UiO : Det juridiske fakultet

Betydningen av advarsler i arbeidsforhold

Med særlig henblikk på Høyesteretts kjennelse HR-2018-492-U

Kandidatnummer: 508

Leveringsfrist: 25.04.2019

Antall ord: 17 609 (inkludert 13 ord i hjelpefigur)

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING ... 1

1.1 Tema og problemstilling ... 1
1.2 Aktualitet ... 3
1.3 Metode og rettskilder ... 4
1.4 Avgrensninger ... 6
1.5 Videre fremstilling ... 6

2 ADVARSELSINSTITUTTET ... 8

2.1 Ileggelse av advarsler i arbeidsforhold ... 8
2.2 Rettslig betydning av advarsler ... 10
2.3 Ordensstraff ... 12
2.4 Kort om styringsretten som hjemmelsgrunnlag ... 15

3 RETTSLIG PRØVING AV ADVARSLERS GYLDIGHET I LYS AV HR-2018-492-U ... 18

3.1 Innledende bemerkninger ... 18
3.2 HR-2018-492-U ... 18
3.2.1 Saksforhold og argumentasjon ... 18
3.2.2 Hvor langt rekker HR-2018-492-U? ... 21
3.2.3 Oppsummering og kritikk ... 25
3.3 Hensyn for og mot rettslig prøving av advarsler ... 28
3.4 Prøving av styringsrettsavgjørelser ... 29
3.4.1 Innledende bemerkninger ... 29
3.4.2 Generelt om prøving av styringsrettsbeslutninger ... 30
3.4.3 Domstolenes kompetanse ved prøving av advarsler ... 33
3.4.4 Oppsummering ... 35

4 KRAV OM SLETTING AV ADVARSLER ... 36

4.1 Innledning ... 36
4.2 Rettslige utgangspunkter ... 37
4.2.1 Arbeidsgiver må ha et behandlingsgrunnlag ... 37
4.2.2 Den registrerte kan motsette seg behandling. «Rett til å bli glemt» ... 38
4.3 Hensynet til arbeidsgiver. Behovet for at advarsel lagres ... 38
4.4 Hensynet til arbeidstaker. Behovet for at advarsel slettes ... 39
4.5 Rettsvirkninger som følge av at advarsel slettes ... 40
4.6 Praksis fra Personvernnemnda ... 40

4.7 Oppsummering 43

5 AVSLUTNING 45

Takk 47

LITTERATURLISTE 48

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Det overordnede temaet for avhandlingen er advarslers betydning i arbeidsforhold. Bruk av advarsler i arbeidsforhold kan reise ulike rettslige problemstillinger. En sentral problemstilling er hvilken betydning en tidligere advarsel kan ha i en oppsigelses- eller avskjedsvurdering. Et annet spørsmål, som særlig har blitt aktuelt med Høyesteretts kjennelse i HR-2018-492-U, er i hvilke tilfeller en arbeidstaker kan få prøvd rettmessigheten av en advarsel for domstolene.

I kjennelsen tok Høyesteretts ankeutvalg stilling til om en arbeidstaker hadde adgang til å kreve rettslig prøving av en advarsel som ble gitt i et arbeidsforhold regulert av skipsarbeidsloven.[1] Loven inneholder, i likhet med arbeidsmiljøloven,[2] ingen regler som regulerer advarselsadgangen, eller advarslers betydning i arbeidsforholdet. Kjennelsen er prinsipiell viktig, ettersom det var første gang Høyesterett fant at en arbeidstaker kunne ha rettslig interesse i å få prøvet gyldigheten av en advarsel ilagt i denne typen arbeidsforhold.[3]

Advarselsinstituttet gir arbeidsgiver mulighet til å uttrykke misnøye med arbeidstakers prestasjoner eller adferd. Enkelt sagt vil advarsler *for det første* kunne gi arbeidstaker en klar oppfordring om å korrigere sin adferd, og *for det andre* kunne fungere som dokumentasjon og bevis for arbeidsgiver på at en uønsket situasjon har funnet sted.[4] Følgelig kan advarsler være et viktig verktøy for arbeidsgiver, både for å sikre at arbeidsavtalen etterleves, og som bevis i eventuelle senere tvister. For arbeidstakeren kan en advarsel imidlertid oppfattes som en sanksjon, eller som en irettesettelse som kanskje føles unyansert og/eller urettmessig. Dessuten vil en advarsel kunne medføre potensielt store konsekvenser for arbeidstakeren, og i alvorlige tilfeller kan en advarsel være et ledd i en prosess som ender med oppsigelse eller avskjed.

Ettersom ileggelse av en advarsel er en ensidig reaksjon fra arbeidsgivers side, kan det være i arbeidstakerens interesse å gardere seg mot misbruk. En måte å gjøre dette på vil være å reise sak for domstolene om rettslig prøving av advarselens rettmessighet. For å reise sak for domstolene må imidlertid de grunnleggende søksmålsbetingelser i tvisteloven[5] § 1-3 være oppfylt.

---

[1] Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).

[2] Lov 21. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

[3] Domstolene har tidligere tatt stilling til spørsmålet om advarsler som er gitt i henhold til lov, kan være gjenstand for søksmål, jf. Rt. 1996 s. 827 og Rt. 2003 s. 480. Sakene gjaldt advarsler gitt etter daværende legelov (1980) § 52 (opphevet), og en ordensstraff som var et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 annet ledd, 2 punktum.

[4] Jf. eksempelvis Rt. 2001 s. 1362, Fanebust (2017) s. 250–251, Dege (2009) s. 468.

[5] Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Bestemmelsen stiller krav til søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon.[6] I tvistemålsloven[7] ble disse kriteriene gjerne omtalt som «retslig interesse». Selv om dette begrepet ikke er videreført i lovteksten i tvisteloven § 1-3, medfører bestemmelsen ingen endring av gjeldende rett.[8] I det videre velger jeg derfor å omtale disse tre vilkårene under fellesbetegnelsen «rettslig interesse».

I rettspraksis og juridisk teori har kravet til rettslig interesse tradisjonelt blitt delt i tre: *for det første* må det være snakk om et rettskrav, *for det andre* må partene ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålsgjenstanden, og *for det tredje* må saksøkeren ha et reelt behov for avklaring.[9] Med «rettskrav» menes at det aktuelle kravet må være regulert av rettsregler.[10] Rettsregler kan være både lovfestede og ulovfestede.[11] I forbindelse med prøving av advarsler, er det særlig vilkåret om at kravet må være et «rettskrav» som skaper utfordringer. Grunnen til dette er at advarsler i arbeidsforhold i begrenset grad er regulert av lovregler.[12] Det er heller ikke et vilkår for oppsigelse at arbeidsgiver har blitt ilagt en advarsel.[13] Den tradisjonelle oppfatningen har vært at en advarsel som er gitt i kraft av arbeidsgivers styringsrett, ikke er en reaksjon som endrer rettsstillingen til partene i et arbeidsforhold.[14]

I HR-2018-492-U tok som nevnt Høyesterett stilling til under hvilke forutsetninger en arbeidstaker som har blitt ilagt en advarsel, vil ha et rettskrav. Dette vil være et hovedtema i avhandlingen, og jeg behandler kjennelsen nærmere i kapittel 3. Av avgjørelsen følger det at det er advarsler som kan sies å være styringsrettsutøvelse, som kan prøves rettslig. Styringsretten gir arbeidsgiver en ensidig rett til å treffe beslutninger som direkte eller indirekte har betydning for arbeidsforholdet, for eksempel i form av daglig arbeidsledelse. Beslutningskompetansen kan være autonom og heteronom. Med dette menes en kompetansen til å binde henholdsvis seg selv, eller andre. Det er først og fremst den heteronome kompetansen som skiller arbeidsforhold fra

---

[6] Skoghøy (2017) s. 377.

[7] Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven). Opphevet.

[8] Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364.

[9] Skoghøy (2017) s. 377. De forutsetningene som oppstilles i tvisteloven § 1-3 omtales ofte som krav til rettskrav, tilknytning og aktualitet.

[10] Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) 363-364.

[11] Ulovfestede rettsregler er i hovedsak rett som er skapt gjennom domstolspraksis, samt sedvanerett.

[12] Unntaket er reaksjoner som arbeidsgiver ilegger i kraft av eksempelvis helsepersonelloven, eller statsansatteloven. Nærmere om dette i avhandlingens kapittel 2.

[13] Jf. eksempelvis Rt. 1956 s. 578 på s. 580 og Rt. 2001 s. 1363 på s. 1375.

[14] Jf. RG 1998 s. 1650 (Borgarting), RG 2003 s. 914 (Gulating).

øvrige kontraktsforhold, ved at arbeidsgiver kan treffe beslutninger som binder sine kontraktsparter, altså sine arbeidstakere.[15] Ileggelse av advarsler er utslag av denne heteronome beslutningskompetansen. Spørsmålet blir når det å gi advarsel vil være styringsrettsutøvelse som kan være gjenstand for prøving, samt hvor langt domstolene kan og vil gå ved prøvingen.[16]

Dersom domstolene skulle komme til at arbeidstaker har rettslig interesse i å få prøvd en advarsels rettmessighet, vil dette kunne være av stor verdi for arbeidstaker. Imidlertid vil et søksmål normalt være kostbart og tidkrevende. Et praktisk og muligens enklere alternativ for arbeidstaker kan være å be om at en advarsel slettes fra deres personalmappe. Reglene om lagring av advarsler i personalmapper reguleres av personopplysningsloven.[17] Loven gjennomfører EUs nye personvernforordning,[18] som erstatter EUs personverndirektiv fra 1995.[19] Det nye regelverket inneholder skjerpede regler om behandling av personopplysninger, og tar blant annet sikte på å styrke den registrertes rettigheter.[20] Spørsmålet i denne sammenhengen er hva regelverket i praksis betyr for arbeidstakers mulighet til å få gjennomslag for et krav om sletting av advarsler fra en personalmappe.

I lys av dette ønsker jeg å diskutere to hovedproblemstillinger i avhandlingen. Den ene er i hvilke tilfeller en arbeidstaker kan kreve rettslig prøving av en advarsels gyldighet, og hvor langt domstolene eventuelt kan gå ved prøvingen. Den andre hovedproblemstillingen er hvorvidt lovverk og praksis knyttet til sletting og lagring av advarsler i praksis gir et reelt alternativ til å reise sak for domstolene.

1.2 Aktualitet

Det kan virke som om avgjørelsen i HR-2018-492-U åpner for at advarsler i større grad enn tidligere kan bringes inn for domstolene for rettslig prøving. Dersom dette er tilfellet, vil det kunne få følger for begge parter i arbeidsforholdet. Avgjørelsen kan med andre ord ha stor praktisk betydning.[21]

---

[15] Synspunktene er basert på fremstilling i Skjønberg (2017) s. 99.

[16] Fougner peker på at ikke alle styringsrettsavgjørelser kan prøves rettslig, jf. Fougner (2018) s. 39-42.

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

[18] For 2016/679 EU.

[19] Dir 95/46 EF.

[20] Jf. Prop. 56 LS (2017–2018) s. 9.

[21] Et utvalg medieoppslag som er blitt publisert etter kjennelsen, viser at det er interesse for spørsmålet i arbeidslivet, se f.eks.Gulbrandsen (2018), Solberg (2018), Søvik (2018).

Fra arbeidstakers ståsted vil en mulighet for rettslig prøving kunne gi en økt trygghet i arbeidsforholdet. Som nevnt vil en advarsel normalt være begrunnet med at arbeidstaker, etter arbeidsgivers syn, har utvist uønsket adferd eller ikke oppfylt pliktene som følger av arbeidsavtalen. I noen tilfeller skjer det ingenting etter at en advarsel er gitt; arbeidstaker kan for eksempel innrette seg, og arbeidsgiver kan være fornøyd med de grepene som arbeidstaker har tatt. I andre tilfeller kan ileggelsen være et ledd i en prosess som ender med oppsigelse eller avskjed, hvilket er den mest alvorlige arbeidsrettslige reaksjonen for en arbeidstaker. I tillegg vil en advarsel normalt også lagres i den ansattes personalmappe. Selve lagringen kan i seg selv oppleves urettferdig eller belastende, spesielt i tilfeller der det er uenighet om det faktiske grunnlaget for advarselen. På denne bakgrunn forutsettes det at det vil være i de fleste arbeidstakeres interesse å ha mulighet til å gardere seg i en situasjon der arbeidsgiver ilegger dem en advarsel, enten ved rettslig prøving eller ved et krav om sletting.

Fra arbeidsgivers ståsted vil derimot en arbeidstakers adgang til å kreve rettslig prøving kunne skape utfordringer. Arbeidsgiver kan risikere å bli møtt med et erstatningskrav, eller miste potensielt bevis i en senere tvist om oppsigelse eller avskjed.[22] Også den rettslige prosessen i seg selv, med påfølgende sakskostnader, vil kunne være ressurskrevende for arbeidsgiver. Det vil dermed kunne være i arbeidsgiveres interesse å kartlegge om kjennelsen i HR-2018-492-U kan føre til en så stor endring i rettstilstanden at arbeidsgiver må endre praksis i de situasjonene der det er aktuelt å ilegge arbeidstaker en advarsel. Fram til nå har arbeidsgiver stått relativt fritt til å gi advarsler etter sitt eget forgodtbefinnende, og har i liten grad risikert å bli møtt med rettslige krav.

Videre påpekes det at ileggelse av advarsler er den reaksjonen som det er lavest terskel for arbeidsgiver å benytte seg av.[23] I forlengelse av dette vil en adgang til rettslig prøving kunne føre til at mengden krav som kommer inn til behandling for domstolene, vil øke. Fra et prosessøkonomisk perspektiv er ikke dette nødvendigvis ønskelig.

På denne bakgrunn er det klart at ankeutvalgets avgjørelse kan ha potensielt stor betydning for begge parter i et arbeidsforhold. En nærmere vurdering av kjennelsens betydning beror imidlertid på en analyse av dens innhold og rekkevidde.

1.3 Metode og rettskilder

I avhandlingen benytter jeg alminnelig juridisk metode.

---

[22] Et erstatningskrav forutsetter imidlertid at arbeidstaker har lidt et økonomisk tap som følge av advarselen. Et slikt tap ble anført av arbeidstaker i HR-2018-492-U.

[23] Se kapittel 2 for nærmere redegjørelse av i hvilke situasjoner en arbeidsgiver kan ilegge advarsler.

Rettskildesituasjonen er derimot noe ulik for de to hovedproblemstillingene. Dette gjelder særlig kildetilfanget, og hvilke typer rettskilder som har vært tilgjengelige.

I forbindelse med den første problemstillingen er den sentrale rettskilden kjennelsen i HR-2018-492-U. Også de øvrige avgjørelsene jeg viser til for å belyse problemstillingen er kjennelser. Dette skyldes at spørsmålet om hvorvidt en advarsel skal tillates fremmet til realitetsbehandling er et prosessuelt spørsmål, ikke et materielt.[24] Ettersom denne type advarsler ikke tidligere har vært underlagt rettslig prøving, foreligger det ikke direkte relevant rettspraksis

Ettersom HR-2018-492-U er oppgavens primære rettskilde, er det nødvendig å gå grundig inn i avgjørelsen. Jeg har tatt utgangspunkt i et oppsett som ligner det som gjerne benyttes ved domsanalyser, og har vurdert Ankeutvalgets argumentasjon, samt analysert kjennelsens rekkevidde og vekt.

En utfordring er at rettskildebildet er relativt begrenset. I hovedsak skyldes dette to forhold. For det første behandler jeg primært advarslers betydning i arbeidsforhold der advarselsinstituttet ikke er lovregulert. Følgelig har det i begrenset grad vært mulig å ta utgangspunkt i lovtekst og lovforarbeider. For det andre er det kommet lite nytt rettskildemateriale etter at HR-2018-492-U ble avsagt. Jeg har likevel en viktig kilde i juridisk teori.[25] Det har imidlertid vært mye å utlede av formålsbetraktninger, særlig de formål advarselsinstituttet bygger på. Videre har reelle hensyn, og spesielt tradisjonelle vernehensyn utledet av partenes ulike posisjoner i arbeidsforholdet, vært viktig i drøftelsene. Tilfanget av tradisjonelle rettskilder er bredere når det gjelder spørsmålet om domstolers prøvingsretts av styringsrettsavgjørelser.

Ved drøftelsen av problemstillingen som omhandler lagring og sletting av advarsler, har tilgangen på tradisjonelle rettskilder vært bedre. Dette gjelder særlig i form av omfattende lovtekst, supplert med EUs direktiv med tilhørende fortalte. I tillegg til lovtekst har jeg kunnet se hen til Datatilsynets tolkning av personopplysningsloven, og deres uttalelser om hvordan lovverket skal forstås i arbeidsforhold, for eksempel i forbindelse med bruk av personalmapper.[26] Praksis på området består i hovedsak av avgjørelser avsagt av Personvernnemnda, publisert på deres hjemmesider. Disse avgjørelsene har mindre rettskildemessig vekt enn avgjørelser avsagt av domstolene, men gir likevel et bilde av hvordan regelverket forstås og praktiseres. Gyldigheten av Personvernnemndas vedtak kan prøves av domstolene.

---

[24] Jf. tvisteloven § 19-1 sml. første og annet ledd.

[25] Jeg har vært i kontakt med Marion Hirst, som har diskutert sine synspunkter med meg, og latt meg lese utkastet til en artikkel hun har skrevet om temaet. Artikkelen er foreløpig ikke publisert.

[26] Datatilsynet har kompetanse til å treffe avgjørelser for å bidra til at personvernregelverket etterleves, og jeg har derfor kunnet forholde meg til deres forståelse av regelverket, jf. Datatilsynet (udatert).

