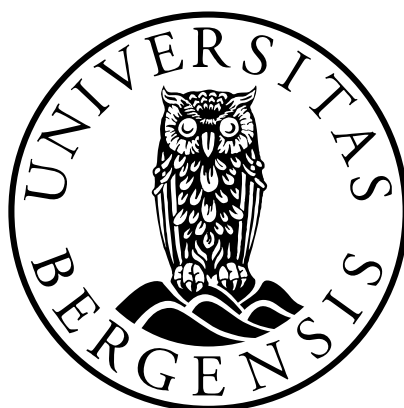


# Rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold

*En øvelse i ulovfestet arbeidsrett og rettslig  
interesse*

Kandidatnummer: 42

Antall ord: 14220



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	5
1.1	Presentasjon av tema .....	5
1.2	Temaets aktualitet.....	5
1.3	Enkelte utgangspunkter og avgrensninger.....	6
1.3.1	Utgangspunkter for avhandlingen .....	6
1.3.2	Avgrensninger .....	7
1.4	Noen sentrale begreper .....	8
1.4.1	«Arbeidsgivers styringsrett» og «styringsrettsbeslutning» .....	8
1.4.2	«Skriftlig irettesettelse» og «tjenestlig tilrettevisning».....	8
1.4.3	«Rettslig interesse» .....	9
1.5	Noen merknader til rettskildebildet og metode .....	9
1.5.1	Det arbeidsrettslige rettskildebildet.....	9
1.5.2	Det prosessrettslige rettskildebildet .....	11
1.5.3	Metodiske utfordringer.....	12
1.6	Sentrale problemstillinger og planen for den videre fremstillingen .....	12
2	Advarsler i arbeidsforhold.....	14
2.1	Innledende bemerkninger .....	14
2.2	Det rettslige grunnlaget: arbeidsgivers styringsrett.....	14
2.3	Den ulovfestede saklighetsnormen som begrensning for arbeidsgivers adgang til å gi advarsler .....	15
2.4	Arbeidsgivers valgfrihet knyttet til advarselens form, innhold og formål .....	17
2.5	Virkninger av advarsler i arbeidsforhold.....	17
3	Adgangen til rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold.....	19
3.1	Twisten må gjelde et «rettskrav».....	19
3.2	Rettslig prøving av advarsler i privat sektor.....	20

3.2.1	Utgangspunktet for vurderingen.....	20
3.2.2	Gjennomgang av rettskildebildet .....	20
3.2.3	Nærmere om HR-2018-492-U .....	22
3.3	Rettslig prøving av advarsler i offentlig sektor .....	24
3.3.1	Utgangspunktet for vurderingen.....	24
3.3.2	Opphevelse av «skriftlig irettesettelse» som ordensstraff for statsansatte .....	24
3.3.3	Særlig om ansatte i kommunal sektor .....	28
4	Forutsetninger og krav for rettslig prøving av advarsler .....	29
4.1	Innledning .....	29
4.2	Avgrensning mot mer uformelle uttalelser, tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver .....	29
4.3	Søksmål må anlegges innen rimelig tid etter at advarselen ble gitt.....	32
4.4	Twisteloven § 1-3 andre ledd .....	33
4.4.1	Saksøker må ha «reelt behov» for å få kravet avgjort.....	33
4.4.2	«Tilknytning» .....	34
4.4.3	«Aktualitet» .....	34
5	Realitetsbehandlingen av advarsler i arbeidsforhold.....	37
5.1	Domstolenes prøvingskompetanse ved rettslig prøving av advarsler .....	37
5.1.1	Innledning.....	37
5.1.2	Generelt om domstolenes prøvingskompetanse ved prøving av styringsrettsbeslutninger.....	37
5.1.3	Innholdet i misbrukskontrollen .....	38
5.1.4	Domstolenes prøvingsintensitet i relasjon til advarsler i arbeidsforhold .....	41
5.2	Hva domstolene kan gi dom for .....	42
5.2.1	Dom for at advarselen er ugyldig, urettmessig eller må trekkes tilbake .....	42
5.2.2	Dom for sletting av advarselen.....	43
5.3	Kort om arbeidstakers resignasjonsplikt.....	45

6	Avslutning .....	46
6.1	Gjeldende rett: adgangen til rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold .....	46
6.2	Praktiske følger av gjeldende rett .....	46
6.3	Behovet for en lovregulering av advarsler i arbeidsforhold .....	47
	Kildeliste .....	49

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema

I arbeidslivet er *advarsler* et reaksjonsmiddel som arbeidsgivere ofte tar i bruk overfor sine ansatte. Advarsler benyttes særlig i de tilfellene hvor arbeidsgivere har behov for å korrigere eller kritisere en arbeidstaker. En advarsel vil også kunne være et viktig signal om at en type atferd kan medføre konsekvenser for arbeidsforholdet dersom atferden ikke endres.

Praksis fra arbeidslivet viser at det ofte oppstår situasjoner hvor arbeidstakere er uenig i grunnlaget for eller innholdet i en advarsel. Spørsmålet som dermed reiser seg er hvilken mulighet en arbeidstaker har til å imøtegå en arbeidsrettslig advarsel.

Som et utgangspunkt vil en arbeidstaker alltid kunne protestere mot advarselen overfor sin arbeidsgiver. Det som imidlertid er uavklart, er hvilke muligheter en arbeidstaker har *utover* retten til å protestere. Temaet for denne avhandlingen er derfor arbeidstakers adgang til en rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold.

## 1.2 Temaets aktualitet

I mars 2018 tok Høyesteretts ankeutvalg for første gang stilling til om en advarsel gitt i et privat arbeidsforhold kunne være gjenstand for rettslig prøving.<sup>1</sup> Ankeutvalgets resultat bryter med det som tidligere må antas å ha vært rettsoppfatningen på området, slik at kjennelsen gjør temaet «rettslig prøving av advarsler» særlig aktuelt.<sup>2</sup> I tillegg gir kjennelsen et viktig bidrag til en avklaring av gjeldende rett. Det er derfor behov for en grundig analyse av innholdet og rekkevidden av kjennelsen.

Videre inneholder statsansatteloven, som ble vedtatt 16. juni 2017, ny og endret lovgivning som kan få betydning for adgangen til rettslig prøving av advarsler i offentlig sektor. Dette aktualiserer behovet for en avklaring av hvorvidt denne lovgivningen medfører en endret rettstilstand på området.

---

<sup>1</sup> HR-2018-492-U

<sup>2</sup> Se punkt 3.2.2

Temaets aktualitet må også sees i lys av at vi i norsk rett har et sterkt stillingsvern for ansatte som medfører en høy terskel for oppsigelse eller avskjed.<sup>3</sup> I de fleste arbeidsforhold blir derfor advarsler det praktisk viktigste og sterkeste reaksjonsmiddelet arbeidsgivere har i de tilfellene hvor det ikke er grunnlag for oppsigelse eller avskjed. Det vil følgelig være både praktisk og juridisk viktig å avklare hvilken adgang en arbeidstaker har til en rettslig prøving av en advarsel som vedkommende er uenig i.

## 1.3 Enkelte utgangspunkter og avgrensninger

### 1.3.1 Utgangspunkter for avhandlingen

Temaet «rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold» reiser både arbeidsrettslige og prosessrettslige problemstillinger. Begge disse rettsområdene står derfor sentralt ved behandlingen av temaet. Det er også slik at arbeidsrettslige og prosessrettslige problemstillinger må sees i sammenheng og i lys av hverandre.

Innenfor arbeidsretten har det tradisjonelt blitt sondret mellom offentlige og privatrettslige arbeidsforhold.<sup>4</sup> Utviklingen har imidlertid gått i retning av en harmonisering av regelsettene i offentlig og i privat sektor, slik at dette skillet ikke lenger er like aktuelt.<sup>5</sup> Utgangspunktet i denne avhandlingen er derfor at det som behandles gjelder for arbeidsforhold i *både* offentlig og privat sektor. I de tilfellene hvor rettskildesituasjonen gjør det nødvendig å skille mellom sektorene, vil dette bli presisert.

Videre sikter jeg ved behandlingen av «offentlig sektor» til arbeidstakere i statlige, kommunale og fylkeskommunale stillinger. For enkelthetens skyld bruker jeg begrepet «kommune» som en fellesbetegnelse på kommune og fylkeskommune. I de tilfellene hvor det er behov for å skille mellom statlige og kommunale ansatte, vil jeg være tydelig på dette.

Jeg tar i avhandlingen utgangspunkt i en situasjon hvor en arbeidstaker nedlegger påstand for domstolene om å få kjent en advarsel *ugyldig*. Det må imidlertid understrekes at det ikke har betydning for adgangen til rettslig prøving av en advarsel om påstanden er utformet som et krav om at advarselen skal kjennes *ugyldig*, *urettmessig* eller *trekkes tilbake*.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Det sterke stillingsvernet kommer til uttrykk i arbeidsmiljøloven §§ 15-7 og 15-14

<sup>4</sup> Fanebust (1997) s. 18-19. Se også Dege (2009) s. 8

<sup>5</sup> *Ibid*

<sup>6</sup> Se punkt 5.2.1

## 1.3.2 Avgrensninger

### 1.3.2.1 Arbeidsrettslige og prosessrettslige avgrensninger

Siden det er spørsmålet om rettslig interesse i kraft av tvisteloven § 1-3 det er knyttet mest usikkerhet til ved vurderingen av adgangen til rettslig prøving av advarsler, er det denne bestemmelsen som vil bli behandlet i avhandlingen. Det avgrenses med dette mot en behandling av øvrige prosessforutsetninger.<sup>7</sup>

Det er lagt til grunn i samstemt rettspraksis at rettmessigheten av en advarsel kan prøves i forbindelse med et krav om å få kjent en oppsigelse eller avskjed ugyldig.<sup>8</sup> Tilsvarende gjelder når en arbeidstaker fremmer et erstatningskrav med påstand om at vedkommende har lidt et økonomisk tap som følge av en urettmessig advarsel.<sup>9</sup> Siden adgangen til rettslig prøving ikke er problematisk i disse situasjonene, vil jeg ikke gå nærmere inn på dette.

Videre er det hensiktsmessig å avgrense mot en inngående behandling av den virkning og vekt en advarsel kan få i *senere saker* som angår arbeidstakeren, da særlig i forbindelse med en oppsigelse- eller avskjedssak. Hvilke virkninger en advarsel vil kunne få for arbeidstakeren, vil derfor kun bli behandlet i den grad det er relevant for vurderingen av adgangen til rettslig prøving av advarsler.<sup>10</sup>

### 1.3.2.2 Avgrensning mot en behandling av Grunnloven § 95 og EMK art. 6

Ved en behandling av adgangen til rettslig prøving av et krav er det naturlig å ta utgangspunkt i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 som fastsetter retten til domstolsbehandling. I norsk rett er imidlertid retten til domstolsbehandling ivaretatt innenfor rammen av begrepet *rettslig interesse* i tvisteloven § 1-3. Det vil følgelig være tilstrekkelig å behandle adgangen til rettslig prøving av advarsler i lys av tvisteloven § 1-3.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Se Skoghøy (2017) s. 228-230 for en fremstilling av øvrige prosessforutsetninger.

<sup>8</sup> Bl.a. Rt-1982-1729 (s. 1735) og Rt-2001-1362 (s. 1377)

<sup>9</sup> HR-2018-492-U (avsnitt 21). Se uttrykk for samme synspunkt i Rt-2010-897 (avsnitt 25).

<sup>10</sup> Se punkt 2.5

<sup>11</sup> Backer (2015) s. 205-206 og Rt-2001-1123 (s. 1131-1132)

## 1.4 Noen sentrale begreper

### 1.4.1 «Arbeidsgivers styringsrett» og «styringsrettsbeslutning»

*Arbeidsgivers styringsrett* er i Rt. 2000 s. 1602 («Nøkk-dommen») definert som arbeidsgivers rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet» innenfor rammen av arbeidsforholdet. Denne definisjonen er tilsluttet i senere rettspraksis, og det er også denne definisjonen jeg legger til grunn når jeg behandler arbeidsgivers styringsrett.

Begrepet *styringsrettsbeslutning* vil jeg i avhandlingen bruke som begrep på alle beslutninger som arbeidsgiver treffer i medhold av styringsretten.

### 1.4.2 «Skriftlig irettesettelse» og «tjenestlig tilrettevisning»

Innenfor arbeidsretten i offentlig sektor ble begrepet *skriftlig irettesettelse* brukt i den tidligere tjenestemannsloven § 14 nr. 2, som navnet på en type ordensstraff som arbeidsgiver kunne ilegge en arbeidstaker. Begrepet er også videreført i den nye statsansatteloven § 25 (3) a).

En skriftlig irettesettelse blir i praksis ofte betegnet som en *advarsel*.<sup>12</sup> Det gjelder spesielle formkrav i tilknytning til en skriftlig irettesettelse, og denne reaksjonen må være ment som en korreks ved forsømmelser av mer alvorlig karakter.<sup>13</sup> Formålet med en skriftlig irettesettelse skal følgelig være å gi en sanksjon for overtredelse eller tilsidesettelse av tjenesteplikter.<sup>14</sup>

Begrepet *tjenestlig tilrettevisning* ble i tidligere tjenestemannsloven § 14 nr. 2 siste punktum brukt som begrep på en type reaksjon fra arbeidsgivere som *ikke* skulle regnes som ordensstraff. Begrepet er ikke videreført i statsansatteloven, men blir i praksis fortsatt brukt om en *type advarsel* hvor hovedformålet er å rettlede arbeidstakeren.<sup>15</sup> En tjenestlig tilrettevisning blir gitt med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett, og det gjelder ingen formkrav.

Som gjennomgangen viser, vil både skriftlig irettesettelser og tjenestlig tilrettevisninger måtte anses som en type advarsel, men da med ulik form, formål og virkninger. I de delene av avhandlingen hvor det ikke er nødvendig å fokusere på disse ulikhetene, vil jeg bruke begrepet *advarsel* som en betegnelse på både skriftlig irettesettelser og tjenestlig

---

<sup>12</sup> Prop. 94 L (2016–2017) s. 160

<sup>13</sup> *Ibid*

<sup>14</sup> SOMB-2001-23 s. 134

<sup>15</sup> Prop. 94 L (2016-2017) s. 160



tilrettevisninger. I de tilfellene hvor det er behov for å skille mellom disse typene advarsler, legger jeg til grunn det innholdet i begrepene som følger av dette punktet, men da også med noen flere utdypinger og presiseringer under punkt 4.2.

### **1.4.3 «Rettslig interesse»**

Begrepet *rettslig interesse* blir i avhandlingen benyttet som en fellesbetegnelse på vilkårene som følger av tvisteloven § 1-3, om at søksmålet må gjelde et «rettskrav» og at saksøker må ha et «reelt behov» overfor saksøkte til å få avgjort kravet. Under vilkåret om «reelt behov» må det vurderes om det foreligger en tilstrekkelig «tilknytning» og «aktualitet».

