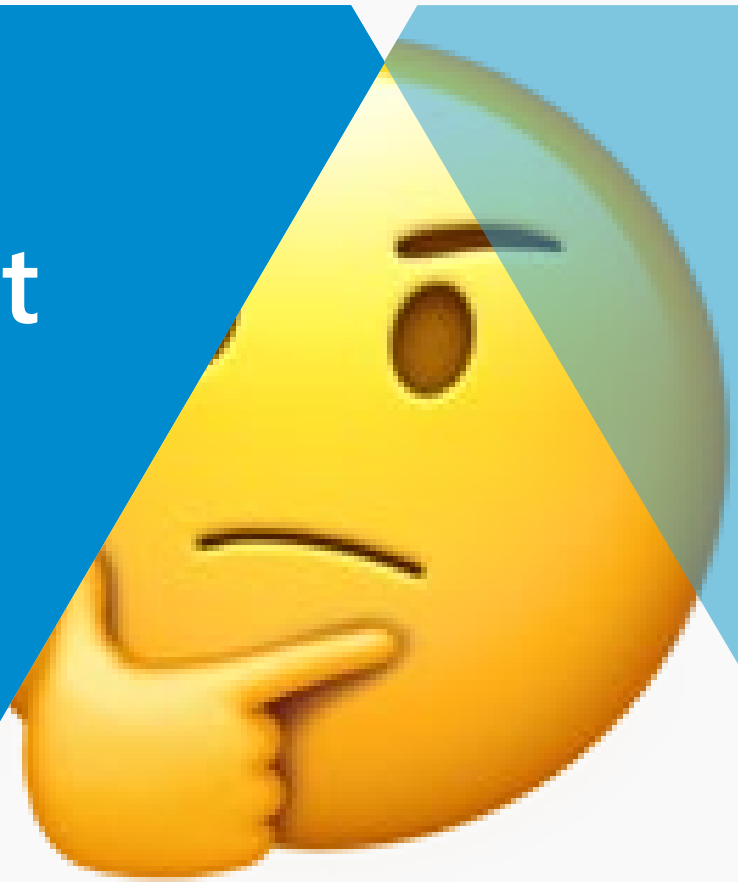


# HR-2023-2430-A

## E-post fra tillitsvalgt et varsel etter § 2 A-1?

Jan Arild Vikan og Aleksander Rød  
26.01.2024



## **Møte 28. juni 2021:**

- Til stede: ansatt, tillitsvalgt, nærmeste leder og HR-konsulent
- Bakgrunn: den ansatte hadde bla omtalt leder som en "idiot" og "tufs".
- Resultat: den ansatte ble meddel muntlig advarsel.

# E-post 29 juni 2021 (påstått varsel)

«Hei.

*Se vedlegg oven. Var på møte med A vedrørende personalsak mellom arbeidsleder og ansatt i går. Er lettere sjokkert om hvordan A med sine vage opplysninger gjentatte ganger trakasserte B med påstander om at A og C hadde kilde som var troverdig og at B sin forklaring var løgn. B har hele tiden nektet skyld i saken. B har vært ansatt i Selskapet 42 år han ble ilagt en muntlig advarsel uten mulighet til å forsvare seg. A mente at denne advarselen var bedriftens holdning til saken.*

*Advarselen var ferdig utfylt når jeg og B kom til møtet. Det vil si at vi fikk inntrykk av at det spillet ingen rolle om hva vi mente i saken. Er dette måten Selskapet ønsker å fremstå som Dommer, Jury, Bøddel for sine ansatte??? Så får vi håpe at deres varsler snakket sant. Uskyldig til det motsatte er bevist????*

*A sin metode er skyldig til det motsatte er bevist. Mine ord om A er arrogant, ufin, respektløs. Sender dette til deg og håper på at du kan bidra til forbedring for fremtiden med å ta en prat med A»*

# Videre saksgang

- Tillitsvalgt meddelt advarsel for e-posten han sendte 2. juli 2023.
  - Erkjente at han hadde uttrykt seg for «voldsomt og vil beklage det» - uenig i grunnlaget for advarsel.
  - Advarsel trukket tilbake i tvistemøte mellom LO og NHO 23. juni 2023 (etter dom i tingretten)
- To ledere varsler om trakasserende atferd fra den tillitsvalgte 18. oktober 2021
- Tillitsvalgt blir permanent omplassert 5. november 2021
- Stevning 8. februar 2022: påstand om ugyldig omplassering
- 23. mai 2022 (3 uker før behandlingen i tingretten): tillitsvalgt hevder e-posten 29. juni 2021 var et varsel om «kritikkverdige forhold» og at omplasseringen utgjorde gjengjeldelse som følge av varsling etter aml kap 2 A.

## Resultatet i tingrett og lagmannsrett

- Tingrettens dom 5. juli 2022:
  - Atskillig tvil om varsel
  - Uansett ikke gjengjeldelse
  - Gyldig omplassering
  - Nortura frifunnet
- Frostating lagmannsretts dom 3. mars 2023:
  - E-posten var ikke et «varsel»
  - Gyldig omplassering
  - Nortura frifunnet

## Høyesteretts henvisningsbeslutning 26. juli 2023

- Anken fremmet hva gjelder kravet om oppreisning etter aml § 2 A
- Øvrige deler av anken ikke tillatt fremmet, jf. tvl § 30-4 første ledd
  - Omplasseringen av den tillitsvalgte rettskraftig ved lagmannsrettens dom
- Forhandlingene begrenses til spørsmålet om den tillitsvalgte har varslet etter aml § 2 A-1 og § 2 A-2, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd.
- Opphevelse av lagmannsrettens dom dersom det forelå varsel
  - Hva da med omplassering som mulig gjengjeldelsesgrunnlag i en slik situasjon?
    - Spørsmål om rettskraft som nå ligger til behandling i lagmannsretten.

