

ARBEIDS- OG SOSIALDEPARTEMENTET
Postboks 8019 Dep.
0030 Oslo

Også sendt på e-post til: evi@asd.dep.no

Arbeids- og inkluderingsdepar.	
Saksnr.: 200501903	Dok. nr.: 67
Arkivkode: 840.11	Dato: 23.3.06
Avd.: AMS	
Utt.	

Deres ref: 200501903-/EVI

Oslo, 22. mars 2006

Vår ref: Astrid M. Svele/ DOK-2005-03641

HØRING – FORSLAG TIL NYE REGLER OM ANSATTES YTRINGSFRIHET/ VARSLING

Det vises til Arbeids- og Sosialdepartementets høringsbrev av 23. desember 2005 med høringsfrist den 23. mars 2006. Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) gir med dette sitt hørings svar til arbeidsgruppens rapport "Ansattes ytringsfrihet", datert 21. desember 2005.

HSH er en landsomfattende arbeidsgiver- og interesseorganisasjon for over 11 000 virksomheter og organisasjoner innen handels- og servicenæringen i privat sektor. HSH representerer virksomheter og organisasjoner som har et stort spenn både i størrelse og tjenesteområde. Medlemmenes størrelser varierer fra enkeltmannsforetak til store virksomheter. Bransjeområdene omfatter alt fra helse, utdanning og kultur, til handel, dagligvare og annen tjenesteytende virksomhet.

I det følgende gir HSH sine merknader til rapporten fra arbeidsgruppen.

I Generelt

HSH er opptatt av å ivareta det grunnleggende og grunnlovfestede prinsippet om ytringsfrihet. HSH er åpen for å innta regler om ytringsfrihet og rett til varsling i arbeidsforhold, selv om vi generelt er av den oppfatning at rettsreglene forut for vedtakelsen av den nye arbeidsmiljøloven har gitt arbeidstakerne tilstrekkelig vern på dette området. Når det gjelder lovforslaget om forsvarlig fremgangsmåte ved varsling, støtter HSH lovfesting av et forsvarlighetskriterium. Det er svært viktig at lovgivningen klargjør at varsling i første omgang, om mulig, skal gjøres internt. Dette gir virksomheten anledning til å rydde opp i egne forhold, noe som igjen sikrer et godt samarbeid på arbeidsplassen.

Når det gjelder forslaget § 2-6 om vern mot gjengjeldelse for *ytringer*, konstateres det en utvidelse av virkeområdet i forhold til den tidligere vedtatte § 2-4 om gjengjeldelse for *varsling*. HSH mener departementet bør se nærmere på om det er behov for en slik utvidelse. HSH kan uansett ikke støtte forslaget i sin nåværende form. Det kan synes som om arbeidsgruppen ved det fremsatte forslaget har vært mest opptatt av å samkjøre reglene med diskrimineringsregelverket. Det kan ikke ses at det er tatt høyde for kompleksiteten og konfliktpotensialet i arbeidsforhold, og at også arbeidsgiver må gis reell mulighet til å fremskaffe dokumentasjon og å forsvare seg mot påstander om gjengjeldelse før virksomheten eventuelt pålegges erstatningsansvar. Ved å

foreta noen endringer i arbeidsgruppens forslag til bestemmelser vil disse negative virkningene kunne avhjelpest, samtidig som lovgiver kan ivareta et eventuelt behov for å få lovregulert konsekvenser av lovbrudd. HSH foreslår fire endringer;

- § 2-6 nr (1); gjengjeldelsesbegrepet erstattes med "usaklige reaksjoner"
- § 2-6 nr (2); forslaget om delt bevisbyrde utgår, slik at vanlige bevisbyrderegler gjelder
- § 2-6 nr (3); forslaget om objektivt erstatningsansvar endres til at vanlige erstatningsregler gjelder
- Det må uansett lovfestes frister for å kunne påberope seg § 2-6 som rettslig grunnlag i søksmål

II Nærmere om arbeidsgruppens forslag til lovregulering

Ansattes yringsfrihet - § 2-4

Arbeidsgruppen foreslår å lovfeste rett til yringsfrihet i arbeidsforhold. HSH er positiv til dette og konstaterer at arbeidsgruppen legger til grunn at bestemmelsen er ment å være en lovfesting av gjeldende rett. Retten til yringsfrihet i arbeidsforhold forutsetter at det foretas visse avveininger av hensyn til arbeidsforholdet og arbeidsgivers interesser (lojalitetsplikten). Det er denne *totaliteten* som utgjør yringsretten i arbeidsforhold, og som HSH kan støtte lovfesting av. HSH mener derfor at det er uheldig at retten til å ytre seg er foreslått oppdelt i to ledd.

