

Arbeids- og sosialdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

2005/2310

200501903- /EVI

23.03.2006

HØRING - FORSLAG TIL NYE REGLER OM ANSATTES YTRINGSFRIHET/VARSLING

Det vises til høringsbrev 23. desember 2005 om forslag til nye regler om ansattes ytringsfrihet/varsling.

Rettslig sett har det i de senere år skjedd en utvikling i retning av en styrking av ytringsfriheten for offentlig ansatte, bl.a. gjennom vedtakelsen av en ny grunnlovsbestemmelse i § 100. Ombudsmannen har i flere saker de siste årene påpekt betydningen av å respektere offentlige arbeidstakers ytringsfrihet.

Arbeidstakers ytringsfrihet har sitt grunnlag i den alminnelige handlefrihet. Gjennom denne har arbeidstakere, som alle andre, i utgangspunktet en rett til å ytre seg om «statsstyrelsen og hvilken som helst annen gjenstand». Ytringsfriheten er gitt en rettslig beskyttelse mot inngrep i Grunnloven § 100 og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Arbeidstakere står imidlertid i en stilling som kan medføre at de må tåle begrensninger i ytringsfriheten, innskrenkninger som etter forholdene kan være lovlige etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 (2). Disse begrensningene i arbeidstakers ytringsfrihet kan ha ulike rettsgrunnlag, i lov, arbeidsavtaler eller i den ulovfestede lojalitetsplikt. Forholdet mellom lojalitetsplikten og ytringsfriheten har vært tatt opp i flere undersøkelser ombudsmannen har foretatt i de senere år. I praksis har det vist seg å foreligge en viss usikkerhet om hvordan avveiningen av de ulike interesser skal skje, både blant arbeidsgivere og arbeidstakere.

Jeg forstår det slik at formålet med forslagene fra arbeidsgruppen har vært å søke å bidra til å klargjøre og bedre kunnskapene om disse spørsmål hos arbeidsgivere og arbeidstakere. Med bakgrunn i ombudsmannens erfaring kan det være gode grunner til i lov å presisere arbeidstakers ytringsfrihet og deres rett til å varsle om kritikkverdige forhold i den virksomheten de arbeider i. Jeg er imidlertid noe i tvil om de foreslåtte lovbestemmelser vil bidra til den nødvendige klargjøring og vil derfor knytte noen kommentarer til utformingen av forslagene til ny arbeidsmiljølov §§ 2-4 og 2-5, se nedenfor.

Formålet med utredningen har, etter det jeg forstår, vært å styrke ansattes ytringsfrihet. Det er da nødvendig å formulere lovbestemmelsene på en måte som er egnet til å fremme den holdningsendringen som er viktig for at hensynene bak ytringsfriheten skal kunne virkeliggjøres på en effektiv måte.

Det bør overveies om det vil være bedre i samsvar med Grunnloven § 100 dersom loven formuleres slik at det er begrensningene i adgangen til å bruke sanksjoner og andre negative virkemidler som beskrives. Det er viktig å unngå at loven legger grunnlaget for en praksis som knytter vilkår til en rettmessig og samfunnsmessig god bruk av ytringsfriheten. Jeg er redd for at det foreliggende forslaget kan få uønskede og utilsiktede konsekvenser i så henseende.

En følge av forslaget er at det vil kunne skape en uberettiget engstelse for varslerne. Det vil også kunne legge en bevisbyrde eller en tvilsrisiko på varsleren. Loven bør derfor heller formuleres på en måte som klart legger bevisbyrden og tvilsrisikoen på den som vil ta i bruk sanksjoner eller annen forfølgning mot varslerne. Det er bare slike positive virkemidler som vil kunne bidra til å effektivisere beskyttelsen av varslerne. Siktemålet med loven må være å gi varslerne en bedre rettsbeskyttelse enn tilfellet er i dag. Bevisbyrderegler bør derfor også komme klarere frem i lovteksten.

Loven bør også formuleres slik at den oppfordrer domstolene til å stille klare krav til bevis for å godta begrensninger i retten til fritt å ytre seg. Det bør også vurderes om det vil være bedre å overlate til praksis å utvikle eventuelle skanker for varslingsretten. Slike skanker må i så fall fremstå som åpenbare og klart akseptable begrensninger i ytringsfriheten.

Arbeidsgruppens mandat har vært begrenset, noe som kan synes å prege de forslag som nå er lagt frem. Spesielt kan dette ha gitt seg utslag i at det ikke er foreslått regler som regulerer en arbeidsgivers adgang til å sette i verk etterforskning eller annen forfølgning med sikte på å avdekke kilden for et varsel, en varslersbeskyttelse, eller det som i svensk rett kalles meddelarskyddet. Dette er en viktig side av ytringsfriheten og en helt sentral bestanddel av den svenske ytringsfrihetsordningen. Når det nå skal fremmes forslag til endringer i arbeidsmiljøloven, bør det overveies om ikke dette viktige element i en ytringsfrihetsordning også bør vurderes gitt en plass i vår rettsorden. Da lovforslaget også tar sikte på å legge forholdene til rette for holdningsendringer, vil tilkjenning fra lovgiveren om betydningen av å avstå fra etterforskningsskritt mot mulige varselskilder være viktig.

