

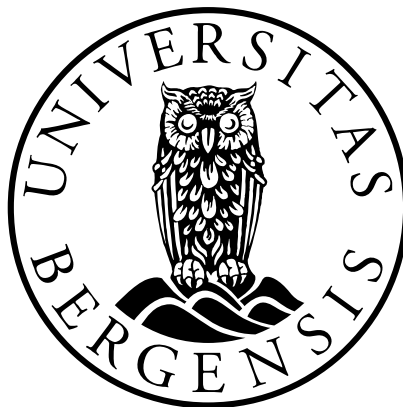
Innholdet i den delte bevisbyrden ved
gjengjeldelse i varslingsaker, jf.
arbeidsmiljøloven § 2 A-2 første ledd
tredje punktum

Kandidatnummer:

65

Antall ord:

14997



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema for oppgaven.....	3
1.2 Aktualitet.....	4
1.3 Metode.....	5
1.4 Videre fremstilling og avgrensning.....	6
1.5 Begrepsavklaring.....	7
1.5.1 Varsling og varsler.....	7
1.5.2 Arbeidsgiver og arbeidstaker.....	8
1.5.3 Bevisbyrde og beviskrav.....	8
1.6 Rettskildebildet.....	9
1.7 Hensyn.....	10
1.7.1 Hensyn bak varslingsreglene generelt.....	10
1.7.2 Hensyn bak forbudet mot gjengjeldelse.....	11
1.7.3 Hensyn bak delt bevisbyrde.....	11
2 Innholdet i arbeidstakers varslingsrett.....	12
2.1 Arbeidsmiljøloven § 2 A-1.....	12
2.2 Bevisbyrden ved varsling, jf. § 2 A-1 tredje ledd.....	14
2.3 Varsling som prosess og organisasjonspsykologiske utfordringer.....	15
3 Innholdet i arbeidsmiljølovens varslervern.....	18
3.1 Forbudet mot gjengjeldelse i aml. § 2 A-2.....	18
3.2 Hvem er bundet av forbudet mot gjengjeldelse?.....	20
3.3 Varsling utenfor rammene av aml. § 2 A-1.....	20
3.4 Arbeidsgivers styringsrett.....	21
3.5 Konsekvensen av brudd på gjengjeldelsesvernet.....	22
4 Innholdet i den delte bevisbyrden ved gjengjeldelse.....	25
4.1 Prinsippet om fri bevisvurdering.....	25
4.2 Bevisbyrderegelens virkeområde.....	25
4.3 Bevisbyrden ved tvist om gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2.....	26
4.3.1 Generelt om bevisbyrden i aml. § 2 A-2.....	26
4.3.2 Arbeidstakers bevisbyrde.....	27
4.3.3 Arbeidsgivers bevisbyrde.....	28
4.3.4 Grensen mellom gjengjeldelse og arbeidsgivers mulighet til å komme med motytringer.....	28

4.3.5	Innholdet i den delte bevisbyrden i lys av «NAV-dommen» og «Forsvarsdommen»	30
4.3.6	Rettskilder tilknyttet øvrige bestemmelser med delt bevisbyrde.....	32
4.4	Andre lands forhold til delt bevisbyrde	35
4.4.1	Sverige.....	35
4.4.2	Danmark	35
4.4.3	USA.....	36
4.5	Delt bevisbyrde i praksis.....	36
4.5.1	Innledning.....	36
4.5.2	«Troms-dommen».....	37
4.5.3	«Spesialpedagog-dommen».....	38
4.5.4	«Holmestrand-dommen»	40
4.5.5	«Norwelt-dommen»	41
4.5.6	Oppsummert	43
4.6	Kan det tenkes et skjerpet beviskrav for arbeidsgiver?	43
5	Arbeidsgivers positive plikter knyttet til varsling.....	46
6	Hva skal til for at arbeidstaker når frem med påstand om gjengjeldelse?.....	49
7	Kildeliste.....	52
7.1	Lover.....	52
7.2	Forskrifter.....	52
7.3	Forarbeider	52
7.3.1	Norge.....	52
7.3.2	Sverige.....	53
7.4	Rettspraksis	54
7.4.1	Høyesterettsdommer	54
7.4.2	Lagmannsrettsdommer	54
7.4.3	Tingrettsdommer.....	55
7.4.4	Likestillings- og diskrimineringsnemnda.....	55
7.5	Veiledninger, rapporter, mandater mv.....	55
7.6	Litteratur	56
7.7	Andre kilder fra internett	57

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for denne masteroppgaven er bevisbyrderegelen ved gjengjeldelse i varslingsaker, jf. arbeidsmiljøloven § 2 A-2 jf. 2 A-1.¹

Borgernes grunnleggende ytringsfrihet er nedfelt i Grunnloven § 100 og den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 10.² Et aspekt av den alminnelige ytringsfriheten er ansattes ytringsfrihet. På grunn av arbeidstakers lojalitetsplikt reiser et ansettelsesforhold særlige ytringsfrihetsspørsmål. Arbeidstaker kan i teorien bli nødt til å avstå fra visse ytringer for å overholde sin lojalitetsplikt.³ For at arbeidstaker likevel skal ha adgang til å si ifra om uetiske og ulovlige forhold, er arbeidstaker gitt et ekstra vern og en rett til å varsle om kritikkverdige forhold i arbeidsmiljøloven kapittel 2A.

I 2013/2014 ble det gjennomført en evaluering av hvordan varslingsreglene fungerer. Her fremgår det at norske arbeidstakere varslere oftere og har i tillegg større sannsynlighet for at varslingen lykkes, enn arbeidstakere i andre land. På tross av dette fremgår det av evalueringen at mange arbeidstakere opplever at varslingsretten begrenses, enten formelt eller uformelt.⁴ Dette illustrer nødvendigheten av holdningsendring og bevisstgjøring rundt varslingsrett i norsk arbeidsliv.⁵

Benytter arbeidstaker seg av varslingsretten, og vilkårene for varslingsrett er oppfylt, vil arbeidstaker være vernet mot negative handlinger som følger av varslingen. I tilfeller hvor arbeidstaker likevel følger seg utsatt for slike negative handlinger, gjelder det en delt bevisbyrde, hvor både arbeidstaker og arbeidsgiver har et visst ansvar. Det er denne bevisbyrderegelen som er tema for oppgaven. Oppgavens problemstilling behandler det

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Lov 17. mai 1814 om Kongeriketets Noregs grunnlov

³ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 7

⁴ Arntzen de Besche, «Evaluering av varslingsreglene. En gjennomgang og analyse av rettspraksis og ombudsmannspraksis», Oslo, 2013

⁵ Varslingsutvalgets mandat, tilgjengelig på <http://varslingsutvalget.no/mandat/> (sist lest 21. februar 2018)

nærmere innholdet i den delte bevisbyrden ved gjengjeldelse i varslingsaker, jf. aml. § 2 A-2 første ledd tredje setning.

1.2 Aktualitet

Varsling og behovet for et godt varslervern aktualiseres for tiden på flere måter. Det mye omtalte oppropet «#metoo» i sosiale medier som oppfordrer arbeidstakere og organisasjonsmedlemmer til å varsle om seksuell trakassering, samt «Monika-saken» kan illustrere viktigheten av gode varslingsregler. I begge tilfeller har det vært avgjørende at varsling har funnet sted, for at de kritikkverdige forholdene ble avdekket. I kjølvannet av omfattende medieomtale har trolig publikum blitt mer oppmerksomme på varsling som en ressurs, og som et viktig redskap for å varsle om kritikkverdige forhold.

I en rapport utført av advokatfirma Wiersholm om «Monika-saken» konkluderes det med at varsleren ble utsatt for en rekke gjengjeldeshandlinger.⁶ Også i en FAFO-undersøkelse kommer det frem at frykten for negative sanksjoner som følge av varsling er en viktig årsak til at arbeidstaker unnlater å varsle.⁷ I undersøkelsen svarer en av fire at de ble utsatt for negative reaksjoner etter varsling. Dette er en høyere andel en tidligere påvist.⁸ Undersøkelsen og Wiersholms rapport kan vise at det formelle rettsvernet, slik det fremgår av regelverket, har liten verdi dersom arbeidstaker, i frykt for negative konsekvenser, unngår å varsle. Skal man oppnå et reelt vern avhenger det av at arbeidstaker er beskyttet mot alle former for ulovlig gjengjeldelse.

Temaet aktualiseres videre av lovendringene som trådte i kraft 1. juli 2017.⁹ Hovedformålet med endringene var å styrke arbeidstakers rettsvern ved varsling. Nylig kom også det regjeringsoppnevnte Varslingsutvalget med en NOU, hvor varslingsreglene og varslervernet gjennomgås i sin helhet. Både lovendringene, og NOUen sender klare signaler om at

⁶ Fougner, Jan, ««Monika-saken»: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaeferes varsling», 2015. Hentet fra: https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monikasaken_web.pdf

⁷ Trygstad, Sissel C, *Kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser*, Fafo-notat 2017:03. s. 41

⁸ *Ibid.* s. 41

⁹ Lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid)

rettsutviklingen går i retning av styrket vern for arbeidstakere som varsler, og økt fokus på viktigheten av dette vernet for å sikre et effektivt varslingsinstitutt.¹⁰

Når det gjelder den delte bevisbyrden mer spesifikt aktualiseres også denne på flere måter. Det foreligger lite rettspraksis hvor innholdet i den delte bevisbyrden tas opp.¹¹ Det er også skrevet lite om regelen i teorien. Heller ikke den nye NOUen om varslingsreglene behandler den delte bevisbyrde så inngående at rettstilstanden kan sies å være avklart.¹² Dette gjør at det foreligger et behov for en nærmere gjennomgang av innholdet i bevisregelen ved gjengjeldelse.

1.3 Metode

Rettskildematerialet knyttet til temaet gjengjeldelse, og da særlig den delte bevisbyrden er begrenset. Dette innebærer noen metodiske utfordringer ved gjennomføring av analysen.

Den någjeldende bestemmelsen om gjengjeldelse i aml. § 2 A-2, er en videreføring av den tidligere bestemmelsen i aml. § 2-5. Det innebærer at rettskilder knyttet til den tidligere bestemmelsen kan anvendes, og har stor rettskildemessig vekt. Det foreligger imidlertid lite rettspraksis, og til tross for at flere rettsavgjørelser har blitt anket, har varslingsreglene per dags dato ikke blitt prøvd for Høyesterett. Om den delte bevisbyrden ved gjengjeldelse finnes det noen avgjørelser fra underrettspraksis. Disse har som kjent svakere rettskildemessig vekt, men kan gi veiledning til forståelsen av regelen, og vil bli brukt som illustrasjon.

På grunn av manglende rettspraksis, vil lovforarbeidene ha stor betydning, og høy rettskildemessig vekt. I forarbeidene gis det nokså utførlige uttalelser om hvordan lovgiver har lagt til grunn at varslingsretten og forbudet mot gjengjeldelse skal forstås. Det sies imidlertid lite konkret om innholdet i den delte bevisbyrden ved gjengjeldelse.

Delt bevisbyrde finner man igjen både i aml. § 13-8 og den opphevede likestillingsloven av 1978 § 16.¹³ Det foreligger Høyesterettspraksis som tar opp innholdet i den delte bevisbyrden i tilknytning til disse bestemmelsene. På grunn av hensynet til sammenheng og likheter i

¹⁰ NOU 2018: 6 Varsling – verdier og vern: Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet.

¹¹ Arntzen de Besche (2013) s. 7

¹² NOU 2018: 6

¹³ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) (opphevet)

regelverket, ikke minst i de hensyn som ligger bak lovene, kan avgjørelsene ha overføringsverdi. Gjennomgang av rettspraksis på disse områdene vil derfor være verdifull for å få klarhet i hvordan den delte bevisbyrden ved gjengjeldelse i varslingsaker skal forstås.

Når det gjelder juridisk teori foreligger det en utførlig granskningsrapport om varslingen i «Monika-saken». Granskningsrapporten regnes som en «rettsoppfatning», slik at den har tilsvarende vekt som juridisk litteratur.¹⁴ Det finnes også endel annen juridisk teori som tar for seg varslingsreglene.

1.4 Videre fremstilling og avgrensning

Hovedformålet med oppgaven er å undersøke innholdet i bevisbyrden ved påstått gjengjeldelse, hvordan bevisvurderingen henger sammen med de øvrige delene av varslingsprosessen og hvorvidt delt bevisbyrde bidrar til et godt vern av arbeidstaker.

I det følgende foretas noen begrepsavklaringer, samt en gjennomgang av rettskildebildet og sentrale hensyn.

I kapittel 2 er temaet arbeidstakers varslingsrett. Det er sentralt å se nærmere på innholdet i varslingsretten, for å kunne analysere innholdet i den delte bevisbyrde i gjengjeldelsessaker.

I kapittel 3 følger en gjennomgang av forbudet mot gjengjeldelse, og vernets grenser. Bakgrunnen er å forstå bevisbyrden i dens kontekst.

I kapittel 4 redegjøres det for den delte bevisbyrden. Her analyseres relevante rettskilder, og betydningen av delt bevisbyrde og dens innhold.

I kapittel 5 behandles arbeidsgivers ansvar i varslingsaker nærmere. Dette er sentralt for å forstå varslingsvernets kompleksitet, og sammenhengen i regelverket.

Avslutningsvis i kapittel 6 er spørsmålet hva som skal til for at arbeidstaker skal få et tilstrekkelig vern i varslingsaker. I tilknytning til dette sies det noe om varslingsutvalgets vurdering av gjengjeldelse og delt bevisbyrde.

¹⁴ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, 2001 s. 162

Oppgaven avgrenses mot en detaljert gjennomgang av de øvrige bevisreglene i sivilprosessen. Det vil kunne trekkes enkelte linjer der det anses nødvendig for forståelsen av innholdet i den delte bevisbyrden. Det gjøres rede for øvrige avgrensninger underveis i oppgaven.

1.5 Begrepsavklaring

1.5.1 Varsling og varsler

Det har vært en del diskusjon om hvordan en arbeidstaker kan oppnå såkalt «varslerstatus». Det kan imidlertid ikke oppnås på bakgrunn av verken avtale eller noen annen beslutning. Det følger av aml. § 2 A-2 at arbeidstakere «som varsler i samsvar med § 2 A-1» er vernet mot gjengjeldelse. Av ordlyden forstår man at en «varsler» er en som oppfyller vilkårene i aml. § 2 A-1. Det avgjørende er således at arbeidstaker sier i fra om «kritikkverdige forhold i virksomheten», på «forsvarlig måte» for å utløse det særskilte varslervernet og dermed oppnå såkalt «varslerstatus». Det er med andre ord innholdet i og karakteren av det som tas opp som er avgjørende for om arbeidsmiljølovens varslingsregler kommer til anvendelse.¹⁵ Dersom arbeidstaker har varslet i samsvar med aml. § 2 A-1, er det ikke adgang til å avtale at varslervernet skal bortfalle. Dette følger av aml. § 1-9, som sier at loven er ufravikelig til arbeidstakers ugunst.

Begrepet «varsling» er ikke nærmere definert i arbeidsmiljøloven. Ser man imidlertid på aml. § 2 A-1 kan man indirekte utlede at «varsling» er en «situasjon hvor en arbeidstaker gjør en observasjon/ mottar kunnskap om mulige kritikkverdige forhold», som utløser en rett til å varsle om forholdet.¹⁶ Med andre ord er varsling å si ifra om forhold som arbeidstaker opplever som kritikkverdige, det vil si ulovlige, illegitime eller umoralske.

¹⁵ Fougner (2015) s. 8

¹⁶ Eriksen, Birthe, «Arbeidstakers rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1): Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap», Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen, juridisk fakultet, 2016. s. 32

1.5.2 Arbeidsgiver og arbeidstaker

Det er arbeidstaker som er vernet mot gjengjeldelse etter varsling i henhold til aml. § 2 A-1, jf. § 2 A-2. Arbeidstakerbegrepet er nærmere definert i aml. § 1-8 første ledd. I bestemmelsen fremgår det at enhver som «*utfører arbeid i annens tjeneste*» er arbeidstaker. Den som arbeidet utføres i tjeneste for er arbeidsgiver. Arbeidsgiver er den som har «*ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*», jf. aml. § 1-8 andre ledd.