## Spørsmålene for Høyesterett

- 1) Var e-posten et varsel etter § 2 A-1?
- 2) Gjaldt e-posten «kritikkverdige forhold, jf. § 2 A-1 (1) og (2)
- 2.1: Hadde forholdene allmenn interesse?
- 2.2: Omhandlet varselet normbrudd i virksomheten?



- Hovedspørsmål 1: Var e-posten et «varsel» om kritikkverdige forhold?
  - LOs anførsler
  - NHOs anførsler
  - HRs domspremisser





## Lagmannsrettens dom

- "e-posten kan sies å angå et kritikkverdig forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-1 første ledd".
- Likevel ikke et varsel :
  - Ervalls intensjon: Han anså seg ikke for å være varsler.
  - Ervalls emosjonelle tilstand: Han var opprørt
  - Ervalls posisjon: Han var tillitsvalgt.
- Nortura hadde ikke grunn til å oppfatte E-posten som et varsel

## Vår rettsnorm

- Et varsel er en ytring fra arbeidstaker om forhold som etter en alminnelig språklig forståelse av innholdet gjelder et mulig kritikkverdig forhold, til noen som direkte eller indirekte kan gjøre noe med det.
- Dersom andre elementer som intensjon, posisjon og emosjon skal tillegges vekt etableres tilleggsvilkår - en innskrenkede tolkning
- Kritikkverdige forhold – legaldefinisjon etter § 2A-1 andre og tredje ledd. Ikke grunnlag for innskrenkende tolkning

## Spørsmålet om hva som er et varsel

- **Ordlyden**
- Varsle-si fra
- Varsle om et bestemt forhold; «kritikkverdige forhold» til noen bestemte
- «Kritikkverdige forhold» eksisterer uavhengig varsleren og mottakerens oppfatning.
- «Kritikkverdige forhold» eksisterer uavhengig varslerens intensjon med varselet.
- Tolke varselet: beskriver det eksistensen av et mulig kritikkverdige forhold ?
- Utsagnets innhold må tolkes etter en alminnelig språklig forståelse av utsagnet - Objektivisert tilnærming.
- Dersom andre elementer som intensjon, posisjon og emosjon skal tillegges vekt etableres tilleggsvilkår - en innskrenkede tolkning

## **Lovhistorikk**

- Fra forslag om en enkel bestemmelse med en enkel setning til et kapitel.
- En inngående regulering.
- Utviklingen i retning å gjøre det lettere for den som ønsker å varsle å ha oversikt over sitt vern.
- Ikke grunnlag for vilkår som svekker varslingsvernet som ikke følger av ordlyden.

## Sammenhengen i kap 2A - Betydningen av rettsvirkningen

- Arbeidstaker absolutte vern mot gjengjeldelse -**01.01.2007**
  - En viktig forutsetning for varslingsreguleringen er at de ikke blir møtt med gjengjeldelse (Prp. 74 L (2018-2019))
- Arbeidsgiver relative undersøkelsesplikt – **01.01.2020**
  - Et av hovedformålene med varslingsreguleringen er å bidra til at eventuelle kritikkverdige forhold blir undersøkt og eventuelt korrigert. (Prp. 74 L (2018-2019))
- Gjengjeldelsesvernet er det primære
- Gjengjeldelsesvern uavhengig subjektiv oppfatning hos varslingsmottakeren

## Sammenhengen i kap 2 A – bestemmelsene om de tillitsvalgte

- Tillitsvalgte som varslingskanal er regulert
  - Alltid varsle via tillitsvalgt jf § 2 A-2 første ledd bokstav d).
- Ingen regulering av tillitsvalgte som varsler
- Naturlig å trekke en motsetningsslutning – ingen særskilte krav til tillitsvalgtes varsel

## **Sammenhengen med andre bestemmelser i aml - § 1-9**

- Arbeidstaker kan ikke frasi seg gjengjeldelsesvernet.
- Vernet for varsleren oppstår når hen sier fra om mulig kritikkverdige forhold.
- Hvis det etter en alminnelig språklig forståelse er påpekt et kritikkverdig forhold kan ikke emosjon, posisjon, relasjon lede til at det bortfaller.
- Understøtter en objektiv vurdering

## **Sammenhengen med andre bestemmelser i aml - § 13-1**

- Særlige krav til klarhet til den tillitsvalgte som er medlem av en arbeidstakerorganisasjon
- Skal mer til før det innvilges vern der disse tillitsvalgte varsler - forskjellsbehandling.
- Indirekte forskjellsbehandling
- § 2A-1 må tolkes slik at det er innbyrdes konsekvens med § 13-1



## Formål

- Aml § 1-1 bokstav c) å legge til rette for et godt ytringsklima i virksomheten.
- Komiteen viser til at det er tverrpolitisk enighet om at det er viktig, både for virksomhetene det gjelder og for samfunnet, at arbeidstakere sier ifra om kritikkverdige forhold i virksomheten, samtidig som praksis har vist en lang rekke eksempler på at det er viktig å styrke vernet av varslere i norsk arbeidsliv (Innst 315 L (2018-2019) s 14)
- Varsleren skal vernes fordi hen ivaretar viktige interesser for samfunnet og bedriftene.
- Formålet: senke terskelen for varsling slik at flere varsler.
- Redusert varslervern eller usikkerhet om rekkevidden av varslervernet - færre varsler
- Innskrenkende tolkning – subjektiv tolkningsnorm -reduert varslervernet og usikkerhet.

