

# LANDSRÉTTUR

Úrskurður föstudaginn 21. október 2022.

Mál nr. 472/2021:

**A**

*(Jónas Þór Jónasson lögmaður)*

**gegn**

**Brimi hf.**

*(Jóhannes Bjarni Björnsson lögmaður)*

**Lykilorð**

*Áfrýjun. Áfrýjunarstefna. Aðild. Frávísun frá Landsrétti. Sératkvæði.*

**Útdráttur**

*Málinu var vísað frá Landsrétti þar sem A hafði stefnt B hf. fyrir réttinum en ekki Ú hf. sem stefnt var í héraði.*

## Úrskurður Landsréttar

Mál þetta dæma landsréttardómararnir Arnfríður Einarsdóttir, Ásmundur Helgason og Davíð Þór Björgvinsson.

### Málsmeðferð og dómkröfur aðila

- 1 Áfrýjandi skaut málinu til Landsréttar 13. júlí 2021. Áfrýjað er dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 21. júní 2021 í málinu nr. E-3682/2020.
- 2 Áfrýjandi krefst þess að stefnda verði gert að greiða honum 3.636.695 krónur ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 15. nóvember 2016 til greiðsludags. Þá krefst áfrýjandi málskostnaðar í héraði og fyrir Landsrétti.
- 3 Stefndi krefst aðallega sýknu en til vara að hinn áfrýjaði dómur verði ómerktur. Þá krefst stefndi málskostnaðar fyrir Landsrétti.
- 4 Samkvæmt ákvörðun Landsréttar 23. september 2022 var málið flutt um formhlið þess eingöngu.

### Málsatvik og málsástæður aðila

- 5 Málið var höfðað fyrir héraðsdómi af áfrýjanda á hendur Útgerðarfélagi Reykjavíkur hf., kennitala 410998-2629, Fiskislóð 14, 101 Reykjavík. Fyrirsvarsmaður stefnda er í stefnu tilgreindur Magnús Helgi Árnason, kennitala [...], [...], 101 Reykjavík, formaður stjórnar stefnda. Í stefnu er meðal annars tekið fram að hið stefnda félag hafi áður heitið Brim hf. Í þinghaldi í héraði 17. desember 2020 var eftirfarandi fært til bókar í þingbók málsins: „Lögmenn upplýsa að nafni stefnda hafi verið breytt og heiti nú Brim hf. og er heiti málsins breytt í samræmi við það.“ Málið var eftir þetta rekið

undir heitinu „A gegn Brimi hf.“ Í hinum áfrýjaða dómi er stefndi tilgreindur „Brim hf., Fiskislóð 14, Reykjavík“ en kennitölu stefnda er þar ekki getið.

- 6 Áfrýjandi skaut málinu til Landsréttar með áfrýjunarstefnu 13. júlí 2021. Í áfrýjunarstefnu segir að heiti málsins í héraði hafi verið „A gegn Brimi hf.“ og að stefndi sé „Brim hf., kt. 541185-0389, Norðurgarði 1, 101 Reykjavík.“ Fyrirsvarsmáður stefnda er sagður vera Kristján Þórarinn Davíðsson, kennitala [...], [...], 105 Reykjavík, formaður stjórnar stefnda. Landsréttur gaf áfrýjunarstefnuna út 14. júlí 2021 og var hún birt fyrir lögmanni stefnda í héraði 16. ágúst 2021. Með tölvuskeyti síðar sama dag tók lögmaður stefnda fram að aðild málsins væri röng, „þetta [ætti] að vera Útgerðarfélag Reykjavíkur (rétt í stefnu) en ekki Brim.“ Lögmaður áfrýjanda væri nú „með Brim (gamla HB Granda) sem aðila.“ Nokkur samskipti áttu sér stað milli lögmannanna með tölvuskeytum þann dag og daginn eftir. Samskiptum þeirra lauk með því að lögmaður áfrýjanda tók fram að „dómurinn [væri] á Brim hf. og fram að dómi komu engar athugasemdir fram um aðildina og áfrýjunarstefnan var því eðlilega á Brim.“ Lögmaður áfrýjanda myndi því ekki biðja Landsrétt um leiðréttingu áfrýjunarstefnu.
- 7 Fyrir Landsrétt hafa verið lagðar tvær tilkynningar til fyrirtækjaskrár ríkisskattstjóra um breytingu á nafni fyrirtækis. Fyrri tilkynningin er frá 14. september 2018 og þar er heiti Brims hf. með kennitölu 410998-2629, breytt í Útgerðarfélag Reykjavíkur hf. Seinni tilkynningin er frá 15. ágúst 2019 og þar er heiti HB Granda hf., kt. 541185-0389, breytt í Brim hf.
- 8 Við flutning málsins um formhlið þess fyrir Landsrétti kom fram hjá lögmanni áfrýjanda að nafni málsins hefði verið breytt í héraði fyrir mistök en að báðir lögmennt hefðu talið breytinguna rétta. Ekki hefði verið breytt um aðild til varnar í héraði. Þar sem nafnið Brim hf. hefði verið notað í héraðsdómi hefði það nafn ratað í áfrýjunarstefnu en röng kennitala tilgreind. Hin ranga tilgreining kennitölu væri augljós villa en að grundvelli málsins og möguleikum stefnda til varna væri ekki raskað. Þessi mistök þyrfti að leiðrétta með bókun í þingbók. Að mati stefnda sjálfs væri þessi misskilningur afsakanlegur.
- 9 Í greinargerð stefnda til Landsréttar kemur meðal annars fram að nafnaruglingur þessi sé að hluta til afsakanlegur þar sem hið stefnda félag, Útgerðarfélag Reykjavíkur hf., hafi áður heitið Brim hf., meðal annars á þeim tíma sem áfrýjandi starfaði hjá félaginu. Fram kom hjá lögmanni stefnda við munnlegan málflytning fyrir Landsrétti að mistök hefðu orðið við áfrýjun málsins, enda hefðu engin aðilaskipti til varnar í málinu átt sér stað í héraði. Í áfrýjunarstefnu sé tilgreint annað félag en í héraði, önnur kennitala, heimilisfang og fyrirsvarsmáður. Lögmaður stefnda hefði bent lögmanni áfrýjanda á þessi mistök um leið og áfrýjunarstefnan hafði verið birt fyrir honum en lögmaður áfrýjanda hefði í tölvupóstsamskiptum þeirra á milli haldið því fram að aðilaskipti hefðu átt sér stað í héraði. Útgáfa áfrýjunarstefnu feli í sér höfðun máls og sé mál höfðað gegn röngum aðila varði það sýknu.

