



Borgarting lagmannsrett - Kjennelse - LB-2023-67604

Instans	Borgarting lagmannsrett – Kjennelse
Dato	2023-05-19
Publisert	LB-2023-67604
Stikkord	Sivilprosess. Bevistilgang. Bevisfritak. Tvisteloven § 22-9.
Sammendrag	Etter en konkret vurdering kom lagmannsretten til at det forelå bevisfritak etter tvisteloven § 22-9 tredje ledd («vesentlig velferdstap») for varsler og varslers identitet. Varslerne var blitt lovet anonymitet, og etter en konkret vurdering kom lagmannsretten til at identifisering av varslerne kunne medføre brudd på aktivitets- og omsorgsplikten i arbeidsmiljøloven § 4-1 og kapittel 2A til å forhindre gjengjeldelse overfor varslere. I den skjønsmessige vurderingen ble det blant annet lagt vekt på at to varsler og én av varslerne i saken allerede var kjent og at tvisten springer ut fra foreningsforhold der den som krevde dokumentene fremlagt hadde hatt tillitsverv. Privat løfte om taushet var ikke i seg selv nok til å gi bevisfritak etter tvisteloven § 22-9 tredje ledd.
Saksgang	Oslo tingrett TOSL-2022-141447 – Borgarting lagmannsrett LB-2023-67604 (23-067604ASK-BORG/04).
Parter	Det Norske Travelskap (advokat Niels Richard Kiær) mot A (advokat Harald Pedersen).
Forfatter	Lagdommer Kristin Robberstad, lagdommer Halvard Leirvik og lagdommer Pål Morten Andreassen.

Innholdsfortegnelse

Borgarting lagmannsrett - Kjennelse - LB-2023-67604.....	1
Innholdsfortegnelse.....	2
Lagmannsretten ser slik på saken:.....	4
Sakskostnader	6

Saken gjelder anke over kjennelse om bevis tilgang. Den reiser særlig spørsmål om det foreligger bevisfritak etter tvisteloven § 22-9.

A er tidligere [stilling] i [virksomhet1], som er et organisasjonsledd i foreningen Det Norske Travelskap (DNT). Han har reist sak for Oslo tingrett mot DNT med krav om erstatning for ærekrenkelse, jf. skadeserstatningsloven § 3-6 a. Sentralt i saken står varsler sendt inn til DNT i perioden 20.–31. mai 2022 fra personer tilknyttet travmiljøet i [sted], og måten disse varslene er blitt behandlet på i DNT. I prosesskriv av 4. november 2022 ble påstanden utvidet til krav om erstatning for brudd på personvernlovgivningen.

I stevningen og i prosesskrivet 4. november 2022 satte A fram krav om fremleggelse av følgende opplysninger og dokumenter:

Det provoseres fremlagt en oversikt over hvilke personer som har varslet / sendt bekymringsmeldinger rettet mot A og konkret hva de har varslet / sendt bekymringsmeldinger om. De fire skriftlige varslene og referat fra advokat Kiærs kartleggingssamtaler samt all annen relevant skriftlig informasjon knyttet til innhold i varsler/bekymringsmeldinger provoseres også fremlagt.

DNT ville ikke imøtekomme kravet av hensyn til varslene og under henvisning til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 2A, jf. tvisteloven § 22-9 første ledd. DNT viste også til at varslene var blitt lovet taushet, og at det vil svekke generalsekretærens omdømme og posisjon i travsporten dersom han pålegges å bryte taushetsløftet, jf. tvisteloven § 22-9 tredje ledd. For tingretten mente DNT at også personopplysningsloven § 16 første ledd bokstav f ga grunnlag for å nekte innsyn i flere av varslene. A ba derfor tingretten avgjøre spørsmålet. Anførselen i tilknytning til personopplysningsloven er ikke opprettholdt for lagmannsretten.

Tingretten avsa 6. desember 2022 kjennelse der kravet om bevisfremleggelse ikke ble tatt til følge. A anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som i kjennelse 9. februar 2023 opphevet tingrettens kjennelse på grunn av feil i lovanvendelsen.

Tingretten avsa ny kjennelse 8. mars 2023, med slik slutning:

Krav om fremleggelse av en oversikt over hvilke personer som har varslet / sendt bekymringsmeldinger rettet mot A og konkret hva de har varslet / sendt bekymringsmeldinger om, tas til følge. Krav om fremleggelse av eksisterende realbevis i form av skriftlige varsel/bekymringsmeldinger og referat fra kartleggingssamtaler med varslere, tas til følge.