1.4 Avgrensninger

Tradisjonelt har advarslers betydning i arbeidsforhold først og fremst vært et tema i forbindelse med oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker. Dette har sammenheng med at når en arbeidstaker har fått en advarsel og senere blir sagt opp eller avskjediget, vil advarselen normalt trekkes inn i saklighetsvurderingen dersom det oppstår tvist om oppsigelsens eller avskjedens gyldighet. I denne avhandlingen har jeg imidlertid i begrenset grad fokusert på oppsigelses- eller avskjedssituasjoner, og advarslers betydning i denne sammenhengen er kun blitt behandlet i den grad det har vært nødvendig for å skape helhet i fremstillingen. Avgrensningen skyldes primært at temaet allerede er inngående behandlet i juridisk teori, og at det ligger på siden av den tematikken jeg ønsket å fokusere på.[27] Etter min vurdering ville dessuten en behandling av temaet fort bli for omfattende.

Videre har jeg i hovedsak tatt for meg de tilfeller der advarsler er gitt i medhold av arbeidsgivers styringsrett og ikke med særskilt hjemmel i lov. Jeg har derfor avgrenset mot de tilfellene der en arbeidstaker åpenbart vil ha et rettskrav, eksempelvis der en advarsel hevdes å være ulovlig etter diskrimineringsloven,[28] eller en ulovlig gjengjeldelse etter varsling om kritikkverdige forhold, for eksempel etter arbeidsmiljøloven § 2 A-2 eller skipsarbeidsloven § 2-7. På grunn av Høyesteretts argumentasjon i HR-2018-492-U har jeg likevel funnet det nødvendig å gå noe grundigere inn på ordensstraffer, som er en lovbestemt reaksjon. Grunnen til dette er at Ankeutvalget fremhever betydningen av advarslers sanksjonselement i vurderingen av hvorvidt det skal gis adgang til rettslig prøving. Sanksjonspregede advarsler skaper klare assosiasjoner til ordensstraffer.[29]

1.5 Videre fremstilling

I kapittel 2 gir jeg en innføring i advarselsinstituttet. Jeg vil her gå nærmere inn på hva slags situasjoner som kan gi advarselsadgang, krav til advarslers innhold og form, samt gi en oversikt over de sentrale rettsvirkningene. Kapittelet inneholder også en redegjørelse for arbeidsgivers kompetanse til å treffe avgjørelser i medhold av styringsretten. Hovedtyngden i avhandlingen ligger på kapittel 3. Dette kapittelet inneholder en gjennomgang og analyse av HR-2018-492-U. Det tas sikte på å undersøke hva som er rettstilstanden i kjølvannet av kjennelsen, samt å vise hvor langt domstolenes prøvingskompetanse rekker ved rettslig prøving av advarsler. I

[27] Temaet er behandlet i eksempelvis Dege (2009) s. 471-482, Jakhelln (2011) s. 981-983, Fanebust (2017) s. 249-254.

[28] Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

[29] Nærmere om dette i avhandlingens punkt 2.3.

kapittel 4 behandles reglene om, og praksis for, lagring og sletting av advarsler i personalmapper, og en vurdering av i hvilken grad et krav hjemlet i personvernlovgivning kan være et egnet alternativ til rettslig prøving. Kapittel 5 er avslutning og konklusjon.

2 ADVARSELSINSTITUTTET

2.1 Ileggelse av advarsler i arbeidsforhold

Med «advarsel» siktes det normalt til en arbeidsrettslig reaksjon fra arbeidsgiver rettet mot arbeidstaker som følge av brudd på plikter i arbeidsforholdet.[30] Arbeidsgiver har kompetanse til å ilegge advarsler med hjemmel i styringsretten.[31]

Som nevnt innledningsvis har advarsler særlig to formål. For det første sender den et tydelig signal til arbeidstaker om at denne har brutt arbeidsavtalen og/eller utvist uønsket opptreden, og er en klar oppfordring til å endre adferd. Advarselen kan inneholde eksplisitt melding om at en eventuell uendret opptreden kan lede til mer alvorlige arbeidsrettslige reaksjoner. For det andre vil en advarsel kunne dokumentere at uønskede forhold har funnet sted, hvilke grep arbeidsgiver ønsker at arbeidstaker tar for å bedre situasjonen, samt at arbeidstaker har blitt varslet om potensielle konsekvenser.[32] Den vil også kunne benyttes som bevis i en eventuell oppsigelses- eller avskjedsprosess. Det er imidlertid ikke et vilkår for gyldighet av en oppsigelse eller avskjed at en advarsel er gitt.[33]

En advarsel er ikke et entydig begrep i arbeidsretten.[34] Med dette menes at en advarsel kan ha flere funksjoner; den er typisk både «arbeidsgivers vurdering av et faktum» og «et disiplinærtiltak som innebærer en reaksjon på et mislighold av partenes avtale som regulerer arbeidsforholdet».[35] Ofte vil det også brukes ulik terminologi når det snakkes om advarsler. For eksempel vil både en «tilrettevisning» og «irettesettelse» være eksempler på arbeidsrettslige advarsler. En ordensstraff står imidlertid i en særstilling, ettersom den i tillegg til å være retningsgivende, vil «ha som siktemål å pådra tjenestemannen en sanksjon (…)».[36] Jeg vil redegjøre ytterligere for ordensstraffbegrepet under punkt 2.2.

---

[30] Jf. eksempelvis Dege (2009) s. 471.

[31] Jf. eksempelvis HR-2018-492-U avsnitt 28.

[32] Synspunktene bygger i stor grad på Fanebust (2017) s. 250-251.

[33] Jf. eksempelvis Rt. 1956 s. 578 og Rt. 2001 s. 1362.

[34] Dege (2009) s. 466.

[35] Jf. TOSLO-2007-78995.

[36] Jf. SOMB 2001-23, på s. 134.

I de fleste arbeidsforhold vil ikke advarselsinstituttet være lovregulert; hverken arbeidsmiljøloven eller skipsarbeidsloven har bestemmelser om dette. Eksempler på unntak er helsepersonelloven § 56,[37] som inneholder regler om i hvilke situasjoner helsepersonell kan ilegges advarsler, og statsansatteloven § 25,[38] som regulerer de tilfeller statsansatte og embetsmenn kan ilegges ordensstraff. [39] Lovregulering skaper føringer for form, innhold og forhold rundt ileggelse, mens manglende lovregulering i utgangspunktet vil gi arbeidsgiver større frihet. Ikke minst vil manglende lovregulering skape utfordringer knyttet til adgangen til å kreve rettslig prøving av advarsler, jf. HR-2018-492-U.

Advarselsadgangen er ikke underlagt eksplisitte formkrav, og advarsler kan ilegges både skriftlig og muntlig. Notoritetshensyn tilsier imidlertid skriftlighet.[40] Dette vil oftest også være i arbeidsgivers interesse, ettersom arbeidsgiver vil ønske å vise til de forholdene advarselen omhandler dersom det senere skulle oppstå tvist om oppsigelse eller avskjed. Skriftlighet vil da gjøre det lettere å dokumentere at de forholdene som påberopes, faktisk har funnet sted, og om arbeidstaker har innrettet seg etter advarselen. Videre vil skriftlighet bidra til å understreke for arbeidstaker at arbeidsgiver ser alvorlig på forholdet.[41] Dessuten legger jeg til grunn at en advarsel antakelig må foreligge i skriftlig form dersom den skal være gjenstand for rettslig prøving; et krav om å få kjent en muntlig og ellers uformalisert advarsel ugyldig vil neppe ha særlig praktisk betydning.[42]

Hva angår advarslers innhold, er det et minstekrav at den på en klar måte gir uttrykk for hvilke forhold den gjelder, og hva konsekvensene vil være dersom arbeidstaker ikke endrer adferd.[43] Dette gjelder særlig dersom den skal ha betydning i en oppsigelses- eller avskjedsvurdering; formuleringen må da være så klar at det «ikke er noen tvil om innholdet og konsekvensene ved å unnlate å følge denne.»[44] En mulig utfordring som følge av begrepsflertydighet og mangel på eksplisitte formkrav i lov er at det i enkelte tilfeller kan oppstå usikkerhet om arbeidsgivers reaksjon faktisk er en advarsel. Illustrerende for dette er LB-1999-01429, der arbeidstaker gikk til sak mot arbeidsgiver med krav om erstatning som følge av påstått urettmessig avskjed. Arbeidstaker anførte at avskjeden kom helt uventet på ham, og at arbeidsgiver ikke hadde gitt forutgående advarsler eller drøftet situasjonen med ham i forkant. Arbeidstaker fikk medhold

---

[37] Lov 2 juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

[38] Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

[39] Advarsler etter helsepersonelloven § 56 ilegges av tilsynsmyndigheter, ikke av arbeidsgiver. De kan dermed ikke uten videre sidestilles med advarsler som ilegges i andre arbeidsforhold.

[40] Fanebust (2017) s. 254.

[41] Fanebust (2017) s. 254.

[42] En advarsel kan imidlertid være ilagt muntlig, for eksempel på et møte med arbeidstaker, men senere nedfelles skriftlig, for eksempel i et møtereferat.

[43] Fanebust (2017) s. 255, Jakhelln (2011) s. 981, Dege (2009) s. 467.

[44] Dege (2009) s. 466.

av lagmannsretten. Et brev som arbeidsgiver hadde sendt til arbeidstaker der det ble uttrykt et ønske om «noe annen opptreden», hadde ikke blitt oppfattet som en advarsel av arbeidstaker. Lagmannsretten vurderte det heller ikke slik, ettersom brevet ikke indikerte «et ønske fra arbeidsgivers side om å avsluttet arbeidsforholdet». Jeg tolker rettens uttalelser som at de heller anså brevet som en form for uformell tilbakemelding fra arbeidsgiver. Brevet ville da heller ikke ha oppfylt kravene til å være en styringsrettsavgjørelse. Saken viser at det må formuleres klart hva som er intensjonen med advarselen, og hva slags konsekvenser arbeidstaker kan forvente dersom vedkommende ikke innretter seg.

Det er videre ikke slik at arbeidsgiver står helt fritt til å gi advarsler dersom han/hun føler for det; en advarsel må være foranlediget av en situasjon som er preget av et visst alvor. Dette kan forankres i forholdsmessighetsprinsipp som gjelder på hele arbeidsrettens område.[45] Prinsippet går ut på at det skal være forholdsmessighet mellom det en arbeidsgiver vil oppnå med et tiltak, og tiltakets konsekvenser for arbeidstaker. En advarsel er en reaksjon som kan få konsekvenser for arbeidstaker, jf. punkt 2.2 under. Det skal derfor bare benyttes der situasjonens alvor tilsier det. I mindre alvorlige situasjoner vil det derfor være ønskelig å forsøke å rettlede arbeidstaker på en annen måte. I vurderingen av hva slags type forhold som ikke burde kunne resultere i advarsler, avgrenser Dege (2009) mot de rent «bagatellmessige», og fastholder at advarselen må gjelde «(…) noe av betydning for virksomheten eller som uttrykk for arbeidstakers manglende evne eller vilje til å overholde sine forpliktelser».[46] Arbeidsgiver kan for eksempel ikke gi en advarsel for mindre alvorlige forhold kun for å sikre seg dokumentasjon til en eventuell oppsigelses- eller avskjedstvist.[47] Motsetningsvis vil det ved svært alvorlige forhold kunne være aktuelt å gå umiddelbart til oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker uten først å ilegge en advarsel.[48] Ved ileggelsen av en advarsel må dessuten arbeidsgiver følge grunnleggende saksbehandlingsregler. Dette innebærer at de blant annet må undersøke saken nøye, og før ileggelsen helst gi arbeidstaker mulighet til å uttale seg.[49] Dette følger også av at det å gi en advarsel er en styringsrettsavgjørelse, og styringsretten begrenses av allmenne saklighetsnormer.[50]

2.2 Rettslig betydning av advarsler

[45] Prinsippet er kodifisert i arbeidsmiljøloven § 9-1 som omhandler kontrolltiltak fra arbeidsgiver, men anses å være utslag av et generelt prinsipp, jf. eksempelvis Fougner (2013) s. 333.

[46] Dege (2009) s. 467.

[47] Johansen (2015) s. 788.

[48] Jf. eksempelvis Rt. 2001 s. 1362 på s. 1373, der arbeidstakers pliktbrudd var så «massive, åpenbare og vedvarende» at det ikke var nødvendig å gi advarsel før arbeidstaker ble avskjediget.

[49] Johansen (2015) s. 788.

[50] Rt. 2001 s. 418, på s. 427.

Ofte vil advarslers rettslige betydning først bli et tema i en oppsigelses- eller avskjedssituasjon, eller der det reises spørsmål om rettslig prøving av en advarsels rettmessighet. Det siste behandler jeg inngående i kapittel 3, og jeg går derfor ikke nærmere inn på det her.

Advarsler vil normalt påberopes av arbeidsgiver i en tvistesituasjon for å bevise at en oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker er saklig, men er ikke et vilkår for oppsigelsen eller avskjedens gyldighet.[51] Likevel vil arbeidstaker ofte ha fått advarsler i forkant av en slik situasjon. Grunnen til dette er at en beslutning om å gå til oppsigelse eller avskjed ikke skal komme uventet på arbeidstaker.[52] Det er også naturlig at en arbeidsgiver tilretteviser arbeidstaker ved å gi en advarsel før en benytter seg av en så «alvorlig og endelig» reaksjon som en oppsigelse.[53] En advarsel vil skape forutsigbarhet, og samtidig gi arbeidstaker mulighet til å unngå mer alvorlige reaksjoner. I forlengelsen av dette kan en arbeidsgiver, dersom han eller hun unnlater å reagere på negativ adferd fra arbeidstaker, for eksempel ved å ikke ilegge en advarsel, risikere at en avgjørelse om å gå til avskjed eller oppsigelse anses som en uforholdsmessig reaksjon.[54] Passivitet kan altså få konsekvenser for arbeidsgiver.

Dersom arbeidsgiver først velger å adressere uønsket adferd med å gi en advarsel, kan arbeidsgiver i utgangspunktet ikke gå til oppsigelse eller avskjed uten at det oppstår nye uønskede forhold. Dette er fordi det normalt ikke vil være saklig å bruke flere reaksjoner samtidig på samme forhold. En reaksjon stenger for en annen, og arbeidsgiver må derfor velge hvilken som er mest hensiktsmessig i den aktuelle situasjonen. Arbeidsgiver har likevel anledning til å legge vekt på tidligere advarsler dersom det senere skulle oppstå nye uønskede forhold. Dette fremgår blant annet av RG-1997-11 (Borgarting), som gjaldt spørsmål om hvorvidt en avskjedigelse av en statlig tjenestemann var gyldig. Retten uttalte at:

> «[d]et er unødvendig å ta standpunkt til om de forhold som lå til grunn for de to advarsler som A er meddelt, kunne ha berettiget til avskjed. *Forsvaret valgte å nøye seg med å gi advarsel og er bundet av dette.* En annen ting er at etter disse to advarsler, hvor den siste var meget alvorlig, vil ethvert *senere brudd på tjenesteplikt lett begrunne avskjed.* Det vil *særlig* gjelde brudd av den karakter som har begrunnet advarslene.»
> (min kursivering)

---

[51] Saklighetskravet fremgår blant annet av arbeidsmiljøloven § 15 første ledd.

[52] Hirst (2017) s. 230 peker på at rimelighetsbetraktninger i dag er sentrale i vurderingen av om en oppsigelse er saklig, jf. aml. § 15-7. I denne rimelighetsvurderingen kan det innfortolkes at en oppsigelse ikke kan komme uventet på arbeidstaker.

[53] Andersen (1967) s. 285.

[54] Se Rt. 2005 s. 518, se premiss 59-61.

Uttalelsene viser at dersom det oppstår nye forhold etter at arbeidsgiver har benyttet seg av advarsel som reaksjon, og det blir aktuelt å gå til oppsigelse eller avskjed, vil tidligere ilagte advarsler kunne ha betydning for saklighetsvurderingen.[55] Jo mer alvorlige forhold som lå til grunn for advarselen, jo mindre «nytt» vil kreves for å kunne gå til oppsigelse/avskjed av arbeidstakeren.[56] Tidligere advarsler vil videre kunne tillegges større vekt dersom de forhold som fører til oppsigelse eller avskjed er av samme type som arbeidstaker tidligere har fått advarsler for. Bakgrunnen er at dette kan tyde på at arbeidstaker, til tross for å ha fått en advarsel, ikke ønsker å innrette seg.[57] Som eksempel på en slik situasjon kan nevnes Rt. 2002 s. 273, som gjaldt avskjed av en professor på grunn av seksuell trakassering av andre ansatte. Professoren hadde fått flere advarsler. Retten uttalte at: «[k]renkelsene må anses som grove fordi A helt ignorerte advarselen og tilrettevisningen selv om han var klar over hva universitetet forventet av ham.»[58] Dersom det er gitt en advarsel, er det imidlertid viktig at arbeidstaker har fått tid til å innrette seg etter den før arbeidsgiver velger å gå til oppsigelse.[59]

I en oppsigelses- og avskjedsvurdering vil domstolene ha full prøvelsesrett, hvilket innebærer at de kan prøve alle sider av avgjørelsen.[60] Dersom en arbeidstaker ikke er enig i at en advarsel er rettmessig, vil arbeidstaker kunne be om at deres innvendinger dokumenteres og lagres sammen med advarselen, for eksempel i personalmappen. I en senere tvist om gyldigheten av en oppsigelse eller avskjed vil domstolene kunne prøve advarselens rettmessighet, og i forlengelse av det om advarselen skal tillegges vekt i saklighetsvurderingen. En eventuell advarsel altså kan være underlagt full prøving som del av en oppsigelses- eller avskjedssituasjon. Bevisbyrden hviler da på arbeidsgiver.[61]

2.3 Ordensstraff

Som nevnt i punkt 2.1 er ordensstraff en type advarsel som skiller seg fra tilrettevisninger og irettesettelser ved at de i tillegg til retningsgivende uttalelser inneholder et sanksjonselement.