## **1.5 Noen merknader til rettskildebildet og metode**

### **1.5.1 Det arbeidsrettslige rettskildebildet**

#### **1.5.1.1 Lovgivning**

Det er først og fremst fraværet av lovgivning som her må bemerkes. Arbeidsmiljøloven, som er den sentrale loven innenfor arbeidsretten, inneholder ingen lovregler knyttet til vilkår eller virkninger av advarsler i arbeidsforhold.<sup>16</sup>

Statsansatteloven, som kommer til anvendelse for alle arbeidstakere i staten,<sup>17</sup> har en bestemmelse som fastsetter at «skriftlig irettesettelse» kan ilegges en embetsmann som ordensstraff.<sup>18</sup> Videre følger det av statsansatteloven § 26 c) at en statsansatt kan avskjediges når «vedkommende på tross av skriftlig advarsel gjentatt har krenket sine tjenesteplikter». Loven inneholder imidlertid ingen regulering av *hva* en advarsel er eller *hvilke vilkår* som må være oppfylt for at det skal være tale om en advarsel.

#### **1.5.1.2 Rettspraksis: den ulovfestede saklighetsnormen**

Bortsett fra at det er lagt til grunn i rettspraksis at en tidligere advarsel er et relevant moment ved vurderingen av om en oppsigelse eller avskjed er rettmessig,<sup>19</sup> er det ikke oppstilt vilkår eller virkninger av advarsler i rettspraksis.

---

<sup>16</sup> Arbeidsmiljøloven kommer til for alle virksomheter som sysselsetter arbeidstaker, med mindre noe annet er uttrykkelig fastsatt i loven jf. arbeidsmiljøloven § 1-2 (1).

<sup>17</sup> Statsansatteloven § 1 (1)

<sup>18</sup> Statsansatteloven § 25 (3) bokstav a)

<sup>19</sup> Bl.a. Rt-1982-1729 (s. 1735) og Rt-2001-1362 (s. 1377)

Som følge av at en beslutning om å gi en advarsel i arbeidsforhold må anses som en styringsrettsbeslutning,<sup>20</sup> er det imidlertid relevant å se hen til den ulovfestede saklighetsnormen som er utviklet i rettspraksis. I Rt. 2001 s. 418 («Kårstø-dommen») er det lagt til grunn at:

«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» (s. 427)

Uttalelsen har blitt tilsluttet i nyere Høyesterettspraksis, og blir ansett for å gjelde på arbeidsrettens område generelt.<sup>21</sup>

Den ulovfestede saklighetsnormen har videre betydning i relasjon til domstolenes prøvingsadgang knyttet til styringsrettsbeslutninger.<sup>22</sup>

### **1.5.1.3 Praksis og uttalelser fra Sivilombudsmannen**

Sivilombudsmannen har som oppgave å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger.<sup>23</sup> I denne sammenheng gir Sivilombudsmannen uttalelser til forvaltningen vedrørende ulike rettslige problemstillinger.<sup>24</sup> Disse uttalelsene og øvrig praksis fra Sivilombudsmannen har imidlertid ikke bindende rettslig virkning, og følgelig heller ikke noen selvstendig rettsnormerende kraft. Dersom uttalelser og praksis fra Sivilombudsmannen skal ha rettskildemessig verdi, vil denne verdien ligge i kvaliteten og grundigheten på sammenstillingen og avveiningen av argumenter.<sup>25</sup>

Det eksisterer omfattende og grundig praksis fra Sivilombudsmannen angående advarsler i offentlig sektor. Som følge av at det er få autoritative rettskilder knyttet til temaet, vil denne praksisen kunne utgjøre et viktig bidrag til klarleggingen av innholdet i gjeldende rett.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Se punkt 2.2

<sup>21</sup> Bl.a. Rt-2011-841 (Undervisningsinspektør-dommen) (avsnitt 57), HR-2016-2286-A (avsnitt 39) og HR-2018-492-U (avsnitt 29).

<sup>22</sup> Se punkt 5.1.3

<sup>23</sup> Grunnloven § 75 bokstav 1 jf. sivilombudsmannsloven § 3

<sup>24</sup> Skoghøy (2018) s. 44

<sup>25</sup> *Ibid* s. 234

<sup>26</sup> Se punkt 4.2

## 1.5.2 Det prosessrettslige rettskildebildet

### 1.5.2.1 Lovgivning og Høyesterettspraksis

Den sentrale lovbestemmelsen i tilknytning til temaet «rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold» er tvisteloven § 1-3. Bestemmelsen fastsetter vilkårene for når en saksøker har rettslig interesse i å få prøvd en sak for domstolene.<sup>27</sup>

Det nærmere innholdet i vilkårene for rettslig interesse har videre vært gjenstand for en omfattende behandling i Høyesterettspraksis. Det er likevel kun kjennelsene inntatt i Rt. 2003 s. 480 og HR-2018-492-U, som direkte angår spørsmålet om rettslig interesse i forbindelse med arbeidsrettslige advarsler som er gitt *uten hjemmel i lov*.<sup>28</sup> Særlig kjennelsen inntatt i HR-2018-492-U vil på denne bakgrunn være sentral i analysen av gjeldende rett.

### 1.5.2.2 Juridisk teori, underrettspraksis og reelle hensyn

For de problemstillingene i avhandlingen hvor det finnes få autoritative rettskilder, vil juridisk teori og underrettspraksis være relevant for å belyse tidligere og nåværende rettsoppfatning av adgangen til rettslig prøving av advarsler.

Reelle hensyn vil få betydning ved klarleggingen av de mer usikre rettsspørsmålene. I lys av underordningsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, som innebærer at arbeidsgiver ensidig kan treffe beslutninger som angår arbeidstakeren,<sup>29</sup> vil hensynet til arbeidstakernes rettssikkerhet og følgelig adgangen til domstolskontroll være gjennomgående i hele avhandlingen.

Adgangen til domstolskontroll må imidlertid sees i sammenheng med at det er *rettslige* tvister domstolene er egnet til å prøve, slik at rent faktiske forhold best løses utenfor domstolene. I et arbeidsrettslig perspektiv må derfor arbeidsgivere anses bedre egnet enn domstolene til å ta stilling til saker som angår interessedvister, faktiske forhold eller faglige vurderinger på arbeidsplassen.

---

<sup>27</sup> Jf. punkt 1.4.3

<sup>28</sup> I Rt-1996-827 tok Høyesteretts kjæremålsutvalg stilling til om en lege hadde rettslig interesse i å få prøvd gyldigheten av en advarsel gitt i medhold av legeloven § 52. Det ble i saken tillagt avgjørende vekt at det var tale om gyldigheten av en *lovbestemt reaksjon*. Kjennelsen har derfor ikke overføringsverdi til spørsmålet om rettslig interesse i de tilfellene hvor en advarsel er gitt uten hjemmel i lov.

<sup>29</sup> Fougner (2018) punkt 2

### **1.5.3 Metodiske utfordringer**

Manglende autoritative rettskilder knyttet til vilkår og virkninger av advarsler på arbeidsrettens område, skaper utfordringer når de prosessrettslige rettskildene skal anvendes på advarsler i arbeidsforhold. Dette gjelder særlig spørsmålet om et krav om å få kjent en advarsel ugyldig oppfyller de elementene som kreves for at det skal være tale om et «rettskrav» i tvistelovens forstand.<sup>30</sup>

Videre medfører det tradisjonelle skillet mellom offentlig og privat sektor innenfor arbeidsretten, at rettsstilstanden i den ene sektoren ikke uten videre kan legges til grunn som gjeldende rett i den andre sektoren. En metodisk utfordring vil derfor være å skille mellom gjeldende rett i offentlig og privat sektor i de tilfellene hvor rettskildene krever det, men samtidig undersøke om det i dag er rettskildemessig grunnlag for en harmonisering mellom sektorene når det gjelder rettslig prøving av advarsler.

## **1.6 Sentrale problemstillinger og planen for den videre fremstillingen**

Avhandlingens sentrale problemstilling er om et krav om å få kjent en advarsel ugyldig kan anses som et «rettskrav» i tvistelovens forstand (punkt 3).

For å ta stilling til dette spørsmålet må det først klarlegges hvilke ulike typer innhold, formål, form og virkninger en advarsel i et arbeidsforhold kan ha (punkt 2). Dette danner et viktig bakteppe for de prosessrettslige vurderingene som senere må foretas.

I forlengelse av analysene i punkt 2 og 3, vil jeg i punkt 4 se nærmere på innholdet i de krav og forutsetninger som må være oppfylt for at en arbeidstaker skal kunne ha adgang til en rettslig prøving av gyldigheten av en advarsel.

Under punkt 5 er det problemstillingene i tilknytning til realitetsbehandlingen av advarsler som skal behandles. Den sentrale problemstillingen i denne sammenhengen knytter seg til hvilke sider av en beslutning om å gi en advarsel domstolene eventuelt kan prøve.

Avslutningsvis vil jeg i punkt 6 foreta en analyse av hvilke praktiske konsekvenser dagens rettsstilstand kan sies å ha for både arbeidsgivere, arbeidstakere og domstolene. I forlengelse

---

<sup>30</sup> Se punkt 3.2.1

av dette, vil jeg foreta en rettspolitisk vurdering av om dagens rettstilstand medfører et behov for en lovregulering av advarsler i arbeidsforhold.

## 2 Advarsler i arbeidsforhold

### 2.1 Innledende bemerkninger

Det er viktig å bemerke at en *advarsel* er en betegnelse på en *type tilbakemelding* fra arbeidsgiver til arbeidstaker, men da slik at en advarsel ofte har til hensikt å korrigere, kritisere eller å sikre dokumentasjon for senere saker mot arbeidstakeren.<sup>31</sup> Siden det ikke eksisterer noen lovfestede eller ulovfestede krav som må være oppfylt for at en tilbakemelding fra arbeidsgiver skal kunne karakteriseres som en advarsel, har selve begrepet *advarsel* ikke et rettslig regulert innhold.

Når jeg i avhandlingen likevel knytter spørsmålet om adgangen til rettslig prøving til begrepet *advarsler*, er det fordi en advarsel ofte vil ha et formål, innhold eller virkning som gjør at en advarsel vil fremstå som mer inngripende og alvorlig for arbeidsforholdet sammenlignet med andre typer tilbakemeldinger fra arbeidsgiver. Utgangspunktet er derfor at en advarsel i større grad vil aktualisere behovet for en rettslig prøving.

Det må likevel bemerkes at det ofte er store variasjoner i tilknytning til de situasjoner hvor en arbeidsgiver kan reagere med en advarsel, samt hvilket innhold og virkninger en advarsel har.<sup>32</sup> Denne variasjonen må sees i sammenheng med at det er *arbeidsgivers styringsrett* som er det rettslige grunnlaget for advarsler i arbeidsforhold. Hva som nærmere ligger i arbeidsgivers styringsrett som rettslig grunnlag, skal jeg gjennomgå i det følgende.

### 2.2 Det rettslige grunnlaget: arbeidsgivers styringsrett

I norsk rett bygger ethvert arbeidsforhold på en grunnforestilling om at arbeidsgiver har en styringsrett som innebærer en rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».<sup>33</sup> I rettspraksis og juridisk teori er det videre lagt til grunn at arbeidsgivere i medhold av arbeidsgivers styringsrett har adgang til å gi advarsler som et reaksjonsmiddel i arbeidsforholdet.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Dege (2009) s. 468

<sup>32</sup> Se punkt 2.3, 2.4 og 2.5

<sup>33</sup> Jf. punkt 1.4.1. Se også Evju (2010) punkt 1 og 2.1.

<sup>34</sup> ARD-1982-237 (s. 247). Se også Fougner (2016) s. 162

Det at arbeidsgiver har en styringsrett og følgelig adgang til å gi advarsler til sine ansatte, må sees i sammenheng med at arbeidskontrakten ofte er en dynamisk kontrakt som ikke inneholder en detaljert regulering av alle sider av arbeidsforholdet.<sup>35</sup> Dette gjør at det lett kan oppstå situasjoner hvor en arbeidstaker ikke opptrer i tråd med arbeidsgivers ønsker eller forventninger, slik at arbeidsgiveren har behov for å korrigere arbeidstakerens atferd gjennom å gi en advarsel.

Videre er et av formålene med styringsretten at arbeidsgivere skal ha en fleksibilitet til selv å vurdere hvilke beslutninger som er hensiktsmessig å foreta på arbeidsplassen. Utgangspunktet er følgelig at en arbeidsgiver i kraft av styringsretten har adgang til å vurdere når det anses nødvendig å reagere med en advarsel overfor sine arbeidstakere, samt hvilket innhold og virkninger en slik advarsel skal ha.

Det er imidlertid sikker rett at styringsretten begrenses av arbeidsavtalen, lov, tariffavtaler, og en ulovfestet saklighetsnorm.<sup>36</sup> For arbeidsgivers adgang til å gi advarsler i arbeidsforhold, vil det være den ulovfestede saklighetsnormen som utgjør den mest aktuelle og praktiske begrensningen.

## **2.3 Den ulovfestede saklighetsnormen som begrensning for arbeidsgivers adgang til å gi advarsler**

Slik den ulovfestede saklighetsnormen er formulert i Kårstø-dommen,<sup>37</sup> og senere lagt til grunn i rettspraksis, må det for det første stilles *visse krav til saksbehandlingen* og det må foreligge et *forsvarlig grunnlag* for styringsrettbeslutningen. Dette må forstås som prosessuelle krav til arbeidsgivers fremgangsmåte ved styringsrettbeslutninger.<sup>38</sup> Disse prosessuelle kravene er ikke en direkte begrensning i tilknytning til hvilke situasjoner arbeidsgivere kan gi arbeidsrettslige advarsler, men setter krav til prosessen forut for beslutningen om å gi en advarsel. Et viktig poeng er at kravet om et forsvarlig grunnlag tilsier at arbeidsgiver må foreta en saksbehandling som sikrer at beslutningen bygger på et *korrekt faktisk grunnlag*. Som et ledd i en forsvarlig saksbehandling, vil det derfor være naturlig at arbeidsgiver forut for beslutningen om å gi en advarsel lar arbeidstakeren få uttalte seg om de

---

<sup>35</sup> Dege (2009) s. 10. Se også Aagaard, Melsom og Weltzien (2012) s. 61

<sup>36</sup> Dege (2009) s. 49-50

<sup>37</sup> Jf. punkt 1.5.1.2

<sup>38</sup> Fougner (2016) s. 267

aktuelle forhold. Gjennom en slik uttalelse vil arbeidstakeren få en mulighet til å protestere dersom vedkommende mener at arbeidsgivers oppfatning av de faktiske forhold er feil.<sup>39</sup>

Videre følger det av Kårstø-dommen at den ulovfestede saklighetsnormen inneholder en materiell begrensning i form av at beslutningen om å gi en advarsel ikke kan være *vilkårlig* eller bygge på *utenforliggende hensyn*. At noe er *vilkårlig* vil i juridisk sammenheng bety at noe er «etter eige godtykke» eller «heilt tilfeldig».<sup>40</sup> En beslutning om å gi en advarsel vil eksempelvis kunne fremstå som vilkårlig dersom arbeidsgiveren har latt være å tillegge sentrale hensyn vekt ved beslutningen, eller dersom noen hensyn er tillagt overdreven vekt. Kjernen i kravet om at det ikke kan tas *utenforliggende hensyn* er at arbeidsgiver må kunne vise til forhold som er relevante for *arbeidsforholdet* som grunnlag for beslutningen om å gi en advarsel. Arbeidsgivere kan følgelig ikke vektlegge hensyn av ren privat karakter.

