

Retsvirkninger ved forvaltningsretlige sagsbehandlingsmangler

– om retten til kompensation på
forvaltningsretligt grundlag

1. Indledning

Som det er behandlet i de foregående kapitler, er en offentlig myndighed underlagt en række forvaltningsretlige pligter ved afskedigelsesproceduren. I kapitel 8 og 9 behandles det, hvilke retsvirkninger eller konsekvenser der er knyttet til manglende overholdelse af disse forpligtelser.¹ I dette kapitel fokuseres der på medarbejderens ret til kompensation på forvaltningsretligt grundlag, mens der i kapitel 9 fokuseres på medarbejderens ret til genansættelse eller godtgørelse i henhold til de kollektive overenskomster på det offentlige område.

Forvaltningsloven regulerer ikke, hvilke retsvirkninger der er forbundet med myndighedens sagsbehandlingsfejl. Det har været overladt til domstolene at udvikle reglerne om forvaltningsretlig ugyldighed og dermed fastsætte retsvirkningerne af sagsbehandlingsfejl. Navnlig ved afskedigelse af offentligt overenskomstansatte har retspraksis om retsvirkningerne af forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl udviklet sig

1. Det er et særligt spørgsmål, i hvilket omfang der kan kræves kompensation på forvaltningsretligt grundlag ved andre personalereaktioner end afskedigelse. Se bl.a. Kristiansen: *Sagsbehandlingsfejl ved flytning af skolelærer*, Juristen nr. 5/2008. Spørgsmålet behandles ikke her.

igennem tiden. Flere ”løsningsmodeller” kan udledes af retspraksis og den forvaltningsretlige teori.

Den skiftende retstilstand illustrerer på sin vis, at man ved sanktioneringen af procedurefejl på personaleområdet er præget af en række forskelligeartede hensyn, som ikke ganske enkelt lader sig afbalancere. For det første kan der være et hensyn at tage til, at det skal være forbundet med sanktioner, hvis forvaltningsretlige regler overtrædes. Med andre ord et almindeligt effektivitets- og retssikkerhedshensyn. For det andet kan fremhæves et mere erstatningsretligt synspunkt, hvorefter der ikke skal ydes erstatning, såfremt der ikke er lidt et tab. Synspunktet skal i denne sammenhæng forstås sådan, at en medarbejder typisk ikke har lidt et tab, såfremt en afskedigelse samlet set er lovlig og rigtig. Endelig kan der indgå et hensyn til en ensartet behandling af private og offentlige lønmodtagere, der er ansat i henhold til en kollektiv overenskomst. Det vil sige, at man ved sanktionsvalget også lader sig styre af den løsning, der stemmer bedst overens med retsstillingen for overenskomstanstatte på det private arbejdsmarked. De forskellige hensyn trækkes frem i kapitlet.

I dag er retsstillingen, at en tilsidesættelse af sagsbehandlingsreglerne som udgangspunkt ikke i sig selv udløser et krav på compensation, hvis afskedigelsen samlet set er rimeligt begrundet, jf. U 2007.537 H. Dommen har i praksis medført, at overholdelse af sagsbehandlingsreglerne typisk vurderes som led i den arbejdsretlige beskyttelse mod urimelig opsigelse, der er indeholdt i de kollektive overenskomster og funktionsnærloven. Da størstedelen af offentlige ansættelsesforhold er omfattet af en kollektiv overenskomst, og da overtrædelse af overenskomstens regler som udgangspunkt skal forfølges i det fagretlige system, er der derfor også i praksis sket et skifte fra domstolsbehandling til fagretlig behandling. Højesteret signalerede også med U 2008.401 H og U 2009.1251 H, at afskedigelsessager om offentligt ansatte som udgangspunkt henhører i det fagretlige system. Om den fagretlige behandling, se kapitel 9.

En medarbejders mulighed for at rette et krav på tortgodtgørelse i henhold til erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1, er udeladt af retsstillingen. Tortgodtgørelse er en godtgørelse for en retsstridig æreskrænkelser af medarbejderen. I nogle tilfælde ses det, at der tilkendes tortgodtgørelse for en arbejdsgivers kommunikation i forbindelse med en afskedigelse, jf. f.eks. U 2005.1131 Ø (en virksomheds opslag med en meddelelse til personalet om, at medarbejderen var blevet bortvist på grund af tyveri, udgjorde en retsstridig krænkelse efter erstatningsansvarslovens § 26). En vurdering af, om medarbejderen har ret til

tortgodtgørelse, er imidlertid uafhængig af, om den offentlige arbejdsgiver har opfyldt de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler. Reglerne om tort har med andre ord ikke til formål at sanktionere sagsbehandlingsfejl. En behandling af reglerne om tort falder derfor ikke inden for afhandlingens emne.²

I dette kapitel behandles retten til kompensation på forvaltningsretligt grundlag. Det undersøges først, hvordan domstolene anvender begrebet ugyldighed i afskedigelsessager, herunder den særlige konstruktion med økonomisk kompensation i stedet for annullation (*afsnit 2*).

Det er en forudsætning for retten til forvaltningsretlig kompensation, at en afgørelse lider af en mangel, der er væsentlig. Det er særligt i den såkaldte væsentlighedsbedømmelse af sagsbehandlingsmangler ved afskedigelse, at retstillingen har udviklet sig ved domstolene i de senere år. Udviklingen i retspraksis behandles kortfattet, herunder Højesterets praksisændring med dommene i 2007-2009. Der knyttes særligt en række bemærkninger til Højesterets dom i U 2009.1251 H, da dommen giver anledning til overvejelser, der ikke tidligere synes at være opdyrket i teorien (*afsnit 3-4*).

Herefter undersøges det, hvordan forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl ved afskedigelse bedømmes ved domstolene i nyere retspraksis (*afsnit 5*). Det diskuteres på den baggrund, hvilket anvendelsesområde der er tilbage for kompensation på forvaltningsretligt grundlag (*afsnit 6*).

Endelig behandles også ombudsmandens reaktionsmuligheder, om end disse reaktioner ikke er retsvirkninger i traditionel forstand. Ombudsmandens anmodning om, at en myndighed genoptager en afskedigelsessag, vil imidlertid i praksis ofte bringe sagen til en endelig afslutning, hvorfor det synes relevant at inddrage ombudsmandens reaktionsmuligheder i denne kontekst. Det behandles også kortfattet, at en offentligt ansats mulighed for at få sin afskedigelse behandlet ved ombudsmanden i dag er begrænset (*afsnit 7*). Kapitellet afrundes med en sammenfatning (*afsnit 8*).

Som læsevejledning til kapitel 8 og 9 gøres her et par bemærkninger om den valgte terminologi. Begrebet *usaglig* anvendes som udtryk for, at en afskedigelse er i strid med det forvaltningsretlige saglighedskrav, mens begrebet *urimelig* tager sigte på den arbejdsretlige beskyttelse mod urimelig opsigelse i de kollektive overenskomster og funktionærloven.³

2. Tortgodtgørelse ved afskedigelse behandles kortfattet i kapitel 11, afsnit 6.4 (petitafsnit).

3. Den valgte terminologi er almindeligt anvendt i den arbejdsretlige litteratur.

Formålet med denne sontring er at tydeliggøre, hvilket retsgrundlag der er tale om i den konkrete analyse. Der tages forbehold for, at der ikke er samme stringens i terminologien i retspraksis.⁴

2. Forvaltningsretlig ugyldighed (eller ej)

2.1. Hvad indebærer forvaltningsretlig ugyldighed i afskedigelsessager?

Der gælder i dag et klart udgangspunkt om, at en afskedigelse, der er uberettiget på forvaltningsretligt grundlag, medfører økonomisk godtgørelse og ikke annulation. Forvaltningsloven indeholder imidlertid ikke regler om, hvilke retsvirkninger der er forbundet med manglende overholdelse af sagsbehandlingsreglerne. Det er derfor ikke entydigt, hvilken retsvirkning en afskedigelse, der er i strid med de forvaltningsretlige formelle regler, medfører for offentligt overenskomstansatte. Det har været overladt til retspraksis at udvikle reglerne om forvaltningsretlig ugyldighed, og reglerne bliver løbende videreudviklet.⁵

Det gav tidligere anledning til betydelig tvivl i teorien, hvilken retsvirkning en uberettiget afskedigelse medførte for offentligt overenskomstansatte.⁶ Ud fra et rent forvaltningsretligt perspektiv var det bærende synspunkt, at afskedigelsesbeslutningens ugyldighed medførte, at ansættelsesforholdet fortsat bestod. Denne retsvirkning kan også betegnes *annulation*. Annulation kan betyde almindelig naturalopfyldelse, således at medarbejderen kan kræve sig *genindsat* i stillingen mod myndighedens protest.⁷ Annulation kan også betyde det mindre vidtrækkende, at medarbejderen betragtes som fortsat ansat og derfor har *krav på løn* indtil, at (ny) gyldig afskedigelse kan ske.⁸ Domstolene har

4. Det er endvidere ikke altid muligt at udlede af en dom, om en afskedigelse anses for uberettiget i henhold til forvaltningsretlige eller arbejdsretlige regler. Det søges i vidt omfang at analysere, hvilket retsgrundlag domstolene har lagt til grund ved sagens bedømmelse, og en sådan analyse beror på en samlet vurdering af den konkrete doms påstande, anbringender og præmisser. Der analyseres således ikke alene ud fra den valgte terminologi (usaglig eller urimelig).

5. Revsbech i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 433.

6. Krarup og Mathiassen: *Afskedigelsesret*, 1984, s. 149-167 og Jensen: *Erstatning som alternativ til ugyldighed*, U 1980B.133.

7. Jensen: *Erstatning som alternativ til ugyldighed*, U 1980B.133, s. 141; Krarup og Mathiassen: *Afskedigelsesret*, 1984, s. 153.

8. Krarup og Mathiassen: *Afskedigelsesret*, 1984, s. 153; Riis: *UfR 1986 s. 898 - Højesterets dom af 24. oktober 1986 Offentlige myndigheders afskedigelse af uorganiserede chauffører*, U 1987B.50, s. 55.

dog afvist begge former for annullation som retsvirkning ved uberettiget afskedigelse af offentligt overenskomstansatte.⁹

I stedet har domstolene anvendt retsvirkningen *økonomisk kompensation* i forbindelse med en uberettiget afskedigelse på forvaltningsretligt grundlag. Højesteret fandt allerede i U 1958.868 H, at en kommunes opsigelse af en kontorassistent var ulovlig på grund af fagforeningsmagtfordrejning, og at den ulovlige opsigelse medførte et krav på erstatning og ikke annullation.

I U 1986.898/3 H (*HT-dommen*) afviste Højesteret eksempelvis også, ”... at afskedigelserne anses for ugyldige, således at [medarbejderne] fortsat er ansat som buschauffører ved Hovedstadsområdet Trafikselskab.” De uorganiserede buschauffører, der var blevet opsagt i strid med foreningsfrihedsloven og den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, blev i stedet tilkendt en godtgørelse. Foreningsfrihedsloven gav på daværende tidspunkt alene grundlag for at pålægge en arbejdsgiver at betale medarbejderne en godtgørelse, og loven gav dermed ikke medarbejderne ret til genansættelse.¹⁰ Opsigelserne kunne heller ikke på andet grundlag føre til annullation.

Med U 1999.1337 H blev det slået klart fast, at en uberettiget afskedigelse alene giver ret til økonomisk kompensation. Højesteret tilkendte i denne sag en sygeplejerske, der var blevet uberettiget opsagt af en kommune, en økonomisk kompensation på 200.000 kr. på forvaltningsretligt grundlag.¹¹ Landsretten havde fundet opsigelsen ugyldig og givet medarbejderen medhold i den principale påstand om ugyldighed med annullation til følge. En enig Højesteret på syv dommere udtalte derimod, at ”... kommunens manglende overholdelse af de nævnte forvaltningsretlige regler ikke bør føre til, at [medarbejderens] ansættelse ved kommunen fortsat består, men at der alene tilkommer hende en økonomisk kompensation.”

Den valgte kompensationsløsning var formentlig udtryk for et hensyn om ikke at forskelsbehandle medarbejdere, der var ansat ved overenskomst, uanset om de var ansat i den offentlige eller private sektor.¹² Se hertil højesteretsdommer Erik Riis’ kommentar til *HT-dommen*:

9. Anderledes for tjenestemænd, se f.eks. U 1943.402 Ø og U 1996.880 H.

10. Foreningsfrihedsloven er siden blev ændret. I dag skal en afskedigelse af en offentligt ansat i strid med lovens bestemmelser underkendes, såfremt der nedlægges påstand herom, jf. foreningsfrihedslovens § 4, stk. 1, 1. pkt.

11. Se også Kristiansen i Fenger (red.): *Forvaltningsret*, 2018, s. 248.

12. Dette hensyn anerkendes bredt i litteraturen, jf. Paulsen: *Afskedigelse*, 2015, s. 402; Revsbech: *Forvaltningspersonalet*, 2019, s. 96. Det må dog bero på den konkrete situation, om hensynet er relevant.

”Højesteret har hidtil, jfr. navnlig U 58.868 H, kommenteret af Lorenzen i TfR 1959 s. 256 - Bogudg. s. 249 - anvendt det obligationsretlige og ikke det forvaltningsretlige regelsæt. Herved undgås en af lovgivningsmagten og arbejdsmarkedets parter næppe tilsigtet og næppe heller velbegrundet forskel på retsstillingen for offentligt og privat ansatte medarbejdere, der i øvrigt er ansat på samme vilkår.”¹³

Højesteret skelede med andre ord til reglerne for private overenskomstansatte ved fastlæggelse af kompensation som retsvirkning ved uberettiget afskedigelse. Det kan således udledes som *et generelt hensyn* ved retsudviklingen på dette område, at domstolene har vægtet en ensartet retsstilling for de offentlige og private overenskomstansatte højt. Riis’ kommentar må forstås sådan, at hverken Folketinget eller arbejdsmarkedets parter havde tiltænkt en forskelsbehandling. Den foreliggende praksis, hvorefter retsvirkningen som det klare udgangspunkt er økonomisk kompensation, må da også siges at være blåstemplet eller i det mindste accepteret, idet Folketinget ikke har fundet anledning til at gribe ind med lovgivning om genansættelse af offentligt overenskomstansatte.

