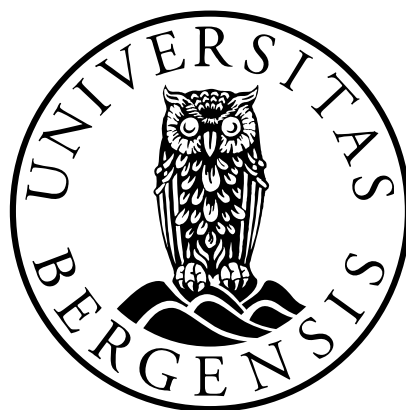


Domstolenes overprøvelseskompetanse i statlige avskjeds- og oppsigelsestvister

Foreligger det et ulovfestet rimelighets- og forholdsmessighetskrav som kan innfortolkes i de materielle vilkårene for avskjed og oppsigelse, og kan domstolene foreta en selvstendig rimelighetsprøvelse av vedtaket?

Kandidatnummer: 160

Antall ord: 14 961



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 01.06.2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Tema og aktualitet.....	4
1.2	Problemstilling.....	4
1.2.1	Bakgrunnen for oppgavens problemstillinger.....	4
1.2.2	Oppgavens problemstillinger.....	5
1.3	Begrepsavklaringer.....	5
1.4	Rettskilder og metode.....	6
1.5	Fremstillingen videre.....	7
2	Bakgrunn, overordnede hensyn og lovendringer.....	9
2.1	Bakgrunnen for statsansatteloven.....	9
2.2	Overordnede hensyn og begrunnelse for lovendringen.....	10
2.3	Kort presentasjon av lovens vilkår og endringer.....	11
2.3.1	Oppsigelse grunnet virksomhetens forhold.....	11
2.3.1.1	Saklighetskravet.....	12
2.3.1.2	Utvikling av saklighetskravets materielle innhold.....	13
2.3.1.3	Interesseavveiningen.....	13
2.3.2	Oppsigelse grunnet den statsansattes forhold.....	13
2.3.2.1	Ikke noe saklighetskrav.....	14
2.3.3	Avskjed.....	14
3	Saksbehandlingsregler og domstolsprøvelse.....	15
3.1	Saksbehandlingskrav.....	15
3.1.1	Enkeltvedtak.....	16
3.1.2	Særlige saksbehandlingsregler etter statsansatteloven.....	16
3.1.3	Klageinstansens overprøving.....	16
3.2	Rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn.....	17
3.2.1	Rettsanvendelsesskjønn.....	17
3.2.2	Fritt skjønn.....	17
3.3	Rettsvirkningene av urettmessig avskjed/oppsigelse.....	17
4	Kan det innfortolkes et ulovfestet rimelighets- og forholdsmessighetskrav?.....	19
4.1	Innholdet i rimelighets- og forholdsmessighetskravet.....	19
4.2	Utviklingen av normen i rettspraksis.....	19

4.2.1	Avklaringen kom på 1980-tallet	20
4.3	Oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold.....	21
4.3.1	Saklighetskrav og interesseavveining etter arbeidsmiljøloven	21
4.3.2	Er det en tilsvarende ulovfestet rimelighetsnorm etter statsansatteloven?	23
4.4	Oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold.....	24
4.4.1	Interesseavveining etter arbeidsmiljøloven.....	24
4.4.2	Foreligger det også en rimelighetsnorm etter statsansatteloven?	25
4.5	Avskjed	26
4.5.1	Rimelighetskrav etter arbeidsmiljøloven	27
4.5.2	Tilsvarende rimelighetskrav etter statsansatteloven?.....	27
4.5.2.1	Likevel en rimelighetsvurdering i HR-2017-2479-A?.....	28
4.5.2.2	Hva med de øvrige avskjedsvilkårene?.....	29
4.6	Oppsummert om rettstilstanden i rettspraksis.....	29
4.7	Hva sier forarbeidene om rimelighetsvurderingen?.....	30
5	Hvor langt rekker domstolenes prøvelsesrett, og hvilke problemer kan oppstå ved en begrensning av den?	32
5.1	Rollen overfor forvaltningen.....	32
5.2	Positiv og negativ idealtipe	32
5.3	Uenighet i teorien om domstolsprøvelse.....	34
5.3.1	Gjeldende rett tilsier at utgangspunktet er prøvelsesrett.....	36
5.4	Problemer med en forvaltningsrettslig tilnærming	37
5.4.1	Rettspraksis etter myndighetsmisbrukslæren.....	37
5.4.1.1	Sterkt urimelig eller uforholdsmessig.....	38
5.4.1.2	Utenforliggende hensyn.....	39
5.4.1.3	Andre elementer.....	39
5.5	Rimelighetssensur i domstolene	41
5.6	Vanskelig grensedracting.....	41
6	Kritiske betraktninger om gjeldende rett.....	42
6.1	Omfanget av prøvelsesbegrensningen	42
6.2	Kritikk av HR-2017-2479-A og proposisjonen	42
6.2.1	Grunnlag for å skille mellom statlig og annen sektor?	43
6.2.1.1	Er statens særpreg en legitim begrunnelse?.....	43
6.2.2	Forholdet til kommuneansatte.....	45

6.2.3 Klageinstansens behandling.....	47
6.2.3.1 Blir feil rettet opp i samme grad som i domstolene?	47
7 Sammenligning.....	49
7.1 Svensk tjenestemannsrett.....	49
8 Avslutning.....	52
Litteraturliste	54

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Tema for avhandlingen er om det kan innfortolkes et rimelighets- og forholdsmessighetskrav i de materielle vilkårene for avskjed og oppsigelse i staten, samt hvorvidt domstolene har adgang til å foreta en rimelighetsprøvelse av slike vedtak.

I statsansatteloven¹ som kom i 2017, er det lagt opp til en utvidet adgang for statlige virksomheter til å være fleksible til blant annet å foreta omstillinger. Dette skyldes særlig at arbeidsmarkedet er preget av stadige svingninger i tilbud og etterspørsel, noe som medfører stor variasjon i behovet for arbeidskraft. Bedriftsøkonomiske hensyn har således fått en sterkere forankring i staten, og er noe av intensjonen bak lovendringen.

Lovendringene er kritisert og det er argumentert for at stillingsvernet til de ansatte i staten er blitt svekket i forhold til hva som gjaldt under tjenestemannsloven.² Siden temaet er omdiskutert, og særlig rettstilstanden rundt domstolenes overprøvelsesrett er uklar, er dette et viktig tema å belyse.

1.2 Problemstilling

1.2.1 Bakgrunnen for oppgavens problemstillinger

Det er et vilkår for lovlig oppsigelse at den er saklig. Vilkåret gir anvisning på en konkret avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser, der spørsmålet er om det er rimelig og naturlig at den ansatte sies opp. Terskelen for oppsigelse er høy og arbeidsgiver må kunne dokumentere gode grunner. Domstolene kan fullt ut prøve om vilkåret er oppfylt, og det foreligger et ulovfestet rimelighetskrav i rettspraksis. Ved arbeidsrettslige tvister foreligger det et skille mellom statlig og privat/kommunal sektor. Når det gjelder privat og kommunal

¹ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.

² Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

sektor, reguleres vilkårene for oppsigelse og avskjed av arbeidsmiljøloven³, hvor det foreligger en lovfestet rimelighetsvurdering/interesseavveining.

I statlig sektor har det inntil 1. juli 2017 vært tjenestemannsloven som gjelder.⁴ Den inneholdt egne materielle vilkår for oppsigelser mv. Det har vært tradisjon for et prinsipp om at statsansatte skal ha et stillingsvern som er like godt eller bedre enn andre ansatte. Dette er bl.a. lagt til grunn av tidligere stortingsflertall og regjeringer ved utarbeidelsen av tjenestemannsloven i 1977 og 1983. Videre forelå det ikke noen uttrykkelig begrensning i tjenestemannsloven når det gjelder domstolenes overprøvesrett.

For de ansatte i staten er det nå statsansatteloven som inneholder de materielle vilkårene. Forvaltningsloven⁵ supplerer den med saksbehandlingsregler, noe som er en videreføring fra tidligere. Den nye loven resulterte blant annet i at vedtaksorganet, og eventuelt klageorganet, skal foreta interesseavveiningen ved en oppsigelse. Domstolene kan ikke overprøve om en oppsigelse er en naturlig og rimelig reaksjon, med mindre det foreligger såkalt myndighetsmisbruk. Mellom de ulike sektorene kan det altså oppstå et skille mellom full domstoloverprøving versus en overprøving av «lovligheten» av vedtaket, jf. statsansatteloven § 34. Begrunnelsen for begrensningen i domstolenes prøvesrett, bygger på at en statsansatt har adgang til full overprøving i klageinstansen.

1.2.2 Oppgavens problemstillinger

Oppgavens hovedproblemstilling dreier seg om begrensningene i domstolenes overprøvingskompetanse i oppsigelses- og avskjedssaker i statlig sektor. I de lege lata- delen av oppgaven er den første underproblemstillingen om det foreligger eller kan innfortolkes et materielt rimelighets- og forholdsmessighetskrav til oppsigelse og avskjed etter statsansatteloven, og om dette kan overprøves av domstolene.⁶ Den andre underproblemstillingen dreier seg om det foreligger en generell adgang til domstolsprøvelse.⁷

1.3 Begrepsavklaringer

³ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern.

⁴ Statsansatteloven trådte i kraft 1. juli 2017.

⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

⁶ Se avhandlingens punkt 4.3 flg.

⁷ Se avhandlingens kapittel 5.

I den nye loven er «statsansatt» definert i § 1 annet ledd: *(m)ed statsansatt menes i denne lov enhver arbeidstaker i staten som ikke er embetsmann.*

Det fremgår av statsansatteloven § 1 første ledd første punktum at loven gjelder for «arbeidstakere i staten». Begrepet «arbeidstakere» er ikke definert i loven, men skal i hovedsak tilsvare det som brukes i annen arbeidsrettslig sammenheng. En omfattes dersom en har en statlig arbeidsgiver, og en arbeidsavtale ligger til grunn. Dette gjelder både faste og midlertidige arbeidstakere, men bare innenfor den perioden de er ansatt.⁸

Oppdragstakere og innehavere av verv faller utenfor, samt medlemmer av utvalg, styrer og råd. Det er her arbeidsavtalen kommer inn. Utføres det arbeid på annet grunnlag enn en avtale, kommer man ikke under statsansatteloven.⁹

1.4 Rettskilder og metode

De mest sentrale lovene i oppgaven er forvaltningsloven (heretter fvl.), arbeidsmiljøloven (heretter aml.), tjenestemannsloven (tjml.) og statsansatteloven (stal).

Ordlyden i bestemmelsene i statsansatteloven om oppsigelse og avskjed gir begrenset veiledning i forhold til oppgavens tema, og må suppleres av andre rettskildefaktorer for å fastsette bestemmelsenes meningsinnhold. Særlig vil forarbeidene til statsansatteloven¹⁰ være av stor betydning, siden de er utfyllende og drøfter mange spørsmål.

Siden statsansatteloven er såpass fersk, foreligger det begrenset med rettspraksis om avskjed og oppsigelse. Gjennomgående kan det imidlertid trekkes klare paralleller fra avgjørelser under tjenestemannsloven til statsansatteloven ved en diskusjon om domstolens prøvelsesadgang. Dette skyldes bl.a. at stal. § 34 om å prøve «lovligheten» av vedtaket ikke innebærer noen endring av rettstilstanden.

Høyesterett nyter demokratisk legitimitet, jf. Grunnloven (heretter Grl.) § 88,¹¹ og må således respekteres av andre rettsanvendere på grunn av sin prejudikatsverdi. På områder der det ikke

⁸ Prop. 94 L (2016-2017) s. 21.

⁹ Gaard, Espen (september 2017) kommentar til statsansatteloven § 1 (note 1), rettsdata.no (2. februar 2018).

¹⁰ Prop. 94 L (2016-2017) s. 10.

¹¹ Kongerikets Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

foreligger noen Høyesterettsavgjørelse, kan også underrettspraksis ha en større verdi enn utgangspunktet.¹² Derfor vil også lagmannsrettsdommer benyttes.

Arbeidsmiljølovens regler vil ha betydning for problemstillingen, siden både tjenestemannsloven og statsansatteloven er utviklet på bakgrunn av denne. Derfor kan aml. § 15-7 om oppsigelse og aml. § 15-14 om avskjed, gi veiledning.

I proposisjonen er det riktignok lagt grunn at det ikke er mulig å sammenligne direkte fra regel til regel, på tvers av loven, for deretter å benytte den regel som gir sterkest vern eller best rettigheter. Bestemmelser i annen lovgivning skal dermed ikke brukes analogisk, og loven skal ved tolkning ikke utfylles med annen lovgivning, slik det tidligere har blitt gjort i praksis. Dette siden loven er fullstendig på sine områder.¹³ Det siste utsagnet har nok store konsekvenser for forholdet mellom statsansatteloven og arbeidsmiljøloven.¹⁴

Juridisk teori vil også trekkes inn for å skape et mer komplett bilde av hva som er gjeldende rett er og hvordan den bør være. For å sette oppgavens tema i et større perspektiv, vil rettstilstanden i Norge sammenlignes med svensk tjenestemannsrett.¹⁵

For å skape systematikk i fremstillingen, vil det i problemstillingen i kapittel 4 skilles mellom vilkår om avskjed, oppsigelse pga. virksomhetens forhold og oppsigelse pga. arbeidstakers forhold. Formålet er å fremheve de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i de enkelte vedtakene, og således vurdere hvor godt begrunnelser i rettspraksis og forarbeider står seg.

1.5 Fremstillingen videre

Kapittel 2 vil inneholde en fremstilling av bakgrunnen for statsansatteloven gjennom en kort presentasjon av lovhistorikk, overordnede hensyn, samt en gjennomgang av de sentrale materielle vilkårene for avskjed og oppsigelse. Formålet med dette er å få frem hvorvidt det foreligger et lovfestet krav om rimelighetsvurdering/interesseavveining som arbeidsgiver må gjennomføre. Dette gir et grunnlag for senere å vurdere hvordan adgangen er for domstolene til å innfortolke et ulovfestet rimelighets- og forholdsmessighetskrav.

¹² Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Bergen 2012, s. 37-39.

¹³ Prop. 94 L (2016-2017) s. 68.

¹⁴ Hvordan dette synliggjøres, se avhandlingens punkt 4.5.2.

¹⁵ Se avhandlingens kapittel 7.

De strenge saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, som supplerer reglene i statsansatteloven, medfører et skille fra privat sektor. Disse reglene gjelder fullt ut i saker om avskjed og oppsigelse. For å illustrere hvilke krav som en statlig arbeidsgiver må oppfylle, vil de viktigste saksbehandlingsreglene bli presentert i kapittel 3. Forholdet mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn vil også fremstilles, pga. sammenhengen med saksbehandlingsreglene og domstolenes prøvelsesrett, som kommer senere.

I kapittel 4 kommer den første problemstillingen under gjeldende rett, der det skal vurderes hvorvidt det kan innfortolkes et ulovfestet rimelighets- og forholdsmessighetskrav som domstolene kan overprøve.

Kapittel 5 dreier seg om hvorvidt det foreligger en generell overprøvelsesadgang, før problemer med en forvaltningsrettslig tilnærming blir presentert i punkt 5.4 følgende. Det er således en todelt problemstilling, der den siste delen danner utgangspunkt for drøftelser kapittel 6.

Kapittel 6 inneholder kritiske betraktninger om gjeldende rett, der hovedspørsmålet blir om domstolenes overprøvingskompetanse har et hensiktsmessig omfang. Denne delen vil også inneholde alternative synspunkter om rettstilstanden.

Kapittel 7 består av en sammenligning mellom norsk og svensk rett på området for å sette temaet i en større sammenheng.

Avhandlingens kapittel 8 inneholder avsluttende betraktninger om gjeldende rett, samt noen tanker angående de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende på området.

2 Bakgrunn, overordnede hensyn og lovendringer

2.1 Bakgrunnen for statsansatteloven

Den første tjenestemannsloven kom i 1918.¹⁶ Den inneholdt en egen regulering for statens tjenestemenn, og gjaldt ikke for kommuneansatte, embetsmenn eller midlertidige ansatte. Embetsmennene ble regnet som «uavsettelige» etter Grunnloven, og var heller ikke omfattet av 1977-loven.¹⁷ Da en ny tjenestemannslov kom i 1983,¹⁸ gjaldt den imidlertid embetsmenn også. Selv om embetsmenn har et sterkt stillingsvern i henhold til Grunnloven § 22, fikk de etter hvert en omfattende plikt til å finne seg i endringer i sitt arbeidsforhold.¹⁹ Dette ble regulert i tjml. § 12 første og annet punktum.²⁰

Det skjedde således en utvikling i det statlige arbeidsforholdet i denne perioden, der særlig embetsmenns stilling gikk fra å være et «statusforhold» til å bli et «kontraktsforhold». Altså tilsvarende som andre statsansatte.