Hvor viktig denne totaliteten er, kan illustreres med følgende eksempel hentet fra virkeligheten:

- En virksomhet mottar omfattende klager på en av sine ansatte fra sin største og viktigste kunde. I forbindelse med at arbeidsgiver søker å avdekke omfanget av klagen og de faktiske forhold, tar den ansatte direkte kontakt med kunden og uttaler seg på en graverende måte. Dette gjør at kunden sier fra til virksomheten at man ønsker å avslutte hele kundeforholdet dersom den ansatte sendes på flere kundebesøk til dem. Den ansatte har hele tiden vært klar over hvor viktig denne kunden er for arbeidsgiver. Den ansatte blir så tilbudt en annen type stilling uten kundekontakt. Dette ønsker ikke arbeidstakeren. Virksomheten har da ingen andre alternative løsninger enn å si opp vedkommende. Virksomheten er avhengig av sin største og viktigste kunde og å ta vare på opparbeidet goodwill i bransjen. Dette eksempelet illustrerer at en arbeidstakers yringer må være underlagt visse begrensninger, og gi rett til saklige og forholdsmessige reaksjoner.

Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten - § 2-5

HSH kan i hovedsak støtte forslaget om varsling i § 2-5 som er ment å lovfeste tidligere ulovfestet rett på området. HSH finner det positivt at forslaget er mer nyansert enn den vedtatte varslingsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven (aml.) § 2-4.

Også her utgjør varslingsretten i arbeidsforhold *totaliteten* av første og annet ledd. HSH viser derfor til merknadene til § 2-4 ovenfor hva gjelder at det er uheldig å dele opp bestemmelsen i to ledd.

HSH vil spesielt fremheve viktigheten av å varsle internt forut for offentlig varsling der hvor det er mulig, slik dette fremgår av annet ledd bokstav c. Ved å bruke intern varsling og å følge eventuelle retningslinjer for dette, jf. også forslaget § 3-6, legges det til rette for utvikling av en sunn virksomhetskultur med åpenhet. Det kan også fremme et inkluderende arbeidsliv. Et eksempel fra virkeligheten som illustrerer dette er:

- Det var i virksomheten svært høyt sykefravær. Virksomheten satte i gang en prosess der alle nestenulykker skulle innrapporteres, man innrapporterte til og med hvis det i gangene

sto vesker eller lignende som man kunne snuble i. Dette medførte en stund at antallet innrapporterte nestenulykker kvantitativt økte voldsomt. Det interessante var imidlertid at virksomheten etter forholdsvis kort tid registrerte at sykefraværet ble merkbart mindre, samtidig som også antallet registrerte nestenulykker sank. Dersom en av de ansatte isteden hadde gått til media med kritikk av de interne forholdene, hadde dette trolig gjort at virksomheten ble fratatt sin mulighet til å få en oversikt over og kontroll med opprydning av forholdene. En offentlig varsling hadde også trolig ført til enda flere sykemeldinger siden slike medieoppslag normalt har negativ effekt på arbeidsmiljøet.

Når det gjelder de tre hovedkriteriene som er listet opp i § 2-5 annet ledd, følger det av ordlyden at det også er andre kriterier som det kan tas hensyn til. Arbeidsgruppen har vurdert spørsmålet om man skal bruke begrepet "særlig" eller "blant annet" i annet ledd i § 2-5, og konkluderer med at man ønsker begrepet "særlig". HSH mener at "blant annet" gir et mer dekkende bilde av at det er en konkret helhetsvurdering av en rekke momenter som skal foretas, og foreslår derfor at "blant annet" erstatter "særlig" i annet ledd.