[55] Jf. også eksempelvis Rt.1982 s. 1729, Rt. 2001 s. 1362, Rt. 2001 s. 1589, Rt. 2002 s. 273.
[56] Rt. 1982 s. 1729 s. 1735.
[57] Rt. 2001 s. 1362 s. 1377.
[58] Rt. 2002 s. 273, på s. 281.
[59] Fanebust (2017) s. 253.
[60] Dette fremgår av Rt. 1984 s. 1058, på s. 1067.
[61] Jakhelln (2011) s. 982.

Hensikten med en ordensstraff er å «avgjøre de angivelig kritikkverdige forhold med en sanksjon» i motsetning til å kun «tilrettevise og advare».[62] Begrepet ble først benyttet i tjenestemannsloven av 1918,[63] som ble fulgt opp i tjenestemannslovene av 1977[64] og 1983[65], og begrepet benyttes i dag i statsansatteloven § 25. Loven regulerer arbeidsforhold for statlige arbeidstakere, jf. § 1 første ledd. Etter dagens statsansattelov kan ordensstraff i form av skriftlig tilrettevisning kun ilegges embetsmenn, jf. § 25 tredje ledd bokstav a.[66] For statsansatte kan det gis ordensstraff i form av tap av ansiennitet eller omplassering til annen stilling, jf. bestemmelsens andre ledd. Arbeidsgiver har også anledning til å gi advarsler til alle statsansatte med hjemmel i styringsretten, men en slik advarsel vil ikke være en ordensstraff.[67]

En ordensstraff som er gitt med hjemmel i statsansatteloven, vil være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. § 2 annet ledd annet punktum. Dette gjelder imidlertid også advarsler som er gitt i andre offentlige arbeidsforhold, og som etter en «konkret vurdering av de reelle forholdene» kan karakteriseres som en ordensstraff.[68] Dette kommer jeg tilbake til under. En ordensstraff vil være underlagt forvaltningslovens regler om eksempelvis klage og saksbehandling.

Hverken statsansatteloven eller forvaltningsloven inneholder en legaldefinisjon av ordensstraffbegrepet. Statsansatteloven § 25 legger likevel føringer for i hvilke situasjoner en ordensstraff kan ilegges i statlige arbeidsforhold, og hva slags reaksjoner som er ordensstraffer for henholdsvis embetsmenn og andre statsansatte. Det fremgår imidlertid av rettspraksis og uttalelser fra Sivilombudsmannen at også reaksjoner ilagt i øvrige offentlige ansettelsesforhold etter en konkret vurdering kan karakteriseres som ordensstraffer, selv der ansettelsesforholdet er regulert av lovverk som ikke har regler om ordensstraffer. I Rt. 2003 s. 480 ble en kommunalt ansatt lærer ilagt en advarsel av arbeidsgiver. Læreren ønsket å gå til sak om advarselens rettmessighet, og mente at advarselen hadde et så klart sanksjonspreg at den etter sitt innhold var å regne som en ordensstraff. Arbeidsgiver mente derimot at ordensstraffer bare kunne ilegges med hjemmel i lov. Slik hjemmel fulgte av tjenestemannsloven (1983), men gjaldt kun for statlige

---

[62] RG 1998 s. 1650 (Borgarting). Avgjørelsen gjaldt hvorvidt en skriftlig tilrettevisning var en ordensstraff etter tjenestemannsloven (1983) § 14 annet ledd.

[63] Lov 15. februar 1918 nr. 1 om offentlige tjenestemænd (tjenestemannsloven). Opphevet.

[64] Lov 10. juni 1977 nr. 65 om statens tjenestemenn (statstjenestemannsloven). Opphevet.

[65] Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven). Opphevet.

[66] Sml. Tjenestemannsloven (1983) § 14 annet ledd, der det fremgår at ordensstraff i form av skriftlig irettesettelse kan ilegges både embets- og tjenestemenn

[67] Jf. Prop. 94 L (2016–2017) s. 216.

[68] Jf. Rt. 2003 s. 480. Saken gjaldt en kommunalt ansatt lærer som ble ilagt en advarsel, som etter en konkret vurdering ble ansett å være en ordensstraff.

ansatte. Etter deres syn var advarselen derfor ikke en ordensstraff, og heller ikke et forvaltningsvedtak. Høyesterett la til grunn at det var en forutsetningen for prøving at advarselen var å regne som en ordensstraff etter forvaltningsloven.[69] I sin vurdering tok retten først stilling til om ileggelse av ordensstraffer krevde lovhjemmel, og besvarte dette benektende. Av forvaltningsloven § 2 annet ledd første punktum fremgår det at det er «offentlig tjenestemann» som kan ilegges ordensstraffer som er enkeltvedtak. I § 2 første ledd bokstav d er en «offentlig tjenestemann» definert som en som er «ansatt i statens eller kommunens tjeneste». I utgangspunktet kan altså også kommunale tjenestemenn ilegges ordensstraffer som er enkeltvedtak. Forutsetningen for at advarselen skal regnes som ordensstraff er imidlertid, slik Høyesterett formulerte det, at advarselen «griper inn i tjenestemannens rettigheter og plikter».[70] Deretter tok utvalget stilling til om den konkrete advarselen etter sitt innhold var å regne som en ordensstraff. Det ble tatt utgangspunkt i uttalelser fra Sivilombudsmannen, der det fremgikk at «[S]pørsmålet om det foreligger en tjenestlig tilrettevisning eller ordensstraff må avgjøres ut fra en skjønnsmessig totalvurdering av de *reelle forhold*.»[71] I en slik vurdering stod advarselens formål sentralt, samt «hvor inngripende og betydningsfull forføyningen er i forhold til den enkeltes arbeidsforhold». Høyesterett sluttet seg her til lagmannsrettens vurdering om at «irettesettelsens innhold og form synes snarere å være ment som en sanksjon på mislighold enn en retningsgivende avklaring for arbeidsforholdet».[72] Konklusjonen ble at advarselen kunne karakteriseres som en ordensstraff.

Denne avgjørelsen, og uttalelsene fra Sivilombudsmannen, tyder på at advarsler som er gitt i offentlige arbeidsforhold som ikke reguleres av statsansatteloven, kan være ordensstraffer på bakgrunn av en konkret vurdering. Altså vil forvaltningsloven § 2 annet ledd annet punktum omfatte alle former for ordensstraff i statstjeneste som gjaldt etter daværende tjenestemannslov (1983), inkludert skriftlige irettesettelser.[73]

Etter min mening kan dette skape usikkerhet rundt hvor mye eller lite som skal til for at en advarsel skal være en ordensstraff, og i hvilke arbeidsforhold denne reaksjonen kan benyttes. Innenfor avhandlingens kontekst er det behov for å avklare dette spørsmålet av særlig to grunner. *For det første* vil en advarsel gitt i offentlige arbeidsforhold som er en ordensstraff, også være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 annet ledd annet punktum. Gyldigheten av et enkeltvedtak vil normalt være et rettskrav etter tvisteloven § 1-3, som domstolene kan prøve.[74] Følgelig har reaksjonen stor betydning for partenes rettsstilling, og deres mulighet til å vareta

[69] Jf. Rt. 2003 s. 480, i avsnitt 19.
[70] Rt. 2003 s. 480, i avsnitt 20.
[71] SOMB 2001-23, på s. 135.
[72] Rt. 2003 s. 480 premiss 22, jf. RG-2003-544 (Frostating).
[73] Bernt (2017) note 47.
[74] Schei (2013) s. 22.

sine interesser. *For det andre* har det betydning for i hvilke typer arbeidsforhold en ordensstraff kan ilegges. Selv om begrepet «ordensstraff» som sådan viser til en reaksjon som kun benyttes i offentlige arbeidsforhold, mener jeg likevel at spørsmålet har betydning ved vurderingen av rekkevidden av Høyesteretts kjennelse HR-2018-492-U, som gjaldt et privat ansettelsesforhold. Dette vil jeg komme tilbake til i punkt 3.2.2 og 3.2.3.

Ordensstraffer kan være svært inngripende for arbeidstaker. Dette er muligens en av grunnene til at det er et skille mellom denne typen reaksjon og øvrige advarsler som kan gis med hjemmel i styringsretten. I offentlige arbeidsforhold har arbeidstaker et ekstra vern der han/hun ilegges en ordensstraff, både ved at vedkommende kan påberope seg saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, og ved at rettskravsvilkåret i tvisteloven § 1-3 oppfylles.

Spørsmålet er imidlertid hva som er forholdet mellom ordensstraffbegrepet og øvrige sanksjonspregede advarsler i private arbeidsforhold. Av Rt. 2003 s. 480 følger det at det var de reelle forholdene som var avgjørende for om en advarsel var en ordensstraff eller ikke. Høyesterett tok utgangspunkt i en materiell, heller enn en formell, vurdering. Advarsler med sanksjonspreg kan også forekomme utenfor offentlige arbeidsforhold. Faktisk kan det i HR-2018-492-U se ut som om Høyesterett nærmest forutsetter at advarsler i private arbeidsforhold må ha et tydelig sanksjonspreg for at det skal være adgang til rettslig prøving.[75] Også i tidligere avgjørelser, der adgangen til rettslig prøving har blitt vurdert, virker det som om det kreves at advarselen må ha et sanksjonspreg.[76] I private arbeidsforhold vil arbeidstaker imidlertid ha et svakere vern ved ileggelser av slike advarsler, i forhold til i det offentlige. Arbeidstaker vil for det første ikke kunne påberope seg reglene i forvaltningsloven. For det andre kan det være vanskelig å få prøvd advarselens gyldighet rettslig.[77] Etter min mening tilsier vernehensyn at det burde foreligge klar hjemmel ved ileggelse av slike advarsler. En slik hjemmel foreligger, som vist, ikke i private arbeidsforhold; arbeidsgivers styringsrett er ulovfestet, og adgangen til å ilegge advarsler, samt regler om advarslers innhold, er ikke regulert i formell lov.

2.4 Kort om styringsretten som hjemmelsgrunnlag

Arbeidsgiver kan ilegge advarsler med hjemmel i styringsretten. Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i HR-2018-492-U.

[75] Jf. HR-2018-492-U, i avsnitt 31.

[76] Jf. RG 2003 s. 914 (Gulating).

[77] Nærmere om bakgrunnen for dette i avhandlingens kapittel 3.

Som det fremgår av innledningen siktes det med «styringsrett» til den retten arbeidsgiver har til å ensidig treffe avgjørelser som direkte eller indirekte har innvirkning for arbeidsforholdet og arbeidstaker.[78] Denne kompetansen utledes av partenes ulike posisjoner i arbeidsforholdet; ved inngåelsen av arbeidsavtalen er arbeidstaker i et underordningsforhold i forhold til arbeidsgiver. Det er arbeidsgiver som styrer produksjonsmidlene, mens arbeidsgiver stiller sin personlige arbeidskraft til rådighet. Dette gir arbeidsgiver et behov for å kunne ta avgjørelser om arbeidsforholdet. Også arbeidsavtalens preg av å være en «ufullstendig kontrakt» kan forklare behovet for en slik kompetanse som styringsretten gir arbeidsgiver.[79] Ettersom arbeidsforhold ofte er langvarige kontraktrelasjoner kan det være vanskelig å regulere det uttømmende ved avtaleinngåelsen. Det vil derfor være behov for suppleringer og endringer i løpet av arbeidsforholdet.

Styringsretten innebærer en rett for arbeidsgiver til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet», og er et selvstendig rettsgrunnlag.[80] Derimot er den ikke uavhengig av andre rettsgrunnlag. Styringsrettens innhold begrenses i stor grad av andre grunnlag, og Evju har med det som utgangspunkt betegnet styringsretten som en «restkompetanse».[81] Begrensningene følger av lovgivning, arbeidsavtalen og tariffavtaler.[82] Styringsretten begrenses også av materielle saklighetsnormer. [83] Begrensningene kan være både av materiell og prosessuell art, altså kan de rette seg mot både hva og hvordan arbeidsgiver kan treffe beslutninger.[84]

Innledningsvis ble det nevnt at arbeidsgivers avgjørelseskompetanse kan være autonom og heteronom, ofte også henvist til som henholdsvis foretaksledelse og arbeidsledelse.[85] Den første kategorien retter seg mot de tilfeller der arbeidsgiver treffer avgjørelser som gjelder for virksomheten, mens den andre gjelder avgjørelser som er bindende for kontraktsmotparten. Der avgjørelsen er et utslag av arbeidsgivers autonome kompetanse vil det strengt tatt ikke være snakk om styringsrettsutøvelse, ettersom arbeidsgiver i realiteten treffer avgjørelser som binder seg selv og egne produksjonsmidler. Dette skillet mellom autonom og heteronom kompetanse

[78] Skjønberg (2017) s. 96
[79] Evju (2010) s. 31.
[80] Rt. 2000 s. 1602 Nøkk, på s. 1609.
[81] Evju (2003) s. 21. Høyesterett benytter seg også av termen i Rt. 2001 s. 418, på s. 427.
[82] Skjønberg (2017) s. 100.
[83] Rt. 2001 s. 418, på s. 427.
[84] Skjønberg (2017) s. 100.
[85] Skjønberg (2017) s. 99.

til å treffe avgjørelser, kan derfor omtales som styringsrett i «vid» og «snever» forstand.[86] Beslutninger om å gi arbeidstaker en advarsel er en form for arbeidsledende beslutning, som arbeidsgiver treffer i kraft av sin heteronome kompetanse.

Det må imidlertid presiseres at ikke all kommunikasjon fra arbeidsgiver til arbeidstaker som uttrykker misnøye kan anses som en styringsrettsbeslutning; det må oppstilles et skille mellom de tilfellene det kun er snakk om informasjonsutveksling mellom kontraktsparter, og der det er snakk om en reell beslutning om å gi en advarsel. En informasjonsutveksling vil kunne være en uformell form for rettledning av arbeidstaker, eller en påminnelse om hva slags plikter som følger av ansettelsesavtalen. Hvor grensen skal trekkes, er selvsagt vanskelig å si generelt. Men jeg tar utgangspunkt i at advarsel som «styringsrettsutøvelse» må dreie seg om en advarsel som har rettslige eller faktiske virkninger for arbeidstaker.[87] Denne avgrensningen har betydning for diskusjonen av domstolenes prøvingskompetanse, ettersom prøving i utgangspunktet forutsetter at det er snakk om en styringsrettsavgjørelse.

[86] Hotvedt (2016) s. 216-217. Når jeg i avhandlingen omtaler styringsrettsutøvelse, sikter jeg med det til styringsrettsutøvelse i snever forstand.

[87] Sml. Skjønberg (2019) s. 213-218.

3 RETTSLIG PRØVING AV ADVARSLERS GYLDIGHET I LYS AV HR-2018-492-U

3.1 Innledende bemerkninger

Problemstillingen i dette kapittelet er hvilken betydning avgjørelsen i HR-2018-482-U har for adgangen til å prøve advarslers gyldighet rettslig. Svaret på dette bror i stor grad på en klarlegging av kjennelsens innhold og rekkevidde. Min analyse av kjennelsen vil være tredelt; først vil jeg kort presentere saksforholdet og Høyesteretts argumentasjon for å belyse hvordan de begrunnet sitt resultat. Deretter vil jeg drøfte avgjørelsens vekt og rekkevidde. Siste del vil bestå av oppsummering og en vurdering av rettstilstanden som er skapt med kjennelsen. Disse ulike elementene vil tidvis gli noe over i hverandre.

Et annet sentralt spørsmål som jeg vil redegjøre for i dette kapittelet, er hvor langt domstolene kan gå i prøvingen av en advarsel, dersom det først gis adgang til rettslig prøving. Svaret på dette beror på hvor langt domstolenes kompetanse rekker ved prøving av styringsrettsavgjørelser, og vil drøftes under punkt 3.4.

3.2 HR-2018-492-U

3.2.1 Saksforhold og argumentasjon

Saken gjaldt en overstyrmann (A) ansatt i Torghatten Nord AS (heretter Torghatten), et firma som drev kollektivtransport på sjøen ved bruk av ferger og hurtigbåter. I perioder med ferieavvikling hadde A også vikariert som kaptein. Etter hvert oppstod det konflikt mellom A og en av kapteinene, og i kjølvannet av konflikten ble A ilagt en skriftlig advarsel. Arbeidsforholdet var regulert av skipsarbeidsloven, som ikke inneholder regler om advarsler. Advarselen adresserte alvorlige forhold, herunder brudd på taushetsplikt, ordrenekt, og krenkende seksuell adferd overfor en kvinnelig ansatt.[88] A anførte at advarselen ikke bygget på riktig faktisk grunnlag, og at den hadde karakter av å være en ulovlig gjengjeldelse, gitt som reaksjon på at A tidligere hadde varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.[89] A gikk til sak mot Torghatten med

[88] Forholdet som omhandlet ordrenekt ble senere fjernet fra advarselen.

[89] Partenes anførsler er i begrenset grad gjengitt, og anførselen om at advarselen bygger på feil faktisk forhold, fremgår ikke eksplisitt. Jeg har vært i kontakt med As prosessfullmektig, og fått tilsendt anken til Høyesterett, der anførselen fremgår: «Det som er tvistetema for anken er om en skriftlig advarsel i arbeidsforhold kan prøves for retten, med den begrunnelse at den arbeidstaker som er ilagt advarselen pretenderer at det faktiske grunnlaget for advarselen er feil.» Arbeidstakers pretensjoner om ulovlig gjengjeldelse fremgår av kjennelsens avsnitt 21 og 32.

krav om erstatning og tilbaketrekking av advarselen. Saken ble avvist i tingretten og lagmannsretten på det grunnlag at A ikke hadde rettslig interesse i å få prøvd advarselen for domstolene. Saken ble anket til Høyesterett. Ankeutvalget kom til at erstatningskravet skulle tillates fremmet, og at A hadde rettslig interesse i å få prøvd advarselens gyldighet.[90]

Ankeutvalget tok separat stilling til erstatningskravet, og hvorvidt A hadde rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3, og dermed kunne kreve prøvd advarselens gyldighet. Hovedtyngden av drøftelsen gjaldt hvorvidt advarselen var et rettskrav.

