

GJENNOMFØRING AV EUS VARSLINGS DIREKTIV (DIREKTIV 2019/1937) I NORSK RETT

Utredning fra advokatfirmaet Lund & Co DA, 28. februar 2022

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Den 23. oktober 2019 vedtok Europaparlamentet og Rådet for Den europeiske union et nytt direktiv om vern av personer som varsler om brudd på nærmere angitte deler av EU-retten, direktiv 2019/1937, heretter «varslingsdirektivet». Medlemsstatene hadde frist til 17. desember 2021 for å gjennomføre direktivet i nasjonal rett. Direktivet er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Spørsmålet om EØS-relevans og behovet for eventuelle tilpasninger er for tiden til vurdering hos Arbeids- og inkluderingsdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet.

Henvisningen til EU-retten vil, når direktivet innlemmes i EØS-avtalen, måtte leses som en henvisning til EØS-retten. I tråd med de alminnelige kravene til nasjonal gjennomføring i EØS-avtalen artikkel 7, vil henvisningen i praksis forstås som nasjonalt regelverk som gjennomfører en EØS-forpliktelse.

I EU har det ikke tidligere vært harmoniserte regler om varsling. Direktivets formål er å styrke håndhevelsen av EU-retten ved å verne personer som varsler om brudd på særskilt angitt EU-rett. Det er i direktivets fortale vist til at lovgivningen om varsling i EU er fragmentert og at varslere ikke har et tilstrekkelig vern mot gjengjeldelse. Dette vil kunne avskrekke potensielle varslere fra å stå frem med ulovlige eller kritikkverdige forhold, i frykt for represalier. Effektiv beskyttelse av varslere er derfor et virkemiddel for å sikre at EU-retten håndheves effektivt.

Direktivet innebærer blant annet at det skal etableres varslingsordninger ved en rekke private og offentlige virksomheter, samt utpekes eksterne kompetente myndigheter for å ta imot og håndtere varsler om overtredelser av EU-lovgivning på utpekte områder, herunder anskaffelsesrett, finansielle tjenesteytelser, transportsikkerhet, miljøvern og

forbrukerbeskyttelse. Direktivet inneholder en rekke minstekrav til etableringen av slike ordninger og til håndteringen av varslere. Videre inneholder direktivet omfattende bestemmelser om vern av varslere, herunder et forbud mot represalier i enhver form.

1.2 Mandat og fremgangsmåte

Arbeids- og inkluderingsdepartementet ga 2. juli 2021 Advokatfirmaet Lund & Co i oppdrag å utrede EUs varslingsdirektiv. Det ble angitt at utredningen blant annet skulle analysere direktivet og hvilke forpliktelser som fulgte av dette. Videre skulle utredningen analysere forholdet mellom direktivet og gjeldende norske regler, herunder vurdere om det er behov for endringer i norske regler om varsling, samt hvilke endringer som i så fall er nødvendige. Utredningen skulle også inneholde forslag til lov- og forskriftsendringer. Kunnskapsbehovet ble beskrevet slik:

«Utredningen skal analysere direktivet og hvilke forpliktelser som følger av dette. Enkelte av rettsaktene som det vises til i artikkel 2 om direktivets virkeområde, er ikke innlemmet i EØS-avtalen. I utredningen skal det vurderes hvilken betydning dette får ved (eventuell) gjennomføring av direktivet i norsk rett. Utredningen skal også vurdere forholdet mellom direktivet og varslingsregler i andre EØS-rettsakter som Norge har gjennomført.

Direktivet er et minimumsdirektiv. Det vil si at medlemsstatene kan ha regler som gir bedre beskyttelse for varslere enn det som følger av direktivet. I fortalen vises det også til at medlemsstatene kan utvide anvendelsen av nasjonale bestemmelser til andre områder for å sikre en "omfattende og sammenhengende ramme" for beskyttelse av varslere.

Utredningen skal analysere forholdet mellom direktivet og gjeldende norske regler, herunder vurdere om det er behov for endringer i norske regler om varsling samt hvilke endringer som i så fall er nødvendige. Utredningen skal også redegjøre for ulike handlingsalternativer der det er aktuelt. Utredningen skal vurdere hva som kan være hensiktsmessige håndhevingsmekanismer for etterlevelse av direktivet.

Utredningen skal vurdere om det bør utformes en egen, generell lov om varsling, eller om nødvendige endringer bør tas inn i gjeldende sektorregelverk. Utredningen skal inneholde forslag til lov- og forskriftsendringer eller eventuelt forslag til ny lov og forskrift. Utrederen skal vurdere hva som vil være den mest hensiktsmessige regelverksstrukturen. ...

Utredningen skal se hen til og beskrive, der dette er relevant, den planlagte gjennomføringen av direktivet i dansk og svensk rett.»

1.3 Kort om forslaget

Advokatfirmaet Lund & Co foreslår at EUs varslingsdirektiv gjennomføres gjennom en egen lov om EØS-varslings, supplert med forskrifter på enkelte punkter. Den løsning som foreslås er ment å sikre en lojal gjennomføring av forpliktelsene etter direktivet, samtidig som sentrale prinsipper i norsk lovgivningstradisjon overholdes. Vi tar til orde for direktivnære gjennomføringsbestemmelser, som bidrar til at varslingsreglene ikke rekker videre enn det vi er forpliktet til etter varslingsdirektivet. Forslaget innebærer i all hovedsak en minimumsgjennomføring av direktivets regler.

2 Gjeldende rett og behov for lovendringer

2.1 Innledning

Ansattes ytringsfrihet er beskyttet av de alminneligere reglene om ytringsfrihet nedfelt i Grunnloven § 100, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 19. Det klare utgangspunktet er at ansatte har samme ytringsfrihetsvern som alle andre borgere. Det innebærer at de i utgangspunktet har rett til å uttale seg kritisk om forhold på arbeidsplassen.¹ Ansattes rett til varslings om kritikkverdige forhold er særlig regulert i arbeidsmiljøloven. Faglige og politiske ytringer faller derimot utenfor arbeidsmiljølovens regulering, og må dermed vurderes opp mot ansattes alminnelige ytringsfrihet.

Arbeidsmiljøloven av 1977 hadde ingen særskilte regler om varslings. Under arbeidet med ny arbeidsmiljølov foreslo Arbeidslivslovutvalget en særskilt bestemmelse om forbud mot gjengjeldelse overfor arbeidstakere som «på lojal måte informerer om kritikkverdige forhold i virksomheten», jf. NOU 2004:5 s. 539. Forslaget ble fulgt opp i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), men Kommunalkomiteen fant det viktig å få slått fast at arbeidstakere har en rett til å varsle.²

¹ Se NOU 2018:6 s. 42-45 med videre henvisninger.

² Innst. O. nr. 100 (2004-2005) pkt. 11.2.

Ved kgl.res. 17. juni 2005 om arbeidsmiljølovens ikrafttredelse ble det derfor bestemt at ikrafttredelsen av bestemmelsen om varsling skulle utsettes. Forslag til ny bestemmelse ble fremmet i Ot.prp. nr. 84 (2005-2006), og et flertall i komiteen fulgte departementets forslag.³ I arbeidsmiljøloven 2005 ble det dermed inntatt en ny § 2-4, som i første ledd knesatte prinsippet om at arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold, og i andre ledd nedfelte forbudet mot gjengjeldelse ved varsling.

Ved endringslov 16. juni 2017 ble det inntatt et nytt kapittel 2 A om varsling i arbeidsmiljøloven, og tidligere § 2-4 ble opphevet. Samtidig ble det inntatt et nytt punkt i lovens formålsbestemmelse, om at loven skal «legge til rette for et godt ytringsklima i virksomheten», jf. § 1-1- bokstav c. Ved endringslov 21. juni 2019 nr. 24 ble det gjort enkelte endringer i varslingsreglene.

2.2 Hvem som er omfattet av arbeidsmiljølovens varslingsregler

Arbeidsmiljøloven regulerer «arbeidstakers» rett til å varsle. Tidligere var det uklart om innleide også var omfattet av arbeidsmiljølovens varslingsregler. Ved endringslov 16. juni 2017 nr. 42 ble det presisert i § 2 A-1 første ledd at også innleide har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i den virksomhet de er innleid til. Ved endringslov 21. juni 2019 ble personkretsen ytterligere utvidet, slik at det nå følger av § 1-6 første ledd at en rekke persongrupper som ikke er arbeidstakere i lovens forstand likevel skal anses som arbeidstakere i relasjon til varslingsreglene i kapittel 2 A. Varslingsreglene gjelder for de nevnte persongrupper når de utfører arbeid i virksomheter som faller inn under arbeidsmiljøloven. Det er presisert i forarbeidene at varslingsreglene bare gjelder forhold som avdekkes i tilknytning til det arbeid som utføres.⁴

Personer som ikke kan regnes som arbeidstakere, og heller ikke er omfattet av aml. § 1-6, slik som ansatte hos underleverandører, oppdragstakere og arbeidssøkere, nyter ikke godt av det vern som gis i aml. kapittel 2 A. De har likevel rett til å ytre seg om kritikkverdige forhold

³ Jf. Innst. O nr. 6 (2006-2007).

⁴ Prop. 74 L (2018-2019) s. 23.

innenfor rammene av Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 og SP artikkel 19 som verner den alminnelige ytringsfriheten.

2.3 Retten til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten

Arbeidstaker har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet», jf. aml. § 2 A-1 første ledd. Loven stiller ikke noe formkrav til varselet. Varsler kan fremsettes muntlig eller skriftlig, og loven er ikke til hinder for anonym varsling. Retten til å varsle gjelder både intern og ekstern varsling.

Varslingsretten knytter seg til «kritikkverdige forhold», og er ment å favne vidt. I § 2 A-1 andre ledd er kritikkverdige forhold definert som «forhold som er i strid med rettsregler, skriftlige etiske retningslinjer i virksomheten eller etiske normer som det er bred tilslutning til i samfunnet». I § 2 A-1 andre ledd bokstav a til f angis eksempler på kritikkverdige forhold. Det kan være tale om forhold som kan innebære fare for liv eller helse, fare for klima eller miljø, korrupsjon eller annen økonomisk kriminalitet, myndighetsmisbruk, uforsvarlig arbeidsmiljø og brudd på personopplysningssikkerheten. Listen er ikke ment å være uttømmende.

De kritikkverdige forholdene må knytte seg til «arbeidsgivers virksomhet». Dette vil som utgangspunkt innebære at ansattes rent private forhold, eksempelvis private konflikter eller uetiske eller ulovlige forhold som ikke har tilknytning til virksomheten, faller utenfor varslingsretten. Etter aml. § 2 A-1 tredje ledd anses ytringer som kun gjelder arbeidstakers eget forhold ikke som varsling, med mindre ytringen gjelder «kritikkverdige forhold» slik dette er definert i § 2 A-1 andre ledd.

Retten til varsling og vernet mot gjengjeldelse forutsetter ikke at det rent faktisk viser seg å foreligge et kritikkverdig forhold som anført. Dersom arbeidstaker har varslet i samsvar med arbeidsmiljølovens regler, har det ingen betydning at arbeidstaker i etterkant viste seg å ta feil.⁵

⁵ Prop. 74 L (2018-2019) s. 51.

2.4 Fremgangsmåten ved varsling

Arbeidstaker kan alltid varsle internt, jf. aml. § 2 A-2 første ledd. Med intern varsling siktes det til varsling til arbeidsgiver eller representant for arbeidsgiver, varsling i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling, i samsvar med varslingsplikt eller varsling via verneombud, tillitsvalgt eller advokat, jf. § 2 A-2 første ledd bokstav a til d. Dersom virksomheten har en ordning hvor varsel skal inngis til en tredjepart, eksempelvis en advokat, vil dette også være å anse som intern varsling.⁶

Arbeidstaker har alltid rett til å varsle til offentlige tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter, jf. § 2 A-2 andre ledd.

Mens intern varsling og varsling til offentlig myndighet alltid vil være lovlig, gjelder det særlige krav ved ekstern varsling til media eller offentligheten. Det første vilkåret er at varsler må være i aktsom god tro om innholdet av varselet. Kravet om aktsom god tro er utdypet slik i Prop. 74 L (2018-2019) s. 33:

«Vilkåret har som formål å hindre at arbeidstaker går ut med grunnløse eller svakt funderte påstander. Aktsomhetskravet relaterer seg 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 om forholdene er lovstridige. Det vil ikke være avgjørende om arbeidstaker i etterkant viser seg å ta feil. Det avgjørende vil være hva arbeidstaker hadde rimelig grunn til å tro ut fra sin posisjon og kompetanse og med 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.»

Det andre vilkåret som må være oppfylt før varsler kan gå til media eller offentligheten, er at varselet må gjelde kritikkverdige forhold av allmenn interesse. Vilkåret kan være oppfylt

⁶ NOU 2018:6 s. 48.

dersom varselet knytter seg til kriminelle forhold, opplysninger av betydning for allmennhetens kontroll med offentlig forvaltning eller kvaliteten på varer og tjenester.⁷

Det tredje og siste vilkåret er at arbeidstaker først må ha varslet internt eller ha grunn til å tro at intern varsling ikke vil være hensiktsmessig, jf. § 2 A-2 tredje ledd. Dette kan være tilfellet dersom opplysningene gjelder straffbare eller andre alvorlige forhold. Det samme gjelder dersom arbeidstaker har grunn til å tro at intern varsling faktisk vil medføre gjengjeldelse, eller det kan være behov for å handle raskt, eksempelvis på grunn av fare for bevisforspillelse eller fare for liv eller helse.⁸

Arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med §§ 2 A-1 og 2 A-2.

2.5 Arbeidsgivers aktivitets- og omsorgsplikt ved varsling

Arbeidsgiver har en aktivitetsplikt når det er varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten, jf. aml. § 2 A-3. Aktivitetsplikten knytter seg både til selve varselet og til den som varsler.

Arbeidsgiver må innen rimelig tid og i tilstrekkelig grad undersøke varselet. Hva som skal regnes som «rimelig tid» må vurderes i lys av varselets alvorlighetsgrad, hvor viktig det er med rask avklaring og hvor lang tid det vil ta å undersøke forholdet. Ressursmessige hensyn vil også kunne inngå i en slik vurdering. Bestemmelsen stiller ikke spesifikke krav til hvilke undersøkelser arbeidsgiver må foreta, og hva som vil være «tilstrekkelig» må derfor vurderes konkret. Arbeidsgiver vil ikke ha plikt til å foreta grundigere undersøkelser enn hva varselet saklig sett gir grunnlag for.⁹

Arbeidsgiver plikter å påse at arbeidsmiljølovens krav til fullt forsvarlig arbeidsmiljø blir ivarettatt for varsleren. Dersom det er nødvendig, skal arbeidsgiveren i tillegg iverksette tiltak for å forebygge gjengjeldelse mot varsleren.

⁷ Se Prop. 74 (2018-2019) s. 33.

⁸ Prop. 74 L (2018-2019) s. 52.

⁹ Prop. 74 L (2018-2019) s. 52.

Arbeidsgiver har en omsorgsplikt både overfor varsler og den varselet gjelder. Omsorgsplikten kommer til uttrykk i mange av arbeidsmiljølovens verneregler, men plikten er også å anse som et ulovfestet alminnelig prinsipp som favner videre enn de spesifikke pliktene nedfelt i lovgivningen.¹⁰ Arbeidsgivers omsorgsplikt vil utgjøre et selvstendig grunnlag for å ivareta den som har varslet, og samtidig en forpliktelse til å ta hensyn til en arbeidstaker som har fått mistanke rettet mot seg.

2.6 Forbudet mot gjengjeldelse ved varsling

Arbeidsmiljøloven § 2 A-4 første ledd forbyr gjengjeldelse overfor en arbeidstaker som har varslet i samsvar med §§ 2 A-1 og 2 A-2. For innleid arbeidstaker gjelder forbudet både overfor arbeidsgiver og innleier.

Forbudet mot gjengjeldelse omfatter enhver ugunstig behandling, praksis eller unnlattelse som følge av eller som reaksjon på at arbeidstaker har varslet, jf. § 2 A-4 andre ledd. I bokstavene a til c er det tatt inn typiske eksempler på hva som vil kunne være gjengjeldelse etter varsling. Her nevnes særskilt trusler, trakassering, usaklig forskjellsbehandling, sosial ekskludering eller annen utilbørlig opptreden; advarsel, endring i arbeidsoppgaver, omplassering eller degradering samt suspensjon, oppsigelse, avskjed eller ordenstraff. Oppstillingen er ikke uttømmende.

Forbudet mot gjengjeldelse er begrenset til reaksjoner som er en følge av eller reaksjon på varslingen. Det kreves altså årsakssammenheng mellom varslingen og gjengjeldelsen.

Forbudet mot gjengjeldelse er ikke til hinder for at arbeidsgiver korrigerer eller på annen måte saklig imøtegår opplysninger eller synspunkter som arbeidstaker har gjort gjeldende, så lenge atferden ikke har karakter av trakassering eller annen form for gjengjeldelse.¹¹

Varsling i strid med aml. §§ 2 A-1 og 2 A-2 omfattes ikke av gjengjeldelsesforbudet. Reaksjoner overfor arbeidstaker må i slike tilfeller bedømmes opp mot de alminnelige reglene om arbeidsgivers styringsrett, stillingsvernreglene og de begrensninger som følger av

¹⁰ Se NOU 2018:6 s. 62.

¹¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

andre lovbestemmelser, slik som krav til det psykososiale miljøet på arbeidsplassen, jf. aml. § 4-3.

2.7 Sanksjoner ved overtredelse av forbudet mot gjengjeldelse

Ved brudd på forbudet mot gjengjeldelse, kan arbeidstaker kreve oppreisning og erstatning på objektivt grunnlag, jf. aml. § 2 A-5 første ledd. Oppreisningen skal fastsettes til det som er rimelig ut fra partenes forhold, gjengjeldelsens art og alvorlighetsgrad og omstendighetene for øvrig, mens erstatningen skal dekke økonomisk tap som følge av gjengjeldelsen, jf. andre ledd.

Ved endringslov 18. juni 2021 nr. 93 ble Diskrimineringsnemnda gitt myndighet til å avgjøre tvister om brudd på forbudet mot gjengjeldelse etter aml. § 2 A-4 og fastsette erstatning og oppreisning, med unntak av saker om oppsigelse eller avskjed, jf. aml. § 2 A-8. Endringsloven trådte i kraft 1. juli 2021.

Overtredelse av forbudet mot gjengjeldelse er også belagt med straff, jf. aml. § 19-1.

2.8 Plikt til å utarbeide rutiner ved varsling

Virksomheter som jevnlig sysselsetter minst fem arbeidstakere plikter å ha rutiner for intern varsling. Også virksomheter med færre ansatte skal ha slike rutiner dersom forholdene i virksomheten tilsier det, jf. aml. § 2 A-6. Rutinene skal utarbeides i tilknytning til virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte, jf. § 2 A-6 andre ledd.

Retten til å varsle er ufravikelig, og i aml. § 2 A-6 tredje ledd er det presisert at varslingsrutinene ikke kan formuleres på en slik måte at de begrenser muligheten til å varsle.

Varslingsrutinene skal være skriftlige og minst inneholde en oppfordring til å varsle om kritikkverdige forhold, fremgangsmåten for varsling og fremgangsmåten for arbeidsgivers saksbehandling ved mottak, behandling og oppfølging av varsler, jf. aml. § 2 A-6 fjerde ledd. Arbeidsgiver skal sørge for at rutinene er lett tilgjengelig for alle arbeidstakere i virksomheten, også for innleide arbeidstakere, jf. bestemmelsens femte ledd. Det kreves ikke at arbeidsgiver sender rutinene ut til alle ansatte, det avgjørende er at de ansatte ved behov

enkelt kan finne frem til disse. Rutinene kan derfor inntas i personalreglementet, legges ut på virksomhetens nettsider eller lignende.

2.9 Taushetsplikt ved ekstern varsling til offentlig myndighet

Når tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter mottar varsel om kritikkverdige forhold, plikter de å hindre at andre får kjennskap til arbeidstakerens navn eller andre identifiserende opplysninger, jf. aml. § 2 A-7. Bestemmelsen gjelder ikke ved intern varsling fra ansatte hos den aktuelle myndigheten.¹²

Taushetsplikten gjelder overfor sakens parter og deres representanter og går foran reglene om partsinnsyn i forvaltningsloven § 18. Den som varslar kan likevel samtykke til at taushetsplikten oppheves, jf. forvaltningsloven § 13, jf. § 13 a. For å sikre en reell beskyttelse av varslers identitet, omfatter taushetsplikten både navn og andre identifiserende opplysninger som kan lede til at arbeidstakerens identitet avsløres.

Taushetsplikten gjelder bare under den forvaltningsmessige behandlingen av saken, og er dermed ikke til hinder for at varslers identitet blir kjent i forbindelse med en senere straffesak eller sivil sak for domstolene.¹³ Spørsmålet om taushetsplikt vil i slike tilfeller måtte avgjøres etter reglene i prosesslovgivningen. I sivile saker tillates ikke anonyme vitner, se for eksempel HR-2015-1452-U.

2.10 Tilsyn med arbeidsmiljølovens varslingsregler

Retten til å varsle og vernet mot gjengjeldelse er ikke underlagt Arbeidstilsynets påleggs- og vedtakskompetanse. Det innebærer at tilsynets kompetanse når det gjelder disse reglene er begrenset til veiledning, om for eksempel om framgangsmåte ved varsling, saksbehandling og håndtering av varsel.¹⁴

Arbeidstilsynet går ikke inn i konkrete saker og har ikke myndighet til å vurdere om arbeidstakere er utsatt for gjengjeldelse og kan ikke vurdere skyldspørsmål eller

¹² Prop. 72 L (2016-2017) s. 36 og Prop. 74 L (2018-2019) s. 54.

¹³ Prop. 72 L (2016-2017) s. 36.

¹⁴ Se NOU 2018:6 s. 56-57 om aktuelle veiledningstiltak i varslingssaker.

erstatningskrav i slike saker. Det er det Diskrimineringsnemnda eller domstolene som må avgjøre.

Plikten til å utarbeide interne varslingsrutiner faller inn under Arbeidstilsynets tilsyns- og påleggskompetanse, jf. aml. §§ 18-1 og 18-6. Arbeidstilsynet vil i forbindelse med tilsyn kunne gi pålegg om å utarbeide rutiner. Arbeidstilsynet kan også kontrollere at innholdet i rutinene er i tråd med de minimumskravene som følger av loven, samt at arbeidstakerne og deres tillitsvalgte har vært involvert ved utarbeidelsen av rutinene.

Arbeidstilsynet mottar varsel fra arbeidstakere om kritikkverdige forhold de mener er i strid med arbeidsmiljøloven og annet regelverk.¹⁵ Tilsynet kan gi reaksjoner som pålegg, stans, overtredelsesgebyr eller inngi anmeldelse når forholdet tilsier det. Dersom varselet gjelder brudd på andre myndigheters regelverk, blir varsleren henvist til riktig instans.

Arbeidstilsynet har en særlig plikt til å holde melders navn og andre identifiserende opplysninger hemmelig ved melding om forhold i strid med loven, jf. aml. § 18-2. Taushetsplikten gjelder i varslingsaker også overfor den det varsles om, som ofte vil være vedkommendes egen arbeidsgiver. Formålet med bestemmelsen om taushetsplikt er å sikre at arbeidstakere og andre uten frykt for represalier skal kunne melde fra om lovstridige forhold til Arbeidstilsynet. Bestemmelsene går foran reglene om partsoffentlighet i forvaltningsloven. Både den som varsler og den som er omtalt i varselet og oppfølging av varsel vil for øvrig ha rettigheter etter personvernreglene.¹⁶

Etter ordlyden i aml. § 18-2 gjelder taushetsplikten forhold som er i strid med loven. Formålet om å sikre vern mot represalier tilsier at plikten gjelder selv om det skulle vise seg at det anmeldte forholdet faktisk ikke er lovstridig.¹⁷ På samme måte som § 2 A-7 gjelder taushetsplikten bare under den forvaltningsmessige behandlingen av saken.

¹⁵ Arbeidstilsynet mottok i 2021 over 8500 tips, av disse utgjorde ca. 3000 varsel om kritikkverdige forhold fra arbeidstakere.

¹⁶ De nærmere punkt 11 nedenfor.

¹⁷ Jf. NOU 2018:6 s. 57.

2.11 Behov for lovendringer

Varslingsdirektivet skiller seg på flere måter fra de reglene om varsling som i dag finnes i arbeidsmiljøloven, blant annet knyttet til personkrets, forhold det kan varsles om og krav til prosedyrer. Varslingsdirektivets personelle virkeområde går utover de tradisjonelle «whistleblowers», og inkluderer også personer som i litteraturen omtales som «bell ringers».¹⁸ Sistnevnte gruppe karakteriseres av en fjernere tilknytning til virksomheten. Også de forhold det kan varsles om er ulikt regulert i arbeidsmiljøloven og i direktivet. Varslingsretten i arbeidsmiljøloven knytter seg til «kritikkverdige forhold» generelt. Direktivet gjelder derimot brudd på nærmere angitte deler av EU-retten. Det er imidlertid ikke noe vilkår at overtredelsen allerede er begått på tidspunktet varselet fremsettes, det kan også varsles om overtredelser som med stor sannsynlighet vil finne sted. Videre er det ikke noe vilkår at det er tale om regelbrudd, det er tilstrekkelig at de handlinger eller unnlatelser det varsles om gjør det mulig å omgå formålet med reglene i de nevnte EU-rettsakter og områder. Varslingsdirektivet inneholder til dels detaljerte regler om krav til opprettelse av interne og eksterne varslingskanaler og hvordan disse skal utformes og hvordan varsler skal mottas og håndteres. På bakgrunn av forskjellene mellom dagens regulering av varsling og direktivets bestemmelser er det påkrevd med lov- og forskriftsendringer.

3 Gjennomføring av varslingsdirektivet i Danmark og Sverige

3.1 Gjennomføringen i Danmark

3.1.1 Rettstilstanden før gjennomføringen av varslingsdirektivet

Før gjennomføringen av varslingsdirektivet fantes det ikke noe sammenhengende vern for varslere i dansk rett. Varslere hadde som andre borgere som ytrer seg vern etter reglene om ytringsfrihet i den danske grunnloven § 77 og EMK artikkel 10. Arbeidstakere hadde videre vern etter alminnelige regler om stillingsvern i lov eller tariffavtale. Utover det fantes det enkelte bestemmelser i sektorlovgivningen som beskyttet varslere på spesifikke områder,

¹⁸ Se for eksempel Miceli, Dreyfus og Near, *Outsider 'whistleblowers': Conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing' behavior*, i Brown m.fl. *International Handbook on Whistleblowing Research* (Edward Elgar 2014) s. 71 flg.

eksempelvis innenfor finansielle tjenester, forebygging av hvitvasking og terrorfinansiering, transportsikkerhet, miljøvern mv. Disse varslingsreglene var dels ment å gjennomføre EU-rettslige forpliktelser.¹⁹

3.1.2 Gjennomføringen av varslingsdirektivet i dansk rett

I dansk rett er varslingsdirektivet gjennomført ved Lov om beskyttelse af whistleblowere vedtatt 24. juni 2021. Loven trådte i kraft 17. desember 2021, med unntak av lovens kapittel 3. Kapitlet, som gjelder arbeidsgivere i privat sektor med 50-249 ansatte trer først i kraft 17. desember 2023. Lovens regler for ikrafttredelse faller sammen med direktivets implementeringsfrister.

3.1.3 Lovens materielle virkeområde

Loven er ikke begrenset til å gjelde overtredelser av de EU-rettsaktene som er omfattet av direktivet, men omfatter også varsler om alvorlige overtredelser av øvrige deler av EU-retten og dansk rett, samt andre alvorlige forhold. I forarbeidene er det vist til at en avgrensning i tråd med direktivets anvendelsesområde kunne gjøre det vanskelig for varsler og varslingskanalene å vurdere om et varsel var omfattet av loven. Det ble også vist til at en slik minimumsløsning kunne medføre at relevante varsler om alvorlige forhold ikke ble meldt inn, og dermed ikke avdekket.²⁰ Kriteriene «alvorlige» lovovertridelser og «alvorlige» forhold, innebærer at de forhold det varsles om normalt må være i offentlighetens interesse. Opplysninger om straffbare forhold, grove eller gjentatte overtredelser av lovgivningen eller alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper vil normalt være omfattet. Motsatt vil varsler om eget ansettelsesforhold eller interne retningslinjer i virksomheten som utgangspunktet falle utenfor lovens anvendelsesområde.²¹

I medhold av direktivets artikkel 3 nr. 1-3, er det gjort unntak fra loven for varsling om informasjon knyttet til klassifisert sikkerhetsinformasjon, opplysninger omfattet av advokaters og helsepersonells taushetsplikt, opplysninger om rettens rådslagning og stemmegivning og saker innenfor strafferettspleien.

¹⁹ Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 s. 9-11.

²⁰ Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 pkt. 3.2.1.2.

²¹ Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 pkt. 3.2.1.2.

3.1.4 Lovens personelle virkeområde, betingelser for vern og vernets innhold

Den beskyttede personkretsen i loven og betingelsene for vern er ment å speile direktivets regler. Det samme gjelder reglene om vernets innhold, slik som forbudet mot gjengjeldelse og taushetsplikt om varslers identitet.²²

3.1.5 Varslingskanaler

Alle juridiske enheter i offentlig og privat sektor med 50 eller flere ansatte er etter gjennomføringsloven forpliktet til å etablere interne varslingskanaler. Justisministeren kan etter en konkret risikovurdering og etter forhandling med relevant minister bestemme at også arbeidsgivere med færre enn 50 ansatte skal være forpliktet til å ha interne varslingskanaler. Det er ikke gjort unntak for kommuner med færre enn 10 000 innbyggere slik direktivet åpner for. Det er vist til at de administrative og økonomiske byrdene for mindre kommuner lettes av adgangen til å opprette felles interne varslingskanaler. Også virksomheter i privat sektor med 50-249 ansatte er gitt mulighet til å opprette felles interne varslingskanaler og prosedyrer.

I den danske gjennomføringsloven er arbeidsgivere ikke forpliktet til å motta og behandle anonyme varsler. Det er imidlertid adgang til å varsle anonymt til eksterne varslingskanaler.²³

Det danske Datatilsynet skal etablere en uavhengig og ekstern varslingskanal til mottakelse og behandling av varsler. Den eksterne varslingsordningen skal etableres i Datatilsynets sekretariat, og ordningen omfatter varsler på alle sektorer med unntak av etterretningstjenestene. Eksterne og interne varslingskanaler som allerede er etablert for å gjennomføre mer vidtgående forpliktelser etter andre EU-rettsakter er imidlertid opprettholdt.²⁴

3.1.1 Behandling av personopplysninger

Den danske loven er ment å samsvare med direktivets regler om personvern. Det er ikke tatt inn egne regler for å begrense berørte personers rettigheter etter GDPR, slik medlemsstatene oppfordres til i varslingsdirektivets fortale avsnitt 84. I forarbeidene ble det vist til at det ikke

²² Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 pkt. 3.2.3.1 og 3.2.3.2.

²³ Bekendtgørelse om krav til eksterne whistleblowerordninger 13. desember 2021 § 1 nr. 6.

²⁴ Se nærmere Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 pkt. 3.1.2.

var behov for å innta en slik begrensning, ettersom det finnes tilstrekkelige hjemler for å beskytte varsleres identitet i gjeldende regelverk.

3.1.2 Rettsfølger og sanksjoner

Den som forsettlig eller grovt uaktsomt bryter lovens regler om taushetsplikt, kan ilegges bøtestraff. Den som bevisst har gitt uriktige opplysninger i et varsel kan, foruten sivilrettslige sanksjoner, ilegges bøtestraff. Videre kan straffebestemmelser i den danske straffeloven komme til anvendelse, blant annet lovens § 267 om ærekrenkelse.

3.2 Gjennomføringen i Sverige

3.2.1 Rettstilstanden i svensk rett før gjennomføringen av varslingsdirektivet

Arbeidstakere eller andre som varsler er vernet av reglene om ytringsfrihet i EMK artikkel 10, regeringsformen §§ 20-23, tryckfrihetsförordningen (1949:105) og yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469). Både tryckfrihetsförordningen § 6 og yttrandefrihetsgrundlagen § 6 fastsetter et gjengjeldelsesforbud for offentlige myndigheter mot den som benytter sin ytringsfrihet. En arbeidstaker som varsler har i tillegg vern gjennom generelle arbeidsrettslige regler, som anställningsskyddslagens regler om usaklig oppsigelse. Det fantes tidligere en egen visseblåsarlag som trådte i kraft 1. januar 2017. Loven ga et særskilt vern for arbeidstakere som varslet om «allvarliga missförhållanden», og inneholdt bestemmelser om adgang til intern eller ekstern varsling, omvendt bevisbyrde, forbud mot gjengjeldelse og erstatning ved brudd på forbudet. Forbud mot gjengjeldelse finnes også i diskrimineringslagen (2008:567), som blant annet fastslår at arbeidsgivere ikke kan utsette arbeidstakere for gjengjeldelse som følge av at arbeidstaker har rapportert eller påpekt at arbeidsgiver har handlet i strid med loven. Videre er det enkelte varslingsbestemmelser i sektorlovgivningen, blant annet innenfor finansielle tjenester og transport, som gjennomfører EU-rettsakter.

3.2.2 Gjennomføringsmåte

Varslingsdirektivets bestemmelser er gjennomført i svensk rett med en felles lov: «Lag om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden». Loven ble vedtatt 29. september 2021, og trådte i kraft 17. desember 2021. Bestemmelsene om etablering av interne

varslingskanaler og oppfølgingen av disse trer i kraft fra 17. desember 2023 for private virksomheter med 50 til 249 ansatte, og fra 17. juli 2022 for øvrige virksomheter.

3.2.3 Lovens materielle virkeområde

Loven har et videre anvendelsesområde enn direktivet krever. Etter bestemmelsens første ledd gjelder loven i arbeidsrettslig sammenheng ved varsling om «missforholdanden som det finns ett allmaninteresse att de kommer fram». Varsling som gjelder forhold med tilknytning til de samfunnsområdene som er omfattet av direktivet, vil etter forarbeidene som regel være av allmenninteresse, selv om de ikke gjelder overtredelser av de rettsakter som er angitt i direktivet. Videre vil det normalt foreligge allmenninteresse dersom det gjelder overtredelser av lov eller forskrift. På den annen side vil overtredelser som bare angår forholdet mellom varsleren og en annen, for eksempel arbeidsgiver, normalt ikke være av allmenninteresse.²⁵

I medhold av direktivets artikkel 3 nr. 1 er det i loven gjort unntak for varsling som gjelder informasjon knyttet til nasjonale sikkerhetsinteresser.

Loven innskrenker ikke den beskyttelse som måtte følge av annen lov eller annet rettsgrunnlag.

3.2.4 Lovens personelle virkeområde

Lovens personelle virkeområde er i utgangspunktet den samme som i direktivet, men med en viss utvidelse for to personkategorier. For å sikre at det eksisterende varslervernet for arbeidstakere ikke ble svekket i den nye loven, ble det lagt til grunn at også personer som er dekket av det svenske arbeidstakerbegrepet er omfattet av gjennomføringslovens personelle virkeområde. Dette omfatter en videre krets personer enn det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet. Loven går også videre enn direktivet artikkel 4 nr. 1 bokstav d krever. Her nevnes enhver person som «arbejder under tilsyn og ledelse af kontrahenter, underleverandører og leverandører», mens den svenske loven også omfatter «personer som annars står till förfogande för att utföra eller utför arbete under en verksamhetsutövers kontroll och ledning». Flere høringsinstanser mente at det burde være flere beskyttede

²⁵ Prop. 2020/21:193 s. 31-32.

personkategorier enn de som angis i direktivet, men Regjeringen pekte på motstridende interesser, eksempelvis høyere administrasjonskostnader.²⁶

3.2.5 Varslingskanaler

Reglene om interne varslingskanaler og prosedyrer bygger i vesentlig grad på direktivets regler. Alle juridiske enheter i offentlig eller privat sektor med 50 eller flere ansatte er forpliktet til å etablere interne varslingskanaler. Som i Danmark, er det ikke gjort unntak for kommuner med færre enn 10 000 innbyggere, slik direktivet gir adgang til. I forarbeidene er dette begrunnet med at kommuner med under 50 ansatte uansett er unntatt fra reglene, og at loven gir kommuner og regioner anledning til å opprette felles interne varslingsregler og prosedyrer.²⁷

De interne varslingskanalene og prosedyrene skal etter direktivet artikkel 8 nr. 2 sette virksomhetens arbeidstakere i stand til å varsle om overtredelser, men kan også gjøres tilgjengelige for andre personer som har kontakt med virksomheten i arbeidsrelatert sammenheng. I den svenske gjennomføringsloven er det lagt opp til at alle de personkategorier som nyter vern etter loven skal ha adgang til å benytte interne varslingskanaler, med unntak av personer som ennå ikke har begynt eller har sluttet i virksomheten.

Den svenske loven pålegger ikke arbeidsgivere å motta og behandle anonyme varsler.

