



NORGES HØYESTERETT

Den 13. mars 2018 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av justitiarius Øie og dommerne Bergsjø og Berglund i

HR-2018-492-U, (sak nr. 2018/336), sivil sak, anke over kjennelse:

A (advokat Per Magnus Falnes)

mot

Torghatten Nord AS (advokat Joakim Augeli Karlsen)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder spørsmålet om et søksmål med krav om at advarsel gitt i arbeidsforhold skal trekkes tilbake og om erstatning, skal avvises fra tingretten grunnet manglende rettslig interesse, jf. tvisteloven § 1-3.
- (2) A er ansatt som overstyrermann i Torghatten Nord AS. Han har seilt som vikar som kaptein ved ferieavvikling mv. Fra januar 2016 har han vært overstyrermann på fergesambandet X-Y. Etter hvert oppstod det konflikter mellom A og kapteinen. Torghatten Nord AS hadde 20. mars 2017 møte med dem begge. Av møtoreferatet fremgår at dersom kapteinen og A ikke endret oppførsel, ville det kunne få konsekvenser for deres arbeidsforhold.
- (3) A fikk 7. april 2017 en skriftlig advarsel av Torghatten Nord AS. Tingretten har oppsummert innholdet i advarselen slik:
 - "1. **Brudd på taushetsplikt ved å ha opplyst at en matros var sykmeldt.**
 2. **Ordrenekt ved ikke å ha utført en øvelse pålagt av kapteinen og ikke å ha fylt ut et skjema i forbindelse med sveising.**
 3. **Krenkende og seksuell uønsket adferd."**
- (4) Etter et telefonmøte mellom A og Torghatten Nord AS ble advarselen endret ved at punktet om manglende øvelse ble fjernet.

- (5) As advokat sendte 16. mai 2017 brev til Torghatten Nord AS med krav om at advarselen måtte trekkes tilbake. Det ble samtidig varslet om søksmål. I brev 22. mai 2017 fra Torghatten Nord AS ble advarselen korrigert og gitt følgende innhold:

"Torghatten Nord AS gir herved A født 00.00.71, skriftlig advarsel for brudd på taushetsplikt, ordrenekt og for uønsket adferd mot kollega.

Advarsel baserer seg på følgende:

Taushetsplikt ved at han 17.3 stod i styrhuset og fortalte en bussjåfør at matros var sykemeldt.

Ordrenekt ved at han etter fellesmøte om bord 20.3 hvor det ble pålagt av kaptein at øvelse skulle avholdes ikke utførte øvelse. Videre ved at han 22.3 ikke fylte ut skjema i forbindelse etter sveising, etter at kaptein påla han det over UHF.

Uønsket adferd ved at han har sagt til dame på utsjekk at han ikke fikk sove på netter, da hun bråkte så mye når hun kom tilbake fra besøk på kapteins lugar. Noe som ikke har funnet sted. Videre påtvinger han seg å massere samme dame, og har også sagt at han har fått lov å ta seg en elskerinne.

Viser i tillegg til personalsamtale gjennomført 20. mars, hvor A har underskrevet på at han skal følge de pålegg som kaptein gir, og bidra til samarbeid.

Ved flere hendelser av liknende karakter, eller andre brudd på Torghatten Nord sitt arbeidsreglement vil arbeidsforholdet mellom Torghatten Nord og A bli vurdert."

- (6) A tok ut stevning 13. juli 2017 og la ned slik påstand:

- "1. Torghatten Nord AS pålegges å trekke tilbake advarsel gitt 07.04.2017, 20.03.2017 og 22.05.2017.**
- 2. Torghatten Nord AS pålegges å betale erstatning til A etter rettens skjønn.**
- 3. Torghatten Nord AS pålegges å erstatte A og Fellesforbundet for Sjøfolk sakens omkostninger."**

- (7) Erstatningskravet var dels begrunnet i at skipsarbeidsloven § 5-11 måtte kunne anvendes analogisk ved urettmessig advarsel. Men A gjorde også gjeldende at han hadde krav på erstatning etter skipsarbeidsloven § 2-7 tredje ledd som følge av at varsling etter § 2-6 var gjengjeldt.

