

Var det Tuppen eller Lillemor som begynte?

1 Innledning

Arbeidsretten hviler på den grunnleggende interessen motsetning mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. I tillegg har reguleringen en offentligrettslig side; arbeidsforholdet vedkommer ikke bare arbeidsgiver og arbeidstaker, men også samfunnet som sådant. Det vil alltid være rom for forbedringer, men gjennomgående balanserer arbeidsmiljøloven på en god måte de til dels motstridende interessene og hensynene i arbeidslivet. Dette skyldes ikke minst trepartssamarbeidet, hvor felles overordnede mål sikrer gode kompromisser, noe som igjen forsterker reglenes legitimitet.

Men på et punkt må vi kunne si at lovgiver har sviktet. Arbeidslivet er gitt et svakt rettslig rammeverk for håndtering av konflikter på arbeidsplassen. Dette har ført til at vi har fått «jakten på hvem som har vært lumpen». Dette er neppe noe lovgiver har ønsket, men en konsekvens av utformingen og samspillet mellom to regelsett, nemlig reglene som skal sikre et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø, og varslingsreglene. Disse utilsiktede virkningene har ført til at vi har fått et tilbakeskuende perspektiv som snarere er egnet til å sementere konflikter enn å løse disse. Hvordan havnet vi her?¹

2 Fra fysisk til psykososialt arbeidsmiljø

Et forsvarlig arbeidsmiljø er en forutsetning for et velfungerende arbeidsliv og velferdssamfunn. Det er derfor både i arbeidsgivernes og arbeidstakernes interesse at dette ivaretas. Samtidig viser all erfaring at partene trenger hjelp fra det offentlige til å ivareta dette hensynet.

I Norge går tradisjonen for å lovregulere arbeidsmiljøet helt tilbake til fabrikktilsynsloven av 1892.² Loven stilte krav til det fysiske arbeidsmiljøet, begrenset adgangen til barnearbeid og opprettet kommunale fabrikktilsyn – forløperen til Arbeidstilsynet. I nesten 100 år var tilsynets hovedfokus det fysiske arbeidsmiljøet. Med arbeidsmiljøloven av 1977³ og bestemmelsen i § 12 om tilrettelegging av arbeidet gikk man et skritt videre og stilte krav om at også det psykososiale arbeidsmiljøet skulle være forsvarlig.

Vernet av arbeidstakernes psykososiale arbeidsmiljø ble suksessivt bygget ut, og midt på 1990-tallet ble det lovfestet en plikt for arbeidsgiver til å sikre de ansattes «integritet og verdighet».⁴ Ved arbeidsmiljøloven (aml.) av 17. juni 2005 nr. 6 ble reglene ytterligere

¹ Takk til gode kollegaer i Helmr og Level2 for betraktninger og perspektiv sett gjennom både advokatens og organisasjonspsykologens briller.

² Lov om tilsyn med arbeid i fabrikker m.m. av 27. juni 1892.

³ Lov 4. februar 1977 nr. 4.

⁴ Se endringslov nr. 2/1995. Den konkrete foranledningen til bestemmelsen var et ønske om en lovhjemmel som kunne begrense toppløsservering, se Innst. O. nr. 2 (1994–95) s. 18. Bestemmelsen har imidlertid et vesentlig større nedslagsfelt enn det, se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 101 (pkt. 7.3.5).

presisert og skilt ut i en egen bestemmelse – aml. § 4-3.⁵ Bestemmelsen slår i hovedsak fast at

- arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas, og
- arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering, seksuell trakassering eller annen utilbørlig opptreden.

I tillegg har vi den generelle arbeidsmiljøbestemmelsen i aml. § 4-1 (2) annet punktum som slår fast at arbeidets organisering, tilrettelegging og ledelse skal være slik at «arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige fysiske eller *psykiske* belastninger» (min utheving).