## Forarbeider

- «Kritiske ytringer som er en del av den alminnelige interne kommunikasjonen» Ot.prp.84 (2005-2006) s 38
- «Loven stiller ikke noe formkrav til et varsel, og det gjelder heller ikke noe krav om at formålet med varselet skal fremkomme» Prop. 74 L (2018-2019) 13
- «Det er et poeng ved den norske varslingsreguleringen at terskelen for hva som skal regnes som varsling skal være lav... Dette innebærer at det kan være et relativt stort antall ytringer som rettslig sett kan anses som varsling, men som ikke nødvendigvis vil kreve særlig oppfølging» Prop 74 L (2018-2019) 37
- Tillitsvalgtes kommunikasjon er en del av den alminnelige interne kommunikasjon.
- Terskelen for varsling er lavere ved en objektiv norm enn en subjektiv norm.

## **Betydningen av arbeiderhovedavtalen (HA) LO-NHO**

- Påvirker rettigheter etter HA forståelsen av varslingsbegrepet ?
- LO-NHO kan ikke avtale et svekket varslingsvern for tillitsvalgte jf aml § 1-9.
- Det man ikke kan avtale eksplisitt kan man heller ikke oppnå ved at den tillitsvalgte er gitt rettigheter i hovedavtalen.
- Ingen betydning for tolkning av varslingsbegrepet

## Nemndspraksis

- «.....Loven oppstiller ikke et formkrav for innholdet i et varsel. Det avgjørende for vurderingen er det påståtte varselets innhold...» Din-2021-642

## **Internasjonalt rammeverk**

- Et høyt vernenivå etter EMK art 11 signaliserer at den tillitsvalgtes ytringer er et gode og ønskelig.
  - Tilsvarende gjelder for tillitsvalgtes varsling
- EMK artikkel 14 beskytter mot fagforenings diskriminering
  - Særlige krav til klarhet til den tillitsvalgtes varsling
  - Indirekte forskjellsbehandling
  - Ingen objektiv og rimelig begrunnelse.

## Reelle hensyn

- Arbeidsmiljøloven gjelder i et inkluderende arbeidsliv. Det er en vernelov for mange typer arbeidstakere
- Varslervernet skal gjelde alle type arbeidstakere.
- Subjektive elementer; større krav krav til språk og tone.
- Varslervernet gjelder ikke bare de som kan uttrykke seg korrekt, høflig og dannet

## **Oppsummering av kildene**

- Utsagnets innhold må tolkes etter en alminnelig språklig forståelse av utsagnet - Objektivisert tilnærming.
- Andre elementer som posisjon, intensjon og emosjon kan ikke tillegges vekt
- Kildene entydig til støtte for ordlyden.

## Nortura: E-posten var ikke et «varsel»

- Ordlyden «varsle» gir anvisning på en kommunikasjonssituasjon – rom for å se på ytringssituasjonen
- Betydningen av kommunikasjonssituasjonen etter Hovedavtalen LO-NHO
  - Forutsetter tett og løpende samarbeid (ex kap 5 og 9) – tillitsvalgte har en generell adgang til å fremme «klagemål» om hva som helst etter HA § 5 -2 (2)
  - Hovedavtalen forplikter Nortura og Ervall (medlemsbundethet)
  - Dialog bla i form av klagemål resultat av klassekampen på 1900-tallet – HAs bestemmelser førende for store deler av det organiserte arbeidslivet.
  - Varsel: har karakter av noe sjeldent og ekstraordinært
  - HA: kjennetegnes av en jevnlig og løpende kommunikasjon.



## Forarbeidene underbygger visse krav til forutsigbarhet for nå noe er et varsel

- Arbeidsgruppe – ansattes ytringsfrihet 2005
  - Varsling er å si ifra om kritikkverdige forhold på egen arbeidsplass
  - Utøvelse av medvirkning etter lov og tariffavtale er ikke varsling.
- Ot.prp nr. 84 (2005-2006)
  - Varslingsretten omfatter også kritiske ytringer som del av den «alminnelige interne kommunikasjonen i virksomheten»
  - Avgrensningen mot retten til medvirkning ikke adressert – alminnelig intern kommunikasjon er noe annet enn den formaliserte dialogen etter HA

## Forarbeidene underbygger visse krav til forutsigbarhet for nå noe er et varsel

- NOU: 2018:6 (varslingsutvalget)
  - Ikke krav til form eller innhold
    - Form og innhold kan likevel ha betydning for å avgjøre om en ytring er et varsel
  - Forslag til endring av arbeidsgivers aktivitetsplikter
    - Behov for en viss notoritet for når det er kommet et varsel
    - Varsel i tråd med varslingsrutiner utløser aktivitetsplikten
    - Ellers «en slags sikkerhetsventil»; har arbeidsgiver «grunn til å tro» at det er kommet et varsel?
    - Oppstilles ikke formkrav – men krav til en «viss notoritet» i varslingsprosessen

## Forarbeidene underbygger visse krav til forutsigbarhet for nå noe er et varsel

- Prop 74. L (2018-2019)
  - Vedtok endringer i aktivitetsplikten (undersøkelser innen rimelig tid mv), jf. § 2 A-3
  - Aktivitetsplikten utløses av det «faktisk» er varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten, i samsvar med varslingsrutiner eller på annen måte, i tråd med varslingsutvalgets intensjoner.
  - Departementet omtalte ikke, men tok samtidig ikke avstand fra varslingsutvalgets forutsigbarhets/notoritetstankegang.
  - Presisert at varslingsrutiner og krav til saksbehandling skal sikre «forutberegnelighet og ivareta rettssikkerheten til berørte parter».

