

Arbeids- og sosialdepartementet (ASD)

Oslo, 3. september 2018

Høring – NOU 2018: 6 Varsling – verdier og vern. Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet

Juristforbundets fagutvalg for arbeidsrett har gjennomgått NOU 2018:6 «Varsling – verdier og vern» (Varslingsutvalgets utredning).

Juristforbundets fagutvalg for arbeidsrett bistår Juristforbundet i spørsmål om arbeidsrett og gjennomgår høringssaker innenfor utvalgets fagområde. For tiden har fagutvalget følgende medlemmer:

- Partner/advokat Marco Lilli, Kluge Advokatfirma AS
- Advokat, Siri Kristiansen, Regjeringsadvokaten
- Advokat Thorkil H. Aschehoug, Advokatfirmaet Grette AS
- Advokat Ellen Anthea Gooderham, Advokatfirmaet Stenstrup Stordrange DA

Fagutvalget har i hovedsak konsentrert sin uttalelse om de forholdene som behandles i kapittel 10 i Varslingsutvalgets utredning, hvor utvalgets forslag til juridiske tiltak behandles. Vi knytter også enkelte kommentarer til kapittel 12 om organisatoriske tiltak.

Pkt. 10.1 og 10.2 i varslingsutvalgets utredning

Fagutvalget er enig i Varslingsutvalgets overordnede synspunkt om at det i hovedsak ikke er behov for å gjøre endringer i innholdet i reglene i arbeidsmiljøloven (aml.), men at reglene bør tydeliggjøres noe i loven. Vi slutter oss også til utvalgets syn om at jussen på dette området bare kan bidra et stykke på vei, og at det er viktig å ta i bruk andre virkemidler, herunder særlig opplærings- og kommunikasjonstiltak.

Pkt. 10.3 - Spørsmålet om en egen varslingslov

Flertallet i varslingsutvalget anbefaler at det gis en egen lov om varsling, mens mindretallet gir uttrykk for usikkerhet om hensiktsmessigheten av en slik lov. Når det gjelder innholdet i en slik lov gir flertallet uttrykk for at loven bør inneholde regler om varslingsombud og varslingsnemd, som utvalget foreslår opprettet. For øvrig gir flertallet uttrykk for at det nærmere innholdet i en slik varslingslov vil måtte utredes på et senere tidspunkt.

Som det fremgår av pkt. 16, er fagutvalget skeptisk både til opprettelsen av et varslingsombud og en varslingsnemd. Ettersom lovens eneste konkrete innhold så langt synes å være reguleringen av

et slikt ombud og en slik nemnd, ser fagutvalget heller ikke behov for at det gis en egen lov om varsling.

Pkt. 10.4 – arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse

Fagutvalget mener generelt at man skal være varsom med å søke å gjøre formålsparagrafer dekkende for de mange gode formål som ligger bak den øvrige reguleringen i loven, men heller søke å holde formålsbestemmelsen på et overordnet nivå. Det konkrete forslaget om utvidelse knyttet til varsling kan for øvrig også sies å være dekket av dagens § 1-1 bokstav a. På denne bakgrunnen støtter ikke fagutvalget Varslingsutvalgets forslag om en utvidelse av formålsparagrafen.

Pkt. 10.5 – henvisning til grunnlovens regler om ytringsfrihet

I likhet med Varslingsutvalget ser fagutvalget utfordringer med å innta formuleringer om ytringsfrihet generelt i arbeidsmiljøloven, da slike formuleringer ikke nødvendigvis virker klargjørende. På tross av dette mener også fagutvalget at en henvisning til Grunnloven § 100 kan ha en pedagogisk funksjon, ikke minst for å synliggjøre at varsling kun er en særlig form for ytring innenfor rammen av ytringsfriheten. På bakgrunn av disse hensyn støtter fagutvalget mindretallets forslag om kun å innta en nøytral henvisning til Grunnloven § 100, uten egne formuleringer knyttet til rekkevidden av ytringsfriheten. Hvordan en henvisning konkret skal innarbeides må selvsagt vurderes nøye.