Den myndighet regjeringen utpeker som kompetent myndighet innenfor et ansvarsområde må opprette ekstern varslingskanal og prosedyrer for oppfølging, og har plikt til å ta imot, følge opp og gi tilbakemelding på varsler innenfor sitt ansvarsområde. Kommuner kan ikke utpekes som kompetent myndighet.

Etter den svenske loven skal vernet gjelde også om noen rapporterer internt på annen måte enn gjennom interne varslingskanaler dersom slike ikke finnes, eksisterende kanaler ikke oppfyller lovens krav eller varselet inngis før vedkommende har begynt i virksomheten. Ved

²⁶ Prop. 2020/21:193 s. 54.

²⁷ Prop 2020/21-193 s. 139 og 144-145.

ekstern varsling gjelder vernet der varsler går gjennom annen myndighet enn de utpekte varslingskanaler dersom lovens vilkår for offentliggjøring er oppfylt.

3.2.6 Forbudet mot gjengjeldelse og ansvarsfrihet ved brudd på rettsregler

Lovens bestemmelse om gjengjeldelse svarer i det vesentlige til direktivets krav. I lovens forarbeider er det lagt til grunn at direktivets represaliebegrep i det vesentlige er det samme som etter svensk rett, slik at det ikke ble ansett nødvendig med en legaldefinisjon.²⁸ I tillegg til gjengjeldelse, oppstiller loven et forbud mot å hindre varsling.

Loven oppstiller en regel om delt bevisbyrde i tvister om gjengjeldelse og tvister hvor en person mener å ha blitt hindret eller forsøkt hindret i å varsle.

Den svenske gjennomføringsloven gir den som har varslet ansvarsfrihet, ved at vedkommende ikke skal anses å ha brutt eventuelle regler om taushetsplikt mv, forutsatt at vedkommende hadde rimelig grunn til å anta at de forhold det varsles om var korrekte. Reglene om ansvarsfrihet gjelder likevel ikke ved forsettlig brudd på reglene i offentlighets- og sekretesslagen (2009:400).

Ansvarsfriheten gjelder ikke bare selve varslingen, men også det forutgående ervervet av de aktuelle opplysningene. I forarbeidene er det lagt til grunn at ansvarsfriheten ved erverv bare gjelder dersom personen hadde rimelig grunn til å anta at ervervet var nødvendig for å avsløre et forhold omfattet av loven. Den som gjennom varslingen eller innhenting av informasjon gjør seg skyldig i straffbare forhold er ikke fri for ansvar.

3.2.7 Behandling av personopplysninger

Gjennomføringsloven inneholder bestemmelser om behandling av personopplysninger som utfyller reglene i personvernforordningen (GDPR). På samme måte som i Danmark, ble det ikke funnet grunn til å lovfeste begrensninger i de berørte personers rettigheter slik det oppfordres til i direktivets fortale punkt 84.

²⁸ Prop. 2020/21:193 s. 87.

3.2.8 Rettsfølger og sanksjoner

Fysiske eller juridiske personer som hindrer eller forsøker å hindre varsling, eller overtrer forbudet mot gjengjeldelse kan pålegges å betale erstatning. Når det gjelder sanksjoner for den som bevisst har gitt uriktige opplysninger, ble svenske regler om ærekrenkelse, uriktige beskyldninger mv. ansett tilstrekkelig effektive, proporsjonale og avskrekkende for å oppfylle direktivets krav. Noen særskilt bestemmelse ble derfor ikke tatt inn i loven.

4 Gjennomføringen av varslingsdirektivet i norsk rett

4.1 EØS-rettslige rammer for gjennomføringen

EØS-avtalen artikkel 7 setter rammer for hvordan gjennomføringen av EØS-rettslige forpliktelser skal skje. Det følger av bestemmelsen at rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen skal «være eller gjøres til en del av deres interne rettsorden». Når det gjelder direktiver, er det overlatt «til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen». Direktiver stiller krav til innholdet i nasjonal rett, men statene har atskillig handlingsrom ved gjennomføringen. EU- og EFTA-domstolen har imidlertid stilt særlige krav til korrekt gjennomføring av direktivbestemmelser som gir private rettigheter eller pålegger dem plikter. I slike tilfeller tilsier rettssikkerhetsbetraktninger at direktivets bestemmelser må nedfelles i bindende bestemmelser, det er ikke tilstrekkelig at forvaltningspraksis samsvarer med direktivets krav.²⁹ Bestemmelsene må videre gjennomføres på en klar og presis måte som setter private i stand til å skaffe seg fullt kjennskap til sine rettigheter og plikter, og reglene må legge til rette for at domstolene skal kunne sikre overholdelsen av rettighetene og pliktene.³⁰ Kravet til klarhet og presisjon er utdypet i EU- og EFTA-domstolens rettspraksis, se blant annet sak C-361/99 *Kommisjonen mot Tyskland*:

«Det bemærkes ... at efter Domstolens praksis ... forudsætter gennemførelsen i national ret af et direktiv ikke nødvendigvis, at direktivets bestemmelser gengives ordret på en bestemt måde i udtrykkelige specialbestemmelser, men at det alt efter direktivets indhold er

²⁹ Sak 145/82 *Kommisjonen mot Italia* og sak 239/85 *Kommisjonen mot Belgia*.

³⁰ Sak C-183/14.

tilstrækkeligt, at der foreligger et generelt, retlig grundlag, der sikrer, at direktivet efterleves fuldt ud og med fornøden klarhed og bestemthed, således at de af direktivet omfattende personer i det omfang, det ved direktivets tilsigtes at skabe rettigheder for den enkelte, sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og i givet fald til at håndhæve disse rettigheder ved en national domstol.»³¹

Det klarhetsprinsipp som er oppstilt i rettspraksis er ment å sette borgerne i stand til å forutberegne sin rettsstilling, slik at de kan innrette seg deretter. EU-domstolen har vært tydelig på at uklare lovbestemmelser ikke kan avbøtes gjennom uttalelser i forarbeidene eller gjennom avklaringer i rettspraksis.³² Selv om klarhetsprinsippet ikke er til hinder for at en lovbestemmelse må tolkes i lys av andre rettskilder for å klarlegge rekkevidden, stilles det forholdsvis strenge krav til utforming av selve lovteksten.

Det er ikke enkelt å beskrive innholdet i presisjonskravet på generelt grunnlag. Hensynet til forutberegnelighet vil være styrende ved fastleggelsen av terskelen for presisjonsnivå, og dette innebærer at kravet til klarhet og presisjon vil kunne avhenge av hvem lovgivningen henvender seg til, og hvem som er brukere av regelverket.³³

Kravet om gjennomføring i form av bindende og klare bestemmelser i lov eller forskrift er begrenset til bestemmelser som gir private rettigheter eller pålegger dem plikter. Direktivbestemmelser som utelukkende retter seg mot myndighetene trenger ikke gjennomføres i lov eller forskrift. Likevel må det vurderes hvorvidt de plikter som påhviler offentlige myndigheter speiler rettigheter på privates hånd. Hvis det er tilfellet, er gjennomføring i lov eller forskrift påkrevd, slik at private kan påberope seg disse rettighetene for nasjonale domstoler.

Varslingsdirektivet har enkelte bestemmelser som kan være vanskelig tilgjengelige. EØS-rettens klarhetskrav pålegger imidlertid ikke EØS-statene å tilgjengeliggjøre de rettsaktene

³¹ Sak C-361/88, Kommisjonen mot Tyskland. EFTA-domstolen har kommet med tilsvarende uttalelser i flere saker, se for eksempel sak E-15/12 Jan Anfinn Wahl mot Island.

³² Se sak 143/83, Kommisjonen mot Danmark premiss 10-13 og sak C-236/95 premiss 14.

³³ Se blant annet sak E-1/10, hvor EFTA-domstolen problematiserte om en «aktpågivende investor» ville settes i stand til å forstå omfanget av sine rettigheter og plikter.

EU har vedtatt, og som nasjonale myndigheter må gjennomføre i nasjonal rett.³⁴ Det vises til Mathisen/Haukeland Fredriksen, EØS-rett, 3. utg. s. 281:

«Dersom det derimot er direktivet selv som er uklart, typisk som et resultat av politisk tautrekking i eller mellom EUs lovgivende organer, kreves det ikke at EØS-statene skal gjøre noe forsøk på å avhjelpe dette i gjennomføringslovgivningen. Om statene skulle forsøke seg på å presisere direktivet skjer det for egen regning.»

Det følger av gjennomgangen at det bare er i spesielle tilfeller at andre instrumenter enn lov eller forskrift vil være tilstrekkelig som gjennomføring av direktiver. Norsk rett er per i dag ikke i samsvar med varslingsdirektivets krav, slik at det vil være nødvendig med ny lovgivning.

4.2 Alternativer for gjennomføring av direktivforpliktelser

Gjennomføring av direktivbestemmelser i norsk rett kan gjøres på ulike måter. En mulighet er å konstatere at nasjonal rett allerede er i samsvar med direktivet. Dette kalles gjerne passiv transformasjon eller konstatering av rettsharmoni, og innebærer at man ikke trenger å gjøre ytterligere for å etterleve rettsakten. En annen mulighet er å foreta endringer i særlovgivningen, mens en tredje er å vedta en egen gjennomføringslov- eller forskrift. Disse alternativene kan også kombineres, slik at en gjennomføringslov- eller forskrift suppleres med egne bestemmelser i særlovgivningen, og at samsvar konstateres for enkelte av direktivets bestemmelser.³⁵

Som det fremgår av punkt 2.11 ovenfor, er det påkrevd med lovendringer for å gjennomføre varslingsdirektivet, slik at konstatering av rettsharmoni ikke er en alternativ gjennomføringsform. Lund & Co har vurdert hvorvidt det vil være hensiktsmessig å gjennomføre direktivet gjennom endringer i arbeidsmiljøloven, men tar ikke til orde for en slik løsning. Den viktigste innvendingen er at direktivet, sett opp mot varslingsreglene i arbeidsmiljøloven, angir en langt større krets som nyter varslervern.

³⁴ Se Birgitte Egelund Olsen og Karsten Engsig Sørensen (red.), Europæiseringen af dansk ret, 2008 side 2018 og Inge Lorange Backer, Loven – hvordan blir den til?, 2013 side 100.

³⁵ Se nærmere Ot.prp.nr.70 (2008-2009) Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) punkt 3.2.1.

Arbeidsmiljølovens utgangspunkt er at den regulerer rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Varslingsutvalget vurderte i NOU 2018:6 *Varsling – verdier og vern*, om virkeområdet for arbeidsmiljølovens varslingsregler burde utvides til å omfatte flere grupper med nær og noe mer perifer tilknytning til virksomheten. Utvalget tok til orde for å utvide vernet til å gjelde elever ved institusjoner som har undervisning eller forskning som formål, vernepliktige, pasienter i helseinstitusjoner mv. Selv om utvalget erkjente at også andre med tilknytning til virksomheten kan komme i en situasjon hvor det avdekkes lovbrudd og kritikkverdige forhold, tok utvalget ikke til orde for å la varslervernet omfatte andre grupper slik som tidligere ansatte, arbeidssøkere og selvstendig næringsdrivende. Når det gjaldt arbeidssøkere og tidligere ansatte, viste utvalget til at behovet for et varslervern ikke var like stort for denne gruppen som for arbeidstakere, og at det ville være utfordrende for arbeidsgiver å ivareta sine forpliktelser overfor personer med en svakere tilknytning til virksomheten. Det ble også vist til at det kan være vanskelige avgrensningstilfeller og bevismessige utfordringer ved å innlemme disse gruppene i virkeområdet til varslingsreglene. Når det gjaldt selvstendig næringsdrivende og andre grupper med nær tilknytning til virksomheten, viste utvalget til at en slik utvidelse reiser prinsipielle og dels vanskelige spørsmål. En slik utvidelse vil innebære at varslingsreglene får en litt annen karakter enn en ren arbeidsrettslig lovgivning, og vil også kunne skape uklare grensesnitt mellom ulike regler og regelverk. Etter utvalgets syn kunne det også stilles spørsmål ved om den typen gjengjeldelseshandlinger slike grupper kan bli utsatt for snarere bør reguleres i kontraktsretten og annet regelverk. Basert på ovennevnte betraktninger, foreslo ikke utvalget noen utvidelse av virkeområdet til varslingsreglene, men viste til at spørsmålet må vurderes «i en større gjennomgang i tilknytning til hva som skal være det fremtidige virkeområdet for arbeidsmiljøloven eller også en egen varslingslov.»³⁶ Det personelle anvendelsesområdet for arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser ble utvidet i tråd med utvalgets forslag, jf. aml. § 1-6.

Lund & Co slutter seg til varslingsutvalgets argumentasjon, og tar ikke til orde for å gjennomføre varslingsdirektivets bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Vi har vurdert hvorvidt den delen av direktivet som gjelder arbeidstakere burde gjennomføres i arbeidsmiljøloven,

³⁶ NOU 2018: 6 s. 154.

mens varslingsreglene for øvrige personkategorier ble regulert i en egen lov, men vurderer ikke en slik løsning som hensiktsmessig. Å splitte opp direktivets bestemmelser basert på hvilken tilknytning varsler har til virksomheten vil etter vårt syn være kunstig, og gjøre regelverket unødvendig komplisert. Det er også verdt å understreke at varslingsreglene etter arbeidsmiljøloven primært har som formål å verne arbeidstakere som varsler mot gjengjeldelse, mens varslingsreglene i direktivet er ment å sikre en effektiv håndhevelse av EU/EØS-retten. Ettersom formålet utgjør en rettesnor for tolkningen, tilsier det at varslingsreglene etter direktivet ikke hører naturlig hjemme i arbeidsmiljøloven.

4.3 En felles varslingslov?

Lund & Co har vurdert om arbeidsmiljølovens varslingsregler bør løftes ut av loven, og reguleres i en felles varslingslov, som også gjennomfører forpliktelsene etter varslingsdirektivet. De fordeler en samlet regulering vil innebære er trukket frem i juridisk teori:

«A single comprehensive system would provide a number of benefits, not least in terms of clarity of the rules applicable to whistleblowers and the protection they may hope to benefit from. In practice, fine distinctions between areas of EU law and national competence may not be obvious to the layperson, or indeed to untrained advisors. This uncertainty may also have a chilling effect on disclosures, leading to the possibility of undermining the goals of the Directive.»³⁷

I Sverige eksisterte det allerede en separat varslingslov da varslingsdirektivet ble gjennomført. Av den grunn ble det i forarbeidene til gjennomføringsloven vurdert om en ny lov skulle gjelde parallelt med den eksisterende varslingsloven. Regjeringen falt imidlertid ned på at det beste var å ha én felles lov. Det ble vist til at det kunne oppstå vanskelige grenseoppganger mellom de to lovene, og det kan være utfordrende å vurdere hvilke

³⁷ Van Waeyenberge and Davies, The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System, *European Journal of Risk Regulation*, 12 (2021), 236–244, s. 2021.

lovbrudd som omfattes av direktivet. Videre ble det vist til at et samlet regelverk i en felles lov også reduserer faren for at ulike regler, prinsipper og begreper forstås og anvendes ulikt.³⁸

Lund & Co anerkjenner de argumentene som er løftet frem i de svenske forarbeidene, men mener at disse ikke er vektige nok til å forsvare en samlet regulering av varsling. Den svenske rettstilstanden forut for gjennomføringsloven var også vesensforskjellig fra arbeidsmiljølovens regler, blant annet ved at varslingsloven bare gjaldt «allvarliga missförhållanden». Arbeidsmiljølovens varslingsregler har et mye bredere nedslagsfelt, ved at det omfatter «kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet». Å gi direktivets bestemmelser anvendelse ikke bare på brudd på særskilt angitt EØS-lovgivning, men på kritikkverdige forhold i sin alminnelighet, ville medføre en langt mer betydelig overoppgjørelse av direktivets krav. En slik overoppgjørelse er ikke uten betenkeligheter. Selv om dette vil gi et bedre varslervern, vil det pålegge virksomhetene omfattende forpliktelser. Etter direktivet står statene fritt til å bestemme om de kun implementerer minimumskravene i direktivet eller om de benytter seg av muligheten til å utvide nasjonal lovgivningen for å skape et mer enhetlig rettslig rammeverk. Hvilken løsning man velger er til syvende og sist et politisk spørsmål.

Når Lund & Co ikke tar til orde for en felles varslingslov skyldes det først og fremst at varslingsreglene etter direktivet er av en *annen karakter* enn de regler som fremgår av arbeidsmiljøloven. Mens arbeidsmiljølovens varslingsregler søker å balansere hensynet til arbeidstaker og arbeidsgiver, blant annet gjennom å vekte arbeidstakers yringsfrihet mot den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold, er varslingsdirektivet et instrument for å sikre EU/EØS-rettens effektivitet.³⁹ Varslingsdirektivet hovedformål er å styrke håndhevelsen av EU-retten innenfor gitte områder, der overtredelser kan skade offentlige interesser.⁴⁰ Siktemålet er dermed å sikre EU-rettens effektivitet på nasjonalt plan – *effet utile* – og

³⁸ Se Prop. 2020/21:193 s. 31-32.

³⁹ Privates bidrag i håndhevelsen av EU/EØS-retten – deres rolle som såkalte «private attorney generals» – er understreket av EU- og EFTA-domstolen ved en rekke anledninger, se eksempelvis sak C-253/00 Muñoz og sak E-14/11 DB Schenker I. Tesen er at private gjennom å forfølge egne interesser samtidig tjener de offentlige interessene regelverket er ment å ivareta. En slik instrumentell tilnærming til private er en nokså fremmed tanke i norsk rett, selv om man i nyere praksis kan se en viss åpning for denne typen argumentasjon, jf. HR-2015-537-A (Bori BBL), HR-2017-1834-A (Branncelle) og sak HR-2020-02-07 (Solem).

⁴⁰ Jf. direktivets artikkel 1 og fortalens avsnitt 108.

varslervernet er et virkemiddel for å oppnå dette. Direktivets fortale inneholder en henvisning til ytringsfriheten, og varslingsrettens betydning i et demokratisk samfunn.⁴¹ Videre fremgår det av fortalen at direktivet bygger på rettspraksis fra EMD om retten til ytringsfrihet etter EMK artikkel 10⁴² og de prinsipper, som er utviklet på dette grunnlag av Europarådets anbefaling om beskyttelse av varslere, vedtatt av Europarådets ministerkomité 30. april 2014.⁴³ Likevel er de rettigheter som tilstås private først og fremst instrumentelle, med siktemål å legge til rette for at lovbrudd avdekkes og forfølges.

I direktivets fortale punkt 44 omtales effektiv beskyttelse av varslere som «et middel til å styrke håndhevelsen af EU-retten». På denne måten skiller direktivet seg fra øvrige direktiver på arbeidsrettens område, som inngår som en integrert del av EUs sosiale søyle. Eksempelvis fremgår det klart av direktivet om masseoppsigelser (direktiv 98/59) og direktivet om arbeidstid (2003/88) at vernet om arbeidstakerne står sentralt.⁴⁴ Direktivets særegne formål underbygges videre av at dette er hjemlet i de sektorspesifikke bestemmelsene om regelutvikling (eksempelvis artikkel 16 TEUV om personvern, artikkel 100 TEUV om sjø- og flytransport og artikkel 114 TEUV om det indre marked) snarere enn artikkel 153 TEUV som omhandler sosialpolitiske formål.

Etter varslingsdirektivet er varslervernet gitt med sikte på at private skal bidra til den offentlige håndhevelsen som skjer på nasjonalt eller EU/EØS-plan. Dette omtales gjerne som *privat initiert offentlig håndhevelse*.⁴⁵ Den private part er å anse som en kilde til informasjon, men har ingen formell rolle i en eventuell etterfølgende offentlig forfølgelse av regelbrudd. Dette er fremhevet i direktivets fortale punkt 2:

⁴¹ Se fortalen avsnitt 33.

⁴² Retten til varslingsrett er ikke uttrykkelig regulert i EMK, men den EMD har innfortolket beskyttelse av varslere i artikkel 10 om ytringsfrihet, se blant annet *Guja v Moldova*, no. 14277/04, 12. februar 2008, *Marchenko v Ukraine*, no 4063/04, 19. februar 2009 og *Heinisch v Germany*, no 28274/08, 21. juli 2011.

⁴³ Se direktivets fortale avsnitt 31, jf. Recommendation CM/Rec (2014)7 on the protection of whistleblowers.

⁴⁴ Se direktiv 98/59 fortalens avsnitt 2, direktiv 2003/88 fortalens avsnitt 4.

⁴⁵ På engelsk brukes termen «privately triggered public enforcement», se for eksempel Francis G Jacobs and Thomas Deisenhofer, 'Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective' in Claus Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement and Antitrust Law* (Hart 2003) 197. Når private bidrar i håndhevelsen ved selv å forfølge lovovertrедelser for domstolene snakker man om *privat håndhevelse*.

«På EU-plan er whistleblowers indberetninger og offentliggørelser et af de forudgående elementer i håndhevelsen af EU-retten og Unionens politikker. De giver opplysninger til nationale håndhevelsessystemer, og EU-håndhevelsessystemer, hvilket fører til effektiv afsløring, efterforskning og retsforfølgning af overtrædelser af EU-retten og dermed styrker gennemsigtighet og ansvarlighet.»

Varslingsreglene i arbeidsmiljøloven er også utformet med sikte på å avdekke lovbrudd, men regelverket er primært ment å verne arbeidstakerne snarere enn å fungere som en samfunnsnyttig avdekkingsmekanisme. Håndhevelsesmomentet er langt mer fremtredende i varslingsdirektivet. Dette særlige formålet – om effektiv håndhevelse – har sentral betydning for tolkningen av direktivets bestemmelser, herunder bestemmelsene om rettsfølger og sanksjoner. Det har også betydning for hvor og hvordan direktivet skal gjennomføres i norsk rett, og for spørsmålet om gjennomføringslovgivningen bør gå lenger enn direktivet krever, ved å utvide varslingsreglene til ytterligere områder eller gi varslere mer omfattende vern.

Varslingsdirektivet stiller omfattende krav til private og offentlige virksomheter og offentlige myndigheter, for å legge til rette for en effektiv håndheving av sentral EU/EØS-rett. Å innføre tilsvarende krav for ethvert varsel om kritikkverdige forhold i virksomheten, for alle de personkategorier som omfattes av direktivet, vil være meget ressurskrevende for lovens pliktsubjekter. Vi ser heller ikke at det er tilstrekkelig tungtveiende grunner til å foreslå en slik overoppfyllelse av direktivet. De forhold det kan varsles om etter arbeidsmiljøloven er dels av en annen karakter enn de forhold direktivet regulerer, som tilsier at det kan være behov for mer smidige løsninger enn det direktivet foreskriver. De fleste av varslene etter arbeidsmiljøloven gjelder kritikkverdige forhold knyttet til det psykososiale arbeidsmiljøet.⁴⁶ I slike saker vil det ofte være svært viktig at sakene løses på lavest mulig nivå. Det samme vil gjelde varsler om mindre kritikkverdige forhold i virksomheten. Det vises til varslingsutvalgets utredning NOU 2018:6:

«Utvalget er opptatt av at varsel om kritikkverdige forhold bør løsest på lavest mulig nivå. Det er ikke slik at enhver varslings i seg selv innebærer at det er behov for å sette i gang en stor, komplisert og ressurskrevende prosess i virksomheten. Som på alle andre områder, vil

⁴⁶ Se NOU 2018: 6 Varsling – verdier og vern s. 90 med videre henvisninger til undersøkelser fra Fafo.

det være nødvendig å dimensjonere oppfølgingen i tråd med hva saken krever. Arbeidslivet bør fungere slik at dialog med nærmeste leder er tilstrekkelig for at noe «kritikkverdig» kan tas opp og bli tatt tak i.»⁴⁷

Behovet for smidige løsninger taler imot at man løfter varslingsreglene ut av arbeidsmiljøloven og over i en felles varslingslov.

Arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser er av nyere dato, og kom til etter et omfattende utrednings- og lovarbeid, der en rekke instanser kom til orde i høringen. Regelverket tilstreber en balanse mellom samfunnets interesse i at kritikkverdige forhold løftes frem, arbeidsgivers interesse i at varsling ikke medfører unødige skade på virksomhetens interesser, hensynet til den det varsles om, og arbeidstakers interesse i et godt vern i situasjoner det er nødvendig å varsle.⁴⁸ En felles varslingslov etter mønster av direktivets bestemmelser ville rokke ved den balanse lovgiver har søkt å oppnå i arbeidsmiljøloven mellom hensynet til vern av arbeidstaker og hensynet til arbeidsgiver. Selv om et felles varslingsregelverk har den fordel at en unngår vanskelige grenseoppganger, mener vi de beste grunner taler for å la arbeidsmiljølovens bestemmelser stå uendret.

Varslingslovutvalget vurderte fordeler og ulemper ved plassering av varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven og en særlov, og falt ned på at førstnevnte løsning var å foretrekke. Det ble vist til at arbeidsmiljøloven er den grunnleggende loven for arbeidslivet i Norge, hvor de mest sentrale bestemmelsene som regulerer et arbeidsforhold er nedfelt. Det ble videre vist til at reglene om varsling og vern mot gjengjeldelse har en klar sammenheng med andre deler av arbeidsmiljølovgivningen, herunder kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø og reglene om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, og reglene om stillingsvern.⁴⁹ Vi slutter oss til utvalgets vurderinger på dette punkt. Lund & Co mener at varsling i arbeidsforhold fremdeles bør inngå i arbeidsmiljølovgivningen, og tar til orde for å videreføre varslingsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 2 A uendret.

⁴⁷ NOU 2018: 6 Varsling – verdier og vern s. 136. Se også 13-14, 34, 137, 139 160, 163, 165 og 184 i NOU'en og Prop. 74 L (2018-2019) s. 36 og 49.

⁴⁸ NOU 2018:6 s. 135.

⁴⁹ NOU 2018:6 s. 145.

De grenseoppganger et slikt tosporet system kan gi opphav til er etter vårt syn håndterbare. Forholdet mellom arbeidsmiljølovens varslingsregler og EØS-varslingsloven er nærmere omtalt i punkt 18.2.2 nedenfor.

Det vil i utgangspunktet være i allmennhetens interesse at kritikkverdige forhold avdekkes, også utenfor arbeidsforhold, og EUs varslingsdirektiv tar et skritt i denne retning ved å definere «arbeidsrelatert sammenheng» vidt. Også i den norske debatten har det gjentatte ganger blitt pekt på at varsling som fenomen ikke bør være begrenset til arbeidslivet, men at det er behov å kunne varsle om kritikkverdige forhold innen idrettsorganisasjoner, religiøse og frivillige organisasjoner mv. Varslingslovutvalget mente det burde igangsettes en utredning av en egen lov om varsling, jf. NOU 2018:6 s. 146:

«Varslingsutvalget vil også peke på at det kan være grunn til å følge samfunnsutviklingen på dette feltet nøye, også debatten knyttet til varsling internasjonalt. Sakene om seksuell trakassering og maktmisbruk som er avdekket gjennom #metoo-kampanjen det siste året, viser tydelig at det også innenfor andre områder enn i arbeidslivet og det tradisjonelle arbeidsforholdet foregår kritikkverdige forhold, og at den som varsler om slike forhold, bør bli ivaretatt. Også i andre sammenhenger kan det være slik, for eksempel innenfor religiøse organisasjoner, idrettsorganisasjoner og andre frivillige organisasjoner. I mange av disse tilfellene kan det på tilsvarende måte som i arbeidslivet være maktkonstellasjoner og relasjoner som tilsier at aktørene i en varslingsprosess har behov for den beskyttelse som for eksempel gode varslingsrutiner vil kunne gi.

Utvalget mener at det er viktig at myndighetene har dette under oppsikt og vurderer om det er et behov for lovregulering av et varslingsvern også på andre samfunnsområder som nevnt over. Utvalget vil anbefale at det igangsettes en egen utredning av dette spørsmålet. I den forbindelse vil en egen varslingslov på sikt være lettere å bre ut til områder utenfor arbeidslivet. ... Arbeidsmiljølovens regler kan være en mal eller et eksempel for hvordan regler og retningslinjer for varsling kan utformes også på andre områder.»

Slik vi ser det vil det være naturlig at spørsmålet om en felles regulering av varsling i arbeidsforhold og EØS-varsling inngår i mandatet til et eventuelt fremtidig utvalg som skal se på behovet for en generell varslerlov. Det ligger imidlertid utenfor vårt mandat å mene noe om og eventuelt hvordan en slik lov bør utformes.

4.4 Gjennomføring av varslingsdirektivet i lov og forskrift

Lund & Co tar til orde for å gjennomføre varslingsdirektivet gjennom en egen lov, «EØS-varslerloven», som må suppleres med forskrifter på enkelte punkter. Den løsning som foreslås er ment å sikre en lojal gjennomføring av forpliktelsene etter direktivet, samtidig som sentrale prinsipper i norsk lovgivningstradisjon overholdes.

Varslingsdirektivet er utformet på en måte som avviker fra norske lovtekster, som stiller norske myndigheter overfor særlige utfordringer i gjennomføringen. Dette er berørt i rapporten «Departementenes EØS-arbeid»:

«[Det er] forhold ved EØS-retten som gjør at det kan være utfordrende å oppfylle vanlige krav til regelkvalitet i gjennomføringsarbeidet. Enkelte av disse knytter seg til svakheter ved utformingen av de underliggende EØS-rettsaktene. Lovgivningstradisjonen i EU er annerledes enn den norske. Språket er mer teknisk, og reglene er ofte omfangsrike og bygget opp rundt detaljerte legaldefinisjoner, ofte med en rekke krysshenvisninger. I tillegg vil norske rettsanvendere måtte forholde seg til eventuelle tilpasningstekster for EØS som ikke fremkommer i EU-rettsakten.»⁵⁰

Selv om direktivet har en utforming som er fremmed for norske rettsanvendere, tar vi til orde for en direktivnær gjennomføring. Til tross for at en slik lovgivning vil ligge noe fjernere fra norsk lovgivningstradisjon, er det flere eksempler i norsk lovgivning allerede, slik som lov 19. juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven), som gjennomfører tjenstedirektivet (direktiv 2006/123) og lov 16. juni 2017 nr. 69 om godkjenning av yrkeskvalifikasjoner (yrkeskvalifikasjonsloven), som gjennomfører yrkeskvalifikasjonsdirektivet (direktiv 2005/36). Det er fordeler forbundet med en slik løsning. Av hensyn til rettighets- og pliktsubjektene er det viktig at direktivets bestemmelser fremgår direkte av lovteksten i gjennomføringsloven. Også EØS-rettens krav til klarhet og presisjon (jf. punkt 4.1 ovenfor) stiller særlige krav til utforming av lovteksten. Valget av en slik gjennomføringsmetode bidrar videre til at varslingsreglene ikke rekker videre enn det vi er forpliktet til etter varslingsdirektivet. Dersom det skal skje en overoppfyllelse av

⁵⁰ Rapport fra en interdepartemental arbeidsgruppe «Departementenes EØS-arbeid» juni 2021 s. 67.

direktivets krav, bør dette skje som følge av et bevisst ønske fra lovgiver, og ikke som følge av at gjennomføringslovgivningen benytter vage begreper.

En direktivnær lovtekst sikrer også at sammenhengen mellom loven og det underliggende direktivet signaliseres tydelig til rettsanvenderne, slik at disse leser lovens bestemmelser i tråd med de relevante direktivbestemmelsene. Av samme grunn foreslår vi også å ta inn direktivets definisjoner i en egen bestemmelse.⁵¹ Hvorvidt det er behov for å gjennomføre alle direktivets definisjoner særskilt i loven er ikke opplagt, ettersom flere av direktivets begreper fremstår nokså selvsagte. Det er like fullt sikker EØS-rett at begrep som er definert i en rettsakt, skal tolkes autonomt, slik at det ikke er av betydning hvordan lignende begreper forstås etter statenes nasjonale rett. En innlemmelse av direktivets liste over definisjoner vil dermed bidra til å sikre at gjennomføringsloven tolkes EØS-konformt.

Enkelte av bestemmelsene i direktivet er ikke av en slik karakter at de må gjennomføres i lov eller forskrift. Dette fordi de ikke gir konkrete rettigheter eller plikter til private, og heller ikke pålegger ansvarlige myndigheter plikter som bør synliggjøres i lov eller forskrift. Det gjelder eksempelvis de avsluttende bestemmelsene i direktivet artikkel 27 (innberetning, evaluering og revisjon) og artikkel 28 (ikrafttredelse). For en fullstendig gjennomgang av hvilke direktivbestemmelser som bør gjennomføres særskilt, viser vi til lovspeilet som følger vedlagt.

Slik vi ser det, er det heller ikke alle direktivbestemmelsene som hører naturlig hjemme i gjennomføringsloven. Enkelte bestemmelser fordrer regelverk av en slik karakter at de bør inntas på forskriftsnivå. Dette gjelder for det første de mer detaljerte reglene om ekstern varslingskanal, og for det andre den mer detaljerte angivelsen av hvilke EØS-overtredelser det kan varsles om, og for et tredje hvilke virksomheter med mindre enn 50 ansatte som skal være forpliktet til å opprette interne varslingskanaler. Lund & Co foreslår derfor at det inntas en forskriftshjemmel i EØS-varslerloven, og videre at det utformes særskilte forskrifter på disse områdene. Et særlig spørsmål er om det bør gis én eller flere forskrifter. Etter vårt syn er det lite naturlig å regulere den eksterne varslingskanalens organisering, oppgaver og myndighet i samme forskrift som EØS-varslingslovens saklige virkeområde. Det skyldes

⁵¹ Se utkast til EØS-varslingsloven § 4 nedenfor.

først og fremst at forskriftene vil være rettet mot ulike adressater og at det er tale om regler med ulik detaljgrad som vil fordre ulik endringstakt. Slik vi ser det, kan det derimot være naturlig å regulere lovens saklige virkeområde og mindre virksomheters plikt til å opprette interne varslingskanaler i en og samme forskrift.

5 Lovens personelle virkeområde

5.1 Direktivets bestemmelser

Direktivets personelle virkeområde fremgår av artikkel 4. Direktivet gir varslerstatus til en bred krets av personer som arbeider i privat eller offentlig sektor, hvor fellesnevneren er at informasjonen om overtredelsen må være fremskaffet i en «arbejdsrelateret sammenheng». Avgrensningen innebærer at informasjon som erverves i en rent privat kontekst faller utenfor direktivets virkeområde.

Direktivet benytter begrepet «indberettende person» om varsleren, og definerer dette til å være «en fysisk person, der foretager indberetning eller offentliggørelse af oplysninger om overtrædelser, der er erhvervet i forbindelse med vedkommendes arbejdsrelaterede aktiviteter», jf. artikkel 5 nr. 7. Varslerstatus gis dermed bare fysiske personer, og ikke NGOer (ikke-statlige organisasjoner) og andre aktører som måtte avdekke brudd på relevant EU-lovgivning.

Hvilke personkategorier som nyter vern etter direktivet er særskilt listet opp i artikkel 4 nr. 1 bokstavene a til d. *Bokstav a* dekker personer som har status som arbeidstakere etter artikkel 45 TEUF, herunder embetsmenn. Kjennetegnet for et ansettelsesforhold er at en person i en viss periode mot vederlag utfører arbeid for en annen etter dennes anvisninger.⁵² EU-domstolen har slått fast at det må være snakk om «virkelig og faktisk arbeid», og at det ikke kan være snakk om arbeid som utføres å så lite omfang at det fremstår som rent marginalt og aksessorisk.

Bokstav b dekker selvstendig næringsdrivende etter artikkel 49 TEUF, som leverer tjenester til virksomheten, mens *bokstav c* favner om aksjonærer, personer tilhørende administrasjons,

⁵² Jf. sak 66/85 Lawrie-Blum og sak C-14/09 Hava Genc premiss 19

ledelses eller tilsynsorganet i en virksomhet samt frivillige og lønnede og ulønnede praktikanter. *Bokstav d* dekker personer som arbeider under tilsyn og ledelse av kontrahenter, underleverandører og leverandører.

Direktivet verner også varslere som ikke har påbegynt sitt arbeid eller oppdrag, dersom opplysninger om overtredelser tilflyter vedkommende i løpet av en ansettelsesprosess eller forutgående kontraktsforhandlinger, jf. artikkel 4 nr. 3. Direktivet gir også varslervern etter at ansettelses- eller kontraktsforholdet er opphørt. Formålet er å hindre at den som varsler blir møtt med represalier i form av dårlige referanser eller sverting som kan skade vedkommendes omdømme og karriereutsikter.

Ikke bare den som varsler nyter vern etter direktivet. Vernet mot gjengjeldelse og øvrige beskyttelsesforanstaltninger i direktivets kapittel VI omfatter også personer med nær tilknytning til varsleren, jf. artikkel 4 nr. 4. Dette omfatter formidlere, som legger til rette og bistår i forbindelse med varslingen (bokstav a),⁵³ tredjeparter som har forbindelse til varslere, som vedkommendes kolleger eller slektninger, der vedkommende risikerer å bli utsatt for arbeidsrelatert gjengjeldelse (bokstav b) og juridiske enheter som varsler eier, jobber for eller annen måte er forbundet med i arbeidsrelatert sammenheng (bokstav c). I direktivets fortale er det presisert at fagforeningsrepresentanter og arbeidstakerrepresentanter også bør nyte beskyttelse etter direktivet når de varsler i egenskap av å være arbeidstakere eller når de yter rådgivning og støtte til en varslere.⁵⁴

5.2 Forslag til gjennomføring

Direktivet åpner for at en større personkrets kan få status som varslere sammenlignet med det som er tilfellet etter arbeidsmiljøloven. Personkategorien er valgt ut basert på hvem som vil kunne sitte på relevant informasjon om virksomheten og dermed bidra til å sikre EU-rettens effektive gjennomslag, jf. direktivets fortale punkt 37. Det fremgår av direktivets fortale at

⁵³ En formidler er i direktivets artikkel 5 nr. 8 definert som «en fysisk person, der bistår en indberettende person med indberettningsprosessen i en arbeidsrelateret sammenheng, og hvis bistand bør være fortrolig».

