

Høringsuttalelse til

Advokatforeningens utkast til nye retningslinjer for private granskinger

Av: **Bitten Nordrik**, Forsker ved Arbeidsforskningsinstituttet (AFI)/Oslo Met, **Tereza Østbø Kuldova**, Forsker I ved AFI, Advokat **Rolf Bech-Sørensen** (H) og advokat **Birthe M. Eriksen**, ph.d. ADI Advokater AS og **Christian Sturla Svensen**, Lynx advokatfirma DA

I. Innledning

Vi har valgt å inngi en samlet høringsuttalelse i fellesskap med bakgrunn i bla. ulike erfaringer i relasjon til granskningsprosesser og ulike faglige bakgrunner: Sosiologi, antropologi, ledelse, organisasjonsteori, juss, organisasjonspsykologi og økonomi. Samlet har vi også betydelig erfaring på feltet, både innen forskning undervisning og som juridiske rådgivere/advokater. I 2021 ga Bitten Nordrik og Tereza Ø. Kuldova ut den fagfelleverderte boken: *Faktaundersøkelser – et hybrid konfliktvåpen på norske arbeidsplasser* hos Gyldendal forlag. Denne bygger på et omfattende forskningsprosjekt hos AFI hvor man har forsket på bruken av såkalte faktaundersøkelser i psykososiale saker i virksomheter.

Rolf Bech-Sørensen, Birthe M. Eriksen og Christian S. Svensen har skrevet et kapittel i ovennevnte bok om en del rettslige problemstillinger knyttet til bruken av granskning/faktaundersøkelser/granskningsrapporter i denne type saker. For øvrig underviser flere av oss ved utdanningsinstitusjoner og holder foredrag om granskning og tematikk knyttet til dette, herunder særlig varslingstemaet.

I det følgende redegjøres det for noen prinsipielle og overordnede perspektiv som har betydning i forbindelse med arbeidet med å revidere gjeldende retningslinjer for private granskinger for Advokatforeningens medlemmer.

II. Fem vesentlige/prinsipielle kommentarer

1. Granskinger av personalkonflikter på arbeidsplassen og arbeidstakers eget arbeidsforhold

Det er en voksende erkjennelse som også underbygges av ovennevnte bok, at denne type forhold normalt egner seg dårlig for granskning. Normal vil granskning her ikke fremstå som et hensiktsmessig tiltak. Dette bør det sies noe om eksplisitt i punkt 1 i enkeltreglene.

Det vises for øvrig til Falch-Olsen, Norum og Fougner sitt innlegg i Dagens Næringsliv 23.08.2020 hvor dette begrunnes slik:

Arbeidsmiljørelaterte varslingssaker handler ofte om sammensatte problemer hvor det ikke finnes en objektiv sannhet. Personer vil som regel ha ulik opplevelse av de samme situasjonene, og saksforholdet kan strekke seg langt tilbake i tid. Å iverksette en omfattende granskning for å konkludere rundt hvem som sa og gjorde hva, vil i mange tilfeller kunne forsterke og forlenge det underliggende problemet, fremfor å løse det.

En gransker er ikke bedre egnet enn andre til å vurdere hvem sin opplevelse av situasjonen som er riktig. Den subjektive opplevelsen av å ha blitt utsatt for hersketeknikk er ofte like reell fra arbeidstagers ståsted som det fra leders ståsted er like klart at det kun var tale om utøvelse av lederskap.

Hva som skal til for å konkludere med at det foreligger en fryktkultur eller hvem som har ansvaret for en konflikt, er ikke åpenbart. Langvarige gransknin-ger med formål å finne en objektiv sannhet vil ofte forsterke konflikten, og det tar oppmerksomhet bort fra å håndtere og løse de underliggende problemene.

I tillegg innebærer en granskingsprosess en stor belastning for berørte parter. Idet en ekstern granskning iverksettes, skapes det en forventning om at granskningen skal resultere i en rapport med en konklusjon.