I vurderingen av kravet om prøving av advarselens gyldighet startet Høyesterett med å klargjøre de rettslige utgangspunktene for tolkningen av tvisteloven § 1-3. Etter bestemmelsens ordlyd, poengterte retten, kan det reises sak for domstolene «om rettskrav». Ankeutvalget supplerte deretter ordlyden med juridisk teori og forarbeider. Av juridisk teori utledet retten at et «rettskrav» var en søksmålsgjenstand som hadde karakter av å være et «krav», at kravet måtte være «regulert av rettsregler», samt at den interessen som «blir håndhevd gjennom søksmålet må være beskyttet av de reglene som kravet er basert på».[91] Av forarbeidene til tvisteloven fremgikk det imidlertid at regelens utforming og formål åpnet for at en «nærmere forståelse av bestemmelsen vil kunne endre seg over tid.», og at det i grensetilfeller måtte være avgjørende om det var «naturlig og rimelig» at tvisten skulle bringes for domstolene.[92] Utgangspunktet etter bestemmelsen var altså at et krav måtte være regulert av rettsregler for å være et rettskrav, men at det i grensetilfeller kunne legges vekt på rimelighet, og at bestemmelsen kunne tolkes dynamisk.

Videre tok Høyesterett stilling til tidligere rettspraksis, og trakk fram kjennelsene Rt. 1996 s. 827, og Rt. 2003 s. 480. Den første saken gjaldt en lege som hadde fått en advarsel etter legeloven § 52,[93] og den andre omhandlet en kommunalt ansatt lærer som hadde fått en formell advarsel som, etter konkret vurdering, var å regne som en ordensstraff. I begge sakene kom Høyesterett til at arbeidstaker hadde adgang til å prøve advarselens gyldighet rettslig. Høyesterett påpekte at saksforholdet var annerledes i disse sakene, ettersom den første gjaldt en lovregulert advarsel, og den andre omhandlet et offentlig arbeidsforhold. Ankeutvalget trakk likevel fram sentrale synspunkter fra avgjørelsene. Det ble særlig fremhevet at rettssikkerhetshensyn kunne tilsi rettslig prøving, og at arbeidstaker kunne ha et særlig behov for beskyttelse der det

[90] Det ble etter dette inngått forlik mellom partene, og spørsmålet om advarselens gyldighet ble derfor ikke rettslig behandlet.

[91] Jf. kjennelsens avsnitt 18, jf. Skoghøy (2017) s. 382.

[92] Jf. kjennelsens avsnitt 18, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 364.

[93] Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger (legeloven). Opphevet. I dag reguleres tilsvarende situasjoner i helsepersonelloven.

var snakk om formaliserte advarsler med et alvorlig innhold, eller der en advarsel kunne medføre konsekvenser for arbeidsforholdet. Det siste argumentet kunne spesielt gjøre seg gjeldende der en advarsel var mer å anse som en «sanksjon på mislighold enn en retningsgivende avklaring for arbeidsforholdet».[94]

Utvalget pekte videre på at arbeidsgiver kan gi advarsler i medhold av styringsretten, og at styringsrettsavgjørelser kan prøves rettslig.[95] Også dette argumentet trakk i retning av at advarselen kunne være et rettskrav. Særlig gjaldt dette fordi A hadde anført at arbeidsgiveren ved styringsrettsutøvelsen hadde brutt ulovfestede saklighetsnormer, hvilket er et grunnlag som begrenser arbeidsgivers styringsrett, og som domstolene kan prøve.[96]

På denne bakgrunn kom Ankeutvalget til at et krav om tilbaketrekking av en advarsel «etter omstendighetene» kunne være et rettskrav.[97] Det måtte likevel oppstilles to forutsetninger: for det første måtte søksmålet være anlagt «innen rimelig tid» etter at advarselen ble gitt. [98] For det andre måtte det avgrenses mot «mer uformelle uttalelser, tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver som ikke kan anses som sanksjoner». I den konkrete vurderingen fremhevet retten at det her var snakk om en advarsel som var kommet skriftlig til uttrykk, og at den gjaldt «alvorlige forhold», som kunne få potensielt store konsekvenser for As arbeidsforhold. Til sist ble det fremhevet at advarselen bar preg av å være en ulovlig gjengjeldelse. Etter en samlet vurdering var konklusjonen at advarselen var et rettskrav.

De øvrige kravene til rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3 var også oppfylt: tilknytningsvilkåret var «utvilsomt» oppfylt, og ettersom advarselen allerede hadde fått faktiske konsekvenser for As arbeidsforhold, var også aktualitetsvilkåret oppfylt.[99] Det ble konkludert med at A hadde rettslig interesse i å kreve tilbaketrekking av advarselen.

Høyesterett kom også til at As erstatningskrav skulle tillates fremmes. Vurderingen tok utgangspunkt i As anførsel om at advarselen var en «ren gjengjeldelse» fordi A hadde varslet om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.[100] Ved ulovlige gjengjeldelser har arbeidstakeren krav på erstatning etter skipsarbeidsloven § 2-7. Erstatningskravet var dermed et rettskrav.

---

[94] Rt. 2003 s. 480, i avsnitt 22.

[95] Kjennelsens avsnitt 28 og 30.

[96] Jf. Rt. 2001 s. 418.

[97] Kjennelsens avsnitt 31.

[98] Her viser Høyesterett til kjennelse i Rt. 2010 s. 897 avsnitt 23, der en arbeidstaker blant annet fremsatte krav om at to oppsigelser fra henholdsvis 2002 og 2006 skulle kjennes ugyldige. Høyesterett kom til arbeidstaker ikke lenger hadde rettslig interesse.

[99] Kjennelsens avsnitt 33.

[100] Jf. kjennelsens avsnitt 21

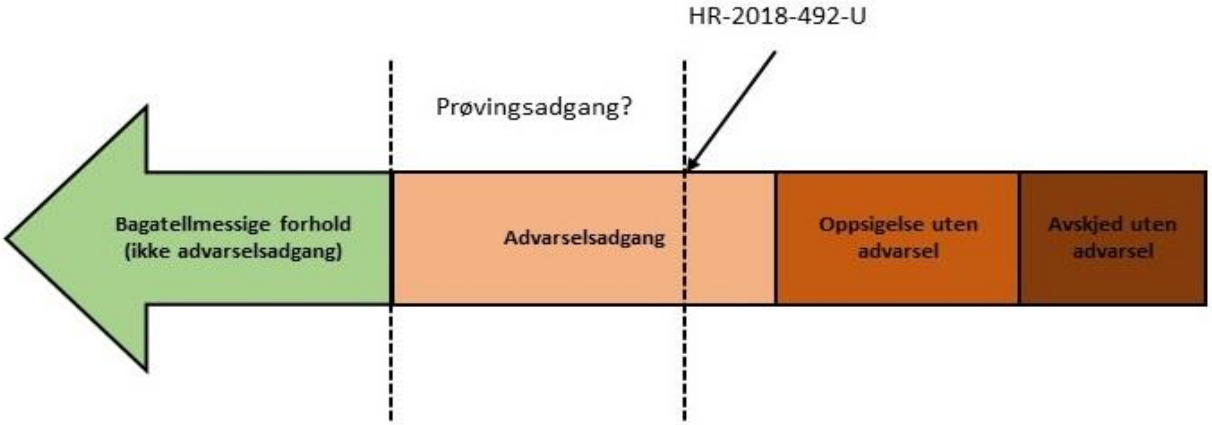
3.2.2 Hvor langt rekker HR-2018-492-U?

I det følgende vil jeg søke å klarlegge kjennelsens rekkevidde, med andre ord ta stilling til avgjørelsens prejudikatverdi. Med «prejudikatsverdi» siktes det til spørsmålet om i hvilken grad en avgjørelse kan brukes til å avgjøre generelle spørsmål.[101]

Slik jeg ser det er det særlig tre forhold som gjør kjennelsens rekkevidde uklar.

For det første er kjennelsen svært konkret begrunnet, og i stor grad forankret i rimelighetshensyn. Som nevnt i punkt 3.2.1 fremgikk det av forarbeidene til tvisteloven at det i vurderingen av hva som skal anses som et rettskrav i grensetilfeller måtte være avgjørende om det er «naturlig og rimelig» å bringe tvisten for domstolene.[102] I avgjørelsen kan det synes som at Høyesterett har lagt stor vekt på å oppnå et rimelig resultat for A. Utvalget trekker særlig fram at advarselen hadde et alvorlig innhold, og dens konkrete betydning for arbeidsforholdet. En argumentasjon som tar utgangspunkt i rimelighetshensyn kan bidra til å begrense en avgjørelses rekkevidde, fordi når resultatet i hovedsak er konkret begrunnet, kan det være vanskelig å utlede generelle rettsgrunnsetninger fra den.

For det andre gjelder avgjørelsen en sak med et noe spesielt faktum, der advarselen tok for seg forhold som seksuell trakassering, ordrenekt og brudd på taushetsplikt. Som det fremgår av kapittel 2 er ileggelser av advarsler en reaksjon som kun bør benyttes i situasjoner som er preget av en viss alvorlighetsgrad. Svært forenklet kan man si at det vil gjelde en slags grovmasket alvorlighetsskala, jf. hjelpefigur nr. 1.



HJELPEFIGUR 1

[101] Jeg legger til grunn Eckhoffs forståelse av prejudikatlæren, slik den er formulert i Eckhoff (2001) s. 164-171. Juridisk teori omtaler gjennomgående prejudikater som «avgjørelser» avsagt enten av domstolene eller bare av Høyesterett, og jeg legger derfor til grunn at også kjennelser omfattes av ordet «prejudikat» og kan ha prejudikatverdi.

[102] Kjennelsens avsnitt 18.

(På skalaen har jeg skjønnsmessig plassert HR-2018-492-U).

Nederst kommer bagatellmessige forhold, som ikke er nok til å gi advarsel. Deretter kommer situasjoner som er så alvorlige at ileggelse av advarsel er en legitim reaksjon, og til slutt situasjoner som er så alvorlige at det vil bli aktuelt å gå til oppsigelse eller avskjed uten å gå veien om advarsler. Situasjonen i HR-2018-492-U gjaldt utvilsomt forhold som var alvorlige nok til å gi en advarsel, men vil nok også skille seg fra mange andre saker der arbeidstaker har fått advarsler. Kjennelsen reiser spørsmål om et forhold må være så alvorlig som det foreliggende for at det skal gis adgang til rettslig prøving.[103]

For det tredje fremstår kjennelsen som uklar når det gjelder hva slags advarsler som kan være gjenstand for rettslig prøving. Her er det særlig formuleringene i avsnitt 31 som skaper uklarheter, der det fremgår at det må avgrenses mot «mer uformelle uttalelser», og «tilrettevisninger eller tilbakemeldinger fra arbeidsgiver som ikke kan anses som sanksjoner».[104] Dette reiser spørsmål om hvor man skal trekke den nedre grensen for hvilke advarsler som skal kunne prøves. Spørsmålet er når en advarsel regnes for å være en «uformell uttalelse». Et annet spørsmål er om det kun er advarsler som er sanksjoner som kan prøves, og hva dette i så fall innebærer.

Det ville her vært oppklarende om Høyesterett hadde klarlagt nærmere hva som skal være relevant ved grensedragningen mellom «uformell uttalelse» og formell advarsel. Dette gjelder særlig ettersom advarselsinstituttet ikke er lovregulert. Fra kjennelsen kan det utledes at advarselen i det minste må ha et formalisert preg.[105]Advarsler kan som nevnt ilegges både skriftlig og muntlig. I kapittel 2 forutsatte jeg imidlertid at rettslig prøving antakelig krever at advarselen foreligger i skriftlig form; ved muntlige advarsler ville kravet i realiteten være at arbeidsgiver skal «trekke tilbake» et utsagn, og vil neppe være praktisk. Bevishensyn støtter også en slik forståelse. Imidlertid hender det at en advarsel som gis muntlig, blir dokumentert skriftlig i ettertid. Dette må være nok til å gi et tilstrekkelig formalisert preg, og åpne for prøving. Videre er det naturlig å anta at i de tilfeller det finnes interne retningslinjer eller håndbøker på arbeidsplassen, og en advarsel oppfyller de formelle kravene i disse, vil den ikke kunne regnes som en «uformell tilbakemelding». Utover dette vil den aktuelle tilbakemeldingen til arbeidstaker måtte tolkes konkret for å avgjøre om den er en «uformell uttalelse» eller en formell advarsel. Etter min mening gjør dette det vanskelig å vite hvilke advarsler som omfattes av Ankeutvalgets uttalelse i avsnitt 31, hvilket begrenser rekkevidden.

---

[103] Som det også påpekes av Hirst (2019) s. 12 (upublisert) kan også det at arbeidstaker og arbeidsgiver i denne saken var uenige om faktiske forhold ha bidratt til at Ankeutvalget var mer innstilt på å tillate prøving.

[104] Jf. også Hirst (2019) s. 11 (upublisert).

[105] Jf. Utvalgets vurdering av Rt. 1996 s. 827, i kjennelsens avsnitt 25.

Videre er spørsmålet hva som ligger i formuleringen «som ikke kan anses som sanksjoner». Dette er et spørsmål om advarslers innhold og virkning. For å klarlegge hvor denne grensen går, er det relevant å se nærmere på Høyesteretts bruk av rettspraksis. Som nevnt over viste Høyesterett særlig til Rt. 1996 s. 827, og Rt. 2003 s. 480. Et poeng som trekkes fram i begge avgjørelsene, er at den ilagte advarselen kunne få stor betydning for arbeidstaker. I Rt. 1996 s. 827 var advarselen en «formalisert reaksjon» etter legeloven, som kunne få «vidtrekkende betydning for vedkommende lege».[106] I Rt. 2003 s. 480 bar advarselen preg av å være en «sanksjon på mislighold», og ikke en retningsgivende avklaring.[107] Utvalget i HR-2018-492-U tolket siste avgjørelse som at advarselen «åpenbart kunne være av stor betydning for arbeidstakerens arbeidsforhold.».[108] Disse uttalelsene kan tas til inntekt for at Høyesterett har ment at det er advarsler som rent faktisk bærer preg av å være en sanksjon for arbeidstaker, som skal være gjenstand for prøving. Dette synspunktet underbygges av hvordan Høyesteretts selv velger å formulere forutsetningene som skal ligge til grunn for prøving i avsnitt 31, der ordet «sanksjon» ser ut til å skulle tolkes som et inngangsvilkår.

Dersom det kreves at en advarsel skal være en sanksjon for å kunne prøves, blir spørsmålet videre hva Høyesterett legger i dette begrepet. Når det snakkes om «sanksjoner» i arbeidsforhold, skaper dette assosiasjoner til ordensstraffer, som benyttes i offentlige arbeidsforhold.[109] Som jeg redegjorde for i punkt 2.3, er det som skiller ordensstraffer fra øvrige advarsler at ordensstraffer har til hensikt å avgjøre kritikkverdige forhold med en sanksjon, i motsetning til øvrige advarsler som har til hensikt å tilrettevise og advare.[110] I offentlige arbeidsforhold er det altså nettopp sanksjonselementet som er avgjørende for om man står overfor en ordensstraff eller ikke. Når Ankeutvalget viser til Rt. 2003 s. 480, og i avsnitt 27 peker på at «overordnede synspunkter» fra avgjørelsen har interesse, må det ha betydning at saken omhandlet en advarsel som var mer å regne som «en sanksjon på mislighold enn en retningsgivende avklaring på arbeidsforholdet».[111] I den saken var det nettopp det at advarselen var en ordensstraff og et enkeltvedtak som var forutsetningen for at arbeidstaker kunne prøve den rettslig.[112] Imidlertid fant Høyesterett i Rt. 1996 s. 827 at advarsler som ble gitt etter legeloven, «ikke bør betraktes som en ordens- eller disiplinærstraff, men som en meningsytring eller kritikk fra tilsynsmyndigheten, som det ikke kan klages over».[113] Her mente Ankeutvalget altså at det var tilstrekkelig at

[106] Kjennelsens avsnitt 25, jf. Rt. 1996 s. 827.
[107] Rt. 2003 s. 480 jf. RG-2003-544 (Frostating).
[108] Kjennelsens avsnitt 27.
[109] Hirst (2019) s. 12 (upublisert).
[110] RG 1998 s. 1650 (Borgarting).
[111] Kjennelsen avsnitt 27, jf. Rt. 2003 s. 480.
[112] Jf. Rt. 2003 s. 480 avsnitt 19.
[113] Rt. 1996 s. 827, på s. 839 jf. Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) s. 209.

irettesettelser og advarsler etter legeloven var preget av å være en «formalisert reaksjon», som «kan få vidtrekkende betydning for vedkommende lege», uten at advarselen måtte anses som en sanksjon.[114]

Det at Høyesterett har trukket fram to tilfeller fra rettspraksis som ikke er entydige med tanke på krav til advarselens karakter, gjør det etter min mening vanskelig å klarlegge hva som menes med «sanksjon». En kan tenke seg flere tilfeller der en advarsel vil kunne ha negative faktiske konsekvenser for arbeidsforholdet og oppfattes av arbeidstaker som en sanksjon, uten at den rent formelt kan karakteriseres som det. I private arbeidsforhold finnes heller ikke regler som klarlegger når en advarsel er en sanksjon, hvilket betyr at alle advarslers sanksjonspreg må vurderes konkret.[115] Et typisk eksempel på et uklart typetilfelle vil være en sak der en advarsel omhandler alvorlige forhold, som det kanskje er uenighet om mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og som deretter lagres i den ansattes personalmappe og/eller føres som bevis i en oppsigelses- eller avskjedssak. Advarselen kan varsle om at arbeidstaker vil stå i fare for å miste privilegier på arbeidsplassen ved gjentatt uønsket opptreden. Vil en slik advarsel kunne karakteriseres som en sanksjon, eller ikke? Det må her påpekes at Høyesterett i HR-2018-492-U la vekt på at advarselen allerede hadde fått faktisk betydning for arbeidstaker, i form av at arbeidstakeren ikke lenger fikk vikariere som kaptein i ferier.[116] En slik faktisk virkning vil nok være et sentralt moment i vurderingen. Dersom kjennelsen imidlertid skal forstås som at det kreves at en advarsel har fått faktiske konsekvenser for arbeidsforholdet for at rettslig prøving skal tillattes, vil dette betydelig snevre inn kjennelsens rekkevidde.