Pkt. 10.6 – hvem skal omfattes av varslingsreglene

Fagutvalget slutter seg til Varslingsutvalgets vurderinger på dette punktet.

Pkt. 10.7 – Kritikkverdige forhold

Fagutvalget er enig i at «kritikkverdige forhold» er et godt innarbeidet begrep i varslingsregelverket, og at det er hensiktsmessig å beholde dette som avgrensningskriterium. Begrepet bør imidlertid, slik Varslingsutvalget foreslår, klargjøres bedre i lovteksten. Vi kan i hovedsak slutte oss til utvalgets forslag til lovtekst. Vi mener likevel det med fordel kan framgå tydeligere av lovteksten at det ikke er utelukket at det også i tilknytning til eget arbeidsforhold kan forekomme kritikkverdige forhold som utløser varslingsreglene. Videre mener vi at også de øvrige forhold som gjerne nevnes i forarbeidene som typiske eksempler på forhold som faller utenfor begrepet, bør nevnes i lovteksten.

Lovtekstens 2. ledd kan f. eks. utformes slik:

Klage som bare gjelder misnøye med arbeidstakers eget arbeidsforhold, regnes ikke som varsel om kritikkverdig forhold, med mindre det forhold det varsles om har allmenn eller generell interesse. Varsel om forhold som arbeidstakeren mener er kritikkverdig, bare ut fra sin politiske eller personlige etiske overbevisning, er heller ikke varsel om kritikkverdig forhold i lovens forstand. Det samme gjelder varsel basert på faglig uenighet og varsel om forhold som er allment kjent.

Pkt. 10.8 - Kravet til forsvarlig fremgangsmåte

Varslingsutvalget foreslår flere endringer og presiseringer i dagens aml. § 2-1A (2), som inneholder et krav om at varslingen skal være «forsvarlig».

Hele Varslingsutvalget ønsker at loven skal redegjøre noe mer detaljert for hvilke momenter som er sentrale i forsvarlighetsvurderingen. Utvalgets flertall foreslår også at denne momentlisten erstatter dagens forsvarlighetskrav, slik at dersom varslingen skjer i tråd med disse momentene, skal varslingen alltid anses forsvarlig. Mindretallet ønsker å beholde dagens krav om at varslingen i tillegg må være forsvarlig. Dette er ment som en overbygning for de konkretiserte kravene og vil ha en funksjon som en sikkerhetsventil for å fange opp tilfeller der varslingen etter en konkret helhetsvurdering anses uforsvarlig.

Fagutvalget er enig med Varslingsutvalget i at det er hensiktsmessig at loven inneholder en klargjøring av de sentrale momentene for når en varsling er forsvarlig.

Fagutvalget slutter seg videre til mindretallet i Varslingsutvalget vedrørende spørsmålet om forsvarlighetskravet bør beholdes i loven, som en overbygning for de momentene som Varslingsutvalget skisserer som sentrale for å vurdere om varslingen er forsvarlig. Det er flere grunner til at forsvarlighetskravet bør beholdes:

For det første kan det tenkes situasjoner hvor varslingen fremstår som uforsvarlig, selv om varsleren har fulgt den skisserte fremgangsmåten. Selv om dette bare vil være tilfellet helt unntaksvis, bør forsvarlighetskravet beholdes som en sikkerhetsventil.

For det andre synes det å ligge implisitt i Varslingsutvalgets innstilling at dersom arbeidstakerens varsling ikke er i tråd med momentlisten, vil den automatisk være uforsvarlig. Fagutvalget peker på at man unntaksvis kan tenke seg situasjoner hvor varslingen fremstår som forsvarlig selv om den ikke har skjedd i tråd med de skisserte momentene. Forslaget fra Varslingsutvalgets flertall vil dermed kunne innebære en innsnevring av varslervernet, noe som neppe er i tråd med intensjonene.

Fagutvalget har for øvrig kommentarer til varslingsutvalgets forslag om at «*arbeidstakeren kan alltid varsle internt ved grunn til mistanke om kritikkverdig forhold i arbeidsgivers virksomhet*» [vår understrekning]. Varslingsutvalget gir uttrykk for at dette er ment som en videreføring av dagens krav til at varslingen må skje i aktsom god tro.