Hermansen- utvalget drøftet i NOU 1989:5 hvorvidt statens virksomhet kunne organiseres bedre, og fastslo følgende om bakgrunnen for utredningen:

«For at regjeringen skal kunne styre samfunnet i tråd med de mål og programmer som den har fått oppslutning om i valg, og som den skal ta ansvar for overfor velgerne, er det nødvendig at staten har organisert sin virksomhet slik at den på ulike områder virker på grunnlag av de verdier og mål som er fastlagt, og etter de retningslinjer som er trukket opp.»²¹

Altså ble målstyring mer sentralt enn det som gjaldt tidligere, og det mest grunnleggende krav gjelder politisk styrbarhet. Det samme gjelder kravet om effektivitet i såvel kostnadmessig som formålmessig forstand. Kravet til fornyelses- og omstillingsevne står i nær sammenheng med effektivitetskravet, og må ivaretas for at virksomheten skal kunne opprettholde

¹⁶ Lov av 15. februar 1918 om statens tjenestemænd (opphevet).

¹⁷ Lov av 10. juni 1977 nr. 65 om statens tjenestemenn (opphevet).

¹⁸ Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (opphevet).

¹⁹ Fanebust, *Tjenestemannsrett*, Oslo 1987, s. 5 og 12-13.

²⁰ Prop. 94 L (2016-2017) s. 58.

²¹ NOU 1989:5 kapittel 2.4.3.

legitimitet og effektivitet i en utvikling preget av endringer og press mot etablerte organisasjonsformer, tjenestetilbud og oppgaveløsninger. Dette er nok også kjent som introduksjonen av «New Public Management» i den norske statsforvaltningen.

Utvalget argumenterer for en utvidet adgang for virksomhetene og fagdepartementet til å kunne gjennomføre omorganiseringer. Dette tilsier at den enkelte bedrift skal ha myndighet til å foreta organisatoriske tilpasninger. På den annen side påpekes det at det bør foreligge visse rammer som av hensyn til politisk eller strategisk styring bør settes for bedriftens egen adgang til å omorganisere.²² Her fremheves ansvaret for å ivareta grunnleggende rettssikkerhetshensyn.

Disse motstridende hensynene den gang er tilsvarende de som er sentrale i dag, men arbeidsgivers handlingsrom er trolig blitt videre enn før. Videre trekkes avveiningen frem i proposisjonen, noe som viser at synet i NOU 1989:5 er videreført.²³

2.2 Overordnede hensyn og begrunnelse for lovendringen

Et hensyn som legges til grunn er at meningsinnholdet i bl.a. stal. § 19 må tolkes i samsvar med statens særpreg. Offentlige virksomheter arbeider på andre vilkår og med andre mål enn private virksomheter. Dette påvirker til en viss grad arbeidsgivernes rolle, som har ansvaret for at virksomhetene drives på en best mulig måte for landet.²⁴ Dette er i stor grad en videreføring av utgangspunktet under tjenestemannsloven om at «staten har et overordnet ansvar for at ressursene blir brukt på en effektiv og rasjonell måte».²⁵ Det bærende rettspolitiske hensynet bak lovforslaget er å sikre ivaretagelse av tilliten til statsforvaltningen, som utfører viktige oppgaver på vegne av samfunnet, og oppgavene adskiller seg fra andre sektorer.²⁶

Et annet hensyn er at forvaltningen er best tjent med å behandle tvistene som oppstår, og at det ikke er ønskelig med en full harmonisering med arbeidsmiljøloven. Det er ønskelig å beholde den forvaltningsrettslige klageordningen i staten, noe som motvirker at flere saker

²² NOU 1989:5 kapittel 2.4.3.

²³ Prop. 94 L (2016-2017) s. 10.

²⁴ *Ibid.* s. 55 og 144.

²⁵ Tjenestemannslovutvalgets rapport: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/ansettelsesforhold-i-staten/id2468343/> s. 86, 189 (25. januar 2018).

²⁶ Prop. 94 L (2016-2017) s. 10 og 14.

enn tidligere behandles i domstolene.²⁷ Dette hensynet kommer særlig til syne i stal. § 19 annet ledd.²⁸

På den annen side foreligger det et over- og underordningsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, noe som medfører behov for domstolskontroll. Særlig ulikheten i styrkeforhold er et sentralt hensyn å ta i betraktning.²⁹

2.3 Kort presentasjon av lovens vilkår og endringer

Man har i prinsippet tre ulike grunnlag for avslutning av arbeidsforhold, herunder bestemmelsen om oppsigelse grunnet virksomhetens og arbeidsgivers forhold, og avskjedsbestemmelsen. I disse sakene foreligger det et skille mellom statlig og privat/kommunal sektor, som kan ha betydning for domstolenes prøvelsesrett.

I arbeidsmiljøloven er det en felles regulering i § 15-7 for oppsigelser grunnet «virksomhetenes, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». Statsansatteloven er oppbygd på en annen måte ved at den har en egen bestemmelse om oppsigelse grunnet «virksomhetens forhold» (§ 19), og en om den «statsansattes forhold» (§ 20). Ingen av paragrafene stiller krav om minste tjenestetid/ansettelsestid, og det skilles ikke lenger mellom oppsigelse av faste og midlertidige ansatte. De materielle vilkårene sett i forhold til arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven skal gjennomgås i det følgende. Det blir avgrenset mot bl.a. ordensstraff etter stal. § 25 pga. plasshensyn.

2.3.1 Oppsigelse grunnet virksomhetens forhold

Bestemmelsene om oppsigelse i statsansatteloven avviker noe fra forgjengeren. Tjenestemannsloven inneholdt en paragraf om oppsigelse i de første tjenestear (§ 9) og en om oppsigelse etter de første tjenestear (§ 10). Sistnevnte regulerte det som gjerne kalles statens «sterke stillingsvern». Etter tjenestemannsloven var det ikke et lovfestet krav om interesseavveining, mens det i statsansatteloven § 19 både er et vilkår om at oppsigelsen er «saklig begrunnet i virksomhetens forhold», og at det må foretas en «avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den statsansatte».

²⁷ Prop. 94 L (2016-2017 s. 55.

²⁸ Se avhandlingens punkt 2.3.1.3 om bestemmelsen.

²⁹ Fougner, Jan, *Arbeidsgivers frie skjønn- arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll*, 2016, s. 221.

Tjml. § 10 (1) krevde at arbeidet var falt bort eller at stillingen var inndratt for at oppsigelse kunne skje. Dette «objektive» vilkåret ble ikke videreført i stal. § 19, og en har dermed kvittet seg med et objektive kriterium. Arbeidsgiver plikter i stedet å foreta en interesseavveining. Kravet om å tilby «annen passende stilling» er tilsvarende som tidligere.³⁰

2.3.1.1 Saklighetskravet

Stal. § 19 innebærer en harmonisering med aml. § 15-7, gjennom en lovfesting av kravet om at vedtaket må være «saklig begrunnet» i virksomhetens forhold. Dette er grunnvilkåret for oppsigelse. Saklighet tilsier rimelighet, noe som innebærer at det i interesseavveiningen må tas hensyn til at vedtaket må være rimelig og forholdsmessig overfor arbeidstaker.

Saklighetskravet er en rettslig standard som må tolkes og utfylles av domstolene ved avgjørelser i enkeltsaker for å få et presist og meningsfylt innhold. Kommer oppsigelsessaker for domstolene, dreier vurderingen seg gjerne om oppsigelsen har bakgrunn i forhold som er tungtveiende nok til at oppsigelse er berettiget og nødvendig. Dette må bero på en konkret og sammensatt vurdering. De forhold som kan gi grunnlag for oppsigelse, må knytte seg til «virksomheten».³¹

2.3.1.2 Utvikling av saklighetskravets materielle innhold

Det arbeidsrettslige saklighetskravet inneholder altså en rimelighetskomponent, noe det i utgangspunktet ikke gjorde, men utviklingen har medført at dette er blitt en del av saklighetskravet. I arbeidervernloven³² (avl.) ble det innført en bestemmelse om at arbeidstaker kunne kreve erstatning dersom oppsigelsen ikke hadde «saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldtes helt utenforliggende grunner». Ved avl. 1956³³ ble formuleringen «utenforliggende grunner» fjernet.³⁴ Praktisering av saklighetskravet er nært knyttet til samfunnsutviklingen, og individuelle rimelighetshensyn er i løpet av de siste tiårene blitt vektlagt i økende grad på bekostning av virksomhetens behov. Lovgiver bidro til dette i 1977-utgaven av arbeidsmiljøloven, der krav om avveining av oppsigelsens konsekvenser for den oppsagte pga. virksomhetens forhold ble tatt inn som en

³⁰ Gaard, Espen (september 2017) kommentar til stal. § 19 (note 144, 147), rettsdata.no (4. februar 2018).

³¹ Fanebust (1987) s. 196-197.

³² Lov av 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (opphevet).

³³ Lov av 7. desember 1956 om arbeidervern (opphevet).

³⁴ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, Oslo 2001, s. 42-43.

presisering av vilkåret om saklig grunn.³⁵ Det arbeidsrettslige saklighetskravet var dermed blitt en rettslig standard som senere ble tillagt tilsvarende betydning for tjml. § 9.³⁶

2.3.1.3 Interesseavveiningen

Arbeidsgiver plikter å foreta en «avveining mellom virksomhetenes behov og de ulemper oppsigelsen påfører den statsansatte», jf. stal. § 19 annet ledd annet punktum. I motsetning til ved interesseavveiningen etter aml. § 15-7 annet ledd, avgjøres avveiningen med «bindende virkning av domstolene», jf. stal. § 19 annet ledd siste punktum. Ordlyden tilsier at dersom avveiningen blir brakt inn for domstolene, kan de ikke prøve denne delen av oppsigelsen.³⁷

2.3.2 Oppsigelse grunnet den statsansattes forhold

Stal. § 20 viderefører delvis bestemmelsene i tjml. § 9 og § 10 nr. 2. Til sammenligning med § 9, kan den statsansatte sies opp dersom det er saklig begrunnet i «vedkommende(s)» forhold. Sammenlignet med § 10 nr. 2, er det innført et nytt grunnlag dersom den statsansatte gjentatte ganger har krenket sine tjenesteplikter, jf. § 20 første ledd bokstav d. Altså er det en utvidet adgang til oppsigelse med dette grunnlaget.³⁸

Begrepet «statsansattes forhold», innebærer forhold som kan føres tilbake til arbeidstaker selv. Men det betyr ikke at det er noe krav om at arbeidstaker kan bebreides for forholdet. Dette kan eksempelvis være sykdom som etter utløpet av verneperioden er et forhold som kan gi saklig grunn, og som vedkommende ikke kan bebreides for.³⁹

Forhold som etter sin art kan begrunne avskjed etter stal. § 26, kan også anvendes som oppsigelsesgrunn som følge av den statsansattes forhold. Dette kan være straffbare hendelser i eller utenfor tjenesten.⁴⁰ Riktignok kan overtredelsens art medføre at arbeidstaker heller blir avskjediget enn oppsagt. En statlig virksomhet har et samfunnsansvar, og må sørge for at virksomheten utfører sine oppgaver. Grove brudd på tjenestepliktene, f.eks. trakassering og

³⁵ Fougner, Jan, *Avslutning av arbeidsforhold- vilkåret om saklig grunn*, *Arbeidsrett*, nr. 1 2015, s. 147-157 (idunn.no).

³⁶ Bjørnaraa m.fl. *Norsk tjenestemannsrett- kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter mv.* Oslo 2000, s. 716.

³⁷ Gaard, Espen (september 2017) kommentar til stal. § 19 (note 149), rettsdata.no (4. februar 2018).

³⁸ *Ibid.* note 156 (17. februar 2018).

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Prop. 94 L (2016-2017) s. 136.

mobbing, skal behandles etter stal § 26.⁴¹ Paragraf 20 vil dermed ha en viss overlapping til avskjedsbestemmelsen, som i realiteten er en form for «skjerpet» oppsigelse.

2.3.2.1 Ikke noe saklighetskrav

Til sammenligning med stal. § 19 er det ikke noe lovfestet saklighetskrav i § 20, men annet ledd har delvis parallelle vilkår med aml. § 15-7, jf. «annen passende stilling». Dette er i realiteten en videreføring av det som i statens kalles «intern fortrinnsrett». For oppsigelser etter bestemmelsen gjelder det alminnelige forvaltningsrettslige saklighetskravet, ikke det arbeidsrettslige saklighetskravet som anvendes i arbeidsmiljøloven.⁴² Dersom arbeidstakers forhold oppfyller et av vilkårene i stal § 20 første ledd bokstav a til d, foreligger det ikke noe lovfestet krav om interesseavveining fra arbeidsgivers side.

2.3.3 Avskjed

Avskjed etter stal. § 26 innebærer at arbeidstaker skal fratre sin stilling med øyeblikkelig virkning, på samme måte som ved aml. § 15-14. I motsetning til stal. §§ 19 og 20, gjelder det ikke noen oppsigelsesfrist. Det fremgår av stal. § 26 at en statsansatt «kan» avskjediges når ett eller flere av vilkårene i bokstav a til d er oppfylt. Det vil være opp til vedtaksorganet (og eventuelt klageorganet) om avskjed skal gis. Til sammenligning med tjml. § 15, er vilkårene videreført, og det er et grunnvilkår at arbeidstaker har utvist subjektiv skyld.⁴³ Intensjonen er at avskjed skal ramme graverende tilfeller hvor den ansatte har begått grove pliktbrudd eller utvist stor uforstand.⁴⁴

Tilsvarende strenge krav gjelder avskjed etter aml. § 15-14, som forutsetter «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold» av arbeidsavtalen, jf. første ledd. Ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt, må arbeidstakerens subjektive forhold tillegges meget stor vekt. På grunn av tiltakets inngripende art, er det bare i de grovere tilfeller av mislighold at det foreligger et berettiget behov for arbeidsgiver til å avskjedige den ansatte.⁴⁵ På samme måte som i aml. § 15-14, er det ikke noe lovfestet saklighetskrav i stal. § 26.⁴⁶

⁴¹ Gaard, Espen (september 2017) kommentarer til stal. § 26 (note 196), rettsdata.no (17. februar 2018).

⁴² Gaard, Espen (september 2017) kommentarer til stal. §§ 19 og 20 (note 147 og 152), rettsdata.no (17. februar 2018).

⁴³ Prop. 94 L (2016-2017) s. 164 og 215.

⁴⁴ Gaard, Espen (september 2017) kommentar til stal. § 26 (note 197), rettsdata.no (6. februar 2018).

⁴⁵ Faret og Johnsen, kommentarer til aml. § 15-14 (note 4), arbeidsrett.no (17. februar 2018).

⁴⁶ Om det kan innfortolkes et ulovfestet rimelighetskrav, vurderes i avhandlingens punkt 4.5.

3 Saksbehandlingsregler og domstolsprøvelse

3.1 Saksbehandlingskrav

Saksbehandlingskravene skal sørge for at forvaltningen treffer riktige avgjørelser. Dette innebærer regler som skal sikre at befolkningen har tillit til forvaltningsorganene.

Saksbehandlingsreglenes materielle innhold i tjenestemannsloven er stort sett videreført i statsansatteloven. Det har heller ikke skjedd noen endring i forvaltningsloven. På grunn av plasshensyn vil bestemmelsene kun bli behandlet kortfattet.

3.1.1 Enkeltvedtak

Etter forvaltningsloven § 2 annet ledd er avgjørelse som gjelder *oppsigelse* og *avskjed* definert som enkeltvedtak. Dette medfører at saksbehandlingen i disse sakene må følge forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV, V, og VI. Det er imidlertid enkelte unntak fra forvaltningslovens regler for oppsigelsessaker mv. i fvl. § 3 annet ledd. Dessuten gjelder de ordinære reglene i forvaltningssaker, jf. kapittel II og III.