- (8) Nord-Troms tingrett avsa 27. oktober 2017 kjennelse med slik slutning:

- "1. Nord-Troms tingretts sak 17-113317TVI avvises.**
- 2. A betaler saksomkostninger til Torghatten Nord AS med kr 13.000,- innen 2 uker fra forkynnelsen av kjennelsen."**

- (9) A anket til Hålogaland lagmannsrett, som 21. desember 2017 avsa kjennelse med slik slutning:

- "1. Anken forkastes.**
- 2. I saksomkostnader for lagmannsretten betaler A 10 000 – titusen – kroner til Torghatten Nord AS innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av kjennelsen."**

(10) A har anket til Høyesterett. Anken gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Han har i korte trekk anført:

(11) Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at ileggelse av skriftlig advarsel ikke reguleres av rettsregler. Ileggelse av en skriftlig advarsel regnes som den sterkeste sanksjonen en arbeidsgiver har overfor arbeidstakeren før oppsigelse eller avskjed. Hvor langt domstolenes prøvelseskompetanse rekker når det gjelder prøvingen av arbeidsgivers styringsrett, må avgjøres som et ledd i realitetsbehandlingen av saken. A har lagt ned slik prinsippal påstand:

- "1. Nord-Troms tingretts sak 17-113317TVI fremmes.
2. Saksomkostningskravet for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett avgjøres ved behandling av hovedsaken.
3. Alternativt: A tilkjennes saksomkostninger."

(12) For det tilfellet at anken forkastes eller saken avvises, har A lagt ned påstand om at sakskostnader ikke tilkjennes.

(13) I anken har Fellesforbundet for Sjøfolk erklært partshjelp, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b, og har sluttet seg til As anførsler.

(14) *Torghatten Nord AS* har inngitt tilsvaret og har i korte trekk anført:

(15) Lagmannsrettens kjennelse er riktig i resultat og begrunnelse. Søksmålet gjelder ikke noe rettskrav. Advarselen er verken forankret i lov eller annet rettsgrunnlag. A ber domstolen ta stilling til et faktisk forhold det ikke er knyttet rettsvirkninger til. En adgang til å få prøvd advarsler vil stå i konflikt med arbeidsmiljølovens bestemmelser for øvrig. *Torghatten Nord AS* har lagt ned slik påstand:

"Prinsippalt:

1. Anken nektes fremmet.
2. *Torghatten Nord AS* tilkjennes sakskostnader for alle instanser.

Subsidiært:

1. Anken forkastes.
2. *Torghatten Nord AS* tilkjennes sakskostnader for alle instanser."

(16) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at saken er avvist fordi den ikke hører under domstolene. Etter tvisteloven § 30-6 bokstav a har utvalget full kompetanse ved avgjørelsen av anken.

(17) Fellesforbundet for Sjøfolk har i anken erklært partshjelp. Ankeutvalget oppfatter tilsvaret slik at partshjelpen ikke er bestridt. Det skal da legges til grunn at vilkårene for partshjelp er oppfylt, jf. blant annet HR-2018-162-U med videre henvisning. Fellesforbundet for Sjøfolk tillates å opptre som partshjelper til fordel for A.

(18) Spørsmålet er om saken må avvises som følge av manglende rettslig interesse, jf. tvisteloven § 1-3. Etter bestemmelsens første ledd kan det reises sak for domstolene "om rettskrav". I dette ligger at gjenstanden for søksmålet, må ha karakter av et krav, at dette må

være regulert av rettsregler, og at den interesse som blir håndhevd gjennom søksmålet må være beskyttet av de reglene som kravet er basert på, jf. Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave 2017, side 382 med videre henvisninger til praksis. I Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 364 uttaler departementet følgende om § 1-3:

"Bestemmelsen er utformet - og ment praktisert - slik at den nærmere forståelsen av bestemmelsen vil kunne endre seg over tid. De nærmere avgrensninger etter § 1-3 vil nødvendigvis til en viss grad bero på skjønn, og i grensetilfelle vil det være avgjørende om det er naturlig og rimelig at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene, ..."