Arbeidsgiver har altså ansvaret for ikke bare å sikre det fysiske, men også det *psykososiale* arbeidsmiljøet. Gjennomgående er nok sikring av det fysiske arbeidsmiljøet mindre krevende for arbeidsgiver, ganske enkelt av den grunn at det er arbeidsgiver som velger og står for den fysiske innretningen av arbeidsplassen. I tillegg – og kanskje enda viktigere – er det psykososiale arbeidsmiljøet et resultat av samhandlingen mellom de ansatte, både overordnede, sideordnede og underordnede. Som arbeidsgiver kan du velge å installere en kappsag med deksel og dødmannsknapp; det er atskillig mer utfordrende å sørge for at Tuppen ikke er lumpen mot Lillemor, eller motsatt.

Både Tuppen og Lillemor har en plikt til å medvirke til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 2-3 og den alminnelige lojalitetsplikten, jf. Rt. 1990 s. 607. I dette ligger også at de ikke kan gjemme seg bak sin ytringsfrihet, jf. HR-2011-1314-U:

«Men også en vitenskapelig medarbeider må ta et visst hensyn ved sin opptreden overfor kolleger og andre han kommer i kontakt med i sin stilling. Han må også ha arbeidsmiljøet for øye. I de mest graverende tilfeller vil ytringsfriheten måtte vike også på en arena som dette, i den forstand at ytringer som er utilbørlige på grunn av form, tid, forum, omfang eller skadevirkninger, kan danne grunnlag for avskjed.»

Selv om arbeidstakerne har en medvirkningsplikt, er det fremdeles arbeidsgiver som har det overordnede ansvaret for at arbeidsmiljøet ut fra en «enkeltvis og samlet vurdering» er «fullt ut forsvarlig», jf. aml. § 4-1, jf. § 2-1. Denne arbeidsmiljøstandarden er en rettslig standard, jf. ordlyden i annet ledd: «Standarden for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø skal til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet.» Ambisjonsnivået er altså høyt, og det ligger nærmest i sakens natur at standarden som oftest ikke er nådd i virksomheten; man skal alltid strekke seg for å bli enda bedre.

3 Varslingsreglene

Frem til den «nye» arbeidsmiljøloven av 2005 hadde vi ingen generell regulering av arbeidstakernes rett til å varsle (whistleblowing). Riktignok var arbeidstakerne både beskyttet av ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100 og EMK art. 10, det alminnelige saklighets- og forsvarlighetskravet som Høyesterett knesatte i Kårstødommen, Rt-2001-418 (427), og kravet om at en oppsigelse fra arbeidsgivers side må ha et saklig grunnlag, jf. aml. 1977 § 60

⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 100 (pkt. 7.3.5).

og aml. 2005 § 15-7, men et eksplisitt varslervern hadde vi ikke. Ute i verden viste blant annet opprullingen av Enron-skandalen behovet for at kritikkverdige forhold avdekkes, og at varsleren beskyttes. Her hjemme fikk vi etter hvert Siemenssaken som viste at også norsk næringsliv trenger et velfungerende varslingsinstitutt.⁶

Det viste seg krevende å utforme en lovtekst som på en god måte balanserer de hensyn som gjør seg gjeldende i en varslings sak. Da den «nye» arbeidsmiljøloven trådte i kraft 1. januar 2006, var det med unntak av bestemmelsene som regulerte varslings sak. Departementet mente det var behov for videre arbeid med problemstillingen. Varslingsreglene trådte derfor først i kraft 1. januar 2007.⁷

Varslingsreglene lovfester arbeidstakerens rett til å varsle om kritikkverdige forhold, og forbyr arbeidsgiver å «gjengjelde», dvs. utsette varsleren for negativ behandling som følge av varslings sak.

Et stadig tilbakevendende problem har siden 2007 vært hva som skal anses for å være «kritikkverdige forhold» i lovens forstand (og som dermed er omfattet av varslingsreglene), og andre ytringer. Kjernen er straffbare forhold, typisk økonomisk kriminalitet og industribedriften som slipper ut miljøgifter i strid med forurensningslovgivningen. Videre finner vi brudd på etiske retningslinjer mv.