3.1.2 Særlige saksbehandlingsregler etter statsansatteloven

Etter stal. § 30 første ledd skal vedtaket treffes av egne kollegiale forvaltningsorganer. Stal. § 32 fastslår at den statsansatte skal forklare seg muntlig i henhold til det kontradiktoriske prinsipp, noe som er en særregel for statsansatte. Etter bl.a. fvl. § 16 annet ledd første punktum skal arbeidstakeren gis forhåndsvarsel med informasjon om hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan ivareta sitt *tarv*. Vilkåret «tarv» må forstås som partens interesser i saken.⁴⁷ Bestemmelsen kan til dels sammenlignes med aml. § 15-1 om drøftelsesplikt før beslutning om oppsigelse.

Utover dette må enkeltvedtak tilfredsstillende forvaltningslovens krav til utforming og begrunnelse av vedtak, jf. fvl. §§ 23, 24 og 25. Når vedtak er truffet, skal forvaltningsorganet sende underretning til den statsansatte, jf. fvl. § 27.⁴⁸

⁴⁷ Prop. 94 L (2016-2017) s. 176 flg.

⁴⁸ *Ibid.* s. 174.

Det er egne regler i fvl. §§ 29 og 31 om underretning og klagefrist, mens stal. § 33 første ledd regulerer hvem som er klageinstans. Ytterligere presiseringer følger av stal. § 33 annet ledd, om at klageinstansen ikke kan endre vedtaket til skade for klageren. Dette tilsier at en eksempelvis ikke kan endre en ordensstraff til oppsigelse. Bestemmelsen går foran den generelle bestemmelsen i fvl. § 34 tredje ledd første punktum.⁴⁹

3.1.3 Klageinstansens overprøving

Alle sider av saken kan overprøves av klageinstansen, jf. fvl. § 34 første ledd, som fastslår at fakta, saksbehandling, rettsanvendelse og forvaltningsskjønn kan prøves fullt ut. Etter første ledd annet punktum er klageinstansen heller ikke bundet av de rettslige grunner som er påberopt, eller klagers påstand. Vedtaket i klagesaker er endelig, og kan ikke påklages.⁵⁰

Det fremgår av stal. § 34 første ledd første punktum at den statsansatte kan reise søksmål *for å få prøvd lovligheten av klageinstansens vedtak*. Således er søksmål betinget av at klageadgangen er utnyttet, og dette er en absolutt prosessforutsetning. Vilkåret «lovligheten» tilsier at domstolenes prøvingsrett er begrenset, slik at forvaltningsskjønnet ikke kan overprøves. I tråd med alminnelig forvaltningsrett er domstolenes oppgave overfor forvaltningen å drive legalitetskontroll. Domstolene kan bare prøve om klageinstansens vedtak inneholder et fullstendig, korrekt faktum og om vedtaket bygger på en forsvarlig og grundig saksbehandling. Grensen for det frie skjønn går ved de ulike formene for myndighetsmisbruk, som eksempelvis utenforliggende hensyn og vilkårlighet.⁵¹

Bakgrunnen for begrensningen i domstolsprøvingen er adgangen statsansatte har til å få saken behandlet hos klageorganet. Tilsvarende ordning gjelder ikke for kommunalt ansatte, jf. fvl. § 3 annet ledd siste punktum. Disse kommer dermed i samme stilling som ansatte i privat sektor.⁵² Dette tilsier at hensynene for å begrense domstolenes prøvelsesrett ikke kommer tilsvarende til anvendelse, noe som innebærer at domstolene har en videre prøvelsesadgang.

3.2 Rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn

Ettersom skillet mellom rettsanvendelsesskjønnet og forvaltningens frie skjønn er avgjørende for domstolenes overprøvingsadgang, skal skillet redegjøres for nedenfor.

⁴⁹ Prop. 94 L (2016-2017) s. 180.

⁵⁰ *Ibid.* s. 179.

⁵¹ *Ibid.* s. 147.

⁵² Bernt, J. (desember 2017) kommentar til fvl. § 3 (note 56), rettsdata.no (10. februar 2018).

3.2.1 Rettsanvendelsesskjønn

Noen regler er utformet uten åpning for skjønnsutøvelse. Eksempelvis er dette bestemmelser der det eksplisitt fremgår at dersom et bestemt faktum ligger til grunn, så skal en bestemt rettsfølge inntre. I slike tilfeller er vedtaket lovbundet. I andre tilfeller er det vanskeligere å skille, ettersom lovteksten inneholder skjønnspregede ord og uttrykk. Årsaken til dette er at språket ofte ikke er presist nok til å formulere lovens vilkår i skjønnsfrie vendinger. Det er heller ikke alltid ønskelig å låse rettsutviklingen ved å bruke skarpe formuleringer.

Hovedregelen er at domstolene kan prøve lovskjønnen fullt ut, siden dette er en del av rettsanvendelsen. Domstolene kan dermed prøve både tolkning og subsumsjon når det gjelder skjønnspregede uttrykk som f.eks. rimelig/forholdsmessig eller saklig grunn. I tilfeller der skjønnet er spesielt vagt, holder likevel domstolene seg ofte til å overprøve hvordan lovens tema skal tolkes, men er tilbakeholdne med å overprøve subsumsjonen, altså om det er foretatt korrekt lovanvendelse i den konkrete saken.⁵³

3.2.2 Fritt skjønn

Det rettslige utgangspunktet ved forvaltningsskjønn, består i å velge om og hvordan myndighet skal brukes innenfor lovens rammer. Dermed må forvaltningen foreta en lovtolkning for å finne ut hvilke vilkår som gjelder, for så å vurdere om vilkårene er oppfylt gjennom rettsanvendelsesprosessen. Forvaltningsskjønn oppstår i de tilfeller der forvaltningen har lovhjemmel til å gripe inn, men det er opp til virksomheten selv om den vil bruke den. Et eksempel er stal. § 26 om avskjed. Dersom et av vilkårene i bokstav a til d er oppfylt, «kan» en statsansatt avskjediges. Det er bare dersom skjønnet er uttrykk for myndighetsmisbruk eller innebærer brudd på samfunnsmessige eller faglige minstemål at domstolene kan overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse.⁵⁴

3.3 Rettsvirkningene av urettmessig avskjed/oppsigelse

Stal. § 37 regulerer virkningene av bl.a. ulovlig oppsigelse. Dersom domstolen kommer frem til at en «oppsigelse er i strid med §§ 15, 19 eller 20...eller en avskjed er i strid med §§ 26 eller 27, skal retten, etter påstand fra den statsansatte..., kjenne vedtaket ugyldig», jf. annet ledd. Retten er altså gitt adgang til å kjenne klageinstansens vedtak for ulovlig.⁵⁵

⁵³ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 2010, s. 382-384.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Gaard, Espen (september 2017) kommentar til stal. § 37 (note 282), rettsdata.no (12. februar 2018).

Bestemmelsen er for øvrig en spesialbestemmelse (lex specialis) og vil utfylles med reglene i forvaltningsloven.

Vedtak kan også omgjøres etter klage eller på eget tiltak av forvaltningen. Et vedtak kan lide av slike mangler at det må regnes som en rettslig nullitet, noe som innebærer at det ikke gir grunnlag for rettigheter eller plikter for arbeidstaker eller andre. Imidlertid er det vanlige i personalsaker at vedtak må anses som gyldige og forpliktende for partene helt til det ved dom eller på annen måte blir fastslått ugyldighet.⁵⁶

⁵⁶ Fanebust (1987) s. 261.

4 Kan det innfortolkes et ulovfestet rimelighets- og forholdsmessighetskrav?

I punkt 2.3 var vurderingen hvorvidt det foreligger materielle rimelighetskrav i bestemmelsene for oppsigelse og avskjed. Her skal det vurderes i hvilken grad det kan innfortolkes et ulovfestet rimelighets- og forholdsmessighetskrav i de materielle vilkårene ved slike tvister.

4.1 Innholdet i rimelighets- og forholdsmessighetskravet

Høyesterettspraksis er den mest sentrale kilden for å fastslå hvordan domstolene forholder seg til arbeidsgivers vedtak, gjennom sin prejudikatsverdi. Høyesterett spiller nemlig en viktig rolle for å skape rettsenhet, rettsutvikling og rettsavklaring.⁵⁷ Lagmannsrettsdommer er underrettspraksis og har ikke prejudikatsverdi, men Borgarting lagmannsrett sin avgjørelse i LB-2017-5716 vil anvendes her, da den beskriver innholdet i rimelighets- og forholdsmessighetskravet på en oversiktlig måte.

I LB-2017-5716, som gjaldt avskjed av en sogneprest, jf. tjml. § 15 første ledd bokstav b, ble det uttalt at domstolene har full kompetanse til å prøve bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen som ligger til grunn for vedtaket, i tillegg til å kunne prøve saksbehandlingen. Dette omfatter også det konkrete rettsanvendelsesskjønnet. Det springende punktet i saken gjaldt riktignok noe mer uavklart, nemlig om det i tillegg til lovens vilkår også gjelder et ulovfestet krav om at avskjeden etter en «helhetsvurdering ikke må fremstå som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon».⁵⁸ I så fall vil vilkårene for avskjed ikke bare bero på en vurdering av de kritikkverdige forhold, men også hensynet til at vedtaket kan ramme den statsansatte hardt. Retten konkluderer med at «forholdsmessighetsstandarden...er en del av de materielle vilkårene for avskjed, hvor domstolene kan prøve rettsanvendelsesskjønnet fullt ut». Det var for øvrig dissens 3-2 om hvorvidt vilkårene for avskjed var oppfylt.

4.2 Utviklingen av normen i rettspraksis

Den ulovfestede normen om at vedtaket ved en avveining mellom behovet for arbeidsgiver til å nedbemanne, kontra ulempen det vil medføre for arbeidstaker, ikke må fremstå som

⁵⁷ Monsen (2012) s. 38.

⁵⁸ Argumentasjonen i LB-2017-5716 ble fulgt opp i LB-2017-35146.

urimelig, ble i rettspraksis grunnlagt i Rt-1962-888, Dalens Garveri og Rt-1972-1330, Grand Hotell. Begge gjaldt oppsigelse etter den daværende arbeidervernloven § 43. I sistnevnte dom fremhevet førstvoterende at rimelighetsvurderinger kan komme inn i saklighetsvurderingen på ulike måter:

«...Dels krever rimelighetshensyn at alle sider ved den ansattes situasjon blir vurdert, og i særlig grad må det gjelde overfor en eldre ansatt med langvarig tjeneste, med spesielle ferdigheter for sitt gamle arbeid og større omstillingsproblemer og med særlige vansker når det gjelder å få nytt arbeid.»⁵⁹

Retten innfortolket altså et rimelighetselement i et generelt saklighetskrav, der også hensynet til arbeidstaker ble tillagt vesentlig vekt.

Vurderingstemaet ble fremover mot 1980-tallet forstått som et krav om tilstrekkelig saklig grunn.⁶⁰ Dette omfatter en vurdering av hvor tungtveiende en begrunnelse kan anses å være, en prøvelse av arbeidsgivers saksbehandling, og en avveining av om en mindre inngripende reaksjon ville vært tilstrekkelig overfor arbeidstaker.⁶¹ Altså måtte forholdene være av en viss alvorlighetskrav for å nå opp til terskelen for eksempelvis avskjedigelse. Riktignok ga ikke rettspraksisen noe sikkert svar på domstolenes stilling hva angår overprøvelse av selve arbeidsgiverskjønnet.⁶²

4.2.1 Avklaringen kom på 1980-tallet

En viktig avklaring kom imidlertid i Rt-1984-1058, Veslemøy Haslund, som gjaldt oppsigelse pga. arbeidstakerens forhold, jf. den daværende aml. § 60 nr. 1. Teateret som hadde sagt opp arbeidstaker, anførte bl.a. at domstolene bare kunne prøve saksbehandlingen, om det var lagt til grunn riktig faktum og om det var tatt saklige hensyn. Flertallet med tilslutning fra mindretallet var uenig i dette, og bemerket følgende:

«Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til

⁵⁹ Rt-1972-1330, s. 1333.

⁶⁰ Evju, Stein, *Saklighet og saklighetsprøvelse- en rettsgenetisk studie*, 2013, s. 82-111.

⁶¹ *Ibid.* s. 87-88.

⁶² Hotvedt og Smith, *Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett*, 2013, s. 101 flg.

grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn om her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.»⁶³

Overprøvingen av faktum ble ikke begrenset til om det var riktig faktum som lå til grunn for det arbeidsgiveren faktisk hadde bygget vedtaket på. Det ble også stilt krav om at det faktiske grunnlaget måtte være tilstrekkelig omfattende- altså «fyldestgjørende». Domstolsprøvingen gikk således lenger enn prøving av myndighetsmisbruk. Ordlyden «om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn» tilsier en vurdering av om arbeidsgiver hadde foretatt en interesseavveining. Det ble også vurdert om vedtaket bygget på relevante saklige hensyn, og om de var tatt i betraktning i tilstrekkelig bredde. Dette innebærer at relevante hensyn må veies mot hverandre, og domstolene kan prøve disse vurderingene gjennom å prøve selve avveiningen.

Kravet om «saklig grunn» i aml. § 60 nr. 1 ble tillagt samme betydning i tjml. § 9, og fordrer objektiv og individuell saklighet, i motsetning til det forvaltningsrettslige saklighetskravet. I den individuelle delen er det sentralt å vurdere om en oppsigelse bør vedtas eller ikke, noe som tilsier en rimelighetsvurdering. Dette vil også få utslag for domstolenes prøvelsesrett. Ettersom domstolene kunne prøve lovanvendelsen, må de også kunne prøve om oppsigelsesvedtaket er rimelig. Her må det tas i betraktning om arbeidsgivers vurdering har hatt tilstrekkelig bredde, jf. Rt-1984-1058.⁶⁴

Siden hensynene som er involvert i avskjeds- og oppsigelsessaker er ulike, og bestemmelsene har forskjellige rettsvirkninger, skal det skilles mellom de ulike vedtakene i det følgende. Ettersom det ikke foreligger rettspraksis fra Høyesterett under statsansatteloven, er det dessuten vanskelig å trekke noen generell konklusjon om hvorvidt det kan innfortolkes en rimelighetsnorm.

4.3 Oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold

4.3.1 Saklighetskrav og interesseavveining etter arbeidsmiljøloven

Som nevnt i punkt 2.3, skal det etter aml. § 15-7 annet ledd annet punktum foretas «en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte

⁶³ Rt-1984-1058, s. 1067.

⁶⁴ Bjørnaraa m.fl. (2000) s. 716.

arbeidstaker». HR-2017-561-A, Posten-dommen 2, som gjaldt omorganisering og nedbemanning i en av regionene i Posten Norge AS, viser at det kan innfortolkes et rimelighets- og forholdsmessighetskrav som domstolene kan overprøve ved oppsigelse etter aml. § 15-7 om virksomhetens forhold. Avgjørelsen illustrerer hvordan den arbeidsrettslige interesseavveiningen vil kunne havne i arbeidstakers favør, særlig dersom virksomheten har planlagt omstillingen dårlig. Førstvoterende fastslo følgende om interesseavveiningen:

«... Ved denne avveiningen står vanligvis flere vurderingsmomenter sentralt; slik som fremsatt stillingstilbud, arbeidstakers alder, tjenestetid, økonomiske situasjon og utsikter på arbeidsmarkedet holdt opp mot bedriftens behov for å gjennomføre nødvendig nedbemanning.

Det alminnelige utgangspunktet er at «det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er spørsmål om å gjennomføre har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte», jf. Rt-2008-749 avsnitt 41. Rommet for interesseavveining er også mindre i de tilfeller det er tilbudt annet passende arbeid, jf. avsnitt 40 i samme dom.

