



J.nr. 2004-4249-933

Besvarelse af Folketingets Retsudvalgs spørgsmål af 1. december 2004.

Spørgsmål:

”Retsudvalget anmoder om en skriftlig redegørelse om, hvilken betydning Højesterets domme afsagt den 16. november 2004 (sag 31/2003 og 436/2002 vedr. bl.a. forvaltningslovens afgørelsesbegreb) vil få for offentligt ansattes retssikkerhed i fremtiden.”

Svar:

De to domme fra Højesteret svækker offentligt ansattes retsstilling. Samtidig fører de til at ombudsmanden – og andre instanser – får vanskeligt ved at efterprøve om såkaldt aftalte afskedigelser er saglige og lovlige.

Ønsker en offentlig forvaltning at afskedige en medarbejder – eller idømme den pågældende disciplinære sanktioner – er medarbejderen beskyttet af blandt andet det almindeligt forvaltningsretlige saglighedskrav og forvaltningsloven. Det betyder at myndigheden skal overholde krav om blandt andet partshøring og begrundelse. Den ansatte skal således orienteres om hvorfor myndigheden vil afskedige den pågældende, afgørelsen skal være velbegrundet og saglig, og den pågældende medarbejder skal have lov til at udtale sig (at forsvare sig) inden myndigheden endeligt beslutter sig.

Hidtil har det været almindeligt antaget at denne beskyttelse – at myndigheden skal efterleve blandt andet forvaltningsrettens og forvaltningslovens krav til saglighed, begrundelse og partshøring mv. – også gælder i sager hvor en myndighed og en medarbejder ved et forlig ’aftaler’ at den pågældende medarbejder skal fratræde.

Men i de to domme anerkender Højesteret nu generelt - i modsætning til hvad blandt andre ombudsmanden hidtil har ment - at en offentlig arbejdsgiver ved at indgå en aftale (et forlig) kan frigøre sig fra reglerne om at overholde for eksempel forvaltningslovens krav til partshøring og begrundelse. En sådan aftalt afskedigelse vil normalt heller ikke kunne prøves af det kommunale tilsyn, Folketingets Ombudsmand eller andre klageinstanser.

Især retten til partshøring og retten til at få en begrundelse for en myndigheds afgørelse – i disse sager en udtømmende forklaring på hvorfor man skal afskediges - er nogle af de vigtigste retssikkerhedsgarantier som forvaltningsloven giver.

Som konsekvens af Højesterets nye domme kan en offentlig arbejdsgiver, hvis man ønsker at afskedige en medarbejder, nu – i stedet for at gennemføre en normal afskedigelse med de krav det stiller til dokumentation af saglighed, begrundelse og partshøring – forsøge at indgå en aftale ”til fuld og endelig afgørelse” med den ansatte som ønskes afskediget.

Myndigheden har ikke, inden en sådan aftale måtte blive indgået, nogen retlig pligt til at give den ansatte en forklaring på hvorfor myndigheden ønsker at afskedige den pågældende eller for eksempel partshøre den ansatte. Arbejdsgiveren har heller ikke, når aftalen indgås eller senere, pligt til at give den afskedigede (eller andre) en begrundelse for afskedigelsen.

Offentligt ansatte vil således, hvis der blot indgås et forlig, kunne afskediges på et spinkelt grundlag, og uden at den pågældende fortæller hvorfor.

Det kan gøres gældende at den medarbejder der ønskes afskediget, netop selv medvirker til afskedigelsen ved at indgå en aftale med sin arbejdsgiver. Kan medarbejder og arbejdsgiver ikke blive enige om et forlig, må sagen behandles som normalt. Det betyder at forvaltningslovens regler skal overholdes.

Det kan imidlertid ikke udelukkes at en offentligt ansat kan føle sig presset til at gå ind på en sådan aftale, eller at den ansatte – ved udsigten til at miste sit job – vil forsøge at få mest muligt ud af situationen, for eksempel ved at kræve økonomisk kompensation eller andre fordele som modydelse for ikke at få ret til partshøring og en fyldestgørende begrundelse for afskedigelsen.

Der findes eksempler på ansatte der har følt sig presset til at indgå sådanne aftaler, og senere har fortrudt dem. Flere af dem har klaget til Folketingets Ombudsmand, og nogle har indbragt disse aftalte fratrædelser for domstolene.