1.5.3 Bevisbyrde og beviskrav

Tradisjonelt benyttes ordet bevisbyrde om den part som må bevise det faktiske forholdet i retten.¹⁷ Den alminnelige sivilrettslige bevisregelen innebærer at domstolen skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn. Når det gjelder bevisbyrden er utgangspunktet og hovedregelen at det er klager/ saksøker som har ansvar for å bevise faktum med sannsynlighetsovervekt. Når man taler om den part som har ansvar for å bevise faktum er ikke dette det samme som at parten må føre bevisene.¹⁸ Det kan likegodt være beviser som føres fra motparten, som gjør at forholdet anses bevist. Av forarbeidene fremgår det at bevisbyrden henspiller på hvem som sitter med tvilsrisikoen for et påstått forhold.¹⁹ I teorien har det vært pekt på at man like gjerne kunne omtalt bevisbyrden som bevisrisiko, ettersom det er den parten som har bevisbyrden, tvilen vil gå ut over.²⁰ I tilfeller hvor retten er i tvil om faktum er tilstrekkelig sannsynliggjort, vil tvilen etter hovedregelen gå ut over klager/ saksøker.

Begrepet beviskrav brukes om hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at et faktisk forhold anses bevist.²¹ Det kan blant annet være snakk en skjerping av beviskravet til kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

¹⁷ Robberstad, Anne, «Om forståelsen av bevisbyrde», Jussens venner, 2011, s. 65-86, punkt 1

¹⁸ *Ibid.* punkt 1

¹⁹ Prop.81 L (2016-2017)

²⁰ Robberstad (2011) punkt 1

²¹ *Ibid.* punkt 1

1.6 Rettskildebildet

Utgangspunktet for varslervernet er den alminnelige konstitusjonelle ytringsfriheten.²² Behovet for arbeidstakers ytringsfrihet må vurderes opp mot arbeidsgivers behov for lojalitet fra arbeidstaker.²³ Det var Grunnloven § 100, i tilknytning til det alminnelige stillingsvernet som var utgangspunktet ved spørsmålet om beskyttelse før arbeidstaker fikk et særskilt vern ved varsling. Den 1. januar 2007 trådte en særregulering av varsling i arbeidsmiljøloven i kraft.²⁴ Endringene fra tidligere lov besto blant annet i ny regel om delt bevisbyrde, objektivt oppreisningsansvar, samt en plikt for arbeidsgiver til å legge forholdene til rette for varsling, i tillegg til en uforbeholden rett til å varsle til offentlige myndigheter.²⁵ Dette var en styrking av varslervernet i forhold til tidligere.

Varslervernet ble ytterligere styrket da det trådte i kraft flere endringer i arbeidsmiljølovens regulering av varsling den 1. juli 2017.²⁶ Varslingsreglene ble nå samlet i aml. kapittel 2A. Formålet var å gjøre det lettere å se sammenhengen mellom bestemmelsene om varslingsrutiner og de materielle reglene.²⁷ I tillegg fikk innleide arbeidstakere et uttrykkelig varslervern. En ytterligere endring var at virksomheter som sysselsetter minst fem ansatte ble pålagt å opprette interne varslingsrutiner.

Per i dag foreligger det ingen Høyesterettspraksis om varslingsreglene, og bare i begrenset grad underrettspraksis. I følge evalueringsrapporten av praksis ser det imidlertid ut til at avgjørelsene er i tråd med lovgivers intensjoner.²⁸

Foruten bestemmelsene og rettspraksis er forarbeider og utredningen fra Varslingsutvalget sentrale deler av dagens rettskildebilde. Gjennom detaljerte forarbeider er det mulig å følge utviklingen og prioriteringen av et styrket varslervern gjennom de siste årene. Blant annet kom Varslingsutvalget den 15. mars 2018 med en utredning som inneholder en detaljert gjennomgang av varslingsregelverket og det system som skal sikre etterlevelse av det.²⁹

²² Eriksen (2016) s. 54

²³ *Ibid.* s. 54

²⁴ Lov 1. desember 2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven

²⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 54-57

²⁶ Lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven.

²⁷ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 15-16

²⁸ Arntzen de Beche (2014)

²⁹ NOU 2018: 6

Utvalget påpeker behovet for bedre kunnskap og klarlegging av innholdet i regelverket. Et flertall blant utvalgets medlemmer mener blant annet at det er behov for en egen varslingslov og et varslingsombud for å «styrke ytringsfriheten og retten til å varsle».³⁰ Det fremgår også av utredningen at et flertall av utvalgets medlemmer ser et behov for en egen nemnd hvor det kan skapes en «ny og bedre tvisteløsning for varslings saker enn man har erfaring med fra domstolene».³¹ Hvordan rettstilstanden vil utvikle seg videre gjenstår å se.

1.7 Hensyn

1.7.1 Hensyn bak varslingsreglene generelt

Hovedformålet med varslingsreglene er å få frem at varsling både er lovlig og ønskelig.³² Reglene skal bidra til å fremme åpenhet og bidra til et bedre ytringsklima i virksomhetene. Arbeidsmiljølovens regler om varsling innebærer både en presisering og en utvidelse av den alminnelige ytringsfriheten. Arbeidstaker bruker sin stemme til å varsle i samfunnets interesse, og på denne måten ivaretar reglene hensynet til demokrati, sannhetssøken og individets frie meningsdannelse, slik det fremgår i Grunnloven § 100 andre ledd.

Videre har reglene en side mot hensynet til virksomhetens interesser, da varsling kan bidra til å avdekke korrupsjon og annen skadelig aktivitet som pågår i virksomheten.³³ Ikke minst vil varsling være en effektiv måte å avdekke kritikkverdige forhold, da arbeidsgiver gjennom varslere fra arbeidstakere, mottar kritisk informasjon han ellers ikke ville fått.³⁴

I tillegg spiller hensynene bak plikten til å utarbeide varslingsrutiner i aml. § 2 A-3 en sentral rolle. For det første vil kravet om varslingsrutiner bidra til å styrke både varslingsretten og varslervernet.³⁵ For det andre vil tydelige og gjennomarbeidede rutiner ivareta både arbeidstakers og arbeidsgivers behov for forutberegnelighet med hensyn til hvordan

³⁰ *Ibid.* s. 207

³¹ *Ibid.* s. 196

³² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 7

³³ *Ibid.* s. 37 og Innst. O nr. 6 (2006-2007) s. 5

³⁴ Eriksen (2016) s. 50

³⁵ *Ibid.* s. 51

varslingen skal skje.³⁶ Varslingsrutiner kan også ha en preventiv effekt med hensyn til konfliktutvikling og hvordan en eventuell konflikt bør håndteres.³⁷

1.7.2 Hensyn bak forbudet mot gjengjeldelse

Arbeidstaker er den som har rett til å varsle i medhold av aml. § 2 A-1, da varsling både er lovlig og ønskelig. Dersom arbeidstaker frykter for å bli utsatt for gjengjeldelse, kan han unnlate å varsle. Formålet med gjengjeldelsesforbudet er å verne om arbeidstaker som velger å benytte sin rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.³⁸ Den presumptive verdien av ytningen i samfunnets interesse begrunner arbeidstakers vern mot gjengjeldelse.

1.7.3 Hensyn bak delt bevisbyrde

I saker hvor det er spørsmål om gjengjeldelse, vil ofte saksforholdene være uoversiktlige og vanskelige å få klarhet i, ikke minst der saken har utviklet seg over tid. I mange tilfeller er det arbeidsgiver som sitter med dokumentasjonen på handlinger som er foretatt. Det kan gjøre det vanskelig for arbeidstaker å bevise at gjengjeldelse foreligger, og dermed vinne frem med sin påstand. På denne bakgrunn er hovedtyngden av bevisbyrden lagt på arbeidsgiver.

Bevisbyrderegelen er også ment å inspirere arbeidsgiver til gode og ryddige rutiner.³⁹

Videre i fremstillingen følger en gjennomgang av innholdet i arbeidstakers varslingsrett i aml. § 2 A-2. Det pekes på viktigheten av å se varsling som en helhetlig prosess og et psykologisk fenomen. Deretter analyseres gjengjeldelsesforbudet og den delte bevisbyrden i lys av varslingsprosessen og relevante rettskilder.

³⁶ *Ibid.* s. 52

³⁷ *Ibid.* s. 52

³⁸ Prop. 72 L (2016-2017) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid) s. 11.

³⁹ Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s. 90-91 sammenholdt med Rt-2012-424 avsnitt 35, jf. Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) s. 129-130 og NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK s. 273-275

2 Innholdet i arbeidstakers varslingsrett

2.1 Arbeidsmiljøloven § 2 A-1

Utgangspunktet er at arbeidstakere, på lik linje med andre borgere, har ytringsfrihet i samsvar med Grunnloven § 100. I tillegg er arbeidstaker gitt et ytterligere vern i situasjoner der vedkommende i rollen som arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold i den virksomheten han er ansatt i, jf. aml. kapittel 2A. Vernet gjelder alle ytringer som ansatte fremmer på egne vegne, og som gjelder forhold i virksomheten hvor arbeidstaker er ansatt.⁴⁰ Kapittel 2A i arbeidsmiljøloven regulerer arbeidstakers varslingsrett, arbeidstakers rettsvern ved varsling, samt arbeidstakers plikter til å utarbeide rutiner for intern varsling og konfidensialitetsplikten ved varsling til offentlig myndighet.

Arbeidstakers varslingsrett er regulert i aml. § 2 A-1, og er begrenset til å gjelde for nåværende arbeidstakere som varsler om «*kritikkverdige forhold*» i den virksomheten de arbeider i.⁴¹ Det følger av aml. § 2 A-1 første ledd at arbeidstaker har rett til å varsle om «*kritikkverdige forhold*». Ordlyden er ikke nærmere definert i loven, og det er ikke skilt mellom alvorlighetsgraden av forholdene. Etter en naturlig språklig forståelse er begrepet vidtrekkende. Det følger av forarbeidene at både straffbare forhold, og andre lovbrudd er omfattet.⁴² I tillegg omfattes uttalte etiske retningslinjer i virksomheten og i samfunnet for øvrig.⁴³ Lovgiver har uttalt at det uansett må legges til grunn at forholdet har en viss allmenn interesse, for at det skal være verneverdig etter bestemmelsen.⁴⁴ Dette innebærer at «*kritikkverdige forhold*» er forhold som «*ut i fra et demokratiperspektiv er samfunnsviktige*».⁴⁵ Samtidig må det være snakk om opplysninger som arbeidstaker har fått kjennskap til gjennom sitt ansettelsesforhold. Dette knytter seg til at de kritikkverdige forhold må være «*i (...) virksomheten*», jf. § 2 A-1 første ledd, noe som innebærer at helt privat konflikter ikke omfattes av «*kritikkverdige forhold*».

⁴⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 15-16 s. 7

⁴¹ Birthe Eriksen, «Varslingsprosessen: En kamp om definisjonsmakten», Tidsskrift for human- og samfunnsvitenskap, 2017 (s. 108-119) s. 110

⁴² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 37

⁴³ *Ibid.* s. 37

⁴⁴ *Ibid.* s. 51

⁴⁵ Fougner (2015) s. 73

Eksempler på forhold som kan falle inn under ordlyden er miljøforurensning, korrupsjon og arbeidsmiljøkriminalitet.⁴⁶ Forhold som arbeidstaker for eksempel oppfatter som kritikkverdige på grunn av politisk syn vil derimot falle utenfor ordlyden.⁴⁷ Slike forhold vil uansett være vernet etter Grunnloven § 100, men vil altså ikke utløse det særskilte varslervernet i aml. § 2 A-2.

Både eksterne og interne varsler er vernet etter bestemmelsene. I følge lovgiver skal også kritiske «ytringer som er en del av den alminnelige interne kommunikasjonen i virksomheten regnes som varsling».⁴⁸ Det innebærer at ytringer av det kritiske slaget i den daglige interne kommunikasjonen kan være varsling. Lovgivers uttalelse viser her at bestemmelsen er ment å ha et vidtrekkende virkeområde. Arbeidsgiver og arbeidstaker kan ikke avtale at en ytring som i utgangspunktet faller inn under ordlyden, likevel ikke skal regnes som varsling.⁴⁹ Det avgjørende for om man står over for en varsling om «kritikkverdige forhold» er innholdet i ytringen.

Ordlyden er uklar og gir som nevnt i seg selv begrenset veiledning med hensyn til innholdet. Varslingsutvalget har derfor foreslått å presisere lovteksten slik at den blir lettere å forstå for både arbeidstaker og arbeidsgiver.⁵⁰ I den foreslåtte lovteksten fremgår en rekke eksempler på handlinger som anses som «kritikkverdige forhold», blant annet «økonomisk kriminalitet», «myndighetsmisbruk» og «arbeidsmiljø som ikke oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven».⁵¹

Hovedregelen om at arbeidstakere har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» modifiseres i bestemmelsens andre ledd. Her fremgår det at fremgangsmåten ved varsling skal være «forsvarlig». Vilkåret har til hensikt å ivareta arbeidstakers ulovfestede lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver.⁵²

En naturlig språklig forståelse av «forsvarlig» tilsier at det stilles krav om aktsom opptreden fra arbeidstaker. Det fremgår av forarbeidene at vilkåret ikke er ment å begrense retten til å si ifra, men bare skal sette begrensninger for måten varsling kan skje på.⁵³ Vilkåret er ment som

⁴⁶ *Ibid.* s. 73

⁴⁷ Ot.prp.nr. 84 (2004-2006) s. 51

⁴⁸ *Ibid.* s. 37

⁴⁹ *Ibid.* s. 37

⁵⁰ NOU 2018: 6 s. 156-157

⁵¹ *Ibid.* s. 157

⁵² Eriksen (2017) s. 112

⁵³ Ot.prp.nr. 84 (2004-2006) s. 51

en sikkerhetsventil, og skal ivareta virksomhetens egeninteresse. Hvorvidt varslingen er «forsvarlig» må vurderes ut i fra en konkret skjønsmessig vurdering. Vurderingstemaet er om arbeidstaker har forsvarlig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilstrekkelig hensyn til arbeidsgivers interesser med hensyn til varslingsmåte.⁵⁴ I dette ligger det en avveining av arbeidsgivers interesser og hensynet til arbeidstakers yringsfrihet. Det følger av forarbeidene at det ikke skal stilles strenge krav til arbeidstaker. Bakgrunnen for dette er hensynet til demokratiet og sannhetssøken.⁵⁵ Allmennheten vil i mange tilfeller ha en berettiget interesse i å få kjennskap til ulovlige og uetiske forhold. På bakgrunn av dette skal det mye til for at ytringer om «kritikkverdige forhold» regnes som illojale, og dermed ikke «forsvarlig». Arbeidstaker skal gis vid skjønsmargin i forhold til måten han velger å gå frem på.⁵⁶ Utgangspunktet er med dette at hensynet til yringsfrihet veier tyngre enn lojalitetsplikten. Forsvarlighetskravet innebærer ikke at arbeidstaker må ha rett i kritikken han fremsetter, bare at måten han har gått frem på har vært innenfor det forsvarlige.