Slik foreliggende sak ligger an, spiller imidlertid disse avveiningsmomentene en underordnet rolle sammenlignet med mer strukturelle interessedimensjoner ved omstillingsarbeidet. Jeg viser her til lovens saklighetskrav... Det må med dette som utgangspunkt legges til grunn at Posten- så lenge det er tale om en styrt, og ikke akutt nedbemanningsprosess- treffer sine beslutninger med en viss horisont.»⁶⁵

Votumet viser at det skal tungtveiende grunner til for at hensynet til arbeidstaker veier tyngre enn virksomhetens behov for å gjennomføre rasjonaliseringstiltak. Riktignok gjelder det bare under forutsetning av at det ikke finnes «annet passende arbeid». Saklighetskravet i loven spiller en viktig rolle som et forholdsmessighets- eller rimelighetskrav overfor arbeidstaker gjennom at en oppsigelse krever mer, særlig når det gjelder «en styrt, og ikke akutt nedbemanningsprosess...» Altså jo mindre prekær situasjonen er for virksomheten, jo mer skal det til for at bedriftens interesser skal slå i gjennom overfor den ansattes interesser. Med andre ord har også den andre siden av interesseavveiningen en sentral rolle, nemlig styrken i bedriftens interesser. Når arbeidsgivers interesser ikke er verneverdige ut fra økonomiske

⁶⁵ HR-2017-561-A, avsnitt 88 flg.

forhold, vil en avveining fort havne i arbeidstakers favør. Det må anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør.⁶⁶

Hvordan rimelighetskravet spiller i favør av arbeidstaker i dommen, er tydelig: «(e)tter min oppfatning må det ved den interesseavveining som skal foretas på oppsigelsespunktet, i et tilfelle som dette tas utgangspunkt i den situasjon arbeidsgiver har skapt ved sin måte å organisere omstillingen på.» Konklusjonen ble dermed at arbeidstakeren ikke skulle «måtte bære byrden av Postens prioriteringer» og oppsigelsen var ikke saklig begrunnet etter interesseavveiningen.⁶⁷ Det kan for øvrig påpekes at dommen bygger på en slags omgåelsessynspunkter, men vurderingen kan likevel illustrere hvordan en rimelighetsvurdering kan se ut i privat eller kommunal sektor.

Et slikt synspunkt stemmer overens med at saklighetskravet er en rettslig standard, og votumet i Rt-1984-1058, Veslemøy Haslund, der det uttales at «saklighetskravet må følge den sosiale utvikling i samfunnet ellers».⁶⁸ Dette henger sammen med at det å ha et arbeid er en særlig beskyttelsesverdig interesse, jf. bl.a. Grl. § 110 og ILO-konvensjon nr. 168.⁶⁹

4.3.2 Er det en tilsvarende ulovfestet rimelighetsnorm etter statsansatteloven?

Som tidligere nevnt så foreligger det ikke noe rettspraksis om oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold etter statsansatteloven. En kan dermed spørre om hvorvidt rettspraksis etter arbeidsmiljøloven har betydning for innholdet i saklighetskravet og domstolenes overprøvningskompetanse etter statsansatteloven. Etter departementets mening er det ikke grunnlag for analogibetraktninger fra arbeidsmiljøloven til statsansatteloven. Dette, i tillegg til at det foreligger en eksplisitt avskjæring av adgangen til domstoloverprøving, jf. stal. § 19 annet ledd, tilsier at det ikke er adgang til å innfortolke en ulovfestet rimelighetsnorm.

⁶⁶ Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, Oslo 2006, s. 329.

⁶⁷ HR-2017-561-A, avsnitt 96.

⁶⁸ Rt-1984-1058, s. 1068.

⁶⁹ Den internasjonale arbeidsorganisasjonens konvensjon nr. 168 om fremme av sysselsetting og vern mot arbeidsledighet av 17. oktober 1991.

4.4 Oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold

På samme måte som en oppsigelse kan begrunnes i virksomhetens forhold, kan arbeidstaker sies opp med grunnlag i forhold på dens egen side, jf. stal. § 20 og aml. § 15-7.

4.4.1 Interesseavveining etter arbeidsmiljøloven

Ved oppsigelser grunnet «arbeidstakers forhold» etter aml. § 15-7 er det en rekke vurderingsmomenter som kan spille inn i saklighetsvurderingen om hvorvidt det er rimelig at arbeidstaker sies opp.⁷⁰ Rt-2009-685, webredaktør-dommen, dreide seg om en oppsigelse av en kommuneansatt som var blitt pågrepet pga. seksuell atferd mot en 14 år gammel jente med nedsatt funksjonsevne. Avgjørelsen gjaldt altså oppsigelse pga. arbeidstakerens forhold, og kan regnes som et ytterpunkt i angivelse av den subjektive interesseavveiningen som et hovedelement i saklighetsvurderingen:

«Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.»⁷¹

Dette sitatet har gått igjen i en rekke senere rettsavgjørelser i stillingsvernssaker.⁷² Det ble altså gjennomført en prototype på en rimelighetsvurdering med en klar interesseavveining. Ettersom det skal foretas en samlet vurdering av begge parter behov, vil et saklig og vesentlig behov for oppsigelse fra virksomhetens side ikke uten videre være nok. Inntreden av rimelighetskravet medfører at terskelen for oppsigelse vil kunne være forskjellig, selv om de objektive forhold som har foranlediget oppsigelsen er like.⁷³

Ved den arbeidsrettslige tilnærmingen som ligger til grunn for aml. § 15-7, vil ikke arbeidsgiver ha et fritt skjønn når det gjelder oppsigelsens rimelighet. Etter bestemmelsen kan det dermed innfortolkes et rimelighetskrav som domstolene kan overprøve, både der grunnlaget for oppsigelsen er virksomhetens og arbeidsgivers forhold. Er vedtaket for

⁷⁰ HR-2017-561-A, avsnitt 88.

⁷¹ Rt-2009-685, avsnitt 52.

⁷² Se bl.a. LB-2016-126.

⁷³ Fougner (2015) s. 150.

innгриpende ovenfor arbeidstaker i lys av momentene i interesseavveiningen og virksomhetens prioriteringer, vil oppsigelsen kunne bli kjent ugyldig.⁷⁴

Plikten til å foreta en rimelighetsvurdering gjelder selv om det ikke foreligger et tilsvarende krav om å foreta en slik vurdering som når grunnlaget er driftsinnskrenkning eller rasjonalisering, jf. aml. § 15-7 annet ledd annet punktum. Når grunnlaget for oppsigelsen bygger på forhold på arbeidsgiversiden, er det ikke nok at disse omstendighetene i seg selv kan gi saklig grunn til f.eks. nedbemanning, så lenge oppsigelse av arbeidstaker etter en skjønsmessig vurdering fremstår som urimelig.

Arbeidsgiver kan ha et medansvar for at situasjonen har oppstått, noe som kan telle i arbeidstakers favør ved vurderingen av om en oppsigelse er saklig. Rt-2001-1362, adjunktdommen, gjaldt oppsigelse av en lærer pga. samarbeidsvansker og illojalitet overfor kollegaer. Førstvoterende uttalte følgende om vurderingen: «om arbeidstakers forhold danner tilstrekkelig grunn for oppsigelse, kan arbeidstakers forhold ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng med forhold på arbeidsgiversiden og hva virksomhetens interesser tilsier».⁷⁵

4.4.2 Foreligger det også en rimelighetsnorm etter statsansatteloven?

Stal. § 20 viderefører delvis bestemmelsene i tjml. § 9 og § 10 nr. 2. Forhold som etter sin art kan begrunne avskjed etter stal. § 26, kan også anvendes som oppsigelsesgrunn som følge av den statsansattes forhold. Både ved § 20 og § 26 blir spørsmålet i forhold til problemstillingen, hvorvidt det ved en interesseavveining kan trekkes inn andre forhold enn pliktbruddets art og grad. Altså om spørsmål tilknyttet eksempelvis ansiennitet og at en arbeidstaker rammes hardt av oppsigelsen eller avskjeden kan ha betydning for gyldigheten av vedtaket.

Selv om ikke domstolenes overprøvingsadgang er eksplisitt begrenset på samme måte som i stal. § 19, legges det til grunn i forarbeidene at ved oppsigelser etter bestemmelsen gjelder det alminnelige forvaltningsrettslige saklighetskravet, ikke det arbeidsrettslige saklighetskravet som anvendes i arbeidsmiljøloven.⁷⁶ Det tilsier at det neppe er grunnlag for at domstolene kan innfortolke et ulovfestet rimelighetskrav.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Rt-2001-1362, s. 1376.

⁷⁶ Prop. 94 L (2016-2017) s. 149.

4.5 Avskjed

4.5.1 Rimelighetskrav etter arbeidsmiljøloven

Avskjed etter aml. § 15-14 første ledd forutsetter «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen». Etter arbeidsmiljøloven er det klart at vurderingen ikke bare beror på «det aktuelle misligholdets art og alvor. Avskjed må etter en bredere helhetsvurdering hvor det tas hensyn til de ansattes og bedriftens forhold- ikke fremstå som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon», jf. Rt-2005-518, pornonedlastingsdommen.⁷⁷

I andre tilfeller av mislighold vil det vanligvis være nok at arbeidstakeren fratrer etter oppsigelsestidens utløp. I Rt-1992-1023, flykaptein-dommen, ble det lagt til grunn at avskjedens konsekvenser for arbeidstakeren er et moment i vurderingen av avskjedens rettmessighet. Subjektive rimelighetshensyn kommer imidlertid ikke inn med samme tyngde i saklighetsvurderingen av en oppsigelse når grunnlaget er arbeidstakerens eget forhold som når det begrunnes i virksomhetens forhold, jf. Rt-1992-1023.⁷⁸

I en viss utstrekning kan det også legges vekt på rimelighetshensyn ved oppsigelse pga. arbeidstakers forhold, jf. eksempelvis Rt-1999-184, gummihanske-dommen, der retten la til grunn at «hennes personlige situasjon (måtte) ha kommet sentralt inn i en vurdering av om det var rimelig at arbeidsforholdet skulle opphøre» pga. naskeri av støvkluter og gummihansker.⁷⁹

Oppsummert kan det innfortolkes et rimelighets- og forholdsmessighetskrav ved avskjedsvedtak etter arbeidsmiljøloven. Det samme må nok gjelde ved arbeidstakers forhold ved oppsigelse, jf. Rt-2009-685, webredaktør-dommen, der førstvoterende tar stilling til «om det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør.⁸⁰ Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må vise til gode grunner. Dette støttes av Rt-2011-1674, vaktbytte-dommen, og kan formuleres som et krav om «tilstrekkelig saklig grunn». Det gjelder dessuten et generelt proporsjonalitetsprinsipp, som innebærer at arbeidsgiver må vurdere om mindre inngripende reaksjoner, som advarsel, i stedet kan benyttes, jf. sistnevnte dom.⁸¹

⁷⁷ Rt-2005-518, avsnitt 40.

⁷⁸ Faret og Johnsen, kommentarer til aml. § 15-14 (note 4), arbeidsrett.no (17. februar 2018).

⁷⁹ Faret og Johnsen, kommentarer til aml. § 15-7 (note 10), arbeidsrett.no (17. februar 2018).

⁸⁰ Rt-2009-685, avsnitt 52.

⁸¹ Dalheim (august 2014) kommentarer til aml. § 15-7 (note 620), rettsdata.no (20. februar 2018).

4.5.2 Tilsvarende rimelighetskrav etter statsansatteloven?

Vilkårene for avskjed i stal. § 26 er videreført fra tjml. § 15, og på samme måte som ved aml. § 15-14 må arbeidstaker ha utvist subjektiv skyld.

I desember 2017 kom HR-2017-2479-A, som gjaldt avskjed av en major i Hæren etter tjml. § 15 første ledd bokstav b (nåværende stal. § 26 bokstav d). Saken reiste to problemstillinger, der den første dreide seg om uverdighetsvilkåret i tjenestemannsloven var oppfylt. Altså om vedkommende ved «utilbørlig adferd i eller utenfor tjenesten viser seg uverdigg til sin stilling...» Det var dissens på dette punktet, der flertallet la en bredere vurdering til grunn, da de mente at en måtte ta hensyn til tjenestehistorikken hans. Den andre problemstillingen gjaldt hvorvidt en kunne innfortolke et ulovfestet krav om rimelighet/forholdsmessighet som retten kunne overprøve. Kort oppsummert la retten enstemmig til grunn at det ikke var grunnlag for en slik innfortolkning i tjml. § 15, tilsvarende det som gjelder etter arbeidsmiljølovens avskjedsbestemmelser. Et spørsmål er imidlertid om Høyesteretts flertall likevel gjorde dette i praksis ved den bredere vurderingen de la til grunn.

Førstvoterende trekker i avsnitt 35 frem utgangspunktet for prøvingen og likheten mellom vernet av arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. I motsetning til hva Borgarting lagmannsrett la til grunn i LB-2017-5716, som gjaldt samme bestemmelse, finner Høyesterett grunn til å skille mellom lovene:⁸²

«Samtidig fremheves det at statstjenestens egenart tilsier at regelverket på noen punkter avviker fra arbeidsmiljølovens bestemmelser, jf. Ot.prp.nr.44 (1976-1977) side 6 og Ot.prp.nr.72 (1981-1982) side 7. Det samme er fremhevet i forarbeidene til statsansatteloven av 2017, jf. Prp.94 L (2016-2017) punkt 8.9, hvor det uttrykkelig presiseres at loven samlet sett vil gi de statsansatte minst like godt vern og like gode rettigheter som etter arbeidsmiljøloven.

...Som jeg kommer tilbake til gir bestemmelsen anvisning på en bredere vurdering enn den Forsvarsdepartementet har foretatt i vår sak, men noe rimelighets- og forholdsmessighetskrav, finner jeg ikke grunnlag for å innfortolke...»⁸³

⁸² Som påpekt tidligere er det bare Høyesterett som avsier prejudikater, og lagmannsrettens avgjørelse har ikke noen prejudikatsverdi. Samtidig kan det hevdes at Høyesterett har avgrenset prejudikatsvirkningen til akkurat denne avskjedsbestemmelsen.

⁸³ HR-2017-2479-A, avsnitt 36 og 37.

Førstvoterende konkluderer etter dette med at det ikke grunnlag for å innfortolke noe ulovfestet rimelighets- og forholdsmessighetskrav i tillegg til de lovfestede vilkårene i bestemmelsen. I motsatt fall ville vilkårene for avskjed ikke bare bero på en vurdering av de kritikkverdige forholdenes art og alvor, men også om den statsansatte ble rammet spesielt hardt.

4.5.2.1 Likevel en rimelighetsvurdering i HR-2017-2479-A?

Selv om votumet ved første øyekast taler for at det ikke kan foretas noen rimelighetsvurdering, kan det hevdes at uttalelsen om en «bredere vurdering» i realiteten tilsier et rimelighets- og forholdsmessighetskrav, og en overprøving av disse.⁸⁴ Retten trekker nemlig inn majorens tjenestehistorikk, som et supplement til vurderingen av overtredelsens art og grad som gjøres i forkant.⁸⁵ Førstvoterende er klar på at det er en mangel ved avskjedsvedtaket til Forsvarsdepartementet at det ved uverdighetsvurderingen ikke ble sett hen til tjenestehistorikken, og foretar en helhetsvurdering der majorens gode historikk synes avgjørende for at avskjedsvedtaket blir kjent ugyldig.⁸⁶ Selv om det konkluderes med at «handlingene sett under ett er klart kritikkverdige», veier historikken dermed opp for arten og graden av overtredelsen.⁸⁷

Selv om det kan hevdes at førstvoterende implisitt foretar en rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering, må det påpekes at retten i utgangspunktet forholder seg til de alminnelige rammer for domstolsprøvelse av forvaltningen. Førstvoterende bruker argumentet om at det ikke foreligger noen parallell fra uverdighetsvilkåret til noen avskjedsbestemmelse i arbeidsmiljøloven, og fastslår i den forbindelse at «statstjenestens egenart tilsier at regelverket på noen punkter avviker fra arbeidsmiljølovens bestemmelser».⁸⁸

I lys av avgjørelsen er det ikke grunnlag for å innfortolke noe rimelighetskrav i stal. § 26 bokstav d.

⁸⁴ Marianne Jenum Hotvedt støtter dette i foredrag under arbeidsrettslunsj: «Domstolsprøvelse av statsansattes stillingsvern- adgang til rimelighetsprøvelse?» ved Institutt for privatrett, UiO, 27. februar 2018.

⁸⁵ HR-2017-2479-A, avsnitt 87 flg.

⁸⁶ *Ibid.* avsnitt 89 og 90.

⁸⁷ *Ibid.* avsnitt 84.

⁸⁸ *Ibid.* avsnitt 36

4.5.2.2 Hva med de øvrige avskjedsvilkårene?

Som påpekt tidligere kan det diskuteres i hvilken grad Høyesterett i major-dommen⁸⁹ tar endelig stilling til de andre avskjedsvilkårene i stal. § 26. At det ikke foreligger noen generell avklaring i forhold til de øvrige avskjedsvilkårene, underbygges av votumet: «(h)vorvidt det kreves slike avveininger etter avskjedshjemmelen i § 15 første ledd bokstav a (nåværende stal. § 26 bokstav a til c)⁹⁰ ..., har jeg ikke foranledning til å gå inn på.»⁹¹ Dette kan nok brukes som et argument som taler mot en utvidelse av prinsippet om begrenset prøvelsesrett.