Det er ikke tvivl om at begge parter i disse sager kan have (såvel saglige som usaglige) interesser i at en medarbejder afskediges som følge af et forlig. Det betyder også at visse faglige organisationer mener at det er i deres medlemmers interesse at sige ja til et aftalt forlig, uagtet at det betyder at forvaltningslovens regler ikke overholdes, og at den ansatte ikke får ret til partshøring eller en nærmere begrundelse for hvorfor han eller hun skulle afskediges.

Det ændrer efter min opfattelse ikke på at offentligt ansattes retsstilling forringes generelt.

Det kan ikke udelukkes at antallet af aftalte afskedigelser vil stige i kølvandet på Højesterets domme – i forhold til de situationer hvor den pågældende afskediges normalt, og hvor myndigheden skal give en fyldestgørende og saglig begrundelse for afskedigelsen.

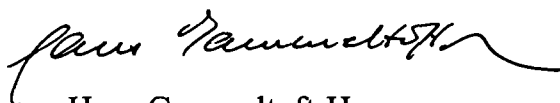
Der er efter min opfattelse en øget risiko for at sager hvor en offentligt ansat afskediges 'efter aftale' (forlig), kan være præget af en myndigheds usaglige interesser. I en del tilfælde må det derfor frygtes at der vil blive foretaget aftalte afskedigelser af offentligt ansatte selv om der ikke er et (tilstrækkeligt) sagligt grundlag herfor.

Det er desuden muligt at offentlige myndigheder hyppigere vil bruge denne måde at afskedige ansatte på, netop fordi det frigør den offentlige arbejdsgiver fra forvaltningslovens forpligtelser til at høre medarbejderen og dokumentere grundlaget for afskedigelsen over for den ansatte. Dertil kommer at det efterfølgende – når afskedigelse efter aftale er sket – vil være vanskeligt på skriftligt grundlag at efterprøve om afskedigelsen var saglig, fordi myndigheden ikke har haft pligt til at dokumentere grunden til afskedigelsen og give medarbejderen lejlighed til at forsvare sig.

Højesterets afgørelser får derfor også afgørende betydning for ombudsmandens mulighed for at kontrollere om afskedigelser af offentligt ansatte er sket lovligt og sagligt, netop fordi ombudsmanden behandler sagerne på skriftligt grundlag. Hertil kommer som en yderligere konsekvens af dommene fra Højesteret at det nu ikke længere er en opgave for ombudsmanden at kontrollere om forvaltningslovens krav til sagsbehandlingen er overholdt i sager om aftalt afskedigelse.

Der henvises i øvrigt til den vedlagte, mere uddybende, redegørelse i anledning af Retsudvalgets spørgsmål.

Den 21. december 2004



Hans Gammeltoft-Hansen



Redegørelse i anledning af Folketingets Retsudvalgs spørgsmål af 1. december 2004:

”Retsudvalget anmoder om en skriftlig redegørelse om, hvilken betydning Højesterets domme afsagt den 16. november 2004 (sag 31/2003 og 436/2002 vedrørende bl.a. forvaltningslovens afgørelsesbegreb) vil få for offentligt ansattes retssikkerhed i fremtiden”.

1. I de to domme af 16. november 2004 har Højesteret fastslået at en offentligt ansat og dennes arbejdsgiver kan aftale sig til en afskedigelse, uanset at det er myndigheden der starter med ensidigt at beslutte at man vil afskedige en medarbejder.

Højesteret har lagt vægt på, at der ikke i de forvaltningsretlige eller ansættelsesretlige regelsæt kan indfortolkes et forbud mod sådanne aftaler, at fratrædelsesaftaler også på det offentlige arbejdsmarked har været anvendt i en lang årrække, samt at sådanne aftaler opfylder et praktisk behov for en forligsmæssig afslutning i begge parter interesse.

Dommene betyder også at en offentligt ansat – ved at indgå en sådan aftale – kan fraskrive sig den beskyttelse de forvaltningsretlige regler yder mod usaglige afgørelser. Men det kan vanskeligt ud af Højesterets begrundelser for de to domme læses hvilke forvaltningsretlige regler der kan fraviges ved aftale.

