

Forsvarets arbeidsrettslige reaksjoner overfor en ansatt

30.11.2023 (2023/2215)

Saken gjelder Forsvarets arbeidsrettslige håndtering av en ansatt etter varsling. Klager ble varslet på i mars 2019 etter at han hadde begått en straffbar handling i 2018. Han ble dømt for lovbruddene i mai 2020.

Arbeidsgiver ga ham en muntlig advarsel i juni 2021 og informerte ham om andre karrieremessige konsekvenser. Fram til dette hadde han periodevis vært omplassert og permittert som følge av varselet. Klager fikk beskjed om at saken med dette var avsluttet.

Våren 2022 rettet media søkelyset på flere varslings saker i Forsvaret, inkludert klagers sak. Dette førte til at Forsvaret gjennomgikk klagers sak på nytt. Klager ble i mai 2022 suspendert mens Forsvaret undersøkte om det var grunnlag for avskjed. Forsvaret kom til at vilkårene for avskjed ikke var oppfylt og klager fikk komme tilbake på jobb. I et møte med klager i juni 2022 informerte Forsvaret om at de hadde besluttet å gi en skriftlig advarsel. Klager fikk den skriftlige advarselen i august 2022.

Varslingssaken måtte anses avsluttet med den muntlige advarselen og de øvrige konsekvensene som ble meddelt i juni 2021. Det kunne ikke gis en ny skriftlig advarsel for det samme forholdet over ett år senere. Det forelå heller ikke rettslig grunnlag for å pålegge klager tjenestefri med lønn i

mai 2022. Forsvaret opptrådte her i strid med statsansatteloven §§ 29 og 30.

Forsvaret utarbeidet heller ikke en sluttrapport med konklusjon og tiltak i tråd med retningslinjene for varsling i forsvarssektoren pkt. 5.9. Forsvaret bes merke seg Sivilombudets kritikk og legge det til grunn i sin videre oppfølging av varslings saker. Sivilombudet ber om å bli underrettet om hvordan Forsvaret i sin personalbehandling har tatt hensyn til Sivilombudets konklusjoner.

Sakens bakgrunn

- (1) Klagen har sitt utspring i en varslings sak fra mars 2019 der A (heretter klager) ble varslet på. Saken gjelder arbeidsgivers håndtering av ham som omvarslet og som følge av de forhold som var foranledningen til varselet. Bakgrunnen for varslings saken var at klager begikk en straffbar handling i desember 2018.
- (2) Vitnet og klager jobbet i samme bataljon i Hæren i Forsvaret. I mars 2019 varslet vitnet (heretter varsler) til arbeidsgiver. Klager ble omplassert fra sin stilling i bataljonen til en annen stilling i Hæren fra april 2019 til august 2019 av hensyn til varsler. Etter at varsler byttet tjenestested, ble klager i august 2019 plassert tilbake i sin opprinnelige stilling i bataljonen.
- (3) I mars 2020 ble klager orientert om at Forsvarets sikkerhetsavdeling (FSA) ikke ville gi ham den sikkerhetsklareringen som var nødvendig for den stillingen han hadde i bataljonen. Han ble derfor permittert fra bataljonen. Årsaken til at han ikke fikk nødvendig sikkerhetsklarering var at straffesaken var under etterforskning av sivilt politi.
- (4) Klager ble straffedømt for forholdet i mai 2020. I desember 2020 informerte arbeidsgiver ham om at saken var sendt til ledelsen i Hæren og Forsvarets personell- og vernepliktssenter (FPVS) for vurdering.
- (5) I juni 2021 fikk klager melding om at Hæren og FPVS hadde konkludert i saken. Han ble da omplassert til en stilling som saksbehandler i Hæren og klarert til aktuelt sikkerhetsnivå. I autorisasjonssamtalen med arbeidsgiver i juni 2021, som det ikke synes å foreligge referat fra, fikk han en muntlig advarsel. Sakens alvor og sakens karrieremessige konsekvenser ble gjennomgått. Ifølge klager ble han informert om at i tillegg til nedsatt sikkerhetsklarering, tidligere permisjon og omplassering til stilling uten personellansvar som allerede var iverksatt, så var han ikke lenger på «karrierelisten» for sin våpengren. Han kunne ikke søke på stillinger med personellansvar eller stabsskole de neste to årene. Ifølge klager ble det i møtet opplyst at saken var avsluttet fra arbeidsgivers side pr. juni 2021 med den muntlige advarselen og de nevnte

sanksjonene. Forsvaret har ikke overfor ombudet bestridt klagers framstilling av de faktiske forholdene.

(6) Våren 2022 rettet media søkelyset på en rekke varslingsaker i Forsvaret, inkludert klagers sak. Klager ble innkalt på et møte 25. mai 2022 hvor arbeidsgiver informerte om at de hadde besluttet å frita klager fra arbeidsplikten. Han ble pålagt tjenestefri med lønn samtidig som Forsvaret undersøkte om vilkårene for avskjed var oppfylt for de forholdene han ble dømt for i 2020. Klager oppfattet dette som en beslutning om suspensjon jf. statsansatteloven § 29 første ledd.