## **Niðurstaða**

- 10 Fyrir liggur að mál þetta var höfðað gegn Útgerðarfélagi Reykjavíkur hf. í héraði og voru nafn, kennitala, heimilisfang og fyrirsvarsmaður félagsins réttilega tilgreind í stefnu, sbr. a- og b-liði 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Fyrirnefnd bókun í þinghaldi 17. desember 2020 ber ekki með sér að aðild málsins til varnar hafi verið breytt og aðilar málsins eru sammála um að það hafi ekki verið gert. Þá er ljóst af framangreindum tilkynningum til fyrirtækjaskrár að Útgerðarfélag Reykjavíkur hf. ber enn það heiti en hét áður Brim hf. Samkvæmt þessu var þessi bókun gerð fyrir mistök sem ekki uppgötvuðust við meðferð málsins í héraði og voru því ekki leiðrétt. Jafnframt er ljóst af lestri áfrýjunarstefnu málsins að þar er ekki einungis gefin upp röng kennitala stefnda í héraði, heldur er þar tilgreint nafn, kennitala, heimilisfang og fyrirsvarsmaður Brims hf., áður HB Granda hf., sem er annað félag og því annar lögaðili en Útgerðarfélag Reykjavíkur hf. Samkvæmt þessu er óhjákvæmilegt að líta svo á að áfrýjandi hafi stefnt Brimi hf. fyrir Landsrétti en ekki Útgerðarfélagi Reykjavíkur hf. sem stefnt var í héraði. Enginn vafi getur leikið á því að með hinum áfrýjaða dómi var hið stefnda félag, Útgerðarfélag Reykjavíkur hf., sýknað af kröfum áfrýjanda þótt nafn félagsins hafi verið ranglega tilgreint Brim hf. í dómsorði. Samkvæmt því hefur áfrýjandi stefnt röngum aðila fyrir Landsrétt. Fyrir slíkri breytingu á aðild til varnar fyrir æðri dómi er engin lagastoð. Gegn mótmælum stefnda verður aðild málsins til varnar ekki leiðrétt með bókun í þingbók. Er því óhjákvæmilegt að vísa máli þessu frá Landsrétti.
- 11 Samkvæmt 2. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 verður áfrýjandi gert að greiða stefnda málskostnað fyrir Landsrétti eins og í úrskurðarorði greinir.

## **Úrskurðarorð:**

Máli þessu er vísað frá Landsrétti.

Áfrýjandi, A, greiði stefnda, Brimi hf., 200.000 krónur í málskostnað.

## **Sératkvæði**

### **Davíðs Þórs Björgvinssonar**

- 1 Ég er ósammála meiri hluta dómenda um að vísa beri málinu frá Landsrétti og tel að þess í stað beri að ómerkja hinn áfrýjaða dóm.
- 2 Fyrir liggur að mál þetta var höfðað gegn Útgerðarfélagi Reykjavíkur hf. í héraði og voru nafn, kennitala, heimilisfang og fyrirsvarsmaður félagsins réttilega tilgreind í stefnu, sbr. a- og b-liði 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Í þinghaldi í héraði 17. desember 2020 var eftirfarandi fært til bókar í þingbók málsins: „Lögmenn upplýsa að nafni stefnda hafi verið breytt og heiti nú Brim hf. og er heiti málsins breytt í samræmi við það.“ Málið var í héraði eftir þetta rekið undir heitinu

„A gegn Brimi hf.“ Fyrir stefnanda sótti þing við fyrirtöku málsins í umrætt sinn Jónas Þór Jónasson lögmaður og fyrir stefnda Diljá Catherine Þiðriksdóttir lögmaður vegna Jóhannesar Bjarna Björnssonar lögmanns, en hann er jafnframt lögmaður Brims hf.