DNT har i rett tid anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett. A har tatt til motmæle.

Den ankende part, **Det Norske Travelskap**, har i korte trekk anført at tingretten har vurdert bevisene feil og anvendt loven feil. A er tidligere gjort kjent med to av de seks varslene mot ham. Fire av varslene er imidlertid gitt av personer som krevde at deres anonymitet ble ivaretatt på grunn av fare for gjengjeldelse fra A. Disse personene er ansatt i [virksomhet2] AS, avdeling [sted], eller DNT, og DNT har et arbeidsgiveransvar for dem. [virksomhet2] AS er ansvarlig for gjennomføring av travkonkurranser, og er 100 prosent eid av DNT. DNT og/eller generalsekretær og styreleder B plikter å beskytte varslene mot gjengjeldelse, og vil kunne risikere straff dersom dokumentasjon knyttet til varslene og varslernes identitet blir kjent for A. Det er derfor bevisfritak om opplysningene, jf. tvisteloven § 22-9 første ledd.

Subsidiært skal DNT og B innvilges bevisfritak etter tvisteloven § 22-9 tredje ledd. Utlevering av opplysningene vil utsette DNT og B for vesentlig tap av sosialt omdømme knyttet til travsporten i [sted]. DNT hadde både ut fra et arbeidsrettslig og et foreningsrettslig perspektiv sterk foranledning til å handle. I sine verv utøver B eiermyndighet i [virksomhet3] AS. DNT og B har en sentral rolle i gjennomføringen av travsporten i [sted], og deres tilbakeholdenhet med å gi nærmere opplysninger om varslene skyldes behovet for tillit i organisasjonen.

DNT har lagt ned slik påstand:

1. DNT Frifinnes.
2. Det Norske Travelskap tilkjennes sakens omkostninger.

Ankemoyparten, A, har i korte trekk anført at enhver plikter å gi tilgang på bevis, med de begrensninger som følger av reglene om bevisforbud og bevisfritak. Innsyn i hvem som har varslet og hva de konkret har varslet om er av sentral betydning for erstatningsspørsmålet. Hensynet til kontradiksjon og etterprøvnbarhet tilsier at

dokumentene legges fram, jf. HR-2016-232-U avsnitt 44. Dersom det skulle vise seg at varslene er lite spesifikke og uten konkrete eksempler som lar seg etterprøve, vil det ha betydning når retten skal ta stilling til hvilken skade As omdømme er påført på grunn av DNTs behandling av opplysningene i varslene. Dersom varslene inneholder konkrete eksempler, har A behov for å kunne korrigere. Det er ikke grunnlag for å avskjære bevisene etter tvisteloven §§ 22-7 eller 22-8.

Det er ikke grunnlag for bevisfritak etter tvisteloven § 22-9 første eller tredje ledd. A har ikke noe ansettelsesforhold i DNT. Han var tidligere ansatt i [virksomhet4] AS og [virksomhet3] AS. Etter en omorganisering ble funksjonærene der overført til [virksomhet2] AS fra og med 1. januar 2021. Ut fra de opplysningene DNT har lagt fram, går A ut fra at de påstått kritikkverdige forholdene skal ha skjedd under As verv som [stilling] i [virksomhet1] og avvikling av travløp ved [sted] Traverbane. A antar at varslene har utspring i hans konflikt i 2020 med daværende daglige leder i [virksomhet2] AS. Det er ikke klarlagt om arbeidsmiljølovens varslingsregler kommer til anvendelse, og det er uansett lite sannsynlig at B risikerer straff etter arbeidsmiljøloven om varslernes identitet blir kjent for A.

Endelig anføres at vitneplikten ikke kan begrenses ved privat løfte om anonymitet. Heller ikke personopplysningsloven hjemler bevisfritak.

A har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Ankemotparten tilkjennes sakskostnader.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Anken avgjøres etter skriftlig behandling, i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 29-15 første ledd. Det er ikke grunn til å gjøre unntak etter bestemmelsens andre ledd.