- (19) Ankeutvalget ser først på spørsmålet om As *erstatningskrav* må avvises. Som nevnt innledningsvis har A i stevningen krevd erstatning "etter rettens skjønn". Lagmannsretten har avvist kravet under henvisning til at det er "avledet av kravet om at advarselen skal trekkes tilbake". I den forbindelse har lagmannsretten vist til at A i stevningen har opplyst at det "fremmes krav om erstatning som følge av den uriktige advarselen".
- (20) Til dette bemerker utvalget at A i stevningen har begrunnet erstatningspåstanden slik:
- "Det fremmes krav om erstatning som følge av den uriktige advarselen. Skipsarbeidsloven § 5-11 må anvendes analogisk i dette tilfellet.**
- Det er en klar årsakssammenheng mellom advarselen og det faktum at A ikke får seile som vikar for kaptein, som han har gjort tidligere, og som har vært vanlig praksis. Dette påfører ham et direkte økonomisk tap.**
- Da rederiets handlemåte er i strid med skipsarbeidsloven § 2-7 jfr. § 2-6 kreves også erstatning etter § 2-7 tredje ledd."**
- (21) A har i stevningen uttrykkelig gjort gjeldende at behandlingen av ham er en "ren gjengjeldelse" fordi han har varslet om kritikkverdige forhold. Kravet om erstatning etter skipsarbeidsloven § 2-7 må ses i sammenheng med dette. Bestemmelsen verner arbeidstakere mot gjengjeldelse ved varsling og åpner i tredje ledd for oppreisning og erstatning. Utvalget ser det slik at As krav om erstatning etter skipsarbeidsloven § 2-7 utvilsomt er et rettskrav etter tvisteloven § 1-3.
- (22) Erstatningskravet bygger også på skipsarbeidsloven § 5-11 om virkninger av usaklig oppsigelse, som i andre ledd gir hjemmel for erstatning. Stevningen må forstås slik at A mener at bestemmelsen må gis analogisk anvendelse. Om det er grunnlag for kravet vil bero på en tolkning av § 5-11 holdt opp mot de faktiske omstendighetene i saken. Utvalget ser det slik at også dette kravet må anses som et rettskrav. Spørsmålet om det er grunnlag for analogisk anvendelse, må prøves som et ledd i realitetsbehandlingen.
- (23) Ankeutvalget har etter dette kommet til at erstatningskravet må fremmes. Utvalget legger til at Rt-2010-897 avsnitt 25 gir støtte for standpunktet.
- (24) Spørsmålet er om A også kan få dom for at Torghatten Nord AS skal *pålegges å trekke tilbake* de skriftlige advarslene, jf. punkt 1 i påstanden i stevningen. Utgangspunktet er her at det ikke foreligger lovregler i skipsarbeidsloven eller arbeidsmiljøloven om hva en advarsel er, eller hvilken rettslig relevans slike har i et arbeidsforhold. Formålet med en advarsel vil regelmessig dels være å korrigere uønsket atferd, dels å dokumentere at atferden er påtalt med tanke på senere oppfølging og eventuelt personalmessig reaksjon, herunder oppsigelse eller avskjed. Dersom det er gitt en advarsel, kan i utgangspunktet ikke arbeidstaker bli sagt opp eller avskjediget uten at noe nytt er kommet til, jf. Rt-1982-1729 (på side 1735). Det er på den

annen side sikker rett at tidligere advarsler vil kunne stå sentralt ved vurderingen av om oppsigelse eller avskjed er rettmessig ved nye kritikkverdige forhold, jf. Rt-1982-1729 (på side 1735) og Rt-2001-1362, hvor det på side 1377 heter:

"Ved vurderingen av om pliktbrudd fra arbeidstakerens side kan danne grunnlag for oppsigelse, vil det kunne være et moment om det er gitt advarsel, hvor det er blitt gjort klart at fortsatt pliktbrudd vil kunne medføre oppsigelse. Foruten at en advarsel vil sikre beviset for at det forhold advarselen gjelder, faktisk har funnet sted, og at bedriften har lagt vekt på forholdet, vil det at arbeidstakeren til tross for advarselen har handlet slik han har gjort, vise at arbeidstakeren ikke ønsker å innrette seg, ..."