- 3 Af þingbókinni verður ekkert ráðið um ástæður eða aðdraganda þessarar bókunar. Í greinargerð stefnda til Landsréttar eru tildrög bókunarinnar sögð vera að lögmaður áfrýjanda hafi tilkynnt í umræddu þinghaldi að nafni stefnda hafi verið breytt og sé nú Brim hf. Virðist sem fyrrnefndur lögmaður sem mætti í umrætt þinghald vegna Jóhannesar Bjarna Björnssonar, lögmanns stefnda Útgerðarfélags Reykjavíkur hf., hafi ekki hreyft neinum athugasemdum við þessu og fallist á að breytingin yrði bókuð þótt honum sem lögmanni fyrir hönd stefnda hefði átt að vera ljóst að þetta væri ekki rétt og byggði á augljósum misskilningi lögmanns stefnanda, sem sennilega er að rekja til þess að Útgerðarfélag Reykjavíkur hf. hét áður Brim hf. Ætla verður að lögmanni stefnda hafi að réttu lagi borið að leiðrétta þennan misskilning lögmanns stefnanda þá þegar eða að minnsta kosti síðar við frekari meðferð málsins í héraði, þar með talið við aðalmeðferð þess. Hvað sem því líður er ekki deilt um á milli aðila að bókunin er efnislega röng, eins og lögmaður stefnda tekur fram í greinargerð sinni til Landsréttar. Þessi efnislega ranga bókun varð aftur á móti til þess að málið var eftir þetta ranglega rekið undir heitinu „A gegn Brimi hf.“ Þá er í hinum áfrýjaða dómi stefndi tilgreindur „Brim hf., Fiskislóð 14, Reykjavík“ en kennitölu stefnda er þar ekki getið, þegar hið rétta er að stefndi í héraði var Útgerðarfélag Reykjavíkur hf.
- 4 Í hinum áfrýjaða dómi er „Brim hf.“ sýknað af kröfum áfrýjanda, sem þó beindust samkvæmt stefnu málsins að Útgerðarfélagi Reykjavíkur, kt. 410998-2629. Brim hf. er aftur á móti félag sem skráð er í fyrirtækjaskrá með kennitöluna 541185-0389, til heimilis að Norðurgarði 1, 101 Reykjavík. Þar sem ekki er fyrir að fara öðrum lögaðila með nafnið Brim hf. þegar hinn áfrýjaði dómur var kveðinn upp hefur hin ranga tilgreining á stefnda í héraðsdómi leitt til þess áfrýjunarstefna til Landsréttar var gefin út á Brim hf., kt. 541185-0389.
- 5 Af framangreindu leiðir að ljóst er, vegna efnislega rangrar bókunar í þinghaldi 17. desember 2020, að tilgreining á heiti stefnda í héraði varð eftir þetta röng og er ekki um það deilt. Ég tel við svo búið að vegna þessarar röngu tilgreiningar í héraðsdómi á aðild málsins til varnar verði ekki hjá því komist að ómerkja án kröfu hinn áfrýjaða dóm og meðferð málsins frá og með þinghaldi 17. desember 2020 þegar hin umrædda bókun var gerð og vísa því aftur til héraðsdóms til löglegrar meðferðar og dómsálagningar að nýju.

#### **Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 21. júní 2021**

Mál þetta var höfðað 3. maí 2020. Stefnandi er A, [...], [...], og stefndi Brim hf., Fiskislóð 14, Reykjavík.

Dómkröfur stefnanda eru þær að stefndi verði dæmdur til greiðslu 3.636.695 króna með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu, frá 15. nóvember 2016 til greiðsludags auk málskostnaðar.

Stefndi krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda og málskostnaðar úr hendi stefnanda.

### *Málavextir*

Stefnandi var um langt árabíl skipverji á frystitogara í eigu stefnda og forvera hans, [...]. Á skipinu var svonefnt skiptimannakerfi sem fól í sér að hver skipverji fór aðra hverja veiðiferð með skipinu en var hina í fríi. Sá háttur var hafður á að skipverjum var greiddur hálfur hlutur fyrir hverja veiðiferð skipsins óháð því hvort viðkomandi var um borð eða í landi. Laun stefnanda voru greidd til samræmis við þetta.

Stefnandi slasaðist við vinnu sína [...] desember 2015. Tildrög þess munu hafa verið þau að stefnandi klemmdist milli grandaravírs og þils í rennu skipsins þegar verið var að taka trollið inn. Fékk stefnandi við þetta mikið mar á vinstri ökkla og miðlægt yfir vinstra hné.

Vegna slyssins leitaði stefnandi til bæklunarskurðlæknis 17. febrúar 2016. Greindi stefnandi læknum frá því að hann væri á þokkalegum batavegi og væri að verða vinnufær að nýju eftir óvinnufærni frá slysdegi. Álit læknisins var að fyrst og fremst væri um mar og yfirborðsáverka að ræða og taldi hann ágætar líkur á að stefnandi myndi halda áfram á batavegi. Segulómun sem lækningin hlutaðist til um leiddi vægar slitbreytingar í ljós og ummerki eftir fyrri liðþófaaðgerð auk smávægilegrar vökvasöfnunar og bólgubreytinga í liðbandi miðlægt.

Stefnandi mun hafa farið á sjóinn 5. apríl 2016 að nýju og lauk þeirri veiðiferð 4. maí 2016. Bókað er í vottorð bæklunarlæknis hans að stefnandi hafi haft samband í apríl og greint læknum frá því að hann hefði snarversnað í vinstra hné við það að fara á sjóinn og verið í basli með að sinna vinnu sinni. Stefnandi mun hafa leitað til læknisins er í land var komið og var þess þá freistað að sprauta stefnanda með bólgueyðandi sterasprautu í hné hans. Í samskiptum þeirra á milli í lok maímánaðar greindi stefnandi frá því að sprautan hefði gagnast en hægra hnéð hefði verið að versna þar sem hann hafi verið að hlífa því vinstra.

Í næstu veiðiferð, sem hófst 6. júní 2016, kom stefnandi upp í brú [...] júní og greindi skipstjóra frá því að hann hafi runnið til á dekkinu og lent á hægra hné, hann væri aumur og bólginn en vinnufær. Stefnandi mun hafa sinnt störfum út veiðiferðina til 7. júlí sama ár.