Forslaget § 2-4

En egen lovbestemmelse som knesetter arbeidstakers ytringsfrihet kan bidra til informasjon og klargjøring, og dermed til at arbeidstakers ytringsfrihet blir reell og effektiv. Det kan imidlertid by på problemer gjennom lov å kodifisere regler som i stor grad hviler på et ulovfestet rettsgrunnlag. Det er alltid en fare for at den språklige utformingen og presiseringen i praksis vil kunne føre til en innsnevring, særlig dersom det blir reguleringen av begrensningene som fremstår som det sentrale.

Forholdet mellom arbeidstakers yringsfrihet og lojalitetsplikt beror i dag på en bredt sammensatt vurdering av en rekke kryssende hensyn, med Grunnloven § 100 og EMK art 10 som grunnlag, rettesnor og ramme. Det vil, som arbeidsgruppen er inne på, være umulig å foreta en uttømmende oppstilling av hvilke momenter som er relevante i denne vurderingen.

Paragraf 2-4 (2), har et forslag til «vurderingstema som angir begrensningene for yringsfriheten», og som er angitt «som et vilkår for utøvelsen av yringsfriheten», se rapporten side 101. Forslaget lyder:

«Ytringen skal ikke skape unødig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser».

Arbeidsgruppen skriver om bestemmelsen at den er et utgangspunkt for vurderingen, og at den «bør suppleres med en liste over de mest sentrale momentene det skal legges vekt på» og videre at det «bør i tilfelle tas utgangspunkt i det som er sentrale momenter i den ulovfestede lojalitetsplikten i forhold til ytringer», jf. rapporten side 102.

At ytringen kan skape unødig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser er oppstilt, og ment, som et «vilkår for utøvelsen av yringsfriheten», se rapporten side 101. Ombudsmannen har i flere uttalelser lagt til grunn at det er et grunnvilkår for at arbeidsgiveren skal kunne reagere mot ytringer at det i det minste foreligger en risiko for skade på arbeidsgiverens legitime interesser. Dette betyr at slik risiko for skade må foreligge for at arbeidsgiver *skal kunne* reagere mot ytringen. Men det betyr ikke at arbeidsgiveren dermed vil være *berettiget* til å reagere, dersom en slik risiko foreligger.

Den foreslåtte § 2-4 (2) vil måtte tolkes med Grunnloven § 100 som bakgrunn og rettesnor. Slik forslaget er formulert, kan det imidlertid synes som om det gjelder et forbud mot politiske og faglige ytringer som vil kunne skape unødig risiko for skade på arbeidsgiverens saklige og tungtveiende interesser, jf. «skal ikke». Etter gjeldende rett vil en ytring kunne være lovlig selv om en slik risiko for skade foreligger, så fremt hensynene bak yringsfriheten veier tyngre. Jeg tenker da også på ytringer som faller utenfor varslingsbegrepet etter forslaget § 2-5.

Forslaget § 2-4 (2) er ment å gi uttrykk for et vurderingstema. Dette betyr at spørsmålet om forholdet mellom arbeidstakers yringsfrihet og begrensningene i denne av hensyn til arbeidsgiver, fortsatt vil bero på en bredt sammensatt vurdering av en rekke relevante hensyn. Slik forslaget § 2-4 (2) språklig sett fremstår, kan det være egnet til å misforstås. Bestemmelsen kan gi inntrykk av at det er ytringen som må særskilt begrunnes, mens det følger av Grunnloven § 100 at det er begrensningene i yringsfriheten som må begrunnes. Det kan videre ha uheldige signaleffekter om det knyttes vilkår til utøvelsen av yringsfriheten. En lovregulering av hva arbeidstaker *ikke* skal ytre seg om kan bli oppfattet som vilkår for å kunne ytre seg, og i praksis vil en slik lovformulering kunne lede til og få virkninger som en forhåndssensur, noe jeg antar ikke har vært meningen med forslaget. Departementet bør derfor vurdere om det vil være bedre i samsvar med Grunnloven § 100,

om det i lovteksten i stedet blir knyttet vilkår til *innskrenkningene* i ytringsfriheten, i den forstand at det oppstilles grunnvilkår for når arbeidsgiver *skal kunne* reagere mot en ytring.