Det må imidlertid understrekes at disse begrensningene er ment å sikre at det foreligger saklig grunn for arbeidsgivers beslutning.<sup>41</sup> Dette innebærer at så lenge arbeidsgiveren kan vise til at det ved beslutningen om å gi en advarsel er tatt hensyn til et behov for å korrigere arbeidstakerens atferd på grunn av forhold på arbeidsplassen, så vil beslutningen som hovedregel måtte regnes for å være i tråd med den ulovfestede saklighetsnormen. Som følge av dette, vil det være mange ulike situasjoner hvor arbeidsgivere har adgang til å gi en advarsel. Dette vil for eksempel være ved brudd på ulike sikkerhetsrutiner, forsentkomninger eller ved manglende overholdelse av interne frister. Videre vil også illojalitet overfor arbeidsgiver, ufin opptreden overfor kollegaer eller upassende opptreden på firma-arrangementer være forhold som må regnes for å gi arbeidsgiveren et berettiget behov for å gi en advarsel. Tilsvarende vil gjelde for mer alvorlige forhold, slik som nasking og rus på arbeidsplassen.

Siden arbeidsgivere kan ha adgang til å gi advarsler i flere situasjoner med ulik alvorlighetsgrad, er det naturlig at advarsler vil ha forskjellig form, innhold og formål.

Utgangspunktet i denne sammenheng, er at arbeidsgivere innenfor rammene av styringsretten har en valgfrihet knyttet til advarselens nærmere utforming.

---

<sup>39</sup> Illustrerende for at kontradiksjon er viktig i forbindelse med en beslutning om å gi en advarsel er TOSLO-2007-78995. Ved spørsmålet om en arbeidstaker kunne tilkjennes erstatning som følge av en urettmessig advarsel, fremhevet tingretten at manglende kontradiksjon gjorde at de forhold advarselen bygde på var ukjent for arbeidstakeren, noe som medførte at advarselen fremsto som ekstra tyngede. Arbeidstakeren hadde også forsøkt å ta til motmæle uten å bli hørt.

<sup>40</sup> Utgård (2016) s. 157

<sup>41</sup> Jakhelln (2006) s. 50



## 2.4 Arbeidsgivers valgfrihet knyttet til advarselens form, innhold og formål

Utgangspunktet er at en advarsel kan gis både skriftlig og muntlig.<sup>42</sup> Videre kan også arbeidsgivere velge om advarselen innholdsmessig skal være utførlig og inneholde grundig informasjon knyttet til hva det reageres mot og hvilken oppførsel som kreves i fremtiden, eller om arbeidsgiver ønsker å gi en kortfattet advarsel. Det som likevel må fremheves, er at det følger av rettspraksis at dersom en advarsel etter en konkret vurdering ikke fremstår som tydelig nok, vil domstolene kunne komme til at det ikke foreligger en advarsel som kan tillegges vekt til ugunst for arbeidstakeren i en senere sak.<sup>43</sup>

Videre kan arbeidsgivere innenfor rammene av styringsretten ha ulike formål bak en beslutning om å gi en advarsel. Som nevnt vil praktiske formål være å korrigere eller kritisere arbeidstakeren. I tillegg vil ofte en del av formålet med en advarsel være å sikre dokumentasjon for en eventuell senere sak. Videre kan advarsler benyttes for å sanksjonere en ansatt, men også når formålet kun er å rettlede. Ettersom arbeidsgivere kan ha ulike typer formål bak en beslutning om å gi en advarsel, vil også advarsler kunne få forskjellige virkninger for arbeidstakeren og arbeidsforholdet.

## 2.5 Virkninger av advarsler i arbeidsforhold

Det er verken på lovfestet eller ulovfestet grunnlag knyttet noen *direkte* rettsvirkninger til advarsler i arbeidsforhold. Det vil likevel kunne være situasjoner hvor en advarsel er årsaken til at arbeidsgiveren treffer *andre beslutninger* i arbeidsforholdet som får betydning for arbeidstakerens rettsstilling. Et eksempel er at arbeidsgiver, med begrunnelse i advarselen, beslutter å gjøre endringer i arbeidsforholdet som får betydning for arbeidstakerens lønn. Andre typer beslutninger som *kan* sies å ha betydning for arbeidstakerens rettsstilling, er beslutninger som angår arbeidstid eller arbeidsoppgaver. Advarselen vil også kunne gi

---

<sup>42</sup> Dege (2009) s. 467

<sup>43</sup> Illustrerende i denne sammenheng er LB-1999-1429. I saken hadde arbeidstaker fått et brev fra arbeidsgiver hvor det ble uttrykt at han fortsatt var ønsket i stillingen, men at det var ønskelig med «en noe annen opptreden fra [arbeidstakers] side». Lagmannsretten la til grunn at brevet ikke kunne oppfattes som en advarsel.

negativt utslag for arbeidstakerens muligheter til potensielle forfremmelser eller ønsker om endringer i relasjon til sin arbeidshverdag.<sup>44</sup>

Det må imidlertid understrekes at det ofte vil være en glidende overgang mellom det som må betraktes som rettslige konsekvenser, og det som kun kan anses som faktiske virkninger for arbeidsforholdet. Det som vil være utslagsgivende i denne sammenheng, vil være hvor betydningsfull den aktuelle endringen fremstår etter en konkret vurdering.

Et særtrekk ved advarsler er at de ofte blir lagret i personalmappen slik at de *kan* få betydning på et senere tidspunkt. I tillegg kan en advarsel gjennom referanser få indirekte betydning for arbeidstakerens muligheter knyttet til fremtidige yrkeskarrierer. Hvilken betydning en advarsel kan få, vil derfor være vanskelig å forutse på det tidspunktet advarselen blir gitt. I de fleste tilfeller må det likevel kunne legges til grunn at en advarsel vil medføre at arbeidstakers posisjon overfor arbeidsgiveren blir svekket. Hva denne svekkede posisjonen nærmere innebærer, vil imidlertid kunne variere i stor grad.

---

<sup>44</sup> Se LB-1997-2324 hvor arbeidstakeren anførte at en advarsel hadde medført direkte konsekvenser som følge av at han ikke ble overført til annet arbeid slik som lovet, noe som videre medførte et økonomisk tap og mindre gunstige arbeidstider.

# 3 Adgangen til rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold

## 3.1 Tvisten må gjelde et «rettskrav»

I dette kapittelet forutsettes det at det har oppstått en uenighet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vedrørende rettmessigheten av en advarsel. Av denne grunn ønsker arbeidstakeren dom for at advarselen er ugyldig.

For at tvisten skal kunne behandles i domstolene må kravet som fremmes være et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd. En naturlig forståelse av ordlyden «rettskrav» er at søksmålet må gjelde et konkret krav av rettslig karakter.<sup>45</sup> Videre er det en forutsetning for at det skal være tale om et «rettskrav» at kravet er regulert av rettsregler.<sup>46</sup> Dersom det aktuelle kravet er underlagt rettslig regulering, vil det som hovedregel være tilstrekkelig for at vilkåret om «rettskrav» må anses oppfylt.<sup>47</sup> I noen tilfeller må det likevel foretas en mer konkret vurdering av tvistens karakter, da noen former for uenighet må regnes som en interesselvstvist eller en annen type normativ uenighet.<sup>48</sup> I denne sammenheng følger det av forarbeidene til tvisteloven at verken interesselvstvist, faktiske omstendigheter eller faglige vurderinger kan gjøres til tvistegenstand.<sup>49</sup>

Problemstillingen under kapittel 3 er om et krav om å få kjent en advarsel ugyldig kan anses som et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd. Ved denne problemstillingen må det skilles mellom advarsler i privat sektor (punkt 3.2) og advarsler i offentlig sektor (punkt 3.3).<sup>50</sup> Jeg vil imidlertid gjennom analysen av gjeldende rett undersøke om det i dag er rettskildemessig grunnlag for å opprettholde et slikt skille.

---

<sup>45</sup> Se også Vangsnes (2015) s. 56

<sup>46</sup> Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 364. Se også bl.a. Rt-2010-880 (avsnitt 15) jf. Rt-1998-607 (s. 611)

<sup>47</sup> Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 364

<sup>48</sup> Backer (2015) s. 208

<sup>49</sup> Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 364

<sup>50</sup> Jf. punkt 1.3.1

## 3.2 Rettslig prøving av advarsler i privat sektor

### 3.2.1 Utgangspunktet for vurderingen

Det første som må vurderes ved spørsmålet om et krav om å få kjent en advarsel ugyldig er et «rettskrav», er om kravet kan sies å være underlagt rettslig regulering. Siden advarsler ikke er lovregulert, men blir gitt i medhold av arbeidsgivers styringsrett, så er utfallet av denne vurderingen ikke opplagt. Videre medfører det at advarsler kan variere med tanke på formål, innhold og virkninger at det er vanskelig å fastslå hvorvidt en tvist vedrørende en advarsel kan sies å være av *rettslig karakter*.<sup>51</sup>

Momentene ovenfor gjør at det er behov for å klarlegge hvilken betydning disse omstendighetene har for vurderingen av om vilkåret «rettskrav» kan anses oppfylt. Dette må gjøres gjennom en nærmere analyse av rettskildebildet.

### 3.2.2 Gjennomgang av rettskildebildet

I Borgarting lagmannsretts dom inntatt i LB-1997-2324, tok domstolen stilling til rettmessigheten av en advarsel i forbindelse med et krav om at en advarsel fra arbeidsgiver måtte trekkes tilbake. I den aktuelle saken var spørsmålet om rettslig interesse ikke gjenstand for behandling, slik at avgjørelsen ikke gir noen direkte veiledning i spørsmålet om et krav om å få kjent en advarsel ugyldig kan anses som et «rettskrav».

I Gulating lagmannsretts kjennelse inntatt i LG-2003-142, behandlet lagmannsretten spørsmålet om to advarsler kunne være søksmålgjenstand i et tilfelle hvor advarslene var gitt i et privat arbeidsforhold uten hjemmel i lov. I vurderingen av om kravet om å få kjent advarslene ugyldig kunne være gjenstand for rettslig prøving, fremhevet lagmannsretten at advarslene var en reaksjon gitt i medhold av arbeidsgivers styringsrett, slik at advarslene ikke kunne anses som en ordensstraff eller annen form for sanksjon. Videre la lagmannsretten til grunn at de konkrete advarslene ikke var en reaksjon som på noen måte endret arbeidstakernes rettsstilling. På denne bakgrunn konkluderte lagmannsretten med at det ikke var tale om et «rettsforhold» etter tvistemålsloven § 54.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Jf. punkt 2 og 3.1

<sup>52</sup> Før tvisteloven trådte i kraft 1. januar 2008 var det tvistemålsloven § 54 som regulerte spørsmålet om rettslig interesse. Etter denne bestemmelsen måtte søksmålet gjelde et «rettsforhold». Endringen av ordlyden var ikke ment å innebære en realitetsendring angående innholdet i vilkåret jf. NOU 2001: 32 B (s. 652).

Spørsmålet om rettslig interesse i relasjon til advarsler i private arbeidsforhold var også oppe til behandling i Oslo tingrettens dom inntatt i TOSLO-2007-78995. Tingretten avviste kravet om å få prøvd gyldigheten av advarselen. I likhet med lagmannsretten i LG-2003-142, var sentrale momenter i tingrettens begrunnelse at advarsler *ikke er regulert av lovregler*, og at den aktuelle advarselen ikke kunne sies å ha hatt direkte betydning for arbeidstakerens *rettsstilling*.

Den underrettspraksisen som eksisterer på området gir uttrykk for at et krav om å få kjent en advarsel ugyldig ikke oppfyller de elementene som kreves for at det skal være tale om et «rettskrav» i tvistelovens forstand. Til tross for at det i LG-2003-142 og TOSLO-2007-78995 foretas en *konkret vurdering* av om det aktuelle kravet kan anses som et «rettskrav», synes oppfatningen på arbeidsrettens område å ha vært at advarsler *generelt* – uavhengig av hvilket innhold eller virkninger de har – ikke kan anses som et «rettskrav» etter tvisteloven.<sup>53</sup>

Illustrerende i denne sammenheng er at det i juridisk teori har blitt fremhevet at:

«For ansatte i privat sektor har ikke lovgiver utstyrt arbeidstakeren med noen rettigheter for å imøtegå en advarsel. En arbeidstaker som er uenig i den advarselen han har fått, kan i realiteten derfor ikke gjøre stort annet enn å gi uttrykk for sin uenighet skriftlig. ...»<sup>54</sup>

Det at *oppfatningen* i norsk rett inntil nylig har vært at et krav om å få kjent en advarsel ugyldig ikke kan regnes som et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3, underbygges av at det eksisterer lite rettspraksis hvor en arbeidstaker har nedlagt en påstand knyttet til advarselens gyldighet. Det at så få saker har blitt forsøkt fremmet for domstolene, må også sees i lys av at det har vært et utbredt råd fra arbeidsrettsadvokater at arbeidstakere i private arbeidsforhold må protestere skriftlig dersom de er uenig i en advarsel. Rådet har følgelig *ikke* vært å ta advarselen til retten.<sup>55</sup>

Kjennelsen inntatt i HR-2018-492-U bryter med denne oppfatningen. Ved behandlingen av spørsmålet om et krav om å få kjent en advarsel ugyldig måtte avvises som følge av manglende rettslig interesse, uttalte ankeutvalget at et krav om å få kjent en advarsel ugyldig

---

<sup>53</sup> Sjøvik (2018) s. 90-91

<sup>54</sup> Kravik, Stang og Ørjasæter (2018) s. 149

<sup>55</sup> Sjøvik (2018) s. 90-91. Illustrerende for at rådet som har blitt gitt fra advokater er at arbeidstakeren skal protestere skriftlig dersom vedkommende er uenig i en advarsel: <https://www.arbeidsrettsadvokaten.no/advarsel-arbeidsforhold/>, <https://www.tekna.no/lonn-og-arbeidsvilkar/rettigheter/skriftlig-advarsel/>, <https://www.hegnar.no/Nyheter/Politikk/2013/10/Bruk-av-advarsler-i-arbeidsforhold?r=refresh>

«etter omstendighetene» kan anses som et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd (avsnitt 31).

