

Det juridiske fakultet

Arbeidstakers vern mot gjengjeldelse

Om bevisbyrde og beviskrav – i teori og praksis

—

Ola Kristiansen Larsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2017

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Kort presentasjon av tema.....	1
1.2	Historikk og aktualitet.....	1
1.3	Begrepsavklaringer.....	4
1.4	Presiseringer og avgrensninger	6
1.5	Juridisk metode og rettskildebildet	8
1.6	Videre fremstilling	10
2	Kort om bevis og bevisbyrde i sivile saker	10
3	Vilkårene ”gjengjeldelse” og ”varsler i samsvar med § 2-4” i aml. § 2-5.....	13
3.1	Vilkåret ”gjengjeldelse”	13
3.2	Vilkåret ”varsler i samsvar med § 2-4”	21
3.2.1	Vilkåret ”kritikkverdige forhold”	22
3.2.2	Vilkåret ”forsvarlig”	24
4	Bevisbyrderegelen i aml. § 2-5	26
4.1	Analyse av bevisbyrderegelen.....	26
4.2	Bevisbyrderegelen i praksis	34
4.2.1	Introduksjon	34
4.2.2	LH-2016-36029 – Mobbing og trakassering m.m.....	35
4.2.3	LH-2016-63409 – Trakassering og oppsigelse	39
4.2.4	LG-2015-16252 – Endring av arbeidsoppgaver m.m.....	40
4.2.5	LG-2011-17283 – Omplussing m.m.	42
4.2.6	LB-2010-40623 – Arbeidsgivers organisering m.m.	43
4.2.7	LA-2009-57115 – Utestengelse	44
4.2.8	LB-2009-36995 – Trakassering og mobbing m.m.	45
4.2.9	LB-2008-184675 – Arbeidsgivers uttalelser til media.....	46
4.2.10	Oppsummering og konklusjon	48

5	Avsluttende bemerkninger	50
6	Kildeliste	54
6.1	Lover	54
6.2	Forarbejder	54
6.3	Rettspraksis	55
6.4	Litteratur	57
6.5	Øvrige kilder	58

1 Innledning

1.1 Kort presentasjon av tema

Avhandlingen omhandler regelen i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter arbeidsmiljøloven eller aml.) § 2-5 som gir arbeidstaker et vern mot gjengjeldelse ved varsling. Innholdet i bestemmelsen vil bli analysert, før det vil bli sett på hvordan bestemmelsen fungerer i praksis. Hovedtyngden av avhandlingen omhandler bevisregelen i aml. § 2-5 første ledd.

1.2 Historikk og aktualitet

I arbeidsretten er arbeidsavtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver sentral, fordi arbeidsavtalen regulerer partenes rettigheter og plikter. Partenes avtalefrihet ligger som en grunnstein for hele arbeidsretten med tanke på at partene selv kan bestemme om de ønsker å inngå en arbeidsavtale. Begrensninger i avtalefriheten og arbeidsgivers styringsrett kan følge av lov eller forskrift, sedvaner, tariffavtaler eller en allerede etablert individuell arbeidsavtale, og domstolen kan dermed overprøve om det foreligger misbruk av styringsretten.¹ Hvorvidt en lovbestemmelse begrenser avtalefriheten avhenger av om lovbestemmelsen er deklarasjon eller preseptorisk. Dersom lovbestemmelsen er deklarasjon kan den fravikes i avtale mellom partene. Motsatt vil lovbestemmelser som er preseptorisk ikke kunne fravikes i avtale mellom partene. Arbeidsmiljøloven kan ikke ved avtale fravikes til ugunst for arbeidstaker, med mindre det er særskilt fastsatt, jf. aml. § 1-9.

Innenfor arbeidsretten har det vært store endringer fra rundt 1930-tallet og frem til i dag.² Et eksempel som illustrerer de store endringene i arbeidsretten i Norge frem til i dag er dommen inntatt i Rt. 1935 s. 467, der Høyesterett slo fast at arbeidsgiver i kraft av styringsretten fritt kunne si opp arbeidstaker uten at det var nødvendig å påvise et forsvarlig eller saklig grunnlag og uten at avgjørelsen skulle underlegges domskontroll. Dommen er kun av rettshistorisk interesse og har ikke rettslig betydning for avhandlingen. Arbeidsgivers styringsrett har senere blitt underlagt de ovennevnte begrensninger til fordel for arbeidstaker.

¹ Se f.eks. Rt. 2008 s. 856 (avsnitt 34) og Rt. 2014 s. 402 (avsnitt 69).

² Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett - den individuelle delen*, 4. utgave, Oslo 2015, s. 31-35 og Henning Jakhelln, "Trekk av arbeidsrettens historie i Norge", *Arbeidsrett*, 2009 vol. 6 nr. 3 s. 111-119.

Ved lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (heretter arbeidsmiljøloven av 1977 eller aml. av 1977) ble arbeidstakers vern og rettigheter i stor grad lovregulert.³ I denne avhandlingen er den opphevede aml. av 1977 kun av historisk interesse. Arbeidsmiljøloven av 1977 kodifiserte allerede eksisterende regler og førte til at arbeidsretten for første gang ble gjennomgående strengere regulert i et samlet lovverk. Lovens formål var å gi arbeidstaker trygghet mot psykiske og fysiske skadevirkninger, samt sikre trygge ansettelsesforhold og en meningsfull arbeidssituasjon.⁴ Loven hadde ingen bestemmelser om vern for varslere. Det fantes imidlertid ulovfestede varslingsregler og arbeidstaker var beskyttet mot gjengjeldelse etter ulovfestede regler.⁵ Arbeidstakers vern mot gjengjeldelse ble styrket da det ble vedtatt et forbud mot gjengjeldelse i forbindelse med likebehandling i arbeidslivet den 26.3.2004.⁶

Arbeidstakere fikk ytterligere rettigheter når arbeidsmiljøloven av 2005 trådte i kraft den 1.1.2006. Lovens § 1-1 er en videreføring av formålene som fulgte av den opphevede aml. av 1977 § 1. Den innledende bestemmelsen angir fem delformål som gir uttrykk for ideelle mål for arbeidsmiljøet og siktemålene forutsetter en styrking av rettighetene til arbeidstaker.⁷ Loven ga arbeidstaker rett til permisjoner⁸, rett til informasjon og medvirkning⁹ og rett til å varsle¹⁰. Etter loven trådte i kraft har det blitt gjort flere endringer i arbeidsmiljøloven. Varsling og diskriminering er to sentrale tema som gjennom ytterligere lovgivning har styrket arbeidstakers rettigheter. Lovgiver har f.eks. inntatt henvisning til fire spesiallover som gir arbeidstaker et vern mot diskriminering.¹¹

³ Se f.eks. Fanebust (2015), s. 31-35 og Jakhelln (2009), punkt 2 s. 112 om årsakene til mer omfattende regulering.

⁴ Aml. av 1977 § 1 første og annet ledd (opphevet).

⁵ NOU 2004: 5, Arbeidslivslovutvalget - Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst, s. 449-452.

⁶ Lov 26. mars 2004 nr. 15 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m. § 54 G (opphevet).

⁷ Aml. § 1-1.

⁸ Se aml. §§ 12-1 til 12-15.

⁹ Se aml. §§ 6-1, 6-4, 7-1, 7-3 og 8-1.

¹⁰ Se aml. § 2-4.

¹¹ Se aml. § 13-1 fjerde til syvende ledd.

Det var inntatt en varslingsbestemmelse om vern av varslere i aml. § 2-4 da arbeidsmiljøloven ble vedtatt i 2005.¹² I midlertid trådte ikke bestemmelsen i kraft. Den vedtatte bestemmelsen i aml. § 2-4 regulerte både varsling og forbud mot gjengjeldelse. Det var ikke inntatt en bevisregel eller erstatningsregel ved gjengjeldelse i det opprinnelige forslaget til aml. § 2-4. En av årsakene til at aml. § 2-4 ikke trådte i kraft var at departementet mente det var et behov for ytterligere utredning om varslingsreglene.¹³

Ved lov 1. desember 2006 nr. 64 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) ble det vedtatt nye varslingsbestemmelser som skulle erstatte og supplere aml. § 2-4.¹⁴ Stortinget vedtok ny aml. § 2-4 om arbeidstakers rett til varsling om kritikkverdige forhold. Samtidig vedtok Stortinget at vernet mot gjengjeldelse skulle flyttes til ny aml. § 2-5. Lovgiver kodifiserte dermed det ulovfestede vernet mot gjengjeldelse i aml. § 2-5, og kodifiseringen var således en videreføring av gjeldende rett.¹⁵ I tillegg ble det vedtatt ny aml. § 3-6 om arbeidsgivers tilretteleggingsplikt for varsling. Noen av årsakene til at disse endringene ble vedtatt var å signalisere at varsling er lovlig og ønskelig, at arbeidstaker skal ha anledning til å ytre seg i det offentlige rom, at det kan føres bedre kontroll med offentlige ytelser og ressursbruk, og at det er et virkemiddel for å avdekke korrupsjon og økonomisk kriminalitet.¹⁶

Varslingsbestemmelsene i aml. §§ 2-4, 2-5 og 3-6 trådte i kraft den 1.1.2007.

Vernet mot gjengjeldelse ble altså av lovgiver inntatt i en egen bestemmelse som medførte at gjengjeldelsesforbudet ble utvidet og presisert.¹⁷ Det ble inntatt en ny bevisregel og erstatningsregel i aml. § 2-5 for å gjøre varslingsretten mer reell.¹⁸ Det er som nevnt bevisregelen i aml. § 2-5 som utgjør hovedtyngden av avhandlingen.

Varslingsreglene i arbeidsmiljøloven er relativt nye. De siste endringene trådte i kraft 1. januar 2007. Varslingsfenomenet har i de senere år fått større og større plass i mediebildet

¹² NOU 2004: 5 s. 503 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) s. 348.

¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 133-134.

¹⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) s. 7 og 33.

¹⁵ NOU 2004: 5 s. 452. Se også Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 9.

¹⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7 og 33.

¹⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 8.

¹⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 8.

både nasjonalt og internasjonalt. 2015 har blitt kalt varslersens år.¹⁹ Varslingsreglene er svært dagsaktuell, og det har de siste årene vært flere mediasaker i Norge som omhandler varslingsreglene i arbeidsmiljøloven, som f.eks. ”Telenor/Vimpelcom-saken” og ”Monika-saken”.²⁰ I 2016 ble to rettsavgjørelser fra Hålogaland lagmannsrett publisert, der spørsmålet om det hadde funnet sted ulovlig gjengjeldelse ble aktualisert.²¹

Det finnes hittil lite litteratur som går i dybden på vernet mot gjengjeldelse etter aml. § 2-5. Det ble i 2016 skrevet en master med tittelen ”Arbeidsmiljølovens forbud mot gjengjeldelse ved varsling” fra Universitetet i Bergen.²² Det som ble behandlet var i størst grad vilkåret ”gjengjeldelse” i aml. § 2-5. I midlertid ble ikke bevisregelen i bestemmelsen behandlet inngående. Birthe Eriksen har skrevet en doktoravhandling med hovedfokus på aml. § 2-4 (1), og avgrenser i innledningen mot en omfattende analyse av aml. § 2-5.²³ Ettersom vernet mot gjengjeldelse er svært dagsaktuelt vil det være av praktisk interesse for arbeidslivet at det nærmere innholdet i aml. § 2-5 presiseres. For de aktuelle parter er det av stor betydning hva som kreves for at vilkåret ”gjengjeldelse” er oppfylt og hvordan bevisregelen i bestemmelsen ellers skal forstås. Videre er det nærmere innhold i beskyttelsesregelen viktig å presisere for at varsling i det hele tatt vil finne sted. Avhandlingen er ment til å være et bidrag til en slik avklaring av innholdet i aml. § 2-5.

1.3 Begrepsavklaringer

For at arbeidstaker skal være beskyttet mot gjengjeldelse må de kumulative vilkårene ”arbeidstaker” og ”arbeidsgiveren” være oppfylt, jf. aml. § 2-5 første ledd. I dagens samfunn med bl.a. delingsøkonomi, oppdragstakere og innleid arbeidskraft kan det ut fra en vanlig språkbruk være vanskelig å fastslå hvem som omfattes av begrepene.

¹⁹ Se Birthe Eriksen, ”2015 – Varslerens år!”, *Kritisk juss*, 2016 vol. 42 nr. 1 s. 51-54.

²⁰ *ibid.* s. 51-54.

²¹ Se LH-2016-36029 og LH-2016-63409.

²² Katharina S. Jentoft, ”Arbeidsmiljølovens forbud mot gjengjeldelse ved varsling”, *Universitetet i Bergen*, 12.12.2016.

²³ Se Birthe Eriksen, *Arbeidstakers rett til å varsle om ”kritikkverdige forhold” etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1) - Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, Universitetet i Bergen, Bergen 2016, s. 47.

Lovgiver har i aml. § 1-8 gitt en legaldefinisjon av hva som menes med arbeidstaker og arbeidsgiver.

I følge aml. § 1-8 første ledd er arbeidstaker ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.” Et typisk eksempel er ansettelsesforhold der arbeidstaker inngår en ansettelseskontrakt med arbeidsgiver. Det må foretas en konkret vurdering av hvem som skal regnes som arbeidstaker og det avgjørende for om man regnes som arbeidstaker er det reelle avtaleforholdet. Det er ikke avgjørende hvordan man omtaler avtalen.²⁴ Dersom en arbeidstaker f.eks. er fast ansatt i staten der arbeidstaker er avhengig av å motta lønn, samt at arbeidstaker har en rettslig plikt til å underordne seg statens ledelse og kontroll av arbeidet, vil det ikke være avgjørende at arbeidsavtalen omtales som en oppdragsavtale.

Arbeidstakerbegrepet skal avgrenses mot selvstendige oppdragstakere og det må skje etter en skjønnsmessig helhetsvurdering.²⁵ Rettspraksis har utfylt og tolket momenter etter forarbeidene som skal vektlegges i helhetsvurderingen.²⁶

Videre i avhandlingen så menes det med arbeidstaker at det foreligger et klassisk arbeidsforhold med arbeidsgiver der det ikke er tvil at vedkommende anses som arbeidstaker. I de fleste tilfeller vil det ikke by på tvil hvem som er arbeidstaker, men videre i avhandlingen avgrenses det uansett mot en nærmere redegjørelse av hvem som er arbeidstaker.

I følge aml. § 1-8 andre ledd er arbeidsgiver ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.” Ordlyden tilsier at arbeidsgiver vil omfatte både fysiske og juridiske personer som har ansatt en arbeidstaker til å jobbe for seg. I ordlyden brukes arbeidstakerbegrepet i definisjonen av arbeidsgiver. Om man skal regnes som arbeidsgiver vil derfor avhenge av om en av partene i ansettelsesforholdet regnes som arbeidstaker. Etter andre ledd andre punktum så gjelder loven tilsvarende for ”den som i arbeidsgivers sted leder

²⁴ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74. Se også Rt. 1984 s. 1044 (s. 1048), Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 44-45), Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 37-39) og HR-2016-1366-A (avsnitt 56-58).

²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73-74 og HR-2016-1366-A (avsnitt 58).

²⁶ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73-74 og HR-2016-1366-A (avsnitt 58-60) om momentene i helhetsvurderingen. Se også Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 46) og Rt. 2013 s. 354 (avsnitt 38-39).

virksomheten.” Bestemmelsen er en videreføring av tidligere gjeldende rett under aml. av 1977 § 4 første ledd.²⁷

I denne avhandlingen vil arbeidsgiver regnes som rettssubjektet som typisk er part i et arbeidsforhold med arbeidstaker, og det forutsettes at arbeidsforholdet er regulert av arbeidsmiljøloven. Det avgrenses i det videre mot arbeidsforhold som ikke reguleres av arbeidsmiljøloven, som f.eks. et entrepriseforhold der arbeidstaker ikke er ansatt hos arbeidsgiver og ikke plikter å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon for å utføre bestemte arbeidsoppgaver.

1.4 Presiseringer og avgrensninger

Avhandlingen omhandler som nevnt arbeidstakers vern mot gjengjeldelse, jf. aml. § 2-5. Regelen har tittelen ”Vern mot gjengjeldelse ved varsling” og første ledd lyder:

”Gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 er forbudt. 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 arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet.” (Min utheving.)

Det er aml. § 2-5 første ledd som gir uttrykk for gjengjeldelsesvilkåret, varslingsvilkåret, bevisbyrden og beviskravet. For denne avhandlingen er det derfor første ledd som er av interesse. Det faller utenfor avhandlingens tema å redegjøre nærmere for innholdet i bestemmelsens andre og tredje ledd. Arbeidsgiver har videre en plikt til å legge forholdene til rette for varsling, jf. aml. § 3-6, men det faller utenfor avhandlingens tema å redegjøre nærmere for innholdet i bestemmelsen.

Vilkåret ”gjengjeldelse” vil analyseres i avhandlingens punkt 3 fordi dette vilkåret anses problematisk. Det er derimot ikke plass til en analyse av vilkåret ”varsler i samsvar med § 2-4”, og aml. § 2-4 er uansett behandlet godt av andre. Det vil imidlertid bli redegjort for innholdet i vilkåret ”varsler i samsvar med § 2-4” i avhandlingens punkt 3. Det er bevisbestemmelsen i aml. § 2-5 første ledd andre punktum som får hovedfokus i

²⁷ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76 og 302.

avhandlingen. Bevisbestemmelsen vil analyseres, før det vil bli sett på hvordan bevisbestemmelsen fungerer i praksis i avhandlingens punkt 4.

Bestemmelsen i aml. § 2-5 er av både straffe- og sivilrettslig karakter. Overtredelse av forbudet mot gjengjeldelse etter aml. § 2-5 er straffbart, jf. aml. §§ 19-1 og 19-2. I strafferetten vil andre hensyn og bevisregler enn i sivilretten gjøre seg gjeldende. Det avgrenses mot de strafferettslige sidene av gjengjeldelsesforbudet, herunder bevisreglene etter straffeprosessloven²⁸.