(7) Klager fikk komme tilbake på jobb 24. juni 2022. Arbeidsgiver informerte ham på et møte samme dag om at det var besluttet å ikke innlede avskjedssak. I referatet fra møtet 24. juni 2022 fremgår at det var «besluttet å gi en skriftlig advarsel». Den skriftlige advarselen fikk klager 17. august 2022. Forsvaret skriver at de vil «fortløpende, og fortsatt, vurdere din skikkethet som offiser som offiser i Forsvaret» og at advarselen «vil få betydning om du på nytt skulle bli involvert i en personalsak». Det sies videre at arbeidsgiver ønsker «å understreke at denne advarselen må sees på som en formalisering av de tilbakemeldingene og føringene du allerede har mottatt.»

(8) Senere i 2022 søkte klager på en ny stilling i utlandet i Forsvaret. Han opplyste i søknaden at han var ilagt straff og hadde sonet dom i 2020. Slik Sivilombudet forstår saksdokumentene, fanget ikke Forsvarets ansettelsesorgan opp disse opplysningene i søknaden før etter at klager var tildelt stillingen i Forsvarssjefens råd og tildelingen var kunngjort på Forsvarets intranett. Forsvaret omgjorde derfor beslutningen om tildeling av stilling og ga klager beskjed om at han likevel ikke hadde fått stillingen. Forsvaret viste til at stillingen måtte behandles i Forsvarssjefens råd på nytt, fordi ansettelsesorganet ikke hadde fanget opp opplysningene om dommen. Klager kontaktet advokat og bestred at det var adgang til å omgjøre tilsettingen. I februar 2023 trakk Forsvaret beslutningen om omgjøring og ny rådsbehandling, og klager fikk likevel stillingen.

(9) Klagers advokat påklaget saken til Sivilombudet 5. juni 2023. Han viste bl.a. til at saken ble avsluttet med den muntlige advarselen i juni 2021. Likevel ble klager suspendert mot sin vilje i mai 2022, uten et formelt suspensjonsvedtak og han fikk deretter ny advarsel i august 2022 for det tidligere forholdet som han allerede hadde fått flere reaksjoner på.

Våre undersøkelser

(10) Vi fant grunn til å undersøke saken nærmere med Forsvaret. I brev 27. juni 2023 ble Forsvaret bedt om å besvare våre spørsmål. I henhold til Retningslinjer for varslings i forsvarssektoren, i kraft 1. mars 2015, revidert 1. juli 2020 (retningslinjene), pkt. 5.9. skal det etter varslings utarbeides en avsluttende rapport/konklusjon der eventuelle tiltak skal angis. Under henvisning til pkt. 5.9. spurte vi om 1) Ble dette gjort i denne saken, og i så fall hvilke tiltak ble eventuelt iverksatt?

(11) Forsvaret svarte at de hadde fulgt opp saken og utarbeidet en sluttrapport i januar 2023. Rapporten inneholdt ni ulike oppfølgingstiltak som gjaldt anbefalinger til Hæren om endring av

kultur, forebyggende HMS-arbeid knyttet til det psykososiale arbeidsmiljøet og oppfølging av varslings saker mv. Slik vi forstår det, var de ni tiltakene generelle anbefalinger, ikke konkrete tiltak relatert til denne saken slik det fremgår forutsetningsvis av retningslinjene.

(12) Deretter spurte vi 2) Kan arbeidsgiver gi flere advarsler for ett og samme enkeltstående kritikkverdige forhold der det ikke har vært nye kritikkverdige forhold etter at den muntlige advarselen ble gitt og det heller ikke har fremkommet nye opplysninger om det kritikkverdige forholdet? Står arbeidsgiver i et slikt tilfelle fritt til å ta opp en avsluttet sak til ny vurdering?

(13) Forsvaret svarte at arbeidsgiver ikke hadde gitt en ny eller flere advarsler i denne saken. Varsler fikk først en muntlig advarsel, som senere ble formalisert året etter. Forsvarets syn var at en muntlig advarsel kan formaliseres skriftlig på et senere tidspunkt, uten at dette utgjør en «ny» advarsel eller ny reaksjon knyttet til samme forhold.

(14) Vi spurte deretter 3) om Forsvaret er av den oppfatning at det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å pålegge en ansatt tjenestefri med lønn, der den ansatte nekter og ønsker å fortsette å arbeide?

(15) Forsvaret svarte at det ikke var innenfor arbeidsgivers styringsrett å ensidig pålegge ansatte tjenestefri med lønn. Imidlertid kunne arbeidsgiver og arbeidstaker inngå en gjensidig avtale om tjenestefri med lønn. Forsvaret mente at «[g]itt situasjonen samtykket arbeidstakeren til at han skulle gis tjenestefri med lønn, jf. referat som er signert av både arbeidsgiver og arbeidstaker, med arbeidstakers tillitsperson til stede».

(16) Vårt neste spørsmål var 4) Uavhengig av svaret på spørsmål 3: mener Forsvaret at vilkårene for suspensjon med lønn iht. statsansatteloven § 29, første ledd, var oppfylt i denne saken?