Etter førstvoterendes argumentasjon krever vilkåret «uverdigg» til sin stilling en bredere vurdering enn de øvrige momentene i bestemmelsen.⁹² Altså slik at det Høyesterett eksplisitt uttaler om at det ikke skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, får anvendelse også på de øvrige avskjeds- og oppsigelsesgrunnlag, men at det retten i realiteten faktisk gjør, nemlig å kreve en bredere vurdering, ikke skal gjøres på de øvrige grunnlag? Det fremstår etter min mening som ganske motsigende og bakvendt.

Som flertallet vurderer det i saken, tilsier tjenestehistorikken hans at arten og graden av overtredelsene ikke er tilstrekkelig for avskjedigelse. Det som eksplisitt uttales om bokstav d, om at det ikke foreligger et forholdsmessighetskrav, kan neppe gis tilsvarende anvendelse for de øvrige avskjedsgrunnlagene. Heller ikke kan det i trekkes noen klar parallell til hva som vil gjelde for oppsigelse etter stal. § 20.

4.6 Oppsummert om rettstilstanden i rettspraksis

Der det foreligger rettspraksis om statsansatte, kan en argumentere for at det blir et klart skille mellom den arbeidsrettslige og den forvaltningsrettslige tilnærmingen. Slik rettstilstanden er i dag, utgjør vilkåret om at domstolene kan prøve «lovligheten» av vedtaket, jf. stal. § 34 første ledd bare en prøving av det forvaltningsrettslige saklighetskravet ved avgjørelser etter stal. §§ 19 og 26 bokstav d. Det vil dermed være en begrenset domstolskontroll overfor forvaltningens myndighetsutøvelse, og en forvaltningsrettslig tilnærming for domstolene.

⁸⁹ HR-2017-2479-A.

⁹⁰ Min tilføyelse.

⁹¹ HR-2017-2479-A, avsnitt 37.

⁹² *Ibid.*

4.7 Hva sier forarbeidene om rimelighetsvurderingen?

Ut fra blant annet forarbeidene til statsansatteloven så fremstår det imidlertid som at vurderingsmomentene til vedtaks- og klageorganet i statsansatteloven er tilsvarende som arbeidsgiverskjønnet etter arbeidsmiljøloven.⁹³ En oppsummering av sentrale rettskilder taler i retning av dette:

«I forbindelse med oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold blir det innført en arbeidsrettslig saklighetsvurdering, der virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen vil påføre den statsansatte, skal vurderes...«Kjernen i saklighetskravet er at oppsigelsen foruten å være saklig begrunnet også må være tilstrekkelig saklig overfor den enkelte arbeidstaker.» De momenter som det legges vekt på er arbeidstakerens muligheter på arbeidsmarkedet, arbeidstakerens økonomiske situasjon, alder og ansettelsestid og sosiale forhold.»⁹⁴

Proposisjonen følger opp dette:

«Departementet viser på den ene side til at en slik interesseavveining vil styrke statsansattes rettsstilling, da konsekvenser av oppsigelsen for statsansatte i større grad vil vektlegges ved vurderingen av om oppsigelsen er saklig. Som utvalget påpeker, er det viktig at konsekvensene for statsansatte er en del av denne vurderingen...

Dersom oppsigelsen blir påklaget, skal også klageinstansen foreta en slik interesseavveining. De ulemper som oppsigelsen vil medføre for den ansatte, skal da vurderes spesielt.»⁹⁵

Vurderingsmomentene i arbeidsmiljøloven, fremgår av HR-2017-561-A, Posten 2-dommen:

«Ved denne avveiningen står vanligvis flere vurderingsmomenter sentralt; slik som fremsatt stillingstilbud, arbeidstakers alder, tjenestetid, økonomiske situasjon og utsikter på arbeidsmarkedet holdt opp mot bedriftens behov for å gjennomføre nødvendig nedbemanning.»⁹⁶

⁹³ Det stemmer ikke overens med høringssvaret fra NTL, der det hevdes at departementet anså interesseavveiningen som et forvaltningsrettslig skjønn, ikke arbeidsrettslig interesseavveining: <https://www.ntl.no/Content/136929/cache=20161011154541/Tjenestemannsloven.pdf> (10. februar 2018).

⁹⁴ Statens personalhåndbok 30. juni 2017, publisert PM-2017-8.

⁹⁵ Prop. 94 L (2016-2017) s. 146 og 147.

⁹⁶ HR-2017-561-A, avsnitt 88.

Sammenligner en lovens ordlyd og vurderingsmomentene overfor så fremstår interesseavveiningen som relativt lik etter lovene. At det foreligger noenlunde klare vurderingsmomenter, vil kunne bidra til at arbeidstakers interesser ivaretas ved en interesseavveining. Dette taler for at vedtak som er for inngripende overfor arbeidstaker etter statsansatteloven trolig vil fanges opp av interesseavveiningen som skal foretas av vedtaks- og klageinstansen. Det kan dermed tenkes at konsekvensene av at domstolene ikke kan innfortolke en rimelighetskomponent, i stor grad bli avhjulpet av behandlingen i klageinstansen.⁹⁷

⁹⁷ Mer om dette i avhandlingens punkt 6.2.3.

5 Hvor langt rekker domstolenes prøvelsesrett, og hvilke problemer kan oppstå ved en begrensning av den?

Som det fremgår av kapittel 4 kan det innfortolkes et rimelighets- og forholdsmessighetskrav i vilkårene under arbeidsmiljøloven. Når det gjelder statsansatteloven så er rettstilstanden mer uklar. Om det foreligger et ulovfestet rimelighetskrav henger tett sammen med domstolenes prøvelsesadgang. Dersom det kan innfortolkes en slik norm, kan retten prøve rimeligheten av vedtaket, noe rettspraksis under arbeidsmiljøloven viser.⁹⁸ Hvorvidt det kan legges til grunn et tilsvarende utgangspunkt generelt for statsansatte, skal vurderes i punkt 5.3, før problematiske sider ved en forvaltningsrettslig tilnærming presenteres i punkt 5.4.

5.1 Rollen overfor forvaltningen

Domstolene kan overprøve og ugyldiggjøre forvaltningsvedtak som forvaltningen må rette seg etter. Det bindende og endelige preg som Høyesterettsavgjørelser har, jf. GrL § 88, medfører at domstolene plasseres sentralt i forvaltningsretten.

Selv om domstolenes prøvelsesrett etter Rt-1984-1058, Veslemøy Haslund, må anses å være omfattende, er det grunn til å tro at domstolene vil være tilbakeholdne med å prøve bedriftens skjønnsmessige vurderinger av merkantil, teknisk og økonomisk art.⁹⁹ Dette vil også gjelde oppsigelser som beror på politiske beslutninger utført av folkevalgte organ.¹⁰⁰ Utgangspunktet om en viss tilbakeholdenhet gjelder uavhengig av sektor.

HR-2017-561-A, Posten-dommen 2, viser imidlertid at domstolene kan gå relativt langt i å overprøve arbeidsgivers interesseavveining dersom forholdet tilhører arbeidsmiljøloven.¹⁰¹ Dermed har ansatte i privat virksomhet, samt kommunalt ansatte anledning til å få prøvd alle sider av den arbeidsrettslige interesseavveiningen. Det ble i dommen vektlagt at Posten Norge

⁹⁸ Se bl.a. HR-2017-561-A.

⁹⁹ Jakhelln (2006) s. 444-445.

¹⁰⁰ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo 2004, s. 157.

¹⁰¹ HR-2017-561-A, avsnitt 87 flg.

AS ikke var i noen akutt nedbemanningsprosess, og at det stilte større krav til virksomhetens prioriteringer.¹⁰²

Interesseavveiningen får imidlertid ikke alltid en like sentral rolle i vurderingen.

Førstvoterende i HR-2017-561-A viser til Rt-2008-749, Posten-dommen 1, som gjaldt oppsigelse i forbindelse med nedbemanning etter den daværende aml. § 60 nr. 2, om at interesseavveiningen ikke får stor betydning ved en større nedbemanningsprosess, hvor det ikke finnes annet passende arbeid. I saker som denne, hvor det er blitt tilbudt annet passende arbeid, er det «klart mindre rom for en slik interesseavveining».¹⁰³

Selv om overprøvelsesretten til domstolene er utelukket etter stal. § 19 annet ledd, og det foreligger en forskjell mellom prøvelsesintensitet og prøvelsesrett på dette området, viser dommene at interesseavveiningen ikke alltid får så stor betydning etter arbeidsmiljøloven heller.

5.2 Positiv og negativ idealtipe

Stein Evju har gjennomgått innholdet i begrepet prøvelsesrett i arbeidsrettslig sammenheng.¹⁰⁴ Det mest sentrale er hva og hvordan noe kan prøves. Han oppstiller to idealtyper, som også kan være illustrerende for forholdet i statlig sektor. Den ene er en negativt avgrenset prøvelsesrett, der domstolenes rolle er begrenset til å prøve om en oppsigelse bygger på utenforliggende eller ulovlige hensyn. De kan med andre ord ikke overprøve arbeidsgivers frie skjønn, noe som har en parallell med fritt forvaltningsskjønn.

Den andre idealtypen er den positive, der domstolene dessuten kan prøve arbeidsgiverskjønnet. Det omfatter i tillegg en vurdering av om tilstrekkelig mange saklige momenter er tatt i betraktning. Videre kan domstolene overprøve arbeidsgiverens avveining av det relevante materialet.

Tilnæringsmåtene kan sammenlignes med skillet mellom den kontraktsrettslige og forvaltningsrettslige tilnærmingen, som presenteres av Marianne Jenum Hotvedt og Terese Smith Ulseth.¹⁰⁵ Artikkelen deres omhandler arbeidsgivers styringsrett, og særlig om det skal

¹⁰² HR-2017-561-A, avsnitt 90.

¹⁰³ Rt-2008-749, avsnitt 40.

¹⁰⁴ Evju (2013) s. 82-111.

¹⁰⁵ Hotvedt og Smith (2013) s. 112-138.

legges vekt på rimelighet ved avgrensning av styringsretten på bakgrunn av den individuelle arbeidsavtalen. Rimelighet tilsier i denne sammenheng en avveining av arbeidsgivers behov for endringen opp mot virkningen den har for arbeidstaker.¹⁰⁶

Tilsvarende som den arbeidsrettslige interesseavveiningen, så dreier den kontraktsrettslige innfallsvinkelen seg om styringsrettens omfang på grunnlag av en tolkning og utfylling av arbeidsavtalen. I Rt-2000-1602, Nøkk-dommen, tar retten i bruk de elementer som domstolene benytter ved tolkning og utfylling av kontrakter, som også omfatter rimelighetsvurderinger: «(v)ed tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på... hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen». I Rt-2001-418, Kårstø-dommen, var Høyesterett mer tilbakeholden, og forholdt seg til de allmenne saklighetsnormene: «...det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn».¹⁰⁷

Hovedforskjellen mellom innfallsvinklene er altså om det skal foretas en konkret avveining av de involvertes interesser. Med andre ord om domstolsprøvingen omfatter en rimelighetsvurdering.

5.3 Uenighet i teorien om domstolsprøvelse

Rettspraksis har trukket i ulike retninger hva gjelder prøvelsesretten i statlig sektor, jf. eksempelvis Rt-1984-1058 versus Rt-1988-664, som følger den forvaltningsrettslige tilnærmingen. Dette har forplantet seg i teorien, der forskjellige oppfatninger kan spores tilbake til 1980-tallet. Jan Debes tok da til orde for at domstolene kan undersøke om motiveringen for vedtaket er saklig og lovlig, i tillegg til å prøve om vedtaket gir uttrykk for en reaksjon som loven hjemler.¹⁰⁸ Hva han mener med motiveringen for vedtaket er noe uklart. Trolig sikter han til at det ikke kan bygge på utenforliggende hensyn, som vil rammes av myndighetsmisbrukslæren. Dette taler for at han er nærmest den negative idealtypen.

Arne Fanebust går noe lenger i sitt resonnement. Han mener at uansett om en oppsigelse skyldes virksomhetens forhold eller forhold på arbeidstakersiden, kan den ha store skadevirkninger for den som rammes. Dersom enkelte sider av vurderingene ikke skal kunne overprøves av domstolene, vil det vanskeliggjøre effektiviteten til oppsigelsesvernet.

¹⁰⁶ Hotvedt og Smith (2013) s. 116.

¹⁰⁷ *Ibid.* s. 113.

¹⁰⁸ Debes, Jan, *I statens tjeneste- norsk tjenestemannsrett*, Oslo 1989, s. 233-234.

Fanebust konkluderer således med at domstolene kan overprøve fullt ut de vurderinger som er avgjørende for om en oppsigelse har saklig grunn. Bare dersom oppsigelsen ellers fremstår som vel overveid basert på tilstrekkelig og riktig faktisk grunnlag ved bedriftsøkonomiske avveininger, kan det være grunn til noe varsomhet. I tillegg mener han at det kan prøves om vurderingen har tilstrekkelig bredde.¹⁰⁹

Poenget til Fanebust er at om det bør vises tilbakeholdenhet, er det mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn en begrensning i selve prøvingsretten, jf. Rt-1984-1058.

Argumentene til Fanebust er fremdeles reelle, da flere av de har paralleller til kritikken som kom i forbindelse med forslaget til statsansatteloven. Fanebust står fremdeles ved sitt standpunkt om at domstolene i prinsippet kan kjenne en oppsigelse ugyldig fordi de er uenige i de vurderinger som bedriften har foretatt.¹¹⁰ Da han uttaler seg generelt om prøvelsesretten og trekker frem Veslemøy Haslund-dommen, omfatter utsagnene også statlig sektor. Jakhelln følger det samme synspunktet, og mener at normen etter Rt-1984-1058 vil effektivisere oppsigelsesvernet vesentlig. Han presiserer viktigheten av at vurderingen må ha en tilstrekkelig bredde og at avveiningen av forskjellige momenter må være balansert.¹¹¹

Det er også uenighet når det gjelder domstolsprøving ved utøvelse av styringsrett, som er betegnelsen på arbeidsgivers kompetanse til å treffe beslutninger om virksomheten og ansettelsesforholdene.¹¹² Domstolene har ved avskjeds- og oppsigelsessaker i utgangspunktet en klar overprøvingsrett. Synspunktene om styringsretten har overføringsverdi til avhandlingens tema, siden tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende. Hotvedt og Smith konkluderer etter gjennomgangen av en rekke dommer med at innfallsvinkelen i rettspraksis ikke er enhetlig, og vanskelig kan harmoniseres. De argumenterer for at det ikke er noe rettskildemessig grunnlag for en begrenset prøvelsesrett, og at en kontraktsmessig innfallsvinkel bør være utgangspunktet. Etter den gjensidige lojalitetsplikten i arbeidsforhold og avtaleloven § 36, kan arbeidsavtalen tolkes og utfylles med rimelighetsbetraktninger.¹¹³ Arbeidsgivers endringsadgang må således avgrenses ved en tolkning der partenes interesser avveies i en rimelighetsvurdering.

¹⁰⁹ Fanebust (1987) s. 219 flg.

¹¹⁰ Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, Oslo 2017, s. 384.

¹¹¹ Jakhelln (2006) s. 430.

¹¹² Fougner (2016) s. 211.

¹¹³ Hotvedt og Smith (2013) s. 117-119.

Hotvedt og Smith nevner for øvrig at det er ulike oppfatninger om et ulovfestet saklighetskrav som begrenser arbeidsgivers styringsrett, skal åpne for rimelighetsvurderinger eller ikke. De tidligere nevnte, Jakhelln og Evju argumenterer for at det foreligger, i motsetning til Fougner.¹¹⁴

Fougner mener at arbeidsgivers frie skjønn ikke overprøves, noe som innebærer at styringsrettsbeslutningens rimelighet eller hensiktsmessighet ikke kan prøves med mindre lov gir anvisning på det.¹¹⁵ Domstolene har heller ikke forutsetninger for å avgjøre hva arbeidsgiver bør beslutte innenfor rammen av den fastlagte kompetanse. Det er ikke et klart behov for at domstolene kontrollerer enhver side av beslutningene. Domstolene kan prøve om arbeidsgiver kan treffe en bestemt beslutning, ikke hva innholdet bør være. Hva som er hensiktsmessig er ikke egnet for domstolskontroll.¹¹⁶ Tilnærmingen hans kan sammenlignes med prøvingsintensiteten i forvaltningsretten.

