

HENNING JAKHELLN

professor emeritus

Institutt for offentlig rett
 Universitetet i Oslo
 St Olavs plass 5, 6 etg (Domus Nova)
 Postboks 6706 St. Olavs plass
 0162 Oslo

Tlf.: 22 85 00 70

Fax: 22 85 00 41

henning.jakhelln@jus.uio.no

Nærings- og handelsdepartementet
 Maritim avdeling
 Postboks 8014 Dep
 0030 Oslo

31. januar 2013

NOU 2012: 18 Rett om bord – Ny skipsarbeidslov - høringsuttalelse

Ved departementets brev av 8. nov. 2012 er oversendt, med anmodning om høringsuttalelse, skipsarbeidslovutvalgets innstilling med utkast til ny skipsarbeidslov, NOU 2012: 18 Rett om bord; med forslag om at utkastet skal erstatte sjømannsloven av 1975 med senere endringer.

Innledningsvis bemerkes at det er et stort arbeid som ligger bak utvalgets innstilling med tilhørende lovutkast.

Videre bemerkes at utvalgets mandat har vært begrenset ved den grunnleggende premiss ”at en revidert sjømannslov blir videreført som en selvstendig lov, og ikke innarbeidet i arbeidsmiljøloven”.¹ Utvalget har derfor ikke hatt noen foranledning til å kommentere dette utgangspunkt nærmere, og det knyttes derfor heller ikke her noen bemerkninger til dette utgangspunkt.

For øvrig er i de følgende avsnitt gitt bemerkninger til følgende spørsmål:

1. *Terminologi m.v.*
2. *Ansvarsforholdene – rederi, arbeidsgiver og virksomhet*
3. *Retten til å fortsette i stillingen ombord mens oppsigelsessak verserer*
4. *Trekk i lønn ved rettsstridig fratreden*
5. *Fare for piratvirksomhet og rett til fratredelse*
6. *Varsling om kritikkverdige forhold – lovforslagets § 5-6 (5)*
7. *Videreføring av den lovfestede rett til velferdspermisjon – sjømannslovens § 11 annet og tredje ledd*
8. *Fastsettelse av fravik fra skipsarbeidsloven for NIS-registrerte skip*

¹ Jfr. NOU 2012: 18 s. 30 (avsnitt 1.2).

For ordens skyld bemerkes innledningsvis også, at det av tidsmessige grunner ikke har vært mulig å gjøre litteraturhenvisninger m.v. så utførlige som det hadde vært ønskelig.

1. Terminologi m.v.

1.1 Utvalgets forslag til lovens tittel (NOU 2012: 18 s. 96-97) – lov om stillingsvern for arbeidstakere på skip, med korttittel *skipsarbeidsloven* – synes hensiktsmessig.

1.2 Likedan synes utvalgets forslag om å gjøre bruk av den kjønnsnøytrale betegnelse ”*arbeidstaker*” i stedet for den nåværende og tradisjonsrike terminologi ”*sjømann*” (NOU 2012: 18 s. 96) ikke bare å være i samsvar med likestillingshensyn, men også sammenfallende med den begrepsbruk som ellers anvendes innen arbeidsretten; bl.a. i arbeidsmiljøloven, arbeidstvistloven osv.; forslaget fremstår derfor som anbefalelsesverdig.

1.3 Den endrede terminologi synes ikke å ville medføre materielle endringer; det kan for øvrig neppe være tvilsomt at begrepet *sjømann* i den någjeldende lovgivning i det alt vesentlige er identisk med begrepet *arbeidstaker*, slik dette anvendes i bl.a. i arbeidsmiljøloven, arbeidstvistloven osv.; ikke bare i relasjon til selvstendige oppdragstakere, slik utvalget påpeker (NOU 2012: 18 s. 98), men også i andre relasjoner, eksempelvis når det gjelder tillitsverv som vedkommende velges til.² Det vil imidlertid kunne være hensiktsmessig at det sammenfallende innhold av *arbeidstaker*begrepet presiseres også under den videre lovforberedelse.³

1.4 Tilsvarende synes det også hensiktsmessig at terminologien *arbeidsgiver* anvendes i betydningen den som har ansatt en *arbeidstaker*; dermed blir også denne terminologi blir dermed på linje med den terminologi som det ellers gjøres bruk av i arbeidsrettslig lovgivning m.v., herunder arbeidsmiljølov og arbeidstvistlov.

1.5 Det fremstår også som nødvendig å anvende terminologien *rederi*, ikke bare ut fra tradisjonelle hensyn, men også for å presisere sammenheng og forskjell i relasjon til *arbeidsgiver*begrepet.

Av hensyn til den praktiske bruk av loven vil det eventuelt kunne overveies om uttrykket ”driftsansvarlig selskap” e.l. burde innarbeides som en del av definisjonen i utkastets § 2-3 (1); dette vil ikke medføre noen realitetsforskjell, idet dette uttrykk følger av utkastets henvisning til skipssikkerhetslovens § 4..

² Jfr. eksempelvis Rt. 1995 s. 2018 (*Oljearbeidernes Fellessammenslutning*).

³ Jfr. utvalgets presisering av dette i NOU 2012:18 s. 98 (avsnitt 7.4.4).

1.6 Det er i utkastet ikke foreslått noen definisjon av begrepet *virksomhet* – arbeidsmiljøloven inneholder for så vidt heller ikke noen definisjon av dette begrep – men siden begrepet virksomhet benyttes i utkastet,⁴ er det vesentlig at det av lovforarbeidene fremgår hvilken betydning dette uttrykk forutsettes å skulle ha; ikke minst på grunn av de nærmere ansvars- og pliktforhold i relasjon til begrepene arbeidsgiver og rederi.

1.7 Det synes hensiktsmessig at terminologien *lønn* erstatter den tidligere terminologi hyre; at også lott omfattes av denne terminologi må være utvilsomt.

2. Ansvarsforholdene – rederi, arbeidsgiver og virksomhet

2.1 Innledning

Det er i høringsbrevet bl.a. bedt om særlig tilbakemelding på spørsmålet om rekkevidden av rederiets solidaransvar, jfr. NOU 2012: 18 s. 122 flg. (avsnitt 9.4), hvor det fremgår (s. 123-126, avsnitt 9.4.3) at utvalget har delt seg i et flertall og et mindretall; en uenighet som bl.a. omfatter vernet mot usaklig oppsigelse og fortrinnsrett til ny ansettelse.

Arbeidsrettslig sett er dette et av de mer krevende spørsmål som utvalget behandler, og det kan derfor være naturlig med en relativt bred omtale av spørsmålet.

For å belyse spørsmålet, fremstår det som hensiktsmessig først å omtale kort de deler av problematikken som utvalgets medlemmer er enige om.

2.2 Arbeidsgiver som ansvarlig part

Utvalgets medlemmer er enige om det utgangspunkt at *arbeidsgiver* er ansvarlig for de forpliktelser blir overholdt, som lovgivningen har fastsatt til vern om arbeidstakeren som den svakere part i avtaleforholdet.

”Lovgivning har satt grenser for avtalefriheten for å hindre at arbeidsgiver utnytter maktubalansen til skade for arbeidstaker. Dette er også utvalgets utgangspunkt. Arbeidsrettslige verneregler er ... prinsipielt sett nært knyttet til avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette tilsier ... at det er arbeidstakers motpart i arbeidsavtalen som i utgangspunktet bør være ansvarlig for å etterleve lovens krav.” (s. 103)

⁴ Eksempelvis utkastets § 3-6 om fortrinnsrett til ny ansettelse.

Til dette utgangspunkt skal her bare bemerkes, at det er i samsvar med det som også ellers legges til grunn som det alminnelige og grunnleggende arbeidsrettslige utgangspunkt. Det må også her kunne legges til grunn.

2.3 *Utstrekningen av arbeidsgivers ansvar - virksomheten*

Utvalgets medlemmer synes også å være enige om utstrekningen av dette arbeidsgiveransvar; dette ansvar omfatter arbeidsgivers *virksomhet*, bl.a. slik at forpliktelsen til å finne annet passende arbeid til arbeidstaker som måtte bli sagt opp på grunn av driftsinnskrenkninger, driftsomlegninger m.v. omfatter hele den virksomhet som arbeidsgiver driver. Tilsvarende vil fortrinnsrett til ny ansettelse omfatte hele denne virksomhet. Det er også arbeidsgiver som vil være ansvarlig for at en oppsigelse er saklig; oppsigelsessak vil måtte anlegges mot arbeidsgiver, og det er arbeidsgiver som vil være erstatningsansvarlig for økonomisk og ikke-økonomisk tap dersom en oppsigelse skulle være usaklig, og tilsvarende om oppsigelse skulle bli kjent ugyldig slik at arbeidstakeren skal gjeninntre i stillingen.

I tilknytning til virksomhetsbegrepet uttaler utvalget således (s. 105-106):

”Når arbeidsgiver er skipsarbeidslovens pliktsubjekt, er det naturlig å innføre virksomhetsbegrepet som betegnelse på referanserammen for rettigheter og plikter i arbeidsforholdet.”

”I tradisjonelt drevet rederivirksomhet er det samme selskap som eier, drifter og bemanner skipet.⁵ --- Her vil den samlede rederiaktiviteten i utgangspunktet utgjøre virksomheten.

I fullintegreerte rederikonsern er selskapene som eier, drifter og bemanner skip underlagt felles ledelse og kontroll. --- For det selskap som bemanner alle skipene i rederikonsernet, vil virksomheten være knyttet til alle disse skipene. For eksempel vil plikten til å vurdere omplussing før oppsigelse som følge av nedbemanning, gjelde alle skipene i rederiet. --- ”.

Når ”et managementselskap har kontrakt på bemanning av skip under ulike rederi, er det den samlede bemanningen av skipene som utgjør arbeidsgivers virksomhet. Selv om selskapet skulle miste kontrakten på ett skip, vil arbeidsgiver kunne ha ”annet passende arbeid i virksomheten” dersom selskapet får ny kontrakt på et annet skip.”

⁵ Her innskyter utvalget at dette “er fremdeles vanlig i innenriksfarten”.

Ovenstående synes å være i samsvar med det som ellers legges til grunn i arbeidsretten; det må også her kunne legges til grunn, og foranlediger derfor ingen særskilte bemerkninger.