(17) Arbeidsrettslige konsekvenser var ifølge Forsvaret vurdert i 2020, men ble ikke materialisert. Etter at forholdet ble kjent i media gjorde Forsvarsstaben en selvstendig vurdering av om Forsvaret kunne fatte vedtak om avskjedigelse eller oppsigelse, med bakgrunn i de forhold klager var rettskraftig dømt. Det ble «konkludert med at arbeidsgiver var avskåret fra slike arbeidsrettslige tiltak. Vilårene for suspensjon, jf. statsansatteloven § 29, var ikke oppfylt».

(18) Vi spurte deretter 5) hvis svaret på spørsmål 4 er ja: har Forsvaret i denne saken fulgt de krav som følger av statsansatteloven § 30 for vedtak om suspensjon? Forsvaret viste her til svaret på spørsmål 4.

(19) Avslutningsvis ba vi om å få opplyst om Forsvaret hadde øvrige kommentarer til spørsmålene i saken. Forsvaret svarte at den aktuelle saken var en av flere som har vært gjenstand for medieoppmerksomhet. Flere nivåer i Forsvaret hadde vært involvert, og saken hadde gitt flere læringspunkter. Det var iverksatt flere tiltak for å gjennomgå og sikre bedre håndtering av varslings saker, som eksempelvis en helhetlig plan mot mobbing og seksuell trakassering i Forsvaret.

(20) Forsvarets svar ble oversendt klager for kommentar. Klager mente at Forsvaret ikke hadde utarbeidet noen sluttrapport om oppfølgingen av varselet mot ham. Hvis hensikten med den

skriftlige advarselen kun var en å sikre en omforent forståelse av innholdet i den muntlige advarselen, så kunne ikke Forsvaret vente over ett år fra juni 2021 til august 2022 med å nedtegne innholdet. Nedtegningen måtte dessuten være korrekt. Her var imidlertid innholdet i de to varslene ulikt. Den nye advarselen var etter klagers syn foranlediget av medieomtale om Forsvarets håndtering.

(21) Klager viste videre til at han ikke ønsket tjenestefri med lønn, og det var ikke inngått noen slik felles avtale. Hans protest fremgikk av referatet. Etter hans syn var han pliktig til å innrette seg etter de pålegg arbeidsgiver ga, enten de var hjemlet eller ikke.

(22) Klagers svar ble sendt til Forsvaret for kommentar. Forsvaret gjentok at den skriftlige advarselen kun var en formalisering av den muntlige advarselen. Forsvaret anså det ikke som «gjenopptak» at Forsvarsstaben foretok en gjennomgang av saken og konkluderte med at Hæren allerede hadde iverksatt arbeidsrettslige reaksjoner i saken og at arbeidsgiver derfor var avskåret fra å iverksette ytterligere sanksjoner mot klager.

Sivilombudets syn på saken

(23) Spørsmålet i saken er om Forsvaret har behandlet klager i samsvar med arbeidsmiljøloven (aml.) og statsansatteloven. Innholdet i den underliggende varslingssaken fra 2019 og Forsvarets ivaretagelse av varslers rettigheter i den forbindelse har ikke vært del av vår undersøkelse.

1. Rettslig utgangspunkt

1.1 Kort om varsling

(24) Aml. kapittel 2A om varsling ble tilføyd ved LOV-2017-06-16-42 og trådte i kraft 1. juli 2017. Etter § 2A-1 første ledd har en arbeidstager rett til å varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet.

(25) Aml. § 2A-3 ble tilføyd ved endringslov 21. juni 2019 nr. 24 og trådte i kraft 1. januar 2020. Formålet var å tydeliggjøre arbeidsgivers aktivitetsplikt. Saken skal følges opp innen «rimelig tid» etter at det er varslet om kritikkverdige forhold. Dette skal sikre hurtig inngripen mot kritikkverdige forhold eller rask avkrefting av innholdet i varselet jf. forarbeidene til statsansatteloven i Prop. 74 L (2018–2019) s. 36. Både varsleren og den omvarslede har en berettiget interesse i at saken følges opp. Bestemmelsen er en rettslig standard og gir ikke konkrete føringer for hva som anses som «rimelig tid».

(26) Det følger av aml. § 2A-6 at en virksomhet med mer enn fem ansatte plikter å ha rutiner for varsling. Forsvaret har utarbeidet «Retningslinjer for varsling i forsvarssektoren» (retningslinjene) som trådte i kraft 1. mars 2015 og ble revidert 1. juli 2020.

(27) Retningslinjene fra 2015 bestemmer i pkt. 5 hvilke krav som stilles til saksbehandlingen. Det fremgår her at «[v]arsler i forsvarssektoren skal behandles seriøst, objektivt og med formål å

oppnå en forbedring av tilstanden som utløste varselet». Videre vises det til fvl. § 17 og at varselet skal bli belyst så godt som mulig før saken blir avgjort.

(28) Etter de reviderte retningslinjene fra 2020 pkt. 2.1 om arbeidsgivers aktivitetsplikt har arbeidsgiver en plikt til å undersøke varselet på en tilstrekkelig måte innen «rimelig tid» i samsvar med aml. § 2A-3 første ledd.