I det praktiske liv så man nokså raskt en utvikling hvor ansatte «varslet» om sitt eget arbeidsforhold, typisk at man var misfornøyd med egen arbeidssituasjon eller opplevde seg mobbet eller trakassert av en kollega. Denne tendensen har vedvart, og ikke sjelden ser man konfliktsaker eskalere til å bli en «varslings sak» hvor de som er i konflikt, «varsler på» de andre i konflikten og/eller arbeidsgivers håndtering av denne.

Samtidig synes det ikke å ha blitt enklere for de «reelle» varslerne til å si ifra om kritikkverdige forhold som korrupsjon osv. Det er neppe omstridt at varslingsreglene verken har fungert eller fungerer etter sin intensjon.

Reglene har vært gjennom en rekke revisjoner, og et større arbeid ble lagt ned av Varslingsutvalget. Dette resulterte i NOU 2018: 6. Et av temaene utvalget drøftet, var om man burde begrense muligheten for arbeidstaker til å varsle om sitt eget arbeidsforhold:

«Utvalget mener videre at det i lovteksten bør avgrenses mot 'klage som bare gjelder misnøye med arbeidstakers eget arbeidsforhold'. Utvalget peker i den forbindelse på at varslingsreglene bør beholdes de tilfeller hvor arbeidstakere sier ifra om noe som har en viss generell interesse, for eksempel at det er et problem som gjelder flere eller en gruppe arbeidstakere, eller har en viss allmenn interesse, for eksempel at det har forekommet diskriminering, mobbing eller andre lovbrudd.»⁸

⁶ Se «Dalseiderapportene», <https://www.regjeringen.no/no/dep/fd/rydde/dalseide-rapporten/id499364/>

⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 132–134 (pkt. 11.4), NOU 2004: 5 s. 449–452 (pkt. 18.5) og kgl.res. 17. juni 2005 nr. 609 om delvis ikrafttredelse av arbeidsmiljøloven punkt 6.

⁸ Prop. 74 L (2018–2019) punkt 8.2.

Utvalgets arbeid resulterte i legaldefinisjonen av «kritikkverdig forhold» som vi nå finner i arbeidsmiljøloven § 2-A -1 (2):⁹

«Med kritikkverdige forhold menes forhold som er i strid med rettsregler, skriftlige etiske retningslinjer i virksomheten eller etiske normer som det er bred tilslutning til i samfunnet, for eksempel forhold som kan innebære,

- a. fare for liv og helse
- b. fare for klima eller miljø
- c. korrupsjon eller annen økonomisk kriminalitet
- d. myndighetsmisbruk
- e. uforsvarlig arbeidsmiljø
- f. brudd på personopplysningsikkerheten.»

I tredje ledd er det presisert at forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold, ikke skal regnes som varsling *med mindre* forholdet omfattes av annet ledd. Konsekvensen av dette er at den som varslar om eget arbeidsforhold, nærmest uten videre anfører at hun har et uforsvarlig arbeidsmiljø. Reservasjonen i tredje ledd har derfor fått svært begrenset betydning.

I tillegg har Høyesterett i HR-2023-2430-A (40) tydelig nedtonet Varslingsutvalgets ide om at varslingen må ha en viss offentlig interesse:

«Nortura har anført at et minstekrav er at det kritikkverdige forholdet har en viss allmenn interesse. Ofte vil de tilfellene som faller inn under definisjonen, ha slik interesse. Men jeg kan ikke se at dette kan innfortolkes som et særskilt vilkår.»

