



Gulating lagmannsrett - Kjennelse - LG-2022-110010

Instans	Gulating lagmannsrett – Kjennelse
Dato	2022-12-06
Publisert	LG-2022-110010
Stikkord	Arbeidsrett. Oppsigelse. Rettslig interesse. Tvisteloven § 1-3
Sammendrag	Sak med krav om at advarsel i arbeidsforhold kjennes ugyldig og kovensjonsstridig hevet på grunn av bortfalt rettslig interesse. Kravene ansett som rettskrav etter tvisteloven § 1-3 (1), men vilkåret om aktuelt og reelt behov for rettslig avklaring ikke oppfylt. jf. § 1-3 (2). Arbeidsforholdet opphørt etter arbeidstakers oppsigelse. Erstatningskrav var frafalt. De anførte fortidige og fremtidige konsekvenser ikke tilstrekkelig til at lovens krav til rettslig interesse var oppfylt.
Saksgang	Hordaland tingrett THOD-2020-94802 – Gulating lagmannsrett LG-2022-110010 (22-110010ASD-GULA/AVD1).
Parter	A (advokat Bjørn Inge Waage) mot Staten v/Arbeids- og velferdsetaten (advokat Caroline Birgitte Pedersen Røkenes).
Forfatter	Kst. lagdommer Jan-Inge Wensell Raanes, lagmann Guri Elisabeth Molven og lagdommer Ole-Arne Linga.

Innholdsfortegnelse

Gulating lagmannsrett - Kjennelse - LG-2022-110010.....	1
Innholdsfortegnelse	2
Sakens spørsmål og bakgrunn.....	3
Påstandsgrunnlag og påstander	4
Staten v/ Arbeids- og velferdsdirektoratet har gjort gjeldende:	4
A har gjort gjeldende:.....	5
Lagmannsrettens syn på saken	7
Innledning og rettslige utgangspunkt.....	7
Gjelder søksmålet et «rettskrav»?	8
Er det et «reelt behov» for rettslig avklaring?	8
Sakskostnader.....	10

Sakens spørsmål og bakgrunn

Avgjørelsen gjelder begjæring om heving av ankesak, og reiser spørsmål om arbeidstaker, etter å ha sagt opp sin stilling, har rettslig interesse i dom for at en advarsel fra arbeidsgiver var ugyldig og konvensjonsstridig.

A var ansatt i NAV fra januar 2008, og er medlem i Norsk tjenestemannslag (NTL). Den 11. desember 2019 deltok hun på et fagforeningsmøte for NTLs medlemmer ved NAV [fylkeskontor]. Flere av medlemmene på møtet reagerte negativt på As oppførsel i møtet, og i perioden 16. desember 2019 til 6. januar 2020 leverte fem av dem varsel til arbeidsgiver. Arbeidsgiver gjorde A kjent med varslene, og hun imøtegikk dem skriftlig 13. februar 2020.

Den 26. mars 2020 mottok A en advarsel fra arbeidsgiver med følgende innhold:

Med bakgrunn i varslene som er lagt frem for arbeidsgiver, og de undersøkelsene arbeidsgiver har gjort i etterkant, så har arbeidsgiver kommet til at du har oppført deg på en utilbørlig måte i møtet 11. desember 2019.

Du skal ha oppført deg utilbørlig ved å:

- Heve stemmen ut over det som er å regne for vanlig engasjement
- Rope og skrike
- Gestikulere på en negativ måte til andre som var til stede
- Overdøve andre som kom med utsagn du var uenig i

Du meddeles med dette en skriftlig advarsel med bakgrunn i din oppførsel i møtet 11. desember 2019. Arbeidsgiver har behov for og anser det nødvendig å markere at din oppførsel ikke er akseptabel i vårt arbeidsmiljø. Målet med advarselen er at du korrigerer atferd, slik at samarbeidet fremover mellom deg og dine kollegaer fungerer godt. Manglende etterlevelse vil kunne føre til at vi må vurdere ditt ansettelsesforhold.

Denne advarselen er gitt administrativt i henhold til styringsretten. Det er ikke et enkeltvedtak som kan påklages.

Advarselen er utstedt i to eksemplarer. Det ene eksemplaret (med din signatur for mottak) blir lagret i personalmappen din. Det andre beholder du.

Som arbeidsgiver har jeg forventninger om at du fremover velger en kommunikasjonsform som ikke er egnet til å bli oppfattet som negativt konfronterende. ...