Granskningsrapporten vil for de berørte oppleves som en dom, og den benyttes ofte som grunnlag for arbeidsrettslige reaksjoner. Dette er særlig problematisk når spørsmålene som besvares i rapporten, ikke er rettslige vurderingstemaer som kunne vært prøvet av en domstol.

Det bør her understrekes at en granskning i denne type saker er et ekstraordinært virkemiddel som generelt ikke skal benyttes med mindre andre tiltak for konfliktløsning er forsøkt. Det vises her til Arbeidstilsynets konflikttrapp som indikerer at det å iverksette granskning/faktaundersøkelser kan bidra til eskalering av konflikten til rødt nivå, ofte uten at man først har forsøkt tiltak på f.eks. gult nivå:



2. Granskinger med og uten stilling til rettsfølgene

I någjeldende retningslinjer punkt 1.1 heter det:

En gransknings primære formål er å avdekke et bestemt faktum ved faktainnsamling og faktaredegjørelse. Granskere bør være varsomme med å ta stilling til rettsfølgene av et eventuelt regelbrudd. Særlig gjelder dette med hensyn til om det foreligger straffbare forhold, og det vises her til det som er sagt under pkt. 2.2 siste avsnitt på s. 5-6.

Under pkt. 2.2 siste avsnitt på s. 5-6 står følgende:

I den grad en granskningsrapport overhodet skal uttale seg om enkeltpersoners ansvar, skal utvalget legge til grunn en uskyldspresumpsjon. Det er bevisene som samles inn i forbindelse med granskningen som skal overbevise utvalget om enkeltpersoners eventuelle ansvar. Det er ikke den enkelte som skal måtte overbevise utvalget om sin uskyld. Det er grunn til å understreke at et granskningsutvalg skal være varsomme med å plassere skyld. Granskningsutvalg må hensynta at feil kan begås, og at det kan rettes kritikk mot handlinger eller unnløtelser, uten at det innebærer rettslig ansvar.

Johan Gjertsen har påpekt det samme i sin bok om Granskning fra 2009 på side 123:¹

En rettssikkerhetsrisiko i noen granskinger oppstår hvis de samme personer både skal finne relevante faktiske opplysninger, bearbeide dette materialet med sikte på å etablere et faktum, og til slutt foreta rettslige vurderinger i lys av det faktum som legges til grunn. Risikoen oppstår i personfokuserte undersøkelser hvis granskerne på grunn av denne dobbelte funksjonen – både undersøke faktum og jus – får for liten distanse til materialet (kap. 4).

¹ <https://www.uib.no/jur/21276/ny-publikasjon-fra-johan-gjertsen>

Henstillingen til varsomhet med å ta stilling til rettsfølgene og plasserer skyld eller ansvar, er tatt ut i det nye forslaget. Det er en betydelig svakhet i retningslinjene. Ved å plassere skyld/ansvar opptrer i realiteten granskerne i 3 roller:

- Etterforskere
- Anklagere
- Dommere

Granskinger hvor det også konkluderes, har blitt kalt «dom på bestilling» eller «privatpraktiserende domstolvirksomhet».

Dette er et rettssikkerhetsspørsmål som det er viktig at Advokatforeningen i sine retningslinjer adresserer og problematiserer.

Bestemmelsene i nåværende retningslinjer vedrørende dette bør dermed beholdes. Det bør også vurderes å gjøre bestemmelsene *strengere*, slik at hovedregelen er at granskere ikke skal ta stilling til skyld/ansvar.

3. Om forholdet til RGA

Utkastet til nye regler inneholder på noen konkrete enkelt-punkter henvisninger til RGA. Det mangler imidlertid en mer generell bestemmelse om hva mangelfull etterlevelse av retningslinjene innebærer.