## Øvrige kilder

- Rettspraksis: visse krav til presisjon (ex LB-2021-43384)
- Birthe Eriksen, PHD juli 2015: Arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold etter aml § 2-4 (1)
  - Det kreves «en viss forutberegnelighet» for å legge til grunn at en ytring er et varsel (ex: ansatt ytrer seg i forbifarten, surmuling m.v)
- Visse krav til forutsigbarhet som alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp
  - Avtaleretten: rimelig grunn til å tro at avtale er inngått (Rt. 1991 s. 1171 og Rt. 2001 s. 1288)
  - Reklamasjonskrav: visse krav til reklamasjonserklæringen (Rt. 2012 s. 1779 avs 64-65)
- Reelle hensyn: konsekvenser av at det ikke gjelder et klarhetskrav:
  - All kritikk og klagemål fra tillitsvalgte må behandles etter aml kap 2 A.
  - Ansatte og bedrift tvinges inn i et varslerspor i langt flere saker
  - Styringsretten vanskeliggjøres: tillitsvalgte blir varslere hver gang de får reaksjoner mot seg – illustrert gjennom denne saken.
  - Kravet om klarhet innebærer ikke dårligere vern for tillitsvalgte eller påvirker deres rettsstilling i nevneverdig grad.

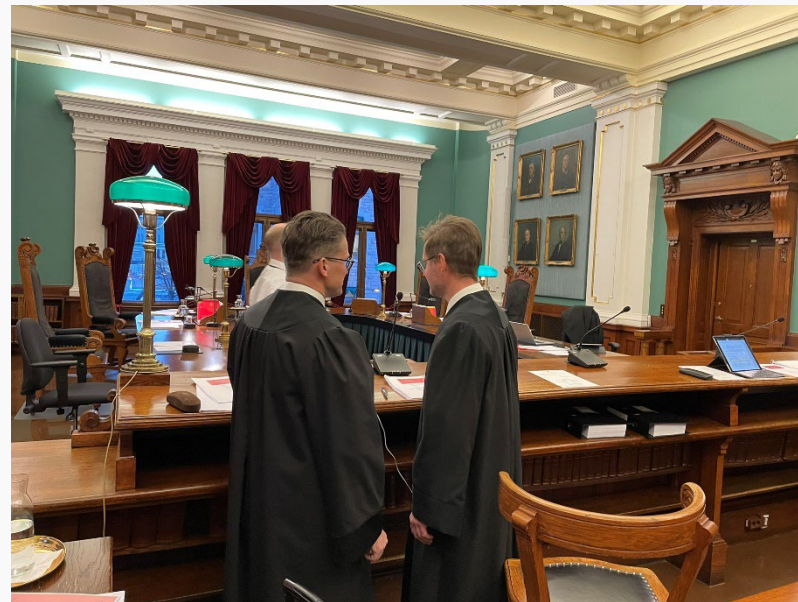
## Øvrige kilder

- EMDs praksis og andre internasjonale kilder gir ikke bidrag til å definere hva som er varsel i norsk rett.
- Om en ytring er beskyttet som varsling beror etter EMDs praksis på en skjønnsmessig vurdering av seks kriterier, jf. Guja mot Moldova og Hallet mot Luxemburg.
  - 1) Om det fantes alternative kanaler for varslingen (avsnitt 73)
  - 2) Offentlighetens interesse i avsløringene (avsnitt 74)
  - 3) Informasjonens sannhetsverdi (avsnitt 75)
  - 4) Hvilke ødeleggende effekter varslingen har hatt (avsnitt 76)
  - 5) Varslerens gode tro (avsnitt 77)
  - 6) Hvilke konsekvenser varslingen har fått for varsleren (avsnitt 78)
- Svensk og Dansk rett: store likhetstrekk med den norske reguleringen – fokuserer særlig på at varsling må gjelde forhold som har allmenn interesse, jf. også EMDs praksis som legger stor vekt på «offentlighetens interesse i avsløringene», jf. moment nr. 2 ovenfor.

## Oppsummering av rettskildebildet – HR må lage en regel

- Det må foretas en konkret vurdering for å ta stilling til om en ytring er et varsel i arbeidsmiljølovens forstand, jf. § 2 A-1. Arbeidsgiver må ha rimelig grunn til å tro at ytringen er et varsel. I vurderingen skal det legges vekt på:
  - 1) Innhold (minstekrav om «kritikkverdige forhold» som har en viss allmenn interesse.
  - 2) Rolleforventning.
  - 3) Kontekst.
- Konklusjon: Nortura hadde ikke rimelig grunn til å tro at Ervalls e-post var et varsel.

- Hovedspørsmål 2:  
Gjaldt e-posten  
kritikkverdige forhold  
som hadde allmenn  
interesse?



## **Ordlyd «kritikkverdig forhold»**

- Kritikkverdig forhold første ledd
- Legaldefinisjon i andre ledd
- Det følger ikke av legaldefinisjonen at «allmenn interesse» skal vurderes ved tolkning av «kritikkverdig forhold»
- Tredje ledd – Hvis et varsel gjelder kritikkverdige forhold jf § 2A-1 andre ledd har det ingen betydning at det kun gjelder eget arbeidsforhold.
- Legaldefinisjon- 2017 – skal mye til for å innfortolke begrensinger som ikke følger av ordlyd.



## Sammenhengen med aml § 2A-2

- § 2A-2 «Arbeidstaker kan varsle eksternt til media eller offentligheten for øvrig dersom  
- b. varselet gjelder kritikkverdige forhold som har allmenn interesse»
- Et materielt vilkår ved ekstern varsling
- Naturlig med motsetningsslutning
  
- § 2A-2 (1) c) «kan alltid varsle internt i samsvar med varslingsplikt.»
- Aml § 2-3 annet ledd bokstav d) medvirkningsplikt- trakassering
- Varslingsplikt gir varslervern

## Formål

- Som tidligere
- Begrensinger i hva som omfattes av «kritikkverdige forhold» vil svekke vernet til varsleren samt at det vil medføre usikkerhet.
- Ikke grunnlag for å innfortolke krav til «allmenn interesse»