### 3.2.3 Nærmere om HR-2018-492-U

Saken gjaldt en overstyrmann som hadde fått en advarsel fra sin arbeidsgiver på grunn av påstander om brudd på taushetsplikt, ordrenekt og seksuell uønsket atferd overfor en kvinnelig kollega. Overstyrmannen var ikke enig i det faktiske grunnlaget for advarselen, og reiste derfor sak for Nord-Troms tingrett med påstand om at arbeidsgiveren måtte trekke advarselen tilbake.

Nord-Troms tingrett avviste saken på grunn av manglende rettslig interesse. Tingretten sluttet seg til lagmannsrettens standpunkt i LG-2003-142<sup>56</sup>, og påpekte videre at advarselen ikke hadde fått noen reell konsekvens for arbeidstaker, og at advarselen ikke på noen måte hadde endret arbeidstakerens rettslige posisjon.

Overstyrmannen anket kjennelsen til Hålogaland lagmannsrett som forkastet anken ved å i det vesentlige slutte seg til tingrettens begrunnelse.<sup>57</sup> Overstyrmannen anket videre til Høyesterett, hvor saken ble behandlet av ankeutvalget 13. mars 2018. Til forskjell fra tingretten og lagmannsretten, konkluderte Høyesteretts ankeutvalg med at kravet om tilbaketrekking/gyldigheten av advarselen måtte anses som et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 (avsnitt 32).

Det at Høyesteretts ankeutvalg kom til motsatt resultat enn tidligere instanser, samt at resultatet strider mot det som må antas å ha vært rettsoppfatningen på området,<sup>58</sup> gjør at det må klargjøres hva som er endret sammenlignet med tidligere underrettspraksis. En sentral problemstilling i denne sammenheng er om kjennelsen innebærer at alle krav vedrørende gyldigheten av en arbeidsrettslig advarsel nå må anses som «rettskrav» i medhold av tvisteloven § 1-3.

I avsnitt 24 i kjennelsen viser Høyesteretts ankeutvalg til at det ikke eksisterer lovregler om hva en advarsel er eller hvilken rettslig relevans advarsler har i et arbeidsforhold. Deretter gjør ankeutvalget et poeng ut av at advarsler er en beslutning arbeidsgiver treffer i medhold av sin styringsrett, og at arbeidsgivers styringsrett er begrenset av den ulovfestede saklighetsnormen.

---

<sup>56</sup> Jf. punkt 3.2.2

<sup>57</sup> LH-2017-189505

<sup>58</sup> Jf. punkt 3.2.2

I forlengelsen av dette, fremhever ankeutvalget at Høyesterett i en rekke saker forutsetningsvis har lagt til grunn at de beslutninger som arbeidsgiver treffer i medhold av styringsretten kan prøves av domstolene. På denne bakgrunn kommer Høyesteretts ankeutvalg til at et krav angående gyldigheten av en advarsel «etter omstendighetene» må kunne anses som et rettskrav (avsnitt 31).

Ankeutvalgets henvisning til arbeidsgivers styringsrett og begrensningen som ligger i den ulovfestede saklighetsnormen, tilsier at dette er tilstrekkelig for å fastslå at advarsler i privat sektor er underlagt *rettslig regulering*. Dette indikerer et endret syn på hva som kreves for at et krav skal kunne sies å være regulert av rettsregler.<sup>59</sup> En mulig forklaring på dette, er at tvisteloven § 1-3 er en rettslig standard, og at utviklingen har gått i retning av en mer liberal praktisering av kravene til rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3.<sup>60</sup> I denne sammenheng har det blitt uttalt i juridisk teori at nyere praksis fra Høyesteretts ankeutvalg vedrørende vilkårene for rettslig interesse synes å bygge på en pragmatisk tilnærming, hvor ankeutvalget er villig til å fravike tradisjonelle retningslinjer når det anses ønskelig å oppnå et rimelig resultat.<sup>61</sup>

Formuleringen «etter omstendighetene» innebærer at selv om den ulovfestede saklighetsnormen gjør at advarsler kan sies å være underlagt rettslig regulering, så er ikke det nødvendigvis tilstrekkelig for at det foreligger et «rettskrav» i tvistelovens forstand. I denne forbindelse uttaler ankeutvalget i HR-2018-492-U (avsnitt 31) at:

«En alminnelig forutsetning må være at **søksmålet blir anlagt innen rimelig tid etter at advarselen ble gitt**. ... Det må samtidig avgrenses mot mer uformelle uttalelser, tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver som **ikke kan anses som sanksjoner**.»  
(*min utheving*)

Uttalelsen inneholder generelle forutsetninger og krav som følgelig må gjelde som vurderingstema i alle saker hvor det er spørsmål om adgangen til rettslig prøving av advarsler i privat sektor. Hva som er det rettslige innholdet i de forutsetningene som Høyesteretts ankeutvalg oppstiller vil bli behandlet under punkt 4, hvor jeg skal se nærmere på den konkrete vurderingen som må foretas for å avklare adgangen til rettslig prøving av advarsler i både privat og offentlig sektor. Først må det imidlertid klargjøres hva som er gjeldende rett angående adgangen til rettslig prøving av advarsler i offentlig sektor.

---

<sup>59</sup> Jf. punkt 3.2.2

<sup>60</sup> Backer (2015) s. 202

<sup>61</sup> Aasland (2015) punkt 9

## 3.3 Rettslig prøving av advarsler i offentlig sektor

### 3.3.1 Utgangspunktet for vurderingen

I offentlig sektor er det ansett som sikker rett at et krav vedrørende gyldigheten av et forvaltningsrettslig *enkeltvedtak* er et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd.<sup>62</sup> Som følge av dette, har det i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 2003 s. 480, blitt lagt til grunn at adgangen til rettslig prøving av en advarsel avhenger av om den konkrete advarselen kan anses som en ordensstraff, og følgelig et *enkeltvedtak* jf. forvaltningsloven § 2 andre ledd andre punktum.<sup>63</sup>

Hvorvidt en advarsel kan regnes som en ordensstraff har videre berodd på en vurdering av om advarselen kan anses som en *tjenestlig tilrettevisning* eller en *skriftlig irettesettelse*.<sup>64</sup> I denne sammenheng har det blitt foretatt en skjønnsmessig totalvurdering, hvor relevante momenter har vært:

«Om forføyningen har hjemmel i et reglement vil bare være ett moment blant flere. Ut fra det som er fremholdt foran, vil formålet med forføyningen måtte stå sentralt i vurderingen. Videre vil det være av betydning hvor inngripende og betydningsfull forføyningen er i forhold til den enkeltes arbeidsforhold. ....»<sup>65</sup>

### 3.3.2 Opphevelse av «skriftlig irettesettelse» som ordensstraff for statsansatte

#### 3.3.2.1 Presentasjon av problemstillingen

Statsansatteloven, som trådte i kraft 1. juli 2017, erstattet tjenestemannsloven. En endring i forhold til tjenestemannsloven er at bestemmelsen om ordensstraff i statsansatteloven § 25 ikke angir *skriftlig irettesettelse* som en type ordensstraff som kan benyttes overfor statsansatte. Det er videre uttrykkelig presisert i forarbeidene at det forhold at skriftlig irettesettelser ikke lenger skal være en form for ordensstraff, også medfører at slike typer advarsler ikke kan være et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Se forutsetningsvis tvisteloven § 1-5

<sup>63</sup> Avsnitt 19

<sup>64</sup> Jf. punkt 1.4.2

<sup>65</sup> Bl.a. SOMB-2001-23 s. 135 jf. LF-2002-1142

<sup>66</sup> Prop.94 L (2016-2017) s. 215



Siden advarsler for statsansatte ikke lenger kan være enkeltvedtak, vil forutsetningen for å ha adgang til en rettslig prøving etter Rt. 2003 s. 480 ikke kunne oppfylles. Problemstillingen blir dermed om dette innebærer at et søksmål om gyldigheten av en advarsel nå må avvises som følge av at advarselen ikke kan anses som et enkeltvedtak jf. Rt. 2003 s. 480, eller om adgangen til rettslig prøving likevel kan vurderes i lys av vilkåret om «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd. Dette må klargjøres gjennom en analyse av om det for statsansatte er rettskildemessig grunnlag til å se bort fra forutsetningen oppstilt i Rt. 2003 s. 480.

### **3.3.2.2 Gjeldende rett vedrørende adgangen til rettslig prøving av advarsler for statsansatte**

Utgangspunktet er at det gir liten mening å operere med et vurderingstema og en forutsetning som *aldri* kan oppfylles. Dette tilsier at forutsetningen om at advarselen må være et enkeltvedtak for å ha adgang til rettslig prøving, ikke lenger kan anvendes i relasjon til statsansatte. Det må likevel undersøkes om det er holdepunkter for at det ved opphevelsen av skriftlig irettesettelser som ordensstraff, var lovgivers intensjon å stenge for adgangen til en rettslig prøving av advarsler.

Ved behandlingen av opphevelsen av skriftlig irettesettelser som en type ordensstraff, er det i forarbeidene til statsansatteloven ikke problematisert hvilken betydning dette har for adgangen til rettslig prøving av advarsler.<sup>67</sup> Det er heller ikke avsagt kjennelser vedrørende spørsmålet om rettslig prøving av advarsler for statsansatte etter at statsansatteloven trådte i kraft. Videre synes problemstillingen heller ikke å være behandlet i juridisk teori.

Det er imidlertid fremhevet i forarbeidene til statsansatteloven at det er ønskelig at arbeidsrettslig uenighet og tvister løses i minnelighet mellom partene, eller gjennom den forvaltningsrettslige klageadgangen. Det påpekes også at det ikke er ønskelig med en lov som bidrar til at flere saker behandles i domstolsapparatet.<sup>68</sup> Dette er momenter som kan trekke i retning av at det ved opphevelsen skriftlig irettesettelser som en type ordensstraff var lovgivers intensjon å stenge for en adgang til rettslig prøving av advarsler.

Det er likevel begrenset hvor stor vekt de nevnte forarbeidsuttalelsene kan tillegges, da det kun er tale om generelle uttalelser som ikke direkte angår spørsmålet om rettslig prøving av

---

<sup>67</sup> *Ibid* s. 160-164

<sup>68</sup> *Ibid* s. 56

advarsler. I forlengelse av dette, må det fremheves som et sentralt moment at advarsler i både privat og offentlig sektor er gitt i medhold av arbeidsgivers styringsrett.<sup>69</sup> Utgangspunktet er dermed at adgangen til å gi advarsler er lik i de to sektorene, og at advarsler potensielt vil kunne ha de samme virkningene overfor arbeidstakeren. Rettssikkerhetshensyn gjør seg derfor gjeldende i like stor grad, noe som tilsier at adgangen til rettslig prøving av advarsler også må være den samme.

Videre må det tillegges vekt at opphevelsen av skriftlig irettesettelser som ordensstraff gjør at det ikke lenger eksisterer en forvaltningsrettslig klageadgang knyttet til advarsler for statsansatte.<sup>70</sup> Dette innebærer at statsansatte, til forskjell fra ansatte i privat sektor, vil stå uten en mulighet til en ekstern kontroll av rettmessigheten av en advarsel som arbeidsgiver har gitt.

Gjennomgangen ovenfor viser at det ikke er klare holdepunkter for å fastslå at det var lovgivers intensjon at advarsler til statsansatte ikke lenger skal kunne være gjenstand for en rettslig prøving. Tungtveiende reelle hensyn taler videre for en adgang til rettslig prøving av advarsler for statsansatte. I lys av at det gir liten mening å operere med en forutsetning som aldri kan oppfylles, er det dermed tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å se bort fra forutsetningen oppstilt i Rt. 2003 s. 480.

### **3.3.2.3 Det rettslige utgangspunktet og vurderingstema**

Siden adgangen til en rettslig prøving av advarsler for statsansatte ikke lenger kan knyttes til en vurdering av om advarselen er et enkeltvedtak, må det klargjøres hvilket rettslig utgangspunkt og vurderingstema som skal anvendes.

Tvisteloven § 1-3 og vilkåret om «rettskrav» gjelder som prosessforutsetning uavhengig av om det er tale om rettslig prøving av advarsler i offentlig eller i privat sektor. Utgangspunktet er derfor at adgangen til rettslig prøving av advarsler må knyttes til en vurdering av om vilkåret «rettskrav» er oppfylt. Det som er uavklart, er om de momentene som er relevante i vurderingen av om det foreligger et «rettskrav» i privat sektor jf. HR-2018-492-U, også skal anvendes ved vurderingen av adgangen til rettslig prøving av advarsler i statlig sektor.

---

<sup>69</sup> Jf. punkt 2.2. Se også Prop. 94 L (2016-2017) s. 215.

<sup>70</sup> Gaard (2017) note 185

Det at advarsler i både privat og statlig sektor er gitt i medhold av arbeidsgivers styringsrett, er et moment som trekker sterkt i retning av at adgangen til rettslig prøving kan knyttes til en vurdering av de samme krav og forutsetninger. I tillegg er det et viktig poeng at de vurderingsmomentene som var relevante i tilknytning til spørsmålet om en advarsel kunne anses som ordensstraff og enkeltvedtak,<sup>71</sup> i stor grad er sammenfallende med de momentene som blir vurdert i HR-2018-492-U.<sup>72</sup> I begge tilfeller er det tale om en konkret helhetsvurdering hvor ytre omstendigheter ved advarselen, advarselens formål, og advarselens betydning overfor arbeidstakeren, inngår i vurderingen. At momentene i realiteten er så like, tilsier at de krav og forutsetningene som oppstilles i HR-2018-492-U, også kan anvendes ved vurderingen av adgangen til rettslig prøving av advarsler for statsansatte.

I lys av momentene ovenfor, må det tillegges avgjørende vekt at advarsler i begge sektorene blir gitt i medhold av arbeidsgivers styringsrett. Både hensynet til rettssikkerhet, harmonisering og rimelighet vil følgelig tale for at adgangen til rettslig prøving av advarsler må bero på en vurdering ut fra de samme momentene. Dette innebærer at de forutsetninger og krav som oppstilles i HR-2018-492-U, også kan anvendes i relasjon til rettslig prøving av advarsler i statlig sektor. Det er følgelig ikke lenger grunnlag for å opprettholde et skille mellom privat og statlig sektor vedrørende adgangen til rettslig prøving av advarsler.<sup>73</sup>

Selv om det er de samme vurderingsmomentene som skal anvendes, kan det imidlertid ikke utelukkes at den konkrete helhetsvurderingen vil gi ulike utslag i privat og statlig sektor. Dette må sees i sammenheng med at arbeidsgivere i statlig sektor har flere formelle reaksjonsmidler tilgjengelig.<sup>74</sup> På denne bakgrunn er det nærliggende at det blir benyttet formelle reaksjonsmidler dersom arbeidsgiver ønsker å sanksjonere arbeidstakeren. En følge av dette kan være at advarsler i statlig sektor sjeldnere blir brukt som en *sanksjon*, slik at forutsetningene for å ha adgang til rettslig prøving ikke kan anses oppfylt jf. HR-2018-492-U (avsnitt 31).<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Jf. punkt 3.3.1

<sup>72</sup> Avsnitt 31-32. Se punkt 4.2

<sup>73</sup> Jf. punkt 3.1

<sup>74</sup> Andre formelle reaksjonsmidler er tap av ansiennitet eller omplassering etter statsansatteloven § 25 (2) bokstav a) og b).