I Varslingsutvalgets utredning er synet blant utvalgets medlemmer delt med hensyn til hvorvidt begrepet «forsvarlig» fremgangsmåte bør forbli en del av lovteksten. Et flertall blant medlemmene mener at uttrykket kan erstattes med en klargjøring av det nærmere innholdet i det nåværende forsvarlighetsvilkåret.⁵⁷ Mindretallet mener imidlertid at vilkåret «forsvarlig» fremgangsmåte bør forbli en del av ordlyden, som en sikkerhetsventil for å sikre at alle tilfeller som faller inn under nåværende ordlyd også blir fanget opp.⁵⁸ Formålet både fra flertallet og mindretallet er imidlertid å tydeliggjøre av kriteriet, ikke å endre gjeldende rett.⁵⁹

2.2 Bevisbyrden ved varsling, jf. § 2 A-1 tredje ledd

I saker hvor arbeidsgiver er uenig i arbeidstakers kritikk, kan det bli tvist om hvorvidt det dreier seg om en varsling i henhold til aml. § 2 A-1, eller om det isteden er tale om en ytring som må vurderes under den alminnelige yringsfrihetsbestemmelsen i Grunnloven § 100. I slike tilfeller følger det av bestemmelsens tredje ledd at det er arbeidsgiver som må bevise at arbeidstaker har varslet i strid med aml. § 2 A-1. Bestemmelsen innebærer at arbeidsgiver har

⁵⁴ *Ibid.* s. 51

⁵⁵ *Ibid.* s. 16

⁵⁶ *Ibid.* s. 51

⁵⁷ NOU 2018: 6 s. 159

⁵⁸ *Ibid.* s. 159

⁵⁹ *Ibid.* s. 159

ansvaret for å bevise at varslingen ikke er «forsvarlig». Det er med andre ord arbeidsgiver som må begrunne innskrenkninger i arbeidstakers ytringsfrihet, ikke arbeidstaker som må grunngi sin rett til å varsle.⁶⁰

2.3 Varsling som prosess og organisasjonspsykologiske utfordringer

For å forstå det nærmere innholdet i arbeidsmiljølovens bestemmelse om varslervern, er det sentralt å se litt nærmere på gangen i en varslingssak. Forskning og organisasjonspsykologien viser at varsling ofte er en prosess i flere steg, som gjerne består av flere ytringer til ulike mottakere over tid.⁶¹ Også forarbeidene til den svenske varslingsloven har som utgangspunkt at varsling er en prosess.⁶² Prosessen starter med at arbeidstaker observerer noe på arbeidsplassen som han mener er kritikkverdig. Etter en slik oppdagelse vurderer vedkommende om det er verdt å si ifra om forholdet, hvem det bør sies ifra til, og hvordan.⁶³ Det neste trinnet i prosessen er at arbeidstaker bestemmer seg for å varsle eller la være.⁶⁴ Her gjør arbeidstaker trolig en avveining av fordelene og ulempene en eventuell varsling kan ha. Dersom arbeidstaker velger å varsle, mottas en eller annen form for reaksjon.⁶⁵ Det kan være at ingen ting skjer, eller at det blir foretatt noe positivt eller negativt.⁶⁶ Dersom arbeidstaker ikke opplever å bli hørt, kan de ulike delene i prosessen komme til å måtte gjentas flere ganger.⁶⁷

Varslingsprosessen starter ofte med varsling internt i virksomheten, og da gjerne til nærmeste leder.⁶⁸ Opplever arbeidstaker ikke å bli hørt må han beslutte om han skal varsle videre. Da er det blant annet aktuelt å varsle til andre enn nærmeste leder, som har myndighet til å gjøre noe med forholdene det er varslet om.⁶⁹ Dersom arbeidstaker fremdeles ikke opplever endring,

⁶⁰ Ot.prp.nr. 84 (2004-2006) s. 52

⁶¹ Trygstad (2017) s. 36 (Se også Eriksen (2017) s. 110 og Trygstad (2017) s. 36, 47.)

⁶² SOU 2014:31: *Visselblåsare. Starkt skydd för arbetstakare som slår larm om allvarliga missförhållande*, s. 52-53

⁶³ Trygstad (2017) s. 36

⁶⁴ *Ibid.* s. 36

⁶⁵ *Ibid.* s. 36

⁶⁶ *Ibid.* s. 36

⁶⁷ *Ibid.* s. 36

⁶⁸ *Ibid.* s. 37

⁶⁹ *Ibid.* s. 37

kan han velge å gå utenfor organisasjonen, og varsle eksternt til tilsynsmyndighet og eventuelt media.⁷⁰

Arbeidstaker har med dette tre ulike nivå å varsle til. I de fleste tilfeller vil det være en årsak til at arbeidstaker velger å gå til et høyere nivå. Nasjonal og internasjonal forskning viser at de fleste varsler flere ganger internt før de varsler eksternt.⁷¹ Ved å se de ulike trinnene i en varslingsprosess, forstår man at varsling er et dynamisk element som kan omfatte en rekke ytringer over lengre tid. Dersom man opplever å ikke bli hørt, kan det å bli stående i en slik langvarig prosess være svært belastende for varsleren.

I tillegg til at varsling i mange tilfeller blir en kompleks prosess, til en rekke ulike varslingsmottakere over tid, er psykologien i disse prosessene en del av dette komplekse bildet. I internasjonal forskning fremkommer det at frykt for å bli utsatt for sanksjoner, og for ikke å bli tatt alvorlig er to av de viktigste begrunnelsene for at arbeidstaker unnlater å varsle.⁷² I tilfeller der frykt er årsaken til unnlatt varsling, kan dette i mange tilfeller spores tilbake til organisasjonskulturen. Organisasjonskultur kan defineres som:

«[E]t mønster av antakelser – skapt, oppdaget eller utviklet av en gitt gruppe etter hvert som den lærer å meste sine problemer med ekstern tilpasning og intern integrasjon – som har fungert tilstrekkelig bra til at det blir betraktet som sant og til at det læres bort til nye medlemmer som har den rette måten å oppfatte, tenke og føle på i forhold til disse problemene.»⁷³

Dersom en arbeidstaker velger å varsle om det han opplever som kritikkverdige forhold kan dette føre til at personer som i utgangspunktet har akseptert forholdene kommer med motreaksjoner mot varsleren.⁷⁴ Da varsleren oppleves som en «forstyrrelse» i virksomheten. Forståelsen av dette bakteppet kan være sentralt for å fatte riktig avgjørelse i varslingssaker.

Her kan «Sandviken sykehus»-dommen være illustrerende. I saken hadde arbeidstaker, en vernepleier blant annet varslet om sikkerhetsbrudd, medikamentsvinn og rus blant ansatte ved

⁷⁰ *Ibid.* s. 37

⁷¹ *Ibid.* s. 40

⁷² MSPB. (1993). *Whistleblowing in the federal government: An update*: U.S. Merit Systems Protection Board

⁷³ Schein, E.H. *Organization Culture and Leadership*. San Francisci: Jossey-Bass (1985) og Sortland, Nils og Wik, Toril, *Varsling: Fra problem til verdi*, 2013, s. 75

⁷⁴ Sortland (2013) s. 75

et psykiatrisk sykehus.⁷⁵ Etter å ha varslet, påsto arbeidstaker at han var blitt utsatt for flere gjengjeldelshandlinger, blant annet fratakelse av arbeidsoppgaver, omplassering, trakassering, manglende omsorg og usynliggjøring. Hver enkelt gjengjeldelseshandling ble vurdert opp mot gjengjeldelsesforbudet. Lagmannsretten konkluderte med at arbeidstaker ikke hadde blitt utsatt for gjengjeldelse. Om dommen påpeker Eriksen at *«det ikke er gjort tilstrekkelig vurdering av de organisasjonspsykologiske prosessene ved varsling, og heller ikke av hvilke faktorer som fører til videre varsling og konflikt»*.⁷⁶ Kunnskap fra organisasjonspsykologien kan ha stor betydning ved vurderingen av om ulovlig gjengjeldelse har funnet sted. Eriksen og Bjørkelo understreker viktigheten av å forstå de psykologiske prosessene som kan forekomme i en virksomhet etter varsling.⁷⁷ Nærmere bestemt hva virksomheten evner og viljer i sin håndtering av varsler.

I forlengelsen av dette stilles det spørsmål ved hvorvidt domstolene har tilstrekkelig kunnskap om varsling som et organisasjonspsykologisk fenomen.⁷⁸ Resultatet av manglende kunnskap hos domstolene, kan være at arbeidsgivers manglende eller mangelfulle håndtering av et varsel og av varsleren, ikke problematiseres og vektlegges i praksis. Det kan igjen føre til at varslervernet ikke blir reelt

⁷⁵ TBERG-2007-136244 «Sandviken sykehus». Den da gjeldende aml. § 2-5 kom ikke til anvendelse da saken gjaldt forhold før lovens ikrafttredelse 1. januar 2007. Dommen kan likevel brukes som illustrasjon.

⁷⁶ Eriksen (2016) s. 229

⁷⁷ Taraldset, Birthe og Bjørkelo, Brita, «Varsling: Utfordring i skjæringspunktet mellom juss og psykologi», 2011

⁷⁸ *Ibid.*

3 Innholdet i arbeidsmiljølovens varslervern

3.1 Forbudet mot gjengjeldelse i aml. § 2 A-2

Av empirisk forskning går det frem at risikoen for gjengjeldelse er høyere desto mer alvorlig forholdet er, og jo høyere opp i virksomheten det kritikkverdige forholdet kan forankres.⁷⁹

Risikoen for konflikt og påstand om ulovlig gjengjeldelse øker også i mange tilfeller der varslingsprosessen er langvarig og kompleks.⁸⁰

For at arbeidstaker skal være vernet mot gjengjeldelse følger det av aml. § 2 A-2 første ledd at varsling må ha skjedd «i samsvar med § 2 A-1». Dette innebærer et krav om at det arbeidstaker har sagt ifra om er et «kritikkverdig forhold» og at fremgangsmåten ved varslingen har vært «forsvarlig». Dersom vilkårene er oppfylt, har arbeidstaker rettsvern mot ulovlig gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2. Rettsvern ved varsling kan arbeidstaker også oppnå dersom han «gir tilkjenne» at han kommer til å varsle, jf. aml. § 2 A-2 andre ledd.

Det gis begrenset veiledning i loven om hva «gjengjeldelse» er. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier imidlertid at det dreier seg om en negativ reaksjon mot arbeidstaker som har varslet i tråd med § 2 A-1, eller eventuelt har gitt «tilkjenne» at han kommer til å varsle. I følge forarbeidene er ordlyden vid, slik at «enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling» er gjengjeldelse.⁸¹ Både formelle sanksjoner og uformelle sanksjoner omfattes. Blant de formelle sanksjonene finner vi blant annet skriftlige advarsler, oppsigelse og avskjed.⁸² Mens interne overføringer og endring av arbeidsoppgaver er eksempler på mer uformelle sanksjoner.⁸³

I tillegg til intern overføring og endring av arbeidsoppgaver er også mobbing, trakassering og utfrysning handlinger som kan falle inn under gjengjeldelsesbegrepet. Handlingene kan både foregå i åpenhet eller med subtilt. I «Norwelt-dommen» ble en arbeidstaker utsatt for

⁷⁹ Eriksen (2017) s. 111 og Bjørkelo, B. (2014), «Sammenhengen mellom organisasjonskultur og risiko for ulovlig gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler om korrupsjon», i Eriksen, B. (red.) (2014) *Å bekjempe et samfunnsmonde. Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*. Gyldendal, s. 132-155.

⁸⁰ Eriksen (2017) s. 110

⁸¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52

⁸² *Ibid.* s. 52 og Eriksen (2017) s. 114

⁸³ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52

mobbing, trakassering, sjikanering og utfrysning.⁸⁴ Arbeidstakeren hadde varslet på forsvarlig måte, og det ble konstatert at det forelå ulovlig gjengjeldelse. I «E-postkjennelsen» ble krav om gjennomgåelse av arbeidstakers e-post ansett som fortsatt gjengjeldelse mot arbeidstaker.⁸⁵ Tingretten hadde tidligere funnet det sannsynliggjort at han hadde vært usatt for gjengjeldelse etter å ha varslet om overfakturering av forsvaret.⁸⁶ Innsynskrav i arbeidstakers e-post kan isolert sett være legitimt i kraft av arbeidsgivers styringsrett, men i kjølvannet av en varslings sak kan det bli ansett som en gjengjeldelsehandling.

I det amerikanske «Government Accountability Project» (GAP) fremgår det at gjengjeldelse gjerne ofte omfatter en rekke ulike handlinger.⁸⁷ I GAP-prosjektet skilles det mellom gjengjeldelsehandling som retter seg direkte mot varsleren og «tildekningshandling» som i stedet tar sikte på å pulverisere varslere budskap.⁸⁸ Gjengjeldelsestilfeller varierer i intensitet, og det er en tydelig sammenheng mellom hvor alvorlig gjengjeldelsen er og hvilke grad av trussel arbeidstaker representerer.⁸⁹ Skillet mellom de to gjengjeldelsesformene kan ha betydning for forståelsen av sakskomplekset og bevissituasjonen i gjengjeldelsessaker.⁹⁰

I følge GAP-prosjektet er typiske gjengjeldelsehandling blant annet fratakelse av arbeidsoppgaver, stillstand i karriereutvikling og svartelisting innenfor bransjen. Typiske tildekningshandling er endeløse og formålsløse granskninger, pålegg om taushetsplikt, informasjon tilbakeholdes og «ofring av syndebukker».⁹¹

Oppsummert er gjengjeldelsesbegrepet i aml. § 2 A-2 svært vidt, og omfatte en rekke ulike handlinger. Det kan dreie seg om en enkeltstående negativ handling, eller flere handlinger over tid, som samlet sett vil være ulovlig gjengjeldelse.⁹² Hvor alvorlig gjengjeldelsen er vil variere. Gjengjeldelse kan være svært belastende for den som blir utsatt for det, og det kan i verste fall medføre arbeidsuførhet og psykiske problemer.⁹³

⁸⁴ LB-2009-36995 «Norwelt-dommen», se punkt 4.5.5

⁸⁵ RG-2008-53 «E-postkjennelsen»

⁸⁶ TOBYF-2007-124301

⁸⁷ NOU 2018: 6 s. 117 og <https://www.whistleblower.org/> (sist besøkt 4. april 2018)

⁸⁸ *Ibid.* s. 117

⁸⁹ Eriksen (2016) s. 37

⁹⁰ *Ibid.* s. 37

⁹¹ *Ibid.* s. 37 med videre henvisning til Devine, Tom og Maassarani, Tarek F., *The Corporate Whistleblower's Survival Guide*, Berret-Hoehler Publishers, Inc., 2011, s. 19-40

⁹² Fougner (2015) s. 102

⁹³ Trygstad (2017) s. 51 jf. Bjørkelo, B. (2010). *Whistleblowing at work. Antecedents and consequences*. Dissertation for the degree of philosophiae doctor (PhD). University of Bergen.

3.2 Hvem er bundet av forbudet mot gjengjeldelse?

Forbudet mot gjengjeldelse gjelder ifølge aml. § 2 A-2 første ledd andre setning for «arbeidsgiver» og «innleier». Dette innebærer at personer som har ansatte eller innleide arbeidstakere til å utføre tjenester for seg er omfattet av forbudet, jf. aml. § 1-8 andre ledd første punktum. I tillegg må det være klart at forbudet gjelder tilsvarende for andre som «i arbeidsgivers sted leder virksomheten», jf. aml. § 1-8 andre ledd andre punktum. Det følger av forarbeidene at arbeidstakere som handler etter instruks fra arbeidsgiver også omfattes av forbudet.⁹⁴ Dersom en arbeidstaker som har varslet søker ny jobb, vil ikke den nye arbeidsgiveren være bundet av gjengjeldelsesforbudet.⁹⁵ Heller ikke kunder og kontraktsparter vil normalt være bundet.