(29) Det følger både av retningslinjene fra 2015 og fra 2020 pkt. 5.9.2. om sluttrapportering at saken skal avsluttes med en skriftlig rapport/konklusjon som beskriver varselets innhold, saksbehandling, konklusjon og eventuelle tiltak på bakgrunn av undersøkelsen.

(30) Sivilombudet legger til grunn at det sentrale i saken er at klager har begått straffbare handlinger som han ble dømt for, og at arbeidsgiver iverksatte alminnelige arbeidsrettslige reaksjoner mot ham som følge av disse. Disse arbeidsrettslige reaksjonene kunne Forsvaret ha iverksatt uavhengig av selve varslingssaken. De arbeidsrettslige reaksjonene overfor klager er kjernen i saken. Når det gjelder de særskilte kravene som stilles til arbeidsgivers oppfølging av omvarslet i en varslingssak, herunder krav om tidsbruk, viser vi til spørsmål 2.4 under.

1.2 Om advarsel og veiledning

(31) Dersom en ansatt bryter sine plikter etter arbeidsavtalen eller for øvrig har uønsket atferd, har arbeidsgiver flere sanksjonsmuligheter avhengig av alvorlighetsgraden. Den strengeste sanksjonen er oppsigelse og avskjed. I mindre alvorlige tilfeller kan det gis «mer uformelle uttalelser, tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver som ikke kan anses som sanksjoner» jf. HR-2018-492-U.

(32) Arbeidsgivers rett til å gi «advarsel» er ikke lovregulert, men følger av arbeidsgivers styringsrett. En advarsel gitt av arbeidsgiver innenfor rammene av styringsretten er ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, jf. forarbeidene til statsansatteloven Prop. 94 L (2016–2017) s. 163. En advarsel kan være muntlig eller skriftlig. En muntlig advarsel er en mildere reaksjon enn en skriftlig. Dette følger forutsetningsvis av statsansatteloven som bestemmer at en statsansatt kan avskjediges når vedkommende «på tross av skriftlig advarsel gjentatt har krenket sine tjenesteplikter, se § 26, første ledd, bokstav c.

(33) Det fremgår av HR-2018-492-U avsnitt 24 at «[f]ormålet med en advarsel vil regelmessig dels være å korrigere uønsket atferd, dels å dokumentere at atferden er påtalt med tanke på senere oppfølging og eventuelt personalmessig reaksjon, herunder oppsigelse eller avskjed. Dersom det er gitt en advarsel, kan i utgangspunktet ikke arbeidstaker bli sagt opp eller avskjediget uten at noe nytt er kommet til, jf. Rt-1982-1729 (på side 1735). Det er på den annen side sikker rett at tidligere advarsler vil kunne stå sentralt ved vurderingen av om oppsigelse eller avskjed er rettmessig ved nye kritikkverdige forhold».

(34) I staten er bruken av advarsler regulert i Statens personalhåndbok SPH pkt. 2.10. Det fremgår at en advarsel skal gi arbeidstaker en underretning om at gjentakelse av et mislig forhold vil kunne få følger: «[e]n advarsel vil normalt ha den virkning at den reaksjon arbeidsgiver setter inn ved gjentakelse av mislig forhold, lettere vil kunne ansees som saklig». Videre bør en

advarsel «gis snarest mulig, gjerne umiddelbart etter at den uønskede adferd har funnet sted. Dersom arbeidsgiver velger å gi en advarsel, må denne være så klar som mulig og si noe om hvilke konsekvenser en gjentakelse eller annen uønsket adferd kan få for arbeidstakeren».

(35) Oppsummert er en advarsel en arbeidsrettslig reaksjon for å få den ansatte til å korrigere en uønsket adferd, og for å klargjøre for vedkommende hvilke ytterligere reaksjoner arbeidsgiver vil iverksette hvis den uønskede adferden ikke bedres. Tidligere advarsler vil kunne stå sentralt ved vurderingen av en oppsigelse eller avskjed hvis arbeidstakeren begår nye kritikkverdige forhold.

1.3 Adgangen til suspensjon

(36) En statsansatt kan på bestemte vilkår suspenderes av arbeidsgiver, jf. statsansatteloven § 29. Det vil si at den ansatte fratras retten til å utføre sitt arbeid for en midlertidig periode, men beholder samtidig lønnen. Suspensjon er en inngripende sanksjon overfor en ansatt. Det er et vilkår for å beslutte suspensjon er at det er grunn til å anta at den ansatte har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed. I tillegg må tjenestens eller virksomhetens behov tilsi suspensjon. Det er bare der vilkårene er oppfylt at en ansatt kan suspenderes. Reglene kan ikke fravikes ved avtale.