Hotvedt og Smith påpeker at et ulovfestet saklighetskrav heller ikke har noe solid rettskildemessig forankring, men argumenterer for dette ut fra bl.a. lojalitets- og rimelighetshensyn og rettsikkerhetsbetraktninger.¹¹⁷ Eivind Smith sin argumentasjon kan tas til inntekt for dette, da han mener at rettstilstanden ikke kan tegnes ut fra rettspraksis alene. Han fastslår at forvaltningens kompetanse er satt sammen av regelfragmenter. Høyesterettspraksis kan spille en viktig rolle, men det gjelder ikke alltid. Rettspraksis må avveies mot det totale sett av relevante argumenter. Der rettsavgjørelser er sprikende, får andre hensyn og argumenter større vekt.¹¹⁸ Dette tilsier er at dersom rettspraksis gir lite veiledning, må vil et grunnleggende rettsstatsprinsipp som rettssikkerhet fort komme i forgrunnen.

5.3.1 Gjeldende rett tilsier at utgangspunktet er prøvelsesrett

Mesteparten av argumentene fra juridisk teori tilsier at utgangspunktet er at domstolene generelt sett kan overprøve rimeligheten av en arbeidsrettslig tvist, også under statsansatteloven. I lys av at rimelighetskravet i utgangspunktet kan overprøves, er det lite holdepunkter for en motsatt konklusjon. Altså vil det ved gjeldende rett neppe kunne anses å

¹¹⁴ Hotvedt og Smith (2013) s. 119.

¹¹⁵ Fougner (2016) s. 223.

¹¹⁶ *Ibid.* s. 213.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Smith, Eivind, Jussens Venner 1976, s. 187-188.

være en begrenset prøvelsesrett utover det som allerede foreligger i kraft av autoritative rettskilder.¹¹⁹ Til dette er de motstridende hensynene for mange og sterke, noe den videre fremstillingen viser.

5.4 Problemer med en forvaltningsrettslig tilnærming

Departementet har argumentert mot en adgang til domstolsprøvelse, siden den forvaltningsrettslige tilnærmingen ikke utgjør noen særlig forskjell fra prøvelsesretten etter arbeidsmiljøloven. Forvaltningsrettslige regler fungerer som et supplement til arbeidsmiljøloven i offentlig sektor.¹²⁰ Dette understøttes av argumentet om at tilfellene av myndighetsmisbruk omfattes i stor grad av arbeidsmiljølovens krav om at oppsigelsen må være rimelig og saklig. Dermed tas det til orde for at prøvelsesretten neppe er veldig annerledes innenfor forvaltningsrettens område enn utenfor.¹²¹

I hvilken grad dette gjelder i motsatt retning kan imidlertid diskuteres. Det er en del som tyder på at det forvaltningsrettslige saklighetskravet ikke fanger opp den arbeidsrettslige interesseavveiningen. Rettspraksis tilsier at tilnærmingene utgjør en klar forskjell med tanke på hvilke elementer som inngår i en vurdering. En overprøving av «lovligheten» av klageinstansens vedtak, jf. stal. § 34 første ledd, vil bare innebære en overprøving av det forvaltningsrettslige saklighetskravet. Etter gjeldende rett omfatter det bare stal. §§ 19 og 26 bokstav d. Den økte vekten på individuelle hensyn i arbeidsmiljøloven er dermed sett bort fra ved disse bestemmelsene. Rammene for skjønnsutøvelsen vil være den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren og de generelle saksbehandlingsreglene. Det foreligger ikke noe rimelighetskrav, og domstolene må i utgangspunktet avstå fra å prøve de avveininger som forvaltningen har foretatt, fullt ut.

5.4.1 Rettspraksis etter myndighetsmisbrukslæren

Prøvingsintensiteten ved den forvaltningsrettslige tilnærmingen er i tråd med den tradisjonelle oppfatningen i forvaltningen, og vil medføre et vidt handlingsrom for arbeidsgiver.¹²²

¹¹⁹ Stal. §§ 19 annet ledd og 26 bokstav d.

¹²⁰ Prop. 94 L (2016-2017) s. 16.

¹²¹ Faret og Johnsen, kommentarer til aml. § 15-7 (note 2), arbeidsrett.no (20. februar 2018).

¹²² Se bl.a. LB-2017-5716.

Videre skal rettspraksis om myndighetsmisbruk anvendes for å illustrere at det kan oppstå vanskelige grensdragninger dersom domstolene skal anvende det forvaltningsrettslige saklighetskravet.

5.4.1.1 Sterkt urimelig eller uforholdsmessig

Et sterkt urimelig vedtak foreligger der det er et åpenbart misforhold mellom forvaltningens fordeler med vedtaket og den privates ulemper, jf. Rt-2011-111, som bl.a. gjaldt tilbakekall av drosjeløyver. Det må altså foreligge en manglende balanse, og førstvoterende uttaler at «det skal mye til for at domstolene setter til side et vedtak som beror på forvaltningens frie skjønn på grunn av urimelighet».¹²³ Retten konkluderer dermed i avsnitt 72 med at vedtaket ikke var sterkt urimelig, til tross for at det var «åpenbart at det rammer han hardt og vil få økonomiske konsekvenser for ham».¹²⁴ Det kan hevdes at dersom det ikke innfortolkes noe rimelighets- og forholdsmessighetskrav, kan resultere i at statlige virksomheters behov får en større plass i saklighetsvurderingen enn det som er hensiktsmessig.

En annen sentral dom er Rt-1951-19, Mortvedt-dommen, der fire drosjeeiere ble nektet drosjebevilling siden de hadde vært passive medlemmer av NS under krigen. Høyesterett reagerte mot at en så beskjeden bistand til fienden skulle medføre tap av retten til å utøve sitt gamle yrke. Nektelsen ble kjent ugyldig fordi den var «så urimelig og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning» at den måtte anses rettsstridig.¹²⁵ Dommen er ekstra interessant i denne sammenheng siden den gjelder retten til å utøve yrke/næring, som også har en parallell til arbeidsrettslige rettigheter. Den viser at individuelle hensyn spiller en rolle i forvaltningsretten. Riktignok var dette et graverende tilfelle, som neppe er særlig anvendelig til å sette en generell norm for forvaltningens handlingsrom.

I de fleste saker der urimelighet er påberopt, har kravet ikke ført frem, jf. eksempelvis Rt-1997-1784, der argumentet «grovt» eller «sterkt» urimelighet er uttrykkelig nevnt. For at domstolene skal underkjenne forvaltningsavgjørelser med denne begrunnelse, skal det etter dommen «svært mye til».¹²⁶

¹²³ Rt-2011-111, avsnitt 71.

¹²⁴ Den strenge standarden er fulgt opp senest i LB-2017-5716.

¹²⁵ Eckhoff og Smith (2010) s. 420-421.

¹²⁶ Rt-1997-1784, s. 1795.

Normen om svært urimelige resultater tilsier også et forholdsmessighetskrav. Det uproporsjonale kan gjøre et vedtak urimelig dersom det er et misforhold mellom mål og middel. Det er i teorien omtvistet om det gjelder et generelt krav om forholdsmessighet i forvaltningsretten.¹²⁷ Et slikt prinsipp er mer anerkjent innenfor den Europeiske menneskerettskonvensjonen, og vil i utgangspunktet være et rettslig skjønn som kan overprøves.¹²⁸ Uansett må forvaltningen vurdere forholdsmessigheten før et vedtak treffes. Dersom vedtaket byr på tvil, må begrunnelsen vise at de relevante hensynene har vært vurdert og avveid. Riktignok kan en neppe anta at det finnes et generelt krav om forholdsmessighet i vedtakenes innhold, selv om det finnes et sjeldent eksempel på dette i Rt-1973-460, hønsefarm-dommen. Rt-2008-560 bekrefter dette, hvor retten i avsnitt 48 fastslår at det etter «den alminnelige myndighetsmisbrukslæren» ikke «gjelder noen generell forholdsmessighetsbegrensning».¹²⁹

5.4.1.2 Utenforliggende hensyn

Rettspraksis gir ofte et spinkelt underlag for å bestemme innholdet, dersom en ser på fåtallet av saker som blir behandlet. De fleste viktige dommene i forvaltningsretten blir muliggjort med det innholdet de fikk pga. ganske tilfeldige omstendigheter i saksmaterialet. Rt-1933-548, Rådhusospitsdommen, er et eksempel på det. Dersom representanten som var usikker når det var stemmegivning i formannskapet hadde begrunnet sin votering på en annen måte,¹³⁰ kunne avgjørelsen fort fått et annet resultat. Den ville dermed blitt lite egnet som grunnlag for å fastslå at det var utenforliggende hensyn etter myndighetsmisbrukslæren.¹³¹

5.4.1.3 Andre elementer

Selv om normen om at det ikke skal treffes svært urimelige vedtak mv. spiller en beskjeden rolle i praksis, kan domstolene finne andre grunner til å underkjenne vedtak som de anser som urimelige, jf. Rt-1981-745, Isene-dommen. Retten kjente et forkjøpsvedtak ugyldig, og fastslo at det etterlot «tvil om alle relevante forhold har vært overveiet», og det var «ikke mulig å avgjøre om departementet har lagt en riktig rettsoppfatning til grunn». Domstolen fastslo at vedtaket «fremtrer som... lite rimelig», noe som var medvirkende til domsresultatet.¹³²

¹²⁷ Eckhoff og Smith (2010) s. 424.

¹²⁸ Riktignok ikke et eksplisitt forholdsmessighetskrav, men nødvendighetskrav i f.eks. EMK art. 8 nr. 2.

¹²⁹ Eckhoff og Smith (2010) s. 424-426.

¹³⁰ Rt-1933-548, s. 550-551.

¹³¹ Smith (1976) s. 193.

¹³² Eckhoff og Smith (2010) s. 418 flg.

Det kan tenkes at selv om domstolene etter den forvaltningsrettslige tilnærmingen skal være tilbakeholdne med å prøve rimelighetskravet, lettere kan blande seg inn i arbeidsgiverskjønnet dersom virksomhetens vurderinger virker lite overveiet og grundige.

5.5 Rimelighetssensur i domstolene

Det kan nemlig være modifikasjoner fra utgangspunktet om at domstolene avstår fra å overprøve arbeidsgivers vurderinger. Dersom domstolene anser arbeidsgiverskjønnet som vilkårlig eller resultatet som sterkt urimelig, kan den være mer tilbøyelig til en offensiv holdning overfor vurderinger som ellers tilhører arbeidsgiverskjønnet.¹³³ Det er trolig dette Høyesterett gjør i Rt-2005-518, pornonedlastingsdommen, der retten kom til at en avskjed fremstod som en «uforholdsmessig reaksjon» som var preget av vilkårlighet.¹³⁴

I tilfeller der arbeidstaker blir avskjediget pga. overtredelser, kan også arbeidsgivers forhold spille inn i rimelighetsvurderingen. Det vil tale i arbeidstakers favør dersom arbeidsgiver ikke reagerer overfor den ansattes overtredelse innen rimelig tid. Passivitet kan anses som å gi avkall på sin rett til å gi avskjed.¹³⁵ I sogneprest- dommen,¹³⁶ som gjaldt statlig sektor, vurderte lagmannsretten om de svakheter som forelå ved arbeidsgivers opptreden kunne spille inn på tillitstapet som medførte avskjed. Konklusjonen ble riktignok at alvorlighetsgraden av handlingene til arbeidstaker tilsa at tillitstapet ville oppstått uavhengig av bedriftens forhold. Vurderingen viser likevel at arbeidsgivers passivitet med tanke på å f.eks. avverge et tillitstap også kan trekkes inn vurderingen.

Utover vedtakets preg av vilkårlighet, kan det tenkes at det i realiteten var forskjellsbehandling som ble avgjørende i pornonedlastingsdommen. Førstvoterende, som samtlige dommere slutter seg til, fastslo at avskjeden bar preg av å virke vilkårlig siden det tidligere hadde forekommet tilsvarende brudd på det interne reglementet, uten at arbeidsgiver hadde sanksjonert de som hadde begått bruddene.¹³⁷

Saken kan illustrere viktigheten av at det foreligger en adgang til rimelighetssensur, slik at vedtaket ikke blir for inngripende overfor arbeidstaker. Dersom domstolene ikke kan overprøve den konkrete avveiningen i tvister, kan det tenkes at slike tilfeller blir oversett.

¹³³ Eckhoff og Smith (2010) s, 425.

¹³⁴ Rt-2005-518, avsnitt 58.

¹³⁵ Faret og Johnsen, kommentarer til aml. § 15-14 (note 4), arbeidsrett.no (17. februar 2018).

¹³⁶ LB-2017-5716.

¹³⁷ Rt-2005-518, avsnitt 49 flg.

Vilkårslighet f.eks. med henhold til håndhevingen av generelle bestemmelser i et lignende tilfelle som i pornonedlastingsdommen, vil neppe bli sensurert etter myndighetsmisbrukslæren. En gjennomgang av rettspraksis bekrefter det.

5.6 Vanskelig grensedragning

Oppsummert har vi i nyere tid svært få eksempler på at vedtak er kjent ugyldig med grunnlag i læren om myndighetsmisbruk. Dermed er det vanskelig å fastslå hvor mangelfull saksbehandling som må til, og hva som setter konkrete rammer for det frie skjønnet. Det dermed liten grunn til å anta at rettspraksis gir noe representativt inntrykk av forvaltningens praksis under ett. Det er tendenser til sammenklumping av saker på enkelte små felter, jf. eksempelvis Rt-1951-19.¹³⁸ Eivind Smith hevder således at domstolspraksis ofte gir et spinkelt grunnlag for å bestemme innholdet av en alminnelig misbrukslære.¹³⁹

Selv om forvaltningen er gitt en sentral rolle med tanke på å treffe avgjørelser etter statsansatteloven, er det viktig å påpeke at domstolene likevel er kompetente til å slå ned på myndighetsmisbruk. Således burde domstolspraksis gi uttrykk for denne grensen, selv om det krever at forvaltningen nærmer seg grenser som f.eks. myndighetsmisbrukslæren oppstiller.¹⁴⁰

¹³⁸ Smith, Eivind (1976) s. 193.

¹³⁹ *Ibid.* s. 188.

¹⁴⁰ *Ibid.* s. 189.

6 Kritiske betraktninger om gjeldende rett

6.1 Omfanget av prøvelsesbegrensningen

Selv om det alminnelige utgangspunktet ellers i arbeidslivet er rimelighetsprøvelse av arbeidsgiverskjønnet, og det er svakheter ved Høyesteretts avgjørelse i HR-2017-2429-A, og lovgivers prøvingsbegrensning i stal. § 19 annet ledd, er disse autoritative kilder som gir et klart grunnlag for begrenset prøvelsesadgang innenfor deres område.

Som sammenfatningen av juridisk teori viser kan imidlertid en begrenset adgang til domstolsprøving gå utover rettsikkerheten. Rettspraksis innenfor forvaltningsretten viser at det skal graverende tilfeller til for at noe fanges opp av saklighetskravet. Dessuten er sakene om myndighetsmisbruk så fåtallige at det er vanskelig å oppstille en forutsigbar norm med faste vurderingskriterier.¹⁴¹ Dersom domstolene ikke kan ta i betraktning individuelle rimelighetshensyn, får arbeidsgivere trolig et stort spillerom. Bl.a. Advokatforeningen er kritiske til den forvaltningsrettslige tilnærmingen:

«De arbeidsrettslige saklighetskrav har tatt opp i seg tradisjonelle forvaltningsrettslige krav om at beslutninger skal bygge på et forsvarlig faktisk grunnlag, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn, jf. særlig Rt-2000-1602 (Nøkk) og Rt-2001-418 (Kårstø). Samtidig synes interesseavveiningen etter arbeidsretten å gå lenger enn den forvaltningsrettslige lære om myndighetsmisbruk.»¹⁴²

Etter Advokatforeningens syn er de arbeidsrettslige saklighetsprinsipper dekkende, og vil gi et mer enhetlig vern av de statsansatte. Med andre ord frykter de at arbeidsgivers fleksibilitet som fremheves i proposisjonen kan ta overhånd.

6.2 Kritikk av HR-2017-2479-A og proposisjonen

Selv om Høyesterett i major-dommen ikke tar stilling til hva som vil gjelde ved andre styringsrettsbeslutninger, kan en trolig anta at domstolene generelt vil være forsiktig med

¹⁴¹ Se avhandlingens punkt 5.4 flg.

¹⁴² Advokatforeningens høringsuttalelse (punkt 3.14):

<https://www.advokatforeningen.no/aktuelt/horingsuttalelser/2016/juli/forslag-til-ny-lov-om-statens-ansatte/> (5. februar 2018).

overprøvingen av vedtakets rimelighet dersom de ser at dette har vært grundig vurdert av klageinstansen.