Den 1. juli 2020 anla A søksmål mot Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet, med påstand om at advarselen er ugyldig og krav om erstatning. I tilsvar påsto staten avvisning av kravet om ugyldighet på grunn av manglende rettslig interesse.

Bergen tingrett avsa 8. november 2020 kjennelse om å fremme saken til behandling. Hovedforhandling over tre dager ble berammet i september 2021.

I prosesskriv 23. august 2021 ble As påstand utvidet til også å gjelde konvensjonsstrid etter EMK artikkel 10 og 11.

I statens prosesskriv 30. august 2021 ble det opplyst at A etter egen søknad hadde hatt ulønnet permisjon fra NAV siden 1. januar 2021, for å tiltre fast stilling ved [studiested].

På grunn av As permisjon og behovet for å avklare om hun ville komme tilbake til NAV, begjærte staten 14. september 2021 at hovedforhandlingen ble omberammet i medhold av tvisteloven § 16-3. A skal ikke ha ønsket å avklare om hun ville gjeninntre, og motsatte seg omberammelse. Det var imidlertid på det rene at hun var forpliktet til å gi NAV en tilbakemelding innen 30. september 2021.

Tingretten omberammet hovedforhandlingen fordi det var usikkerhet om avgjørelsesgrunnlaget, behovet og grunnlaget for vesentlige deler av søksmålet, og av hensyn til den belastningen rettsforhandling ville være for de involverte.

Den 1. desember 2021 ba A om at hovedforhandling ble berammet på ny. Hun opplyste at hun hadde fått ett års permisjon fra [studiested] og kom til å gjeninntre hos NAV 1. januar 2022. Staten la på ny ned påstand om avvising, men tingretten avsa 4. januar 2022 kjennelse om å fremme saken.

Den 4. mai 2022 avsa Hordaland tingrett dom med slik slutning:

1. Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet frifinnes.
2. A dømmes til å betale Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratets sakskostnader med 228 238 – tohundreogtjueåttetusentohundreogtrettiåtte – kroner, innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.

A har anket dommen. Anken gjelder tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Det ble i anken nedlagt påstand om at advarselen er ugyldig og i strid med EMK artikkel 10 og artikkel 11, samt krav om erstatning etter rettens skjønn og sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

I tilsvar nedla staten påstand om at anken forkastes og fremmet krav om erstatning for sakskostnader, samt stansing inntil det var avklart om A ville fortsette i NAV etter 31. desember 2022.

I prosesskriv 1. september 2022 ble det opplyst at A hadde sagt opp sin stilling i NAV med fratredelse 31. oktober s.å. Den 6. september 2022 gjennomførte lagmannsretten planleggingsmøte. Staten varslet at saken ville bli begjært hevet så langt den gjaldt ugyldighet og konvensjonsbrudd, på grunn av bortfalt rettslig interesse. Lagmannsretten satte frister for to skriftlige innlegg fra begge parter. Det ble også bestemt at en eventuell ankeforhandling ville gå over tre dager. As anmodning om fire rettsdager ble avslått. I prosesskrift 16. september 2022 frafalt A kravet om erstatning, fordi det bare var satt av tre dager til ankeforhandling.

Den 18. september 2022 begjærte staten ankesaken hevet på grunn av manglende rettslig interesse for gjenstående krav og påstander. Siste skriftlige innlegg ble levert 13. oktober 2022. Lagmannsretten finner saken klar til avgjørelse.

Påstandsgrunnlag og påstander

Staten v/ Arbeids- og velferdsdirektoratet har gjort gjeldende:

Begjæringen om at ankesaken skal heves omfatter ankende parts påstand punkt 1 og 2, jf. tvisteloven § 29-12 (1) b), 1. alt, hvilket utgjør hele ankesaken etter at erstatningskravet ble frafalt.

En skriftlig advarsel er ett av virkemidlene arbeidsgiver har i kraft av sin styringsrett ved uønsket atferd. Det er den mildeste reaksjon arbeidsgiver kan bruke, og advarselen kan legges i personalmappen i et begrenset tidsrom sammen med den ansattes innsigelser. Den får i utgangspunktet ingen konsekvenser for arbeidsforholdet, med mindre det senere oppstår nye forhold. Advarselen mister sin relevans og virkning når arbeidsforholdet opphører.

Vilkåret om aktuell rettslig interesse i tvisteloven § 1-3 er ikke oppfylt. De faktiske forhold er annerledes enn ved tidligere vurderinger av denne prosessforutsetningen.