Arbeidstilsynet har ikke vedtakskompetanse i saker vedrørende aml. § 2-5, jf. § 18-6 første ledd. Tvisteløsningsnemnda behandler heller ikke saker om varsling, slik at det er de ordinære domstolene som behandler saker om varsling. Det avgrenses derfor mot å redegjøre nærmere for dette forvaltningsorganet og prosessen i forbindelse med forvaltningsorganets utøvelse med tilsyn etter loven.

Det finnes også internasjonal rett av betydning for varslingsreglene.²⁹ Norge ratifiserte i 2006 FNs konvensjon om korrupsjon av 31. oktober 2003 og i 2008 ratifiserte Norge Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 14. november 1999. Norsk rett har et presumsjonsprinsipp som innebærer at man ved motstrid presumerer at norsk rett er i samsvar med internasjonal rett.³⁰ Det legges derfor til grunn at varslingsreglene i norsk rett er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Ved klar motstrid bygger norsk rett på et dualistisk prinsipp, som innebærer at norsk rett går foran internasjonal rett.³¹ Det avgrenses derfor mot internasjonal rett og folkerett.

Avhandlingen vil gi en generell redegjørelse av bevis og bevisbyrde i sivile saker etter tvisteloven³² for å gi et bedre grunnlag for analysen av bevisregelen i aml. § 2-5. Utover denne redegjørelsen avgrenses det mot sivilprosessen etter tvisteloven og de særegne prosessuelle regler i arbeidsmiljøloven.

²⁸ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

²⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 11-12.

³⁰ Se f.eks. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) og Jens Edvin A. Skoghøy, "Rett, politikk og moral", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1994, s. 841.

³¹ Se f.eks. Rt. 2007 s. 234 (avsnitt 54).

³² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

1.5 Juridisk metode og rettskildebildet

Analysen av bestemmelsen tar sikte på å gi en redegjørelse av gjeldende rett. Det er ikke eksakt fastslått hva som er innholdet i begrepet ”gjeldende rett” og det er ulike oppfatninger av begrepet i teorien.³³ Bernt og Doublet uttaler om ”gjeldende rett”: ”Retten slik den gjelder, vil dermed være den til enhver tid gyldige regel slik den forstås og praktiseres i samfunnet.”³⁴ Slik forstås gjeldende rett også i denne avhandlingen. For å finne gjeldende rett brukes den alminnelige juridiske metode slik den kommer til uttrykk hos Eckhoff.³⁵ Etter den juridiske metode anvender man de rettskilder og rettskildeprinsipper som kan utledes av den alminnelige rettskildelæren for å finne gjeldende rett.³⁶ Rettskildene kan inndeles i primære og sekundære rettskilder. Primære rettskilder er de kilder som har umiddelbar relevans ved rettsanvendelsen, mens sekundære rettskilder er de kilder som er avledet av og bygger på de primære rettskildene.³⁷ Skillet har betydning for hvilken vekt argumentene som kan utledes fra de enkelte rettskildene kan tillegges.

Arbeidsmiljøloven § 2-5 er relativt ny, og de primære rettskildene er derfor arbeidsmiljøloven, forarbeider og høyesterettspraksis. Ved tolkning av aml. § 2-5 vil ordlyden i utgangspunktet ha stor vekt, men der ordlyden ikke gir tilstrekkelig veiledning må den suppleres av andre rettskilder.³⁸ Forarbeidene til aml. § 2-5 gir ytterligere veiledning til det nærmere innhold i bestemmelsen. Forarbeidene gir uttrykk for lovgivers intensjon og kan gi veiledning til hvordan lovteksten skal tolkes. Ved tolkning av ordlyden kan derfor forarbeidene ha stor rettskildemessig vekt.³⁹ Etersom aml. § 2-5 er relativt ny, er ikke de nye varslingsreglene prøvd i Høyesterett. Det er begrenset med avgjørelser fra Høyesterett som behandler de tidligere ulovfestede varslingsreglene. Det foreligger imidlertid

³³ Se f.eks. Per Augdahl, *Rettskilder*, 3. utgave, Oslo 1973, s. 18 flg. om rettslige fenomener og gjeldende rett.

³⁴ Jan F. Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998, s. 18. Se også s. 17, 19 og 20 om gjeldende rett.

³⁵ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001, s. 15 flg. om juridisk metode.

³⁶ Eckhoff (2001) s. 15 flg. om juridisk metode og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004, s. 23 flg. om juridisk metode.

³⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, ”Rett, politikk og moral”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1994, s. 839.

³⁸ Eckhoff (2001) s. 27-30.

³⁹ Eckhoff (2001) s. 72-73.

høyesterettsavgjørelser som omhandler bestemmelser i andre lover som har en likelydende bevisregel som aml. § 2-5, og disse avgjørelsene kan derfor ha relevans ved tolkningen av bevisregelen i aml. § 2-5.

De sekundære rettskilder til aml. § 2-5 er avgjørelser fra underordnende domstoler, juridisk teori, og reelle hensyn. Det foreligger flere avgjørelser om varslingsreglene fra tingrettene og lagmannsrettene. Det er ulike meninger i teorien om hvilken relevans og hvilken vekt underrettspraksis har.⁴⁰ Som oftest regnes underrettspraksis å ha liten rettskildemessig vekt.⁴¹ Det kan likevel være annerledes dersom det ikke foreligger høyesterettspraksis om et rettslig spørsmål, men det foreligger ensartet og festnet underrettspraksis om spørsmålet.⁴² Det er derimot ikke tilfellet her, og derfor har underrettspraksis som omhandler varslingsreglene mindre rettskildemessig vekt.

Det finnes lite litteratur som går i dybden på vernet mot gjengjeldelse etter aml. § 2-5.⁴³ Juridisk teori har begrenset rettskildemessig vekt, men kan bidra til forståelse av bestemmelsen.⁴⁴

Arbeidsmiljøloven § 2-5 er bl.a. opprettet for å gjøre arbeidstakers varslingsrett mer reell, og følgelig vil mange av de samme hensynene gjøre seg gjeldende for aml. §§ 2-4 og 2-5. De sentrale hensynene bak bestemmelsene er hensynet til arbeidstakers ytringsfrihet, hensynet til arbeidstakers arbeidsmiljø, hensynet til arbeidsgivers interesser, herunder kravet til lojalitet fra arbeidstaker, og samfunnets interesse i at kritikkverdige forhold avdekkes.⁴⁵ Et av de sentrale formålene bak varslingsreglene er ”å signalisere at varsling både er lovlig og ønsket.”⁴⁶ For at dette skal fungere må arbeidstaker beskyttes etter å ha varslet. Hensynene

⁴⁰ Nygaard (2004) s. 210.

⁴¹ Eckhoff (2001) s. 159.

⁴² Nygaard (2004) s. 210.

⁴³ Jf. avhandlingens punkt 1.2 s. 4.

⁴⁴ Eckhoff (2001) s. 270.

⁴⁵ Se f.eks. NOU 2004: 5 s. 32-33, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 132-134, Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 33, 37 og 50-54 og Innst. O. nr. 6 (2006-2007) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling) punkt 2 s. 4-5 og punkt 2.5 s. 9-10.

⁴⁶ Innst. O. nr. 6 (2006-2007) punkt 2.5 s. 9.

bak varslingsreglene vil derfor være relevante tolkningsfaktorer i analysen av aml. § 2-5. Ved tolkningen må det tas utgangspunkt i de formål lovgiver uttrykkelig har nevnt.

Varslingsfenomenet er regulert i tre ulike bestemmelser, nemlig aml. §§ 2-4, 2-5 og 3-6. Følgelig må bestemmelsene ses i sammenheng. Aml. § 2-4 regulerer arbeidstakers varslingsrett og aml. § 3-6 regulerer arbeidsgivers tilretteleggingsplikt for varsling. Innholdet i bestemmelsene vil være relevante for analysen av aml. § 2-5, da disse bestemmelsene samlet skal ivareta arbeidstakers varslingsrett.

1.6 Videre fremstilling

I punkt 2 gis det en kort og generell redegjørelse om bevis og bevisbyrde i sivilprosessen, herunder prinsipper og hensyn bak bevisreglene i sivilprosessen. I punkt 3 vil jeg foreta en analyse av vilkåret ”gjengjeldelse” i aml. § 2-5. Det vil også gis en redegjørelse av innholdet i vilkåret ”varsler i samsvar med § 2-4” i aml. § 2-5 under dette punktet. I punkt 4 vil regelen om bevis og bevisbyrde i aml. § 2-5 analyseres, før jeg skal se nærmere på noen utvalgte avgjørelser fra lagmannsrettene som omhandler gjengjeldelse for å undersøke hvordan regelen om bevis og bevisbyrde i aml. § 2-5 blir praktisert. Til slutt vil jeg i punkt 5 komme med avsluttende bemerkninger og egne refleksjoner rundt avhandlingens problemstilling.

2 Kort om bevis og bevisbyrde i sivile saker

En konflikt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver om det foreligger brudd på aml. § 2-5 er en sivil sak. Derfor vil reglene om bevis i tvisteloven være relevante for bevisspørsmålet. I tvistelovens kapittel 21 til 28 finnes reglene om bevis i sivile saker. Et av de sentrale hensyn bak bevisreglene i sivile saker er hensynet til materielt riktige avgjørelser.⁴⁷ Bevisreglene har betydning for hvilket faktisk avgjørelsesgrunnlag domstolen legger til grunn ved løsningen av et konkret rettslig spørsmål og utfallet dommen vil ha. Det vil derfor være hensiktsmessig å se nærmere på de generelle bevisreglene som følger av tvisteloven før en ser nærmere på den spesielle bevisregelen i aml. § 2-5.

Regler om bevis kan føre til at feil faktum blir lagt til grunn for avgjørelsen i en rettssak. Det er derfor viktig at reglene om bevis fremmer hensynet til materielt riktige avgjørelser. Andre tungtveiende hensyn kan likevel medføre bevisregler som gjør at risikoen for at retten bygger

⁴⁷ NOU 2001: 32, Bind A, Rett på sak, lov om tvisteløsning (tvisteloven) s. 454.

på feil faktum øker, f.eks. reglene om bevisforbud og bevisfritak i tvistelovens kapittel 22.⁴⁸ Disse unntakene fra hovedprinsippene har ikke betydning for avhandlingens tema, og vil derfor ikke problematiseres.

Tvisteloven gir ingen legaldefinisjon av uttrykket ”bevis”. Bevis er kilder som retten kan bruke for å avgjøre det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i en sak, jf. tvl. § 21-1.⁴⁹ Bevis vil ha stor betydning for arbeidstaker ved tvist om brudd på aml. § 2-5, siden bevisene avgjør hvilket utfall domsavsigelsen vil ha.

Et av grunnprinsippene ved domstolsbehandling av sivile saker er bevisfrihetsprinsippet. Bevisfrihetsprinsippet kan deles inn i prinsippet om fri bevisføring som kommer til uttrykk i tvl. § 21-3 og prinsippet om fri bevisbedømmelse som kommer til uttrykk i tvl. § 21-2 sammenholdt med § 11-2 andre ledd tredje punktum.⁵⁰ Prinsippet om fri bevisføring betyr at partene kan føre de bevis de ønsker, med mindre det ikke finnes særlig hjemmel for annet, jf. tvl. § 21-3 første ledd og § 21-7 første ledd. Prinsippet om fri bevisbedømmelse innebærer at domstolen på selvstendig grunnlag skal prøve de bevis som har fremkommet i saken for å avgjøre hvilket saksforhold som skal legges til grunn, jf. tvl. § 21-2 første ledd sammenholdt med § 11-2 andre ledd tredje punktum. I denne sammenheng påpekes det at domstolen har et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen i den enkelte sak, jf. § tvl. 11-3, men dette faller utenfor avhandlingen å behandle nærmere.

Etter partenes bevisføring må domstolen ved bevisbedømmelsen legge et bestemt faktum til grunn. Når det ikke er fullstendig enighet om faktum i en sak så må domstolen fatte en avgjørelse om hvilket bestemt faktum som skal benyttes. I sivilretten er reglene om beviskrav og bevisbyrde styrende for hvilket bestemt faktum en domstol skal anlegge. Med beviskrav menes hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at et bestemt faktum skal brukes.⁵¹ Utgangspunktet i sivilretten er at det mest sannsynlige faktum skal benyttes, også kalt overvektsprinsippet. Overvektsprinsippet innebærer at det må foreligge en bevisovervekt på

⁴⁸ NOU 2001: 32 s. 454.

⁴⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistløsning*, 3. utgave, Oslo 2017, s. 753.

⁵⁰ Skoghøy (2017) s. 579.

⁵¹ Skoghøy (2017) s. 911.

mer enn 50 prosent sannsynlighet for et bestemt faktum for at retten skal legge det til grunn.⁵² Overvektsprinsippet er begrunnet med at det vil gi størst grad av sannsynlighet for at det faktiske avgjørelsesgrunnlaget er korrekt, noe som fører til flest materielt riktige avgjørelser.⁵³ Det finnes likevel andre tungtveiende hensyn som gir unntak fra overvektsprinsippet, f.eks. i tilfeller der de personlige konsekvenser av en uriktig dom er vesensforskjellig, i saker med særlig belastende faktum eller for tilfeller der bevissikringshensynet tilsier det.⁵⁴ I slike tilfeller kan sannsynlighetskravet økes eller reduseres.

Bevisbyrde tar for seg hvem av partene tvil rundt faktum skal gå utover. Utgangspunktet i sivilretten er at tvil rundt faktum skal gå utover saksøker eller den som påstår det har skjedd en rettsstiftende eller rettsendrende omstendighet.⁵⁵ Skoghøy begrunner utgangspunktet for bevisbyrden i sivile saker med prinsippet om forrang for ”status quo”.⁵⁶ Det finnes unntak fra hovedregelen. Unntaket som er aktuelt for denne avhandlingen er situasjoner der en part pålegges bevisbyrden selv om parten ikke hevder det har skjedd en rettsstiftende, rettsendrende eller rettsbevarende omstendighet. Skoghøy kaller det for ”omvendt bevisbyrde” når en bestemmelse krever sannsynlighetsovervekt for den rettsbevarende omstendighet. Dette er begrunnet i bevissikringshensynet og at det er mindre inngripende å flytte bevisbyrden enn å stille et strengere beviskrav. Bevissikringshensynet er hvem av partene som har best mulighet og oppfordring til å sikre bevis.⁵⁷

Oppsummert er utgangspunktene i sivilprosessen altså fri bevisføring, saksøker har bevisbyrden og det kreves sannsynlighetsovervekt, men alle disse tre utgangspunktene kan endres ved lov, praksis eller i hvert fall i teorien, gjerne med bakgrunn i ulike hensyn.

Den korte redegjørelsen av bevisreglene i sivile saker vil fungere som et fundament under den følgende analysen av aml. § 2-5.

⁵² Se f.eks. Rt. 1992 s. 64 (s. 70 og 77), Rt. 2013 s. 937 (avsnitt 36), Rt. 2015 s. 1246 (avsnitt 35), Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328-329.

⁵³ Rt. 2008 s. 1409 (avsnitt 39) og Skoghøy (2017) s. 914.

⁵⁴ Se Skoghøy (2017) s. 925 flg. om tilfeller hvor overvektsprinsippet må fravikes.

⁵⁵ Se f.eks. Rt. 2008 s. 627 (avsnitt 60), Rt. 2012 s. 424 (avsnitt 33), Rt. 2015 s. 1246 (avsnitt 35) og Skoghøy (2017) s. 916.

⁵⁶ Skoghøy (2017) s. 916.

⁵⁷ Skoghøy (2017) s. 917.

3 Vilkårene ”gjengjeldelse” og ”varsler i samsvar med § 2-4” i aml. § 2-5

I det følgende skal vilkåret ”gjengjeldelse” analyseres for å presisere vilkårets innhold og betydning. Deretter vil det foretas en redegjørelse av vilkåret ”varsler i samsvar med § 2-4” for å klargjøre dets nærmere innhold.

3.1 Vilkåret ”gjengjeldelse”

Arbeidstaker er beskyttet mot ”gjengjeldelse”, jf. aml. § 2-5 første ledd. Den øvre grense for ”gjengjeldelse” er ikke av interesse eller problematisk. Den nedre grense for ”gjengjeldelse” må derfor avklares. Begrepet ”gjengjeldelse” tilsier en form for negativ reaksjon mot en arbeidstaker som har varslet etter § 2-4. I forlengelsen av dette tilsier uttrykket ”gjengjeldelse” at det må være en sammenheng mellom varslet etter § 2-4 og den negative reaksjonen. Det er altså et krav om årsakssammenheng. Bestemmelsen gir ikke ytterligere veiledning til hva som regnes som ”gjengjeldelse”.

Lovgiver har slått fast at ”gjengjeldelse” skal forstås vidt.⁵⁸ Begrepet ”gjengjeldelse” blir definert som ”Enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling(...)”.⁵⁹ Forbudet gjelder både formelle og uformelle reaksjoner som har karakter som form av en slags straff eller sanksjon.⁶⁰ Med formelle reaksjoner menes bl.a. avskjed, oppsigelse, suspensjon og ordensstraff etter tjenestemannsloven⁶¹. Med uformelle reaksjoner menes bl.a. endring i interne arbeidsoppgaver, interne overføringer og tjenestelig tilrettevisning.⁶² Det innebærer at arbeidstaker er vernet mot alle typer negative endringer av det faktiske arbeidsforhold når det er en følge av og en reaksjon på varslingen. Følgelig vil oppsigelser eller andre reaksjoner som har andre lovlige eller saklige grunner enn varslingen ikke være omfattet av gjengjeldelsesforbudet, som f.eks. oppsigelse i tråd med aml. § 15-7.⁶³

⁵⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁶⁰ Innst. O. nr. 6 (2006-2007) vedlegg 2, s. 17.

⁶¹ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) § 14.