Som det går fram av Borgarting lagmannsretts kjennelse 9. februar 2023 i saken, fastsetter tvisteloven § 21-5 at «[e]nhver plikter å [...] gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en retts sak, med de begrensninger som følger av bevisforbud og bevisfritak i kapittel 22 og andre bevisregler i loven». Etter tvisteloven § 26-5 første ledd har enhver «plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie». Med «gjenstander» mener blant annet dokumenter og elektronisk lagret informasjon, se Schei m.fl, Tvisteloven med kommentarer, note 1 til § 26-1, Juridika, bekreftet å jour per 1. mars 2023. En part kan også pålegges å lage sammenstillinger eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander. Oversikt over varslere vil være en slik oversikt.

DNT har ikke bestridt at dokumentene og en oversikt over hvem varslerne er, er bevis i saken som i utgangspunktet kan kreves framlagt. Selskapet har imidlertid anført at det foreligger bevisfritak etter reglene i tvisteloven § 22-9.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat står sentralt for bevisreglene i saker for domstolen. Høyesterett har i HR-2018-931-U avsnitt 22 og 23 uttalt at tvisteloven gir «noe i retning av en uttømmende regulering». Man kan tenke seg at det også er bevisforbud eller -fritak for overskuddsinformasjon eller selvinkriminering, men dette er ikke aktuelt i denne saken utover det som følger av tvisteloven § 22-9 første ledd.

DNT har anført at foreningen har bevisfritak fordi DNT og/eller DNTs generalsekretær og partsrepresentant/vitne, B, risikerer straff for brudd på arbeidsmiljøloven dersom bevisene legges fram, jf. tvisteloven § 22-9 første ledd bokstav a. Denne bevisfritaksregelen beskytter både fysiske og juridiske personer, se blant annet Skoghøy, Tvisteløsning (2022) side 805 og den tilsvarende løsningen etter straffeprosessloven § 123, se Rt-2011-800-A avsnitt 80.

Arbeidsgivers plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø og for å forebygge at ansatte utsettes for gjengjeldelse på grunn av varsling, følger av arbeidsmiljøloven § 4-1 og § 2A-3. «Arbeidsmiljø» skal forstås vidt og omfatter alle faktorer som påvirker arbeidsmiljøet. Gjengjeldelse mot en arbeidstaker som varsler i samsvar med arbeidsmiljøloven §§ 2A-1 og 2A-2, er forbudt, jf. arbeidsmiljøloven § 2A-4. Dersom det er nødvendig, skal arbeidsgiver sørge for tiltak som er egnet til å forebygge gjengjeldelse, jf. arbeidsmiljøloven § 2A-3 andre ledd andre setning. I forarbeidene er det lagt til grunn at et aktuelt tiltak for å forhindre

gjengjeldelse kan være å sikre varsleren anonymitet. Som generelt utgangspunkt skal varslernes identitet ikke røpes i større grad enn nødvendig, se Prop. 74 L (2018–2019) side 37 og spesialmotivene i proposisjonen side 52. Brudd på bestemmelsene kan straffes etter lovens § 19-1.

DNT har opplyst at A tidligere hadde sentrale verv innen travsporten i [sted], herunder at han var [stilling] i [virksomhet1] – som er en del av DNT, og var hovedstarter ved [sted] travbane. Han eier hester som starter ved [sted] travbane og er ofte der under løp. Selskapet har videre opplyst at ansatte i DNT og [virksomhet2] AS i [sted] har oppgaver i forbindelse med løp ved [sted] travbane og at varslene kommer fra slike ansatte. Lagmannsretten legger derfor til grunn at A jevnlig vil oppholde seg på varslernes arbeidsplass og at de som ledd i sine arbeidsoppgaver naturlig vil måtte ha noe kontakt med ham.

I anken er det sitert fra flere av varslene. I varselet fra den navngitte varsleren og som A har fått innsyn i, beskriver varsleren at han ved to anledninger har opplevd A «i fullstendig ukontrollerte utbrudd i saker hvor han har ment at ingen andre skal blande seg inn. [...] Det kommer en fremtoning av et sinne og ordbruk som er langt over normal folkeskikk. Ett av disse tilfellene skjedde på seremoni plass og ble overhørt av C.». I varselet fra «hesteeiere, kusker og funksjonærer» står det at de velger å være anonyme siden noen av dem «tidligere [har] prøvd å si ifra om dette [blant annet stygg ordbruk og raserianfall] til leder i [virksomhet3] AS og har fått merke hvordan det å faktisk si ifra, går ut over man selv, ikke bare i sporten, men også som privatperson». Slik lagmannsretten leser det som er sitert fra varslene i anken, er det tale om uakseptabel oppførsel fra As side overfor ansatte i DNT og [virksomhet2] AS, avdeling [sted].