2.4 Arbeidsgiveransvar for selskap som utøver vesentlige arbeidsgiverfunksjoner, eventuelt i en sammensatt selskapsstruktur

I tilknytning til ovenstående skal likevel bemerkes, at arbeidsgiveransvar kan påhvile ikke bare det selskap som har inngått arbeidsavtale med arbeidstaker, men også det eller de selskap som måtte ha opptrådt på en slik måte at de må ansees som arbeidsgiver, slik tilfellet bl.a. vil være om ett eller flere selskap skulle ha utøvet arbeidsgiverfunksjoner.⁶

Det er således grunn til å fremheve – slik også utvalget påpeker (NOU 2012: 18 s. 100) – at dersom de formelle avtaler og det formelle opplegg ikke er i samsvar med de reelle omstendigheter, eksempelvis slik at andre enn den formelle arbeidsgiver har utøvet arbeidsgiverfunksjoner, vil et arbeidsgiveransvar også påhvile denne, jfr. senest Rt. 2012 s. 983 (*Songa Services*), spesielt avsnitt 103, hvor Høyesterett bl.a. uttaler:⁷ ”Skal den opprinnelige arbeidsgiver beholde statusen som arbeidsgiver, må denne opprettholde det vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene. Jo mer det reelle forholdet mellom verten og den ”seconderte” har karakteren av et ordinært ansettelsesforhold, jo lettere vil dette bli lagt til grunn, i alle fall på den måten at den ”seconderte” kan gjøre gjeldende rettigheter som tilkommer ordinært ansatte hos verten.”⁸

På det generelle plan må det således bemerkes at selve det formelle partsforhold i en arbeidsavtale – hvor det bl.a. vil fremgå hvilket selskap som er arbeidsgiver – nok gir et viktig utgangspunkt. Dette utgangspunkt må likevel suppleres med spørsmålet om hvorledes vesentlige arbeidsgiverfunksjoner har vært utøvd. Tilsvarende vil de formelle selskapsstrukturer utgjøre et viktig utgangspunkt, men også her vil det videre spørsmål være ikke bare hvorledes arbeidsgiverfunksjoner har vært utøvd, men også hvorvidt de forskjellige selskaper måtte være selskapsrettslig integrert i hverandre; slik tilfellet eksempelvis kan være ved datterselskaper med et holdingselskap som majoritetsaksjonær; i praksis kan for øvrig langt mer kompliserte selskapskonstellasjoner forekomme. Det er derfor ikke bare et spørsmål om

⁶ Her, og i det følgende, benyttes terminologien selskap, fordi det er denne terminologi som er lagt til grunn i utvalgets innstilling. Terminologien foretak kunne også ha vært benyttet.

⁷ Avgjørelsen i Rt. 1937 s. 21 (*Ulrikka*), Rt. 1990 s. 1126 (*Wärtsilä*) og Rt. 1989 s. 231 (*Exploration Logging*) kan også sees under denne synsvinkel.

⁸ Uttrykkene ”secondment” og ”secondert” arbeidstaker synes, slik disse uttrykk er beskrevet i Rt. 2012 s. 983 (*Songa Services*) avsnitt 98, i den sammenheng det her er tale om, det alt vesentligste å være sammenfallende med situasjonen ved arbeidsutleie, hvor den utleide arbeidstaker er ansatt i et utleieforetak (bemanningsselskap) og utfører arbeid hos det innleiende foretak (brakerforetaket).

gjennomskjæring i forhold til opprettelsen av de selskapsstrukturer det er tale om, men også et spørsmål om arbeidsgiverfunksjoner i praksis har vært utøvd i arbeidsforholdet i samsvar med de formelle selskapsstrukturer.

Det kan være grunn til å fremheve disse forhold særskilt under den videre lovforberedelse.

2.5 Problematikken

Siden arbeidsgiver vil være fullt ut ansvarlig for at de krav som følger av lovgivningen blir overholdt, og siden arbeidsgiveransvaret må utledes så vel av den formelle arbeidsavtale som av de reelle forhold knyttet til hvorledes vesentlige arbeidsgiverfunksjoner har vært utøvd, vil det videre spørsmål måtte være om det – ut over dette arbeidsgiveransvar – er grunn til å holde også andre selskap ansvarlig, og i tilfelle i hvilken utstrekning.

Det bemerkes at det i tilfelle er tale om ansvar for ett eller flere selskaper, i tillegg til arbeidsgivers ansvar, og at det derfor er lite treffende å tale om ”delt” arbeidsgiveransvar, slik også utvalget påpeker (s. 101 note 14).

2.6 De to overordnede prinsipielle utgangspunkter

Vurderingen av om andre selskaper bør kunne holdes ansvarlige synes å måtte ta utgangspunkt *dels* i det forhold at det bør være opp til de enkelte selskaper som skal drive en virksomhet selv ha anledning til å beslutte hvilke selskaps- og samarbeidsstrukturer som bør anvendes for virksomhetens drift, *samt at* valget av selskaps- og samarbeidsstruktur ikke bør medføre at arbeidstakernes rettsstilling svekkes.

Dette kan også uttrykkes slik, at adgangen til å organisere virksomheten på forskjellig måte som utgangspunkt må ansees som en del av den styringsrett som tilkommer det eller de selskaper som ønsker å drive en virksomhet; på den annen side bør arbeidstakernes rettsstilling ikke være avhengig av de formelle selskapsstrukturer m.v., men av de underliggende reelle forhold.⁹

Det må kunne legges til grunn at ILO-konvensjon nr. 186 (2006) – ”The Maritime Labour Convention” [MLC] – bygger på disse to overordnede prinsipielle utgangspunkter, for så vidt gjelder de forhold som konvensjonen regulerer. Det vises for så vidt til konvensjonens artikkel II nr. 1, som fastsetter de definisjoner som skal legges til grunn i forbindelse med konvensjonen, og hvor uttrykket *reder* (shipowner) er definert i artikkel II nr. 1 litra j):

⁹ Sml. NOU 1996: 6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v., s. 77 (avsnitt 5.2).

”reder betyr skipets eier eller en annen organisasjon eller person, for eksempel disponent, agent eller bareboat-befrakter, som har påtatt seg ansvaret for driften av skipet på vegne av rederen, og som ved overtakelsen av slikt ansvar, har gått med på å overta de plikter og oppgaver som redere er pålagt i henhold til denne konvensjon, *uten hensyn til om noen annen organisasjon eller andre personer oppfyller enkelte av pliktene eller oppgavene på reders vegne*”.¹⁰

2.7 Anvendelsen av de overordnede prinsipper på de krav som følger av arbeidsavtalen

Når det gjelder anvendelsen av de overordnede prinsipper må innledningsvis merkes utvalgets generelle uttalelse, at siden arbeidsgiver ”ikke alltid er driftsansvarlig, er det nødvendig å legge plikter på det driftsansvarlige selskapet” – altså det selskap som betegnes som rederiet.¹¹

I tilknytning til dette utgangspunkt presiserer utvalget ytterligere: ”Ansvaret for å oppfylle skipsarbeidslovens krav vil følgelig ligge på to pliktsubjekter: Den som inngikk arbeidsavtalen (”arbeidsgiver”) er i utgangspunktet ansvarlig. I tillegg utpekes det driftsansvarlige selskapet (”rederiet”) som pliktsubjekt”.¹²

For så vidt gjelder de enkelte krav kan videre konstateres at hele utvalget er enige om at ikke bare arbeidsgiver, men også rederiet, må være medansvarlig – solidarisk ansvarlig – for lønn og økonomiske krav etter skipsarbeidslovens kapittel IV; *flertallet* bemerker at det ”er ... åpenbart at ansvaret må omfatte utbetaling av lønn og opptjente feriepenger”, samt ”økonomiske rettigheter knyttet til hjemreise, skipsforlis og sykdom, skade eller død”.¹³

I tilknytning til solidaransvaret for lønn bemerker flertallet, at lønnen ”er arbeidstakers viktigste økonomiske rettighet, og må omfattes for å sikre arbeidstakers rettigheter i praksis” – og tilføyer at MLC-konvensjonen forutsetter at rederiet er ansvarlig for utbetalingen av lønnen.

På bakgrunn av de overordnede prinsipielle utgangspunkter må det være all grunn til å støtte opp om dette standpunkt som alle utvalgets medlemmer, for så vidt, er enige om.

¹⁰ Gjengitt i norsk oversettelse etter St. prp. nr. 73 (2007-2008) s. 14 Om samtykke til ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 186 av 23. februar 2006 om sjøfolks arbeids- og levevilkår. *Kursiveringen* er gjort her.

¹¹ NOU 2012: 18 s. 103 (avsnitt 7.5.5).

¹² Sammesteds.

¹³ NOU 2012: 18 s. 123 (avsnitt 9.4.3); *mindretallets* dissens refererer seg ikke til solidaransvaret for disse krav, men til det forhold at rederiets solidariske ansvar bør være mer vidtrekkende enn det flertallet går inn for.

2.8 Særlig om solidaransvar for krav i anledning urettmessig opphør av arbeidsforholdet – oppsigelsesvern m.v.

Det grunnleggende spørsmål er om solidaransvaret bør være begrenset slik flertallet går inn for, jfr. ovenfor 2.7, eller om solidaransvaret bør ha en videre ramme enn dette. Spørsmålet kan også formuleres som et spørsmål om utvalgets flertall har funnet en hensiktsmessig avgrensning av solidaransvarets omfang, eller om avgrensningen er blitt for snever. Det er derfor grunn til å presisere nærmere hvilke krav det særlig synes å ville være tale om.

I innstillingen fra utvalget er uenigheten dels formulert som et spørsmål om vernet mot usaklig oppsigelse skal være omfattet av solidaransvaret, og dels som et spørsmål om solidaransvaret skal omfatte også fortrinnsrett til ny ansettelse etter oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger m.v.¹⁴ Sistnevnte spørsmål står i en noe annen stilling enn førstnevnte, og kommenteres derfor særskilt i avsnitt 2.9.

Dersom spørsmålet formuleres som et spørsmål om solidaransvaret skal omfatte vern mot usaklig oppsigelse,¹⁵ er det fare for at spørsmålsstillingen blir noe for snever; spørsmålet om solidaransvar oppstår også for andre krav som reiser seg i anledning arbeidsforholdets opphør, eksempelvis krav om erstatning og eventuelt krav om gjeninntreden etter urettmessig avskjed.¹⁶

I økonomisk henseende er det grunn til å fremheve sammenhengen med sjøpanterett for krav av denne art. Erstatningskrav i anledning arbeidsforholdets opphør vil regelmessig ha sikkerhet i form av sjøpant, jfr. sjølovens § 51; den tidligere normalerstatning etter sjømannsloven (1923 og 1953) § 34; to måneders ekstrahyre, er således ansett som sjøpantberettiget krav, jfr. Rt. 1929 s. 640, Rt. 1928 s. 851 og tidligere Rt. 1904 s. 129; noen avgjørelse av Høyesterett om at også krav på erstatning for usaklig oppsigelse vil være et sjøpantberettiget krav foreligger likevel ikke, men synes å være alminnelig antatt i teorien.¹⁷ Det selskap som *eier* skipet¹⁸ vil derfor nødvendigvis bli påført en økonomisk belastning i slike tilfelle.¹⁹ Omfanget av denne økonomiske belastning vil bl.a.

¹⁴ NOU 2012: 18 s. 124 (avsnitt 9.4.3).

¹⁵ Jfr. lovutkastets § 5-6 og § 5-11.

¹⁶ Jfr. lovutkastets § 5-14.