⁵⁴ Direktivets fortale avsnitt 41.

behovet for vern skyldes den asymmetri i makt som eksisterer i slike arbeidsrelaterte forhold.⁵⁵

Ettersom direktivets personelle virkeområde favner vidt, tar vi i utgangspunktet til orde for en minimumsgjennomføring på dette punkt. Gjennomføringen av artikkel 4 bokstav a, som viser til personer som har status som arbeidstakere etter artikkel 45 TEUF (som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 28), foranlediger likevel enkelte bemerkninger. Arbeidstakerbegrepet i EU/EØS-retten og norsk rett er ikke fullt ut sammenfallende.⁵⁶ Å begrense vernet til de som kan anses som arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven vil derfor ikke uten videre oppfylle forpliktelsene etter direktivet. For å sikre et vern som tilfredsstiller EØS-rettslige krav, foreslår vi at EØS-varslingsloven skal komme til anvendelse på den personkrets som er omfattet av arbeidstakerbegrepet i EØS-avtalen artikkel 28. Det vises til lovforslaget § 3 bokstav a.

I samsvar med artikkel 4 nr. 2 og 3 omfatter lovens personelle virkeområde også personer som har ervervet opplysninger i forbindelse med en arbeidsrelatert virksomhet som senere har opphørt, og personer som ikke har påbegynt sitt arbeid eller kontraktsforhold, men som får kjennskap til overtredelser i forbindelse med en ansettelsesprosess eller som ledd i prekontraktuelle forhandlinger. Det vises til lovforslaget § 3 bokstav f og g.

I tråd med varslingsdirektivet artikkel 4 nr. 4 er vernet mot gjengjeldelse også utstrakt til den som bistår ved rapporteringen eller for øvrig har en kobling til varsler. Det vises til lovforslaget § 9 andre ledd.

⁵⁵ Fortalen avsnitt 36.

⁵⁶ Se nærmere Marianne Jenum Hotvedt, *Arbeidsaker – Quo Vadis? Den nyere utviklingen av arbeidstakerbegrepet*, 1 Tidsskrift for Rettsvitenskap (2018) s. 42–103.

6 Lovens materielle virkeområde

6.1 Direktivets bestemmelser

6.1.1 Direktivets materielle anvendelsesområde

Direktivets materielle anvendelsesområde er fastsatt i artikkel 2. Det fremgår av bestemmelsen at direktivet gjelder overtredelser omfattet av anvendelsesområdet for de EU-rettsakter som er oppført i direktivets bilag (del 1) på områdene for offentlige anskaffelser, finansielle tjenesteytelser, produkter og markeder, forebygging av hvitvasking og terrorfinansiering, produktsikkerhet og produktkrav, transportsikkerhet, miljøvern, strålevern og nukleær sikkerhet, matsikkerhet, dyrehelse og dyrevelferd, folkehelse, forbrukervern, beskyttelse av privatliv og personopplysninger og informasjons- og nettverkssikkerhet. Videre er overtredelser som skader EUs finansielle interesser og overtredelser relatert til det indre marked, herunder overtredelse av konkurranse- og statsstøtteregele, omfattet.

De aktuelle områdene er valgt ut basert på at bestemmelsene er av særlig offentlig interesse, at det er identifisert et behov for å styrke håndhevelsen og at varslere er i en privilegert posisjon til å kunne avdekke og påtale brudd, jf. fortalen punkt 5. Enhver overtredelse av de nevnte bestemmelser er omfattet av direktivets anvendelsesområde, uavhengig av hvor alvorlig eller grov overtredelsen er.

Varslingsdirektivets materielle anvendelsesområde er definert ved en henvisning til en liste over rettsakter, hvor noen av disse igjen definerer sitt materielle virkeområde med henvisning til andre rettsakter definert i bilag. I slike tilfeller inngår de sistnevnte rettsakter også i varslingsdirektivets materielle anvendelsesområde.⁵⁷ Henvisningen til rettsaktene i bilaget til varslingsdirektivet skal videre omfatte gjennomføringstiltak på nasjonalt plan og delegerte rettsakter på EU-plan som vedtas etter nevnte rettsakter. Videre skal henvisningen til rettsaktene i bilaget forstås som en *dynamisk* henvisning. Dette innebærer ifølge direktivets

⁵⁷ Fortalen avsnitt 19.

fortale at hvis en rettsakt i bilaget blir endret eller erstattet, gjelder henvisningen den endrede eller nye rettsakten.⁵⁸

Det vil ikke være fullt sammenfall mellom direktivets virkeområde i EU og EØS, ettersom de opplistede rettsaktene ikke vil være identiske. For det første vil ikke alle disse rettsaktene være tatt inn i EØS-avtalen, for det andre vil de rettsakter som faktisk er tatt inn gjelde med EØS-tilpasninger. EU-rettsakter må tas inn i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen, jf. EØS-avtalen artikkel 102. Når rettsakten innlemmes i EØS-avtalen, kan EØS-komiteen vedta tilpasninger til den enkelte rettsakt der dette er nødvendig, eksempelvis fordi EØS-avtalens virkeområde og institusjoner er annerledes enn i EU, eller fordi det er behov for å ta hensyn til en spesiell situasjon i EØS/EFTA-statene. I tillegg inneholder protokoll 1 til EØS-avtalen enkelte gjennomgående tilpasninger som kommer til anvendelse for alle rettsakter innlemmet i vedleggene til EØS-avtalen, med mindre annet er bestemt. Flere av vedleggene inneholder også sektortilpasninger som gjelder generelt for alle rettsakter i det aktuelle vedlegget eller en nærmere angitt del av dette. Varslingsdirektivet vil i en EØS-kontekst knytte seg til varsler om brudd på de rettsakter som gjelder i EØS. Listen vil like fullt være dynamisk, slik at endringer i de rettsakter som er listet opp i vedlegget vil være omfattet av varslingsdirektivets virkeområde. Klarleggingen av rettsaktenes innhold vil dermed måtte foregå slik departementet skisserer i rapporten «Departementenes EØS-arbeid»:

«For å finne frem til innholdet i en rettsakt er det nødvendig først å lese den underliggende EU-rettsakten, deretter lese eventuelle EØS-tilpasninger i EØS-komiteens beslutning, sjekke om det finnes sektorvise tilpasninger i det aktuelle vedlegget i EØS-avtalen og undersøke de horisontale tilpasningene som fremgår av EØS-avtalens protokoll 1. Bildet kompliseres ytterligere dersom det er foretatt endringer i EØS-rettsakten. I og med at endringer i en EØS-rettsakt vedtas som en endringsrettsakt, og at endringene ikke konsolideres inn i den opprinnelige EØS-rettsakten i forbindelse med at den inntas i EØS-avtalen, kan dette gi et svært komplisert og fragmentert bilde når innholdet i EØS-retten skal fastlegges.»⁵⁹

Varsling om brudd på EU-regelverk om arbeidsvilkår og arbeidsrett er ikke omfattet av direktivets virkeområde. Direktivet skal likevel evalueres etter fire år, og i den forbindelse

⁵⁸ Fortalen avsnitt 19.

⁵⁹ Rapport fra en interdepartemental arbeidsgruppe «Departementenes EØS-arbeid» juni 2021 s. 77-78.

skal det vurderes om virkeområdet skal utvides til også å omfatte varsling ved brudd på EUs-regler om vern av arbeidstakere, jf. direktivet artikkel 27 nr. 3.

6.1.2 Unntak fra direktivets virkeområde

Varslingsdirektivet berører ikke medlemsstatenes ansvar for å ivareta nasjonal sikkerhet, eller deres adgang til å verne vesentlige sikkerhetsinteresser, jf. artikkel 3 nr. 2. Direktivet kommer derfor ikke til anvendelse på varsler om overtredelser i forbindelse med anskaffelser på forsvars- eller sikkerhetsområdet som omfattes av TEUV artikkel 346.

Videre berører ikke direktivet beskyttelsen av klassifisert informasjon som etter EU-retten eller nasjonal rett er beskyttet mot uautorisert tilgang av hensyn til sikkerheten, jf. artikkel 3 nr. 3 bokstav a.

Direktivet berører heller ikke beskyttelsen av fortrolighet mellom advokat og klient eller mellom lege og pasient etter EU-retten eller nasjonal rett, jf. artikkel 3 nr. 3 bokstav b. Selv om direktivet etter sin ordlyd bare omtaler leger, må det antas at tilsvarende unntak gjelder for annet helsepersonell. Av direktivets fortale avsnitt 26 fremgår det at direktivet ikke er ment å berøre forpliktelsen til å opprettholde «den fortrolige beskaffenhet af kommunikation melleom sundhedsudbydere, herunder terapauter, og deres patienter».

Videre berører ikke direktivet lovbestemt taushetsplikt hva gjelder rettslige rådslagninger og voteringer, jf. artikkel 3 nr. 3 bokstav c, og heller ikke straffeprosessuelle regler, jf. bokstav d.

6.2 Forslag til gjennomføring

6.2.1 Lovens materielle virkeområde

Varslingsdirektivet er et minimumsdirektiv, og berører derfor ikke statenes adgang til å innføre eller opprettholde bestemmelser som er mer gunstige for varslerne enn det direktivet foreskriver. Direktivet berører heller ikke statenes adgang til å utvide beskyttelsen med hensyn til områder eller handlinger som ikke er omfattet av direktivet, jf. direktivet artikkel 2 nr. 2. I direktivets fortale er det pekt på at statene kan beslutte å utvide anvendelsen av nasjonale bestemmelser til andre områder, med sikte på sikre at det er en «omfattende og

sammenhengende ramme» for beskyttelse varslere på nasjonal plan. Som det fremgår av punkt 4.3 ovenfor, er det vårt syn at arbeidsmiljølovens varslingsregler bør videreføres uendret. Den foreslåtte «EØS-varslingsloven» vil eksistere parallelt med dette varslingsregelverket. Vi tar derfor til orde for en minimumsgjennomføring hva gjelder direktivets materielle virkeområde.

I de svenske og danske forarbeidene er det vist til at en gjennomføring basert på direktivets anvendelsesområde vil innebære en juridisk og ressurskrevende vurderinger av om et varsel faller innenfor eller utenfor lovens anvendelsesområde. I Danmark er derfor gjennomføringsloven gitt anvendelse også på andre alvorlige lovovertridelser og andre alvorlige forhold, mens den i Sverige er gitt anvendelse for «missforholdanden som det finns ett allmanintresse att de kommer fram». Det er vårt syn at de løsninger som er foreslått i Danmark og Sverige ikke vil avhjelpe problemet med vanskelige grenseoppganger, og gi begrenset veiledning til både varslere og varslingsmottaker om hvilke forhold loven omfatter. Den grensedragningsproblematikk som oppstår ved et tosporet system avbøtes noe ved vernet omfatter den som foretar en aktsom og forsvarlig vurdering av EØS-varslingsreglenes virkeområde. En varslere nyter vern etter EØS-varslingslovens regler der vedkommende hadde *rimelig grunn* til å tro at et forhold var omfattet av direktivets virkeområde, selv om dette skulle vise seg ikke å stemme, se nærmere punkt 7.2.1 nedenfor.

Av hensyn til å sikre et mest mulig klart og tilgjengelig regelverk for rettighets- og pliktsubjektene, anbefaler Lund & Co at EØS-varslerloven inneholder en egen bestemmelse om hvilke brudd på EØS-retten det kan varsles om. I tråd med direktivet, vil det være tale om overtridelser av EØS-lovgivning på sentrale områder som offentlige anskaffelser, finansielle tjenester, forbrukervern mv. Slik vi ser det bør imidlertid den nærmere oppstillingen av rettsakter som omfattes av varslingsreglene fremgå av forskrift til loven. Dette henger sammen med hvordan varslingsdirektivets materielle virkeområde er regulert. Direktivets anvendelsesområde fremgår av artikkel 2 som igjen henviser til et vedlegg der det er angitt en rekke direktiver og forordninger innenfor de opplistede områdene. En detaljert oppramsing av alle disse rettsaktene i loven, vil gjøre den uoversiktlig. Det er heller ikke god norsk lovgivningsteknikk å henvise direkte til rettsakter i lovteksten. Også vedleggets dynamiske karakter tilsier at denne bør gjennomføres i forskrift. Vedleggets dynamiske karakter

innebærer at hvis det skjer endringer i en av de opplistede rettsaktene, er det den nye rettsakten som omfattes av varslingsdirektivets virkeområde. Regulering i forskrift legger til rette for en rask endring i tråd med at nye EØS-rettsakter kommer til og gjennomføres i norsk rett.

Slik vi ser det, er det få betenkeligheter forbundet med en slik gjennomføring. Vi erkjenner at lovregulering som utgangspunkt gjør rettighetene og pliktene i direktivet mer synlige og lettere tilgjengelig for brukerne enn regulering i forskrifts form. Lovens ordlyd er viktig for privatpersoner og bedrifter som ønsker å orientere seg om sine rettigheter og plikter. Hensynet til rettsinformasjon vil i noen grad være ivaretatt ved at loven viser til de rettsområder som er omfattet av varslingsreglene, og samtidig klart angir at de konkrete rettsaktene fremgår av forskrift til loven. I tillegg understreker vi betydningen av at det, utover lov og forskriftsregulering, gis omfattende rettsinformasjon til lovens brukergrupper, for å øke forståelsen av hva den nye loven konkret innebærer for deres rettslige stilling. Behovet for rettsinformasjon er særlig presserende i dette tilfellet, ettersom det ikke kan forventes at den som leser lov- og forskriftsteksten umiddelbart vil forstå hvilke forhold det kan varsles om.

Lund & Co antar at nasjonal gjennomføring av endringer i varslingsdirektivets vedlegg sjelden vil reise spørsmål som Stortinget bør ta stilling til. Det bemerkes at de aktuelle rettsaktene inntatt i vedlegget og endringer i disse uansett vil måtte gjennomføres nasjonalt, og i den forbindelse er Stortingets samtykke påkrevd hvis rettsakten er av særlig viktighet eller krever lovvedtak, jf. Grunnloven § 26 andre ledd. At det i tillegg skal kunne *varsles* om overtredelser av det aktuelle regelverket er en direkte konsekvens av varslingsdirektivets aksessoriske og dynamiske karakter. Samlet sett mener derfor Lund & Co at de beste grunner taler for å innta henvisninger til de rettsakter som omfattes av varslingsreglene i forskrifts form.

Vi foreslår at EØS-varslingsloven og den tilhørende forskriften skal vise til de norske gjennomføringsreglene, og ikke utelukkende til listen over rettsakter slik denne gjelder i EØS. Grunnen til det er at de rettsaktene som er inntatt i EØS-avtalen ikke gjelder direkte som norsk rett. EØS-avtalen krever en særskilt *gjennomføringsprosess*, og private og offentlige virksomheter vil derfor ikke være bundet av EØS-rettsaktene direkte, men av den

norske gjennomføringslovgivningen. Dette kunne tilsi at EØS-varslerlovens materielle anvendelsesområde burde være direkte knyttet opp mot de bestemmelser i lov og forskrift som gjennomfører rettsaktene i norsk rett. En slik fremgangsmåte er imidlertid vanskelig å gjennomføre, ettersom det ikke nødvendigvis alltid fremgår klart av rettskildene hvor og hvordan EØS-forpliktelsene er gjennomført. Særlig i tilfeller forpliktelsene er gjennomført i forskrift eller ved konstatering av rettsharmoni, kan det savnes relevante forarbeider som synliggjør gjennomføringen for rettsanvenderne. Å henvise til den norske gjennomføringslovgivningen kan også være problematisk i tilfeller der lovgiver har gått utover det direktivet krever, all den tid de aktuelle lov- eller forskriftsbestemmelsene da har karakter av å være både (gjennomført) EØS-rett og rent nasjonal rett. Lund & Co foreslår derfor at det i loven inntas en generisk henvisning til «bestemmelser i lov eller forskrift som gjennomfører forpliktelser» som faller inn under den nye EØS-varslingslovens anvendelsesområde, jf. utkast til § 2 første ledd bokstav b. Den nærmere oppstillingen av rettsakter følger av forskrift gitt i medhold av bestemmelsen. Dette samsvarer med den løsning som er valgt i tjenesteloven § 17 første ledd bokstav b og andre ledd, jf. tjenesteforskriften § 3.

Vi fremmer ikke forslag om gjennomføring av varslingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav b om overtredelser som skader Unionens interesser, ettersom det må foretas en nærmere vurdering av EØS-relevans og tilpasningstekst.

6.2.2 Unntak fra lovens virkeområde

Lund & Co foreslår at unntakene fra EØS-varslingslovens virkeområde skal fremgå uttrykkelig av lovteksten, jf. utkast til EØS-varslingsloven § 2 andre ledd.

Når det gjelder hensynet til nasjonal sikkerhet, foreslår vi at loven ikke skal gjelde varsler om overtredelser begått i forbindelse med anskaffelser på forsvars- eller sikkerhetsområdet. EØS-avtalen artikkel 123 gir, på samme måte som EU-traktaten artikkel 346, adgang til å gjøre unntak fra alminnelige anskaffelsesregler hvor det er nødvendig for å ivareta statenes nasjonale sikkerhetsinteresser. Det fremgår av anskaffelsesloven § 2 tredje ledd første punktum at loven ikke gjelder for anskaffelser «som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel

123». Vi foreslår å innta en henvisning til denne bestemmelsen i EØS-varslingsloven, jf. utkast til § 2 andre ledd bokstav a.

Vi foreslår at EØS-varslingsloven ikke skal komme til anvendelse på opplysninger som er klassifisert etter sikkerhetsloven § 5-3. Det innebærer blant annet at den som avslører slik informasjon ikke kan påberope loven som grunnlag for å gå fri for ansvar ved brudd på taushetsplikten.

I tråd med direktivet, gis loven ikke anvendelse på opplysninger omfattet av advokaters og helsepersonells taushetsplikt. Advokaters taushetsplikt er hjemlet i straffeloven § 211. Begrunnelsen for den yrkesmessige taushetsplikten er klientens behov for å kunne søke bistand i fortrolighet. Klienten kan likevel samtykke til at taushetsplikten oppheves, og i et slikt tilfelle vil ikke det foreslåtte unntaket fra EØS-varslingslovens anvendelsesområde gjelde.

Hovedregelen om helsepersonells taushetsplikt fremgår av helsepersonelloven § 21. Taushetsplikten skal bidra til at hjelpetrengende oppsøker helsevesenet når de har behov for helsehjelp og i den forbindelse gir nødvendige opplysninger til helsepersonell uten risiko for at informasjonen gis videre. Unntak fra taushetsplikten er hjemlet i helsepersonelloven § 23, og pasienten kan etter § 22 samtykke til at informasjonen gis til andre. Det foreslåtte unntaket fra EØS-varslingslovens anvendelsesområde vil ikke gjelde for slike opplysninger.

Etter norsk rett er det ingen alminnelig taushetsplikt for rettslige rådslagninger og voteringer, utover den generelle plikten til å bevare taushet om noens personlige forhold eller forretningshemmeligheter i domstolloven § 63a. Rådslagningen og stemmegivningen skjer ikke i rettsmøte, og selv om det kan være uheldig og i strid med normen for god dommerskikk at rettens medlemmer uttaler seg om hva som har foregått, er det ikke noe generelt forbud mot dette. På denne bakgrunn foreslår vi ikke noen unntaksbestemmelse i EØS-varslingsloven for rettslige rådslagninger og voteringer.

Vi foreslår at det i EØS-varslingsloven gjøres unntak for saker som behandles etter straffeprosesslovens regler. Det innebærer at loven ikke kommer til anvendelse ved varsler om forhold knyttet til slike straffesaker. Unntaket berører ikke en varslers rett til å påberope

seg lovens bestemmelser under en straffesak, for eksempel som frifinnelsesgrunn ved brudd på taushetsplikt.

7 Vilkår for vern etter loven

7.1 Direktivets bestemmelser

Direktivet oppstiller nærmere vilkår for at varslere skal nyte vern etter direktivet, jf. artikkel 6 nr. 1. For det første må den som varsler ha «rimelig grunn» til å tro at de faktiske forhold det varsles om er korrekte og at de omfattes av direktivets virkeområde, for det andre må vedkommende ha fulgt direktivets fremgangsmåte ved varsling.

Det stilles ingen formkrav til varsler. Direktivet definerer varsel som muntlig eller skriftlig meddelelse av opplysninger om overtredelser, jf. artikkel 5 nr. 3. Overtredelser er definert som handlinger eller unnlatelser som er «ulovlige» og gjelder rettsakter og områder som hører under direktivets materielle anvendelsesområde etter artikkel 2, eller handlinger eller unnlatelser som gjør det mulig å omgå formålet med reglene i de nevnte EU-rettsakter og områder. Direktivet stiller altså ikke krav om lovbrudd, så lenge formålet med de aktuelle reglene er overtrådt, jf. direktivets fortale punkt 42:

«Effektiv afsløring og forebyggelse af alvorlig skade på offentlighedens interesser kræver, at begrebet overtrædelse også omfatter misbrug som defineret i Domstolens retspraksis, nemlig handlinger eller undladelser, der ikke forekommer at være ulovlige i formel henseende, men som gør det muligt at omgå lovens formål eller hensigt.»

Misbruk av rettigheter – «abuse of rights» – er definert i EU-domstolens praksis, se blant annet forente saker C-116/16 and C-117/16 *Skatteministeriet v T Danmark og Y Danmark* (avsnitt 97 og 98):

«As is clear from the Court's case-law, proof of an abusive practice requires, first, a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the EU rules, the purpose of those rules has not been achieved and, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the EU rules by artificially creating the conditions laid down for obtaining it (...).

Examination of a set of facts is therefore needed to establish whether the constituent elements of an abusive practice are present, and in particular whether economic operators have carried out purely formal or artificial transactions devoid of any economic and commercial justification, with the essential aim of benefiting from an improper advantage (...).»

Det kreves ikke at overtredelsen allerede er begått på tidspunktet varselet fremsettes. Opplysninger om overtredelser er i artikkel 5 nr. 2 definert som enhver opplysning, herunder rimelig mistanke, om faktiske eller potensielle overtredelser, som har funnet sted eller med stor sannsynlighet vil finne sted. I fortalen er det vist til at en slik vid beskyttelse er nødvendig for å forebygge overtredelser av EU-retten. Av samme grunn er det også pekt på behovet for å beskytte personer som ikke fremsetter bevis for overtredelser, men som reiser rimelig tvil eller mistanke.⁶⁰

Varslere beskyttes hvis de hadde rimelig grunn til å anta at de forhold det varsles om er korrekte, selv om antakelsen skulle vise seg å være feilaktig. Det fremgår av fortalen at kravet om god tro er en viktig beskyttelse mot ondsinnet, useriøs eller urimelig varsling, ved at personer som bevisst avgir feilaktige eller villedende opplysninger, ikke nyter vern. Det kreves ikke at varsler kan fremskaffe bevis, men samtidig nyter ikke vedkommende vern ved spredning av ubegrunnede rykter. Når vilkåret om god tro er oppfylt, nyter varsleren vern, uavhengig av hva som motiverer vedkommende til å varsle. For å nyte vern må også varsler ha rimelig grunn til å tro at overtredelsen det er snakk om omfattes av direktivets virkeområde.

Varslere nyter bare vern i den grad de opplysningene som ble gitt var nødvendige for å avsløre en overtredelse, eller dersom varsler med rimelighet antok at dette var tilfellet, jf. artikkel 21 nr. 2, 4 og 7. Vernet etter direktivet omfatter ikke bare selve varslingen, men også det forutgående erverv av de aktuelle opplysningene, jf. artikkel 21 nr. 3. Det vises til fremstillingen i punkt 13.1 nedenfor.

⁶⁰ Fortalen avsnitt 43.

Direktivets krav til fremgangsmåte fremgår av artikkel 7, 10 og 15, som regulerer henholdsvis intern varsling, ekstern varsling og avsløringer til offentligheten. Intern varsling er definert som meddelelse av opplysninger om overtredelser innenfor en juridisk enhet i den private eller offentlige sektor, mens ekstern varsling er definert som muntlig eller skriftlig meddelelse av opplysninger om overtredelser til de kompetente myndigheter, jf. henholdsvis artikkel 5 nr. 4 og 5. Offentliggjøring innebærer at opplysninger om overtredelser gjøres tilgjengelig i det offentlige domene, jf. artikkel 5 nr. 6.

Intern og ekstern varsling er etter direktivet likestilte alternativer. Statene skal oppfordre til bruk av interne kanaler før det varsles eksternt dersom overtredelsen kan håndteres effektivt internt og varsler vurderer det slik at det ikke er risiko for represalier, jf. artikkel 7 nr. 2. At intern varsling skal prioriteres er også understreket i direktivets fortale punkt 47:

«For at sikre en effektiv avsløring og forebyggelse af overtrædelser af EU-retten er det afgørende, at de relevante oplysninger hurtigt når frem til dem, der er tættest på kilden til problemet, bedst er i stand til at efterforske og med beføjelser til at afhjælpe det, hvor det er muligt. Principielt bør indberettende personer derfor tilskyndes til først at anvende de interne indberetningskanaler og foretage indberetning til deres arbejdsgiver, hvis de har adgang til sådanne kanaler, og disse med rimelighed kan forventes at fungere. Dette er navnlig tilfældet, hvor indberettende personer er af den opfattelse, at overtrædelser kan imødegås effektivt inden for den relevante organisation, og at der ikke er nogen risiko for represalier.»

Selv om potensielle varslere bør tilskyndes til å benytte interne varslingskanaler, stiller ikke direktivet krav om at slike interne kanaler benyttes før vedkommende kan varsle eksternt, jf. artikkel 10. Varsler står dermed fritt til å velge om han eller hun skal varsle internt eller direkte til den utpekte nasjonale myndigheten. Hovedregelen ved offentliggjøring er derimot at varsler skal forsøke å varsle internt eller eksternt før vedkommende varsler i offentligheten, eksempelvis i media.

Det følger av direktivets artikkel 6 nr. 2 at det er overlatt til medlemsstatene å beslutte om juridiske enheter i privat og offentlig sektor og kompetente myndigheter skal være forpliktet til å ta imot og følge opp anonyme varsler om overtredelser innenfor direktivets virkeområde. Personer som har varslet anonymt og senere identifiseres og utsettes for represalier, skal

likevel nyte beskyttelse etter direktivet dersom de oppfyller ovennevnte betingelser for vern, jf. artikkel 6 nr. 3.

Av direktivets artikkel 6 nr. 4 fremgår det at den som varsler til relevante EU-institusjoner, organer, kontorer eller agenturer nyter vern på samme betingelser som ved ekstern varsling. Vi forskutterer ikke hvilke EØS-tilpasninger som vil måtte foretas, og bestemmelsen adresseres ikke nærmere her.

7.2 Forslag til gjennomføring

7.2.1 Vilkår for å kunne varsle

Lund & Co foreslår å utforme loven slik at de forhold det kan varsles om sammenfaller med direktivets krav. Beskyttelsen vil dermed gjelde både ved varsler om overtredelser som har blitt begått eller overtredelser som mest sannsynlig kommer til å oppstå i en virksomhet som varsler har en arbeidsrelatert tilknytning til. Videre kan det varsles ikke bare om brudd på bestemmelsene angitt i lovforslagets § 2, men også overtredelse av formålet med de aktuelle reglene. Selv om dette ikke vil være å anse som rapportering av lovbrudd, vil det likefullt måtte anses å utgjøre kritikkverdige forhold.

Også kravet til varslerens gode tro er lagt opp i tråd med direktivet. Etter direktivet gjelder det et krav om god tro uavhengig av om det varsles internt, eksternt eller til offentligheten. Etter arbeidsmiljølovens varslingsregler, gjelder derimot kravet om god tro bare ved offentlig rapportering. I lovens forarbeider er det vist til at varsling til offentligheten kan inneholde alvorlige klager som kan spres for allmennheten, slik at skadepotensialet for virksomheten kan være særlig stort dersom det ikke er hold i påstandene.⁶¹ Et krav om god tro gir arbeidsgiver et vern mot grunnløse eller svakt funderte påstander.⁶²

I lovens forarbeider ble det vurdert om det burde stilles krav om et visst grunnlag for en påstand om kritikkverdige forhold også ved varsling til tilsynsmyndigheter mv, men det ble

⁶¹ Prop. 74 L (2018–2019) punkt 9.4.4

⁶² Prop. 74 L (2018–2019) punkt 9.4.4.

ikke vurdert som nødvendig ettersom offentlige organer ville være i stand til å «sile ut» useriøse henvendelser eller behandle disse på en forsvarlig måte.⁶³

Lund & Co ser ikke grunn til å utvide direktivets vern til å favne den som går ut med grunnløse eller svakt funderte påstander, og foreslår at varslervernet skal være betinget av varslers gode tro, uavhengig av varslingskanal.

Etter arbeidsmiljøloven § 2 A-2 tredje ledd, knytter kravet om aktsom god tro seg både til innholdet i varselet og om det faktisk foreligger kritikkverdige forhold, jf. Prop. 74 L (2018–2019) punkt 9.4.4:

«Aktsomhetskravet 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 om forholdene er lovstridige. Det vil ikke være avgjørende om arbeidstaker i etterkant viser seg å ta feil. Det avgjørende vil være hva arbeidstakeren hadde rimelig grunn til å tro ut fra sin posisjon og kompetanse og med 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.»

Lund & Co tar til orde for å benytte samme aktsomhetsnorm i lovutkastet, og anser denne for å oppfylle varslingsdirektivets krav.

7.2.2 Fremgangsmåten ved varsling

En forutsetning for vern etter direktivet er at varsler benytter interne eller eksterne varslingskanaler i tråd med direktivet artikkel 7 eller 10, alternativt offentliggjør opplysningene i tråd med artikkel 15.

Det følger av direktivets artikkel 7 nr. 2 at medlemsstatene skal oppmuntre til rapportering via interne rapporteringskanaler, dersom overtredelsen kan adresseres på en effektiv måte og det ikke foreligger fare for represalier. Likevel kan ikke statene kreve at det først varsles

⁶³ Jf. Ot.prp. nr. 84 (2005–2006) s. 40

internt. Det må således overlates til varsler å avgjøre hvorvidt han ønsker å benytte interne eller eksterne varslingskanaler, jf. direktivets fortale punkt 33.

Etter direktivet kreves det ved intern varsling bare at statene gir vern der varsler benytter en kanal som tilfredsstiller kravene i artikkel 7 flg. Spørsmålet i det følgende er om vernet bør utstrekkes til de tilfeller slike interne rapporteringskanaler mangler, eller der interne varsler fremsettes utenfor disse kanalene. Statene står etter direktivet fritt til å gi varslervern ved øvrige former for intern varsling, og gode grunner kan tilsi at loven bør gi vern også ved intern varsling som skjer utenfor rammene av de foreskrevne interne rapporteringskanaler. I direktivets fortale begrunnes hvorfor potensielle varslere bør tilskyndes til å benytte interne kanaler. Det vises til at en effektiv avsløring og forebygging av overtredelser kan sikres ved at relevante opplysninger raskt når frem til den som er tettest på kilden til problemet, og best er i stand til å etterforske og avhjelpe situasjonen. En ordning hvor intern varsling tilskyndes, vil bidra til å fremme en kultur basert på god kommunikasjon, sosialt ansvar og selvkorreksjon i virksomheten.⁶⁴

I den svenske gjennomføringsloven er varslere gitt vern også der de varsler internt på andre måter enn gjennom interne varslingskanaler der slike ikke finnes. Det er i forarbeidene vist til at forpliktelsen til å opprette slike interne varslingskanaler bare gjelder for virksomheter med mer enn 50 ansatte, slik at mindre virksomheter dermed ville kunne frarøvet varslere beskyttelse ved å avstå fra å opprette slike kanaler. Der slike kanaler faktisk finnes, peker de svenske forarbeidene på at et utvidet vern vil kunne svekke incentivene til å benytte de etablerte varslingskanaler. Det er også pekt på at det kan være urimelig å kreve at rapportering skjer via interne rapporteringskanaler der varsler ennå ikke har begynt i virksomheten. Av den grunn vil vedkommende også nyte vern der intern varsling skjer på andre måter.

For virksomheten vil det være fordelaktig å selv få mulighet til å korrigere feil og uregelmessigheter i virksomheten. Lund & Co mener at den svenske løsningen reflekterer en god avveining av de motstridende hensyn, og foreslår at tilsvarende løsning bør gjelde her. For virksomheter som ikke har opprettet interne varslingskanaler etter direktivet, foreslår vi

⁶⁴ Fortalen premiss 47

derfor at loven skal gi vern hvis arbeidstaker varsler internt til virksomheten eller en representant for denne, i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling, i samsvar med varslingsplikt eller via verneombud, tillitsvalgt eller advokat, smnl. løsningen i aml. § 2 A-2 første ledd.

Et særlig spørsmål er om varsler også skal nyte vern ved *ekstern* varsling som skjer på annen måte enn gjennom de særskilt opprettede eksterne varslingskanaler. Det kan være tale om varsling til korrekt myndighet, men utenfor angitt varslingskanal, eller rapportering til andre offentlige myndigheter enn den særskilt utpekte eksterne varslingsmottakeren. Lund & Co mener det vil være i strid med direktivets system å frata varsler vern dersom vedkommende melder fra til den særskilt utpekte myndighet, men uten å gå veien om den varslingskanal som etableres. Slik vi tolker direktivet, står imidlertid statene fritt til å avgjøre om vernet skal gjelde der vedkommende varsler til en annen myndighet enn den særskilt utpekte.

Etter arbeidsmiljøloven er varsler vernet der vedkommende innrapporterer til offentlige organer som har i oppgave med å håndheve, føre tilsyn eller overvåke gjennomføringen av lover og regler. Aktuelle varslingsmottakere er Datatilsynet, Finanstilsynet, Statsforvalteren, Konkurransetilsynet, Likestillings- og diskrimineringsombudet, Luftfartstilsynet, Mattilsynet, Miljødirektoratet, Petroleumstilsynet, Skattedirektoratet, Statens helsetilsyn, Statens jernbanetilsyn og Økokrim.

I den svenske gjennomføringsloven gis det vern ved ekstern varsling utenom eksterne varslingskanaler, men på strenge vilkår. I forarbeidene er det pekt på at hensynet til de berørte personer tilsier bruk av de eksterne varslingskanalene, all den tid disse er bundet av strenge regler om konfidensialitet mv. Videre er det vist til at en bør sørge for at potensielle varslere har tilstrekkelig incentiver til å benytte eksterne varslingskanaler. Slike incentiver vil mangle, dersom vernet er identisk ved enhver form for ekstern rapportering.⁶⁵ Kompromisset i den svenske loven er derfor at ekstern varsling utenom eksterne varslingskanaler kan skje på samme vilkår som direktivet stiller for offentliggjøring. Hovedregelen er dermed at vedkommende først skal ha varslet eksternt til kompetent myndighet uten at varselet har blitt fulgt opp på adekvat måte. I særlige tilfeller kan også vedkommende varsle direkte til andre

⁶⁵ Prop. 2020/21:193 s. 122.

offentlige myndigheter dersom det foreligger overhengende fare for represalier eller at forholdet ikke adresseres.

Etter vårt syn har den løsning som er valgt i Sverige mye for seg. Terskelen for å si fra om kritikkverdige forhold til offentlige myndigheter bør være lav. Å begrense vernet ved ekstern varsling til personer som har benyttet fremgangsmåten i artikkel 10 vil i realiteten innebære at en potensiell varsler som ikke fester lit til den utpekte varslingsmottaker, tvinges til å gå ut med opplysninger til offentligheten for å nyte vern etter direktivet. En slik ordning strider mot direktivets formål, som går ut på at offentliggjøring er siste utvei. Lund & Co foreslår derfor å åpne for ekstern varsling til en offentlig tilsynsmyndighet eller en annen offentlig myndighet på samme vilkår som offentliggjøring, jf. utkast til § 7 første ledd bokstav d.

Vernet vil dermed være betinget av at vedkommende først har varslet internt og eksternt, eller direkte eksternt gjennom den særskilt opprettede varslingskanalen, uten at mottaker har truffet passende tiltak innenfor den fastsatte frist. Dersom varsler ikke innen lovens frist har mottatt en orientering om hvordan enheten har fulgt opp varselet, eller dersom varslingsmottaker ikke har iverksatt passende undersøkelser eller iverksatt passende tiltak i anledning varselet, vil dermed varsler ha anledning til å henvende seg til en annen offentlig myndighet enn den særskilt utpekte.