Dommene kan læses således at det kun er de sagsbehandlingsregler som gælder i afgørelsessager, der kan fraviges. Det betyder at der efter Højesterets opfattelse ikke er pligt til at høre medarbejdere (forvaltningslovens krav om partshøring) eller til skriftligt at begrunde afskedigelsen og præsentere den ansatte der ønskes afskediget, for disse grunde.

Det kan imidlertid ikke ved læsning af dommens præmisser udelukkes at også andre blandt de forvaltningsretlige regler – sagsbehandlingsregler der ikke er begrænset til at gælde i afgørelsessager, lighedsgrundsætningen, forbudet mod magtfordrejning, proportionalitetsgrundsætningen, regler om aktindsigt, retten til aktindsigt efter offentlighedsloven – kan fraviges.

2. Ved retsudvalgets åbne møde den 2. december 2004 omtalte jeg – som svar på et spørgsmål fra et af udvalgets medlemmer anledning - de to domme.

Jeg oplyste at ombudsmanden i sin hidtidige praksis har anlagt en anden fortolkning.

Hidtil har jeg ment at den ansatte – uagtet at der måtte være indgået en frivillig aftale mellem en afskediget medarbejder og den pågældendes offentlige arbejdsgiver – ikke vil kunne fravælge retten til bl.a. at blive hørt og modtage en begrundelse om hvorfor den pågældende skulle afskediges.

Jeg har i sager om offentligt ansattes afskedigelser anlagt en retssikkerhedsmæssig fortolkning af retsgrundlaget for ansættelse og lagt vægt på at forvaltningsloven – der netop skal beskytte blandt andet offentligt ansatte mod usaglige afgørelser – i denne henseende har en ufravigelig karakter.

Højesteret har nu lagt vægt på andre hensyn, hvilket dermed er gældende ret.

Principielt er dette uproblematisk for retsanvendelsen, herunder også for ombudsmandens retsanvendelse. Men en nærmere gennemgang af dommenes præmisser viser at der er opstået en række usikkerhedsmomenter som skaber problemer for den fremtidige retsanvendelse.

3. I Retsudvalgets spørgsmål omtales udtrykkeligt forvaltningslovens afgørelsesbegreb. – Højesterets domme tilfører imidlertid ikke noget nyt i henseende til selve forståelsen af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

I den retsvidenskabelige litteratur er der på visse punkter forskellige opfattelser af hvorledes dette begreb nærmere skal forstås. Men der er fuld enighed om at forvaltningens aftaler ikke er afgørelser. Så når Højesteret i sag 31/2003 udtaler at en ”aftale om fratræden ikke er omfattet af [forvaltnings]lovens afgørelsesbegreb” (og tilsvarende i sag 436/2002), er der i henseende til selve afgørelsesbegrebet intet nyt heri. Det nye ligger i at der overhovedet kan indgås gyldige aftaler af denne art med den virkning at den tidligere offentligretlige beslutning eller afgørelse mister sin offentligretlige karakter og overgår til at blive et privatretligt anliggende mellem forvaltningen og den pågældende borger, her den afskedigede medarbejder.

4. Højesteret har gennem de seneste 10–15 år truffet mange afgørelser om forvaltningsrettens betydning for offentlige personalesager. Gennemgående har Højesteret fulgt den linje at forvaltnings-

retten gælder fuldt og helt i disse sager. Højesterets to nye afgørelser synes således afgørende at afvige fra hvad Højesteret hidtil har ment.

Højesteret har således tidligere fastslået at beslutninger om uansøgt afskedigelse, forlængelse af prøvetid og bortvisning er omfattet af forvaltningsloven, jf. U (Ugeskrift for Retsvæsen) 1996.1462H, U 1998.685H, U 2000.1357H, U 2000.2053H og U 2001.423H.

Højesteret har desuden lagt til grund at offentligt ansatte er omfattet af den beskyttelse de offentlig-retlige grundsætninger giver. I U 1981.990H, U 1989.48H, U 1997.728H og U 1997.1055H lagdes det til grund at forbudet mod procedurefordrejning (anvendelse af en anden fremgangsmåde end den der er påbudt som følge af sagens indhold) gælder i sager om afskedigelse af tjenestemænd og ansatte på tjenestemandslignende vilkår. I U 1999.1337H statueredes det at der i forbindelse med afskedigelse på grund af uegnethed eller samarbejdsvanskeligheder gælder en udvidet pligt til partshøring som støttes på en almindelig grundsætning.