⁶² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁶³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

Arbeidstakers vern mot gjengjeldelse vil ikke utelukke at arbeidsgiver kan komme med motytringer.⁶⁴ Det vil innebære at arbeidsgiver kan imøtegå arbeidstakers opplysninger med motbevis og motargumenter. Bestemmelsen setter likevel krav til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten, og arbeidsgiver kan ikke komme med motytringer og reaksjoner som har karakter av å være gjengjeldelse. Eksempler på reaksjoner som har karakter av å være gjengjeldelse er at arbeidstaker ”kalles inn på teppet” og får tildelt advarsel eller andre instruksjoner. Arbeidsgivers reaksjon må ikke ha karakter av å være trakassering.⁶⁵ Arbeidsgiver kan således ikke mobbe en arbeidstaker som har varslet. Lovgiver påpeker at arbeidsgivers etterforskning for å finne ut hvem som varslet ikke skal regnes som gjengjeldelse, men slik etterforskning kan likevel indirekte være forbudt dersom arbeidsgiver gjennom etterforskningen finner ut hvem som varslet og deretter reagerer negativt mot den som varslet.⁶⁶ Arbeidstaker er videre vernet mot gjengjeldelse der arbeidstaker tar opp saker om diskriminering.⁶⁷ Dette fordi det er kritikkverdig om diskriminering på arbeidsplassen finner sted.

Arbeidstakers vern mot gjengjeldelse i aml. § 2-5 første ledd er ikke blitt behandlet i Høyesterett. Det ulovfestede prinsippet før aml. av 2005 har tidligere blitt behandlet i Rt. 2003 s. 1614. Avgjørelsen stadfester at det eksisterer et ulovfestet vern mot negative reaksjoner ved varsling, men gir ikke nærmere veiledning til hvilke reaksjoner som omfattes.⁶⁸ Underretten har derimot behandlet en del saker der brudd på aml. § 2-5 er påberopt. Det vil i det følgende derfor fokuseres på noen utvalgte lagmannsrettsavgjørelser.

Hålogaland lagmannsrett kom i en sak fra 20.9.2016 til at arbeidstaker ikke var utsatt for gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5.⁶⁹ Det var i saken ikke omtvistet at arbeidstaker hadde varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Arbeidstaker hevdet bl.a. å være utsatt for mobbing og trakassering av arbeidsgiver.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 52.

⁶⁶ Innst. O. nr. 6 (2006-2007) vedlegg 2, s. 17.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

⁶⁸ Rt. 2003 s. 1614 (avsnitt 46).

⁶⁹ LH-2016-36029.

Retten slutter seg til forståelsen av begrepet ”gjengjeldelse” slik det fremgår av ordlyd og forarbeider. Lagmannsretten påpekte at det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å ta opp forhold som dørslamring, kopiadressat på e-post, fordeling av arbeidsoppgaver, tilstedeværelse på jobb og bruk av facebook med arbeidstaker. Arbeidsgivers handlinger ble av retten ikke ansett som gjengjeldelse.

Retten bemerket videre at det ikke er krav om at alle enkeltepisoder må påvises når det gjelder annen gjengjeldelse enn oppsigelse. Til arbeidstakers anførsel om å være utsatt for subtil trakassering kom retten til at vage antydninger om subtil trakassering ikke anses som gjengjeldelse. Det trekkes i retning av at arbeidstakers subjektive oppfatning av arbeidsgivers uttalelser og opptredener ikke er avgjørende for om handlingen skal karakteriseres som gjengjeldelse.

Det ble i avgjørelsen lagt til grunn at flere medarbeidere over tid hadde følt seg dårlig behandlet på bakgrunn av arbeidsgivers lederstil, som innebærer spredning av frykttkultur, sanksjonering av motstand, irettesettinger i plenum, det å være sint og høyrøstet, og det å være manipulerende og ta ansatte inn og ut av varmen. Retten påpekte at arbeidsgivers atferd etter varslingen ikke var uvanlige opplevelser av arbeidsgiver og kunne knyttes til arbeidsgivers væremåte. Retten konkluderte med at det forelå holdepunkter for at arbeidstaker har blitt utsatt for en ”viss ugunstig behandling” fra arbeidsgiver, men at arbeidstaker ikke var utsatt for gjengjeldelse.

I en annen sak fra Hålogaland lagmannsrett den 26.10.2016 kom retten til at arbeidstaker ikke var utsatt for urettmessig gjengjeldelse etter varsling, jf. aml. § 2-5.⁷⁰ Arbeidstaker hadde varslet om kritikkverdige forhold i samsvar med vilkårene aml. § 2-4. Arbeidstaker anførte bl.a. å være utsatt for trakassering over tid.

Innledningsvis slutter retten seg til forståelsen forarbeidene legger i vilkåret ”gjengjeldelse”. I saken var det uklart hvilke konkrete omstendigheter som lå til grunn for påstanden om gjengjeldelse. Lagmannsretten sluttet seg til tingrettens begrunnelse, som viser til at det ikke er tvilsomt at arbeidstaker subjektivt sett har oppfattet håndteringen av varslingsaken og kontakten med kollegaer som belastende, men at det objektivt sett ikke foreligger holdepunkter for at arbeidstaker har vært utsatt for negative reaksjoner som følge av

⁷⁰ LH-2016-63409.

varslingen. Arbeidstakers subjektive oppfatning av å være trakassert ble ikke ansett som gjengjeldelse, da det ikke forelå ytterligere konkrete omstendigheter som begrunnet den oppfatningen.

I en sak fra Borgarting lagmannsrett den 8.10.2009⁷¹, kom retten til at arbeidstaker var utsatt for ulovlig gjengjeldelse etter varsling, jf. aml. § 2-5.⁷² Arbeidstaker hadde varslet om flere kritikkverdige og ulovlige forhold i virksomheten, bl.a. om brudd på strålevernforskrift og manglende kontroll av sveiseskjøter. Arbeidstaker hevdet å ha vært utsatt for mobbing, sjikanering og utfrysning flere ganger av arbeidsgiver.

Arbeidstakers anførte at trakasseringen bestod av latterliggjøring, spyting, utskjelling foran kollegaer, trusler om vold og gjentatte trusler om oppsigelse. Retten kom til at det i detalj var noe uklart hva arbeidstaker var utsatt for, men at arbeidsgivers opptreden hadde karakter av ren trakassering. Selv om det var uklart hva arbeidstaker konkret var utsatt for, la retten avgjørende vekt på at arbeidsmiljøet ble meget dårlig etter varslingen, arbeidstakers beskrivelse av trakasseringen i en e-post og at situasjon samlet sett hadde karakter av trakassering. Ut i fra domspremissene kan det legges til grunn at negative reaksjoner kan være latterliggjøring, spyting, utskjelling foran kollegaer, trusler om vold og gjentatte trusler om oppsigelse slik det også fremgår av arbeidstakers anførsler. Dommen illustrerer at arbeidstaker er beskyttet mot uformelle reaksjoner som trakassering, mobbing, sjikanering og utfrysning.

I Agder lagmannsretts avgjørelse av 2.11.2009 kom retten til at arbeidstaker var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.⁷³ Arbeidstaker hadde varslet om kritikkverdige handlinger fra leder. Arbeidstaker hevdet at utestengelse fra arbeid var en gjengjeldelse for varslingen.

I saken var arbeidstaker ansatt som vikar i en kommune og etter at arbeidstaker varslet om kritikkverdige forhold ble arbeidstaker utestengt fra andre oppdrag i kommunen. Retten fant at en total utestengelse fra arbeidsoppgaver i kommunen var ulovlig gjengjeldelse. I saken ble arbeidstaker forbigått og fratatt arbeidsoppgaver på den opprinnelige arbeidsplass og andre

⁷¹ LB-2009-36995.

⁷² Avgjørelsen i LB-2009-36995 ble anket til Høyesterett. Anken til Høyesterett ble avvist, jf. HR-2010-189-U.

⁷³ LA-2009-57155.

arbeidsplasser i kommunen. Disse handlingene ble ansett som ”gjengjeldelse”, og retten påpekte at gjengjeldelsen fra kommunen var ”sterkt klanderverdig og fullstendig uproporsjonal”.

I en annen sak fra Borgarting lagmannsrett den 27.5.2009 kom retten til at arbeidstaker ikke var utsatt for rettsstridig gjengjeldelse, jf. aml. § 2-5.⁷⁴ Arbeidstaker varslet om kritikkverdige forhold ved oppsetting av vaktlister, og registrering og avregning av timer for de ansatte. I tillegg ble det varslet om manglende betaling for overtid. Arbeidstaker anførte å være utsatt for gjengjeldelse i form av oppsigelse og trakassering.

Arbeidsgiver ba arbeidstaker om skriftlig oppsigelse men det kunne ikke regnes som gjengjeldelse, da forespørselen fra arbeidsgiver var et utslag av et ønske om å avklare arbeidstakers ansettelsesforhold. Arbeidstaker anførte videre at uttalelser i media fra arbeidsgiver var gjort som ledd i trakassering. Retten tillot ikke arbeidsgivers uttalelser til media om at arbeidstaker ”ikke klarte jobben” og at ”det er ikke alle som er lagd for å være leder” noen betydning da forholdet mellom partene var fastlåst, og uttalelsene var svar på et angrep fra arbeidstaker som også ble gjort i media. Disse uttalelsene til media om arbeidstaker ble av retten ikke ansett som ulovlig gjengjeldelse. Det er nærliggende å anta at dette er et utslag av prinsippet om ytringsfrihet.

Borgarting lagmannsrett kom i en sak fra 2.5.2011 frem til at gjengjeldelse ikke hadde funnet sted.⁷⁵ Arbeidstaker hadde varslet om en rekke kritikkverdige forhold, bl.a. om uberettiget utbetaling av lønn. Arbeidstaker anførte å være utsatt for flere gjengjeldelseshandlinger som følge av varsling, bl.a. å være utsatt for overvåkning i forbindelse med innføring av rutiner for tilgang til dokumenter i et arkiv i fengslet.

Retten kom til at begrensninger på hvem som får tilgang til arkivet ikke var en gjengjeldelseshandling, og det ble begrunnet med at arkivets karakter tilsa stor varsomhet. Retten pekte på at arbeidstaker ikke var nektet tilgang til arkivet, men behøvde klarering. Det var i følge retten rutiner som var et ”utslag av arbeidsgivers saklige styrings- og instruksjonsrett.”

⁷⁴ LB-2008-184675.

⁷⁵ LB-2010-40623.

I en sak fra Gulating lagmannsrett den 7.11.2011 kom retten til at omplassering av arbeidstaker til en annen arbeidsplass i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ikke var å anse som gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5.⁷⁶

Gjennomgangen av rettspraksis trekker i likhet med ordlyden og forarbeidene i retning av at arbeidstaker er beskyttet mot en rekke ulike former for negative reaksjoner etter varsling. Gjennomgangen ovenfor viser at det kan være vanskelig å trekke en nedre grense for hvilke reaksjoner som regnes som gjengjeldelse. Årsaken til dette er at saksforholdene er veldig konkrete, som f.eks. i LH-2016-36029 der det påpekes at arbeidstaker er utsatt for en negativ behandling men at det likevel ikke var gjengjeldelse. Gjennomgangen av rettspraksis tilsier at den nedre grense mellom utøvelse av arbeidsgivers styringsrett og ulovlig gjengjeldelse må trekkes der virksomhetens legitime behov ikke begrunner handlingen eller der handlingen ikke er en del av arbeidsgivers generelle atferdsmønster. Rettspraksis tilsier at disse konkrete handlingene må anses som gjengjeldelse; arbeidstaker blir fullstendig forbigått og fratatt arbeidsoppgaver i virksomheten, arbeidsgiver endrer atferd etter varslingen og behandler arbeidstaker dårlig gjennom f.eks. sinte irettesettelser og gjentatte trusler om oppsigelse, arbeidsgiver utestenger arbeidstaker totalt fra arkivene i virksomheten og arbeidstaker blir omplassert uten forsvarlig grunn. Avgjørelsene i LH-2016-36029 og LH-2016-63409 tilsier at arbeidstakers subjektive oppfatning av å være utsatt for gjengjeldelse ikke anses som gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5. Det må altså være noe mer enn arbeidstakers oppfattelse for å passere den nedre grensen for ”gjengjeldelse”. Eksempler på handlinger fra arbeidsgiver som oppfyller den nedre grense er latterliggjøring, spyting, utskjelling foran kollegaer, trusler om vold og oppsigelse eller avskjed, jf. LB-2009-36995. Det taler for at den nedre grense trekkes der det bare er arbeidstaker som føler seg utsatt for mobbing og trakassering.

Fafos evaluering av varslingsreglene kan gi støtte for at arbeidstakers subjektive oppfatning av å være utsatt for gjengjeldelse anses som gjengjeldelse.⁷⁷ I følge Fafo-rapporten kan både formelle og uformelle reaksjoner regnes som gjengjeldelse, og reaksjonene har ofte karakter av mobbing. De beskriver mobbing som ”gjentakende og systematisk trakassering over tid”. Som eksempler viser de til ”baktaling, utestengelse og ufrivillig overflytting til nye

⁷⁶ LG-2011-17283.

⁷⁷ Sissel C. Trygstad, Marit Skivenes, Johan Røed Steen og Anne Mette Ødegård (2014), ”Evaluering av varslerbestemmelsene”, *Fafo-rapport 2014:05*.

arbeidsoppgaver”. Mobbingen kan foregå både åpent og skjult.⁷⁸ En slik forståelse av begrepet ”gjengjeldelse” kan trekke i retning av at arbeidstakers subjektive oppfatning av å være mobbet eller trakassert også må vektlegges i vurderingen av om arbeidstaker handling eller opptreden anses som gjengjeldelse. Dette fordi baktaling f.eks. kan være svært vanskelig å bevise, og det er alltid skjult. Det tilsier at terskelen bør være lavere enn det fremkommer av rettspraksis.

Som nevnt fremgår det av forarbeidene at arbeidstakers vern mot gjengjeldelse er delvis overlappende med diskrimineringsloven.⁷⁹ Diskrimineringsloven⁸⁰ beskytter en person mot gjengjeldelse hvis personen har tatt opp en sak om trakassering.⁸¹ Loven har en lik bevisregel som aml. §2-5.⁸² Diskrimineringsloven kan dermed gi veiledning til den nedre grense for hva som omfattes av gjengjeldelsesbegrepet.

Etter diskrimineringsloven § 9 menes med trakassering ”handling, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende.” Trakassering er dermed definert på enkelte grunnlag, noe gjengjeldelse ikke er. Hvis lovgiver hadde ment å definere hvilke grunnlag som utgjorde gjengjeldelse, bør en kunne legge til grunn det samme som for trakassering.

Bestemmelsen erstatter tidligere § 5 i diskrimineringsloven av 2005⁸³, men loven viderefører i hovedsak gjeldende rett etter den tidligere diskrimineringsloven.⁸⁴ Derfor vil forarbeidene til den tidligere loven være relevant.

⁷⁸ Fafo-rapport 2014:05, s. 45.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

⁸⁰ Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet).

⁸¹ Diskrimineringsloven om etnisitet § 10 jf. § 9.

⁸² Diskrimineringsloven om etnisitet § 24.

⁸³ Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. § 5 (opphevet).

⁸⁴ Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) pkt. 1.1.1 s.11 og s. 177.

Det er arbeidstakers subjektive opplevelse av situasjon som skal være utslagsgivende for om atferden arbeidstaker er utsatt for skal anses som trakassering. Domstolene må trekke grensen for hvilken atferd som skal inngå i trakasseringsbegrepet.⁸⁵ For tilfeller der f.eks. en handling virker krenkende, må det legges stor vekt på ”fornærmedes subjektive opplevelse” av handlingen.⁸⁶ Virkningene i definisjonen av trakassering er definert som krenkende eller skremmende mv. Dette er tale om subjektive størrelser, som gjør det vanskelig å oppstille objektive normer for hva som er krenkende mv. Den subjektive vurderingen må derfor gjøres konkret fordi ulike personer har ulike terskler for hva de mener er trakassering. Det må likevel foretas en subjektiv vurdering som suppleres av en objektiv vurdering av hvorvidt handlingen, unnlatelsen eller ytringen oppfyller lovens vilkår og anses som trakassering.⁸⁷ Atferd som kun er plagende eller irriterende anses ikke som trakassering, da det må være av en viss alvorlighetsgrad. Det må foretas en helhetsvurdering ut fra en rekke momenter i den objektive vurdering.⁸⁸ Alle gode forhold tilsier at slik subjektive oppfatninger forstås etter trakasseringsbegrepet i diskrimineringsloven § 9 bør tillegges vekt i vurderingen av gjengjeldelse etter aml. § 2-5.

Det er en enighet i rettskildene om at enhver negativ reaksjon, både formelle og uformelle reaksjoner, som er en følge av varslet, etter en konkret vurdering kan omfattes av begrepet ”gjengjeldelse”. Rettskildene spriker noe i vurderingen av hvor den nedre grense for hva som anses som ”gjengjeldelse” skal trekkes. En av årsakene til dette er at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak. Det betyr at resultatet ikke har betydning utenfor inneværende sak.

Ulikhetene i rettskildene knytter seg til hvorvidt arbeidstakers subjektive oppfatninger av å være utsatt for gjengjeldelse etter varsling omfattes av vilkåret. Ordlyden gir ikke veiledning til hvor den nedre grense for ”gjengjeldelse” må trekkes. Lovens forarbeider tilsier at arbeidstaker er beskyttet mot alle former for negativ behandling, og da vil arbeidstakers subjektive oppfatning av å være utsatt for gjengjeldelse omfattes. Underrettspraksis trekker i

⁸⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) s. 104-105.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 108.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 108.

⁸⁸ Se Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 108 om de nærmere momenter i vurderingen.

motsatt retning ved at det kreves objektive elementer for å konstatere at arbeidstaker har vært utsatt for ulovlig behandling ved varsling. Underrettspraksis trekker i retningen av at grensen for hva som er ”gjengjeldelse” trekkes ved at arbeidstakers subjektive oppfatning av å være utsatt for gjengjeldelse ikke omfattes. Juridisk teori gir støtte for forståelsen i forarbeidene om at arbeidstakers subjektive oppfatning må tillegges vekt i vurderingen av begrepet ”gjengjeldelse”. Hensynet til arbeidstaker taler for at arbeidstakers subjektive oppfatning av å være utsatt for gjengjeldelse anses som ”gjengjeldelse”, mens hensynet til arbeidsgiver tilsier at det er det må foreligge konkrete objektive holdepunkter for å skulle holdes ansvarlig for brudd på aml. § 2-5. Siden lovgivers intensjon er ”å signalisere at varsling både er lovlig og ønsket.”⁸⁹, ville det være i tråd med intensjonen å vektlegge hensynet til arbeidstaker i større grad.

