

KØBENHAVNS UNIVERSITET
DET JURIDISKE FAKULTET

Retsudvalget
REU alm. del - Bilag 19
Offentligt

Retsudvalget
Folketinget
Christiansborg
1240 København K



Fratrædelsesaftaler i det offentlige

23. FEBRUAR 2005

Af Folketingets hjemmeside fremgår det, at retsudvalget interesserer sig for de domme om forligsmæssig fratræden i det offentlige, som Højesteret afsagde i november 2004.

FORSKNINGSAFDELING II

Til udvalgets orientering vedlægges en kopi af min artikel i Advokaten 2/2005 om de to højsteretsdomme, som måske kan have udvalgets interesse.

STUDIEGÅRDEN
STUDIESTRÆDE 6
1455 KØBENHAVN K

I artiklen foretager jeg også en kritisk gennemgang af den usædvanlige redegørelse, som Folketingets ombudsmand har udarbejdet efter anmodning fra retsudvalget om dommene og deres retssikkerhedsmæssige konsekvenser (Alm. del - bilag 237).

TLF 35 32 32 22
DIR 35 32 31 75
FAX 35 32 32 02

jens.kristiansen@jur.ku.dk
www.jur.ku.dk

REF: JK

Med venlig hilsen

Jens Kristiansen
Professor, dr. jur.

Note fra REU-sekr.:

Den nævnte redegørelse fra ombudsmanden er omdelt på REU, alm. del - bilag 237 (2004-05, 1. samling)



Aftaler om fratræden i det offentlige

Af professor, dr. jur. Jens Kristiansen



Ifølge to nye højesteretsdomme kan en offentlig ansættelse ophøre ved en aftale mellem parterne på samme måde som en privat ansættelse. Dermed underkender Højesteret en række udtalelser fra ombudsmanden, der efterfølgende har afgivet en kritisk redegørelse om dommene. Men der er ikke belæg for redegørelsens hovedsynspunkter.

Ansættelsesretlige love og overenskomster indeholder regler om både arbejdsgiverens og lønmodtagerens (ensidige) opsigelse af ansættelsesforholdet. Reglerne siger ikke noget om aftalt fratræden, men efter fast praksis kan parterne indgå en fratrædelsesaftale. Lønmodtageren kan som led heri give afkald på rettigheder, som ville gælde ved arbejdsgiverens ensidige opsigelse, jf. f.eks. U74/3H (aftale om fratræden straks mod løn for to måneder).

I de ansættelsesretlige love sondres som altovervejende hovedregel ikke

mellem private og offentlige ansættelser. På linje hermed er der en langvarig praksis på det kommunale arbejdsmarked for at aftale fratræden efter samme retningslinjer som på det private arbejdsmarked. Den kommunale forligspraksis er dog foregået inden for de rammer, der er opstillet af Kommunernes Lønningsnævn i medfør af den kommunale styrelseslovs § 67.

I en række sager af nyere dato har Folketingets Ombudsmand kritiseret kommunale arbejdsgivers anvendelse af forligsmæssig fratræden. Ifølge ombudsmanden bemyndiger hverken tjenestemandsløven (tjenestemandsvedtægterne) eller de kollektive overenskomster offentlige myndigheder til at anvende aftale i stedet for forvaltningsakt. Afskedigelsen skal derfor foregå efter de sædvanlige regler, og den ansatte kan ikke gyldigt give afkald på f.eks. at blive partshørt, jf. navnlig FOB 1998/491 med en nærmere begrundelse for standpunktet.

De kritiske ombudsmandsudtalelser har ikke haft gennemslagskraft i praksis, men i enkelte tilfælde har en lønmodtager – som regel i kølvandet af en forudgående kritisk ombudsmandsudtalelse – anfægtet den aftalte ordning ved domstolene. Spørgsmålet har nu fundet en principiel afklaring ved to højesteretsdomme af 16. november 2004.