Det er kun «etter omstendighetene» at rettmessigheten av en advarsel utgjør et rettskrav i tvistelovens forstand, jf. HR-2018-492-U (31). I tillegg må det være et reelt og konkret behov for avklaring i dom, jf. HR-2021-1345-A (86). Avklaringen må ha konkrete og umiddelbare rettsvirkninger, som har aktuell betydning og som går ut over det teoretiske og abstrakte, jf. Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 365. Den rettslige posisjonen med dom må bli forskjellig fra den uten dom.

I sak om advarsel i avsluttet arbeidsforhold stilles det i tillegg krav om at behovet må være klart, jf. nevnte forarbeidsuttalelser og HR-2022-718-A (32). Et ønske om å få fastslått at en «har rett» eller «moralsk oppreisning» skaper ikke alene behov og aktualitet, jf. blant annet Schei m.fl., Tvisteloven Lovkommentar til § 1-3 pkt. 4.2 og Rt-2009-477 (22). Det er ikke relevant at tingrettsdommen ved heving blir stående med sitt resultat, offentlig tilgjengelig og med abstrakt betydning i fremtiden for parten, jf. Rt-2013-211 (72) og Skoghøy s. 1065, samt Rt-2013-211, HR-1999-699 [kan være HR-1999-699-K, Lovdatas anm.], Rt-1997-1983 og Rt-1991-1468 som alle viser at aktualitetskravet ikke er oppfylt etter oppsigelse.

As oppsigelse fra NAV medfører at det ikke foreligger et reelt og konkret behov for rettslig avklaring. Lagmannsrettens dom vil ikke kunne få en klar og aktuell betydning for hennes rettsstilling.

At arbeidsforholdets eksistens er en grunnleggende forutsetning for rettslig interesse, har også A selv lagt til grunn, blant annet i stevningens punkt 4.2 og prosesskriv 15. september 2021, 10. desember 2021 og 2. mars 2022. At A har fratrudd stillingen innebærer at advarselen ikke under noen omstendighet kan brukes mot henne, eller ha negativ innvirkning på hennes rettigheter eller fremtidsmuligheter som arbeidstaker i NAV.

Ikke noe av det A har gjort gjeldende gir holdepunkter for at en dom vil utgjøre en konkret og umiddelbar rettslig forskjell for hennes situasjon. Forholdene det er vist til er hypotetiske, teoretiske eller abstrakte. Ikke under noen omstendighet er behovet for dom «klart».

A har gjort gjeldende at advarselen har fått en rekke konsekvenser. Det er svært alvorlige anklager. Staten er sterkt uenig i fremstillingen av de faktiske forhold og sammenhengen med advarselen. Anklagene kan ikke legges uprøvd til grunn. De har ingen holdepunkter i bevis, og gjelder uansett fortidige forhold som ikke kan etablere rettslig interesse.

Pretensjonene om at advarselen vil ha betydning for fremtidige ansettelsesprosesser savner også belegg i bevis. Sitatene på side 6 i prosesskriv 2. oktober 2022 er hentet fra dokumenter som ikke er fremlagt. Dette er påståtte forhold som ikke kan skape reell, konkret og aktuell rettslig interesse for kravet om ugyldighet.

Det er heller ikke et reelt og aktuelt behov for domstolsbehandling av spørsmålet om brudd på EMK. Staten bestrider ikke at krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK kan utgjøre et «rettskrav», jf. tvisteloven § 1-3 første ledd. Det sentrale er at også for slike krav må den som krever dom, påvise et aktuelt, reelt og «klart» behov for en rettslig avgjørelse. Også dom i samsvar med denne påstanden har mistet sin aktualitet og reelle betydning på grunn av oppsigelsen.

Bortfall av rettslig interesse for påstandens punkt 1 kan ikke medføre at det derved oppstår rettslig interesse i domstolsbehandling av brudd på EMK. Det skal foretas en individuell vurdering for hvert krav, og det foreligger ikke noe reelt behov. Det følger av EMDs praksis at avvising grunnet manglende oppfyllelse av nasjonale prosessforutsetninger ikke utgjør brudd på EMK, jf. K.T. v. Norway, app.no 26664/03 (95-106).

Staten viser også til LB-2022-7593, hvor saken ble hevet fordi de ankende parter ikke hadde påvist et klart behov for å få fastsettelsesdom for brudd på EMK og Grunnloven. Anken ble forkastet av Høyesterett, se HR-2022-1868-U.