Totalt sett trekker en avveining av rettskildene i retningen av at enhver form for negativ reaksjon som er en følge av varslet, etter en konkret vurdering, kan være en gjengjeldeshandling. Den nedre grense går et sted mellom følelsen av å være utsatt for negativ behandling og objektive holdepunkter som støtter den følelsen, som f.eks. trusler om oppsigelse. Dette er i tråd med ordlyd, forarbeider, juridisk teori, øvrig lovgivning og lovgivers intensjon.

Som følge av konklusjonen kan det stilles spørsmål om lagmannsrettene i tilstrekkelig grad vektlegger arbeidstakers subjektive oppfatning i vurderingen av om vilkåret ”gjengjeldelse” er oppfylt. Hvis det ikke er gjort, vil det i så fall svekke arbeidstakers beskyttelse mot gjengjeldelse.

3.2 Vilkaoret ”varsler i samsvar med § 2-4”

For at arbeidstaker skal være beskyttet mot gjengjeldelse må det kumulative vilkåret ”varsler i samsvar med § 2-4” være oppfylt, jf. aml. § 2-5. Bestemmelsen henviser til aml. § 2-4 som har følgende vilkår; arbeidstaker har rett til på en ”forsvarlig” måte å varsle om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten, jf. aml. § 2-4 første og andre ledd. Vilkaorene om at varslingen må gjelde ”kritikkverdige forhold” i virksomheten og at varslingen skal være ”forsvarlig” må være oppfylt for at aml. § 2-5 skal være aktuell. Den øvre grense for vilkaorene

⁸⁹ Innst. O. nr. 6 (2006-2007) punkt 2.5 s. 9.

er ikke av interesse eller problematisk. Spørsmålet er således hvor den nedre grense for disse vilkårene går.

3.2.1 Vilåret ”kritikkverdige forhold”

I følge Eriksen innebærer begrepet ”kritikkverdige forhold” at forholdet må fremstå som negativt og uønsket, og at begrepet må forstås som en rettslig standard.⁹⁰ Straffbare forhold, som f.eks. økonomisk kriminalitet, ulovlige forhold som ikke er straffbare og brudd på skriftlige etiske retningslinjer eller andre etiske normer omfattes av vilkåret.⁹¹ Eksempler på kritikkverdige forhold er straffbare, ulovlige eller uetiske forhold i tilknytning til forurensning, arbeidsmiljø, korrupsjon eller myndighetsmisbruk, samt forhold som innebærer en trussel for liv eller helse.⁹²

For at brudd på virksomhetens etiske retningslinjer skal omfattes av vilkåret, forutsettes det at retningslinjene er skriftlige og tilgjengelige for de ansatte.⁹³ Ved brudd på andre etiske normer i samfunnet gir lovgiver føringer på at det må foretas en bredere vurdering av om det anses som kritikkverdige forhold. Det må være tale om etiske normer som har en bred tilslutning i samfunnet. Hvorvidt et forhold skal anses som kritikkverdig må tolkes ”i lys av at forholdene normalt bør ha en viss allmenn interesse før arbeidstaker kan gå ut med dem.”⁹⁴ Eriksen presiserer at det er samfunnsinteressen i det påståtte kritikkverdige forholdet som avgjør varslerrettens rekkevidde og at kravet om ”en viss allmenn interesse” innebærer at virksomhetens risikopotensiale overfor samfunnet er styrende for yttergrensene av hva som er ”kritikkverdige forhold”.⁹⁵

Brudd på individuelle arbeidsavtaler vil i følge Eriksen omfattes av ”kritikkverdige forhold”, men hun stiller spørsmål ved om det foreligger en så begrenset samfunnsinteresse at det ikke omfattes.⁹⁶ Selv om forholdene det varsles om gjelder arbeidstakers eget arbeidsforhold, kan de være av en slik generell art at det omfattes av ”kritikkverdige forhold”, jf. LB-2008-

⁹⁰ Eriksen (2016) s. 160.

⁹¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 23, 37 og 50.

⁹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 132 og 129.

⁹³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50.

⁹⁵ Eriksen (2016) s. 159 og 163.

⁹⁶ Eriksen (2016) s. 206-207.

184675. Det er i følge Eriksen en god løsning å skille mellom regulering som gjelder lønns- og arbeidsvilkår og forhold som er av en større samfunnsinteresse. Eriksen presiserer at partene i en rent privatrettslig konflikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om individuelle arbeidsvilkår har til rådighet en rekke mer hensiktsmessige virkemidler.⁹⁷

Forhold som arbeidstaker mener er kritikkverdig etter sin egen politiske eller etiske oppfatning omfattes ikke av vilkåret.⁹⁸ Lovgiver nevner som eksempel at en sykepleier som ytrer seg kritisk om budsjett- og bemanningssituasjon på arbeidsplassen ikke er en varsler, da dette er kritikk av forhold som ikke er ulovlige eller uetiske.⁹⁹ I tillegg vil faglige ytringer i utgangspunktet ikke omfattes av vilkåret kritikkverdige forhold.¹⁰⁰ Eriksen nevner som eksempel at en avholdsmann som kritiserer at det serveres alkohol på et firmarrangement ikke omfattes av kritikkverdige forhold.¹⁰¹ Selv om arbeidstakers ytringer har elementer av faglig uenighet kan ytringene anses som varsling om ”kritikkverdig forhold”, jf. LB-2009-36995. Eriksen fremhever at ytringer med påstand om mulige ”kritikkverdige forhold” er en ”faktaytring som nyter særskilt beskyttelse etter arbeidsmiljøloven §§ 2-5, jf. § 2-4 i kraft av sitt innhold, som det presumptivt er knyttet en særskilt samfunnsinteresse til, uten nærmere vurdering.”¹⁰²

Videre forutsetter lovgiver at dersom et forhold skal omfattes av varslingsretten må forholdet eller opplysningene ikke være allment tilgjengelig, men forholdet eller opplysningene må ha blitt kjent for arbeidstaker gjennom ansettelsesforholdet.¹⁰³ Eriksen nevner som eksempel at hvis det påberopes at andelen kvinner innen teknofag er for lav, er det ikke varsling.¹⁰⁴ Det er ikke til hinder for varslingsretten at arbeidsgiver er kjent eller delvis kjent med de kritikkverdige forhold arbeidstaker varsler om, jf. LA-2009-57115. For tilfeller der et forhold er offentlig kjent i sin helhet, hos arbeidsgiver, relevante offentlige myndigheter og

⁹⁷ Eriksen (2016) s. 209.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37.

¹⁰⁰ Eriksen (2016) s. 215.

¹⁰¹ Eriksen (2016) s. 215-216.

¹⁰² Eriksen (2016) s. 236.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 37. En lik forståelse er fulgt opp i underrettspraksis, se f.eks. TAHER-2009-67427 og TBERG-2007-136244.

¹⁰⁴ Eriksen (2016) s. 219.

offentligheten for øvrig, enten før det varsles eller der varslet har nådd myndigheter og offentligheten, vil det i følge Eriksen ikke omfattes av vilkåret ”kritikkverdige forhold”.¹⁰⁵

Et annet tilfelle der arbeidstakers varslingsrett er begrenset er når det er i strid med annen lov.¹⁰⁶ Varslingsretten kan derfor begrenses av lovbestemt taushetsplikt eller straffebud.

Oppsummert omfattes straffbare forhold, ulovlige forhold som ikke er straffbare og brudd på etiske retningslinjer eller andre etiske normer av vilkåret ”kritikkverdige forhold”. Det må trekkes en nedre grense mot forhold som er en rent privatrettslig konflikt, ytringer som utelukkende er av politisk eller faglig karakter, forhold som er offentlig kjent i sin helhet før varslingen, saker der varslingen har nådd myndighetene og offentligheten, og forhold som er i strid med annen lov. I vurderingen av bevisbyrderegelen vil det legges til grunn at vilkåret ”kritikkverdige forhold” er oppfylt.

3.2.2 Vilkaeret ”forsvarlig”

Formålet bak forsvarlighetskriteriet er å stille krav til måten det varsles på, og ikke begrense varslingsretten.¹⁰⁷ Hvorvidt arbeidstakers varsling er ”forsvarlig” avhenger av en konkret og skjønsmessig helhetsvurdering mellom arbeidstakers ytringsfrihet på den ene siden og arbeidsgivers interesser, herunder arbeidstakers lojalitetsplikt, på den andre siden.¹⁰⁸

Vurderingstemaet er i hovedsak om arbeidstaker har et forsvarlig grunnlag for kritikken og hvorvidt arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers og virksomhetens legitime interesser ved måten det varsles på.¹⁰⁹

I forsvarlighetsvurderingen er følgende momenter av særlig betydning; om arbeidstaker er i aktsom god tro om de kritikkverdige forhold, om det er forsøkt å varsle internt først, hvilke opplysninger det er tale om, herunder deres skadepotensiale, og hvor stor allmenn interesse opplysningene har.¹¹⁰ Det nærmere innhold i kravet om forsvarlig fremgangsmåte ved varsling vil avhenge av om arbeidstaker varsler internt, til offentlig myndigheter eller til

¹⁰⁵ Eriksen (2016) s. 220.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 23.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 16-20 og 50-52.

media.¹¹¹ Det vises til Eriksens behandling av vilkåret ”forsvarlig” for en nærmere redegjørelse av dette.¹¹²

En arbeidstaker som varsler om arbeidsmiljøproblemer som arbeidstaker selv er årsaken til har ikke et forsvarlig grunnlag og arbeidstaker er heller ikke i aktsom god tro om de forhold det varsles om, jf. LG-2015-75029. Kravet om forsvarlig grunnlag er ikke oppfylt dersom arbeidstaker relativt enkelt kan bringe faktum på det rene uten å varsle, jf. LB-2010-40623. I følge Eriksen kan det ikke kreves for mye av arbeidstaker for å bringe faktum på det rene, fordi da kan terskelen for å varsle bli for høy ut fra lovgivers intensjon. Eriksen uttaler at det er ”tilstrekkelig at vedkommende har gjort det han/hun kan for å frembringe fakta.”¹¹³

Dersom arbeidstaker varsler via en person utenfor virksomheten når det foreligger flere andre muligheter å varsle, f.eks. der arbeidstaker kan varsle vanlig tjenestevei, til ledelsen, eller gjennom fagforbundet, er ikke vilkåret ”forsvarlig” oppfylt, jf. LB-2009-70215. Det er et moment i forsvarlighetsvurderingen om virksomheten har rutiner for intern varsling, jf. aml. § 3-6, som må tillegges vekt.¹¹⁴ I følge Eriksen er det ikke et absolutt krav at intern varsling er forsøkt før ekstern varsling til media eller offentligheten, men det er et tungtveiende argument om det er forsøkt varslet internt for å anse ekstern varsling som ”forsvarlig”.¹¹⁵ Videre uttrykker Eriksen at det ikke kan være et krav om å varsle internt når sentrale deler av ledelsen er ansvarlig eller har interesse i de påståtte kritikkverdige forholdene.¹¹⁶

I følge Eriksen er det lite rom for å problematisere forsvarlighetskriteriet dersom man varsler internt, med mindre arbeidstaker velger ytterliggående virkemidler. Hvis arbeidstaker ved en varsling fremsetter alvorlige beskyldninger til stort antall ansatte i et stort konsern, innebærer det en høy risiko for videre spredning utenfor konsernet, og det vil ikke i følge Eriksen oppfylle kriteriet ”forsvarlig”.¹¹⁷ Eriksen presiserer at det bare er arbeidsgivers legitime interesser som har krav på beskyttelse, og hvis arbeidsgiver har unnlatt å benytte seg av en

¹¹¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 39 og 50.

¹¹² Eriksen (2016) s. 249 flg. om vilkåret ”forsvarlig”, jf. aml. § 2-4 (2).

¹¹³ Eriksen (2016) s. 260-261.

¹¹⁴ Se LB-2009-70215 og Eriksen (2016) s. 264.

¹¹⁵ Eriksen (2016) s. 264.

¹¹⁶ Eriksen (2016) s. 265.

¹¹⁷ Eriksen (2016) s. 266 og Rt. 2003 s. 1614.

mulighet til intern håndtering som følge av varsling om f.eks. korrupsjon eller miljøskade, vil samfunnsinteressen legitimere varsling til offentlige myndigheter eller media på bekostning av arbeidsgivers interesser.¹¹⁸

Oppsummert må det foretas en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av hvorvidt vilkåret ”forsvarlig” er oppfylt. I det fleste tilfeller vil intern varsling være ”forsvarlig”. Det må trekkes en nedre grense der arbeidstaker selv er årsaken bak varslingen, der arbeidstaker enkelt kunne bragt faktum på det rene, der risikoen for spredning utenfor konsern er stor eller der arbeidstaker varsler via en person utenfor virksomheten når det foreligger andre muligheter. Ved varsling eksternt er det større fare for å skade arbeidsgivers legitime interesser og det må stilles strengere krav til arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling. Det må trekkes en nedre grense mot tilfeller der arbeidstaker totalt overser arbeidsgivers legitime interesser, f.eks. der arbeidstaker fremsetter påstander som ikke er begrunnet og der faktum enkelt kunne vært bragt på det rene eller der arbeidstaker varsler om opplysninger med stort skadepotensiale og det har vært mulig å varsle internt først. I vurderingen av bevisbyrderregelen vil det legges til grunn at vilkåret ”forsvarlig” er oppfylt.

4 Bevisbyrderregelen i aml. § 2-5

I det følgende vil det først foretas en analyse av bevisbyrderregelen for å presisere vilkårets innhold og betydning. Deretter vil det bli sett på hvordan bevisbyrderregelen fungerer i praksis.

4.1 Analyse av bevisbyrderregelen

Det er to kumulative vilkår som etter bevisregelen i aml. § 2-5 må være oppfylt for at arbeidstaker er beskyttet mot gjengjeldelse, dersom man har oppfylt vilkåret om å varsle etter aml. § 2-4.

Først må arbeidstaker fremlegge ”opplysninger” som gir ”grunn til å tro” at gjengjeldelse i strid med første punktum har funnet sted. Begrepet ”opplysninger” er vidt og taler for at alle slags opplysninger kan fremlegges for å oppfylle sannsynlighetskravet ”grunn til å tro”. En naturlig forståelse av ”grunn til å tro” tilsier videre at sannsynlighetskravet er lempeligere enn

¹¹⁸ Eriksen (2016) s. 267.

utgangspunktet for sivile saker hvor det er et krav om sannsynlighetsovervekt. Isolert sett taler begrepet ”grunn til å tro” for at sannsynlighetskravet er under 50 prosent.

For det andre skal det legges til grunn at gjengjeldelse har funnet sted ”hvis ikke arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet”. Dermed har ikke gjengjeldelse funnet sted dersom arbeidsgiver kan sannsynliggjøre dette. Begrepet ”sannsynliggjør” tilsier at sannsynlighetskravet er sannsynlighetsovervekt, altså kreves det at det er mer enn 50 prosent sannsynlig at gjengjeldelse ikke har funnet sted. Uttrykket ”hvis ikke” henviser til første del av setningen, slik at vilkåret kun er aktuelt dersom vilkåret ”grunn til å tro” er oppfylt.

Denne delen av bestemmelsen gir uttrykk for beviskrav og bevisbyrde. Etter ordlyden å dømme tilsies klart andre regler enn det som er normalt i sivilprosessen, og det er denne bevisregelen som i det videre vil behandles nærmere. Bevisregelen innebærer at arbeidstaker først må gi ”grunn til å tro” at gjengjeldelse har funnet sted, og dersom dette vilkåret er oppfylt, snus bevisbyrden over på arbeidsgiver, som må bevise det motsatte med sannsynlighetsovervekt.

Spørsmålene videre er hvordan en bestemmelse med to bevisbyrder skal forstås og hva som menes med sannsynlighetskravet ”grunn til å tro”.

Bevisregelen i aml. § 2-5 første ledd andre punktum omtales som en regel om delt bevisbyrde i gjengjeldelsessaker.¹¹⁹ Det innebærer at arbeidstaker først må fremlegge bevis eller faktiske opplysninger som gir ”grunn til å tro” at ulovlig gjengjeldelse har funnet sted. Dermed har arbeidstaker i samsvar med reglene i sivilprosessen først bevisbyrden. Det skal ikke stilles for strenge beviskrav til arbeidstaker. Det vil f.eks. være nok å påvise at det er varslet og at oppsigelse eller en annen negativ reaksjon fulgte tett i tid på varslet.¹²⁰ Følgelig er beviskravet ”grunn til å tro” lempeligere enn kravet til sannsynlighetsovervekt, som er utgangspunktet i sivile saker. Forarbeidene gir imidlertid ikke veiledning til hvor mye lempeligere kravet er.

Dersom arbeidstaker fremlegger konkrete opplysninger som gir grunn til å tro at ulovlig gjengjeldelse faktisk har funnet sted, så medfører regelen om delt bevisbyrde at bevisbyrden

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

går over på arbeidsgiver.¹²¹ Arbeidsgiver vil da måtte fremlegge bevis som sannsynliggjør at ulovlig gjengjeldelse likevel ikke har funnet sted. Arbeidsgiver må sannsynliggjøre at det foreligger andre forhold enn varslingen som begrunner den negative reaksjonen, og lovgiver presiserer at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for manglende årsakssammenheng mellom varslingen og reaksjonen.¹²² I tråd med begrepet ”sannsynliggjør” gir forarbeidene uttrykk for at beviskravet for arbeidsgiver er alminnelig sannsynlighetsovervekt, altså mer enn 50 % sannsynlig. Beviskravet for arbeidsgiver er således etter ordlyden og forarbeidene likt utgangspunktet i sivile saker.