Til sist under dette punkt ser det ut til at Høyesterett la stor vekt på As anførsel om at advarselen var en ulovlig gjengjeldelse.[117] Slik Høyesterett formulerte seg, kan det virke som om det er denne anførselen som har vært avgjørende for utvalgets konklusjon om at advarselen er en sanksjon.[118] I kjennelsens avsnitt 32 fremgår det at:

> «A har videre gjort gjeldende at advarselen er en ulovlig gjengjeldelse etter skipsarbeidsloven § 2-7, jf. § 2-6. En advarsel vil kunne anses som en ulovlig gjengjeldelseshandling (…). Kravet om tilbaketrekking av advarselen er *på denne bakgrunn* etter ankeutvalgets syn et rettskrav, jf. tvisteloven § 1-3 første ledd» (min kursivering).

---

[114] Kjennelsens avsnitt 25, jf. Rt. 1996 s. 827 s. 829.

[115] Med mindre det foreligger egne interne retningslinjer som definerer dette, og som er inntatt i arbeidsavtalen.

[116] Kjennelsens avsnitt 32 og 34.

[117] Riktignok kan dette tyde på at det er arbeidstakerens pretensjon knyttet til advarselen som er avgjørende, og ikke advarselens reelle innhold.

[118] Jf. Hirst (2019) s. 13 (upublisert).

Det er noe uklart om den siste setningen i sitatet viser tilbake på alle momentene som er trukket fram i den konkrete vurderingen, eller om den kun viser til anførselen om at advarselen er en ulovlig gjengjeldelse. Også da Høyesterett tok stilling til om erstatningskravet skulle fremmes eller ikke, kan det tyde på at As pretensjon om ulovlig gjengjeldelse var avgjørende.[119] Gjengjeldelse mot arbeidstaker som følge av varsling av kritikkverdige forhold etter skipsarbeidsloven § 2-6 er ulovlig, og et krav om ugyldighet av en slik advarsel/sanksjon vil være et rettskrav etter § 2-7. Dette kunne Høyesterett, slik jeg ser det, slått fast uten å drøfte vilkårene for rettslig interesse inngående.[120] Ettersom Høyesterett valgte å gå hele veien om en rettskravsvurdering, kan det tyde på at meningen var å ta prinsipielt stilling til om, og når, en advarsel kan være et rettskrav. Det er da vanskelig å forstå hvorfor retten formulerer seg på en måte som får det til å virke som anførselen om at advarselen er en ulovlig gjengjeldelse, fikk avgjørende vekt. Dersom premissene må forstås slik at det kun er advarsler som bærer preg av å være en ulovlig gjengjeldelse som kan være gjenstand for rettslig prøving, vil dette begrense kjennelsens rekkevidde betydelig.

På denne bakgrunn mangler kjennelsen, slik jeg vurderer det, et klart uttrykt *ratio decidendi*. Dette bidrar til å svekke avgjørelsens vekt og rekkevidde. Med *ratio decidendi* siktes det til en (eller flere) generell(e) rettssetning(er) som dommen anses som utslag av.[121] Det er i avsnitt 31 at de mest sentrale vurderingstemaene oppstilles i vurderingen av når en advarsel er et rettskrav eller ikke, men avsnittet bærer i hovedsak preg av å være en negativ avgrensning mot de tilfellene der en advarsel *ikke* vil være et rettskrav, og er etter min mening ikke tydelig nok formulert til at det fra dette kan trekkes entydige og generelle rettsprinsipper ut av dommen. Det som imidlertid kan utledes av avgjørelsen, er at det er relativt høy terskel for at en advarsel skal kunne prøves rettslig. Advarselens innhold må være preget av et visst alvor, i tillegg til de forholdene som en advarsel adresserer. Prøvingsadgangen må i stor grad måtte avgjøres konkret.

3.2.3 Oppsummering og kritikk

Advarsler kan altså prøves rettslig under visse omstendigheter. Kjennelsen har likevel ikke gått bort fra det som er utgangspunktet etter tvisteloven § 1-3, som er at et «rettskrav» er et krav regulert av rettsregler.[122] Før denne avgjørelsen var den tradisjonelle oppfatningen i teori og

---

[119] Jf. kjennelsens avsnitt 21. Lagmannsretten mente på sin side at erstatningskravet var «avledet av kravet om at advarselen skal trekkes tilbake», jf. LH-2017-189505.

[120] Dersom det er slik at Ankeutvalget begrunner As prøvingsadgang i at advarselen var en ulovlig gjengjeldelse, er den resterende drøftelsen i realiteten et obiter dictum.

[121] Eckhoff (2001) s. 165.

[122] Kjennelsens avsnitt 18.

underrettspraksis at en arbeidstaker som ble ilagt en advarsel i private arbeidsforhold, ikke hadde et rettskrav, og søksmål har blitt avvist.[123] I så måte er HR-2018-492-U prinsipielt viktig.

Som jeg har vist i drøftelsen over, er Ankeutvalgets argumentasjon uklar på en del punkter, og rettens begrunnelse reiser flere problemstillinger. Her vil jeg særlig peke på to forhold.

For det første kan det være vanskelig å forstå Høyesteretts argumentasjon hva angår forholdet mellom rettskrav og styringsrettsavgjørelser.[124] Hirst mener at Høyesterett benytter seg av en form for «sirkelresonnement» når de sier at arbeidsgiver kan gi arbeidstaker en advarsel i kraft av styringsretten, at domstoler kan prøve styringsrettsbeslutninger og at en advarsel i kraft av dette vil kunne være et rettskrav som kan prøves av domstolene.[125] Spørsmålet om hvilke styringsrettsavgjørelser som kan prøves for domstolene er et separat, materielt spørsmål og det kan skape uklarheter når dette «konsumeres» under en vurdering av hva som er et rettskrav, som er et prosessuelt spørsmål. Når en slik vurdering legges til grunn, kan det virke som om alle styringsrettsbeslutninger kan underlegges rettslig prøving, og vurderingen av hva som er et rettskrav, blir i overkant forenklet. Samtidig er det på det rene at domstolene har kompetanse til å prøve styringsrettsavgjørelser, og at ileggelser av advarsler normalt er en styringsrettsavgjørelse. Etter min mening kunne kjennelsen ha inneholdt en presisering av hva slags styringsrettsavgjørelser domstolene kan prøve.[126] I enkelte tilfeller vil avgjørelser som arbeidsgiver tar, i realiteten være utslag av egen privat autonomi, og ikke egentlig styringsrettsutøvelse, jf. diskusjonen i avhandlingens punkt 2.4. Det som i utgangspunktet kan prøves, er de avgjørelser som arbeidsgiver treffer i kraft av sin heteronome kompetanse. Hvorvidt en avgjørelse i denne kategorien kan prøves eller ikke, beror nok på i hvor stor grad avgjørelsen påvirker arbeidstaker og arbeidsforholdet. Det antas at det på arbeidsrettens område likevel «ikke er grunn til å stille for strenge krav til søksmålsinteressen».[127]

For det andre reiser uttalelsene i kjennelsens avsnitt 31 om at advarselen må ha et sanksjonspreg, flere spørsmål. Etter min mening er det særlig et spørsmål om Ankeutvalget mener at en advarsel må ha samme innhold som en ordensstraff for at det skal gis adgang til rettslig prøving.

---

[123] Hirst (2019) s. 8 (upublisert). Eksempler på slike avviste søksmål er RG 1998 s. 1650 (Borgarting) og RG 2003 s. 914 (Gulating). I den siste avgjørelsen fremgår det at det ved ileggelse av en advarsel som er gitt i kraft av arbeidsgivers styringsrett, ikke er «(…) tale om noen reaksjon som på noen måte endrer partenes rettsstilling.»

[124] Jf. kjennelsens avsnitt 28-30.

[125] Hirst (2019) s. 10 (upublisert).

[126] Ikke alle styringsrettsavgjørelser kan prøves rettslig, jf. eksempelvis Fougner 2018 s. 39-42.

[127] Jf. Rt. 1991 s. 1468, på s. 1473-1474. Men saksøker må likevel ha et «klart behov for rettslig avklaring», jf. avgjørelsen på s. 1473.

Jeg har vist at det nettopp er sanksjonselementet som kjennetegner ordensstraffer. I statsansatteloven § 25 fremgår det hva som er en ordensstraff og ikke, og hva en slik reaksjon medfører. I andre offentlige arbeidsforhold avgjøres spørsmålet om hva som er en ordensstraff som nevnt ut fra en «skjønnsmessig totalvurdering av de reelle forhold».[128] I vurderingen er formålet med reaksjonen sentral, altså om arbeidsgiver har ment å ilegge arbeidstaker en reaksjon som er en sanksjon, eller ikke. I kommunale arbeidsforhold er det altså innholdet og forholdene rundt reaksjonen som avgjør om advarselen er en ordensstraff etter forvaltningsloven, eller ikke. Høyesteretts omtale av Rt. 2003 s. 480, der retten vurderer om advarselen var alvorlig nok til å være en ordensstraff, tyder på at samme vurderingstema skal ligge til grunn for om en advarsel i private arbeidsforhold skal kunne prøves rettslig. Dersom dette er tilfellet, oppstår nye vanskelige problemstillinger.

I forlengelse av en slik tolkning sier kjennelsen også at advarsler som har samme innhold som ordenstraffer, kan ilegges i private arbeidsforhold. Det betyr at en advarsel som ilegges henholdsvis en kommunal og privat arbeidstaker vil kunne ha samme innhold, være resultat av like situasjoner, men karakteriseres ulikt og ha ulike rettsvirkninger. For eksempel kan en advarsel varsle om at en arbeidstaker må forventes å bli forbigått i en fremtidig forfremmelse på arbeidsplassen, eller at vedkommende vil miste privilegier. Rent faktisk vil advarselens formål altså være å sanksjonere arbeidstakeren.[129] I det kommunale arbeidsforholdet vil advarselen muligens kunne karakteriseres som en ordensstraff etter en konkret vurdering. I det private vil advarselen kun være en tilrettevisning. Dermed vil to like advarsler ha ulike rettsvirkninger. Etter min mening er dette problematisk.

En advarsel med et tydelig sanksjonspreg kan oppleves inngripende for en arbeidstaker. I offentlige arbeidsforhold er denne konsekvensen avhjulpet ved bruk av lovregulering, som blant annet skaper krav til saksbehandlingen. Videre vil en ordensstraff både i kommunale og statlige arbeidsforhold være enkeltvedtak, som betyr at arbeidstaker får et tilleggsvern gjennom reglene i forvaltningsloven, samt at et enkeltvedtak normalt er et rettskrav etter tvisteloven § 1-3.[130] En slik trygghet har ikke arbeidstakere i private arbeidsforhold. Etter min mening burde derfor ikke arbeidstakere i slike arbeidsforhold kunne ilegges advarsler som i realiteten har samme innhold som en ordensstraff i kommunale tjenesteforhold. Dersom slike advarsler skal kunne gis, mener jeg det burde foreligge et formelt hjemmelsgrunnlag.[131] Som vist i punkt 2.3 vil en arbeidstaker som får en slik advarsel i et privat arbeidsforhold få et svakere vern enn en offentlig arbeidstaker. Dette skyldes for det første at det ikke foreligger lovbestemte saksbehandlingsregler, for

[128] Jf. SOMB 2001-23, på s. 135.

[129] Jf. SOMB 2001-23, på s. 135.

[130] Schei (2013) s. 22.

[131] Sml. Forarbeidene til statsansatteloven der det eksplisitt fremgår at ordensstraffer ikke kan ilegges med hjemmel i styringsretten, jf. Prop. 94 L (2016–2017) s. 214–215.

det andre fordi de ikke vil ha klageadgang, og for det tredje fordi spørsmålet om rettslig prøving vil måtte bero på en konkret vurdering som normalt vil være kostbar og tidkrevende, og der terskelen for prøving dessuten er høy.

3.2.3.1 Oppsummering

Oppsummeringsvis kan det stilles spørsmål ved om kjennelsen har bidratt til en mer uklar og uavklart rettstilstand.[132] Dette skyldes særlig rettens bruk av konkrete rimelighetsvurderinger, og forutsetningen om at advarselen skal kunne karakteriseres som en sanksjon, uten at innholdet i sanksjonsbegrepet klarlegges. I praksis kan dette gjøre kjennelsen vanskelig å benytte seg av for arbeidstakere, ettersom den ikke skaper nevneverdig forutsigbarhet for når en advarsel kan prøves. Kjennelsen legger opp til at det må foretas en konkret vurdering av hvert tilfelle, som kan skape utfordringer for arbeidstaker med tanke på kostnader, tid og belastning. For rettsapparatet kan denne uavklarte rettstilstanden bety at mange krav vil bringes inn til behandling. Av ressurshensyn er ikke dette nødvendigvis ønskelig. Følgelig kan det være behov for å finne andre alternativer for å angripe enn advarsel, enn å gå veien om rettslig prøving.[133]

3.3 Hensyn for og mot rettslig prøving av advarsler

Det er imidlertid ikke slik at en adgang til å prøve advarslers gyldighet er udelt positivt eller negativt. Det er flere hensyn som taler både for og mot en slik adgang.

Etter mitt syn er det mest klare motargumentet prosessøkonomiske hensyn. Ettersom advarsler er en reaksjon som det er relativt lav terskel for å benytte seg av, og er et potensielt virkningsfullt verktøy for arbeidsgiver, vil dette i realiteten ofte brukes ved uønskede situasjoner på arbeidsplassen. Dersom det åpnes for rettslig prøving vil det øke mengden krav som kommer inn til domstolene for behandling, som vil føre til økt ressursbruk. For domstolene vil det være ønskelig at slike konflikter løses på et lavere nivå.[134] Et annet aspekt er at domstolene ikke nødvendigvis vil ha gode forutsetninger til å prøve slike saker.

Et annet motargument er at en advarsel ofte ikke får rettslig betydning for arbeidstaker før i en eventuell oppsigelses- eller avskjedssituasjon.[135] I en slik situasjon vil domstolene ha full prøvelsesrett, hvilket omfatter prøving av en advarsel. Det kan hevdes at rettslig prøving i en slik

---

[132] Hirst (2019) s. 13 (upublisert).

[133] Jf. avhandlingens kapittel 4.

[134] I RG 2003 s. 914 (Gulating) ble krav om prøving av advarsel avvist. Retten mente blant annet at arbeidstaker i slike situasjoner burde ivaretas av «interne retningslinjer og regler i samfunnet».

[135] Hirst (2019) s. 8 (upublisert).

tvist gjør at arbeidstakerens interesser blir ivaretatt på en forsvarlig nok måte. I tillegg har arbeidstaker andre muligheter til å protestere på en advarsel, for eksempel ved å dokumentere innvendinger, eller kreve sletting. Se nærmere om dette alternativet i kapittel 4. Rettslig prøving av advarselens gyldighet er altså ikke arbeidstakerens eneste handlingsalternativ.

Det er også i arbeidsgiverens interesse å kunne ilegge arbeidstakeren advarsler ved behov og etter eget skjønn, og på denne måten forhåpentligvis slippe å iverksette mer alvorlige reaksjoner, uten å måtte behøve å gardere seg for å bli møtt med krav fra arbeidstaker.

For arbeidstaker vil imidlertid en adgang til rettslig prøving kunne gi trygghet i arbeidsforholdet, og virke preventivt; dersom arbeidstaker har prøvingsadgang, vil muligens arbeidsgiver blir mer tilbakeholden i å gi advarsler. Kanskje kan dette bidra til at misbrukssituasjoner ikke oppstår. Dette vil være i arbeidstakers interesse, som er den svakeste parten i arbeidsforholdet, og i mange situasjoner prisgitt arbeidsgiver. Også der ileggelsen av en advarsel har vært legitim, vil arbeidstaker kunne ha interesse i å be om rettslig prøving. Dette gjelder særlig der det er misforståelser eller uenighet knyttet til faktum, eller der advarselen oppleves som svært belastende, for eksempel fordi den har et sanksjonspreg.

Selv om en advarsel ofte ikke har rettslig betydning for arbeidstaker før i en oppsigelses- eller avskjedssituasjon, betyr det ikke at den ikke kan ha faktisk betydning også før dette. For eksempel kan en advarsel bidra til at arbeidstaker havner i en mindre gunstig posisjon på arbeidsplassen i forhold til andre arbeidstakere, eksempelvis i forbindelse med forfremmelser, prosjekter, interne oppgaver, og lignende. Slike konsekvenser vil kanskje ikke kunne avhjelpes ved at arbeidstaker ber om at en advarsel slettes fra personalmappen, eller ved å dokumentere eventuelle innvendinger. Dom for ugyldighet vil her antakelig være mest virkningsfullt.