Lagmannsretten forstår det slik at DNT mener at selskapet som eiere har del i arbeidsgiveransvaret for de ansatte i [virksomhet2] AS. Flere juridiske enheter i konsern eller konsernlignende konstruksjoner kan ha arbeidsgiveransvar for en og samme arbeidstaker, og lagmannsretten utelukker ikke at DNT kan ha en aktivitets- og omsorgsplikt etter arbeidsmiljøloven som i utgangspunktet kan omfatte å sikre anonymitet for varslere ansatt begge steder.

Bevisfritaksregelen i tvisteloven § 22-9 første ledd forutsetter at det er en reell mulighet for at det å gi ut opplysningene fører til straff, se blant annet Schei mfl., Tvisteloven med kommentarer, § 22-9 note 3 med videre henvisninger, Juridika, bekreftet å jour per 1. mars 2023. Det er ikke nok at det foreligger en teoretisk mulighet. Denne saken er spesiell, ved at det vil være selve bevisfremleggelsen – ikke det at beviset gir informasjon om et straffbart forhold – som er det som kan utsette DNT og/eller B for straff. Lagmannsretten finner ikke grunn til å ta endelig stilling til om det i denne saken er en reell mulighet for at unnlattelsen av å skjermes varslernes identitet fører til straff, idet lagmannsretten uansett har kommet til at det foreligger bevisfritak etter tvisteloven § 22-9 tredje ledd.

Tvisteloven § 22-9 tredje ledd lyder slik:

Retten kan fritak for å gi tilgang til bevis ved fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art for parten eller vitnet eller noen av hans eller hennes nærmeste etter første ledd, når det ut fra en vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge parten eller vitnet å gi tilgang til beviset.

Vesentlig tap av moralsk omdømme omfattes av denne bestemmelsen, og lagmannsretten legger til grunn at det vil kunne skade det moralske omdømmet og tilliten til DNT og B hvis de ikke holder det de har lovet overfor personer som har betrodd dem opplysninger under løfte om taushet. Det er imidlertid sikker rett at et privat løfte om taushet i seg selv ikke gir bevisfritak, se Skoghøy, Tvisteløsning (2022), side 807 med videre henvisninger i fotnote 276.

Bestemmelsen åpner for fritak ved fare for «vesentlig velferdstap av annen art». Dette alternativet skal blant annet fange opp de tilfeller hvor det ville virke urimelig hardt å fremtvinge vitneforklaring selv om vitnet ikke utsetter seg selv eller andre for straff, se Rt-2015-1012 avsnitt 26 med videre henvisninger. I juridisk teori er det antatt at det etter dette alternativet kan være bevisfritak om opplysninger som gjør at kollegiale forhold blir ødelagt, se Skoghøy, Tvisteløsning (2022) side 807.

Vitnet/partsrepresentant B er øverste leder både i DNT og [virksomhet2] AS, og den som har det øverste løpende arbeidsgiveransvaret i de to enhetene. Som nevnt foran, har arbeidsgiver en aktivitets- og omsorgsplikt overfor varslere. Arbeidsmiljøloven er en vernelov, som har som formål blant annet å legge til rette for et godt ytringsklima i arbeidslivet, se lovens § 1-1 bokstav c, og å sikre et arbeidsmiljø som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, jf. lovens § 1-1 bokstav a. I denne saken står to viktige interesser mot hverandre. På den ene siden hensynet til å få et materielt riktig resultat i ærekrenkelsessaken A har anlagt, og på

den andre hensynet til å forebygge gjengjeldelse mot arbeidstakere som har varslet og å bevare tillit mellom ansatte og ledelse og et godt ytringsklima på disse arbeidsplassene. Begge hensyn er ivaretatt gjennom forpliktelser i lov, henholdsvis tvisteloven og arbeidsmiljøloven. Lagmannsretten viser til gjennomgangen foran, under vurderingen av bevisfritak etter tvisteloven § 22-9 første ledd.