<sup>75</sup> Se nærmere om vurderingen av om en advarsel kan anses som en sanksjon i punkt 4.2.

### 3.3.3 Særlig om ansatte i kommunal sektor

Gjennomgangen ovenfor knytter seg kun til *statsansatte* innenfor offentlig sektor. Dette er fordi ansatte i kommuner og fylkeskommuner faller utenfor virkeområdet til statsansatteloven.<sup>76</sup>

For kommunalt ansatte har det på ulovfestet grunnlag blitt lagt til grunn at advarsler kan være ordensstraff og følgelig enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 andre ledd.<sup>77</sup> Dette medfører at selv om lovgiver har fastsatt at advarsler ikke lenger kan være en type ordensstraff og følgelig enkeltvedtak for statsansatte, vil advarsler likevel kunne være et enkeltvedtak for ansatte i kommunal sektor.<sup>78</sup> I prinsippet kan derfor vurderingen av adgangen til rettslig prøving av advarsler i kommunal sektor fortsatt bero på en vurdering av om den aktuelle advarselen kan regnes som et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand jf. Rt. 2003 s. 480.

I denne forbindelse må det imidlertid fremheves at spørsmålet om en advarsel i kommunal sektor kan anses som et enkeltvedtak, vil bero på en vurdering av om den konkrete advarselen griper inn i arbeidstakerens rettigheter eller plikter.<sup>79</sup> Av denne grunn, må det foretas en helhetsvurdering hvor et sentralt moment vil være om formålet med advarselen er å sanksjonere arbeidstakeren.<sup>80</sup> Dette innebærer at i likhet med HR-2018-492-U,<sup>81</sup> så vil sanksjonselementet være sentralt i vurderingen av adgangen til en rettslig prøving. Det kan derfor argumenteres for at adgangen til rettslig prøving vil være den samme, uavhengig av om vurderingen knyttes til spørsmål om advarselen kan anses som et *enkeltvedtak* jf. Rt. 2003 s. 480, eller til et spørsmål om advarselen kan anses som en *sanksjon* jf. HR-2018-492-U. Hvilket vurderingstema som skal anvendes må imidlertid anses som uavklart.

---

<sup>76</sup> Statsansatteloven § 1 (1)

<sup>77</sup> Rt-2003-480 (avsnitt 20).

<sup>78</sup> Engelsrud (2017) s. 318

<sup>79</sup> Rt-2003-480 (avsnitt 20)

<sup>80</sup> *Ibid* (avsnitt 21 og 22)

<sup>81</sup> Se punkt 4.2

# 4 Forutsetninger og krav for rettslig prøving av advarsler

## 4.1 Innledning

Som gjennomgangen under punkt 3 viser, *kan* et krav om å få kjent en advarsel ugyldig – i både offentlig og privat sektor – være et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3. Om et krav knyttet til gyldigheten av en advarsel *er* et «rettskrav», må bero på en konkret vurdering i lys av de forutsetninger Høyesteretts ankeutvalg oppstiller i HR-2018-492-U (avsnitt 31). Det er hva som ligger i disse alminnelige forutsetningene, samt de øvrige vilkårene for rettslig interesse som skal behandles under punkt 4.

## 4.2 Avgrensning mot mer uformelle uttalelser, tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver

Høyesteretts ankeutvalg presiserer i HR-2018-492-U at det ved adgangen til rettslig prøving av advarsler må «avgrenses mot mer uformelle uttalelser, tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver som ikke kan anses som sanksjoner» (avsnitt 31). Denne avgrensningen må sees i sammenheng med at det er tvister av rettslig karakter som domstolene skal behandle.<sup>82</sup> Synspunktet er at det er advarsler som er ment som sanksjoner som først og fremst vil kunne ha betydning for arbeidstakerens *rettsstilling*. Det må derfor klargjøres hvilke momenter som er relevante i vurderingen av om en advarsel kan anses som en sanksjon eller ikke.

Angående spørsmålet om en advarsel kan anses som en sanksjon eller ikke, vil praksis knyttet til skillet mellom skriftlig irrettesettelser og tjenestlig tilrettevisninger i offentlig sektor være relevant. Dette er fordi det i disse tilfellene har vært tale om å trekke et skille mellom

---

<sup>82</sup> Jf. punkt 1.5.2.2 og 3.1

advarsler som primært er ment å ha en rettledeende funksjon i arbeidsforholdet, og advarsler som er ment å være en sanksjon ved forsømmelser av mer alvorlig karakter.<sup>83</sup>

Skillet mellom skriftlig irettesettelser og tjenestlig tilrettevisninger har vært lite behandlet i rettspraksis, men det eksisterer en omfattende praksis fra Sivilombudsmannen vedrørende temaet.<sup>84</sup> Som nevnt i punkt 3.3.1, er det i denne praksisen lagt til grunn at det må foretas en skjønnsmessig totalvurdering, hvor sentrale momenter er formålet med advarselen og hvor inngripende og betydningsfull den er for arbeidstakeren og dens arbeidsforhold.

Et viktig element blir derfor å kartlegge hvilke momenter som er egnet til å si noe om formålet med den aktuelle advarselen. I lys av praksis fra Sivilombudsmannen vil det i denne sammenheng være relevant å ta utgangspunkt i ytre omstendigheter rundt advarselen, da dette gir en indikasjon på om advarselen er ment som en sanksjon eller ikke.<sup>85</sup>

Når det gjelder ytre omstendigheter rundt advarselen, vil det at advarselen er gitt skriftlig være et moment som trekker i retning av at advarselen er ment som en sanksjon. Skriftlighet vil for det første være en indikasjon på at arbeidsgiver ser alvorlig på forholdet. Det har videre formodningen mot seg at det blir gitt en muntlig advarsel dersom arbeidsgiver mener at arbeidstakerens opptreden medfører at det er grunnlag og behov for å sanksjonere vedkommende. Dette er fordi det i en slik situasjon vil være viktig med skriftlig dokumentasjon som bevis ved eventuelle senere reaksjoner mot arbeidstakeren. Ut fra disse betraktningene, vil det også være relevant å undersøke om advarselen har blitt lagret på arbeidstakerens personalmappe. Et poeng i denne sammenheng er at selv om advarselen er gitt muntlig, vil det at advarselen er omtalt i et referat og deretter lagret på arbeidstakerens personalmappe, kunne tilsi at advarselen er ment som en sanksjon.

Det må likevel fremheves at advarsler som *ikke* er ment som sanksjoner, kan av hensyn til god orden gis skriftlig og lagres på arbeidstakerens personalmappe. Dette medfører at advarselen må vurderes konkret i lys av andre omstendigheter. Slike omstendigheter kan være om advarselen er en umiddelbar reaksjon, eller om arbeidsgiver har fått tid å vurdere hvilken reaksjon som er passende.<sup>86</sup> Synspunktet er at en umiddelbar reaksjon lettere vil bli oppfattet

---

<sup>83</sup> Jf. punkt 1.4.2

<sup>84</sup> Jf. punkt 1.5.1.3

<sup>85</sup> Bl.a. SOMB-2001-23, SOMB-2007-30 og SOMB-2009-39

<sup>86</sup> Se SOMB-2002-22 og SOMB-2004-21 (s. 112) hvor Sivilombudsmannen fremhever at «umiddelbare korrigerende reaksjoner» tilsier at det kun er tale om tjenestlig tilrettevisning.

som en rettlevende tilbakemelding enn dersom arbeidsgiver etter nærmere undersøkelser konkluderer med at det er behov for å gi arbeidstakeren en advarsel.<sup>87</sup>

Når det gjelder selve innholdet i advarselen, viser praksis at et sentralt moment er om det er gitt informasjon om potensielle konsekvenser ved gjentakelser. Det må også undersøkes *hvilke typer* konsekvenser det er advart mot. Dersom det kun er advart mot fremtidige disiplinærreaksjoner som ikke angår selve ansettelsesforholdet, vil dette være et moment som taler for at advarselen ikke kan anses som en sanksjon.<sup>88</sup> Motsatt er tilfellet dersom det uttrykkelig er advart mot fremtidige konsekvenser i form av oppsigelse eller avskjed.<sup>89</sup> Det må også foretas en vurdering av det nærmere innholdet i advarselen, da arbeidsgivers valg av formuleringer kan være egnet til å kaste lys over om advarselen er ment som en sanksjon eller ikke. Et eksempel Frostating lagmannsretts kjennelse i LH-2002-1142, hvor det at arbeidsgiver hadde benyttet formuleringen å «ilegge» en advarsel var et moment som trakk i retning av at det var tale om en sanksjon.

Videre må det vurderes om grunnlaget for advarselen objektivt sett gjelder alvorlige forhold, da dette tilsier at arbeidsgiveren har ønsket å sanksjonere arbeidstakeren.<sup>90</sup> I tillegg vil det være en klar indikasjon på at det er tale om en sanksjon dersom arbeidstakeren kan vise til at advarselen allerede har fått faktiske eller rettslige konsekvenser for vedkommende sitt arbeidsforhold.

At momentene gjennomgått ovenfor er relevante for å fastslå om en advarsel kan anses som en sanksjon eller ikke, underbygges av at ankeutvalget i HR-2018-492-U ved vurderingen av om den konkrete advarselen kunne anses som et «rettskrav», trekker frem at det i saken var gitt en *skriftlig advarsel etter det var avholdt et møte mellom partene*, og at denne gjaldt *alvorlige forhold*. Det ble også fremhevet at arbeidstakeren hadde fått informasjon om at flere hendelser av liknende karakter kunne få *konsekvenser for arbeidsforholdet*. Ankeutvalget viser også til at arbeidstaker hevdet at advarselen *allerede hadde fått betydning for ham* og at advarselen innebar en ulovlig gjengjeldelse (avsnitt 32).

---

<sup>87</sup> I LF-2002-1142 ble det at advarselen ble gitt skriftlig etter ca. et år etter det påberopte misligholdet trukket frem som et moment som talte for at advarselen måtte anses som en sanksjon.

<sup>88</sup> Se SOMB-2002-22 og SOMB-2004-21 (s. 111)

<sup>89</sup> SOMB-1997-6 og SOMB-2009-39 (s. 167)

<sup>90</sup> Illustrerende er SOMB-1997-5 hvor det at advarselen *kun* knyttet seg til *et tilfelle* av udokumentert fravær var et moment som tilsa at advarselen *ikke* var ment som en sanksjon.

Ankeutvalget i HR-2018-492-U tar imidlertid ikke stilling til hvilken vekt de ulike momentene skal tillegges i vurderingen av om advarselen kan anses som en sanksjon. Som følge av at advarsler som ikke er ment å være sanksjoner også kan inneholde et eller flere av momentene ovenfor,<sup>91</sup> må det legges til grunn at det ikke er holdepunkter for å fastslå at noen av momentene er *avgjørende* i vurderingen.

### **4.3 Søksmål må anlegges innen rimelig tid etter at advarselen ble gitt**

I HR-2018-492-U legger Høyesteretts ankeutvalg til grunn at «en alminnelig forutsetning må være at søksmålet blir anlagt innen rimelig tid etter at advarselen ble gitt» (avsnitt 31). Videre viser ankeutvalget til kjennelsen inntatt i Rt. 2010 s. 897 (avsnitt 23).

I Rt. 2010 s. 897 avviste Høyesteretts ankeutvalg et søksmål om å få fastslått at en oppsigelse var ugyldig med den begrunnelse at det hadde gått for lang tid fra oppsigelsen til søksmålet ble fremmet. Ankeutvalget uttalte i denne sammenheng at det ved søksmål om lovligheten av en fortidig handling må oppstilles et krav om at søksmålet anlegges «innen rimelig tid» etter at handlingen har funnet sted.<sup>92</sup> Videre ble det presisert at dette også må gjelde i de tilfeller hvor det ikke eksisterer noen lovfestet søksmålsfrist.

Problemstillingen blir dermed hva som skal anses som «innen rimelig tid» i relasjon til søksmål om gyldigheten av advarsler i arbeidsforhold. Ordlyden «innen rimelig tid» henviser til en vurdering hvor det må tas hensyn til hva som er rimelig i lys av de konkrete omstendighetene i saken. Det er derfor ikke mulig å presist fastslå hvilket tidsrom som er innenfor kravet. Det sentrale blir derfor å klarlegge noen utgangspunkter og retningslinjer som kan være relevante i den konkrete vurderingen som må foretas.

I HR-2018-492-U ble det ikke problematisert hvorvidt søksmålet var fremmet innen rimelig tid. Dette må forstås slik at ankeutvalget forutsetningsvis legger til grunn at tiden som hadde gått fra advarselen ble gitt til søksmål ble fremmet, var innenfor kravet. I saken hadde arbeidstakeren varslet om søksmål fem uker etter at han mottok advarselen, og stevning ble

---

<sup>91</sup> Prop. 94 L (2016-2017) s. 160-161

<sup>92</sup> Ankeutvalgets fremstilling i HR-2018-492-U tilsier at kravet om at søksmål må fremmes innen rimelig tid er en forutsetning for at det skal være tale om et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd (avsnitt 31). I HR-2016-2178-U (avsnitt 14) og LF-2019-3071 er kravet om at søksmål må fremmes innen rimelig derimot oppstilt som et selvstendig vilkår i tilknytning til fastsettelsessøksmål om fortidige handlinger. I hvilken kategori kravet plasseres, har imidlertid ingen betydning for resultatet.



tatt ut etter cirka tre måneder.<sup>93</sup> I tiden fra advarselen ble gitt til søksmålet ble fremmet, var det en løpende dialog og prosess mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vedrørende den omstridte advarsel. Disse omstendighetene kan tas til inntekt for at arbeidsgiver og arbeidstaker må få muligheten til å ordne opp i forholdet internt før det kan kreves at arbeidstakeren tar rettslige skritt i saken.<sup>94</sup> Dette taler for at så lenge arbeidstakeren kan vise til at vedkommende ikke har holdt seg passiv i tidsrommet fra advarselen ble gitt til søksmål ble fremmet, så vil søksmålet anses som fremmet innen rimelig tid.