¹⁷ Her skal bare være nevnt *Henning Jakhelln*: Sjøpant for krav i anledning arbeidsavtale ombord, Arkiv for Sjørett bind 9 (1969) s. 567 på s. 571, og senest *Tron Dalheim m.fl.*: Sjømannsrett (2008) s. 112; likeledes legger utvalget til grunn at sjøpanteretten bl.a. omfatter ”erstatning for uberettiget avskjed eller oppsigelse”, jfr. NOU 2012: 18 s. 106 (avsnitt 7.5.8).

¹⁸ Krav i anledning usaklig oppsigelse eller urettmessig avskjed må formentlig ansees som oppstått ved at oppsigelse eller avskjed er meddelt arbeidstakeren, og dermed ha sjøpant i det skip hvor arbeidstakeren er i tjeneste på dette tidspunkt, men ikke i skip hvor arbeidstaker tidligere har tjenestegjort.

¹⁹ Sjøpanteretten vil likevel gå tapt om skipet skulle forlise, fordi sjøforsikringen ikke dekker sjøpanteretten, slik også utvalget bemerker NOU 2012:18 s. 107 (avsnitt 7.5.8); for så vidt vil eierselskapet tjene på skipsforliset, som indirekte vil komme også det driftsansvarlige selskap til gode. I denne sammenheng er det imidlertid liten grunn til å legge vekt på disse konsekvenser av et skipsforlis, bl.a. fordi skipsforlis er en uberegnelig faktor i

avhenge av om *arbeidsgiver* er noe å bebreide, og i tilfelle hvor meget, noe som igjen vil kunne avspeile seg i erstatningsutmålingen; både når det gjelder det økonomiske tap, og eventuell erstatning for ikke-økonomisk tap. Det selskap som eier skipet vil imidlertid kunne kreve eventuelle utlegg i denne anledning erstattet av det *driftsansvarlige* selskap, i alle fall dersom eierselskapet har tatt forbehold om dette i driftsavtalen med det driftsansvarlige selskap, eller driftsavtalen må tolkes slik at regress vil kunne kreves i slike tilfelle. Tilsvarende vil det kunne bli tale om regress fra driftsansvarlig selskap²⁰ til det selskap som er arbeidsgiver for den eller de arbeidstakere det gjelder.

Allerede av denne grunn vil det driftsansvarlige selskap – om enn indirekte – ha et økonomisk ansvar for krav som måtte oppstå i anledning arbeidsavtalens uberettigede opphør. Det tilføyes at reglene om sjøpant er basert på en internasjonal konvensjon,²¹ og har vært det meget lenge, og det ansvar det her er tale om skulle derfor ikke ha negative konkurransemessige virkninger for norsk skipsfart, sammenlignet med forholdene for andre lands skipsfart.

Det tilføyes, at også krav på lønn etter skipsforlis kan sees som et krav som følge av arbeidsforholdets opphør, og det samme kan krav på lønn i anledning sykdom, skade m.v. Fellesnevneren for disse krav er at de er basert på det sosialpolitiske grunnsyn at en arbeidstaker skal ha et visst vern også i slike situasjoner – disse krav skal etter flertallets forslag kunne gjøres gjeldende også overfor det driftsansvarlige selskap – og det er ingen prinsipiell forskjell mellom krav av denne art, og krav som oppstår med grunnlag i de regler som knytter seg til det øvrige stillingsvern; hvor vernet mot usaklig oppsigelse og urettmessig avskjed står sentralt.

Med utgangspunkt i den begrunnelse som utvalgets flertall gir for at lønnskrav må være omfattet av et ansvar for det driftsansvarlige selskap – at krav på lønn er arbeidstakeres viktigste økonomiske rettighet, og at et slikt ansvar må til for å sikre arbeidstakeres rettigheter i praksis – må det kunne sies, at også kravet på å kunne arbeide om bord og dermed kunne tjene sin lønn bør være sikret på denne måte, slik at en arbeidstaker ikke uberettiget blir fratatt denne rett.

På bakgrunn av ovenstående berører spørsmålet om det driftsansvarlige selskap skal ha ansvar for arbeidstakeres oppsigelsesvern selve grunnsynet på hele det arbeidsrettslige stillingsvern. Vernet mot uberettiget å bli fratatt den

forhold til sikkerhet og ansvar for de krav det her er tale om. I forhold til disse krav er det for øvrig et spørsmål for seg om disse konsekvenser av ”surrogatlæren” bør opprettholdes.

²⁰ Eventuelt direkte fra eier-selskapet.

²¹ Sjølovens regler er basert på Brussel-konvensjonen av 1967.

stilling som en arbeidstaker utfører sitt arbeid i, er for lengst akseptert i arbeidslivet. Det er neppe noen overdrivelse å karakterisere oppsigelsesvernet som en bærebjelke innen den individuelle arbeidsrett. For så vidt angår landbasert virksomhet er det vel kjent at det går et grunnleggende skille ved arbeidervernloven av 1936 § 33, og for arbeid ombord på skip ble vernet mot usaklig oppsigelse lovfestet ved sjømannsloven av 1953 § 71.

Det er også vel kjent at oppsigelsesvernet gjennom senere lovgivning er utbygget videre, både for landbasert virksomhet og for arbeid om bord på skip, fra et rent erstatningskrav til en rett til å få dom for ugyldighet i tillegg til erstatningskravet, og med rett til å fortsette i arbeidet mens en eventuell tvist om berettigelsen av en oppsigelse eller avskjed pågår for domstolene.

Likedan er det vel kjent at utviklingen av sjømannslovgivningens oppsigelsesvern har funnet sted i et langsommere tempo enn tilfellet har vært for landbasert virksomhet – noe forenklet kan det sies at adgangen til å få dom for ugyldighet ble lovfestet for landbasert virksomhet ved arbeidsmiljøloven av 1977, mens sjømannslovens tilsvarende bestemmelser først ble vedtatt ved revisjonen av sjømannsloven i 1985. De særlige hensyn som gjør seg gjeldende for arbeid om bord på skip medfører at arbeidstakere på skip fortsatt har et noe svakere stillingsvern enn arbeidstakere i landbasert virksomhet. Det er for så vidt tilstrekkelig å vise til utvalgets lovforslag, § 5-10, om rett til å fortsette i stillingen, som er utformet annerledes enn arbeidsmiljølovens bestemmelser, jfr. utvalgets drøftelser i avsnitt 12.3.6.

Det svakere oppsigelsesvern for arbeidstakere om bord på skip innebærer derfor at andre tiltak kan være på sin plass for å sikre disse arbeidstakeres oppsigelsesvern på annen måte, jfr. også nedenfor avsnitt 3. Et medansvar for det driftsansvarlige selskap vil kunne bidra til å styrke det reelle oppsigelsesvern, bl.a. fordi det vil være i dette selskaps egen interesse å bidra aktivt til å motvirke at arbeidstakere blir sagt opp på usaklig grunnlag av deres arbeidsgiver, eller urettmessig blir gitt avskjed av denne.

Sammenfatningsvis synes et medansvar for det *driftsansvarlige* selskap å ville være best i samsvar med MLC-konvensjonen – spesielt artikkel IV om sjøfolks ansettelsesrettigheter og sosialrettigheter – når det gjelder arbeidstakeres oppsigelsesvern. Et slikt medansvar vil dessuten kunne bidra til å styrke arbeidstakernes oppsigelsesvern i praksis, og – sett i lys av sjøpantreglene – er det ikke uten videre gitt at et slikt medansvar vil innebære at den økonomiske belastning for det driftsansvarlige selskap vesentlig økes.

Det vil etter omstendighetene kunne reises spørsmål om et medansvar også kan foreligge for andre selskaper enn det driftsansvarlige selskap og

det selskap som er den formelle arbeidsgiver. I så fall synes imidlertid ansvarsgrunnlaget å måtte basere seg på at ett eller flere av disse andre selskaper har utøvd funksjoner som arbeidsgiver; enten selv, eller på vegne av det driftsansvarlige selskap, jfr. ovenfor avsnitt 2.4; i tilfelle vil også disse selskaper være solidarisk ansvarlige for krav som reiser seg av arbeidsforholdet. I prosessuell henseende vil disse selskaper måtte saksøkes, i tillegg til arbeidsgiver-selskapet og det driftsansvarlige selskap.²² Etter omstendighetene vil de foreliggende selskaps- og driftsstrukturer kunne være av den art, at bevisbyrden for at vedkommende selskap ikke har utøvd vesentlige funksjoner som arbeidsgiver vil påhvile det eller de saksøkte selskaper, og ikke arbeidstakeren.

2.9 Særlig om solidaransvar for krav i anledning fortrinnsrett til ny ansettelse etter oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger m.v.

Drøftelsene under 2.8 ovenfor refererer seg til solidaransvar for økonomiske krav i anledning arbeidsforholdet. Krav knyttet til fortrinnsrett til ny ansettelse er etter sitt innhold av en ganske annen art – å sørge for at den fortrinnsberettigede får den stilling vedkommende har krav på – og tilsvarende gjelder for krav om gjeninntredelse i stilling, i henhold til dom som kjenner en oppsigelse usaklig, og tilsvarende i henhold til dom som kjenner en avskjed urettmessig; enn ytterligere nevnes rett til å fortsette i stilling mens en oppsigelsessak verserer for domstolene, i henhold til beslutning av retten.

I relasjon til andre selskaper enn arbeidsgiver-selskapet synes grunnlaget for krav av denne art å måtte bygges enten på et påse-ansvar – så langt dette rekkes – eller på det grunnlag at det selskap det er tale om har utøvet funksjoner som arbeidsgiver slik at selskapet i realiteten må ansees som medansvarlig arbeidsgiver.

Skulle det gås lenger enn dette, og fastsettes at eksempelvis det driftsansvarlige selskap selv skulle kunne treffe beslutning om ny ansettelse dersom arbeidsgiver-selskapet ikke skulle foreta ansettelsen, ville det i realiteten være å etablere et direkte arbeidsgiveransvar for det driftsansvarlige selskap – eventuelt for andre selskaper som det måtte være tale om. Et arbeidsgiveransvar av denne art vil være langt mer inngripende enn et arbeidsgiveransvar begrenset til økonomiske krav.

På denne bakgrunn synes medansvar i anledning fortrinnsrett til ny ansettelse m.v. å måtte være begrenset til tilfelle hvor eksempelvis driftsselskapet har utøvet funksjoner som arbeidsgiver slik at selskapet i

²² Enkelte av de prosessuelle spørsmål som kan oppstå i denne henseende er behandlet i NOU 1996: 6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v., s. 83-84 (avsnitt 5.2.5), jfr. også s. 95-96 (avsnitt 5.10.1).

realiteten må ansees som medansvarlig arbeidsgiver, og til et økonomisk ansvar for tilfelle hvor selskapet ikke har overholdt sine påse-forpliktelser.