Etter aml. § 2 A-3 (1) plikter arbeidsgiver å sørge for at varselet innen rimelig tid¹⁰ blir «tilstrekkelig undersøkt». Hva som skal til for at et varsel er «tilstrekkelig undersøkt», sier lovteksten imidlertid ikke noe nærmere om. Forarbeidene gir riktignok en viss veiledning:

«Det må således vurderes konkret i den enkelte sak hva som vil være 'tilstrekkelig' for å avklare varselet. Departementet understreker i denne sammenheng at det ikke er meningen at arbeidsgiver skal være pliktig til å gjøre grundigere undersøkelse enn hva varselet saklig sett gir grunnlag for. Dersom arbeidsgiver uten videre kan fastslå at varselet ikke krever videre oppfølging, vil en slik vurdering i seg selv kunne tilfredsstillende bestemmelsens krav.»¹¹

Og videre:

«Bestemmelsen stiller heller ikke spesifikke krav til hvilke undersøkelser arbeidsgiver må gjøre, og hva som vil være 'tilstrekkelig' undersøkelse må således vurderes

⁹ Se også HR-2023-2430-A («Nortura») avsnitt 39.

¹⁰ Prop. 74 L (2018–2019) s. 52: «Hva som skal regnes som 'rimelig tid', må vurderes konkret i det enkelte tilfellet i lys av varselets alvorlighetsgrad, hvor viktig det er med rask avklaring og hvor lang tid det praktisk vil ta å undersøke forholdet. Ressursmessige hensyn vil også kunne inngå i en slik vurdering.»

¹¹ Prop. 74 L (2018–2019) s. 36,

konkret. [...] Dersom det uten videre kan slås fast at et varsel er grunnløst, vil en slik konstatering kunne være nok.»¹²

Lovens system er at den nærmere fremgangsmåte for arbeidsgivers undersøkelse skal fastlegges i virksomhetens interne varslingsrutiner jf. aml. § 2 A-6.¹³

4 Konsekvensene av dagens regler

Ambisiøse krav til det psykososiale arbeidsmiljøet, kombinert med varslingsregler med et bredt virkeområde, men med få retningslinjer for arbeidsgivers oppfølging, har skapt en utfordrende situasjon.

Etter at det har gått surt mellom Tuppen og Lillemor, varslar Tuppen «på» Lillemor og hevder at hennes psykososiale arbeidsmiljø krenket. Arbeidsgiver blir stressa av at man har fått et «varsel». Lillemor stiller seg fullstendig uforstående til Tuppens varsel og hevder at det tvert imot er Tuppen som har vært lumpen mot henne, og at det var Tuppen som begynte.¹⁴

Da lovteksten ikke gir noen nærmere føringer om hva som er «tilstrekkelig» undersøkt, og den samvittighetsfulle arbeidsgiver er livredd for ikke å behandle varslingsaker skikkelig, setter man i gang en omfattende undersøkelse, der flere ansatte involveres og intervjues om konflikten, og hvor man graver seg ned i detaljer om relasjonen mellom Tuppen og Lillemor.

En slik omfattende prosess er problematisk og uhensiktsmessig – av mange grunner. For det første er en slik «rekonstruksjon» av faktum ressurskrevende, og som regel er resultatet i beste fall upresist. «Konklusjonene» vil ofte oppfattes som «urettferdig» eller «feil». Selv ved en domstolsbehandling hvor man virkelig er rigget for å gjøre en slik rekonstruksjon, vet vi at dette er krevende. Enda mer krevende blir det for arbeidsgiver i en utenomrettslig prosess. For det annet er slike prosesser belastende for de involverte og det øvrige arbeidsmiljøet. For det tredje er vurderingstemaene til dels skjønnsmessige, og partenes opplevelser av det som har skjedd, nødvendigvis svært subjektive.¹⁵ Noen vil garantert bli

¹² Prop. 74 L (2018–2019) s. 52, se også LB-2023-44986-4 (ikke rettskraftig).

¹³ Prop. 74 L (2018–2019) s. 34. Ikke sjelden ser man at disse rutinene legger opp til omfattende undersøkelser, uten at man åpner for nødvendige tilpasninger til den enkelte sak.