(37) Det følger av forarbeidene til statsansatteloven i Prop. 94 L (2016–2017) s. 171 pkt. 19.5. at

«arbeidsgiver i enkelte tilfeller vil kunne ha et beskyttelsesverdig behov for å kunne pålegge statsansatte å fratras arbeidsforholdet midlertidig og med øyeblikkelig virkning. Suspensjon kan være et viktig virkemiddel for statlige virksomheter i situasjoner hvor en arbeidstaker mistenkes for å ha begått alvorlige forhold som kan føre til avskjed (...) Suspensjon kan også være nødvendig for å sikre at nærmere undersøkelser av de faktiske forhold kan foretas uten risiko for at arbeidstaker kan fjerne bevis, og for å sikre gode interne arbeidsforhold og hensiktsmessig drift mens nærmere undersøkelser og forberedelser av en avskjedssak pågår. Det vil uansett dreie seg om graverende tilfeller som kan utgjøre grunnlag for avskjed».

(38) Etter statsansatteloven § 30 er det ansettelsesorganet som fatter vedtak om suspensjon. Avgjørelsen er et enkeltvedtak jf. fvl. § 2 annet ledd, og reglene i fvl. kapittel IV, V og VI gjelder. Dette innebærer eksempelvis at den statsansatte må gis forhåndsvarsel før et vedtak treffes, med mulighet for å uttale seg innen en nærmere angitt frist. Alminnelige krav til forsvarlig saksbehandling, herunder fvl. kapittel II og III, gjelder også.

2. Den konkrete saken

(39) I det følgende vil Sivilombudet vurdere 1) hvilken reaksjon klager fikk i juni 2021, 2) om den skriftlige advarselen var en ny advarsel og 3) tidsbruken fra varslingssaken startet i mars 2019 til den muntlige advarselen ble gitt i juni 2021. Videre vil vi vurdere 4) om arbeidsgiver kan gi flere advarsler for ett og samme forhold og 5) om Forsvaret kunne pålegge tjenestefri med lønn.

2.1 Fikk klager en advarsel i juni 2021 eller en uformell tilbakemelding?

(40) Ifølge klager fikk han en muntlig advarsel i møtet i juni 2021. Forsvaret har omtalt reaksjonen som arbeidsgiver ila klager i møtet på ulike måter, dels som «en muntlig advarsel, som senere ble formalisert», og dels som «muntlige henstillinger[r]». Det er noe uklart hva som ligger i uttrykket «muntlige henstillinger» og om Forsvaret med det sikter til en mer uformell tilbakemelding til forskjell fra en advarsel.

(41) I denne saken er de arbeidsrettslige reaksjonene som klager ble ilagt knyttet til domfellelsen. Alvoret i saken taler for at det var en advarsel som ble gitt i juni 2021 for å korrigere uønsket atferd og understreke sakens alvor, og ikke bare en uformell tilbakemelding. De øvrige karrieremessige konsekvensene som ble gjennomgått i samme møte bekrefter at arbeidsgiver så alvorlig på saken. Det har formodningen mot seg at reaksjonen fra arbeidsgiver kun var en alminnelig anmerkning og ikke en advarsel.

(42) På den annen side er det noe overraskende at den muntlige advarselen ikke allerede i juni 2021 ble nedskrevet og formalisert for å understreke alvoret overfor klager, noe arbeidsgiver kunne gjort hvis det var dette de ønsket. At Forsvaret valgte å ikke nedtegne den muntlige advarselen kan trekke i retning av at det kun var ment som en mer en uformell tilbakemelding. Dersom det ikke hadde vært noe å utsette på klager tidligere, jf. at han var oppført på sin våpengrens «karriereliste», kan arbeidsgiver ha valgt den mildere formen av muntlig tilbakemelding.

(43) Utfra en totalvurdering av situasjonen, sakens alvor, klagers lovbrudd og de øvrige strenge arbeidsrettslige reaksjonene Forsvaret iverksatte, legger Sivilombudet imidlertid til grunn at tilbakemeldingen som ble gitt i juni 2021 etter sitt innhold var en muntlig advarsel.

2.2 Var den skriftlige advarselen en ny advarsel?

(44) I august 2022 mottok klager et dokument med overskriften «Skriftlig advarsel». Klager hadde blitt informert om at det var besluttet å gi en skriftlig advarsel i møte 24. juni 2022. Det fremgår at advarselen skal «stadfeste alvoret bak de muntlige henstillingene du har mottatt vedrørende dine krenkelser av tjenesteplikten som offiser i Forsvaret. Konkret gjelder dette at du er domfelt for (...)». Advarselen viser til lovbruddene klager ble dømt for i mai 2020, altså de samme forholdene som foranlediget advarselen i juni 2021 og de øvrige arbeidsrettslige reaksjonene som Forsvaret iverksatte. Det er ikke opplysninger om nye kritikkverdige forhold etter at klager fikk den muntlige advarselen i juni 2021. Det er heller ikke opplyst at det fremkom nye opplysninger om det straffbare forholdet som tilsa en strengere vurdering av dette enn i juni 2021.

(45) Forsvaret har svart at arbeidsgiver ikke ga en ny eller flere advarsler i denne saken, men at klager først fikk en muntlig advarsel som senere ble formalisert i august 2022. Etter Forsvarets syn kan en muntlig advarsel formaliseres skriftlig på et senere tidspunkt uten at dette utgjør en «ny» advarsel eller reaksjon knyttet til samme forhold. Forsvaret har også vist til at det fremgår av den skriftlige advarselen at arbeidsgiver med dette ville stadfeste alvoret bak de muntlige

henstillingene som klager hadde mottatt, og at advarselen var en formalisering av de tilbakemeldingene og føringene han allerede hadde mottatt.