I denne saken, hvor taushetsspørsmålet har betydning for å kunne forebygge et brudd på arbeidsmiljøloven og sikre reelt varslervern, er lagmannsretten kommet til det vil føre til vesentlig velferdstap for DNT og B om opplysningene må gis ut. Det kan få alvorlige konsekvenser for relasjonen mellom B og varslerne dersom han ikke beskytter opplysningene. Når en risiko er kjent og det er noenlunde sannsynlig at den kan bli realisert, vil varslerne ha en berettiget forventning om at arbeidsgiver sørger for at risikoen i størst mulig grad avverges.

I den nærmere skjønsmessige vurderingen av om det vil være urimelig å pålegge DNT og B å gi ut opplysningene, har lagmannsretten lagt vekt på at det er DNT som må føre sannhetsbevis for de påstått ærekrenkende uttalelsene A har nevnt i stevningen. Det vil følgelig først og fremst være i DNTs interesse i ærekrenkessaken om bevisene blir ført. Samtidig har A en viss mulighet til å føre motbevis. Identiteten til én av varslerne er allerede kjent for A, og han har fått innsyn i to av de skriftlige varslene. Lagmannsretten antar videre at A kan føre som vitner personer ved [sted] traverbane som han samarbeidet med mens han var [stilling] i [virksomhet1]. Han har derfor mulighet til på andre måter å føre bevis for at den oppførselen han er beskyldt for, ikke er riktig.

Lagmannsretten har også sett hen til at As søksmål springer ut av at han tidligere var valgt til [stilling] i [virksomhet1], som er et organisasjonsledd i DNT. Selv om A ikke selv var ansatt i DNT, var han som [stilling] kjent med at DNTs forpliktelser som arbeidsgiver, og at hans utøvelse av rollen som [stilling] kunne ha betydning for arbeidsforholdene i DNT og [virksomhet2] AS. Lagmannsretten mener at As interesse i å få tilgang til beviser i en sak om påståtte æreskrenkelser knyttet til utøvelsen av hans verv som [stilling] må avveies mot den interessen som DNT har i å vareta sine forpliktelser overfor så vel egne ansatte, som medlemmene i foreningen. Lagmannsretten mener at det er relevant at A som tidligere tillitsvalgt må ta høyde for at det vil være ulike meninger om hvordan tillitsverv utøves, og at foreningen må avveie ulike interesser ved behandlingen av interne konflikter, herunder hensynet til at foreningen skal drives slik at man legger til rette for at ledelsen faktisk varsles om kritikkverdige forhold. Lagmannsretten mener at det i et tilfelle som dette vil være urimelig å pålegge DNT å gi tilgang til opplysninger om identiteten til personer som varslet om det de oppfattet som kritikkverdige handlinger fra A da han var [stilling].

Anken har etter dette ført fram.

Sakskostnader

Sakskostnadene i forbindelse med tvisten om bevisfremleggelse skal avgjøres av lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-8 andre ledd andre setning. Etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første og andre ledd har DNT krav på å få dekket sine sakskostnader ved anken.

Sakskostnadene for lagmannsretten er oppgitt til 53 125 kroner inkludert merverdiavgift. I tillegg kommer ankegebyret med 7 458 kroner. Beløpet er høyt, men spørsmålet har vært viktig av hensyn til DNTs arbeidsrettslige forpliktelser. Lagmannsretten er derfor kommet til at kostnadene har vært nødvendige og rimelige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

Foreningen har også krav på å få dekket kostnadene for tingretten, se tvisteloven § 20-9 andre ledd. Det er ikke grunnlag for unntak etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Det er ikke inngitt sakskostnadsoppgave for tingretten i henhold til tvisteloven § 20-5 tredje ledd, og sakskostnadene fastsettes skjønsmessig til 2 000 kroner ettersom arbeidet har vært begrenset til et helt kort prosesskriv, jf. tvisteloven § 20-5 fjerde ledd.

Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

1. *Krav om fremleggelse av en oversikt over hvilke personer som har varslet/sendt bekymringsmeldinger rettet mot A og konkret hva de har varslet/ sendt bekymringsmeldinger om, tas ikke til følge.*
2. *I sakskostnader for lagmannsretten betaler A 60 583 – sekstitusenfemhundreogåttitru – kroner innen 2 – to – uker fra kjennelsen er forkynt.*
3. *I sakskostnader for tingretten betaler A 2 000 – totusen – kroner innen 2 – to – uker fra kjennelsen er*

forkynt.