I U 2002.1269H antoges det at der ikke er fri adgang for offentlige arbejdsgivere til at træffe afgørelse om at afskedige offentligt ansatte på grund af samarbejdsvanskeligheder – den almindelige grundsætning om saglig forvaltning gælder, og afskedigelsen kan således kun finde sted når der foreligger det fornødne saglige grundlag herfor. Det er i flere domme fastslået at offentligt ansattes tilhørsforhold til en fagforening eller mangel på samme ikke lovligt kan inddrages som kriterium i en afskedigelsesafgørelse, jf. U 1976.626H, U 1989.249H, U 1992.469H og U 1998.97H. Det forvaltningsretlige princip om skøn under regel skal ifølge Højesteret respekteres i forbindelse med afskedigelser, jf. U 1995.177H. Det samme gælder proportionalitetsprincippet, jf. U 1964.714H og U 2004.845H.

I U 1997.1508H tog Højesteret indgående stilling til forholdet mellem lokallønsaftaler og almindelige forvaltningsretlige regler. I dommen blev det bl.a. fastslået at den almindelige lighedsgrundsætning gælder ved fordeling af lokalløn. I U 2000.321H fandt Højesteret at forvaltningsretlige principper gjaldt i forbindelse med Amtsrådsforeningens beslutning om at afvise at forhandle kollektiv overenskomst med en faglig organisation.

Højesteret har endvidere lagt til grund at tilsidesættelse af forvaltningsretlige regler medfører at afgørelserne bliver ugyldige, jf. U 1989.451H, U 1996.880H og U 1991.973H.

I bl.a. U 1996.1462H og U 1999.1337H er ugyldighed blevet udmøntet til økonomisk kompensation – en blanding af erstatning og godtgørelse til den ansatte for at være blevet udsat for en ugyldig

afskedigelse. På dette punkt har Højesteret således foretaget en videreudvikling eller særlig tilpasning af den forvaltningsretlige ugyldighedslære til personaleområdet.

I flere nyligt afsagte arbejdsretsdomme og voldgiftskendelser med deltagelse af blandt andre højesteretsdommere er det ligeledes blevet antaget at forvaltningsretlige regler gælder i sager om offentlige arbejdsgiveres opsigelser af medarbejdere jf. arbejdsretsdom af 9. august 2000 (ARD 1999.623), opmandkendelse af 24. oktober 2002 mellem HK/Danmark og Finansministeriet samt kendelse i faglig voldgiftsag afsagt 8. december 2004 mellem HK/STAT og Finansministeriet.

Set i lyset af den klare forvaltningsretlige linje Højesteret – og højesteretsdommere i adskillige arbejdsretlige afgørelser - hidtil har fulgt i sager om ansættelse i det offentlige, må de to nye domme om fratrædelsesaftaler opfattes som et kursskifte.

Af denne grund bliver det yderligere vanskeligt at forudse de retlige følger dommene må forventes at få.

5. Bl.a. på grundlag af den ovenfor omtalte højesteretspraksis har det hos ombudsmanden været antaget at de forvaltningsretlige retssikkerhedsgarantier, herunder forvaltningslovens bestemmelser, ikke uden særlig hjemmel kan fraviges ved aftale mellem forvaltningen og en offentligt ansat. Højesteret har imidlertid nu tilkendegivet at disse (delvis lovfæstede) retssikkerhedsgarantier ikke under alle omstændigheder er ufravigelige, men kun er det "som udgangspunkt". Højesteret åbner således for muligheden af at reglerne undtagelsesvis kan fraviges ved aftale; men dommene kommer ikke nærmere ind på hvornår sådanne fravigelser kan ske, bortset fra i sager som de aktuelle om aftalte afskedigelser.

Dommene indeholder ingen omtale eller stillingtagen til f.eks. tjenestemandenslovens § 45, stk. 3, hvorefter aftaler efter stk. 1 og 2 (og den tilsvarende bestemmelse i tjenestemandensregulativets § 32) ikke kan indgås om forhold der bestemmes ved lov eller i henhold til lov; ved bestemmelsen er det således fastsat at tjenestemandenslovgivningen ikke kan fraviges ved kollektive aftaler.