Etter fagutvalgets syn er den valgte formuleringen uheldig. Uttrykket «ved grunn til», gir svært liten informasjon om hvilke krav som stilles til varsleren for så vidt gjelder grunnlaget for varslernes mistanke. Det er i så måte illustrerende at ett av Varslingsutvalgets medlemmer (Jensen) synes å mene at dette innebærer en innsnevring av varslervernet sammenlignet med dagens rettstilstand. Etter fagutvalgets syn er det vel så nærliggende å lese det som en utvidelse av varslingsretten, sammenlignet med dagens krav til aktsom god tro, mens Varslingsutvalgets flertall som nevnt gir uttrykk for at det ikke innebærer noen endring av rettstilstanden.

Fagutvalget vil på denne bakgrunn anbefale at dersom forsvarlighetskravet skal presiseres nærmere, bør man heller benytte begrepet «aktsom god tro», som fremgår i dagens forarbeider og som også er en innarbeidet juridisk term. Alternativt kan det vurderes å benytte termen "*rimelig grunn til å tro*", som varslingsreglenes forarbeider selv benytter, se Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) s. 40: "Det avgjørende vil være hva denne arbeidstakeren hadde rimelig grunn til å tro ...".

Pkt. 10.9 – Arbeidsgivers aktivitetsplikt

I lys av målet om å klargjøre rettigheter og plikter i varslingsaker er fagutvalget enig i Varslingsutvalgets forslag om å innta en særskilt bestemmelse som får frem at arbeidsgiver både har en aktivitetsplikt og en omsorgsplikt i varslingsaker, og at dette utelukkende gjøres som et pedagogisk grep. Som Varslingsutvalget påpeker, følger dette allerede av gjeldende rett, men uten at dette fremkommer eksplisitt av arbeidsmiljøloven. Dersom det skal inntas en slik presisering av omsorgsplikten for varsler, mener fagutvalget imidlertid at det også må komme frem at arbeidsgiver har en omsorgsplikt overfor den det eventuelt er varslet mot.

Når det gjelder formuleringen av omsorgsplikten, kan ikke fagutvalget stille seg bak det forslaget til lovtekst som skisseres. Særlig vil vi påpeke at formuleringen «sørge for tiltak som er egnet til å motvirke gjengjeldelse» lett kan lede til en uklar rettslig situasjon hvor det blant annet kan skapes usikkerhet og tvist rundt hvilke tiltak som skal anses som "egnede". Ytterligere lovfesting av krav til saksbehandling og tiltak vil, slik fagutvalget ser det, kunne føre til en unødige byråkratisering av varslingshåndtering. En situasjon hvor varslingsaker utløser for mange eksplisitte plikter knyttet til håndtering vil kunne motvirke at varslingsaker håndteres og løses på lavest mulig nivå uten behov for store prosesser og omfattende ressursbruk.

Pkt. 10.10 - Varslingsrutiner

Fagutvalget er enig med Varslingsutvalget i at det kan være grunn til å gjøre noen justeringer i dagens krav til varslingsrutiner.

Arbeidsmiljølovens varslingsregler bør presiseres slik at det stilles krav til arbeidsgivers saksbehandling av varsel. Ved at et slikt krav nøyer seg med å vise til "fremgangsmåte for arbeidsgivers saksbehandling", gis den enkelte virksomhet samtidig mulighet til å tilpasse innholdet i sine varslingsrutiner til virksomhetens størrelse og art.

Fagutvalget støtter også utvalgets forslag om å kreve jevnlig evaluering av varslingsrutinene, slik at disse blir et levende verktøy for virksomheten. Tilsvarende evalueringskrav gjenfinnes også blant annet i internkontrollregelverket og arbeidsmiljølovens regulering av kontrolltiltak.

Videre støtter fagutvalget at det nærmere vurderes om det bør være en tydeligere kobling mellom virksomhetens varslingsrutiner og internkontrollrutiner, ettersom en varslingsmelding normalt sett også vil innebære melding om et avvik. Dette vil kunne bidra til at varslingsaker løses på et lavest mulig nivå og til at prosessen rundt håndtering av varselet ikke blir mer omfattende enn nødvendig.