I de nåværende retningslinjene heter det:

Retningslinjene for private granskninger er vedtatt av Advokatforeningens hovedstyre. De er anbefalinger for advokater som er medlem av Advokatforeningen, og som påtar seg granskningsoppdrag. Retningslinjene inneholder ikke særlige sanksjonsregler ved overtredelser, men vil kunne være et tolkningsmoment ved avgjørelsen av en disiplinærsak.

I forslaget finnes det ikke noe om dette temaet.

Vår erfaring er at det mange granskinger som utføres av advokater som *ikke* etterlever retningslinjene. Dette får i praksis *ingen* konsekvenser, da det ikke finnes noen bestemmelser om konsekvenser, ei heller klagemulighet ved brudd på retningslinjene. Når vi ser hvordan denne delen av advokatmarkedet utvikler seg, hvor betydelige økonomiske (og politiske) interesser som er knyttet til dette feltet, er det åpenbart at dette er et område som det er viktig å få klare regler på.

4. Om kommentarer eller bistand etter rapport

Forslaget i punkt 7.2 sier noe om at granskerne kan bistå etter rapporten i det omfang oppdragsgiver ber om.

I kommentarene heter der:

Selv om granskerne bør være forsiktige med å delta i offentlig debatt om granskningsrapportens innhold, foreslås det at dette likevel ikke til hinder for at granskerne deltar på offentlig presentasjon av rapporten når oppdragsgiver ønsker dette og dette antas å være ubetenkelig. Granskerne må i så fall unnlate å gi andre opplysninger enn det som direkte fremgår av rapporten.

Dette er en bestemmelse som er for vid og bør snevres inn.

En granskingsrapport vil ofte bli gjenstand for kritikk og bli diskutert. Granskerne bør ikke delta i en debatt om dette, på samme måte som dommere ikke deltar i en debatt om en dom som er avsagt (uten sammenligning for øvrig!).

Granskernes etterfølgende bistand bør begrenses til å svare på oppklaringsspørsmål fra oppdragsgiverne.

Det er eksempler på at granskere etter at granskingsrapporten har vært avlagt, har påtatt seg ordinært advokatoppdrag for oppdragsgiver for gjennomføring av de tiltak som rapporten anbefaler. Retningslinjene setter ingen begrensninger for dette. Dette bør fremgå tydelig.

5. Om granskernes uavhengighet

I forslaget punkt 3.2 heter det at «I særlig tilfeller bør oppdragsgiver unnlate å benytte sin faste advokatforbindelse i granskingen».

Bestemmelsen bør være *omvendt*, at oppdragsgiver *bare* i særlige tilfeller bør benytte sin faste advokatforbindelse. Det vil normalt oppstå bindinger mellom oppdragsgiver og fast advokatforbindelse som vil gjøre at det kan stilles spørsmål ved granskernes uavhengighet. Særlig gjelder dette i granskinger hvor det også tas stilling til ansvar/skyld. At det er tillit fra alle involverte der en granskning påberoper seg å være ekstern og uavhengig, er grunnleggende. Manglende tillit til denne type prosesser innebærer en betydelig risiko for konflikteskalering og kan være direkte ødeleggende. Det vises her til anført empirisk forskning innledningsvis i dette skrevet.

II. Andre kommentarer

1. Om ansattes plikt til å uttale seg

Det heter om dette i utkastet:

For ansatte vil den arbeidsrettslige lojalitetsplikt normalt innebære et krav om at den ansatte, etter instruksjon fra arbeidsgiveren (oppdragsgiveren), avgir forklaring til granskerne. På tilsvarende måte vil ansatte også kunne instrueres til å medvirke for å fremskaffe opplysninger, herunder dokumentasjon. Granskerne bør gjøre ansatte som forklarer seg oppmerksom på at usanne forklaringer kan få konsekvenser for arbeidsforholdet, herunder oppsigelse eller avskjed.