¹⁴ Hvem som har startet en konflikt, er et bevisstema som er lite egnet for domstolsbehandling. Saken HR-2011-1178-A illustrerer dette på en god måte: «Saken gjaldt om en kommune kunne omplassere en undervisningsinspektør til en tilsvarende stilling innen kommunen. Arbeidstakeren motsatte seg endringen fordi hun var knyttet til sine gamle kolleger, fikk lengre reisevei til sin nye arbeidsplass og hevdet ikke å være ansvarlig for problemene som forårsaket omplasseringen. Høyesteretts ankeutvalg kom til at kommunen ikke trengte å peke ut de som var ansvarlig for samarbeidsproblemene ved skolen og at omplasseringen var forenlig med det allmenne saklighetskrav» (Lovdatas sammendrag).

¹⁵ Denne undersøkende formen gjorde for alvor sitt inntog i norsk arbeidsliv ved Arbeidstilsynets prosjekt «Jobbing uten mobbing» midt på 00-tallet. Der ble metoden Faktaundersøkelser presentert som en relevant metode for arbeidsgiver til å håndtere påstander om mobbing etc. Metoden bygger på alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling, blant annet et grunnleggende krav til kontradiksjon samt organisasjonspsykologiske prinsipper. Metoden kan ha mye for seg, ikke minst vil den – hvis anvendt riktig – ansvarliggjøre varsleren og ivareta rettssikkerheten til *alle* involverte. En drøftelse av metodens styrker og svakheter vil falle utenfor rammen av denne artikkelen, men den interesserte leser bør være oppmerksom på at det de siste årene har løpt en tidvis nokså unyansert diskurs om metoden. Et eksempel på

skuffet. Men kanskje aller viktigst: I stedet for å konsentrere seg om å løse konflikten mellom Tuppen og Lillemor tvinges partene inn i et tilbakeskuende og granskende perspektiv. Dette perspektivet har gjerne et personfokus som handler om den ene eller andres oppførsel. Man blir så opphengt i hvem som sa hva og når, at man helt mister av syne de organisatoriske forholdene som kan være årsaken til oppførselen – og dermed konflikten. Man forsøker å behandle symptomet – altså oppførselen – mens årsaken til oppførselen ikke tas tak i. En slik tilnærming er lite egnet til å normalisere arbeidsmiljøet.

Ikke sjelden ender slike undersøkelser med at man ikke finner det sannsynliggjort at varslersens rett til et lovlig psykososialt arbeidsmiljø er krenket. Situasjonen kan være ugrei, men det er ikke et lovbrudd. Tuppen vil oppleve det som et nederlag og vil ha vanskeligheter med å akseptere arbeidsgivers konklusjon. Lillemor vil på sin side kanskje oppleve dette som en bekreftelse på at Tuppens varsel bare var «tull og tøys». Alternativt vil konklusjonen være at Tuppens rett til et lovlig psykososialt arbeidsmiljø er krenket – og hva så? Det har nå gått flere måneder, atskillige kroner til konsulenthonorarer, de interne ressurser er tynnslitte, og konflikten mellom Tuppen og Lillemor er mer fastlåst enn noensinne. Dette resulterer ofte i nedsatt arbeidskapasitet og økt korttidsfravær blant de involverte.

En slik rettsliggjøring av konflikten bidrar trolig også til å sementere den, ikke bare som følge av at tiden går uten at man tar tak i de underliggende problemene, men også fordi rettsliggjøringen gjerne skaper forventninger hos de involverte som ikke kan innfris. Den helt typiske og kanskje vanligste er varslersens forventning om ikke bare å bli sett, hørt og forstått, men også at saken skal få en merkbar konsekvens for den omvarslede, typisk en advarsel eller oppsigelse begrunnet i hvordan hun har opptrådt overfor varsleren. Dette er selvsagt et forhold utelukkende mellom arbeidsgiver og den omvarslede, hvor varsleren ikke har noen rolle eller stemme. Varslersens krav/forventning kan samtidig utvilsomt gjøre det mer krevende for arbeidsgiver å løse den underliggende konflikten.