Ej heller ses der nogen henvisning eller stillingtagen til tjenestemandenslovens § 24 eller den tilsvarende bestemmelse i tjenestemandensregulativets § 22 hvori det bl.a. fastslås at disciplinær straf i form af forflyttelse, degradering eller afsked aldrig kan finde sted uden afholdt tjenstligt forhør (eller dom); selv ikke en tilståelse fra tjenestemandens side kan efter bestemmelsens ordlyd ændre ved dette og, er man hidtil gået ud fra, endnu mindre en aftale.

Dette skal sammenholdes med at i den ene af de nu afsagte domme bemyndigede den ansatte sin faglige organisation til at finde en ordning ”hvorefter han hverken skulle tilbage i arbejde eller gennem tjenstligt forhør”. Højesteret lagde til grund at fratrædelsesaftalen blev indgået inden for denne bemyndigelse, og at den var bindende for den pågældende tjenestemand.

En række andre udsagn om de forvaltningsretlige retssikkerhedsgarantiens ufravigelighed er heller ikke berørt i dommene. Men de anførte eksempler er formentlig tilstrækkeligt til at vise at Højesterets manglende oplysning om hvilke retlige forhold der har været overvejet, hvilke modstående argumenter der har været inddraget, eller hvilken vægt de forskellige fortolkningsdata har været tillagt, efterlader en betydelig usikkerhed i henseende til hvor vidtgående den af Højesteret anerkendte aftalefrihed er.

6. Højesteret har endvidere henvist til at der i en lang årrække har været praksis for indgåelse af fratrædelsesaftaler i offentlige ansættelsesforhold, herunder på tjenstemandsområdet.

En langvarig og fast praksis tillægges traditionelt betydning som retskilde i forvaltningsretten. For at praksis kan tillægges en selvstændigt normerende virkning, forudsættes det normalt at praksis ikke er i modstrid med regler med højere retlig status, f.eks. formel lov eller almindelige retsgrundsetninger, samt at den normerende praksis har været fulgt fast og længe.

Indholdet og udbredelsen af den af Højesteret omtalte praksis om anvendelse af fratrædelsesaftaler er ikke nærmere belyst i dommene. F.eks. fremgår det ikke om Højesteret har forholdt sig til at det i Finansministeriets Personaleadministrative Vejledning (2004) er anført at i ”alle afskedssager ... skal reglerne i forvaltningsloven anvendes” (kap. 36, side 1)..

7. Et bærende element i Højesterets begrundelse i sag 31/2003 er at fratrædelsesaftaler ”opfylder et praktisk behov for en forligsmæssig afslutning i begge parter interesse”.

Der er ikke i dommene oplysninger om hvori det praktiske behov for at parterne kan aftale sig til en forligsmæssig afslutning på sagerne, nærmere består. Anvendelsen af ordet ”forligsmæssig” kan give et fingerpeg om at synspunktet måske bygger på domstolenes egne erfaringer med retsforlig. Det er tænkeligt at Højesteret har anset det for en notorisk kendsgerning, som ikke kræver nærmere forklaring eller belysning, at en aftale kan spare begge parter for besværet med at føre proces, ube-

haget ved at stille skærmydsler offentligt til skue og den psykiske belastning ved at være impliceret i en retlig konflikt gennem længere tid.

Dommenes begrundelser sammenholdt med selve indholdet af synspunktet, gør det vanskeligt på dette grundlag at udlede noget om de nærmere grænser for dommenes rækkevidde.

8. De væsentligste blandt de spørgsmål som rejser sig efter Højesterets domme, er følgende:

- Finder visse offentligretlige regler fortsat anvendelse ved indgåelse af fratrædelsesaftaler, og i givet fald hvilke?

- Hvilke rettigheder kan den ansatte bindende give afkald på? – af dommen i sag 436/2002 kan det udledes at en tjenestemand ved aftale kan opgive den beskyttelse der ligger i tjenestemandregulativets og (formentlig også tjenestemandslovens) regler om disciplinærfølgning, samt bindende frskrive sig retten til tjenestemandspension.

- I tilslutning hertil rejser der sig også spørgsmål om hvorvidt den ansatte ved aftale bindende kan give afkald på at udnytte klagemuligheder til f.eks. administrative kontrolinstanser eller Folketingets Ombudsmand.