Saken er begjært hevet, men det er ikke lagt ned formell påstand om dette.

A har gjort gjeldende:

Det foreligger rettslig interesse i å få prøvd påstandens punkt 1 og 2 i anken, jf. tvisteloven § 1-3. Kravet om aktuelt og reelt behov for domstolsbehandling er oppfylt. Advarselen har fått og vil fortsette å få reelle negative konsekvenser for henne, og saken er av prinsipiell betydning.

For punkt 1 vises til tingrettens kjennelse 8. november 2020, som er gjeldende. At arbeidsforholdet nå er avsluttet er ikke til hinder for rettslig interesse. Det siterte fra stevningens punkt 4.2 og senere prosesskrift skal heller ikke leses slik staten anfører. Det som for øvrig er anført i stevningen og prosesskrivene er tvert imot at et reelt rettslig behov eksisterer, uavhengig av om arbeidsforholdet består.

Det vises til Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 365 med henvisning til rettspraksis om at rettslig interesse for krav som gjelder fortidige og framtidige forhold foreligger når det kan påvises et klart behov for rettslig avklaring.

As behov for dom er ikke teoretisk eller abstrakt. Staten er fortsatt hennes arbeidsgiver. Hun har et konkret og klart behov for rettslig avklaring fordi advarselen er brukt mot henne og har fått negative konsekvenser for henne som ansatt i NAV. Den vil også kunne få negativ innvirkning på hennes framtidsutsikter.

Som følge av advarselen ble rettsforliket mellom A og NAV i 2018 ikke oppfylt av NAV. Videre har A hatt lavest lønn i sin stillingskategori hensyntatt hennes kompetanse og ansiennitet. Statens forlikstilbud i denne saken har hatt som forutsetning at ansettelsesforholdet avsluttes. Det er sannsynliggjort at advarselen fikk negative konsekvenser for A da hun våren 2022 søkte stilling ved Kontor for brukerskaffelser i NAV. Det var 42 søkere til stillingen, hvorav 12 ble innkalt til førstegangsintervju og tre til andregangsintervju. A ble innkalt i andre intervjurunde. Etter det andre intervjuet ble hun kontaktet om referanse fra leder i NAV. A svarte at

søknaden oppga de personene hun ønsket å benytte som referanse, og opplyste i tillegg om en tidligere leder som kunne kontaktes. Kort tid senere trakk NAV utlysningen, og begrunnet det med for få søkere. Det anføres at årsaken utelukkende er at det ble bedt om referanser fra As stilling ved NAV [fylkeskontor]. Staten har ikke evnet å imøtegå disse faktiske forholdene. Dette er et klart eksempel på at advarselen fremdeles kan brukes mot A. Det vil gjelde også i fremtidige rekrutteringsprosesser uavhengig av om A er arbeidstaker i NAV [fylkeskontor], jf. Rt-2013-211 (20, 22). Arbeidsgivers opptreden for øvrig etter advarselen viser også at den fikk store konsekvenser for henne.

Dette viser at det er av stor betydning for A å få en ny vurdering av advarselens rettmessighet. Tingrettens dom bygger på at saken var «alvorlig». Det er også vist til lagmannsrettens dom i N6s sak. Det er overhodet ikke bevismessig grunnlag for at A har opptrådt på en måte som kan beskrives som «alvorlig». De uriktige påstandene mot A har vært og er en vedvarende stor psykisk belastning for henne. Dommen er offentlig og kan få betydning for hvordan fremtidige arbeidsgivere vurderer A ved tilsettinger.

Det er viktig for A at det fastslås at advarselen bygger på feil faktum. Tingretten har uriktig lagt til grunn at den situasjon som oppsto 6. januar 2020 angikk A, basert på vitnet N12s forklaring. Hendelsen gjaldt kun N6. A hadde permisjon på dette tidspunktet. Vitnet N1 forklarte i retten at A ikke ble diskutert. Tingretten har også gjengitt As forklaring uriktig på side 9. Det er ikke riktig at A gestikulerte på «ein negativ måte til andre som var til stede». Videre er vitneforklaringene om As oppførsel på møtet sprikende, og flere av dem støtter As versjon. Et flertall av vitnene underbygger at advarselen er gitt på uriktig faktisk grunnlag. Et samlet bevisbilde taler med styrke for at arbeidsgiver har lagt til grunn feil faktum ved ileggelsen av advarselen.