## Forarbeid

- «Hva som er kritikkverdig bør fortolkes i lys av at forholdene normalt bør ha en viss allmenn interesse før arbeidstaker går ut med dem.» Ot.prp.nr 84 (2005-2006)
- «Det understrekes at kravet om allmenn interesse ikke skal vurderes strengt. Det som faller utenfor er varsling om forhold som kun er av intern eller personlig interesse, slik tilfellet normalt vil være i forhold til for eksempel interne personkonflikter.» Ot.prp.nr 84 (2005-2006)
- «Som blant annet Forsvarsdepartementet viser til i sin høringsuttalelse, vil imidlertid tilfeller hvor arbeidstaker for eksempel har vært utsatt for trakassering eller annen utilbørlig adferd, utgjøre brudd på arbeidsmiljøloven og dermed være et kritikkverdig forhold etter den foreslåtte legaldefinisjonen» Prop.74 L (2018-2019) 29

## Oppsummering

- «allmenn interesse» følger ikke av legal defenisjonen
- Ingen kilder støtter å innfortolke et slikt krav.

## **Nortura: lovgiver har uttrykt et krav om allmenn interesse for at et varsel skal gjelde kritikkverdige forhold**

- Ordlyden i § 2 A-1 favner ulike normbrudd som har allmenn interesse
  - Første, andre og tredje ledd lest i sammenheng viser at forholdet må gå utover den enkeltes arbeidsforhold.
  - Eksempellisten i annet ledd tar sikte på forhold som er allmenninteressant (ex: fare for liv el helse, myndighetsmisbruk, personopplysningssikkerhet)

## Forarbeidene uttrykker konsekvent et krav om allmenn interesse

- Ot. prp. nr. 49 (2004-2005)
  - Varsling som noe samfunnsnyttig ut fra hensynet til allmennheten og demokratiet fremheves særskilt
- Partssammensatt utvalg 2005 – «Ansattes ytringsfrihet»
  - Forutsetning for å varsle at de kritikkverdige forholdene «normalt bør ha en viss allmenn interesse»
- Ot. prp nr. 84 (2005-2006)
  - Punkt 8.2.3.1: «Hva som er kritikkverdige forhold bør fortolkes i lys av hvilken allmenn interesse opplysningene har»
  - Punkt 9 – merknader til § 2-4 første ledd: «Hva som er kritikkverdig bør fortolkes i lys av at forholdene normalt bør ha en viss allmenn interesse før arbeidstaker kan gå ut med dem»

## **Forarbeidene uttrykker konsekvent et krav om allmenn interesse**

- NOU 2018:6 (varslingsutvalget)
- Utvalget la til grunn at det gjelder et krav om allmenn interesse (punkt 10.7.1 om gjeldende rett)
- Vanskelig å skille personalkonflikter og arbeidsmiljøkonflikter som berører flere (punkt 10.7.2 om erfaringer med reglene)
- Forslag om å avgrense varslervernet mot klage som gjelder misnøye med arbeidstakers eget ansettelsesforhold ut fra at gjeldende rett stiller krav til en viss allmenn interesse (punkt 10.7.3 om utvalgets vurderinger og forslag)

## Forarbeidene uttrykker konsekvent et krav om allmenn interesse

- Prop 74. L (2018-2020)
- Varslingsutvalgets forslag om å avgrense mot eget arbeidsforhold tatt til følge, med mindre forholdet likevel omfattes av annet ledd (normbrudd)
- «Forslaget er ment å videreføre det materielle innholdet i begrepet «kritikkverdige forhold» i aml § 2 A-1 (1) og er således ikke ment å endre rettstilstanden.
- Eksempelliste inntatt i annet ledd – departementet omtaler kun forhold som er av generell eller allmenn interesse



## Prop 74. L (2018-2020) forts

- Vedtok forslag fra varslingsutvalget om å lovfeste krav til allmenn interesse som et av tre vilkår ved offentlig varsling i § 2 A-2 (3).
- Betyr ikke at kravet til allmenn interesse ved varsling generelt var forlatt. Kravet er konsekvent omtalt i disse to ulike sammenhengene i sluttrapport, prop 84 og Prop 74. L som videreførte gjeldende rett;
  - Minstekrav om allmenn interesse for om ytringen er et varsel om kritikkverdige forhold
  - I tillegg krav om allmenn interesse ved ekstern varsling – «en annen og mer nyansert vurdering, jf. Jan Fougner, Norsk Arbeidsrett 2019 kap 33.5

## **Juridisk teori har entydig lagt til grunn et krav om allmenn interesse for å oppfylle kravet om «kritikkverdige forhold»**

- Birthe Eriksen, PHD-avhandling juli 2015 - Arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1)
  - Kravet innebærer at det er samfunnets interesse som avgjør hvilke forhold som er kritikkverdige.
  - Hele doktoravhandlingen basert på allmenn interesse som grunnleggende vilkår for samtlige av normbruddalternativene som drøftes i avhandlingen.
- Johnsrud, Arbeidsrett 2023/2 - Omvarsledes vern i en varslingsprosess - punkt 1.2
- Ytre Arna, Rettsdata.no - Kommentartutgave til arbeidsmiljøloven § 2 A-1, revidert 22. august 2022
- Atle Sønsterli Johansen og Einar Stueland, Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis (2020) - Kapittel 2 A, Varsling
- Storeng, Beck og Due-Lund, Arbeidslivets spilleregler 5 utg (2020), kap 14.9 om varsling
- Jakhelln og Løne, Arbeidsrett.no, 1. januar 2020 - kommentar til aml. § 2 A-1 note 14
- Jan Fougner, Norsk Arbeidsrett 2019 - kap 33.2
- Elisabeth Vigrust, Arbeidsrett 2007/2 - Arbeidstakers varsling om kritikkverdige forhold.