Selvom retsvirkningen ved uberettiget afskedigelse som det klare udgangspunkt er kompensationsløsningen, kan det formentlig ikke udelukkes, at domstolene i helt særlige tilfælde vil kunne komme frem til, at afskedigelsen skal annulleres, således at medarbejderens ansættelse ved myndigheden består.¹⁴ Et eksempel kunne muligvis være ved afskedigelse, som foretages af en person, der åbenbart ikke har afskedigelseskompetence, sml. U 1996.880 H, hvor Højesteret annullerede en opsigelse af en tjenestemand på grund af manglende afskedigelseskompetence. Manglende afskedigelseskompetence antages også på det private arbejdsmarked efter omstændighederne at kunne medføre afskedigelsens ugyldighed.¹⁵

2.2. Ugyldighedsbegrebet i afskedigelsessager

I den forvaltningsretlige teori anføres sædvanligt om forvaltningsretlig ugyldighed, at ugyldighed forudsætter, at der skal foreligge en retlig mangel, at manglen skal være væsentlig, og at der ikke må foreligge såkaldte tertiære momenter, der på afgørende vis taler imod ugyldighed.¹⁶

13. Riis: *UfR 1986 s. 898 - Højesterets dom af 24. oktober 1986 Offentlige myndigheders afskedigelse af uorganiserede chauffører*, U 1987B.50, s. 55.

14. I samme retning, Friis Jensen og Mørup i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 611-614.

15. Andersen m.fl.: *Funktionærret*, 2020, s. 923-924.

16. Revsbech i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 445.

2. Forvaltningsretlig ugyldighed (eller ej)

Af retspraksis om afskedigelse af offentligt overenskomstansatte kan det udledes, at der som det mindste skal være en *retlig mangel*, og at manglen skal være *væsentlig*, for at en medarbejder tilkendes kompensation for den ulovlige afskedigelse. Højesteret har alligevel i flere tilfælde afvist at bruge betegnelsen ”ugyldig” om en uberettiget afskedigelse.

Højesteret gav allerede i U 1958.868 H myndigheden medhold i en subsidiær påstand om, at afskedigelsen ikke skulle kendes ugyldig, men *ulovlig* med erstatning som konsekvens. Som nævnt ovenfor afviste Højesteret også i U 1986.898/3 H (HT-dommen) at anse opsigelserne for ugyldige, således at buschaufførerne fortsat kunne betragte sig som ansat.

Med U 1999.1337 H blev det som nævnt slået klart fast, at en uberettiget afskedigelse alene giver ret til økonomisk kompensation. Efter U 1999.1337 H har domstolene anvendt ugyldighedsbegrebet i nogle sager, hvor medarbejderen (kun) nedlægger påstand om, at en afskedigelse er *ugyldig med økonomisk kompensation til følge*, f.eks. U 2000.1357 H.¹⁷ Her udtaler Højesterets fem dommere, hvoraf tre var med til at afgøre U 1999.1337 H, at “[u]nder hensyn til ansættelsesforholdets varighed, [medarbejderens] lønniveau og omstændighederne i øvrigt fastsætter Højesteret den kompensation, hun herefter har krav på som følge af *den ugyldige bortvisning*, til 150.000 kr.” (min fremhævelse).

Det generelle billede er dog, at selvom medarbejderen nedlægger påstand om ugyldighed med kompensation til følge, er domstolene mere tilbøjelige til at finde afskedigelsen ”uberettiget” eller ”usaglig” på forvaltningsretligt grundlag.¹⁸ I de få sager, hvor en medarbejder fortsat nedlægger påstand om annullation af afskedigelsen, tager retten afstand fra ugyldighedsbegrebet, og afskedigelsen findes ”ulovlig” med kompensation til følge eller lignende.¹⁹

På den baggrund kan det konkluderes, at det ikke er afgørende for spørgsmålet om retsvirkninger, hvorvidt en afskedigelse kvalificeres som egentlig forvaltningsretlig ugyldig. Der synes som udgangspunkt ikke indholdsmæssigt at være forskel på retsvirkningen af, om en afskedigelse underkendes som ”ugyldig”, ”ulovlig”, ”usaglig” eller lignende. Det bærende imperativ for domstolene har formentlig været at fastlægge, at retsvirkningen af en uberettiget afskedigelse i den konkrete sag er økonomisk kompensation og ikke annullation.

17. Se også VLD af 1. juni 2005 refereret i U 2008.401 H, forudsætningsvist i ØLD af 16. november 2005 refereret i U 2007.2250/1 H og dissensen i ØLD af 20. april 2004 (B-222-03).

18. Det ses også, at domstolene helt undlader denne kvalifikation, jf. U 2003.1660 H.

19. Se f.eks. U 1999.172 V og ØLD af 30. juni 2017 (B-950-16).

2.3. Kompensation på forvaltningsretligt grundlag

Udmåling af kompensation på forvaltningsretligt grundlag i afskedigelsessager kan betegnes som en særegen konstruktion.

Der har historisk set været tale om en uensartet praksis om domstolenes udmåling af erstatning og kompensation.²⁰ Domstolene anvendte tidligere begrebet *erstatning* om retsvirkningen af uberettiget afskedigelse, f.eks. i U 1958.868 H, mens der i dag typisk anvendes begrebet *økonomisk kompensation*, f.eks. i U 1998.685 H.²¹ Udmålingen af medarbejderens kompensation sker i hvert fald i dag ikke på et almindeligt erstatningsretligt grundlag. Såfremt det var tilfældet, skulle erstatningen som udgangspunkt (kun) opgøres til det individuelle økonomiske tab, som medarbejderen havde lidt.²²

Forvaltningsretlig kompensation udmåles imidlertid skønsmæssigt på baggrund af en række faktorer. Nogle faktorer kan være knyttet til tab, såsom medarbejderens lønniveau og mulighed for at finde ny beskæftigelse. Andre er tabsafhængige faktorer såsom ansættelsestidens længde og en mangelfuld sagsbehandling. Om sidstnævnte element kan det fremhæves, at Højesteret i U 1996.1462 H tilføjede ”karakteren af kommunens sagsbehandling” som en relevant faktor i den skønsmæssige udmåling af kompensationens størrelse, ud over de grunde som landsretten havde anført.

Den forvaltningsretlige kompensation udmåles desuden under hensyntagen til ”praksis på ansættelsesrettens område”, jf. U 1999.1337 H. Som nævnt ovenfor skelede Højesteret i *HT-dommen* til reglerne for private overenskomstansatte ved fastlæggelse af kompensation – i stedet for annullation – som retsvirkning ved uberettiget afskedigelse. Højesterets præmisser i U 1999.1337 H viser, at retten også ved den nærmere udmåling af godtgørelsens størrelse tager i betragtning, hvad der er praksis på det ansættelsesretlige område. Hensynet til, at der ikke er tiltænkt en forskelsbehandling af overenskomstansættelse i det offentlige og det private, træder med andre ord også frem her.

Sammenfattende kan retsvirkningen ”økonomisk kompensation” betegnes som en slags hybrid mellem det almindelige ugyldighedsbegreb og erstatning uden for kontrakt. Kompensationsløsningen er en

20. Krarup og Mathiassen: *Afskedigelsesret*, 1984, s. 178; Mathiassen: *Forvaltningspersonellet*, 2000, s. 194.

21. Om udviklingen i retspraksis, se nærmere Haugaard: *Erstatning, godtgørelse og kompensation i offentligretlige afskedigelsessager*, Juristen nr. 5/2002.

22. Haugaard: *Erstatning, godtgørelse og kompensation i offentligretlige afskedigelsessager*, Juristen nr. 5/2002, s. 166. Se dennes henvisninger i note 12.

3. Historisk: Sagsbehandlingsmangler udløste kompensation i sig selv

særegen retsvirkning, der læner sig op ad erstatningsretlige begreber, men som må betegnes *sui generis*.

3. Historisk: Sagsbehandlingsmangler udløste kompensation i sig selv

De forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler blev med forvaltningslovens vedtagelse i 1987 i vid udstrækning kodificerede, og reglerne indtog samtidig en mere fremtrædende rolle i retspraksis herefter.

Højesteret slog med dommen i U 1996.1462 H ind på en praksis, hvorefter en manglende eller mangelfuld partshøring i sig selv kunne udløse en godtgørelse, idet der herved var bristet en garanti for afgørelsens rigtighed.²³ Højesteret fandt i den konkrete sag, at forvaltningslovens parts-høringsregel var tilsidesat, da medarbejderen ikke var blevet forelagt nogen oplysninger til udtalelse før opsigelsen, samt at det ikke kunne udelukkes, at beslutningen i tilfælde af høring af medarbejderen var blevet en anden. På den baggrund var kommunen erstatningsansvarlig.

Denne praksis, hvorefter sagsbehandlingsmangler kunne udløse kompensation i sig selv, tilgodeså i høj grad et generelt hensyn til, at overtrædelse af de forvaltningsretlige regler skal medføre en eller anden form for sanktion.²⁴ Det forhold, at overtrædelse af reglerne er forbundet med retlige konsekvenser, kan være med til at sikre en *effektiv overholdelse af sagsbehandlingsreglerne*. Manglende sanktioner kan afskære medarbejderens mulighed for at få efterprøvet, om reglerne er overholdt. Ud fra et almindeligt effektivitets- og retssikkerhedshensyn kan det anskues som problematisk, hvis der ikke er en effektiv adgang til at håndhæve reglernes overholdelse.

Dommens præmisser må mere konkret tages til indtægt for, at Højesteret anlagde en såkaldt *modificeret generel væsentlighedsbedømmelse*. Det betyder i denne kontekst, at manglende eller mangelfuld partshøring som udgangspunkt førte til, at medarbejderen var berettiget til kompensation, medmindre forvaltningen kunne bevise, at fejlen konkret ikke havde haft betydning. Det er en form for delt bevisbyrde. Medarbejderen skulle bevise, at der var en formel mangel, og arbejdsgiveren

23. Sml. Kristiansen: *Grundlæggende arbejdsret*, 2020, s. 70. Dommen er refereret i kapitel 4, afsnit 2.2.

24. Dette hensyn synes særdeles fremtrædende hos Krarup og Mathiassen: *Afskedigelsesret*, 1984, s. 181-183.

skulle derefter bevise, at manglen konkret ikke havde haft betydning for afskedigelsesbeslutningen.²⁵

Det er en traditionel problemstilling inden for forvaltningsretten, at der skal foretages en vurdering af, om en mangel har været væsentlig. Her kan der enten anlægges en generel eller konkret væsentlighedsvurdering (eller en kombination heraf). Den generelle væsentlighedsvurdering går kort fortalt ud på, at en regel *generelt* anses for væsentlig, og manglende overholdelse af reglen må dermed altid føre til ugyldighed, uden at det konkrete tilfælde inddrages i vurderingen.²⁶ Ved den konkrete væsentlighedsvurdering indtræder ugyldighed alene, hvis afgørelsen *konkret* er blevet forkert afgjort på grund af manglende overholdelse af reglen.²⁷

I U 1996.1462 H udtalte Højesteret sig ikke om afskedigelsens saglighed, da den primære påstand om erstatning blev taget til følge. Afskedigelsen var formentlig ikke materielt set saglig ud fra en forvaltningsretlig vurdering. Ved afskedigelse begrundet i besparelser er en offentlig arbejdsgiver forvaltningsretligt forpligtet til at foretage en konkret individuel vurdering af medarbejderens kvalifikationer med henblik på at vurdere, hvem der bedst kan undværes.²⁸ Udvælgelsen skal basere sig på objektive og saglige kriterier. Forpligtelsen følger tilsvarende af almindelig ansættelsesretlig praksis.²⁹

Forvaltningen havde i den konkrete sag ikke foretaget en bedømmelse af alle tre ansatte og deres arbejdsopgaver, og afskedigelsen hvilede derfor på et utilstrækkeligt grundlag. Officialprincippet var med andre ord ikke behørigt iagttaget.³⁰ Den afskedigede medarbejder blev ikke partshørt, og medarbejderen pegede – samstemmende med dennes leder – under retssagen på en række forhold, der kunne have ændret beslutningen om afskedigelse. Kommunen kunne ikke pege på forhold, der understøttede, at en høring ville have været helt overflødig. Dommens udfald kan dermed have været præget af, at det var svært at nå til et andet rimeligt resultat i lyset af kommunens mangelfulde grundlag

25. I samme retning, Berner og Jessen: *Skal forvaltningsretlige spørgsmål prøves fagretligt? Eller skal fagretlige spørgsmål prøves forvaltningsretligt*, U 2002B.268, s. 271 og 275.

26. Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret - Sagsbehandling*, 2019, s. 353.

27. Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret - Sagsbehandling*, 2019, s. 353.

28. Faglig voldgift kendelse af 8. december 2004 (offentlig arbejdsgiver skal også inddrage hensyn til anciennitet i udvælgelsen) og U 2007.537 H (partshøringsbrev skal indeholde de generelle kriterier for udvælgelse). Kristiansen: *Ansættelsesret*, 2020, s. 575 og formentlig i samme retning, Mathiassen: *Forvaltningspersonalet*, 2000, s. 157-160; Revsbech: *Forvaltningspersonalet*, 2019, s. 80-82.

29. Kristiansen: *Ansættelsesret*, 2020, s. 574-575.

30. Om officialprincippet, se kapitel 5.

3. Historisk: Sagsbehandlingsmangler udløste kompensation i sig selv

for opsigelsen. Højesteret understregede under alle omstændigheder partshøringsreglens funktion som en garantiforskrift.

I flere efterfølgende sager anlagde Højesteret tilsyneladende også en modificeret generel væsentlighedsbedømmelse.³¹ Dommen i U 1999.581 H afspejler dog med en 3:2 dissens, at Højesteret var splittet i spørgsmålet om, hvor skrappe beviskrav man ville stille i afskedigelsessager, hvor myndigheden ikke havde foretaget nogen partshøring af den ansatte.

Domstolene udmålte i de nævnte sager kompensationsbeløb på op mod 100.000 kr. for forvaltningsretlige mangler.³² Kompensationsniveauet var således højt i forhold til størrelsen på den godtgørelse, som en organiseret medarbejder havde udsigt til at opnå ved en underkendelse af samme afskedigelse i fagretligt regi. Der var derfor et stort incitament for medarbejdere og deres faglige organisationer til at forfølge sagsbehandlingsmangler ved domstolene fremfor ad fagretlig vej.