7.2.3 Anonyme varsler

Varslingsdirektivet artikkel 6 nr. 2 overlater til medlemsstatene å avgjøre om juridiske enheter i privat og offentlig sektor og kompetente myndigheter skal være forpliktet til å ta imot og følge opp anonyme varsler.

Anonym varsling innebærer at varslerens identitet forblir ukjent for alle, inkludert varslingsmottaker. Å stå frem med ulovlige forhold i en virksomhet man har en arbeidsrelatert tilknytning til, kan medføre belastninger, og mange avstår derfor fra å varsle. En rett til å varsle anonymt vil kunne øke følelsen av trygghet for varsler, og dermed bidra til at det varsles om flere overtredelser av relevant EØS-rett. At en rett til anonym varsling vil kunne senke terskelen for varsling er likevel ikke utelukkende positivt. Ved anonym varsling kan man ikke ansvarliggjøre den som står bak varslingen, noe som gjør det vanskeligere å unngå varsler som er trakasserende i sitt innhold.

En enda viktigere innvending er at anonymitet vanskeliggjør oppfølging og håndtering av varslene. I de fleste tilfeller vil varslingsmottaker ha behov for å kommunisere med varslere for å få utdypet og konkretisert varselet. Dersom varselet er anonymt vil ikke dette være mulig, uten at man samtidig pålegger varslingskanalene å opprette systemer for sikker kommunikasjon med den anonyme varsleren. Dette vil være ressurskrevende og innebære kostnader for virksomhetene. Videre kan anonyme varsler utfordre rettsikkerheten til den varselet gjelder, ved at det kan være vanskeligere å imøtegå anklagene.

Det er ikke krav etter arbeidsmiljøloven at en varslingsrutine skal inneholde en ordning for anonym varsling, og arbeidsgiver bestemmer selv om det er ønskelig å legge til rette for anonym varsling i virksomheten. Behovet for å regulere retten til anonym varsling ble adressert i NOU 2018:6. Utvalget foreslo ikke å innføre en rett til å kunne varsle anonymt slik at arbeidsgiver ville vært forpliktet til å tilrettelegge for og sikre anonyme varslingsordninger. Utvalget anerkjente at dette kunne bidra til at flere varsler, men mente like fullt at ulempene veide tyngre. Det ble vist til at anonym varsling kan vanskeliggjøre undersøkelser av de kritikkverdige forholdene, åpne for sladder og stimulere til en negativ «angiverkultur». Videre ble det pekt på at det ikke alltid vil være mulig å sikre anonymitet i praksis, særlig ved mindre og «gjennomsiktige» virksomheter.⁶⁶ Vi slutter oss til disse betraktningene.

Videre bemerker vi at det uansett er begrenset behov for å pålegge varslingskanalene å ta imot og behandle anonyme varsler, all den tid varsler vil være sikret konfidensialitet om sin identitet. Varslingsmottaker vil kjenne identiteten til den som varsler, men identiteten avsløres ikke for andre enn de som behandler saken, se lovutkastets § 16. Slik konfidensialitet reduserer behovet for anonymitet.

Selv om vi ikke tar til orde for å pålegge interne og eksterne varslingskanaler en forpliktelse til å ta imot og håndtere anonyme varsler, foreslår vi heller ikke å stenge for anonyme varsler. Offentlige og private virksomheter og offentlige organer vil derfor ikke være forhindret fra å legge til rette for anonym varsling. Dersom en virksomhet mottar et anonymt varsel om overtredelser omfattet av direktivet, kan det etter omstendighetene være påkrevd å følge opp

⁶⁶ NOU 2018:6 s. 169.

dette for å overholde plikten til å sikre et fullt ut forsvarlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 4-1 flg. Når en offentlig myndighet blir gjort oppmerksomme på overtredder av relevant EØS-rett, kan også etter omstendighetene ha en plikt til å undersøke dette nærmere.

Det følger av varslingsdirektivet artikkel 6 nr. 3 at personer som har varslet anonymt og senere identifiseres og blir utsatt for represalier, skal være beskyttet av direktivet dersom de oppfyller direktivets øvrige betingelser for vern. Vi foreslår å presisere dette i bestemmelsen om gjengjeldelsesvern, jf. utkastet til § 9 første ledd tredje punktum.

8 Interne varslingskanaler og prosedyrer

8.1 Direktivets bestemmelser

8.1.1 Krav om opprettelse av interne varslingskanaler

Varslingsdirektivet stiller krav til opprettelse av både interne og eksterne varslingskanaler. Forpliktelsen til å etablere interne varslingskanaler er regulert i direktivet artikkel 8.

Etter artikkel 8 nr. 1 skal medlemsstatene sikre at juridiske enheter i privat og offentlig sektor etablerer kanaler og fastlegger prosedyrer for intern varslings og oppfølging, etter konsultasjon med og i henhold til avtale med arbeidslivets parter der dette er fastsatt i nasjonal rett. Varslingskanalene skal sette arbeidstakere og eventuelt også øvrige personkategorier nevnt i direktivet artikkel 4 nr. 1 og 2 i stand til å varsle om overtredder, jf. artikkel 8 nr. 2. Bestemmelsen inneholder ingen henvisning til personkategoriene nevnt i artikkel 4 nr. 3, hvilket betyr at varslingskanalene ikke skal være innrettet mot personer som erverver opplysninger i forbindelse med en ansettelsesprosess eller prekontraktuelle forhandlinger.

Alle virksomheter med 50 eller flere ansatte plikter å etablere interne varslingskanaler, uavhengig av hva slags aktivitet de utøver, jf. artikkel 8 nr. 3. Begrensningen på 50 ansatte gjelder ikke virksomheter som opererer innen områdene listet opp i direktivets vedlegg del IB og del II, jf. direktivets artikkel 8 nr. 4. Artikkel 8 nr. 4 lest i sammenheng med artikkel 3 nr. 1 innebærer at særlige sektorspesifikke regler om beskyttelse av varslere etter EU-rettsakter nevnt i bilag 1.B og II fortsatt gjelder, og at varslingsdirektivet gjelder for alle forhold som ikke er regulert i disse sektorspesifikke rettsaktene.

Direktivet åpner for at medlemsstatene kan kreve at også virksomheter i privat sektor med færre enn 50 ansatte skal ha interne varslingskanaler og prosedyrer etter en risikovurdering ut fra enhetens aktiviteter, jf. artikkel 8 nr. 7. Enhver slik beslutning skal underrettes EU-kommisjonen og underretningen skal inneholde en begrunnelse for beslutningen og angi de kriterier som er anvendt i forbindelse med risikovurderingen, jf. artikkel 8 nr. 8. Kommisjonen skal meddele beslutningen til de øvrige medlemsstatene.

Det er opp til den enkelte juridiske enhet å definere hva slags varslingskanal som skal etableres, jf. artikkel 8 nr. 5. Kanalen kan drives internt av en særlig utpekt person eller avdeling, alternativt leveres eksternt av en tredjepart, eksempelvis et advokatkontor eller revisjonsselskap, eller representanter for fagforeninger eller arbeidstakere.⁶⁷ Forutsetningen er at slike tredjeparter kan sikre uavhengighet, fortrolighet, personvern og taushetsplikt.⁶⁸

Juridiske enheter i privat sektor med mellom 50 og 249 ansatte kan gå sammen om mottak og håndtering av varsler, jf. artikkel 8 nr. 6. Motsetningsvis må større enheter opprette egne varslingskanaler.

Plikten til å opprette interne varslingskanaler gjelder alle juridiske enheter i offentlig sektor, herunder enhver enhet som eies eller kontrolleres av slike enheter, jf. artikkel 8 nr. 9. Medlemsstatene kan likevel unnta kommuner med færre enn 10.000 innbyggere, og videre unnta juridiske enheter i offentlig sektor med færre enn 50 arbeidstakere fra plikten.

Medlemsstatene kan fastsette at interne varslingskanaler kan deles mellom kommuner eller drives av felles kommunale enheter i overensstemmelse med nasjonal rett, forutsatt at de sikres uavhengighet fra relevante eksterne varslingskanaler.

8.1.2 Prosedyrer for interne varslingskanaler

Når et varsel er inngitt til en intern varslingskanal, skal dette håndteres i tråd med de krav som er angitt i direktivets artikkel 9. Interne varslingskanaler skal være etablert og drevet på en sikker måte, slik at identiteten til varsler og berørte tredjepersoner holdes konfidensiell, og uautoriserte ansatte hindres tilgang til opplysningene, jf. artikkel 9 første ledd bokstav a.

⁶⁷ Fortalen avsnitt 54.

⁶⁸ Fortalen avsnitt 54.

Varslingskanalene skal bekrefte at varselet er mottatt innen syv dager etter mottak, jf. artikkel 9 nr. 1 bokstav b. Plikten må sees i sammenheng med bestemmelsens bokstav f, hvor det fremgår at varsler skal få tilbakemelding innen rimelig tid, senest innen tre måneder. Tremånedersfristen løper fra tidspunktet for bekreftelsen av mottaket, alternativt etter syv dager etter mottak, dersom slik bekreftelse ikke er gitt. Tilbakemeldingen skal omfatte planlagte og iverksatte skritt for å følge opp varselet, og ledsages av en begrunnelse. Hvis den relevante oppfølging ennå ikke er klarlagt, bør varsles orienteres om dette, og om eventuell ytterligere tilbakemelding kan forventes.⁶⁹ Disse tidsfristene er ment å tilskynde virksomheter til å følge opp varsler.

Etter direktivet artikkel 9 første ledd bokstav c skal det utpekes en upartisk person eller avdeling som skal ha kompetanse til å følge opp varselet, holde kontakten med og gi tilbakemelding til varsler, og om nødvendig innhente ytterligere informasjon. Det skal foretas en «omhyggelig oppfølging», jf. bokstav d. Oppfølging kan blant annet bestå i henvisning til andre kanaler eller prosedyrer, avslutning av behandlingen av varselet på grunn av utilstrekkelig bevismateriale eller andre grunner, iverksettelse av intern undersøkelse eller iverksettelse av tiltak for å løse problemet. Det er adgang til å be varsler om ytterligere opplysninger i saken, men varsler har ikke plikt til å avgi slike.⁷⁰

Det foreligger plikt til å følge opp anonyme varsler dersom dette fremgår av nasjonal rett.

Det skal videre gis klare og lett tilgjengelige opplysninger om fremgangsmåten ved ekstern varsling til kompetent myndighet etter artikkel 10, og til EUs organer der dette er relevant, jf. bokstav g.

Varslingskanalen må legge til rette for at personer kan varsle skriftlig, muntlig eller både skriftlig og muntlig, jf. artikkel 9 nr. 2. Skriftlig varsling kan skje via post, en fysisk klageboks eller en online-plattform.⁷¹ Muntlig varsling kan skje via telefon, et talemeldingssystem eller – dersom varsler ønsker det – ved fysisk møte innen rimelig tid.

⁶⁹ Fortalen avsnitt 58.

⁷⁰ Se Fortalen avsnitt 57.

⁷¹ Se fortalens avsnitt 53.

8.2 Forslag til gjennomføring

8.2.1 Hvilke virksomheter i privat sektor skal omfattes av reglene om interne varslingskanaler?

For privat sektor følger det av artikkel 8 nr. 3 at forpliktelsen til å opprette interne varslingskanaler bare gjelder juridiske enheter med 50 eller flere arbeidstakere. Direktivet gir ingen anvisning på hva som menes med juridisk enhet (på engelsk «legal entity»). Fortalen punkt 48 gir en viss veiledning for tolkningen. Her heter det at virksomheter med 50 eller flere arbeidstakere skal være underlagt forpliktelsen «uanset arten af deres aktiviteter og baseret på deres forpligtelse til at opkræve moms».⁷² Hovedregelen i norsk rett er at alle virksomheter med en viss omsetning skal være registrert i Merverdiavgiftsregisteret. Beløpsgrensen er 50 000 kroner for næringsdrivende og offentlig virksomhet, og 140 000 kroner for veldedige og allmennyttige organisasjoner, jf. merverdiavgiftsloven § 2-1.⁷³ Det må antas at virksomheter med mer enn 50 ansatte i praksis vil være mva-registrert, slik at skillet mellom momspliktige og ikke-momspliktige virksomheter har liten praktisk betydning. Slik vi ser det vil det også være vilkårlig å holde større virksomheter som driver med virksomhet som ikke er merverdiavgiftspliktig, slik som utleie av eiendom, utenfor lovens virkeområde som følge av hvordan vårt merverdiavgiftsregelverk er innrettet.⁷⁴ Etter vårt syn bør begrepet «juridisk enhet» sammenfalle med det rettssubjektet som er arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd. Dersom arbeidsavtalen er inngått med et aksjeselskap eller annen type selskapsform, stiftelse, forening, andelslag mv. er det denne virksomheten som normalt er arbeidsgiver. I lovforslaget har vi benyttet «virksomhet» som begrep, ettersom dette gjennomgående benyttes i arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Direktivet inneholder ingen nærmere regulering av hvordan antall arbeidstakere skal beregnes. I arbeidsmiljøloven §§ 2 A-6, 2-7 og 8-1 brukes kriteriet «jevnlig sysselsetter». Beregningsmåten i arbeidsmiljølovens ulike bestemmelser er ikke nødvendigvis lik. Paragraf

⁷² Dette kommer klarere til uttrykk i de andre språkversjonene. I den engelske versjonen står det at forpliktelsen gjelder «irrespective of the nature of their activities, based on their obligation to collect VAT.»

⁷³ Det finnes noen typer varer og tjenester som ikke er momspliktige. Det er kun den avgiftspliktige delen av omsetningen som teller med ved avgjørelsen av om en virksomhet skal være registrert.

⁷⁴ Slike virksomheter vil uansett ofte være frivillig registrert i medhold av merverdiavgiftsloven § 2-3, for å få rett til fradrag for inngående merverdiavgift.

8-1 bygger på direktiv 2002/14/EF om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere. Det følger av forarbeidene at både heltids- og deltidsstillinger skal medregnes, uten at det i forarbeidene er gitt en nedre grense for stillingsprosent.⁷⁵ For arbeidsmiljøutvalg etter § 7-1 er det i forskrift presisert at beregningen skal bygge på gjennomsnittlig antall ansatte i det siste kalenderåret som har hatt mer enn 20 timers ukentlig arbeidstid.⁷⁶ For arbeidsmiljøloven § 2A-6 står følgende i lovens forarbeider:

«Ved beregningen av antall arbeidstakere skal medregnes alle med et ansettelsesforhold i virksomheten, herunder både faste og midlertidig ansatte. Arbeidstakere som er innleid i virksomheten skal også omfattes, både i den forstand at innleide skal være omfattet av varslingsrutinene som sådan, og ved at de skal telle med i forhold til terskelverdien i bestemmelsen. Hva som ligger i vilkåret «jevnlig sysselsetter» må vurderes skjønnsmessig ut fra en konkret vurdering, hvor blant annet omfang og varighet i bruken av midlertidige og innleide arbeidstakere over tid vil være sentrale momenter.»⁷⁷

I den svenske varslingsloven er beregningstidspunktet knyttet til inngangen av kalenderåret. Dette fanger ikke opp sesongbaserte virksomheter for eksempel innenfor reiselivsbransjen.

Vi foreslår at plikten til å etablere interne varslingskanaler skal omfatte alle juridiske enheter i privat sektor som sysselsetter minst 50 arbeidstakere eller har gjort det i løpet av de siste tolv månedene. Både faste og midlertidige ansatte i heltids- og deltidsstillinger skal medregnes. Det samme gjelder arbeidstakere som er innleid i virksomheten.

Plikten til å etablere interne varslingskanaler gjelder etter direktivet artikkel 8 nr. 4 også for private virksomheter med under 50 ansatte dersom virksomheten er forpliktet til å etablere interne varslingskanaler i henhold til de EU-rettsakter som er omhandlet i bilagets del 1.B og II, jf. fortalen punkt 50:

«Fritagelse af mikrovirksomheder og små virksomheder fra pligten til at etablere interne indberetningskanaler bør ikke gælde for private virksomheder, der er forpligtet

⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 124 og 312.

⁷⁶ Jf. forskrift 6. desember 2011 nr. 1355 om organisering, ledelse og medvirkning § 3-7.

⁷⁷ Se Prop. 72 L (2016-2017) s. 35.

til at etablere interne indberetningskanaler i henhold til de EU-retsakter, der er omhandlet i bilagets del I.B og II.»

Lund & Co foreslår å innta en forskriftshjemmel, hvor det fremgår at departementet kan bestemme at virksomheter i privat sektor med under 50 ansatte også plikter å etablere interne varslingskanaler. Forskriftshjemmelen vil åpne for at departementet kan la plikten til å opprette varslingskanaler omfatte virksomheter som er forpliktet til dette i henhold til rettsakter som er listet opp i varslingsdirektivets bilag del 1.B og II. Dette er først og fremst forpliktelser innenfor finansiell tjenesteyting, forebygging av hvitvasking og terrorisme.

Et særlig spørsmål er om og eventuelt i hvilke tilfeller virksomheter med mindre enn 50 ansatte bør være omfattet av plikten til å etablere varslingskanaler i *øvrige tilfeller*. Virksomheter med mer enn 50 ansatte utgjør bare ca. 1,5 % av alle virksomheter i Norge, slik at svært få virksomheter vil ha plikt til å etablere interne varslingskanaler ved en gjennomføring i tråd med direktivets minstekrav.⁷⁸ Det kan imidlertid være byrdefullt for mindre virksomheter å oppfylle direktivets detaljerte krav. Direktivets regler om interne varslingskanaler synes videre primært å være utformet med sikte på større virksomheter. Eksempelvis vil det i mindre virksomheter være vanskeligere å holde varslerens identitet konfidensiell eller å sikre at personen som mottar og håndterer varselet er tilstrekkelig uavhengig. Vi peker videre på at arbeidstakere, innleide og personer nevnt i arbeidsmiljøloven § 1-6 allerede har et robust vern etter arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling. Vi foreslår likevel å utforme forskriftshjemmelen i lovforslaget § 10 andre ledd mer åpent, slik at departementet kan vurdere behovet for å pålegge virksomheter under 50 ansatte å etablere interne varslingskanaler. En eventuell plikt for mindre bedrifter bør være basert på en risikovurdering ut fra enhetens aktiviteter, jf. varslingsdirektivet artikkel 8 nr. 7.

I tråd med direktivets artikkel 8 nr. 6 foreslår vi at virksomheter i privat sektor med 50 til 249 arbeidstakere skal ha anledning til å dele ressurser med hensyn til mottak av varsler og eventuelle undersøkelser som må foretas. Øvrige funksjoner, slik som kontakt med varsleren, vil ikke kunne deles. Å dele funksjoner kan bidra til at de administrative og økonomiske

⁷⁸ SSB per januar 2021 <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/virksomheter-og-foretak/statistikk/virksomheter>.

byrdene minskes, og at mellomstore virksomheter får en mer effektiv intern varslingskanal. De muligheter direktivet gir til å dele funksjoner bør derfor etter vårt syn benyttes.

Adgangen til å dele ressurser gjelder etter direktivet bare for virksomheter med 50 til 249 ansatte. Den øvre grensen må forstås slik at det ikke er adgang til slik deling for virksomheter med over 250 ansatte.

I forbindelse med gjennomføringen av direktivet i andre europeiske land, har det særlig vært diskutert hvorvidt virksomheter som inngår i et konsern kan opprette felles varslingskanaler. EU-kommisjonen har i to brev fra juni 2021 uttalt at én felles varslingskanal i konsernet ikke er tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav. Fra brev 2. juni 2021 gjengis:

«Article 8(3), which provides that “Paragraph 1 [the obligation to establish channels and procedures for internal reporting] shall apply to legal entities in the private sector with 50 or more workers”, does not make any exemption for distinct legal entities belonging to the same corporate group. This entails that reporting channels cannot be established in a centralised manner only at group level; all medium-sized and large companies belonging to a group remain obliged to have each their own channels.»⁷⁹

Fra brev 29. juni 2021 gjengis:

«The provision in Article 8(3) leaves no room for interpretation: each legal entity with 50 or more workers is required to set up channels and procedures for internal reporting, even where such legal entities belong to a group of companies. Any different interpretation would be contra legem.

This said, the Directive does not prohibit maintaining or creating also centralised whistleblowing functions within a group. The Directive requires that, in addition, where the group comprises entities with 50 or more workers, each one of them set up and operate its own internal channels (Article 8(3)). Where such central group whistleblowing function exists within a group, it will then be the whistleblower’s choice to decide whether to report

⁷⁹ Se EU-kommisjonens uttalelse JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215.

at that level (...) or at the level of the subsidiary where s/he works, depending on the specific circumstances of each case.»⁸⁰

Kommisjonen viste til at virksomheter med 50-249 ansatte kan dele ressurser, uavhengig av om selskapene inngår i et konsern:

«Article 8(6) allows medium-sized companies them to share resources as regards the receipt of reports and any investigation to be carried out. It should be underlined that the responsibility to maintain confidentiality, to give feedback, and to address the reported breach remains, however, with each medium-sized company concerned. Only medium-sized companies can benefit from this possibility, but this applies both to distinct companies with no link to each other and to companies that belong to the same group.»

Danmark har i sin gjennomføringslov åpnet for at virksomheter som inngår i et konsern kan etablere felles varslingsordninger, jf. lov om beskyttelse af whistleblowere § 9 nr. 3. På grunn at den uklarhet som hersker, er det likevel innført en bestemmelse i loven som gir justisministeren hjemmel til å fastsette regler om at det likevel ikke er mulig å opprette konsernfelles ordninger.

8.2.2 Hvilke aktører i offentlig sektor skal omfattes av reglene om interne varslingskanaler?

For offentlig sektor følger det av artikkel 8 nr. 9 at forpliktelsen til å opprette interne varslingskanaler gjelder alle offentlige juridiske enheter, herunder enhver enhet som eies eller kontrolleres av offentlige juridiske enheter. Som nevnt i punkt 8.2.1 inneholder ikke direktivet noen definisjon av juridisk enhet. For offentlig sektor gir fortalen punkt 52 en viss veiledning for tolkningen. Det står her at forpliktelsen til å opprette interne varslingskanaler gjelder alle ordregivende myndigheter og enheter på lokalt, regionalt eller nasjonalt nivå. Forpliktelsene gjelder altså alle statlige, fylkeskommunale og kommunale virksomheter.

For kommunal sektor vil det som utgangspunkt være i samsvar med direktivet å forstå enhetsbegrepet på samme måte som virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven. Etter norsk rett er en kommune som utgangspunkt å anse som én virksomhet etter arbeidsmiljølovens regler,

⁸⁰ Se EU-kommisjonens uttalelse JUST/C2/MM/rp/ (2021)4667786.

selv om en kommune kan være delt inn i flere etater.⁸¹ Kommunale foretak er etter kommuneloven § 9-1 en del av kommunen og kan derfor ikke anses som en egen virksomhet etter arbeidsmiljølovens regler. Derimot vil interkommunale selskaper som er egne rettssubjekter eller aksjeselskap som kommunen eier, normalt måtte anses som egne virksomheter.

For statlig sektor er virksomhet også et gjennomgående begrep i statsansatteloven. Virksomhetsbegrepet er ikke definert i loven, men departementet har i Prop. 94 L (2016-2017) s. 213 uttalt at Hovedavtalens virksomhetsdefinisjon som oftest vil tilsvare virksomhetsbegrepet etter loven. Det følger av Hovedavtalen i staten § 4 nr. 2 at det med virksomhet menes «hver statsetat eller institusjon» slik at «f.eks. et departement, en etat og hvert enkelt universitet [blir] å betrakte som en virksomhet.» Direktivet kan ikke forstås slik at staten må anses som én juridisk enhet. Både artikkel 8 og fortalet synes å forutsette at staten kan være delt inn i flere enheter, og etter vår mening vil det være i samsvar med direktivet å legge til grunn virksomhetsbegrepet i statsansatteloven.

Direktivet gir mulighet til å unnta kommuner med færre enn 10 000 innbyggere eller mindre enn 50 ansatte, og andre offentlige enheter med mindre enn 50 ansatte. Vi foreslår at virksomheter i offentlig og privat sektor likestilles, slik at virksomheter i offentlig sektor med mindre enn 50 ansatte ikke har plikt til å opprette interne varslingskanaler. Dette er også løsningen i Sverige.

I likhet med Sverige og Danmark ser vi ikke grunn til å unnta kommuner med under 10 000 innbyggere fra nevnte plikt. I dag er det omtrent 240 kommuner i Norge som har under 10 000 innbyggere, slik at flesteparten av kommunene i Norge ville vært unntatt, til tross for mange har hundrevis av ansatte. Ifølge SSBs statistikk har alle kommuner i dag over 50 ansatte.⁸² Vi har vanskelig for å se at det skal medføre større problemer for kommuner med 50 ansatte å etablere interne varslingskanaler enn virksomheter i privat sektor med samme antall ansatte.

⁸¹ Rt-1998-1357, NOU 1996:6 punkt 3.6 og LB-1999-2678.

⁸² SSBs statistikk «Sysselsatte personer i kommunal sektor, etter funksjon (K) 2015 – 2020» på <https://www.ssb.no/statbank/table/11917/>

Lund & Co foreslår at adgangen direktivet gir til å la kommuner opprette felles interne varslingskanaler benyttes. Kommuneloven gir hjemmel for interkommunale samarbeidsordninger og interkommunale samarbeid er svært vanlig i Norge. Direktivet angir ingen øvre grense på 249 ansatte for å kunne opprette felles interne varslingskanaler, og vi ser ikke grunn til å foreslå noe slikt tak.⁸³ Når det gjelder hvilke funksjoner som kan deles, er det ingen begrensninger i direktivet.⁸⁴ Vi foreslår at alle funksjoner kan deles, men bemerker at den enkelte kommune fremdeles vil ha et selvstendig ansvar for at EØS-varslingsloven og arbeidsmiljøloven følges.

8.2.3 Plikt til å peke ut ansvarlige personer og enheter

Direktivet åpner for at varslingskanalene kan drives internt av en person eller avdeling utpekt til dette formålet, eller leveres eksternt av en tredjepart, jf. artikkel 8 nr. 5. Kravene til prosedyrer for mottak og behandling av varsler, jf. artikkel 9 nr. 1, gjelder også for utpekte tredjeparter som håndterer en intern varslingskanal på vegne av en virksomhet.

Det fremgår av direktivets fortale at personen eller avdelingen som mottar og håndterer varsler bør være uavhengig, og ha en stilling som sikrer at interessekonflikter ikke oppstår.⁸⁵ I mindre enheter kan funksjonen ivaretas hos en ansatt i virksomheten, som kan meddele direkte til virksomhetens leder, eksempelvis en ledende HR-ansatt, juridisk ansatt, finansdirektør, ledende revisor eller styremedlem. For at en tredjepart skal kunne motta varsler i privat eller offentlig sektor, må den gi tilstrekkelig garantier for uavhengighet, konfidensialitet, personvern og taushetsplikt. En slik tredjepart kan være eksterne varslingsplattformer, eksterne advokater, revisorer, tillitsvalgte eller arbeidstakerrepresentanter.

For å oppfylle forpliktelsene etter direktivet foreslår vi en lovbestemmelse om at virksomheter som plikter å ha interne varslingskanaler, utpeker en uavhengig ansatt eller avdeling som i samsvar med lovens krav skal motta varsler og ha kontakt med varsleren, følge opp varsler og gi tilbakemelding til varsler. Videre foreslår vi at det bør komme til

⁸³ I dag er det rundt 300 kommuner som har over 249 ansatte, se SSBs statistikk «Sysselsatte personer i kommunal sektor, etter funksjon (K) 2015 – 2020» på <https://www.ssb.no/statbank/table/11917/>

⁸⁴ Se motsetningsvis direktivet artikkel 8 nr. 6 som begrenser hvilke funksjoner private virksomheter kan dele.

⁸⁵ Fortalen avsnitt 56.

uttrykk i loven at de nevnte oppgavene kan ivaretas av en ekstern og uavhengig tredjepart, som skal være underlagt de samme krav til behandlingen. Det vises til utkast til § 11 første ledd og merknadene til bestemmelsen.

8.2.4 Utforming av interne varslingskanaler

Interne varslingskanaler skal etter direktivets artikkel 8 nr. 2 gi enhetens arbeidstakere mulighet til å varsle. Også andre personer, herunder selvstendig næringsdrivende, aksjonærer, frivillige og praktikanter som er i kontakt med enheten i arbeidsrelatert sammenheng, kan gis mulighet til å varsle via interne varslingskanaler. I den danske loven er det lagt opp til at den enkelte enhet selv skal vurdere om andre enn arbeidstakere skal ha rett til å varsle gjennom virksomhetens interne varslingskanal. I den svenske varslingsloven kan de samme personer som er omfattet av lovens varslervern varsle via interne kanaler. Ansatte som ikke har tiltrådt eller som har sluttet er likevel ikke omfattet.

Slik vi ser det er det hensiktsmessig at interne varslingskanaler benyttes i størst mulig utstrekning. Det vil gjerne være i virksomhetens interesse å stille slike interne kanaler tilgjengelig for potensielle varslere, ettersom alternativet gjerne er at vedkommende varler eksternt. Lund & Co tar derfor til orde for at slike interne kanaler skal stilles til rådighet for alle personkategorier omfattet av lovens personelle virkeområde, med unntak av personer som ennå ikke har påbegynt sitt arbeidsrelaterte forhold, men har ervervet opplysninger i forbindelse med en ansettelsesprosess eller kontraktsforhandlinger. Det vises til lovutkastet § 10 første ledd.

8.2.5 Ulike måter å varsle på

Etter artikkel 9 nr. 2 skal kanalene for intern varsling gjøre det mulig å varsle muntlig eller skriftlig, eller begge deler, på nærmere angitte måter. Etter arbeidsmiljølovens regler gjelder ingen formkrav til varselet, og både muntlige og skriftlige ytringer kan regnes som et varsel. Vi ser heller ingen grunn til å utforme særskilte formkrav etter EØS-varslingsloven. Vi foreslår å innføre en bestemmelse om at en virksomhet skal utforme sine interne varslingskanaler og prosedyrer slik at det kan varsles både skriftlig og muntlig. Slik vi ser det er det ikke nødvendig å presisere den nærmere fremgangsmåten for slike varsler, utover at arbeidsgiver skal sørge for at det kan varsles muntlig i fysisk møte dersom varsleren ber om

det. I slike tilfeller skal arbeidsgiver sørge for at møtet blir avholdt innen rimelig tid etter at arbeidsgiver mottok begjæringen om det.

8.2.6 Konfidensialitet

Formålet med de interne og eksterne varslingskanalene er å legge til rette for at brudd på EU/EØS-retten blir avdekket. For at kanalene skal kunne tjene sitt formål, kreves det at disse oppfattes som sikre og trygge. Etter varslingsdirektivet artikkel 9 nr. 1 bokstav a skal interne varslingskanaler utformes og drives på en sikker måte som sikrer konfidensiell behandling av varslers identitet og enhver tredjepart nevnt i varselet. Krav til konfidensialitet er nærmere utdypet i direktivets artikkel 16 og 22, se omtalen i punkt 10.1 nedenfor.

8.2.7 Bekreftelse på mottatt varsel, oppfølging av varselet og tilbakemelding til varslers

Etter direktivets artikkel 9 nr. 1 bokstav b skal det gis en bekreftelse til varsleren innen syv dager etter at varselet er mottatt. Det bør derfor innføres en bestemmelse om at virksomheten er forpliktet til å bekrefte mottak av varselet snarest mulig og senest innen syv dager. Det er ikke noe til hinder for at det kan gis en generert automatisk bekreftelse, for eksempel ved varsel via internettplattformer.

Oppfølgingen skal etter direktivet være «omhyggelig», jf. artikkel 9 nr. 1 bokstav d. Hva som utgjør en adekvat oppfølging, må vurderes konkret i hver enkelt sak. Som etter arbeidsmiljøloven vil arbeidsgiver ikke ha plikt til å foreta grundigere undersøkelser enn det varselet saklig sett gir grunnlag for. Dersom det uten videre kan slås fast at varselet er grunnløst vil en slik konstatering kunne være nok.

Når det gjelder frister for tilbakemelding, foreslår vi at virksomheten må gi tilbakemelding innen rimelig tid, med den presisering at rimelig tid aldri kan overstige tre måneder fra bekreftelsen av mottatt varsel. Hvis det ikke er sendt bekreftelse etter artikkel 9 nr. 1 bokstav b, løper tremånedersfristen fra syv dager etter at varsel ble inngitt. Dersom varslingsmottaker

på dette tidspunktet ennå ikke har bestemt hvordan varselet skal følges opp, må varsleren få beskjed om dette og om ytterligere tilbakemelding kan forventes.⁸⁶

8.2.8 Drøftelse med tillitsvalgte om etablering og utforming av varslingskanalene

Etter direktivets artikkel 8 nr. 1 skal etablering og utforming av interne varslingskanaler skje etter konsultasjon av og i henhold til avtale med arbeidslivets parter, der dette er fastsatt i nasjonal rett. I norsk rett finnes det en rekke lov- og tariffbestemmelser om drøftelsesplikt med de tillitsvalgte. For varslingsreglene følger det av arbeidsmiljøloven § 2 A-6 andre ledd at varslingsrutinene skal utarbeides i tilknytning til virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte. Dette kravet til arbeidstakermedvirkning følger allerede av sammenhengen med arbeidsmiljøloven § 3-1.⁸⁷

Lund & Co foreslår at det lovfestes i EØS-varslingsloven at etableringen og utformingen av interne varslingskanaler skal skje i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte, jf. utkast til § 10 første ledd. Begrepet «tillitsvalgte» skal forstås på samme måte som arbeidsmiljøloven § 2 A-6 andre ledd, slik at det ikke bare omfatter tillitsvalgte i tariffrettslig forstand, men også blant andre verneombud eller andre valgte tillitspersoner for arbeidstakerne.⁸⁸ Dersom det ikke oppnås enighet, vil det ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett å utforme varslingskanalene innenfor de rammene som følger av varslingslovens og arbeidsmiljølovens regler.

8.2.9 Informasjonsplikt om interne og eksterne varslingskanaler

Det fremgår av direktivet artikkel 7 nr. 3 at det skal gis passende informasjon om de interne varslingskanalene. Etter artikkel 9 nr. 3 bokstav g skal det også gis klare og lett tilgjengelige opplysninger om prosedyrene for varsling eksternt til kompetente myndigheter og, i relevante tilfeller, til EUs institusjoner og organer. Kravene til informasjon er nærmere utdypet i fortalen punkt 59, hvor det understrekes at potensielle varslere må settes i stand til å treffe en informert beslutning:

⁸⁶ Se Fortalen avsnitt 58.

⁸⁷ Prop. 72 L (2016-2017) s. 35.

⁸⁸ Se Prop. 72 L (2016-2017) s. 35 om forståelsen av begrepet «tillitsvalgte» i arbeidsmiljøloven § 2 A-6.

«Det er afgørende, at disse oplysninger er klare og let tilgængelige, herunder så vidt muligt også for andre personer end arbejdstagere, som kommer i kontakt med enheden gennem deres arbejdsrelaterede aktiviteter, såsom tjenesteydere, distributører, leverandører og forretningspartnere. For eksempel kan sådanne oplysninger offentliggøres på et synligt sted, der er tilgængelig for alle sådanne personer, og på enhedens websted, og de kunne også inkluderes i kurser og uddannelsesseminarer om etik og integritet.»

På bakgrunn av direktivets krav må det innføres en bestemmelse om at virksomheten er forpliktet til å gi klar og lett tilgjengelig informasjon om relevante interne og eksterne varslingskanaler. Virksomhetene skal etter forslaget stå fritt til å bestemme hvordan informasjon skal gis, så lenge informasjonen er klar og lett tilgjengelig. Dette er løsningen etter arbeidsmiljøloven § 2 A-6 femte ledd, hvor det fremgår at varslingsrutinene skal være lett tilgjengelig for alle arbeidstakere. Etter arbeidsmiljøloven er det ikke krav om at arbeidsgiver sender ut rutinene eller på annen måte aktivt sørger for å gjøre disse kjent for alle ansatte. Det avgjørende er at de ansatte ved behov lett kan finne frem til rutinene. Det kan for eksempel gjøres ved at rutinene inntas i personalreglementet, legges ut på virksomhetens nettsider eller ved oppslag på egnet sted i virksomheten.