## Oppsummering og subsumsjon NHO

- Ordlyden, forarbeidene og entydig juridisk teori innebærer at det stilles krav om en viss allmenn interesse.
  - Konkret vurdering.
  - Stilles ikke strenge krav.
  - Innebærer at ikke alle former for normbrudd etter annet ledd vil være «kritikkverdige forhold» i varslingsreglenes forstand.
  - Det som faller utenfor er forhold som kun har intern eller personlig interesse.
- Ervalls e-post gjaldt møte om en enkeltstående personalsak der han hadde innsigelser.
- E-posten gjelder da ikke forhold som har tilstrekkelig allmenn interesse og er dermed ikke et varsel om «kritikkverdige forhold», jf. § 2 A-1.

- Hovedspørsmål 3:  
Gjaldt e-posten  
kritikkverdige forhold  
(normbrudd)?, jf. § 2 A-  
1 (2)



## Vår subsumsjon- Brudd på skriftlige etiske retningslinjer i virksomheten

- En påstand om et brudd på Norturas arbeidsreglement § 9-1
  - Enhver må opptre hensynsfullt og korrekt overfor ledere og kollegaer
  - « Reidar med sine vage opplysninger gjentatte ganger trakasserte Paul Endresen»
  - «Mine ord om Reidar Einvik er arrogant, ufin, respektløs»
- Påstand om brudd på Norturas arbeidsreglement § 7-4
  - Før disiplinærtiltak iverksettes, skal arbeidstaker ha anledning til å forklare seg om saken.
  - «Advarselen var ferdig utfylt når jeg og Paul kom til møtet. Det vil si at vi fikk inntrykk av at det spilte ingen rolle hva vi mente i saken.»

## Vår subsumsjon- Brudd på etiske normer som det er bred tilslutning til i samfunnet

- «Særlig er uskyldspresumsjonen og retten til kontradiksjon viktig for den som utsettes for mistanke om at vedkommende har opptrådt kritikkverdig»- NOU 2018:6 s 141
- Brudd på kontradiksjon:
  - «Advarselen var ferdig utfylt når jeg og Paul kom til møtet.»
  - «Dommer, Jury, Bøddel for sine ansatte????»
- Brudd på uskyldspresumsjon:
  - «Uskyldig til det motsatte er bevist???? Reidar Einvik sin metode er skyldig til det motsatte er bevist.»

## Vår subsumsjon- Brudd på rettsregler

- Det stilles visse krav til saksbehandlingen, og det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn- HR-2016-2286-A avsnitt 39
- Saksbehandlingens formål; et forsvarlig grunnlag for styringsrettsbeslutningen
- En arbeidsrettslig sanksjon forutsetter en saksbehandling basert på kontradiksjon og uskyldspresumsjon for å få et forsvarlig grunnlag.
- Faktum – som tidligere

## **Subsidiær anførsel Nortura: E-posten gjaldt uansett ikke brudd på normer eller interne retningslinjer i Nortura**

- E-posten et varsel om at Nortura hadde opptrådt i strid med allmenne saklighetsnormer og krav til forsvarlig saksbehandling?
  - Styringsretten begrenses av allmenne saklighetsnormer, herunder stilles det «visse krav til saksbehandlingen»; forsvarlig grunnlag, ikke vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn jf. Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)
  - I oppsigelsessaker; viktigste elementet i forsvarlighetskravet er kjennskap til grunnlaget og tilstrekkelig mulighet til å uttale seg, jf. HR-2019-928-A (Hurtigruten)
  - Domstoloverprøvingen av styringsrettsbeslutninger er begrenset til misbrukstilfeller, jf. Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektør)



## E-postens innhold

- Den ansatte ble gjentatt trakassert i møte
  - Enighet om at ikke trakassert i rettslig forstand
- Ilagt muntlig advarsel uten mulighet til å forsvare seg
  - Ble avholdt møte. Ikke på noe tidspunkt bedt om ytterligere kontradiksjon
- Advarselen var ferdig utfylt før møtet
  - Ikke riktig. Den ansattes synspunkter ble tatt inn i advarselsteksten etter møtet.
- Muntlig advarsel uten rettslig konsekvens – hva krever forsvarlighetskravet da?
  - HR-2018-492-U (avs 31): om rettslig interesse i tilbaketrekning av advarsel – avgrensning mot det som ikke er sanksjon.
  - Den muntlige advarselen var ikke en sanksjon (presisert at ytterligere brudd ville medføre skriftlig advarsel)
  - Kreves da ikke all verdens – Norturas saksbehandling var forsvarlig og saklig.
- Samlet lesning av e-posten viser at den er et sett med meningsytringer basert på tillitsvalgtes personlige synspunkter i anledning en interessetvist.
- Ervall beklaget – «hadde gått for langt» - uttalelser i advarselmøte 2. juli 2021.
- Konklusjon: ikke brudd på rettsregler eller etiske normer i samfunnet.

## Varsel om brudd på virksomhetens etiske retningslinjer, jf. § 2 A-1 (2)?

- Krav til at skriftlige etiske retningslinjer må være «tydelig uttalte» og være nedfelt i skriftlige dokumenter som er «gjort kjent for ansatte og ledelse», jf. ot.prp nr. 84 (2005-2006).
  - Ikke alt som står i interne retningslinjer kan gi grunnlag for varsel.
  - Etiske retningslinjer har nødvendigvis en grenseflate mot personlige meningsytringer (ex: arbeidsreglement med krav til høflig opptreden – hva da med dårlig bordskikk i kantinen?)
- Påstått varsel om brudd på Norturas arbeidsreglement:
  - Punkt 7.4: krav til å opptre «hensynsfullt og korrekt»
  - Punkt 9.1: arbeidstaker har rett til å forklare seg før disiplinære reaksjoner.
- Påstod HR-medarbeider var arrogant, ufin og respektløs
  - E-posten gir ingen eksempler på det
  - Må leses i lys av at møtet gjaldt en interesseløst – tillitsvalgte hadde meninger om det passerte
  - Nortura har ikke i punkt 7.4 frasagt seg adgangen til å komme med motytringer.
- Dommer, jury og bøddel
  - Ikke korrekt; på det rene at den ansatte fikk forklare seg i møtet

- Høyesterett (4-1) kom til at e-posten var et «varsel» om «kritikkverdige forhold» i virksomheten (!!)