Retsstillingen, hvorefter afskedigelsens materielle berettigelse ikke nødvendigvis indgik i vurderingen af medarbejderens krav på kompensation, viste sig efterhånden at føre til flere uhensigtsmæssige resultater i praksis. Eksempler fra landsretspraksis viser, at der blev givet kompensation for forvaltningsretlige mangler på trods af, at opsigelsen materielt var saglig,³³ eller på trods af at der allerede var tilkendt godtgørelse for urimelig opsigelse ved de fagretlige organer.³⁴

De uhensigtsmæssige resultater i praksis illustrerer, at selvom den daværende retstilstand tilgodeså *almindelige effektivitets- og retssikkerhedshensyn*, blev andre relevante hensyn ikke tilstrækkeligt tilgodeset. Det fandtes formentlig ikke ganske rimeligt, at en myndighed skulle kompensere medarbejdere for manglende overholdelse af sagsbehandlingsreglerne, uden at der også blev foretaget en vurdering af, om manglen var årsag til afskedigelsen. Dette kan også i mere erstatningsretlige termer formuleres som et generelt hensyn til *alene at yde erstatning, såfremt der er lidt et tab*.³⁵ Det vil sige et hensyn til, at myndigheden alene skal betale kompensation, såfremt der er en form for kausalitet mellem

31. U 1998.685 H, U 1999.581 H og U 2000.1357 H. Se i øvrigt fremstillingen af praksis hos Banke og Brofeldt i Jensen og Andersen (red.): *Funktionærloven 80 år*, 2018, s. 242-245.

32. Se f.eks. U 1996.1462 H og U 2005.37 V. I 2000.1357 H blev der udmålt en kompensation på 150.000 kr., men beløbet indeholdt også medarbejderens krav på løn i opsigelsesperioden, da medarbejderen var blevet uberettiget bortvist.

33. U 2005.37 V. Sml. Jessen og Berner: *Sagsbehandlingsfejl i personalesager*, Juristen nr. 8/2008, s. 233.

34. U 2002.1684 Ø.

35. Sml. Friis Jensen og Mørup i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 612.

myndighedens sagsbehandlingsfejl og den uberettigede afskedigelse. Medarbejderens mulighed for at opnå dobbelt-kompensation for den samme usaglige afskedigelse harmonerer heller ikke med dette hensyn.

4. Sagsbehandlingsmangler absorberes af overenskomstregler om beskyttelse mod urimelig opsigelse

Den retstilstand, hvorefter sagsbehandlingsmangler udløste kompensation i sig selv, viste sig som nævnt efterhånden at føre til flere uhenigtsmæssige resultater i praksis. Højesteret slog med tre domme afsagt i 2007-2009 ind på en ny ”løsningsmodel”, som stadig er udtryk for retsstillingen i dag. I dette afsnit behandles det, hvad der kan udledes af Højesterets tre domme i U 2007.537 H, U 2008.401 H og U 2009.1251 H, herunder hvilke hensyn der særligt synes at være varetaget med den nye retstilstand.

Det bemærkes, at de tre domme alene angår den situation, at der sker *opsigelse* med medarbejderens opsigelsesvarsel, og at medarbejderen har en sådan anciennitet, at vedkommende er omfattet af reglerne om godtgørelse for urimelig opsigelse i de kollektive overenskomster. Analyserne i dette afsnit tager derfor alene sigte på denne opsigelses-situation.

Hvilken betydning Højesterets domme i 2007-2009 må antages at have for en myndigheds afgørelse om *bortvisning* og opsigelse af en medarbejder med en *kort anciennitet* behandles i afsnit 5.5 og afsnit 6 nedenfor.³⁶

4.1. U 2007.537 H

Højesteret slog med den centrale dom i U 2007.537 H ind på en mere (udpræget) konkret væsentlighedsvurdering.³⁷ Det betyder, at en *myndigheds sagsbehandlingsfejl skal have haft konkret betydning for opsigelsen*, for at medarbejderen er berettiget til kompensation på forvaltningsretligt grundlag. Det synes berettiget at tale om en egentlig praksisændring og et opgør med den skarpe adskillelse af en opsigelses processuelle og indholdsmæssige aspekter. I afgørelsen deltog ni

36. Om anciennitetskrav i de offentlige overenskomster, se kapitel 9, afsnit 2.2.-2.3.

37. Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret - Sagsbehandling*, 2019, s. 374.

højesteretsdommere, hvilket illustrerer, at sagen er blevet anset for at være af principiel karakter.

Sagen angik en medarbejder i Udenrigsministeriet, der blev opsagt som led i en større afskedigelsesrunde begrundet i nedskæringer. Medarbejderens påstand lød på godtgørelse svarende til seks måneders løn, der dækkede over *dels* kompensation for tilsidesættelse af myndighedens partshøringspligt og *dels* godtgørelse for usaglig opsigelse i henhold til funktionærlovens § 2 b.

Højesteret fandt indledningsvist, at den foretagne partshøring levede op til reglerne i forvaltningslovens § 19, eftersom høringsbrevet indeholdt de generelle udvælgelseskriterier.³⁸ Ministeriet havde dog ikke forud for afskedigelsen besvaret medarbejderens anmodning om aktindsigt i sin personalesag, hvilket ministeriet burde have gjort. ”Dette forhold kan imidlertid ikke antages konkret at have haft væsentlig betydning, og Højesteret tiltræder af de grunde, der er anført af landsretten, at afskedigelsen ikke var usaglig, og at A derfor ikke har krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b.

De forvaltningsretlige regler om sagsbehandling skal i afskedigelsessager bidrage til, at der træffes saglige afskedigelsesbeslutninger. Når afskedigelsen var saglig, kan tilsidesættelsen af sagsbehandlingsreglerne derfor ikke i sig selv udløse et krav på kompensation.”

Hvor landsretten havde behandlet spørgsmålene om opsigelsens saglighed og overholdelse af sagsbehandlingsreglerne hver for sig, sammenkædede Højesteret de to spørgsmål. Højesteret foretog en vurdering af, om den manglende aktindsigt konkret havde haft en væsentlig betydning og fandt, at det ikke havde været tilfældet. Ved vurderingen af, om opsigelsen var rimeligt begrundet i henhold til funktionærlovens § 2 b, lagde Højesteret *dels* vægt på de materielle grunde, som landsretten havde anført, *dels* det forhold, at sagsbehandlingsfejlen ikke havde været væsentlig. Myndighedens sagsbehandlingsfejl indgik med andre ord i Højesterets samlede vurdering af, om opsigelsen var rimeligt begrundet på arbejdsretligt grundlag. Dommens resultat kan også anskues som manglende årsagsforbindelse, således at fejlen i den pågældende opsigelse ikke havde forårsaget et tab, og at der derfor ikke kunne opnås erstatning/kompensation.³⁹

Højesteret fastslog også, at når selve opsigelsen af medarbejderen var rimeligt begrundet, kunne den manglende overholdelse af sagsbehandlingsreglerne ikke i sig selv give krav på kompensation. Hermed gjorde Højesteret op med tidligere praksis om en modificeret generel

38. Dommens rækkevidde i forhold til partshøringspligten, se kapitel 6, afsnit 2.1.3.

39. Friis Jensen og Mørup i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 612.

væsentlighedsvurdering af sagsbehandlingsfejl. Denne del af præmisserne er formuleret i generelle vendinger, hvilket giver præmisserne en stærk præjudikatværdi.

Dommens præmisser er i øvrigt særdeles kortfattede. Det kan eksempelvis ikke udledes, om det er arbejdsgiveren eller medarbejderen, der bærer *bevisbyrden* for, at en sagsbehandlingsfejl konkret har haft en væsentlig betydning. Der er dog formentlig tale om en tendens i retning af, at bevisbyrden for, at sagsbehandlingsfejlen har haft betydning, påhviler medarbejderen.⁴⁰ Der er med dommen under alle omstændigheder tale om en svækkelse af medarbejderens retsstilling i bevismæssig henseende, da Højesteret gør op med hidtidig praksis, hvorefter medarbejderen var berettiget til compensation, medmindre forvaltningen kunne bevise, at fejlen konkret ikke havde haft betydning.⁴¹

Det uddybes heller ikke, hvorvidt præmisserne, der angår en opsigelse begrundet i virksomhedens forhold, kan overføres til en opsigelse begrundet i *medarbejderens forhold*.⁴² Om dette forhold, se U 2009.1251 H nedenfor.

Endelig kan det ikke udledes af Højesterets præmisser, på hvilken måde en opsigelses saglighed/rimelighed skal konstateres. Højesteret fik lejlighed til at tage stilling til denne problemstilling i U 2008.401 H.

4.2. U 2008.401 H

Højesteret fastslog i U 2008.401 H, at da det *ikke var konstateret ved et afskedigelsesnævn*, at en kommunes opsigelse af en medarbejder ikke var rimeligt begrundet, kunne medarbejderen allerede af den grund ikke tilkendes compensation for sagsbehandlingsfejl.

Sagen angik opsigelse af en kommunalt ansat forvaltningschef som led i strukturændringer i kommunen. Ændringen indebar, at medarbejderens stilling skulle nedlægges, og at nye stillinger som afdelingsledere skulle besættes. Medarbejderen anså sig for kompetent til at besætte en af to afdelingslederstillinger og var villig til at gå ned i løn. Stillingerne blev dog besat med andre medarbejdere, der arbejdede med sagsområderne i forvejen.

40. Revsbech: *Forvaltningspersonalet*, 2019, s. 93.

41. I samme retning Jessen og Berner: *Sagsbehandlingsfejl i personalesager*, Juristen nr. 8/2008, s. 234.

42. Tilsvarende, Jessen og Berner: *Sagsbehandlingsfejl i personalesager*, Juristen nr. 8/2008, s. 233, og Kristiansen: *Afskedigelse af ambassaderåd*, Juristen nr. 2/2007, s. 62.

4. Sagsbehandlingsmangler absorberes af overenskomstregler om ...

Landsretten afviste at tage stilling til spørgsmålet om godtgørelse for urimelig afskedigelse, da det ifølge overenskomstens regler skulle behandles ved et afskedigelsesnævn. Landsretten tog herefter stilling til medarbejderens påstand om krav på kompensation for mangelfuld partshøring samt mangelfuld begrundelse. Landsretten fandt, at forvaltningslovens § 19 var tilsidesat, ”[d]a en partshøring som en selvfølge skal iværksættes, forinden myndigheden reelt træffer afgørelse i sagen – og da det ikke kan udelukkes, at K Kommune ville have truffet en anden afgørelse, hvis man havde haft kendskab til A’s fleksible holdning, herunder til at gå ned i løn...” Opsigelsen fandtes på den baggrund ugyldig, og medarbejderen blev tilkendt en kompensation på 100.000 kr.

Højesteret gentog indledningsvist præmisserne fra U 2007.537 H. Højesteret konstaterede dernæst, at en afskedigelsessag ikke var gennemført ved et afskedigelsesnævn som foreskrevet i overenskomsten, ”... og det er dermed ikke blevet fastslået, at afskedigelsen af A ikke var rimeligt begrundet i hans eller kommunens forhold. Allerede derfor er der ikke grundlag for at tilkende A kompensation.”

Højesteret tilføjede herefter, at kravene til høring og begrundelse efter forvaltningslovens §§ 19 og 24 konkret set var opfyldte, da medarbejderen som forvaltningschef var bekendt med grundlaget for og indholdet af strukturændringerne, og da der var henvist til stillingsnedlæggelsen i høringsbrevet og afskedigelsesbrevet.

Ved Højesterets bedømmelse af medarbejderens påstand om kompensation på forvaltningsretligt grundlag kom det medarbejderen til skade, at en påstand om godtgørelse for urimelig opsigelse ikke var blevet forfulgt ved et afskedigelsesnævn. Det kan udledes af dommen, at en medarbejder, der er omfattet af overenskomstregler om nævnsbehandling, som udgangspunkt skal forfølge et krav på godtgørelse for urimelig opsigelse fagretligt og ikke gå direkte til domstolene med krav om kompensation på forvaltningsretligt grundlag.

Med dommen sendte Højesteret således et klart signal om, at almindelige opsigelsessager ikke skal behandles ved domstolene, men ved de dertil indrettede fagretlige organer i overensstemmelse med overenskomstreglerne. Dommen kan anskues som udtryk for en kompetencefordeling og kan ses som udtryk for et hensyn til *opretholdelse af det fagretlige processystem*, hvor overenskomstparterne har rådighed over sagerne.

Det bemærkes, at selv i de tilfælde, hvor en offentligt overenskomstsansat er omfattet af funktionærlovens regler, vil en tvist om opsigelsens rimelighed som udgangspunkt skulle prøves fagretligt, jf. U 2007.1569 H. Forumspørgsmål ved afskedigelse af offentligt funktionæransatte behandles nærmere i kapitel 9, afsnit 3.3-3.4.

Højesteret fandt desuden i U 2008.401 H, at myndigheden konkret set havde overholdt sagsbehandlingsreglerne ved opsigelsen. Det var strengt taget ikke nødvendigt at tage stilling hertil, da dommen blev afgjort med en ”allerede fordi”-begrundelse. En bemærkning om den rette fortolkning af forvaltningslovens regler fandtes nok alligevel påkrævet i lyset af, at landsretten havde tilkendt medarbejderen en kompensation på 100.000 kr. som følge af en utilstrækkelig partshøring. Højesteret underkendte herved landsrettens fortolkning af forvaltningslovens § 19 i den konkrete sag.

Dommen har medført et udgangspunkt om, at en sag om urimelig opsigelse skal prøves ved faglig voldgift (eller et afskedigelsesnævn). Der er dog undtagelser, hvorefter en medarbejders søgsmålsret ved de ordinære domstole alligevel ikke er afskåret. Det gælder blandt andet for såkaldt ”udenforstående” medarbejdere, og det gælder for organiserede medarbejdere i det tilfælde, at en faglig organisation ikke forfølger opsigelsen fagretligt, jf. arbejdsretslovens § 22, stk. 2, jf. § 11, stk. 2. Disse undtagelsestilfælde behandles i kapitel 9, afsnit 3.