På denne bakgrunn må formentlig tilsvarende begrensning legges til grunn i relasjon til adgangen til å få dom mot det driftsansvarlige selskap om gjeninntredelse; og formentlig tilsvarende for beslutning av domstol om at arbeidstaker skal fortsette i stilling mens oppsigelsessak verserer for domstolene; med mindre det driftsansvarlige selskap.

3. Retten til å fortsette i stillingen om bord mens oppsigelsessak verserer

Utvalget drøfter dette spørsmål, NOU 2012:18 s. 159-160 (avsnitt 12.3.6); utvalgets flertall foreslår en rett til å fortsette i stillingen om bord mens forhandlinger pågår, mens mindretallet foreslår å videreføre den nå gjeldende rettstilstand.

De særlige forhold om bord på skip – hensynet til de øvrige arbeidstakere og andre personer om bord, samt hensynet til skipets sikkerhet – innebærer at arbeidsmiljølovens vanlige regel om at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen med mindre arbeidsgiver får rettens medhold i at fratredelse må skje mens saken verserer for domstolene, ikke uten videre kan få anvendelse på arbeidsforhold om bord.²³ Samtidig er det vesentlig at oppsigelsesvernet ikke svekkes i større grad enn nødvendig; det reelle oppsigelsesvern svekkes vesentlig i den utstrekning en arbeidstaker må fratre mens oppsigelsessaken verserer for domstolene.

På denne bakgrunn synes flertallets forslag å gi en god balanse mellom de kryssende hensyn.

Det er imidlertid vesentlig at det også for øvrig treffes tiltak som kan sikre at fratredelse finner sted etter at det er brakt på det rene, så godt som det lar seg gjøre ut fra de foreliggende omstendigheter, at grunnlag synes å være til stede for at oppsigelse vil være saklig. Et medansvar for det driftsansvarlige selskap vil i denne sammenheng kunne bidra til ytterligere å sikre dette, jfr. ovenfor avsnitt 2.8.

4. Trekk i lønn ved rettsstridig fratreden

Utvalget drøfter dette spørsmål, NOU 2012:18 s. 144-145 (avsnitt 11.5); utvalget er delt i et flertall og et mindretall.

²³ Ot. prp. nr. 26 (1984-1985) s. 32-33.

Det er for lengst fastslått at brudd på arbeidsavtalen medfører erstatningsansvar for arbeidstaker, og at rederiet i slike tilfelle vil være berettiget til å avkorte erstatningskravet i hyren, jfr. Rt. 1959 s. 359 (*m/t Bjørn Stange*). Det er heller ikke tvilsomt at rettsstridig fratreden er brudd på arbeidsavtalen.

I utgangspunktet fremstår det derfor ikke som særlig problematisk at skipsarbeidsloven lovfester en trekkadgang som samsvarer med arbeidsmiljølovens bestemmelse. Det synes også tvilsomt om en slik bestemmelse i skipsarbeidsloven vil medføre noen reell forskjell, sett i forhold til dagens rettstilstand.

Forholdene innen skipsfart er imidlertid forskjellige fra forholdene for landbasert virksomhet, ikke minst fordi så vel arbeidsgiver som arbeidstakere vil kunne befinne seg temmelig langt borte fra de hjemlige trakter og de forhold som de er fortrolige med.

Det foreliggende spørsmål, og de forskjellige syn som kommer til uttrykk i flertallets og mindretallets bemerkninger, avspeiler den grunnleggende bekymring og problematikk som her foreligger – dette gjelder så vel faren for misbruk av den trekkadgang som foreligger, bl.a. når arbeidstaker har gjort seg skyldig i rettsstridig fratreden – som den betydelige fare som gjør seg gjeldende for at arbeidsgiver ikke vil få dekket sitt tap dersom trekk ikke blir foretatt.

Det fremstår ikke minst som bekymringsfullt, når mindretallet (s. 145) viser til at utlendinger som blir utsatt for trekk av denne art ”vil i praksis være rettsløse” ved at de står uten midler til å få trekkets lovlighet prøvet.

Det kunne derfor være en tanke at det beløp som det er tale om, trekkes fra ved oppgjøret, men deponeres – i utlandet eksempelvis hos norsk utenriktstjenestemann,²⁴ i Norge hos norsk sjøfartsmyndighet²⁵ – og at arbeidsgiver innen en kortere tid må gjøre rede for hvorfor trekk har funnet sted, og for størrelsen av det beløp som er trukket; eksempelvis innen to uker. Skulle arbeidsgiver ikke følge opp på denne måte, vil beløpet uten videre kunne overføres til arbeidstakeren. Ellers kunne den mottatte redegjørelse fra arbeidsgiver forelegges arbeidstaker til uttalelse med en nærmere angitt frist. På bakgrunn av uttalelsene fra henholdsvis arbeidsgiver og arbeidstaker kunne vedkommende myndighet treffe avgjørelse i saken; avgjørelsen ville eventuelt kunne bringes inn for prøvelse for domstolene innen en nærmere fastsatt frist.²⁶

²⁴ Jfr. lovutkastets § 6-5.

²⁵ Eksempelvis hos den myndighet som er angitt i lovutkastets § 12-1.

²⁶ I prinsippet vil arbeidstaker kunne fremtvinge slik sikkerhetsstillelse ved å begjære arrest i skipet, jfr. tvistelovens § 33-2 (3), samtidig som berettigelsen av det foretatte trekk i lønn bestrides; et forfalt pantekrav i skipet vil i så fall foreligge. I praksis skal det nok likevel en god del til før arbeidstaker går til dette skritt, bl.a. på grunn av de omkostninger som det vil kunne bli tale om. Det må likevel fremheves, at den prinsipielle mulighet

Ovenstående skisse har den fordel at arbeidsgiver beholder sikkerheten for at det vil være mulig å få rettmessig dekning for det tap som arbeidsgiver er blitt påført ved arbeidstakers rettsstridige fratreden. Arbeidsgiver må imidlertid ta et initiativ, og kunne gjøre rede for hva som er gjort, formentlig uten at dette skulle behøve å medføre alt for mye bryderi. Arbeidstakeren på sin side vil nok ikke få utbetalt beløpet uten videre, men vil kunne få en vurdering av trekkgrunnlag og -beløp, uten å måtte gå til saksanlegg mot arbeidsgiver, og vil således kunne unngå de dermed forbundne omkostninger.

De omkostninger som det offentlige måtte bli påført ved en slik ordning, kunne tenkes finansiert ved at arbeidsgiver innbetaler et mindre gebyr samtidig med trekkbeløpet; dette gebyr beholdes av det offentlige og tilbakebetales ikke, dersom arbeidsgiver ikke skulle få medhold i at trekkgrunnlag og -beløp var berettiget.

Det er neppe nødvendig at detaljer i ovennevnte skisse fastsettes i skipsarbeidsloven; det må formentlig være tilstrekkelig at det i loven fastsettes at nærmere bestemmelser om lønnstrekk og saksbehandling av tvister om trekkgrunnlag og størrelsen av det beløp som er trukket blir gitt i forskrift.

Ovenstående skisse vil formentlig kunne bidra til å redusere eventuelle uberettigede lønnstrekk; en virkning som vil kunne komme i tillegg til den adgang til overtredelsesgebyr som følger av lovforslagets § 12-3.

Med en slik skisse synes også behovet for en erstatningsbestemmelse, slik mindretallet foreslår, å ville være vesentlig mindre.

Avslutningsvis nevnes at idéen til denne skisse bygger på den ordning som i sin tid ble innført – vedrørende forholdene i Bergen – ved forordning av 9. desember 1773. Forordningen nevner i innledningen at når en skipper ved hjemkomsten ikke var av den mening at reisen hadde blitt så tilfredsstillende som han ønsket, var det blitt vanlig å reise sak mot mannskapet med påstand om at de hadde brutt avtalen og derfor også hadde mistet retten til sin hyre, selv om de "ikke hadde vært skyldige i den minste misligholdelse". På denne måten ble sjømennene ofte tvunget til å akseptere utbetaling av bare halve hyren. For å avskaffe dette misbruket ble det bestemt at skipperen i tilfelle en tvist med mannskapet umiddelbart skulle deponere sjømennenes ubetalte hyre i "Skipperlaugsretten". Halve beløpet skulle umiddelbart utbetales til sjømennene dersom deres krav fikk rettens anerkjennelse. Den andre

for å fremtvinge sikkerhetsstillelse allerede foreligger, ved at det gjøres bruk av adgangen til å begjære arrest på denne måte..

halvdelen skulle gjenstå inntil saken ble avgjort, men i tilfelle skipperen anket avgjørelsen skulle det offentlige øyeblikkelig sørge for fri sakfører til å føre saken for mannskapets vedkommende.

5. Fare for piratvirksomhet og retten til fratredelse

Utvalget drøfter spørsmålet om det bør fremgå av lovens tekst, eventuelt ved en egen bestemmelse, om rett for arbeidstaker til å fratre på grunn av fare for piratvirksomhet, jfr. NOU 2012:18 s. 193-194 (avsnitt 16.3); utvalget er delt i et flertall og et mindretall.

En rett for arbeidstakers til å fratre på grunn av ”krig eller krigslignende forhold” i farvann der skipet skal seile eller i havn som skipet er bestemt for, er foreslått i utkastets § 9-5 (1) litra d). Bestemmelsen viderefører i hovedsak sjømannslovens § 12 nr. 1 litra g), men med enkelte endringer, jfr. de spesielle merknader til lovforslaget i NOU 2012:18 s. 195-196 (avsnitt 16.4). Det fremgår av disse kommentarer at denne rett til fratredelse foreligger ”fordi det er skjedd ting etter inngåelse av arbeidsavtalen som utgjør en bristende forutsetning”.

Bestemmelsen hadde formentlig vært tydeligere, om denne grunnleggende forutsetning – at det er tale om en vesentlig fareøkning, slik at bristende forutsetninger foreligger – hadde kommet direkte til uttrykk, slik tilfellet er med den nå gjeldende sjømannslovs § 12. Det synes hensiktsmessig, om dette spørsmål kan bli nærmere overveid under den videre behandling av lovforslaget.

Med utgangspunkt i at det må foreligge en vesentlig fareøkning, synes det nærliggende å likestille fare for at skipet vil bli angrepet av pirater, og eventuelt bli kapret, med en fareøkning som gjelder krig og krigslignende forhold, og la dette komme til uttrykk i bestemmelsen. Som påpekt av mindretallet, har piratvirksomhet i dag klare likhetstrekk med krigslignende forhold. Ved vurderingen av hvor vesentlig fareøkningen er, vil det bl.a. måtte legges vekt på de forhold som utvalget nevner, så som de forebyggende tiltak, samarbeid med marinestyrker, eventuell væpnet vakt om bord osv.