# Domspremissene– HR-2023-2430-A

- «Kritikkverdige forhold» er forhold som er i strid med en norm etter § 2 A-1 (2) – utenfor faller misnøye og kritikk som ikke er i strid med en slik norm (premiss 39)
- Ikke krav om at varselet er holdbart – det må avdekkes gjennom arbeidsgivers undersøkelsesplikt etter § 2 A-3.
- «*Avgjørende er med andre ord om arbeidstakeren sier fra om et forhold som vil være kritikkverdig dersom det er hold i det som uttrykkes eller mistenkes.*» (premiss 41)

# Domspremissene– HR-2023-2430-A

- «Av dette følger at det må skje en nærmere tolkning av ytringen arbeidstakeren har fremsatt, for å avgjøre om den varslar om kritikkverdige forhold i virksomheten. Da vil ikke bare arbeidstakerens ordvalg, men også sammenhengen ytringen er fremsatt i, og den kjennskap partene har til hverandre, kunne ha betydning» (premiss 42)
- «Avgjørende må være om det er rimelig grunn til å oppfatte ytringen slik at den varslar – sier ifra – om kritikkverdige forhold i virksomheten. I dette ligger ikke noe krav om at arbeidstakeren må uttrykke seg helt klart.» (premiss 43)
- Om noe er uklart tilsier formålet med varslingsreglene at «arbeidsgiveren tar kontakt med arbeidstakeren for å avklare hvordan det som er sagt skal forstås».
- Ikke grunnlag for å oppstille en presumsjon om at henvendelser fra tillitsvalgte skjer etter Hovedavtalen. § 2 A-2 (1) bokstav d slår fast at arbeidstaker kan varsle internt «via...tillitsvalgte». Avgjørende vil også her være hvordan ytringen må oppfattes.

# Domspremissene– HR-2023-2430-A

- Om allmenn interesse: HR: «...*kan ikke se at det kan innfortolkes et slikt særskilt vilkår.*» (premiss 40)
  - Nærliggende å forstå § 2 A-2 (3) slik at et krav om allmenn interesse bare gjelder ved offentlig varsling.
  - Kravet gjelder da ikke for intern varsling, jf. § 2 A-2 (1), jf § 2 A-1 (1).
  - Avgrensningen mot varsel som bare gjelder eget arbeidsforhold var ikke aktuell fordi den tillitsvalgte ikke ytret seg om eget arbeidsforhold, jf. § 2 A-1 (3).

# Dommer Østensjø Berglund tok dissens

- Flertallets syn innebærer at skillet mellom alminnelig kritikk og varslingsreglene viskes ut. Varsel er noe mer enn alminnelig kritikk og klagemål.
- Arbeidsmiljølovens generelle regler bør være basis for klagemål og kritikk i arbeidsforhold. Dette tilsier at det bør være et tilstrekkelig klart skille mellom slike ytringer og varsling. Terskelen for varsling må legges høyere enn det flertallet gjør.
- Vektlegger betydningen av Hovedavtalen: *«Dersom det til stadighet skulle oppstå tvil eller misforståelser om noe er et varsel, vil dette samarbeidet kunne svekkes. Kommunikasjonen kjennetegnes av at den er sedvanlig og jevnlig. Varsel er noe mer ekstraordinært – hvilket tilsier «en annen tydelighet» der en tillitsvalgt hevder å varsle – typisk ved at den tillitsvalgte bruker etablerte varslingskanaler».*
- Dissenterende konklusjon: naturlig å anse den tillitsvalgtes e-post som nettopp en oppfølging av møtet etter Hovedavtalen dagen før.



# Flertallet vurdering og subsumsjon

- Nortura hadde rimelig grunn til å oppfatte e-posten som et varsel;
  - Påstod «gjentatt trakassering» og andre sterke karakteristikk av HR-medarbeiderens opptreden
  - Avgjørende at e-posten beskriver normbrudd etter § 2 A-1 (2);
    - Norturas arbeidsreglement ansett som skriftlig etisk retningslinje etter § 2 A-1 (2): «Enhver må opptre hensynsfullt og korrekt».
    - Beskrivelsene kan etter omstendighetene være i strid med aml. § 4-3 (3) som forbyr trakassering.
    - At e-posten var et varsel understøttes av at den tillitsvalgte ønsket bidrag til forbedring for fremtiden gjennom at Nortura tok en prat med HR-medarbeideren.

# Domsslutning

- Lagmannsrettens dom oppheves så langt den avgjør kravet om oppreisning.
- Innebærer at lagmannsretten skal ta stilling til om den tillitsvalgte ble utsatt for gjengjeldelse, og i så fall om det er grunnlag for oppreisning.
- Hovedforhandling berammet til 16. og 17 april 2024.

# Noen betraktninger om dommen

- Dommen bekrefter at varslingsbegrepet favner vidt. Utgangspunktet er at alle ytringer om «kritikkverdige forhold» skal behandles etter reglene om varsling.
- Tillitsvalgte er underlagt reglene i tariffavtale som etablerer systemer for konfliktløsning, samarbeid og dialog. Skillet mellom alminnelig kritikk og varsling viskes ut ved dommen.
- Arbeidsgiver må nå være ekstra påpasselig der det kommer kritikk fra tillitsvalgte i de alminnelige tariffavtalte samarbeidsformene.
- Ved tvil bør bedriften forhøre seg om klagemålet/kritikken er ment som et varsel – uten at dette i seg selv er avgjørende for om varslingsreglene kommer til anvendelse.
- Dommen vil antakelig før til at flere slike henvendelser må behandles etter varslingsreglene.
  - Med andre ord etter de mer ensidige aktivitetspliktene etter aml. § 2 A-3
  - I stedet for samarbeid og dialog etter Hovedavtalen.