Á ný leitaði stefnandi til bæklunarlæknisins og greindi lækningin það svo að vinstra hné stefnanda hefði haldist í horfinu, eins og það er orðað, en hægra hné sé mun verra en áður þar sem stefnandi hefði runnið til á sjó og snarversnað eftir það. Hann hafi verið með verki miðlægt og beygja kallað fram verki auk þess sem liðþófaþróf hefði verið jákvætt. Vegna umtalsverðra einkenna var ákveðið að framkvæma liðspeglunaraðgerð á hægra hné sem framkvæmd var 9. ágúst 2016 og var stefnandi óvinnufær af þeim sökum til 16. október 2016.

Stefnandi var á ný í sambandi við lækningin í september vegna einkenna frá vinstra hné og fékk sterasprautu við það tækifæri.

Stefnandi fór á ný á sjóinn 18. október 2016 í veiðiferð sem stóð til 21. nóvember 2016 en mun svo hafa verið í fríi í síðustu veiðiferð ársins. Hann fór því næst í fyrstu veiðiferð næsta árs frá 19. febrúar 2017 til 28. mars 2017 og átti svo að vera í fríi í veiðiferðinni sem farin var í apríl 2017 en raunin varð sú að stefnandi fór ekki fleiri veiðiferðir sem sjómaður hjá stefnda.

Samkvæmt vottorði bæklunarlæknis stefnanda kom stefnandi til hans í apríl 2017 og greindi læknum frá því að hann ætti í stöðugu basli með bæði hné og ökkla. Hann væri hálfhaltur og í miklu basli með

vinnuna á sjónum. Ýmis einkenni stefnanda voru heldur verri en fyrr og mat lækjirinn það svo að fátt væri um raunhæfar úrlausnir.

Að áliti bækunarlæknisins hefði fyrra slys stefnanda leyst úr læðingi atburðarás þar sem snögg versnun hefði orðið á slitgigt í vinstra hné. Það sem áður hafi valdið vægum einkennum hefði vaxið svo að stefnandi væri orðinn óvinnufær. Myndrannsóknir hefðu sýnt mun meiri slitbreytingar í vinstra hnéinu sem áður hefðu verið vægar. Af þessum sökum mætti þess vænta að stefnandi þyrfti gervilið í nálægri framtíð. Þá hafi óþægindi í hægri hné sem hann fékk við áverkann í júní 2016 verið að plaga hann síðan en þar hefði verið um liðþófaáverka að ræða og vægar slitbreytingar en þess væri ekki að vænta að um varanlegt mein væri að ræða á því hné.

Stefndi mun hafa sagt stefnanda upp störfum í apríl 2017, enda stefnandi ófær um að sinna starfi sínu. Stefnandi fékk greidd laun sem nam helmingi aflahlutar netamanns í samræmi við skiptimannakerfi stefnda fram til 17. júlí 2017. Laun vegna apríl 2017 voru greidd sem frítúr en frá 4. maí til 17. júlí vegna uppsagnarfrests. Samtals námu launagreiðslur vegna uppsagnarfrestsins 5.213.056 krónum.

Lögmaður stefnanda sendi stefnda orðsendingu með tölvupósti 21. ágúst 2017. Í orðsendingunni var gerð athugasemd við að ekki hefði verið gert réttilega upp við stefnanda í slysaforföllum hans vegna slyssanna tveggja. Skírskotað var til dóms Hæstaréttar í máli nr. 412/2014 í þessum efnunum sem fæli í sér fordæmi hvað varðaði túlkun 36. gr. sjómannalaga nr. 35/1985. Erindi þessu var fylgt eftir á næstu mánuðum gagnvart stefnda en er lögmanni stefnanda var farið að leiðast þófið voru drög að stefnu samin, sem dagsett eru 18. janúar 2018, og send stefnda. Ekki kom þó til þess að stefnan væri gefin út. Lögmennt stefnanda áttu síðan í samskiptum við stefnda með hléum til 27. ágúst 2019. Eftt var til málsóknar þessarar 3. maí 2020 eins og áður gat.

#### *Málsástæður stefnanda*

Stefnandi krefst greiðslu óskertra staðgengilslauna vegna óvinnufærni hans sem hlotist hafi af sjóvinnuslysi [...] júní 2016 á grundvelli 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga og greinar 21.1 í kjarasamningi Sjómannasambands Íslands og Samtaka fyrirtækja í sjávarútvegi. Á þeim grunni beri stefnanda að fá greiddan fullan aflahlut fyrstu 60 daga sem hann sé óvinnufær vegna slysa eða veikinda. Stefnandi hafi enda hvorki verið ráðinn sem hálfdrættingur né í hlutastarf. Fyrir liggir að stefnandi hafi verið í ráðningarsambandi við stefnda er hann varð óvinnufær vegna slyssins í kjölfar aðgerðar 9. ágúst 2016 og óvinnufærnin hafi staðið til og með 15. október sama ár. Hann eigi rétt á fullum launum fyrstu tvo mánuði forfallanna og svo rétt á kauptryggingu meðan hann var enn óvinnufær.

Á því er byggt að Hæstiréttur Íslands sé þegar búinn að leysa úr algerlega sambærilegu tilviki með dómi í máli nr. 412/2014 sem kveðinn var upp 12. febrúar 2015 en þrátt fyrir að eiga aðild að þeim dómi hafði stefndi kosið að gera ekki upp við stefnanda í samræmi við dóminn.

Vinnufyrirkomulag í samræmi við svonefnt skiptimannakerfi, sem feli í sér að skipverjar séu í fríi aðra hverja veiðiferð og fái hálfan aflahlut fyrir allar veiðiferðir, sé ekki tæki í hendi útgerðarinnar til að skerða lögbundinn slysa- og veikindalaunarétt. Slíkt sé útgerðinni ekki heimilt, sbr. 4. gr. sjómannalaga sem fjalli um lágmarksréttindi sjómanna, sbr. einnig 1. gr. laga nr. 545/1980 um starfskjör launafólks og skyldutryggingu lífeyrisréttinda og 7. gr. laga nr. 80/1938 um stéttarfélag og vinnudeilur.