I «Fengselsinspektør-dommen» ble forbudet mot gjengjeldelse avgrenset til bare å gjelde overfor arbeidsgivers egen handlinger. Det ble uttalt at «eventuelle negative reaksjoner som [arbeidstaker] må ha fått fra andre ansatte ved fengselet, faller utenfor», uten en nærmere begrunnelse.⁹⁶ I juridisk teori er det derimot gitt uttrykk for at det ikke er et krav om at gjengjeldeshandlingen utøves av en arbeidsgiverrepresentant, men at det er arbeidsgivers ansvar å sørge for at gjengjeldelse ikke skjer som følge av varsling.⁹⁷ At arbeidsgiver svarer for gjengjeldeshandlinger utført av andre, kan begrunnes i arbeidsgivers styringsrett og omsorgsplikt. Arbeidsgiver har blant annet plikt til å sørge for et forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1, jf. § 2-1. Dersom for eksempel andre arbeidstakere gjengjelder mot en som har varslet, vil arbeidstaker være forpliktet til å gripe inn. Arbeidsgivers handlingsplikt i slike situasjoner behandles nærmere i kapittel 5 nedenfor.

3.3 Varsling utenfor rammene av aml. § 2 A-1

Gjengjeldelsesforbudet og varslervernet gjelder ifølge aml. § 2 A-2 for varsling som oppfyller vilkårene i aml. § 2 A-1. Et spørsmål som oppstår i tilknytning til dette, er hvilket vern arbeidstaker har ved ytringer som ikke omhandler «kritikkverdige forhold» eller varslingen

⁹⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52

⁹⁵ *Ibid.* s. 52

⁹⁶ LB-2010-40623 «Fengselsinspektør-dommen» s. 9

⁹⁷ Fougner (2015) s. 6

ikke skjedde «forsvarlig». Av lovforarbeidene fremgår det at varslingsbestemmelsene ikke skal tolkes antitetisk.⁹⁸ Det innebærer at selv om varslingen ikke oppfyller vilkårene i aml. § 2 A-1 så har ikke arbeidsgiver en automatisk rett til å utføre gjengjeldelseshandlinger. Arbeidsgivers ytringer kan være vernet etter det vide ytringsvernet i GrL. § 100. Eventuelle arbeidsrettslige reaksjoner må finne sted innenfor styringsrettens rammer.⁹⁹

3.4 Arbeidsgivers styringsrett

Utgangspunktet i et arbeidsforhold er at arbeidsgiver har styringsrett, og dermed kompetanse til å treffe avgjørelser som har betydning for arbeidsforholdet, herunder til å si opp arbeidstaker. Med arbeidsgivers styringsrett siktes det til arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt arbeidsgivers skjønn til å ta avgjørelser i arbeidsforholdet.¹⁰⁰ Styringsretten er hjemlet i sikker ulovfestet rett, og kommer blant annet til uttrykk i «Nøkkdommen», hvor det var spørsmål om arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer i arbeidsoppgaver. I dommen kom Høyesterett med prinsipielle uttalelser om styringsrettens rekkevidde.¹⁰¹ Hvor langt styringsretten rekker må vurderes konkret i hver enkelt situasjon.¹⁰²

Det at arbeidsgiver er den sterke part i et arbeidsforhold, innebærer at man er avhengig av effektiv kontroll med utøvelse av styringsretten for å unngå maktmisbruk. Blant kontrollmekanismene er blant annet det ulovfestede kravet til saklig og forsvarlig saksbehandling, samt forbudet mot gjengjeldelse.¹⁰³ I alle gjengjeldelsessaker er det et spørsmål hvorvidt de påståtte gjengjeldelseshandlingene har årsakssammenheng med varslingen eller om handlingen er saklig begrunnet i andre forhold enn varslingen. Dette innebærer at dersom arbeidstaker, eller andre med styringsrettskompetanse, kan bevise at det foreligger saklig grunnlag for handlingen vil det ikke kunne anses som gjengjeldelse. Har arbeidstaker for eksempel mottatt oppsigelse eller andre reaksjoner vil ikke arbeidstaker være vernet dersom arbeidsgiver kan bevise at handlingen er saklig begrunnet i noe annet enn

⁹⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 53

⁹⁹ NOU 2018: 6 s. 44 og 149

¹⁰⁰ Fougner (2015) s. 91

¹⁰¹ Rt-2000-1602 «Nøkkdommen»

¹⁰² Eidsheim, Karianne Nilsen, «Forholdet mellom styringsretten og det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling jf. aml. §§ 2 A-2», Masteroppgave, Det juridiske fakultet, 2017, s. 12

¹⁰³ Fougner (2015) s. 91

varslingen.¹⁰⁴ Gjengjeldelsesforbudet er altså en begrensning i arbeidsgivers styringsrett, og vil i prinsippet enten være utøvelse av styringsretten eller manglende bruk av styringsretten.¹⁰⁵ En nærmere redegjørelse av bevisbyrden, herunder kravet til årsakssammenheng og saklig begrunnelse følger i kapittel 4 om innholdet i den delte bevisbyrden.

I «Fengselsinspektør-dommen» var spørsmålet om en arbeidstaker hadde blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse etter at han hadde varslet om en rekke kritikkverdige forhold.¹⁰⁶ Retten kom til at de fleste varslingene var i tråd med varlingsretten, men fant ikke at det forelå ulovlig gjengjeldelse. I dommen drøfter lagmannsretten om de påståtte gjengjeldelseshandlingene er gjengjeldelse eller utslag av den ulovfestede styringsretten. Arbeidstaker hadde blant annet anført at kontroll med hans utlån fra fengselets arkiv var overvåking som resultat av gjengjeldelse. Lagmannsretten uttaler imidlertid at: «*[P]å bakgrunn av arkivets karakter er lagmannsretten av den oppfatning at dette er fornuftige forholdsregler eller rutiner som er utslag av arbeidsgivers saklige styrings- og instruksjonsrett*».¹⁰⁷ Retten anså det med andre ord sannsynliggjort at handlingen var et utslag av den ulovfestede styringsretten, og ikke et resultat av arbeidstakers varsling.

3.5 Konsekvensen av brudd på gjengjeldelsesvernet

Arbeidstakere som har blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse etter varsling om kritikkverdige forhold har krav på oppreisning, jf. aml. § 2 A-2, jf. 2 A-1. Det følger av § 2 A-2 tredje ledd at man kan ha rett på oppreisning «uten hensyn til arbeidsgivers skyld» dersom man har vært utsatt for ulovlig gjengjeldelse. Det kreves heller ikke at arbeidstaker har lidt økonomisk tap for å ha rett på oppreisning. Ordlyden «uten hensyn til arbeidsgivers skyld» innebærer at det ikke er snakk om et culpakrav, men et objektivi ansvar. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen skal tolkes tilsvarende som aml. § 13-9.¹⁰⁸ Oppreisning har to formål. For det første er det ment som en «kompensasjon» for den krenkelse arbeidstaker har opplevd ved gjengjeldelse.¹⁰⁹ Med andre ord er det ment som en gjenopprettelse av situasjonen

¹⁰⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 52

¹⁰⁵ Fougner (2015) s. 93

¹⁰⁶ LB-2010-40623 «Fengselsinspektør-dommen»

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 53

¹⁰⁹ Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) s. 52

arbeidstaker har vært utsatt for. For det andre er oppreisning ment som en følbare reaksjon overfor arbeidsgiver. Oppreisning skal virke «preventivt», slik at man i større grad unngår at gjengjeldelse blir et resultat etter varsling.¹¹⁰

Av bestemmelsen følger det at oppreisning skal fastsettes til et beløp som retten «*finner rimelig*», jf. aml. § 2 A-2 tredje ledd. Vurderingen tas på bakgrunn av «*partenes forhold*» og «*omstendighetene forøvrig*». Ordlyden tilsier at dette innebærer en konkret og skjønnsmessig vurdering. Det følger av forarbeidene at det skal legges vekt på arten og alvorlighetsgraden av gjengjeldelsen, i tillegg til forhold på arbeidstakers side.¹¹¹ Det fremheves at «*sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha avskrekkende virkning*».¹¹²

Ved vurderingen av spørsmålet om oppreisningserstatning skal det uansett ikke tas hensyn til økonomisk tap, da dette kan kreves erstattet etter alminnelige erstatningsrettslige regler, jf. aml. § 2 A-2 tredje ledd siste setning.¹¹³ Her vil de alminnelige erstatningsreglene gjelde, slik at det foreligger krav om skyld fra arbeidsgiver for å få medhold i erstatningskravet.¹¹⁴

I en dom fra lagmannsretten, «Holmestrand-dommen», var spørsmålet om arbeidstaker i kommunen hadde krav på oppreisningserstatning som følge av gjengjeldelse i forbindelse med varsling.¹¹⁵ Arbeidstakeren hadde varslet om kritikkverdige handlinger fra sin leder, og ble utsatt for gjengjeldelse, da hun ble utestengt fra arbeid i andre deler av kommunen. Retten kom til at gjengjeldelsen var «*sterkt klanderverdig og fullstendig uproportjonal*».¹¹⁶ Ved sin vurdering av oppreisningskravet la retten vekt på at utestengelsen fra arbeidet var «*hensynsløs og gravende*», i tillegg til at kommunen hadde bidratt til at saken ble langtrukket.¹¹⁷ Hun ble tilkjent kr. 150.000 i oppreisning.

I «Norwelt-dommen» ble arbeidstaker tilkjent oppreisning som følge av gjengjeldelse i forbindelse med varsling.¹¹⁸ Ved vurderingen av oppreisningens størrelse la retten vekt på at arbeidstaker hadde vært utsatt for massiv og gjentatt trakassering.¹¹⁹ Videre la retten vekt på

¹¹⁰ *Ibid.* s. 52

¹¹¹ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 53

¹¹² *Ibid.* s. 53

¹¹³ *Ibid.* s. 53

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 329

¹¹⁵ LA-2009-57115 «Holmestrand-dommen», se også punkt 4.5.4

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ LB-2009-36995 «Norwelt-dommen», se også punkt 4.5.5

¹¹⁹ *Ibid.*

at det hadde vært en «*meget stor belastning*» og at han hadde vært «*utsatt for et sterkt menneskelig press*». ¹²⁰ Her var kr. 100.000 er et passelig beløp.

Også i «Monika-saken» og «Siemens-dommen» ble arbeidstaker tilkjent henholdsvis kr. 200.000 og 750.000 i oppreisningserstatning. ¹²¹ I «Siemens-dommen» konkluderte tingretten med at oppsigelse av en divisjonsøkonom var gjengjeldelse som følge av at han hadde varslet.

Ut over de nevnte avgjørelsene finnes det lite rettspraksis hvor arbeidstaker har blitt tilkjent oppreisning som følge av gjengjeldelse ved varsling. Tendensen ser ut til å være at det skal en del til for at arbeidstaker får medhold i en påstand om gjengjeldelse, og dermed ha krav på oppreisning. ¹²² Varslingsutvalget gir i utredningen sin signaler om at erstatningsnivået er for lavt. ¹²³

I det følgende redegjøres det for det nærmere innholdet i bevisbyrderegelen ved gjengjeldelse i varslingssaker. Først redegjøres det for innholdet i ordlyden og andre tilgjengelige rettskilder. Videre følger en gjennomgang av utvalgt rettspraksis, som kan bidra til å belyse hvordan bevisbyrderegelen anvendes i praksis.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ <https://www.nrk.no/hordaland/monika-varsler-har-fatt-erstatning-fra-staten-1.13185903> (sist lest 4. april 2018) og TOSLO-2004-99016

¹²² Se punkt 4.5

¹²³ NOU 2018: 6 s. 174

4 Innholdet i den delte bevisbyrden ved gjengjeldelse

4.1 Prinsippet om fri bevisvurdering

Tvisteloven (tvL.) § 21-2 første ledd fastslår prinsippet om fri bevisvurdering i sivile tvister.¹²⁴

Utgangspunktet er at retten fritt kan avgjøre hvilke bevis som skal legges til grunn for avgjørelsen, så lenge bevisene er kommet frem under saksbehandlingen. Unntaket er at retten uansett kan trekke inn *«faktiske forhold som er erkjent av partene, vitterlige kjensgjerninger og den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde»*.¹²⁵

I tilfeller hvor kunnskapen er usikker gjelder kravet om kontradiksjon, jf. tvL. § 11-1. Selv om utgangspunktet er fri bevisvurdering følger det av sikker rett at begivenhetsnære bevis ofte tillegges stor vekt.¹²⁶ Bestemmelsen regulerer ikke beviskravet og dets nærmere innhold.

Imidlertid er det sikker rett at utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

4.2 Bevisbyrderegulens virkeområde

I teorien har det vært omstridt når bevisbyrderegler generelt kommer til anvendelse. Mens enkelte mener at bevisbyrdereglene alltid bør anvendes, mener andre at anvendelse av bevisbyrderegler bare er nødvendig i sjeldne tilfeller.¹²⁷ En nærmere gjennomgang av de ulike standpunktene faller utenfor rammene av denne oppgaven.¹²⁸ Det er imidlertid ikke tvilsomt at bevisbyrderegelen i aml. § 2 A-2 første ledd gjør seg gjeldende i saker hvor det er tvil om årsakssammenhengen mellom varsling og påstått gjengjeldelse. Av tvisteloven § 21-1 fremgår det at *«[r]eglene om bevis gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken»*. Det innebærer ifølge Schei at bevisreglene ikke angår rettsanvendelsen.¹²⁹

¹²⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

¹²⁵ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 453

¹²⁶ Se blant annet Rt-1999-1473, Rt-2000-620 og Rt-2005-1050

¹²⁷ Robberstad (2011) punkt 4, se Eckhoff, Torstein, «Tvilsrisikoen: (bevisbyrden)», 1943

¹²⁸ Se Robberstad (2011)

¹²⁹ Schei mfl., *Tvisteloven – kommentarutgave*, bind II (2007) s. 982

Av forarbeidene til bevisbyrderegelen i aml. § 2 A-2 går det frem at bevisbyrderegelen kommer til anvendelse i tvister hvor gjengjeldelse påstås begrunnet i arbeidstakers ytringer.¹³⁰ Regelen kommer med andre ord til anvendelse der arbeidstaker hevder seg utsatt for gjengjeldelse etter å ha varslet om «kritikkverdige forhold» på «forsvarlig» måte, jf. aml. § 2 A-1. Den delte bevisbyrden i aml. § 2 A-2 kommer også til anvendelse i saker hvor det er varslet om diskriminering i strid med aml. § 13-1, samt i diskrimineringssaker med spørsmål om gjengjeldelse, jf. aml. § 13-8.¹³¹ I tillegg fremgår det av forarbeidene at bevisbyrderegelen i aml. § 2 A-2 kommer til anvendelse i saker som gjelder oppsigelser og stillingsvernsvister etter arbeidsmiljøloven kapittel 15 og 17.¹³² Tidligere gjaldt bevisbyrderegelen også i saker om stillingsvern etter tjenestemannsloven.¹³³ Denne loven er nå opphevet, og er erstattet av statsansatteloven.¹³⁴ Det er uklart hvorvidt den nye loven er en videreføring av tidligere rettstilstand.¹³⁵ I det følgende avgrenses det mot en nærmere gjennomgang av innholdet i stillingsvernet, både i arbeidsmiljøloven og statsansatteloven.

Bevisbyrderegelen kommer først i bruk etter at bevisføringen er unnagjort. Det er når rettsanvenderen skal fatte en avgjørelse at det blir aktuelt å se hen til hvor bevisbyrden ligger, for å avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn. Det er med andre ord ikke en situasjon hvor det først føres beviser for det ene, og deretter for det andre, selv om det kan fremstå slik. Man ser imidlertid på det samlede bevisbildet, og ser på hva som taler for det ene, og hva som taler for det andre, før konklusjon fattes.¹³⁶

4.3 Bevisbyrden ved tvist om gjengjeldelse, jf. aml. § 2 A-2

4.3.1 Generelt om bevisbyrden i aml. § 2 A-2

For å forstå rettsanvendelsen og bevisvurderingen i gjengjeldelsessaker, er det viktig å ha for seg to perspektiv på ved gjengjeldelsesproblematikken. Det ene er et statisk, og det andre et dynamisk perspektiv. Det statiske perspektivet går ut på at hver enkelt gjengjeldelseshandling

¹³⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 53

¹³¹ *Ibid.* s. 53

¹³² *Ibid.* s. 53

¹³³ *Ibid.* s. 53

¹³⁴ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

¹³⁵ Se prop.81 L (2016-2017) s. 45 hvor den delte bevisbyrden i tidligere aml. § 2-5 nevnes.