Foreløpig er det kun avgjørelsen i HR-2018-492-U som sier noe om i hvilke situasjoner rettslig prøving av advarsler er aktuelt. Som jeg har drøftet over, tilsier kjennelsen at adgangen er relativt snever. I realiteten betyr nok dette at det ikke vil være en særlig stor mengde krav som vil slippes inn til rettslig behandling.

3.4 Prøving av styringsrettsavgjørelser

3.4.1 Innledende bemerkninger

I det følgende forutsettes det at man står overfor en advarsel som kan prøves rettslig. Det legges altså til grunn at det som skal prøves, er en styringsrettsbeslutning. I punkt 2.3 oppstilte jeg et

skille mellom uformelle tilbakemeldinger fra arbeidsgiver, som i realiteten utgjør kommunikasjon mellom kontraktsparter, og en tilbakemelding med formalisert preg. Det er det sistnevnte som vil være en advarsel og en styringsrettsbeslutning.

Jeg har tidligere omtalt de to hovedkategoriene av styringsrettsavgjørelser. Den første kategorien var avgjørelser som arbeidsgiver treffer som har bindende virkning for seg selv (foretaksledende avgjørelser). Den andre kategorien var avgjørelser som har bindende virkning for kontraktsmotparten, altså arbeidstaker (arbeidsledende avgjørelser). Avgjørelsene i første kategori treffer arbeidsgiver i kraft av sin egen private autonomi, og er et utslag av autonom partskompetanse. Den andre kategorien treffer arbeidsgiver i kraft av sin heteronome partskompetanse.[136] I punkt 2.3 nevnte jeg at disse formene for kompetanse omtales som henholdsvis styringsrett i vid og snever forstand. Antakelig kan det ikke oppstilles et skarpt skille mellom disse kategoriene. Fougner påpeker at skillet mellom arbeidsledende og foretaksledende avgjørelser er viktig, fordi det har betydning for rekkevidden av domstolenes prøvingskompetanse og prøvingsintensitet.[137] Med prøvingskompetanse menes hva domstolene har anledning til å prøve av arbeidsgivers beslutninger. Med prøvingsintensitet siktes det til hvor langt domstolene i realiteten vil gå i prøvingen, og til hvilken grad de er villige til å overstyre arbeidsgivers vurderinger. Ved arbeidsledende beslutninger er arbeidsgivers kompetanse underlagt langt flere begrensninger enn ved foretaksledende beslutninger, nærmere bestemt i form av individuell arbeidsavtale, lov, tariffavtale og saklighetsnormer. Følgelig vil domstolenes prøvingskompetanse være bredere.[138]

I det videre er spørsmålet hvor langt domstolene kan, og vil, gå ved rettslig prøving av advarsler. Svaret på dette kan bidra til å klarlegge hvor praktisk viktig en prøvingsadgang for advarsler vil være.

3.4.2 Generelt om prøving av styringsrettsavgjørelser

Styringsretten omtales, som nevnt, ofte som en «restkompetanse», underlagt vesentlige begrensninger av både materiell og prosessuell art.[139] Ved prøving av styringsrettsavgjørelser vil vurderingen derfor i teorien være todelt. For det første må de rettsgrunnlagene som kan begrense styringsrettsbeslutningen tolkes, for å avgjøre om beslutningen er innenfor arbeidsgivers

[136] Dette avsnittet bygger på fremstilling i Skjønberg (2017) s. 99.

[137] Fougner (2018) s. 45.

[138] På grunn av plasshensyn vil det ikke redegjøres inngående for prøvingskompetansen.

[139] Evju (2010) s. 41–42, Skjønberg (2017) s. 100

handlingsrom. For det andre må det tas stilling til gyldigheten av selve avgjørelsen som er truffet, dersom denne ligger innenfor handlingsrommet til arbeidsgiver. I realitetene vil disse vurderingene ofte gli over i hverandre.

En omdiskutert problemstilling på dette området er hvor langt domstolers prøvingsrett går. Det er på det rene at domstolene har adgang til å prøve hvorvidt avgjørelsen ligger innenfor de begrensningene som oppstilles i lov, arbeidsavtale og saklighetsnormer. Med «saklighetsnormer» siktes det til et krav om at avgjørelsene som treffes, skal være bygget på et arbeidsgiverskjønn som er saklig og relevant.[140] Dette innebærer at domstolene kan prøve om det foreligger «et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn».[141] Spørsmålet er imidlertid om domstolene utover dette kan prøve den konkrete rimeligheten, eller hvordan arbeidsgiver utøver sitt skjønn.

Dette er en problemstilling som det er uenighet om i juridisk teori, og et entydig svar fremgår heller ikke av rettspraksis. I juridisk teori er det ulike innfallsvinklinger til spørsmålet. Hotvedt og Ulseth tar til orde for at domstolene kan vurdere den konkrete rimeligheten i vurderingen av om den individuelle arbeidsavtalen oppstiller begrensninger for arbeidsgivers styringsrett eller ikke.[142] De definerer i den forbindelse «rimelighet» som en avveining av arbeidsgivers begrunnelse for å gjennomføre en endring i kraft av styringsretten, mot endringens virkning for arbeidstakeren.[143] Også Evju (2010) slutter seg til en slik tilnærming.[144] Fougner (2018) oppstiller imidlertid et skille mellom domstolenes adgang til å prøve om arbeidsgiver har kompetanse til å treffe en beslutning, og domstolers adgang til å prøve arbeidsgivers skjønn innenfor rammen av denne kompetansen.[145] Ved fastleggelsen av avgjørelseskompetansen har domstolene «full adgang» til å prøve omfanget av begrensningene som gjelder.[146] Når det imidlertid først er avgjort at arbeidsgiver har kompetanse, kan domstolene kun prøve om arbeidsgiverskjønnet er vilkårlig, eller bygget på utenforliggende hensyn, men utover dette ikke den konkrete rimeligheten. Fougner mener at denne tilnærmingen kan forankres i at det ikke er alt domstolene er bedre stilt til å prøve enn arbeidsgiver selv; etter hans syn har domstolene gode forutsetninger for å vurdere de faktiske rammene som oppstilles i lov og arbeidsavtale, og om beslutningskompetansen misbrukes. Derimot har de ikke forutsetninger for å vurdere den konkrete hensiktsmessigheten som arbeidsgivers beslutninger bygger på, ettersom dette gjerne er basert på

[140] Det er særlig Fougner (2018) som benytter formuleringen «arbeidsgiverskjønn».
[141] Jf. Rt. 2001 s. 418, på s. 427.
[142] Hotvedt (2013) s. 116-118.
[143] Hotvedt (2014) s. 113.
[144] Evju (2010) s. 43.
[145] Fougner (2018) s. 38.
[146] Fougner (2018) s. 43.

forhold innad i virksomheten som domstolene ikke har innsikt i, eller særlig gode forutsetninger for å uttale seg om. Heller ikke over- og underordningsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker burde kunne begrunne full domstolsprøving, ettersom arbeidstaker vil være tilstrekkelig beskyttet ved full prøving av lov, arbeidsavtale og misbruk av arbeidsgiverskjønnet.[147]

Fougners syn har klare paralleller til den de synspunkter som ligger til grunn for domstolers prøving av forvaltningens avgjørelser, mens Hotvedt og Ulseth bygger på synspunktet om at et arbeidsforhold i bunn og grunn er en avtale, og at en kontraktsrettslig innfallsvinkel derfor burde legges til grunn for prøvingen.[148] Dersom det tas utgangspunkt i den siste innfallsvinkelen åpnes det for at arbeidsavtalen kan tolkes og utfylles basert på partenes lojalitetsplikt, og avtaleloven[149] § 36.[150]

Det kan synes det som at Høyesterett generelt mener at det bør utvises tilbakeholdenhet ved prøving av arbeidsgivers skjønnsutøvelse, men tidvis har domstolene likevel gått langt i prøvingen av en interesseavveining.[151] Et eksempel på dette er Rt. 2011 s. 841. I dommen var spørsmålet om arbeidsgiver, kommunen, kunne flytte arbeidstaker, en undervisningsinspektør, til en annen tilsvarende stilling i kommunen. Det ble uttalt at: «([d]omstolene skal ikke foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger innenfor rammene for styringsretten er påkrevde eller optimale. Spørsmålet er om det foreligger misbruk av styringsretten».[152] I dommen foretar Høyesterett likevel en konkret interesseavveining der de veier arbeidsgivers behov for å flytte inspektøren mot inspektøren ulemper ved å bli flyttet. Retten konkluderer med at avgjørelsen ikke er i strid med det allmenne saklighetskrav, jf. premiss 67. Det kan likevel se ut som om det var en konkret prøving av rimeligheten som lå til grunn for konklusjonen.

Det kan reises spørsmål ved om domstolenes adgang til å prøve om en avgjørelse ligger innenfor allmenne saklighetsnormer i realiteten gir domstolene adgang til å foreta en rimelighetsprøving.[153] Saklighetsnormene stiller krav til saksbehandlingen, og til at avgjørelsen bygger på et

---

[147] Fougner (2018) s. 39.

[148] Hotvedt (2013) s. 116-118. Domstolers kontroll av forvaltningen er som hovedregel begrenset til en legalitetskontroll, altså lovligheten av forvaltningens avgjørelser, men det foretas normalt ikke en overprøving av forvaltningens vurderingen av skjønnsutøvelsen. Jf. eksempelvis Smith og Eckhoff (2018) s. 244-245.

[149] Lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

[150] Hotvedt (2013) s. 117.

[151] Skjønberg (2017) s. 106. De sentrale dommene som omhandler prøving av styringsrettsbeslutninger, er Rt. 2000 s. 1602, Rt. 2001 s. 418, Rt. 2002 s. 1576, Rt. 2008 s. 856, Rt. 2008 s. 1246, Rt. 2009 s. 1465, Rt. 2010 s. 412, Rt. 2011 s. 841 og HR-2016-2286-A.

[152] Rt. 2011 s. 841, i premiss 58.

[153] Grønnerød-Hemmingby (2019).

«forsvarlig grunnlag».[154] Imidlertid åpnes det heller ikke her for at domstolene kan foreta en «generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger innenfor rammene for styringsretten er *nødvendige* eller *optimale*» (min kursivering).[155] Denne begrensningen gir derfor i hovedsak anledning til å kontrollere om det foreligger misbrukssituasjoner.

På denne bakgrunn må det konkluderes med at rettstilstanden er uavklart hva angår rekkevidden av domstolenes prøvingskompetanse. Det er imidlertid ikke sikkert at en avklaring i realiteten har stor praktisk betydning for mitt spørsmål. Jeg vil utdype dette under.

3.4.3 Domstolenes kompetanse ved prøving av advarsler

Ettersom kjennelser skal avgjøre prosessuelle spørsmål, gir avgjørelsen i HR-2018-492-U i seg selv ingen anvisning på hvordan prøvingen av den aktuelle advarselen skal skje. Hvor langt domstolene kan gå ved prøvingen av en styringsrettsavgjørelse, er et materielt spørsmål som må avgjøres som en del av realitetsbehandlingen.[156]

Som det fremgår over, vil domstolene ved prøvingen først ta stilling til om arbeidsgivers avgjørelse holder seg innenfor bestemte begrensninger. Ettersom advarselsinstituttet som hovedregel ikke er lovregulert, vil ikke domstolene kunne vurdere arbeidsgivers kompetanse opp mot lovregulerte begrensninger. Hva angår arbeidsavtalen, vil denne ofte også være taus. På mange arbeidsplasser er det imidlertid praksis for å bruke interne retningslinjer. Slike retningslinjer kan inneholde informasjon om advarsler, for eksempel i form av regler om innhold, saksbehandling, og hva slags type situasjoner som kan gi advarselsadgang. Slike retningslinjer vil normalt utgjøre en del av arbeidsavtalen, som vil bety at avtalen her vil inneholde prosessuelle og materielle begrensninger i styringsrettsutøvelsen. Slike begrensninger vil domstolene kunne prøve, og dersom den kontraktsrettslige innfallsvinkelen legges til grunn, vil retten også kunne foreta en rimelighetsvurdering her. Også med en forvaltningsrettslig tilnærming kan domstolene foreta en full prøving av de rammene som arbeidsavtalen oppstiller.[157] Dersom arbeidsavtalen ikke er supplert med slike retningslinjer, vil domstolenes adgang til å prøve om beslutningen ligger innenfor saklighetsnormene også kunne gi arbeidstaker en viss beskyttelse.

---

[154] Jf. Rt. 2001 s. 426, HR-2016-2286-A.

[155] HR-2016-2286-A.

[156] HR-2018-492-U, i avsnitt 30.

[157] Ved prøvingen av om arbeidsgiver har *kompetanse* til å treffe en bestemt beslutning, må domstolene tolke begrensningene som følger av lov, tariffavtale og arbeidsavtale. I den forbindelse er det «(…) ikke tvilsomt at domstolene har *full adgang* til å prøve omfanget av de begrensninger som måtte gjelde.» Jf. Fougner (2018) s. 43.

Det ovennevnte viser at det sjelden vil foreligge begrensninger for domstolene å prøve i denne type situasjoner, hverken i lov eller avtale. Det er derfor lite behov for å vurdere om domstolene kan prøve rimeligheten ved fastsettelsen av arbeidsgivers kompetansegrunnlag. Følgelig er det, slik jeg ser det, ikke være nødvendig å ta endelig stilling til den kontraktsrettslige innfallsvinkelen i denne sammenhengen.

Den relevante problemstillingen er derfor om domstolene kan prøve rimeligheten av selve beslutningen om å gi en advarsel, altså selve arbeidsgiverskjønnet, jf. den forvaltningsrettslige innfallsvinkelen.[158] Som nevnt er dette spørsmålet ikke avklart. Det kan derfor være interessant å drøfte nærmere hensyn som taler for og mot prøvelsesadgang av arbeidsgiverskjønnet.

3.4.3.1 Hensyn for og mot prøving av arbeidsgiverskjønnet

Spørsmålet er hvorvidt det burde åpnes for en konkret prøving av arbeidsgiverskjønnet der arbeidstaker er blitt ilagt en advarsel.

Det sentrale mothensynet er at arbeidstaker allerede har et godt vern som følge av det domstolene utvilsomt kan prøve, og at arbeidsgiver har interesse i at hans eller hennes skjønnsutøvelse ikke skal prøves. Arbeidstaker er allerede beskyttet mot klare misbrukssituasjoner og der det anføres at feil faktum ligger til grunn for advarselen. Arbeidsgiver vil normalt ha større innsikt i situasjonen på arbeidsplassen enn det domstolene har, og vil dermed ha bedre forutsetninger enn domstolene til å avgjøre hensiktsmessigheten av å gi en advarsel.[159] Det kan derfor argumenteres med at en prøving av rimeligheten utover misbrukssituasjoner vil undergrave arbeidsgivers behov for å ilegge en reaksjon på bakgrunn av egne vurderinger.

På den annen side kan det oppstå situasjoner der arbeidstaker vil ønske at domstolene prøver forhold som ikke omfattes av de situasjonene som fremgår av forrige avsnitt. Et typetilfelle kan være der arbeidstaker blir ilagt en advarsel, og domstolene kommer til at arbeidsgivers skjønn ikke er vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn. Arbeidstaker kan likevel mene at advarselen er en uforholdsmessig sterk reaksjon i forhold til den situasjonen som har utløst den, kanskje har den et sanksjonspreg som arbeidstaker opplever som ufortjent inngripende. Her vil det være behov for å prøve arbeidsgivers konkrete skjønnsutøvelse. I en slik situasjon vil hensynet til arbeidstaker tilsi full prøving, mens arbeidsgiver vil ønske at hans/hennes vurderinger får ligge uprøvd til grunn.

---

[158] Fougner (2018).

[159] Fougner (2018) s. 37.

3.4.4 Oppsummering

Samlet sett må det antakelig konkluderes med at den uavklarte situasjonen rundt domstolenes prøvingskompetanse i praksis ikke har særlig betydning ved prøving av advarsler, i motsetning til det som kan være tilfelle ved prøving av andre typer styringsrettsavgjørelser.

Som oftest vil det ikke foreligge nevneverdige begrensninger for advarselsadgangen, og dermed lite som domstolene kan prøve. Videre har arbeidstaker allerede et omfattende vern som følge av den prøvingskompetansen som domstolene utvilsomt har. I realiteten vil en avklaring av spørsmålet om domstolenes prøvingskompetanse antakelig kun medføre nyanseforskjeller for arbeidstaker; for eksempel vil en anførsel om misbruk av advarselsadgangen ofte være begrunnet i forhold som domstolene kan prøves, for eksempel om feil faktum er lagt til grunn, eller om arbeidsgiver har lagt vekt på utenforliggende hensyn.

4 KRAV OM SLETTING AV ADVARSLER

4.1 Innledning

Som nevnt i kapittel 1 vil enkelte advarsler gi arbeidstakeren et rettskrav, fordi reaksjonen vil kunne være i strid med lovregulering. Et eksempel kan være en advarsel som hevdes å være en ulovlig gjengjeldelse, eller en advarsel som påstås å være i strid med diskrimineringslovgivning. Videre har kapittel 3 vist at advarsler som ikke gis med hjemmel i lov under nærmere omstendigheter kan gi arbeidstaker et rettskrav. En annen mulighet til få rettslig behandlet en advarsel, vil være dersom arbeidstakeren retter krav mot arbeidsgiver om sletting av advarselen fra sin personalmappe fordi lagringen hevdes å være i strid med personopplysningsloven. Problemstillingen i dette kapittelet er hvorvidt et krav om sletting for arbeidstaker vil være et reelt alternativ til å kreve rettslig tilbaketrekking.