I likhet med Varslingsutvalget støtter fagutvalget ikke et forslag om å gjøre varslingsmelding til en del av arbeidstakers medvirkningsplikt, og heller ikke forslaget om å stille formkrav til varselet. Fagutvalget Forbundet viser her til utvalgets begrunnelser.

Pkt. 10.11 - Anonym varslingsmelding og konfidensialitet om varslers identitet:

Fagutvalget er enig i at det ikke er grunn til å lovfeste en rett for arbeidstaker til å varsle anonymt. Det bør, som i dag, være opp til arbeidsgiver om det er ønskelig å legge til rette for anonym varslingsmelding i virksomheten. Vi viser til at ulempene og begrensningene knyttet til anonym varslingsmelding er mange, og at behovet for anonymitet langt på vei er ivaretatt av konfidensialitetsplikten som følger av personopplysningsloven.

Pkt. 10.12 - Forbud mot gjengjeldelse og delt bevisbyrde

Fagutvalget støtter Varslingsutvalgets forslag om å videreføre dagens regler om delt bevisbyrde, og at forståelsen av begrepet "gjengjeldelse", som i dag følger av arbeidsmiljølovens forarbeider, tas inn i lovens ordlyd. Når det kommer til den skisserte definisjonen av gjengjeldelse mener fagutvalget at begrepet «kan ses» er alt for uklart og mangetydig til å være et egnet begrep i en lovtekst og at dette bør erstattes med «er».

Slik fagutvalget forstår utvalget er det ikke tilsiktet en endring med tanke på at det er de som varsler på en forsvarlig måte som nyter vern mot gjengjeldelse. Fagutvalget kan imidlertid ikke se at denne sammenhengen fremgår av skissen til lovtekst. Uavhengig av om man lander på at forsvarlighetskravet beholdes eller erstattes med en momentliste må det tydeliggjøres at det er en kobling mellom fremgangsmåte ved varsling og vernet mot gjengjeldelse.

Pkt. 10.13 -Oppreisning og erstatning ved gjengjeldelse

Objektivt erstatningsansvar for økonomisk tap

Fagutvalget er tvilende til behovet for å innføre en egen bestemmelse om objektivt erstatningsansvar for økonomisk tap som følge av gjengjeldelse. Det foreligger allerede mekanismer i arbeidsmiljøloven som gir varsler en styrket posisjon i gjengjeldelsessaker, herunder reglene om delt bevisbyrde. Videre kan arbeidstaker som er utsatt for gjengjeldelse kreve oppreisningserstatning fra arbeidsgiver uten hensyn til skyld. I tilfeller hvor gjengjeldelse utøves i form av oppsigelse eller avskjed vil arbeidsgiver også kunne bli ilagt erstatning for økonomisk tap på objektivt grunnlag med hjemmel i aml. § 15-12. Også utenfor oppsigelsestilfellene kan arbeidsgivers holdes ansvarlig på objektivt grunnlag innenfor skadeserstatningsloven § 2-1, og ellers etter de alminnelige regler om erstatning.

I lys av dette mener fagutvalget at det ikke er behov for å innføre en regel om objektivt erstatningsansvar og at dagens regulering er tilstrekkelig.

Selvstendig erstatningshjemmel for brudd på omsorgsplikten

Som Varslingsutvalget påpeker under punkt 10.9, har arbeidsgiver i dag i kraft av å skulle sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø en generell omsorgsplikt overfor sine arbeidstakere. Utvalget har foreslått en særlig presisering av denne omsorgsplikten. Som påpekt stiller fagutvalget seg bak at man i arbeidsmiljøloven inntar en bestemmelse som tydeligere får frem at man har en generell omsorgsplikt også i varslingsaker, uten at dette innebærer en endring av gjeldende rett.

Utvalgets flertall har tatt til orde for at manglende oppfyllelse av omsorgsplikten bør kunne sanksjoneres med erstatning og oppreisning etter alminnelige regler, og har inntatt et forslag om særskilt hjemmel for dette.