9 Eksterne varslingskanaler og prosedyrer

9.1 Direktivets bestemmelser

9.1.1 Plikten til å peke ut kompetent myndighet og opprette eksterne varslingskanaler

Plikten til å opprette eksterne varslingskanaler til å følge opp varsler er regulert i direktivet artikkel 11. Medlemsstatene skal peke ut de myndigheter som skal ha ansvaret for å motta, gi tilbakemelding om og følge opp varsler, jf. artikkel 11 nr. 1. De kompetente myndighetene skal sikres tilstrekkelige ressurser. Medlemsstatene skal sikre at de kompetente myndigheter etablerer uavhengige og eksterne varslingskanaler, jf. artikkel 11 nr. 2 bokstav a. Formålet med forpliktelsen til å opprette eksterne varslingskanaler er å styrke potensielle varslers tillit

til at varslet håndteres effektivt, for på denne måten å legge til rette for varsling.⁸⁹ Det fremgår av direktivets fortale at manglende tillit til varslingsens effektivitet er en av de viktigste faktorene som gjør at personer avstår fra å varsle.⁹⁰

I direktivets fortale er det vist til spesifikke EU-rettsakter som krever etablering av interne og eksterne varslingskanaler, og det uttales at varslingsdirektivets forpliktelser til å utarbeide varslingskanaler så vidt mulig bør bygge på slike eksisterende kanaler.⁹¹

9.1.2 Tidsfrister

Etter mottak av et varsel skal de kompetente myndigheter straks, og senest innen syv dager, bekrefte mottakelsen, jf. artikkel 11 nr. 2 bokstav b. Plikten til å bekrefte mottak gjelder med mindre varsleren uttrykkelig har ytret ønske om annet, eller den kompetente myndighet har rimelig grunn til å anta at en bekreftelse ville kunne sette beskyttelsen av varslers identitet i fare. Videre skal statene sikre at de kompetente myndigheter gir tilbakemelding til varsler innen rimelig frist, jf. bokstav d. Hva som vil utgjøre «rimelig» tid vil avhenge av hvor raskt varslingsaken bør løses, samt behovet for å unngå unødvendige avsløringer.⁹² Fristen for å gi tilbakemelding til varsler etter bokstav d er i utgangspunktet tre måneder, men er utvidet til seks måneder i særskilt begrunnede tilfeller. Det fremgår av fortalen at det siktes til tilfeller der varselets art og kompleksitet kan kreve langvarige undersøkelser.⁹³ Begrunnelsen må dermed være knyttet til den konkrete varslingsaken, og ikke til forhold ved virksomheten, slik som høy arbeidsbelastning.

I tilbakemeldingen skal det redegjøres for hvilke tiltak som er planlagt eller allerede truffet, eksempelvis om saken er henvist til en annen myndighet, at saken er avsluttet basert på manglende bevis eller lignende, og eventuelle tiltak truffet og om begrunnelsen for dette.⁹⁴ Den kompetente myndighet skal også, i tråd med prosedyrer fastsatt i nasjonal rett, orientere varsler om det endelige resultatet av de undersøkelser som er utløst av varselet, jf. artikkel 11 nr. 2 bokstav e. Det fremgår av direktivets fortale at en slik orientering ikke berører gjeldende

⁸⁹ Fortalen avsnitt 63.

⁹⁰ Fortalen avsnitt 63.

⁹¹ Fortalen avsnitt 68.

⁹² Fortalen avsnitt 67.

⁹³ Fortalen avsnitt 67.

⁹⁴ Fortalen avsnitt 66

EU-regulering som begrenser offentliggjøring av avgjørelser på området for finansiell regulering, og eventuelle tilsvarende nasjonale begrensninger på området for selskapsbeskatning.⁹⁵

9.1.3 Plikt til å følge opp varselet

Det fremgår av artikkel 11 nr. 2 bokstav c at de utpekte myndighetene *omhyggelig* skal følge opp varslene, men det er ikke utdypet hva som ligger i dette. Fortalen punkt 66 synes å forutsette at myndigheten igangsetter tiltak, som nærmere undersøkelser eller initiativ for å løse situasjonen, henvisning til andre relevante myndigheter eller avslutning av saken basert på utilstrekkelige bevis.

Medlemsstatene kan bestemme at kompetente myndigheter kan unnlate å følge opp forhold de vurderer som «klart mindre alvorlig», jf. artikkel 11 nr. 3. Det siktes her til mindre overtredelser, eller overtredelser av aksessoriske bestemmelser som for eksempel underretnings- eller dokumentasjonsplikter.⁹⁶ I et slikt tilfelle kan saken avsluttes, og varsleren skal få underretning om avgjørelsen med en begrunnelse for denne. Det fremgår av fortalen at formålet er å sikre effektiviteten av prosedyrene for oppfølging, og lette kompetente myndigheters arbeidsbyrde.⁹⁷ En eventuell adgang til å avslutte varslingssaker knyttet til mindre alvorlige forhold, berører ikke den beskyttelsen varsler nyter etter direktivet.

Det ligger også til medlemsstatene å bestemme at kompetente myndigheter kan avslutte prosedyrer knyttet til gjentatte varsler om tidligere avsluttede saker, dersom varselet ikke inneholder nye opplysninger eller det foreligger nye rettslige eller faktiske omstendigheter som tilsier oppfølging, jf. artikkel 11 nr. 4. I et slikt tilfelle skal varsler orienteres om beslutningen, og denne skal ledsages av en begrunnelse.

Medlemsstatene har anledning til å bestemme at de kompetente myndigheter skal gi prioritet til varsel om alvorlige overtredelser eller overtredelser av vesentlige bestemmelser omfattet

⁹⁵ Avsnitt 66

⁹⁶ Fortalen avsnitt 70.

⁹⁷ Fortalen avsnitt 70.

av direktivet, dersom myndigheten mottar mange varsler, jf. artikkel 11 nr. 5. Tidsfristen for å gi varsler tilbakemelding, angitt i direktivet artikkel 11 nr. 2 bokstav d, gjelder like fullt.

9.1.4 Plikt til videresending av opplysninger og samarbeid

Det fremgår av direktivet artikkel 11 nr. 2 bokstav f at medlemsstatene skal påse at de kompetente myndigheter vidresender opplysninger i varselet til Unionens kompetente organer, der dette er relevant, slik at disse kan undersøkes nærmere der dette følger av EU-retten eller nasjonal rett. Betydningen av denne bestemmelsen i EØS-rettslig sammenheng vil vurderes i forbindelse med innlemmelsen i EØS-avtalen.

Det påhviler medlemsstatene å sikre at *enhver* offentlig myndighet som har mottatt et varsel, og ikke selv har kompetanse til å behandle dette, vidresender varselet til den kompetente myndighet på en sikker måte innen en rimelig frist, jf. artikkel 11 nr. 6. Varsler skal straks orienteres om dette.

Dersom det forhold det varsles om har en grenseoverskridende karakter, fremgår det av direktivets forale at nasjonale kompetente myndigheter skal samarbeide i form av utveksling av informasjon og gjennomføring av oppfølgingsaktiviteter. På områder der det finnes eksisterende samarbeidsmekanismer, bør disse benyttes fullt ut som ledd i forpliktelsen til å følge opp varsler om overtredelser, men myndighetene kan også samarbeide utenfor rammene av slike formaliserte samarbeidsmekanismer.⁹⁸

9.1.5 Utformingen av eksterne varslingskanaler

Direktivet artikkel 12 inneholder forholdsvis detaljerte krav til de eksterne varslingskanalene, og angir hvordan de skal være utformet og innrettet.

Artikkel 12 nr. 1 angir hva som skal til for at en ekstern varslingskanal skal anses uavhengig og selvstendig. For det første må den være utformet og drevet på en måte som sikrer opplysningers fullstendighet, integritet og fortrolighet, og at tilgang til opplysningene begrenses til autoriserte medarbeidere. For det andre må opplysninger kunne lagres i overensstemmelse med kravene i direktivets artikkel 18, jf. nærmere nedenfor, slik at

⁹⁸ Fortalen avsnitt 72.

ytterligere undersøkelser kan foretas. Krav til kommunikasjonskanaler er nærmere omtalt i fortalen punkt 73:

For at muliggjøre effektiv kommunikation med medarbejdere, der er ansvarlige for håndtering af indberetninger, er det nødvendigt, at de kompetente myndigheder råder over kanaler, som er brugervenlige, sikre, sikrer fortrolighed for modtagelse og håndtering af oplysninger fra den indberettende person om overtrædelser og gør det muligt varigt at lagre oplysninger, så der kan foretages yderligere undersøgelser. Dette kan gøre det nødvendigt at adskille sådanne kanaler fra de generelle kanaler, hvorigennem de kompetente myndigheder kommunikerer med offentligheden, såsom normale offentlige klagesystemer eller kanaler, hvorigennem den kompetente myndighed kommunikerer internt og med tredjeparter som led i sin almindelige virksomhed.

Eksterne varslingskanaler skal ta imot varsler som fremsettes både mulig og skriftlig, jf. artikkel 12 nr. 2. Muntlig varsling skal kunne skje over telefon eller via andre talemeldingssystemer, eller dersom varsler ønsker det ved et fysisk møte innen en rimelig frist.

Kompetente myndigheter skal sikre at varsler som mottas gjennom andre kanaler enn de som er omhandlet i artikkel 12, eller av andre enn de som har ansvar for varsler, straks videre sender varselet til rette vedkommende, og at opplysninger som kan identifisere varsler eller berørte personer ikke bringes videre, jf. artikkel 12 nr. 3.

Medlemsstatene skal sikre at de kompetente myndigheter peker ut medarbeidere som skal ha ansvar for å håndtere varsler. De utpekte medarbeiderne skal gi interesserte personer opplysninger om prosedyrene for varsler, jf. artikkel 12 nr. 4 bokstav a. Opplysningene skal omfatte tilgjengelige varslingskanaler hos de kompetente myndigheter, gjeldende varslingsprosedyrer og hvilke medarbeidere som er ansvarlige for håndtering av varsler.⁹⁹ Slik informasjon skal legge til rette for at en potensiell varsler kan ta informert valg om

⁹⁹ Fortalen avsnitt 75.

hvordan og når han skal fremsette et varsel. Opplysningene skal være transparente, lettfattelige og troverdige, slik at de tilskynder til varsling.¹⁰⁰

Utpekte medarbeidere hos de kompetente myndigheter skal også motta og følge opp varsler og opprettholde kontakten med varsler for å gi tilbakemelding og om nødvendig be om ytterligere opplysninger, jf. artikkel 12 nr. 4 bokstav c.

Medarbeidere som har ansvar for varsler hos de kompetente myndigheter skal ha tilstrekkelig opplæring i håndtering av varsler, jf. artikkel 12 nr. 5. Opplæringen omfatter blant annet relevant personvernlovgivning.¹⁰¹

9.1.6 Kompetente myndigheters informasjonsplikt

De utpekte myndighets informasjonsplikt er regulert i direktivet artikkel 13. Medlemsstatene skal sikre at de kompetente myndigheter offentliggjør sentrale og relevante opplysninger på deres hjemmesider i et særskilt, lett identifiserbart og tilgjengelig avsnitt. Det kreves som et minimum en beskrivelse av betingelsene for å få beskyttelse etter direktivet; kontaktopplysninger for de eksterne varslingskanaler (elektroniske adresser, postadresse og telefonnummer, med en angivelse av om samtalen blir lagret); prosedyrene for varsling om overtredelser, herunder adgangen til å anmode om ytterligere opplysninger, frist for tilbakemeldinger og innholdet i denne; regler om taushetsplikt og personvern; typen oppfølging varsling avstedkommer; rettsmidler og prosedyrer til beskyttelse mot represalier; tilgang til fortrolig rådgivning til den som vurderer å varsle; en tydelig beskrivelse av hva som skal til for at en varsler er fritatt for ansvar for brudd på taushetsplikt etter direktivet artikkel 21 nr. 2 og kontaktopplysninger for informasjonssentret eller den enkelte uavhengige administrative myndighet vist til i artikkel 20 nr. 3, der dette er relevant.

9.1.1 Gjennomgang av varslingsprosedyrer

Direktivet pålegger medlemsstatene å sikre at de kompetente myndigheter gjennomgår varslingsprosedyrene regelmessig, og minst hvert tredje år, jf. artikkel 14. Formålet med revisjonen er å sikre at varslingsprosedyrene tjener sitt formål. Ved gjennomgangen skal de

¹⁰⁰ Fortalen avsnitt 75.

¹⁰¹ Fortalen avsnitt 74.

kompetente myndigheter ta utgangspunkt i egne og andre kompetente myndigheters erfaring og tilpasse prosedyrene i tråd med dette.

9.2 Forslag til gjennomføring

9.2.1 Utpeking av kompetent myndighet og opprettelse av varslingskanaler

Varslingsdirektivet pålegger statene å utpeke en eller flere kompetente myndigheter som skal ha ansvaret for å motta, gi tilbakemelding og følge opp varsler, jf. artikkel 11 nr. 1. Det fremgår av fortalen at statene har atskillig handlefrihet ved fastsettelsen av kompetente myndigheter, og at kompetansen kan legges til rettslige myndigheter, regulerende myndigheter eller tilsynsorganer på de aktuelle områdene eller myndigheter med mer generell kompetanse på sentralt nivå i en medlemsstat, rettshåndhevelsesmyndigheter, antikorrupsjonsorganer eller ombudsmenn.¹⁰² Det kan utpekes én eller flere kompetente myndigheter.

Et særlig spørsmål er hvilken myndighet eller hvilke myndigheter som skal utpekes her. Et alternativ kan være at varslene kanaliseres til én myndighet, som deretter foretar en foreløpig vurdering av varselet og sender det videre til riktig sektormyndighet. Som det fremgår av punkt 7.2.2 ovenfor, finnes det allerede i dag myndigheter utpekt som varslingsmottakere på sektornivå. Ved en slik løsning vil varslingskanalen like fullt måtte håndtere de varsler som ikke naturlig hører inn under en sektormyndighets kompetanseområde. Et annet alternativ er at myndigheter på sektornivå utpekes som kompetente til å motta eksterne varsler etter EØS-varslingsloven. En slik løsning vil imidlertid gjøre det krevende for varsler å finne ut hvilken myndighet som er korrekt mottaker av varselet, og dermed om vedkommende vil nyte vern etter loven.

Lund & Co tar til orde for at det opprettes én kompetent myndighet, som får ansvar for å ta imot og følge opp varsler. Vedkommende myndighet vil måtte opprette en varslingskanal som tilfredsstiller direktivets krav. Aktuelle alternativer etter direktivet vil her være å opprette et eget tilsyn eller ombud, alternativt å legge oppgavene til et eksisterende organ.

¹⁰² Fortalen avsnitt 64.

Det vil være kostbart å etablere en ny organisasjon som skal ha ledelse, og administrasjon, IKT, arkiv mv, og det vil dermed innebære en betydelig besparelse av ressurser dersom myndigheten legges til et eksisterende organ.

I den svenske gjennomføringsloven er det holdt åpent hvilken myndighet som skal ha ansvaret for å opprette eksterne rapporteringskanaler. I loven er det vist til at ansvaret ligger hos «[d]en myndighet som regeringen utser som behørig myndighet inom ett vistst ansvarsområde».¹⁰³ Dette åpner for at det kan utpekes en eller flere kompetente myndigheter.

I den danske gjennomføringsloven er myndigheten lagt til det danske Datatilsynet. I forarbeidene er det vist til at dette er den sentrale uavhengige myndigheten som fører tilsyn med at personopplysningsregelverket blir overholdt, både overfor private virksomheter og offentlige myndigheter.¹⁰⁴ Det er videre vist til at Datatilsynet er en velkjent myndighet både innenfor privat og offentlig sektor, og at tilsynets kompetanse og myndighet utgjør et godt utgangspunkt for å etablere en velfungerende ekstern varslingskanal, som vil oppfattes som trygg å henvende seg til.¹⁰⁵ Slik vi ser det er det vektige argumenter som trekkes frem i de danske forarbeidene. Disse argumentene trekker i retning av at myndigheten bør ligge til et organ som allerede har kompetanse på varsling. Datatilsynet peker seg ut som en aktuell kandidat, og det samme gjør Arbeidstilsynet.

Som det fremgår av punkt 15 nedenfor, foreslår vi at Arbeidstilsynet får en begrenset myndighet til å føre tilsyn etter EØS-varslingsloven. Det tilsynet Arbeidstilsynet etter forslaget skal utføre vil være avgrenset til å påse at virksomhetene oppfyller forpliktelsene til å etablere og fastlegge prosedyrer for og oppfølging av interne varsler. Slik vi ser det, er dette ikke til hinder for at Arbeidstilsynet utpekes som kompetent myndighet etter EØS-varslingsloven, forutsatt at den eksterne varslingskanalen oppfyller kravene til uavhengighet og selvstendighet i varslingsdirektivet artikkel 12.

Det er mulig å legge oppgavene til et organ som har tilgrensende oppgaver innen varsling, slik som Diskrimineringsnemda. Fra 1. juli 2021 fikk nemda myndighet til å avgjøre saker

¹⁰³ Se Lag (2021:890) om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden 6. kap. 1 §

¹⁰⁴ Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 s. 20

¹⁰⁵ Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 s. 20

om gjengjeldelse etter varsling i arbeidslivet. Kompetansen kan også legges til en myndighet som ikke har beslektede ansvarsområdet på det nåværende tidspunkt. Et eksempel på at helt nye oppgaver er lagt til et eksisterende tilsyn ser vi ved at Forbrukertilsynet for fremtiden vil få ansvaret for tilsyn med lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven). I Prop. 150 L (2020-2021) foreslo Barne- og familiedepartementet at tilsynsmyndigheten ble lagt til Forbrukertilsynet til tross for at dette medfører at tilsynet må opparbeide seg mer kunnskap om enkelte av områdene under åpenhetsloven. Dette illustrerer med all tydelighet at en ikke trenger å tenke langs tradisjonelle linjer når en skal peke ut kompetent myndighet etter EØS-varslingsloven.

9.2.2 Nærmere regler i forskrift

Varslingsdirektivet stiller krav om at den kompetente myndigheten skal kommunisere med varsleren på ulike stadier av varslingssaken. Etter artikkel 11 nr. 2 bokstav b skal tilbakemelding gis idet varslet kommer inn, etter bokstav d skal varsleren holdes orientert under sakens gang og etter bokstav e ved avslutning av saken.

Den kompetente myndigheten er etter artikkel 11 nr. 2 bokstav c forpliktet til å følge varslene omhyggelig opp. Videre inneholder direktivets artikkel 12 detaljerte regler om hvordan eksterne varslingskanaler skal være innrettet, og hvilke forpliktelser som påhviler disse. Artikkel 13 innebærer at den kompetente myndighet skal pålegges en særskilt plikt til å informere om EØS-varslingsregelverket, mens artikkel 14 medfører at denne myndigheten periodisk skal gjennomgå sine varslingsrutiner.

Slik vi ser det er disse direktivforpliktelsene langt på vei av en slik karakter av de kan inntas i forskrifts form. De bestemmelser som er av direkte betydning for varslersens rettigheter, eksempelvis fristreglene i artikkel 11 nr. 2 og varslersens rett til å fremsette varselet muntlig eller skriftlig, bør etter vårt syn fremgå direkte av lovteksten. De mer detaljerte reglene om varslingskanalens innretning og organisering kan derimot inntas i forskrift. Her er det også et forholdsvis bredt handlingsrom for den nærmere utformingen av varslingskanalens oppgaver. Det foreslås derfor en lovbestemmelse der det fremgår at den kompetente myndighet departementet utpeker skal motta og håndtere varsler fremsatt muntlig eller skriftlig, følge

opp varselet på adekvat måte og gi tilbakemelding til varsler innen de frister direktivet foreskriver, jf. utkast til § 13. Bestemmelsen inneholder en forskriftshjemmel, som legger til rette for at mer detaljerte bestemmelser om den eksterne varslingskanalens innretning og forpliktelser inntas i forskrift til loven, jf. bestemmelsens femte ledd.

Varslingsdirektivet artikkel 11 nr. 6 pålegger medlemsstatene å sikre at enhver myndighet som har mottatt et varsel, men ikke har kompetanse til å imøtegå den overtredelse det gjelder, videresender varselet til den kompetente myndighet på en sikker måte innen en rimelig frist, og at varsleren orienteres om dette. Denne forpliktelsen skal påhvile enhver myndighet, og ikke bare den myndighet som er utpekt som kompetent etter EØS-varslingsloven. Vi foreslår derfor å gjennomføre denne forpliktelsen direkte i loven, jf. utkast til § 14.

10 Taushetsplikt

10.1 Direktivets bestemmelser

Etter varslingsdirektivet artikkel 9 nr. 1 bokstav a skal interne varslingskanaler utformes og drives på en måte som sikrer en konfidensiell behandling av varslers identitet og enhver tredjepart nevnt i varselet. For eksterne varslingskanaler fremgår det av artikkel 12 nr. 1 bokstav a at de skal være utformet og drevet på en måte som sikrer opplysningenes helhet, integritet og fortrolighet. Konfidensiell behandling av varslers identitet er nærmere utdypet i artikkel 16 nr. 1, som gjelder for både intern og ekstern varsling. Etter bestemmelsen skal medlemsstatene sørge for at opplysninger om varslers identitet ikke tilflyter andre enn medarbeidere som behandler varselet, uten at det foreligger samtykke. Dette omfatter også opplysninger som indirekte kan avsløre vedkommendes identitet.

Vern av varslers identitet i forbindelse med varslingen og etterfølgende undersøkelser er vesentlig for å forebygge represalier.¹⁰⁶ Opplysninger om varslers identitet kan likevel gis, der dette er nødvendig og forholdsmessig etter EU-retten eller nasjonal rett i forbindelse med undersøkelser som foretas av offentlige myndigheter eller rettssaker, herunder for å sikre de berørte personers rett til et forsvar, jf. artikkel 16 nr. 2. Direktivets fortale nevner at et slikt

¹⁰⁶ Se Fortalen avsnitt 82.

krav kan springe ut av direktiv 2012/13/EU om rett til informasjon under straffesaker. I slike tilfeller må varsleren gis en skriftlig og begrunnet orientering i forkant, med mindre dette ville bringe etterforskningen eller rettssaken i fare, jf. artikkel 16 nr. 3. Det fremgår av direktivets fortale at varsler heller ikke har krav på vern av sin identitet der vedkommende forsettlig har avslørt sin identitet i forbindelse med en offentliggjøring.¹⁰⁷

Etter artikkel 22 nr. 2 skal myndighetene i overensstemmelse med nasjonal rett sikre at de berørte personers identitet er beskyttet så lenge det pågår undersøkelser som er utløst av varselet eller offentliggjøringen. Videre fremgår det at reglene i artikkel 12, 17 og 18 om beskyttelse av varslers identitet også gjelder for beskyttelse av de berørte personers identitet.

10.2 Forslag til gjennomføring

10.2.1 Egen lovbestemmelse om taushetsplikt

Etter arbeidsmiljøloven gjelder det bare taushetsplikt om varslers identitet dersom arbeidstaker varsler eksternt til offentlig myndighet, jf. aml. § 2 A-7.¹⁰⁸ Bestemmelsen pålegger ikke arbeidsgivere taushetsplikt, og vil derfor ikke gjelde ved intern varsling i en offentlig virksomhet, for eksempel dersom en ansatt i et tilsynsorgan varsler om kritikkverdige forhold til sin egen arbeidsgiver.¹⁰⁹ For offentlige virksomheter vil en varslers identitet kunne anses som et personlig forhold belagt med taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Hvorvidt det er tilfellet beror imidlertid på en konkret vurdering av blant annet hva varselet gjelder og varslers interesse av konfidensialitet.¹¹⁰

Gjeldende regler om taushetsplikt lever ikke opp til direktivets krav. Det er derfor nødvendig med en lovbestemmelse i EØS-varslingsloven om taushetsplikt om varslers identitet. Taushetsplikten må omfatte de som er utpekt til å motta og følge opp varsler. Videre må reglene få anvendelse for personer som ved videreformidling av opplysninger får kjennskap

¹⁰⁷ Fortalen avsnitt 82.

¹⁰⁸ Se også arbeidsmiljøloven § 18-2 om Arbeidstilsynets plikt til å beskytte kilder

¹⁰⁹ Prop. 72 L (2016-2017) s. 36.

¹¹⁰ Se JDLOV-2009-8027

til varslersens identitet. Forslaget i § 16 er utformet slik at taushetsplikten gjelder den som mottar eller håndterer varsler etter loven. I tillegg foreslår vi at bestemmelsen om taushetsplikt skal få anvendelse for medarbeidere i myndighet som driver ekstern varslingskanal og som ved en feil får kjennskap til slike opplysninger.

Taushetsplikten er ikke foreslått å være absolutt. Opplysninger om varslersens identitet kan gjøres kjent for andre dersom varsler samtykker, eller dersom bruk av opplysningene er nødvendig som ledd i ytterligere undersøkelser av overtredelsen eller etterfølgende rettsforfølging av saken, se utkast til § 16 tredje ledd.

Taushetsbelagte opplysninger må behandles på en forsvarlig og betryggende måte. Det må treffes passende tiltak for å hindre uvedkommende i å få tilgang til eller gjøre seg kjent med opplysningene.

10.2.2 Forholdet til forvaltningslovens regler om taushetsplikt

Dersom noen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan er pålagt taushetsplikt ved bestemmelse i annen lov, forskrift eller instruks av hensyn til private interesser, gjelder forvaltningsloven §§ 13 til 13 e som utfyllende regler når ikke annet er bestemt i lov eller i medhold av lov, jf. forvaltningsloven § 13 f.

Taushetspliktreglene i EØS-varslingsloven gjelder både offentlige og private virksomheter. Vi foreslår derfor at det generelt unntas for taushetspliktreglene i forvaltningsloven, og at relevante bestemmelser heller inntas i EØS-varslingsloven.

Etter forvaltningsloven § 13 c første ledd skal vedkommende forvaltningsorgan sørge for at taushetsplikten blir kjent for dem den gjelder, og kan kreve skriftlig erklæring om at de kjenner og vil respektere reglene. Videre fremgår det av andre ledd at dokumenter og annet materiale som inneholder opplysninger undergitt taushetsplikt, skal oppbevares på betryggende måte. Tilsvarende regler bør etter vårt syn fremgå av EØS-varslingsloven, ettersom reguleringen også har en side til det strafferettslige ansvaret ved brudd på taushetspliktreglene. Forvaltningslovens regulering vil ikke være tilstrekkelig, all den tid taushetspliktreglene også gjelder for private virksomheter.

I forvaltningsloven § 13 tredje ledd er det presisert at taushetsplikten også gjelder etter at vedkommende har avsluttet tjenesten eller arbeidet. Tilsvarende presisering bør etter vårt syn også fremgå av taushetspliktreglene i EØS-varslingsloven.

10.2.3 Videreformidling av opplysninger om varslersens identitet

Uten varslersens uttrykkelige samtykke kan ikke varslersens identitet videreformidles til noen andre enn de personer som er berettiget til å motta og følge opp varsler, jf. direktivet artikkel 16 nr. 1. Samtykke må være frivillig og innebære en spesifikk aksept av at identiteten kan videreformidles. Det vises for øvrig til kravet til samtykke i GDPR artikkel 7.

Mange av de taushetspliktregler som gjennomfører EØS-rettslige forpliktelser, gjør unntak fra taushetsplikten når bruk av opplysningene er nødvendig som ledd i ytterligere undersøkelser eller etterfølgende rettsforfølgning av saken.¹¹¹ Et tilsvarende unntak bør inntas i EØS-varslingsloven. Unntaket vil åpne for videreformidling til rett organ for undersøkelser og håndhevelse av de overtredelser varselet gjelder.

Lund & Co foreslår at varsleren må underrettes før opplysninger om vedkommendes identitet videreformidles, med mindre slik underretning vil vanskeliggjøre undersøkelsen av varselet, eksempelvis ved fare for bevisforspillelse. Videreformidling av personlige opplysninger må også foregå i tråd med personopplysningsregelverket, jf. punkt 11 nedenfor.

10.2.4 Forholdet til innsynsreglene i offentleglova og forvaltningsloven

Etter offentleglova § 13 er opplysninger underlagt lovmessig taushetsplikt unntatt fra allmennhetens innsynsrett. For partsinnsyn etter forvaltningsloven er taushetsplikt ikke til hinder for at opplysninger gjøres kjent for partene eller deres representanter eller andre som opplysningene direkte gjelder, jf. forvaltningsloven § 13 a første ledd bokstav a og § 13 b første ledd bokstav a. Den som varselet er rettet mot, kan altså etter forvaltningsloven gjøres kjent med varslersens navn uten hinder av taushetsplikt. Vi har i punkt 10.2.2 ovenfor tatt til orde for at forvaltningslovens regler om taushetsplikt ikke skal gjelde. Dersom dette forslaget ikke blir fulgt opp, viser vi til at forvaltningsloven § 19 andre ledd bokstav b gir hjemmel for

¹¹¹ Se hvitvaskingsloven § 45 andre ledd, verdipapirfondloven § 11-8 andre ledd og verdipapirhandeloven § 19-6 første ledd.

å nekte innsyn i opplysninger om «forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre», med mindre det er av «vesentlig betydning» for parten å gjøre seg kjent med opplysningene. Det er lagt til grunn i forarbeidene til bestemmelsen at forvaltningen har en «viss rett til å beskytte sine kilder», jf. Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) side 67. At varsleren har blitt lovet konfidensialitet er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig for at bestemmelsen kommer til anvendelse.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 2 A-7 andre ledd at taushetsplikten også gjelder overfor sakens parter og deres representanter, og bestemmelsen går dermed foran reglene om partsinnsyn i forvaltningsloven § 18. Tilsvarende fremgår av taushetspliktreglene i verdipapirfondloven § 11-8 andre ledd, hvitvaskingsloven § 45 andre ledd og verdipapirhandeloven § 19-6 første ledd. Vi foreslår å innta en tilsvarende bestemmelse i EØS-varslingsloven.

Registrertes rett til informasjon og innsyn etter personopplysningsregelverket behandles i punkt 11.2.2 nedenfor.

10.2.5 Saker for domstolene

Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at taushetsplikten i § 2 A-7 ikke vil være til hinder for at arbeidstakerens navn eller andre identifiserende opplysninger kan gjøres kjent ved en sivil tvist eller straffesak for domstolene. Spørsmålet om taushetsplikt må da vurderes etter reglene i prosesslovgivningen.¹¹²

Tvisteloven § 22-3 og straffeprosessloven § 118 har regler om bevisforbud om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt, men gjelder bare de former for lovbestemt taushetsplikt som er særskilt nevnt. Lovmessig taushetsplikt for den som innehar opplysninger som følge av offentlig tjeneste er spesifikt opplistet. Bestemmelsen gjelder derimot ikke for lovmessig taushetsplikt i privat virksomhet, jf. HR-2020-1885-U, Rt. 2005 s. 705 og Rt. 1997 s. 964.

¹¹² Se Prop. 72 L (2016-2017) s. 36.

Dessuten kan departementet og domstolen bestemme at de taushetsbelagte opplysningene likevel skal føres, jf. tvisteloven § 22-3 og straffeprosessloven § 118.¹¹³

Av hensyn til sakens opplysning, kan det være nødvendig at varsleren føres som vitne under rettssaken. Tvistelovens regler åpner ikke for anonym vitneførsel,¹¹⁴ og adgangen til anonym vitneførsel i straffesaker er snever, jf. straffeprosessloven § 130 a. Dette innebærer at varslersens identitet vil kunne avdekkes i forbindelse med rettergang. Det følger av direktivet artikkel 16 nr. 2 at opplysninger om varslersens identitet kan gis der dette er nødvendig og forholdsmessig etter nasjonal rett i forbindelse med rettssaker, og vi foreslår derfor ingen lovendringer på dette punkt.

10.2.6 Beskyttelse av berørte personers identitet

Lund & Co foreslår at interne og eksterne varslingskanaler skal utformes og drives på en måte som sikrer fortrolighet om varslersens identitet, og identiteten til berørte personer, herunder omvarslede. Berørte personer og tredjepersoners personopplysninger vil også være beskyttet av bestemmelsene i GDPR, slik at opplysninger ikke kan utleveres i større utstrekning enn forordningen tillater. Det er vårt syn at nevnte bestemmelser oppfyller direktivets krav, og det foreslås derfor ikke forslag om ytterligere lovbestemmelser.

10.2.7 Taushetsplikt om forretningshemmeligheter

Medlemsstatene skal etter direktivet artikkel 16 nr. 4 sikre at kompetente myndigheter som mottar varsler som inneholder forretningshemmeligheter, ikke benytter eller videreformidler disse utover det som er påkrevd av hensyn til å sikre korrekt oppfølging av varselet.

Det følger allerede av forretningshemmelighetsloven § 3 andre ledd bokstav b og c at ingen må gjøre inngrep i en forretningshemmelighet ved urettmessig å bruke eller formidle en slik hemmelighet som vedkommende har fått kunnskap om eller rådighet over i anledning av et tjeneste-, tillitsverv- eller forretningsforhold eller i medhold av bestemmelser i lov eller forskrift. I dette ligger at den som mottar eller følger opp et varsel etter EØS-varslingsloven

¹¹³ Dette gjelder likevel ikke for taushetspliktreglene som er omfattet av bevisforbudet i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119.

¹¹⁴ Se for eksempel HR-2015-1452-U.

ikke kan formidle disse forretningshemmelighetene med mindre det er påkrevd for å følge opp varselet. Etter vårt syn er det ikke nødvendig med lovendringer for å gjennomføre direktivets krav på dette punkt.

11 Behandling av personopplysninger

11.1 Direktivets bestemmelser

Det følger av varslingsdirektivet artikkel 17 at enhver behandling av personopplysninger innenfor rammene av direktivet skal skje i overensstemmelse med forordning (EU) 2016/679 (personvernforordningen – GDPR). Opplysninger som åpenbart ikke er relevante for behandlingen av et konkret varsel må ikke samles inn, og slettes straks dersom det er samlet inn.

11.2 Forslag til gjennomføring

11.2.1 Henvisning til personvernforordningen (GDPR)

Håndtering av varslingssaker vil ofte innebære behandling av personopplysninger. Behandlingen av varsler etter EØS-varslingsloven må skje i overensstemmelse med personopplysningsloven, og det er etter vårt syn ikke nødvendig å innta en særskilt bestemmelse om dette i loven.

Behandlingsgrunnlaget for behandling av personopplysninger ved varsler etter loven vil som regel være forordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c. Etter bokstav c vil behandlingen av personopplysningen være lovlig dersom det er nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse som påhviler den behandlingsansvarlige. Dette vil derfor for arbeidsgiver være plikten etter EØS-varslingsloven til å motta og undersøke varsler.

For å overholde kravene i GDPR artikkel 5, må den behandlingsansvarlige ha på plass rutiner for kontroll av opplysningenes nødvendighet og relevans og for sletting av eventuell overskuddsinformasjon.

Hovedregelen etter GDPR artikkel 17 nr. 1 bokstav a er at personopplysninger skal slettes når de ikke lenger er nødvendige for formålet de ble samlet inn eller behandlet for. Hva som er

nødvendig lagringstid i varslingssaker, vil avhenge av den konkrete varslingssaken, og en må blant annet se hen til sakens innhold og utfall. I artikkel 17 nr. 3 bokstav d er det blant annet gjort unntak fra sletteplikten i tilfeller hvor behandling er nødvendig for «arkivformål i allmennhetens interesse.» Av arkivforskriften § 7-11 nr. 1 bokstav a fremgår det at dokumentasjon fra «evaluerings av organets personalforvaltning, herunder ... varsling og andre arbeidsprosesser innen personalforvaltning» skal bevares.

Etter vårt syn er det ikke behov for særskilt regulering i EØS-varslingsloven, all den tid bestemmelsene i personopplysningsloven, jf. GDPR gjelder.

11.2.2 Omvarslede og berørte tredjepersoners rettigheter

I en varslingssak vil det ikke bare bli behandlet opplysninger om varsleren, men også om den omvarslede, vitner og andre som har tilknytning til saken. Alle disse aktørene har rettigheter som «registrerte» etter personopplysningsregelverket.

De registrertes rettigheter er regulert i personvernforordningen kapittel 3. Retten til informasjon og innsyn er regulert i artikkel 13 til 15. Informasjon vil blant annet kunne være fra hvilken kilde personopplysningene stammer og, dersom det er relevant, om de stammer fra offentlig tilgjengelige kilder, jf. artikkel 14 nr. 2 bokstav f. Bestemmelsen må sees i sammenheng med artikkel 15 nr. 1 bokstav g, som gir den registrerte rett til «all tilgjengelig informasjon om hvor personopplysningene stammer fra» når disse ikke kommer fra den registrerte selv. Der varslersens identitet er kjent, vil dette kunne anses å være «tilgjengelig informasjon». Tolkningen er ikke klar, men det er ikke utelukket at artikkel 14 og 15 kan gi den omvarslede rett til informasjon eller innsyn i varslersens identitet. Uavhengig av om disse bestemmelsene gir rett til å få vite varslersens identitet, vil opplysninger om dette kunne komme frem av sakens øvrige opplysninger, og dermed i utgangspunktet være omfattet av den omvarsledes rett til innsyn.¹¹⁵

Personvernforordningen artikkel 14 og 15 og personopplysningsloven § 16 oppstiller visse unntak for retten til informasjon og innsyn. Etter dagens regelverk gir disse ingen generell unntaksadgang for opplysninger om varslersens identitet, med mindre slike opplysninger er

¹¹⁵ Se bl.a. Blekestad og Hirst, Personvern og kontroll i arbeidslivet, 2021 s. 229.

omfattet av taushetsplikt, jf. artikkel 15 nr. 5 og personopplysningsloven § 16 første ledd bokstav d. Dersom opplysningen ikke er taushetsbelagt, må spørsmålet vurderes konkret i den enkelte varslingssak ut fra de skjønsmessige unntaksbestemmelsene i personopplysningsregelverket.