En personalmappe er en samling med informasjon om arbeidstaker, som arbeidsgiver anser som nødvendig å ha tilgang til i løpet av arbeidsforholdet, i enkelte tilfeller også etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Arbeidsgiver skal imidlertid ha et bevisst forhold til hva slags informasjon som lagres, og hvor lenge opplysningene skal lagres. Det er kun arbeidsgiver som har adgang til den ansattes personalmappe, eller den ansatte selv dersom det bes om innsyn.[160] Behandling av personopplysninger reguleres av personopplysningsloven.[161] Behandlingsbegrepet skal forstås vidt, og omfatter «enhver operasjon» som gjøres med personopplysninger, herunder innsamling, registrering, lagring, sletting, med mer, jf. GDPR art. 4. nr. 2. Med «personopplysning» siktes det til «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person», jf. GDPR art. 4 nr. 1. Spørsmål som omhandler hvorvidt, og hvor lenge, advarsler skal være lagret i en ansattes personalmappe, faller inn under personvernlovens virkeområde.

Et krav om sletting av advarsler fra en personalmappe må i første omgang rettes mot arbeidsgiver. Dersom arbeidsgiver ikke etterkommer kravet, kan kravet henvises til Datatilsynet, som har kompetanse til å treffe vedtak for å sikre at personvernloven etterleves. Dette innebærer at tilsynet kan pålegge arbeidsgiveren å etterkomme kravet om sletting av en advarsel. Datatilsynets avgjørelser kan påklages til Personvernnemnda. Nemndas vedtak kan ikke påklages, men

---

[160] Med «arbeidsgiver» siktes det i denne sammenhengen til den ansattes nærmeste leder, eventuelt også ansatte i virksomheten med personalansvar, sml. aml. § 1-8 annet ledd.

[161] Lov av 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) erstattet den 20. juli 2018 lov 14. mars 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven). Loven av 2018 gjennomfører forordning 2016/679 EU (i det følgende forkortet til GDPR). Forordningen er gjort til norsk lov ved inkorporasjon. I det følgende benytter jeg meg av den norske uoffisielle oversettelsen av forordningen, som er publisert på Lovdata.

gyldigheten av vedtaket kan bringes inn for domstolene ved søksmål. Dette vil si at en arbeidstaker med hjemmel i personvernlovgivning vil kunne kreve sletting, og få kravet rettslig behandlet, uten at det må tas stilling til om advarselen isolert sett kan karakteriseres som et rettskrav etter tvisteloven.

I det følgende vil jeg redegjøre for de rettslige utgangspunktene som gjelder ved slike krav, samt praksis fra Personvernnemnda fra de siste fem årene.[162]

4.2 Rettslige utgangspunkter

4.2.1 Arbeidsgiver må ha et behandlingsgrunnlag

Et slettingskrav skal som hovedregel avgjøres etter personopplysningsloven. Unntaket er statsansatteloven § 25 fjerde ledd, som inneholder en særregel om at ordensstraffer kun kan lagres i en statsansatts personalmappe i fem år.[163] Etter dette skal en ordensstraff slettes. Det følger av forarbeidene at denne bestemmelsen skal går foran reglene i personopplysningsloven.[164]

Personopplysningsloven inneholder regler om hvem som kan behandle personopplysninger og avgjøre hva som er formålet med slik behandling, forutsetninger for når behandling kan skje, og hvordan den registrerte kan protestere på behandlingen. Det er behandlingsansvarlig, altså arbeidsgiveren, som avgjør hva som er formålet med behandlingen av personopplysningene.[165] I et arbeidsforhold kan det være flere grunner til at arbeidsgiver har behov for å samle inn og lagre informasjon om arbeidstaker. Det er imidlertid en forutsetning at behandlingen er lovlig, og utgangspunktet er at det må foreligge et behandlingsgrunnlag etter GDPR art. 6. Et slikt grunnlag kan enten være samtykke fra den registrerte, eller fremgå av lov. Det mest aktuelle behandlingsgrunnlaget i denne situasjonen følger av bokstav f. Av denne fremgår det at behandlingen er lovlig dersom den er «nødvendig» for de formålene som er knyttet til den behandlingsansvarliges berettigede interesser, med mindre «den registrertes interesser (…) går

[162] Tidsrammen er satt til fem år for å kunne belyse praksis avsagt etter både det gamle og nye regelverket. Min vurdering er at en større tidsramme vil være unødvendig omfattende innenfor rammene av problemstillingen.

[163] I personvernnemndas praksis har det blitt antydet at denne tidsrammen oppstiller en slags ytterramme for hvor lenge advarsler som er gitt som styringsrettsavgjørelser kan holdes lagret, jf. PVN 2018-11.

[164] Jf. Prop. 94 L (2016–2017) s. 164. Forarbeidene omtaler personvernloven av 14. april 2000, men gjelder utvilsomt også for ny personopplysningslov.

[165] Jf. GDPR artikkel 4. nr. 7.

foran og krever vern av personopplysninger».[166] Adgangen til å behandle personopplysninger skal altså skje på grunnlag av en interesseavveining.[167] I en vurdering av hva som er «nødvendig» er utgangspunktet hvilken rettslig og praktisk betydning advarsler kan ha.[168]

4.2.2 Den registrerte kan motsette seg behandling. «Rett til å bli glemt»

Den registrerte, arbeidstakeren, kan motsette seg at arbeidsgiver behandler personopplysninger om han eller henne. Arbeidstaker kan for eksempel protestere på behandlingen etter GDPR art. 21. Praktisk viktigst er nok den registrertes rett til å kreve at informasjon slettes. Forordningen omtaler dette som den registrertes «rett til å bli glemt», jf. GDPR art. 17.

Bestemmelsen oppstiller flere grunnlag som den registrerte kan påberope seg for at personinformasjon skal slettes «uten ugrunnet opphold». Av første ledd bokstav a følger det at informasjon skal slettes dersom den ikke lenger er «nødvendige» for det «formål de ble samlet inn eller behandlet for». Også her skal det altså skje en avveining av den registrertes og den behandlingsansvarliges interesser. I forbindelse med spørsmålet om sletting av en advarsel, betyr dette at arbeidsgivers interesse av fortsatt lagring må veies opp mot arbeidstakers interesse av at advarselen slettes. Hirst omtaler disse hensynene som henholdsvis et «arbeidsrettslig» og «personvernrettslig» perspektiv.[169] På både arbeidsrettens og personvernrettens område vil lovgivningen forsøke å verne den svake parten, som i begge disse sammenhengene vil være samme person (arbeidstaker og den registrerte). I det arbeidsrettslige perspektivet er det imidlertid også behov for å vareta arbeidsgivers behov.[170] Jeg vil komme nærmere tilbake til hvordan Personvernnemnda vurderer disse hensynene mot hverandre i punkt 4.6.

4.3 Hensynet til arbeidsgiver. Behovet for at advarsel lagres

Som nevnt tidligere er arbeidsgivers formål med å ilegge og, i forlengelsen av dette, lagre advarsler, todelt: ønsket om at advarselen skal bidra til at den ansatte korrigerer uønsket adferd, samt dokumentere at forholdene har funnet sted.[171] I mange tilfeller kan det at advarselen lagres

---

[166] Bestemmelsen gjelder ikke ved behandling som «utføres av offentlige myndigheter som ledd i utførelse av deres oppgaver», jf. art. 6 første ledd siste pkt. Unntaket er der offentlige myndigheter opptrer som arbeidsgiver, jf. Prop. 56 LS (2017–2018) s. 32. Bestemmelsen kan altså brukes som behandlingsgrunnlag i offentlige og private arbeidsforhold.

[167] Jf. Prop. 56 LS (2017–2018) s. 32.

[168] Meder (2015) s. 213.

[169] Hirst (2019) s 17 (upublisert).

[170] Beskrevet av Hirst (2019) s. 17 (upublisert).

[171] At disse formålene står sentralt også ved lagring av advarsler, fremheves av Meder (2015) s. 213-214 og Hirst (2019) s. 15 (upublisert).

i seg selv ha en preventiv effekt for arbeidsgiver, ved at det kan bidra til at nye uønskede hendelser ikke oppstår. Det at advarselen er dokumentert kan også ha stor betydning for i hvor stor grad arbeidsgiver kan vareta interessene sine i en eventuell oppsigelses- eller avskjedssituasjon; ikke bare beviser den at uønskede forhold som har forekommet, men den gir også uttrykk for hvor alvorlige forholdene har vært, ved at situasjonen utløste en arbeidsrettslig reaksjon i form av en advarsel.[172] Som nevnt har arbeidsgiver bevisbyrden dersom det skulle oppstå tvist om en avskjed eller oppsigelse har vært saklig. Dersom arbeidstaker har fått flere advarsler over et lengre tidsrom, kan det tyde på at arbeidstaker gjentatte ganger har misligholdt arbeidsavtalen, og disse vil kunne vektlegges i en helhetsvurdering av arbeidstakers forhold i en tvistesituasjon.[173]

Noen ganger kan det bli spørsmål om det er adgang til å legge vekt på forhold som ligger langt tilbake i tid. Dette var blant annet tema i Rt. 2002 s. 273, som gjaldt avskjed av en professor på grunn av flere upassende tilnærmelser overfor studenter og andre ansatte. Høyesterett kom til at det i vurderingen av avskjedens rettmessighet var anledning til å legge vekt på advarsler som var gitt henholdsvis ni og syv år før professoren ble avskjediget. I vurderingen viste Høyesterett blant annet til at advarslene omhandlet samme type forhold som de som gjorde at professoren til sist ble avskjediget. Disse synspunktene viser at det kan være i arbeidsgivers interesse å lagre advarsler over et langt tidsrom.

4.4 Hensynet til arbeidstaker. Behovet for at advarsel slettes

Arbeidstaker kan på sin side ha flere grunner til å ønske at en advarsel slettes fra personalmappen. Den viktigste grunnen er normalt at det oppleves belastende at arbeidsgiver sitter på personlig og detaljert informasjon om arbeidstaker. Ofte vil arbeidstaker gå inn for å rette opp i forholdene, og vil etter hvert føle et behov for å legge situasjonen bak seg og gå videre i arbeidsforholdet, uten at advarselen skal ligge tilgjengelig i personalmappen som en stadig påminnelse for arbeidsgiver. Advarselen kan også bygge på forhold som arbeidstaker ikke er enig i. Kanskje mener arbeidstaker også at ileggelsen av advarselen var en uforholdsmessig sterk reaksjon. I korte trekk vil typisk de grunnene som ligger til grunn for at arbeidstaker ønsker rettslig prøving også gjøre seg gjeldende ved et krav om sletting. Antakelig vil det også være en lavere terskel for å kreve sletting, ettersom dette er et enklere og mer tilgjengelig alternativ enn å reise sak for domstolene.

---

[172] Meder (2015) s. 214.

[173] Høyesterett har ved flere anledninger lagt til grunn at det er anledning til å foreta en helhetsvurdering i vurderingen av arbeidstakers forhold i en oppsigelsesvurdering, jf. eksempelvis Rt. 1963 s. 1013, på s. 1018. Se også Fougner (2013) s. 794.

4.5 Rettsvirkninger som følge av at advarsel slettes

Rettsvirkningene av sletting er at selve dokumentasjon som advarselen representerer, blir fjernet. Dermed vil det bli vanskelig for arbeidsgiver å bevise at forholdene har funnet sted, og hvordan situasjonen ble håndtert. Dette er imidlertid ikke det samme som å si at advarselen er ugyldig. Ved å erklære ugyldighet legger man til grunn at det advarselen ikke burde ha blitt gitt, og arbeidsgiver er avskåret fra å påberope seg den.[174] Spørsmålet er om arbeidsgiver er avskåret fra å vise til forholdene i en advarsel selv etter at advarselen er slettet, typisk i en tvistesituasjon.

Hensynet til arbeidstaker tilsier at når en advarsel er slettet, skal ikke denne lenger hefte ved arbeidsforholdet. Arbeidstaker har et behov for å gå videre med «blanke ark».[175] Ved sletting av ordensstraffer fremgår det av forarbeidene til statsansatteloven at dette er et sentralt hensyn bak slettingsreglene; som utgangspunkt er arbeidsgiver avskåret fra å vise til ordensstraffen etter at den er slettet. Forarbeidene åpner imidlertid for at det etter en «konkret vurdering» kan legges vekt på tidligere adferd, selv om dokumentasjonen som sådan er slettet. Det understrekes at dersom tidligere forhold skal vektlegges må det likevel «begrunnes særskilt».[176] I vurderingen vil sentrale momenter være hvor lang tid som er gått, og om forholdene har noen sammenheng.

Etter min mening må disse synspunktene ha overføringsverdi til andre arbeidsforhold der advarsler er blitt slettet, ettersom hensynene som begrunner synspunktene, i stor grad er de samme. Når det gis anledning til å legge vekt på en så alvorlig reaksjon som en ordensstraff i ettertid, selv om denne er blitt slettet, legger jeg til grunn at det også burde gjelde advarsler gitt som styringsrettsavgjørelser, som forutsetningsvis vil være mindre alvorlige for arbeidstaker.[177]

4.6 Praksis fra Personvernnemnda

Som vist over er utgangspunktet at personopplysninger ikke skal behandles, herunder lagres, med mindre det er «nødvendig». Et krav om sletting må derfor avgjøres på bakgrunn av en

[174] Jf. også Hirst (2019) s. 2 (upublisert).

[175] Meder (2015).

[176] Jt. Ot. prp. 94 L (2016–2017) s. 164.

[177] Jeg minner likevel om diskusjonen i punkt 3.2.3 der jeg drøfter en mulig adgang til å gi ordensstraffliknende advarsler i private arbeidsforhold.

konkret avveining av partenes interesser, jf. punkt 4.2.2. I løpet av de siste fem årene har Personvernnemnda behandlet tre saker som omhandler slike krav.[178] De to første avgjørelsene tyder på at nemnda har latt det arbeidsrettslige perspektivet være avgjørende i vurderingen.[179] Den siste avgjørelsen, avsagt i PVN 2018-11, reiser derimot spørsmål om nemnda etter innføringen av det nye personvernregelverket har lagt seg på en ny linje som i større grad vektlegger hensynet til den registrerte.[180] Det er derfor grunn til å undersøke avgjørelsene nærmere.

PVN 2016-08 gjaldt en arbeidstaker som hadde fått en advarsel i 2011, som omhandlet udokumentert fravær som følge av alkoholmisbruk. Arbeidstaker bestred det faktiske grunnlaget for advarselen, og mente at fortsatt lagring uansett ikke var nødvendig. Personvernnemnda kom til at arbeidsgiver ikke kunne pålegges sletting, og pekte på at arbeidsgivers behov for å holde advarselen lagret «så lenge dokumentet kan ha betydning for et eventuelt krav mot den behandlingsansvarlige» var legitimt. I den konkrete vurderingen av om lagring fremdeles var nødvendig, la nemnda vekt på advarselens «potensielle konsekvens» for arbeidsforholdet, og fant at arbeidstakerens opplevelse av at lagringen var belastende ikke kunne veie tyngre enn arbeidsgiverens reelle behov for lagring.

Lignende synspunkter fremheves av nemnda i PVN 2017-08. Saken gjaldt en lærer som i 2015 hadde blitt ilagt en tilrettevisning som gjaldt «negativ omtale av ledelse og kollega per tekstmelding». Arbeidsgivers formål med lagringen var at det skulle virke veiledende for arbeidstaker, og bidra til at lignende hendelser ikke gjentok seg. I den forbindelse hadde arbeidsgiver satt en tidsramme for lagringen, og ville etter dette selv slette advarselen. Etter en konkret vurdering fant nemnda at det var nødvendig for arbeidsgiver å holde advarselen lagret i den anslåtte tidsperioden. Nemnda påpekte videre at arbeidsgiver hadde «utøvd et forsvarlig skjønn» og kommet arbeidstaker i møte. Det var ikke grunnlag for å kreve sletting før det tidspunktet arbeidsgiver selv hadde anslått.

Disse to avgjørelsene tyder på at Personvernnemnda tidligere har latt arbeidsgivers behov for lagring være avgjørende. Sak 2018-11 skiller seg i så måte fra de to andre. Nemndas vurdering i denne saken er lengre og mer detaljert, og hensynet til arbeidstaker fikk avgjørende vekt ved at de fikk medhold i sitt krav om sletting av to advarsler.

---

[178] Nemnda har også i PVN 2016-12 og PVN 2018-15 behandlet spørsmål om sletting av uønsket informasjon om arbeidstaker fra personalmappe, uten at disse personopplysningene er advarsler. Ettersom slike opplysninger ikke har samme rettsvirkninger som advarsler, har ikke avgjørelsene direkte overføringsverdi og vil derfor ikke gjennomgås her.

[179] Jf. Hirst (2019) s. 17 (upublisert).

[180] Hirst (2019) s. 18 (upublisert).

I korte trekk gjaldt saken en statlig arbeidstaker som ble ilagt to advarsler i henholdsvis 2011 og 2015. Arbeidsforholdet var regulert av statsansatteloven, men det ble lagt til grunn at de aktuelle advarslene var styringsrettsavgjørelser, ikke ordensstraffer. Spørsmålet om sletting skulle derfor vurderes etter personopplysningsloven. Den første advarselen gjaldt negative og upassende uttalelser på e-post om en annen kollega, og den andre gjaldt tekstmeldinger med «uakseptabel(t) og utilbørlig» innhold til en annen kollega. Arbeidstaker bad om sletting av advarslene i 2016. Arbeidsgiver avslo kravet, og mente at fortsatt lagring var nødvendig, blant annet fordi begge advarslene gjaldt samme type forhold.

Personvernnemnda tok først stilling til hvilket lovverk som skulle ligge til grunn for vurderingen, ettersom forholdene fant sted før det nye regelverket trådte i kraft, og kom til at personopplysningsloven av 2018 kom til anvendelse.