Når det gjelder forholdet mellom § 2-4 og § 2-5, legger HSH til grunn at forslagene er slik å forstå at en arbeidstaker på egne vegne fritt kan ytre seg innenfor rammene til ny § 2-4. For at en ytring skal kunne være berettiget som varsling etter § 2-5, må rammene i § 2-5 være overholdt. Dersom ytringen har funnet sted i strid med § 2-5, vil ytringen heller aldri kunne være en lojal ytring etter § 2-4. Dette vil følgelig åpne for at arbeidsgiver kan reagere med visse typer gjengjeldelse innenfor styringsretten, jf. bl.a. rapporten s. 130, siste avsnitt.

Vern mot gjengjeldelse for ytringer - § 2-6

Forbudet mot gjengjeldelse

HSH har ingen bemerkninger til at det inntas en bestemmelse for å beskytte ansatte som varsler på en forsvarlig måte. HSH mener imidlertid at arbeidsgruppens forslag går lengre enn det som er nødvendig, og også er uheldig formulert.

HSH stiller spørsmål ved behovet for at bestemmelsen både skal gjelde i ytrings- og varslingssituasjoner. Det sentrale må være å beskytte de som har varslet på en forsvarlig måte om korrupsjon og andre ulovligheter. Når det gjelder ytringer av faglig eller politisk art mener HSH at beskyttelse av slike ytringer alt er ivare tatt gjennom bl.a. forbud mot usaklig oppsigelse mv. så vel som Grunnlovens generelle ytringsfrihetsbestemmelse.

Arbeidsgruppen foreslår bruk av begrepet "gjengjeldelse" og definerer dette som "alle slags negative reaksjoner mot arbeidstakeren som iverksettes og som kan ses som en følge av og en reaksjon på arbeidstakers ytringer", jf. rapporten s. 120. I rapporten på s. 17, jf. s. 123, sies det at bevis hensyn kan tale for å avgrense gjengjeldelsesbegrepet mot en del uformelle sanksjoner, samt at det er grunn til å avgrense mot reaksjoner som ikke er en direkte negativ reaksjon på ytringen (dvs. ikke er av pønalt karakter). Som eksempel beskriver arbeidsgruppen at arbeidsgiver ved en senere anledning ikke ønsker å satse på en arbeidstaker som har uttalt seg i strid med virksomhetens kjerneverdier. Dette er en svært viktig avgrensning, fordi den er helt nødvendig for at virksomhetene fortsatt skal kunne foreta egnethetsvurderinger i arbeidsforhold. Behovet for at virksomheten må ha rom for å kunne foreta riktige kvalifikasjonsvurderinger (både faglige kvalifikasjoner og personlig egnethet), er i lovgivning og tariffavtaler ansett som helt grunnleggende og sentralt for å kunne utøve virksomhet. På denne bakgrunn mener HSH at begrepet "gjengjeldelse" bør erstattes med "usaklig reaksjon". Dette er en mer presis beskrivelse av bestemmelsens virkeområde, og vil følgelig også være mindre egnet til å være konfliktskapende og derav prosessskapende.

Delt bevisbyrde og oppreisning/objektivt erstatningsansvar

I forslaget til § 2-6 nr. 2 foreslår arbeidsgruppen en bestemmelse om delt bevisbyrde. HSH går imot å innføre dette i yrings- og varslingssituasjonene, og er av den oppfatning at vanlige bevisbyrderegler bør gjelde. Som arbeidsgruppen korrekt viser til er det i diskrimineringsloverket innført bestemmelser om delt bevisbyrde. Lovfestingen av delt bevisbyrde ble den gang begrunnet med at man var forpliktet til dette som følge av EØS-rettslige direktiver om ikke-diskriminering. Når det gjelder yringsfrihet og varsling er lovfesting ikke relatert til norske EØS-rettslige forpliktelser, og lovgiver står fritt til å opprettholde norske alminnelige bevisbyrderegler. Det er heller ikke noe tungtveiende argument at lovfesting av delt bevisbyrde på diskrimineringsområdet i seg selv er en grunn for å innføre det på ytterligere områder.