Det er omstridt og juridisk uklart i hvilken grad og i hvilket omfang arbeidsgiver kan instruere ansatte til å avgis forklaring til granskere. For øvrig er dette en problemstilling som oftest behandles med utgangspunkt i medvirkningspliktens rekkevidde.² Etter gjeldende rett synes det å eksistere større begrensninger i denne medvirkningsplikten enn det som legges til grunn i forslaget. Dette bør således bearbeides og endres. For øvrig er det bra at ansattes ansvar/plikt fremgår av retningslinjene.

² Faktaundersøkelser – et hybrid konfliktvåpen på norske arbeidsplasser (2021), s. 233-236.

2. Om uavhengighet og hvem som kan delta i en granskning

Punkt 3.1 og 3.2 sier noen om at annen sakkyndig bistand (enn juridisk) kan innhentes. Dette legges også til grunn av varslingsutvalget der arbeidsgivers aktivitetsplikt etter aml. § 2A-3 (1) er utløst. Det er uklart om slik sakkyndig bistand også kan innhentes fra oppdragsgivers egne rekker. Sammenholdt med forslaget syn på at fast advokatforbindelse kan foreta granskning, er det naturlig å forstå forslaget dithen at også sakkyndige kan være f.eks. ansatte hos oppdragsgiver. Det første mener vi ikke bør skje. Det bør også klargjøres i hvilken rolle sakkyndige hos oppdragsgiver kan ha i forbindelse med en granskning av forhold i virksomheten. En rolle som gransker mener vi at ansatte ikke kan ha. Vi mener at dette også bør stå eksplisitt i retningslinjene.

III. Avslutning

Vi håper at våre kommentarer er til nytte i det pågående revideringsarbeidet. Generelt skulle vi ønske at arbeidet med retningslinjene i større grad burde vært bygget på den kunnskap/forskning som etter hvert eksisterer på dette og berørte felt. Vi har vært bekymret over at utvalget har vært/er for snevert sammensatt og i hovedsak består av advokater som utfører/tilbyr privat granskning. Vi mener at utvalget burde tatt inn noen advokater som støtter på denne type prosesser som representanter for mennesker som er berørt av granskningsprosesser, og gjerne også noen som forsker på granskning som fenomen og metode.

Vi reagerer for øvrig også på det som ser ut til en slags nedtoning av betydningen av individets rettsvern etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Dette må tas bort. Bevissthet om disse rettighetene bør alltid ligge langt fremme hos enhver advokat, også de som gjennomfører private granskninger. Ovennevnte bok om bruken av faktaundersøkelser viser at det eksisterer betydelige rettssikkerhetsutfordringer i det «markedet» av de private undersøkelsestyper som leveres av ulike profesjoner. Det er rett og slett uforståelig at betydningen av individuelle menneskerettigheter tones ned.

For øvrig er det en rekke tema som vi mener at Advokatforeningen bør adressere i forbindelse med revisjonen. Bør det for eksempel tas initiativ for å få etablert en mer ensartet metode for granskning av advokater, i det minste ved granskning av psykososiale saker? Et eget kurs- og sertifiseringsopplegg? Det er under enhver omstendighet all mulig grunn til å ta på alvor det vi nå har kunnskap om av alvorlige utfordringer på feltet. De nye retningslinjene bør gjenspeile den nye kunnskapen og den (heldigvis) fremvoksende bevisstheten. Vi er ellers glade for at Advokatforeningens leder, Jon Wessel-Aas i forbindelse med ovennevnte forskningsprosjekt om faktaundersøkelser, har gitt en uttalelse om at advokater kun skal gjennomføre private granskninger, ikke faktaundersøkelser. En slik presisering har hatt stor verdi for den faglige utviklingen av feltet.

Vennligst ta kontakt med noen av oss dersom det er behov for utdypning av innholdet i dette skrevet.

Med vennlig hilsen

Bitten Nordrik

Birthe M. Eriksen

Christian Svensen

nobi@oslomet.no

bme@adiadvokat.no

css@lynx.law

Rolf Bech-Sørensen

rbs@adiadvokat.no

Tereza Ø. Kuldova

tkuld@oslomet.no