¹³⁶ Robberstad (2011) punkt 11

vurderes i forhold til gjengjeldelsesforbudet.¹³⁷ Det dynamiske perspektivet går derimot ut på å se handlingene i sammenheng og i forhold til varslingsprosessen i sin helhet.¹³⁸

Avgjørende for spørsmålet om det foreligger brudd på gjengjeldelsesforbudet i aml. § 2 A-2 første ledd første punktum, er hvorvidt det er «årsakssammenheng mellom varsel og den påståtte gjengjeldelse».¹³⁹ Det følger av § 2 A-2 første ledd andre punktum at:

«Dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med første punktum, skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted hvis ikke arbeidsgiver sannsynliggjør noe annet».

En naturlig forståelse av ordlyden viser at det er arbeidstaker som er pålagt å føre bevis for at det foreligger gjengjeldeshandling(er), mens arbeidsgiver har ansvaret for å bevise at det ikke er en sammenheng mellom de påståtte gjengjeldeshandlingene og varselet som er fremsatt. Dette viser til at det gjelder en delt bevisbyrde ved fastlegging av hvorvidt en handling rammes av gjengjeldelsesforbudet.

4.3.2 Arbeidstakers bevisbyrde

Arbeidstaker skal altså legge frem opplysninger som gir «grunn til å tro» at gjengjeldelse har funnet sted, jf. aml. § 2 A-2. Loven gir ingen veiledning om hva det nærmere innholdet i ordlyden er. En naturlig forståelse av begrepet tilsier at arbeidstaker har ansvar for å fremlegge bevis som gir en viss sannsynlighet for at gjengjeldelse har funnet sted, nærmere bestemt at det må foreligge en begrunnet mistanke for gjengjeldelse. I forarbeidene kommer det frem at det vil være tilstrekkelig at arbeidsgiver viser at varslingsprosessen har skjedd, og at handlingen det strides om har skjedd «tett på varslingsprosessen i tid».¹⁴⁰ Det er med andre ord snakk om et mildt beviskrav.

I «Fengselsinspektør-dommen» var spørsmålet om en ansatt i fengselet var utsatt for gjengjeldelse etter gjentatt varslingsprosessen.¹⁴¹ Handlinger som skjedde ett år etter siste varslingsprosessen

¹³⁷ Eriksen (2017) s. 114

¹³⁸ *Ibid.* s. 114-115

¹³⁹ Eriksen (2016) s. 37

¹⁴⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 53

¹⁴¹ LB-2010-40623 «Fengselsinspektør-dommen»

ikke «*tett på varslingen i tid*». ¹⁴² På grunn av dette kunne ikke tidsmomentet være avgjørende for om det var «*grunn til å tro*» at det forelå gjengjeldelse. I tilfeller hvor tidsmomentet ikke oppfylles, kreves det trolig noe ytterligere for at arbeidstaker har oppfylt sin bevisbyrde.

Forarbeidene gir altså to momenter å foreta «*grunn til å tro*»-vurderingen ut i fra. Hvorvidt arbeidstaker klarer å vise at varsling har skjedd, og om varslingen og påstått gjengjeldelse har foregått tilstrekkelig nært i tid. I det videre skal det sies noe om arbeidsgivers bevisbyrde, før det følger en nærmere gjennomgang av rettskilder som kan bidra til å belyse innholdet i bevisbyrde til arbeidstaker og arbeidsgiver.

4.3.3 Arbeidsgivers bevisbyrde

Dersom arbeidstaker har oppfylt sin del av bevisbyrden, og det er «*grunn til å tro*» at gjengjeldelse har funnet sted, ligger bevisbyrden hos arbeidsgiver. Presumsjonen er nå at gjengjeldelse har funnet sted, med mindre arbeidsgiver klarer å motbevise påstanden. Det følger av aml. § 2 A-2 første ledd at arbeidsgiver må «*sannsynliggjør noe annet*» for at man skal kunne konkludere med at arbeidstaker ikke har blitt utsatt for gjengjeldelse. Innholdet i ordlyden «*sannsynliggjør noe annet*» er ikke nærmere presisert i loven. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at arbeidsgiver må bevise at de omtvistede handlingene kan begrunnes i noe annet enn varslingen. Ordlyden «*sannsynliggjør*» er etter naturlig språklig forståelse et høyere beviskrav enn «*grunn til å tro*». Av forarbeidene fremgår det at kravet er sannsynlighetsovervekt for manglende årsakssammenheng. ¹⁴³ Dette innebærer at det kreves mer enn 50 prosent sannsynlighet for manglende årsakssammenheng, slik at man kan konkludere med at gjengjeldelse ikke har funnet sted.

4.3.4 Grensen mellom gjengjeldelse og arbeidsgivers mulighet til å komme med motyttringer

Forbudet mot gjengjeldelse er ikke til hinder for at arbeidstaker kommer med motyttringer mot arbeidsgiver i varslingssaker. ¹⁴⁴ Dette innebærer at arbeidstaker må tolerere at arbeidsgiver og

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 130

¹⁴⁴ *Ibid.* s. 43

andre kolleger gir råd eller argumenterer imot kritikk som de er uenige i. Legges det frem påstand om gjengjeldelse, hvor gjengjeldelseshandlingene har karakter av å være akseptable motytringer, vil dette oppfylle arbeidstakers bevisbyrde. Har derimot motstanden karakter av trakassering, vil det være utenfor grensen av lovlige motytringer, og det kan være snakk om gjengjeldelse.¹⁴⁵ Med trakassering menes «*når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet*».¹⁴⁶

I «Ondskapens hotell-dommen» var spørsmålet om arbeidstaker ved et hotell hadde krav på oppreisning som følge av gjengjeldelse etter varsling.¹⁴⁷ Arbeidstaker fikk ikke medhold. I forbindelse med saken hadde arbeidstaker latt seg intervju i VG, hvor han omtalte arbeidsgiver som «Ondskapens hotell». Arbeidsgiver hadde i samme artikkel tatt til motmæle, og uttalte at arbeidstaker «*ikke klarte jobben*» og at «*det er ikke alle som er lagd for å være leder*».¹⁴⁸ Arbeidstaker anførte i saken at arbeidsgivers uttalelser var et ledd i gjengjeldelsen. Lagmannsretten sier imidlertid at arbeidsgivers uttalelser ikke kan tillegges betydning. Uttalelsene «*er kommet etter at forholdet mellom partene hadde kjørt seg fast og som et svar på et meget skarpt angrep fra ham i media*».¹⁴⁹

Uttalelsene i «Ondskapens hotell-dommen» kan illustrere at det foreligger en viss adgang for arbeidsgiver til å stå imot, og da særlig i tilfeller hvor arbeidstaker har ytret seg skarpt i media. Slike uttalelser fra arbeidstaker kan potensielt innebærer store negative konsekvenser for arbeidsgiver og virksomheten, noe som tilsier at arbeidstaker bør ha en viss adgang til å argumentere mot slike sterke ytringer fra varslende arbeidstaker uten at det nødvendigvis er gjengjeldelse. Hvor grensen går for hva som er akseptabel må domstolen vurdere konkret.

¹⁴⁵ *Ibid.* s. 43

¹⁴⁶ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 325

¹⁴⁷ LB-2008-184675 «Ondskapens hotell-dommen»

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

4.3.5 Innholdet i den delte bevisbyrden i lys av «NAV-dommen» og «Forsvarsdommen»¹⁵⁰

Det foreligger ikke Høyesterettspraksis som behandler innholdet bevisbyrderregelen i § 2 A-2 første ledd på prinsipielt grunnlag. Imidlertid finnes det Høyesterettspraksis om andre bestemmelser med delt bevisbyrde. Det er ikke sikkert at bevisbedømmelsen blir den samme etter aml. § 2 A-2, men generelle uttalelser som knytter seg til bevisbedømmelsen vil kunne ha overføringsverdi.¹⁵¹ Spørsmålet er dermed om Høyesterettspraksis om andre bestemmelser med delt bevisbyrde kan gi veiledning med hensyn til å klarlegge det nærmere innholdet i § 2 A-2 første ledd siste setning.

I «NAV-dommen» var spørsmålet om en sosionom var utsatt for usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder, i strid med aml. § 13-1 første ledd. Mannen hadde søkt på en stilling i NAV, og hevdet at han var blitt forskjellsbehandlet på grunn av alder da det ble bestemt at han ikke skulle innkalles til intervju.¹⁵² Høyesterett kom til at mannen ikke var forskjellsbehandlet. De fant det bevist at NAV mest sannsynlig ønsket å rekruttere en person med en annen kompetanse enn sosialfaglig. For å avgjøre om han var forskjellsbehandlet på grunn av alder, behandler retten innholdet i bevisbyrderregelen i aml. § 13-8. Bestemmelsen innebærer at dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir «*grunn til å tro*» at diskriminering har funnet sted, er det opp til arbeidsgiver å «*sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted*». Dette er et eksempel på delt bevisbyrde, med tilsvarende vilkår som i aml. § 2 A-2. Om «*grunn til å tro*» sier retten at arbeidstakers påstand om diskriminering ikke er tilstrekkelig til at bevisbyrden går over på arbeidstaker. Det må legges frem bevis som gir «*indikasjoner på at der har funnet sted usaklig forskjellsbehandling*», noe som innebærer en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt.¹⁵³ Det kreves med andre ord mindre enn 50 prosent sannsynlighet for at beviskravet er oppfylt. Det avgjørende er at arbeidstaker klarer å etablere en presumsjon for diskriminering.¹⁵⁴

Om arbeidsgivers bevisbyrde sier retten at, dersom det foreligger *indikasjoner* på at forskjellsbehandling har funnet sted, er det arbeidsgivers ansvar å etablere en

¹⁵⁰ Rt-2012-424 «NAV-dommen» og Rt-2014-402 «Forsvarsdommen»

¹⁵¹ Arntzen de Besche, (2013) s. 46

¹⁵² Rt-2012-424 «NAV-dommen»

¹⁵³ *Ibid.* avsnitt 38

¹⁵⁴ *Ibid.* avsnitt 37

sannsynlighetsovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet for det likevel ikke har funnet sted.¹⁵⁵ Det er med andre ord snakk om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dersom det er tvil etter endt bevisførsel er det arbeidsgiver som sitter igjen med tvilsrisikoen.¹⁵⁶ At bevisbyrden går over til arbeidsgiver betyr at arbeidsgiver er den tvilen går ut over, og ikke arbeidstaker, slik det ville vært etter alminnelige prosessregler. Når det kommer til selve bevisbedømmelsen sier retten at det ikke er holdepunkt for at spesielle prinsipper gjelder. Uansett er ikke arbeidsgivers forsikring om at diskriminering ikke har funnet sted et bevis med selvstendig verdi.¹⁵⁷ Det kan likevel ha betydning i tilknytning til slutninger etter andre mer objektive forhold.¹⁵⁸

I «NAV-dommen» var det tilstrekkelig å vise til søkerens formelle og reelle kompetanse, stillingens utlysningstekst og arbeidssøkers forventning om å bli innkalt til intervju for å å bevisbyrden gikk over på arbeidsgiver.¹⁵⁹ Den videre vurderingen går ut i fra at:

*«[D]et må konkluderes med at det har funnet sted aldersdiskriminering, med mindre staten sannsynliggjør at As alder likevel var uten betydning for beslutningen om ikke å kalle ham til intervju – at dette valget utelukkende hadde ikke-diskriminerende årsaker».*¹⁶⁰

Ved denne vurderingen vektla retten de øvrige ansattes kompetanse, sammenholdt med kompleksiteten i arbeidsoppgavene ved kontoret. Avgjørelsen ble fattet på bakgrunn av en helhetsvurdering da Høyesterett kom til at det var mer enn 50 prosent sannsynlighet for at det ikke forelå forskjellsbehandling.¹⁶¹

I «NAV-dommen» sier Høyesterett ikke noe om hvorvidt uttalelsene gjelder generelt for innholdet i bestemmelser med delt bevisbyrde. Her kan «Forsvars-dommen» være veiledende.¹⁶² I «Forsvars-dommen» var det spørsmål om en søker hadde blitt usaklig forskjellsbehandlet ved utnevning til stilling som sjef ved Forsvarets skolesenter. Høyesterett kom til at det ikke hadde skjedd usaklig forskjellsbehandling, og at den best kvalifiserte

¹⁵⁵ *Ibid.* avsnitt 40

¹⁵⁶ *Ibid.* avsnitt 39

¹⁵⁷ *Ibid.* avsnitt 40

¹⁵⁸ *Ibid.* avsnitt 40

¹⁵⁹ *Ibid.* avsnitt 42

¹⁶⁰ *Ibid.* avsnitt 43

¹⁶¹ *Ibid.* avsnitt 46

¹⁶² Rt-2014-402 «Forsvars-dommen»

søkeren var utnevnt.¹⁶³ Det var ikke brudd på likestillingsloven av 1978. I dommen drøftes regelen med delt bevisbyrde i § 16 i den opphevede likestillingsloven fra 1978. Høyesterett trekker paralleller til det som er sagt i «NAV-dommen», og sier at forståelsen av delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16 må være tilsvarende som aml. § 13-8. Retten begrunner parallelltolkningen med at bestemmelsene bygger på de samme hensyn og tilsvarende formål, noe som tilsier at innholdet i reglene også må være det samme.¹⁶⁴

Ut i fra hensynet til sammenheng i regelverket og forarbeidsuttalelsene om at prinsippet om delt bevisbyrde bør være likt i alle gjengjeldelsestviser, må det kunne legges til grunn at uttalelsene i «NAV-dommen» jf. «Forsvars-dommen» må gjelde tilsvarende for innholdet i den delte bevisbyrden ved tvist om gjengjeldelse etter aml. § 2 A-2.¹⁶⁵ Legges tilsvarende forståelse til grunn er det tilstrekkelig at arbeidstaker klarer å bevise at det foreligger «indikasjoner på» at gjengjeldelse har funnet sted, for at tvilsrisikoen ligger hos arbeidsgiver.

4.3.6 Rettskilder tilknyttet øvrige bestemmelser med delt bevisbyrde

Det videre spørsmålet er om øvrige rettskilder knyttet til bestemmelser med delt bevisbyrde kan gi bidrag til klarlegging av innholdet i den delte bevisbyrden i aml. § 2 A-2.

I likhet med aml. § 13-8 og § 2 A-2 har også likestillings- og diskrimineringsloven § 37 en regel med delt bevisbyrde.¹⁶⁶ Bestemmelsen erstattet blant annet likestillingsloven av 2013 § 27, som igjen hadde erstattet likestillingsloven av 1978 § 16. Det fremgår av lovforarbeidene at presumsjonen for diskriminering må etableres på bakgrunn av «sakens ytre omstendigheter».¹⁶⁷ Det kan for eksempel være tilstrekkelig å vise til at andre tildeles det aktuelle godet på nærmere vilkår.¹⁶⁸ Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at det samme må gjelde ved spørsmål om gjengjeldelse etter aml. § 2 A-2. Dette innebærer for eksempel at i saker der endring av arbeidsoppgaver påstås som gjengjeldelse, kan det være

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 44

¹⁶⁶ Lov 16. juni 2017 nr. 51 Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

¹⁶⁷ Prop.81 L (2016-2017) s. 293

¹⁶⁸ *Ibid.* s. 293

tilstrekkelig å vise til at andre arbeidstakere i tilsvarende stilling ikke har opplevd endring eller handlinger i samme tidsrom.