Nye domme fra Højesteret

I den ene sag (31/2003) havde kom-

munen partshørt en tjenestemandsansat chef om en påtænkt afskedigelse. På lønmodtagerens foranledning afholdtes møde mellem parterne og repræsentanter fra de faglige organisationer. Her blev parterne enige om en frivillig fratræden med fritstilling i opsigelsesperioden og en fratrædelsesgodtgørelse på tre måneders løn. De var tillige enige om, at "sagen betragtes som endeligt afsluttet".

Efter sin fratræden klagede den ansatte til ombudsmanden, som udtalte kritik af en række mangler ved sagsbehandlingen, herunder mangelfuld partshøring. Ombudsmanden henstillede til kommunen at genoptage sagen, herunder overveje at udbetale økonomisk kompensation til den fratrådte chef. Da kommunen ikke ville genoptage sagen, påstod den fratrådte chef kommunen dømt til at betale en kompensation på 300.000 kr. for de retlige mangler.

Kommunen blev frifundet af Østre Landsret, der lagde vægt på, at både lønmodtageren og hans faglige organisation var bekendt med de forhold, som gav ombudsmanden anledning til kritik. Ved forliget gav han afkald på at påberåbe sig disse mangler, og dette afkald var "under de givne omstændigheder" gyldigt. Lønmodtageren appellerede dommen til Højesteret, hvor sagen blev behandlet af 11 dommere (der var prøvevotering). Dommerne stadfæstede i enighed landsrettens dom, men med væsentlig mere generelt affattede præmisses.

Højesteret lagde vægt på, at der



hverken i de forvaltnings- eller ansættelsesretlige regler er grundlag for at indfortolke et forbud mod forligsmæssig aftalt fratræden. Der er ydermere en langvarig praksis for anvendelse af fratrædelsesaftaler, som tillige tjener et praktisk behov og er i begge parter interesse.

Efter forvaltningslovens ordlyd og forarbejder er en aftale om fratræden ikke omfattet af afgørelsesbegrebet og dermed af lovens regler om bl.a. partshøring og begrundelse. At forvaltningsprocessuelle forskrifter som udgangspunkt er ufravigelige udelukker ikke en forligsmæssig fratrædelsesordning, der samtidig gør op med en eventuel tilsidesættelse af sagsbehandlingsregler i det forudgående forløb. Aftalen kunne derfor ikke anfægtes på grund af de tilsidesatte sagsbehandlingsregler.

Aftalen, som var indgået med bistand fra den faglige organisation, måtte anses som indgået til fuld og endelig afgørelse. Kommunen havde optrådt som en loyal aftalepart, og der var heller ikke ud fra almindelige aftaleretlige regler grundlag for at tilsidesætte afkaldet på at rejse yderligere krav. Kommunen blev derfor frifundet.

I den anden sag (436/2002) havde en tjenstemandsansat (efter klager fra andre ansatte) anmodet sin organisation om at finde en ordning med kommunen, hvorefter han hverken skulle tilbage i arbejde eller gennem et tjenstligt forløb. I forlængelse heraf blev der indgået en fratrædelsesaftale med fritstilling og en kompensation svarende til 2 1/2 års løn med opsat pension (men ikke aktuel pension). Sagen, der blev behandlet ved Højesteret, vedrørte et erstatningskrav over for organisationen. Højesteret udtalte, at aftalen var bindende, og at

der ikke var grundlag for at pålægge organisationen erstatningsansvar.

Med dommene er det klart fastslået, at parterne i en offentlig ansættelse gyldigt kan benytte frivillig fratræden frem for afskedigelse, og at lønmodtageren kan give afkald på at rejse yderligere krav i forbindelse hermed. Højesteret godkender den langvarige forligspraksis på det kommunale arbejdsmarked og underkender dermed ombudsmandens fortolkning af retsgrundlaget. Dommene har betydning for alle offentlige ansættelser, men på statens område har Finansministeriet selv en ganske restriktiv holdning til forligsmæssig fratræden.