HSH vil peke på at lovfesting av delt bevisbyrde i yrings- og varslingssituasjoner i stor grad vil vanskeliggjøre virksomhetene mulighet til å oppfylle sin bevisbyrde når arbeidstaker i etterkant hevder at en beslutning eller en reaksjon skyldes ytringen eller varslingen. Det er uklart hva departementet egentlig mener en arbeidsgiver må sannsynliggjøre for å unngå å bli pålagt objektivt erstatningsansvar etter forslaget i § 2-6 tredje ledd. Det bes om at departementet klargjør hvordan man ser for seg at en virksomhet kan klare å oppfylle sin bevisbyrde, siden departementet et sted i rapporten presiserer at det må være årsakssammenheng mellom en ytring og en *risiko* for at det kan oppstå skade, og et annet sted fremhever at arbeidsgiver må sannsynliggjøre at handlingen er begrunnet i andre forhold enn ytringen, dvs. manglende årsakssammenheng (se for eksempel rapporten på hhv. s. 103 og 126). HSH ber departementet også avklare hvordan en arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at en ytring kan medføre en *risiko* for skade.

I tredje ledd i § 2-6 foreslås en bestemmelse som gir rett til oppreisning uansett arbeidsgivers skyld (objektivt erstatningsansvar). HSH går sterkt imot forslaget, og foreslår at bestemmelsen endres til at vanlige erstatningsregler gjelder. Norske myndigheter er ikke forpliktet til å innføre en slik bestemmelse på EØS-rettslig grunnlag, jf. også argumentasjonen ovenfor. Det er heller ikke relevant å vise til at man har bestemmelser om objektivt erstatningsansvar i enkelte andre bestemmelser fordi alle disse bestemmelsene følger vanlige bevisbyrderegler i norsk rett (erstatningsbestemmelsen i aml. § 15-12 nr. 2 og arbeidsgiveransvaret i skadeerstatningsloven (skl.) § 2-1. Forslaget til ny korrupsjonsbestemmelse i skl. § 1-6 har nettopp vært på høring, og er ikke vedtatt.).

Kombinasjonen av å innføre delt bevisbyrde i yrings- og varslingssaker og å lovfeste objektivt erstatningsansvar for arbeidsgiver, mener HSH bl.a. vil kunne medføre urimelige konsekvenser for arbeidsgivere, bryte med alminnelig rettsfølelse, medføre økt konfliktpotensial på arbeidsplassene, og i enkelte tilfeller til og med medføre at arbeidsgiveres rettsikkerhet blir illusorisk. Ved å innføre disse særbestemmelsene legger lovgiver til rette for at oppsigelses- og avskjedssaker ikke bare øker i antall, men også i størrelse og kompleksitet. Belastningen på øvrige ansatte som virksomheten er nødt til å føre som vitner vil også øke i omfang. Økt belastning på rettsapparatet og økte saksomkostninger må påregnes. Det er således vanskelig å se at disse lovforslagene kan virke fremmende for arbeidet med inkluderende arbeidsliv.

HSH har merket seg at det i rapporten står at "en oppsigelse som er i strid med § 2-5 vil uansett være usaklig etter § 15-7" (s. 122). HSH legger til grunn at det ikke er ment å lovfestes et utvidet oppsigelsesvern. HSH mener derfor formuleringen er uheldig. På samme måte som ved for eksempel sykdom (aml. § 15-8), må det også her være slik at en oppsigelse kan være saklig av

andre grunner enn varslingen, som for eksempel at oppsigelsen skyldes nedbemanning hvor bedriften har fulgt saklige kriterier for utvelgelse. Departementet bes klargjøre forholdet.

HSH stiller også spørsmål ved om arbeidsgruppen faktisk mener at det objektive erstatningsansvaret som foreslås i tredje ledd skal kunne komme i tillegg til den erstatningen en ansatt gis etter aml. § 15-12 annet ledd, siden denne bestemmelsen også inkluderer ikke-økonomisk erstatning og slik at det kan tas hensyn til varslingen i erstatningsutmålingen. HSH mener departementet uansett må klargjøre at så ikke er tilfelle.