Det kan forekomme at et skip blir kapret, og at arbeidstakerne blir holdt som gisler, kanskje over lengre tid. Tilsvarende har det under krig og krigshandlinger forekommet at fartøy er blitt liggende gjennom lengre tid i havn eller annensteds, uten at arbeidstakerne har fått anledning til å forlate skipet. Under slike omstendigheter synes forholdet å være det, at ”hyren fortsatt dreier”, slik at arbeidstakerne fortsatt opptjener den avtalte lønn; delvis under forhold hvor også arbeidsgiver har fordel av det – skipet blir passet på – men det kan også være at arbeidsgiver ikke har noen fordel av dette, men er ute av stand til å avslutte arbeidsforholdet på vanlig måte, bl.a. ved å bringe arbeidstakerne hjem

eller til avtalt fratredelseshavn.²⁷ Formentlig ville det være hensiktsmessig om også dette spørsmål – som også har en side til hvilke utgifter som dekkes av skipets sjøforsikring – ble kommentert nærmere under den videre behandling av lovforslaget.

6. Varsling om kritikkverdige forhold – lovforslagets § 5-6 (5)

6.1 Lovutkastet

Etter lovforslaget er vernet mot gjengjeldelse for en arbeidstaker som varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten begrenset til oppsigelsessituasjonen. Det vises til lovforslagets § 5-6 femte ledd, hvor vernet av den som varsler om kritikkverdig forhold i virksomheten er utformet som en del av oppsigelsesvernet (herunder avskjed): ”Forsvarlig varsling om kritikkverdige forhold i arbeidsforholdet eller i virksomheten er ikke saklig grunn for oppsigelse.”

6.2 Lovutkastet, avvikende fra arbeidsmiljølovens regler

Dette forslag avviker fra arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling av kritikkverdige forhold i virksomheten, jfr. aml. § 2-4 og § 2-5.²⁸ Det er en vesentlig forskjell at arbeidsmiljølovens generelle forbud mot enhver gjengjeldelse overfor den arbeidstaker som varsler forsvarlig, etter forslaget til skipsarbeidslov vil være begrenset til oppsigelsessituasjonen, mens andre former for gjengjeldelse ikke vil være omfattet. Det er også vesentlig at skipsarbeidsloven etter forslaget ikke vil gi klart uttrykk for at en arbeidstaker ”har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten”, slik tilfellet er etter arbeidsmiljøloven. Forslaget til skipsarbeidslov tar heller ikke opp de bevisbyrderegler som arbeidsmiljøloven her fastsetter, og hjemler heller ikke krav om erstatning for ikke-økonomisk tap for den arbeidstaker som uberettiget måtte være blitt utsatt for annen form for gjengjeldelse enn oppsigelse; eksempelvis trakassering.

6.3 Arbeidsmiljølovens regler om vern av varslere bør innarbeides i skipsarbeidsloven

Rettsstillingen for den arbeidstaker som varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten fremstår derfor etter lovforslaget som en reell svekkelse når det gjelder vernet mot gjengjeldelse, sammenlignet med arbeidsmiljølovens regler.

²⁷ Av rettspraksis som gjelder forholdet under krig og krigslignende forhold, kan merkes ND 1958 s. 572 Gulating (*m/t Eli Knudsen*), som ble liggende i Suez-kanalen i forbindelse med Suez-krisen; av interesse kan også være ND 1940 s. 317, jfr. ND 1942 s. 27, som gjaldt skip som ble oppbrakt under den spanske borgerkrig; spørsmålet er så vidt streift i Rt. 1921 s. 424 (*Solglimt*). Det presiseres, at det ikke har vært tid til å gjennomgå rettspraksis i sin helhet, og de angitte avgjørelser kan derfor ikke ansees for å være uttømmende.

²⁸ En omfattende fremstilling av arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser er gitt av *Henning Jakhelln: Arbeidsmiljølovens regler om varsling, del II*, (s. 385-448), i Kjell Horn (red.): *Varsleren – viktig og verdig* (2010); fremstillingen er også tilgjengelig på www.lovdata.no.

Dessuten fremstår rettsstillingen også for øvrig som vesentlig mer uklar etter lovforslaget, når forslaget sammenlignes med arbeidsmiljølovens regler.

På denne bakgrunn, jfr. også gjennomgåelsen nedenfor i de påfølgende avsnitt, må det være å anbefale at arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling, aml. § 2-4 og § 2-5, blir gjentatt eller på annen måte innarbeidet i skipsarbeidsloven, f.eks. som (ny) § 2-5 og § 2-6; i tilfelle kan forslagets § 5-6 femte ledd tas ut; og overskriften til kapittel II endres ved å tilføye ”varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten”.²⁹

For ordens skyld bemerkes at utvalgets forslag til skipssikkerhetslovens § 22, ny litra i), som vil gi departementet hjemmel til å gi forskrifter om forhold som er omhandlet i arbeidsmiljølovens § 3-6 om plikt til å legge forholdene til rette ved varsling,³⁰ fremstår som uproblematisk.

6.4 Oversikt over utvalgets resonnement

For nærmere å kunne belyse de spørsmål det her dreier seg om, er det nødvendig innledningsvis å gi en kort oversikt over utvalgets synspunkter.

Det er utvalgets utgangspunkt ”at skipsarbeidsloven bør gi et vern av varslere”; bl.a. under henvisning til at det i arbeidsmiljølovens forarbeider er vist til ”behovet for noen prinsipielle kjøreregler ... for de tilfeller der det kan være en konflikt mellom ytringsfriheten og lojalitetskrav”, og til konklusjonene i Fafo-rapport (2010:18) om at ”de nye lovbestemmelsene [i arbeidsmiljøloven] har gjort det enklere og tryggere å varsle” (NOU 2012: 18 s. 156 første spalte nederst).

Umiddelbart etter denne uttalelse bemerker imidlertid utvalget: ”Utvalget ser imidlertid ikke grunn for like omfattende regler som i arbeidsmiljøloven” (NOU 2012: 18 s. 156 annen spalte øverst).

I den anledning viser utvalget til at sikkerhetsstyring og tilsyn med dette medfører ”at sjøfart blir kontrollert i langt større grad enn ordinær, landbasert virksomhet”, og til at lovforslaget ”klargjør arbeidstakers rett til å klage på en rekke, praktisk viktige kritikkverdige forhold”, særlig om sikkerhetsmessige og arbeidsmiljømessige forhold om bord”; lovforslagets § 9-7 gir også klagerett til rederiet om forhold som gjelder skipstjenesten og arbeidsforholdet for øvrig.

²⁹ Det er også mulig at forslaget til § 10-7 om forbud mot gjengjeldelse, § 10-8 om bevisbyrde og § 10-9 om virkninger av brudd på diskrimineringsforbudet vil kunne forenkles, f.eks. slik at bestemmelsene i (ny) § 2-5 og § 2-6 får tilsvarende anvendelse ved overtredelse av diskrimineringsbestemmelsene i kapittel 10.

³⁰ Jfr. NOU 2012: 18 s. 228.

Utvalget viser videre til (NOU 2012: 18 s. 156) at arbeidsmiljøet på et skip ”der man kan arbeide og bo sammen 24 timer i døgnet, skiller seg fra en typisk landbasert virksomhet. Rettslig regulering av kritikk og varsling kan være mindre egnet for slike tette og gjennomsiktige arbeidsmiljø. Det er utvalgets inntrykk at tillitsmannsapparatet i sjøfart generelt er godt utbygget og egnet til å håndtere ulike typer varsling.”

Avslutningsvis bemerker utvalget: ”I praksis synes det særlig å være i stillingsvernssaker at varsling kan skape problemer for arbeidstakere.”

6.5 Svakheter ved utvalgets resonnement

Som det fremgår av ovenstående, er utvalgets resonnement for det første preget av det grunnsyn at ”kritikk og varsling” sees et arbeidsmiljøproblem; et arbeidsmiljøproblem i rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstakere. For det annet preges resonnementet av at det foreliggende system for tilsyn og kontroll, samt løsning av samarbeidsproblematikk under medvirkning av de tillitsvalgte, fremstår som tilstrekkelig. Selv på denne bakgrunn er det imidlertid vanskelig å se at disse to deler av resonnementet bærer den avsluttende del av dette avsnitt; altså det standpunkt at varslervernet bør begrenses til stillingsvernssaker; for så vidt fremstår utvalgets standpunkt som en rent pragmatisk løsning, uten nærmere drøftelse av mulig vern mot øvrige former for gjengjeldelse.

På denne bakgrunn fremstår utvalgets forslag om forbud mot gjengjeldelse overfor arbeidstaker som har fremmet klage eller på annen måte tatt opp sak om brudd på bestemmelsene i kapitlet om vern mot diskriminering, utvalgets forslag til § 10-7 flg., som preget av et annet grunnsyn; i forhold til diskriminering er vernet ikke begrenset til oppsigelsessaker, men gjelder helt generelt.

6.6 De prinsipielle og grunnleggende hensyn for vern av varslere

Det er all grunn til å slutte opp om utvalgets prinsipielle utgangspunkt om ”at skipsarbeidsloven bør gi et vern av varslere”. Det vil imidlertid være viktig at skipsarbeidsloven – på samme måte som arbeidsmiljøloven – sikrer varslernes rettsstilling, fordi arbeidstakeres adgang til varsling vil kunne være et viktig supplement dersom tilsyns- og kontrollsystemene skulle svikte; et stikkord som sikkerhetsventil kan her være treffende. Dertil kommer at selve den mulighet at varsling av kritikkverdige forhold vil kunne komme frem, endog også overfor omverdenen; selve faren for at slike forhold kan bli avdekket kan i seg selv bidra til at slike kritikkverdige forhold ikke oppstår eller får etablere seg, for så vidt kan det tales om varslings preventive effekt. Dertil kommer det gjenopprettende perspektiv - ”forholdene må legges til rette for at arbeidstakere melder ifra om kritikkverdige forhold i virksomheten, slik at disse *opphører* og

eventuelt *avdekkes for allmennheten*. ... For samfunnet er det avgjørende at kritikkverdige forhold i virksomheter avdekkes og opphører”.³¹

I tilknytning til disse overordnede perspektiver, som peker ut over den interne arbeidsmiljøproblematikk i rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstakere,³² er det all grunn til å bringe i erindring at hele diskusjonen om varslere – whistleblowers – tok til for alvor etter nettopp en større sjøulykke; etter at passasjerfergen ”Herald of Free Enterprise” så tragisk forliste.

I varslersammenheng kan denne ulykke nesten karakteriseres som et ”klassisk” eksempel på betydningen varsling. Ulykken fant sted da bil- og passasjerfergen ”Herald of Free Enterprise” forliste. Fergen gikk mellom Nederland og England; den gikk inn og ut av havn med åpen bauport, og sparte dermed tid. En dag gikk det likevel galt, det kom sjø inn, fergen forliste og en stort antall passasjerer omkom; de materielle tap var betydelige. I ettertid viste det seg at sjøfolkene om bord hadde vært klar over risikoen, og at forholdet var i tvilsom overensstemmelse med sjø sikkerhetsreglene. Sjøfolkene turde imidlertid ikke si fra, av frykt for å miste arbeidet, eller for å bli utsatt for andre former for represalier. Ulykken ga støtet til en omfattende diskusjon i mange land om ”whistleblowing”, eller varsling, som nå er det gjengse norske uttrykk.