Spørsmålet blir dermed hva som kan anses som «innen rimelig tid» etter når det er klart at arbeidsgiver og arbeidstaker ikke klarer å komme til enighet gjennom en intern prosess. Et veiledende moment i denne sammenheng kan være de lovfestede søksmålsfristene i arbeidsmiljøloven som fastsetter en hovedregel på åtte ukers søksmålsfrist fra forhandlingene mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er avsluttet, eller seks måneder dersom arbeidstaker bare krever erstatning.<sup>95</sup>

Det må imidlertid tas i betraktning at det ved advarsler, sammenlignet med oppsigelse eller avskjed, vil være vanskeligere for arbeidstaker å vite hvilken virkning reaksjonen vil kunne få for arbeidsforholdet.<sup>96</sup> Ofte vil det gå en viss tid før arbeidstakeren innser at den aktuelle advarselen faktisk blir vektlagt på en måte i arbeidsforholdet som får betydning for vedkommende sin rettsstilling. Rimelighetshensyn taler derfor for at fristen ikke alltid kan regnes fra det tidspunktet hvor interne forhandlinger er avsluttet, men at arbeidstakeren må få tiden frem til arbeidstakeren har innsett, eller burde innse, hvilke virkninger den aktuelle advarselen får. Hvor lang frist arbeidstakeren da har, må bero på en konkret vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken.

## **4.4 Tvisteloven § 1-3 andre ledd**

### **4.4.1 Saksøker må ha «reelt behov» for å få kravet avgjort**

Det følger av tvisteloven § 1-3 andre ledd at:

---

<sup>93</sup> Kjennelse fra Nord-Troms tingrett s. 2 (Sak nr.: 17-113317TVI-NHER)

<sup>94</sup> Se samme synspunkt uttrykt i reglene i arbeidsmiljøloven § 17-4 hvor søksmålsfrister i tvister om oppsigelse, avskjed og suspensjon regnes fra det tidspunktet interne forhandlinger er avsluttet.

<sup>95</sup> Arbeidsmiljøloven § 17-4 (2)

<sup>96</sup> Jf. punkt 2.5

«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»

Når det gjelder vilkåret om «reelt behov», følger det av lovens ordlyd at det må foretas en samlet vurdering av kravets «aktualitet» og partenes «tilknytning». I realiteten minner dette likevel om to selvstendige vilkår som må være oppfylt, og rettspraksis viser at vilkårene som utgangspunkt blir behandlet hver for seg.<sup>97</sup>

I de tilfellene hvor det er usikkerhet knyttet til et eller flere av vilkårene for rettslig interesse, vil det avgjørende være om det ut fra en konkret vurdering fremstår naturlig og rimelig at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene.<sup>98</sup>

#### **4.4.2 «Tilknytning»**

Vilkåret innebærer at tilknytningen til tvistegjenstand må være av en slik art at saksøkeren har en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor den aktuelle saksøkte.<sup>99</sup> I forarbeidene til tvisteloven er det fremhevet at i privatrettslige forhold vil saksøkeren ha tilstrekkelig tilknytning når søksmålet gjelder saksøkerens egen rett eller plikt overfor saksøkte. I offentligrettslige forhold vil den myndighetsutøvelsen retter seg mot, ha tilstrekkelig tilknytning.<sup>100</sup> Dette tilsier at tilknytningsvilkåret som hovedregel må anses som oppfylt dersom en arbeidstaker reiser søksmål mot sin arbeidsgiver vedrørende en advarsel som vedkommende har fått.

#### **4.4.3 «Aktualitet»**

Kjernen i vilkåret om «aktualitet» er at saksøkeren må ha et tidsmessig og nært behov for rettslig avklaring. Når det gjelder advarsler i arbeidsforhold, er det et poeng at et søksmål om gyldigheten av en advarsel må anses som et fastsettelsessøksmål vedrørende en *fortidig handling*. I tillegg er det et særtrekk ved advarsler at de potensielt vil kunne få betydning for arbeidstakeren ved en *senere* anledning, slik at de aktuelle rettsvirkningene knytter seg til et *fremtidig* eller *hypotetisk forhold*.

Utgangspunktet er at aktualitetsvilkåret ikke er til hinder for at et søksmål kan omhandle et fortidig eller et fremtidig forhold.<sup>101</sup> Det må imidlertid vurderes konkret om det foreligger et

---

<sup>97</sup> Nisja og Shetelig (2015) punkt 2

<sup>98</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364

<sup>99</sup> *Ibid* s. 366

<sup>100</sup> *Ibid* s. 365-366

<sup>101</sup> *Ibid*

klart behov for rettslig avklaring. Problemstillingen som er særlig aktuell i denne sammenheng, er om det er tilstrekkelig at en arbeidstaker viser til at en advarsel potensielt kan få betydning i fremtiden for at vilkåret om «aktualitet» skal anses oppfylt.

Som et utgangspunkt vil en avklaring av et fremtidig eller hypotetisk forhold ikke medføre rettsvirkninger for saksøkeren på søksmålstidspunktet, noe som taler imot at det foreligger et reelt behov for rettslig avklaring. Til tross for dette, er det lagt til grunn i rettspraksis at det likevel kan tenkes situasjoner hvor slike fremtidige eller hypotetiske forhold er så nærstående eller sannsynlig at arbeidstakeren likevel må anses for å ha reelt behov for å få dom i samsvar med sin påstand.<sup>102</sup>

Videre vil det kunne være situasjoner hvor den potensielle betydningen er så viktig at rettssikkerhetshensyn taler for at søksmålet må kunne fremmes. Et eksempel på dette er at Høyesterett har lagt til grunn at en arbeidstaker som hovedregel vil ha rettslig interesse i å få dom for at en oppsigelse eller avskjed er ugyldig, selv om det ikke er aktuelt for vedkommende å tre inn igjen i stillingen. En av begrunnelsene for dette er at en oppsigelse eller avskjed kan få betydning ved senere ansettelser.<sup>103</sup> Overført til advarsler i arbeidsforhold, tilsier dette at dersom arbeidstakeren kan vise til at advarselen kan få betydning ved senere ansettelser, så må aktualitetsvilkåret anses oppfylt.

Momentet ovenfor må imidlertid nyanseres i relasjon til en rettslig prøving av advarsler. Dette er fordi en advarsel ikke er en like alvorlig reaksjon som en oppsigelse eller en avskjed, slik at sannsynligheten for at en advarsel skal få betydning ved senere ansettelsesprosesser må anses mindre. Det er også et viktig moment at de fleste advarsler i arbeidsforhold blir gitt uten at arbeidsgiver har til hensikt at advarselen skal få betydning for arbeidstakerens rettsstilling. Disse momentene trekker i retning av at det ikke foreligger tilstrekkelig aktualitet for å få prøvd gyldigheten av en advarsel dersom det kun er tale om en fremtidig eller hypotetisk betydning.

Det må likevel fremheves at Høyesterett – i lys av den betydning retten til og muligheten for arbeid har for den enkelte – har lagt til grunn at det på arbeidsrettens område ikke kan stilles for strenge krav til søksmålsinteressen.<sup>104</sup> Hvorvidt dette innebærer at det er tilstrekkelig å vise til en hypotetisk eller fremtidig virkning av en advarsel for at aktualitetsvilkåret skal

---

<sup>102</sup> Nisja og Shetelig (2015) punkt 4.2.1

<sup>103</sup> Rt-2010-430 (avsnitt 22) og Rt-2010-897 (avsnitt 23). Se også Skoghøy (2017) s. 412

<sup>104</sup> Rt-1991-1468 (s. 1474). Se også LG-2017-174840

anses oppfylt, er likevel usikkert. Dette er fordi en advarsel som utgangspunkt ikke kan sies å ha *direkte* betydning for retten til eller muligheten for arbeid.

Gjennomgangen ovenfor viser at det ikke er rettskildemessige holdepunkter for å utelukke at en fremtidig eller hypotetisk betydning av en advarsel er tilstrekkelig for at aktualitetsvilkåret er oppfylt. Det kan likevel argumenteres for at det som *hovedregel* må kunne kreves at advarselen har medført en reell rettslig betydning for arbeidstakeren på søksmålstidspunktet. Dette synspunktet må sees i sammenheng med at selv om det eksisterer en *mulighet* for at advarselen får betydning ved en senere anledning, så vil de fleste advarsler ikke medføre rettslige konsekvenser verken for det eksisterende arbeidsforholdet eller ved en senere ansettelsesprosess. Videre er det et viktig poeng at en arbeidstaker vil ha adgang til å få prøvd rettmessigheten av advarselen dersom den skulle bli tillagt vekt ved en senere oppsigelse- eller avskjedssak.<sup>105</sup> Avslutningsvis, må det også påpekes at siden advarsler er et hyppig brukt reaksjonsmiddel i arbeidsforhold, vil det kunne medføre en stor belastning for domstolene og rettssystemet dersom en hypotetisk eller fremtidig betydning av en advarsel er tilstrekkelig for at aktualitetsvilkåret skal anses oppfylt.

---

<sup>105</sup> Jf. punkt 1.3.2.1

# 5 Realitetsbehandlingen av advarsler i arbeidsforhold

## 5.1 Domstolenes prøvingskompetanse ved rettslig prøving av advarsler

### 5.1.1 Innledning

Dersom en arbeidstaker i offentlig eller privat sektor anlegger søksmål om å få kjent en advarsel ugyldig, og vilkårene for rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3 er oppfylt, så vil arbeidstakeren ha adgang til en realitetsbehandling av advarselen for domstolene. Dette aktualiserer spørsmålet om hvilken prøvingskompetanse domstolene har i forbindelse med en rettslig prøving av gyldigheten av en advarsel.

### 5.1.2 Generelt om domstolenes prøvingskompetanse ved prøving av styringsrettsbeslutninger

Ved spørsmål om domstolenes prøvingskompetanse innenfor sivilprosessen må det normalt skilles mellom privatrettslige og offentligrettslige saker. Bakgrunnen for skillet er at det for offentligrettslige spørsmål gjelder forvaltningsrettslige normer. Dette er et utslag av maktfordelingsprinsippet, hvor forvaltningens oppgave er å styre, mens domstolenes oppgave er å kontrollere grunnlaget for de beslutninger som treffes i forbindelse med forvaltningens maktutøvelse.<sup>106</sup> Som følge av dette, er utgangspunktet at dersom forvaltningen i en sak har kompetanse til å utøve fritt skjønn, så er domstolenes kontroll begrenset til å avgjøre om forvaltningen har holdt seg innenfor lovens rammer, om avgjørelsen bygger på en korrekt saksbehandling, på et riktig faktum, og at det ikke foreligger brudd på ulovfestede prinsipper om saklighet, likhet og forsvarlighet.<sup>107</sup>

For tvister på arbeidsrettens område som angår beslutninger som er truffet i medhold av arbeidsgivers styringsrett, benytter imidlertid Høyesterett de samme prinsippene som gjelder

---

<sup>106</sup> Fougner (2018) punkt 4.3.2. Se også Rt-2007-257 (avsnitt 36)

<sup>107</sup> Fougner (2018) punkt 4.3.2

for prøving av beslutninger truffet av forvaltningen.<sup>108</sup> Illustrerende i denne sammenheng er Rt. 2011 s. 841 («Undervisningsinspektør-dommen») hvor Høyesterett tok stilling til om det lå innenfor arbeidsgivers styringsrett å beslutte at en arbeidstaker skulle omplasseres til samme stilling ved en annen skole i kommunen. For spørsmålet om domstolens prøvingskompetanse i den aktuelle saken, uttalte Høyesterett (avsnitt 58) at:

«Domstolene skal imidlertid ikke foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger innenfor rammene av styringsretten er påkrevd eller optimale. Spørsmålet er om det foreligger **misbruk av styringsretten.**» (*min utheving*).<sup>109</sup>

Det at domstolene ikke skal foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger er påkrevd eller optimale, indikerer at prøvingskompetansen er begrenset sammenlignet med en rettslig prøving av oppsigelser, hvor det i rettspraksis er lagt til grunn at kravet om «saklig grunn» i arbeidsmiljøloven § 15-7 innebærer at domstolene kan prøve alle sider av saken.<sup>110</sup> Ved en rettslig prøving av om en oppsigelse er saklig vil domstolen følgelig ha adgang til å foreta en nærmere interesseavveining hvor det blant annet kan tillegges vekt om oppsigelsen fremstår som rimelig.<sup>111</sup> Det at domstolene ikke skal foreta en generell overprøving av om beslutningen er påkrevd eller optimal ved styringsrettsbeslutninger, taler derfor for at domstolene *ikke* skal foreta en slik interesseavveining hvor det er rom for å vurdere om beslutningen fremstår som rimelig.

Det som videre må avklares er hva som nærmere ligger i at domstolene *kan* prøve om det foreligger *misbruk av styringsretten*.

### 5.1.3 Innholdet i misbrukskontrollen

#### 5.1.3.1 Generelle betraktninger

I Rt. 2014 s. 402 («Kontreadmiral-dommen») presiserte Høyesterett av det ved prøving av om det foreligger misbruk av styringsretten må foretas en «saklighets- og forsvarlighetskontroll» (avsnitt 69). Utgangspunktet må følgelig være at det ved den misbrukskontrollen som domstolene skal foreta, ligger en henvisning til at domstolene kan prøve om styringsrettsbeslutningen er i strid med den ulovfestede saklighetsnormen slik den på

---

<sup>108</sup> *Ibid*

<sup>109</sup> Se tilsvarende formulering i Rt-2014-402 (Kontreadmiral) (avsnitt 69) og HR-2016-2286-A (avsnitt 39), samt omfattende underrettspraksis jf. bl.a. LG-2013-100448, LA-2013-81253 og LA-2014-47215.

<sup>110</sup> Rt-1984-1058 (Haslund)

<sup>111</sup> Fougner (2018) punkt 4.3.3. Se også Rt-2009-685 (avsnitt 52)

arbeidsrettens område er formulert i Kårstø-dommen og lagt til grunn i senere praksis.<sup>112</sup> Domstolene kan følgelig prøve om det foreligger en forsvarlig saksbehandling, et forsvarlig grunnlag, og om beslutningen om å gi en advarsel fremstår som vilkårlig eller bygger på utenforliggende hensyn. I denne forbindelse er det også klart at domstolene har adgang til å prøve om det foreligger et korrekt faktisk grunnlag for beslutningen.

Det er imidlertid knyttet større usikkerhet til om domstolene har kompetanse til å prøve sider ved styringsrettsbeslutninger som *ikke* direkte følger av den ulovfestede saklighetsnormen på arbeidsrettens område. En utfordring i denne sammenheng er at det eksisterer lite praksis fra Høyesterett hvor domstolen har prøvd om det foreligger misbruk av styringsretten.<sup>113</sup> Etersom rekkevidden av domstolenes prøvingskompetanse avklares som et ledd i realitetsbehandlingen av saker, vil utgangspunktet være at så fremt det ikke blir avsagt en avgjørelse fra Høyesterett hvor rekkevidden av misbrukskontrollen av styringsrettsbeslutninger avklares, så må det nærmere innholdet i misbrukskontrollen anses som uavklart.