Dersom departementet på tross av ovennevnte forhold fastholder forslaget om delt bevisbyrde / objektivt erstatningsansvar, er det behov for at det lovfestes frister for å kunne påberope seg yrings- og varslingsreglene i søksmål. Uten slike frister vil det bli umulig for virksomheten å sikre de eventuelle få bevismuligheter den har, og det gir heller ikke arbeidsgiver og arbeidstaker noe incitament til å ha fokus på å rette opp eventuelle kritikkverdige forhold. Derimot vil mangel på frister gi arbeidstaker en egeninteresse i å vente lengst mulig med å påberope seg forholdene for å øke sannsynligheten for at bevis forspilles eller at situasjoner glemmes. HSH minner om at denne type saker i stor grad vil være basert på vitneforklaringer. Det er et faktum at dess lengre tid som går, jo mindre husker vitner.

Plikt til å legge forholdene til rette for varsling - § 3-6

Arbeidsgruppen foreslår å lovfeste en plikt for arbeidsgiver i tilknytning til HMS-arbeidet til å utarbeide retningslinjer for varsling eller sette i verk andre tiltak, dersom forholdene i virksomheten tilsier det. HSH er positiv til et slikt forslag, jf. merknadene til § 2-5 ovenfor. HSH støtter også at det tas høyde for at arbeidsgivers plikt ikke er absolutt, men skal vurderes ut fra om forholdene i virksomheten tilsier det. Dette dynamiske preget gjør bestemmelsen anvendbar for ulike typer av virksomheter.

III Kort om arbeidsgruppens vurderinger som ikke har medført forslag om lovfesting

Veiledning, bistand og tvisteløsning

HSH er enig med arbeidsgruppen i dens vurderinger og konklusjon om at domstolene er langt bedre egnet for å håndtere saker om varsling enn Arbeidstilsynet, det nye Likestillings- og diskrimineringsombudet/Klagenemnda og den nye tvisteløsningsnemnda. HSH mener også at det å opprette et eget organ ikke vil være noen god løsning for slike tvister, nettopp fordi tvistene vil være så komplekse at rettsikkerhetshensyn gjør det nødvendig med domstolenes umiddelbare bevisføring og saksbehandlingsregler. Ikke minst må departementet ha dette klart for seg dersom det skjer en videreføring av arbeidsgruppens forslag om delt bevisbyrde og objektivt erstatningsansvar.

Anonymitetsrett

HSH er enig med arbeidsgruppen i at det ikke lovfestes en generell rett til anonymitet ved varsling, verken eksternt eller internt. Arbeidsgivere vil normalt uansett se hen til om det varslede forhold gir grunn for å skjerme vedkommende arbeidstaker i den videre oppfølging av det varslede forhold. Dersom arbeidsgiver imidlertid ikke vet hvem som har varslet, vil det bl.a. kunne være vanskelig å ta tak i det kritikkverdige forholdet, og ikke minst vil en anonymitetsrett kunne ha svært negativ innvirkning på arbeidsmiljøet. Dette har HSH fått klare tilbakemeldinger på fra medlemshold. HSH kan heller ikke se at det bør åpnes for at varsling til tilsynsmyndigheter kan skje anonymt utover det som i dag allerede følger av aml. § 18-2.

Anonymitetsproblematikken kommer særlig på spissen dersom departementet viderefører forslaget om delt bevisbyrde med tilhørende plikt til objektivt erstatningsansvar. Arbeidsgiver har da et særskilt behov for å kunne sikre bevis/dokumentasjon. Dette kan bli ytterligere problematisk dersom arbeidsgiver ikke engang vet hvem som påstår at det har skjedd/foreligger et kritikkverdig forhold, og følgelig hvilke andre ansatte som eventuelt har arbeidet sammen med varsleren og kan belyse saken fra et annet ståsted.

Vennlig hilsen

**HANDELS- OG SERVICENÆRINGENS
HOVEDORGANISASJON**

Kim Nordlie

Kim Nordlie
Direktør