- (25) Utvalget kan ikke se at Høyesterett tidligere har tatt stilling til om en advarsel som i denne saken kan være gjenstand for søksmål. I Rt-1996-827 var det imidlertid reist søksmål med påstand om at helsemyndighetenes tilrettevisninger og advarsler overfor leger i medhold av legeloven § 52 var ugyldige. Kjæremålsutvalget kom til at søksmålet kunne fremmes til realitetsbehandling og uttalte blant annet (på side 829):

"Kjæremålsutvalget peker på at irettesettelse og advarsel etter legeloven § 52 har karakteren av en formalisert reaksjon, som kan få vidtrekkende betydning for vedkommende lege. Dette har lagmannsretten gjort rede for i sine premisser. Rettsikkerhetshensyn tilsier at legen ved domstolene kan få prøvet om reaksjonen bygger på et faktisk riktig grunnlag, og om at det ligger en forsvarlig saksbehandling til grunn for avgjørelsen. Som vanlig i saker om forvaltningsavgjørelser vil domstolene derimot i alminnelighet ikke kunne prøve det skjønn som ligger til grunn for avgjørelsen."

- (26) Kjæremålsutvalget fant ikke grunn til å ta stilling til om irettesettelse og advarsel etter legeloven § 52 var å anse som enkeltvedtak. Utvalget fant det "tilstrekkelig å fastslå at det foreligger en rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54", og at gyldigheten av reaksjonen gjaldt et rettsforhold. Saken er ikke direkte sammenlignbar med den foreliggende, idet det var tale om gyldigheten av en lovbestemt reaksjon. Som nevnt er ikke advarsler regulert i skipsarbeidsloven eller arbeidsmiljøloven.
- (27) Rt-2003-480 gjaldt en lærer som hadde fått en formell advarsel for brudd på taushetsplikt. Læreren tok ut stevning for å få advarselen kjent ugyldig. Kommunen anførte at saken måtte avvises. Kjæremålsutvalget bemerket innledningsvis at en forutsetning for at arbeidstakeren hadde rettslig interesse i søksmålet, var at det rettet seg mot et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Lagmannsrettens flertall hadde kommet til at advarselen måtte anses som et enkeltvedtak. Flertallet la i den forbindelse blant annet vekt på at advarselen mer var å anse som en "sanksjon på mislighold enn en retningslovgivende avklaring for arbeidsforholdet", at irettesettelsen var lagt i arbeidstakerens personalmappe, og at irettesettelsen åpenbart ville kunne være av stor betydning for arbeidstakerens arbeidsforhold. Kjæremålsutvalget kunne ikke se at det var uttrykk for uriktig lovtolkning. Avgjørelsen gjaldt offentlige tjenesteforhold og løser ikke direkte spørsmålet for ansatte i privat sektor. De mer overordnede synspunktene har likevel interesse.
- (28) Arbeidsretten har i ARD-1982-237 lagt til grunn at en beslutning om å gi advarsel, er en beslutning som arbeidsgiver treffer i medhold av sin styringsrett. I dommen uttaler Arbeidsretten at det er på det rene at en bedrifts styringsrett har en tariffmessig forankring, og at en tvist om rettmessigheten av advarselen er en rettstvist som omfattes av fredsplikten etter arbeidstvistloven 1915 § 6 nr. 1 (nå arbeidstvistloven 2012 § 8 nr. 1). ARD-1959-229 gir et eksempel på at en fagforening har gått til søksmål for Arbeidsretten med krav om at en advarsel skulle kjennes tariffrettslig ugyldig.