5 Hva er alternativet?

Dagens situasjon er lite hensiktsmessig, og en lovendring er påkrevet. Det har over noe tid pågått en diskusjon i fagmiljøet om hvorvidt saker knyttet til det psykososiale arbeidsmiljøet helt bør løftes ut av varslingsreglene. Dette ville selvsagt vært effektivt med tanke på de saker som i dag behandles som varslingssaker, men som fra starten av burde vært håndtert som konfliktsaker. Samtidig vil det være krevende å begrunne at arbeidstaker ikke skal kunne varsle om en alvorlig arbeidsmiljøsituasjon. Signalene så langt er da også at en slik endring ikke vil skje.

Lovendringen i 2018–2019 illustrerer hvor utfordrende det er å skulle gi en tilstrekkelig god definisjon av «kritikkverdige forhold». En mulig løsning er at man viderefører dagens definisjon, men at man bygger ut reglene om hva som er «tilstrekkelig undersøkt». Typisk bør man i de aller fleste tilfeller kunne avslutte en varslingssak med en konklusjon om at Tuppens arbeidsmiljø i en periode ikke har vært fullt ut forsvarlig, og at man har en plikt til å gjenopprette et forsvarlig arbeidsmiljø, men uten at man går inn og forsøker å rekonstruere hva som har skjedd til ulike tidspunkt, hvorvidt man er over lovens grense for trakassering,

en kritikk av metoden, som etter undertegnades syn fremstår som tidvis unyansert, er Bitten Nordrik og Tereza Østbø Kuldova, «Hva skal vi med faktaundersøkelser», AFI, Oslo Met, FOU-RESULTAT 2021:02.

eller hvem som har opptrådt i tråd med de krav man med rimelighet kan stille, osv.¹⁶ Dette er etter min vurdering også gjeldende rett i dag, men arbeidsgiver må lete godt i lovforarbeidene for å innta en slik innstilling til undersøkelsesplikten. Lovgiver bør sørge for at lovteksten er så klar og informativ at både arbeidsgiver, verneombud, tillitsvalgte og den enkelte ansatte på fornuftig vis kan orientere seg i denne uten å måtte tilkalle «ekspert hjelp».

Videre bør man vurdere om arbeidsgivers aktivitetsplikt ikke bare til å undersøke varselet, men også plikten til å gjenopprette arbeidsmiljøet eksplisitt bør fremkomme også i varslingskapittelet. Dette kan f.eks. gjøres med en henvisning til arbeidsgivers forpliktelser til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. kap. 2. Det ideelle hadde vært en lovtekst som på elegant vis brakte saken fra et tilbakeskuende perspektiv og over i et mer klassisk HMS-spor hvor man jobber for stadig forbedring av arbeidsmiljøet. I et slikt arbeid må man evne å løfte blikket fra enkeltpersonene og se på de organisatoriske faktorene som kan ha virket inn på partenes oppførsel og dermed også delvis skapt grunnlaget for konflikten.¹⁷ Det er lite interessant å finne ut om det var Tuppen eller Lillemor som begynte; det interessante er å sørge for at de raskest mulig vil skli på kjellerlemmen sammen igjen.¹⁸

¹⁶ Dette siste er jo først og fremst relevant ved en eventuell oppsigelsessak. En varslingsak er sjelden en god inngang til slike prosesser.

¹⁷ Slike sentrale faktorer kan være rollekonflikt, rolleklarhet, mangel på klare mål, lav beslutningsmyndighet, uklare og uforutsigbare forventninger, lav kontroll over egen arbeidsutførelse, motstridende forventninger, krav og verdier og urimelige jobbkrav, se Ståle Valvatne Einarsen, Helge Hiel, Dieter Zapf og Cary L. Cooper, *Bullying and Harassment in the Workplace: Theory, Research and Practice*, CRC Press, Taylor and France Group 3rd edition, 2020.

¹⁸ Men alle vet jo at det var Tuppen som begynte.