Det foreligger rettslig interesse for dom for påstandens punkt 2, uavhengig av om saken heves for punkt 1. Det er sikker rett at krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK er rettskrav i relasjon til tvisteloven § 1-3, jf. Rt-2011-1666 (32), Rt-2015-93 og HR-2016-2178-U. Det foreligger ingen prosessuelle hindringer for slik avgjørelse. Menneskerettskrenkelsen vil vedvare frem til en rettskraftig dom konstaterer brudd på EMK. A har et tilstrekkelig konkret og reelt behov for å få dom for menneskerettighetsbruddene, jf. HR-2021-1345-A (85-87).

Den rettslige interessen forsterkes dersom saken heves for punkt 1. Det vises til uttalelsene i Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 155 og 365 om at krav om særskilt dom for brudd på EMK er et rettskrav når det ikke kan bli prøvd på annen måte, og at det da ikke bør stilles særlig strenge krav til den aktuelle søksmålsinteressen.

Det må legges vekt på at saken reiser prinsipielle rettsspørsmål, hvor langt den er kommet og utfallet i tingretten, jf. bl.a. HR-2022-533-A (32) og LB-2020-118907 (anke avvist HR-2021-2361-U). Behovet for rettslig avklaring er et moment av tyngde for at rettslig interesse foreligger.

A var ikke «i tjeneste» på fagforeningsmøtet 11. desember 2019. Hennes påståtte oppførsel kan da ikke være grunnlag for advarsel i arbeidsforholdet. Det er uriktig at advarselen er gitt for opptreden i arbeidstiden på arbeidstedet og at ingen av deltakerne hadde tjenestefri. Arbeidsgiver har ingen styringsrett eller sanksjonsmulighet når ansatte har tjenestefri for å delta på fagforeningsmøte. Advarselen har fått faktiske konsekvenser.

Retten til organisasjonsfrihet og fagforeningstilknytning er en grunnleggende menneskerett, jf. menneskerettsloven § 2 jf. EMK art. 11 og Grunnloven § 101. Å stille spørsmål i opposisjon til arbeidsgivers interesser er i fagforeningsarbeidets kjerne, og det skal kunne skje uhindret av innholdet i tjenesteplikter. Arbeidsgiver kan åpenbart ikke pålegge arbeidstaker lydighetsplikt i fagforeningsarbeid. Nasjonalt og internasjonalt regelverk har en rekke bestemmelser som skal sikre reell organisasjonsfrihet, herunder begrense arbeidsgivers mulighet til å gripe inn. Vernet om organisasjonsfriheten og den enkelte organiserte er vidtrekkende, og særlig sterkt når det kommer til kritikk av arbeidsgiver og ivaretagelse av arbeidstakernes interesser.

Retten til organisasjonsfrihet er uløselig knyttet til retten til å ytre seg fritt, jf. EMK art. 10. Det er ikke bare innholdet i ytringer som er beskyttet, men også deres form, jf. bl.a. EMD – Szima vs. Hungary (appl. no. 29723/11). Det er ikke holdepunkter for at A opptrådte fornærmede eller obskønt, og hun er da vernet av art. 10. Under enhver omstendighet er det arbeidsgiver som har bevisbyrden for at inngrepshjemmelen i art. 10 nr. 2 kommer til anvendelse. Advarselen i dette tilfellet gjelder As kommunikasjonsform, og utgjør således et vesentlig inngrep i hennes mulighet til å ytre seg i fagforeningssammenheng. Det er åpenbart at arbeidsgiver ikke kan bestemme at en ansatt i fagforeningsmøter må ytre seg på en måte «som ikke er egnet til å bli oppfattet som negativt konfronterende».

Advarselen er en krenkelse av As organisasjonsfrihet og ytringsfrihet, jf. EMK art. 10 og art. 11. Det har prinsipiell betydning å få dette fastslått i dom. A har et klart behov for slik dom, uavhengig av hvor hun er ansatt. Hun deltar ikke lenger på fagforeningsmøter, uansett arbeidsgiver. Det viser at advarselen har fått store og vedvarende konsekvenser for henne.

Det er lagt ned påstand om at ankesaken fremmes.

Lagmannsrettens syn på saken

Innledning og rettslige utgangspunkt

A har i prosesskriv 16. september 2022 frafalt kravet om erstatning for økonomisk tap, påstandens punkt 3 i anken. Denne del av ankesaken skal derfor heves.