6.7 Oppsummering

På denne bakgrunn er det naturligvis viktig at varsling kan finne sted, og i tide; en forutsetning for dette er både at retten til forsvarlig varsling er anerkjent, og at arbeidstakerne skal kunne føle at de har et rettsvern mot gjengjeldelser – ikke bare mot gjengjeldelse i form av oppsigelse eller avskjed, men et helt generelt vern mot gjengjeldelse av enhver art.³³

6.8 Særlig om varsling til andre enn den formelle arbeidsgiver

Arbeidstakere om bord på skip vil kunne ha behov for å varsle ikke bare til det selskap som er deres formelle arbeidsgiver, men også til andre enn dette, herunder ikke minst det driftsansvarlige selskap. Formentlig bør arbeidstakere ha rett til, og ha det samme rettsvern, enten varsel skjer i relasjon til det ene, det annet eller til begge selskaper. Rettstilstanden synes med andre ord å burde være tilsvarende som for innleide arbeidstakere.

³¹ Innst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 9 (*kursivert* her).

³² Plasseringen av varslerbestemmelsene i arbeidsmiljøloven viser også dette; bestemmelsene er plassert i kapittel 2: Arbeidsgivers og arbeidstakers plikter, og de øvrige bestemmelser i dette kapittel har særlig som formål å bidra til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø; denne plassering i arbeidsmiljøloven avspeiler at det også er offentligrettslige interesser som ligger bak varslerbestemmelsene.

³³ Etter det opplyste fryktet sjøfolkene ombord på ”Herald of Free Enterprise” ikke bare for at de kunne miste arbeidet, men også for at de kunne bli utsatt for andre former for represalier.

Rettstilstanden for innleide arbeidstakere synes i denne sammenheng å kunne oppsummeres slik:³⁴ ”I forhold til innleide arbeidstakere oppstår særlige spørsmål i varslingssammenheng. Disse spørsmål kan tenkes å oppstå i forbindelse med varsling utad, men er formentlig mest aktuelle ved intern varsling. --- Siden det dreier seg om varsling om forhold i det innleiende firma, synes de innleide arbeidstakere å måtte anses som om de var ansatt ikke bare i utleiefirmaet, men også i det innleiende firma i relasjon til arbeidsmiljølovens varslingsregler, jf. prinsippet i aml § 2-2 (1) og Rt. 1985 s. 941 (OIS-dommen). --- Formålet med bestemmelsene i aml § 2-4 og § 2-5 - å fremme varsling - trekker i samme retning. Innleide arbeidstakere synes altså å måtte ha rett til å varsle om forhold knyttet til innleiefirmaets virksomhet, innenfor de rammer som følger av §2-4. Avgjørelsen i Rt. 2003 s. 1614 (Telenor), som gjaldt en innleid arbeidstaker, kan kanskje sies å trekke i denne retning. --- For så vidt gjelder intern varsling skulle de innleide arbeidstakere dermed kunne velge om de vil varsle til utleiefirmaet eller til innleiefirmaet, eventuelt begge, og de skulle i så fall også være beskyttet av aml § 2-4 og § 2-5, i relasjon til begge firmaene, forutsatt at fremgangsmåten ved varslingen for øvrig anses ”forsvarlig”.”

6.9 Avslutning – de grunnleggende politiske synspunkter bak arbeidsmiljølovens regler bør videreføres i skipsarbeidsloven

Avslutningsvis nevnes at arbeidsmiljølovens nå gjeldende bestemmelser om varsling fremstår som resultatet av en inngående og omfattende politisk debatt. Allerede den formulering som aml. § 2-4 opprinnelig fikk 17. juni 2005 ble til etter en omfattende debatt; det forslag som Arbeidslivslovutvalget hadde lagt frem (NOU 2004: 5), og som ble fulgt opp ved Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) ble endret under Stortingets behandling, jfr. Innst. O. nr. 100 (2004-2005); lovvedtaket ble imidlertid aldri satt i kraft. Den påfølgende behandling av bestemmelsene om varsling, jfr. Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) med tilslutning av arbeids- og sosialkomiteen, jfr. Innst. O. nr. 6 (2006-2007), resulterte i at de nå gjeldende bestemmelser ble vedtatt ved endringslov av 1. desember 2006; den tidligere § 2-4 ble opphevet samtidig som den nye § 2-4 og ny § 2-5 ble vedtatt.

Under den videre lovforberedelse er det all grunn til å legge betydelig vekt på de omhyggelige overveielser og vurderinger som ble foretatt – med til dels meget skarpe politiske skillelinjer – da arbeidsmiljølovens nåværende regler fant sin form.

³⁴ Jfr. *Henning Jakhelln og Aase C. Løne*, i Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth [red.]: arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven (3. utg. 2011) § 2-4 note 4, s. 101-102.

7. Videreføring av den lovfestede rett til velferdspermisjon – sjømannslovens § 11 annet og tredje ledd

7.1 Omtalen i lovutkastet

I lovutkastet kapittel VII, §§ 7-1 – 7-12, er foreslått regler om arbeidstakeres rett til permisjon, i hovedsak på samme måte som etter arbeidsmiljølovens regler, om permisjon i anledning svangerskapskontroll, svangerskapspermisjon, omsorgspermisjon, fødselspermisjon, foreldrepermisjon, permisjon ved barns og barnepassers sykdom, for omsorg og pleie av nære pårørende, om utdanningspermisjon, militærtjeneste og offentlige verv, og om delvis permisjon og plikt til å varsle arbeidsgiver på forhånd. Det foreliggende forslag til disse bestemmelser foranlediger ingen bemerkninger.

Den generelle rett til velferdspermisjon etter dagens sjømannslov, sjømannslovens § 11 annet og tredje ledd, kan imidlertid ikke sees å være foreslått videreført. Det kan ikke sees at utvalget har drøftet dette spørsmål nærmere, og noen begrunnelse for hvilket standpunkt utvalget har til dette spørsmål kan heller ikke sees å være kommet eksplisitt til uttrykk. Det fremstår derfor som uklart hvilket standpunkt utvalget har tatt til dette spørsmål, ut over det forhold at det foreliggende lovutkast ikke kan sees å inneholde noen bestemmelse hvor denne generelle rett til velferdspermisjon er kommet til uttrykk.

Utvalget gir en kort omtale av sjømannslovens § 11 i kapittel 4 (s. 63-64), og de foreslåtte permisjonsregler er omtalt og kommentert i kapittel 14 (s. 182-187), hvor bl.a. de foreslåtte bestemmelser om rett til permisjon ved barns og barnepassers sykdom er sett i sammenheng med sjømannslovens § 11 første og annet ledd (s. 186, til utkastets § 7-8), og tilsvarende gjelder de foreslåtte bestemmelser om rett til permisjon for omsorg og pleie av nære pårørende (s. 186, til utkastets § 7-9). Ut over denne omtale og disse bemerkninger kan det imidlertid ikke sees at sjømannslovens generelle adgang til velferdspermisjon er nærmere omtalt eller drøftet av utvalget.

7.2 Problematikken

På denne bakgrunn, men også rent prinsipielt, synes det grunn til å reise spørsmålet om ikke den lovfestede rett til velferdspermisjon bør videreføres i den nye skipsarbeidslov.

Det følger av sjømannslovens § 11 annet og tredje ledd at arbeidstaker har en helt generell rett til permisjon, hvor det er ”inntruffet ... omstendigheter som gjør det til en velferdssak ... å få permisjon”; om skipet i så fall vil bli sjødyktig, er det et vilkår ”at det kan skaffes kvalifisert avløser”. Disse utgifter til avløser er arbeidstaker forpliktet til å erstatte helt eller delvis ”idet omsyn tas til lengden av sjømannens gjenstående tjenestetid om bord og omstendighetene

for øvrig”); eventuelt kan erstatningsansvaret bortfalle helt. For ordens skyld presiseres at det er tale om permisjon uten lønn.

For sammenhengens skyld nevnes at sjømannslovens § 11 første ledd gir rett til permisjon i anledning spesifikke alvorlige hendelser innen nærmeste familie; dødsfall og alvorlig sykdom hos foreldre, ektefelle eller barn. Denne rett til permisjon er ubetinget, med unntak for at permisjonsretten ikke gjelder ved avvikling av ferie- og fridager. Retten til permisjon i slike tilfelle vil avløses av de foreslåtte permisjonsregler.

Sjømannslovens bestemmelser om rett til velferdspermisjon – som har sine røtter langt tilbake i tiden i sjøfartslovgivningen – synes i dag å kunne sees som et kasuistisk utslag av det generelle prinsipp at en arbeidstaker har rett til å bli fritatt for sine tjenesteplikter, dersom dette betyr meget for arbeidstakeren, og det samtidig ikke vil by på nevneverdige ulemper for arbeidsgiveren om arbeidstakeren er fraværende.³⁵ Ved denne avveining vil det måtte tas i betraktning både bakgrunnen for arbeidstakerens ønske om permisjon, og de ulemper som arbeidsgiveren blir påført. Dess viktigere det er for arbeidstaker å få permisjon, dess større må ulempene være for arbeidsgiver om permisjonen skal kunne avslåes rettmessig. Det vil dessuten kunne ha betydning om det har vært mulig for arbeidstakeren på forhånd å gjøre arbeidsgiver oppmerksom på forholdet,³⁶ og om det vil være mulig – uten vesentlige ulemper for arbeidstaker – å utsette fraværet til tjenesteperioden ombord er utløpt.

Som nevnt fremstår dagens regler om velferdspermisjon som et resultatet av en rettsutvikling som har funnet sted over meget lang tid. Opprinnelig har det vært tale om rett til å bringe arbeidsforholdet til et definitivt opphør, mens dagens regler gir rett til permisjon, altså en midlertidig avbrytelse av bl.a. arbeidspått og retten til lønn mv. Grunnlaget for å kunne kreve fratredelse på velferdsgrunnlag var opprinnelig sterkt begrenset; til nødsfall som ville medføre ”åpenbart pengetap”, og senere til tilfelle hvor sjømannen kunne få eget skip å føre; etter hvert utvidet til tilfelle hvor sjømannen kunne få en høyere stilling; først begrenset til nærmere spesifiserte stillinger, senere utvidet til en rett til høyere stilling helt generelt. Dessuten er selve velferdsgrunnlaget utvidet fra i hovedsak en rett til fratredelse på grunn av høyere stilling, til en generell rett til fratredelse på grunn av ”betydelig velferdstap”, som senere er utvidet til tilfelle hvor inntrufne omstendigheter gjør dette til ”en

³⁵ I lovsammenheng kan disse bestemmelser i sjømannsloven sies å ha et arbeidsrettslig motstykke i ferielovens § 6 (3), som gir arbeidsgiver rett til å endre fastsatt ferietid, hvis det er ”nødvendig på grunn av uforutsette hendinger” som ”vil skape vesentlige driftsproblemer, og det ikke kan skaffes stedfortreder”; dessuten vil arbeidstakers merutgifter kunne kreves erstattet.