Forslaget § 2-5

Arbeidsgruppen foreslår at ytringer som representerer såkalt «varsling» reguleres i en egen bestemmelse. Arbeidsgruppen påpeker at det er et behov for å legge forholdene til rette «for at arbeidstakere melder fra om kritikkverdige forhold i virksomheten slik at disse opphører og eventuelt avdekkes for allmennheten», jf. rapporten side 104.

Det er viktig at arbeidstakers rett til å varsle fremgår klart og tydelig i loven. Også på dette punkt er jeg imidlertid noe usikker på om forslaget til lovregulering vil innebære en styrking av arbeidstakers ytringsfrihet.

Det som særpreger «varsling», er at dette som regel er ytringer som kan føre til at arbeidsgiveren får vanskeligheter, ubehag eller andre problemer som kan oppfattes som skade på arbeidsgivers interesser. Reguleringen i § 2-5 innebærer et unntak fra vilkåret i § 2-4. Tanken er vel å gi uttrykk for at begrensningene i ytringsfriheten da skal være mindre. Jeg kan imidlertid ikke se at forholdet mellom § 2-4 og § 2-5 tilstrekkelig klart fremgår av teksten.

Varslingsbegrepet er i forslaget avgrenset til å gjelde ytringer om kritikkverdige forhold, herunder kriminelle forhold og mislighold av lovbestemte plikter og påbud. Arbeidsgruppen skriver om forslaget § 2-4 (2) at «Arbeidsgiver skal med andre ord ikke kunne påberope seg § 2-4 andre ledd for å beskytte straffbare eller lovstridige forhold. Det samme må gjelde uetisk eller skadelig virksomhet». Dette er i tråd med hva som antas å være gjeldende rett. Arbeidstakers lojalitetsplikt strekker seg ikke så langt som til å måtte forholde seg taus om arbeidsgivers kritikkverdige forhold.

I parentes bemerkes at dersom slike ytringer vurderes etter forslaget § 2-4, vil arbeidsgivers begrensninger neppe heller være berettiget. Det kan bl.a. vises til at det er en forutsetning for inngrep at det foreligger en risiko for skade på arbeidsgivers *saklige* interesser.

Etter gjeldende rett må det avgjørende kriteriet for om «varsling» vil være vernet mot reaksjoner fra arbeidsgivers side, anses å være om ytringen bygger på et reelt faktisk grunnlag. Forslaget § 2-5 (2) punkt a) kan vel derfor ansees å være i overensstemmelse med gjeldende rett. Dersom varslingen om kritikkverdige forhold først bygger på et forsvarlig grunnlag, må adgangen til å varsle både aktuelle tilsynsmyndigheter, påtalemyndigheten og offentligheten være vid. Det kan endog tenkes at arbeidstakeren har en *plikt* til slik varsling. Som arbeidsgruppen fremholder, vil arbeidsgiver ikke ha noen beskyttelsesverdig interesse i å holde slike forhold skjult, og lojaliteten til samfunnet for øvrig tilsier at slike forhold kommer frem i lyset. Ombudsmannen har overfor forvaltningen understreket at den lojalitet som kreves av de offentlig tilsatte, ikke bare skal være bygget på hensyn til ledelsen av den virksomhet tjenestemannen arbeider i, men fremfor alt skal lojaliteten være rettet mot og være forankret i den befolkningen forvaltningen skal arbeide for.

Etter gjeldende rett fremstår det som tvilsomt om forslaget § 2-5 (2) punktene b) og c) beskriver forhold som gir adgang til å innskrenke arbeidstakers ytringsfrihet. Jeg kan ikke se at det vil være i tråd med Grunnloven § 100 å stille krav om at varslingen skal gjelde forhold som «har allmenn interesse» eller at det først skal varsles internt.

Angivelsen av de hensyn som det etter forslaget særlig skal tas hensyn til ved offentlig varsling, kan bli oppfattet som at adgangen til å varsle om alvorligere kritikkverdige forhold er snevrere enn det som er gjeldende rett i dag. Også her synes det som om vilkårene blir knyttet til selve ytringen, og ikke til begrensningene i ytringen. Det bør overveies om ikke en regel som uttrykkelig begrenser adgangen til å bruke sanksjoner er bedre enn en lovbestemmelse som fastslår hva en arbeidstaker har rett til. Slike formuleringer kan lett føre til antitetiske slutninger som kan gi utilsiktede og uheldige virkninger. En arbeidstaker som varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten, må ikke utsettets for tiltak som er i strid med retten til fritt å ytre seg.

Avslutningsvis finner jeg grunn til å nevne at det i dagens situasjon ikke uten videre er grunn til å stille andre eller mer lempelige krav til private virksomheter enn til offentlige virksomheter. Tvert om kan det være grunn til å fremheve at virksomheter både i offentlige og private sektor kan være av stor betydning for befolkningen og at skillet mellom offentlig og privat virksomhet derfor ikke uten videre er særlig relevant.

Arne Fliflet