Spørsmålet er om kravene til rettslig interesse er oppfylt for ankende parts påstand punkt 1 om at advarselen er ugyldig og punkt 2 om brudd på EMK, jf. tvisteloven § 1-3. Dersom disse spørsmålene besvares benektende, skal hele ankesaken heves.

Tvisteloven § 1-3 har denne ordlyden:

- (1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.
- (2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.

I HR-2018-1463-U er det uttalt følgende:

- (23) I grensetilfeller vil det bero på en helhetsvurdering om kravene i § 1-3 er oppfylt. Behovet for å få avgjort det kravet som er fremmet, vil være et viktig moment både etter første og andre ledd, se Schei med flere, *Tvisteloven, Kommentaarutgave, 2. utgave 2013*, side 15-16. Utgangspunktet er formulert slik i Rt-2015-1096 avsnitt 9:

«Etter tvisteloven § 1-3 første ledd kan det reises sak for domstolene om 'rettskrav'. Den som reiser saken, må imidlertid også påvise et 'reelt behov' for å få kravet avgjort, jf. andre ledd. Det skal tas stilling til vilkåret ut fra 'en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det'. Begrunnelsen for disse prosessuelle grunnvilkårene er først og fremst at saker skal prøves for domstolene i en hensiktsmessig form og på en måte som gjør at domstolene får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. NOU 2001:32A, Bind A, side 186 flg. I tvilstilfeller må vilkårene i tvisteloven § 1-3 undergis en helhetsvurdering, ...»

- (24) Justis- og politidepartementet uttaler i Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 363-364 at § 1-3 knesetter en rettslig standard, og at det vil kunne være en glidende overgang mellom de enkelte vilkårene i bestemmelsen. På side 364 heter det videre:

«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.

- (25) Ved avgjørelsen av om et søksmål skal fremmes, må retten bygge på partenes pretensjoner om de faktiske forhold og rettsregler kravet bygger på. Retten skal imidlertid prøve pretensjonene når disse ikke gjelder holdbarheten av det materielle kravet som fremmes, men bare har betydning for om søksmålsvilkårene er oppfylt, jf. Schei, *Tvisteloven, Kommentaarutgave, 2. utgave 2013* side 51-52, Rt-2006-209 avsnitt 15 og Rt-2006-220 avsnitt 18.

Gjelder søksmålet et «rettskrav»?

HR-2018-492-U gjaldt søksmål om tilbaketrekking/gyldigheten av arbeidsgivers advarsel og krav om erstatning i et løpende arbeidsforhold. I avsnitt 18 er det på generelt grunnlag uttalt følgende om hva som ligger i vilkåret:

... 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.

Arbeidsmiljøloven regulerer ikke slike advarsler direkte. Om kravet i HR-2018-492-U, ble følgende uttalt:

- (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

Om søksmålet gjelder et rettskrav beror altså på sakens konkrete «omstendigheter». I motsetning til det som var tilfellet i avgjørelsen fra Høyesteretts ankeutvalg, er A ikke lenger ansatt hos arbeidsgiveren som ga advarselen. Hun har imidlertid satt advarselen i en større rettslig kontekst enn det som gjelder utøvelse av styringsrett og det rent arbeidsrettslige forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det sentrale anføres å være at NAV har blandet seg inn i noe som kun er et fagforeningsanliggende. A har gjort gjeldende at NAV derved har gått ut over rammene for styringsretten etter arbeidsmiljøloven, og krenket hennes rettigheter og vern etter Grunnloven §§ 100-101, EMK art. 10-11 og ILO-konvensjonen art 3. Dette skal ha fått og vil fortsette å få negative konsekvenser for hennes rettigheter og karrieremuligheter som arbeidstaker i NAV og andre steder, samt hennes yrings- og organisasjonsfrihet.

Lagmannsretten legger til grunn As pretensjoner om de faktiske forhold og rettsregler som kravene bygger på, og finner etter omstendighetene at påstandene om ugyldighet og konvensjonsstrid er «rettskrav». Begrensninger i søksmålsadgangen må da eventuelt ligge i kravene til partstilknytning og søksmålssituasjon. Som redegjort for innledningsvis, er det en nær sammenheng mellom kravene til søksmålsgjenstand og søksmålssituasjon i tvisteloven § 1-3 (2), og det må i grensetilfeller foretas en helhetsvurdering hvor behovet for avklaring står sentralt.

Er det et «reelt behov» for rettslig avklaring?

Det følger av § 1-3 (2) at den som anlegger sak om et rettskrav «må påvise et reelt behov» for en avgjørelse, og at det blant annet beror på en vurdering av kravets «aktualitet».