³⁶ Jfr. *Henning Jakhelln*: Oversikt over arbeidsretten (2007) s. 380-381.

velferdssak” for henne eller ham. I alle tilfelle har det vært – og er det fortsatt – at reder skal holdes skadesløs; dels ved at stedfortredes kan skaffes, og dels ved at rederiet kan kreve sine utgifter erstattet, dette erstatningskrav kan likevel nedsettes eller endog helt falle bort.

Det skal også være nevnt at denne rett til fratredelse av velferdsgrunn ikke er noe særpreget fenomen for norsk rett; det er i denne sammenheng tilstrekkelig å påpeke at slik fratredelsesrett bl.a. fremgår av ILO-konvensjon nr. 22 (1926) om sjømanns hyreavtale, art. 13.

7.3 Historikk

For sammenhengens skyld gis i det følgende en oversikt over rettsutviklingen når det gjelder velferdsfratredelse:

Fratredelsesrett på velferdsgrunnlag fremgår allerede av *Magnus Lagabøtes Bylov* (1276) IX-12-3³⁷ – som kan bygge på tidligere sedvanerett – hvoretter den som hadde inngått avtale med styremannen kunne gå fra avtalen, om det inntraff slikt nødsfall for ham at det ble et åpenbart pengetap for ham om han måtte reise. Han måtte imidlertid skaffe styremannen en annen jevngod mann (”håsete”) i sitt sted, og like meget last og leie, og ellers fare selv, om ikke styremannen lot ham gå.

Noe avvikende bestemmelse var fastsatt i *Frederik II's sjørett* av 1561 cap. 35 for sjømann som selv hadde bekostet et skip og selv ville føre det; sjømannen kunne enten "skikke en anden udi sit sted" eller tilbakebetalt mottatt hyre. Bestemmelsen atskilte seg fra regelen i Bylovens IX-12-3 i to henseender; den var mer spesiell enn Bylovens mer generelle bestemmelse (leder et åpenbart pengetap), men ga sjømannen en ubetinget fratredelsesrett; Byloven ga ham bare rett til å fratre om han kunne skaffe en annen jevngod mann i sitt sted.³⁸

Norske Lov (1687) 4-1-37 fastsatte at sjømann, som selv kunne bekoste skip og selv ville føre det, kunne kreve avskjed.

Bestemmelsen i NL 4-1-37 ble avløst ved *sjøloven av 24. mars 1860* § 36, som hjemlet sjømannen rett til å kreve avskjed av velferdsgrunner, forutsatt at han kunne i sitt sted "stille en annen duelig og pålitelig mann,

³⁷ For ordens skyld bemerkes at det er noe unøyaktig å tale om bare én lov; formelt sett ble det vedtatt en bylov for hver av byene Bergen, Trondheim, Tønsberg og Oslo. Disse bylover er imidlertid svært like. Her er det bygget på byloven for Bergen, basert på Knut Robberstads oversettelse av 1923.

³⁸ Cap. 35 atskilte seg forøvrig fra Visby sjørett ved at denne i art. 64 ga sjømannen rett til å heve hyreavtalen hvis han "tager hustru og vil blive iland", jfr. *Grandjean*: Frederik II's Søret. Et erhvervshistorisk kulturbilde fra 1561 (Kbh. 1946) s. 34.

som er villig til å inngå på de i hyrekontrakten fastsatte betingelser." Som velferdsgrunner anga § 36 at sjømannen "selv kan få skip å føre", eller at sjømannen "kan bli forhyrt som styrmann" hvis han er matros, eller "at der overhode etter forhyringen er inntruffet sådanne omstendigheter, at hyrekontraktens oppfyllelse ville bli forbundet med betydelig velferdstap for ham".³⁹ – Det er grunn til å fremheve at adgangen til å fratre av velferdsgrunner ved sjølovens § 36 ble gjort helt generell, mens den tidligere adgang for sjømannen til å tilbakebetale hyren i stedet for å stille stedfortreder ikke ble tatt opp i § 36.

Bestemmelsen om rett til fratredelse av velferdsgrunner ("betydeligt Velfærdstap") ble videreført i *sjøloven av 20. juli 1893 nr. 1* § 85 første ledd, bare med den tilføyelse at også stilling som "Maskinmester" ga fratredelsesrett.

Bestemmelsen ble igjen videreført ved *sjømannsloven av 16. februar 1923 nr. 1* § 35, likevel slik at uttrykket "vesentlig velferdstap" ble erstattet med uttrykket "velferdssak" – "for tydeligere å vise at ikke bare økonomisk tap kommer i betraktning";⁴⁰ dessuten ble fratredelsesretten utvidet til å omfatte ikke bare stilling som styrmann eller maskinist, men også "sådan stilling av høiere grad enn den han har".

På denne tid i rettsutviklingen må, på det internasjonale plan, merkes *ILO-konvensjon nr. 22 (1926)* art. 13, som fastsetter, at dersom sjømannen kan godtgjøre at han kan få skip å føre, eller stilling av høyere grad "eller at der siden han blev forhyrt, er inntruffet nogen annen omstendighet som gjøre det til en velferdssak for ham å bli fri, kan han kreve avskjed, forutsatt at han uten øket utgift for rederen ... skaffer en skikket og pålitelig mann i sitt sted"; opptjent hyre for tjenestegjort tid beholdes av sjømannen.⁴¹ På bakgrunn av denne konvensjon ble sjømannslovens § 35 endret ved lov av 16. juni 1939 nr. 5, for å bringe bestemmelsen i samsvar med *ILO-konvensjon nr. 22 (1926)* art. 13; ved

³⁹ Fra denne tid kan også merkes den beslektede bestemmelse i husmannsloven av 24 sept 1851 § 7, som ga husmannen rett til å la pliktarbeidet utføre "ved en anden paalitelig Arbejder, som besidder den fornødne Kyndighed i og Duelighed til det Arbejde" som husmannen var forpliktet til; og den noe senere bestemmelse i håndverksloven av 25. juli 1913 nr. 11 § 24 som fastsatte at en lærling kunne, før læretidens utløp "forlate læren når han skriftlig erklærer at han vil gaa over i en anden livsstilling, og det vil være et velfærdstap for ham at fortsætte læretiden ut"; læreforholdet opphørte i så fall opphørte fire uker etter at erklæringen var avgitt.

⁴⁰ Sjølovkommisjonens innstilling (1921) s. 36. Som eksempler nevner *Edvin Alten*: Sjømannsloven med kommentarer (1923) s. 48 at det "kan f.eks. gjelde overtagelse av en stilling i land eller inngåelse av ekteskap med en besvangret pike".

⁴¹ Her referert etter den norske oversettelse i komitéinnstillingen av 1939 s. 12, inntatt som bilag til Ot. prp. nr. 59 (1939). Fra den engelske tekst bør kanskje særlig merkes formuleringen "or that any other circumstance has arisen since his engagement which renders it essential to his interests that he should be permitted to take his discharge".

lovendringen ble bestemmelsen utvidet til å gjelde enhver sjømann som kunne få *annen* stilling av høyere grad enn den han hadde.⁴²

Retten til velferdsfratredelse ble videreført, bare med enkelte redaksjonelle endringer, ved *sjømannsloven av 17. juli 1953 nr. 25 § 35*.⁴³

Ved *sjømannsloven av 30. mai 1975 nr. 18 § 11* ble bestemmelsene om velferdsfratredelse vesentlig omredigert. Dels ble sjømannen, jfr. § 11 første ledd, gitt en ubetinget rett til å kreve fratredelse etter å ha fått ”underretning om at hans foreldre, ektefelle eller barn er avgått ved døden eller er alvorlig syk”, uten forpliktelse til å dekke rederiets utgifter til avløser helt eller delvis. Dels ble angivelsen av rett til velferdsfratredelse på grunn av høyere stilling sløffet som overflødig; ”idet uttrykket ”velferdssak” også vil omfatte slike tilfelle.”⁴⁴ Det ble også gjort den endring at den plikt for sjømannen til å skaffe stedfortreder som tidligere bestemmelser forutsatte ble endret til en plikt til å erstatte utgiftene i denne sammenheng; i praksis var det rederi eller skipsfører som besørget dette, og siktemålet var å lovfeste denne praksis,⁴⁵ noe som også kom til uttrykk i bestemmelsen.

Ved *lov av 31. mai 1985 nr. 37* ble *sjømannslovens § 11* annet ledd endret fra å gi sjømannen en fratredelsesrett, til å gi rett til permisjon; velferdspemisjon. Endringen var en ”følge av rederiansettelse for alle”.⁴⁶ – Erstatningsbestemmelsen i § 11 tredje ledd ble videreført uendret, idet ”det vil være nødvendig å sikre at permisjonen begrenses til nødvendige tilfeller, i samsvar med den praksis som gjelder i dag”.⁴⁷

7.4 Sammenfatning

Sjømannslovens bestemmelser må sees som et utslag av det generelle prinsipp at en arbeidstaker har rett til å bli fritatt for sine tjenesteplikter,

⁴² Jfr. komitéinnstillingen av 1939 s. 1 og Ot. prp. nr. 59 (1939) s. 8.

⁴³ Jfr. komitéinnstillingen av 1951 s. 24 og Ot. prp. nr. 69 (1952) s. 27. Som eksempler på velferdssak er i *Edvin Altens* kommentarutgave (8. rev. utg. 1968 ved Henrik Bahr, Fredrik S. Heffermehl og Henning Jakhelln), s. 80 nevnt videre utdanning, overtagelse av stilling i land, eller inngåelse av ekteskap; det er påpekt at planlagt skolegang ikke ubetinget vil gi rett til avmønstring, jfr. ND 1960 s. 289 Oslo og ND 1963 s. 420 Gjerpen. Det er også nevnt at oppfyllelse av verneplikt må antas å ville være omfattet av bestemmelsen (s. 80-81).

⁴⁴ Komiteinnstillingen (1971) s. 48, jfr. Ot. prp. nr. 43 (1973-74) s. 42.

⁴⁵ Komiteinnstillingen (1971) s. 48, jfr. Ot. prp. nr. 43 (1973-74) s. 42.