Fagutvalget peker på at arbeidsgiver også i dag kan bli holdt erstatningsansvarlig for brudd på arbeidsmiljølovens normer om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, herunder brudd på omsorgsplikten, etter alminnelige erstatningsregler. Fagutvalget ser derfor ikke grunn til å innføre en egen erstatningsregel om dette.

Fagutvalget er enig med Varslingsutvalgets mindretall i at brudd på omsorgsplikten i en varslings sak også vil kunne anses som gjengjeldelse som følge av varsling og at varsler da allerede nyter et erstatningsvern.

Fagutvalget støtter ikke Varslingsutvalgets forslag om at det generelt skal legges opp til et høyere nivå på oppreisningserstatning for gjengjeldelsestilfellene, sammenlignet med rene stillingsvernssaker. Gjengjeldelsehandlinger kan variere sterkt i alvorlighetsgrad, fra svært krenkende handlinger til mer bagatellmessige reaksjoner. Det er derfor vanskelig å se noen grunn til at erstatningsnivået for gjengjeldelse generelt skal være høyere enn f.eks., i avskjedssaker. Utmåling av erstatningsnivået må etter Juristforbundets syn overlates til domstolene.

Pkt. 10.14 - Straff

Fagutvalget støtter Varslingsutvalgets syn om at det ikke bør foreslås endringer i regelverket om straff.

Pkt. 10.15 - Tilsynet med arbeidsmiljølovens varslingsregler

Fagutvalget støtter Varslingsutvalgets forslag om at Arbeidstilsynet bør vurdere om adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr skal anvendes i større utstrekning enn i dag ved overtredelse av plikten til å utarbeide varslingsrutiner. En forutsetning er da at bruken av overtredelsesgebyr holdes innenfor det som i dag er gebyrets kjerneområde; dvs. når den aktuelle overtredelsen av arbeidsmiljøregelverket ikke er alvorlig nok til å politianmeldes, og hvor andre reaksjonsmidler ikke er tilstrekkelig effektive.

Kapittel 12 - Organisatoriske tiltak

Fagutvalget deler ikke Varslingsutvalgets oppfatning av behovet for et eget nasjonalt "Varslerombud". Varslingsutvalget viser i pkt. 12.4.3 til at hovedoppgaven til et slikt ombud "bør være å gi god veiledning og støtte til varslere og andre som er i vanskelige situasjoner i forbindelse med varsling". Fagutvalget mener en slik funksjon langt må vei vil kunne ivaretas av Arbeidstilsynet. Med sin godt etablerte svartjeneste, sine regionale kontorer over hele landet og med sin brede fagkompetanse, samt tilsynets påbegynte arbeid med å bygge opp en forsterket servicefunksjon for varslere (hvor det allerede er bevilget 5 millioner i øremerkede midler), synes Arbeidstilsynet godt rustet til å ivareta det behovet et varslingsombud er ment å fylle.

Fagutvalget støtter heller ikke forslaget fra Varslingsutvalgets flertall om å etablere en egen tvistenemnd. Som utvalgets mindretall, mener forbundet at domstolene er best egnet til å avgjøre saker om erstatning og oppreisning på grunn av gjengjeldelse og brudd på aktivitetsplikten. Disse sakene kan reise vanskelige bevisproblemer, som domstolene gjennom umiddelbar bevisførsel er best egnet til å avgjøre. Saker om gjengjeldelse på grunn av varsling reiser dessuten viktige rettsikkerhetsbehov for varsleren, den det varsles om og virksomheten. Behovet for kontradiktorisk saksbehandling og hensynet til sakens opplysning er særlig viktig i saker om gjengjeldelse på grunn av varsling. Dette ivaretas etter fagutvalgets oppfatning best av domstolene. Fagutvalget støtter mindretallet i at domstolene legger godt til rette for rettsmekling, noe som i denne typen saker vil være et godt tilbud for å løse saken på lavt nivå. Fagutvalget ser de innvendingene som på generell basis kan reises i forbindelse med domstolsbehandling, men mener at domstolene overordnet sett er best egnet som tvisteløser i denne typen saker.

Vennlig hilsen

Curt A. Lier
president