- På hvilket tidspunkt kan en aftale, som fritager forvaltningen for at overholde forvaltningsretlige regler, indgås? – Højesterets henvisning til imødekommelse af "et praktisk behov" kan skabe tvivl om hvorvidt aftaler kan indgås allerede forud for eventuelle beslutninger om afskedigelse, herunder også i påtænkte beslutninger om masseafskedigelser.

- Består der almindelige hjemmelsmæssige grænser for hvilket beløb en ansat kan tilbydes for at gå med til en forligsmæssig løsning? – I dommen i sag 436/2002 fik den ansatte 2½ års løn i fratrædelsesbeløb, hvilket af en repræsentant i Kommunernes Landsforening under sagen blev betegnet som "uhjemlet".

- Kan Højesterets praksisændring rumme muligheden for eventuelle senere afgørelser der accepterer forvaltningens brug af bindende forligsmæssige aftaler også på andre områder end det personaleretlige?

9. De anførte spørgsmål, og en række andre, er som anført en følge af at Højesteret har begrundet sit praksisskifte med nogle generelt formulerede udsagn der ikke ledsages af nærmere uddybning eller

præcisering til forståelse af rækkevidden af Højesterets retsopfattelse vedrørende forholdet mellem offentligretlige regler og forvaltningens brug af aftaler.

At spørgsmålene vil opstå i praksis, forekommer utvivlsomt. Erfaringen viser at nogle blandt de offentlige arbejdsgivere og myndigheder vil være tilbøjelige til at anlægge den videst mulige fortolkning af dommene, og dermed også af prognosen for Højesterets stilling i eventuelle fremtidige sager om brug af aftaler til afhjælpning, eller forebyggelse, af forvaltningens ansvar for overtrædelse af offentligretlige regler.

Muligvis har det ikke været Højesterets hensigt at give plads for en meget vidstrakt brug af aftaler. Men omvendt kan det heller ikke udelukkes at de to foreliggende domme er udtryk for en (begyndende) retlig nyorientering vedrørende et yderst centralt spørgsmål inden for den offentlige ret.


Som dommene er formuleret, er det for mig at se meget vanskeligt at afgøre om det er den ene eller den anden mulighed – eller en blandt flere mulige mellemformer – der skal lægges til grund i den kommende retsanvendelse.

Sammenfatning:

1. De to Højesteretsdomme fastslår at bindende fratrædelsesaftaler i offentlige ansættelsesforhold gyldigt kan indgås, også med virkning for forudgående ensidige afskedigelsesbeslutninger således at myndighederne fritages for ansvar for de mulige fejl og mangler der måtte være sket i forbindelse med sådanne beslutninger.
2. Højesteret har ikke begrundet dommene alene i de rent konkrete forhold vedrørende de to sager, men har valgt at give sine begrundelser et generelt præg, og dermed videregående, indhold.
3. Begrundelsernes knaphed og indhold – sammenholdt med at dommene så vidt ses er udtryk for et mere generelt kursskifte i forhold til tidligere praksis i Højesteret – efterlader betydelig usikkerhed om dommenes rækkevidde; eller sagt med andre ord: en betydelig usikkerhed om hvorledes Højesteret vil afgøre eventuelle fremtidige sager hvor spørgsmålet om aftalefrihed i forhold til forvaltningsrettens regler opstår.
4. Denne tilstand af retlig usikkerhed kan bringes til afklaring ved at domstolene – og i sidste instans Højesteret – træffer nye afgørelser der kan uddybe og præcisere retstilstanden. En anden mulighed består i lovgivning.

5. Ombudsmandens behandling af sager på et rent skriftligt grundlag, sammenholdt med at forvaltningen i betydeligt mindre omfang har pligt til at dokumentere grundlaget for en afskedigelse, betyder at ombudsmandens muligheder for at efterprøve sagligheden af de hensyn som har begrundet afskedigelsen, er blevet meget begrænsede. Hvis et forlig mellem myndigheden og den afskedigede medarbejder gør op med "enhver indsigelse" vil ombudsmanden formentlig i det hele være afskåret fra at prøve sagligheden. Hertil kommer som en yderligere konsekvens af de to domme fra Højesteret at det nu ikke længere er en opgave for ombudsmanden at påse at forvaltningslovens krav til sagsbehandlingen er overholdt i disse sager om forligsmæssig afskedigelse.

Den 21. december 2004



Hans Gammeltoft-Hansen