⁴⁶ Ot. prp. nr. 26 (1984-85) s. 24-25, jfr. s. 6 om overgangen fra ”løsarbeider”-systemet til rederiansettelse. Det ble bemerket (s. 24) at det ikke var lagt opp til at endringen skulle medføre noen utvidelse av bestemmelsens rekkevidde, og ”det er ikke gjort noe forsøk på å definere ”velferdssak” i annet ledd”.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 26 (1984-85) s. 24. Med hensyn til praksis knyttet til erstatningskrav etter § 11 tredje ledd bemerket departementet bl.a.: ”Det kjennes knapt til tilfeller der en sjømann som har benyttet sin rett etter gjeldende lovs annet ledd, er blitt pålagt å erstatte utgiftene til avløser.” Departementet bemerket også ”at nedkortede tjenesteperioder om bord og den faste rederiansettelse vil bidra sterkt til å redusere betydningen av en slik permisjonsadgang.”

dersom dette betyr meget for arbeidstakeren, og det samtidig ikke vil by på nevneverdige ulemper for arbeidsgiveren om arbeidstakeren er fraværende. Dette prinsipp kan igjen sees som et utslag av det generelle arbeidsrettslige saklighetsprinsipp; innen de rammer som følger av lovgivning, tariffavtaler, arbeidsavtaler m.v. vil det ligge inn under arbeidsgivers styringsrett å beslutte om bl.a. en søknad om permisjon skal innvilges, og om eventuelle utgifter som arbeidsgiver i den anledning måtte bli påført skal kreves erstattet av arbeidstaker.

Beslutninger i kraft av styringsretten må imidlertid treffes innen de rammer som følger av saklighetsprinsippet – som bl.a. innebærer at det må finne sted en forsvarlig avveining av hvor meget det betyr for arbeidstaker at permisjon blir innvilget, og de ulemper som arbeidstakerens fravær vil påføre arbeidsgiver.

Det foreliggende utkast til bestemmelser om permisjon på grunn av de nærmere angitte forhold – svangerskapskontroll, svangerskapspermisjon, omsorgspermisjon, fødselspermisjon, foreldrepermisjon, permisjon ved barns og barnepassers sykdom, omsorg og pleie av nære pårørende, utdanningspermisjon, militærtjeneste, offentlige verv – med den presisering at det er tale om permisjon uten lønn, vil kunne lede til den uriktige forståelse at arbeidstaker ikke vil ha noe krav på permisjon i anledning andre forhold enn de spesifikt nevnte. Når dertil kommer at gjeldende sjømannslov har en slik bestemmelse – og har hatt det lenge – men som eventuelt ikke skulle være blitt gjentatt i den nye lov, så er dette et forhold som vil kunne bidra til å forsterke en slik misforståelse.

Allerede av denne grunn vil det kunne være hensiktsmessig at den nye lov gjentar en bestemmelse om rett til velferdspermisjon av mer generell art. Under enhver omstendighet synes spørsmålet å måtte kommenteres særskilt i lovforarbeidene, slik at spørsmålet avklares; en hevdvunnen lovbestemmelse kan ikke oppheves uten en nærmere begrunnelse; eksempelvis slik at en særskilt lovbestemmelse om velferdspermisjon fremstår som overflødig fordi retten til slik velferdspermisjon følger av alminnelige arbeidsrettslige prinsipper;⁴⁸ i den anledning vil det også kunne nevnes at arbeidsmiljøloven ikke har noen tilsvarende bestemmelse.⁴⁹ Av hensyn til at loven skal anvendes i praksis under

⁴⁸ Jfr. bl.a. ARD 1959 s. 227, hvor Arbeidsretten la til grunn at arbeidstakeren hadde ”rett til å kreve seg fritatt for det pålagte overtidsarbeid. Det private arbeid som skulle utføres [temmelig komplisert transport av materialer til bygging av hytte, betød meget for arbeideren, det hadde vært gjenstand for en inngående planlegging og omtanke” og bedriftsledelsen burde ha ”søkt å komme ham i møte i større utstrekning enn skjedd” ... ”den ordning som til slutt ble truffet, var meget nærliggende, fullt betryggende og hverken utsatte bedriften eller noen andre arbeidere for synderlige ulemper” (s. 231-232).

⁴⁹ En lovteknisk samordning av sjømannsloven med arbeidsmiljøloven kan imidlertid i seg selv ikke være noe tungtveiende hensyn, til fordel for materielle endringer av den gjeldende rettstilstand.

svært forskjellige forhold, synes det imidlertid å ville være enklere om forholdet direkte fremgår av lovens bestemmelser.

Dertil kommer at en rekke forhold kan være av den art at de ligger mer eller mindre nært opp til de forhold som er direkte lovregulert, men som ikke er direkte dekket av de foreslåtte bestemmelser – eksempelvis sykdom eller dødsfall hos et fosterbarn, som kan ha vært i fosterfamilien i en årrekke, hvor fostermor eller -far ønsker permisjon i den anledning, og hvor det for henne eller ham fremstår som en vesentlig velferdssak å kunne få slik permisjon innvilget; eventuelt ved å holde arbeidsgiver skadesløs.⁵⁰

En rekke andre forhold vil imidlertid også kunne være en velferdssak for arbeidstaker – eksempelvis hvor det er tale om å redde egen eller andres anseelse; i eldre tid kunne det f. eks. vise seg at det hastet med et giftermål; det kan være tale om viktige fremtidsmuligheter for arbeidstakeren, så som mulighet for å kunne komme på et jobbintervju eller intervju for opptak til en undervisningsinstitusjon; arbeidstaker kan også være dypt engasjert i livssyns- eller religiøse spørsmål, eller innen områder hvor det arrangeres konkurranser; arbeidstakeren er eksempelvis ivrig sjakkspiller, turner, vektløfter etc., og ønsker å kunne delta i en mesterskapskonkurranse, osv. osv.

Spørsmålet om hvilke interesser på arbeidstakersiden som kan være relevante er det i det hele tatt neppe mulig å angi mer presist enn at arbeidstakerens interesser må være av beskyttelsesverdig art. Ut over dette vil vurderingen nødvendigvis måtte preges – men ikke nødvendigvis avgjøres – av samfunnsoppfatningen til enhver tid.

Tilsvarende vil forholdene på arbeidsgiversiden, og de ulemper som en permisjon i tilfelle vil medføre, kunne variere meget sterkt.

7.5 Skisse til lovtekst

På bakgrunn av ovenstående antydes følgende forslag til ny lovtekst – som eventuelt vil kunne innarbeides i lovutkastet som ny § 7-13:

Velferdspermisjon

Er det inntruffet slike omstendigheter at det er en velferdssak for arbeidstakeren å kunne få permisjon, skal velferdspermisjon innvilges med mindre skipet blir sjøudyktig og kvalifisert avløser ikke kan skaffes. Arbeidstakeren plikter å erstatte utgiftene ved å skaffe avløser. Erstatningen kan nedsettes eller bortfalle idet omsyn tas til de foreliggende omstendigheter..

⁵⁰ Tilsvarende kan forholdet stille seg for et tidligere fosterbarns vedkommende, dersom tidligere fostermor eller -far skulle bli alvorlig syk eller avgå ved døden.

8. Fastsettelse av fravik fra skipsarbeidsloven for NIS-registrerte skip

8.1 Utvalgets drøftelse

Utvalgets drøftelse av denne problematikk fremgår av NOU 2012: 18 avsnitt 20.3 (s. 225-227), jfr. avsnitt 7.11 (s. 112).

8.2 Samspill lovgivning og tariffavtaler – internasjonale begrensninger for den kollektive avtalefrihet

Innledningsvis bemerkes at det er nær sammenheng mellom de regler som er fastsatt i lov eller med hjemmel i lov, og som gjelder rettsforholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og de regler som fastsettes i tariffavtale mellom arbeidsgivere eller deres organisasjoner på den ene side, og arbeidstakernes organisasjoner på den annen side, om lønns- og arbeidsvilkår.

Tariffavtaleregulering har dessuten den fordel at de impliserte parter vil ha et særlig incitament til å påse at de tariffavtalte bestemmelser blir overholdt i praksis, også på grunn av de følger som et brudd på tariffavtale kan medføre, jfr. bl.a. arbeidstvistlovens §§ 8 – 10. På denne bakgrunn fremstår det som hensiktsmessig at de fravik fra skipsarbeidslovens regler som det er tale om når det gjelder NIS-skip, fastsettes ved tariffavtale.

De fravik som således tariffavtales vil imidlertid måtte holdes innen de rammer som følger av de konvensjoner som Norge er forpliktet av.⁵¹ Det er mulig at dette er et forhold som bør komme til uttrykk i lovbestemmelsen selv, eller i lovforarbeidene.

den avsluttende del av lovutkastet til endret NIS-lov § 8 første ledd vil i så fall antydningvis kunne lyde (det antydede tillegg er *kursivert*):

... kan, *innen de rammer som følger av Norges internasjonale forpliktelser*, fravikes i tariffavtale.

8.3 Forslag til subsidiær løsningsadgang

Det er et åpenbart behov for en subsidiær løsningsadgang, dersom det ikke skulle oppnås enighet mellom tariffpartene om en tariffavtale, eventuelt etter at heller ikke mekling skulle føre frem. Samtidig er det viktig at den subsidiære løsningsadgang som velges ikke forrykker balanseforholdet mellom tariffpartene – eller av en eller flere parter vil kunne oppfattes der hen at balanseforholdet blir forrykket – og denne ulempe synes å ville klebe ved en adgang for departementet til å fastsette i forskrift de nødvendige fravik.

⁵¹ Skulle en tariffavtale helt eller delvis vise seg å være i strid med Norges internasjonale forpliktelser, vil tariffavtalen for så vidt være ugyldig, med den følge at tariffavtalens bestemmelser må stå tilbake for det som Norges internasjonale forpliktelser tilsier.

En mulig subsidiær løsningsadgang vil derfor kunne være at departementet fikk adgang til – dersom hverken forhandlinger eller mekling skulle føre frem, og partene heller ikke skulle bli enige om at de nødvendige fravik skal fastsettes av en frivillig voldgiftsnemnd – å bestemme at tvisten skal løses av en særskilt nemnd – samtidig som det nedlegges forbud mot arbeidskamp for å løse interesselvisten – og hvor det videre i lovbestemmelsen ble fastsatt at lederen av nemnda oppnevnes av Rikslønnsnemndas leder, samt at lønnsnemndlovens regler for øvrig får tilsvarende anvendelse, bl.a. når det gjelder partenes adgang til å oppnevne medlemmer av en slik voldgiftsnemnd.⁵²

Formentlig vil denne løsningsmodell kunne anvendes, og dermed også dekke behovet for overgangsordninger; om behovet for overgangsordninger vises til det som er omtalt i NOU 2012: 18 avsnitt 20.3 (s. 226).

Med vennlig hilsen

Henning Jakhelln

⁵² Slik adgang til å påby at interesselvisten skal løses av slik voldgiftsnemnd vil forutsette at en eventuell bruk av arbeidskamp vil kunne skade vesentlige samfunnsinteresser; for så vidt kan det være grunn til å nevne den praksis som foreligger fra ILOs side når det gjelder ”essential services”, jfr. også bl.a. EMDs avgjørelse av 27. juni 2002, application No. 38190/97 (*OFS*); formentlig vil arbeidskamp som kan få virkninger for hele NIS-flåten være av en slik art; en interesselvist begrenset til ett eller noen ganske få NIS-registrerte skip vil kunne stille seg annerledes.