Siden prinsippene for domstolenes prøvingskompetanse ved styringsrettsbeslutninger er nært beslektet med domstolenes prøvingskompetanse av forvaltningsrettslig enkeltvedtak,<sup>114</sup> vil det likevel være hensiktsmessig å undersøke om det er rettskildemessige holdepunkter for at prøvingskompetansen ved styringsrettsbeslutninger, i likhet med forvaltningsvedtak, også innebærer at domstolene kan prøve om det foreligger sterk urimelighet, uforholdsmessighet, eller en usaklig forskjellsbehandling.<sup>115</sup>

### **5.1.3.2 Kontroll knyttet til sterk urimelighet, uforholdsmessighet og usaklig forskjellsbehandling**

I forvaltningsrettslig sammenheng har det forekommet at domstolene har ansett seg berettiget til å sette til side avgjørelser hvor de finner resultatet *grovt* eller *sterkt urimelig*.<sup>116</sup> På arbeidsrettens område ble det i Undervisningsinspektør-dommen anført at beslutningen om at arbeidstakeren skulle omplasseres til en annen skole måtte anses som urettmessig som følge av at den var vilkårlig og *grovt urimelig* (avsnitt 37). Høyesterett viser til arbeidstakerens

---

<sup>112</sup> Jf. punkt 1.5.1.2

<sup>113</sup> Rt-2001-418 (Kårstø), Rt-2011-841 (Undervisningsinspektør), Rt-2014-402 (Kontreadmiral) og HR-2016-2286-A er de eneste avgjørelsene hvor Høyesterett prøver om det foreligger misbruk av styringsretten. I samtlige saker kom Høyesteretts flertall til at det *ikke* forelå misbruk av styringsretten.

<sup>114</sup> Jf. punkt 5.1.2

<sup>115</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 401-409

<sup>116</sup> *Ibid* s. 402

anførsel, men tar likevel ikke eksplisitt stilling til om domstolen har kompetanse til å prøve om beslutningen er grovt urimelig. Flertallet knytter heller ikke den konkrete rettsanvendelsen til et spørsmål om grov urimelighet eller vilkårlighet. Det blir derfor verken bekreftet eller avkreftet om domstolene i forbindelse med misbrukskontrollen kan prøve om en styringsrettsbeslutning må kjennes ugyldig som følge av at den er grovt urimelig.

I Borgarting lagmannsretts dom inntatt i LB-1997-2324, konkluderte domstolen med at en advarsel måtte trekkes tilbake som på bakgrunn av at den måtte regnes som sterkt urimelig. I den aktuelle saken hadde arbeidstakeren fått en advarsel etter å ha nektet å gi en kunde rabatt på sigaretter som oversteg den tillate sigarettkvoten i en taxfree-butikk. Lagmannsretten fremhevet i denne sammenheng at arbeidstakeren var satt i en svært vanskelig situasjon som følge av forhold som arbeidsgiver var ansvarlig for. Advarselen fremsto på denne bakgrunn som en sterkt urimelig reaksjon, og måtte derfor trekkes tilbake.

Videre er det et sentralt moment at dersom en beslutning fremstår som grovt urimelig så vil det ha formodningen mot seg at det *ikke* er tale om misbruk av styringsretten fra arbeidsgivers side. Dette tilsier at det vil være naturlig å prøve om en beslutning er grovt eller sterkt urimelig i forbindelse med prøvingen av om det foreligger misbruk av styringsretten. Det må likevel fremheves at dersom det er adgang til å kjenne en styringsrettsbeslutning og en advarsel ugyldig som følge av grov urimelighet, så må dette trolig – i likhet med forvaltningsavgjørelsen – anses som en sikkerhetsventil hvor det skal «svært mye til» for å at en beslutning kjennes ugyldig på dette grunnlag.<sup>117</sup>

Nært beslektet med spørsmålet om en styringsrettsbeslutning og en advarsel kan kjennes ugyldig som følge av grov urimelighet, er spørsmålet om domstolene kan prøve om beslutningen er *uforholdsmessig*. I denne sammenheng er det tale om å foreta en mer finmasket vurdering av forholdet mellom «mål og middel».<sup>118</sup> Som nevnt under punkt 5.1.2, vil ikke domstolene ved en prøving av styringsrettsbeslutninger ha kompetanse til å foreta samme type interesseavveining som i oppsigelsessaker. Det som likevel må klargjøres er om domstolene vil kunne prøve om en advarsel fremstår som en *klar overreaksjon* i lys av de forhold som ligger til grunn for advarselen.

---

<sup>117</sup> *Ibid* s. 403

<sup>118</sup> *Ibid* s. 407



I de sakene hvor Høyesterett har prøvd om det foreligger misbruk av styringsretten, er det ikke tatt stilling til om domstolene skal foreta en slik forholdsmessighetskontroll. Grunnen til dette kan være at disse sakene har omhandlet tilfeller hvor styringsrettsbeslutningene har gått ut på å gjøre endringer i arbeidsforholdet. En slik forholdsmessighetskontroll vil trolig være mer nærliggende å foreta i tilknytning til arbeidsgivers beslutninger om å gi ulike typer *reaksjoner*, da det i disse tilfellene vil være lettere å vurdere om reaksjonen fremstår som en klar overreaksjon. Det kan derfor tenkes at domstolene ved misbrukskontrollen vil kunne prøve forholdsmessigheten av en beslutning om å gi en advarsel.

Angående en prøving av om det foreligger *usaklig forskjellsbehandling* har Høyesterett i både Kårstø-dommen (s. 423 og 427) og Undervisningsinspektør-dommen (avsnitt 64) lagt til grunn at det i de aktuelle sakene ikke forelå forhold som medførte en vilkårlig eller usaklig forskjellsbehandling. Dette trekker klart i retning av at det vil være adgang til å foreta en slik vurdering ved prøvingen av om det foreligger misbruk av styringsretten.

#### **5.1.4 Domstolenes prøvingsintensitet i relasjon til advarsler i arbeidsforhold**

Problemstillingen i denne sammenheng er ikke hva domstolene har *kompetanse* til å prøve, men hvor *inngående* domstolene vil prøve en beslutning om å gi en advarsel.

Et viktig utgangspunkt er at prøvingsintensiteten normalt vil variere ut fra hvor inngripende den aktuelle beslutningen er. Dette innebærer at det vil kunne være ulik prøvingsintensitet i tilknytning til ulike typer styringsrettsbeslutninger, men også at noen advarsler i arbeidsforhold kan bli prøvd mer inngående enn andre.

Når det gjelder spørsmålet om beslutningen om å gi en advarsel bygger på et forsvarlig grunnlag, er utgangspunktet at domstolene vil ta stilling til om det med alminnelig sannsynlighetsovervekt kan legges til grunn at det forhold som begrunner advarselen er korrekt.<sup>119</sup>

Hvor inngående domstolene vil prøve om det foreligger misbruk av styringsretten i forbindelse med en rettslig prøving av en advarsel, er imidlertid vanskelig å si noe konkret

---

<sup>119</sup> I Rt-2014-1161 i en sak som gjaldt rettmessigheten av en avskjed på arbeidsrettens område, uttalte Høyesterett at så fremt beviskravet kan skjerpes som følge av faktiske omstendigheter som er «særlig belastende» for en part, så er utgangspunktet i sivilretten at retten skal legge til grunn det faktum det er sannsynlighetsovervekt for (avsnitt 21).

om. Angående styringsrettsbeslutninger mer generelt, er likevel inntrykket fra rettspraksis at terskelen for å konstatere misbruk av styringsretten er høy, og at domstolene derfor ikke anser det nødvendig å foreta en inngående prøving dersom det overordnede inntrykket er at beslutningen samlet sett må anses forsvarlig. Dette synspunktet underbygges av Agder lagmannsretts dom inntatt i LA-2014-47215, hvor flertallet viste til uttalelser i juridisk teori hvor det er fremhevet at domstolene skal *utvise varsomhet* med å «sette til side de beslutninger arbeidsgiver treffer med grunnlag i styringsretten, så fremt grunnlaget for beslutningen etter omstendighetene er forsvarlig». <sup>120</sup> Lignende synspunkt kommer også til uttrykk i Høyesterettspraksis. Illustrerende i denne sammenheng er at flertallet i Undervisningsinspektør-dommen unnlot å gå inn i en detaljert vurdering av saksbehandlingen i forbindelse med spørsmålet om det forelå misbruk av styringsretten, men fremhevet at «*inntrykket fra e-poster og lignende mellom kommunen og A er at kommunen har forsøkt å opptre omsorgsfullt og ryddig i den vanskelige prosessen*» (min kursivering). <sup>121</sup>

Det er likevel viktig å understreke at det i Undervisningsinspektør-dommen hadde blitt holdt møter med arbeidstakersiden før de aktuelle styringsrettsbeslutningene ble tatt og at en tillitsvalgt var involvert i prosessen. <sup>122</sup> Dette tilsier at selv om domstolene ikke går inn i en inngående prøving av saksbehandlingen, så vil domstolen undersøke om grunnleggende kontradiksjon er ivaretatt gjennom at arbeidstaker har fått mulighet til å komme med sitt syn på saken før styringsrettsbeslutningen tas.

## **5.2 Hva domstolene kan gi dom for**

### **5.2.1 Dom for at advarselen er ugyldig, urettmessig eller må trekkes tilbake**

Utgangspunktet er at domstolene er bundet av partenes påstander, slik at det kun kan gis dom i samsvar med den påstanden som er nedlagt. <sup>123</sup> I forbindelse med en uenighet om en advarsel vil det være mest praktisk at saksøker nedlegger påstand om å få kjent advarselen ugyldig, urettmessig eller at advarselen skal trekkes tilbake. <sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Uttalelsen lagmannsretten viser til er hentet fra: Fougner m.fl. (2013) s. 797. Uttalelsen er gjengitt i Fougner m.fl. (2018) s. 893.

<sup>121</sup> Avsnitt 67

<sup>122</sup> Se avsnitt 63, 65 og 67

<sup>123</sup> Tvisteloven § 11-2 (1) første og andre punktum

<sup>124</sup> Jf. punkt 1.3.1

Rettsvirkningene av at advarselen kjennes ugyldig, urettmessig eller at arbeidsgiver pålegges å trekke advarselen tilbake, er at arbeidstakeren skal settes i samme rettsstilling som om advarselen aldri ble gitt. Arbeidsgiveren må derfor slette advarselen fra arbeidstakerens personalmappe, og arbeidsgiveren vil videre være avskåret fra å tillegge advarselen betydning i arbeidsforholdet.<sup>125</sup> Dersom advarselen allerede har fått virkninger for arbeidstakeren, må denne situasjonen gjenopprettes. Dette innebærer at arbeidsgiver må gjøre det som kreves for at arbeidstakeren i relasjon til sine arbeidsoppgaver og forhold på arbeidsplassen, skal stilles i samme posisjon som før advarselen ble gitt.

### **5.2.2 Dom for sletting av advarselen**

En påstand om sletting av advarselen vil være praktisk i tilfeller hvor en arbeidstaker ikke angriper advarselens gyldighet, men hevder at arbeidsgiver ikke har adgang til en fortsatt lagring av advarselen.

Kravet om sletting vil i disse tilfellene være regulert av reglene i personopplysningsloven, og vil derfor være et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd.<sup>126</sup> Av denne grunn, vil et krav om sletting som utgangspunkt falle utenfor teamet for denne avhandlingen. Jeg har likevel valgt å behandle adgangen til å få dom for at en advarsel skal slettes i medhold av reglene i personopplysningsloven, fordi en slik adgang vil være praktisk i de tilfellene hvor domstolen avviser et krav om å få kjent en advarsel ugyldig som følge av at søksmålet ikke er fremmet «innen rimelig tid» etter advarselen ble gitt jf. HR-2018-492-U.<sup>127</sup> En tenkt situasjon er at en arbeidstaker i et privat arbeidsforhold tidligere har fått en advarsel som vedkommende var uenig i, men som vedkommende lot være å imøtegå rettslig som følge av en oppfatning av at et krav om å få kjent en advarsel ugyldig ikke kunne anses som et «rettskrav».<sup>128</sup> Dersom arbeidstakeren etter avklaringen i HR-2018-492-U ønsker dom for advarselens ugyldighet, så kan dette være for sent på grunn av forutsetningen om at søksmål må fremmes «innen rimelig tid» etter at advarselen ble gitt. Dersom arbeidstakeren i et slikt tilfelle nedlegger påstand om sletting av advarselen i medhold av personopplysningsloven, vil arbeidstakeren likevel kunne få dom for at advarselen må slettes.

---

<sup>125</sup> Sml. punkt 5.2.2

<sup>126</sup> Jf. punkt 3.1

<sup>127</sup> Jf. punkt 4.3

<sup>128</sup> Jf. punkt 3.2.2

I vurderingen av om det kan gis dom for sletting av en advarsel, må domstolen foreta en konkret vurdering av om det finnes «tungtveiende berettigede grunner», slik at lagring av opplysningene fortsatt er nødvendig.<sup>129</sup> I denne forbindelse må arbeidsgivers behov for lagring sees i lys av at tidligere advarsler vil være viktig dokumentasjon ved en eventuell senere oppsigelse eller avskjed av arbeidstakeren. Det avgjørende vil derfor være hvor lenge det er nødvendig å lagre advarselen for å ivareta dette formålet. Dette må bero på en konkret vurdering, hvor blant annet alvorlighetsgraden av det forhold som ligger til grunn for advarselen, arbeidstakerens stilling og arbeidstakerens atferd i etterkant av advarslene vil være relevante momenter.<sup>130</sup>

Spørsmålet som deretter må reises er hvilken rettsvirkning det har for arbeidstakeren at advarselen blir pålagt slettet med hjemmel i personopplysningsloven. I Høyesterettspraksis har det blitt lagt til grunn at eldre advarsler kan være et skjerpene moment ved en senere sak om oppsigelse eller avskjed, selv om de tidligere advarslene er makulert og ikke lenger ligger lagret på arbeidstakerens personalmappe.<sup>131</sup> Dette kan tale for at en fysisk sletting av en *gyldig* advarsel fra personalmappen, ikke nødvendigvis innebærer at arbeidsgiver er avskåret fra å tillegge advarselen betydning i arbeidsforholdet.

På den andre siden, så har lovgiver gitt uttrykk for at et av hensynene bak slettereglene i forbindelse med ordensstraff i statsansatteloven § 25 (4) er at opplysningene ikke skal hefte ved ansatte etter at ordensstraffen er slettet. Dette innebærer at så fremt arbeidsgiver kan vise til særskilte grunner for å tillegge en slettet ordensstraff vekt, så er utgangspunktet at en slettet ordensstraff ikke skal få virkninger for arbeidstakeren.<sup>132</sup> Siden advarsler – i likhet med ordensstraff – som regel vil være en reaksjon på et mislighold i arbeidsforholdet, taler dette for at samme utgangspunkt må kunne legges til grunn for advarsler.