Uansett om Høyesterett implisitt foretok en rimelighetsvurdering for å oppnå et godt resultat i den konkrete saken, burde nok retten likevel ha bidratt til både rettsenhet og rettsavklaring i større grad. Særlig når rettstilstanden angående adgangen til domstolsprøving er så uklar og omstridt som den er. Det hadde trolig vært nyttig med en mer generell klarhet rundt hvordan domstolene skal forholde seg til statlige arbeidsgiveres vurderinger ved andre arbeidsrettslige beslutninger.

6.2.1 Grunnlag for å skille mellom statlig og annen sektor?

Proposisjonen og major-dommen bruker statens særpreg og statstjenestens egenart som grunnlag for at regelverket for statsansatte avviker fra arbeidsmiljøloven.¹⁴³ Førstvoterende viser i HR-2017-2479-A til statsansattes klageadgang, der en kan få prøvd «lovligheten» av klageinstansens vedtak. Dette er muligens et argument for at avgjørelsen har konsekvenser for mer enn avskjedssituasjonen i den konkrete saken. Deretter henvises det kort til Rt-1988-664 og Rt-1982-1729, som gjaldt henholdsvis en voldtekstdømt husmaler og en lektor som var Holocaustfornekter. Disse dommene fulgte den forvaltningsrettslige tilnærmingen, og går dermed bort fra fokuset på individuelle rimelighetshensyn som blir vektlagt i bl.a. Rt-2005-518 og LB-2017-5716.

Rettspraksis og teori fremhever at det over mange år har vært en klar utvikling i retning av å vektlegge individuelle hensyn.¹⁴⁴ At det er klare momenter mot den retningen Høyesterett argumenter, tilsier at begrunnelsen burde vært grundigere. Begrunnelsen for begrensingen av prøvelsesretten fremstår etter undertegneds mening som lite overbevisende.¹⁴⁵

Videre kan det være grunn til å være skeptisk til begrunnelsen om statens særpreg som er brukt gjennomgående i proposisjonen som grunnlag for å skille statsansatte fra andre arbeidstakere.¹⁴⁶

6.2.1.1 Er statens særpreg en legitim begrunnelse?

Samfunnsutviklingen tilsier at offentlig virksomhet skal drives mer som en bedrift, og således

¹⁴³ Se HR-2017-2479-A, avsnitt 36 og Prop. 94 L (2016-2017) s. 180.

¹⁴⁴ Fougner (2015) s. 149-151.

¹⁴⁵ Ytterligere argumenter mot HR-2017-2479-A, følger av avhandlingens punkt 6.2.2 flg.

¹⁴⁶ Prop. 94 L (2016-2017) s. 180.

kunne ta høyde for svingninger som kan begrunnes i virksomhetens forhold. Hvorfor domstolene ikke skal kunne overprøve hvorvidt oppsigelsen er rimelig overfor arbeidstaker, kan tenkes å bli problematisk, siden skillet mellom privat og statlig virksomhet er blitt mindre enn tidligere. Det er flere betenkelige sider ved begrunnelsen, og statens særpreg kan neppe fungere som et tilstrekkelig grunnlag for en begrenset overprøvelsesrett overfor stillingsvernssaker generelt.

Finansdepartementet var mot forslaget til ny bestemmelse om oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, siden de frykter at det kan ha uheldige konsekvenser:

«En grunnleggende forskjell mellom privat og offentlig virksomhet er at statens virksomheter ikke kan gå konkurs. Den nye regelen baserer saklig grunn for oppsigelse på en avveining av virksomhetens behov mot de ulemper en oppsigelse påfører den statsansatte... Som system vil det kunne bli lite bærekraftig over tid, og i realiteten adskille seg fra tilsvarende avgjørelser for private virksomheter som kan risikere å gå konkurs hvis de ikke får tilpasset bemanningen, og dermed utgiftene, til inntektene... De nåværende reglene (tjml. § 10 nr.1)¹⁴⁷ som gir hjemmel for oppsigelse når stillingen inndras eller arbeidet faller bort fyller dette behovet og er lettere å anvende på en konsekvent måte enn forslaget i høringsforslaget.»¹⁴⁸

Finansdepartementets argumentasjon bygger på en premiss om at interesseavveiningen alltid vil slå ut til gunst for arbeidstaker. De mener at man derfor ikke bør inkludere en interesseavveining nettopp fordi en statlig virksomhet ikke kan gå konkurs- og dermed vil interesseavveiningen alltid vippe i arbeidstakers favør. Imidlertid er dette slett ikke sikkert. I praksis har kravene om interesseavveining- også for privat virksomhet- vært ansett som en sikkerhetsventil. Den reelle «bremsen» for oppsigelse er vurderingen av om det foreligger «annet passende arbeid». Dermed er neppe interesseavveiningen i seg selv et problem, slik anførselen bygger på.

At statlige virksomheter ikke kan gå konkurs, tilsier snarere tvert om at statlige virksomheter ikke har det samme behovet for fleksibilitet som private bedrifter har. Hvorfor virksomheter i staten står friere i sin vurdering med tanke på begrensningen i prøvingsadgangen for domstolene, kan være vanskelig å forstå. Det skal trolig mye til for å begrunne ulik regulering

¹⁴⁷ Min tilføyelse.

¹⁴⁸ Prop. 94 L (2016-2017) s. 141.

for statsansatte og i annen virksomhet: «...lovreguleringen av arbeidsforholdene til ansatte i staten bør være den samme som for andre arbeidstakere, med mindre det foreligger særegne forhold som tilsier at det er behov for forskjellig regulering».¹⁴⁹ Jeg stiller meg tvilende til om behovet for raske omstillinger og krav om økt effektivitet utgjør forhold som kan begrunne en forskjell mellom arbeidsmiljøloven og statsansatteloven.

6.2.2 Forholdet til kommuneansatte

I lys av det totale rettskildebildet, fremstår argumentasjonen i LB-2017-5716, etter min mening som bedre begrunnet enn i HR-2017-2479-A, på flere måter. I den førstnevnte dommen brukes den økte vektleggingen av individuelle rimelighetshensyn, samt grunnleggende vernehensyn som argumenter for at de samme hensynene spiller vel så mye inn i statlig sektor som i privat og kommunal næring. I motsetning til HR-2017-2479-A, mener ikke lagmannsretten at det at det økte fokuset på individet som skjedde med utgangspunkt i arbeidsmiljølovens saklighetskrav kan begrunne en forskjell mellom sektorene hva angår prøvelsesadgangen.

Lagmannsretten viser til forholdsmessighetsvurderingen som inngår som en viktig begrensning av arbeidsgivers handlingsrom. Vurderingen kan sammenlignes med vurderingen i Rt-2009-685, webredaktør-dommen, der førstvoterende foretok en samlet avveining av begge parters behov, og vurderte om det kunne anses som rimelig og naturlig at arbeidsforholdet ble brakt til opphør.¹⁵⁰ Altså ble det gjennomført en prototype på en rimelighetsvurdering.

Retten kom i Rt-2009-685 frem til at oppsigelsen bl.a. var ugyldig som følge av at fylkeskommunen hadde brukt for lang tid før mannen ble oppsagt. I likhet med HR-2017-2479-A, ble det foretatt en bredere vurdering der alle forhold ved saken ble trukket inn. Dette tilsier at momentet om at statsansatte har klageadgang, jf. fvl. § 3, i motsetning til kommuneansatte trolig ikke har særlig stor betydning. Å begrunne forskjellen ut fra adgangen til klageinstansbehandling, fremstår dessuten som sviktende. Eksempelvis mener YS Stat at begrensningen av prøvelsesretten er uheldig og at regelen mangler både politisk og faglig begrunnelse.¹⁵¹

¹⁴⁹ Tjenestemannslovutvalgets rapport (2015) s. 89.

¹⁵⁰ Rt-2009-685, avsnitt 52.

¹⁵¹ YS Stat sine hjemmesider: <https://www.jegerstatsansatt.org/single-post/2017/06/29/1-juli-trer-den-nye-statsansatteloven-i-kraft> (26. januar 2018).

Støtte for en slik anførsel følger av annen rettspraksis. I Rt-2011-841, *Osloskolen*, velger retten den forvaltningsrettslige tilnærmingen på grunnlag av at arbeidstakeren var kommunalt ansatt. Dermed er dette neppe en tilstrekkelig forklaring på at dommen avviker fra tidligere rettspraksis, da retten både i Rt-2000-1602 og Rt-2009-1465, valgte en kontraktsrettslig tilnærming, selv om det gjaldt kommuneansatte.¹⁵²

Arbeidsfordelingen mellom domstoler og den utøvende makt er i følge departementet en forutsetning for Grunnloven, og er noe som også benyttes i begrunnelsen til statsansatteloven.¹⁵³ Hotvedt og Smith påpeker at en slik begrunnelse ikke foreligger i arbeidsrettssaker, og fremhever at sakene om styringsrett gjelder arbeidstakers privatrettslige krav overfor arbeidsgiver, noe som trolig er et poeng ved oppsigelse også. Utgangspunktet om at arbeidsforholdet bygger på avtale gjelder uavhengig av om arbeidsgiver er offentlig virksomhet eller en kommune.¹⁵⁴ Følgelig vil de samme hensynene gjøre seg gjeldende for statsansatte.

Når det er sagt, er et viktig moment at arbeidstakerne innenfor arbeidsretten og i kommunal sektor ikke har noen klagemulighet som ved forvaltningsvedtak. En beslutning i domstolene er eneste måten å få prøvd beslutningen til arbeidsgiver. Selv om flere hensyn taler for at en ordning med full prøvelsesrett er mest gunstig, fremstår klageadgangen som en vesentlig modifikasjon fra utgangspunktet etter arbeidsretten.¹⁵⁵

Derimot er forfatterne klare på at kontraktsretten har gjennomgått en utvikling, og gir et betydelig rom for rimelighetsvurderinger og sosiale hensyn. Når rimelighetsvurderinger bør få en sentral rolle i tilknytning til styringsretten, taler det for at dette kravet også må gjelde ved avskjedigelser og lignende, som har større konsekvenser for arbeidstaker. Dette taler mot Høyesteretts tilbakeholdenhet i HR-2017-2479-A. Samtidig som styringsretten har en viktig funksjon når det gjelder å tilpasse avtaleforholdet til endrede omstendigheter, er det vesentlig at arbeidsavtalen skal sikre vern av den ansatte.¹⁵⁶

På samme måte som statlige virksomheter etter intensjonen i proposisjonen skal ha mulighet til å være fleksible uten at domstolene skal blande seg inn, er det viktig for rettssikkerheten til den svake parten i avtaleforholdet at domstolen kan overprøve arbeidsgivers vurderinger.

¹⁵² Hotvedt og Smith (2013) s. 118.

¹⁵³ Prop. 94 L (2016-2017) s. 147.

¹⁵⁴ Hotvedt og Smith (2013) s. 118.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.* s. 137.

Hotvedt og Smith mener at interesseavveiningen er et nødvendig verktøy for å trekke opp grensene for arbeidsgivers styringsrett. I lys av retts tekniske hensyn og hensynet til harmoni i rettssystemet kan det hevdes at dette også bør gjelde ved blant annet oppsigelse av arbeidstaker. Det kan dermed være en god grunn til å være kritisk til at domstolsprøvingen begrenses i statsansatteloven § 19 annet ledd.

6.2.3 Klageinstansens behandling

Lagmannsretten påpeker i LB-2017-5716 at dersom det ikke er adgang til domstolsprøving, vil virksomhetens handlefrihet bli for stor i forhold til den svakere parten i arbeidsforholdet. Lagmannsretten mener heller ikke at statsansattes klageadgang utgjør et legitimt argument for å veie opp for den manglende rettssikkerheten disse mister ved å ikke kunne reise søksmål for domstolene. En rettssikkerhet bestående av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og i statsansatteloven, fremstår som mangelfull i forhold til en fullstendig domstolsprøving.

Norsk tjenestemannslag er også kritiske til denne klageretten, og henviser til at domstolsbehandling inneholder prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som bevisumiddelbarhet og muntlig forklaringer.¹⁵⁷ Ved saksbehandlingen i forvaltningen foregår bevisføringen skriftlig og gjennomføres vesentlig raskere. Videre er både vedtaks- og klageorganet statlige forvaltningsorganer, og i noen tilfeller innenfor samme statlige virksomhet. Leder av NTL Nasjonalt Folkehelseinstitutt viser til at for deres ansatte er dette Helse- og omsorgsdepartementet, som har pålagt dem å kutte antallet ansatte.¹⁵⁸ Altså blir det som «bukken og havresekken». Selv om den statsansatte kan forklare seg muntlig, ivaretar det neppe de samme rettssikkerhetsgarantier som en uavhengig domstolsbehandling gjennom flere rettsinstanser.

6.2.3.1 Blir feil rettet opp i samme grad som i domstolene?

I lovkommentarene er en skeptisk til om feil i førsteinstansen vil bli avhjulpet gjennom klageinstansbehandling, men påpeker at det sjeldent er grunn til å tro at feilen i underinstansen vil ha hatt innvirkning på klageorganets avgjørelse. Riktignok vil det dersom eksempelvis saksbehandleren i underinstansen var inhabil, og klageorganet ikke var klar over

¹⁵⁷ Norsk tjenestemannslags internettider: https://medlem.ntl.no/nyheter?p_document_id=139791 (10. februar 2018).

¹⁵⁸ *Ibid.*

dette, være grunn til å tro at vedtaket ikke er blitt etterprøvd så godt som den ville blitt dersom inhabiliteten var kjent.¹⁵⁹

I grensetilfeller kan det oppstå problemer der virksomheten oppgir den ansattes manglende tilpasning til arbeidet som grunnlag for oppsigelse, selv om det i realiteten er tatt utenforliggende hensyn. Etter arbeidsmiljøloven er det klart at domstolene generelt bør være tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers vurderinger, jf. eksempelvis Rt-2003-1071. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven presiserer imidlertid at domstolene likevel «ikke kan være avskåret fra å foreta en realitetsvurdering av hva som virkelig er grunnen for oppsigelsen, og herunder prøve om de oppgitte grunner er holdbare».¹⁶⁰ Her er det et grunnleggende skille mellom prøvingsadgang og prøvingsintensitet. Dersom domstolene forholder seg til det forvaltningsrettslige saklighetskravet, kan det tenkes at arbeidsgiver kan omgå ugyldighet ved å unnlate å dokumentere det virkelige hendelsesforløp.

¹⁵⁹ Bernt, Jan F. (desember 2017) kommentar til fvl. § 41 (note 1044), rettsdata.no (15. februar 2018).

¹⁶⁰ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 76.

7 Sammenligning

I Norden er det klare forskjeller hva angår stillingsvernet. Norge, Finland og Sverige har innført allmenn arbeidervernlovgivning med lovfestet saklighetskrav for oppsigelse. Danmark og Island har hatt et annet tyngdepunkt, og førstnevnte er preget av kollektive overenskomster og har ingen tilsvarende lovgivning som de tre førstnevnte landene.¹⁶¹

Videre vil jeg konsentrere meg om svensk rett, siden den trolig ligner mest på vår rett.

7.1 Svensk tjenestemannsrett

I Sverige er det ikke noe skille mellom statlig og privat virksomhet, og de har en felles *lag om anställningsskydd* (heretter LAS).¹⁶² Oppsigelser grunnet personlige grunner og manglende arbeidskraftsbehov reguleres av LAS § 7, mens avskjedigelser skjer etter LAS § 18. Til forskjell fra om saklig grunn foreligger for oppsigelse pga. personlige grunner etter LAS § 7, tas det ved bedømmelsen om avskjed skal gis, jf. § 18, ikke i betraktning alder, ansiennitet, tidligere feilfri tjenestegjøring osv.¹⁶³

Selv om det er noen forskjeller fra norsk rett, så er full overprøvelse utgangspunktet i alle landene. Et annet fellestrekk er at domstolsprøvelsen er mindre intens ved oppsigelser grunnet virksomhetens forhold enn ved de som skyldes arbeidstaker. Dermed er det sjelden at rasjonaliseringsbehov underkjennes, men en utvelgelse kan prøves.¹⁶⁴ I Sverige innebærer det at sannsynliggjort arbeidsmangel pga. reell «arbetsbrist» (manglende arbeidskraftsbehov) normalt anses som saklig grunn. Dette følger av *uppsägningstvistutredningen*, der det fastslås at det som utgangspunkt ikke foretas noen prøvelse av de bedriftsøkonomiske vurderinger som arbeidsgivers beslutninger bygger på.¹⁶⁵

Det sentrale i oppsigelsesvernet er at arbeidsgiver ikke fritt kan si opp hvem som helst, jf. turordningsregelen i LAS § 22. Sverige har altså lovfestede bestemmelser om hvem som skal

¹⁶¹ Regjeringens nettsider: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ad/publikasjoner/rapporter/2010/r_2010_econ_stillingsvern.pdf s. 48 flg. (5. april 2018).

