

I hvilken grad prøver domstolen arbeidsgivers
rimelighetsvurdering i avskjedssaker etter
arbeidsmiljøloven og statsansatteloven

—
Mathilde Søreng

Liten masteroppgave i rettsvitenskap – våren 2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og bakgrunn for valg av tema.....	1
1.2	Problemstilling.....	2
1.3	Avgrensning.....	3
1.4	Rettskilder og metode.....	3
1.4.1	Lovtekst.....	3
1.4.2	Forarbeid.....	4
1.4.3	Rettspraksis.....	4
1.4.4	Underrettspraksis.....	5
1.4.5	Andre kilder.....	5
1.4.6	Reelle hensyn.....	6
1.5	Videre fremstilling.....	6
2	Reglene om avskjed.....	6
2.1	Arbeidsmiljøloven.....	6
2.1.1	Den historiske utviklingen.....	6
2.1.2	Gjeldende rett.....	7
2.2	Statsansatteloven.....	10
2.2.1	Den historiske utviklingen.....	10
2.2.2	Vilkårene for avskjed.....	12
2.3	Søksmålsadgangen.....	13
2.4	Domstolskontroll av forvaltningsvedtak.....	14
3	Rimelighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven.....	16
3.1	Kryssende hensyn ved domstolskontroll.....	16
3.2	Prøvingsadgangen til domstolen.....	17
3.3	Rimelighetsvurderingens innhold.....	25
3.4	Rimelighetskontroll etter arbeidsmiljøloven.....	27

4	Rimelighetsvurderingen etter statsansatteloven	28
4.1	Rimelighetsvurderingens innhold.....	28
4.2	Prøvingsadgangen til domstolen.....	29
4.3	Rimelighetskontroll etter statsansatteloven?	35
5	Kildeliste.....	41
5.1	Lover.....	41
5.2	Forarbeider.....	41
5.3	Rettspraksis.....	42
5.4	Juridisk litteratur	43
5.5	Andre kilder	43

1 Innledning

1.1 Tema og bakgrunn for valg av tema

I avhandlingen skal det gjøres rede for i hvilken grad domstolene kan prøve rimelighet i avskjedssaker etter Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml.) og lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Arbeidsmiljøloven regulerer forholdet til arbeidstakere som en virksomhet sysselsetter, jf. aml. § 1-2 (1). Med de unntakene som følger av de ulike leddene i § 1-2 og § 1-4 til § 1-6 regulerer arbeidsmiljøloven i hovedsak arbeidstakere i privat og kommunal sektor. Statsansatteloven på sin side gjelder for arbeidstakere i staten, jf. statsansatteloven § 1 (1).

Arbeidsrett og stillingsvernet er et tema som stadig er i utvikling. Domstolenes adgang til å prøve alle sider av en sak er en grunnleggende rettighet man har dersom saken kommer opp for domstolene. Det er videre en grunnleggende rettighet å få prøvd sin sak for en upartisk og uavhengig domstol.¹ Etter Grunnloven og EMK er det også fastslått at *”Rettergangen skal være rettferdig og offentlig.”*² Rettferdig rettergang er et grunnleggende prinsipp i vår rettsstat og er en sentral del av domstolenes arbeid. Prinsippet gir den svake part en trygghet på at hans stemme blir hørt og at det ikke bare er den sterke part som domstolene lytter til. Det at en rettsak skal være rettferdig viser hvor viktig det er at alle sider av saken blir prøvd. Uavhengig om du er ansatt i staten eller i privat eller kommunal sektor.

For ansatte i privat og kommunal sektor har praksisen vært vedvarende siden 1988.³ Høyesterett og de øvrige domstolene har utviklet praksisen videre siden den gang og er i dag en sentral del av domstolenes vurdering i saker angående gyldigheten av en avskjed. Selv om utviklingen har vært konsekvent for arbeidsmiljøloven, viser det seg at det ikke er samsvar mellom arbeidsmiljøloven og statsansatteloven.

Bakgrunnen for valg av tema er den nye statsansatteloven som trådte i kraft juni 2017, avgjørelser fra lagmannsretten og spesielt en Høyesterettsdom fra desember 2017.⁴ Dommene viser at domstolenes adgang til å overprøve vilkårene for avskjed etter statsansatteloven er

¹ Grl. § 95

² Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1

³ Rt. 1988 s. 1188

⁴ HR-2017-2479-A

tilstede. Spørsmålet er om domstolene har adgang til å prøve rimelighetshensyn i saker angående statsansatte. Praksisen etter tidligere tjenestemannslov og nåværende statsansattelov er imidlertid ikke avklart. Høyesterettsdommen fra 2017 gir ikke et klart svar på spørsmålet.⁵ Dette på tross av at forarbeidene til statsansatteloven forutsetter at en arbeidstaker skal ha minst like godt vern etter begge lovene.⁶

1.2 Problemstilling

I avhandlingen skal det ses nærmere på domstolens adgang til å prøve rimelighetshensyn i avskjedssaker etter arbeidsmiljøloven og statsansatteloven. Det er en aktuell problemstilling som synes å være uavklart for domstolene når det kommer til statsansatteloven.

Høyesterett har, senest i den ovennevnte dommen fra desember 2017, uttalt at det ikke skal foretas en vurdering av rimeligheten ved avskjedigelsen.⁷ Hvorfor mener Høyesterett at en slik vurdering ikke skal foretas? Er det slik at stillingsvernet til ansatte i staten står svakere enn ansatte i det private og kommunale næringsliv? Hva har det å si for rettssikkerheten og adgangen til en effektiv prøving av sin sak? Disse spørsmålene er bakgrunnen for at jeg skal undersøke nærmere hvorfor det er en forskjell for statsansatte og ansatte i det private og kommunale næringsliv. Videre skal det vurderes om rettstilstanden burde være en annen enn den er i dag.

Det grunnleggende som ligger i bunnen for en arbeidstaker er stillingsvernet og retten til arbeid. For en arbeidstaker er det avgjørende at vernet står sterkt. Det er viktig at en føler seg trygg på at man ikke kan miste jobben uten grunn og at rammene for avslutning av arbeidsforholdet er solide. For den ansatte som blir avskjediget er det viktig at vernet blir gjennomført effektivt og loven skal sørge for at det skjer.

Likevel har arbeidsgiveren en adgang til å avskjedige ansatte. Bestemmelsene som regulerer avskjed er preget av et skjønn som ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å utøve. Det er med andre ord opp til arbeidsgiver om den ansatte skal avskjediges eller ikke, selv om vilkårene for avskjed er oppfylt. Etter arbeidsgivers mening er han den beste til å foreta den skjønnsmessige vurderinger om arbeidstakeren skal avskjediges eller ikke.

⁵ HR-2017-2479-A

⁶ Prop.94 L (2016-2017) s. 69

⁷ HR-2017-2479-A avsnitt 37.

Stillingsvernet er i dag en sentral del av lovgivningen etter arbeidsmiljøloven og loven skal beskytte den svake part ved eventuelle tvister. Det kan derfor stilles spørsmål til om domstolene bør kunne føre kontroll ved arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering. Er det behov for en objektiv part som kan ta stilling til om avskjeden er urimelig eller ikke? Hvor langt rekker egentlig domstolenes kompetanse til å prøve skjønnen? Skal stillingsvernet gjennomføres på en effektiv måte burde domstolene kunne kontrollere arbeidsgivers skjønnsmessige vurdering.

1.3 Avgrensning

Avhandlingens hovedfokus vil som nevnt være domstolens adgang til å prøve rimelighetshensyn ved avskjed. En avgrensning vil derfor være den konkrete totalvurderingen som skal foretas etter aml. § 15-14 og statsansatteloven § 26. Avhandlingen vil ta for seg vilkårene for avskjed der hvor det er relevant. Hovedtyngden av avhandlingen vil imidlertid fokusere på adgangen til å prøve rimelighetsvurdering.

1.4 Rettskilder og metode

I avhandlingen vil den alminnelige rettskildelære benyttes.⁸ Videre er det de sentrale rettskildene som lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori som anvendes.

1.4.1 Lovtekst

Etter alminnelig rettskildelære er det naturlig å starte i lovteksten og ordlyden. De to sentrale lovene som benyttes i avhandlingen er Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (aml.) og lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven). I enkelte deler av avhandlingen vil forgjengeren til statsansatteloven anvendes.⁹

Ordlyden i aml. § 15-14 og statsansatteloven § 26 er noe ulik. Arbeidsmiljøloven knytter seg til grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. I statsansatteloven knytter uforstanden seg til tjenesten. Siden lovene benytter ulike ord, medfører dette at vilkårene vil være forskjellige. Dette kan by på utfordringer når det kommer til vurderingen av rimelighetshensyn.

⁸ Torstein Eckhoff, Rettskildelære, Oslo 2001

⁹ lov 3. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

1.4.2 Forarbeid

Når det gjelder bruken av forarbeid som rettskilde er det de nyeste utgavene som er av relevans. Det er likevel viktig å presisere at forarbeidene fra de tidligere lovene også er av betydning. Forarbeidene bidrar til å forstå mening bak loven og tankegangen til lovgiver. Videre kan forarbeidene presisere hva som ligger i ordlyden og hvilke situasjoner bestemmelsen omfatter.

I arbeidsmiljøloven er avskjedsbestemmelsen videreført i sin helhet. Forarbeidene til 1977-loven er derfor av relevans.¹⁰ For statsansatteloven er det viktig å se hen til det nyeste forarbeidet.¹¹ Samtidig vil også de tidligere forarbeidene være av betydning. Dette er fordi de belyser lovens historiske utvikling, og da spesielt utviklingen av avskjedsbestemmelsen.

1.4.3 Rettspraksis

Høyesterett er den øverste domstolen i Norge og deres avgjørelser har dermed størst rettskildemessig vekt.¹² Det er Høyesteretts avgjørelser som kan danne prejudikat og deres argumentasjon og autoritet styrker avgjørelsens vekt. Med prejudikat menes prinsipper og tolkningsresultat som får virkning for tilsvarende saker i fremtiden. Rettspraksisen som blir anvendt fra arbeidsmiljøloven har skapt et prejudikat på området og viser hvilken rolle Høyesterett har.

Ettersom problemstillingen knytter seg til domstolenes adgang til å prøve arbeidsgivers rimelighetsvurdering, er det i hovedsak rettspraksis avhandlingen vil fokusere på. Problemstillingen knytter seg til ulovfestet rett. Rettspraksis vil da belyse historikken og hvordan rettstilstanden er i dag. Videre vil rettspraksis vise hvordan domstolene stiller seg til problemstillingen og i hvilken grad det gjennomføres en rimelighetsvurdering.

Avgjørelsene som skal analyseres og gjennomgås er avgjørelser som omhandler aml. § 15-14 og tidligere tjenestemannsloven § 15. Den nye statsansatteloven trådte i kraft Juni 2017 og det er derfor foreløpig få saker som omhandler § 26. Tema i avhandlingen er å se hvilken adgang domstolen har til å prøve rimeligheten ved avskjed. utfordringene vil blant annet være å analysere rettsavgjørelsene og se hvordan domstolene forholder seg til problemstilling.

¹⁰ Ot.prp.nr.41 (1975-1976)

¹¹ Prop.94 L (2016-2017)

¹² Grl. § 88

Rettspraksis tilknyttet tolkningen av statsansatteloven og domstolens prøvingsadgang tilhører tidligere tjenestemannsloven §15.¹³ Ettersom den nye loven i realiteten ikke fører til andre endringer enn rent språklig, vil bruken av rettspraksis knyttet til denne loven ha overføringsverdi.

1.4.4 Underrettspraksis

Avhandlingen berører også rettspraksis fra lagmannsretten. Rettspraksisen belyser problemstillingen på en annen måte enn den sentrale dommen fra Høyesterett¹⁴. Som utgangspunkt har imidlertid rettspraksis fra lagmannsretten lite selvstendig rettskildemessig vekt. Likevel kan argumentasjonen i avgjørelsene være med på å belyse spørsmålet. Lagmannsrettens gjennomgang av utviklingen viser at det foreligger gode argumenter for hvorfor det bør være en likhet mellom lovene.

Selv om rimelighetshensyn først ble anvendt av Høyesterett, har lagmannsretten utviklet praksisen siden den gang.¹⁵ I avhandlingen vil rettspraksis fra lagmannsretten derfor analyseres for å se på utviklingen av rimelighetshensyn i avskjedssaker etter arbeidsmiljøloven.

1.4.5 Andre kilder

Juridisk litteratur er en sentral kilde som vil benyttes i avhandlingen og vil blant annet være med å belyse konsekvensene av en avskjed. Boken som i hovedsak anvendes er en generell framstilling av individuell arbeidsrett og er viktig for å kaste lys over det historiske bilde bak arbeidsmiljøloven.¹⁶

Videre vil det i avhandlingen ses til Statens personalhåndbok for 2018. Det er en kilde som viser hvordan tankegangen til staten er når det kommer til de ulike spørsmålene avhandlingen reiser. Personalhåndboken inneholder blant annet personalpolitiske føringer, fortolkninger av aktuelle lover og administrative bestemmelser og veiledninger. Selv om personalhåndboken ikke kan tillegges stor rettskildemessig vekt er den av betydning for forståelse og tankegodset til staten når det kommer til den forvaltningsrettslige siden ved avskjed etter statsansatteloven.

¹³ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

¹⁴ HR-2017-2479-A

¹⁵ Rt. 1988 s. 1188

¹⁶ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017

1.4.6 Reelle hensyn

Bruken av reelle hensyn i avhandlingen er en viktig rettskildefaktor. Reelle hensyn kan være med på å belyse hvorfor praksisen er slik den er, og motsetningsvis fremme argumenter for endring av gjelden rett på området. Reelle hensyn kan være tungtveiende argumenter som begrunner den rettslige løsningen, mens andre kan være mindre aktuelle. Det viktigste er at de bidrar til å kaste lys over problemstillingen og kan være med å bestemme løsningen. Enten den blir stående slik som den er i dag eller at den endres slik at praksisen blir i samsvar med arbeidsmiljøloven.

1.5 Videre fremstilling

Først skal reglene om avskjed på generelt grunnlag etter arbeidsmiljøloven og statsansatteloven vurderes. Deretter vil det i punkt 3 undersøkes hvordan rimelighetsvurderingen har vokst frem og hva den innebærer. I punkt 4 vil utviklingen av rimelighetsvurderingen etter statsansatteloven ses nærmere på, og til slutt foretas det en vurdering av hvorfor rettstilstanden er slik den er og om den bør endres.

2 Reglene om avskjed

2.1 Arbeidsmiljøloven

2.1.1 Den historiske utviklingen

Arbeidsretten kan knyttes helt tilbake til den industrielle revolusjonen. Arbeidsmarkedet ble skapt gjennom et ideologisk skifte og utvikling av teknologi. En grunntanke som vokste fram var at staten minst mulig skulle blande seg inn. Staten skulle heller legge til rette for aktørene og næringsfrihet ble mer og mer fremtredende. Med næringsfriheten vokste kontraktsfriheten fram som en pilar som skulle være i bunnen. Kontraktsfriheten ble et viktig prinsipp og i norsk sammenheng ble det lovfestet i NL-5-1-2.¹⁷

Etter hvert oppstod det uheldige erfaringer gjennom det kapitalistiske gjennombruddet og staten grep inn. Staten hadde en interesse av å regulere forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Bakgrunnen for at staten grep inn var at balansen i forholdet ikke var symmetrisk. Det ble tatt hensyn til at arbeidstakeren var den svake part og endringen skulle gjøre maktforholdet bedre. Samfunnet hadde også en interesse av at velferden til

¹⁷ Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov femte bog, I cap art. 2

arbeidstakeren ble ivaretatt. Hvis en arbeidstaker ble stående uten arbeid ville dette være en belastning for samfunnet. Det kunne føre til sosial uro og påførte kostnader for det offentlige.¹⁸

I 1883 brøt Norge med det liberalistiske prinsipp og fremmet et lovforslag som skulle gjelde for fabrikkarbeidere.¹⁹ Loven ble ikke vedtatt fordi regjeringen ønsket å undersøke om det var behov for en bredere lov. I 1892 ble fabrikktilsynsloven vedtatt.²⁰ Loven ble avløst i 1910 av en lov med samme navn og utvidet virkeområdet. Etter massiv kritikk kom arbeiderbeskyttelsesloven av 1915 og var den første loven som regulerte arbeidstid.²¹

I 1936 kom en alminnelig arbeidervernlov.²² Loven inneholdt i det vesentlige det samme som loven fra 1915. Det kom to nyordninger med loven; alminnelige regler om ferie og om oppsigelse. Etter § 33 nr. 5 var det mulig å avskjedige en arbeidstaker. På 1950-tallet kom det en ny lov med endringer som gjaldt helse, miljø og sikkerhet, og blant annet oppsigelse. Men den store lovendringen kom ikke før i 1977.²³ Det ble foretatt omfattende endringer og etter § 66 kunne arbeidsgiver avskjedige en arbeidstaker.

Historien viser at arbeidstakerens vern har gått fra å være ikkeeksisterende til en lov som beskytter den svake part. Tidligere kunne arbeidsgivere avskjedige ansatte uten grunn. Det var ingen lover eller regler som arbeidsgiver måtte følge. Utviklingen har vist å være i den positive retning for begge parter. Arbeidstakeren har en arbeidsavtale å forholde seg til og en lov som skal beskytte den svake part. For arbeidsgiveren har endringene medført en mer ryddig og rettferdig prosess. Arbeidsgiver kan ikke avskjedige en arbeidstaker uten grunn.

2.1.2 Gjeldende rett

De grunnleggende tankene bak arbeidsretten er vernehensynet. En arbeidstaker skal vernes materielt sett. Reglene er utviklet for å verne arbeidstaker fra blant annet å bli avskjediget på hvilket som helst grunnlag. Selv om vernehensynet står sterkt, gjelder fortsatt de overordnede verdiene som avtalefrihet og næringsfrihet.

¹⁸ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017 s. 22 flg.

¹⁹ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017 s. 26

²⁰ Lov 27. juni 1892 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv.

²¹ Lov 18. september 1915 om arbeidsbeskyttelse i industrielle virksomheter.

²² Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern

²³ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp at en kontrakt kan opphøre med umiddelbar virkning dersom en av partene har gjort seg skyldig i vesentlig mislighold.²⁴ Dette gjelder også etter arbeidsmiljøloven og er det som defineres som avskjed, jf. aml. § 15-14.

Rettighetene og pliktene til partene opphører med umiddelbar virkning ved avskjed. Inntekten til arbeidstakeren stopper og en avskjed vil derfor ramme hardt. Det er videre andre forhold som gjør at terskelen for avskjed er veldig høy. Blant annet kan avskjeden medføre følelsesmessige og sosiale belastninger.

Selv om aml. § 15-14 bare regulerer arbeidsgivers adgang til heve arbeidsavtalen, foreligger det en ulovfestet adgang for arbeidstaker å heve avtalen. Dette følger av alminnelige kontraktsrettslige regler om heving. Et eksempel kan være at arbeidsgiver vesentlig misligholder sine forpliktelser. Høyesterett tok stilling til spørsmålet om arbeidstakerne kunne heve arbeidsavtalen i en sak angående ansatte ved et apotek.²⁵ Arbeidsforholdet hadde opphørt som følge av samarbeidsproblemer med arbeidsgiver. Høyesterett uttalte at det ikke forelå usaklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 62, men at det kunne kreves erstatning som følge av alminnelig kontraktsrettslige prinsipper. Videre fant førstvoterende det klart at *”...de grunnleggende krav til arbeidsmiljøet i utgangspunktet inngår som en del av rettigheter og plikter i et arbeidsforhold i dag...”*²⁶ Høyesterett fant at arbeidsgiver hadde vesentlig misligholdt sine forpliktelser og de ansatte ble tildelt erstatning. Dommen viser at det ikke bare er arbeidsgiver som kan avslutte et arbeidsforhold, men at arbeidstakere kan foreta samme beslutning.

På tross av at det foreligger en adgang for arbeidstakere å heve arbeidskontrakten etter mislighold fra arbeidsgivers side vil ikke avhandlingens fokus være på dette tema. I avhandlingen skal det blant annet fokuseres på aml. § 15-14 og domstolens adgang til å prøve rimeligheten ved avskjed.

²⁴ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett , Oslo 2017 s. 465.

²⁵ Rt. 1997 s. 1506

²⁶ Rt. 1997 s. 1506 s. 1512

2.1.2.1 Vilkårene for avskjed

Dagens § 15-14 er en videreføring av arbeidsmiljøloven av 1977 § 66.²⁷ Etter aml. § 15-14 kan arbeidsgiver avskjedige en arbeidstaker dersom han ”...*har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.*”

Det skal foretas en vurdering om vilkårene for avskjed foreligger. I ordlyden vesentlig mislighold finner vi også definisjonen på grovt pliktbrudd. Derfor vil et grovt pliktbrudd som oftest være et vesentlig mislighold. Hvilke handlinger som kan føre til avskjed kan være ordrenekt, straffbare handlinger, bruk av rusmidler på jobb eller brudd på lojalitets- eller taushetsplikten.²⁸ Det skal videre foretas en konkret totalvurdering av ulike momenter. Ofte er det en enkelt handling eller unnlatelse som fører til avskjed. Det er den konkrete handlingen eller unnlatelsen som skal vurderes.

Videre kan flere handlinger samlet sett utgjøre grunnlag for avskjed.²⁹ Hvis en arbeidstaker etter advarsel fra arbeidsgiver ikke irttesetter seg, kan gjentatte pliktbrudd føre til avskjed. Selv om det ikke direkte kommer til uttrykk i aml. § 15-14, er det forutsatt at det gjelder tilsvarende for statsansatteloven § 26.³⁰

Ved den konkrete totalvurderingen skal det blant annet legges vekt på handlingens art, virkninger eller skadepotensial, stilling og om arbeidsgivers forhold eventuelt kan ha betydning.³¹

Videre har Høyesterett lagt til grunn at det skal legges vekt på rimelighetshensyn ved avskjed etter arbeidsmiljøloven.³² Med en rimelighetsvurdering menes en vurdering av utenforliggende hensyn som kan ha betydning for om avskjeden er ugyldig. Slike rimelighetshensyn kan for eksempel være forsørgeransvar for familien eller at muligheten for å skaffe seg arbeid er minimal.

²⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 339

²⁸ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017 s. 466

²⁹ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017 s. 466

³⁰ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017 s. 466.

³¹ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017 s. 466

³² Se bl.a. Rt. 1988 s. 1188 og Rt. 2005 s. 518

Til slutt er det viktig å få frem at bestemmelsen er utformet som en ”kan” regel, noe som betyr at arbeidsgiver ikke må avskjedige arbeidstakeren. Det er med andre ord opp til arbeidsgiveren å vurdere om arbeidstakeren skal avskjediges eller ikke, selv om et av vilkårene er tilstede.

2.2 Statsansatteloven

2.2.1 Den historiske utviklingen

Før tjenestemannsloven av 1918 hadde man ingen regler om tjenstemenns rettsstilling, bortsett fra grl. § 22. Noe klar rettsoppfatning av muligheten for avskjedigelse fantes ikke, med mindre det var regulert i særlovgivningen.³³ Reglene var spredt i ulike lover og reglement. Forarbeidene til den første tjenestemannslov bærer preg av det og fremhever at *”Det er en planløs og tilfeldig utvikling, som har skapt disse speciallove og reglementer. Hver for sig bærer de preget av de skiftende tiders opfatninger inden de enkelte administrationsgrener.”*³⁴

Adgangen til å avskjedige tjenestemenn var oppe i Høyesterett på slutten av 1800-tallet.³⁵ Dommene kom ikke med noen avklaring angående adgangen til å avskjedige tjenestemenn. Tjenestemenn og embetsmenn ble ansatt av ulike personer. Noe klare regler på område fantes ikke. Det samme gjaldt avskjed. Embetsmenn kunne ikke avskjediges uten lov eller dom. For hærens underoffiserer var det fastsatt i lov og dette var en av de få områdene som var lovregulert. Selv om reglene for avskjed var ulik, fantes det likevel regler som gav administrasjonene adgang til å avskjedige tjenestemenn umiddelbart. Som hovedregel var vilkåret at de hadde gjort seg skyldig i mislig forhold.

Reglene som fantes på slutten av 1800-tallet og begynnelsen av 1900-tallet var lite ensartet, men tjenestemannsloven av 1918 ønsket å endre på rettstilstanden. Det viste seg å være vanskelig å få loven og praksisen ensartet. Loven var kortfattet og ga derfor rom for tilpasning.

³³ Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s. 4

³⁴ Ot.prp.nr.38 (1915) s. 18

³⁵ Rt. 1870 s. 712, Rt. 1974 s. 435 og Rt. 1876 s. 449

I årene etter tjenestemannsloven av 1918 ble vedtatt oppstod diskusjonen om tilsetning og avskjed av tjenestemenn skulle anses som et enkeltvedtak. I 1967 ble forvaltningsloven sanksjonert.³⁶ Her ble det vist til at ansettelse, avskjed og andre vedtak angående tjenestemenn ble ansett som enkeltvedtak. Noe endelig konklusjon ble aldri foretatt, men forarbeidene tyder på at det var et sterkt ønske at forvaltningsloven skulle gjelde for tjenestemenn.

Ønsket om en ensartet lov ble ikke slik som tenkt, og ved lovendringen i 1977 bar loven og forarbeidene en erkjennelse av det. Den nye loven ble mer som en rammelov hvor særreglene ble fastsatt av den enkelte virksomhet.

Ved lovrevisjonen av 1977-loven ble det hevdet at en egen tjenestemannslov ved siden av arbeidsmiljøloven ikke var nødvendig. På den annen side ble det argumentert med at de særegne reglene gjennom grunnloven og forvaltningsretten var bestemmende, og forutsatte derfor en egen lov.³⁷

På tross av at forskjellene mellom statstjenesten og det private og kommunale næringsliv var utjevnet når det kom til arbeidsvilkårene, var det tydelig at statstjenestens egenart var tilstede.³⁸ Tilsetningen av stortingets representanter og regjeringen kunne ikke reguleres av arbeidsmiljøloven. Bakgrunnen for dette var diskusjonen rundt det særegne ved tilsetning og avskjed av statsansatte. Det ble hevdet at tilsetning av tjenestemenn kunne reguleres gjennom avtale, slik som tilsetning etter arbeidsmiljøloven. Forbruker- og administrasjonsdepartementet var ikke enig i dette. De egne reglene om tilsetning for tjenestemenn var etter departementets syn av ”...praktisk stor betydning for regjeringens og den administrative ledelsens styringsmuligheter.”³⁹ Videre ble det fremhevet at dette ikke var noe partene burde ha fri rådighet over. På bakgrunn av dette fremmet departementet lovforslaget som førte til tjenestemannsloven av 1983.

Det har tidligere vært diskutert om ansettelsesforholdet i staten skulle anses som ”status” (vedtak/myndighetsutøvelse) eller kontrakt.⁴⁰ Ansettelse og avskjed av statsansatte anses som

³⁶ Ot.prp.nr.38 (1964-1965)

³⁷ Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s. 5

³⁸ Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s. 5

³⁹ Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s. 5

⁴⁰ Marianne Hotvedt, ”Arbeidsgiverbegrepet – En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter”, *Arbeidsrett* 2015 s. 159-192 s. 185 flg.

et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2, men det danner likevel ikke grunnlag for å si at ansettelse og avskjed er myndighetsutøvelse. Dette synes å være tanken i forarbeidene til forvaltningsloven.⁴¹

Ved avtaleinngåelse utløses den alminnelig vernelovgivningen som skal beskytte arbeidstakere. Lovgivningen gjelder like fullt ut for statsansatte som for ansatte i den private og kommunale sektor. Det synes at fvl. § 2 må forstås slik at ansettelse og avskjed skal skje i vedtaks form og ikke være en del av myndighetsutøvelsen.⁴² Det er i dag fastslått at tilsetting av statsansatte anses som et vedtak, jf. fvl. § 2, jf. statsansatteloven § 6. Dette er også slått fast i statens personalhåndbok 2018.⁴³ Det skal videre inngås en skriftlig arbeidsavtalen i samsvar med aml. § 14-5.⁴⁴

En avskjed skal skje i samme form som en tilsetting. Det blir fattet et vedtak om avskjedigelse og den ansatte skal informeres om avgjørelsen.⁴⁵ At det er et forvaltningsrettslig preg over tilsetting og avskjedigelse kan ha en betydning for hvordan domstolene stiller seg til spørsmålet om prøving av rimelighetshensyn.

2.2.2 Vilkårene for avskjed

Den tidligere tjenestemannsloven § 15 regulerte avskjed av tjenestemenn. Bokstav a omhandlet avskjed etter adferd i tjenesten, mens bokstav b gjaldt både i og utenfor tjenesten. Videre var det et vilkår at tjenestemannen måtte ha utvist subjektiv skyld.⁴⁶ Med andre ord måtte vedkommende kunne bebreides for forholdet ved å ha opptrådt forsettlig eller uaktsomt.

Dagens lovgivning er en videreføring av tjenestemannsloven § 15. Endringene som er foretatt er rent språklig og er ikke ment som en realitetsendring. I dag er avskjedsvilkårene i statsansatteloven § 26 oppdelt for å tydeliggjøre hva som skal til for å avskjediges.

Etter bokstav a kan en statsansatt avskjediges når vedkommende ”...*har vist grov uforstand i tjenesten*”. Eksempler på dette kan være ”...*både aktiv overtredelse av tjenesteplikter og*

⁴¹ Ot.prp.nr.27 (1968-1969) s. 9-10

⁴² Marianne Hotvedt, ”Arbeidsgiverbegrepet – En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter”, Arbeidsrett 2015 s. 159-192 s. 185 flg.

⁴³ Statens personalhåndbok 2018 punkt 2.1.4.3 Ansettelsesmyndighet

⁴⁴ Statens personalhåndbok 2018 punkt 2.4.1

⁴⁵ Statens personalhåndbok 2018 punkt 2.13.1

⁴⁶ Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s. 28.

*unnlatelser.*⁴⁷ Ved vurderingen av om handlingen er uforstandig skal det legges til grunn en objektiv aktsomhetsnorm. For at det skal anses som grovt må den aktuelle arbeidstaker kunne bebreides og at det er mer alvorlig enn alminnelig uaktsomhet.⁴⁸

Bokstav b omfatter grov uforstand i tjenesten. Her er det aktive brudd på tjenesteplikter og unnlatelser som omfattes. Det skal foretas en ”...totalvurdering om arbeidstaker grovt har krenket sine tjenesteplikter.”⁴⁹ Kumulative feil anses ikke tilstrekkelig for avskjed. Et eksempel på hva som kan føre til avskjed er gaver i tjenesten, jf. statsansatteloven § 39 andre ledd.

Hvis en statsansatt ikke etterkommer en advarsel fra arbeidsgiver kan han avskjediges etter bokstav c. I følge forarbeidene omfatter bokstav c gjentakstilfeller og et krav om grovhet foreligger ikke.⁵⁰ Advarselen må være gitt skriftlig for at bokstav c skal komme til anvendelse.

Bokstav d skiller seg fra de ovennevnte bokstavene. Etter denne bokstaven kan en statsansatt avskjediges ”ved utilbørlig adferd i eller utenfor tjenesten...”. En statsansatt kan med andre ord avskjediges for handlinger som foretas på fritiden. Hvis handlingene skal få konsekvenser må den statsansatte ”viser seg uverdigg til sin stillingen eller bryter ned den aktelse eller tilliten som er nødvendig for stillingen eller tjenesten”. Det som har betydning for den utilbørlige adferden er hvilke ”...stilling vedkommende har og gjeldende samfunnsnormer.” Videre må det ses i sammenheng med den makten eller samfunnsmessige posisjonen den aktuelle arbeidstaker har.⁵¹

Adgangen til å avskjedige en statsansatt er en ”kan” regel. Det vil vi si at selv om vilkårene er oppfylt kan arbeidsgiver bestemme at den ansatte likevel ikke skal avskjediges.

2.3 Søksmålsadgangen

Etter aml. § 17-1, jf. § 17-4 kan den som er avskjediget reise søksmål innenfor søksmålsfristen på åtte uker. Fristen regnes fra forhandlingenes avslutning, jf. § 17-4 (2).

Tidligere gjaldt arbeidsmiljøloven § 61 nr.1 og § 61 C femte ledd bare tvister om opphør av

⁴⁷ Prop.94 L (2016-2017) s. 216

⁴⁸ Prop.94 L (2016-2017) s. 216

⁴⁹ Prop.94 L (2016-2017) s. 216

⁵⁰ Prop.94 L (2016-2017) s. 216

⁵¹ Prop.94 L (2016-2017) s. 217

stilling, men dagens bestemmelse gjelder ”...alle søksmål om rettigheter og plikter...”⁵² Med rettigheter og plikter siktes det her til tvister om forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Som oftest vil dette være tvister om opphør av arbeidsforholdet.

Statsansatte kan etter § 34 bringe saken inn for domstolene. Søkmålsfristen er, i likhet med arbeidsmiljøloven, åtte uker. Til forskjell fra arbeidsmiljøloven starter fristen å løpe fra det tidspunkt den statsansatte er underrettet om vedtaket. Før det tas ut søksmål er det en absolutt prosessforutsetning at klageadgangen etter § 33 er benyttet. Partene kan også bli enige om lengre søksmålsfrist, jf. § 34 første ledd siste setning.

Etter § 34 er det ”...lovligheten av klageinstansens vedtak det kan reises søksmål om.”⁵³ Videre er det i forarbeidene presisert at ”domstolene er i samsvar med alminnelig forvaltningsrett avskåret fra å overprøve forvaltningens skjønn”⁵⁴ Det synes som Kommunal- og moderniseringsdepartementet mener at domstolene er avskåret fra å prøve rimeligheten ved en eventuell domstolskontroll. Ansatte i staten kan klage sin sak inne til et klageorgan hvor det er full overprøving. Dette kan være en av grunnene til at departementet mener at domstolene ikke skal prøve rimeligheten. På den annen side presiseres det i forarbeidene at prøvingen gjelder for oppsigelsessaker.⁵⁵ Med andre ord kan det tenkes at adgangen til å prøve rimeligheten er mulig i avskjedssaker.

Det er viktig at en arbeidstaker kan reise sak for domstolene hvis han mener at avskjeden er urimelig. Ved at søksmålsadgangen er lovfestet viser at rettssikkerheten til den enkelte er ivarett og loven stadfester dermed beskyttelse av den svake part. Videre er det forutberegnelig for arbeidsgiver å ha frister å forholde seg. Bakgrunnen for at fristene eksisterer er for at en arbeidsgiver må kunne gå videre uten å være redd for at det skal komme et søksmål flere år i ettertid.

2.4 Domstolskontroll av forvaltningsvedtak

Ved domstolskontroll av et forvaltningsvedtak er domstolene begrenset til overprøve ulike sider av vedtaket. Bakgrunnen for det er at forvaltningen på enkelte områder er mer kompetent til å ta avgjørelser på spesielle områder. Det skilles mellom

⁵² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 341

⁵³ Prop.94 L (2016-2017) s. 220

⁵⁴ Prop.94 L (2016-2017) s. 220

⁵⁵ Prop. 94 L (2016-2017) s. 181

rettsanvendelsesskjønnet, fritt skjønn, subsumsjonsskjønn og prøving av hensiktsmessighetsskjønnet.

Med rettsanvendelsesskjønnet menes det at enkelte lovbestemmelser har unntatt skjønnsmessige vurderinger fra domstolskontroll uten at det har vært meningen. Ofte vil det derfor fremkomme av forarbeidene og praksis at hensikten er at domstolene skal ha full prøvelsesrett. Domstolene kan dermed prøve både lovtolkningen og subsumsjonen. Dette er tilfelle i barnevernssaker hvor domstolene kan prøve hva som er barnets beste.⁵⁶

Forvaltningens frie skjønn er et skjønn som lovgiver har tildelt forvaltningen i loven. Det vil si at det er helt opp til forvaltningen å avgjøre om vilkårene i lovbestemmelsen er oppfylt eller ikke. Når det fulle ansvaret påhviler forvaltningen er domstolene avskåret fra å overprøve skjønnet. Domstolene kan prøve andre sider ved vedtaket. For eksempel om det har hjemmel i lov eller om det er i strid med læren om myndighetsmisbruk.

Subsumsjonsskjønn er ofte det skjønnet som faller mellom rettsanvendelsesskjønnet og det frie skjønn. Ved subsumsjonsskjønn skal det prøves om riktig faktum er anvendt på riktig fortolket regel. Høyesterett har i naturfredningsdommen uttalt at *”Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene ikke bare kan prøve lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som inngrep overfor den enkelte.”*⁵⁷

Hensiktsmessighetsskjønnet er hvor forvaltningen kan velge mellom flere alternativer eller om bestemmelsen skal komme til anvendelse eller ikke. Ofte kjennetegnes dette som kanskjønnet. Det er et slik skjønn som statsansatteloven § 26 inneholder. Som utgangspunkt kan ikke domstolene overprøve hensiktsmessighetsskjønnet. Det er i punkt 2.3 konstatert at en avskjediget statsansatt kan gå til domstolene for å få prøvet sin sak, jf. statsansatteloven § 34. I følge forarbeidene til § 34 er domstolen *”...avskåret fra å overprøve forvaltningens skjønn.”*⁵⁸ Med andre ord kan domstolene kun prøve om vilkårene for avskjed er tilstede eller ikke. Betydning av at domstolene kun kan prøve vilkårene er at alle sider av saken ikke blir prøvd, noe som kan føre til et urimelig resultat.

⁵⁶ Se grl. § 104

⁵⁷ Rt. 1995 s. 1427 side 1433

⁵⁸ Prop.94 L (2016-2017) s. 221.

3 Rimelighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven

3.1 Kryssende hensyn ved domstolskontroll

Arbeidsmiljøloven bygger på et grunnleggende prinsipp om at den svake part skal beskyttes. Arbeidsgiver vil som hovedregel være den sterke part, og derfor er det viktig å ha en lov som sikrer at arbeidstakere blir beskyttet på best mulig vis. Som følge av dette er det et viktig rettssikkerhetshensyn at domstolene kan prøve alle sider av en sak som kommer inn for domstolene.

Likevel må en arbeidsgiver kunne avskjedige arbeidstakere som har gjort grove pliktbrudd som bryter med arbeidsavtalen. Hvis en handling kan skade bedriftens rennommé vil det ikke være gunstig for arbeidsgiver å la arbeidstakeren bli værende. Videre gjør hensynet til de andre arbeidstakerne seg gjeldende. Har en ansatt vært ufin eller truende mot andre ansatte må arbeidsgiver kunne gjøre noe med det. Arbeidsmiljøet er viktig på en arbeidsplass og hvis det blir vanskelig for andre ansatte å være på jobb, har arbeidsgiver et ansvar å gjøre noe med forholdet.

På den ene siden kan det tenkes at arbeidsgiver er den beste til å foreta en vurdering og beslutning om avskjed. Han kjenner sine ansatte og bedriften best, og vet derfor hva som må gjøres for å drive den på best mulig vis. På den annen side kan arbeidsgiver være for nær den ansatte og klarer dermed ikke se hva som er det rimelig og rettferdig i enhver situasjon. Derfor er det viktig at domstolene kan overprøve arbeidsgiver vurdering for å se om avskjeden er rimelig og forholdsmessig.

Ved at domstolene prøver alle sider av saken sørger de for at rettssikkerheten til den enkelte arbeidstaker blir ivaretatt. Stillingsvernet til den enkelte arbeidstaker blir effektivt gjennomført og domstolene sørger dermed for at rettssikkerheten til den enkelte er ivaretatt. En arbeidstaker og arbeidsgiver, har interesse av at domstolene prøver alle sidene av saken slik at resultatet blir så riktig som mulig.

3.2 Prøvingsadgangen til domstolen

Det har vært et spørsmål om domstolene kan overprøve arbeidsgivers vurdering ved avskjed. I en sak som omhandlet oppsigelse tok Høyesterett stilling til spørsmålet.⁵⁹ Saken gjaldt oppsigelse av Veslemøy Haslund og syv andre skuespillere. Før Høyesterett gikk inn på de mest sentrale spørsmålene i saken, så de på domstolens prøvingsrett i oppsigelsessaker. Selv om saken omhandler oppsigelse viser den hvordan Høyesterett tar stilling til spørsmålet om overprøving. Dommen har overføringsverdi fordi vurderingen i oppsigelsessaker er av samme art som avskjedssaker.

Høyesterett viste først til at ”...en oppsigelse skal være saklig begrunnet” og at § 60 nr. 1 er en rettsregel som er ment for arbeidsgiveren ”....og som han er forpliktet til å etterleve”⁶⁰ Etter Høyesteretts mening er det ”domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet”⁶¹ I følge Høyesterett var domstolens oppgave i det konkrete tilfelle å prøve om regelen er riktig anvendt og om argumentene var bygd på riktig grunnlag. Videre mente Høyesterett at de skulle se om ”...vurderingen har tilstrekkelig bredde...” og om rimelighetshensynene som gjorde seg gjeldende var omfattet. Etter en gjennomgåelse av en rekke kilder som viste til at rimelighetshensyn hadde fått større betydning, ble det vist til § 60 nr. 2 og § 63. Førstvoterende mente at disse bestemmelsene ”...forutsetter en domstolsprøving på linje med..” den han har skissert foran og at § 60 nr. 1 vil være naturlig å tolke i lys av disse bestemmelsene.

Avgjørelsen viser at domstolene kan prøve arbeidsgivers vurdering i oppsigelsessaker. Høyesterett viser til forarbeidene som presiserer at det må utvises forsiktighet med å legge vekt på tidligere avgjørelser og sammen med lovens § 1 nr. 1 må det saklighetskravet følge samfunnsutviklingen.⁶²

Etter denne dommen vil det være naturlig at domstolene skal kunne prøve arbeidsgivers vurdering i avskjedssaker på lik linje som oppsigelsessaker. Avskjed er mer inngripende enn oppsigelse og på bakgrunn av det må domstolene kunne føre kontroll med arbeidsgivers vurdering.

⁵⁹ Rt. 1984 s. 1058

⁶⁰ Rt. 1984 s. 1058 s. 1067

⁶¹ Rt. 1984 s. 1058 s. 1067

⁶² Rt. 1984 s. 1058 s. 1067, jf. Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 72

Når det kommer til spørsmålet angående rimelighetshensyn i avskjedssaker var det tidligere ikke rom for en slik vurdering.⁶³ I en sak fra 1971 ble en kommunearbeider avskjediget som følge av en ordrenekt.⁶⁴ Det ble verken tatt hensyn til hans alder, sykdom eller andre hensyn som gjorde det urimelig å avskjedige ham.

Rimelighetshensyn ble først vurdert av domstolene i 1988.⁶⁵ Saken gjaldt baransatte ved Sara hotell og opplæring av det nye kassasystemet. De ansatte var uenige med ledelsen når opplæringen skulle foretas, og nektet av den grunn å være med på opplæringen. Selv etter at de ansatte fikk skriftlig advarsel, nektet de å delta. Saken endte med at de ansatte ble avskjediget. De ansatte bragte saken inn for retten og anførte at avskjeden var ugyldig.

Høyesterett gikk først gjennom hendelsesforløpet for å klarlegge hva som faktisk hadde skjedd mellom de ansatte og hotellets ledelse. Som følge av gjennomgangen kom førstvoterende til at de baransatte ikke kunne bebreides for deres oppfatning av situasjonen.⁶⁶ Partene var likevel enige om at pålegget om at systemet skulle tas i bruk ikke kunne nektes av de ansatte. Førstvoterende uttalte derfor at ordrenektelsen var uberettiget og at ”...*dette er et sentralt moment ved vurderingen av om det forelå grovt pliktbrudd og dermed avskjedsgrunnlag*”⁶⁷ Videre poengterte Høyesterett at dette momentet alene ikke var avgjørende, men at det og måtte tas hensyn til rimelighet.⁶⁸

Retten mente at ledelsens endring av holdning og advarslene som ble gitt var uventet og ubegrunnet. Det ble videre fremhevet av Høyesterett at å utsette innføringen av kassasystemet ikke ville ”...*medføre avgjørende ulemper for hotellet.*”⁶⁹ På bakgrunn av de disse momentene kom Høyesterett til at det ikke forelå noe grunnlag for avskjed og at vedtakene måtte kjennes ugyldig.

Høyesterett viser her at det må tas hensyn til rimelighet ved avskjed. Situasjonen må ses i sin helhet ettersom en avskjed rammer den enkelte hardt. Det er ikke alltid slik at det riktige valget er å avskjedige en arbeidstaker, selv om forholdene kunne tilsi det. Med denne

⁶³ Jan Fougner, ”Avslutning av arbeidsforholdet- vilkåret om saklig grunn”, *Arbeidsrett* 2015 s. 147 flg. s. 149-151.

⁶⁴ Rt. 1971 s. 310

⁶⁵ Rt. 1988 s. 1188

⁶⁶ Rt. 1988 s. 1188 s. 1193

⁶⁷ Rt. 1988 s. 1188 side 1194

⁶⁸ Rt. 1988 s. 1188 s. 1194

⁶⁹ Rt. 1988 s. 1188 s. 1194

avgjørelsen utvikler Høyesterett reglene om avskjed og hva som ligger i den totale vurderingen.

I 1992 ble en flykaptein avskjediget på grunn av brudd på tollgrensen.⁷⁰ Kapteinen hadde innført seks flaske brennevin, en flaske hetvin og en kartong sigaretter. Spørsmålet i saken var om grunnlag for avskjed etter § 66 nr. 1 (nå aml. § 15-14 nr. 1) var oppfylt, eventuelt om den kunne opprettholdes som en oppsigelse etter § 66 nr. 4 (nå aml. § 15-14 nr. 3) og § 60 nr. 1 (nå aml. § 15-7 (1))

Høyesterett anså avskjeden som ugyldig ettersom forholdet ikke berettiget et slikt vedtak. Førstvoterende vektla at det var et engangstilfelle, ”...og at det gjaldt varer til personlig bruk”⁷¹ Det ble videre lagt ekstra vekt på at smuglingen ble foretatt av den med det øverste ansvaret, flykapteinen, men og at ”...andre ansatte uvitende ble trukket inn ved gjennomføringen.”⁷²

Det ble likevel fastholdt at det var en gyldig oppsigelse. Ved vurderingen ble det sett på om oppsigelsen var rimelig. En oppsigelse ville ramme piloten hardt, ikke bare på grunn av lang ansettelsestid, men også på grunn av hans alder og familie. Annenvoterende Gussgard var ikke enig i resultatet rundt spørsmålet angående oppsigelsen. Dommer Gussgard mente at overtredelsen ikke var så grov at den burde føre til oppsigelse. Han la også vekt på at det var en første gangs overtredelse etter 15 års tjeneste. Det var ikke ”...forholdsmessighet mellom forgåelsen og en reaksjon med oppsigelse” etter Gussgard syn.⁷³

Selv om dommen i hovedsak handlet om oppsigelse, viser den hva som ligger i rimelighetsvurderingen og at domstolene foretar en slik vurderingen. Førstvoterende legger vekt på at det ikke bare vil ramme flykapteinen selv, men og hans familie. Høyesterett har med dette utvidet rekkevidden av rimelighetsvurderingen.

Etter pornonedlastningsdommen ser man tydeligere at det kan være forhold på arbeidsgivers side som kan få betydning for om avskjeden er ugyldig.⁷⁴ Med andre ord er det ikke bare

⁷⁰ Rt. 1992 s. 1023

⁷¹ Rt. 1992 s. 1023 s. 1027

⁷² Rt. 1992 s. 1023 s. 1027

⁷³ Rt. 1992 s. 1023 s. 1029

⁷⁴ Rt. 2005 s. 518.

forhold på arbeidstakers side som kan få betydning. Saken gjaldt to ansatte som blant annet hadde lastet ned pornografi på arbeidsplassen i strid med bedriftens reglement.

Høyesterett tilsluttet seg den tidligere avgjørelsen fra 1988 om at avskjeden ikke måtte fremstå som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon.⁷⁵ Videre gjennomgås lagmannsrettens håndtering saken, hvor førstvoterende mente at lagmannsretten hadde et riktig rettslig utgangspunkt.⁷⁶ Høyesterett var enig i hvordan de la til grunn at pornografisk materiale var i strid med bedriftens dataanlegg og at *”...etterlevelse av arbeidsinstruksjoner og tilhørende regelverk er helt grunnleggende i et arbeidsforhold.”*⁷⁷

Etter Høyesteretts syn trekker momentene i retning av at avskjeden var rettmessig, men det fremheves på nytt at det må foretas en bredere vurdering. Deretter gjennomgås det hvilken sikkerhetsrisiko slik nedlastning har for bedriften, men på bakgrunn av uenigheten mellom de sakkyndige tar ikke Høyesterett standpunkt til spørsmålet. Videre ses det på at bedriften har visst om at bruddene har forekommet i lang tid, uten at det ble gjort noe for å avdekke forholdene. Det fremheves av Høyesterett at ledelsens avvikende adferd ga de ansatte et inntrykk at det ble sett gjennom fingrene på det, spesielt med tanke på at det utgjorde en så stor sikkerhetsrisiko.

Høyesterett konkluderte, i samsvar med lagmannsretten, at avskjeden fremsto som *”en unødig skarp individuell markering i forhold til et problem som omfattet et betydelig større antall ansatte, og som av flere har vært karakterisert som en ”ukultur” offshore.”*⁷⁸ Det stilles til slutt spørsmål om avskjeden kunne opprettholdes som en oppsigelse, men retten kom raskt til samme resultat som lagmannsretten. Avskjeden ble ikke opprettholdt som en oppsigelse.

Som tidligere fremhevet viser retten her at det ikke bare er forhold på arbeidstakers side som får betydning ved rimelighetsvurderingen. Handlinger foretatt på arbeidsgivers side kan også få betydning for om avskjeden er urimelig eller ikke. Høyesterett utvider dermed praksisen til å gjelde alle forhold som kan ha betydning for rimeligheten.

⁷⁵ Rt. 1988 s. 1188

⁷⁶ Rt. 2005 s. 518 avsnitt 40

⁷⁷ Rt. 2005 s. 518 avsnitt 43

⁷⁸ Rt. 2005 s. 518 avsnitt 52

Etter pornonedlastningsdommen har praksisen blitt fulgt opp av domstolene. Lagmannsretten har ved en rekke saker anvendt praksisen i årene etter 2005. I den videre framstillingen skal enkelte rettsavgjørelse fremheves.

I 2010 hadde en lærer brukt fysisk makt mot en elev og skolen forstod det slik at læreren hadde slått eleven.⁷⁹ Skolen avskjediget læreren som følge av deres forståelse av situasjonen. Skolen anførte at lærerens handling oppfylte vilkårene etter aml. § 15-14 og at avskjeden var rettmessig. Læreren anførte at situasjonen måtte ses på i sin helhet og at det ikke hadde oppstått fysisk makt mellom han og eleven.

Lagmannsretten la til grunn at læreren ikke hadde slått eleven, men at det hadde forekommet brukt av fysisk makt var det ingen tvil om. Det ble fastslått fra lagmannsretten at enhver urettmessig fysisk makt ikke kunne gi grunnlag for avskjed. Lagmannsretten vurderte situasjonen slik at det var mye som talte for at lærerens maktmisbruk ikke skulle medføre avskjed.

Det ble så vist til at det skulle foretas en bredere vurdering av om det forelå grunnlag for avskjed. Lagmannsretten viste blant annet til Høyesteretts avgjørelse i 2005 angående rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering.⁸⁰ Det skulle foretas en kort vurdering av forholdene rundt saken. Lagmannsretten la til grunn at det var et enkeltstående tilfelle og at det ikke hadde skjedd ”...andre lignende episoder.” Konklusjonen til lagmannsretten var at det ikke forelå grunnlag for avskjed.

I 2011 kom spørsmålet opp for lagmannsretten.⁸¹ En arbeidstaker hadde ved flere anledninger ikke utført arbeidet på korrekt måte og påført skader på arbeidsplassen, deriblant en foringsautomat. Etter gjentatte varsler ble ledelse mistenksom på om den ansatte hadde møtt beruset på jobb ved to anledninger. Den ansatte ble innkalt til et nytt møte hvor han innrømte det ene forholdet, men benektet å ha vært beruset på arbeidsplassen to ganger. Dagen etter møtet innrømte derimot den ansatte at han hadde møtt beruset på arbeid ved to tilfeller. Den ansatte ble innkalt til et nytt møte og ble meddelt avskjeden. Innkallelsen inneholdt ingen informasjon om hva møtet gjaldt. Saken ble brakt inn for tingretten, som kom til at avskjeden var ugyldig.

⁷⁹ LB-2010-30904

⁸⁰ Rt. 2005 s. 518 avsnitt 40 og 44

⁸¹ LF-2010-172823

Dommen ble anket og lagmannsretten viste til at de aktuelle episodene og trakk frem en hendelsen vedrørende foringsautomaten. Retten mente at dette som helhet fremstod som ”...*et grovt pliktbrudd eller vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.*” Lagmannsretten viste også her til de tidligere Høyesterettsdommene som har utviklet praksisen og la til grunn at det måtte foretas en rimelig- og forholdsmessighetsvurdering.⁸²

Det første spørsmålet var om det var rimelig å forvente av arbeidsgiver å gå inn i et AKAN-opplegg. Lagmannsretten konkluderte, med henvisning til AKAN-dommen fra 1999, raskt med at det ikke kunne kreves at arbeidsgiver skulle tilbudt et AKAN-opplegg. Det ble videre lagt til grunn at arbeidsgiver ”...*hadde rett til å avslutte arbeidsforholdet*”.

Deretter så lagmannsretten på om avskjeden var en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon i stedet for oppsigelse. Det ble vist til at arbeidstakeren hadde erkjent beruselsen, men med tillit fra arbeidsgiver at han ikke ville bli avskjediget og at bedriften skulle hjelpe med problemet. Lagmannsretten påpekte at utsagnet angående hjelpen ikke var bindende for arbeidsgiver, men det ville få betydning i vurderingen om avskjeden var rimelig. Videre fremhevet lagmannsretten at saksbehandlingen rundt avskjeden ikke ble gjort på en god måte. Arbeidstakeren ble innkalt til møtet på en lapp. Selv om mangelfull saksbehandling ikke direkte fører til avskjed, viser lagmannsretten at en bedre saksbehandling kunne ført til et annet resultat.

Lagmannsretten konkluderte etter en samlet vurdering med at avskjeden var urimelig og uforholdsmessig. Avskjeden ble satt til side, men ble opprettholdt som en oppsigelse.

Året etter kom spørsmålet på nytt opp for lagmannsretten.⁸³ Saken omhandlet en helsefagarbeider som ble avskjediget etter å ha vært voldelig mot en bruker. Lagmannsretten tok først stilling til faktum i saken. Det var uklart hva som faktisk hadde skjedd og det var nødvendig med en avklaring. Det ble lagt til grunn at arbeidstakeren hadde kløpet brukeren i kinnet og deretter holdt rundt halsen, men uten å klemme til.

Etter at faktumet var klarlagt gikk lagmannsretten over til å se om hendelsen kunne begrunne avskjed. Lagmannsretten viste til Høyesteretts praksis fra 1988 og 2005. Flertallet la stor vekt på at avskjeden ville ramme helsefagarbeideren hardt. Det ble vist til at han var ”...*nærmere*

⁸² Rt. 2005 s. 518 avsnitt 40 og 44 og Rt. 1988 s. 1188

⁸³ LB-2011-171278

59 år gammel og har en utdannelse som ikke lett kan anvendes andre steder enn i helsevesenet.” Sammenholdt med hans etniske bakgrunn ville det være vanskelig å finne ny jobb, spesielt hvis arbeidsforholdet blir avsluttet med avskjed. Flertallet påpekte at det kunne legges vekt på tidligere hendelser på arbeidsplassen ved vurderingen av rimeligheten.

Meddommer Karlsen var i det vesentlig enig med flertallet, men pekte på at det burde vært uten betydning at avskjeden ville ramme helsefagarbeideren hardt. Etter meddommerens syn hadde kommunen et ansvar overfor brukerne av hjemmetjenesten og at helsefagarbeideren derfor ikke kunne jobbe der en dag til. Vilkkåret for avskjed var derfor oppfylt.

Mindretallet mente derimot at faktum i saken var noe annet enn flertallet. Meddommer Salo la til grunn at helsefagarbeideren hadde lagt hendene på brystet til brukeren og ikke rundt halsen. Helsefagarbeideren opptrådte aldri truende og brukeren virket ikke påvirket av hendelsen. Salo mente at hendelsen verken svarte til avskjed eller oppsigelse. Det hadde videre, etter Salos syn, blitt begått alvorlige saksbehandlingsfeil. Flertallet var av en annen oppfatning på dette punktet. De så ingen feil i saksbehandlingen og tok derfor ikke arbeidsgiverens anførsler på dette punkt til følge. Til slutt ble det vist til at Salo mente at kommunen kunne løst saken på en annen måte.

Lagmannsrettens flertall opprettholdte tingrettens dom om at avskjeden var urettmessig, men slo fast at vilkkårene for oppsigelse var oppfylt.

I en sak fra 2012 ble en ansatt i kommunen med lederansvar avskjediget som følge av misbruk av kommunens midler.⁸⁴ Lagmannsretten tok først stilling til om avskjeden var ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven. Det ble anført at undersøkelsesplikten ikke var oppfylt og det ble vist til fvl. § 41.⁸⁵ Lagmannsretten fant ingen saksbehandlingsfeil og anførselen førte derfor ikke frem.

Deretter gikk lagmannsretten over på spørsmålet om vilkkårene for avskjed var oppfylt. Det ble først foretatt en generell gjennomgang av vilkkårene og hva vurderingen innebar. Det ble også her vist til at domstolene må foreta en helhetsvurdering hvor rimelighetshensyn vil spille inn.

⁸⁴ RG-2012-1529

⁸⁵ Lov 10. oktober 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lagmannsretten gjennomgikk hendelsesforløpet og konkluderte med at pliktbruddet var så grovt at vilkårene for avskjed var oppfylt. Den ansatte hadde blant annet kjøpt skrapelodd på kommunens regning. Spørsmålet ble etter dette om avskjeden likevel kunne settes til side som følge av rimelighets- eller forholdsmessighetshensyn.

Lagmannsretten la vekt på at avskjeden ville ramme hardt, både økonomisk og følelsesmessig. Hans alder, mangel på utdanning og hans lange yrkesliv i Oslo kommune var momenter som ble tillagt vekt. Disse momentene kunne føre til at det ville være vanskelig å skaffe seg ny jobb, samt at mange arbeidsgivere vegrer seg for å ansette en avskjediget arbeidstaker. Videre viste lagmannsretten til at en avskjed og mangel på nytt arbeid ville medføre økonomiske problemer. Den ansatte ville ikke fått utbetalt AFP før om tre år og hans pensjon ville blitt redusert.

Ved siden av de personlige momentene som viser seg å ha betydning, vektlegger lagmannsretten andre forhold. Det vises til at arbeidstakeren ikke ønsket å oppnå egen vinning og at han heller ikke skjulte innkjøpene. I tillegg er det forhold på arbeidsgiverens side som tillegges vekt. Arbeidsgiverens manglende kontroll ved fakturene for innkjøpene kunne ikke fritta arbeidstakeren for ansvar, men lagmannsretten så på det som en del av helhetsvurderingen.

Etter helhetsvurderingen kom lagmannsretten fram til arbeidstakerens mislighold ikke kunne begrunne en avskjed.

Senere i 2012 kom lagmannsretten til motsatt resultat.⁸⁶ Saken omhandlet en mellomleder som hadde fremsatt trusler mot en underordnet. Det ble videre lagt til grunn at mellomlederen hadde sendt eposter med innhold som ville sverte arbeidsgiver. I likhet med de andre sakene ble det også her sett på om det var rimelig og forholdsmessig å avskjedige arbeidstakeren.

Avskjeden ville ramme arbeidstakeren hardt. Han hadde hatt en lang og lojal tjenestetid hos arbeidsgiver og det hadde ikke vært noe å utsette på hans oppførsel eller arbeid tidligere. Selv om han hadde tillit og respekt som leder kunne ikke lagmannsretten se at disse momentene kunne balansere arbeidsgivers interesse i å avslutte arbeidsforholdet. Arbeidstakerens stilling som leder hadde betydning for vurderingen. En leder skal være profesjonell og ikke true sine

⁸⁶ LB-2012-8687

underordnede. Arbeidsgivers rennømmé og stilling i markedet stod på spill etter epostene ble sendt ut. Det var derfor et reelt behov for å avskjedige arbeidstaker.

Lagmannsretten kunne ikke etter en helhetsvurdering og en vurdering av saksbehandlingsreglene, se at avskjed var en urimelig og uforholdsmessig reaksjon. Arbeidstakerens grove pliktbrudd og vesentlig mislighold av arbeidsavtalen kunne ikke overveies av rimelighetshensyn.

I 2013 ble en arbeidstaker avskjediget som følge av vold mot en kollega.⁸⁷ Episoden hadde oppstått som følge av krangel rundt rengjøringen av en maskin. Ved vurderingen av om avskjeden var rettmessig ble det vist til pornonedlastningsdommen.⁸⁸ Det skulle foretas en helhetsvurdering hvor rimelighet- og forholdsmessighetshensyn spiller inn.

Lagmannsretten la til grunn at arbeidstakeren hadde jobbet der i over 25 år uten at det hadde vært noe å utsette på hans oppførsel. Videre la lagmannsretten vekt på at hans alder, utdannelse og erfaring ville gjøre det vanskelig å finne annet fast arbeid. En avskjed ville derfor ramme arbeidstakeren hardt.

Arbeidsgiveren viste til at de hadde nulltoleranse for vold på arbeidsplassen. Lagmannsretten var enig med arbeidsgiver om at vold ikke var akseptabelt, men at ikke enhver form for vold kunne medføre avskjed. Arbeidstakerens handling var ikke så grov at den kunne rettfærdiggjøre en avskjed.

Som følge av de momentene ovenfor, konkluderte lagmannsretten med at avskjeden var urimelig og uforholdsmessig.

Avgjørelsene viser at rimelighetsvurderingen har utviklet seg. Det er ikke bare forhold på arbeidstakerens side, men også på arbeidsgiverens side som har betydning. Utviklingen har vært i positiv retning og viser arbeidstakeren at hans sak tas på alvor.

3.3 Rimelighetsvurderingens innhold

Som kapitlet ovenfor viser, har det gjennom rettspraksis utviklet seg en rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering som inngår i avskjedsvurderingen etter aml. § 15-14.

⁸⁷ LB-2012-129125

⁸⁸ Rt. 2005 s. 518

Vurderingen bærer preg av likhet med oppsigelsesvurderingen.⁸⁹ Saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7 er en helhetsvurdering av partenes behov og om det er rimelig og naturlig at arbeidsforholdet opphører.⁹⁰ Dette er fordi domstolene også her ser på utenforliggende hensyn som kan få betydning for arbeidsgiver og arbeidstaker, og hvorvidt det er rimelig at arbeidstakeren sies opp.

Det som går igjen i rettsavgjørelsene er hvor hardt en avskjed vil ramme arbeidstaker. Det innebærer som oftest ulike personlige forhold på arbeidstakers side. Det kan være alt fra økonomiske problemer til hvor følelsesmessig vanskelig en avskjed kan være. Når det kommer til det økonomiske har domstolene vist til at forsørgelsesansvar overfor andre kan få betydning.

Videre blir det ofte lagt vekt på om det har vært noe å utsette på arbeidstakeren ved tidligere anledninger eller om det er et engangstilfelle. I de ovennevnte rettsavgjørelsene har det vært et engangstilfelle. For domstolene synes det å være et av de avgjørende momentene. Selv om den enkelte hendelse isolert sett er grovt nok til avskjed, vurderer domstolene om andre reaksjonsformer burde vært forsøkt før avskjeden.

Et annet moment som vektlegges er ansiennitet. Har arbeidstaker arbeidet der i mange år vil det få større betydning for om avskjeden er urimelig eller ikke. Det som er gjennomgående i sakene er at de fleste har arbeidet der i lang tid og at det vil være vanskelig å finne ny jobb etter så mange år. En faktor som spiller inn i ansienniteten er ofte arbeidstakernes alder. Jo eldre arbeidstakeren er, jo vanskeligere vil det være å finne nytt arbeid. Spesielt hvis personen nærmer seg pensjonsalderen. Finner ikke arbeidstakeren nytt arbeid kan det påvirke hans pensjon og han kan lide et økonomisk tap.

Domstolene har videre lagt vekt på hvilken utdanning og erfaring arbeidstakeren har. Hvis utdannelsen er veldig snever og det er få arbeidsmuligheter innenfor det markedet, har dette blitt tillagt vekt i favør av arbeidstakeren. Lang erfaringen fra den samme arbeidsplassen har også spilt en rolle. Har arbeidstakeren en utdanning som er mer anvendelig, legger domstolene mindre vekt på utdanning idet det vil være lettere å finne nytt arbeid.

⁸⁹ Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt, Individuell arbeidsrett, Oslo 2017 s. 417

⁹⁰ Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52

Videre er arbeidsgivere, i følge domstolene, mindre villig til å ansette noen som har mistet sitt tidligere arbeid på grunn av avskjed. Det får derfor betydning i rimelighetsvurderingen om det er mulig med andre reaksjonsformer enn avskjed.

Domstolene har ikke bare lagt vekt på personlige forhold på arbeidstakerens side. I de siste årene har forhold på arbeidsgiverens side fått mer betydning.⁹¹ Det arbeidsgiveren gjør for å sikre at hendelser ikke skjer eller kontrollerer rutiner ved arbeidsplassen, har blitt vektlagt. Med dette viser domstolene at en avskjed kan være urimelig hvis arbeidsgiver ikke har gjort en god nok jobb i forkant av avskjeden.

Det er likevel uklart hvilken vekt rimelighetshensyn har i totalvurderingen. Det kan tenkes at det skal mer til for at rimelighetshensyn tillegges avgjørende vekt ved avskjed grunnet arbeidstakers mislighold. På den annen side viser rettspraksis at forhold på arbeidsgivers side kan få større betydning på bakgrunn av at det vil ramme arbeidstaker hardere. Det er mer urimelig for en arbeidstakeren å miste jobben på grunn av arbeidsgiverens forsømmelser enn når årsaken skyldes arbeidstakeren selv. Førstvoterendes uttalelse i flykapeindommen støtter opp at rimelighetshensyn får mer betydning ved forhold på arbeidsgivers side.⁹² Selv om det er usikkerhet rundt hvor mye vekt rimelighetshensyn skal tillegges er rettstilstanden i dag i samsvar med dommen fra 2005.

3.4 Rimelighetskontroll etter arbeidsmiljøloven

Etter gjennomgangen av rettspraksis må det stilles spørsmål om hvor terskelen skal ligge for at arbeidsgiver skal kunne avskjedige uten at domstolene kan gjøre om på avgjørelsen.

Arbeidsgivers adgang til å avskjedige kan sies å være en del av styringsretten. På den annen side er det regulert av arbeidsmiljøloven § 15-14. Det foreligger en muligheten til å avskjedige, men siden bestemmelsen er en kan-regel er det arbeidsgivers valg om han vil avskjedige arbeidstakeren eller ikke.

Slik rimelighetsvurderingen har utviklet seg viser at det skal mer til for at en avskjed blir stående. Domstolspraksisen gjør det uforutsigbart for arbeidsgiver å avskjedige en ansatt. En arbeidsgiver skal ikke være redd for å avskjedige en ansatt, men det forhold at rimelighetshensyn har fått så stor innpass i den totale vurderingen viser at arbeidsgivere må

⁹¹ Rt. 2005 s. 518

⁹² Rt. 1992 s. 1023 s. 1027

være mer grundig i forkant av avskjeden. Det er viktig at alle sider av saken blir vurdert før det tas en beslutning om avskjed.

Rettspraksis viser at det skal være et svært grovt pliktbrudd for at rimelighetshensyn ikke skal overveie arbeidsgivers avgjørelse. Det er viktig at domstolene kan kontrollere hva arbeidsgivere gjør. Det skal imidlertid ikke være slik at en arbeidsgiver skal kunne avskjedige en ansatt for hva som helst. Selv om det er strenge vilkår for avskjed, er det viktig at en ansatt som føler seg feilaktig avskjediget må kunne få overprøvd sin sak på forsvarlig måte.

Vernet til arbeidstakere står sterkt i dagens samfunn, og begrunner derfor bruken av rimelighetshensyn ved domstolskontroll. Det er viktig at domstolene kan være en uavhengig part som verner om arbeidstakere. På bakgrunn av utviklingen av rimelighetshensyn i avskjedssaker skal det mer til for at en avskjed blir stående enn før. Adgangen til å avskjedige foreligger fortsatt, men med en betydelig større begrensning enn tidligere.

4 Rimelighetsvurderingen etter statsansatteloven

4.1 Rimelighetsvurderingens innhold

Det har lenge vært usikkert om den ulovfestede praksisen som følger av arbeidsmiljøloven gjelder for tidligere tjenestemannslov og gjeldende statsansattelov. Det skal i det følgende gjennomgås hvorvidt det foreligger en begrensning i avskjedsadgangen. Hvis begrensningen foreligger, kan domstolene føre kontroll med den?

Lagmannsretten har tatt opp spørsmålet om det foreligger en avgrensning i avskjedsadgangen.⁹³ Saken omhandlet en sogneprest som hadde oppgitt uriktige opplysninger angående sertifikatet sitt. Det var avgjørende for stillingen at den aktuelle kandidaten hadde sertifikat og sognepresten hadde ikke korrigert dette ved tiltredelse. Sognepresten hadde kjørt uten sertifikatet både før og etter tiltredelse, og hadde blitt bøtelagt for forholdet ved flere anledninger. På bakgrunn av dette ble sognepresten avskjediget etter vedtak truffet av kulturdepartementet. Spørsmålet i saken var om vedtaket om avskjed i medhold av tjml. § 15 første ledd bokstav a og b var gyldig.

⁹³ LB-2017-5716

Lagmannsretten avklarte raskt at vilkårene for avskjed og prøvingsadgangen til domstolen var tilstede, før de gikk over på spørsmålet om det forelå en tilsvarende begrensning i avskjedsadgangen. Det ble vist til at utviklingen av å vektlegge individuelle hensyn ved avskjedssaker hadde blitt mer aktuelt. Det ble deretter gjort rede for adgangen til å prøve rimeligheten etter arbeidsmiljøloven og lagmannsretten henviste til de aktuelle dommene som har stadfestet prøvingsadgangen.⁹⁴

Videre argumenterte lagmannsretten for at den samme adgangen gjaldt i like stor grad for statsansatte som for andre. Bakgrunnen for uttalelsen var de individuelle vernehensyn som gjør seg gjeldende og den samfunnsmessige utviklingen som begrunner den ulovfestede begrensningen i avskjedsadgangen. Selv om utviklingen hadde skjedd i tråd med oppsigelsessaker etter arbeidsmiljøloven, syntes ikke lagmannsretten at det skulle begrunne en forskjell mellom statlig og privat og kommunal sektor.

Ordlydene i de ulike bestemmelsene tilsa ikke at det skulle være en forskjell i avskjedssakene. Lagmannsretten påpekte videre at det ved vedtakelsen av tjenestemannsloven var usikkert om det var meningen å fjerne kravet til saklig grunn ved avskjed og oppsigelse fra 1977-loven, jf. LB-2010-69877. Til slutt viste lagmannsretten til at forarbeidene til tjenestemannsloven av 1977 hadde lagt til grunn at loven ”...*antas å ville gi tjenestemennene et like godt eller bedre vern enn arbeidsmiljøloven*”⁹⁵

Lagmannsretten konkluderte med at begrensningen i avskjedsadgangen etter arbeidsmiljøloven gjelder like fullt ut for statsansatte. Med andre ord kan det tas hensyn til utenforliggende hensyn og hvor hardt en avskjed vil ramme den som avskjediges.

Dommen viser at innholdet i rimelighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven er den samme for statsansatteloven. Det neste blir å se på om domstolen har adgang til å overprøve denne vurderingen.

4.2 Prøvingsadgangen til domstolen

Ordlyden etter statsansatteloven gir ingen veiledning på om domstolene har adgang til å prøve rimeligheten ved en avskjed. Forarbeidene byr derimot på tvil. Etter departementets syn skal det ”...*foretas en bred totalvurdering hvor det både skal tas hensyn til misligholdets art og*

⁹⁴ Rt. 2005 s. 518 og Rt. 1988 s. 1188.

⁹⁵ Ot.prp.nr.44 (1976-1977) s. 6

alvor, samt arbeidstakers og virksomhetens forhold.”⁹⁶ Det kan tyde på at departementet mener det skal foretas en vurdering av rimeligheten.

Hvorvidt domstolene kan overprøve skjønnet er forarbeidene tause om, noe som kan tyde på at domstolene ikke kan overprøve det. På den annen side kan det tolkes dithen at domstolene har en slik adgang. På tross av denne usikkerheten er det likevel uttrykt i forarbeidene at en arbeidstaker skal ha minst like godt vern etter arbeidsmiljøloven og statsansatteloven.⁹⁷

Selv om det er konstatert at domstolene ikke kan overprøve hensiktsmessighetsskjønnet, er det likevel usikkert om spørsmålet rundt rimelighetsvurderingen. Spørsmålet har vært oppe for domstolene ved flere anledninger og foreløpig foreligger det ikke noe klart svar.

Spørsmålet kom opp for Høyesterett i 1982.⁹⁸ Selv om dommen omhandler arbeidsmiljøloven belyser domstolens adgang til å overprøve skjønsmessige vurderinger. Saken gjaldt en lektor ved en videregående skole som etter advarsel ble avskjediget på grunn av uttalelser om rasespørsmål og jødeforfølgelsene. Høyesterett la til grunn at domstolenes prøvingsrett var begrenset til å se om vilkårene var tilstede ettersom avskjed etter arbeidsmiljøloven av 1977, gymnasloven av 1964 og rettvilkår for undervisningspersonale var et forvaltningsvedtak. Det ble vist til at Arbeidsretten og byretten hadde påpekt at det skulle foretas en skjønsmessig vurdering i spørsmålet om lovens regler var riktig forstått. Høyesterett avviste dette og la til at domstolenes oppgave var å kontrollere om vilkårene for avskjed var oppfylt.

I 1988 kom spørsmålet rundt tjenestemannsloven opp for Høyesterett.⁹⁹ Saken omhandlet en sivil ansatt håndverker i Forsvaret som ble avskjediget på grunn av domfellelse for et straffbart forhold. Arbeidstakeren hadde blitt ”...dømt til fengsel i ett år og fem måneder for voldtekt...og for kjøring i påvirket tilstand.” Spørsmålet i saken var hvorvidt den ansatte var avskjediget uten hjemmel i tjenestemannsloven § 15 første ledd bokstav a eller b.

Høyesterett tok stilling til spørsmålet og uttalte at det var gyldigheten av vedtaket truffet av Forsvarsdepartementet etter klage over tilsetningsrådets avskjedsvedtak som skulle prøves.¹⁰⁰

⁹⁶ Prop.94 L (2016-2017) s. 167.

⁹⁷ Prop.94 L (2016-2017) s. 69

⁹⁸ Rt. 1982 s.1729

⁹⁹ Rt. 1988 s. 664

¹⁰⁰ Rt. 1988 s. 664 s. 670

Det ble videre uttalt at det ikke var hensiktsmessig å prøve om oppsigelse burde vært brukt ettersom det var klart at vilkåret for avskjed var oppfylt.

Dommen bekrefter med andre ord det Høyesterett konkluderte med i 1982. Den foreliggende sak ble avgjort på grunnlag av 1983-loven og med det videreførte Høyesterett praksisen etter 1977-loven. Høyesterett foretar ingen god gjennomgang av hvorfor de ikke kan overprøve skjønnet og dommen gir ingen veiledning på hvorfor praksisen var slik på den tiden eller hvorfor den burde være slik.

I 2017 kom spørsmålet om rimelighetsvurderingen kunne overprøves eller om det er en del av forvaltningens frie skjønn, opp for lagmannsretten.¹⁰¹ Hva saken omhandler er tidligere redegjort for i punkt 4.1. Lagmannsretten viste til LB-2010-6877 hvor det ble gjennomgått om domstolene kunne overprøve rimelighetsvurderingen. I denne dommen tok ikke lagmannsretten stilling til spørsmålet, ettersom det ikke var nødvendig for den aktuelle saken. Det ble videre vist til andre avgjørelser hvor resultatet ble at det ikke foreligger slik prøvelsesadgang. En av avgjørelsene som ble vist til var LB-2016-54066 og som på det tidspunktet ikke var rettskraftig avgjort. Saken har nå vært oppe for Høyesterett, men det skal ses nærmere på senere.

Ettersom det ikke var noe klart svar på spørsmålet tok lagmannsretten derfor utgangspunkt i utviklingen fra den private og kommunale sektoren. Det ble vist til pornonedlastningsdommen fra 2005 hvor domstolene fullt ut prøver rimelighets- og forholdsmessighetsstandarder siden den inngår som en del av vilkårene for avskjed. Deretter så lagmannsretten på hvorvidt interesseavveiningen kunne vært foretatt av arbeidsgiver i kommunal og privat sektor. Hvis løsningen hadde vært slik ville domstolene bare kunne prøvd saksbehandlingen som følge av styringsretten. Men en slik løsning er ikke vurdert for kommunal og privat sektor. Bakgrunnen for dette er de ansattes stillingsvern, som i dag er særlig sentralt. Lagmannsretten begrunnet det videre med effektivitetshensyn. Det vil med andre ord svekke den svake part hvis arbeidsgiver skal kunne foreta en slik vurdering uten etterprøving av domstolene.

Før lagmannsretten konkluderte på spørsmålet angående prøvingsretten, viste de til at statlige tjenestemenn har en klageadgang, men at dette ikke kunne stille seg prinsipielt annerledes for

¹⁰¹ LB-2017-5716

statlige arbeidsgivere. Etter en gjennomgang av de ulike momentene konkluderte lagmannsretten med at effektivitets- og rettssikkerhetshensyn taler for at domstolene kan prøve rimelighets- og forholdsmessighetskravet fullt ut.

Selv om lagmannsrettens konklusjon er en annen enn Høyesteretts standpunkt fra tidlig 80-tallet, har den ikke like stor rettskildemessig vekt som Høyesteretts prejudikat. Dommen gir likevel en indikasjon på at praksisen bør endres slik at den er i tråd med arbeidsmiljøloven.

På et senere tidspunkt har spørsmålet på nytt kommet opp for Borgarting lagmannsrett.¹⁰² Saken handlet om en polititjenestemann som ble avskjediget på grunn av hans ytringer på Facebook, jf. tjml. § 15 første ledd bokstav b. Polititjenestemannen var svært aktiv på Facebook og hadde blant annet skrevet *”Våren er kommet og asylsøkerne begynner å sykle langs veiene igjen. Pass god på så du ikke kjører på dem. Det kan være din sykkel...”*

Saken ble brakt inn for retten og polititjenestemannen reiste spørsmål om gyldigheten av avskjedsvedtaket. Lagmannsretten så på om det forelå et forholdsmessighetskrav i avskjedsvurdering og om domstolene hadde full prøvingsrett. Det ble vist til de tidligere avgjørelsene hvor svarene har vært motstridende.¹⁰³ I denne saken ble begrunnelsen fra LB-2017-5716 lagt til grunn og de støtter seg på deres syn på spørsmålet. Det konkluderes også her med at domstolene kan prøve rimelighets- og forholdsmessighetskravet fullt ut.

Etter å ha svart bekreftende på spørsmålet gikk domstolen over til å se på hvilke hensyn som kunne vektlegges for om avskjeden var urettmessig eller ikke. Polititjenestemannen hadde tidligere blitt ilagt ordenstraff for lignende forhold og etter en rekke samtaler med overordnede blitt oppfordret til å endre sin oppførsel. Det at polititjenestemannen ikke irttesatte seg ville etter lagmannsretten syn få mindre vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Polititjenestemannen hadde anført at hans pensjon ville forringes hvis han ble avskjediget. Retten kunne ikke se at dette var en direkte konsekvens av avskjeden ettersom det følger av loven.¹⁰⁴ Anførlene rundt hans alder og forsørgelsesansvar ble ikke tillagt nevneverdig vekt.

Selv om polititjenestemannens oppfatning var at det ikke ville forekomme noe arbeidsrettslig reaksjon etter møtet med stasjonssjefen, kunne ikke lagmannsretten se at behandlingen i

¹⁰² LB-2017-35146

¹⁰³ LB-2016-54066, LB-2013-5486 og LB-2017-5716

¹⁰⁴ Lov 28. juli 1949 nr. 26 om statens pensjonskasse kap. 5

ansettelsesrådet utgjorde en uforholdsmessig reaksjon. Lagmannsretten kom til, under tvil, at avskjeden ikke var en uforholdsmessig reaksjon.

I begge rettsavgjørelsene viser lagmannsretten god forståelse av hvordan rettsutviklingen har vært etter arbeidsmiljøloven og bruker rettskildene for å argumentere hvorfor praksisen bør være lik etter begge lovene. Etter lagmannsrettens syn er det ingen grunn til arbeidstakere etter statsansatteloven skal ha et svakere vern enn arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven. Den sistnevnte dommen viser likevel at rimelighetshensyn ikke alltid kan overveie overtredelsen.

Selv om dommene fra lagmannsretten har mindre rettskildemessig vekt enn Høyesterett er det tydelig at de setter premissene for hvordan det burde være. Dommene representerer en tankegang som har vært i utvikling etter arbeidsmiljøloven og ser ingen grunn til at den ikke skal være lik etter statsansatteloven. Lagmannsretten viser at den grunnleggende rettigheten til å få prøvd alle sider av sin sak er det som er styrende. Videre er det hensynet til den svake part et sentralt moment i vurderingen. I følge lagmannsretten burde ikke det at statsansatte har en klageadgang være avgjørende for at domstolene ikke skal kunne prøve rimeligheten.

I slutten av 2017 kom spørsmålet opp for Høyesterett.¹⁰⁵ Saken handlet om en major i hæren som ble avskjediget som følge av en dom for legemsfornærmelse mot sine to sønner.

Vedtaket om avskjed, som ble fattet i forsvarssjefen råd i tilsettings- og disponeringssaker, ble påklaget til Forsvarsdepartementet. Klagen ble ikke tatt til følge og majoren tok saken inn for Oslo tingrett. Majoren påstod at avskjeden var ugyldig og krevde erstatning. Tingretten kom til at avskjeden var ugyldig og at majoren ”...hadde krav på å gjeninntre i stilling som stabsoffiser...”¹⁰⁶

Staten anket saken inn for Borgarting lagmannsrett. I lagmannsretten ble det vist til tidligere rettsavgjørelser hvor konklusjonen var at domstolene ikke kunne overprøve rimelighets-og forholdsmessighetskjønnet.¹⁰⁷ Dommene det ble vist til referer i tillegg til de to foregående Høyesterettsdommene som har lagt grunnlaget for at domstolene ikke kan overprøve skjønnet.¹⁰⁸ Lagmannsretten støttet seg til disse avgjørelsene og endte på samme konklusjon.

¹⁰⁵ HR-2017-2479-A

¹⁰⁶ HR-2017-2479-A avsnitt 8.

¹⁰⁷ LB-2013-5486

¹⁰⁸ Rt. 1982 s. 1729, Rt. 1988 s. 664.

Det første Høyesterett så på var prøvingsretten til domstolen angående spørsmålet rundt forholdsmessighets- og rimelighetskravet. Majoren hevdet at et slikt krav måtte innfortolkes og at domstolene kunne prøve det. Han mente at det ikke burde være en forskjell fra arbeidsmiljøloven.¹⁰⁹ Høyesterett viste til at det kunne reises søksmål etter tjml. § 19 nr. 2, men poengterte at *”Prøvingen må i utgangspunktet skje innenfor rammene av den alminnelige domstolskontrollen med forvaltningen.”*¹¹⁰

Deretter viste førstvoterende til at forarbeidene til 1977- og 1983-loven presiserer at vernet skal være minst like godt etter begge lovene, men det fremheves videre at forarbeidene presiserer at *”...statstjenestens egenart tilsier at regelverket på noen punkter avviker fra arbeidsmiljølovens bestemmelser”*¹¹¹ Det ble og vist til at den nye statsansatteloven *”samlet sett...”* skal gi like godt vern som arbeidsmiljøloven.¹¹²

Førstvoterende gjør så rede for at tjml. § 15 første ledd bokstav b ikke har noen direkte parallell i arbeidsmiljøloven og at dette er et utslag av statsforvaltningens særpreg. Det uttales så at det ikke skal foretas en rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering tilsvarende arbeidsmiljøloven, på tross av at tjml. § 15 gir en anvisning på en bredere vurdering.¹¹³

Førstvoterende konstaterte fort at vilkårene for avskjed var oppfylt. Dette på bakgrunn av at partene var enig om det. Derimot var partene uenige om hvilke stilling uverdigheten skulle vurderes opp mot. Det ble videre gjort rede for Forsvarets ansettelses- og disponeringssystem, men det vil ikke bli gått noe nærmere inn på her. I avsnitt 68-78 utleder førstvoterende hva som ligger i uverdighetsvurderingen, før det i avsnitt 79-91 går inn på alvoret og arten av handlingen A er straffedømt for. Det gjøres i korthet rede for hva de enkelte forholdene går ut på, før førstvoterende konstaterer at *”...handlingene sett under ett er klart kritikkverdige...”*¹¹⁴

Det som synes å være underlig er at førstvoterende i avsnitt 85 legger vekt på rimelighets- og forholdsmessighetshensyn ettersom han innledningsvis uttaler at det ikke skal foretas en slik vurdering. Førstvoterende viste til at *”...handlingene ble begått i en personlig vanskelig tid*

¹⁰⁹ HR-2017-2479-A avsnitt 34

¹¹⁰ HR-2017-2479-A avsnitt 35

¹¹¹ Ot.prp.nr.44 (1976-1977) side 6 og Ot.prp.nr.72 (1981-1982) side 7

¹¹² Prop.94 L (2016-2017) punkt 8.9

¹¹³ HR-2017-2479-A avsnitt 37.

¹¹⁴ HR-2017-2479-A avsnitt 84

for A. Hans 17-årige samboerforhold var under oppløsning, og den eldste sønnen hadde en utfordrende atferd.”

Hvorfor Høyesterett vektlegger disse momentene er vanskelig å si. Det blir ikke foretatt noe god gjennomgang av hvorfor rettstilstanden er slik at det ikke skal foretas en rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering. Høyesterett kommer ikke med en god avklaring på spørsmålet som har vært oppe for retten i lang tid. Ettersom spørsmålet har vært uavklart i så mange år hadde Høyesterett her en ypperlig mulighet til å komme med et klart svar.

De motstridende handlingene i dommen gjør at en sitter igjen med mange spørsmål. Hva skal til for at det blir samsvar mellom domstolenes prøvingsadgang etter arbeidsmiljøloven og statsansatteloven? Hvorfor er domstolene motvillig til å prøve rimeligheten etter statsansatteloven? Er det en tankegang som sitter igjen fra 1980-tallet? Har det forvaltningsrettslig preget ved avskjed etter statsansatteloven avgjørende betydning?

4.3 Rimelighetskontroll etter statsansatteloven?

Rettstilstanden er ikke avklart. Dette på tross av at Høyesterett, så sent som i desember 2017, har uttalt at det ikke skal foretas en rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering.¹¹⁵ Dommen er misvisende og det kan ikke sies at Høyesterett har dannet et prejudikat for prøvingen av rimeligheten.

Ordlyden i statsansatteloven taler for likhet mellom lovene. Det er lite som tilsier at domstolene ikke skal kunne prøve rimeligheten ved avskjed. På den annen side ble § 15 videreført i sin helhet fra tjenestemannsloven og det synes å være at praksisen rundt prøvingen av rimeligheten har fulgt etter. Ordlydens knapphet i hva domstolene har adgang til å gjøre viser at de må, i likhet med andre bestemmelser, se hen til andre rettskilder. Ettersom forarbeidene og den tidligere rettspraksisen er uklar i hva som tillates er det lett å forstå hvorfor domstolene er rådville.

Som tidligere nevnt tilsier forarbeidene at arbeidstakere skal ha minst like godt vern etter både statsansatteloven og arbeidsmiljøloven.¹¹⁶ Forarbeidene tyder på at domstolenes adgang til å prøve rimeligheten er tilstede. Et moment som taler i mot, er de tidligere forarbeidene som viser til historikken og tankegangen bak bestemmelsen. Domstolene skulle foreta en bred

¹¹⁵ HR-2017-2479-A avsnitt 37

¹¹⁶ Prop.94 L (2016-2017) punkt 8.9

helhetsvurdering hvor det blant annet skulle tas hensyn til forhold på arbeidstakeren og arbeidsgiverens side. Forarbeidet er ikke presiserende og gir ikke tydelige svar på om domstolene skal kunne prøve rimeligheten eller ikke. Det kan med andre ord tolkes slik at domstolene har adgang til det.

På den annen side presiserer forarbeidene til statsansatteloven § 34 at domstolene er ”...avskåret fra å overprøve forvaltningens skjønn.”¹¹⁷ Det at forarbeidene er så motstridene gir ingen veiledning for domstolene. Hvis lovgiver hadde ment å avskjære domstolenes adgang til å prøve rimeligheten ved avskjed burde det kommet tydeligere frem i forarbeidene eller lovbestemmelsen.

Domstolene skal følge lovgivers intensjon når bestemmelsene anvendes og så godt det lar seg gjøre anvende loven på korrekt måte. På den annen side skal domstolene følge samfunnsutviklingen. Når samfunnet utvikler seg må domstolene enkelte ganger følge etter. Adgangen til å avskjedige en ansatt har vært gjenstand for utvikling i lang tid. Før kunne arbeidsgiver avskjedige arbeidstaker uten grunn, men avskjedsinstituttet har utviklet seg i tråd med samfunnsutviklingen og domstolene har fulgt etter.

Selv om lagmannsrettens praksis har mindre rettskildemessig vekt enn Høyesteretts, viser lagmannsretten god forståelse for hvorfor praksisen burde være lik etter statsansatteloven og arbeidsmiljøloven. Lagmannsretten bruker rettskildene på en god måte og ser på utviklingen slik den har vært etter arbeidsmiljøloven. For lagmannsretten synes det avgjørende å være at arbeidstakerens stillingsvern og rettsikkerhet er ivaretatt. Det er viktig at en som ønsker å ta saken for domstolene kan føle seg sikker på at de bli ivaretatt og at domstolene prøver alle sider av saken. Enkelte saker for lagmannsretten trekker i motsatt retning, men den overveiende tanken for lagmannsretten synes å være at det ikke skal være en forskjell mellom lovene og at hensynet til den svake part er det viktigste.

For Høyesterett synes tanken å ha vært den samme i mange år. Det er ikke domstolenes oppgave å vurdere hvorvidt en avskjed er urimelig eller ikke. Høyesterett har vist lite endring i tankegangen rundt spørsmålet. Når det kommer til statsansatteloven eller tidligere tjenestemannslov synes Høyesterett å være tilbakeholden med å trå over i statens vurdering. Høyesteretts avgjørelse fra 2017 gir liten veiledning på spørsmålet. Det er vanskelig å forstå

¹¹⁷ Prop.94 L (2016-2017) s. 221.

hvorfor det sies at det ikke skal foretas en rimelighetsvurdering, men så vektlegger domstolen likevel rimelighetshensyn.

Hvorfor Høyesterett er tilbakeholdne med å foreta en rimelighetsvurderingen er vanskelig å si. Et moment kan være at Høyesterett ikke vil blande seg inn i forvaltningens praksis. Domstolens adgang til prøve forvaltningens skjønn kan være noe som ses på som en skranke for hvorvidt domstolene vil prøve rimeligheten. For ansatte i staten har klageorganet kompetanse til å prøve saken fullt ut. Klageorganets prøvelsesadgang kan være en av grunnene til at domstolene er avskåret fra å prøve rimeligheten.

Det er på den ene siden forståelig at domstolene vegrer seg for å bevege seg over i noe som tilhører forvaltningen. Hensynet til arbeidsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene står sterkt. Det er ikke alltid slik at domstolene er mer kvalifisert til å ta avgjørelser innenfor forvaltningsrettens område. Ofte er det faglige og politiske vurderingen som forvaltningen er mer kompetent til å avgjøre. På den annen side er det ikke et vanskelig fagfelt som trenger spesiell kompetanse for å avgjøre. Domstolene vurderer de samme spørsmålene etter arbeidsmiljøloven, så hvorfor de ikke kan foreta en rimelighetsvurdering etter statsansatteloven er lite forståelig.

Den tidligere diskusjonen rundt spørsmålet om ansettelse og avskjed skulle anses som et vedtak eller kontrakt kan være en tanke som sitter igjen hos domstolene. Selv om ansettelse og avskjed skjer i vedtaks form ligger det en arbeidskontrakt i bunn. Alle som ansettes i staten har en arbeidskontrakt.¹¹⁸ I likhet med arbeidstakere som er ansatt etter arbeidsmiljøloven regulerer kontrakten arbeidsforholdet for statsansatte. Ettersom det er arbeidsavtalen som er grunnlaget for ansettelsesforholdet er det lite som tilsier at domstolene ikke skal kunne prøve rimeligheten. På den annen side er det forståelig at domstolene er til tilbakeholden ved å prøve rimeligheten. Spesielt hvis tankegangen til domstolene er at ansettelse og avskjed er et enkeltvedtak. Arbeidsforholdet er basert på en kontrakt og det burde være avgjørende for domstolenes adgang til å prøve rimeligheten.

Rettsutviklingen slik den har vært etter arbeidsmiljøloven viser at den svake part i dag står sterkere ved en eventuelt rettssak. Tanken har lenge vært at det er tryggere og sikrere å være ansatt i staten. Det er fortsatt bra å være ansatt i staten og ansettelsesforholdene er gode, men

¹¹⁸ Statens personalhåndbok 2018 punkt 2.1.6, jf. aml. § 14-5

hvis en arbeidstaker blir avskjediget står han svakere ved en eventuell rettsak. Uavhengig om man er ansatt i staten eller privat eller kommunal sektor, burde vernet være det samme.

Det kan tenkes at domstolene ikke foretar rimelighetsvurderingen på grunn av at statens system og oppbygging er så gjennomført at domstolene er sikre på at vurderingen som er gjort er god nok. Likevel er staten en stor arbeidsgiver med mange arbeidstakere og maktbalansen mellom dem er skeiv. Derfor er det desto viktigere at også ansatte i staten får den samme muligheten ved en eventuell rettsak. Det skal ikke være slik at staten som arbeidsgiver skal ha en form for fordel fremfor andre arbeidsgivere. En arbeidstaker som er avskjediget må kunne stole på at hans arbeidsplass ikke får betydning for domstolene oppgave.

En av de grunnleggende ideologiene i vår stat er at rettssikkerheten er til stede. Det domstolene og forvaltningen pålegger oss som borgere skal være så forutberegnelig som mulig. Hvis det som eventuelt pålegges borgerne ikke praktiseres konsekvent vil det være urimelig for den som rammes. Det skal ikke være slik at noe som pålegges en borger er positivt, mens for en annen vil det føre til et negativt resultat. Samfunnet er avhengig av forutberegnelighet og en av domstolenes oppgave er å sikre at utfallet er forutberegnelig.

Det er videre avgjørende at domstolene har tillit i samfunnet og at rettssikkerheten er ivarettatt. Samfunnet må kunne stole på at domstolenes uavhengighet er tilstede og at den ikke lar seg styre av andre. Det er da viktig at domstolene kan prøve alle sider av saken. Det er like viktig at ansatte i staten får samme mulighet som ansatte i privat og kommunal sektor.

Avskjedsinstituttet er det samme uavhengig hvor du jobber. Selv om vilkårene etter aml. § 15-14 og statsansatteloven § 26 er forskjellig, er rimelighetsvurderingen den samme. Det er samme momenter som skal vurderes og det er ingen grunn for domstolene ikke skal kunne gjøre det etter statsansatteloven.

Selv om avskjed etter statsansatteloven innebærer preg av forvaltningsrett er ikke vurderingen så særegen at domstolene ikke kan prøve rimeligheten. Det er tydelig at løsningen på problemstillingen er uklart for domstolene. Det synes som domstolene er lite villig til å endre praksisen fordi det er et inngrep i forvaltningen. På den annen side er det viktig at arbeidstakerne vernes som den svake part. Det kan synes at domstolene svikter arbeidstakerne i staten.

Konsekvensene av at domstolene ikke foretar rimelighetsvurderingen er at saken kan få et urimelig resultat. Det er ikke alltid slik at en avskjed er det riktige valget. Avskjed rammer en arbeidstaker hardt og for at resultatet skal bli så riktig som mulig er det viktig at domstolene foretar rimelighetsvurderingen.

Hva som skal til for at praksisen endres er vanskelig å si. Om domstolene må ta et endelig standpunkt til spørsmålet å forholde seg til det eller om lovgivere må på banen, er usikkert. Slik praksisen har utviklet seg etter statsansatteloven er inkonsekvent. Det er ikke forutberegnelig for den som tar saken for domstolene. Lagmannsretten har foretatt vurderingen i lys av praksisen etter arbeidsmiljøloven. Høyesterett på sin side har, helt til nå, forholdt seg til å kun prøve vilkårene og om riktig faktum er anvendt. Hvorfor Høyesterett sier en ting for så å gjøre noe annet er lite forståelig. Når saken gikk for Høyesterett i desember 2017 hadde dommerne en gylden mulighet til å svare på problemstillingen. Praksisen kunne blitt etablert i tråd med arbeidsmiljøloven eller slått ned på. Høyesterett gjorde verken eller, og problemstillingen er fortsatt ubesvart.

Det er motstridende hensyn som taler både for og i mot domstolenes adgang til å prøve rimeligheten og det er tydelig at problemet trenger en løsning. Som nevnt ovenfor ble det i de tidligere forarbeidene til tjenestemannslovene diskutert om det var behov for en egen tjenestemannslov eller om det var nok med arbeidsmiljøloven. Selv om ansettelse og avskjed i staten foregår i vedtaks form er det mulig for arbeidsmiljøloven å verne alle arbeidstakere. De ulike lovene gir arbeidstakere samme utgangspunkt, men forskjellen ved domstolskontroll er en brist i den grunnleggende rettssikkerheten. Hvorfor er det en slik forskjell når det grunnleggende prinsippet om en rettferdig rettergang ligger i bunnen.¹¹⁹ Rettergangen er ikke rettferdig hvis alle sider av saken ikke blir prøvd.

Det viktigste er at alle arbeidstakere har en arbeidsavtale i bunn som følger arbeidsmiljølovens bestemmelser. Det er arbeidsavtalen som er styrende for arbeidsforholdet og bør derfor være det avgjørende for domstolene. Ikke hvorvidt du er ansatt i offentlig eller privat eller kommunal sektor. En historikk som trekker i retning av at domstolene ikke kan prøve rimeligheten bør ikke være styrende. Domstolene må kunne følge samfunnsutviklingen og på dette området er det viktig at de foretar vurderingen med hensyn til arbeidstakeren. Det er ikke bare til gunst for arbeidstakeren, men også for arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren er også

¹¹⁹ Grl. § 95 og EMK art. 6 nr.

tjent med at domstolene prøver rimeligheten slik at alle sider av saken blir belyst. Dette medfører et rimelig og rettferdig resultat som partene kan akseptere.

5 Kildeliste

5.1 Lover

Lov 27. juni 1892 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker mv.

Lov 18. september 1915 om arbeidsbeskyttelse i industrielle virksomheter

Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

Lov 10. oktober 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lov 4. mars 1984 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

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

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 28. juli 1949 nr. 26 om statens pensjonskasse

Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Lov

5.2 Forarbeider

Prop.94 L (2016-2017) Lov om statens ansatte mv.

Ot.prp.nr.44 (1976-1977) Om lov om statens tjenestemenn

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp.nr.72 (1981-1982) om lov om statens tjenestemenn m.m.

Ot.prp.nr. 38 (1915)

Ot.prp.nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Ot.prp.nr. 27 (1968-1969) Om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover

Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

5.3 Rettspraksis

Høyesterett:

HR-2017-2479-A

Rt. 1988 s. 1188

Rt. 1870 s. 712

Rt. 1974 s. 435

Rt. 1876 s. 449

Rt. 1971 s. 310

Rt. 1992 s. 1023

Rt. 2005 s. 518

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 1982 s. 1729

Rt. 1988 s. 664

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 2009 s. 685

Rt. 1984 s. 1058

Lagmannsretten:

LB-2017-5716

LB-2017-35146

LB-2013-5486

LB-2012-129125

LB-2012-8687

RG-2012-1529

LB-2011-171278

LB-2010-30904

LF-2010-172823

LB-2016-54066

5.4 Juridisk litteratur

Eckhoff, Torstein ” Rettskildelære”, 5. utgave (Oslo 2001)

Fougner, Jan, ”Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn”, Arbeidsrett 2015 s. 147 flg.

Hotvedt, Marianne, ”Arbeidsgiverbegrepet – En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverpliker” Arbeidsrett 2015 s. 159-192 s. 185 flg.

Næss Skjønberg, Alexander, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, Individuell arbeidsrett (Oslo 2017)

5.5 Andre kilder

Statens personalhåndbok 2018

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)