(46) Sivilombudet er enig i at det er adgang til å dokumentere en muntlig advarsel i etterkant for å sikre notoritet om innholdet og tidspunkt. I så fall burde dette funnet sted i forbindelse med at den muntlige advarselen ble gitt eller kort tid etterpå, f.eks. i et møtereferat. Den lange tiden som gikk fra den muntlige advarselen ble gitt og til den skriftlige advarselen, taler mot at det kun er tale om dokumentasjon for den mer enn et år gamle advarselen.

(47) Videre ser innholdet i den muntlige advarselen og den skriftlige advarselen ut til å være ulikt. Klager har anført at da Forsvaret ga ham den muntlige advarselen i juni 2021, iverksatte arbeidsgiver en to-årig oppfølgingsperiode. Klager skal ha fått beskjed om at han de neste to årene ikke kunne søke på stabsskolen eller stillinger med personalansvar. Det er naturlig å anta at oppfølgingsperioden startet da den muntlige advarselen ble gitt i juni 2021, som var tidspunktet da klager fikk informasjonen.

(48) I den skriftlige advarselen datert 17. august 2022 fremgår det imidlertid at arbeidsgiver vil «fortløpende, og fortsatt, vurdere din skikkethet som offiser i Forsvaret. Advarselen vil få betydning om du på nytt skulle bli involvert i en personalsak». I sitt svar til ombudet har Forsvaret uttalt at klager «ble rettskraftig dømt i 2020, slik at han – på daværende tidspunkt i 2022 – hadde vært fulgt opp i to år. Etter en helhetlig vurdering av karakteren til de faktiske forholdene [klager] var straffedømt for, sett opp mot rollen og videre karriereutvikling som offiser, ble et oppfølgingsløp på totalt tre år vurdert hensiktsmessig. Det ble også kommunisert at dette var vurderingen på det aktuelle tidspunktet, innforstått at arbeidsgiver vurderte saken fortløpende. Dette fremgår også i den skriftlige advarselen». Uttalelsen kan tyde på at Forsvaret allerede i 2020, altså et år før klager fikk den muntlige advarselen, iverksatte et oppfølgingsløp med en toårig oppfølgingsperiode.

(49) Videre har Forsvaret svart ombudet at «[a]rbeidsrettslige konsekvenser var vurdert i 2020, men ble ikke materialisert. Etter at forholdet ble kjent i media gjorde Forsvarsstaben en selvstendig vurdering av om Forsvaret kunne fatte vedtak om avskjedigelse eller oppsigelse, med bakgrunn i de forhold [klager] var rettskraftig dømt for (...)». I motsetning til det Forsvaret her synes å gi uttrykk for, ble det imidlertid iverksatt arbeidsrettslige reaksjoner mot klager både i 2020 og i 2021, og før media rettet fokus mot varslingssaker i Forsvaret. Hvor mange oppfølgingsperioder/-løp arbeidsgiver har startet overfor klager og når de utløp(er) er således uklart for Sivilombudet.

(50) På grunn av den lange tiden som gikk mellom de to advarslene, at innholdet ser ut til å være ulikt i de to advarslene, og at advarselen er kalt «skriftlig advarsel» i overskriften, mener ombudet det er lite tvilsomt den skriftlige advarselen må ses som en ny reaksjon på forholdet som klager fikk en muntlig advarsel for i 2021, og ikke bare en formalisering av den tidligere muntlige advarselen.

2.3 Kan arbeidsgiver gi flere advarsler for ett og samme forhold?

(51) Som det fremgår over, forstår Sivilombudet det slik at den skriftlige advarselen i august 2022, var begrunnet i de samme forholdene som foranlediget den muntlige advarselen i juni 2021. Saken reiser spørsmål om arbeidsgiver i et slikt tilfelle kunne ilegge flere advarsler for ett og samme forhold.

(52) Spørsmålet om arbeidsgiver kan ilegge flere reaksjoner for samme forhold ble belyst i Borgarting lagmannsretts avgjørelse (LB-2021-170253). En oppsigelse ble kjent ugyldig av retten fordi forholdene som begrunnet oppsigelsen, med ett unntak, var opp- og avgjort med advarsel, og det var ikke kommet til nye forhold. Retten oppsummerte saken med at samtlige forhold som begrunnet oppsigelsen, skjedde før advarselen ble gitt, og uttalte at

(53) «[h]vis en arbeidsgiver har valgt å reagere med en advarsel, kan det ikke gis oppsigelse med mindre det inntre nye kritikkverdige forhold, se Rt-1982-1729, på side 1735 og HR-2018-492-U avsnitt 24. Etter at det er gitt en advarsel, må arbeidstakeren normalt gis rimelig tid til å bedre sine prestasjoner og/eller endre uønsket atferd. Formålet med en advarsel er å gi arbeidstakeren en reell mulighet til å forbedre seg og endre sin atferd, se blant annet ARD-1979-43».