GDPR artikkel 23 åpner for at medlemsstatene i sin lovgivning kan begrense omfanget av forpliktelsene og rettighetene i forordningen på visse vilkår. I fortalen til varslingsdirektivet er det uttalt at direktivets prosedyrer for oppfølging av varsler tjener til å beskytte Unionens og medlemsstatenes samfunnsinteresser slik dette er angitt i forordningen artikkel 23 nr. 1 bokstav e, fordi de har til formål å sikre håndhevelsen av EU-retten innenfor særlige områder hvor overtredelser kan medføre alvorlig skade på offentlige interesser. Videre er det nødvendig å beskytte varslers identitet for å verne «andres rettigheter og frihedsrettigheter» etter GDPR artikkel 23 nr. 1 bokstav i. Medlemsstatene oppfordres i varslingsdirektivets fortale til å begrense berørte personers rettigheter etter forordningen:

«Medlemsstaterne bør sikre, at dette direktiv er effektivt, herunder om nødvendigt ved gennem lovgivningsmæssige foranstaltninger at begrænse udøvelsen af visse berørte personers databeskyttelsesrettigheder i overensstemmelse med artikel 23, stk. 1, litra e) og i), og artikel 23, stk. 2, i forordning (EU) 2016/679, i det omfang og så længe det er nødvendigt for at forebygge og imødegå forsøg på at hindre indberetning eller på at forhindre, vanskeliggøre eller forsinke opfølgning, navnlig undersøgelser, eller på at finde frem til de indberettende personers identitet.»

Fortalen bemerker at tilsvarende gjelder ved kompetente myndigheters behandling av personopplysninger etter direktiv (EU) 2016/680, personvern direktivet for politi og påtalemyndigheten. Det vises til direktivets hjemler for å begrense de rettigheter som følger av direktivet.

Fortalen maner til at statene bør vurdere om de berørte personers rettigheter etter de to personvernrettsaktene bør begrenses for å sikre varslingsdirektivets effektivitet. Effektiviteten vil undergraves dersom den omvarslede forsøker å hindre varsler, eller å hindre, vanskeliggjøre eller forsinke oppfølging i form av undersøkelser, eller forsøke å avdekke dennes identitet. Uttalelsene i fortalen underbygger at medlemsstatene har tilstrekkelig

hjemmel til å begrense de rettigheter som følger av de to personverninstrumentene, men direktivet pålegger ikke statene å benytte denne.

På bakgrunn av oppfordringen i fortalen ble det både i Sverige og Danmark vurdert om det skulle lovfestes begrensninger i de berørte personers rettigheter etter personvernforordningen kapittel 3, men ingen av landene fant behov for dette. Etter vårt syn vil det heller ikke være behov for en slik begrensning i Norge dersom det innføres en bestemmelse om taushetsplikt i tråd med lovutkastet § 16.

GDPR artikkel 15 nr. 5 gjør unntak for retten til informasjon for personopplysninger som må holdes konfidensielle som følge av taushetsplikt i henhold til EØS-retten eller statenes nasjonale rett, herunder en lovfestet taushetsplikt. Etter personopplysningsloven § 16 første ledd bokstav d omfatter ikke retten til informasjon og innsyn etter personvernforordningen artikkel 13, 14 og 15 opplysninger som i lov eller med hjemmel i lov er underlagt taushetsplikt. På bakgrunn av den foreslåtte regelen i EØS-varslingsloven § 16 vil ikke den omvarslede ha rett til innsyn i varslers identitet etter personopplysningsregelverket med mindre det er nødvendig for å sikre hans rett til forsvar.

12 Dokumentasjon og oppbevaring av varsler

12.1 Direktivets bestemmelser

Direktivet stiller i artikkel 18 krav om at både interne og eksterne varsler registreres. Det fremgår av fortalen at formålet er å sikre at opplysninger som mottas kan benyttes som bevis i et eventuelt håndhevelsessøksmål.¹¹⁶ Registrering av mottatte varsler har videre til formål å sikre berørte personers rett til et effektivt forsvar i forbindelse med eventuelle straffesaker eller andre saker hvor opplysninger fra varselet inngår som ledd i bevisførselen.

Direktivet artikkel 18 nr. 1 pålegger medlemsstatene å sikre at alle juridiske enheter i privat og offentlig sektor og kompetente myndigheter registrerer alle mottatte varsler i overensstemmelse med taushetspliktbestemmelsen i artikkel 16. Varselet må kunne

¹¹⁶ Fortalen avsnitt 86.

oppbevares så lenge det er nødvendig og forholdsmessig for å overholde direktivets krav eller andre krav etter EU-retten eller nasjonal rett.

Der innberetningen gjøres over telefon eller et talemeldingssystem, og varsleren samtykker, kan varslet dokumenteres enten ved å lagre et opptak av samtalen i en varig og tilgjengelig form, jf. artikkel 18 nr. 2. Dersom det ikke foreligger en slik opptaksfunksjon, skal en av medarbeiderne som har ansvar for håndtering av varselet tar en nøyaktig avskrift av samtalen, jf. artikkel 18 nr. 3.

Der varselet gis i et møte, skal dette med varslersens samtykke dokumenteres i en varig og tilgjengelig form. I slike tilfeller kan det lages et opptak av samtalen, alternativt kan en av de medarbeidere som har ansvar for håndteringen av varselet utarbeide et nøyaktig referat fra møtet, jf. artikkel 18 nr. 4.

12.2 Forslag til gjennomføring

Plikten til å foreta registrering gjelder de opplysninger som varslingskanalen mottar i forbindelse med et varsel. Registreringen må skje i overensstemmelse med taushetspliktsreglene, jf. utkast til § 16, som blant annet sikrer konfidensialitet om varslersens identitet. Det stilles ikke krav om en egen teknisk løsning for å motta, registrere og oppbevare varselet, men varslingsmottaker må sikre at det kun er medarbeidere som har ansvar for å håndtere og følge opp varselet som har tilgang.

Det foreslås, i tråd med direktivets krav, at dokumentasjonen bare skal oppbevares så lenge det er nødvendig og forholdsmessig for å overholde EØS-varslingslovens krav eller forpliktelser etter annen lovgivning. Håndteringen av et varsel vil i de fleste tilfeller innebære registrering og lagring av personopplysninger. En sletteplikt kan derfor også følge av personvernforordningen, jf. punkt 11.2 ovenfor. I virksomhetens vurdering av om et varsel fremdeles bør oppbevares, må det ses hen til om den som har krav på beskyttelse kan få behov for å dokumentere varselet. Videre kan det være behov for fortsatt oppbevaring dersom det er grunn til å tro at det kan komme flere varsler om samme forhold.

Muntlig rapportering kan skje via en telefonlinje, gjennom et talemeldingssystem eller i form av et fysisk møte. Dersom et muntlig varsel spilles inn, må varsleren samtykke til at

innspillingen lagres. Når opplysningene nedtegnes skriftlig, skal varsleren få anledning til å kontrollere, rette og akseptere nedtegningen ved å undertegne referatet.

Det er vårt syn at kravene til dokumentasjon bør innrettes slik at de administrative byrdene ikke blir større enn nødvendig. Lund & Co tar derfor ikke til orde for å innføre dokumentasjonskrav som går ut over direktivets krav.

13 Vern mot gjengjeldelse og ansvarsfrihet

13.1 Direktivets bestemmelser

Direktivet artikkel 19 pålegger medlemsstatene å treffe nødvendige tiltak for å forby enhver form for represalier mot personer nevnt i artikkel 4, herunder trusler om og forsøk på represalier. Vernet mot represalier er gitt for å legge til rette for varsling, jf. direktivets fortale avsnitt 88:

«Hvor repressalier ikke afskrækkes og sker ustraffet, har det en hæmmende effekt på potentielle whistleblowere. Et klart retligt forbud mod repressalier vil have en vigtig afskrækkende virkning og vil styrkes yderligere gennem bestemmelser om personligt erstatningsansvar og sanktioner for gerningsmændene til repressalier.»

Represalier er definert til å omfatte enhver direkte eller indirekte handling eller unnlatelse som finner sted i en arbeidsrelatert sammenheng, som følge av intern eller ekstern varsling eller offentliggjøring og som forårsaker eller kan forårsake skade, se artikkel 5 nr. 11.

Direktivet artikkel 19 inneholder en ikke-uttømmende liste over handlinger som skal forbys. Det er tale om suspensjon, avskjed eller tilsvarende (bokstav a); degradering eller unnlatt forfremmelse (bokstav b); overførsel endring av oppgaver, forflytning lønnsnedgang eller arbeidsendringer (bokstav c); nektelse av videreutdanning (bokstav d); negativ bedømmelse av prestasjoner eller negative ansettelsesreferanser (bokstav e); illeggelse av disiplinære foranstaltninger, irettesettelse eller andre sanksjoner (herunder økonomiske) (bokstav f); tvang, nedverdiggelse, sjikane eller utstøtelse (bokstav g); diskriminering, ufordelaktig eller urettferdig behandling (bokstav h); unnlatelse av å konvertere en midlertidig til en fast ansettelseskontrakt til tross for berettigede forventninger (bokstav i); manglende forlengelse eller førtidig avbrytelse av en midlertidig ansettelseskontrakt (bokstav j); skade, herunder på

personens omdømme, herunder i sosiale medier, eller økonomisk tap, herunder tap i omsetning eller inntekt (bokstav k); svartelisting basert på en sektor- eller bransjebasert avtale, hvorefter personen ikke lenger kan beskjeftige seg innen den aktuelle sektor eller bransje (bokstav l); førtidig avvikling eller opphevelse av en vare- eller tjenestekontrakt (bokstav m); tilbakekall av en lisens eller tillatelse (bokstav n) eller henvisning til psykiater eller lege (bokstav o).

Hva slags represalier som er aktuelt, avhenger av varslers tilknytning til virksomheten. Mens en arbeidstaker kan bli møtt med oppsigelse eller avskjedigelse, kan selvstendig næringsdrivende, leverandører og underleverandører bli møtt med annullering av en kontrakt, tap av omsetning, svartelisting, skade på omdømme mv.¹¹⁷ Aksjonærer og personer i ledende organer kan bli utsatt for sjikane, svartelisting, eller skade på deres omrømme.¹¹⁸ Frivillige og praktikanter kan eksempelvis oppleve at deres tjenester ikke lenger etterspørres, eller at de får negative referanser.¹¹⁹

Ikke bare den som varsler, men også den som legger til rette for varsling og enkelte fysiske og juridiske personer som står i et nært forhold til varslers nyter vern mot gjengjeldelse. Det vises til direktivets artikkel 4 nr. 4.

Gjengjeldelsesvernet er ytterligere presisert i direktivets artikkel 21. Av artikkel 21 nr. 2 fremgår at personer som varsler etter direktivet ikke anses å ha overtrådt en eventuell taushetsplikt, og ikke pådrar seg ansvar, forutsatt at de hadde rimelig grunn til å anta at varselet var nødvendig for å avsløre en overtredelse etter direktivet. Det er likevel presisert at direktivet artikkel 3 nr. 2 og 3 ikke er berørt, hvilket innebærer at ansvarsfriheten ikke gjelder ved overtredelse av nasjonale bestemmelser om beskyttelse av klassifiserte opplysninger, bestemmelser om advokaters og legers taushetsplikt og straffeprosessuelle regler.

En varslers pådrar seg heller ikke ansvar for erverv av opplysninger med mindre ervervet utgjør en selvstendig straffbar handling, jf. artikkel 21 nr. 3. Etter direktivets fortale punkt 93 gjelder dette både der varslers avslører innholdet i dokumenter vedkommende lovlig har

¹¹⁷ Fortalen avsnitt 39.

¹¹⁸ Fortalen avsnitt 39.

¹¹⁹ Fortalen avsnitt 40.

tilgang til, og tilfeller hvor vedkommende tar kopier av slike dokumenter eller fjerner dem fra arbeidsplassen i strid med kontrakt eller andre bestemmelser.

Eventuelt ansvar som varsler pådrar seg som følge av handlinger eller unnlatelser som ikke er knyttet til varselet, eller handlinger som ikke var nødvendige for å avsløre en overtredelse etter direktivet, er fremdeles underlagt nasjonal rett eller annen EU-rett, jf. artikkel 21 nr. 4.

Direktivets artikkel 21 nr. 5 inneholder en særlig regel om bevisbyrde i rettssaker eller saker ved andre relevante myndigheter. Hvis en person godtgjør å ha varslet og lidt en ulempe, er det overlatt til motparten å bevise at ulempen ikke utgjør en represalie for varslingen.

Personkategoriene nevnt i artikkel 4 skal i relevante tilfeller ha tilgang til avhjelpende tiltak mot represalier, herunder foreløpige rettsmidler i tråd med nasjonal rett, jf. artikkel 21 nr. 6.

I direktivets fortale er det nevnt at tiltak rettet mot varsler utenfor arbeidsrelatert sammenheng, i form av rettssaker, også kan ha en alvorlig avskrekkende effekt på potensielle varslere. Varsler kan påberope seg varslervern som grunnlag for ansvarsfrihet i søksmål om blant annet injurier, krenkelse av opphavsrettigheter, tilsidesettelse av taushetsplikt, overtredelse av personvernregler, utlevering av forretningshemmeligheter eller erstatningskrav etter privat, offentlig eller kollektiv arbeidsrett, jf. artikkel 21 nr. 7. Nevnte personkrets har etter direktivet rett til å påberope seg varselet for å kreve avvisning av søksmålet, forutsatt at de hadde rimelig grunn til å anta at varselet var nødvendig for å avsløre en overtredelse etter direktivet. Når varselet omfatter forretningshemmeligheter, skal varselet anses lovlig etter forretningshemmelighetsdirektivet (direktiv 2016/943) artikkel 3 nr. 2.

Medlemsstatene skal treffe nødvendige tiltak for å sikre at persongruppen nevnt i artikkel 4 har tilgang til rettsmidler og full kompensasjon for skader, i tråd med nasjonal rett, jf. artikkel 21 nr. 8. Denne forpliktelsen er nærmere omtalt i punkt 17.2 nedenfor.

13.2 Forslag til gjennomføring

13.2.1 Represalier

Medlemsstatene skal etter direktivets artikkel 19 forby enhver form for represalier mot den som varsler. Også trusler om og forsøk på represalier skal forbys. Lund & Co foreslår en lovbestemmelse om represalier som ligger tett opp mot direktivet. Etter vårt syn er det ikke nødvendig at direktivets liste over represalier gjentas i loven. Det er uansett ikke slik at enhver handling eller unnlatelse som nevnt i opplistingen vil utgjøre en represalie i lovens forstand, all den tid det er et vilkår at handlingen eller unnlatelsen forårsaker eller vil kunne forårsake skade, jf. definisjonen i direktivets artikkel 5 nr. 11. Slik vi ser det, vil innholdet i gjengjeldelsesforbudet bli tilstrekkelig klart når bestemmelsen leses i sammenheng med definisjonen inntatt i utkastet til § 4 bokstav k.

Et særlig spørsmål er om loven bør benytte begrepet «gjengjeldelse» eller «represalier». Arbeidsmiljøloven § 2-A-4 benytter førstnevnte begrep, mens direktivet (i dansk versjon) benytter sistnevnte. Begrepene er langt på vei synonymmer. På samme måte som etter direktivets represaliebegrep, favner begrepet gjengjeldelse vidt. Enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling, skal i utgangspunktet regnes som gjengjeldelse. Når det innholdsmessig kan tenkes å være forskjeller mellom arbeidsmiljølovens gjengjeldelsesbegrep og direktivets represaliebegrep, skyldes dette først og fremst at gruppen som vernes av direktivet går utover arbeidstakere, slik at represaliene vil kunne innta en litt annen karakter. Slik Lund & Co ser det, vil det like fullt være en fordel å benytte en begrepsbruk som sammenfaller med arbeidsmiljølovens. Vi foreslår derfor at begrepet gjengjeldelse benyttes også i EØS-varslerloven.

Direktivet krever at vernet mot gjengjeldelse også utstrekkes til den som bistår ved rapporteringen eller for øvrig har en kobling til varsler, jf. direktivet artikkel 4 nr. 4. De som inngår i personkretsen vil stå i fare for å bli utsatt for indirekte represalier på grunn av sin relasjon til varsler. Vi foreslår at den personkrets som nyter vern mot gjengjeldelse speiler direktivets krav på dette punkt.

13.2.2 Motarbeidelse

Varslingsdirektivet inneholder ikke noe uttrykkelig krav om at medlemsstatene skal forby motarbeidelse eller forsøk på motarbeidelse av varsling. Like fullt oppstiller direktivet artikkel 23 en forpliktelse til å etablere effektive, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner overfor personer som hindrer eller forsøker å hindre varsling. Når direktivet stiller krav om at statene sanksjonerer slik atferd, innebærer det at statene også må forby atferden.

Lund & Co foreslår en bestemmelse som forbyr det å hindre eller forsøke å hindre varsling. Det fremgår ikke av direktivet hva en slik atferd må bestå i for å rammes av forbudet, men etter vårt syn må det være tale om klanderverdig opptreden. Det vil derfor være lite naturlig å la forbudet ramme situasjoner der representanter for en virksomhet forsøker å overbevise en potensiell varslers om at det ikke har forekommet overtredelser, og at et varsel derfor vil være unødvendig. Forbudet vil derimot ramme den som motarbeider varsling ved eksempelvis å true eller sjikanere en potensiell varslers for å prøve å hindre vedkommende i å varsle.

13.2.3 Ansvarsfrihet

Varslingsdirektivet krever at statene skal sikre varslere beskyttelse i form av ansvarsfrihet. Personer som varsler etter direktivet anses ikke å ha overtrådt en eventuell taushetsplikt, og pådrar seg ikke ansvar, forutsatt at de hadde rimelig grunn til å anta at varselet var nødvendig for å avsløre en overtredelse etter direktivet.

Vi foreslår at ansvarsfriheten skal gjelde for den som bryter taushetsplikt, uavhengig av om denne følger av lov eller avtale. Ettersom direktivets bestemmelser ikke kan fravikes gjennom avtale, vil det ikke gyldig kunne avtales en taushetsplikt som begrenser varslingsretten utover det som følger av direktivet. Slik vi ser det vil det likevel en avgrensning til lovbestemt taushetsplikt komplisere regelverket unødig. Bestemmelsen om ansvarsfrihet er derfor utformet slik at den gjelder uavhengig av grunnlaget for taushetsplikten.

Ansvarsfriheten ved tilsidesettelse av taushetsplikt gjelder enhver form for ansvar, herunder erstatningsansvar, arbeidsrettslig ansvar og straffansvar.

Varsler er bare fri for ansvar dersom de opplysningene som ble gitt var nødvendige for å avsløre en overtredelse, eller dersom varsler med rimelighet antok at dette var tilfellet, jf. artikkel 21 nr. 2 og 7. I fortalens punkt 91 er det presisert at beskyttelsen ikke omfatter overflødige opplysningers som vedkommende ikke hadde rimelig grunn til å videreformidle. At varsler ikke må overlevere mer informasjon enn det som er nødvendig ut fra formålet innebærer blant annet at varsler må bestrebe seg på ikke å utlevere overskuddsinformasjon.

I Sverige er det gjort unntak fra ansvarsfriheten ved utlevering av dokumenter, og det er lagt til grunn at en slik ordning ikke er i strid med direktivet. Etter vår vurdering er det ikke hensiktsmessig med et tilsvarende unntak her. Vi bemerker likevel at en varsler ikke vil gå fri fra ansvar ved utlevering av dokumenter dersom dokumentene inneholder mer informasjon enn det som er direkte relevant for å belyse en overtredelse.

Ansvarsfriheten gjelder ikke ved utlevering av opplysninger omfattet av advokaters og helsepersonells taushetsplikt, jf. direktivet artikkel 3 nr. 3 bokstav b. Dette følger allerede av avgrensningen av lovens saklige virkeområde, jf. forslag til § 2 andre ledd bokstav c og d. Det er derfor ikke grunn til å tydeliggjøre dette ytterligere i lovteksten.

Vernet etter direktivet omfatter ikke bare selve varslingen, men også det forutgående erverv av de aktuelle opplysningene, jf. artikkel 21 nr. 3. Bestemmelsen inneholder ikke noe uttrykkelig kriterium om at varsler hadde rimelig grunn til å anta at opplysningene ervervet var nødvendige for å avsløre en overtredelse etter direktivet. Slik vi leser direktivet, må imidlertid artikkel 21. nr. 3 leses i sammenheng med bestemmelsen for øvrig, slik at enhver beskyttet handling forbundet med varslingen er underlagt samme «god tro»-standard.

Lund & Co foreslår å lovfeste at en varsler som utgangspunkt ikke skal komme i ansvar for å skaffe seg tilgang til informasjonen varselet gjelder, dersom varsler med rimelighet antok at opplysningene var nødvendige for å avsløre en overtredelse. Ifølge fortalen punkt 92 gjelder varslervernet både der varsler avslører innholdet i dokumenter vedkommende har lovlig tilgang til, og tilfeller hvor vedkommende tar kopier av dokumenter eller fjerner dem fra organisasjonen vedkommende er ansatt i strid med kontrakt eller andre bestemmelser. Det kan for eksempel tenkes at varsler erverver opplysninger ved å ta bilder av organisasjonens lokaler eller skaffe seg adgang til et sted vedkommende i utgangspunktet ikke har adgang til.

Direktivet gir likevel ikke ansvarsfrihet der ervervet utgjør en selvstendig straffbar handling, eksempelvis dersom vedkommende hacker seg inn på en bedrifts datasystemer, begår innbrudd i lokaler eller lignende. Vi foreslår å presisere i loven av slike situasjoner vil være underlagt straffansvar.

Et særlig spørsmål er om ansvarsfriheten bør omfatte tilfeller hvor en person erverver opplysninger med sikte på varsling, dersom vedkommende likevel ikke fremsetter noe varsel. Det synes forholdsvis klart at direktivet ikke krever ansvarsfrihet i et slikt tilfelle, jf. formuleringen i artikkel 21 nr. 3 om vern av «indberettende» personers erverv av informasjon. En regel om ansvarsfrihet i tilfeller som nevnt vil kunne legge til rette for varsling ved å gi potensielle varslere en trygghet på at de vil bli vernet, også dersom vedkommende avstår fra å varsle, eksempelvis fordi vedkommende ikke avdekker noe brudd på de aktuelle direktivbestemmelsene. Det er imidlertid vår oppfatning at en regel som nevnt vil kunne misbrukes ved at personer som aldri har hatt til hensikt å varsle påberoper seg varslervern ved innhenting av opplysninger i en virksomhet. Vi foreslår derfor at ansvarsfrihet for innhenting av informasjon er forbeholdt den som senere varsler om overtredelser av de aktuelle direktivene.

Slik vi ser det, er det overflødig å gjennomføre direktivet artikkel 21 nr. 4 særskilt i loven. Bestemmelsen tydeliggjør at ansvar som varsler pådrar seg som følge av handlinger eller unnlatelser som ikke knytter seg til varselet eller ikke er nødvendig for å avsløre en overtredelse etter direktivet, fremdeles er underlagt relevant EU-rett eller nasjonal rett. Det er vårt syn at dette vil følge motsetningsvis av den foreslåtte bestemmelsen om ansvarsfrihet.

Direktivet artikkel 21 nr. 7 fastsetter at den som varsler i tråd med direktivet ikke kan holdes ansvarlig for varslingen hvis vedkommende saksøkes, eksempelvis for injurier, krenkelse av opphavsrett, tilsidesettelse av taushetsplikt, overtredelse av personvernregler, utlevering av forretningshemmeligheter eller erstatningskrav basert på privat, offentlig eller kollektiv arbeidsrett. Videre skal varsler skal ha rett til å påberope seg varslingen for å få søksmålet avvist dersom vedkommende hadde rimelig grunn til å anta at varselet var nødvendig for å avsløre en overtredelse av direktivet. Bestemmelsen stiller både materielle og prosessuelle krav til medlemsstatene. Varslingen skal etter direktivet utgjøre en materiell

ansvarsfrihetsgrunn, og medlemsstatene må åpne for at varsler skal kunne påberope seg denne ansvarsfrihetsgrunnen dersom et søksmål blir reist mot ham.

Det fremgår ikke klart av direktivet om varslervernet må utgjøre en avvisningsgrunn, slik at saksøker forhindres fra å få realitetsbehandlet sakens materielle krav, eller om det er tilstrekkelig at varslervernet kan påberopes og underbygges under realitetsbehandlingen av saken. Direktivets begrep «avvisning» - på engelsk «dismissal» – kunne tilsi førstnevnte tolkning, men i fravær av klare holdepunkter, er vi tilbakeholdne med å tolke direktivet slik at det medfører et slikt betydelig innhugg i medlemsstatenes prosessuelle autonomi. Utover ordlyden i direktivbestemmelsen, er det ingen holdepunkter for at direktivet krever at forholdene behandles som en prosessforutsetning i den nasjonale gjennomføringslovgivningen.

Spørsmålet er ikke løftet frem i de danske forarbeidene. I Sverige er det lagt til grunn at direktivet ikke krever slike søksmål avvist, men at det er tilstrekkelig at varslingen kan påberopes og belegges med bevis under hovedforhandlingen. Det er uttalt i forarbeidene at kravet nedfelt i direktivet artikkel 21 nr. 7 andre punktum synes å være knyttet til ordninger der det – i motsetning til Sverige – ikke er fri bevisførsel og bevisbedømmelse. Det ble derfor ikke funnet grunn til å innføre prosessuelle endringer i svensk lovgivning for å leve opp til direktivets krav på dette punkt. Etter vår vurdering er dette en plausibel tolkning av direktivet. Tolkningen finner støtte i direktivets fortale punkt 97, hvor det fremgår at «[i] sådanne retssager bør indberettende personer kunne gøre gældende, at de har foretaget indberetning af overtrædelser eller foretaget en offentliggørelse i overensstemmelse med dette direktiv.» Ettersom utgangspunktet i norsk rett er fri bevisførsel og bevisbedømmelse, forslås ingen endringer i prosesslovgivningen for å gjennomføre direktivforpliktelsene. Hvis det er klart at søksmålet mot varsleren ikke kan føre frem, kan det avgjøres ved forenklet domstolsbehandling etter tvisteloven § 9-8 dersom varsleren begjærer det.

Av direktivet artikkel 4 nr. 4 fremgår det at de beskyttelsestiltak som er listet opp i kapittel VI «i givet fald» - i engelsk versjon «where relevant» - også omfatter de som bistår varsler eller har en nærmere bestemt tilknytning til vedkommende. Direktivet angir ikke nærmere hvilke beskyttelsestiltak det siktes til. I den danske loven er bare varsler omfattet av ansvarsfriheten, men noe drøftelse i de danske forarbeidene er det ikke. Sverige har tolket direktivet slik at

ansvarsfriheten er forbeholdt varsler og ikke tilkommer de personkategorier som er listet opp i direktivet artikkel 4 nr. 4. En person som bistår eller for øvrig har en nær forbindelse til varsler, vil etter svensk lov derfor bare bli fri for ansvar dersom vedkommende oppfyller kriteriene for selv å anses som en varsler. Etter vårt syn er dette en rimelig tolkning av direktivet. Formålet er først og fremst å sikre den angitte personkrets mot represalier som følge av deres tilknytning til varsleren. Den nærmere grensedragningen mellom hva som kun skal anses som bistand til varsler og hvilke personer som oppfyller kriteriene for selv å anses som varsler, må avgjøres i rettspraksis.

13.2.4 Særlig om forretningshemmeligheter

Varslingsdirektivet er tydelig på hvordan ytringsfriheten for varslere skal avveies mot vernet av forretningshemmeligheter. Det fremgår av direktivet artikkel 21 nr. 7 at når en person varsler om overtredelser som omfatter forretningshemmeligheter, og oppfyller vilkårene i varslingsdirektivet, skal varslet anses som lovlig etter vilkårene i forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 3 nr. 2. Det følger av bestemmelsen at enhver tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet er lovlig når enten EU-retten eller nasjonal rett pålegger eller tillater handlingen. Videre har direktivet artikkel 5 regler om at videreformidling av forretningshemmeligheter mv. er tillatt hvis det faller innenfor rammen av ytringsfriheten og retten til å varsle blant annet for å avdekke ulovligheter, dersom varslers hensikt var å beskytte den allmenne offentlige interesse.

Forretningshemmelighetsdirektivet er tatt inn i EØS-avtalen, og gjennomført i lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven). Loven forbyr «inngrep» i forretningshemmeligheter, jf. § 3. For å være forbudt, må erverv, bruk eller videreformidling være «urettmessig» eller «i strid med god forretningsskikk», og handlinger i overensstemmelse med annen nasjonal lovgivning vil dermed ikke utgjøre brudd på loven. Det følger videre av lovens forarbeider at de handlinger som direktivet tillater etter artikkel 5 er rettmessige også etter norsk rett, jf. Prop. 5 LS (2019-2020) s. 55. Etter vår vurdering er det derfor overflødig med en særskilt regulering i EØS-varslingsloven.

13.2.5 Bevisbyrde

Varslingsdirektivet er ikke til hinder for at arbeidsgivere treffer beslutninger knyttet til ansettelsesforholdet som ikke er foranlediget av varslingen. Det fremgår klart av direktivets fortale at en ugunstig behandling ikke vil være å anses som en represalie med mindre det er en nær forbindelse mellom varslingen og den ugunstige behandlingen av vedkommende.¹²⁰ Varslingsdirektivet krever imidlertid at bevisbyrden deles i rettssaker eller saker ved andre relevante myndigheter. Kravet om delt bevisbyrde innebærer at dersom en person godtgjør å ha varslet og lidt en ulempe, skal det overlates til motparten å bevise at ulempen ikke skyldes varslingen.

En regel om snudd bevisbyrde finnes også i aml. § 2 A-4 fjerde ledd. Dersom arbeidstaker legger frem «opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik gjengjeldelse.» En tilsvarende regel finnes i likestillings- og diskrimineringsloven § 37.

Bevisbyrderegelen i varslingsdirektivet er utformet noe annerledes, ved at bevisbyrden snus dersom en person godtgjør å ha varslet og lidt en skade. Slike omstendigheter vil kunne utgjøre «opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse». Formuleringen «grunn til å tro» angir en langt lempeligere standard enn det alminnelige beviskravet i sivile saker som er krav om sannsynlighetsovervekt. Det fremgår av arbeidsmiljølovens forarbeider at det normalt vil være nok at arbeidstaker kan vise at ytringen har skjedd og at oppsigelse eller annen handling kom tett på varslingen i tid, jf. Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44. Det innebærer at en bevisregel etter mønster av aml. § 2 A-4 fjerde ledd og diskrimineringsloven § 37 vil kunne oppfylle direktivets krav. Vi erkjenner at det kan være fordeler med å utforme beslektede bevisregler på samme måte. Når vi likevel foreslår en mer direktivnær formulering, er dette for å synliggjøre at bevisbyrden *alltid* skal snus når varsler kan underbygge å ha fremsatt et varsel og lidt skade, uten å måtte gå inn i en nærmere vurdering av om dette gir «grunn til å tro» at det er tale om represalier.

¹²⁰ Avsnitt 44.

Etter direktivets artikkel 21 nr. 5 gjelder kravet om snudd bevisbyrde i saker «vedrørende ulemper, som den indberettende person har lidt» - på engelsk saker «relating to a detriment suffered by the reporting person». Det siktes her til saker om gjengjeldelse ved varsling. Det følger av direktivets fortale at bevisbyrden også bør snus i søksmål rettet mot varsler utenfor arbeidsrettslig sammenheng, eksempelvis for injurier, krenkelser av opphavsrett, utlevering av forretningshemmeligheter mv. Det heter i fortalens punkt 97 at i saker som nevnt bør saksøker ha bevisbyrden for at varsler ikke oppfyller direktivets betingelser for vern. En forpliktelse til å snu bevisbyrden i slike saker følger imidlertid ikke direkte av direktivet, og statene står derfor ikke forpliktet til å innføre en regel med et slikt innhold.

Etter arbeidsmiljøloven § 2-A-2 fjerde ledd har arbeidsgiver bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med vilkårene for vern i aml. §§ 2 A-1 og 2 A-2. Bevisregelen bygger på at det er den som hevder begrensninger i ytringsfriheten, som må begrunne og bevise dette, jf. Ot.prp. nr. 84 (2005–2006) s. 52. Spørsmålet er om det på tilsvarende måte bør legges opp til at det er saksøker som må bevise at direktivets vilkår for vern ikke er oppfylt.

Slik vi ser det er det betenkelig å snu bevisbyrden i tilfeller som dette. Begrunnelsen for delt bevisbyrde i saker om represalier er ifølge direktivets fortale at represalier ofte vil bli presentert som begrunnet i andre forhold enn varselet. Det kan være vanskelig for varsler å påvise årsakssammenheng, mens den som iverksetter represalier kan ha ressurser til å dokumentere de tiltak som er truffet og begrunnelsen for disse.¹²¹ Disse hensynene gjør seg ikke tilsvarende gjeldende i andre søksmål rettet mot varsler. Tvert imot vil det være enklere for varsler å godtgjøre at vedkommende oppfyller betingelsene for vern, enn det vil være for saksøker å godtgjøre at han *ikke* gjør det. Det er varsler som sitter inne med mest informasjon om hva som har skjedd og det betyr også at vedkommende ofte kan ha best mulighet til å fremlegge bevis.

For å gjennomføre direktivets artikkel 21 nr. 5 foreslår vi å innføre en særlig bevisbyrderregel som ligger tett opp til direktivet, jf. utkast til § 9 tredje ledd.

¹²¹ Fortalen avsnitt 93.

13.2.6 Hvem skal være bundet av forbudet mot represalier?

Det fremgår ikke av direktivet artikkel 19 hvem som skal være bundet av forbudet mot represalier. Av direktivets fortale punkt 87 fremgår at varsler bør være beskyttet mot direkte eller indirekte represalier som utføres, tilskyndes eller tolereres av arbeidsgiver, kunde, mottaker av tjenester eller personer som jobber på vegne av tjenestemottaker, som er i kontakt med varsler i forbindelse med dennes arbeidsrelaterte aktiviteter.

Etter norsk rett gjelder forbudet mot gjengjeldelse både for arbeidsgiver og innleier, jf. aml. § 2 A-4 første ledd andre setning. Dette innebærer at personer som har ansatte eller innleide arbeidstakere til å utføre tjenester for seg er omfattet av forbudet. Det fremgår av lovens forarbeider at gjengjeldelsesforbudet vil sette krav til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten:

«Forbudet vil i tillegg til arbeidsgivers egne handlinger, inkludere handlinger til den som utøver styringsretten i arbeidsgivers sted, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd andre punktum, og handlinger til arbeidstakere som handler etter instruks fra arbeidsgiver. Gjengjeldelsesforbudet vil ikke omfatte nye arbeidsgivere som arbeidstakeren søker jobb hos. Heller ikke vil forbudet gjelde kunder, kontraktsparter osv.»

I underrettspraksis er det lagt til grunn at forbudet mot gjeldendelse gjelder arbeidsgiver, og at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke kan stilles ansvarlig for gjengjeldelse utført av varslers kollegaer.¹²² Unnlatelse av å gripe inn mot gjengjeldelser fra kollegaer, vil imidlertid kunne anses en gjengjeldelse fra arbeidsgivers side. Arbeidsgiver skal etter § 2 A-3 andre ledd særlig påse at varsleren har et forsvarlig arbeidsmiljø, og vil etter kapittel 4 ha plikt til å gripe inn dersom varsleren utsettes for gjengjeldelse fra sine kollegaer, for eksempel i form av utfrysning eller unødig ryktespredning som følge av varslingen. Dersom arbeidsmiljøet til en varsler ikke er fullt forsvarlig, og dette har sammenheng med varslingen, kan dette regnes som gjengjeldelse etter § 2 A-4.¹²³

Med formuleringen «utføres, tilskyndes eller tolereres» antar vi at represaliene må være utført av ovennevnte personkrets eller noen denne svarer for, men slik at vedkommende også kan holdes ansvarlig for å unnlate å gripe inn overfor represalier utført av andre. For å synliggjøre

¹²² LB-2010-40623 og LG-2011-17283.

¹²³ Prop. 74 L (2018-2019) s. 52.

at forbudet mot gjengjeldelse rekker videre enn aktive handlinger foretatt av arbeidsgiver mv, foreslår vi å presisere i loven at forbudet omfatter det å utføre, tilskynde eller tolerere gjengjeldelse.

14 Støtte til varslere

14.1 Direktivets bestemmelser

Varslingsdirektivet artikkel 20 pålegger medlemsstatene å etablere støttetiltak for varslere. Støtten skal tilkomme de personkategorier som nevnt i direktivet artikkel 4, herunder den som bistår eller er nært forbundet med varsler. Støttetiltakene skal inkludere omfattende og uavhengig informasjon og rådgivning om tilgjengelige rettsmidler, beskyttelse mot represalier og den berørte persons rettigheter, jf. artikkel 20 nr. 1 bokstav a. Informasjonen skal være gratis og lett tilgjengelig for offentligheten.

Videre skal støtten omfatte effektiv bistand fra kompetente myndigheter overfor andre relevante myndigheter som deltar i beskyttelsen mot gjengjeldelse, jf. bokstav b. Dersom det er fastsatt i nasjonal rett, har varsler krav på en bekreftelse på at vedkommende nyter vern etter direktivet.