Om «grunn til å tro» sier lovgiver at det er en lempeligere standard enn det alminnelige beviskravet, men at klager uansett har bevisføringsrisikoen.¹⁶⁹ Dette innebærer at dersom de innledende opplysningene ikke gir en viss sannsynlighet for diskriminering, vil det gå ut over klager.¹⁷⁰ Påstander om diskriminering vil i seg selv ikke være tilstrekkelig til å legge ansvaret hos motpart. Påstanden må imidlertid vurderes i forhold til «hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter».¹⁷¹ Det kreves ikke bevis i form av vitner eller dokumenter. Det er tilstrekkelig at de ytre omstendighetene bidrar til å underbygge påstanden om diskriminering.¹⁷² Det vil bero på en konkret vurdering hvorvidt beviskravet er oppfylt. Også her trekker hensynet til sammenheng i regelverket og det at reglene bygger på tilsvarende hensyn i retning av at tilsvarende vurdering må gjelde for bevisbyrden i gjengjeldelsaker, jf. aml. § 2 A-2. Det betyr at det ikke vil være tilstrekkelig at arbeidstaker påstår at gjengjeldelse har funnet sted for at bevisbyrden går over på arbeidsgiver. Arbeidstaker må imidlertid bevise det ut i fra omstendighetene rundt varslingssaken og hendelser som har foregått i kjølvannet av varslingen.

Når det gjelder arbeidsgivers bevisbyrde om «sannsynlighetsovervekt» har Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN) foretatt en totalvurdering i sine avgjørelser. Ved vurderingen inngår blant annet fremlagt dokumentasjon, samt partenes muntlige og skriftlige forklaringer. Avgjørelsen fattes på bakgrunn av en samlet vurdering.¹⁷³ Kravet som LDN stiller er at dokumentasjonen er «etterprøvable og tidsnær» for at bevisbyrden skal kunne anses oppfylt.¹⁷⁴ I en sak for LDN presiseres det at «det gjelder for nemnda som ved bevisvurderinger for domstolene, at tids- og/eller begivenhetsnære bevis er de mest tungtveiende bevis».¹⁷⁵ LDNs praksis har liten rettskildemessig vekt, men kan være veiledende, og gi indikasjoner på hvordan bevisvurderingen ved arbeidsgivers bevisbyrde bør foretas.

Graver har i en artikkel oppsummert innholdet i den delte bevisbyrden. Han påpeker at delt bevisbyrde i realiteten innebærer at dersom det foreligger omstendigheter som gir «grunn til å

¹⁶⁹ Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) s. 130

¹⁷⁰ *Ibid.* s. 130

¹⁷¹ *Ibid.* s. 130

¹⁷² *Ibid.* s. 130

¹⁷³ Prop.81 L (2016-2017) s. 294-295

¹⁷⁴ *Ibid.* s. 294-295

¹⁷⁵ LDN-2012-8

tro» at lovbrudd har skjedd, er dette tilstrekkelig til å fatte konklusjon i denne retningen, med mindre den innklagede parten kommer med en bedre forklaring.¹⁷⁶

Ser man etter dette på bevisbyrderegelens innhold, er det i realiteten snakk om overgang av bevisbyrde på visse betingelser. Begrepet «delt bevisbyrde» kan dermed sies å være noe misvisende. Det dreier seg ikke om at bevisføringsansvaret er delt, snarere at det skifter fra arbeidstaker til arbeidsgiver etter etablert presumsjon for at gjengjeldelse *kan* ha skjedd. Forskjellen fra de alminnelige bevisreglene er at det skal mindre til for at tvilsrisiko og bevisføringsansvaret går over på arbeidsgiver.¹⁷⁷

Robberstad hevder at dersom bevisbyrderegelen i den tidligere likestillingsloven § 16, som har tilsvarende vilkår som aml. § 2 A-2, tolkes i tråd med forarbeidene, dreier det seg i realiteten ikke om en bevisbyrderegel. Robberstad påpeker at forarbeidene til bestemmelsen synes å tyde på at man først skal føre bevis for det ene, og deretter for det andre. Imidlertid vil ikke dette være reell objektiv bevisbyrde, men en subjektiv vurdering.¹⁷⁸ Robberstad hevder at forarbeidsuttalelser om bevisbyrderegelen ikke bør tillegges vekt, på grunn av ukorrekt forståelse av hva bevisbyrderegelen innebærer.¹⁷⁹ Lindblom har uttrykt at: «*Bevisbördan rör sig inte [...]*»¹⁸⁰ Det dreier seg i følge Robberstad ikke om en egentlig bevisbyrderegel dersom man legger til grunn at bevisbyrden først ligger hos arbeidstaker, og deretter flytter seg til arbeidsgiver. Robberstad forklaring innebærer at bevisbyrden ikke «går over» i egentlig forstand. Man ser det samlede faktum, og vurderer hvorvidt der er «*grunn til å tro*» at gjengjeldelse har funnet sted, og hvis det er en presumsjon for dette, må det «*sannsynliggjør[es]*» at det likevel ikke er tilfellet. Robberstad påpeker at feil forståelse kan medføre at bevisbyrderegelen blir brukt feil.¹⁸¹

¹⁷⁶ Graver, Hans Petter, «Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering?», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2009, s. 191-233

¹⁷⁷ Arbeidsrett.no kommentar til aml. § 13-8 (sist lest 2. mars 2018) tilgjengelig på <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/14/9/> (krever innlogging)

¹⁷⁸ Robberstad (2011) punkt 11

¹⁷⁹ *Ibid.* punkt 11

¹⁸⁰ Lindblom, Per Henrik, *Sena uppsatser: om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen* (2006) s. 417

¹⁸¹ Robberstad (2013) punkt 8

4.4 Andre lands forhold til delt bevisbyrde

4.4.1 Sverige

Det er bare Norge og Sverige, av de nordiske landene som har særskilt lovregulering om varsling. Den svenske loven gir varslere vern mot gjengjeldelse, og rett til erstatning dersom man er blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse.¹⁸² Det svenske gjengjeldelsesforbudet bygger i likhet med arbeidsmiljøloven § 2 A-2 på delt bevisbyrde. Dersom arbeidstaker viser til forhold som gir grunn til å tro at gjengjeldelse foreligger, er det arbeidsgivers ansvar å bevise at gjengjeldelse likevel ikke har funnet sted.¹⁸³ Utgangspunktet er med andre ord det samme i norsk og svensk rett, hvor både arbeidstaker og arbeidsgiver har et visst ansvar for å påvise eller motbevise at gjengjeldelse har funnet sted. Sverige har også delt bevisbyrde i saker om diskriminering og gjengjeldelse i strid med loven, jf. den svenske diskrimineringslagen kapittel 3 §.¹⁸⁴ I de svenske forarbeidene fremgår det at det bør være arbeidstakers ansvar å *«styrka att han eller hon har slagit larm och att den påstådda repressalien faktiskt har vidtagits»*.¹⁸⁵ Dersom arbeidstaker lykkes med å bevise dette er det arbeidsgivers ansvar å motbevise presumsjonen gjennom å *«visa att åtgärden har vidtagits av helt andra orsaker än larmet och att det därför saknas orsakssamband mellan larmet och åtgärden»*¹⁸⁶

4.4.2 Danmark

I Danmark har man som nevnt ikke særskilt lovregulering av varsling. Delt bevisbyrde finnes imidlertid også i dansk rett i flere lover, blant annet i ligestillingsloven og forskjellsbehandlingsloven.¹⁸⁷ I ligestillingsloven § 2 stk. 4, som omhandler forskjellsbehandling på grunn av kjønn, er det den krenkede personen som har ansvar for å påvise faktiske omstendigheter som *«giver anledning til at formode»* at forskjellsbehandling foreligger. Motparten har ansvar for å *«bevise»* at det ikke foreligger en krenkelse.

¹⁸² Prop.72 L (2016-2017) s. 14

¹⁸³ *Ibid.* s. 14

¹⁸⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 296

¹⁸⁵ SOU 2014:31 s. 302

¹⁸⁶ *Ibid.* s. 303

¹⁸⁷ Prop.81 L (2016-2017) s. 296

4.4.3 USA

I USA blir arbeidstakere som går ut med informasjon om kritikkverdige forhold stadig bedre vernet. Det foreligger en rekke lover som ivaretar varslere. Et eksempel er The Whistleblower protection Act fra 1989 hvor prinsippet om delt bevisbyrde gjør seg gjeldende.¹⁸⁸ Her har arbeidstaker ansvar for å «*peke på omstendigheter som tyder på*» at det er årsakssammenheng mellom gjengjeldelsehandlingen og varslingen.¹⁸⁹ Deretter har arbeidsgiver ansvar for å gjøre det overveiende sannsynlig at handlingen ville skjedd på tross av varslingen.¹⁹⁰

4.5 Delt bevisbyrde i praksis

4.5.1 Innledning

For å forstå innholdet i den delte bevisbyrden er det også nødvendig å se nærmere på hvordan bevisbyrderegelen anvendes i praksis. Det er flere avgjørelser som bygger på arbeidsmiljølovens regel om delt bevisbyrde ved varsling. Imidlertid er det ingen av disse som omtaler den delte bevisbyrden på prinsipielt grunnlag.¹⁹¹ I det følgende tar oppgaven for seg et utvalg av dommer hvor regelen om delt bevisbyrde ved gjengjeldelse i varslingssaker har blitt brukt. Anvendelsen av bevisbyrderegelen i praksis, forsøkes sammenlignet med de observasjoner som er gjort foran om forståelsen av delt bevisbyrde i forarbeider og teori.

Det foreligger som sagt ingen Høyesterettsdommer som behandler reglene. Utvalget som er gjort nedenfor er derfor basert på lagmannsrettspraksis. Dette innebærer at man ikke kan si at lagmannsrettens anvendelse er uttrykk for gjeldende rett. Gjennomgangen og dommene kan imidlertid tenkes å peke på tendensene i rettspraksis om anvendelsen av den delte bevisbyrden.

¹⁸⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 27

¹⁸⁹ *Ibid.* s. 27

¹⁹⁰ *Ibid.* s. 27-28

¹⁹¹ Arntzen de Besche, (2013) s. 10

4.5.2 «Troms-dommen»

I «Troms-dommen» var det spørsmål om arbeidstaker, som var ansatt hos NAV i Troms, var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.¹⁹² Handlingene som ble påberopt som gjengjeldelse var blant annet trakassering, trusler om oppsigelse, fratakelse av arbeidsoppgaver og mangelfull oppfølging ved sykemelding, i tillegg til subtile gjengjeldelseshandlinger. I dommen tar lagmannsretten utgangspunkt i et statisk perspektiv hvor hver av gjengjeldelseshandlingene vurderes isolert i forhold til gjengjeldelsesforbudet. Det konkluderes med manglende årsakssammenheng mellom varslingene og de påberopte gjengjeldelseshandlingene.

Om de påberopte subtile gjengjeldelseshandlingene sier retten blant annet at det er:

*«uklart hva den subtile trakasseringen skal ha bestått i fra november 2012. Det er antydning at [arbeidsgiver] har omtalt [arbeidstaker] som ustabil, vanskelig og en russisk sikkerhetsrisiko, men antydningene er for vage til at lagmannsretten finner at det er fremlagt opplysninger som gir grunn til å tro at [arbeidsgiver] har utsatt [arbeidstaker] for nedsettende omtale av hennes herkomst og personlige egenskaper».*¹⁹³

Og det konkluderes med at det «ikke [var] sannsynlighetsovervekt» for at arbeidsgiver har utsatt arbeidstaker for subtil trakassering på grunn av varslingen.¹⁹⁴ Ved å påpeke at antydningene er «for vage» peker retten på et sentralt problem ved bevisproblematikken i gjengjeldelsessaker. Det kan nemlig være utfordrende å fastlegge hva gjengjeldelsen består i så lenge handlingene det vises til er nærmest udefinerbare og vanskelige å beskrive. Også i teorien er det på generelt grunnlag uttrykt bekymring for at det kan bli vanskelig for arbeidstaker å bevise at subtil gjengjeldelse har funnet sted.¹⁹⁵ Bakgrunnen er at juridisk bevisvurdering skal være objektiv og beviselig, i motsetning til psykologien, hvor det er arbeidstakers subjektive opplevelse av konflikten som er avgjørende.¹⁹⁶

I forlengelsen av vanskeligheter med å vurdere vage gjengjeldelseshandlinger kan det stille spørsmål ved hvorvidt det er foretatt en korrekt vurdering av den delte bevisbyrden i «Troms-

¹⁹² LH-2016-36029 «Troms-dommen»

¹⁹³ LH-2016-36029

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Eriksen (2014) s. 171

¹⁹⁶ *Ibid.* s. 171

dommen». Ut i fra praksis og forarbeidsuttalelser om tilsvarende bestemmelser, synes det som at det er tilstrekkelig at det gis *indikasjoner* på at gjengjeldelse har funnet sted. I tillegg til at gjengjeldelsesbegrepet er vidt, slik at alle former for negative handlinger med årsakssammenheng til varslingen er gjengjeldelse. Dette innebærer slik jeg forstår det også at også «antydninger» om at arbeidstaker er «ustabil, vanskelig og en russisk sikkerhetsrisiko» burde vært ansett som gjengjeldelse på tross av vanskeligheter med å bevise dette fra arbeidstakers side.¹⁹⁷ Det kan synes som at retten benytter en for høy terskel i forståelsen av hva gjengjeldelse er, samtidig som gjengjeldelsen ikke vurderes som en sammensatt prosess.

Avslutningsvis sier retten at det «*ikke [var] sannsynlighetsovervekt for at hun har blitt utsatt for gjengjeldelse som følge av varsling*».¹⁹⁸ At retten her krever «*sannsynlighetsovervekt*» kan i lys av hensynet til arbeidstakers særskilte rettsvern, forarbeidsuttalelser om et mildt beviskrav og Høyesterettspraksis om innholdet i «grunn til å tro», tyde på at arbeidstakers beviskrav praktiseres strengt. Det virker i dommen som om det er vanskelig for arbeidstaker å oppnå tilstrekkelig bevisvekt til å nå frem med påstand om gjengjeldelse. En konklusjon kan imidlertid ikke trekkes på bakgrunn av en rettsavgjørelse alene. Derfor er det nødvendig å se nærmere på noen flere tilfeller hvor gjengjeldelse har vært anført.

4.5.3 «Spesialpedagog-dommen»

Saksforholdet i «Spesialpedagog-dommen» var at A var ansatt på en skole i stilling som spesialpedagogisk koordinator, og tillitsvalgt for skolens medlemmer av Utdanningsforbundet.¹⁹⁹ Hun påsto at hun var utsatt for gjengjeldelse etter varsling, og krevde Oppreisningserstatning.²⁰⁰ Hun vant imidlertid ikke frem. Arbeidstaker viste til at hun var «kalt inn på teppet» og utsatt for utstøtelse, med omplassering som resultat.²⁰¹

¹⁹⁷ LH-2016-36029

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ LG-2015-16252 «Spesialpedagog-dommen»

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

Om det at hun var «kalt inn på teppet» sier retten at dette ikke har årsakssammenheng med varslingen, slik at det heller ikke kan være gjengjeldelse.²⁰² Når det gjelder omplasseringen finner retten at heller ikke dette er gjengjeldelse.²⁰³ De sier blant annet at det:

*«heller ikke [kan] være slik at en uheldig saksbehandling i en slik situasjon gjør de tiltak som blir satt i verk til «gjengjeldelseshandlinger»» og at «[h]vilke tiltak som kan iverksettes for å «roe forholdene ned», må bero på en konkret vurdering».*²⁰⁴

Dersom det skal være adgang for arbeidsgiver til å foreta handlinger i forbindelse med varsling for å «roe forholdene ned» kan dette i følge reelle hensyn gjøre det vanskelig for arbeidstaker å vinne frem med påstand om gjengjeldelse. Åpner man for denne muligheten kan det i realiteten gi arbeidsgiver en mulighet til å skjule seg og sine handlinger med den begrunnelse at handlingene brukes for å «roe forholdene».