(54) Som nevnt har ombudet kommet til at den skriftlige advarselen må anses som en ny reaksjon på det samme forholdet som klager fikk en muntlig advarsel for i 2021, og ikke kun en formalisering. Arbeidsgivers reaksjon mot klager og varslingsaken måtte anses opp- og avgjort med den muntlige advarselen og de øvrige sanksjonene som arbeidsgiver iverksatte i juni 2021 og i perioden forut, så lenge det ikke hadde oppstått nye forhold eller kommet fram nye opplysninger. Forsvaret hadde derfor ikke saklig grunn til å gi en ny og skriftlig advarsel for det samme forholdet over ett år etter den muntlige advarselen.

2.4 Forsvarets tidsbruk fra varslingsaken startet i mars 2019 til den muntlige advarselen ble gitt i juni 2021

(55) Spørsmålet som er reist gjelder hvilke krav som stilles til arbeidsgivers oppfølging av en arbeidstager som opptrer i strid med sine tjenesteplikter eller utviser annen uakseptabel adferd. Sivilombudet legger til grunn at Forsvaret først ble kjent med klagers lovbrudd da varsel ble mottatt i mars 2019. Som nevnt foran kunne Forsvaret ha iverksatt arbeidsrettslige reaksjoner uavhengig av om det forelå en varslingsak. Kravene til tidsbruk og fremdrift følger således både av varslingsaken som sådan, og av en selvstendig forventning til arbeidsgivers oppfølging av tjenestefeil.

(56) Aml. § 2A-3 pålegger arbeidsgiver en aktivitetsplikt, og bestemmer at saken skal følges opp innen «rimelig tid» etter at det er varslet om kritikkverdige forhold. Bestemmelsen trådte først i kraft 1. januar 2020, altså etter varselet i denne saken, men det samme fulgte tidligere av andre kilder, jf. foran. Etter Forsvarets retningslinjer pkt. 5.9.2 skal det utarbeides en sluttrapport når saken avsluttes.

(57) På vårt spørsmål om det foreligger sluttrapport i denne saken har Forsvaret som nevnt vist til en rapport fra januar 2023 som inneholder ni generelle anbefalinger. Ombudet forstår det slik at denne rapporten gjelder anbefalinger til oppfølging av varslingsaker generelt, og at det

dermed ikke foreligger en sluttrapport om den konkrete saken mot klager, slik retningslinjene foreskriver.

(58) Faktum i denne saken må kunne sies å være avklart i og med tingrettens dom. Arbeidsgiver hadde da tilstrekkelig informasjon til å ta stilling til endelige reaksjoner mot omvarslede og til å avslutte saken i samsvar med retningslinjene pkt. 5.9.2. Ombudet legger til grunn at både varslingssaken og arbeidsgivers oppfølging av klagers kritikkverdige handlinger måtte anses avsluttet i juni 2021, selv om en sluttrapport i samsvar med retningslinjene ikke ble utarbeidet. I møte i juni 2021 fikk klager beskjed om at saken var avsluttet, etter at muntlig advarsel var gitt og sakens karrieremessige konsekvenser var gjennomgått. Dette var mer enn to år etter at varsel ble mottatt og over ett år etter at klageren ble domfelt for de lovbruddene som var bakgrunnen for varselet.

(59) Arbeidsgiver kan følge opp en uønsket handling utført av en arbeidstager på ulike måter. Som det fremgår foran, er ileggelse av advarsler ikke lovregulert. Sivilombudet tok stilling til arbeidsgivers tidsbruk ved ileggelse av skriftlig advarsel i sin uttalelse 7. februar 2019 (SOM-2018-4630). Her uttalte Sivilombudet at

(60) «en skriftlig advarsel bør gis så snart som mulig, gjerne umiddelbart etter den uønskede handlingen. Arbeidsgivers tidsbruk vil kunne få betydning for forholdsmessigheten av reaksjonen. Ombudsmannen er kommet til at arbeidsgiver ikke hadde tilstrekkelig grunn til å vente to år med å gi klager en advarsel. Både hensynet til reaksjonens virkning, forutberegnelighet for den ansatte og muligheten til kontradiksjon taler klart for at advarselen var en uforholdsmessig reaksjon».

(61) Disse hensynene gjør seg også gjeldende ved muntlige advarsler. Dette følger også av Forsvarets retningslinjer pkt. 5.9. om avslutning av en varslingssak. En muntlig advarsel foranlediget av en varslingssak bør gis så snart som mulig, etter at arbeidsgiver har gjort nødvendige undersøkelser. Det er viktig at uønsket adferd blir raskt korrigert. Også hensynet til kontradiksjon og forutberegneligheten for omvarslede tilsier rask handling fra arbeidsgiver i slike saker.

(62) For varslingssaker følger det av aktivitetsplikten i aml. § 2A-3 at arbeidsgiver skal «sørge for at varselet innen rimelig tid blir tilstrekkelig undersøkt». En varslingssak er en stor belastning for både varsler og omvarslet, og påvirker i tillegg arbeidsmiljøet. Varslingssaker kan i tillegg bli gjenstand for medieinteresse, som kan gi ytterligere belastning for varsler og omvarslet. Her kom den muntlige advarselen som avsluttet saken mer enn to år etter at varselet ble mottatt, og over ett år etter at klager ble domfelt for de lovbruddene som foranlediget arbeidsgivers sanksjoner.