Ombudsmandens redegørelse til Retsudvalget

Folketingets retsudvalg bad den 1. december 2004 ombudsmanden om at redegøre for, "hvilken betydning Højesterets domme (...) vil få for offentligt ansattes retssikkerhed i fremtiden." Baggrunden for spørgsmålet fremgår desværre ikke af henvendelsen til ombudsmanden.

Ombudsmanden indtager en uafhængig stilling i forhold til Folketinget i medfør af ombudsmandslovens § 10. Bestemmelsen "antages ikke at være til hinder for, at Folketingets retsudvalg stiller spørgsmål vedrørende ombudsmandsloven eller ombudsmandens praksis," jf. Jon Andersen m.fl., Ombudsmandsloven, 1999, s. 48.

Retsudvalget har i enkelte tilfælde stillet spørgsmål om ombudsmandens virke og praksis. En gennemgang af retsudvalgets bilag på Folketingets hjemmeside tyder derimod ikke på, at ombudsmanden har været bedt om at vurdere almene spørgsmål

(Alm. del 1997-2004). På den baggrund er det bemærkelsesværdigt, at der nu stilles spørgsmål om de retssikkerhedsmæssige konsekvenser af højesteretsdomme – afsagt af 11 dommere i enighed – som har underkendt ombudsmandens egen retsopfattelse i sagerne. Den sædvanlige fremgangsmåde er at anmode Justitsministeriet som ressortmyndighed om en sådan vurdering.





Efter ombudsmandslovens § 7 er ombudsmanden afskåret fra at beskæftige sig med domstolene og efter § 12 kan der på linje hermed alene peges på mangler ved love og administrative forskrifter. Ombudsmandens redegørelse af 21. december 2004 indeholder imidlertid ikke indledende overvejelser om, hvilken ramme §§ 7 og 12 sætter for vurderingen af Højesterets domme. Rede-

gørelsen retter sig direkte mod dommene (modsat f.eks. forvaltningsloven) i en meget konfronterende stil og tone, f.eks. indledes den med følgende bombastiske udmelding: "De to domme fra Højesteret svækker offentligt ansattes retsstilling."

Redegørelsen siger desværre heller ikke noget om det retskildemæssige grundlag, den foretager sine vurderinger på. Det anføres blot, at ombudsmandens udtalelser er båret af "en retssikkerhedsmæssig fortolkning af retsgrundlaget", mens Højesteret har "lagt vægt på andre hensyn, som dermed er gældende ret." At Højesteret kommer til det modsatte resultat af ombudsmanden har imidlertid ikke at gøre med en nedtoning af de retssikkerhedsmæssige aspekter. Højesteret har foretaget en traditionel fortolkning af retsgrundlaget på baggrund af sædvanlige fortolkningsprincipper og har fuldt ud været opmærksom på de ansattes retssikkerhed. Men Højesteret har – modsat ombudsmanden – behandlet forligsmæssige fratrædelsesaftaler ud fra det samlede retsgrundlag og ikke blot det forvaltningsretlige.

Har Højesteret foretaget et praksisskifte?

Et af de grundlæggende synspunkter i ombudsmandens redegørelse er, at Højesteret (overraskende) har foretaget et "kursskifte" og en "praksisændring." Dommene afviger således fra "den klare forvaltningsretlige linje", som Højesteret hidtil har fulgt i offentlige personalesager.

Højesteret har i de senere år afgjort en række personalesager under hensyntagen til forvaltningsretlige regler. Men der er ikke tale om, at Højesteret med de to nye domme har

foretaget et praksisskifte i forhold til tidligere afsagte domme. De mange domme om afskedigelser, som redegørelsen henviser til, vedrører myndighedernes ensidige opsigelse af ansatte (afgørelser). De to nye domme vedrører derimod forligsmæssig fratræden (aftaler), som Højesteret ikke tidligere har haft lejlighed til at tage stilling til på det offentlige område.