# Noen betraktninger om dommen

- Det er ikke lenger et krav om at det «kritikkverdige forholdet» må ha en viss allmenn interesse.
  - Resultatet er basert på en ekstrem ordlydstro tilnærming – tilsynelatende løsrevet fra resten av rettskildebildet.
  - I strid med en naturlig lesning av forarbeidene, internasjonal rett (bla EMK), entydig juridisk teori og reelle hensyn.
  - Oppsiktsvekkende! Det vanner ut varsling som et samfunnsgode og viktig institutt for å få frem kritikkverdige forhold i samfunnets og virksomhetens interesser.
  - Færre vil ytre seg i frykt for å måtte bli karakterisert som varslere (se bla ytringsfrihetskommisjonens utredning).
  - Mindre enkeltstående normbrudd er nå potensielle varslersaker (ex: mangler betaling for en time<sup>60</sup> etter arbeidsavtalen, mindre brudd på HMS-regler, konflikter mellom to personer osv...).

# Ikke krav til allmenn interesse – hvilken selvstendig betydning har nå 3 ledd?

## § 2 A-1. Rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten

(1) Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsgivers virksomhet. Innleid arbeidstaker har også rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten til innleier.

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

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

(3) Ytring om forhold som kun gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold regnes ikke som varsling etter kapitlet her, med mindre forholdet omfattes av andre ledd

# Noen betraktninger om dommen

- Avgjørende for om noe er et varsel beror på om arbeidsgiver har «rimelig grunn» til å oppfatte ytringen som et varsel om kritikkverdige forhold.
- Ved denne vurderingen vil både ordvalg, sammenhengen ytringen er fremsatt i og den kjennskap partene har til hverandre kunne ha betydning.
  - Det skal mao gjøres en vurdering av kommunikasjonssituasjonen (etter omstendighetene vil ikke raseriutbrudd, surmuling, ironi, ting som blir sagt i forbifarten mv. være å anse som et varsel)
  - Vurderingen gjort enda mer komplisert ved at HR er mer opptatt av rene subjektive forhold enn det som særpreget kommunikasjonen i denne saken (regulert kommunikasjon etter HA)?
  - Fjerningen av kravet til allmenn interesse gjør at ethvert anført normbrudd nå må vurderes – er det «rimelig grunn» for at ytringen er et varsel?

# Lovgiver bør rydde opp

- Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23. October 2019 on the protection of persons reporting on breaches of Union law
  - Ligger til behandling i departementet og vil nødvendiggjøre endringer i Norsk rett (ny lov om varsling eller implementering i egen lov)
- Lovgiver kan og bør innføre krav om allmenn interesse på lik linje med våre naboland
- Sverige (Lag: 2021:890): Loven omfatter varsel ("rapportering") i arbeidsrelatert sammenheng om "missförhållanden" som det finns ett "allmänintresse" av att komma fram, jf. § 2
- Danmark: lov om beskyttelse av whistleblowere 17. desember 2021:
  - Omfatter varsel om «alvorlige lovovertrædelser eller øvrige alvorlige forhold»
  - Høy terskel begrunnet i at varslervern skal motsvares "af en **reell samfundsinteresse** i de forhold, der afdækkes i ordningene", jf. Lovforslag nr. L 212 s. 12

## Vurderinger tolkningsnormen overordnet

- Høyesteretts tolkningsnorm – Etablert uten støtte i rettskilder.
- En alminnelig språklig tolkning av varselets innhold er ikke avgjørende
- - Oppside – en dårlig vits er ikke et varsel
  - En uklar påpekning av et kritikkverdig forhold er et varsel som følge av sammenheng ytringen er fremsatt i og kjennskapen partene .
- - Nedside – Fare for at påpekning av «kritikkverdige forhold» ikke blir forstått som det som følge av sammenheng ytringen er fremsatt i og kjennskapen partene .
- Regel: må legge stor vekt på alminnelig forståelse av innhold. Skal mye til før andre elementer leder til at det ikke er varsel.



## Betydningen av klargjøringsplikten ?

- Hvis uklart: Hvordan det som er sagt, skal forstås ?
- Må klargjøre innholdet i det utsagnet som er fremsatt
- Åpent spørsmål : hvordan skal utsagnet forståes
- Ikke en avklaring om «har du ment å varsle ?» «mente du å påpeke kritikkverdige forhold?»
- Klargjøring kan ikke lede til at man frasier seg varslervern jf § 1-9 selv om man på tidspunktet for klargjøring ikke mener at det var grunnlag for varselet
- Ingen klargjøring – konsekvens ? Her burde vært klargjort og derfor i utgangspunktet et varsel ?

## Tolkningsnormen; må ikke uttrykke seg «helt klart»

- Ikke krav om at den aktuelle normen påpekes – brudd på arbeidsreglementet selv om 7-4 ikke ble nevnt
- Når vilkårssiden i en rettsnorm er påpekt i varselet trekker det i retning av varsel; «trakassert».
- Hvorfor ikke nevnt kontradiksjon eller uskyldspresumsjon ?
  - Uklar om det var normbrudd ? Dvs rekkevidden av normen.
  - Uklart uttrykk ? :
  - «Advarselen var ferdig utfylt når jeg og Paul kom til møtet»
  - «Uskyldig til det motsatte er bevist???? Reidar Einvik sin metode er skyldig til det motsatte er bevist.»

# Tolkningsnormen

- Uttrykt ønske om fremtidig endring vektlegges

HR-2023-2430-A

- Takk for oppmerksomheten!
- Debatten fortsetter