Dómkröfum sínum til stuðnings vísar stefnandi til afdráttarlausrar dómaframkvæmdar sem felur í sér að réttur skipverja sem verði óvinnufær skuli vera sá sami óháð því hvort skipverjinn hefði haldið áfram störfum eða farið í fyrirframákveðið frí, samanber dóma Hæstaréttar í málum nr. 389/2010, nr. 400/2012 og 207/2005. Réttur til forfallakaups samkvæmt 36. gr. sjómannalaga skuli í öllum tilvikum byggjast á þeim rétti sem skipverjinn hafi notið á slysvægi óháð því hvað næstu mánuðir hefðu annars borið í skauti

sér varðandi vinnufyrirkomulag eða launagreiðslur. Miða beri við staðgildislaun fyrstu 60 daga óvinnufærninnar.

Regla 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga sé sérregla sem byggir ekki á skaðabótasjónarmiðum eins og stefnda megi vera fullkunnugt um. Breyti engu þótt skipverjar á skipum stefnda hefðu þurft að gangast undir einhliða ráðningarsamningsform stefnda án þess að gera sér grein fyrir ólögmati þess að minnsta kosti gagnvart tilvitnuðu ákvæði um slys og veikindi.

Krafa stefnanda nemi helmingi launa fyrir tvær veiðiferðir sem farnar hafi verið frá 9. ágúst til 15. október 2016. Vegna fyrri veiðiferðarinnar eigi stefnandi rétt á 1.400.714 krónum og vegna síðari veiðiferðarinnar 1.761.116 krónum, samtals 3.161.830 krónur auk 11,59% vegna orlofs, 366.456 krónur. Stefndi hafi greitt stefnanda helming aflahlutar á þessu tímabili en hefði með réttu átt að greiða óskertan aflahlut vegna sextíu daga og svo kauptryggingu vegna sjö daga, 70.265 krónur, auk 11,59% vegna orlofs, 8.144 krónur. Samtals sé krafa stefnanda vegna forfalla í 67 daga, 3.636.695 krónur.

#### *Málsástæður stefnda*

Stefndi byggir á því að hafna beri kröfu um leiðréttingu á uppgjöri forfallalauna í ágúst fram í október 2016 þar sem slík krafa hafi fyrst komið fram í ágúst 2019. Krafan sé þannig sett alltof seint fram og réttur stefnanda til að taka þetta uppgjör upp því fallinn niður fyrir tómlæti. Hafa verði í huga að stefnandi hafi verið í starfi hjá stefnda fram í júlí 2017 án þess að gera athugasemdir við þetta uppgjör. Þá liggi fyrir að stefnandi hafi átt við þrálát meiðsli að etja sem hefðu að lokum komið í veg fyrir að hann gæti sinnt starfi sínu en stefndi hefði meðal annars greitt honum full laun í forföllum frá apríl 2017 til starfsloka 17. júlí 2017. Þær greiðslur hefðu verið umfram skyldu. Á því tímabili hefði stefnandi einungis átt rétt á kauptryggingu vegna launa í slysaförföllum þar sem réttur til staðgengilslauna samkvæmt 36. gr. sjómannalaga hefði þá verið tæmdur bæði vegna slysa á hægri og vinstra hné. Stefndi hefði tekið við uppgjöri og ofgreiðslu á launum í forföllum án athugasemda en leitaði svo í kjölfarið eftir frekari greiðslum með vísan til dóms Hæstaréttar í máli nr. 412/2014.

Um túlkun á tómlæti í sambærilegum tilvikum af hálfu dómstóla, megi vísa til dóms Hæstaréttar í máli nr. 182/2006 en að auki telur stefndi að meta þurfi tómlæti stefnanda í því ljósi að hann hefði verið búinn að fá lögmann til að leggja mat á réttindi sín fyrir 21. maí 2017 er bæklunarlæknir hans gaf út vottorð til lögmanns hans sem til hefur verið vitnað. Hann hafi í kjölfarið fallið frá leiðréttingu á forfallalaunum árið 2017 sem ekki hefði átt við rök að styðjast. Það hafi síðan verið fyrst í ágúst 2019 sem fram hafi komið krafa er lyti að dómkröfu þessa máls en gera verði auknar kröfur til athafna þegar stefnandi njóti lögmannsaðstoðar, samanber dóm Hæstaréttar í máli nr. 31/2018.

Þá er á því byggt að forfallalaun séu ekki vangreidd enda beri að horfa til heildargreiðslna þegar lagt er mat á hvort kjör séu lakari en lágmarkskjör kveði á um eins og meðal annars megi ráða af dómi Hæstaréttar í máli nr. 273/2010. Í þeim efnum verði ekki fram hjá því litið að við lokauppgjör, þegar stefnandi var orðinn óvinnufær, hafi stefndi greitt stefnanda full laun síðustu þrjá mánuði hans í starfi án vinnuframlags. Forfallagreiðslur stefnda vegna síðustu tveggja veiðiferðanna á þessu tímabili hefðu numið 5.213.056 krónum. Á sama tímabili hefði stefnandi einungis átt rétt til kauptryggingar sem hefði numið 840.094 krónum. Ofgreidd forfallalaun hefðu þannig numið 4.372.962 krónum sem sé umtalsvert hærri fjárhæð en nemi stefnufjárhæð málsins. Stefndi hefði verið skylt að draga þessa ofgreiðslu frá kröfu sinni um vangreidd laun í slysaförföllum, meðal annars með vísan til yfirlýsingar lögmanns hans um að við starfslok skuli jafna út plúsa og mínusa við lokauppgjör, eins og lögmaðurinn hafi orðað það.