Utgangspunktet vil derfor være at dersom en advarsel er slettet i medhold av regler i personopplysningsloven, så *kan* arbeidsgiver ved en senere anledning tillegge den slettede advarselen betydning i arbeidsforholdet. Dette må imidlertid begrunnes særskilt. En slik

---

<sup>129</sup> GDPR art. 17 nr. 1 c) jf. art. 21 nr. 1 jf. art. 5 nr.1 c) jf. personopplysningsloven § 1

<sup>130</sup> Illustrerende er PVN-2018-11 hvor Personvernemnda tok stilling til en klage angående om en arbeidsgiver skulle pålegges å slette to advarsler som hadde vært lagret på arbeidstakers personalmappe i nesten 4 og 7 år. I den konkrete vurderingen trakk nemnda frem at verken alvorlighetsgraden i de forholdene som lå til grunn for advarslene eller arbeidstakerens atferd i etterkant av advarslene, talte for et behov for fortsatt lagring. Personvernemnda konkluderte derfor med at det ikke forelå tvingende eller tungtveiende berettigede grunner til fortsatt lagring.

<sup>131</sup> Rt-2002-273 (s. 284) jf. Rt-1999-163 (s. 169-170)

<sup>132</sup> Prop.94 L (2016-2017) s. 163

særskilt begrunnelse kan være at arbeidstakeren begår en alvorlig forseelse som har klare likhetstegn med de forhold som lå til grunn for den slettede advarselen.

### **5.3 Kort om arbeidstakers resignasjonsplikt**

Problemstillingen i denne sammenheng er hvilken faktisk og rettslig betydning det har for arbeidsgiver og arbeidstaker at det er en pågående tvist om en advarsel.

Det klare utgangspunktet i arbeidsretten er at arbeidstaker har en resignasjonsplikt.<sup>133</sup>

Resignasjonsplikten innebærer at arbeidstakeren som hovedregel må innordne seg arbeidsgivers beslutninger, selv om arbeidstakeren hevder at beslutningen er uriktig.<sup>134</sup> Som en konsekvens av dette, så vil arbeidsgivers beslutning om å gi en advarsel stå seg frem til det eventuelt blir avsagt dom om at advarselen er ugyldig.

---

<sup>133</sup> Fougner (2016) s. 294

<sup>134</sup> Benson (2008) s. 205

## 6 Avslutning

### 6.1 Gjeldende rett: adgangen til rettslig prøving av advarsler i arbeidsforhold

Som følge av Høyesteretts ankeutvalg sin kjennelse i HR-2018-492-U, og opphevelsen av skriftlig irettesettelser som en type ordensstraff for statsansatte, så er gjeldende rett at et krav om å få kjent en advarsel ugyldig *kan* være et «rettskrav» dersom de forutsetningene som følger av HR-2018-492-U (avsnitt 31) er oppfylt. Arbeidstakere i både offentlig og privat sektor vil dermed etter en konkret vurdering kunne ha rettslig interesse i å få prøvd gyldigheten av en advarsel.

### 6.2 Praktiske følger av gjeldende rett

Når det gjelder advarsler i privat sektor, innebærer avklaringen i HR-2018-492-U en *utvidet adgang* til rettslig prøving av advarsler sammenlignet med det som tidligere har vært *oppfatningen* av gjeldende rett.<sup>135</sup> En naturlig følge av dette, kan være at det vil bli reist flere søksmål vedrørende gyldigheten av advarsler i arbeidsforhold.

Det må imidlertid understrekes at Høyesteretts ankeutvalg i HR-2018-492-U uttrykkelig avgrenser adgangen til rettslig prøving mot advarsler som ikke kan anses som sanksjoner. I tillegg er det et sentralt poeng at den konkrete saken i HR-2018-492-U gjaldt et tilfelle hvor arbeidstakeren hevdet at advarselen var årsaken til at han ikke lenger fikk vikariere som kaptein, og at han dermed led et økonomisk tap. Et slikt økonomisk tap tilsier at advarselen hadde betydning for arbeidstakerens *rettsstilling* på søksmålstidspunktet. Disse omstendighetene indikerer at det er tale om en høy terskel for å ha adgang til en rettslig prøving av en advarsel. Som følge av dette, vil arbeidstakere trolig også i fremtiden være tilbakeholden med å reise søksmål for å få kjent en advarsel ugyldig. Unntaket fra denne tilbakeholdenheten, vil muligens være dersom arbeidstakeren kan vise til at advarselen på søksmålstidspunktet har fått en reell betydning for vedkommende sin rettsstilling.

---

<sup>135</sup> Jf. punkt 3.2

Det må videre påpekes at den *muligheten* for rettslig prosess som avklaringen i HR-2018-492-U innebærer, kan medføre at arbeidsgivere blir mer bevisst på å gjennomføre en grundig saksbehandling i forbindelse med advarsler. Det kan også tenkes at arbeidsgivere blir mer oppmerksom på hvilke situasjoner de velger å benytte en advarsel som reaksjonsmiddel. Dette kan føre til at arbeidsgivere blir mer tilbakeholden med bruken av advarsler i situasjoner hvor det er uklarheter vedrørende de faktiske forhold, eller hvor arbeidsgiver er usikker på om det er nødvendig å reagere med en advarsel.

Angående advarsler i offentlig sektor, innebærer dagens rettstilstand at adgangen til en rettslig prøving ikke lenger må knyttes til en vurdering av om advarselen kan anses som et enkeltvedtak.<sup>136</sup> Det som imidlertid må fremheves, er at det både etter tidligere og gjeldende rett er tale om å foreta en vurdering hvor et grunnleggende moment er om formålet med den aktuelle advarselen har vært å *sanksjonere* arbeidstakeren. Dette tilsier at selv om det rettslige vurderingstemaet i tilknytning til adgangen til rettslig prøving av advarsler er endret, så vil ikke dette få betydning for selve adgangen til en rettslig prøving.

## **6.3 Behovet for en lovregulering av advarsler i arbeidsforhold**

Selv om rettstilstanden etter HR-2018-492-U kan gi økt bevissthet hos arbeidsgivere angående saksbehandlingen og bruken av advarsler i arbeidsforhold, vil likevel manglende autoritative rettskilder vedrørende arbeidsrettslige advarsler kunne medføre at det lett oppstår tvister knyttet til innholdet eller grunnlaget for en advarsel. For å unngå at det i lys av HR-2018-492-U blir reist flere krav for domstolene om gyldigheten av en advarsel, kan det derfor argumenteres for at det er behov for en legaldefinisjon som gjør det tydeligere for både arbeidsgiver og arbeidstaker *hva* en advarsel er, *når* det er aktuelt å ta i bruk en advarsel, og *hva* som bør være *formålet* med en advarsel. Ettersom advarsler er et reaksjonsmiddel som skal kunne brukes i ulike typer arbeidsforhold og i ulike situasjoner innenfor rammene av arbeidsgivers styringsrett, er det imidlertid viktig at en legaldefinisjon verken blir for snever eller konkret.

---

<sup>136</sup> Jf. punkt 3.3. Se likevel punkt 3.3.3 hvor det fremgår at det er *uklart* hvilket vurderingstema som skal anvendes i forbindelse med en rettslig prøving av en advarsel i kommunal sektor. Dette har trolig likevel ikke betydning for resultatet.

Et annet virkemiddel for å hindre uenighet knyttet til en advarsel er å lovfeste et krav om *skriftlighet* ved advarsler i arbeidsforhold. For å sikre fleksibilitet for arbeidsgiver, vil det i denne sammenheng være hensiktsmessig å kreve at advarselen enten ble gitt skriftlig, eller at en muntlig advarsel senere blir inntatt i et referat som arbeidstakeren får tilgang til.

Det må imidlertid påpekes at en lovregulering vil kunne skape en rettsliggjøring av advarsler, noe som videre kan være grobunn for flere tvister knyttet til advarsler i arbeidsforhold. Videre vil det også være et poeng at arbeidsgivers adgang til å gi advarsler er en del av arbeidsgivers styringsrett hvor hensikten er at arbeidsgivere skal ha en viss fleksibilitet i tilknytning til hvilke reaksjonsmidler arbeidsgiver anser som passende i ulike situasjoner. Argumentet er derfor at en lovregulering av deler av denne styringsretten vil kunne stride mot den fleksibiliteten arbeidsgivere har behov for i arbeidsforholdet.

Det er likevel begrenset hvor stor vekt de ovenfor nevnte argumentene kan tillegges, da poenget med en innføring av både en legaldefinisjon og et skriftlighetskrav vil være å bidra til mindre usikkerhet knyttet til advarsler i arbeidsforhold, og på denne måten skape mindre uenighet og følgelig *færre tvister*. Videre vil en legaldefinisjon og et skriftlighetskrav på ingen måte være en uttømmende regulering av advarsler i arbeidsforhold. Arbeidsgiver vil fortsatt innenfor rammene av styringsretten kunne velge når det er passende å reagere med en advarsel, hva advarselen skal inneholde, og hvilke konsekvenser en slik advarsel skal ha for arbeidstakeren.

I lys av momentene ovenfor, vil det etter min mening være hensiktsmessig med en lovregulering av advarsler som er begrenset til en vid legaldefinisjon og et fleksibelt krav om skriftlighet. En slik lovregulering vil ivareta behovet for fleksibilitet innenfor arbeidsgivers styringsrett, og samtidig kunne bidra til større klarhet og følgelig færre tvister knyttet til advarsler i arbeidsforhold.



# Kildeliste

## Lover, konvensjoner og forordninger

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) (*opphevet*)

Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen  
(sivilombudsmannsloven)

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

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett  
(menneskerettsloven)

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

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK)

Europaparlaments- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)  
[GDPR]

## Lovforarbeider

NOU 2001: 32 B Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

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

Prop. 94 L (2016-2017) Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

# **Avgjørelser**

## **Høyesterettspraksis**

Rt. 1982 s. 1729

Rt. 1984 s. 1058 (Haslund)

Rt. 1991 s. 1468

Rt. 1996 s. 827

Rt. 1998 s. 607

Rt. 1999 s. 163

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

Rt. 2001 s. 1362

Rt. 2001 s. 1123

Rt. 2002 s. 273

Rt. 2003 s. 480

Rt. 2007 s. 257

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2010 s. 430

Rt. 2010 s. 880

Rt. 2010 s. 897

Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektør)

Rt. 2014 s. 402 (Kontreadmiral)

Rt. 2014 s. 1161

HR-2016-2178-U

HR-2016-2286-A

HR-2018-492-U

### **Underrettspraksis**

LB-1997-2324 (Borgarting)

LB-1999-1429 (Borgarting)

LF-2002-1142 (RG-2003-544) (Frostating)

LG-2003-142 (RG-2003-914) (Gulating)

LG-2013-100448 (Gulating)

LA-2013-81253 (Agder)

LA-2014-47215 (Agder)

LG-2017-174840 (Gulating)

LH-2017-189505 (Hålogaland)

LF-2019-3071 (Frostating)

TOSLO-2007-78995 (Oslo tingrett)

Kjennelse fra Nord-Troms tingrett (Sak nr.: 17-113317TVI-NHER)

### **Praksis fra Arbeidsretten, Sivilombudsmannen og Personvernemnda**

ARD-1982-237

SOMB-1997-5 (1997 S 56)

SOMB-1997-6 (1997 S 59)

SOMB-2001-23 (2001 S 133)

SOMB-2002-22 (2002 S 139)

SOMB-2004-21 (2004 S 109)

SOMB-2007-30 (2007 S 104)

SOMB-2009-39 (2009 S 165)

PVN-2018-11 – Sletting av personopplysninger i personalmappe

## Litteratur

### Bøker

**Aagaard, Melsom og Weltzien (2012):** Erik C. Aagaard, Nina Melsom og Kurt Weltzien, *Bedriftenes Personalthåndbok: Rett og plikt i arbeidsforhold*, 8. utgave, Gyldendal (2012)

**Backer (2015):** Inge Lorange Backer, *Norsk Sivilprosess*, Universitetsforlaget (2014)

**Benson (2008):** Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS (2008)

**Dege (2009):** Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett*, Del I og Del II, Minerva AS (2009)

**Eckhoff og Smith (2018):** Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget (2018)

**Engelsrud (2017):** Gerd Engelsrud, *Styring og vern – Arbeidsrett i offentlig sektor*, 6. utgave, Cappelen Damm (2017)

**Fanebust (1997):** Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett: Den individuelle del*, Universitetsforlaget (1997)

**Fougner m.fl. (2013)** Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, Universitetsforlaget, *Arbeidsmiljøloven Lovkommentar*, 2. utgave, Universitetsforlaget (2013)

**Fougner (2016):** Jan Fougner, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave, Universitetsforlaget (2016)

**Fougner m.fl. (2018)** Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, Universitetsforlaget, *Arbeidsmiljøloven Lovkommentar*, 3. utgave, Universitetsforlaget (2018)

**Gaard (2017):** Espen Gaard, *Norsk lovkommentar til statsansatteloven ved Espen Gaard*, Rettsdata.no (lest 29. april 2019)

**Jakhelln (2006):** Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, N.W. DAMM & SØN (2006)

**Kravik, Stang og Ørjasæter (2018):** Birgitte Stenberg Kravik, Trond Stang og Elin Ørjasæter, *Personalledelse og arbeidsrett: personalledelse i norske virksomheter*, Fagbokforlaget (2018)

**Skoghøy (2017):** Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget (2017)

**Skoghøy (2018):** Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget (2018)

**Utgård (2016):** Karl Arne Utgård, *Juridisk og administrativ ordliste*, 2. utgave, Det Norske Samlaget (2016)

**Vangsnes (2015): Jørgen Vangsnes**, *Sivilprosess i et nøtteskall*, Gyldendal juridisk (2015)

## Artikler

**Aasland (2015):** Gunnar Aasland «Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett», *LOV SANNHET RETT – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år s. 446-477* (sitert fra Lovdata.no)

**Evju (2010):** Stein Evju, «Styringsrett og restkompetanse», *Arbeidsrett 01-02 / 2010 (Volum 7)* (sitert fra Idunn.no)

**Fougner (2018):** Jan Fougner, «Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll», *Arbeidsrett 01 / 2018 (Volum 15)* (sitert fra Idunn.no)

**Nisja og Shetelig (2015):** Ola Ø. Nisja og Kaare Andreas Shetelig, «Rettslig interesse», *Jussens venner 04/2015 (Volum 50)* (sitert fra Idunn.no)

**Søvik (2018):** Cecilie Wille Søvik «Kan en arbeidstaker kreve at en advarsel trekkes tilbake?», *Magma 5/2018 s. 90-91* (Sitert fra Magma.no)

## Elektroniske kilder

**Fremstillinger fra arbeidsrettsadvokater vedrørende hva en arbeidstaker bør gjøre dersom vedkommende er uenig i en arbeidsrettslig advarsel som vedkommende har fått:**

<https://www.arbeidsrettsadvokaten.no/advarsel-arbeidsforhold/> (Sist sjekket: 7. mai 2019)

<https://www.tekna.no/lonn-og-arbeidsvilkar/rettigheter/skriftlig-advarsel/> (Sist sjekket: 7. mai 2019)

<https://www.hegnar.no/Nyheter/Politikk/2013/10/Bruk-av-advarsler-i-arbeidsforhold?r=refresh> (Sist sjekket: 7. mai 2019)