Det fremgår av artikkel 20 nr. 1 bokstav c at medlemsstatene skal tilby støtte i form av rettshjelp i straffesaker og i grenseoverskridende sivile saker i tråd med direktiv (EU) 2016/1919 og direktiv 2008/52/EF. Videre skal statene «i overensstemmelse med national ret» tilby støtte i form av rettshjelp i andre saker og juridisk rådgivning eller annen juridisk bistand.

Medlemsstatene kan videre gi finansiell og annen bistand, herunder psykologisk støtte, til varslere i forbindelse med rettssaker, jf. artikkel 20 nr. 2. Dette er en «kan»-bestemmelse, slik at direktivet ikke stiller krav om at slik støtte stilles til rådighet.

Hvem som er ansvarlig for støttetiltakene fremgår av artikkel 20 nr. 3. Støtten kan stilles til rådighet av et informasjonssenter eller en enkelt tydelig identifisert og uavhengig administrativ myndighet.

14.2 Forslag til gjennomføring

Varslingsdirektivet pålegger statene å sikre at varslere og tilknyttede personer får tilgang til gratis, lett tilgjengelig og uavhengig informasjon og rådgivning, jf. artikkel 20 nr. 1 bokstav a. Formålet med informasjonen er å legge til rette for varsling, slik at overtredelser avdekkes eller forhindres, jf. fortalen punkt 89. Bestemmelsen pålegger ikke private plikter, og gir dem heller ikke rettigheter som kan håndheves for domstolene. Etter vårt syn er det ikke nødvendig at denne bestemmelsen inntas i loven. Det må like fullt tas grep for å sikre at bestemmelsen overholdes, ved å utpeke en aktør som skal stå ansvarlig for å gi slik informasjon. Det fremgår av artikkel 20 nr. 3 at den ansvarlige kan være et informasjonssenter eller en tydelig identifisert og uavhengig administrativ myndighet. Dersom det er sivilsamfunnsorganisasjoner som tilbyr rådgivningen, fremgår det av direktivets fortale at medlemsstatene bør sikre at disse ikke utsettes for represalier, eksempelvis i form av økonomisk tap som følge av begrensninger i finansiering eller svartelisting, som kan vanskeliggjøre deres virke.¹²⁴

Etter artikkel 20 nr. 2 kan statene gi bistand til varslere i forbindelse med rettssaker. Dette er en «kan»-bestemmelse, slik at direktivet ikke stiller krav om at slik støtte stilles til rådighet. Lund & Co fremmer ikke forslag om slike støttetiltak.

Videre skal støtten omfatte effektiv bistand fra kompetente myndigheter overfor andre relevante myndigheter som deltar i beskyttelsen mot gjengjeldelse, jf. bokstav b. Det fremgår av direktivets fortale at de relevante myndigheter bør fremlegge bevis eller annen dokumentasjon der dette er nødvendig for å bekrefte overfor andre myndigheter eller domstoler at det har funnet sted en ekstern varsling.¹²⁵ Lund & Co foreslår å ta inn en bestemmelse i forskrift om at den myndighet som pekes ut som ekstern varslingsmottaker skal yte slik bistand som nevnt. Etter direktivet har varslere bare krav på en bekreftelse av at vedkommende nyter vern etter direktivet der dette er fastsatt i nasjonal rett. Det vises til fortalen punkt 90:

¹²⁴ Fortalen avsnitt 89.

¹²⁵ Se premiss 90.

«I henhold til visse nationale rammer og i visse tilfælde kan den indberettende person drage fordel af en form for bekræftelse af, at vedkommende opfylder betingelserne i de relevante regler. Uanset disse muligheder bør de have effektiv adgang til domstolsprøvelse, hvorved det er op til domstolene at træffe afgørelse på grundlag af alle sagens individuelle omstændigheder, om de opfylder betingelserne i de relevante regler.»

Det vil ikke nødvendigvis være enkelt for den eksterne varslingsmottakeren å bringe på det rene om en varsler oppfyller betingelsene for vern etter direktivet. Eksempelvis kan det være vanskelig å avdekke hvorvidt varsler har vært i god tro om korrektheten av de opplysninger som omfattes av varselet. Av den grunn foreslår vi ikke at kompetent myndighet skal være forpliktet til å utstede en erklæring om at varsler oppfyller betingelsene for varslervern. En erklæring som bekrefter at vedkommende har inngitt et varsel til relevant myndighet vil være tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav.

Varslerstøtten omfatter også rettshjelp, jf. bokstav c. Direktivet krever ikke endringer i reglene om fri rettshjelp, og vi tar heller ikke til orde for noen slike endringer. Det vises til at rettshjelputvalget foretok en bred gjennomgå av ordningen for fri rettshjelp, og en NOU 2020:5 *Likhet for loven – Lov om støtte til rettshjelp* (rettshjelpsloven) 30. april 2020. Utredningen har vært på høring, og saken ligger for tiden til behandling i Justisdepartementet.

15 Tilsyn

15.1 Direktivets krav

Varslingsdirektivet har ingen uttrykkelige regler om tilsyn. Direktivet pålegger like fullt medlemsstatene å sikre at virksomheter i privat og offentlig sektor etablerer og fastlegger prosedyrer for varsling og oppfølging. I dette ligger ikke bare et krav om å innføre bestemmelser som pålegger etablering av slike prosedyrer, men også et krav til tiltak som sikrer at virksomhetene oppfyller forpliktelsene de er pålagt.¹²⁶

¹²⁶ Denne forståelsen er også lagt til grunn i de svenske forarbeidene, se Prop. 2020/21:193 s. 229.

15.2 Forslag til gjennomføring

Plikten til å utarbeide varslingsrutiner etter arbeidsmiljøloven § 2 A-6 faller inn under Arbeidstilsynets tilsyns- og påleggskompetanse, jf. aml. § 18-1 og 18-6. I forbindelse med tilsyn vil Arbeidstilsynet kunne gi virksomheter pålegg om å utarbeide rutiner. Tilsynet kan også kontrollere at innholdet i rutinene er i tråd med de minimumskravene som følger av bestemmelsen, samt at arbeidstakerne og deres tillitsvalgte har vært involvert ved utarbeidelsen av rutinene. Retten til å varsle og vernet mot gjengjeldelse er derimot ikke underlagt Arbeidstilsynets påleggs- og vedtakskompetanse. Det innebærer at tilsynets kompetanse på dette området er begrenset til veiledning.¹²⁷ Kompetansen speiler langt på vei arbeidsmiljølovens skille mellom offentligrettslige og privatrettslige regler. Mens Arbeidstilsynet håndhever de offentligrettslige reglene, håndheves de privatrettslige bestemmelsene av kontraktspartene selv.

Noen slik inndeling mellom offentligrettslig og privatrettslige regler finnes ikke i EU/EØS-retten. Gjennomføringen av EØS-rettslige forpliktelser i nasjonal rett vil derfor bidra til å viske ut dette skillet også på nasjonalt plan. Likevel foreslår vi at Arbeidstilsynets tilsynsmyndighet etter EØS-varslingsloven skal være begrenset til den tilsvarende myndighet etter arbeidsmiljøloven. Vi tar derfor til orde for at Arbeidstilsynet skal påse at virksomhetene oppfyller forpliktelsene til å etablere og fastlegge prosedyrer for og oppfølging av interne varsler. Etter forslaget skal flere av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 18 gjelde tilsvarende for tilsyn etter EØS-varslingsloven. Dette sikrer at tilsynet kan gi pålegg og fatte andre enkeltvedtak som er nødvendig for at virksomhetene oppfyller EØS-varslingslovens regler. Tilsynet kan ilegge gebyrer og tvangsmulkt, og virksomheten vil være forpliktet til å gi opplysninger til tilsynet.¹²⁸ Adressat for vedtaket vil ha klageadgang i tråd med forvaltningslovens alminnelige bestemmelser, jf. forvaltningsloven § 28 flg. En del av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 18 passer ikke ved tilsyn etter loven her. Dette gjelder aml. § 18-3 om årlige gebyrer, § 18-4 om fysisk adgang til arbeidsplassen, § 18-6 tredje til sjette ledd om særlige pålegg og vedtak, § 18-8 om stans av virksomheten og § 18-9 om samtykke til oppføring av bygning. Dette er reflektert i lovforslaget, se utkast til § 18.

¹²⁷ Se NOU 2018:6 s. 56-57 om aktuelle veiledningstiltak i varslingssaker.

¹²⁸ Se aml. § 18-3 (gebyr), § 18-7 (tvangsmulkt) og § 18-5 (opplysninger).

16 Rettssikkerhetsgarantier for omvarslede og andre berørte personer

16.1 Direktivets bestemmelser

Artikkel 22 pålegger medlemsstatene å treffe tiltak for å beskytte omvarslede og andre berørte personer. Dette er fysiske eller juridiske personer som i varselet angis som ansvarlig for overtredelsen, eller som nevnte person har en tilknytning til, jf. definisjonen i direktivet artikkel 5 nr. 10.

Medlemsstatene skal sikre at de berørte personer sikres rett til effektive rettsmidler og at de vernes av uskyldspresumsjonen og retten til en rettferdig rettergang, herunder retten til å bli hørt og til dokumentinnsyn, jf. artikkel 22 nr. 1. De berørtes rettigheter skal sikres «i overensstemmelse med chartret». Dette er en henvisning til EUs menneskerettscharter artikkel 47 og 48. Førstnevnte bestemmelse verner retten til effektive rettsmidler og en rettferdig rettergang, mens sistnevnte verner uskyldspresumsjonen og retten til et effektivt forsvar. EUs menneskerettscharter er ikke en del av EØS-avtalen, men ettersom dette er sentrale rettssikkerhetsgarantier som langt på vei følger av alminnelige EU- og EØS-rettslige prinsipper, må det antas at bestemmelsene er EØS-relevante etter sitt innhold.

Etter artikkel 22 nr. 2 skal kompetente myndigheter i tråd med nasjonal rett sikre at de berørte personers identitet er beskyttet så lenge undersøkelser utløst av varselet pågår. De reglene om beskyttelse av varslerens identitet som fremgår av direktivet artikkel 12, 17 og 18 gjelder tilsvarende for berørte tredjepersoner, jf. artikkel 22 nr. 3.

16.2 Forslag til gjennomføring

Når det gjelder plikten til å beskytte omvarsledes og andre tredjepersoners identitet, vises det til drøftelsen av lovbestemt taushetsplikt i punkt 11.2.2 ovenfor.

For øvrig mener Lund & Co at de rettssikkerhetsgarantiene som er nedfelt i direktivet allerede er ivaretatt i norsk rett, gjennom prosesslovgivningen og menneskerettsloven. Gjennomføring av direktivet nødvendiggjør derfor ikke noen endringer i norsk lov på dette punktet.

17 Rettsfølger og sanksjoner

17.1 Direktivets bestemmelser

Bestemmelser om rettsmidler, rettsfølger og sanksjoner er inntatt i direktivet artikkel 21 nr. 8 og 23. Førstnevnte bestemmelse regulerer private rettsfølger, mens sistnevnte regulerer offentligrettslige sanksjoner.

Direktivet artikkel 21 nr. 8 pålegger medlemsstatene å treffe nødvendige tiltak for å sikre at persongruppen nevnt i artikkel 4 har tilgang til rettsmidler og full kompensasjon for skader, «i overensstemmelse med national ret». Det fremgår av direktivets fortale at hvilket rettsmiddel som er egnet, avhenger av hva slags gjengjeldelse det er tale om. Dette er nærmere utdypet i fortalen punkt 94:

Det egnede rettsmiddel kunne have form af tiltag til genansættelse, f.eks. i tilfælde af afskedigelse, forflyttelse eller degradering, eller af nægtelse af uddannelse eller forfremmelse, eller til genaktivering af en annulleret tilladelse, licens eller aftale; compensation for nuværende og fremtidige økonomiske tab, f.eks. mistet tidligere løn, men også for fremtidige tab af indtægter, omkostninger, der er forbundet med erhvervsskifte; og compensation for andre økonomiske tab såsom procesomkostninger og udgifter til lægebehandling og for immaterielle skader, såsom svie og smerte.

Det presiseres at selv om typen rettsmiddel kan variere mellom ulike rettssystemer, bør de sikre «at erstatning eller oprejsning er reel og effektiv, på en måte, der står i et rimelig forhold til den påførte ulempe og har en afskrækkende virkning.»¹²⁹ Videre bør nasjonale rettsmidler ikke ha en avskrekkende virkning på potensielle varslere. I fortalen nevnes som eksempel at dersom kompensasjon gis i stedet for gjeninntredelse ved avskjed, vil dette kunne legge til rette for en systematisk praksis, særlig i større organisasjoner, som kan virke avskrekkende på den som vurderer å varsle.¹³⁰

¹²⁹ Fortalen avsnitt 95. Det er vist til at prinsippene i den europeiske søyle for sosiale rettigheter er relevante, særlig prinsipp 7 om at arbeidstakere forut for en oppsigelse har krav på en begrunnelse og rimelig varsel, samt adgang til effektiv og upartisk tvisteløsning, og ved ubegrunnet oppsigelse rett til å klage og få en passende kompensasjon.

¹³⁰ Fortalen avsnitt 95.

Det følger av artikkel 21 nr. 6 at personkretsen omfattet av artikkel 4 i relevante situasjoner skal ha adgang til avhjelpende tiltak mot represalier, herunder midlertidige rettsmidler i påvente av en mer omfattende domstolsbehandling «i overensstemmelse med national ret». Det er presisert i fortalen at midlertidige rettsmidler som fastsatt i nasjonal rett også bør være tilgjengelige for varslere for å stanse trusler om, forsøk på eller fortsatte represalier, som mobbing, eller for å forebygge represalier som kan være vanskelige å reversere, slik som avskjed.¹³¹

Plikten til å tilby adekvate rettsmidler og rettsfølger må sees i sammenheng med plikten til å pålegge sanksjoner, jf. direktivet artikkel 23. Medlemsstatene skal innføre effektive, forholdsmessige og avskrekkende sanksjoner overfor fysiske eller juridiske personer som hindrer eller forsøker å hindre varsling, utfører represalier eller anlegger sjikanøse rettssaker mot personer som nevnt i artikkel 4, eller bryter plikten til å behandle varsleres identitet fortrolig, jf. artikkel 23 nr. 1 bokstav a til d. Det fremgår av direktivets fortale at «[s]trafferetlige, civilretlige eller administrative sanktioner» er nødvendige for å sikre at varslerbereskyttelsen er effektiv, og at sanksjoner mot den som utfører represalier eller andre ugunstige tiltak mot varslere kan virke avskrekkende.¹³²

Forpliktelsen nedfelt i direktivet artikkel 23 er en konkretisering av de ulovfestede krav til effektive sanksjoner, jf. sak 68/88 *Greek Maize*. Her uttalte EU-domstolen at der EU-retten ikke stiller eksplisitte krav til sanksjoner, tilsier traktatens alminnelige lojalitetsprinsipp at sanksjonen skal «være effektiv, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning».¹³³ Direktivet stiller ikke krav til sanksjonene utover dette.

Etter varslingsdirektivet artikkel 23 nr. 2 skal statene sikre effektive, forholdsmessige og avskrekkende sanksjoner overfor den som bevisst har inngitt uriktige opplysninger i forbindelse med et varsel. Bestemmelsen pålegger også medlemsstatene å innføre tiltak for å kompensere for skade som følge av slike opplysninger i tråd med nasjonal rett. Selv om artikkel 23 har overskriften «sanktioner», er sistnevnte etter sin karakter en privat rettsfølge.

¹³¹ Fortalen avsnitt 96.

¹³² Fortalen avsnitt 102.

¹³³ Sak 68/88, *Greek maize* avsnitt 24.

Forbindelsen mellom sanksjoner og rettsfølger er nærmere omtalt i punkt 17.2 nedenfor.

17.2 Forslag til gjennomføring

Medlemsstatene skal etter direktivet artikkel 21 nr. 8 treffe nødvendige tiltak for å sikre at persongruppen nevnt i artikkel 4 har tilgang til rettsmidler og full kompensasjon for skader, «i overensstemmelse med national ret». Sistnevnte en henvisning til prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi, som innebærer at EU-retten i utgangspunktet håndheves i tråd med nasjonale prosess- og sanksjonsregler. Denne autonomien er imidlertid ikke absolutt; statene må sikre at EU-retten gis effektivt gjennomslag nasjonalt og at de rettigheter som kan utledes av EU-retten beskyttes. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser utdypet hva som utgjør en effektiv rettsfølge, som sikrer effektiv rettighetsbeskyttelse etter menneskerettscharteret artikkel 47, og hvordan EU-rettens krav virker sammen med nasjonale regler om virkningene av rettsbrudd. Selv om det i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett å fastlegge hvilke rettsfølger som stilles til rådighet, må disse være adekvate, effektive og avskrekkende, jf. sak 14/83 *Von Colson* avsnitt 23. EØS-retten gjør dermed atskillige innhugg i statenes autonomi på dette området.

Ved brudd på gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven kan arbeidstaker kreve erstatning og oppreisning på objektivt grunnlag, jf. § 2 A-5 første ledd. I arbeidsmiljølovens forarbeider er det vist til at det i saker om gjengjeldelse etter varsling ofte vil være vanskelig å påvise skyld, jf. Prop. 74 L (2018-2019) s. 41. Dette argumentet har tilsvarende gyldighet etter EØS-varslingsloven. Lund & Co foreslår at retten til erstatning og oppreisning reguleres i en samlet bestemmelse, utformet etter samme mønster som arbeidsmiljøloven § 2 A-5, se forslag til § 17. Det er vårt syn at også hindring og forsøk på hindring av varsler bør kunne sanksjoneres med erstatning og oppreisning. Bestemmelsen er derfor formulert slik at den også omfatter slike handlinger. Dette er i tråd med løsningen i Sverige.¹³⁴

Utover erstatning og oppreisning, kan øvrige rettsfølger også være aktuelle ut fra omstendighetene. Ved gjengjeldelse i form av usaklig oppsigelse, vil for eksempel vedkommende kunne kreve oppsigelsen kjent ugyldig, jf. aml. § 15-12 første ledd. Ved

¹³⁴ Prop. 2020/21:193 s. 94.

gjengjeldelse overfor en kontraktsmotpart, kan kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser være aktuelle.

Varslingsdirektivet artikkel 21 nr. 6 oppstiller krav om avhjelpende tiltak mot represalier «i overensstemmelse med national ret». Etter gjeldende rett vil det være adgang til avhjelpende tiltak mot represalier. Ved tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør, kan arbeidstaker fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår, jf. aml. § 15-11 første ledd. Dersom søksmål reises innen de frister som følger av arbeidsmiljøloven, kan arbeidstaker fortsette i stillingen, jf. bestemmelsens andre ledd. Arbeidsmiljøloven § 15-11 hjemler også rett til å stå i stillingen eller gjeninntre i denne i andre tilfeller, jf. bestemmelsens tredje og femte ledd.

Videre vil en varsler som mener seg utsatt for represalier kunne reise søksmål med begjæring om midlertidig forføyning for domstolene, jf. tvisteloven § 34-1 og 34-2. Det er som hovedregel et vilkår at kravet det begjæres forføyning for, blir sannsynliggjort. Dessuten må parten sannsynliggjøre at det er nødvendig med midlertidig forføyning («sikringsgrunn»), jf. tvisteloven § 34-1 første ledd. Midlertidig forføyning kan ikke besluttet dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført, står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1 andre ledd.

Direktivet krever ikke endringer i nasjonal rett om avhjelpende tiltak, og disse reglene drøftes ikke nærmere her.

Plikten til å tilby adekvate rettsmidler og rettsfølger må sees i sammenheng med plikten til å pålegge sanksjoner, jf. direktivet artikkel 23. Etter direktivet artikkel 23 første ledd bokstav a og b, skal statene oppstille sanksjoner overfor fysiske eller juridiske personer som hindrer eller forsøker å hindre varsling eller utfører represalier mot personkategorien oppstilt i artikkel 4. Som det fremgår ovenfor, foreslår vi en bestemmelse om erstatning og oppreisning ved gjengjeldelse mot og hindring av varsling. Også andre rettsfølger kan etter omstendighetene være aktuelle. Utgangspunktet er at rettsfølger tilstås private, mens sanksjoner ilegges av det offentlige. Likevel kan også rettsfølger utgjøre sanksjoner etter EU/EØS-retten, dersom de er effektive, forholdsmessige og avskrekkende. Det er altså i EU/EØS-retten en nær forbindelse mellom sanksjoner og rettsfølger. Slik vi ser det, vil disse

rettsfølgene samlet sett leve opp til de EØS-rettslige kravene til effektive og avskrekkende sanksjoner. Etter EØS-retten er det dermed ikke påkrevd å innføre straffesanksjoner. Etter vår vurdering er det heller ikke hensiktsmessig å innta en straffehjemmel i loven. Brudd på varslingsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 2 A kan straffes med hjemmel i arbeidsmiljøloven kapittel 19, jf. § 19-1 fjerde ledd. Straffesanksjonering har likevel ikke blitt vurdert som den mest adekvate reaksjonen ved overtredelse av forbudet mot gjengjeldelse.¹³⁵ Etter vår vurdering vil det derfor være tilstrekkelig med en erstatnings- og oppreisningshjemmel ved brudd på EØS-varslingslovens gjengjeldelses- og hindringsforbud.

Etter direktivet artikkel 23 første ledd bokstav c, skal statene sanksjonere den som anlegger sjikanøse rettssaker for å skade personer som nevnt i direktivet artikkel 4. Etter vårt syn er det ikke behov for lovendringer for å leve opp til direktivets krav på dette punkt. Etter domstolloven § 202 første ledd, jf. andre ledd, skal en part eller dennes medhjelper som åpenbart uten grunn har anlagt søksmål, latt det komme til søksmål eller tatt i bruk rettsmidler, pålegges å «erstatte det offentlige helt eller delvis utgiftene i saken». I tillegg kan vedkommende straffes med rettergangsbøte, jf. § 202 første ledd. Kravet om «åpenbart uten grunn» må forstås slik at bestemmelsen rammer misbrukstilfellene.

En saksøker som taper søksmålet vil normalt idømmes ansvar for motpartens nødvendige sakskostnader, jf. hovedregelen i tvisteloven § 20-2. Høyesterett har lagt til grunn at ved uberettigede søksmål kan også ansvar for motpartens økonomiske tap utover sakskostnader dekkes, jf. Rt. 2015 s. 385. Unntaket er myntet på misbrukstilfellene.

Samlet sett mener vi at ovennevnte bestemmelser tilfredsstiller de krav som stilles i direktivet artikkel 23 nr. 1 bokstav c.

Etter artikkel 23 nr. 1 bokstav d skal statene sørge for sanksjoner myntet på den som overtrer plikten til å holde varslers identitet konfidensiell. Vi foreslår å innføre en bestemmelse om taushetsplikt for den som behandler varsler, jf. utkast til § 16 og omtalen i punkt 10 ovenfor. Brudd på lovbestemt taushetsplikt er belagt med straff, jf. straffeloven § 209. Bestemmelsen omfatter også det å la være å hindre uvedkommende fra å få tilgang til eller kjennskap til

¹³⁵ NOU 2018:6 s. 177.

taushetsbelagte opplysninger, jf. Prop. 66 L (2019-2020) s. 158. Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet. Strafferammen er normalt bot eller fengsel inntil ett år, men inntil tre år i grove tilfeller, jf. straffeloven § 209 og 210. De nevnte straffebestemmelser oppfyller direktivets krav til effektive sanksjoner, og vi foreslår ingen lovendringer på dette punkt.

Også den som bevisst har gitt uriktige opplysninger i et varsel skal kunne møtes med effektive, forholdsmessige og avskrekkende sanksjoner, jf. direktivet artikkel 23 nr. 2. Skader som følge av slike opplysninger skal videre kunne kompenseres «i overensstemmelse med national ret». Uriktige anklager kan straffes etter straffeloven §§ 222-223. Nevnte bestemmelser rammer den som gir uriktig opplysning til retten, politiet eller annen offentlig myndighet, ved å fabrikere bevis eller ved annen atferd skaper et uriktig grunnlag for straffansvar, og derved pådrar noen en siktelse eller domfellelse. Strafferammen er bot eller fengsel inntil tre år, og inntil ti år i grove tilfeller. Anklage om oppdiktet straffbar handling kan straffes etter § 225, og strafferammen er bot eller fengsel inntil ett år. Etter omstendighetene vil vedkommende også kunne pådra seg erstatningsansvar etter det alminnelige culpaansvaret, eller erstatning og oppreisning etter skadeerstatningsloven § 3-6 a om ærkrenkelser. Eksisterende sanksjoner og rettsfølger overholder direktivets krav, og vi tar ikke til orde for lovendringer.

18 Forholdet til annen lovgivning og avtaler

18.1 Direktivets regulering

18.1.1 Sektorspesifikke bestemmelser om varsling

Det finnes allerede ulike EU-rettsakter som anerkjenner og regulerer varsling innenfor spesifikke sektorer. Varslingsdirektivets forhold til slike EU-rettsakter er regulert i artikkel 3 nr. 1. Det fremgår her at dersom det foreligger særlige varslingsregler i EUs sektorspesifikke rettsakter, som er oppført i bilagets del II, er det disse reglene som gjelder. Bestemmelsene i varslingsdirektivet gjelder likevel i det omfang et forhold ikke er ufravikelig regulert i disse sektorspesifikke EU-rettsaktene. Av direktivets fortale punkt 20 står det at særlige regler som er fastlagt i allerede eksisterende EU-lovgivning, som er skreddersydd for de relevante sektorene, bør beholdes. Samtidig bør direktivet få anvendelse på alle forhold som ikke er

regulert i sektorspesifikke rettsakter, og dermed supplere disse rettsaktene så de er fullt i overenstemmelse med minimumsstandardene. Direktivet fastsetter altså ytterligere detaljer for så vidt gjelder utformingen av interne og eksterne varslingskanaler, kompetente myndigheters forpliktelser og vernet mot gjengjeldelse.

18.1.2 Annen nasjonal lovgivning om varslervern

Det følger videre av varslingsdirektivet at medlemsstatene kan innføre eller opprettholde bestemmelser som er mer fordelaktige for varsler enn de som er fastsatt i direktivet, og at gjennomføringen av direktivet ikke tillater at det eksisterende beskyttelsesnivået i medlemsstatene senkes, jf. artikkel 25 nr. 1 og 2.

18.1.3 Forholdet til avtale

Etter artikkel 24 i direktivet skal medlemsstatene sikre at det ikke kan gis avkall på eller foretas begrensninger i de rettigheter og rettsmidler som foreskrives i direktivet, enten i avtaler, policy, ansettelsesformer eller ansettelsesbetingelser, herunder voldsgiftavtaler inngått før en eventuell tvist.

Det fremgår av direktivet artikkel 3 nr. 4 at direktivet ikke påvirker nasjonale regler om utøvelsen av arbeidstakers rett til å samrå med sine representanter eller fagforeninger og om vern mot enhver berettiget skadelig foranstaltning som følge av sådanne konsultasjoner, samt om arbeidslivets parters uavhengighet og deres rett til å inngå kollektive overenskomster. Forutsetningen er at dette ikke berører det beskyttelsesnivået direktivet gir.

18.2 Forslag til gjennomføring

18.2.1 Sektorspesifikke bestemmelser om varslings

Det finnes ulike EU-direktiver som anerkjenner og regulerer varslings innenfor ulike sektorer. Flere av disse rettsaktene er inntatt i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv (direktiv 2015/849) har for eksempel regler som pålegger varslingsplikt for ledere og ansatte i relevante virksomheter, herunder kredittinstitusjoner, finansinstitusjoner, revisorer, regnskapsførere mv. ved mistanke om terrorfinansiering og hvitvasking. Medlemsstatene skal utpeke et særskilt organ til å motta slike varsler, og

rapporteringspliktige foretak skal etablere særskilte rutiner for intern varsling om regelbrudd. Varsling skal ikke medføre ansvar eller anses som brudd på taushetsplikt, og den som varsler skal beskyttes mot gjengjeldelse. Direktivets varslingsbestemmelser er gjennomført ved egne bestemmelser om rapporterings- og opplysningsplikt til Økokrim i hvitvaskingsloven § 26. I lovens forarbeider ble det vist til at direktivets krav til intern rapportering håndteres gjennom arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten, jf. Prop.40 L (2017–2018) s. 132. Hvitvaskingsloven § 37 inneholder likevel særlige regler om vern mot negative reaksjoner ved rapportering, og pålegger rapporteringspliktige en plikt til å opprette et uavhengig system for anonym varsling dersom en risikovurdering av virksomhetens art og omfang tilsier det.

Også på finansmarkedsområdet finnes det flere rettsakter som inneholder krav til nasjonale varslingsbestemmelser. Slike regler finnes blant annet i verdipapirfonddirektivet (direktiv 2014/91 – UCITS V), verdipapirmarkedsdirektivet (direktiv 2014/65 MiFID II) og verdipapirsentralforordningen (forordning (EU) nr. 909/2014 – CSD-forordningen). Varslingsbestemmelsene i disse rettsaktene er bygget over samme lest. Rettsaktene inneholder bestemmelser om varsling til kompetent myndighet om overtredelser eller kritikkverdige forhold, herunder rutiner for mottak av varsler og oppfølging, vern mot gjengjeldelse og ansvarsfrihet ved varsling. Relevante virksomheter skal også ha hensiktsmessige rutiner, slik at ansatte kan varsle om overtredelser gjennom en intern varslingskanal.¹³⁶

For å gjennomføre rettsaktene er det tatt inn egne bestemmelser om taushetsplikt i verdipapirfondloven § 11-8 andre ledd, verdipapirhandelloven § 19-6, og verdipapirsentralloven § 8-2. I forarbeidene til verdipapirfondloven, verdipapirhandelloven og verdipapirsentralloven er det lagt til grunn at Finanstilsynet innretter sine rutiner slik at tilsynet oppfyller kravene etter disse rettsaktene.¹³⁷ Rettsaktenes krav til intern rapportering håndteres gjennom varslingsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 2A.

¹³⁶ Se verdipapirfonddirektivet artikkel 99 d, verdipapirmarkedsdirektivet artikkel 73 og verdipapirsentralforordningen artikkel 65.

¹³⁷ Se Prop. 154 L (2015) s. 38, NOU 2017:1 kapittel 10.6.3 og Prop.7 L (2018-2019) s. 214.

Etter varslingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 er direktivets bestemmelser å anse som *lex generalis*, som kommer inn og supplerer varslingsbestemmelsene i sektorlovgivningen. Tilsvarende må gjelde for EØS-varslingsloven. Vi foreslår å innta en egen bestemmelse som regulerer forholdet mellom EØS-varslerloven og bestemmelser om varsling i lov eller forskrift som gjennomfører andre forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. utkast til § 5. Bestemmelsen slik den er foreslått utformet innebærer at der det foreligger konflikt mellom en bestemmelse i EØS-varslingsloven og en bestemmelse som regulerer varsling i lov eller forskrift som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen, vil førstnevnte lov ikke få anvendelse. Hvis det ikke foreligger konflikt, vil EØS-varslingslovens bestemmelser utfylle særlovgivningen.

Hvorvidt slik motstrid foreligger må vurderes konkret. Eksempelvis vil en person som varsler til Økokrim i tråd med hvitvaskingsloven § 26, som gjennomfører forpliktelser etter fjerde hvitvaskingsdirektiv, nyte varslervern, selv om vedkommende ikke benytter den eksterne varslingskanalen som er utpekt etter EØS-varslingsdirektivet. I et slikt tilfelle vil EØS-varslingslovens vernebestemmelser komme inn og supplere de varslingsregler som følger av hvitvaskingsloven. Et annet eksempel er rapporteringspliktiges plikt til å opprette et uavhengig system for anonym varsling etter hvitvaskingsloven § 37 andre ledd. Dersom en risikovurdering av virksomhetens art og omfang tilsier det, vil rapporteringspliktige måtte opprette anonyme varslingskanaler, selv om dette ikke er et krav etter EØS-varslingsloven. EØS-varslingslovens bestemmelser vil imidlertid komme inn og supplere hvordan disse kanalene skal være innrettet, og hvordan varselet skal håndteres av varslingsmottaker.

18.2.2 Annen nasjonal lovgivning om varslervern

Som redegjort for i punkt 4 ovenfor, bygger vårt forslag på at varslingsdirektivet skal gjennomføres i en egen lov, EØS-varslingsloven, som skal gjelde ved siden av de generelle varslingsreglene i arbeidsmiljøloven.

Direktivet er ikke til hinder for ytterligere varslingsregler i nasjonal rett, så lenge disse ikke innskrenker rettighetene etter direktivet. Arbeidsmiljølovens varslingsregler gjelder generelt, og har et vesentlig videre anvendelsesområde enn direktivets regler med hensyn til hva det kan varsles om. Lund & Co tar ikke til orde for å endre de varslingsregler som følger av

kapittel 2 A i loven, og disse to regelsettene vil dermed gjelde parallelt. De grenseoppganger et slikt tosporet system kan gi opphav til bør ikke overdrives.

For varsler som ikke omfattes av anvendelsesområdet for EØS-varslingsloven, vil arbeidsmiljølovens varslingsregler gjelde på vanlig måte. Slike tilfeller skaper ingen samordningsproblemer mellom arbeidsmiljøloven og EØS-varslingsloven. Personkretsen som kan varsle, og som nyter vern mot gjengjeldelse, er betydelig videre etter direktivet enn etter arbeidsmiljøloven. Om det er andre enn arbeidstakere og innleide som varsler, vil det bare være EØS-varslingslovens regler som gjelder. Heller ikke denne situasjonen skaper samordningsproblemer.

Forholdet mellom arbeidsmiljøloven og EØS-varslingsloven kommer først på spissen dersom det er en arbeidstaker eller innleid som varsler om forhold som både omfattes av virkeområdet for varslingsreglene i arbeidsmiljøloven og EØS-varslingsloven. Vi understreker at meningen med den nye loven ikke er å senke det beskyttelsesnivå en arbeidstaker eller innleid har etter arbeidsmiljølovens regler. For å tydeliggjøre dette forslår vi at det i EØS-varslingsloven presiseres at loven ikke innebærer noen innskrenkninger i den beskyttelsen varsler har etter annen lovgivning eller annet rettsgrunnlag. Andre lover kan være reglene om ytringsfrihet i Grunnloven § 100 og de menneskerettskonvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven. Annet rettsgrunnlag vil kunne være virksomhetens egne varslingsrutiner, eksempelvis dersom disse gir kortere tilbakemeldingsfrist til varsler enn det EØS-varslingsloven bestemmer.

Etter vårt forslag vil en arbeidstaker eller innleid alltid kunne varsle internt eller eksternt i medhold av arbeidsmiljøloven § 2 A-2, uavhengig av om varselet skjer i samsvar med EØS-varslingslovens regler. Som det fremgår av punkt 7.2.2 ovenfor, foreslår vi at en varsler også skal ha vern etter EØS-varslingslovens regler i tilfeller det ikke er etablert noen intern varslingskanal etter EØS-varslingsloven, og vedkommende har benyttet en av de alternative fremgangsmåtene for intern varsling etter arbeidsmiljøloven § 2 A-2 første ledd.

Arbeidsgiver vil være forpliktet til å overholde både arbeidsmiljøloven og EØS-varslingsloven, med hensyn til oppfølging av varsler, forbud mot gjengjeldelse mv.

18.2.3 En særlig henvisning til Grunnloven § 100?

Beskyttelsen av varslere etter forslaget er sterkere og mer omfattende enn det som følger av reglene om ytringsfrihet i Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 og SP artikkel 19. Loven medfører dermed ingen innskrenkninger i disse rettighetene, men innebærer snarere enn styrking av den reelle ytringsfriheten. Et særlig spørsmål er om det bør inntas en henvisning til Grunnloven §100 i EØS-varslingsloven for å synliggjøre dette. Tilsvarende problemstilling har blitt drøftet i arbeidsmiljølovens forarbeider ved flere anledninger.¹³⁸ Varslingslovutvalget foreslo en uttrykkelig henvisning i loven, men delte seg med hensyn til utforming. Mens flertallet foreslo en formulering om at arbeidstaker har rett til å «ytte seg om forhold i virksomheten i overensstemmelse med Grunnloven § 100» foreslo mindretallet at arbeidstaker skulle ha rett til å «varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet, jf. Grunnloven § 100».¹³⁹

Ingen av forslagene ble fulgt opp i Prop. 74 L (2018-2019). Departementet viste til at en ren informasjonsbestemmelse kunne være utfordrende, ved at den kunne bidra til å skape usikkerhet om rettstilstanden, og at det bestemmelser i alminnelige lover ofte utdyper og presiserer innholdet i Grunnlovens bestemmelser uten å henvise til den overordnede grunnlovsbestemmelsen.¹⁴⁰ Vi deler departementets betraktninger, og foreslår ikke å innta noen henvisning til Grunnloven § 100 i EØS-varslingsloven. Vi foreslår imidlertid å innta en generell presisering i varslingsloven om at loven ikke innskrenker den beskyttelsen varsler har etter annen lovgivning eller annet rettsgrunnlag, jf. utkast til § 5.

18.2.4 Forholdet til avtale

For å sikre en korrekt gjennomføring av direktivet, bør det fremgå av EØS-varslingsloven at denne er ufravikelig i den forstand at det verken i avtale, varslingsrutiner eller på annen måte kan gjøres innskrenkninger i noens rettigheter etter loven. Det vises til utkast til § 6 og merknadene til bestemmelsen.