Nemnda tok deretter stilling til det materielle kravet, og fant at hensynet til personaladministrasjon i utgangspunktet var en berettiget interesse for arbeidsgiver til å samle inn og lagre personopplysninger om arbeidstaker. Rent konkret var spørsmålet likevel hvor lenge dette hensynet kunne begrunne et behov for lagring. Deretter ble de to advarslene vurderte separat.

I forbindelse med advarselen fra 2011 så nemnda hen til tidsrammen på fem år som gjelder ved lagring av ordensstraffer, og mente at enkelte av synspunktene hadde overføringsverdi til den foreliggende saken. De påpekte at ettersom det stilles mindre strenge krav til saksbehandling ved ileggelse av tilrettevisninger enn ordensstraffer, kunne man risikere at advarsler bygget på feil faktum eller misforståtte situasjoner. Dette kunne tilsi at ordinære advarsler ikke burde kunne holdes lagret lengre enn den ytterrammen som er oppstilt for ordensstraffer. Nemnda fremhevet at:

> «(…) I de tilfeller arbeidsgiver mener det er nødvendig å oppbevare slike opplysninger over lengre perioder, også etter at den registrerte har protestert mot behandlingen etter artikkel 21 nr. 1, forutsetter det etter nemndas vurdering at arbeidsgiver konkret påviser *en reell grunn*. Det vil etter nemndas syn ikke være tilstrekkelig å peke på et potensielt behov ved en mulig, helt uspesifisert fremtidig prosess. Unntak kan tenkes der det dreier seg om svært alvorlige forhold (…)». (Min kursivering)

Slik nemnda så det, hadde ikke arbeidsgiver påvist en reell grunn i saken. De forholdene som advarselen omhandlet, var heller ikke alvorlige nok til å begrunne fortsatt lagring. På denne bakgrunn fikk arbeidstaker medhold i krav om sletting av advarselen.

I vurderingen av advarselen fra 2015 la nemnda til grunn at denne gjaldt mer alvorlige forhold. Det ble imidlertid lagt vekt på at ileggelse av en advarsel i seg selv ofte vil ha en preventiv

effekt, og at arbeidstaker her syntes å ha lært av tidligere feil, ved at lignende situasjoner ikke hadde gjentatt seg. Arbeidstaker hadde også unnskyldt adferden. Etter en konkret vurdering fant nemnda at det ikke forelå «tvingende berettigede grunner»[181] til fortsatt lagring, og arbeidsgiver ble pålagt å slette advarselen.

Det er vanskelig å si om grunnen til at Personvernnemnda lot hensynet til arbeidstaker være avgjørende, utelukkende skyldtes at vurderingen tok utgangspunkt i de nye personvernreglene, som tar sikte på å styrke den registrertes stilling.[182] Dersom en sammenligner PVN 2018-11 med de to andre avgjørelsene, er det likevel forhold som tyder på at nemnda innretter seg etter et overordnet krav om å gi den registrerte, altså arbeidstakeren, et ekstra vern. Faktum i saken skiller seg nemlig ikke nevneverdig fra de to andre sakene, og slik jeg ser det, er det ingenting som tyder på at det skulle være vesentlig mer belastende for arbeidstaker at advarselen ble holdt lagret i denne saken enn i de øvrige. I siste sak hadde det også gått svært kort tid fra den andre advarselen var gitt, til arbeidstaker fremsatte krav om sletting, og arbeidsgiverens behov for fortsatt lagring, blant annet begrunnet i at det var snakk om gjentakende forhold, hadde fått avgjørende vekt i vurderingene i de to andre sakene.

Det er ikke blitt avsagt nye avgjørelser etter PVN 2018-11 som omhandler sletting av advarsler, og det er derfor vanskelig å si hvorvidt avgjørelsen representerer starten på en ny og strengere praksis.[183]

4.7 Oppsummering

Et krav om sletting av advarsler fra en personalmappe vil være et rettskrav, ettersom det hjemles i personvernlovgivningen, eller i statsansatteloven § 25 fjerde ledd. Rettsvirkningen av sletting er at den konkrete dokumentasjonen slettes. Dette vil komplisere arbeidsgivers mulighet til å oppfylle sin bevisbyrde i en eventuell etterfølgende tvist om oppsigelse eller avskjed. Det antas likevel at arbeidsgiver kan vise til hendelsene selv om advarselen er slettet, for eksempel ved muntlig bevisføring i en tvistesituasjon. Dette må særlig gjelde der advarselen omhandlet gjentakende forhold, eller samme type forhold som gjorde at arbeidstaker ble oppsagt eller avskjediget.

På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om hva arbeidstaker egentlig oppnår ved at en advarsel slettes. For det første er det jo kun arbeidsgiver, eller arbeidstaker selv ved en innsyns-

[181] Jf. GDPR art. 21 nr. 1, annet punktum.
[182] Jf. Prop. 56 LS (2017-2018) s. 9 følgende.
[183] Hirst (2019) s. 18 (upublisert).

begjæring, som har tilgang til personalmappen. Det er altså ikke slik at potensielle nye arbeidsgivere får kjennskap til advarselen, for eksempel i en rekrutteringsprosess. Sletting vil dermed i realiteten kun medføre at advarselen ikke blir tilgjengelig for egen arbeidsgiver. For det andre kan arbeidstaker be om at eventuelle skriftlige innsigelser lagres sammen med advarselen, dersom vedkommende er uenig i den. I sine retningslinjer oppfordrer Datatilsynet til en slik praksis.[184] En slik innsigelse vil kunne ha betydning, blant annet i en senere tvist, ved at domstolene da må prøve advarselen i avgjørelsen av om en oppsigelse eller avskjed er saklig.

Dersom arbeidstakeren imidlertid er fornøyd med de virkningene sletting medfører, er dette utvilsomt et godt alternativ til rettslig prøving av gyldighet. Et krav om sletting kan rettes til arbeidsgiver og Datatilsynet på egenhånd, ofte uten at det er behov for nevneverdig juridisk veiledning. Dette gjør løsningen enklere, raskere og mindre kostbar enn å reise sak for domstolene. Et avslag på kravet vil være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og følgelig gi klageadgang. Videre, og kanskje viktigst, vil arbeidstaker slippe den usikkerheten som vil være knyttet til et krav om tilbaketrekking, der advarselen først må underlegges prosessuell behandling, før en eventuell konkret prøving av advarselens gyldighet. Det er også holdepunkter for å tro at arbeidstaker vil stille sterkt i fremtidige saker om sletting av advarsler som behandles av Personvernnemnda, selv om det er for tidlig til å si dette med sikkerhet.

[184] Datatilsynet (udatert).

5 AVSLUTNING

Innledningsvis reiste jeg følgende to hovedspørsmål; hvilken betydning har avgjørelsen i HR-2018-492-U for arbeidstakers adgang til å kreve rettslig prøving av en advarsel? Deretter, i hvilken grad vil et krav om sletting av advarsler etter personopplysningsloven være et egnet alternativ til å reise et krav for domstolene?

Avhandlingen har vist at avgjørelsen i HR-2018-492-U oppstiller en relativt høy terskel for rettslig prøving av advarsler i de arbeidsforhold der advarselsadgangen ikke er lovregulert. Samtidig kan det legges til grunn at rettslig prøving i slike arbeidsforhold ikke lenger er utelukket. I så måte er avgjørelsen prinsipielt viktig. Den har imidlertid ikke skapt en entydig rettstilstand. Foreløpig har det kommet lite nytt som har bidratt til å avklare kjennelsens rekkevidde.

I realiteten vil nok ikke avgjørelsen medføre betydelige endringer for arbeidstaker og arbeidsgiver, og heller ikke et prekært behov for å innrette seg nevneverdig. Arbeidsgiver burde likevel være påpasselig på å følge alle saksbehandlingsregler dersom det besluttes å gi en advarsel. Et rent misbruk av advarselsinstituttet kan i større grad enn tidligere føre til konsekvenser, i form av at arbeidsgiver kan bli møtt av erstatningskrav og en kostbar rettslig prosess.[185] Arbeidsgiver burde også være bevisst på hvordan han eller hun utformer advarselen, ettersom et vilkår for prøving er at advarselen kan anses som en sanksjon. Hva et slikt sanksjonspreg i realiteten omfatter, er imidlertid uklart. For arbeidstaker vil avgjørelsen bidra til noe større trygghet i arbeidsforholdet. Også her vil det være i de klare misbrukssituasjonene at arbeidstaker vil ha størst mulighet til å gardere seg, både fordi prøvelsesadgangen er snever, og fordi det ikke er avklart hvor langt domstolene vil kunne gå i en konkret prøving av advarselen. Jeg antydet at denne uavklarte bredden av prøvingskompetansen antakelig har liten betydning i forbindelse med prøving av advarsler, i motsetning til prøving av mange andre styringsrettsavgjørelser. Det er imidlertid klart at misbruk av arbeidsgivers skjønn og allmenne saklighetsnormer vil kunne prøves.

Ettersom adgangen til å reise sak for domstolene om tilbaketrekking er relativt snever, er det etter min mening behov for et alternativ. I kapittel 4 har jeg vist at den nye personopplysningsloven, som trådte i kraft i 2018, kan ha gitt arbeidstaker en styrket posisjon i saker der det reises krav om sletting av advarsler. Dersom dette er tilfellet, vil antakelig mange arbeidstakere være fornøyde med dette alternativet. Et fullverdig alternativ er det likevel ikke, ettersom de rettslige virkningene av en advarsel i en oppsigelses- eller avskjedsprosess ikke bortfaller dersom advarselen slettes, slik som ved dom på ugyldighet.

[185] Et erstatningskrav forutsetter at arbeidstaker har lidt et økonomisk tap.

Til sist vil jeg reise spørsmålet om HR-2018-492-U utilsiktet har pekt på et juridisk tomrom på området. Både rettstilstanden før og etter kjennelsen tyder på at det er et behov for rettslig prøving i advarselssituasjoner, særlig dersom det er adgang til å gi advarsler med tydelig sanksjonspreg. Det kan spørres om et slikt behov tilsier økt lovregulering på området, for å skape forutsigbarhet og klare rammer for arbeidsforholdets parter. I så måte er muligens avgjørelsen i HR-2018-492-U et utilstrekkelig alternativ.

Takk

Tusen takk til veileder for all hjelp i skriveprosessen.

Et stort og takknemlig takk til Marion Hirst, for at du generøst delte dine synspunkter mens du selv skrev på egen artikkel, og for at du lot meg lese og henvise til denne før publisering. Tusen takk!

Litteraturliste

Juridisk teori

Andersen (1967)	Andersen, Kristen. *Fra arbeidslivets rett*. Oslo: Tanum, 1967.
Bernt (2017)	Bernt, Jan Fridthjof. (2017) «Kommentar til forvaltningsloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [Sitert 16.04.2019].
Dege (2009)	Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett. Del I*, 1 utg., Oslo: Minerva, 2009.
Eckhoff (2001)	Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
Eckhoff (2018)	Eckhoff, Torstein. Forvaltningsrett, 11. utg. ved Eivind Smith, Oslo: Universitetsforlaget, 2018
Evju (2003)	Evju, Stein. «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv». *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 1 (2003), s. 3-32 (sitert fra jus.uio.no).
Evju (2010)	Evju, Stein. *Arbeidsrett. Utvalgte artikler 2001-2010*, 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
Fanebust (2017)	Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
Fougner (2013)	Fougner, Jan mfl. *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
Fougner (2018)	Fougner, Jan. «Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll», *Arbeidsrett* vol. 15 nr. 1 (2018), s. 37-60. (Sitert fra Idunn.no).

Gulbrandsen (2018) — Gulbrandsen, John Steffen. *Kan domstolene overprøve en advarsel fra arbeidsgiver?* (2018) https://www.hegnar.no/Nyheter/Jobb-karriere/2018/03/Kan-domstolene-overproeve-en-advarsel-fra-arbeidsgiver?r=refresh[Sitert 10.04.2019]

Hirst (2015) — Hirst, Marion Holthe og Svein Ivar Lønneid. *Arbeidsrett i et nøtteskall*, 1. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2015.

Hirst (2019) — Hirst, Marion. «Advarsel på «tynn is»? Om ugyldighet og sletting av advarsler i arbeidsforhold – kommentarer til nyere praksis fra Høyesterett og Personvernnemnda». 2019. *Upublisert manuskript*.

Hotvedt (2013) — Hotvedt, Marianne Jenum og Terese Smith Ulseth. «Avtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett», *Arbeidsrett* vol. 10 nr. 1 (2013), s. 112-138. (Sitert fra Idunn.no).

Jakhelln (2011) — Jakhelln, Henning mfl. *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utg., Oslo: Cappelen Damm akademisk 2011.

Johansen (2013) — Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.). *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*, 2 utg., Oslo, Gyldendal Akademisk, 2015.

Meder (2015) — Meder, Margrethe. «Med blanke ark? Om sletting av advarsler i arbeidsforhold», *Arbeidsrett* vol. 12 nr. 2 (2015), s. 212-221. (Sitert fra Idunn.no).

Schei (2013) — Schei, Tore mfl. *Tvisteloven. Kommentarutgave bind I*, 2 utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013.

Skjønberg (2018) — Skjønberg, Alexander Næss, Erik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt. *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2018.

Skjønberg (2019) — Skjønberg, Alexander Næss. *Fredsplikten i tarifforhold*, 1. utg., Oslo: Gyldendal 2019.

Skoghøy (2017) — Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget 2017.

Solberg (2018) — Solberg, Frode. *Åpner for å prøve krav om fjerning av advarsler*. (2018) https://www.dagensmedisin.no/artikler/2018/08/23/apner-for-a-prove-krav-om-fjerning-av-advarsler/[Sitert 10.04.2019]

Søvik (2018) — Søvik, Cecilie Wille. *Kan en arbeidstaker kreve at en advarsel trekkes tilbake?* (2018) https://www.magma.no/kan-en-arbeidstaker-kreve-at-en-advarsel-trekkes-tilbake[Sitert 10.04.2019]

Lover og forarbeider

Lover:

1915 — Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915. Opphevet.

1918 — Lov om offentlige tjenestemænd (tjenestemannsloven) av 15. februar 1918. Opphevet.

1918 — Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918.

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

1977 — Lov om statens tjenestemenn (statstjenestemannsloven) av 10. juni 1977. Opphevet.

1980 — Lov om leger (legeloven) av 13. juni 1980. Opphevet.

1983 — Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983. Opphevet.

1999	Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005
2006	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2006
2013	Lov om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven) av 21. juni 2013
2017	Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven) av 16. juni 2017
2017	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) av 16. juni 2017
2018	Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 15. juni 2018

<u>Lovforarbeider:</u>

Ot.prp. nr. 1 (1979–1980)	Om lov om leger og om lov om tannleger
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)
Prop. 56 LS (2017–2018)	Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen

EU-direktiver og forordninger

Dir 95/46 EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger [Personverndirektivet]
For 2016/679 EU	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]

Rettspraksis

Høyesterettspraksis:

Rt. 1963 s. 1013
Rt. 1956 s. 578
Rt. 1982 s. 1729
Rt. 1984 s. 1058
Rt. 1991 s. 1468
Rt. 1996 s. 827
Rt. 2000 s. 1602
Rt. 2001 s. 418
Rt. 2001 s. 426
Rt. 2001 s. 1362
Rt. 2001 s. 1589
Rt. 2002 s. 273
Rt. 2002 s. 1576
Rt. 2003 s. 480
Rt. 2005 s. 518
Rt. 2008 s. 856
Rt. 2008 s. 1246
Rt. 2009 s. 1456
Rt. 2001 s. 412
Rt. 2010 s. 879
Rt. 2011 s. 841
HR-2016-2286-A
HR-2018-492-U

Lagmannsrettspraksis:

RG. 1997 s. 11 (Borgarting)
RG 1998 s. 1650 (Borgarting)
RG 2003 s. 544 (Frostating)
RG 2003 s. 914 (Gulating)
LH-2017-189505

Tingrettspraksis:

TOSLO-2007-78995

Annen praksis

Nemndspraksis:

PVN 2016-08 — Personvernnemnda. 2016. *PVN-2016-08 Trondheim kommune II*. 27.10.2016. https://personvern-nemnda.no/pvn-2016-08 [Sitert 29.03.2019]

PVN 2017-08 — Personvernnemnda. 2017. *PVN-2017-08 Personalmappe på skole*. 29.06.2017. https://personvernnemnda.no/pvn-2017-08 [Sitert 29.03.2019]

PVN 2018-11 — Personvernnemnda. 2018. *PVN-2018-11 Sletting av personopplysninger i personalmappe*. 12.11.2018. https://personvernnemnda.no/pvn-2018-11 [Sitert 29.03.2019]

Uttalelser fra Sivilombudsmannen:

SOMB 2001-23 — Sivilombudsmannens årsmelding 2001. Fra Sivilombudmannens sak 2000-1080. *SOMB-2001-23 (2001 S 133)*

Internettbaserte kilder:

Datatilsynet (udatert) — Datatilsynet. *Datatilsynets oppgaver* (udatert) https://www.datatilsynet.no/om-datatilsynet/oppgaver/ [Sitert 05.03.2019]

Datailsynet (udatert) — Datatilsynet. *Personalmappe – hva lagres, hvor lenge, og hvorfor?* (udatert) https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/personvern-pa-arbeidsplassen/personalmappe/ [Sitert 30.03.2019]

Utilgjengelige kilder

Grønnerød-Hemmingby (2019) — Grønnerød-Hemmingby, Anette. *Arbeidsgivers ensidige endringsadgang: økonomiske vilkår*. Fra seminar om styringsrett på Handelshøyskolen BI, Institutt for rettsvitenskap og styring. 21.mars 2019.