4.3. U 2009.1251 H

Med U 2008.401 H blev det slået fast, at der ikke kunne tilkendes kompensation for forvaltningsretlige mangler, når opsigelsens rimelighed ikke havde været prøvet ved et afskedigelsesnævn. Man kunne måske forledes til at konkludere, at en medarbejder, der ved et afskedigelsesnævn opnåede tilkendegivelse af og godtgørelse for, at opsigelsen var urimelig, derefter kunne anlægge sag ved domstolene med krav om kompensation for forvaltningsretlige procedurermangler.⁴³ Højesteret afviste i U 2009.1251 H tilsyneladende en sådan ”dobbeltprøvelse”.

Sagen angik en kommunes opsigelse af en klinikassistent på grund af højt sygefravær. Opsigelsen blev prøvet ved et afskedigelsesnævn, hvor medarbejderen blev tilkendt en godtgørelse på 80.000 kr., da opsigelsen ikke fandtes rimeligt begrundet i hverken medarbejderens eller kommunens forhold. Medarbejderen anlagde sag ved domstolene med påstand om kompensation for forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl.

Landsretten fandt ikke, at afskedigelsesnævnets tilkendegivelse afskar medarbejderen fra at få prøvet, om de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler var overholdt. Retten fandt, at kommunen burde have anmodet om en lægeerklæring inden opsigelsen, men den fandt ikke grundlag for at tilkende medarbejderen yderligere

43. Sådan konkluderes det bl.a. af Andersen og Nielsen: *Mere om partshøring i personalesager*, U 2008B.175, s. 182.

4. Sagsbehandlingsmangler absorberes af overenskomstregler om ...

kompensation, bl.a. "... da det må antages, at fejlen ikke har haft betydning for kommunens beslutning om at afskedige [medarbejderen]..."

Højesteret udtalte først *generelt*, at "[u]nder en faglig voldgiftssag, hvor der skal tages stilling til, om en forvaltningsmyndigheds afskedigelse er usaglig og i givet fald skal udløse en godtgørelse, er det naturligt og ofte også nødvendigt, at voldgiftsretten – også i tilfælde, hvor den processuelt er afskåret fra at foretage en forvaltningsretlig kvalifikation af eventuelle fejl – i sin samlede vurdering inddrager hele sagsforløbet, herunder den måde forvaltningen har håndteret sagen på."

Højesteret anlagde derefter en *konkret* vurdering af nævnets bedømmelse af opsigelsens rimelighed. "Af opmandens tilkendegivelse fremgår, at der ved fastsættelsen af godtgørelsen blev taget hensyn til »samtlige foreliggende omstændigheder«, således som disse nærmere er beskrevet i tilkendegivelsen. Af denne fremgår, at kommunens sagsbehandling, herunder omstændighederne i forbindelse med tjenestefritagelsen, oplysningen af sagen, høringsen af A og begrundelsen for afskedigelsen, indgik i bedømmelsen af sagen."

På den baggrund havde medarbejderen ikke krav på yderligere kompensation (alene for de forvaltningsretlige mangler) end de 80.000 kr., der var tilkendt for urimelig opsigelse.

Med dommen tog Højesteret et skridt videre end i de tidligere domme og slog fast, at der i den konkrete sag var gjort op med de forvaltningsretlige sagsbehandlingsmangler ved den fagretlige bedømmelse af opsigelsens rimelighed. Den fagretlige bedømmelse sker på baggrund af reglerne om beskyttelse mod urimelig opsigelse, der er indeholdt i de offentlige kollektive overenskomster.⁴⁴

Med dommen må det desuden anses for fastslået, at kravet om forudgående fagretlig behandling gælder ved *enhver opsigelse*, uanset om den er begrundet i arbejdsgiverens eller medarbejderens forhold. Dommen omhandlede opsigelse på grund af sygefravær med forbindelse til samarbejdsvanskeligheder, hvilket er omstændigheder der sædvanligvis betegnes som "medarbejderens forhold".⁴⁵ Der synes på den baggrund ikke grundlag for at behandle de to typer af opsigelser forskelligt, som der ellers blev argumenteret for i kølvandet på U 2007.537 H og U 2008.401 H.⁴⁶ Sondringen er også fraværende i nyere teori og retspraksis.

Dommen giver herudover anledning til en række betragtninger.

44. Se kapitel 9, afsnit 2 om de offentlige overenskomstregler om uberettiget afskedigelse.

45. Kristiansen: *Grundlæggende arbejdsret*, 2020, s. 383-385.

46. I samme retning, Emborg og Schaumburg-Müller: *Offentlig arbejdsret*, 2010, s. 62. Synspunktet blev primært fremført af Jessen og Berner: *Sagsbehandlingsfejl i personalesager*, Juristen nr. 8/2008, s. 237.

4.3.1. Uhensigtsmæssig dobbeltprøvelse af opsigelsessager

Forløbet af sagen i U 2009.1251 H illustrerer det problematiske ved, at en opsigelse prøves både ved de fagretlige organer og domstolene. Flere af opsigelsens centrale forhold blev underlagt en dobbeltprøvelse, og det førte til forskellige resultater.

Ved afskedigelsesnævnet fandt opmanden, at opsigelsen var urimelig. Ved den vurdering lagde opmanden vægt på, at medarbejderens sygefravær havde forbindelse til arbejdet (samarbejdsvanskeligheder), at arbejdsgiveren ikke havde udbedt sig en lægeerklæring om den forventede varighed af sygemeldingen i forbindelse med opsigelsen, og at medarbejderen havde en høj anciennitet.

Landsrettens bedømmelse rettede sig udelukkende mod de forvaltningsretlige regler i vurderingen af, om de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler var overholdt. I denne vurdering kom landsretten imidlertid blandt andet frem til, at opsigelsen ikke reelt skyldtes samarbejdsvanskeligheder, og at den manglende lægeerklæring ikke havde haft betydning for kommunens beslutning om opsigelsen.

Om end landsretten ikke skulle tage stilling til opsigelsens rimelighed, synes dommen at ”underkende” afskedigelsesnævnets tilkendegivelse ved at fastslå, at det konkret set ikke havde været væsentligt, at kommunen ikke havde indhentet en lægeerklæring. Denne dobbeltprøvelse forekommer ikke hensigtsmæssig for de involverede parter, der i sagens natur vil kunne sætte spørgsmålstegn ved rigtigheden af den fagretlige afgørelse eller landsrettens dom, da de for sagen væsentlige fakta vurderes forskelligt i de to retsafgørelser.

4.3.2. Højesterets generelle opfordring til de fagretlige organer

Den første del af præmisserne i U 2009.1251 H er i realiteten udtryk for Højesterets vurdering af, hvordan et fagretligt organ i almindelighed bør gå til vurderingen af, om en myndigheds afskedigelse af en offentligt ansat er rimeligt begrundet i henhold til overenskomstens regler. Højesteret udtalte i generelle vendinger, at det er *naturligt og ofte nødvendigt*, at en faglig voldgift tager stilling til sagsbehandlingsfejl i den samlede vurdering af, om en medarbejder er berettiget til godtgørelse for urimelig opsigelse. Den generelle formulering af Højesterets præmisser kan tillægges præjudikatværdi på den måde, at Højesteret også i andre opsigelsessager vil anse det for naturligt og ofte nødvendigt, at sagsbehandlingsfejl inddrages i den samlede rimelighedsvurdering ved den fagretlige behandling.

Formuleringen af præmisserne må ses i lyset af, at Højesteret ikke kan udstikke bindende retningslinjer for, hvordan en opmand skal bedømme opsigelsessager ved en faglig voldgift. Højesterets præmisser

kan på den måde ses som en *klar opfordring* til de fagretlige organer om at inddrage hele sagsforløbet, herunder den måde forvaltningen har håndteret sagen på, i rimelighedsvurderingen.

Med dommen sender Højesteret samlet set endnu et klart signal om, at sager om opsigelsers rimelighed – både materielt og processuelt – bør vurderes ved de fagretlige organer. På den måde sikres det, at det fagretlige processystem bevares som det rette forum i opsigelsessager, og at *overenskomstparterne bevarer den fulde rådighed over sagerne*, selv i de tilfælde hvor der er begået sagsbehandlingsfejl. Ved at opfordre de fagretlige organer til at inddrage hele sagsforløbet i rimelighedsvurderingen tager Højesteret endnu et skridt i retningen af en *ensartet efterprøvelse af afskedigelser for offentligt og private overenskomstansatte*.

Det er i den forbindelse værd at bemærke, at Højesterets opfordring til de fagretlige organer også tager sigte på de tilfælde, hvor organet processuelt er *afskåret fra at foretage en forvaltningsretlig kvalifikation* af eventuelle fejl. Højesteret beskæftigede sig eksempelvis ikke med at definere, om det fagretlige organ i sin bedømmelse af myndighedens sagsbehandling bør sondre mellem gældende ret og god forvaltnings-skik. Der sigtes i stedet til en helhedsbedømmelse af, hvordan opsigelsen er gennemført, uden at der skal sorteres i ”forvaltningsretlige kasser”.⁴⁷ Højesterets præmisser kan endog muligvis forstås sådan, at den præcise *forvaltningsretlige kvalifikation af sagsbehandlingsfejl ikke er afgørende* for, hvordan de fagretlige organer bør vurdere myndighedens opsigelsesprocedure. Formuleringen af præmisserne på det punkt må antages at have haft betydning for den manglende håndhævelse af forvaltningsret i nyere fagretlig praksis. Om forvaltningsret som bedømmelsesgrundlag i nyere fagretlig praksis, se kapitel 9, afsnit 4.

4.3.3. Højesterets konkrete vurdering af den fagretlige tilkendegivelse

Den anden del af præmisserne i U 2009.1251 H angår Højesterets vurdering af, om myndighedens sagsbehandlingsfejl *konkret* indgik i den fagretlige bedømmelse af opsigelsens rimelighed. Dommens præmisser kan forstås sådan, at prøvelsen af de forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl ”henskydes” til fagretlig behandling *under den forudsætning*, at der under den fagretlige sag rent faktisk inddrages den måde, hvorpå forvaltningen har håndteret sagen.⁴⁸ Såfremt en fagretlig konstatering

47. Mørup i Bülow m.fl. (red.): *Forvaltningsloven 25 år*, 2012, s. 224.

48. Banke og Brofeldt i Jensen og Andersen (red.): *Funktionærloven 80 år*, 2018, s. 247, anfører, at ”[f]orvaltningsretlige mangler i afskedigelsesprocessen bør dermed inddrages ved saglighedsbedømmelsen af en afskedigelse.”

af, at en opsigelse ikke er rimeligt begrundet *i sig selv* ville være tilstrækkeligt til at gøre op med muligheden for at kræve kompensation på forvaltningsretligt grundlag, kunne Højesteret have valgt en mere generel formulering i U 2009.1251 H. På den baggrund kan der argumenteres for, at Højesteret med dommen lagde op til, at der *i hvert enkelt tilfælde må foretages en konkret vurdering* af, hvorvidt en faglig voldgift (eller et afskedigelsesnævn) har lagt tilstrækkelig vægt på myndighedens sagsbehandling i den samlede bedømmelse af opsigelsens rimelighed.

Det er værd at bemærke, at opmandens tilkendegivelse i U 2009.1251 H var relativt udførlig i sin beskrivelse af de processuelle aspekter af opsigelsen i forhold til øvrig fagretlig praksis. På den baggrund kan man overveje, hvor store krav domstolene stiller til en kendelses formulering, for at den kan anses for at gøre op med spørgsmålet om forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl. Spørgsmålet ses ikke adresseret i retspraksis eller teorien.⁴⁹ Fagretlig praksis giver endvidere ikke indtryk af, at de fagretlige organer er optagede af at leve op til en bestemt ”tærskel” for behørig inddragelse af myndighedens sagsbehandling.⁵⁰

I den konkrete sag havde opmanden inddraget myndighedens sagsbehandling på tilstrækkelig vis i den samlede rimelighedsvurdering. Højesteret havde derfor ikke anledning til at afklare, hvilke konsekvenser det ville kunne have, såfremt myndighedens sagsbehandling *ikke* var inddraget tilstrækkeligt i den fagretlige tilkendegivelse. Om dette spørgsmål se umiddelbart nedenfor.

4.3.4. *Har Højesteret forladt effektivitets- og retssikkerhedshensynet?*

Som nævnt ovenfor tilgodeså den tidligere retstilstand, hvorefter en medarbejder kunne gøre krav på kompensation for myndighedens sagsbehandlingsfejl i sig selv, i høj grad et hensyn til, at overtrædelse af de forvaltningsretlige regler skal medføre en eller anden form for sanktion. Dette kan også betegnes som et almindeligt effektivitets- og retssikkerhedshensyn.

Spørgsmålet er, om Højesteret med U 2009.1251 H mere eller mindre har opgivet det grundlæggende hensyn til, at (væsentlig) overtrædelse af de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler skal medføre en eller anden form for retlig konsekvens.

49. Hvor U 2007.537 H og U 2008.401 H er kommenteret bredt i teorien, er det bemærkelsesværdigt, at U 2009.1251 H stort set ikke er blevet kommenteret.

50. Se analysen af forvaltningsret som bedømmelsesgrundlag i nyere fagretlig praksis i kapitel 9, afsnit 4.

4. Sagsbehandlingsmangler absorberes af overenskomstregler om ...

På den ene side må Højesterets samlede praksisændring med de tre domme i 2007-2009 beskrives som en svækkelse af medarbejderens mulighed for at få kompensation for sagsbehandlingsfejl. Praksisændringen kan sågar ses som en tiltænkt svækkelse af medarbejderens mulighed for at opnå kompensation, da den dagældende retstilstand havde ført til uhensigtsmæssige resultater i praksis.

På den anden side støtter præmisserne i U 2009.1251 H *ikke* en antagelse om, at Højesteret helt opgiver det synspunkt, at myndighedens sagsbehandlingsfejl efter omstændighederne skal medføre retlige konsekvenser. Højesteret opfordrer som nævnt de fagretlige organer til at inddrage myndighedens eventuelle sagsbehandlingsfejl i den samlede rimelighedsvurdering. Det må antages, at der i Højesterets opfordring også ligger en *forventning* om, at væsentlige sagsbehandlingsfejl på en eller anden måde kommer myndigheden til skade i den samlede rimelighedsvurdering ved de fagretlige organer. Hvis Højesteret ikke havde den ”forventning om retlige konsekvenser”, ville det reelt være formålsløst at opfordre de fagretlige organer til at tage stilling til myndighedens sagsbehandlingsfejl.