Det er heller ikke rammende at karakterisere Højesterets praksis som udtryk for en "klar" forvaltningsretlig linje. De senere års praksis afspejler tværtimod, at offentlige ansættelser er funderet i både arbejdsretlige og forvaltningsretlige principper.

Den arbejdsretlige lovgivning bygger på det grundsynspunkt, at private og offentlige arbejdsgivere i videst muligt omfang skal sidestilles. Ud fra en arbejdsretlig synsvinkel er der ikke tvivl om, at offentlige parter kan indgå fratrædelsesaftaler på linje med private parter.

Spørgsmålet er herefter alene, om der er særlige forvaltningsretlige holdpunkter for, at offentlige arbejdsgivere alligevel ikke gyldigt kan indgå fratrædelsesaftaler. En fratrædelsesaftale kræver ikke lovmæssig hjemmel, da personaleadministration hører til den del af forvaltningens opgavevaretagelse, hvor aftaler er det sædvanlige virkegrundlag, jf. Bent Christensen, Forvaltningsret, 1997, s. 32 og 264. Hverken ordlyden af eller forarbejderne til tjenestemand- og forvaltningsloven udelukker forligsmæssig fratræden. At lovene er ufravigelige er heller ikke afgørende, da det er velkendt fra hele det formueretlige lovområde, at ufravigelige lovregler forhindrer et forudgående rettighedsafkald, men ikke et efterfølgende afkald ved et konkret forlig.

Ud fra en traditionel retskildeme-

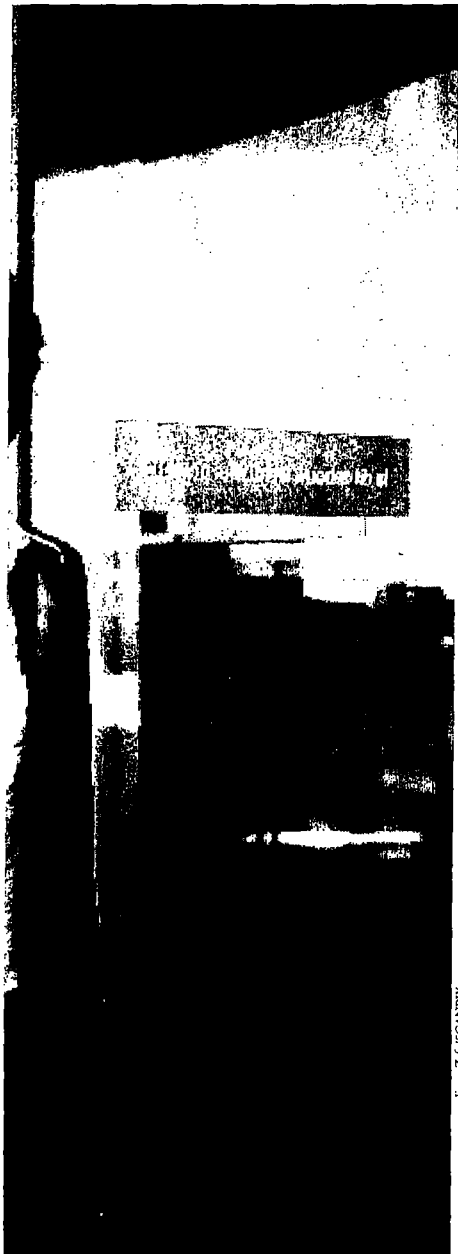


Foto: Z&F/SCANPIX



tode – og den allerede foreliggende retspraksis – var det således nærliggende, at Højesteret måtte nå til det resultat, at forligsmæssige fratrædelsesaftaler også er gyldige på det offentlige område.

Er der opstået usikkerhed om retstilstanden?

Ifølge redegørelsen er der med de to domme "opstået en række usikkerhedsmomenter som skaber problemer for den fremtidige retsanven-

der tillige tjener et praktisk behov og er i begge parter interesse. Hertil kan føjes, at ansættelsen hviler på en aftale, som kan opsiges ensidigt af begge parter, og at det derfor forekommer naturligt, at de to parter også sammen kan aftale en fratræden.