Første del av regelen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5, som pålegger arbeidstaker bevisbyrden, er i tråd med utgangspunktet etter sivilprosessen om at den part som fremmer en påstand må sannsynliggjøre påstandens riktighet. Andre del av regelen om delt bevisbyrde innebærer at arbeidsgiver må sannsynliggjøre det motsatte dersom arbeidstaker har oppfylt sin bevisbyrde. Dette er motsatt av utgangspunktet i sivilprosessen. Dermed er regelen om delt bevisbyrde inngripende ovenfor arbeidsgiver. Dette er begrunnet med at arbeidsgiver oftest har best mulighet til å få tilgang til virksomhetsrelatert informasjon og derfor har best forutsetninger for å føre bevis for spørsmål som relaterer seg til virksomheten.¹²³ Hensynet til arbeidstakers ytringsfrihet er også med på å begrunne regelen om delt bevisbyrde.¹²⁴ Bevissikringshensynet er et annet argument for regelen om delt bevisbyrde.¹²⁵ Dette fordi arbeidsgiver har best mulighet og oppfordring til å sikre bevis.

Arbeidsmiljøloven § 13-8 gir også uttrykk for en regel om delt bevisbyrde som er identisk med aml. § 2-5 første ledd. Det fremgår at bevisregelen i aml. § 2-5 utvider anvendelsesområdet for regelen i aml. § 13-8 om delt bevisbyrde i forhold til gjengjeldelse mot arbeidstaker som har tatt opp sak om diskriminering, og aml. § 2-5 erstatter samtidig denne bestemmelsen.¹²⁶ Derfor kan forarbeidene og øvrige rettskilder til aml. § 13-8 være relevante for tolkningen av regelen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5. Lovgiver bemerker til aml. § 13-8 at det må foreligge ”indikasjoner” for at det har funnet sted usaklig

¹²¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

¹²² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

¹²³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44 og Innst. O. nr. 6 (2006-2007) punkt 2.2 s. 7.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44 og Innst. O. nr. 6 (2006-2007) punkt 2.2 s. 7.

¹²⁵ Se f.eks. Skoghøy (2017) s. 917-919 og s. 936-937.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

forskjellsbehandling. Det er altså ikke et krav om sannsynlighetsovervekt. Det er nok at arbeidstaker etablerer en presumsjon for diskriminering ved å vise til indikasjoner på at usaklig forskjellsbehandling har funnet sted.¹²⁷ Dersom arbeidstaker etablerer en slik presumsjon, så snus bevisbyrden over på arbeidsgiver, som må sannsynliggjøre at forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted. Beviskravet for arbeidsgiver er sannsynlighetsovervekt.¹²⁸ Forarbeidene til aml. § 13-8 støtter altså opp om forståelsen av delt bevisbyrde i forarbeidene til aml. § 2-5.

Samlet sett trekker forarbeidene, i likhet med en naturlig forståelse av ”grunn til å tro”, i retning av at arbeidstakers beviskrav er lempeligere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Videre er spørsmålene hvor mye lempeligere beviskravet ”grunn til å tro” er og hvilke ”opplysninger” som kreves for å oppfylle arbeidstakers beviskrav ”grunn til å tro”.

Bestemmelsen i aml. § 2-5 første ledd har ikke blitt behandlet i Høyesterett. Tingrettene og lagmannsrettene har derimot behandlet en del saker der brudd på aml. § 2-5 er påberopt, men ingen har behandlet bevisregelen på prinsipielt grunnlag.

Høyesterett har imidlertid behandlet regelen om delt bevisbyrde i Rt. 2014 s. 402 etter likestillingsloven av 1978¹²⁹ § 16. Førstvoterende påpekte at likestillingsloven av 1978 var opphevet, men at bl.a. regelen om delt bevisbyrde er videreført i likestillingsloven fra 2013¹³⁰.¹³¹ Likestillingsloven § 27 har en likelydende bevisregel som aml. § 2-5 og første ledd lyder:

”Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:

a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og

b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.”

(Min utheving.)

¹²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328-329.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328-329.

¹²⁹ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (opphevet).

¹³⁰ Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

¹³¹ Rt. 2014 s. 402 (avsnitt 51).

Høyesterettsavgjørelser som behandler regelen om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 27 kan derfor ha overføringsverdi til innholdet i bevisregelen til aml. § 2-5.

Saken gjaldt om staten v/ Forsvarsdepartementet i strid med likestillingsloven av 1978 § 4, jf. § 3 hadde vektlagt kjønn da en kvinne ble utnevnt som kontreadmiral og ble beordret til stilling som sjef for Forsvarets skolesenter.

Førstvoterende fremhever at formålet med bevisbyrderegelen er at den skal ”effektivisere diskrimineringsvernet, ved å la arbeidsgiver bære risikoen for bevistvil. Den skal dessuten inspirere arbeidsgivere til en ryddig og forsvarlig saksbehandling.”¹³² Rimelighetshensyn taler for at formålet bak bevisregelen i aml. § 2-5 er å effektivisere gjengjeldelsesvernet.

Førstvoterende uttrykker videre at arbeidsgiveren har bevisbyrden dersom det er ”holdepunkter” eller ”indikasjoner” om at ulovlig forskjellsbehandling har funnet sted, og presiserer at sannsynlighetsovervekt ikke kreves. Det kan f.eks. være tilstrekkelig å gi opplysninger om at andre arbeidssøkere fremstår som bedre kvalifisert for at beviskravet anses oppfylt.¹³³ Førstvoterendes anvendelse av begrepene ”holdepunkter” og ”indikasjoner” tilsier at beviskravet til arbeidstaker er betydelig lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

I saken var det bl.a. et notat fra departementets fagavdeling og et foredrag til den kongelige resolusjon som beskrev ansettelsesprosessen, og dokumentasjonen ga ”holdepunkter” for at det forelå forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven av 1978 § 4 andre ledd, jf. § 3. Bevisbyrden gikk deretter over på staten som dermed måtte ”sannsynliggjøre” at det ikke forelå ulovlig forskjellsbehandling.¹³⁴ Førstvoterende fant at argumentet om at hun som fikk stillingen var kvinne ikke var avgjørende for utnevnelsen, og at utnevnelsen dermed likevel ikke var ulovlig forskjellsbehandling.¹³⁵ Staten hadde således oppfylt sitt beviskrav og ble frifunnet. Førstvoterende fikk tilslutning fra tre dommere, som utgjorde flertallet i avgjørelsen.

¹³² Avsnitt 63.

¹³³ Avsnitt 64.

¹³⁴ Avsnitt 73-74.

¹³⁵ Avsnitt 95.

Mindretallet som bestod av en dommer var uenig i resultatet. Mindretallet var enig i flertallets vurdering av saksøkers beviskrav. Derimot kom mindretallet til at staten ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde i saken. Mindretallet fremhevet at saksøker hadde bedre kvalifikasjoner etter søknadskriteriene enn kvinnen som ble ansatt hadde.¹³⁶ Mindretallet fant at det var klar sannsynlighetsovervekt for at kvinnen ble utnevnt i strid med likestillingsloven av 1978.¹³⁷

Avgjørelsen illustrerer at innholdet i bevisregelen medfører to vurderinger. Den første vurderingen er om saksøker har fremlagt opplysninger som gir ”holdepunkter” eller ”indikasjoner” om at ulovlig forskjellsbehandling har funnet sted. Dersom arbeidstaker har oppfylt sitt beviskrav, går bevisbyrden over på arbeidsgiver. Den andre vurderingen er om arbeidsgiver sannsynliggjør at ulovlig forskjellsbehandling likevel ikke har forekommet. Selv om regelen om delt bevisbyrde inneholder to vurderinger, så foretar både flertallet og mindretallet en samlet vurdering av bevisene i saken og vurderer hva som er sannsynliggjort. Det kan virke motstridende at retten foretar en samlet vurdering av hvilket faktum som er mest sannsynlig, samtidig som saksøker har oppfylt sitt beviskrav og bevisbyrden er gått over på saksøkte.

I en annen avgjørelse inntatt i Rt. 2012 s. 424 gjaldt saken krav om oppreisningserstatning etter påstått aldersdiskriminering i forbindelse med ansettelsesprosessen. Førstvoterende påpeker at rene påstander om diskriminering ikke er nok til å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde. I tråd med forarbeidene må arbeidstaker påvise ”indikasjoner” på at ulovlig forskjellsbehandling har funnet sted, for at bevisbyrden skal gå over på arbeidsgiver, jf. aml. § 13-8.¹³⁸ I saken var partene enige om at det forelå omstendigheter som ga grunn til å tro at aldersdiskriminering hadde funnet sted, jf. aml. § 13-8. Førstvoterende viser til at det forelå indikasjoner etter utlysningsteksten og de ulike søkerens formelle og reelle kompetanse.¹³⁹ Retten kom enstemmig til at det ikke forelå aldersdiskriminering i denne sak, da arbeidsgiver hadde sannsynliggjort at aldersdiskriminering ikke hadde funnet sted.¹⁴⁰

¹³⁶ Avsnitt 116-126.

¹³⁷ Avsnitt 110 og 128.

¹³⁸ Avsnitt 38.

¹³⁹ Avsnitt 42.

¹⁴⁰ Avsnitt 51.

Høyesteretts anvendelse av begrepene ”holdepunkter” og ”indikasjoner” tilsier at beviskravet til arbeidstaker er betydelig lavere enn sannsynlighetsovervekt og det innebærer en lav terskel for at bevisbyrden overføres til arbeidsgiver. Det vil derfor ikke være en høy terskel for at det foreligger ”opplysninger” som er tilstrekkelig for å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde.

Høyesterett foretar også en samlet vurdering av faktum hvor kravet til sannsynlighetsovervekt benyttes selv om arbeidstaker har oppfylt sitt beviskrav. Denne motstriden må i det følgende undersøkes nærmere.

For å forklare den tilsynelatende motstriden benyttes to artikler; Anne Robberstads ”Om forståelser av bevisbyrde” fra 2011¹⁴¹ og Hans Petter Gravers ”Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten” fra 2004¹⁴².

Robberstad gir uttrykk for at begrepet bevisbyrde anvendes under to ulike stadier i saksgangen ved løsningen av et konkret rettslig spørsmål for dommeren. Begrepet omtales som henholdsvis objektiv og subjektiv bevisbyrde avhengig av tidspunktet i saksgangen. Den objektive bevisbyrde knytter seg til domsskrivningsstadiet, det tidspunkt dommeren må bestemme seg for hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen. Den subjektive bevisbyrde knytter seg til stadier underveis i saken.¹⁴³ Graver benytter også begrepet bevisbyrde i to ulike situasjoner avhengig av tidspunktet i saksgangen. I følge Graver dreier den objektive bevisbyrde seg om tvilsrisikoen, det vil si hvem av partene tvil rundt faktum skal gå utover når ”dommeren mener at det er like usikkert at kravet til sannsynlighetsovervekt er oppfylt, som at det ikke er det.”¹⁴⁴ Den subjektive bevisbyrde er en handlingsplikt eller bevisføringsbyrde som innebærer at den part som har bevisbyrden må skaffe eller legge frem bevis som styrker vedkommendes påstand.¹⁴⁵ Således benyttes bevisbyrde om partenes plikt til å legge frem bevis under saksgangen og hvem av partene tvil rundt de faktiske forhold skal gå utover.

¹⁴¹ Anne Robberstad, ”Om forståelser av bevisbyrde”, *Jussens venner*, 2011 vol. 46 s. 65-86.

¹⁴² Hans P. Graver, ”Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 vol. 117 s. 465-498.

¹⁴³ Robberstad (2011) s. 68.

¹⁴⁴ Graver (2004) s. 467.

¹⁴⁵ Graver (2004) s. 466-467.

Robberstad undersøker i artikkelen regelen om delt bevisbyrde i diskrimineringslovene og bruker likestillingsloven av 1978 § 16 første ledd som eksempel. Bevisregelen i aml. § 2-5 er likelydende som bevisregelen i eksempelet til Robberstad og eksempelet kan derfor ha relevans til forståelsen av bevisregelen i aml. § 2-5. Robberstad mener regelen om delt bevisbyrde kun kommer til anvendelse ”dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling. Om det foreligger slike omstendigheter, må avgjøres ut fra det totale bevisbildet, herunder innklagedes anførsler.” Robberstad uttrykker videre at det er klager som må gi dommeren grunn til å tro om det foreligger slike omstendigheter, og at det ikke kan oppstilles en generell regel om at anklagede har bevisbyrden for at det ikke foreligger lovbrudd.¹⁴⁶ Robberstad anvender den objektive bevisbyrde i tolkningen av regelen om delt bevisbyrde. En slik tolkning av regelen om delt bevisbyrde innebærer ifølge Robberstad at betydningen av regelen vil utslettes. I lys av andre rettskilder bemerker Robberstad at regelen kan forstås som at det først skal føres bevis for det ene, og så for det andre. Dette er derimot ikke ”egentlig bevisbyrderegel”.¹⁴⁷

Samlet sett trekker Robberstads forståelse i retning av at bevisbyrden ikke har praktisk betydning, da dommeren etter endt bevisbedømmelse uansett foretar en samlet vurdering av bevisene i saken og avgjør hvem en eventuell tvil rundt faktum skal gå utover.

Under analysen trekker de ulike rettskildene i lik retning vedrørende hvilken terskel som gjelder for hvorvidt arbeidstakers beviskrav er oppfylt, og bevisbyrden overføres på arbeidsgiver. Lovens ordlyd, forarbeidene og høyesterettspraksis trekker i retning av at arbeidstakers beviskrav er lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. I lys av Rt. 2014 s. 402 vil det faktum at det foreligger ”holdepunkter” eller ”indikasjoner” på at ulovlig gjengjeldelse har funnet sted være tilstrekkelig for å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde. En ren påstand om ulovlig gjengjeldelse vil imidlertid ikke oppfylle arbeidstakers bevisbyrde, jf. Rt. 2012 s. 424. Lovgiver presiserer at det som regel er nok å påvise at det er varslet og en negativ reaksjon fulgte tett i tid.¹⁴⁸ Juridisk teori gir ikke veiledning til hvilket beviskrav som kreves for å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde og gir uttrykk for at delt bevisbyrde egentlig ikke er noen bevisbyrderegel.

¹⁴⁶ Robberstad (2011) s. 84.

¹⁴⁷ Robberstad (2011) s. 85.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 53.

Et rimelighetshensyn som kan tale mot en for lav terskel for å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde er arbeidsgivers rettssikkerhet. Arbeidsgivers rettssikkerhet synes likevel å være ivaretatt ved at retten foretar en samlet vurdering av hva som er det mest sannsynlige faktum etter endt bevisføring. Et annet mothensyn kan være at en for lav terskel for å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde vil medføre at arbeidsgiver må håndtere økte grunnløse påstander, som igjen medfører omfattende og tidkrevende prosesser.

En av hovedbegrunnelsene bak bevisregelen i aml. § 2-5 er å gjøre varslingsretten mer reell med et sterkt gjengjeldelsesvern.¹⁴⁹ I dette ligger at arbeidstaker skal ha en reell mulighet til å varsle om kritikkverdige forhold og samtidig være vernet mot gjengjeldelse. En for høy terskel ville virke mot lovgivers hensikt.

Samlet sett taler en avveining av de ulike rettskildene for at arbeidstakers beviskrav er betydelig lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det er tilstrekkelig å fremlegge opplysninger som gir grunnlag eller antydninger på at arbeidstaker har vært utsatt for negativ behandling som følge av varslet. Dette er i tråd med lovgivers vilje og avgjørelsene fra Høyesterett i Rt. 2014 s. 402 og Rt. 2012 s. 424.

Konklusjonen er at arbeidstakers beviskrav er oppfylt dersom det foreligger holdepunkter eller indikasjoner på at ulovlig gjengjeldelse kan ha funnet sted, og arbeidsgivers beviskrav er oppfylt dersom det ikke foreligger gjengjeldelse etter alminnelig sannsynlighetsovervekt. Disse beviskravene og bevisbyrdene har praktisk betydning for de tilfeller der arbeidstaker har oppfylt sitt beviskrav i sin bevisbyrde og bevisbyrden dermed er overført til arbeidsgiver.

4.2 Bevisbyrderegelen i praksis

4.2.1 Introduksjon

I det følgende skal noen utvalgte avgjørelser fra lagmannsrettene behandles nærmere for å belyse hvordan bestemmelsen i aml. § 2-5 fungerer i praksis. Under gjennomgangen vil det fremkomme at lagmannsrettens vurdering av arbeidstakers beviskrav spriker fra analysen av bevisregelen i aml. § 2-5. Det er derfor nødvendig å belyse om det eksisterer et reelt vern mot gjengjeldelse for arbeidstakere. Avslutningsvis vil dette vernet vurderes opp mot lovgivers intensjon og formålet bak regelen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 8.

4.2.2 LH-2016-36029 – Mobbing og trakassering m.m.

Saken omhandlet en arbeidstaker som var ansatt ved NAV Troms fylkesadministrasjon (heretter fylkeskontoret). Ved fylkeskontoret ble det gjennomført en omorganisering, som medførte færre avdelinger og færre lederstillinger på kontoret. Arbeidstaker varslet via en avviksmelding om kritikkverdige forhold på fylkeskontoret til hovedverneombudet i Troms, som senere ble sendt til direktoratet. Arbeidstaker fremsatte senere et nytt varsel om forhold hun fant kritikkverdig ved fylkeskontoret til direktoratet. Som følge av varslingene anførte arbeidstaker å ha blitt utsatt for gjengjeldelse bestående av trakassering og mobbing, trusler om oppsigelse, mangelfull tildeling av arbeidsoppgaver, mangelfull oppfølging som sykemeldt, krenkende tilbud om andre stillinger, svak lønnsutvikling og svak saksbehandling av varslingssaken.

Retten kom til at arbeidstaker hadde oppfylt vilkåret ”varsler i samsvar med § 2-4”, jf. aml. § 2-5 første ledd. Spørsmålet i saken var om arbeidstaker etter varslingene var utsatt for negative reaksjoner av arbeidsgiver.

Under gjennomgangen av de rettslige utgangspunkter påpekte retten følgende: ”I utgangspunktet gjelder det alminnelige prinsipp at den som fremmer en påstand, har bevisbyrden for påstandens riktighet. Retten skal legge til grunn det mest sannsynlige faktum. Ved tvil om det foreligger gjengjeldelse, gjelder det som kalles delt bevisbyrde, jf. aml. § 2-5 første ledd andre punktum.” Deretter gjengir retten innholdet i det som følger av ordlyden i bestemmelsen og det som fremgår av forarbeidene.