(63) Ombudet mener det er uheldig at det ikke ble utarbeidet sluttrapport som avsluttet saken, i samsvar med retningslinjene pkt. 5.9.2. En sluttrapport ville gitt notoritet om at saken ble avsluttet og når den ble avsluttet, noe som er viktig av hensyn til både varsler og den omvarslede.

(64) Ombudet er også kritisk til at det tok så lang tid før den muntlige advarselen ble gitt og saken ble avsluttet. Ettersom faktum i denne saken må sies å være avklart i og med tingrettens dom, kan ikke Ombudet se at Forsvaret hadde tilstrekkelig grunn til å ta saken opp igjen, herunder ilegge en skriftlig advarsel, etter at det var iverksatt tiltak.

2.5 Spørsmålet om Forsvaret kunne pålegge en ansatt tjenestefri med lønn

(65) Etter statsansatteloven § 29 kan en statsansatt på nærmere vilkår gis suspensjon med lønn. Suspensjon med lønn er et enkeltvedtak jf. statsansatteloven § 30 og må treffes av ansettende myndighet i samsvar med kravene i forvaltningsloven. Suspensjon med lønn er et inngripende tiltak for den det gjelder. I forarbeidene til statsansatteloven i Prop. 94 L (2016–2017) s. 176 viser departementet til «viktigheten av at slike saker blir behandlet på en betryggende måte».

(66) Forsvaret har svart at vilkårene for suspensjon ikke er oppfylt her og at å pålegge tjenestefri med lønn ikke ligger ensidig innunder arbeidsgivers styringsrett. Forsvaret mener imidlertid at partene har inngått en gjensidig avtale om tjenestefri med lønn. Forsvaret skriver at «[g]itt situasjonen samtykket arbeidstakeren til at han skulle gis tjenestefri med lønn, jf. referat som er signert av både arbeidsgiver og arbeidstaker, med arbeidstakers tillitsperson til stede».

(67) Det følger av forarbeidene til statsansatteloven i Prop. 94 L (2016–2017) s. 68 pkt. 8.9 at statsansatteloven er «ufravikelig, med mindre annet er særskilt fastsatt eller forutsatt». Det følger videre av forarbeidene s. 171 pkt. 19.5 at «[d]et anses viktig å videreføre suspensjonsadgangen i staten. Det er et like stort behov for å benytte suspensjon i saker i staten, som i det øvrige arbeidsliv. Den foreslåtte bestemmelsen [§29] vil uttømmende regulere adgangen til suspensjon av statsansatte».

(68) Selv om § 29 ikke uttømmende hadde regulert adgangen til suspensjon av statsansatte, så er Sivilombudets syn at partene i denne saken ikke var enig om en gjensidig avtale om tjenestefri med lønn. Det fremgår tydelig av referatet fra 25. mai 2022 at arbeidsgiver informerte klager om at «[v]i skriver referat fra møtet som vi begge skal lese gjennom og signere».

(69) Videre fremgår det at «arbeidsgiver [har] besluttet at du fritas fra arbeidsplikten». Til dette svarer klager at han «er ikke positiv til tjenestefri med lønn». Han informerer om at det er «større belastning å være hjemme, enn å gå på jobb i denne perioden». Det faktum at han har undertegnet referatet betyr ikke at partene var enige om en slik avtale, men at møtet hadde funnet sted og at referatet gjenga hva som ble sagt, slik arbeidsgiver innledet møtet med. Etter Sivilombudets syn var det ikke rettslig grunnlag for å pålegge klager tjenestefri med lønn i mai 2022. Forsvaret opptrådte her i strid med statsansatteloven §§ 29 og 30.

Konklusjon

(70) Sivilombudet er kommet til at det gikk for lang tid fra klager ble varslet på i mars 2019 til han fikk den muntlige advarselen og de øvrige karrieremessige konsekvensene som avsluttet

saken i juni 2021. Forsvaret utarbeidet heller ikke en rapport/konklusjon med konkrete oppfølgingstiltak jf. retningslinjene pkt. 5.9.

(71) Varslingssaken må anses avgjort med den muntlige advarselen og de øvrige sanksjonene som arbeidsgiver iverksatte i juni 2021 og i perioden forut. Forsvaret hadde ikke saklig grunn til å gi en ny og skriftlig advarsel for det samme forholdet over ett år etter den muntlige advarselen.

(72) Det forelå heller ikke rettslig grunnlag for å pålegge klager tjenestefri med lønn i mai 2022. Forsvaret opptrådte her i strid med statsansatteloven §§ 29 og 30.

(73) Forsvaret bes merke seg Sivilombudets kritikk og legge det til grunn i sin videre oppfølging av varslingssaker og ved reaksjoner etter brudd på tjenesteplikter.

(74) Sivilombudet ber om å bli underrettet innen 1. mars 2024 om hvordan Forsvaret i sin personalbehandling har tatt hensyn til Sivilombudets konklusjoner.

30.11.2023 (2023/2215)