Hovedsynspunktet for de krav som må stilles til søksmålssituasjonen, er at det må foreligge et klart behov for en rettslig avklaring, se Tore Schei mfl., *Tvisteloven*. Lovkommentar, § 1-3 note 4.1, *Juridika*. For at det skal være et slikt behov må en avgjørelse ha betydning og gjøre en forskjell for partens aktuelle rettsstilling, jf. bl.a. Rt-2011-1123 og Rt-2008-1153 avsnitt 19-21. Behovsvurderingen kan være sammensatt, og ved tvil kan det

legges vekt på om et søksmål på det aktuelle tidspunktet fremstår som hensiktsmessig, jf. Rt-2013-1127 avsnitt 20-23. Dersom saken har prinsipiell betydning er det et selvstendig moment, jf. HR-2022-718-A avsnitt 31-35.

En advarsel kan få betydning ved en senere oppsigelse eller avskjed dersom det oppstår nye kritikkverdige forhold i arbeidsforholdet. Det er ikke aktuelt i denne saken, ettersom A har sagt opp sin stilling i NAV.

A har imidlertid gjort gjeldende at advarselen har hatt, og vil fortsette å få, andre og nærmere konkretiserte negative konsekvenser for henne så lenge den blir stående.

As pretensjoner gjelder de faktiske forhold og rettsregler som rettskravene bygger på. De har ikke bare betydning for om søksmålsvilkårene er oppfylt. Lagmannsretten må derfor legge dem til grunn.

At advarselen skal ha medført at A ikke fikk fordeler i sin stilling i NAV som hun skulle hatt etter et tidligere rettsforlik, at hun gikk glipp av lønnsøkninger og at hun ikke fikk en annen stilling i NAV, er ikke egnet til å etablere et reelt og aktuelt behov for en rettsavgjørelse. Kravene etter skadeserstatningsloven § 2-1 er frafalt. Det er ikke fremmet krav etter arbeidsmiljøloven, f.eks. på grunnlag av ulovlig gjengjeldelse. Lagmannsretten kan ikke legge vekt på om det på et senere tidspunkt eventuelt kan være adgang til å fremme andre krav dersom advarselen kjennes ugyldig eller konvensjonsstridig.

De påståtte tilsvarende konsekvensene for fremtidige jobbsøknader og ansettelsesforhold er for usikre og hypotetiske til å skape behov for rettslig avklaring. Advarselen er gitt av tidligere arbeidsgiver i kraft av styringsretten, dens aktualitet bortfaller når arbeidsforholdet avsluttes, og den har ingen rettslige virkninger i senere arbeidsforhold. At As nye stilling også er i et statlig organ, endrer ikke ved denne vurderingen ettersom advarselen verken direkte eller indirekte kan brukes mot henne av den nye arbeidsgiveren. Etter at arbeidsforholdet er avsluttet kommer advarselen langt på vei i samme stilling som en ufordelaktig referanse fra en tidligere arbeidsgiver. Det kan i så måte også vises til lagmannsrettens vurdering i LB-2021-113918-1 punkt 7.

Sakens kjerne er arbeidsgivers styringsrett og sanksjonsmuligheter overfor arbeidstakers handlinger i et fagforeningsmøte. A har anført at advarselen er et vesentlig inngrep i hennes ytrings- og organisasjonsfrihet, og inntil den kjennes ugyldig og konvensjonsstridig tør hun ikke delta i fagforeningsmøter, uansett arbeidsgiver.

Det kan reises prinsipielle spørsmål om styringsrettens innhold og rekkevidde i møte med arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, Grunnloven §§ 100-101, EMK art. 10 og 11 og ILO-konvensjonen. Konvensjonsstrid er en selvstendig påstand i saken, og et grunnlag for påstanden om ugyldighet.

Om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd er det uttalt følgende i HR-2021-1345-A:

- (85) Seinare rettspraksis om høvet til å krevja dom for konvensjonsbrot har vore sett på som sprikjande. Men det er uansett eit grunnkrav at det er påvist eit reelt behov for å få kravet avgjort overfor motparten, jf. tvistelova § 1-3 andre ledd. Eg viser mellom anna til Rt-2015-921 avsnitt 82 og HR-2016-2178-U avsnitt 20.