Først foretar retten en vurdering av de faktiske forhold forut for arbeidstakers varsel. Retten presiserer at ”På grunnlag av bevisene som er ført, finner lagmannsretten sannsynlighetsovervekt for at B over tid har hatt medarbeidere som har følt seg dårlig behandlet av ham og mener han sprer en frykktkultur, sanksjonerer motstand, irettesetter i plenum, bli sint og høyrøstet, er manipulerende og tar folk inn og ut av varmen.” Retten fant videre at ”det alt i alt mest sannsynlig at As anførsler om at B endret atferd overfor henne, har vært sint, hevet stemmen og irettesatt henne i plenum ikke er atypiske opplevelser av B og ikke er usannsynlige alene ut fra hans væremåte.” Deretter fant retten det ”mest sannsynlig” at arbeidsgiver ble kjent med arbeidstakers varsel når han fikk det tilsendt fra direktoratet. På bakgrunn av dette konkluderer retten med at hendelser før arbeidsgiver ble kjent med varsel ikke var gjengjeldelse for varsling. Rettens anvendelse av ”sannsynlighetsovervekt” og ”mest

sannsynlig” illustrer at retten anvender de alminnelige prinsipper i sivilprosessen. Utover dette foretar ikke retten en avveining eller nevner noe om arbeidstakers bevisbyrde.

Etter dette vurderer retten de ulike gjengjeldeshandlingene. Sinne kombinert med irettesettelse kan ifølge retten være gjengjeldelse. Retten bemerket at de ”tar ikke stilling til om det er fremlagt opplysninger som gir grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse, idet det er sannsynliggjort at Bs opptreden ikke skyldtes varslingen.” Til anførselen om at arbeidstaker var utsatt for trusler om oppsigelse uttalte retten at ”Det er ikke sannsynlighetsovervekt for at B ved noen av anledningene ytret seg på måter som innebar en trussel om oppsigelse.” Dette begrunnet retten med at forholdene som ble tatt opp med arbeidstaker var innenfor arbeidsgivers styringsrett og at det ikke var forhold som kun ble tatt opp med arbeidstaker. Retten presiserte også at det ikke var ”sannsynlighetsovervekt for en økning i intensitet og hyppighet i hans reaksjoner overfor A etter hennes varsling”. I vurderingen av hvorvidt arbeidstaker var utsatt for subtil trakassering bemerket retten at det ”ikke kreves at alle enkelthendelser må påvises når gjengjeldelse har skjedd på andre måter enn ved oppsigelse, jf. LB-2009-36995”, men retten fant ikke ”sannsynlighetsovervekt” for at arbeidsgiver hadde utsatt arbeidstaker for subtil trakassering. Dette begrunnet retten bl.a. med at arbeidstakers antydninger var for vag til at retten fant at ”det er fremlagt opplysninger som gir grunn til å tro at B har utsatt A for nedsettende omtale av hennes herkomst og personlige egenskaper.”

I rettens vurdering av om arbeidstaker er utsatt for sinne kombinert med irettesettelse tar ikke retten stilling til arbeidstakers beviskrav, men påpeker at det er ”sannsynliggjort” at det ikke var en gjengjeldelse. Det kan derfor legges til grunn at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sitt beviskrav og bevisbyrden var ikke overført til arbeidsgiver. Når retten vurderer om arbeidstaker er utsatt for trusler om oppsigelse nevner ikke retten om arbeidstakers beviskrav var oppfylt eller ikke, men presiserer at det er ”sannsynlighetsovervekt” for at arbeidsgiver ikke hadde fremsatt trusler om oppsigelse. I vurderingen av om arbeidstaker er utsatt for subtil trakassering bemerket retten at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde og bevisbyrden var således ikke overført til arbeidsgiver. Under alle vurderingene foretar retten en totalvurdering av hvilket faktum det er ”sannsynlighetsovervekt” for, eller som er ”sannsynliggjort”.

Arbeidstaker anførte videre som gjengjeldelse å ha vært utsatt for manglende tildeling av arbeidsoppgaver. Retten fant at det ikke ”er fremlagt opplysninger som gir grunn til å tro at B

har avlyst innplasseringssamtale, og fratatt A arbeidsoppgaver, som reaksjon på hennes varsel.” Retten begrunnet dette med at innplassering uten samtale ble gjort før arbeidstaker ble kjent med varslet, og at det senere tok tid å gjennomføre en slik samtale ikke var på grunn av varslingen. Under denne anførselen presiserte retten at å utelate en medarbeider fra en virksomhetsplan kan være gjengjeldelse. Retten uttalte at ”Idet utarbeidelse av virksomhetsplan regelmessig skjer på begynnelsen av året, er det tvilsomt om den tidsmessige nærhet til varselet alene er tilstrekkelig til at det gir grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse. Lagmannsretten tar ikke stilling til dette, idet det anses sannsynliggjort at utelatelsen ikke skyldtes varslingen.” Retten påpekte at utelatelsen var ”uheldig og fremsto som en forskjellsbehandling som var egnet til å skape usikkerhet.” Likevel fant retten det ”mest sannsynlig” at det var på grunn av arbeidstakers sykefravær kombinert med uheldig ledelsesskjønn at hun ble utelatt fra virksomhetsplanen.

Retten presiserer at arbeidstaker ikke har oppfylt sitt beviskrav i vurderingen av om arbeidstaker er fratatt arbeidsoppgaver. Arbeidstakers bevisbyrde var ikke oppfylt, og den var ikke overført til arbeidsgiver. Under vurderingen av om utelatelse fra virksomhetsplan var gjengjeldelse nevner retten arbeidstakers beviskrav, men tar ikke stilling til hvorvidt den er oppfylt. Dette fordi det var ”sannsynliggjort” at utelatelsen ikke skyldtes varslingen. Det kan derfor legges til grunn at arbeidstaker ikke hadde oppfylt beviskravet i sin bevisbyrde, og bevisbyrden var ikke overført til arbeidsgiver. I vurderingen av om de ulike handlingene var gjengjeldelse, foretar retten en totalvurdering etter endt bevisførsel av hvilket faktum som er ”sannsynliggjort”.

Til anførselen om at mangelfull oppfølging som sykemeldt var gjengjeldelse, kom retten til at arbeidstaker ikke hadde ”fremlagt opplysninger som gir grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse ved dårlig oppfølging som sykemeldt.” Årsaken til dette var at arbeidstaker hadde reagert på oppfølgingen både før og etter arbeidsgiver ble kjent med varslet. Retten presiserte altså at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sitt beviskrav. Bevisbyrden til arbeidstaker var altså ikke oppfylt, og dermed ikke overført til arbeidsgiver. Retten nevner ikke eksplisitt at det er foretatt en totalvurdering av hvilket faktum som er sannsynliggjort.

Arbeidstaker anførte også som gjengjeldelse at hun hadde fått krenkende tilbud om andre stillinger. Retten kunne ikke se at arbeidstaker ”har fremlagt opplysninger som gir grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse” fordi hun ble tilbudt en annen stilling. Dette begrunner retten med at arbeidsgiver forsøkte å finne en løsning for arbeidstaker. Retten nevner

ekspisitt at arbeidstaker ikke har oppfylt beviskravet i sin bevisbyrde. Utover dette nevner ikke retten om det er foretatt en avveining av hvilket faktum som er mest sannsynlig.

Til anførselen om at svak lønnsutvikling var gjengjeldelse fant retten det ”på ingen måte sannsynliggjort at fylkesdirektøren hadde noen påvirkning på lønnsforhandlingene ved NAV Forvaltning Troms i 2014.” Dette fordi retten la til grunn at arbeidstaker tilhørte et annet forhandlingsområde enn ansatte ved fylkeskontoret. I vurderingen av om svak lønnsutvikling var gjengjeldelse, foretar retten en totalvurdering av hvilke kjensgjerninger som er ”sannsynliggjort”. Utover dette foretar ikke retten en avveining eller nevner noe om arbeidstakers bevisbyrde. Som følge av at gjengjeldelse ikke var sannsynliggjort, kan det legges til grunn at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sitt beviskrav.

Arbeidstaker syntes direktoratet hadde gjort for lite i varslingsaken og brukt for lang tid på saken. Retten presiserte at det ”gir ikke grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse fra direktoratets side.” Retten påpekte at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde. Utover dette foretar ikke retten noen ytterligere avveininger.

Etter at retten har vurdert om de påståtte gjengjeldelsehandlingene utgjorde en gjengjeldelse etter varslings, foretar de en oppsummering av saken. Retten uttaler at ”Lagmannsretten har funnet holdepunkter i saken for at A er blitt utsatt for en viss ugunstig behandling fra fylkesdirektørens side. Det er imidlertid ikke sannsynlighetsovervekt for at hun er blitt utsatt for gjengjeldelse som følge av varslings. En viss ugunstig behandling er mest sannsynlig en følge av fylkesdirektørens lederstil kombinert med konkrete omstendigheter, uavhengig av varslings.”

Det forhold at arbeidstaker var utsatt for en viss ugunstig behandling synes å kunne oppfylle vilkåret om å gi grunn til å tro, slik at arbeidstaker oppfylte sin bevisbyrde, men retten tar ikke ekspisitt stilling til om arbeidstaker har oppfylt sitt beviskrav eller sin bevisbyrde. I midlertid presiserer retten at det ikke er ”sannsynlighetsovervekt” for at gjengjeldelse har funnet sted. Det kan derfor legges til grunn at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sitt beviskrav. Bevisbyrden var dermed ikke overført til arbeidsgiver. At retten foretar en oppsummering og anvender begrepene ”sannsynlighetsovervekt” og ”mest sannsynlig” illustrerer at retten etter endt bevisbedømmelse foretar en totalvurdering av hvilket faktum som er ”mest sannsynlig”. Det forhold at den ugunstige behandlingen ble knyttet til arbeidsgivers lederstil uavhengig av

varslingen synes å ha sammenheng med det faktum retten la til grunn under vurderingen av den faktiske bakgrunn forut for arbeidstakers varsel, men retten nevner ikke dette eksplisitt.

De kumulative vilkår i aml. § 2-5 var ikke oppfylt, og arbeidstaker hadde ikke vært utsatt for ulovlig gjengjeldelse til noen av de påberopte gjengjeldelseshandlingene.

4.2.3 LH-2016-63409 – Trakassering og oppsigelse

I denne saken var arbeidstaker ansatt som lærer i Tromsø kommune.¹⁵⁰ Arbeidstaker varslet om forhold som gjaldt utbygging av kulturskolen. Arbeidstaker hevdet at en senere nedskjæring innenfor hennes fagområder var gjengjeldelse etter varslings. I tillegg anførte arbeidstaker at hun var utsatt for gjengjeldelse i form av trakassering.

Lagmannsretten la til grunn at arbeidstaker hadde varslet om kritikkverdige forhold, jf. aml. § 2-4. Det problematiske i denne sak var altså spørsmålet om arbeidstaker var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

Retten bemerket at ”I utgangspunktet gjelder det alminnelige prinsipp at den som fremmer en påstand, har bevisbyrden for påstandens riktighet. Retten skal legge til grunn det mest sannsynlige faktum. Ved tvil om det foreligger gjengjeldelse, gjelder det som kalles delt bevisbyrde, jf. aml. § 2-5 første ledd andre punktum.” Retten gjengir deretter ordlyden i bestemmelsen og hva som følger av forarbeidene til regelen om delt bevisbyrde.

Etter den generelle redegjørelsen av bestemmelsen, presiserer retten at arbeidstaker har ”ikke kommet med opplysninger ”som gir grunn til å tro” at hun har vært utsatt for gjengjeldelse etter aml. § 2-5. Under enhver omstendighet har kommunen sannsynliggjort at det ikke foreligger en gjengjeldelse i strid med loven.” Retten begrunner standpunktet ved å bl.a. henvise til tingrettens dom. I tingrettens dom ble det påpekt at det ikke er tvilsomt at arbeidstaker subjektivt sett har opplevd håndteringen av varslingsaken som svært belastende, men at det objektivt sett ikke foreligger holdepunkter for gjengjeldelse. Videre bemerket retten at et vitne som var med arbeidstaker i møter med arbeidsgiver ikke mente at det hadde forekommet gjengjeldelse i møtene. Retten kom også til at utformingen av svarskjemaene til

¹⁵⁰ Saken har vært omtalt flere ganger i media.

foreldrene ”ikke kan anses som et ledd i en form for gjengjeldelse mot A.” Retten fant det ”etter dette sannsynliggjort at det ikke har funnet sted gjengjeldelse.”

Det forhold at det ble besluttet nedskjæringer ved skolen og at arbeidstaker ble oppsagt synes å kunne oppfylle kriteriet om å gi grunn til å tro, slik at arbeidstaker oppfylte sin bevisbyrde, men retten fant at dette ikke var tilfellet. Det kan bemerkes at retten i redegjørelsen av regelen om delt bevisbyrde uttaler at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn, men likevel vurderer retten om det er grunn til å tro at gjengjeldelse har funnet sted. Retten presiserer at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sitt beviskrav og bevisbyrden var således ikke overført til arbeidsgiver. Deretter vurderer retten om gjengjeldelse har funnet sted ved å foreta en totalvurdering av hvilket faktum som var ”sannsynliggjort”.

4.2.4 LG-2015-16252 – Endring av arbeidsoppgaver m.m.

I denne sak var arbeidstaker ansatt som spesialpedagog ved en skole. Under et personalmøte ble det redegjort for endringer i arbeidsoppgavene til de ansatte ved spesialavdelingen. Arbeidstaker varslet om at endringene skulle vært diskutert med henne som var tillitsvalgt før møtet. Arbeidstaker varslet også om forhold rundt opplæringsloven hun fant kritikkverdige. Som følge av varslet hevdet arbeidstaker å ha vært utsatt for gjengjeldeshandlinger som å bli kalt inn til møte av arbeidsgiver, endring av arbeidsoppgaver og skifte av skole.

Retten kom til at arbeidstaker hadde varslet i tråd med vilkårene i aml. § 2-4, jf. § 2-5. Spørsmålet i saken var om arbeidstaker var utsatt for urettmessig gjengjeldelse etter varslingene.

Under rettens redegjørelse av de rettslige utgangspunkter gjengir de innholdet i regelen om delt bevisbyrde slik det fremgår av ordlyden i bestemmelsen.

Bevisene i saken var i hovedsak vitneforklaringer, herunder et sakkyndig vitne. Etter den første varslingen ble det avholdt et møte med mellom rektor og arbeidstaker om arbeidstakers meningsytringer. Retten uttaler at ”rektors initiativ – at hun ”kalte A inn på teppet” som det har vært omtalt som – ikke var foranlediget av at A varslet om kritikkverdige forhold.” Det ble av retten begrunnet med at ”Det rektor gjorde, var å ta opp kritikk fra kolleger med den medarbeider kritikken var rettet mot.” Retten presiserer at saken er reist som en varslingssak og uttaler at ”et eventuelt ansvar for arbeidsgiver i tråd med As påstand må baseres på at det foreligger en *gjengjeldelse* mot en arbeidstaker som har varslet om kritikkverdige forhold. Dette er ikke tilfellet her.” Resultatet ble av retten begrunnet med at det som ble tatt opp med

arbeidstaker var ”den form hun hadde gitt sitt engasjement og reaksjoner fra kolleger basert på de bekymringsmeldinger rektor hadde fått.”

Det forhold at arbeidsgiver kalte arbeidstaker inn til møte dagen etter varslingen der arbeidstakers ytring var tema, synes å kunne oppfylle vilkåret om å gi grunn til å tro, slik at arbeidstaker oppfylte sin bevisbyrde, men retten tar ikke stilling til dette. I midlertid slår retten fast at det ikke var en ulovlig gjengjeldelse. Retten la dermed etter endt bevisførsel det mest sannsynlige faktum til grunn. Utover dette foretok ikke retten noen avveining og den nevnte ikke bevisbyrdespørsmålet.

Etter det andre varslet fikk arbeidstaker endret sine arbeidsoppgaver og ble senere tilbudt en stilling ved en annen skole. Retten bemerket til kommunikasjonen mellom ledelse og tillitsvalgte at ”Det skal derfor en del til for at en pågående form skal gi utgangspunkt for reaksjoner.” Samtidig må det ifølge retten forventes at tillitsvalgte ikke skaper unødvendige friksjoner, og at der dette skjer har arbeidsgiver rett til å reagere. Rettens syn i et slikt tilfelle er følgende: ”kan det heller ikke være slik at en uheldig saksbehandling i en slik situasjon gjør de tiltak som blir satt i verk til ”gjengjeldeshandlinger”.” Retten presiserer også at selv om tiltak kan angripes på andre rettsgrunnlag, medfører ikke det ansvar etter aml. § 2-5. Deretter gjentar retten innhold i regelen om delt bevisbyrde slik den fremgår av ordlyden i bestemmelsen. Avslutningsvis kom retten til at ”Gitt det bevisbilde som lagmannsretten har redegjort for tidligere – det var kommet reaksjoner fra kolleger som det var grunn til å ta opp med A og situasjonen var alvorlig – er det ikke fremkommet opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted en *gjengjeldelse* av varsling som beskrevet i arbeidsmiljøloven § 2-5, jf. § 2-4.”

I avgjørelsen uttrykker retten seg først om hvilke terskler som må være overskredet i kommunikasjonen mellom ledelse og tillitsvalgte før arbeidsgiver kan sette i verk tiltak. Deretter foretar retten en vurdering av om arbeidstaker har oppfylt sin bevisbyrde. Retten presiserer at vilkåret om å gi grunn til å tro ikke er oppfylt, slik at arbeidstaker ikke oppfylte sin bevisbyrde. Bevisbyrden var dermed ikke overført til arbeidsgiver. Samtidig vurderer retten ”bevisbilde” i saken, og det viser at retten gjør en totalvurdering av hvilke faktiske forhold som er sannsynliggjort.

4.2.5 LG-2011-17283 – Omplussing m.m.

I saken var arbeidstaker ansatt som boredekkarbeider. Arbeidstaker hadde varslet arbeidsgiver om flere forhold han fant kritikkverdige. Arbeidstaker hevdet å være utsatt for negativ reaksjoner etter varslingene bestående av omplassering til annen arbeidsplass, trakassering og forskjellsbehandling.