I tillegg til de påståtte gjengjeldelseshandlingene viste også arbeidstaker til feil ved bevisbedømmelsen fra tingretten. Herunder viste hun til at det er «den samlede belastning som er avgjørende for om hun har vært utsatt for gjengjeldelseshandlinger».²⁰⁵ Påstanden ble ikke behandlet av retten. I stedet ble handlingene legitimert gjennom at arbeidstaker var konfliktskapende, og at hun selv måtte ta risikoen for at konflikten hadde eskalert.²⁰⁶

Ser man «Spesialpedagog-dommen» og «NAV Troms-dommen» i sammenheng kan det synes som om retten i liten grad problematiserer den delte bevisbyrden. I en høringsuttalelse er det uttrykt bekymring for at reglens utforming åpner for at retten i for stor grad fokuserer på arbeidstakers opptreden, i stedet for innholdet i varselet.²⁰⁷ Også i juridisk teori er den manglende behandlingen av den delte bevisbyrdens betydning påpekt. Her fremgår det også at konsekvensen av manglende problematisering av bevisbyrden kan bli en for høy terskel for å nå frem med påstand om gjengjeldelse, i forhold til hva lovgivers intensjon var.²⁰⁸ I lys av de to avgjørelsene kan det virke som om de uttalte bekymringene gjør seg gjeldende i praksis, og at tendensen er at arbeidstakers bevisbyrde praktiseres for strengt og at fokuset fort blir på arbeidstakers opptreden i stedet for innholdet i den påståtte gjengjeldelsen.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Ot.prp.nr. 84 s. 35

²⁰⁸ Eriksen (2016) s. 243

4.5.4 «Holmestrand-dommen»

I «Holmestrand-dommen» var det flere omtvistede forhold.²⁰⁹ Et av spørsmålene var om en kvinnelig arbeidstaker hadde blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse etter å ha varslet om kritikkverdige handlinger fra sin leder.²¹⁰ Arbeidstaker anførte blant annet at utestengelse fra arbeid ved flere anledninger var gjengjeldelse.

I sin vurdering subsumerer lagmannsretten slik:

«På vårparten 2008 tok personalsjef i kommunen, J, kontakt med rektor N i voksenopplæringen og med barnevernstjenesten og sørget for at de midlertidige arbeidsavtaler A var i ferd med å inngå der, ble avvirket. Kommunen har anført at dette var for å forhindre at A skulle få styrket sin sak om ulovlig midlertidig ansettelse, og ikke som gjengjeldelse etter varsling. Lagmannsretten legger på sin side til grunn at A, som en dyktig og betrodd medarbeider i kommunen, aldri ville opplevd slik massiv utestengelse hvis det ikke hadde vært som gjengjeldelse.»²¹¹

Her foretar retten en konkret vurdering av forholdene. Den anførte gjengjeldeshandlingen, og kommunens beviser i motsatt retning sammenholdes, og retten finner at det «foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted en gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5».²¹² Videre uttaler retten at «bevisbyrden har gått over på kommunen som på ingen måte har vært i stand til å sannsynliggjøre at utestengelsen ikke var en ulovlig gjengjeldelse».²¹³ Retten tar ikke for seg det nærmere innholdet i bevisbyrden, og hvor mye som skal til for at bevisbyrden går fra arbeidstaker til arbeidsgiver. Likevel synes det som at retten har foretatt en vurdering som samsvarer med bevisbyrdens innhold slik den var tenkt fra lovgiver.

Vurderingen i «Holmestrand-dommen» virker å være mer i samsvar med lovgivers intensjoner bak delt bevisbyrde ved gjengjeldelse, enn vurderingene som er foretatt i «NAV

²⁰⁹ LA-2009-57115 «Holmestrand-dommen»

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

Troms-dommen»²¹⁴ og «Spesialpedagog-dommen»²¹⁵, hvor arbeidstakers bevisbyrde trolig er vurdert i strengeste laget.

4.5.5 «Norwelt-dommen»

Også i «Norwelt-dommen» var et av spørsmålene om arbeidstaker var utsatt for gjengjeldelse etter å ha varslet om kritikkverdige forhold.²¹⁶ Retten kom til at han var utsatt for en rekke gjengjeldeshandlinger. Blant annet trakassering, mobbing, sjikanering og utfrysning. I «Norwelt-dommen» foretok lagmannsretten en vurdering av arbeidstakers påstander opp mot hvorvidt arbeidsgiver hadde klart å sannsynliggjøre at handlingene likevel ikke var gjengjeldelse. Oppsummerende sier lagmannsretten at selv om det var uklart hva arbeidstaker hadde blitt utsatt for, var det ikke tvil om at det dreide seg om brudd på gjengjeldelsesforbudet. Lagmannsretten synes med dette å ha foretatt en gjengjeldelsesvurdering i et helhetlig og dynamisk perspektiv.

Lagmannsrettens vurdering i denne dommen representerer etter min mening en bevisvurdering som er mer moden, og dermed mer i tråd med lovgivers intensjoner. I dommen foretas en vurdering som viser at det er nødvendig å se sammenhengen og mønsteret i gjengjeldelsessituasjoner.²¹⁷ Lagmannsretten la til grunn at det var «totalinntrykket» av situasjonen som gjorde at det enstemmig ble konkludert med gjengjeldelse.²¹⁸

Både i «Norwelt-dommen» og «Holmestrand-dommen» var det snakk om alvorlige gjengjeldeshandlinger, som også var relativt enkle å peke på, bevise og beskrive. Noe som kan ha gjort det lettere for arbeidstaker å vinne frem, og vanskeligere for arbeidsgiver å motbevise. Det kan imidlertid synes som om problemene er større der gjengjeldeshandlingene er mer uklare og udefinerbare, slik som i f.eks. «NAV Troms-dommen».²¹⁹

²¹⁴ LH-2016-36029 «Troms-dommen»

²¹⁵ LG-2015-16252 «Spesialpedagog-dommen»

²¹⁶ LB-2009-36995 «Norwelt-dommen»

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ LH-2016-36029 «Troms-dommen»

Bevisproblematikken knyttet til uklare og udefinerbare gjengjeldeshandlinger kan også illustreres av «Kulturskole-dommen».²²⁰ Saken omhandlet blant annet et krav på oppreisning på grunn av gjengjeldelse. Arbeidstaker påsto å ha blitt utsatt for gjengjeldelse i form av trakassering over lengre tid. Retten kom imidlertid til at arbeidstaker ikke hadde kommet med opplysninger som ga «grunn til å tro» at gjengjeldelse hadde funnet sted, og at kommunen uansett hadde sannsynliggjort at gjengjeldelse ikke forelå. Om vurderingen sier lagmannsretten at det var vanskelig å forstå «*hvilke konkrete omstendigheter som ligger til grunn for anførselen om gjengjeldelse*».²²¹ Videre viser lagmannsretten til tingrettens dom hvor det fremgår at:

«Retten finner det ikke tvilsomt at A subjektivt sett har opplevd håndteringen av varslingssaken og kontakten med ulike kollegaer i den forbindelse som svært belastende. Spørsmålet er imidlertid om det objektivt sett foreligger holdepunkter for at A har vært utsatt for ugunstig behandling fra ansatte i X kommune.

Slik retten ser det foreligger det ikke slike holdepunkter. As anførsler om trakassering er i liten grad konkretisert på en slik måte at det er mulig for retten å forstå hva trakasseringen skal ha bestått i. Av vitnene som har forklart seg i saken er det i hovedsak hovedtillitsvalgt Willumsen som har støttet As anførsler om at trakassering har funnet sted. Heller ikke Willumsen kunne imidlertid konkretisere hvordan trakassering skal ha skjedd, men viste særlig til at A hadde reagert svært negativt på kommunens behandling av saken. Willumsen bisto for øvrig A og deltok ved flere møter mellom henne og rektor B og andre ansatte fra kommunen. Willumsen beskrev slike møter som høflige, og forklarte at det ikke forekom noen form for gjengjeldelse i møtene. Ut fra dette kan retten vanskelig legge til grunn As beskrivelse av slike møter som overgrep mot henne fra kommunens side.

Ut over generelle beskrivelser av arbeidsmiljøet ved Kulturskolen har heller ikke andre vitner beskrevet konkrete hendelser som tyder på at A har vært utsatt for ugunstig eller kritikkverdig behandling.»²²²

I likhet med «spesialpedagog-dommen» ser man her en av utfordringene med bevisbyrden i tilknytning til gjengjeldelse. I mange saker synes det som om en av hovedutfordringene er å få

²²⁰ LH-2016-63409 «Kulturskole-dommen»

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

beskrevet hva gjengjeldelseshandlingene består i. Det gjelder både i tilknytning til arbeidstakers anførsel, og ved vitneførselen. På grunn av kravet om objektiv bevisvurdering vil følelsene og arbeidstakers subjektive opplevelse av forholdene falle utenfor ved bevisvurderingen. Ettersom det i mange tilfeller dreier seg om «følte» handlinger, mer enn det som er mulig å bevise, vil det være utfordrende for arbeidstaker å oppfylle sin bevisbyrde, på tross av det forholdsvis milde kravet.

4.5.6 Oppsummert

På tross av at tendensen synes å være at arbeidsgiver tillegges en forholdsvis streng bevisbyrde i flere saker, er det grunn til å understreke at det vil være en konkret vurdering som dommeren trolig vil være best i stand til å vurdere. Det er dommeren som har fått bevisene lagt frem for seg, og som må forsøke å fatte den riktige avgjørelsen. Ettersom rettssystemet i alminnelighet bygger på en objektiv bevisvurdering må dommerne også forholde seg til dette, på tross av at arbeidstaker gjerne hadde kommet bedre ut av det om subjektive forhold kunne legges til grunn. I forlengelsen av dette er det sentralt å peke på viktigheten av å forså psykologien i gjengjeldelsessaker, som ble gjennomgått i 2.3. Dersom dommerne og advokatene hadde hatt bedre kunnskap om psykologien og varsling som prosess, er det grunn til å anta at en del anførsler ikke lenger vil oppfattes som så subtile og diffuse. Behovet for økt kunnskap understrekes også av varslingsutvalget.²²³

Bevisbyrderegler er komplekse, og man må være forsiktig å sin tilnærming. Robberstad har uttalt at «*[b]jastante påstander om at den ene eller andre part har bevisbyrden, bør møtes med adskillig skepsis*».²²⁴

4.6 Kan det tenkes et skjerpet beviskrav for arbeidsgiver?

Utgangspunktet i sivilprosessen er som nevnt et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette begrunnes i at partene i utgangspunktet har likeverdige interesser.²²⁵ I rettspraksis er det

²²³ NOU 2018: 6 s. 171

²²⁴ Robberstad (2011) punkt 12

²²⁵ Prop.62 L (2015-2016) s. 122

antatt at et slikt beviskrav sikrer flest riktige avgjørelser over tid.²²⁶ Imidlertid går det også frem av rettspraksis at beviskravet kan skjerpes der omstendighetene er særlig belastende for en part. Beviskravet kan være sterk, klar eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt, med andre ord noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

I følge de rettskilder som er gjennomgått gjelder det normalt et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt for arbeidsgivers bevisbyrde i gjengjeldelsessaker. Spørsmålet er om dette beviskravet under noen omstendigheter kan skjerpes, til noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Et skjerpet beviskrav for arbeidsgiver i gjengjeldelsessaker har ikke vært problematisert i rettspraksis. Det er heller ikke nærmere behandlet i forarbeidene. De følgende refleksjonene er derfor basert på tilgjengelige rettskilder og hensyn som gjør seg gjeldende.

Ettersom arbeidstakers beviskrav er lovfestet er det nødvendig å starte her. Ordlyden «*sannsynliggjør noe annet*» i aml. § 2 A-2 første ledd, stenger ikke for at beviskravet kan være noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt i visse tilfeller.

I «Avskjeds-dommen» hadde en arbeidstaker blitt avskjediget etter aml. § 15-14 på grunn av mistanke om at han urettmessig hadde tilegnet seg kontanter som tilhørte arbeidsgiver.²²⁷ Vilåret for avskjed etter aml. § 15-14 er at arbeidstaker har begått «*grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen*». Avskjed er den mest alvorlige reaksjonsformen arbeidsgiver kan bruke overfor arbeidstakere. Det gjelder en omvendt bevisbyrde, slik at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at avskjeden var rettmessig. I «Avskjeds-dommen» var spørsmålet for retten hvilket beviskrav som gjelder for å avgjøre om avskjed var i henhold til aml. § 15-14. I dommen peker Høyesterett på den belastningen en konstatering av vilåret for avskjed er oppfylt, kan være for arbeidstaker. På bakgrunn av dette kommer retten til at det må gjelde et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i avskjedssaker som den foreliggende. Retten uttaler imidlertid at det kan tenkes at beviskravet vil være alminnelig sannsynlighetsovervekt i enkelte tilfeller. Eksemplene det vises til er særlig saker hvor hensynet til tredjemann veier tungt.

Dommen gjaldt en alminnelig avskjedssak. Spørsmålet er om det kan gjelde et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i gjengjeldelsessaker der avskjed er påberopt som

²²⁶ Rt-2008-1409 avsnitt 39

²²⁷ Rt-2014-1161 «Avskjeds-dommen»

gjengjeldelse. Avskjed er som sagt en svært belastende og alvorlig reaksjonsform. Dette vil også gjelde i gjengjeldelsessaker. Vi kan tenke oss et tilfelle der arbeidstaker har påstått avskjed som gjengjeldelse. Retten kommer imidlertid til at det ikke er årsakssammenheng mellom avskjeden og varslingen. I et slikt tilfelle kan en konstatering av at avskjeden likevel var rettmessig være svært belastende for arbeidstaker, og da særlig i saker hvor avskjeden baseres på mistanke om alvorlige straffbare forhold. Her vil trolig hensynet til arbeidstaker stå tilsvarende sterkt som i «Avskjeds-dommen».

I en kjennelse fra lagmannsretten hvor det var spørsmål om arbeidstaker hadde rett til å stå i stillingen, var det omtvistet hvorvidt arbeidstaker var blitt avskjediget på grunn av varsling.²²⁸ Lagmannsretten kom imidlertid til at det ikke var årsakssammenheng mellom varslingen og avskjeden. Avskjeden kunne begrunnes i arbeidstakers egne «sterkt kritikkverdige forhold».²²⁹ Retten har lagt til grunn et krav om «klar sannsynlighetsovervekt» for manglende årsakssammenheng mellom varsling og avskjed.²³⁰ De har med andre ord lagt til grunn et skjerpet beviskrav sammenlignet med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

På bakgrunn av dette kan man muligens tenke seg at det gjelder et skjerpet beviskrav i visse gjengjeldelsessaker, hvor konklusjonen vil være særlig belastende for arbeidstaker, og hensynet til tredjemann ikke gjør seg gjeldende. Det må trolig bero på en konkret vurdering av alle relevante hensyn og beskyldninger hvorvidt det er behov for et skjerpet beviskrav.

²²⁸ LG-2015-75029

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

5 Arbeidsgivers positive plikter knyttet til varsling

For å oppfordre til varsling, forebygge gjengjeldelse, og ivareta varslervernet, er arbeidsgiver pålagt en plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling, jf. aml. § 2 A-3. I følge departementet kan interne varslingsrutiner «*ha en positiv effekt for ytringsklimaet*», samtidig som de kan «*bidra til å styrke vernet av arbeidstakere som varsler*». ²³¹ Alle arbeidsgivere, uavhengig av virksomhetens størrelse, plikter å utarbeide rutiner for varsling, dersom «*forholdene i virksomheten tilsier det*». Ordlyden er skjønnsmessig, og beror på en «*konkret vurdering av risikoforholdene i virksomheten og hvilket klima det er for å varsle om eventuelle kritikkverdige forhold*». ²³² Bestemmelsen pålegger imidlertid arbeidsgiver i virksomheter med minst fem arbeidstakere å utarbeide rutiner for varsling. Dette er en uforbeholden plikt, uten rom for skjønn. Formålet med dette er å tydeliggjøre hvilke arbeidsgivere som er forpliktet til å utarbeide rutiner. ²³³ Pålegget er basert på forskning som viser at det varsles mer i virksomheter som har varslingsrutiner enn der hvor det ikke er rutiner. Klare rutiner bidrar i følge forskningen også til mindre gjengjeldelse, samt at det i større grad gjøres endringer for å imøtegå kritikken. ²³⁴

Arbeidsgiver har en alminnelig forpliktelse til å oppfylle arbeidsmiljølovens krav om et fullt forsvarlig fysisk og psykososialt arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1 første ledd og aml. § 4-3. I tillegg har arbeidsgiver en alminnelig plikt til å foreta en løpende vurdering av risikoforholdene i virksomheten, jf. aml. §§ 3-1, jf. 2-1 og internkontrollforskriften § 5. ²³⁵ Risikovurderingen skal kartlegge farer og problemer i virksomheten, og om nødvendig skal det iverksettes forebyggende tiltak. ²³⁶ Forpliktelsene gjelder alle sider av arbeidsforholdet.