Etter lagmannsrettens syn er det i dette tilfellet ikke et reelt behov for rettslig avgjørelse, verken for påstanden om ugyldighet eller konvensjonsbrudd. At saken kan reise prinsipielle spørsmål om arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers grunnleggende menneskerettigheter, er ikke i seg selv tilstrekkelig til å etablere et slikt behov. Det gjelder selv om rettslig prøving av disse spørsmålene heller ikke kan skje på annen måte for As vedkommende. Slik denne saken ligger an må det legges avgjørende vekt på at en avgjørelse i hennes favør ikke vil ha merkbar betydning for hennes aktuelle rettsstilling. Arbeidsforholdet er avsluttet, fortidige konsekvenser er ikke gjort til gjenstand for søksmål, og fremtidige konsekvenser er hypotetiske. Ugyldighet eller konvensjonsstrid er ikke prejudisielle rettsspørsmål det uansett må tas stilling til. Om det som har skjedd har ført til at A ikke tør å gå i fagforeningsmøter, er ikke avgjørende. Dette er et standpunkt A har inntatt på egen hånd, basert på en advarsel i et avsluttet ansettelsesforhold. En dom i hennes favør vil ikke ha direkte virkninger i det avsluttede arbeidsforholdet, for nye arbeidsforhold eller for hennes rettsstilling for øvrig. Hennes behov for rettslig avklaring fremstår som for abstrakt og for generelt.

At A kan ha behov for å få fastslått at hun hadde rett og for oppreisning av moralsk karakter, utgjør ikke tilstrekkelig rettslig interesse ettersom det ikke vil ha påviselige rettsvirkninger jf. Rt-2009-477 (22) og Schei m.fl., Tvisteloven Lovkommentar til § 1-3, note 4.2, Juridika. Det er heller ikke relevant at en offentlig tilgjengelig tingrettsdom blir stående, idet hevingen av ankesaken gjør at den ikke har rettskraft jf. Rt-2013-211 avsnitt 28-32. og Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave, 2017, s. 260.

Søksmål og rettsavgjørelse fremstår ikke som en hensiktsmessig måte å løse As behov for rettsavklaring, jf. Rt-2013-1127 avsnitt 20-23.

Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at kravet til søksmålssituasjonen i tvisteloven § 1-3 (2) ikke er oppfylt verken for påstandens punkt 1 eller 2. Ankesaken skal derfor heves i sin helhet, jf. tvisteloven § 29-12 (1) bokstav b), første alternativ.

Sakskostnader

Den parten som har vunnet saken, har som hovedregel krav på full erstatning for sine nødvendige sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 (1), jf. § 20-5 (1). Saken er vunnet dersom en sak blir hevet fordi kravet er frafalt eller der saken ikke hører inn under domstolene, jf. tvisteloven § 20-2 (2).

Staten har vunnet frem ved at ankesaken dels er frafalt og for resterende deler skal heves på grunn av manglende rettslig interesse, og har da krav på full erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 (1) og (2).

Lagmannsretten har vurdert om det er grunn til å bruke unntaket i tvisteloven § 20-2 tredje ledd, men kan ikke se at «tungtveiende grunner gjør det rimelig» å frita helt eller delvis for sakskostnadsansvaret.

I rettens brev 23. november 2022 ble det satt frist for innlevering av sakskostnadsoppgave og frist for merknader innen 30. s.m. Statens sakskostnadskrav er på kr. 75 200 og gjelder i sin helhet salær med 23 timer til og med anketilsvar, og 24 timer til etterfølgende saksforberedelse. Timeprisen er kr. 1 600. Det er ikke fremmet innsigelser til kravet.

Sakskostnadene anses nødvendige for å sikre statens interesser i saken, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd og tilkjennes i samsvar med kravet

Det følger av Rt-2009-966 og senere avgjørelser at dersom den rettslige interesse er falt bort etter at avgjørelsen ble angrepet, kan den underordnede retts sakskostnadsavgjørelse overprøves etter § 20-9 første ledd. Ved denne overprøvingen må lagmannsretten legge til grunn det resultat tingretten kom til, men de øvrige vilkår for tilkjennelse av sakskostnader har lagmannsretten full kompetanse til å prøve.

Tingretten frifant staten og dømte A til å erstatte sakskostnader med kr. 228 238. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å endre det.

Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

1. *Ankesaken heves.*
2. *I sakskostnader for lagmannsretten betaler A til Staten v/Arbeids- og velferdsdirektoratet 75 200 – syttifemtusentohundre – kroner innen 2 – to – uker etter forkynning av kjennelsen.*