¹⁶² Lag 24. februar 1982 nr. 80 om anställningsskydd.

¹⁶³ Lovkommentarer på <https://lagen.nu/1982:80> (10. april 2018).

¹⁶⁴ Fougner (2015) s. 149.

¹⁶⁵ SOU 2012:62 s. 46.

sies opp i en nedbemanning. Her er hovedregelen at den som sist ble ansatt er den første som går av.¹⁶⁶

Statsansatte kan påklage saker til Statens överklagandenämnd, som kan overprøve alle sider og tilsidesette beslutningen.¹⁶⁷ Dette har likheter med ordningen med klagebehandling i Norge. Sverige har imidlertid ingen prøvelsesbegrensning for domstolene, jf. bl.a. AD 1993 nr. 214, der Arbetsdomstolen prøvde statens påstand om arbeidsbrist, og underkjente oppsigelser.

Arbetsdomstolen er for øvrig en spesialdomstol som kan dømme i første og eneste instans i rettstvister, og skiller seg fra den norske Arbeidsretten ved at den ikke bare prøver tariffrettslige tvister, jf. bl.a. tjenestetvistloven § 24.¹⁶⁸ Saker som blir behandlet i den svenske tingretten i første instans, kan bli behandlet videre i Arbetsdomstolen, dersom en kollektiv avtalepart anker saken dit.¹⁶⁹

I følge AD 2017 nr. 58 skal arbeidsgiver gjøre det den kan for å unngå oppsigelser. Er det brister ved denne bedømmelsen, vil oppsigelsene fort bli ansett for å være gjort av andre grunner enn det som vil være saklig grunn. Selv om saken ikke gjaldt en statsansatt, kan fremgangsmåten i prinsippet også tillempes på den statlige sektoren.¹⁷⁰

AD 2014 nr. 83 er et eksempel på adgangen til å foreta en selvstendig rimelighetsvurdering av oppsigelsesvedtak. Saken gjaldt hvorvidt arbeidsgiver hadde rett til å avskjedige en bussjåfør som hadde gjort seg skyldig i en rekke overtredelser. Selv om han viste store problemer med å kontrollere sitt humør, og flere ganger fått beskjed om å bedre dette, tilsa det likevel ikke at han oppfylte vilkåret for avskjedigelse, jf. LAS § 18. Arbetsdomstolen fant etter en samlet vurdering av sakens faktum og arbeidsgivers vurdering at det var saklig grunn for oppsigelse etter LAS § 7. Retten vektla bl.a. at selv om enkelte av hendelsene var alvorlige, skjedde de langt tilbake i tid.¹⁷¹ Dette er et element i en reell rimelighetsvurdering. Det hadde ikke avgjørende betydning at ledelsen ved virksomheten hadde agert på rimelig måte overfor arbeidstaker gjennom flere advarsler. Avgjørelsen viser at domstolene kan strekke seg langt

¹⁶⁶ Lovkommentarer på <https://lagen.nu/1982:80> (10. april 2018)

¹⁶⁷ Prop. 94 L (2016-2017) s. 32.

¹⁶⁸ Lov 18. august 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister.

¹⁶⁹ Adlercreutz og Mulder, *Svensk arbetsrätt*, Stockholm 2013, s. 156, 163.

¹⁷⁰ Sören Öman, formann i Arbetsdomstolen, personlig meddelelse om domstolsprøvelse, 7. mars 2018.

¹⁷¹ Dommene er tilgjengelig på Sören Öman sine hjemmesider <https://www.sorenoman.se> (6. april 2018).

for å unngå for inngripende konsekvenser for arbeidstaker. Siden vurderingen gjaldt oppsigelse, kan vurderingstemaet trolig forstås som et krav om tilstrekkelig saklig grunn.¹⁷²

I forarbeidene til LAS fremheves sanksjoner og andre styringsrettsbeslutninger som en viktig preventiv funksjon for å hindre lov- og kollektivavtalebrudd. Samtidig må disse reaksjonene fremstå som rimelig og rettferdig i forhold til en overtredelse, eksempelvis dersom arbeidstaker har overtrådt sine plikter i LAS § 18. Ved helhetsvurderingen som foretas, skal det således legges særlig vekt på konsekvensene for den ansvarlige, og den eventuelle skaden som har oppstått som følge av pliktbruddet. Om overtredelsen fremstår som unnskyldelig, skal en ikke kunne avskjediges uten videre. Dette synspunktet er allmenngyldig og bør tillempe på hele det arbeidsrettslige området. Rettstekniske hensyn og en samordnet rettstilstand er elementer som benyttes som argumenter for dette.¹⁷³ Det fremstår altså som at individuelle rimelighetshensyn har en sentral posisjon i svensk rett.

Ut fra det undertegnede kan se etter en gjennomgang av rettspraksis og lovverk, så foreligger det ikke holdepunkter for at domstolenes prøvelsesrett er begrenset, slik den er i Norge, på visse områder. Lav prøvingsintensitet ved vurderingen av om arbeidsgiver har saklig grunn, slik tilfellet er i begge landene, er noe annet enn en begrensnig i selve prøvelsesadgangen. Oppsummert er det ingen autoritative kilder som taler mot at svenske domstoler kan prøve alle sider av en avskjed eller oppsigelse sin saklighet.

¹⁷² Tilsvarende som bl.a. Rt-2011-1674, vaktbytte-dommen.

¹⁷³ SFS 1993:1496/ Prop. 1993/94:67 avsnitt 20.

8 Avslutning

Siden linjen i rettspraksis ikke har vært entydig, kan det hevdes at lovgiver ved utarbeidelsen av statsansatteloven i større grad kunne ha klargjort forholdet mellom den og arbeidsmiljøloven. Altså hvorvidt arbeidsmiljølovens saklighetskrav og domstoloverprøving kan gjøres gjeldende. Enkelte hørings svar til lovforslaget påpekte at departementet burde ha avklart hvilket saklighetskrav som skal legges til grunn i den nye loven, og at det samme gjelder prinsippene for saklig utvelgelse av overtallige ved nedbemanning i staten.¹⁷⁴

Sammenlignet med Sverige, så er rettstilstanden der tydeligere, gjennom turordningsregelen i LAS § 22. Videre kan det hevdes at Høyesterett i HR-2017-2479-A bidrar til å komplisere rettskildebildet ytterligere gjennom sin uklarhet i forhold til rimelighetskravet.

Et fokus på domstolskontroll vil gi et misvisende bilde av grensene for forvaltningsskjønnet etter gjeldende forvaltningsrett. Forvaltningens grenser er snevrere enn det rettspraksis gir uttrykk for, da det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom domstolskontrollen og forvaltningens kompetanse.¹⁷⁵ Selv om det er en sterk tradisjon om å behandle f.eks. myndighetsmisbrukslæren i forbindelse med fremstillingen av domstolenes kompetanse overfor forvaltningen, innebærer den vanskelige grensedragninger i forhold til hva som kan overprøves og ikke. Forvaltningsskjønnet kan også overprøves på andre måter enn ved domstolene.

Poenget ovenfor er at det er problematisk dersom en som rettsanvender bare har fokus på domstolskontrollen. Smith mener at det er praktisk fullt mulig for en rettsanvender innenfor forvaltningen, en juridisk forfatter, en utenforstående nemnd, eller for Sivilombudsmannen å ta stilling til rettslige spørsmål om omfanget av forvaltningens kompetanse uten støtte i rettspraksis eller bindende avgjørelser av gyldighetsspørsmål. Det er store områder innenfor forvaltningen der domstolene overhodet ikke kan spille noen viktig rolle som leverandører av rettskildemateriale.¹⁷⁶

Blant annet Sivilombudsmannen og teorien bidrar ved å bygge ut og raffinere læren. Trolig kan også organer som Diskrimineringsnemnda nevnes, som et slags lavterskeltilbud. Det er

¹⁷⁴ Prop. 94 L (2016-2017) s. 140 (Advokatfirmaet Storeng, Beck og Due Lund).

¹⁷⁵ Smith (1976) s. 181.

¹⁷⁶ *Ibid.* s. 184 flg.

sjeldent at oppsigelsessaker tas opp der, men i den nye likestillings- og diskrimineringsombudsloven har nemnda fått utvidet kompetanse overfor forvaltningsorganer i deres arbeidsgiverfunksjoner.¹⁷⁷ Tidligere var kompetansen begrenset for alle forvaltningsvedtak. Det kan således være rettskildemessig uheldig å knytte fremstillinger av grensene for forvaltningens kompetanse for sterkt til domstolskontrollen.

De lege ferenda bør domstolsprøvingen ikke være begrenset. Det foreligger likevel motargumenter. Oppsigelsesadgangen har en side til bruk av offentlige midler. Et for sterkt stillingsvern kan virke hemmende på virksomhetens muligheter til å tilpasse seg markedet. At etterspørselen ikke møtes og arbeidskraften ikke er optimalt sammensatt, kan virke inn på verdiskapningen i samfunnet. Således er oppsigelser grunnet endret kompetansebehov, redusert omfangsbehov eller tilfeller der den ansatte ikke fungerer slik den skal i arbeidet, viktige argumenter for arbeidsgivers fleksibilitet. Det kan muligens også være et poeng at et sterkt stillingsvern kan medføre et press i retning av økt bruk av midlertidig ansettelser.

¹⁷⁷ Lov 15. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda § 14 første ledd annet punktum.

Litteraturliste

Lovregister og forskrifter

- Kongerikets Norges Grunnlov av 17. mai 1814
- Lov 18. august 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven)
- Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- Lag 24. februar 1982 nr. 80 om anstillningsskydd (anstillningsskyddlagen)
- Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)
- Lov 15. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
- Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)
- Statens personalhåndbok 30. juni 2017, PM-2017-8

Opphevede lover

- Lov av 15. februar 1918 om statens tjenestemænd
- Lov av 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (arbeidervernloven)
- Lov av 7. desember 1956 om arbeidervern (arbeidervernloven)
- Lov av 10. juni 1977 nr. 65 om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven)
- Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven)

Forarbeider

- Ot. prp. nr. 41 (1975-1976)
Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven)
- Ot. prp. nr. 44 (1976-1977)
Om lov om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven)
- Ot. prp. nr. 72 (1981-1982)
Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- NOU:1989:5
En bedre organisert stat
- SFS 1993:1496/ Prop. 1993/94:67
Om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet

SOU 2012:62 s. 46

Uppsägningstvister- En översyn av regelverket kring tvister i samband med uppsägning av arbetstagare

Prop. 94 L (2016-2017)

Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 10

The European Convention on Human Rights/Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

Den internasjonale arbeidsorganisasjonens konvensjon nr. 168 om fremme av sysselsetting og vern mot arbeidsledighet av 17. oktober 1991

International Labour Organization (ILO)

Rapporter/høringsvar

Høringsuttalelse fra Advokatforeningen

Tilgjengelig fra:

<https://www.advokatforeningen.no/aktuelt/horingsuttalelser/2016/juli/forslag-til-ny-lov-om-statens-ansatte/>

(hentet 5. februar 2018)

Høringsvar fra Norsk tjenestemannslag

Tilgjengelig fra:

https://medlem.ntl.no/nyheter?p_document_id=139791

(hentet 10. februar 2018)

Rapport fra Tjenestemannslovutvalget: Ansettelsesforhold i staten (2015)

Tilgjengelig fra:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/ansettelsesforhold-i-staten/id2468343/>

(hentet 25. januar 2018)

Faglitteratur – bøker

Adlercreutz, Axel og Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, (Stockholm, 14. utgave 2013)

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge* (Oslo, 9. utgave 2004)

Bjørnaraa, Torgeir, Gaard, Espen og Selmer, Annette, *Norsk tjenestemannsrett- kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter mv.* (Oslo, 1. utgave 2000)

Debes, Jan, *I statens tjeneste- norsk tjenestemannsrett* (Oslo, 1989)

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett* (Oslo, 9. utgave 2010)

Fanebust, Arne, *Tjenestemannsrett* (Oslo, 1987)

Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (Oslo, 4. utgave 2001)

Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (Oslo, 5. utgave 2017)

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten* (Oslo, 4. utgave 2006)

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (Bergen, 1. utgave 2012)

Faglitteratur – artikler i tidsskrifter

Evju, Stein, *Saklighet og saklighetsprøvelse- en rettsgenetisk studie*, *Arbeidsrett*, nr. 1/2013, s. 82-111.

Tilgjengelig fra:

https://www.idunn.no/arbeid/2013/01/saklighet_og_saklighetsproevelse_-_en_rettsgenetisk_studie

(hentet 15. februar 2018)

Fougner, Jan, *Avslutning av arbeidsforhold- vilkåret om saklig grunn*, *Arbeidsrett*, nr. 1/2015, s. 147-157.

Tilgjengelig fra:

https://www.idunn.no/arbeid/2015/01/avslutning_av_arbeidsforhold_-_vilkaaret_om_saklig_grunn

(hentet 10. februar 2018)

Fougner, Jan, *Arbeidsgivers frie skjønn- arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll*, *Sui generis- Festskrift til Stein Evju 2016*, s. 211-223.

Tilgjengelig fra:

<https://dyp.kommentarutgaver.no/dxp/content/sui-generis/22/?id>

(hentet 20. februar 2018)

Hotvedt, Marianne Jønnum og Smith, Terese Ulseth, *Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett*, *Arbeidsrett* nr.1/2013, s. 112-138.

Tilgjengelig fra:

https://www.idunn.no/arbeid/2013/01/arbeidsavtalen_og_styringsrett_harmoniiendomsoktett

(hentet 28. januar 2018)

Smith, Eivind, «*Om domstoler og systematikk i forvaltningsretten*», *Jussens Venner* 1976, s. 177-203.

Tilgjengelig fra:

<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/smith-e-1976-04?searchResultContext=1130>

(hentet 20. februar 2018)

Norsk rettspraksis

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt-1933-548 (Rådhusospits)

Rt-1951-19 (Mortvedt)

Rt-1962-888 (Dalens Garveri)
Rt-1972-1330 (Grand Hotell)
Rt-1973-460 (hønsfarm)
Rt-1981-745 (Isene)
Rt-1982-1729 (lektor)
Rt-1984-1058 (Veslemøy Haslund)
Rt-1988-664 (håndverker)
Rt-1992-1023 (flykaptein)
Rt-1999-184 (gummihanske)
Rt-1997-1784 (bosettingstillatelse)
Rt-2000-1602 (Nøkk)
Rt-2001-418 (Kårstø)
Rt-2001-1362 (adjunkt)
Rt-2003-1071 (prøvetid)
Rt-2005-518 (pornonedlasting)
Rt-2008-560 (Kosovo)
Rt-2008-749 (Posten 1)
Rt-2009-685 (webredaktør)
Rt-2009-1465 (senvakt)
Rt-2011-111 (drosjeløyve)
Rt-2011-1674 (vaktbytte)
HR-2017-561-A (Posten 2)
HR-2017-2479-A (major)

Avgjørelser fra underinstanser:

LB-2016-126
LB-2017-5716 (sogneprest)
LB-2017-35146

Svensk rettspraksis

AD 1993 nr. 214
AD 2014 nr. 83
AD 2017 nr. 58

Internettsider

Se lagen.nu sine nettsider

<https://lagen.nu/1982:80>

(hentet 5. april 2018)

Se Norsk tjenestemannslag sine nettsider (ntl.no)

<https://www.ntl.no/Content/136929/cache=20161011154541/Tjenestemannsloven.pdf>

(hentet 10. februar 2018)

Se regjeringens nettsider (regjeringen.no)

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ad/publikasjoner/rapporter/2010/r_2010_econ_stillingsvern.pdf

(hentet 5. april 2018)

Se Sören Öman (formann i Arbetsdomstolen) sine hjemmesider

<https://www.sorenoman.se>

(hentet 6. april 2018)

Se YS Stat sine internettsider (jegerstatsansatt.org)

<https://www.jegerstatsansatt.org/single-post/2017/06/29/1-juli-trer-den-nye-statsansatteloven-i-kraft>

(hentet 26. januar 2018)