Stefndi byggir enn fremur á að með vísan til vottorðs bæklunarlæknis stefnanda liggi fyrir að um sama sjúkdóm hafi verið að ræða sem valdið hafi óvinnufærni í tvígang í kjölfar vinnuslyss stefnanda [...] desember 2015. Fyrst í upphafi árs 2016 og svo aftur í ágúst og fram í október sama ár. Í slysinu hafi hann

slasast á vinstri fæti sem hafi leitt til aukinnar slitgigtar í vinstra hné en hann hafi svo fengið aukin einkenni í hægri hné þar sem hann hefði beitt hægri hné mun meira til að hlífa vinstra hné. Af hálfu stefnda er rengt að stefnandi hafi orðið fyrir slysi [...] júní 2016. Engin vitni hefðu orðið að slysi og stefnandi ekki forfallast frá vinnu í veiðiferðinni. Skipstjóri skipsins hefði skráð frásögn stefnanda í skipsdagbók en ekki hafst frekar að þar sem hann forfallaðist ekki. Hann hafi svo lýst því fyrir lækni að hann hefði runnið til. Stefndi telur því fullljóst að einkenni stefnanda í hægri hné hafi ekki verið að rekja til slyss í júní enda líka bókað í september hjá bæklunarlækni að vandi stefnanda sé tengdur verkjum og óstöðugleika í vinstra hné. Í læknisvottorði vegna forfalla í kjölfar liðþófaaðgerðar hefðu forföllin verið skilgeind þannig að þau stöfuðu af sjúkdómi.

Stefndi byggir enn fremur á að krafa stefnanda njóti ekki verndar 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga. Alltaf þurfi að leggja mat á í hverju tilviki hve háar bætur beri að greiða vegna forfalla hverju sinni og ekki standi rök til að sjómenn fái hærri bætur en sem nemi þeim launum sem hann hefði ella fengið hefðu veikindi ekki borið að. Þau málsatvik sem á hefði reynt í þeim dómum sem stefnandi hafi vísað til séu ekki um sambærileg tilvik og hér um ræðir og túlkun stefnanda í ósamræmi við eldri dóma Hæstaréttar. Að auki hefði verið til þess að líta varðandi dóm Hæstaréttar í máli nr. 412/2014 að í því tilviki hefði verið búið að segja ráðningarsamningi upp og efni hans því ekki skipt máli þar sem fyrirkomulag um vinnu sjómanna falli niður við uppsögn, samanber einnig dóm Landsréttar í máli nr. 933/2018. Það liggja þannig fyrir að regla 36. gr. sjómannalaga, um laun í launalausum leyfum í forföllum sjómanns, eigi ekki við í málinu þar sem stefnandi hafi ekki verið í launalausum leyfi heldur hafði einungis vinnuskyldu aðra hverja veiðiferð. Það sé grundvallarregla í vinnurétti að starfsmaður eigi ekki að hagnast á slysi eða veikindum á kostnað atvinnurekanda síns.

Þá er á því byggt að sýkna beri stefnda ef talið verður að í 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga felist almennur réttur til handa stefnanda til að fá slysa- eða veikindalaun sem séu hærri en þau laun sem hann hefði ella fengið þar sem slíkt fæli í sér skýrt brot gegn 1. gr. samningsviðauka nr. 1, við mannréttindasáttmála Evrópu og gegn 65. og 72. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. lög nr. 33/1944.

Vaxtakröfu stefnanda er sérstaklega mótmælt með vísan til þess að fjárkrafan hafi fyrst verið sett fram 22. ágúst 2019 og aðgreining veikinda milli hægri og vinstra hnés hafi fyrst verið kynnt við þingfestingu málsins. Því sé ekki tilefni til að fallast á dráttarvexti fyrir en mánuði eftir þingfestingu málsins eða í fyrsta lagi 22. september 2019, sbr. 3. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu.

#### *Niðurstaða*

Í máli þessu er deilt um rétt stefnanda til launa í samræmi við 36. gr. sjómannalaga nr. 35/1985 vegna forfalla 9. ágúst 2016 til 17. október sama ár vegna speglunaraðgerðar sem stefnandi gekkst undir 9. ágúst vegna rifins liðþófa í hægri hné.

Því má slá föstu, í ljósi mótaðrar dómaframkvæmdar um túlkun 36. gr. sjómannalaga vegna slysa- eða veikindaforfalla, að stefnandi hefði að öðru óbreyttu átt að fá fullan aflahlut netamanns samkvæmt kjarasamningi í tvo mánuði auk kauptryggingar í sjö daga þar sem forföll hans stóðu sjö dögum lengur, vegna tímabilsins 9. ágúst til 15. október 2016. Slíkum rétti til fullra launa hefur ítrekað verið slegið föstum með dómum Hæstaréttar Íslands vegna forfalla sjómanna, samanber dóm Hæstaréttar í máli nr. 412/2014 frá 12. febrúar 2015, sem stefndi átti sjálfur aðild að en í þeim dómi eru þrír aðrir dómar Hæstaréttar nefndir í dæmaskyni.