Højesterets ”forventning om retlige konsekvenser” er dog uudtalt. Det kan ikke af dommens præmisser udledes, hvilke nærmere overvejelser Højesteret gjorde sig om, hvilke retlige konsekvenser sagsbehandlingsfejl kunne føre til ved de fagretlige organers rimelighedsbedømmelse. Man kan overveje, om en præcisering af spørgsmålet om retlige konsekvenser kunne have medført et større fokus på sagsbehandlingsfejl ved de fagretlige organer, end tilfældet er i dag. Om forvaltningsretlig som bedømmelsesgrundlag i nyere fagretlig praksis, se kapitel 9, afsnit 4.

Endelig må det overvejes, om Højesteret med U 2009.1251 H principielt har afskåret en medarbejder fra at forfølge et krav om forvaltningsretlig kompensation ved de ordinære domstole. Der er ingen tvivl om, at Højesteret med dommen sigtede til et *udgangspunkt* om fagretlig behandling af opsigelsessager. Som nævnt kan dommens præmisser imidlertid forstås sådan, at prøvelsen af de forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl ”henskydes” til fagretlig behandling *under den forudsætning*, at der under den fagretlige sag rent faktisk inddrages den måde, hvorpå forvaltningen har håndteret sagen. I det tilfælde, at opmanden i den konkrete sag *ikke* havde inddraget sagsbehandlingen, er det derfor nærliggende at udlede, at medarbejderen kunne have rettet et krav om kompensation for sagsbehandlingsfejl på forvaltningsretligt grundlag ved domstolene. Højesterets præmisser giver i hvert fald ikke et klart grundlag for at konkludere, at en medarbejders adgang til domstolsprøvelse i enhver

henseende er afskåret.⁵¹ Det er her synspunktet, at der derfor – i hvert fald principielt – fortsat kan være adgang til, at en medarbejder kan få prøvet et spørgsmål om kompensation for sagsbehandlingsfejl ved domstolene. Det må i en sådan situation påhvile medarbejderen at bevise, at myndigheden har begået en væsentlig sagsbehandlingsfejl ved opsigelsen, og at denne sagsbehandlingsfejl ikke er indgået i den fagretlige vurdering af opsigelsens rimelighed.

Om dette synspunkt kan udstrækkes til tilfælde, hvor en opmand ved den fagretlige bedømmelse har vurderet, at opsigelsen har været rimeligt begrundet, kan overvejes. I U 2008.401 H afviste Højesteret medarbejderens krav om kompensation, allerede fordi det ikke var konstateret ved et afskedigelsesnævn, at opsigelsen ikke var rimelig. Formuleringen kan give anledning til den antagelse, at kompensation på forvaltningsretligt grundlag forudsætter, at der er tale om en (konstateret) urimelig opsigelse. Spørgsmålet er, om Højesterets dom i U 2008.401 H kan strækkes så vidt. Som nævnt ville Højesteret formentlig have formuleret sig mere generelt i U 2009.1251 H, såfremt en fagretlig konstatering af en urimelig opsigelse *i sig selv* ville være tilstrækkeligt til at gøre op med muligheden for at kræve kompensation på forvaltningsretligt grundlag. Det kan på den baggrund ikke udelukkes, at Højesteret vil tilkende kompensation for en væsentlig sagsbehandlingsfejl, uanset kendelsen om opsigelsens rimelighed, såfremt betydningen af en sagsbehandlingsfejl ikke er blevet inddraget tilstrækkeligt i den fagretlige kendelse.

Der kan på den ene side fremhæves nogle *ulemp* ved en sådan (fortsat) adgang til domstolsprøvelse af sagsbehandlingsfejl ved opsigelse.

Domstolenes prøvelse af en medarbejders krav på kompensation for sagsbehandlingsfejl vil indebære en *dobbeltprøvelse*. Som sagens forløb i U 2009.1251 H viser, vil en dobbeltprøvelse kunne indebære, at domstolene reelt tillægger sagens faktum en anden betydning end i den fagretlige bedømmelse af opsigelsens rimelighed. Da man ved domstolene vil skulle vurdere, hvorvidt de pågældende sagsbehandlingsfejl har haft en konkret betydning for opsigelsens lovlighed og rigtighed, vil domstolsprøvelsen i realiteten føre til en efterprøvelse af, om opsigelsen samlet set er rimeligt begrundet. Med andre ord kan en sådan dobbeltprøvelse efter omstændighederne føre til uhensigtsmæssige resultater, der blandt andet kan skabe tvivl om rigtigheden af de afsagte retsafgørelser.

51. Her ses der bort fra den søgsmålsret ved domstolene, der gælder for udenforstående medarbejdere og organiserede medarbejdere efter arbejdsretslovens § 22, stk. 1, jf. § 11, stk. 2. Se kapitel 9, afsnit 3.1-3.2.

4. Sagsbehandlingsmangler absorberes af overenskomstregler om ...

Det forhold, at medarbejderen efter endt fagretlig behandling kan få prøvet et krav om kompensation for sagsbehandlingsfejl ved domstolene, indebærer også et *stort tids- og ressourceforbrug* for de involverede parter. Parterne er tvunget til at føre to sager om samme afskedigelse, såfremt opmanden ikke har taget tydeligt – eller tilstrækkeligt – stilling til de forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl.

Medarbejderens adgang til domstolsprøvelse kan på den anden side også være forbundet med *fordele*. En efterfølgende domstolsprøvelse giver adgang for medarbejderen til at få prøvet afskedigelsens berettigelse under inddragelse af de forvaltningsretlige regler. Domstolsprøvelsen er udtryk for en varetagelse af hensynet til, at overtrædelse af de forvaltningsretlige regler skal være forbundet med sanktioner eller retlige konsekvenser. Mere overordnet varetages herved et almindeligt effektivitets- og retssikkerhedshensyn.

Den blotte ”risiko” for, at en fagretlig sag skulle blive indbragt for domstolene med den begrundelse, at de forvaltningsretlige regler ikke er behørigt inddraget, vil formentlig i sig selv kunne skabe et incitament for, at der i fagretlig praksis foretages en mere *eksplicit vurdering* af sagsbehandlingsfejl.

Det kan indvendes, at en sådan praksis vil (gen)åbne den adgang til domstolsprøvelse, som bestod før U 2007.537 H. Det er der dog ikke tale om. Højesterets praksisændring har klart slået fast, at der alene er grund til at forfølge sagsbehandlingsfejl, der konkret set har været *væsentlige* for afgørelsens resultat. En efterfølgende domstolsprøvelse ville således hovedsageligt være interessant i de sager, hvor medarbejderen/den faglige organisation har den opfattelse, at en mangelfuld procedure ikke har vejet (tilstrækkeligt) ind i den samlede interesseafvejning. Selvom en sådan praksis i et vist omfang vil medføre en dobbeltprøvelse af opsigelsens rimelighed, vil en efterfølgende domstolsprøvelse sikre, at *de forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl i alle tilfælde kan underkastes en effektiv efterprøvelse*.

4.3.5. Sammenfatning

Sammenfattende er retsstillingen efter U 2009.1251 H, at en offentlig ansat som udgangspunkt er forpligtet til at forfølge sagsbehandlingsfejl efter overenskomstens regler om urimelig opsigelse. Den fagretlige prøvelse af opsigelsens rimelighed gør som udgangspunkt op med medarbejderens eventuelle krav om kompensation for forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl. Det er dog nok en forudsætning herfor, at opsigelsens processuelle aspekter er inddraget (tilstrækkeligt) i den fagretlige bedømmelse.

Selvom der – i hvert fald principielt – fortsat kan være adgang til, at en medarbejder kan få prøvet et spørgsmål om kompensation for sagsbehandlingsfejl ved domstolene, ses denne adgang ikke udnyttet i retspraksis. Ved en gennemgang af nyere retspraksis kan det konstateres, at en medarbejder, der er tilkendt godtgørelse for urimelig opsigelse i det fagretlige system, som det klare udgangspunkt ikke forfølger et krav om kompensation på forvaltningsretligt grundlag ved de ordinære domstole.

Efter at Højesteret fastslog retsstillingen som ovenfor beskrevet, er der alene afsagt få domme ved de ordinære domstole, der drejer sig om afskedigelse af offentligt overenskomstansatte, jf. umiddelbart nedenfor. Det må konstateres, at konsekvensen af den omtalte praksisændring blev som tilsigtet, eftersom sager om afskedigelse af offentligt ansatte som det klare udgangspunkt i dag prøves ved de fagretlige organer.

5. Retspraksis efter U 2009.1251 H

I dette afsnit behandles den sparsomme retspraksis efter 2009, hvor domstolene har haft anledning til at prøve de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler i forbindelse med en sag om uberettiget afskedigelse. Formålet er at belyse den retlige prøvelse af forvaltningsretlige mangler som led i afskedigelsesbeskyttelsen. Som led i analysen af nyere retspraksis overvejes retstilstanden for nogle af de afskedigelsestilfælde, som *ikke* var fremme i de ovennævnte Højesteretsdomme, f.eks. bortvisning og korte ansættelser.

5.1. ØLD af 21. juni 2012 (B-2627-11)

Østre Landsrets dom angår, om en kommunes bortvisning var uberettiget, og hvorvidt medarbejderen derfor havde krav på løn i opsigelsesperioden. Sagen er interessant, da Højesteret ikke med den ovennævnte praksisændring havde anledning til at tage stilling til retsvirkningerne af forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl ved *bortvisning*.

Sagen angik bortvisning af en medarbejder, der var ansat på en kommunal boenhed for psykisk syge borgere med misbrugsproblemer. Medarbejderen havde under en sommerlejr røget hash på en båd tur sammen med en beboer og sin ægtefælle. Den pågældende beboer havde et hashmisbrug.

Medarbejderen anlagde sag med påstand om, at bortvisningen var ugyldig med den konsekvens, at hun havde krav på løn i opsigelsesperioden. Landsretten fandt,

at hashrygningen var sket i arbejdstiden, og at forholdet havde en sådan grovhed, at bortvisningen var berettiget. Om manglende partshøring udtalte retten: ”Den manglende partshøring kan under de foreliggende omstændigheder ikke antages at have haft konkret indflydelse på grundlaget for bortvisningen”.

I sagen for Østre Landsret havde medarbejderen ikke nedlagt påstand om kompensation for den manglende partshøring i sig selv, men fejlen var gjort gældende som et anbringende til støtte for påstanden om, at bortvisningen ikke var berettiget.

Landsretten foretog tilsyneladende en bedømmelse af, om fejlen havde været *konkret væsentlig* (”konkret indflydelse på”) og fandt, at det ”under de foreliggende omstændigheder” ikke havde været tilfældet. Det blev ikke uddybet, hvilke relevante omstændigheder retten lagde vægt på i denne vurdering. Den manglende partshøring var formentlig ikke konkret væsentlig, da der indholdsmæssigt var tale om et så groft forhold, at en eventuel høring ville være uden betydning.⁵² Bortvisningen fandtes på den baggrund berettiget. Landsretten anlagde tilsyneladende en sædvanlig konkret væsentlighedsvurdering af den forvaltningsretlige proceduremangel, dog uden at det nærmere blev uddybet, hvilke momenter der blev lagt vægt på i denne vurdering. I lyset af, at Højesteret ikke med den ovennævnte praksisændring tog stilling til, om der også ved bortvisning skal anlægges en konkret væsentlighedsvurdering af sagsbehandlingsfejl, er landsretsdommen *principiel*. Dommens præmisser er dog meget konkret begrundede, og det er usikkert, om dommen kan tillægges stor præjudikatværdi. Under alle omstændigheder viser dommen, at landsretten i denne bortvisningssag anlægger en konkret væsentlighedsvurdering i tråd med Højesterets dom i U 2007.537 H.

Det må herudover antages, at Højesterets præmisser om ”forudgående fagretlig behandling” i U 2008.401 H og U 2009.1251 H kan overføres til bortvisningssager. Det vil sige, at en offentlig ansat, der er blevet bortvist, formentlig skal forfølge sit krav på løn i opsigelsesperioden (dvs. om overenskomstens regler om opsigelsesvarsler er behørigt iagttaget) ved en faglig voldgift og i den forbindelse lade eventuelle forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl vurdere.⁵³ Da de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler også gælder ved en myndigheds bortvisning, vil det formentlig

52. Sml. fra arbejdsretlig praksis, U 2008.254 Ø, hvor et supermarkeds bortvisning uden forudgående advarsel var berettiget.

53. Det beror dog på en konkret vurdering, ved hvilket forum spørgsmålet om en bortvisnings berettigelse skal anlægges, se kapitel 9, afsnit 3.4.

også ved en fagretlig bedømmelse af en bortvisning være ”naturligt og ofte nødvendigt” at tage stilling til afskedigelsesproceduren.

En sådan retsstilling tilgodeser i hvert fald hensynet til, at afskedigelsessager som det klare udgangspunkt underkastes prøvelse i det fagretlige system, og at overenskomstparterne bevarer rådigheden over afskedigelsessagerne. En indvending kunne muligvis være, at en medarbejder ved en sag om uberettiget bortvisning ved et fagretligt organ alene kan kræve erstatning for tabt løn m.v. i opsigelsesperioden og ikke yderligere kompensation for eventuelle sagsbehandlingsfejl ved selve bortvisningen. I det tilfælde, at en opsigelse i samme situation ville have været urimelig, kan medarbejderen imidlertid opnå en tabsafhængig godtgørelse efter overenskomstens regler, der så at sige kan ”reparere” på sagsbehandlingsfejlen.

Det må herudover antages, at såfremt der i den konkrete fagretlige kendelse om bortvisningens berettigelse er taget tilstrækkelig stilling til myndighedens sagsbehandlingsfejl, kan tilsidesættelsen af sagsbehandlingsreglerne ikke i sig selv udløse et krav på kompensation på forvaltningsretligt grundlag.⁵⁴

5.2. ØLD af 30. juni 2017 (B-950-16)

Denne dom er et eksempel på, at landsretten (formentlig) tilkender en økonomisk kompensation på forvaltningsretligt grundlag for en usaglig opsigelse.

Sagen angik en opsigelse af en soloklarinettist ansat ved et kammerensemble på grund af samarbejds vanskeligheder. Medarbejderen blev indkaldt til tjenstlig samtale, hvorunder opsigelse også fandt sted. På mødet blev medarbejderen foreholdt kritik af hendes ”arbejds mæssige adfærd”. Et notat, der indeholdt kritik af medarbejderen, blev omtalt på mødet. Medarbejderen fik ikke udleveret en skriftlig kopi af notatet, og hun søgte forgæves aktindsigt i bl.a. notatet.

Medarbejderen nedlagde en primær påstand om, at afskedigelsen var ugyldig med genansættelse som følge, og en subsidær påstand om økonomisk kompensation.

Landsretten fandt, ligesom byretten, at medarbejderen ikke var blevet tildelt en advarsel forud for afskedigelsen, og at arbejdsgiveren ikke havde gjort noget forsøg på at løse samarbejdsproblemerne i ensemblet. Herefter udtalte landsretten:

54. Under en fagretlig sag vil der ofte være foretaget en vurdering af, dels om en bortvisning er berettiget, og dels om opsigelse i samme situation ville have været rimelig, på grundlag af de samme beviser og overvejelser.

”Af de grunde, som byretten har anført, tiltræder landsretten, at [kommunen] i forbindelse med afskedigelsen af [medarbejderen] har tilsidesat forvaltningsretlige regler om aktindsigt og partshøring. Heller ikke efter bevisførelsen for landsretten er det bevist, at [medarbejderen] også ved iagttagelse af disse regler ville være blevet opsagt. Landsretten lægger herved vægt på, at der efter det oplyste indtrådte en forbedring i samarbejdet efter afholdelse af samtalen med [medarbejderen] i foråret 2013. Landsretten tiltræder på den baggrund, at tilsidesættelsen konkret må antages at have haft væsentlig betydning.”

Det fandtes herefter bevist, at afskedigelsen var usaglig, og medarbejderen blev tilkendt en økonomisk kompensation på 300.000 kr.

Medarbejderens primære påstand var genansættelse og synes forudsætningsvist at være støttet på et forvaltningsretligt grundlag. Den subsidiære påstand om betaling af økonomisk kompensation synes også i første omgang forudsætningsvist at være støttet på et forvaltningsretligt grundlag og kun i anden række at støtte sig på funktionærlovens beskyttelse mod urimelig opsigelse.

Østre Landsret kom frem til, at opsigelsen var usaglig, og at medarbejderen var berettiget til en økonomisk kompensation. Den udmålte kompensation på 300.000 kr. overstiger, hvad der kan rummes inden for funktionærlovens § 2 b, stk. 2, 2. pkt., hvorefter medarbejderen alene ville være berettiget til op til seks måneders løn, cirka 240.000 kr., henset til hendes anciennitet og månedsløn.⁵⁵ Det følger formentlig heraf, at landsretten tilkendte medarbejderen en selvstændig økonomisk kompensation på forvaltningsretligt grundlag for den usaglige opsigelse.

Som led i saglighedsvurderingen indgik en prøvelse af, om de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler var overholdt i sagen. Som præmisserne er formuleret, synes Østre Landsret at lægge en modificeret generel væsentlighedsbedømmelse til grund, da det påhvilede *arbejdsgiveren* at bevise, at sagen også ved overholdelse af de formelle regler ville have resulteret i en opsigelse. Dette afviger fra den mere konkrete væsentlighedsvurdering, som Højesteret slog an i U 2007.537 H.

Skærpelsen af arbejdsgiverens bevisbyrde i denne sag kan skyldes, at opsigelsen materielt set fremstod meget tvivlsom. Medarbejderen var ikke givet en forudgående advarsel, samarbejdsproblemer var ikke

55. Efter funktionærlovens § 2 b, stk. 2, kan godtgørelsen udgøre indtil 6 måneders løn efter 15 års uafbrudt beskæftigelse i virksomheden. Den opsagte medarbejder havde en anciennitet på over 23 års ansættelse og modtog samlet cirka 40.000 kr. i løn per måned, jf. Nykøbing F Byrets dom af 24. februar 2016 (BS 1-900/2015).

forsøgt afhjulpet, og der var ikke ført tilstrækkeligt bevis for, at kritikken af medarbejderen var berettiget. En opsigelse, hvor en arbejdsgiver ikke har forsøgt at løse samarbejdsvanskeligheder på arbejdspladsen før opsigelsen, vil normalt hverken være saglig efter forvaltningsretlige regler eller rimeligt begrundet efter arbejdsretlige regler.⁵⁶

Østre Landsret fandt korrekt, at medarbejderen var berettiget til en kompensation, da der samlet set var tale om en usaglig opsigelse. Den bevisbyrde, som landsretten anvender i forhold til de processuelle forhold, synes imidlertid ikke rammende. Selv hvis arbejdsgiveren havde overholdt de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler, ville det ikke have gjort den konkrete opsigelse saglig. Selv hvis arbejdsgiveren havde kunnet løfte sin bevisbyrde for, at overtrædelsen af reglerne konkret set ikke havde haft væsentlig indflydelse på resultatet, ville det ikke have ændret på dommens resultat; at afskedigelsen efter en samlet vurdering var usaglig.

En anden – mere oplagt – konsekvens kunne have været, at manglende overholdelse af sagsbehandlingsreglerne medførte en skærpelse af arbejdsgiverens bevisbyrde for, at afskedigelsen materielt set/indholdsmæssigt var saglig.

5.3. U 2021.93 V

Vestre Landsrets dom om en kommunes opsigelse af en kontrakt med en familieplejer er taget med i fremstillingen, selvom plejeren ikke kunne anses som lønmodtager i den konkrete sag. Det hænger sammen med, at opsigelse eller ophævelse af et plejeforhold i visse tilfælde *sidestilles med en afskedigelsessag* i forvaltningsretlig henseende, uanset at der ikke er tale om et egentligt ansættelsesforhold, jf. U 2004.1961 V og U 2007.1731 V. Det er formentlig en forudsætning herfor, at kommunen har begrundet plejeforholdets ophør i forhold hos familieplejeren, og at vurderingen indeholder en *bebrejdelse eller kritik af familieplejeren*.⁵⁷

Domstolene synes hidtil at have anlagt en modificeret generel væsentlighedsbedømmelse ved vurderingen af, om kommunens manglende partshøring har været en væsentlig mangel ved opsigelse af et

56. Se kapitel 3, afsnit 4, og kapitel 5, afsnit 5.

57. Andre faktorer såsom plejeforholdets karakter, plejerens vederlag og kommunens beføjelser under plejeforholdets forløb kan dog også spille ind på vurderingen af, om kommunen er forpligtet til at gennemføre en forudgående partshøring ved opsigelse af plejeforhold, jf. U 2004.1961 V.

plejeforhold.⁵⁸ Spørgsmålet er, om Højesterets praksisændring med dommene i 2007-2009, hvor Højesteret blandt andet slog ind på en mere (udpræget) konkret væsentlighedsvurdering, i denne nyere landsretsdom lader sig afspejle i en ændret bedømmelse af kommunens sagsbehandlingsfejl ved opsigelse af plejeforhold.

Sagen angik opsigelse af en kontrakt om plejeforhold. Opsigelsens baggrund var blandt andet, at kommunen i forbindelse med en gennemgang af kommunens kontrakter om plejeforhold varslede at nedsætte familieplejerens vederlag. Plejeren meddelte på et møde, at han ikke ønskede at fortsætte som familieplejer til nedsat plejevederlag. Kommunens opsigelse blev begrundet med, at der ikke kunne opnås enighed om ny kontraktforhandling.

Landsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at opsigelsen ikke alene havde været begrundet i omstruktureringer og uenighed om vederlagsfastsættelsen. Opsigelsen var også begrundet i omstændigheder vedrørende plejerens udførelse af hvervet som familieplejer. På den baggrund skulle kommunen have foretaget partshøring af plejeren om disse forhold, før der blev truffet afgørelse.

”En sådan partshøring er ikke sket, og [kommunen] har ikke godtgjort, at den manglende partshøring konkret har været uvæsentlig for afgørelsen om opsigelse af kontrakten. [Familieplejeren] er derfor berettiget til en økonomisk kompensation for den manglende partshøring. Godtgørelsen fastsættes skønsmæssigt til 40.000 kr.” (min fremhævelse).

Dommen viser, at Vestre Landsret i tråd med tidligere retspraksis anlagde en *modificeret generel væsentlighedsbedømmelse*, eftersom det påhvilede kommunen at bevise, at manglen ikke havde været konkret væsentlig. Dommen indikerer muligvis, at den konkrete væsentlighedsbedømmelse, som blev slået an af Højesteret i U 2007.537 H, er forbeholdt tilfælde, hvor der er tale om et egentligt ansættelsesforhold, og hvor den ansatte nyder en lov- eller overenskomstmæssig beskyttelse mod urimelig opsigelse. Forringelsen af medarbejderens mulighed for at få kompensation for sagsbehandlingsfejl opvejes af, at medarbejderen kan kræve godtgørelse for urimelig opsigelse. En familieplejer, som vil anfægte opsigelsen af en kontrakt om plejeforhold, er ikke omfattet af lov- eller overenskomstregler om beskyttelse mod urimelig opsigelse i det tilfælde, at kontraktforholdet ikke er et ansættelsesforhold.

58. Spørgsmålet var ikke aktuelt i U 2007.1731 V, da opsigelsen ikke fandtes begrundet i plejerens forhold, og de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler fandt derfor ikke anvendelse.

Om de ovennævnte betragtninger kan overføres til de tilfælde, hvor der sker opsigelse af en *medarbejder, der ikke opfylder anciennitetskravene i de offentlige overenskomster* ("korte ansættelser"), kan overvejes. En medarbejders korte anciennitet bevirker, at overenskomstens regler om godtgørelse for urimelig opsigelse ikke finder anvendelse. Vestre Landsrets dom om plejeforhold synes på den baggrund at kunne støtte en antagelse om, at domstolene også ved korte ansættelser vil lade myndigheden – og ikke medarbejderen – bære bevisbyrden for, at en sagsbehandlingsfejl var konkret uvæsentlig for opsigelsen (modificeret generel væsentlighedsbedømmelse). Problemstillingen må dog betegnes som uafklaret. Se desuden afsnit 6 nedenfor.

5.4. Sammenfatning

Det er svært at udlede noget generelt på baggrund af så få og så konkret begrundede afgørelser. Det kan dog konstateres, at prøvelsen af myndighedens sagsbehandlingsfejl i de ovennævnte afgørelser indgår i *rettens samlede vurdering af afskedigelsens berettigelse*, hvad enten dette er et spørgsmål om en bortvisnings berettigelse eller en opsigelses saglighed. De formelle og materielle aspekter af afskedigelsen sammenkædes ved den retlige efterprøvelse, som det synes tilsigtet af Højesteret navnlig i U 2007.537 H.

Herudover giver den sparsomme retspraksis anledning til et par betragtninger om udlægningen af retstilstanden i forhold til *bortvisning*. Domstolene har efter Højesterets praksisændring i 2007-2009 i hvert fald i et enkelt tilfælde anvendt den samme konkrete væsentlighedsbedømmelse i en sag om berettigelsen af en myndigheds bortvisning. Selvom problemstillingen ikke ses besvaret i praksis, må det herudover antages, at en offentlig ansat ved bortvisning – ligesom ved opsigelse – skal lade en myndigheds sagsbehandlingsfejl prøve som led i den samlede fagretlige bedømmelse.

Endelig kan det konstateres, at det ikke er tydeligt, om domstolene går til bedømmelsen af de forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl på en ensartet måde. Spørgsmålet er mere konkret, hvordan sagens processuelle aspekter nærmere indgår i den samlede vurdering af afskedigelsens berettigelse. Får sagsbehandlingsfejl primært en bevismæssig betydning, anses fejlen for en integreret del af saglighedsvurderingen, eller tillægges fejlen slet ikke betydning?

I 2012-dommen spillede det formelle aspekt formentlig slet ikke nogen rolle for afskedigelsens berettigelse. I 2017-dommen pålagde landsretten arbejdsgiveren at bevise, at sagsbehandlingsfejlene ikke

havde været væsentlige, (formentlig) da opsigelsen fremstod som usaglig i sit indhold.

Landsretterne har givetvis været mest optagede af at nå det rigtige resultat i dommene, og den anvendte tilgang til prøvelsen af myndighedens sagsbehandlingsfejl skal næppe tillægges særlig betydning. Under alle omstændigheder kan det udledes, at det ikke er klart, hvilke retlige konsekvenser de forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl nærmere gives i den samlede saglighedsbedømmelse.

Det synes endvidere ikke hensigtsmæssigt, at medarbejderen i 2017-dommen, hvor den faglige organisation havde afstået fra at forfølge kravet fagretligt af hensyn til medarbejderens ønske om genansættelse, opnåede et større kompensationsbeløb ved domstolene, end der muligvis var udsigt til i fagretligt regi.⁵⁹ Såfremt det er tilfældet, er dommens udmåling af kompensation i hvert fald med til at skabe et incitament til domstolsprøvelse, som ikke flygter med Højesterets praksisændring, navnlig U 2009.1251 H.

6. Hvilket anvendelsesområde er der tilbage for kompensation udmålt på forvaltningsretligt grundlag ved de ordinære domstole?

6.1. Adgangen til kompensation på forvaltningsretligt grundlag

Højesteret afsagde i årene 2007-2009 tre centrale domme, der gjorde op med den tidligere praksis, hvorefter domstolene kunne tilkende medarbejderen økonomisk kompensation for forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl, uafhængigt af om afskedigelsen var berettiget. Den tidligere praksis havde med tiden ført til en række uhensigtsmæssige resultater i praksis.

En offentlig overenskomstansat skal i dag som det klare udgangspunkt lade en sag om uberettiget afskedigelse forfølge i det fagretlige system. Man kan dermed tale om en *kollektivering af afskedigelsesbeskyttelsen for de offentligt overenskomstansatte*. Kollektiveringen sker med respekt for den individuelle medarbejders retssikkerhed, eftersom der i visse tilfælde er adgang til domstolsprøvelse for den enkelte medarbejder, jf. kapitel 9.

59. Kompensationen oversteg i hvert fald niveauet for godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, stk. 2, 2. pkt., mens niveauet for overenskomstmæssig godtgørelse på det konkrete overenskomstområde ikke lader sig aflæse af sagen.

Om end Højesterets praksisændring har medført et klart udgangspunkt om fagretlig behandling, må det antages, at en offentlig overenskomstansat fortsat i visse tilfælde vil kunne opnå økonomisk kompensation på forvaltningsretligt grundlag i forbindelse med en afskedigelse. Disse tilfælde skitseres umiddelbart nedenfor. Den gældende retstilstand er formentlig udlagt lidt for forsigtigt i eksisterende teori, når det anføres, at der kan være undtagelsesprægede situationer, hvor der kan blive tale om kompensation på forvaltningsretligt grundlag til en opsagt lønmodtager.⁶⁰

For det første må det antages, at der – i hvert fald principielt – fortsat kan være adgang til, at en offentlig ansat *efter en fagretlig sag* kan få prøvet et spørgsmål om kompensation for sagsbehandlingsfejl ved domstolene. Væsentlige forudsætninger for en sådan adgang er formentlig, at medarbejderen kan bevise, dels at myndigheden har begået en væsentlig sagsbehandlingsfejl ved afskedigelsen, og dels at sagsbehandlingsfejlen ikke er indgået (tilstrækkeligt) i den fagretlige vurdering af afskedigelsens berettigelse. Se afsnit 4.3. ovenfor.

For det andet er der fortsat tilfælde, hvor *en medarbejder på individuelt grundlag har adgang til domstolsprøvelse*. Det gælder for udenforstående medarbejdere generelt og for organiserede medarbejdere, hvis vedkommendes faglige organisation ikke agter at iværksætte fagretlig behandling af kravet, jf. arbejdsretslovens § 22, stk. 1, jf. § 11, stk. 2. Se kapitel 9, afsnit 3.1.-3.2.

I disse tilfælde er medarbejderen tilsyneladende ikke forpligtet til at støtte sit krav på økonomisk godtgørelse for uberettiget afskedigelse på de relevante overenskomstregler. Som påvist ovenfor viser analysen af ØLD af 30. juni 2017 (B-950-16), at domstolene – afhængigt af de nedlagte påstande – formentlig er villige til at give medhold i en påstand om økonomisk kompensation for uberettiget afskedigelse på forvaltningsretligt grundlag. Det er dog problematisk, såfremt der udmåles høje kompensationsbeløb på forvaltningsretligt grundlag, da man herved kan skabe et incitament til domstolsprøvelse, hvilket var det modsatte af, hvad Højesteret sigtede til med U 2009.1251 H.

For det tredje må det antages, at *medarbejdere, der ikke opfylder anciennitetskravene i de offentlige overenskomster* ("korte ansættelser"),

60. Kristiansen: *Grundlæggende arbejdsret*, 2020, s. 72, der ikke uddyber, hvilke tilfælde der kunne være tale om. Modsat, Revsbech: *Forvaltningspersonalet*, 2019, s. 97, angiver nok et for bredt anvendelsesområde, da det anføres, at "dobbeltprøvelsen" nu stort set (kun) er en reel mulighed, hvis det ved voldgiften fastslås, at afskedigelsen er usaglig, jf. U 2008.401 H.

har adgang til at få prøvet en påstand om kompensation for uberettiget opsigelse på forvaltningsretligt grundlag ved domstolene.⁶¹ Medarbejdere med korte ansættelser er på grund af den korte anciennitet afskåret fra at forfølge et krav om godtgørelse for urimelig opsigelse fagretligt. Anvendelsen af det forvaltningsretlige saglighedskrav forudsætter (teoretisk set) imidlertid ikke en bestemt anciennitet.⁶² Synspunktet støttes af U 1999.172 V, hvor Vestre Landsret fandt, at opsigelsen af en medarbejder med kort ansættelse ikke var "... sagligt begrundet i forhold til [medarbejderen]. Der findes ikke grundlag for at anse afskedigelsen for ugyldig, men den må anses som uberettiget, således at A har krav på erstatning."⁶³ Dommens præjudikatværdi kan diskuteres.⁶⁴ Uanset om medarbejderen måtte have en kort anciennitet, må det under alle omstændigheder antages, at Højesteret vil vægte hensynet til, at det skal have en eller anden sanktion, hvis en offentlig myndighed ikke overholder de formelle eller materielle forvaltningsretlige regler ved afskedigelse.⁶⁵ Højesterets præmisser i U 2008.401 H og U 2009.1251 H synes desuden alene at tage sigte på de tilfælde, hvor der er adgang til *godtgørelse* ved en *faglig voldgiftssag*.

Se f.eks. formuleringen i U 2009.1251 H: "Under en faglig voldgiftssag, hvor der skal tages stilling til, om en forvaltningsmyndigheds afskedigelse er usaglig og *i givet fald skal udløse en godtgørelse*, er det naturligt og ofte også nødvendigt..." (min fremhævelse).

Disse domme synes således ikke at kunne overføres til retsstillingen for medarbejdere med korte ansættelser med den konsekvens, at denne lønmodtagergruppe skulle være afskåret fra et kompensationskrav ved domstolene. Retsstillingen må betegnes som uafklaret, men det må på baggrund af de foreliggende retskilder antages, at medarbejdere med korte ansættelser vil kunne få prøvet et krav om kompensation på forvaltningsretligt grundlag ved de ordinære domstole. Det er usikkert,

61. Om bortvisning af medarbejdere med korte ansættelser, se afsnit 3.2 nedenfor.

62. Om det forvaltningsretlige saglighedskrav, se kapitel 3, afsnit 2.

63. I samme retning, FOB 2007.511.

64. Dommen er afsagt med dissens (2:1). Dissensen angik netop spørgsmålet om afskedigelsens gyldighed og den offentlige myndigheds erstatningsansvar over for den afskadede.

65. Se hertil U 2003.1570 H, hvor Højesterets præmisser alene tager sigte på *privatan-satte*: "Højesteret finder, at tilkendelse af godtgørelse som følge af, at afskedigelsen af en ansat i en privat virksomhed ikke er rimeligt begrundet i den ansattes eller virksomhedens forhold, kun kan ske, hvis der er hjemmel hertil i lov, kollektiv overenskomst eller anden aftale."

men der kan anføres argumenter til støtte for, at domstolene i sådanne sager vil anlægge en modificeret generel væsentlighedsvurdering, da medarbejderen ikke er omfattet af regler om urimelig opsigelse, jf. afsnit 5.3 ovenfor.

6.2. Videreudvikling eller afklaring af fortolkningstvivil om de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler

Analysen af nyere retspraksis illustrerer, at der alene kan fremfindes *meget få eksempler* på, at en sag om uberettiget afskedigelse indebærer en prøvelse af, om de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler er overholdt. Det er ikke udelukket, at domstolene i sådanne tilfælde må foretage en fortolkning af, om myndigheden har iagttaget officialprincippet eller forvaltningslovens regler om partshøring og begrundelse. Det må dog overordnet set konstateres, at der *stort set ikke sker nogen videreudvikling eller afklaring af fortolkningstvivil i forhold til de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler* i afskedigelsessager ved domstolene. Selvom kerneområdet for sagsbehandlingsreglerne vel er afklaret, består fortsat en række uafklarede eller tvivlsomme spørgsmål om reglerens indhold og anvendelsesområde, som det er udledt i kapitel 4-7 ovenfor. Det kan betegnes som en retssikkerhedsmæssig forringelse for medarbejderen, at indholdet af og grænserne for de forvaltningsretlige regler ved afskedigelse (stort set) ikke længere er underlagt en prøvelse og videreudvikling. Der er opstået et ”retligt vakuum”, hvor myndigheden på den ene side er forpligtet til at overholde reglerne, men medarbejderen på den anden side i ringe grad kan få prøvet spørgsmål om reglerens anvendelse og overholdelse. Efter den nuværende retstilstand vil den tvivl, der er om reglerens rette forståelse, ikke underkastes en videreudvikling.

For det første kan det dertil fremhæves, at de *fagretlige organer kan tage stilling til lovgivning* som led i deres vurdering af en afskedigelses berettigelse. I de tilfælde, hvor det er uafklaret, om en ledelsesreaktion falder inden for afgørelsesbegrebet i forvaltningsloven med den konsekvens, at myndigheden var forpligtet til at gennemføre høring m.v., kan de fagretlige organer tage stilling hertil. I det omfang, at den faglige organisation påberåber sig de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler, er der i hvert fald teoretisk mulighed for, at opmanden som led i sin prøvelse foretager en afklaring af de nævnte uklarheder. I det omfang, at en sådan afklaring er af væsentlig betydning for sagens resultat, er det i tråd med Højesterets opfordring i U 2009.1251 H, at de forvaltningsretlige grænseflader bør undersøges og inddrages i den fagretlige prøvelse.

Som nævnt ovenfor er *adgangen til domstolsprøvelse formentlig ikke afskåret*, såfremt den offentlige myndigheds sagsbehandlingsfejl ikke er tilstrækkeligt inddraget i den samlede rimelighedsvurdering ved et judicielt fagretligt organ. I den forbindelse kan der (også) ved domstolsprøvelsen gøres gældende, at der var tale om en afgørelse i forvaltningslovens forstand, og at de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler fandt anvendelse i situationen. Domstolene vil formentlig – i forbindelse med denne særlige efterprøvelse – efterprøve de forvaltningsretlige reglers overholdelse. En fortolkning af reglernes rækkevidde kan være med til at afklare de aktuelle usikkerheder om den rette fortolkning af gældende ret. Der er således i hvert fald principielt en sådan adgang til efterprøvelse, der repræsenterer en beskyttelse af retssikkerheden for den medarbejder, som måtte anse sig for uberettiget afskediget på grund af væsentlige sagsbehandlingsfejl.

6.3. Sammenfatning

Sammenfattende kan det konkluderes, at området for økonomisk kompensation på forvaltningsretligt grundlag i dag er langt mindre end tidligere, eftersom der gælder et klart udgangspunkt om fagretlig behandling. Den sparsomme retspraksis taler sit klare sprog.

I de tilfælde, hvor en medarbejder har adgang til domstolsprøvelse, har det forvaltningsretlige retsgrundlag imidlertid fortsat relevans. Det gælder formentlig både for sager om opsigelse og bortvisning. Det forvaltningsretlige saglighedskrav har formentlig særlig betydning for de korte ansættelsesforhold, hvor medarbejderen på grund af sin anciennitet er afskåret fra at påberåbe sig andre regelsæt om beskyttelse mod urimelig opsigelse.

7. Folketingets Ombudsmands reaktionsmuligheder

Enhver borger har adgang til at klage over offentlige myndigheder ved Folketingets Ombudsmand, jf. ombudsmandslovens § 13, stk.1. Det beror på ombudsmandens vurdering, om sagen giver anledning til undersøgelse, og der består således ikke et retskrav på klagens behandling.

En afskediget offentlig ansat, som har klaget til ombudsmanden, kan ved hjælp af sagens genoptagelse opnå genansættelse eller kompensation. Da ombudsmandens udtalelse kan medvirke til en afslutning på medarbejderens afskedigelsessag, belyses ombudsmandens reaktionsmuligheder i denne kontekst, uanset at ombudsmandens reaktioner ikke

er retsvirkninger i traditionel forstand. Ombudsmanden kan eksempelvis ikke annullere eller ændre en afgørelse med retligt bindende virkning. I stedet kan ombudsmanden fremsætte kritik, afgive henstillinger samt i øvrigt fremsætte sin opfattelse af en sag, jf. ombudsmandslovens § 22.⁶⁶ I praksis følges ombudsmandens henstillinger som det klare udgangspunkt.⁶⁷ I det følgende behandles det først, hvilke reaktionsmuligheder ombudsmanden typisk har anvendt i tilfælde af uberettiget afskedigelse.

Ombudsmanden har traditionelt behandlet sager om offentligt personale, herunder de forvaltningsretlige sagsbehandlingsreglers anvendelse i disse sager. Personalesager hører da også stadig til emnekredsen, navnlig sager om offentligt ansattes ytringsfrihed. Ved en gennemgang af den offentliggjorte ombudsmandspraksis de seneste 10 år, kan man imidlertid konstatere, at der alene foreligger få (offentliggjorte) ombudsmandsudtalelser om afgørelsesbegrebet eller sagsbehandlingsreglernes anvendelse ved afskedigelse.⁶⁸ Det behandles kortfattet, at medarbejderens mulighed for at få en klage om afskedigelse behandlet ved ombudsmanden i dag er mere begrænset end tidligere.

7.1. Ombudsmandens valg af reaktion ved uberettiget afskedigelse

Det er velkendt, at ombudsmanden kan henstille en offentlig myndighed til at genoptage behandlingen af en sag i lyset af ombudsmandens tilkendegivne opfattelse.⁶⁹ Det er typisk den reaktion, som ombudsmanden bringer i anvendelse på det personaleretlige område, når myndigheden har foretaget en efter ombudsmandens opfattelse uberettiget afskedigelse.⁷⁰ Spørgsmålet er, hvad *genoptagelse* i disse tilfælde nærmere indebærer.

Det bemærkes indledningsvist, at medarbejderens opsigelsesvarsel ofte vil være udløbet på det tidspunkt, hvor ombudsmanden afgiver udtalelse.

66. Om beføjelsen i ombudsmandslovens § 22, se f.eks. Andersen m.fl.: *Ombudsmandsloven med kommentarer*, 2013, s. 298-302; Madsen i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 511-513.

67. Madsen i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 512. Forudsætningsvist, Andersen m.fl.: *Ombudsmandsloven med kommentarer*, 2013, s. 302.

68. Det er ikke alle ombudsmandsudtalelser, der offentliggøres. I udvælgelsen kan selvfølgelig ligge, at institutionen anser de ikke-offentliggjorte udtalelser for ikke at rumme principielle betragtninger.

69. Andersen m.fl.: *Ombudsmandsloven med kommentarer*, 2013, s. 301-302; Madsen i Revsbech m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, 2016, s. 512.

70. Se f.eks. FOB 2002.412, FOB 2007.511, FOB 2008.174, 2011-20-3, FOB 2016-25 og FOB 2016-37.

7. Folketingets Ombudsmands reaktionsmuligheder

I undersøgelsessager har ombudsmanden sat det mål, at 70 pct. af sagerne er afsluttet inden for seks måneder, og 90 pct. inden for 12 måneder.⁷¹ Til sammenligning vil en funktionæransat maksimalt kunne have et opsigelsesvarsel på seks måneder, og det er alene i de tilfælde, hvor funktionæren har været ansat i mere end 8 år og 7 måneder, jf. funktionærlovens § 2, stk. 3. I de offentlige overenskomster følger man ofte funktionærlovens opsigelsesregler.

Myndigheden kan vælge at indgå *forlig* med den pågældende medarbejder og betale en godtgørelse til endelig afgørelse af mellemværendet.⁷² En sådan afslutning på sagen stiller ombudsmanden sig tilsyneladende tilfreds med. Det afgørende synes at være, om myndigheden har genoptaget sin behandling af sagen og tilbudt en økonomisk kompensation. Ombudsmanden udfordrer dog ikke, hvorvidt en kompensation på 15.000 kr. kan anses for en rimelig afslutning på en sag om uberettiget afskedigelse.⁷³ I det tilfælde, at en myndighed i forbindelse med genoptagelse af sagen *ikke* tilbyder at betale medarbejderen erstatning eller kompensation, ses det, at ombudsmanden henstiller til Civilstyrelsen, at medarbejderen bevilges fri proces under en eventuel retssag, jf. herved ombudsmandslovens § 23.⁷⁴

Ombudsmanden kan også gøre en myndighed opmærksom på, at medarbejderen er interesseret i *genansættelse*, uden at ombudsmanden tager stilling til, om genansættelse konkret set er en mulighed.

I FOB 2016-25 blev en social- og sundhedshjælper opsagt med henvisning til fremtidige samarbejdsvanskeligheder. Ombudsmanden fandt, at kommunens partshøring havde været særdeles kritisabel, og at der samlet set ikke var grundlag for at opsiges medarbejderen. Ombudsmanden henstillede kommunen til at genoptage sagen og anførte følgende om genansættelse: ”Du har oplyst, at din hustru er interesseret i at blive genansat ved X Ældrecenter. Dette har Holbæk Kommune mulighed for at inddrage i sin nye vurdering af sagen. Jeg gør samtidig opmærksom på, at jeg ikke med denne udtalelse har taget stilling til, hvorvidt genansættelse er en mulighed for din hustru.” Det må lægges til grund, at medarbejderen var endeligt fratrukket den 6. juni 2016, da ombudsmanden afgav sin udtalelse, eftersom medarbejderen blev opsagt den 24. april 2015 med et seks måneders opsigelsesvarsel.

71. https://www.ombudsmanden.dk/ombudsmandensarbejde/maal_for_sagsbehandlingstid/. Besøgt den 1. april 2022.

72. FOB 2002.412 og FOB 2007.511.

73. FOB 2008.174, navnlig s. 186-188. Ombudsmanden ville *ikke* henstille til fri proces i sagen.

74. FOB 2006.578 (afskedigelse i forbindelse med en kommunes overdragelse af arbejdsopgaver til et kommunalt samarbejde).

I FOB 2016-37 udtalte ombudsmanden, at opsigelsen af en gymnasielærer havde været i strid med reglerne om offentligt ansattes yringsfrihed og henstillede skolen til at genoptage sagen. Medarbejderen blev opsagt i februar 2016, og ombudsmanden kom med sin udtalelse den 31. august 2016. Det må antages, at medarbejderens opsigelsesvarsel på dette tidspunkt var udløbet. Skolen genoptog afskedigelsessagen i lyset af ombudsmandens udtalelse, hvilket resulterede i, at gymnasielæreren blev genansat og modtog en kompensation.

En medarbejder, som har klaget til ombudsmanden, kan ved hjælp af sagens genoptagelse opnå genansættelse eller kompensation. Det beror på myndighedens vurdering, hvilken reaktion der vælges. I den henseende harmonerer adgangen til genansættelse med principperne i de offentlige overenskomstregler, hvorefter genansættelse kræver enighed.⁷⁵

Det forhold, at medarbejderens opsigelsesvarsel er udløbet, og at medarbejderen er endeligt fratrukket, vil som det klare udgangspunkt vanskeliggøre muligheden for genansættelse. Det afspejles blandt andet i reglerne i foreningsfrihedslovens § 4 b, stk. 1-2, om at en afskedigelse skal fremmes med størst mulig hurtighed, og at retten kan udsætte afskedigelsens virkningstidspunkt. Baggrunden for § 4 b er den adgang, der er i lovens § 4, stk. 1, til at opretholde eller genoprette et ansættelsesforhold, hvis en afskedigelse er sket i strid med loven.⁷⁶ Det er på den baggrund ganske fornuftigt, at ombudsmanden ikke tager stilling til, om genansættelse konkret set er muligt. Det bemærkes, at der kan opstå en række ansættelsesretlige spørgsmål i forbindelse med genansættelse efter afbrudt ansættelse, såsom retten til løn og retten til at optjene betalt ferie i den mellemliggende periode.⁷⁷

Det er bemærkelsesværdigt, at kommunen i FOB 2016-37 valgte både at genansætte medarbejderen og udbetale kompensation. Det er uklart, på hvilket hjemmelsgrundlag en sådan kompensation kan udbetales. En sådan praksis står i skarp modsætning til overenskomstreglerne på det offentlige område, hvor der sondres mellem genansættelse og godtgørelse som udtryk for, at der er gjort op med den uberettigede afskedigelse. Det harmonerer heller ikke med den forvaltningsretlige praksis om økonomisk kompensation.

75. Se kapitel 9, afsnit 2.2-2.3.

76. FT 2005-06, tillæg A, s. 4656.

77. Om sidstnævnte problemstilling, se EU-Domstolens domme af 25. juni 2020, C-762/18 og C-37/19, *Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*.

7.2. Begrænset mulighed for at få prøvet en afskedigelse

Som nævnt slog Højesteret med de tre domme i 2007-2009 fast, at en medarbejder som udgangspunkt skal forfølge forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl som led i den fagretlige bedømmelse af en opsigelses rimelighed. En medarbejders mulighed – eller incitament – for at anlægge en sag ved domstolene med påstand om kompensation på forvaltningsretligt grundlag er i dag væsentligt mindre. Spørgsmålet er, om denne udvikling samtidig har mindsket en offentlig ansats mulighed for at få ombudsmanden til at behandle en klage over sagsbehandlingsfejl ved afskedigelse.

Det var tidligere fast ombudsmandspraksis, at ombudsmanden "... som udgangspunkt ikke behandler afskedigelsessager der har været fagretligt bedømt eller agtes indbragt til fagretlig bedømmelse."⁷⁸ Der gjaldt tidligere væsentlige undtagelser til dette udgangspunkt. Som tilkendegivet af nuværende Folketingets Ombudsmand, Niels Fenger, i en nyere artikel i Juristen, er undtagelserne dog i dag i det væsentlige forladt.⁷⁹

Som et eksempel kan nævnes, at ombudsmanden ikke længere behandler rene sagsbehandlingsspørgsmål, uanset om disse spørgsmål konkret blev påberåbt under fagretlig behandling. Mere generelt er ombudsmanden tilbageholdende med at behandle rene sagsbehandlingsspørgsmål, som ikke sker i forbindelse med en undersøgelse af sagens materielle aspekter, også hvor fagretlig behandling ikke kommer på tale.

En anden skærpelse er, at ombudsmanden som udgangspunkt ikke længere behandler klager, som indgives på et tidspunkt, hvor fristen for fagretlig behandling er sprunget, eller klager, hvor medarbejderens fagforening har valgt ikke at gå videre med sagen i det fagretlige system. Ombudsmandens nugældende mere restriktive praksis begrundes bl.a. med, at ombudsmanden skal foretage en forsvarlig prioritering af sine opgaver, og at ombudsmanden ikke skal blive hovedstation for krav mv., som selv den ansattes faglige organisation ikke finder grundlag for at forfølge fagretligt.

Højesterets praksisændring i 2007-2009 har med andre ord medvirket til en begrænsning af en offentlig ansats mulighed for at få en afskedigelsessag behandlet ved ombudsmanden. Selvom det ikke i ethvert

78. FOB 2007.511. Se også Fenger: *Ombudsmandens rolle på det ansættelsesretlige område*, Juristen nr. 5 og 6/2021, s. 182.

79. Fenger: *Ombudsmandens rolle på det ansættelsesretlige område*, Juristen nr. 5 og 6/2021, navnlig s. 182-183.

tilfælde vil være helt udelukket at få en afskedigelsessag behandlet, vil ombudsmandsprøvelse fremadrettet primært være koncentreret om ”mildere” ansættelsesretlige sanktioner, såsom irettesættelser og advarsler, hvor der typisk ikke er adgang til fagretlig behandling.⁸⁰

8. Sammenfatning

Indledningsvist blev det konstateret, at det ikke er afgørende for spørgsmålet om medarbejderens ret til forvaltningsretlig kompensation, at en afskedigelse kvalificeres som egentlig forvaltningsretlig *ugyldig*. Indholdsmæssigt synes der som udgangspunkt ikke at være forskel på retsvirkningen af, om en afskedigelse underkendes som *ugyldig*, *ulovlig*, *uberettiget* eller *usaglig*. Det afgørende for domstolene har imidlertid været at fastslå, at en afskedigelse, der er *uberettiget* på forvaltningsretligt grundlag, medfører *økonomisk kompensation og ikke annullation/genansættelse*. Den af domstolene valgte kompensationsløsning var formentlig udtryk for, at domstolene lagde vægt på, at *retsstillingen for offentlige og private overenskomstansatte skulle være ensartet*. Denne løsning må også siges at være politisk blåstemplet eller accepteret, idet Folketinget ikke har fundet anledning til at gribe ind med lovgivning, der hjemler genansættelse for offentligt ansatte.

Højesteret foretog med tre centrale domme i 2007-2009 en *praksisændring*, hvorefter en tilsidesættelse af forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler ikke i sig selv kan udløse krav på kompensation, hvis en opsigelse samlet set er rimeligt begrundet. Højesterets præmisser i dommene kan forstås sådan, at det er en forudsætning herfor, at de procesuelle aspekter af afskedigelsen er tilstrækkeligt inddraget i den samlede sagligheds- eller rimelighedsbedømmelse.

De forskellige ”løsningsmodeller”, som har været anvendt til at regulere retsvirkningerne af sagsbehandlingsfejl ved afskedigelse, afspejler, at det ikke har været en enkel opgave at balancere eller tilgodese flere generelle hensyn i én løsning. Retspraksis afspejler i hvert fald *tre generelle hensyn, som har været styrende for retstilstandens udvikling*; en ensartet behandling af offentligt og private overenskomstansatte (ligebehandling), at overtrædelse af reglerne skal medføre en eller anden sanktion (retssikkerhed), og at der ikke skal ydes erstatning (kompensation), såfremt der ikke er lidt et tab. Højesterets praksisændring synes

80. I samme retning, Fenger: *Ombudsmandens rolle på det ansættelsesretlige område*, Juristen nr. 5 og 6/2021, s. 183.

overordnet set at kunne betegnes som en hensigtsmæssig balancering af de tre hensyn.

For det første må praksisændringen ses som *en reaktion på en efterhånden uhensigtsmæssig praksis*, hvor der efter omstændighederne blev tilkendt høje kompensationsbeløb til medarbejdere uden en vurdering af, om den formelle mangel havde været (medvirkende) årsag til afskedigelsen, dvs. uden at der nødvendigvis var lidt et tab. Man havde i eksisterende praksis bevæget sig for langt væk fra, hvad formålet med sagsbehandlingsreglerne var. I dag træder det tydeligere frem, at formålet med sagsbehandlingsreglerne er, at der træffes indholdsmæssigt rigtige og lovlige afgørelser.

For det andet har ændringen i praksis medført, at *sagsbehandlingsfejl som det klare udgangspunkt er henskuet til fagretlig behandling* som led i overenskomstens beskyttelse mod urimelig opsigelse (eller uberettiget bortvisning). Højesteret har herved ramt en ”løsningsmodel”, som i høj grad varetager hensynet til en ligebehandling af overenskomstansatte som sådan. Højesterets praksis kan muligvis forstås sådan, at den præcise forvaltningsretlige *kvalifikation* af sagsbehandlingsfejl ikke længere er afgørende, i hvert fald ikke ved den fagretlige behandling. Praksisændringen har også medført en (yderligere) begrænset mulighed for, at Folketingets Ombudsmand behandler sagsbehandlingsspørgsmål ved afskedigelse.

For det tredje synes Højesteret ikke med praksisændringen at have opgivet det grundlæggende synspunkt, at en *væsentlig overtrædelse af de forvaltningsretlige regler skal medføre en eller anden konsekvens*. Det er i det lys afgørende, at de konkret formulerede præmisser i U 2009.1251 H indikerer, at den fagretlige prøvelse af en afskedigelses berettigelse ikke nødvendigvis gør endeligt op med adgangen til at kræve kompensation på forvaltningsretligt grundlag. Dommens præmisser kan forstås sådan, at den fagretlige prøvelse alene gør op med kompensationsspørgsmålet, *forudsat* at det judicielle fagretlige organ rent faktisk indtager den måde, hvorpå forvaltningen har håndteret sagen. Højesteret har – i hvert fald principielt – ikke helt sluppet grebet om muligheden for at sanktionere forvaltningsretlige processuelle fejl, dersom disse fejl ikke er undergivet en tilstrækkelig fagretlig prøvelse.

Udviklingen i retstilstanden kan på den ene side beskrives som *et skridt væk fra, at procedureregler tillægges selvstændig betydning*. Sagsbehandlingsreglernes overholdelse hænger snævert sammen med den materielle vurdering af en afskedigelses rigtighed og lovlighed. Højesterets nedtoning af betydningen af sagsbehandlingsfejl må desuden ses som værende tæt koblet til den overenskomstmæssige beskyttelse

mod uberettiget afskedigelse. En offentlig myndigheds procedurefejl kan (og bør) også sanktioneres som led i den fagretlige prøvelse af en afskedigelse.

Udviklingen kan samtidig ses som *endnu et skridt i retning af en ensartet retstilstand for de offentlige og private overenskomstansatte ved afskedigelse*. Højesteret afviste allerede i 1950'erne at statuere gensættelse som retsvirkning ved uberettiget afskedigelse af offentligt overenskomstansatte. Højesterets nedtoning af retsvirkningerne ved sagsbehandlingsfejl i 2000'erne må ses som endnu et skridt mod en ensartet retstilstand – på tværs af offentlig og privat ret – ved afskedigelse. På den baggrund er det nødvendigt at se bredt på spørgsmålet om retsvirkninger ved forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl. I det følgende kapitel undersøges det, hvilken adgang en offentlig ansat har til godtgørelse eller gensættelse på overenskomstmæssigt grundlag.