Redegørelsen nævner som eksempler på den opståede usikkerhed, at dommene ikke forholder sig til tjenestemandslovens §§ 24 og 45. Dommene giver imidlertid ikke anledning til usikkerhed om rækkevidden af de to bestemmelser.



delse." Problemet er især, at dommene efterlader "en betydelig usikkerhed i henseende til, hvor vidtgående den af Højesteret anerkendte aftalefrihed er." Ifølge redegørelsen kan det ikke udelukkes, at dommene er udtryk for en "retlig nyorientering vedrørende et yderst centralt spørgsmål inden for den offentlige ret."

En sådan udvikling kan man i sagens natur aldrig udelukke, men den finder ikke støtte i dommenes præmisser. Det fremgår ganske klart heraf, at Højesteret alene har taget stilling til anvendelsen af aftaleformen ved fratræden, og at der herved er lagt vægt på den langvarige forligspraksis,

Højesteret havde ikke anledning til at forholde sig til § 24, da spørgsmålet om tjenstligt forhør (i den ene af sagerne) slet ikke blev aktuelt på grund af fratrædelsesaftalen. Dommene sætter imidlertid ikke spørgsmålstegn ved, at sanktioner som følge af pligtforsømmelse stadig kræver et forudgående tjenstligt forhør.

Højesteret havde heller ikke anledning til at forholde sig til § 45, stk. 3, som afskærer kollektive aftaler i strid med lovens regler. Bestemmelsen vedrører alene generelle aftaler om løn- og arbejdsvilkår og har derfor ikke betydning for det efterfølgende rettighedsafkald, som dom-

mene tager stilling til gyldigheden af. Så situationen er fortsat den, at parterne i en kollektiv aftale ikke kan fravige f.eks. tjenstemandslovens eller forvaltningslovens regler.

Er offentligt ansattes retssikkerhed svækket?

Hovedbudskabet i redegørelsen er, at de "to domme svækker offentligt ansattes retsstilling." En offentligt ansat vil nu "kunne afskediges på et spinkelt grundlag," "uden at den pågældende fortællers hvorfor" og med "øget risiko for", at afskedigelsen "kan være præget af en myndigheds usaglige interesser." Hertil kommer, at "ombudsmanden – og andre instanser – får vanskeligt ved at efterprøve om såkaldt aftalte afskedigelser er saglige og lovlige."

En nøgtern og afbalanceret vurdering af dommenes retssikkerhedsmæssige konsekvenser må indledningsvis tage udgangspunkt i, at offentligt ansatte – som også udtrykkeligt fremhævet af Højesteret – selv kan have en betydelig interesse i at afvikle en ansættelse forligsmæssigt. En hurtig fratræden kan i mange tilfælde være mere skånsom end en tur gennem et tjenstemandsforhør med eventuel efterfølgende retssag. Den ansatte skal selv samtykke i en fratrædelsesaftale og kan derfor også frit beslutte at henvise arbejdsgiveren til at gå frem efter reglerne om afskedigelse. Ved forhandlingerne er arbejdsgiveren derfor nødt til at give en saglig og fyldestgørende begrundelse for ønsket om en fratræden.

Som altovervejende regel vil den ansatte have en organisation i ryggen, som kan rådgive om både retsgrundlaget og fordele og ulemper ved at tiltræde et forlig. Organisationen vil ty-



pisk enten selv deltage i eller stille en advokat til rådighed for medlemmets forhandlinger med arbejdsgiveren. Der er således tale om en ganske ligeværdig forhandlingsposition mellem parterne, hvilket også forudsættes i Højesterets præmisser.