Arbeidstaker hadde oppfylt vilkåret om å varsle i samsvar med aml. § 2-4, jf. § 2-5.

Spørsmålet var om arbeidstaker var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

Retten foretok ikke en generell redegjørelse av regelen om delt bevisbyrde.

Flertallet på fire av fem dommere uttaler at de ”legger til grunn etter bevisførselen” at det ikke var kjent for arbeidsgiver at de ville tape en kontrakt som foranlediget virksomhetsoverdragelsen. På bakgrunn av dette fant flertallet at påstanden om gjengjeldelse ”alene av denne grunn” ikke kunne føre frem. Arbeidstaker anførte videre at omplasseringen var en gjengjeldelse når arbeidsgiver ikke omgjorde omplasseringen da det ble kjent at kontrakten gikk tapt. Flertallet fant ”ikke grunnlag for at denne anførsel kan føre frem.” Dette ble begrunnet med at det ikke forelå ”helt spesielle og særlige grunner” for å gjøre unntak for én arbeidstaker når 300 andre ansatte også var berørt. Flertallet fant heller ”ikke grunnlag for å hevde at han fra Odfjell eller noen de svarer for, er blitt forfulgt, trakassert eller mobbet, og det er heller ikke grunnlag for å hevde at A, på grunn av varslingene, er blitt forbigått eller ikke fått stillinger/plasseringer eller at han på grunn av gjengjeldelse fulgte med over i nytt ansettelsesforhold etter virksomhetsoverdragelsen.”

Mindretallet bestående av én dommer var uenig i resultatet, og uttaler at arbeidstaker var ”utsatt for mobbing og trakassering, jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd, og Odfjell har ansvar for at dette ikke skal skje.” Mindretallet begrunner dette med at arbeidsgivers rutiner og arbeidsgiver håndtering av saken var for dårlig.

Bevisbyrdespørsmålet ble ikke nevnt av retten i avgjørelsen. Det fremgår heller ikke om det var vurderingen av regelen om delt bevisbyrde som gjorde at flertallet og mindretallet kom til ulike resultater i avgjørelsen. Hvorvidt arbeidstakers bevisbyrde var oppfylt ble derfor ikke vurdert i avgjørelsen. At retten etter endt bevisførsel legger til grunn et bestemt faktum eller ikke finner grunnlag for et bestemt faktum illustrer at retten foretar en totalvurdering av faktum etter endt bevisførselen, som i alminnelig sivilprosess.

4.2.6 LB-2010-40623 – Arbeidsgivers organisering m.m.

Saken omhandlet en arbeidstaker som var ansatt som fengselsinspektør ved Oslo fengsel. Arbeidstaker varslet i perioden 2007 til 2009 flere ganger om forhold han fant kritikkverdige. Arbeidstaker anførte videre at ni konkrete hendelser representerte urettmessig gjengjeldelse fra arbeidsgiver.

Lagmannsretten fant at de fleste forholdene arbeidstaker hadde varslet om var i samsvar med aml. § 2-4, og derfor ble vernet mot gjengjeldelse etter aml. § 2-5 aktualisert. Spørsmålet var om arbeidstaker var utsatt for rettsstridig gjengjeldelse.

Til regelen om delt bevisbyrde uttaler retten at: ”Bevisbyrden er ikke snudd, slik at arbeidsgiver har bevisbyrden. Men bevisbyrden er delt.” I utgreiingen av rettsregelen trekker lagmannsretten inn en annen regel om delt bevisbyrde etter likestillingsloven av 1978 § 16. Retten henviser til forarbeidene til denne der det fremgår at utgangspunktet er at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn og det endres ikke gjennom regelen om delt bevisbyrde. Der det er tvil om det foreligger diskriminering etter endt bevisførsel har innklagede tvilsrisikoen. Lagmannsretten legger et likt standpunkt til grunn som gjeldende rett også i denne sak.

En av de påståtte gjengjeldelseshandlingene var fengslets håndtering av en mobbesak. Bevisbyrdespørsmålet var tema i saken, og retten presiserer at ”Etter arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd annet punktum må det tas stilling til om det er lagt frem opplysninger som ”gir grunn til å tro” at det foreligger gjengjeldelse.” Deretter henviser retten til forarbeidene om at det som regel er nok å vise til at varsling har skjedd og at en negativ reaksjon kom tett på i tid. Videre bemerket retten at den kritikkverdige håndteringen av mobbesaken ikke er en typisk gjengjeldelseshandling, og at det derfor er ”tvilsomt om den tidsmessige nærhet alene er tilstrekkelig til at det gir grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse.” Retten tok imidlertid ikke stilling til dette. Etter rettens syn var det ”nemlig sannsynliggjort at den kritikkverdige håndteringen ikke skyldes varslingen eller en gjengjeldelse av denne.”

Det bemerkes at retten presiserer at det først må tas stilling til om arbeidstaker har oppfylt sitt beviskrav. Likevel tar ikke retten stilling til dette, fordi det var sannsynliggjort at håndteringen av mobbesaken ikke var en ulovlig gjengjeldelse. Det kan etter dette legges til grunn at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sitt beviskrav i saken. Utover dette foretar retten en totalvurdering av hvilket faktum som er ”sannsynliggjort”.

En annen påstått gjengjeldeshandling var forbigåelse ved ny ansettelse. Forbigåelse ved ny ansettelse kan ifølge retten anses som gjengjeldelse. Retten bemerket videre at ansettelsen skjedde tett i tid på varslet, og at det etter forarbeidene normalt er tilstrekkelig for til at det gir grunn til å tro at det foreligger gjengjeldelse. Etter rettens syn må det foretas en bred vurdering og sammenlikning av arbeidstakernes kvalifikasjoner av hvorvidt ansettelsen var en forbigåelse, og de presiserer at ansettelsen ble besluttet av tilsetningsrådet og ikke ledelsen. Retten fant på bakgrunn av disse forholdene at ”den tidsmessige nærhet mellom det at A ikke fikk stillingen og varslingene ikke alene er tilstrekkelig til at det er ”grunn til å tro” at det foreligger en gjengjeldelse.” Arbeidstaker anførte at ansettelsesprosessen var lagt til rette for den som fikk stillingen. I midlertid kunne ikke retten se at ”utlysningstekstene eller annet gir grunnlag for å tro at ansettelsesprosessen var lagt til rette for at E og ikke A skulle få stillingen.” Deretter vurderer lagmannsretten om redegjørelsen fra fengselsdirektøren kunne være gjengjeldelse. Ut i fra bevisene i saken fant retten at det ikke var ”grunnlag for at han la vekt på innholdet av de forsvarlige varslingene ved sin innstilling.” Videre fant retten det ”sannsynlig at tilsetningsrådet har lagt noe, men ikke stor eller avgjørende, vekt på intensiteten i As varslinger og at det hadde vært varslinger som ikke fremstod som eller var forsvarlige.” Avslutningsvis bemerket retten at ”selv om det skulle være slik at det foreligger ”grunn til å tro” at det her foreligger en gjengjeldelse av varslingene, finner lagmannsretten sannsynliggjort at det ikke er tilfelle.” Ingen av de øvrige påståtte gjengjeldeshandlingene var ifølge retten en rettsstridig gjengjeldelse.

Retten foretar først en vurdering av om arbeidstaker har gitt grunn til å tro at gjengjeldelse har funnet sted, og konkluderer med at arbeidstaker ikke har oppfylt beviskravet i sin bevisbyrde. Bevisbyrden ble dermed ikke overført til arbeidsgiver. Likevel foretar retten avslutningsvis en totalvurdering av faktum og finner det ”sannsynliggjort” at gjengjeldelse ikke har funnet sted. Resultatet er således det samme som ellers ville fulgt av alminnelige sivilrettslige prinsipper.

4.2.7 LA-2009-57115 – Utestengelse

Saken gjaldt en arbeidstaker som var ansatt som vikar i Holmestrand kommune. Arbeidstaker var i en periode talsperson for de ansatte ved et bofelleskap i kommunen. Arbeidstaker uttrykte de ansattes misnøye med hvordan lederen forholdt seg til ansatte og beboere ovenfor kommunen. Arbeidstaker anførte at arbeidsgiver utestengte henne fra arbeid i kommunen, og at dette var en negativ reaksjon etter varsling.

Retten fant at arbeidstaker hadde varslet i samsvar med aml. § 2-4, og arbeidstaker var således beskyttet mot represalier etter aml. § 2-5. Spørsmålet var om arbeidstaker var utsatt for negative reaksjoner etter varslingen.

Retten gir ingen generell redegjørelse av regelen om delt bevisbyrde, før de går i gang med å vurdere hvorvidt gjengjeldelse har funnet sted.

I saken forelå det både vitneforklaringer og dokumentasjon eller mangel på dokumentasjon av arbeidsgivers handlinger etter varslingen som bevis. Arbeidstaker ble etter varslingen fjernet fra oppsatte turnuslister av arbeidsgiver. Personalsjefen i kommunen avvirket senere også to midlertidige arbeidsavtaler arbeidstaker var i ferd med å inngå. Retten legger til grunn at arbeidstaker ”aldri ville opplevd slik massiv utestengelse hvis det ikke hadde vært som gjengjeldelse.” Retten begrunner dette med at kommunens gjengjeldelse fremstod ”som sterkt klanderverdig og fullstendig uproportjonal.” Retten konkluderte deretter med at: ”Det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted en gjengjeldelse i strid med aml. § 2-5. Bevisbyrden har gått over på kommunen som på ingen måte har vært i stand til å sannsynliggjøre at utestengelsen ikke var en ulovlig gjengjeldelse.”

Det fremgår av avgjørelsen at arbeidstaker hadde oppfylt sitt beviskrav og bevisbyrden var dermed overført til arbeidsgiver. Kommunen kunne ikke dokumentere eller bevise at den totale utestengelsen av arbeidstaker ikke skyldtes varslingen, og arbeidsgiver oppfylte derfor ikke sitt beviskrav. Avgjørelsen illustrer at de to separate vurderingene som regelen om delt bevisbyrde legger opp til, ble utslagsgivende i totalvurderingen retten foretar av faktum etter endt bevisførsel.

4.2.8 LB-2009-36995 – Trakassering og mobbing m.m.

I denne saken var arbeidstaker ansatt som tekniker i et selskap. Arbeidstaker varslet en avdelingsleder i selskapet om en rekke forhold han fant kritikkverdige. Senere varslet arbeidstaker om de kritikkverdige forholdene til både administrerende direktør og Arbeidstilsynet. Som følge av varslet anførte arbeidstaker å ha blitt utsatt for gjengjeldelse bestående av mobbing, sjikanering og utfrysning.

Retten kom til at arbeidstaker hadde varslet om en rekke kritikkverdige forhold i samsvar med aml. § 2-4, og aml. § 2-5 ble derfor aktualisert. Spørsmålet var om arbeidstaker var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

I redegjørelsen av regelen om delt bevisbyrde uttaler retten at ”Bevisbyrden for gjengjeldelser er delt, jf. § 2-5 første ledd andre punktum”, før retten slutter seg til det innhold ordlyd og forarbeider legger i regelen.

Lagmannsretten la avgjørende vekt på vitneforklaringer, herunder forklaringer fra sakkyndige vitner og en e-post sendt fra arbeidstaker til arbeidsgiver i vurderingen. Det var ikke omtvistet at arbeidsmiljøet ble meget dårlig i perioden etter varslingen, og retten fant det som ”mest sannsynlig at dette har sin årsak i at A tok opp kritikkverdige og ulovlige forhold.” Retten begrunner dette med at ”totalinntrykket av situasjonen, det vil si at E ved sin trakassering overfor A har utøvet en ulovlig gjengjeldelse slik som beskrevet i As epost til B 8. oktober 2007.” Deretter kom retten til at arbeidsgiver ikke hadde ”sannsynliggjort at A ikke har blitt utsatt for gjengjeldelse i strid med loven, jf. arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd og det forhold at bevisbyrden på dette punkt er delt.”

Retten nevner ikke eksplisitt om beviskravet til arbeidstaker er oppfylt, men retten presiser at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt sitt beviskrav og at bevisbyrden er delt. Det kan derfor legges til grunn at arbeidstakers beviskrav var oppfylt og at bevisbyrden var over overført til arbeidsgiver. I vurdering av om gjengjeldelse har funnet sted, foretar retten en totalvurdering av hvilket faktum som var ”mest sannsynlig”.

4.2.9 LB-2008-184675 – Arbeidsgivers uttalelser til media

I denne saken var arbeidstaker ansatt som restaurantleder på et kurs- og konferansehotell. Arbeidstaker varslet i en medarbeidersamtale vedrørende sitt arbeidsforhold med arbeidsgiver om forhold han fant kritikkverdig. Det ble senere avholdt en ny medarbeidersamtale, og etter denne ble arbeidstaker sykemeldt og har senere ikke arbeidet ved hotellet. Arbeidsgiver hevdet arbeidstaker sa opp sin stilling under den siste medarbeidersamtalen. Arbeidstaker bestred dette, og anførte at han var utsatt for gjengjeldelse i form av oppsigelse og trakassering.

Retten kom til at arbeidstaker hadde varslet om kritikkverdige forhold i samsvar med aml. § 2-4, jf. § 2-5. Spørsmålet var om arbeidstaker var utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

Til regelen om delt bevisbyrde presiserer retten ”etter § 2-5 (1) vil bevisbyrden for at gjengjeldelse ikke har funnet sted påhvile arbeidsgiveren dersom arbeidstakeren fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse.”

Den påståtte oppsigelsen skal ha skjedd tett i tid på varslingen. Det var lite bevis i saken om hvorvidt arbeidstaker ble oppsagt eller ikke, utenom de to motstridende forklaringene fra arbeidstaker og arbeidsgiver. Retten kom til at arbeidstaker ikke var utsatt for gjengjeldelse i form av oppsigelse. Retten foretok ikke en vurdering av om arbeidstaker hadde oppfylt sitt beviskrav, fordi de tidligere i avgjørelsen var kommet til at det ikke skjedde en oppsigelse.

Spørsmålet var likevel om arbeidstaker var blitt behandlet på en måte som kan regnes som gjengjeldelse.

Retten hadde ”lagt til grunn” at under den andre medarbeidersamtalen kunne arbeidstaker ha ønsket å si opp. Men retten fant at det ikke kunne ”legges til grunn” at arbeidsgiver hadde foretatt ”noen handling eller lignende” overfor arbeidstaker som var en reaksjon etter varsling. Dette begrunner retten med at henvendelser til arbeidstaker om å få hans skriftlige oppsigelse var et ”utslag av ønsket om å få As arbeidsforhold formelt avklart” og ikke en reaksjon etter varsling.

Retten anvendelse av begrepene ”lagt til grunn” og ”legges til grunn” tilsier at de foretar en totalvurdering av faktum og anvender det faktum som er mest sannsynlig. Dermed anvender retten de alminnelige regler i sivilprosessen. Utover dette foretar ikke retten en avveining eller nevner eksplisitt om arbeidstaker har oppfylt sin bevisbyrde, men rettens begrunnelse tilsier at arbeidstaker ikke hadde oppfylt sitt beviskrav. Det forhold at retten kom til at arbeidstaker ikke hadde sagt opp sin stilling sammenholdt med arbeidsgivers påstand om at arbeidstaker hadde sagt opp i et møte kort tid etter varslingen synes å kunne oppfylle vilkåret gir grunn til å tro, slik at arbeidstaker oppfylte sin bevisbyrde. Dette avfeier retten med at arbeidsgivers henvendelser om å motta arbeidstakers oppsigelse var et ønske om å få arbeidsforholdet avklart.

Det var også fremlagt uttalelser fra arbeidsgiver om arbeidstaker i media som bevis for det arbeidstaker hevdet var en del av trakassering mot han. Retten kom til at ”Heller ikke begivenhetene ellers etter møtet den 22. mars gir grunnlag for å konstatere noen form for gjengjeldelse fra bedriftens side.” Årsaken til dette var at retten ikke kunne se at arbeidsgivers uttalelser til media ”kan tillegges noen betydning. De er kommet etter at forholdet mellom partene hadde kjørt seg fast og som et svar på et meget skarpt angrep fra ham i media.” Det fremgår ikke av avgjørelsen hvorvidt beviskravet til arbeidstaker var oppfylt, men rettens uttalelser om at ”begivenhetene ellers” ikke ”gir grunnlag” for gjengjeldelse tilsier at

arbeidstaker ikke hadde oppfylt beviskravet i sin bevisbyrde. Samtidig kan det bemerkes at rettens vurdering av ”begivenhetene ellers” viser at retten foretar en totalvurdering av faktum etter endt bevisførsel.

4.2.10 Oppsummering og konklusjon

Det er i redegjørelsen ovenfor gjennomgått åtte saker som ble behandlet av lagmannsrettene. I syv av sakene vurderte lagmannsrettene regelen om delt bevisbyrde, mens det i en av sakene ikke var et tema. I fem av sakene oppfylte ikke arbeidstaker sitt beviskrav, mens arbeidstaker oppfylte beviskravet i de to resterende sakene slik at bevisbyrden ble overført til arbeidsgiver. Arbeidsgiver oppfylte ikke sin bevisbyrde i disse to sakene. Regelen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5 fikk altså bare selvstendig betydning i to av de åtte sakene.

I flere av avgjørelsene fra lagmannsrettene tok det flere år fra varslingssakene oppstod til de ble endelig avgjort i rettssystemet. Tidsaspektet illustrer at en varslingssak kan være svært belastende for en arbeidstaker. Uavhengig av resultatet i en gjengjeldelssak kan tidsaspektet tilsi at arbeidstakers beskyttelse mot represalier etter varsling ikke er så effektivt og reelt som lovgiver legger opp til.¹⁵¹ Det fremgår av faktum i flere av lagmannsrettsavgjørelsene at arbeidstaker som har varslet, senere har blitt sykemeldt. Dette kan igjen ha sammenheng med tidsaspektet, men det kan også tyde på at beskyttelsen arbeidstakere har etter varsling er for dårlig og at både selve gjengjeldelsen og den påfølgende rettsprosessen er svært belastende.