Arbeidstakere som varsler vil i mange tilfeller oppleve å komme i en særlig sårbar, og psykisk krevende situasjon. ²³⁷ Forpliktelsene til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø og ansvaret for

²³¹ Prop.72 L (2016-2017) s. 20

²³² *Ibid.* s. 34

²³³ *Ibid.* s. 19

²³⁴ *Ibid.* s. 20

²³⁵ Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter

²³⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 91

²³⁷ Henning Jakhelln, «Arbeidsmiljølovens regler om varsling: Er varslers rettsvern en realitet eller en illusjon – eller «tar man spilleren, og ikke ballen»?», *Varsleren: viktig og verdig*, 2010 s. 385-448 (s. 435)

risikovurdering innebærer at arbeidsgiver må være oppmerksom på at arbeidstaker som har varslet kan bli utsatt for trakassering og andre uheldige belastninger. Andre ansatte kan for eksempel oppfatte varslingen som en illojal handling, noe som kan påvirke samarbeidsklimaet i virksomheten.²³⁸ I tilfeller der det er risiko for negative følger for arbeidstaker som har varslet, er arbeidsgiver forpliktet til aktivt å oppfylle kravet til forsvarlig arbeidsmiljø. Han har dermed en plikt til å gjennomføre positive tiltak for å forhindre trakassering, og andre negative følger varsling kan medføre.²³⁹ Lovgiver fremholder at «ytringsklimaet» bør hindre at konflikter i forbindelse med varsling oppstår og «tiltak for å styrke ytringsklimaet bør inngå som en integrert del av virksomhetens arbeid for å fremme et godt arbeidsmiljø».²⁴⁰

Eriksen påpeker at det må settes krav til arbeidsgivers aktsomhet i forbindelse med varsling. Bakgrunnen er kunnskapen man har om risikoen for gjengjeldelse i etterkant av varsling.²⁴¹ I tillegg presiserer Fougner at:

«Dersom arbeidsgiver er kjent med en arbeidstakers særlige forhold, som sårbarhet eller trekk ved personlighet som gjør vedkommende særlig utsatt, har arbeidsgiver en skjerpet aktsomhetsplikt når det gjelder trakassering eller utilbørlig opptreden overfor vedkommende. Denne plikten følger for så vidt allerede av arbeidsgivers omsorgsplikt overfor ansatt, jf. kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.»²⁴²

Plikten til å foreta risikovurdering kan redusere risikoen for gjengjeldelse, og sikre at varslervernet ivaretas. Ansvarer kan utledes av forbudet mot gjengjeldelse i aml. § 2 A-2 sammenholdt med aml. §§ 4-3, jf. 4-1 om kravet til fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø.²⁴³ Oppsummert er arbeidsgiver positivt forpliktet til aktivt å forhindre at arbeidstaker utsettes for negative følger av varsling. Dette kommer i tillegg til den negative forpliktelsen om ikke å utføre gjengjeldelseshandlinger.

På tross av at arbeidsgivers aktivitetsplikt på generelt grunnlag er lovfestet, foreslår varslingsutvalget å lovfeste arbeidsgivers aktivitetsplikt spesielt ved varsling. Forslaget er ment å tydeliggjøre at plikten spesifikt også gjelder i varslingssaker. En tydeliggjøring vil i følge NOUen forhåpentligvis bidra til at varslingssaker blir håndtert effektivt og på en måte

²³⁸ *Ibid.* s. 437

²³⁹ *Ibid.* s. 437

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 46

²⁴¹ Eriksen (2017) s. 116

²⁴² Fougner (2015) s. 81

²⁴³ Eriksen (2017) s. 116

som gjør at man unngår negative reaksjoner både mot varsler og den det eventuelt varsles om.²⁴⁴

I forlengelsen av det som nå er sagt, er spørsmålet om ikke manglende adekvate varslingsrutiner, og dermed også oppfølging, bør være en del av bevisbildet i saker hvor det påstås ulovlig gjengjeldelse. Empirisk forskning viser at gode varslingsrutiner reduserer risikoen for gjengjeldelse.²⁴⁵ Domstolen har så langt ikke problematisert situasjonen, til tross for at arbeidstakere har påberopt fravær av fullgode varslingsrutiner som et bevis i arbeidstakers favør.²⁴⁶ Det gjenstår å se om det kan få betydning nå som det gjelder en uforbeholden plikt for svært mange virksomheter til å ha varslingsrutinene i orden, jf. aml. § 2 A-3, og hvordan situasjonen blir ved en eventuell lovendring.

²⁴⁴ NOU 2018: 6 s. 162-163

²⁴⁵ Eriksen (2017) s. 117

²⁴⁶ *Ibid.*

6 Hva skal til for at arbeidstaker når frem med påstand om gjengjeldelse?

Som nevnt tidligere, vurderes trolig beviskravet til arbeidstaker noe strengt ved spørsmål om gjengjeldelse. Man kan spørre seg hva som skal til for at arbeidstaker får det vernet lovgiver hadde som intensjon. Etter min mening er i utgangspunktet tanken og formålet med delt bevisbyrde god. Det gir i teorien arbeidstaker en økt mulighet til å vinne frem, samtidig som det sikrer at arbeidsgiver som den sterke part, har anledning til å motbevise påstanden. Utfordringen er å vurdere det, i mange tilfeller, svært komplekse bevisbildet. En riktig avgjørelse avhenger blant annet av at domstolene forstår kompleksiteten. Eriksen påpeker at dersom arbeidstaker skal oppnå et reelt vern, er man avhengig av å øke kunnskapen om regelverket, lovgivers intensjoner og forskningen om gjengjeldelse.²⁴⁷ Dette støttes av Varslingsutvalgets vurdering av gjengjeldelsesforbudet og delt bevisbyrde.

Varslingsutvalget vurderte det dit hen at det ikke var nødvendig med store endringer i regelverket. Problemet med regelverket er ikke innholdet, men at det er utfordrende å forstå. På grunn av dette peker utvalget på et behov for presiseringer og klargjøring av reglens innhold for å styrke arbeidstakers varslervern.²⁴⁸ Videre understrekes viktigheten av å fokusere på hva det varsles om, og ikke hvem som har varslet.

Konkret om gjengjeldelsesforbudet foreslår utvalget i en skisse følgende lovttekst:

«§ 2 A-X. Forbud mot gjengjeldelse

Det er forbudt å gjengjelde en arbeidstaker som varsler. Det samme gjelder medvirkning til og instruks om gjengjeldelse.

Med gjengjeldelse menes enhver ugunstig handling, praksis eller unnlattelse som kan ses som en følge av eller en reaksjon på varlingen, for eksempel:

a) formelle sanksjoner som advarsler, suspensjon, oppsigelse, avskjed, ordensstraff og tilrettevisning,

²⁴⁷ Taraldset (2011)

²⁴⁸ NOU 2018: 6 s. 14

- b) *uformelle sanksjoner som endring i arbeidsoppgaver, intern overføring og degradering,*
- c) *trusler, trakassering, usaklig forskjellsbehandling, sosial ekskludering og annet utilbørlig opptreden.*

Forbudet gjelder for arbeidsgiver og innleier, og den som leder virksomheten i arbeidsgivers eller innleiers sted.»²⁴⁹

Forslaget er ment som en videreføring av det gjeldende gjengjeldelsesforbudet, men med flere presiseringer. For det første foreslås en presisering av at også medvirkning til og instruksjoner om gjengjeldelse rammes av forbudet. Dette er etter min mening fornuftig da gjeldende lovtekst kan fremstå noe utydelig på dette punktet. I tillegg kan eksemplifiseringen av gjengjeldeshandlinger være en fornuftig måte å tydeliggjøre for arbeidstaker hvilken type handlinger som kan rammes av gjengjeldelsesforbudet. Noe som på den ene siden kan bidra til færre misforståelser og gjerne også falske anklager. På den andre siden kan det gjøre at arbeidstakere som føler seg utsatt for gjengjeldelse, får en bekreftelse på at handlingene faktisk kan karakteriseres som gjengjeldelse, også i lovens forstand. I tillegg vil en eksemplifisering være oppklarende for arbeidsgiver som er usikker på hvilke handlinger som er innenfor styringsretten i varslingssaker.²⁵⁰

Om delt bevisbyrde forslår utvalget:

§ 2 A-X. Delt bevisbyrde

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.»²⁵¹

Det foreslås altså å videreføre regelen om delt bevisbyrde slik den fremstår i dag.

Begrunnelsen er særlig at arbeidsgiver er den som vil ha best tilgang til «*virksomhetsrelaterte opplysninger*», noe som gjør at han har best mulighet til å sannsynliggjøre at handlingene kan saklig begrunnes i andre forhold enn varslingen.²⁵² Dersom delt bevisbyrde skal videreføres

²⁴⁹ *Ibid.* s. 172

²⁵⁰ *Ibid.* s. 171

²⁵¹ *Ibid.* s. 172

²⁵² *Ibid.* s. 172

slik den er i dag, er man etter min mening avhengig av en bevisstgjøring hos domstolene om det nærmere innholdet i både arbeidstakers og arbeidsgivers bevisbyrde, herunder hva som i realiteten skal til for at bevisbyrden «går over» fra arbeidstaker til arbeidsgiver. Samtidig må domstolen være klar over at varsling er en prosess og et komplekst fenomen, hvor bevisbildet kan være svært sammensatt. Dette er nødvendig for å sikre at bevisvurderingen blir foretatt under de riktige omstendighetene, slik at man sikrer mest mulig riktig avgjørelse av gjengjeldelsesspørsmålet.

7 Kildeliste

7.1 Lover

Lov 17. mai 1814 om Kongerikets Noregs grunnlov (Grunnloven)

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) (opphevet)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 1. desember 2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)

Lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid)

Lov 19. desember 2017 nr. 115 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid)

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

7.2 Forskrifter

Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter

7.3 Forarbeider

7.3.1 Norge

Innst. O. nr. 6 (2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).

Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling).

Prop. 72 L (2016-2017) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid).

Prop.81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern:

Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.

NOU 2018: 6 Varsling – verdier og vern: Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet.

7.3.2 Sverige

SOU 2014:31: *Visselblåsare. Starkt skydd för arbetstakare som slår larm om allvarliga missförhållande*, s. 52-53

7.4 Rettspraksis

7.4.1 Høyesterettsdommer

Rt-1999-1473

Rt-2000-620

Rt-2000-1602 «Nøkk-dommen»

Rt-2005-1050

RG-2008-53 «E-postkjennelsen»

Rt-2008-1409

Rt-2012-424 «NAV-dommen»

Rt-2014-402 «Forsvars-dommen»

Rt-2014-1161 «Avskjeds-dommen»

7.4.2 Lagmannsrettsdommer

LB-2008-184675 «Ondskapens hotell-dommen»

LB-2009-36995 «Norwelt-dommen»

LA-2009-57115 «Holmestrand-dommen»

LB-2010-40623 «Fengselsinspektør-dommen»

LG-2015-16252 «Spesialpedagog-dommen»

LG-2015-75029

LH-2016-36029 «Troms-dommen»

LH-2016-63409 «Kultur-skoledommen»

7.4.3 Tingrettsdommer

TOSLO-2004-99016 «Siemens»

TOBYF-2007-124301

TBERG-2007-136244 «Sandviken sykehus-dommen»

7.4.4 Likestillings- og diskrimineringsnemnda

LDN-2012-8

7.5 Veiledninger, rapporter, mandater mv.

Arntzen de Besche, «Evaluering av varslingsreglene. En gjennomgang og analyse av rettspraksis og ombudsmannspraksis», Oslo 2013

Fougner, Jan, ««Monika-saken»: Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefers varslings», 2015. Hentet fra:
https://www.regjeringen.no/contentassets/110627140fb1438e9c1661e06139d7be/monikasaken_web.pdf

MSPB. (1993). *Whistleblowing in the federal government: An update*: U.S. Merit Systems Protection Board

Trygstad, Sissel C, «Kunnskapsstatus om varslingsprosesser», *Fafo-notat* 2017:03. s. 41

Varslingsutvalgets mandat, tilgjengelig på <http://varslingsutvalget.no/mandat/> (sist lest 21. februar 2018)

7.6 Litteratur

Bjørkelo, B. (2010), «Whistleblowing at work. Antecedents and consequences», Dissertation for the degree of philosophiae doctor (PhD). University of Bergen.

Bjørkelo, B. (2014), «Sammenhengen mellom organisasjonskultur og risiko for ulovlig gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler om korrupsjon», i Eriksen, B, (red.), *Å bekjempe et samfunnsønde. Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*, Gyldendal, 2014, s. 132-155.

Devine, Tom og Maassarani, Tarek F., *The Corporate Wistleblower's Survival Guide*, Berrett-Hoehler Publishers, Inc., 2011

Eckhoff, Torsteind, «Tvilrisikoen: (bevisbyrden)», 1943

Eidsheim, Karianne Nilsen, «Forholdet mellom styringsretten og det særskilte rettsvernet arbeidstaker har ved varsling jf. aml. §§ 2 A-2», Masteroppgave, Det juridiske fakultet, 2017

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, 2001

Eriksen, Birthe (red.), *Å bekjempe et samfunnsønde: Om korrupsjon, varsling, granskning og organisasjonskultur*, 2014.

Eriksen, Birthe, «Arbeidstakers rett til å varsle om «kritikkverdige forhold» etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1): Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap», Ph.d.-avhandling, Universitetet i Bergen, juridisk fakultet, 2016

Eriksen, Birthe, «Varslingsprosessen: En kamp om definisjonsmakten», *Tidsskrift for human- og samfunnsvitenskap*, 2017, s. 108-119

Graver, Hans Petter, «Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2009, s. 191-233

Jakhelln, Henning «Arbeidsmiljølovens regler om varsling: Er varslers rettsvern en realitet eller en illusjon – eller «tar man spilleren, og ikke ballen»?», *Varsleren: viktig og verdig*, 2010 s. 385-448

Lindblom, Per Henrik, *Sena oppsatser: om domstolsprosessen, processmaterialet og den alternativa tvistløsningen*, 2006, s. 417

Robberstad, Anne, «Om forståelsen av bevisbyrde», *Jussens venner*, 2011, s. 65-86

Schein, E.H. *Organization Culture and Leadership*. San Fransisco: Jossey-Bass, 1985

Schei mfl., *Tvisteloven – kommentarutgave*, bind II, 2007

Sortland, Nils og Wik, Toril, *Varsling: Fra problem til verdi*, 2013

Taraldset, Birthe og Bjørkelo, Brita, «Varsling: Utfordring i skjæringspunktet mellom juss og psykologi», 2011

7.7 Andre kilder fra internett

Arbeidsrett.no kommentar til aml. § 13-8 (sist lest 2. mars 2018) tilgjengelig på <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/14/9/> (krever innlogging)

Artikkel om erstatning i Monika-saken tilgjengelig på <https://www.nrk.no/hordaland/monika-varsler-har-fatt-erstatning-fra-staten-1.13185903> (sist lest 4. april 2018)

<https://www.whistleblower.org/> (sist besøkt 4. april 2018)