En offentligt ansat har de samme formueretlige retssikkerhedsgarantier som en privat ansat, hvis der er indgået en aftale, som vedkommende efterfølgende fortryder. De forvaltningsprocessuelle retssikkerhedsgarantier for afgørelser er således erstattet af de formueretlige retssikkerhedsgarantier for aftaler. Det er ganske bemærkelsesværdigt, at redegørelsen slet ikke berører dette skifte af retsgrundlag, da det er af fundamen-

tal betydning for den retssikkerhedsmæssige vurdering af dommene, som retsudvalget anmoder om at få.

Som forudsat af Højesteret vil en fratrædelsesaftale kunne være ugyldig efter aftaleretlige regler. Der kan f.eks. være tale om, at lønmodtageren har været udsat for en utilbørlig pression ved aftaleindgåelsen eller aftalens indhold har vidtrækkende konsekvenser, som vedkommende ikke burde kunne overskue ved indgåelsen.

Højesteret betoner herved, at den offentlige arbejdsgiver skal optræde som loyal aftalepart, hvilket indebærer, at formuerettens almindelige princip om loyal oplysningspligt gælder under forhandlingerne. Myndig-

heden skal således ikke blot besvare alle spørgsmål fra lønmodtageren korrekt, men også af egen drift oplyse om forhold af væsentlig betydning for dennes beslutningsgrundlag.

Ifølge redegørelsen kan det ikke udelukkes, "at antallet af aftalte afskedigelser vil stige i kølvandet på Højesterets domme." Der er i givet fald ingen grund til at frygte en sådan udvikling. Forligsmæssig fratræden er i parternes fælles interesse, retssikkerhedsmæssigt fuldt betryggende og kan aflaste både domstolene og ombudsmanden for et unødigt stort antal ressourcekrævende sager om afskedigelse.

Bog og rapport om kerneværdier

Der har været skrevet meget i dette blad om kerneværdiprojektet – sidst at det er vedtaget og nu sættes i gang.

Dermed nærmer tidspunktet sig også med stor hast, hvor medlemmerne vil se det første synlige resultat.

At synliggøre en hel professions kerneværdier og at nedbryde de barrierer, der er mellem advokaten og markedet, er en stor opgave. Den er kun mulig, hvis advokaternes adfærd stemmer overens med de budskaber og værdier, der kommunikerer til markedet.

Når en privat virksomhed som f.eks. PFA beslutter sig for et værdigrundlag, der "bygger på forståelse", har ledelsen mulighed for at sikre, at hele organisationen lever op til det, der signaleres. Man kan arbejde med telefonbetjening, med forståeligheden af den skriftlige kommunikation

osv. og sikre overensstemmelse mellem adfærd og udsagn.

Den mulighed har vi ikke i advokatbranchen. Når en hel branche bestående af individualister skal kommunikere med omverdenen, må forslaget – overensstemmelsen mellem budskab og adfærd – sikres gennem dialog og gode argumenter, som overbeviser hver enkelt advokat og hver enkelt advokatvirksomhed om fornuften i at følge trop.

Derfor vil der i marts måned på alle advokaters bord havne en "holdningsbog", hvori vi kort men klart beskriver resultaterne af den omfattende research, som danner baggrund for kerneværdiprojektet, de værdier som skal drive værket og den adfærd (eller adfærdændring), der skal til i den enkelte advokatvirksomhed, hvis projektet skal lykkes.

"Holdningsbogen" vil blive under-

støttet af en mere omfattende rapport, som i detaljer beskriver resultaterne af den research, der danner grundlag for projektet. Denne rapport vil blive gjort tilgængelig for alle på nettet.

Advokatrådet håber, at "holdningsbogen" vil blive læst, overvejet og omsat i handling – og at de kolleger i advokatvirksomhederne, som har ansvaret for markedsføring også vil bruge tid på at studere rapporten.

Det næste, medlemmerne vil opleve, er en løbende intern kampagne i Advokaten, som skal sikre medlemmernes opmærksomhed om egne adfærdsmønstre.

Sidst – men ikke mindst – starter den eksterne kampagne i maj måned. Denne del af projektet vil jeg omtale ved en senere lejlighed. *I/HRO*