I sakene ovenfor var det anført at arbeidstaker var utsatt for både formelle og uformelle negative reaksjoner som følge av varslingen. Avgjørelsene kan tyde på at det er vanskeligere for arbeidstaker å bevise påståtte uformelle negative reaksjoner, som f.eks. trakassering og mobbing. Avgjørelsene i LH-2016-36029 og LA-2009-57115 er illustrerende. I begge sakene ble det varslet om arbeidsgivers kritikkkverdige lederstil. Resultatene i avgjørelsene var ulikt. En av ulikhetene i disse sakene var at i LA-2009-57115 reagerte arbeidsgiver med en total utestengelse av arbeidstaker etter varslingen. En total utestengelse er mer synlig for omverden enn hva påstått trakassering er, og det er således enklere å bevise. Denne ulikheten kan være med på å forklare de ulike resultatene i avgjørelsene.

Gjennomgangen av lagmannsrettsavgjørelsene ovenfor viser at underrettspraksis gir uttrykk for at det gjelder en regel om delt bevisbyrde, men ingen av avgjørelsene behandler regelen på

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7-8.

prinsipielt grunnlag. Gjennomgangen ovenfor trekker i retning av at lagmannsrettene ofte kun foretar en totalvurdering av hvilket faktum som er mest sannsynlig. Avgjørelsene tilsier derfor at de alminnelige bevisregler i sivilprosessen er avgjørende for resultatet.

I avgjørelsene fra f.eks. LH-2016-36029 og LB-2010-40623 anvender lagmannsrettene begrepene ”sannsynliggjort”, ”sannsynlighetsovervekt” og ”mest sannsynlig” gjentatte ganger. Det taler for at lagmannsrettene anser beviskravet til arbeidstaker å være alminnelig sannsynlighetsovervekt, og det strider mot konklusjonen i analysen av bevisregelen.¹⁵² En konsekvens av dette er at lagmannsrettene praktiserer beviskravet i arbeidstakers bevisbyrde for strengt ut i fra lovgivers intensjon.

Regelen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5 ser derfor i de fleste tilfeller ikke ut til å føre til andre resultater enn det som ville fulgt av bevisreglene i sivilprosessen. Det taler mot at regelen om delt bevisbyrde gir arbeidstaker et sterkt og reelt gjengjeldelsesvern.

Det vises til to saker der det var lagt ned påstand om trakassering som gjengjeldelse, i den ene saken var arbeidsgiver en offentlig etat, her fikk arbeidstaker ikke medhold i påstanden om gjengjeldelse. I den andre saken der arbeidsgiver var en privat part, vant arbeidstaker frem med påstand om gjengjeldelse. I LH-2016-36029 der arbeidsgiver var representert av staten, og en av påstandene var at arbeidstaker var utsatt for gjengjeldelse i form av trakassering. Avgjørelsen tyder på at retten ikke vektla arbeidstakers subjektive oppfatning og forklaring av de påståtte gjengjeldeshandlingene. Mens i LB-2009-36995 var arbeidsgiver en privat part i form av et selskap, og påstanden var også her at arbeidstaker var utsatt for gjengjeldelse i form av trakassering. I denne avgjørelsen vektlegger retten arbeidstakers fremstilling av trakasseringen i en e-post sendt til arbeidsgiver, selv om det var noe uklart hva trakasseringen i detalj bestod av. Disse avgjørelsene gir imidlertid ikke et tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at retten anvender en høyere terskel for å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde mot det offentlige enn mot det private. Dersom det er vanskeligere å vinne frem mot det offentlige enn mot det private, vil det stride mot lovens formål om at varsling skal være lovlig og ønskelig.

Lagmannsrettsavgjørelsene kan videre tilsi at lovtekstens utforming ikke er presis nok. Det kan igjen føre til at arbeidstaker har vanskeligheter med å forutse sin rettsstilling. Lovteksten i aml. § 2-5 er skjønnsmessig utformet, og det nærmere innhold i regelen om delt bevisbyrde er

¹⁵² Jf. avhandlingens punkt 4.1 s. 34.

uklart, i alle fall for en ikke-jurist som de fleste arbeidstakere er. Dette fremgår også i analysen av regelen om delt bevisbyrde. Det bør være enkelt for arbeidstaker å vurdere gjengjeldeshandlingens art, hvordan man skal gå frem i gjengjeldelsessaker, og hva sannsynligheten er for å få medhold i påstand om ulovlig gjengjeldelse. Lovens innhold må være tilgjengelig og forståelig for at arbeidstaker skal være vernet mot represalier. Dette er imidlertid ikke tilfellet. Tvert imot tyder lagmannsrettsavgjørelsene på at det er vanskelig for arbeidstaker å vurdere sin rettslige posisjon og fremlegge bevis for rettstridig gjengjeldelse. Det taler mot at regelen om delt bevisbyrde gjør det enklere for arbeidstaker å nå fram med en påstand om ulovlig gjengjeldelse, slik lovgiver legger opp til.¹⁵³

I analysen av regelen om delt bevisbyrde fremgår det at det nærmere innholdet i vilkåret er noe uklart. Gjennomgangen av lagmannsrettspraksis viser også at regelen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5 har begrenset selvstendig betydning og at det i alle tilfelle ikke synes å være en ensartet bruk og forståelse av regelen i domstolene.

Konklusjonen er således at regelen om delt bevisbyrde i aml. § 2-5 i praksis gir et dårligere vern mot gjengjeldelse enn det som var tilsiktet av lovgiver.

5 Avsluttende bemerkninger

Saker som omhandler arbeidstakers vern mot gjengjeldelse blir stadig omtalt i media, og det tyder på at temaet har en stor samfunnsmessig interesse. Varslingsbestemmelsene har eksistert i 10 år uten at det er gjort endringer i bestemmelsene. En evalueringsrapport fra Arntzen de Besche viser at antallet varslingssaker for domstolene har økt betydelig etter at varslingsreglene ble inntatt i arbeidsmiljøloven. Det påpekes i rapporten at årsakene til dette kan være økt kunnskap om varslingsreglene.¹⁵⁴ På den annen side fremgår det av et Fafo-notat fra 2017 om kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser at undersøkelser fra 2016 viser at fire av ti arbeidstakere ikke er kjent med varslingsbestemmelsene.¹⁵⁵

¹⁵³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 44.

¹⁵⁴ Arntzen de Besche (2013) s. 6 og 62. "Evaluering av varslingsreglene: En gjennomgang og analyse av rettspraksis og Sivilombudsmannens praksis". *Advokatfirmaet Arntzen de Besches rapport til Arbeidsdepartementet av 1. juni 2013.*

¹⁵⁵ Trygstad, Sissel C. (2017), "Kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser". *Fafo-notat 2017:03*, s. 18.

I denne avhandlingen har arbeidstakers vern mot gjengjeldelse blitt analysert. Aml. § 2-5 er en viktig beskyttelsesregel for å gjøre arbeidstakers varslerrett reell. Evalueringsrapportene fra Arntzen de Besche og Fafo tilsier at det har skjedd en rettsendring etter varslingsbestemmelsene trådte i kraft, og rapportene konkluderer med at reglene fungerer etter sin hensikt.¹⁵⁶ Likevel viser undersøkelser fra Fafo at nesten halvparten av norske arbeidstakere ikke varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen, der den viktigste begrunnelsen er frykten for represalier.¹⁵⁷

Analysen i denne avhandlingen trekker i retning av at arbeidstaker har fått et sterkere vern mot gjengjeldelse enn før aml. § 2-5 trådte i kraft, men at de helt store rettsendringene har uteblitt. Årsakene til dette kan være sammensatte. En av årsakene kan være at det ikke er tilstrekkelig kunnskap om arbeidstakers vern mot gjengjeldelse blant arbeidstakere, rettsvesenet og andre aktører i arbeidslivet. Kunnskap om gjengjeldelsesforbudet er en forutsetning for at arbeidstakers vern skal være effektivt. Et effektivt vern for arbeidstaker forutsetter også en holdningsendring til varsling i arbeidslivet. Arbeids- og sosialdepartementet viser til evalueringsrapportene der det fremgår at dette fortsatt er et behov.¹⁵⁸ Kunnskap om og holdningsendringer til varslingsbestemmelsene er viktig og nødvendig for å oppnå varslingsreglenes formål om at varsling skal være lovlig og ønskelig.

Avhandlingen viser at vilkårene ”arbeidstaker”, ”arbeidsgiveren” og ”varsler i samsvar med § 2-4” som regel er oppfylt i saker om påstått brudd på aml. § 2-5, og er således ikke problematisk. Lovgivers intensjon er at arbeidstaker skal være beskyttet mot ”gjengjeldelse” i vid forstand, slik at enhver negativ reaksjon som er en følge av varslet i utgangspunktet omfattes av vilkåret. Underrettspraksis har i stor grad fulgt opp lovgivers forståelse av begrepet ”gjengjeldelse”.¹⁵⁹ I saker som gjelder mobbing og trakassering fremgår det imidlertid at lagmannsrettene ikke i tilstrekkelig grad vektlegger arbeidstakers subjektive oppfatning i vurderingen av gjengjeldelsesvilkåret.¹⁶⁰ I en diskriminerings sak der klager påstår å være utsatt for f.eks. etnisk diskriminering, har retten en plikt til å vektlegge

¹⁵⁶ Arntzen de Besche (2013) s. 6-7 og Fafo-rapport (2014) s. 200.

¹⁵⁷ Fafo-rapport (2014) s. 187.

¹⁵⁸ Arbeids- og sosialdepartementet, ”Tiltak for å styrke varslervernet”, *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling* (20. juni 2016), s. 3 og 20.

¹⁵⁹ Jf. avhandlingens punkt 3.1.

¹⁶⁰ Jf. avhandlingens punkt 3.1 s. 21.

arbeidstakers subjektive oppfatning av diskrimineringen. Det kan stilles spørsmål om hvorfor det skal være ulikt mellom gjengjeldelse og diskriminering. En av årsakene til at domstolene er mer tilbakeholdne med å vektlegge arbeidstakers følelser av å være utsatt for negativ behandling i gjengjeldelsessaker, kan være at det har vært et mye sterkere fokus i samfunnet om at diskriminering på bakgrunn av etnisitet, kjønn, handicap mv. er uønsket i samfunnet de siste 20-30 årene, enn det har vært fokus på vernet til arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold.

I avhandlingen har regelen om delt bevisbyrde blitt grundig vurdert, og avhandlingen viser at det er uforutsigbart for arbeidstaker å oppfylle sin bevisbyrde i gjengjeldelsessaker. Det kan bemerkes at Arntzen de Besche fant at det var få avgjørelser som bidro til å belyse regelen om delt bevisbyrde, og at det derfor var vanskelig å trekke sikre slutninger om den har fungert etter sin hensikt.¹⁶¹ Gjennomgangen av underrettspraksis tilsier at beviskravet for å oppfylle arbeidstakers bevisbyrde anvendes for strengt ut i fra lovgivers intensjon. Det er vanskelig å fastslå arbeidstakers beviskrav i regelen om delt bevisbyrde i prosent. Likevel fremgår det klart at bevisbyrden er betydelig lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁶² Det er videre pekt på flere utfordringer vedrørende regelen om delt bevisbyrde.¹⁶³

Utfordringene med å gi arbeidstaker et reelt vern mot represalier bør fremdeles søkes løst ved lovgivning. Et forslag kan være at lovgiver gir bestemmelsen en klarere utforming med tanke på hva som er innholdet i en regel med delt bevisbyrde. Dette kan gjøres ved hjelp av å endre begrepene som blir benyttet i lovteksten eller å gi klarere føringer på innholdet i regelen. Lovreglene må være tydelige og enkle å forstå for at de skal gi arbeidstaker et sterkere vern mot gjengjeldelse. Det faller imidlertid utenfor avhandlingen å gi forslag til løsninger som styrker arbeidstakers gjengjeldelsesvern.

Utfordringene med arbeidstakers gjengjeldelsesvern er fremdeles på dagsorden, og kommer til å være det i tiden fremover. Arbeids- og sosialdepartementet har den 20.6.2016 sendt ut endringsforslag til varslingsreglene i arbeidsmiljøloven på høring for å styrke varslervernet.¹⁶⁴

¹⁶¹ Arntzen de Besche (2013) s. 7.

¹⁶² Jf. avhandlingens punkt 4.1 s. 34.

¹⁶³ Jf. avhandlingens punkt 4.2.10.

¹⁶⁴ Arbeids- og sosialdepartementet, "Tiltak for å styrke varslervernet", *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling* (20. juni 2016).

De foreslåtte endringene består i: at alle virksomheter med mer enn ti ansatte blir pålagt å ha varslingsrutiner, at innleid arbeidskraft skal ha varslervern, at varslere til offentlige myndigheter skal være anonyme, og at varslingsreglene skal samles i et eget kapitel i arbeidsmiljøloven. I midlertid er det ikke foreslått endringer til det nåværende innhold i aml. § 2-5. Avhandling tyder på at det nærmere innhold i bestemmelsen også bør vurderes nærmere av lovgiver.

Dette synes for såvidt lovgiver å være klar over, for i statsråd den 11. november 2016 ble det nedsatt et lovutvalg som skal gjennomgå og vurdere arbeidsmiljølovens regulering av varslervernet.¹⁶⁵ Det fremgår av pressemeldingen at utvalget bl.a. skal gjennomgå begrepene i arbeidsmiljølovens regler. Arbeidet med arbeidstakers varslingsvern tilsier at temaet og utfordringene blir tatt på alvor. Det må derfor antas at det for fremtiden blir gjort lovendringer som styrker arbeidstakers vern mot gjengjeldelse ytterligere.

¹⁶⁵ Arbeids- og sosialdepartementet, pressemelding av 11. november 2016 om nedsettelse av ekspertutvalg om varsling.

6 Kildeliste

6.1 Lover

Gjeldende lover

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven)

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 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet)

Endringslover

Lov 26. mars 2004 nr. 15 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

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

Opphevede lover

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene

Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

6.2 Forarbeider

Innstillinger

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

Proposisjoner

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

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

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

Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Norges offentlige utredninger

NOU 2001: 32 Bind A, Rett på sak - lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget - Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

6.3 Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1935 s. 467 (avsagt 22. mai 1935)

Rt. 1984 s. 1044

Rt. 1992 s. 64

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2003 s. 1614

Rt. 2007 s. 234

Rt. 2008 s. 627

Rt. 2008 s. 856

Rt. 2008 s. 1409

HR-2010-189-U

Rt. 2012 s. 424

Rt. 2013 s. 342

Rt. 2013 s. 354

Rt. 2013 s. 937

Rt. 2014 s. 402

Rt. 2015 s. 1246

HR-2016-1366-A

Lagmannsrettene

LB-2008-184675 (Borgarting)

LB-2009-36995 (Borgarting)

LA-2009-57155 (Agder)

LB-2009-70215 (Borgarting)

LB-2010-40623 (Borgarting)

LG-2011-17283 (Gulating)

LG-2015-75029 (Gulating)

LG-2015-16252 (Gulating)

LH-2016-36029 (Hålogaland)

LH-2016-63409 (Hålogaland)

Tingrettene

TAHER-2009-67427 (Asker og Bærum)

TBERG-2007-136244 (Bergen)

6.4 Litteratur

Bøker

Augdahl, Per, *Rettskilder*, 3. utgave (Oslo 1973).

Bernt, Jan F. og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring* (Bergen 1998).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).

Eriksen, Birthe, *Arbeidstakers rett til å varsle om "kritikkverdige forhold" etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1) - Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap*, Universitetet i Bergen (Bergen 2016).

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett – Den individuelle del*, 4. utgave (Oslo 2015).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave (Oslo 2017).

Artikler

Eriksen, Birthe, "2015 – Varlerens år!", *Kritisk juss*, 2016 vol. 42 nr. 1 s. 51-54.

Graver, Hans P., "Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 vol. 117 s. 465-498.

Jakhelln, Henning, "Trek av arbeidsrettens historie i Norge", *Arbeidsrett*, 2009 vol. 6 nr. 3 s. 111-119.

Robberstad, Anne, "Om forståelser av bevisbyrde", *Jussens venner*, 2011 vol. 46 s. 65-86.

Skoghøy, Jens Edvin A., "Rett, politikk og moral", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1994, s. 837-881.

6.5 Øvrige kilder

Internasjonale konvensjoner

Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 9. september 1999 (ETS nr. 174).

FNs konvensjon mot korrupsjon av 31. oktober 2003.

Internett

Arbeids- og sosialdepartementet, ”Tiltak for å styrke varslervernet”, *Høring om endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling* (20. juni 2016).

https://www.regjeringen.no/contentassets/2502e796c9e64f7fb7892dcef1f9a696/hoeringsnotat_endringer_aml_varsling.pdf (sist besøkt 3.5.2017)

Arbeids- og sosialdepartementet, pressemelding av 11. november 2016 om nedsettelse av ekspertutvalg om varsling. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-setter-ned-et-ekspertutvalg-om-varsling/id2520064/> (sist besøkt 3.5.2017)

Arntzen de Besche, ”Evaluering av varslingsreglene. En gjennomgang av rettspraksis og sivilombudsmannens praksis”, *Rapport til Arbeidsdepartementet* (1. juni 2013).

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ASD/Dokumenter/2014/Rapporter/Rapport_Arntzen_de_Besche.pdf (sist besøkt 3.5.2017)

Jentoft, Katharina S., ”Arbeidsmiljølovens forbud mot gjengjeldelse ved varsling”, *Universitetet i Bergen*, 12.12.2016.

<https://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/15450/152863794.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (sist besøkt 3.5.2017)

Trygstad, Sissel C., Marit Skivenes, Johan R. Steen og Anne Mette Ødegård, ”Evaluering av varslerbestemmelsene”, *Fafo-rapport 2014:05* (2014).

<http://www.fafo.no/images/pub/2014/20352.pdf> (sist besøkt 3.5.2017)

Trygstad, Sissel C., ”Kunnskapsstatus om varsling og varslingsprosesser”. *Fafo-notat 2017:03* (2017). <http://www.fafo.no/images/pub/2017/10253.pdf> (sist besøkt 3.5.2017)