Fyrir liggur að stefndi greiddi stefnanda hvorki laun í samræmi við 36. gr. sjómannalaga vegna forfalla hans vegna slyss [...] desember 2015 né í kjölfar aðgerðarinnar 9. ágúst 2016. Þess í stað greiddi stefndi stefnanda í hverjum mánuði, sem stefnandi var forfallaður, sem nam helmingi aflahlutar netamanns í báðum tilvikum. Þær greiðslur voru í samræmi við skiptimannakerfi sem kveðið var á um í

ráðningarsamningum áhafnar [...]. Tekið er fram í dómi Hæstaréttar nr. 412/2014, að slík ákvæði ráðningarsamnings þoki fyrir hinum fortakslausu fyrirmælum 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga eins og þau hafi verið skýrð í dómum Hæstaréttar.

Í ljósi aðildar stefnda að tilvitnuðu dómsmáli mátti honum vera ljóst að greiðslur hans í forföllum stefnanda væru ekki í samræmi við lagaskyldu hans samkvæmt nefndri lagagrein en með hliðsjón af þeirri grandsemi stefnda kemur ekki til skoðunar að stefnandi hafi glatað rétti sínum með tómlæti. Auk þess sem líta ber til þess að um lögbundin lágmarksréttindi var að ræða, samanber til dæmis dóm Hæstaréttar í máli nr. 4/1999 sem birtur er í dómasafni Hæstaréttar á blaðsíðu 2405 það ár. Eftir stendur þá að greina hvort einhver önnur atvik þessa máls séu með þeim hætti að ekki verði fallist á kröfu stefnanda.

Á því er byggt af hálfu stefnda að ekki eigi að koma til greiðslu launa í slysaforföllum 9. ágúst til 15. október 2016 þar sem ósannað sé að stefnandi hafi lent í vinnuslysi um borð í [...], [...] júní 2016. Eins sé ósannað að stefnandi eigi sjálfstæðan rétt til veikindaforfalla á nefndu tímabili þar sem um hafi verið að ræða sama sjúkdóm, slitgigt, sem valdið hafi óvinnufærni stefnanda í kjölfar slyssins sem hann lenti í [...] desember 2010.

Hvað sönnun slyss [...] júní 2016 snertir er til þess að líta að fyllt var út á vegum stefnda eyðublað til Tryggingastofnunar ríkisins sem ber yfirskriftina „Tilkynning um slys á sjómanni“. Verður sú tilkynning ekki skilin á annan máta en að stefndi hafi túlkað atvikið sem slys en skipstjóri skipsins bókaði um það samdægurs í skipsdagbók í kjölfar frásagnar stefnanda. Þessi tilkynning hefur sönnunargildi um afstöðu skipstjórans til þess að um slys hafi verið að ræða. Þótt lögmaður stefnanda hafi lagt að stefnda að tilkynna slysið til Tryggingastofnunar, sem ekki var gert fyrir en að áeggjan hans 14. október 2017, nærri ári síðar, leysir það stefnda ekki undan ábyrgð á eigin yfirlýsingu sem felst í tilkynningunni. Engar forsendur hefðu ella verið til þess að tilkynna atburð sem ekki hefði átt sér stað. Verður því lagt til grundvallar að um slys hafi verið að ræða.

Því skal haldið til haga að jafnvel þótt talið væri ósannað að um slys hefði verið að ræða myndi það ekki breyta neinu um rétt stefnanda. Samkvæmt 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga eru forföll vegna veikinda og slysa lögð að jöfnu. Fyrir liggur að aðgerðin sem framkvæmd var 9. ágúst 2016 fól í sér að gert var að liðþófa í hægra hné en forföll stefnanda fyrr á árinu lutu að maráverkum á vinstri fæti í kjölfar þess að vinstri fótleggur hans kramdist milli grandaravírs og þils í skutrennu skipsins [...] desember 2015. Samkvæmt vottorði bæklunarlæknis sem stefnandi leitaði til, leysti þessi áverki auknar slitbreytingar úr læðingi í vinstra hné stefnanda auk þess sem þær ollu stefnanda óþægindum í hægri fæti vegna ofálags er hann þurfti að hlífa vinstri fæti. Engar vísbendingar eru fyrirbyggjandi um að hægri fótleggur stefnanda hafi orðið fyrir áverka í slysinu [...] desember 2015 og því engar forsendur til þeirrar ályktunar að liðþófi í hægra hné stefnanda hefði rífnað við það tækifæri, enda engin gögn fyrirbyggjandi sem styðja slíka ályktun. Í því ljósi á sú málsástæða stefnda sér ekki stoð í gögnum málsins að um sömu forföllin sé að ræða.

Samkvæmt framansögðu liggur fyrir að stefnandi átti rétt á að fá fullan aflahlut netamanns vegna forfalla í janúar og febrúar 2016 vegna slyss [...] desember 2015 og að sama skapi fullan aflahlut fyrstu sextíu daga forfalla sem stóðu frá 9. ágúst til og með 15. október 2016 en síðustu sjö daga forfallanna átti stefnandi rétt til kauptryggingar, frá og með 9. október til 15. október.

Fyrir liggja í málinu útreikningar frá 18. janúar 2018 varðandi ógreidd laun stefnanda á báðum tímabilum forfalla sem stafa frá lögmanni sem vann að málinu í þágu stefnanda. Útreikningarnir voru staðfestir af hálfu stefnanda við málflutning. Samkvæmt útreikningunum voru ógreidd laun vegna óvinnufærnistímabils í janúar og febrúar 2016, 472.774 krónur, en vegna síðara tímabilsins, ágúst til október 2016, 3.339.444 krónur. Samtals var krafa stefnanda reiknuð sem 3.779.441 króna.