- (29) A har i foreliggende sak blant annet anført at advarselen var basert på uforsvarlig saksbehandling. Arbeidsgivers styringsrett er ikke bare begrenset på lov- og avtalemessig grunnlag, men også av ulovfestede saklighetsnormer, jf. Rt-2001-418, hvor førstvoterende på side 427 uttaler:
- "Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn."**
- (30) At arbeidstaker kan prøve gyldigheten av de beslutninger arbeidsgiver treffer i medhold av styringsretten, er forutsetningsvis lagt til grunn i en rekke saker, jf. blant annet Rt-2000-1602, Rt-2001-418, Rt-2008-856, Rt-2009-1465 og HR-2016-2286-A. Hvor langt domstolenes prøvelseskompetanse rekker når det gjelder prøvingen av arbeidsgivers styringsrett, er et materielt spørsmål, som må avgjøres som et ledd i realitetsbehandlingen av saken.
- (31) På denne bakgrunn er det ankeutvalgets syn at et krav om tilbaketrekking/gyldigheten av advarsel etter omstendighetene må kunne anses som et rettskrav. En alminnelig forutsetning må være at søksmålet blir anlagt innen rimelig tid etter at advarselen ble gitt, se Rt-2010-897 avsnitt 23. Det må samtidig avgrenses mot mer uformelle uttalelser, tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver som ikke kan anses som sanksjoner.
- (32) I foreliggende sak har A fått en skriftlig advarsel, etter at det også var holdt et møte mellom partene. Advarselen gjelder alvorlige forhold som brudd på taushetsplikt, ordrenekt og uønsket atferd overfor en kvinnelig ansatt. I siste del av advarselen fremgår det at "[v]ed flere hendelser av liknende karakter, eller andre brudd på Torghatten Nord sitt arbeidsreglement vil arbeidsforholdet mellom Torghatten Nord og A bli vurdert". Det er gjort gjeldende at advarselen allerede har fått konsekvenser for A ved at han ikke lenger får vikariere som kaptein. A har videre blant annet gjort gjeldende at advarselen er en ulovlig gjengjeldelse etter skipsarbeidsloven § 2-7, jf. § 2-6. En advarsel vil kunne anses som en ulovlig gjengjeldelse, jf. Ot.prp. nr. 84 (2005–2006) side 52 og Prop. 115 L (2012–2013) side 189. Kravet om tilbaketrekking av advarselen er på denne bakgrunn etter ankeutvalgets syn et rettskrav, jf. tvisteloven § 1-3 første ledd.
- (33) *Tilknytningsvilkåret* i tvisteloven § 1-3 andre ledd er utvilsomt oppfylt. Spørsmålet er om også vilkåret om *aktualitet* i samme bestemmelse er oppfylt. Som nevnt vil en advarsel normalt ikke ha noen umiddelbare virkninger for arbeidsforholdet, men vil kunne være av betydning ved en eventuell senere oppsigelse eller avskjed dersom det har oppstått nye kritikkverdige forhold.
- (34) I foreliggende sak har A som nevnt gjort gjeldende at advarselen har hatt umiddelbar betydning for hans arbeidsforhold ved at han ikke lenger er ferievikar som kaptein. Han har videre pretendert å ha lidt et økonomisk tap som kreves erstattet. A har også anført at advarselen er en ulovlig gjengjeldelse etter at han har varslet om kritikkverdig forhold, jf. skipsarbeidsloven § 2-7 første ledd jf. § 2-6. Etter ankeutvalgets syn er vilkåret om aktualitet på denne bakgrunn oppfylt.
- (35) Lagmannsrettens og tingrettens kjennelser må etter dette oppheves, og søksmålet fremmes.
- (36) A har lagt ned påstand om at sakskostnadene for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett avgjøres ved behandling av hovedsaken, alternativt at han tilkjennes sakskostnader.

Spørsmålet om saken skal fremmes har vært gjenstand for særskilt anke, og kostnadene skal nå fastsettes for alle instanser, jf. tvisteloven § 20-8 andre ledd andre punktum, se HR-2017-1004-U avsnitt 23 og Rt-2012-791 avsnitt 22. For tingretten og lagmannsretten var det ikke lagt ned påstand om sakskostnader knyttet til spørsmålet om saken skal fremmes. Det tilkjennes derfor ikke særskilte kostnader for tingretten og lagmannsretten, se Rt-2015-897 avsnitt 11 med videre henvisninger. For arbeidet med anken til Høyesterett har A krevd seg tilkjent sakskostnader med 18 000 kroner inklusive merverdiavgift. Kravet tas til følge.

(37) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G :

1. Tingrettens og lagmannsrettens kjennelser oppheves.
2. Søksmålet fremmes.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler Torghatten Nord AS til A 18 000 – attentusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Per Erik Bergsjø
(sign.)

Toril M. Øie
(sign.)

Cecilie Østensen Berglund
(sign.)

Riktig utskrift: