.

Tilsvarende kan anføres om adgangen til å varsle innleiefirmaet om kritikkverdig forhold i utleiefirmaet.

I motsetning til innleide arbeidstakere er selvstendige næringsdrivende ikke arbeidstakere, og dermed ikke omfattet av det vern som følger av § 2-4 og § 2-5.

1.1.11 Varsling til tilsynsmyndighet og annen offentlig myndighet

Varsling til tilsynsmyndighet eller annen offentlig myndighet er alltid å anse for å være forsvarlig varsling. Dette fremgår uttrykkelig av aml (2005) § 2-4 (2) annet punktum. Her gjelder ikke noe forbehold.

Jfr. Ot.prp.nr. 84 (2004-2005) s. 40: "Også ved varsling til tilsynsmyndigheter mv. kan det være rimelig å kreve at arbeidstaker skal ha et visst grunnlag for en påstand om kritikkverdige forhold. Departementet legger imidlertid til grunn at tilsynsorganene uansett klarer å "sile ut" useriøse henvendelser, eller uansett behandle disse på en forsvarlig måte. Etter departementets oppfatning er det ikke behov for å ta inn noe forbehold i bestemmelsen".

Tilsvarende gjelder opplysninger mv. gitt under rettsforfølging, jfr. også Ot.prp. nr. 49 (2004.2005) s. 132-133.

1.1.12 Anonym varsling

Etter aml (2005) § 18-2 skal Arbeidstilsynet holde hemmelig anmelderens navn. Det er forutsatt at tilsvarende skal legges til grunn ved varsling, også i forhold til andre tilsynsmyndigheter, jfr. (Inst. O.nr. 6 (2006-2007) s. 11).

Det er imidlertid forutsatt at arbeidsgiver vil kunne iverksette tiltak for å finne ut hvem det er som har varslet, jfr. vedlegg 2 til Inst. O. nr. 6 (2006-2007) og nedenfor 1.1.12. Noe forbud mot dette følger altså ikke av de vedtatte regler til vern om varslerne.

Brudd på lovet anonymitet kan være kontraktsbrudd overfor arbeidstaker, jfr. ovenfor 1.1.5.

1.1.13 Bevisbyrderegler

Etter aml (2005) § 2-4 (3) har arbeidsgiver bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med bestemmelsen i § 2-4 (1) og (2). Det er altså arbeidsgiver som må bevise at en varsling "ikke er forsvarlig etter andre ledd, eventuelt at arbeidstakers varsling ikke var i samsvar med varslingsplikt eller rutiner for varsling. Poenget er at det er arbeidsgiver som skal begrunne innskrenkninger i ytringsfriheten, og ikke arbeidstaker som må begrunne retten til å varsle" (Ot.prp. nr. 84(2005.2006) s. 52).

Bestemmelsen må sees på bakgrunn av at det i praksis ofte vil være slik at det er virksomheten som har tilgangen til og oversikten over de aktuelle omstendigheter på en helt annen måte enn en arbeidstaker kan ha det.

1.1.14 Forbudet mot gjengjeldelse

Forbudet mot gjengjeldelse (aml (2005) § 2-5 (1)) gjelder alle former for gjengjeldelse, som oppsigelse, avskjed, trakassering, utfrysning, omplassering, manglende lønnsopprykk og karrierestigning, fordeling av oppgaver mv.; når gjengjeldelsen er en følge av og reaksjon på varslingen. Forbudet omfatter også gjengjeldelser mot arbeidstaker som tar opp en sak om diskriminering. Det er heller ikke tillatt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor en arbeidstaker som gir til kjenne at retten til å varsle vil bli brukt, for eksempel ved å fremskaffe opplysninger (aml (2005) § 2-5 (2)), men bestemmelsen hjemler ikke arbeidstakers rett til å drive etterforskning av kritikkverdige forhold (Ot.prp. nr. 84 (2005.2006) s. 53).

Jfr. Ot.prp. nr 84 (2005-2006) s. 52: "Begrepet gjengjeldelse skal forstås vidt. Enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling, skal i utgangspunktet regnes som gjengjeldelse. Forbudet gjelder formelle sanksjoner som oppsigelse, suspensjon og avskjed samt ordensstraff hjemlet i tjenstemansloven. Forbudet gjelder også mer uformelle sanksjoner

som for eksempel endringer i arbeidsoppgaver, interne overføringer og såkalt tjenstlig tilrettevisning overfor offentlig ansatte. Forbudet skal imidlertid ikke utelukke at arbeidsgiver kommer med motyttringer. Det må likevel trekkes en grense mot motargumenter og reaksjoner som har karakter av gjengjeldelse, for eksempel hvis arbeidstaker "kalles inn på teppet" og får instruks eller advarsler. Arbeidsgivers reaksjoner må uansett ikke ha karakter av trakassering".

Det er forutsatt at arbeidsgivers undersøkelser for å finne ut hvilken arbeidstaker det er som har varslet, ikke skal være omfattet av gjengjeldelsesbegrepet i § 2-5.

"Gjengjeldelsesbegrepet i § 2-5 vil ikke formelt sett omfatte etterforskning. Med gjengjeldelse menes formelle og uformelle negative reaksjoner som har karakter av en slags straff/sanksjon. Etterforskning har ikke i seg selv en slik karakter. Men hvis arbeidsgiver finner ut hvem som har varslet og så reagerer mot varsleren med gjengjeldelse, vil etterforskningen indirekte være forbudt", jfr. vedlegg 2 til Inst. O. nr. 6 (2006-2007).

Det er i Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52 også uttalt at gjengjeldelsesforbudet "vil ikke omfatte nye arbeidsgivere som arbeidstakeren søker jobb hos. Heller ikke vil forbudet gjelde kunder, kontraktsparter osv". Dette må forstås slik at arbeidsmiljølovens regler ikke får anvendelse. Dette forhindrer imidlertid ikke at gjengjeldelsestiltak fra slik utenforstående vil kunne være rettsstridige etter andre regler, for eksempel etter boikottlovens bestemmelser.

Ytterligere vil det på ulovfestet grunnlag være urettmessig å gjøre bruk av sanksjoner overfor en arbeidstaker som har gjort bruk av sin generelle ytringsfrihet, for eksempel ved å gi uttrykk for sin personlige politiske oppfatning i media. Bl.a. vil oppsigelse eller avskjed i den anledning være henholdsvis usaklig eller urettmessig, jfr. § 15-7 og 15-14, og vil ellers kunne være i strid med det generelle saklighetskravet i arbeidsretten.

1.1.15 Delt bevisbyrde ved påstand om urettmessig gjengjeldelse

Etter aml (2005) § 2-5 (3) kan den som har vært utsatt for urettmessig gjengjeldelse kreve erstatning for ikke-økonomiske tap (oppreisning, "tort og svie") uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Dette ansvar er for så vidt objektivt, og uavhengig av om arbeidstakeren har lidt noe økonomisk tap. Erstatningen fastsettes skjønnsmessig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Det skal blant annet legges vekt på arten og alvorlighetsgraden av den ulovlige gjengjeldelsen (Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53). Det er vist til at praksis knyttet til § 15-12 (2) vil kunne gi en viss veiledning. Det er videre vist til at bestemmelsen skal forstås på samme måte som § 13-9. jfr. også Ot. Prp. nr. 49 (2004-2005) side 329 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) side 52-53. § 13-9 (2) hjemlet tidligere erstatning for ikke-økonomisk tap for arbeidstaker som var blitt utsatt for gjengjeldelse etter å ha tatt opp en diskriminerings sak. Dette punkt i § 13-9 (2) er nå opphevet, og erstattet av § 2-5 (3). Se også § 13-9 note 6.

Er arbeidstaker sagt opp som gjengjeldelse i anledning varsling, vil erstatning kunne kreves etter § 15-12 (2), eventuelt § 15-13 (4) eller § 15-14 (4). På samme måte som etter likestillingslovens § 16, slik bestemmelsen lyder etter lovendring av 14. juni 2002 nr. 21, må det formentlig antas at "det er en skjerpene omstendighet som tillegges vekt ved utmålingen hvis en oppsigelse ikke bare er usaklig av andre grunner, men også er i strid med likestillingsloven. Det skal derimot ikke kunne gis dobbelt erstatning i forbindelse med samme oppsigelse da dette må betraktes som samme rettsforhold", jfr. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 104-106 (punkt 13.6.5) og dom av Oslo tingrett 17. nov 2006 (saksnr. 06-052718TVI-OTIR/03) (oppreisning tilkjent med kr. 125.000). ved utmålingen av erstatning for ikke-økonomisk tap skal det preventive moment tillegges betydelig vekt, spesielt hvor det er

tale om krenkelse av ikke-diskrimineringsbestemmelsene. I Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s 104-105 er det bl.a. vist til at EF-domstolen i sin praksis har lagt til grunn "at enhver overtredelse av likebehandlingsprinsippet skal være ansvarspådragende, og at hvis overtredelsen er sanksjonert med erstatning så skal denne ha et slik nivå at den virker reelt avskrekkende. Det bør legges vekt på erstatningens preventive effekt". Tilsvarende gjelder NOU 2002: 12 Rettslig vern mot diskriminering i arbeidslivet, avsnitt 11.12.3: "Når noen med vitende og vilje foretar en diskriminerende handling, er det viktig at dette markeres ved en streng reaksjon".

Bestemmelsen fastsetter uttrykkelig at erstatning for økonomisk tap "kan kreves etter alminnelige regler", og det er forutsatt at bestemmelsen også vil få anvendelse ved oppsigelser og andre stillingsvernsvister som behandles etter reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15 og 17. I disse tilfellene vil imidlertid arbeidstaker også ha rett til erstatning etter §15 -12 andre ledd, §15-13 fjerde ledd eller §15-14 fjerde ledd.

Ved erstatningsutmålingen må det tas i betraktning at det kan vise seg å bli meget vanskelig for arbeidstakeren å få nytt arbeid, og denne risiko synes til dels å være ganske betydelig. Denne risiko må kompenseres gjennom erstatningsutmålingen.