Í stefnu málsins er fjákrrafa vegna síðara tímabilsins, ágúst til október 2016, reiknuð sem 3.636.695 krónur eða 297.251 krónu hærri. Mismunurinn sýnist stafa af því að í dómkröfu hafi láðst að horfa til þess að síðari veiðiferðin, sem horft var til við mat á vangreiddum aflahlut stefnanda, stóð til 17. október 2016

eða 9 daga fram yfir 60 daga tímabil það sem stefnandi átti rétt til óskerts aflahlutar. Þá var einnig reiknuð út krafa vegna kauptryggingar í sjö daga þannig að bæði virðist vera krafist greiðslu aflahlutar fyrir það tímabil og kauptryggingar. Stefndi hefur ekki haft uppi ágreining um útreikning kröfu stefnanda.

Fyrir dómi var því lýst yfir af hálfu stefnanda að ekki væri höfð uppi krafa vegna vangoldinna launa í forföllum í janúar og febrúar 2016, sem námu 472.774 krónum eins og áður gat, þar sem stefndi hefði greitt stefnanda aflahlut umfram skyldu samkvæmt skiptimannakerfi sem gildi á [...] frá 4. maí til og með 19. júlí 2017 án vinnuframlags.

Óumdeilt er að stefnandi var orðinn varanlega óvinnufær til sjómannsstarfa í apríl 2017 og að hann hafði tæmt rétt sinn samkvæmt 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga til launa samkvæmt aflahlut á tímabili uppsagnarfrests en átti rétt til kauptryggingar. Af hálfu stefnda var því lýst yfir fyrir dómi að stefndi hefði litið svo á að stefnandi hefði verið í launuðu fríi í apríl á móti veiðiferð sem hann fór í í mars. Síðan hefði stefndi ákveðið einhliða að greiða stefnanda aflahlut samkvæmt ráðningarsamningi út uppsagnarfrest frá 4. maí til 19. júlí 2017. Samkvæmt launaseðlum stefnanda greiddi stefndi honum 5.213.056 krónur vegna þessa tímabils. Ef stefnandi hefði einungis notið kauptryggingar í samræmi við kjarasamning og 2. mgr. 36. gr. sjómannalaga hefði honum borið greiðsla sem næmi 840.094 krónum. Af þessu leiðir að stefndi greiddi stefnanda á nefndu tímabili 4.372.962 krónur umfram skyldu.

Samkvæmt framansögðu greiddi stefndi umtalsvert hærri fjárhæð við starfslok stefnanda en reiknað hefur verið út af hálfu stefnanda að stefndi skuldi honum vegna margnefndra tveggja forfallatímabila. Stefnandi krefst greiðslu 3.636.695 króna en ef bætt er við hana því sem reiknað hefur verið út af hálfu stefnanda að vangreiðt væri vegna fyrra tímabilsins, 472.774 krónum, þá næmi fjárhæðin 4.109.469 krónum sem er 263.493 krónum lægri fjárhæð en sú greiðsla sem stefndi innti af hendi við starfslok stefnanda.

Í samhengi við greiðslur stefnda verður að halda til haga að við málflutning var því lýst yfir af hálfu stefnanda að ekki væri höfð uppi krafa vegna fyrra forfallatímabilsins með vísan til þessara greiðslna á uppsagnarfresti. Vangreiðsla vegna fyrra tímabilsins jafnist á móti greiðslum á tímabilinu 4. maí til 19. júlí 2017. Fyrir liggur að sú krafa stefnanda er margfalt lægri en greiðslurnar. Þá var því lýst yfir af hálfu stefnanda í samskiptum við stefnda á fyrri stigum að við starfslok þurfi að jafna út mínus eða plús eftir atvikum við lokauppgjör með vísan til þess sem kallað er greiðslumiðlunarkerfi. Þar sýnist augljóst að vísað sé til skiptimannakerfis samkvæmt ráðningarsamningi.

Framangreindar yfirlýsingar af hálfu stefnanda verða vart skýrðar á annan máta en að í þeim felist viðurkenning þess að horfa beri til greiðslna stefnda, sem óumdeilt er að feli í sér greiðslur umfram skyldu, þegar metið er hvort stefnandi eigi enn ógoldin laun í samræmi við óskertan aflahlut á tímabilinu ágúst til október 2016 þegar stefnandi var frá vinnu vegna forfalla. Í þessu samhengi verður að halda því til haga að það er næsta órökrétt af hálfu stefnanda að horfa beri til umframgreiðslu og jafna henni á móti vangreiðslu á fyrra tímabilinu, janúar til febrúar 2016, vegna miklu lægri fjárhæðar en jafna svo ekki eftirstöðvum umframgreiðslunnar á móti vangreiðslu á síðara tímabilinu, 9. ágúst til 15. október 2016, þegar fyrir liggur að fjárhæð umframgreiðslunnar nægir til þess að stefnandi sé eins settur og greitt hefði verið réttilega í öndverðu á því tímabili einnig.

Af framansögðu leiðir að þrátt fyrir að stefndi hafi vanrækt skyldu sína samkvæmt 1. mgr. 36. gr. sjómannalaga til að greiða stefnanda óskertan aflahlut er hann forfallaðist, 9. ágúst til 15. október 2016, hefur stefndi bætt stefnanda það upp með greiðslu umfram skyldu á uppsagnarfresti. Er því engri ógreiddri fjárkröfu til að dreifa. Verður stefndi því sýknaður af kröfum stefnanda.

Rétt þykir að hvor málsaðila beri sinn kostnað af málinu með vísan til 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Af hálfu stefnanda flutti Jónas Þór Jónasson lögmaður málið en af hálfu stefnda flutti Jóhannes Bjarni Björnsson lögmaður málið.

Björn L. Bergsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

**Dómsorð:**

Stefndi, Brim hf., er sýkn af kröfu stefnanda, A. Málskostnaður fellur niður.