¹³⁸ Se departementets høringsbrev 23. Desember 2005, og departementets avvisning i Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 36-37.

¹³⁹ Se NOU 2018:6 s. 149-150.

¹⁴⁰ Prop. 74 L (2018-2019) s. 19.

Når direktivet artikkel 3 nr. 4 leses i sammenheng med artikkel 24, tyder det på at medlemsstatene har anledning til å gi arbeidslivets parter mulighet til å inngå avtaler om forhold som omfattes av direktivet, så lenge tariffbestemmelsene ikke senker det beskyttelsesnivået direktivet gir. Dette er også forståelsen i Sverige.¹⁴¹

19 Økonomiske og administrative konsekvenser

Forslaget gjennomfører direktiv 2019/1937 om vern av personer som varsler om brudd på nærmere angitte deler av EU-retten. Forslaget er hovedsaklig ment å være en minimumsgjennomføring av direktivets regler.

Forslaget innebærer ingen utvidelse av hva det kan varsles om etter arbeidsmiljølovens regler. De forhold det kan varsles om etter forslaget vil også utgjøre ulovlige eller kritikkverdige forhold etter arbeidsmiljøloven. Hvem som kan varsle og påberope vern mot gjengjeldelse er imidlertid noe utvidet i forhold til varslingsreglene i arbeidsmiljøloven. Det må likevel påregnes at arbeidstakere fortsatt vil være den dominerende gruppen som varsler. Det er derfor usikkert i hvilken utstrekning en utvidelse av personkretsen vil gi flere varsler og eventuelt flere tvister om ulovlig gjengjeldelse. Det kan nok likevel tenkes at egen EØS-varslingslov vil skape økt oppmerksomhet omkring varslingsinstituttet og dermed bidra til flere varsler med tilhørende kostnader. Disse kostnadene må imidlertid veies opp mot virksomhetens og allmennhetens interesse i at brudd på EØS-reglene avdekkes og opphører, med de besparelser dette vil kunne medføre.

Plikten til å opprette interne varslingskanaler vil gjelde både offentlige og private virksomheter med 50 ansatte eller flere. Ifølge SSBs statistikk er det under 2 % av virksomhetene i Norge som sysselsetter 50 ansatte eller flere, hvorav nesten halvparten er offentlige virksomheter.¹⁴² Reglene om interne varslingskanaler vil derfor gjelde en svært liten andel av virksomhetene i Norge, og vil ikke ramme mindre virksomheter.

Virksomheter med minst fem ansatte har i dag allerede plikt til å opprette interne varslingsrutiner, men lovforslaget innebærer strengere krav til utformingen og driften av

¹⁴¹ Se SOU 2020:38 s. 141 og Prop. 2020/21:193 s. 63.

¹⁴² <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/virksomheter-og-foretak/statistikk/virksomheter>

varslingskanalene enn arbeidsmiljølovens regler. I Danmark – hvor virksomheter tidligere ikke har hatt plikt til å ha interne varslingsrutiner – er det beregnet at kravet om varslingskanaler vil medføre omstillingskostnader på 204 millioner danske kroner og løpende administrative byrder på 18 millioner danske kroner for de virksomheter som er omfattet.¹⁴³ De danske beregningene er beheftet med stor usikkerhet, og de løpende kostnadene kan synes noe lave sett hen til at beretningen dekker kostnader for mottak, behandling og undersøkelse av varsler. Dette er imidlertid kostnader som arbeidsgivere i Norge allerede vil ha ved varsler omfattet av arbeidsmiljølovens regler.

I Sverige – hvor virksomheter tidligere ikke har hatt plikt til å opprette interne varslingskanaler – er det beregnet at kostnadene for en privat virksomhet med 50 ansatte vil være 19 136 svenske kroner i startkostnader og 15 310 svenske kroner i årlige kostnader.¹⁴⁴ For en privat virksomhet med 250 ansatte er det beregnet at kostnadene vil være på henholdsvis 33 488 og 40 185 svenske kroner.¹⁴⁵ Også de svenske beregningene er behefter med stor usikkerhet.

Kostnadene med å ha interne varslingskanaler må veies opp mot at varsling kan gi økonomiske fordeler ved at det avdekker og stanser brudd som kan føre til kostnader og tap av inntekter for virksomheten. Dette kan videre bidra til effektivisering og dermed reduserte kostnader på lengre sikt. I tillegg sparer varsling samfunnet for omfattende kostnader. Oslo Economics analyse for Varslingslovutvalget indikerer at innsparingen utgjør minst en halv milliard kroner årlig.¹⁴⁶

Når det gjelder forslaget om eksterne varslingskanaler, vil gjennomføringen trolig innebære økte administrative kostnader, herunder behov for økt bemanning, for den myndighet som blir utpekt som kompetent, og dermed forpliktet til å opprette varslingskanal. Det vil trolig

¹⁴³ Bemerkninger til lovforslag nr. L 213 Folketinget 2020-2021 s. 24-25.

¹⁴⁴ Prop. 2020/21:193 s. 248. Antall mellomstore virksomheter i Sverige er 7 407, noe som vil si at de totale kostnadene er på ca. 142 millioner svenske kroner i startkostnader og 113 millioner kroner i årlige utgifter.

¹⁴⁵ Prop. 2020/21:193 s. 249. Antall store virksomheter i Sverige er på 1 791, noe som vil si at de totale kostnadene er på ca. 60 millioner svenske kroner i startkostnader og 72 millioner svenske kroner i årlige utgifter.

¹⁴⁶ Se NOU 2018: 6 s. 207 med videre henvisning.

ikke være tale om store kostnader, ettersom erfaringen fra offentlige myndigheter med eksterne varslingsmottaksordninger er at disse i liten grad benyttes.¹⁴⁷

I lovforslaget vil virksomheter ha plikt til å gi klar og lett tilgjengelig informasjon om relevante eksterne varslingskanaler, samt interne varslingskanaler dersom virksomheten er forpliktet til å ha slike. Virksomhetene skal etter forslaget stå fritt til å bestemme hvordan informasjonen skal gis, så lenge denne er klar og lett tilgjengelig. Dette er løsningen etter arbeidsmiljøloven § 2 A-6 femte ledd for interne varslingsrutiner, og dette forslaget vil derfor ikke innebære nevneverdig økte administrative kostnader.

20 Forslag til lov om beskyttelse av personer som varsler om overtredelser av EØS-retten (EØS-varslerloven)

Kapittel 1. Innledende bestemmelser

§ 1 Lovens formål

Lovens formål er å styrke håndhevelsen av EØS-retten på spesifikke områder ved å verne personer som varsler om overtredelser, i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen vedlegg [...], jf. (direktiv 2019/1937) om beskyttelse av personer som varsler om overtredelser av EØS-retten.

§ 2 Lovens saklige virkeområde

Loven gjelder varsling ved overtredelser av

- a. EØS-avtalen del II og III og VI, jf. EØS-loven § 1,
- b. bestemmelser i lov eller forskrift som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen som nevnt i forskrift gitt i medhold av denne bestemmelsens tredje ledd på følgende områder
 - i. offentlige anskaffelser,
 - ii. finansielle tjenesteytelser,
 - iii. produkter og markeder,
 - iv. forebygging av hvitvasking og terrorfinansiering,
 - v. produktsikkerhet og produktkrav,

¹⁴⁷ Se NOU 2018: 6 s. 86 og 95.

- vi. transportsikkerhet,
- vii. miljøvern,
- viii. matsikkerhet, dyrehelse og dyrevelferd,
- ix. folkehelse,
- x. forbrukervern,
- xi. beskyttelse av privatliv og personopplysninger og informasjons- og nettverkssikkerhet.

Loven gjelder ikke for

- a. opplysninger om overtredelser begått i forbindelse med anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123.
- b. klassifiserte opplysninger, jf. sikkerhetsloven § 5-3
- c. opplysninger omfattet av advokaters taushetsplikt, jf. straffeloven § 211,
- d. opplysninger omfattet av helsepersonells taushetsplikt, jf. helsepersonelloven § 21, og
- e. opplysninger om saker innen strafferettspleien

Departementet gir forskrift om hvilke rettsakter som omfattes av første ledd.

§ 3 Lovens personelle virkeområde

Loven gjelder for fysiske personer som varsler om overtredelser vedkommende har fått kjennskap til i arbeidsrelatert sammenheng, og som tilhører følgende personkategorier:

- a. arbeidstakere, jf. EØS-avtalen artikkel 28, jf. EØS-loven § 1
- b. selvstendig næringsdrivende, jf. EØS-avtalen artikkel 31, jf. EØS-loven § 1
- c. aksjonærer, eller medlemmer av styre, tilsynsorgan eller lignende organer i en virksomhet
- d. frivillige og lønnede eller ulønnede praktikanter
- e. personer som arbeider under tilsyn og ledelse av kontraktører, underleverandører og leverandører,
- f. personer som har ervervet opplysninger i forbindelse med en arbeidsrelatert virksomhet som senere har opphørt
- g. personer som ennå ikke har påbegynt sitt arbeidsrelaterte forhold, men har ervervet opplysninger i forbindelse med en ansettelsesprosess eller kontraktsforhandlinger

§ 4 Definisjoner

I denne loven betyr

- a. overtredelser: handlinger eller unnlatelser som er i strid med eller gjør det mulig å omgå formålet med de bestemmelser som er nevnt i § 2
- b. opplysninger om overtredelser: enhver opplysning, herunder rimelig mistanke, om faktiske eller potensielle overtredelser som har funnet sted eller med stor

- sannsynlighet vil finne sted i en virksomhet varsler er eller har vært i kontakt med gjennom sitt arbeid. Også forsøk på å skjule slike overtredelser er omfattet
- c. varsel: muntlig eller skriftlig meddelelse av opplysninger om overtredelser
 - d. intern varsling: muntlig eller skriftlig meddelelse av opplysninger om overtredelser til en intern varslingskanal i privat eller offentlig sektor
 - e. ekstern varsling: muntlig eller skriftlig meddelelse av opplysninger til en ekstern varslingskanal omfattet av denne loven.
 - f. offentliggjøring: tilgjengeliggjøring av opplysninger om overtredelser til offentligheten.
 - g. varsler: en fysisk person omfattet av § 3 som foretar innberetter eller offentliggjør opplysninger om overtredelser vedkommende har fått kjennskap til i arbeidsrelatert sammenheng
 - h. formidler: en fysisk person som bistår varsleren med innberetning i en arbeidsrelatert sammenheng
 - i. arbeidsrelatert sammenheng: nåværende eller tidligere arbeidsaktiviteter i den private eller offentlige sektor, hvor personer skaffer seg opplysninger om overtredelser og kan risikere å bli utsatt for gjengjeldelse ved varsling
 - j. berørt person: en fysisk eller juridisk person som i varselet angis som overtreder, eller en person med tilknytning til nevnte person
 - k. gjengjeldelse: enhver direkte eller indirekte handling eller unnlatelse som finner sted i arbeidsrelatert sammenheng som følge av varsling, som forårsaker eller kan forårsake varsleren uberettiget skade.
 - l. oppfølging: ethvert tiltak truffet av mottaker av varselet eller kompetent myndighet, for å vurdere riktigheten av opplysningene i varselet, og i relevante tilfeller å imøtegå overtredelsen ved tiltak som intern undersøkelse, etterforskning, rettsforfølging, søksmål om tilbakebetaling eller avslutning av saken.
 - m. tilbakemelding: meddelelse til varsleren om oppfølging og begrunnelsen for denne.

Kapittel 2. Forholdet til annen lov og avtale

§ 5 Forholdet til annen lovgivning

Særlige bestemmelser om varsling i lov og forskrift som gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, går ved motstrid foran bestemmelser i loven her.

Reglene i denne lov kommer til anvendelse i det omfang et forhold ikke er regulert særskilt i bestemmelser som nevnt i første punktum.

Loven innskrenker ikke den beskyttelse varsler har etter annen lov.

§ 6 Forholdet til avtale

Loven kan ikke ved avtale fravikes til skade for varsleren eller berørte personer.

Kapittel 3. Vern av varslere

§ 7 Vilkår for varslervern

Loven kommer til anvendelse på en varsler som foretar

- a. intern varsling i overensstemmelse med kapittel 4,
- b. der varslingskanaler som nevnt i bokstav a ikke finnes, intern varsling i overensstemmelse med arbeidsmiljøloven § 2 A-2 første ledd
- c. ekstern varsling i overensstemmelse med § 13
- d. ekstern varsling til annen offentlig myndighet enn nevnt i bokstav c eller offentliggjøring
 - i. når varsler først har varslet i tråd med bokstav c uten at varslingsmottaker har truffet passende tiltak innenfor fristen fastsatt i § 13 tredje ledd,
 - ii. når varsler har rimelig grunn til å anta at overtredelsen kan utgjøre en overhengende eller åpenbar fare for offentlighetens interesser, eller
 - iii. når varsler har rimelig grunn til å anta at det ved varsling etter bokstav c innebærer en risiko for gjengjeldelse, eller det på grunn av sakens omstendigheter er liten utsikt til at overtredelsen vil bli imøtegått effektivt.

Vernet gjelder bare dersom varsleren på varslingstidspunktet hadde rimelig grunn til å tro at opplysningene var korrekte og at de hørte under lovens virkeområde.

§ 8 Ansvarsfrihet

En varsler som oppfyller vilkårene i § 7 anses ikke å ha tilsidesatt lovbestemt taushetsplikt og kan ikke stilles til ansvar, hvis vedkommende hadde rimelig grunn til å anta at varselet var nødvendig for å avsløre et forhold som er omfattet av § 2.

Ansvarsfriheten omfatter også erverv av opplysningene det er varslet om, med mindre ervervet utgjør en selvstendig straffbar handling.

§ 9 Forbud mot gjengjeldelse og motarbeidelse av varsling

Gjengjeldelse mot personer som varsler i samsvar med § 7 eller forsøk på og trusler om dette, er forbudt. Virksomheter må ikke utføre, tilskynde eller tolerere gjengjeldelse. Vernet mot gjengjeldelse gjelder også den som har varslet anonymt.

Vern mot gjengjeldelse gjelder i tillegg til varsler følgende fysiske eller juridiske personer:

- a. formidlere
- b. tredjepersoner som har en forbindelse til varsler, og som risikerer å bli utsatt for represalier i en arbeidsrelatert sammenheng
- c. virksomheter eller myndigheter som varsleren eier, arbeider for eller på annen måte er forbundet med i en arbeidsrelatert sammenheng.

Dersom varsler legger frem opplysninger som underbygger at vedkommende har varslet og lidt en skade, må virksomheten sannsynliggjøre at det ikke har funnet sted noen gjengjeldelse.

Motarbeidelse av varsling eller forsøk på dette er forbudt.

Kapittel 4. Interne varslingskanaler

§ 10 Plikt til å etablere interne varslingskanaler

Virksomheter med 50 eller flere ansatte skal i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte etablere interne varslingskanaler, hvor personer som nevnt i § 3 bokstav a til f kan varsle om overtredelser omfattet av § 2.

Departementet gir forskrift om hvilke virksomheter med mindre enn 50 ansatte som skal etablere varslingskanaler som nevnt i første ledd.

Virksomheter med 50-249 ansatte kan dele ressurser med hensyn til mottak av varsler og eventuelle undersøkelser. Kommuner kan opprette felles interne varslingskanaler.

§ 11 Utpeking og innretning av interne varslingskanaler

En virksomhet omfattet av § 10 skal utpeke en uavhengig person eller avdeling som skal ta imot og følge opp varsler, og ha kontakt med varsleren. Oppgavene kan ivaretas av en ekstern tredjepart, som behandler varsler i tråd med bestemmelsene i denne lov.

Varslingskanalen skal snarest og senest innen syv dager bekrefte mottak av et varsel. Varsler skal snarest mulig og senest innen tre måneder fra bekreftelsen av mottaket motta tilbakemelding fra varslingskanalen.

Varslingskanalen skal følge opp varsler på egnet måte.

En intern varslingskanal skal utformes og drives på en måte som sikrer at identiteten til varslere, berørte personer og tredjemenn holdes konfidensielt, og at uautoriserte hindres tilgang.

Varslingskanalen skal legge til rette for at varsler kan fremsettes muntlig, skriftlig eller begge deler. Muntlige varsler skal etter varslerens ønske kunne fremsettes i et fysisk møte innen rimelig tid.

§ 12 Informasjons- og dokumentasjonsplikt

En virksomhet omfattet av § 10 skal på en klar og lett tilgjengelig måte stille følgende opplysninger til rådighet for sine arbeidstakere:

- a. prosedyrer for intern varsling, herunder en oppfordring til å benytte interne varslingskanaler i tilfeller der overtredelsen kan imøtegås effektivt internt og det ikke er fare for gjengjeldelse
- b. prosedyrer for ekstern varsling, jf. § 13

En virksomhet som nevnt i første ledd skal oppbevare skriftlig dokumentasjon på etablering av prosedyrer for varsling etter denne loven.

Kapittel 5. Eksterne varslingskanaler

§ 13 Ekstern varslingskanal

[Den utpekte myndighet] skal opprette en ekstern varslingskanal som skal ta imot og følge opp varsler, og ha kontakt med varsleren.

Varslingskanalen skal snarest og senest innen syv dager bekrefte mottak av et varsel. Dette gjelder ikke der varsler uttrykkelig har frabedt seg slik bekreftelse, eller bekreftelsen kan vanskeliggjøre beskyttelsen av varslerens identitet.

Varslingskanalen skal snarest mulig og senest innen tre måneder fra bekreftelsen av mottaket gi tilbakemelding til varsler. I særlige kompliserte saker utvides fristen til seks måneder.

Varslingskanalen skal følge opp varsler på en egnet måte. Varsler skal orienteres om utfallet av de undersøkelser varselet har utløst.

Departementet gir forskrift om [den utpekte myndighetens] organisering, oppgaver og myndighet og innrettelsen av den eksterne varslingskanalen.

§ 14 Plikt til å videresende varsler

Enhver myndighet som mottar et varsel om overtredelser som nevnt i § 2, men som ikke har kompetanse til å håndtere varselet, skal videresende dette uten ugrunnet opphold. Varsleren skal orienteres om videresendelsen.

Kapittel 6. Felles bestemmelser for interne og eksterne varslingskanaler

§ 15 Registrering og oppbevaring

Mottatte varsler skal registreres. Registrering skal skje i overensstemmelse med taushetsplikten fastsatt i § 16.

Muntlige varsler skal dokumenteres på en av følgende måter

- a. opptak av samtalen eller møtet med samtykke fra varsler
- b. et kontrollert og akseptert referat fra samtalen eller møtet, som er kontrollert og akseptert av varsler
- c. en avskrift av samtalen som er kontrollert og akseptert av varsler

Opplysningene fra varselet skal kun oppbevares så lenge de er nødvendige for å overholde forpliktelser etter denne loven eller bestemmelser i annen lov.

§ 16 Taushetsplikt

Den som er utpekt til å motta og håndtere varsler etter §§ 11 og 13 skal hindre at andre får kjennskap til varslerens og berørte personers navn eller andre identifiserende opplysninger. Uautoriserte medarbeidere ved [myndigheter som nevnt i § 13] som utilsiktet får kjennskap til opplysninger i varselet, er underlagt tilsvarende taushetsplikt. Taushetsplikten gjelder også etter at vedkommende har avsluttet tjenesten eller arbeidet.

Taushetsplikten er ikke til hinder for at opplysningene kan gis videre til personer som nevnt i første ledd første punktum.

Taushetsplikten er ikke til hinder for at opplysninger gjøres kjent for andre i den utstrekning den som har krav på taushet samtykker. Opplysninger kan også gis til offentlig myndighet når

dette er nødvendig av hensyn til oppfølging og etterforskning, eller i forbindelse med rettssaker. Varsler skal orienteres om at opplysningene gis videre og begrunnelsen for dette, med mindre det vil sette etterforskningen eller rettsprosessen i fare.

Når noen mottar taushetsbelagte opplysninger etter denne paragrafen tredje ledd, gjelder taushetsplikten etter første ledd tilsvarende for mottakeren.

Virksomheten skal sørge for at taushetsplikten blir kjent for dem den gjelder, og kan kreve skriftlig erklæring om at de kjenner og vil respektere reglene.

Dokumenter og annet materiale som inneholder opplysninger undergitt taushetsplikt, skal oppbevares på betryggende måte.

Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter og deres representanter. Bestemmelsene om taushetsplikt i forvaltningsloven §§ 13 til 13 e gjelder ikke.

Kapittel 7. Erstatning og oppreisning. Tilsyn

§ 17 Oppreisning og erstatning ved brudd på forbudet mot gjengjeldelse og hindring

Ved brudd på § 9 kan skadelidte kreve oppreisning og erstatning uten hensyn til virksomhetens skyld.

Oppreisningen skal fastsettes til det som er rimelig ut fra partenes forhold, gjengjeldelsens art og alvorlighetsgrad og omstendighetene for øvrig. Erstatningen skal dekke økonomisk tap som følge av gjengjeldelsen.

§ 18 Tilsyn

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at virksomheter oppfyller forpliktelsene etter kapittel 4. Arbeidsmiljøloven § 18-2, § 18-5 første ledd, § 18-6 første, andre, syvende og åttende ledd, § 18-7 og §§ 18-10 til 18-11 gjelder tilsvarende.

Kapittel 8. Avsluttende bestemmelser

§ 19 Ikrafttredelse

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer.

21 Merknader til forslag til lov om beskyttelse av personer som varsler om overtredelser av EØS-retten (EØS-varslerloven)

Til § 1 Lovens formål

Bestemmelsen gjenspeiler formålsangivelsen i varslingsdirektivets artikkel 1 og de nærmere presiseringer som fremgår av direktivets forale, se særlig punkt 108. Loven skal tolkes i overensstemmelse med varslingsdirektivet slik det blir tatt inn i EØS-avtalen.

Til § 2 Lovens saklige virkeområde

§ 2 første ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 2 som fastsetter direktivets materielle anvendelsesområde. Første ledd bokstav a viser til bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel relatert til det indre marked, herunder overtredelser av konkurranse- og statsstøtteregele. Første ledd bokstav b angir at loven gjelder ved varsling om overtredelser av bestemmelser i lov eller forskrift som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen på særskilt angitte områder, og departementet gir i medhold av § 2 tredje ledd forskrift om hvilke rettsakter som er omfattet av henvisningen.

§ 2 andre ledd avgrenser lovens saklige virkeområde, og gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 3 nr. 2 og 3 som angir unntak fra direktivets materielle anvendelsesområde. Etter forslaget skal loven ikke gjelde varsler om overtredelser begått i forbindelse med anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet, opplysninger som er klassifiserte etter sikkerhetsloven, opplysninger omfattet av advokaters og helsepersonells taushetsplikt og forhold knyttet til straffesaker.

Til § 3 Lovens personelle virkeområde

§ 3 gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 4 nr. 1-3, som angir direktivets personelle virkeområde. Den personkrets som kan få varslerstatus er videre enn etter arbeidsmiljøloven. Personkretsen reflekterer hvem som kan sitte på relevant informasjon om virksomheten, og bidra til å avdekke brudd på EØS-retten. En forutsetning for å tilkjennes varslerstatus er at vedkommende har fått kjennskap til de aktuelle overtredelsene i arbeidsrelatert sammenheng.

Til § 4 Definisjoner

Bestemmelsen gjennomfører EØS-varslingsdirektivet artikkel 5. Definisjonene er i det vesentlige formulert likt som i direktivet, og skal forstås på samme måte. Definisjonen av «kompetent myndighet», jf. direktivet artikkel 5 nr. 14, er unnlatt, ettersom dette begrepet ikke er benyttet i loven.

Til § 5 Forholdet til annen lovgivning

§ 5 første og andre ledd gjennomfører varslingsdirektivet § 3 nr. 1. EØS-varslingslovens bestemmelser er å anse som *lex generalis*, som supplerer særlige varslingsbestemmelser i lov eller forskrift som gjennomfører EØS-rettslige forpliktelser om varsling. Dersom det foreligger konflikt mellom EØS-varslingslovens bestemmelser og bestemmelser i særlovgivningen, vil førstnevnte bestemmelser måtte vike. Hvorvidt slik motstrid foreligger, må vurderes konkret.

§ 5 tredje ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 25 nr. 2, hvor det fremgår at direktivet ikke er ment å forringe eksisterende beskyttelse på de områder direktivet omfatter. En varsler vil fremdeles kunne påberope bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 2 A samt de alminnelige reglene om ytringsfrihet i Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 og SP artikkel 19.

Til § 6 Forholdet til avtale

§ 6 angir at loven er ufravikelig, slik at det verken i avtale, varslingsrutiner eller på annen måte kan gjøres innskrenkninger i de rettigheter loven gir. Bestemmelsen gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 24, som pålegger statene å sikre at det ikke kan gis avkall på de rettigheter og rettsmidler som følger av direktivet.

§ 7 Vilkår for varslervern

§ 7 angir vilkårene for å nyte varslervern. Bestemmelsen gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 6 nr. 1 som angir betingelsene for varslervern, men går noe videre enn direktivet krever.

Etter bestemmelsens *første ledd bokstav b* nyter varslere vern også dersom de varsler internt i samsvar med arbeidsmiljøloven § 2 A-2 første ledd der det ikke finnes en særskilt varslingskanal i virksomheten. Etter *første ledd bokstav d*, kan videre varsling skje til annen offentlig myndighet enn den som er pekt ut som ekstern varslingskanal på samme vilkår som gjelder for offentliggjøring. Aktuelle varslingsmottakere kan være Datatilsynet, Finanstilsynet, Konkurransetilsynet, Økokrim mv.

§ 7 *andre ledd* oppstiller et krav om god tro, som etter sitt innhold sammenfaller med kravet om aktsom god tro etter arbeidsmiljøloven § 2 A-2 tredje ledd. I motsetning til etter arbeidsmiljøloven, gjelder kravet om god tro både ved varsling internt, eksternt og til offentligheten.

Til § 8 Ansvarsfrihet

§ 8 *første ledd* gjennomfører direktivet artikkel 21 nr. 2 og nr. 7. Personer som varsler i tråd med § 7 pådrar seg ikke ansvar ved tilsidesettelse av taushetsplikt. Dette gjelder enhver form for ansvar, herunder erstatningsansvar, arbeidsrettslig ansvar og straffansvar.

Andre ledd gjennomfører direktivet artikkel 21 nr. 3, og fastlegger at ansvarsfriheten også omfatter erverv av de opplysninger som senere inngår i et varsel, med mindre det er tale om en selvstendig straffbar handling.

Til § 9 Forbud mot gjengjeldelse og motarbeidelse av varsling

§ 9 *første ledd første punktum* gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 19, som oppstiller et forbud mot gjengjeldelse. Gjengjeldelsesbegrepet er definert utkast til § 4 bokstav k, og svarer langt på vei til det tilsvarende begrepet i arbeidsmiljøloven. Varslingsdirektivet artikkel 19 gir en ikke-uttømmende liste over hvilke handlinger som rammes av gjengjeldelsesforbudet. *Første ledd andre punktum* presiserer at gjengjeldelsesforbudet ikke bare omfatter aktive handlinger fra arbeidsgiver mv., men også unnlatelse av å gripe inn overfor represalier utført av noen vedkommende svarer for.

Første ledd tredje punktum gjennomfører direktivet artikkel 6 nr. 3, som fastlegger at gjengjeldelsesvernet også gjelder ved anonyme varsler. Selv om det ikke foreslås at interne

varslingskanaler skal måtte ta imot og håndtere anonyme varsler, vil den som varsler anonymt likevel nyte vern mot gjengjeldelse dersom vedkommende identitet skulle bli avslørt.

Andre ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 4 nr. 4 hvor det fremgår at vernet mot gjengjeldelse også omfatter visse personer med nær tilknytning til varsleren.

Tredje ledd gjennomfører direktivet artikkel 21 nr. 5, som oppstiller en regel om delt bevisbyrde ved varsling. Dersom en person godtgjør å ha varslet og lidt en ulempe, skal det overlates til motparten å bevise at ulempen ikke skyldes varslingen.

Fjerde ledd forbyr motarbeidelse eller forsøk på motarbeidelse av varsling. Varslingsdirektivet artikkel 23 nr. 1 pålegger statene å sanksjonere motarbeidelse eller forsøk på dette, og det innebærer implisitt et krav om at slik atferd må forbys.

Til § 10 Plikt til å etablere interne varslingskanaler

§ 10 første ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 8 nr. 1-3, som fastsetter en plikt for virksomheter med mer enn 50 ansatte til å opprette interne varslingskanaler. Plikten omfatter alle juridiske enheter som sysselsetter minst 50 arbeidstakere eller har gjort det i løpet av de siste tolv månedene, inkludert faste og midlertidig ansatte i hel- og deltidsstillinger samt innleide.

Forskriftshjemmelen i *andre ledd* legger til rette for å gjennomføre direktivets artikkel 8 nr. 4, hvor det fremgår at begrensningen på 50 ansatte ikke gjelder virksomheter som opererer innen områdene listet opp i direktivets vedlegg del IB og del II. Det er primært tale om forpliktelser innenfor finansiell tjenesteyting, forebygging av hvitvasking og terrorisme.

§ 10 tredje ledd første punktum gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 6 som åpner for at virksomheter med 50 til 249 ansatte kan dele ressurser. Det er bare funksjoner knyttet til mottak av varsler og oppfølging som kan deles, øvrige funksjoner må den enkelte virksomhet selv besørge. *Tredje ledd andre punktum* gjennomfører artikkel 8 nr. 9 tredje punktum, som åpner for at kommuner kan opprette felles varslingskanaler.

§ 11 Utpeking og innretning av interne varslingskanaler

§ 11 første ledd gjennomfører direktivet artikkel 8 nr. 5 om utpeking av avdelinger eller personer som skal ha ansvar for å drifte interne varslingskanaler. Den som er særskilt utpekt skal ha ansvaret for å ta imot og følge opp varsler og ha kontakt med varsleren. Oppgavene kan ivaretas av en ekstern og uavhengig tredjepart, eksempelvis et advokatkontor eller revisjonsselskap, forutsatt at den relevante tredjeparten ivaretar lovens krav til konfidensialitet mv.

Andre ledd gjennomfører artikkel 9 nr. 1 bokstav b og f og om tilbakemelding til varsler. Varlingskanalen skal bekrefte at varselet er mottatt innen syv dager, og gi en mer utførlig tilbakemelding om planlagte og iverksatte tiltak innen rimelig tid, senest innen tre måneder. Tidsfristene er ment å tilskynde virksomheter til å følge opp varsler.

Tredje ledd gjennomfører artikkel 9 nr. 1 bokstav d om plikt til «omhyggelig» oppfølging av varsler. Oppfølging kan blant annet bestå i henvisning til andre kanaler eller prosedyrer, avslutning av behandlingen av varslet på grunn av utilstrekkelige bevis, iverksettelse av undersøkelser mv.

Fjerde ledd gjennomfører artikkel 9 nr. 1 bokstav a om sikker utforming og drift av varslingskanaler. Interne varslingskanaler skal være etablert og drevet på en måte som ivaretar hensynet til konfidensialitet og forhindrer uautorisert tilgang til opplysninger.

Femte ledd gjennomfører artikkel 9 nr. 2 om hvilken form varsler skal kunne fremsettes. Varlingskanalen skal legge til rette for skriftlig og/eller muntlig varsling. Skriftlig varsling kan skje via post, en fysisk klageboks eller en online-plattform, mens muntlig varsling kan skje via telefon, et talemeldingssystem eller i fysisk møte.

Til § 12 Informasjons- og dokumentasjonsplikt

§ 12 første ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 7 nr. 3 og artikkel 9 nr. 1 bokstav g om plikt til å gi opplysninger om prosedyrer for intern og ekstern varsling. Formålet med informasjonsplikten er å sette potensielle varslere i stand til å treffe en informert beslutning om hvorvidt og hvordan det skal varsles. Det skal oppfordres til at varsling bør skje internt

der interne varslingskanaler kan imøtegå varselet effektivt, og det ikke er fare for gjengjeldelse.

Varslingsdirektivet oppstiller ingen særlig plikt til å oppbevare skriftlig dokumentasjon på etablering av prosedyrer for varsling etter loven, men en dokumentasjonsplikt som oppstilt i § 12 andre ledd vil legge til rette for tilsyn, jf. utkastet til § 18.

Til § 13 Ekstern varslingskanal

§ 13 første ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 11 nr. 1 og artikkel 2 nr. 2 bokstav a. Det bør fremgå av loven og forskriften hvilken myndighet som skal ha ansvaret for å motta, gi tilbakemelding og følge opp varsler. Den myndighet som pekes ut som kompetent skal etablere en ekstern varslingskanal etter loven.

Andre og tredje ledd gjennomfører direktivet artikkel 11 nr. 2 bokstav b og d, som setter frist for å gi tilbakemelding til varsler. Den kompetente myndighet skal som hovedregel snarest, og senest innen syv dager, bekrefte mottak av varselet. Nærmere tilbakemelding til varsler om hvilke tiltak som er truffet eller planlagt skal skje innen rimelig tid og senest innen tre måneder. Der varselets art og kompleksitet tilsier det, utvides fristen til seks måneder.

Fjerde ledd første og andre punktum gjennomfører henholdsvis direktivet artikkel 11 nr. 2 bokstav c og e, om plikt til å følge opp varsler «omhyggelig» og gi tilbakemelding om resultatet av de undersøkelser varselet har utløst. Nærmere regler om oppfølging av varselet er fastsatt i forskrift, jf. like nedenfor.

Femte ledd gir departementet hjemmel til å gi nærmere bestemmelser om den kompetente myndighets organisering, oppgaver og myndighet og innrettelsen av den eksterne varslingskanalen i forskrift. Bestemmelsen legger til rette for gjennomføring av varslingsdirektivet artikkel 11 til 14.

Til § 14 Plikt til å videresende varsler

Bestemmelsen gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 11 nr. 6, om plikt til å videresende varsler som ikke er fremsatt for riktig adressat.

Til § 15 Registrering og oppbevaring

§ 15 første ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 18 nr. 1 første punktum om registrering av varsler. Registrering sikrer at opplysningene kan benyttes som bevis i et eventuelt håndhevelsessøksmål og at berørte personer kan sikres rett til et effektivt forsvar i forbindelse med eventuelle straffesaker eller andre saker hvor opplysninger fra varselet inngår som ledd i bevisførselen.

Andre ledd gjennomfører direktivet artikkel 18 nr. 2 til 4 som angir hvordan varsler skal dokumenteres. Tredje ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre punktum om oppbevaring av varsler. Håndteringen av et varsel vi normalt innebære behandling av personopplysninger, slik at det også kan foreligge sletteplikt etter personvernforordningen.

Til § 16 Taushetsplikt

§ 16 første til fjerde ledd gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 16 nr. 1-3 om taushetsplikt. Femte ledd om plikt til å sørge for at taushetsplikten blir kjent og sjette ledd om oppbevaring av taushetsbelagte opplysninger, svarer til forvaltningsloven § 13 c første og andre ledd.

Bestemmelsens syvende ledd slår fast at taushetsplikten også gjelder overfor sakens parter og deres representanter, og klargjør videre at bestemmelsene om taushetsplikt i forvaltningsloven §§ 13-13 e ikke kommer til anvendelse. Dette innebærer en unntak fra hovedregelen i forvaltningsloven § 13 f, hvoretter forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt supplerer de særlige regler et forvaltningsorgan måtte være underlagt i annen lov av hensyn til private interesser.

Til § 17 Oppreisning og erstatning ved brudd på forbudet mot gjengjeldelse og hindring

§ 17 gjennomfører varslingsdirektivet artikkel 21 nr. 8 om plikt til å oppstille effektive og adekvate rettsfølger ved brudd på gjengjeldelsesforbudet, og tilsvarer etter sitt innhold arbeidsmiljøloven § 2 A-5. Erstatning og oppreisning kan kreves på objektivt grunnlag. Også den som hindres eller forsøkes hindret i å varsle, kan etter omstendighetene ha krav på erstatning eller oppreisning.

Til § 18 Tilsyn

Varslingsdirektivet inneholder ingen bestemmelser om tilsyn. Selv om det ikke er påkrevd etter direktivet, foreslår vi at Arbeidstilsynet skal påse at virksomhetene oppfyller forpliktelsene til å etablere og fastlegge prosedyrer for og oppfølging av interne varsler. Arbeidstilsynets tilsynskompetanse etter § 18 er ment å svare til den kompetanse tilsynet har etter arbeidsmiljøloven kapittel 18, jf. § 2 A-6 om plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling. Enkelte av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 18 gjelder tilsvarende ved tilsyn etter loven her. Dette sikrer at Arbeidstilsynet kan gi pålegg og fatte andre enkeltvedtak som er nødvendig for at virksomhetene oppfyller EØS-varslingslovens regler. Tilsynet kan ilegge gebyrer og tvangsmulkt, og virksomheten vil være forpliktet til å gi opplysninger til tilsynet.

Til § 19 Ikrafttredelse

Bestemmelsen fastsetter at loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.

Oslo, 28. februar 2022

Advokatfirmaet Lund & Co DA

Advokat Hilde K. Ellingsen Advokat Lasse G. Våg Advokat Ingvild Ånestad