Misligholdelse af funktionærkontrakter

Pernille Bille Tvedt

Misligholdelse af funktionærkontrakter

FORLAGET THOMSON

Pernille Bille Tvedt
Misligholdelse af funktionærkontrakter
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2005

ISBN 87-619-1222-0

Omslag: Helle Melberg, København
Sats: Type-it ApS, København 2005
Tryk: BookPartner A/S, København

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Til Anders, Clara og Zenia

Forord

Den 15. oktober 2004 forsvarede jeg min ph.d.-afhandling om misligholdelse af funktionærkontrakter. Afhandlingen var udarbejdet som led i gennemførelsen af den juridiske ph.d.-uddannelse på Aarhus Universitet. Denne bog er en let bearbejdet udgave af afhandlingen.

Jeg takker Juridisk Institut for de gode arbejdsvilkår, under hvilke afhandlingen blev til. Jeg har haft mange gode kolleger i løbet af årene, og til dem sender jeg en fælles tak for det faglige og kollegiale miljø.

En særlig tak retter jeg til professor i formueret, dr.jur. Lars Hedegaard Kristensen, som jeg har haft det store privilegium at have som hovedvejleder. Jeg blev mødt med stor venlighed og aldrig svigtende tillid. Dette gav mig ro og råderum til at arbejde selvstændigt, samtidig med at mine henvendelser altid blev taget seriøst og mødt med interesse og nærvær.

Jeg takker Det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet for gentagne gange at have ladet mig gæste det arbejdsretlige forskningsmiljø på Forskningsafdeling II. Navnlig takkes professor i arbejdsret, dr.jur. Jens Kristiansen for at have påtaget sig og på glimrende vis udfyldt rollen som min bivejleder. Jeg fik herved værdifuld vejledning samt indsigt i mange gode og relevante overvejelser.

Min gamle studiekammerat og nære ven Malene Domino takker jeg for korrekturlæsning og sparring i forbindelse med ph.d.-forsvaret.

Til sidst en varm tak til vennekredsen og familien for opbakning og tålmodighed. Særligt takker jeg min mand Anders Bille Tvedt for med brede skuldre og umådelig empati at have stået last og brast gennem alle projektets faser og for i afslutningsfasen med stor forståelse at have håndteret min begrænsede åndelige og fysiske tilstedeværelse. Vores døtre, Zenia og Clara, er begge kommet til verden i løbet af projekttiden og har på deres egen naturlige og selvfølgelige måde bidraget til at holde livet i balance.

Århus den 1. juni 2005

Pernille Bille Tvedt

Indholdsfortegnelse

Forord 5

Kapitel 1
Indledning 11
1.1 Hovedtema 11
1.2 Kildegrundlag 12
1.3 Afgrænsninger 13
1.3.1 Faggrupper 13
1.3.2 Privat contra offentligt arbejdsmarked 14
1.3.3 Individuel contra kollektiv arbejdsret 15
1.4 Metode 16
1.4.1 Retsdogmatik 16
1.4.2 Retssammenligning 17
1.4.3 Retspolitik 17
1.5 Systematik 17

Kapitel 2
Særtræk ved funktionærretten 19
2.1 Arbejdsretlig kontekst 19
2.1.1 Septemberforliget 1899 20
2.1.2 »Den danske model« 22
2.2 Funktionærlovens historie 24
2.3 Funktionærretten som obligationsretlig specialdisciplin ... 27
2.3.1 Vedvarende kontraktforhold 27
2.3.2 Ulige styrkeforhold 28
2.3.3 Loyalitetsgrundsætningen 29

Kapitel 3
Misligholdelsesbegrebet 31
3.1 Definition af misligholdelsesbegrebet 31
3.2 Misligholdelsesbegrebets objektive karakter 34
3.3 Misligholdelse af funktionærkontrakters hoved- og biforpligtelser 35
3.4 Ikke-opfyldelse, der undtages fra misligholdelsesbegrebet 39
3.4.1 Fordringshavermora 40
3.4.2 Retsvirkning af lovligt forfald og andet fravær 48
3.4.3 Bagateltilfælde 77
3.5 Introduktion til kapitlerne om misligholdelsesbeføjelserne 78

Kapitel 4
Opsigelse 81
4.1 Opsigelse som reaktion på misligholdelse 82
4.1.1 Retspraksis om opsigelse som reaktion på misligholdelse 83
4.1.2 Grænsen mellem uberettiget bortvisning og usaglig opsigelse 83
4.1.3 Godtgørelsesmuligheden ved berettiget bortgang ... 87
4.2 Opsigelse som misligholdelse 88
4.2.1 Opsigelse i strid med de processuelle forskrifter ... 88
4.2.2 Opsigelse i strid med de materielle forskrifter 103
4.3 Saglig henholdsvis usaglig opsigelse 104
4.3.1 Advarslens betydning for saglighedsvurderingen ... 105
4.3.2 Proportionalitetsprincip 106
4.3.3 Det tidsmæssige aspekt ved saglighedsvurderingen 107
4.3.4 Nationale saglighedsregler 117
4.3.5 Internationale saglighedsregler 132
4.3.6 Saglighedskrav som udfyldende grundsætning? ... 133

Kapitel 5
Ophævelse: Bortvisning/bortgang 137
5.1 Tilbagekaldsret/redressering/fortrydelsesret? 138
5.1.1 Tilbagekaldelsesmulighederne i aftaleloves §§ 7 og 39, 2. pkt. 139
5.1.2 Teorien om tilbagekaldelse af funktionærretlige ophævelser 146
5.1.3 Praksis om tilbagekaldelse af funktionærretlige ophævelser 149
5.1.4 Sammenfatning af teori og praksis 155

5.1.4.4 Tilbagekaldelse med hjemmel i princippet i § 39, 2. pkt.? 162
5.2 Procedurekrav til ophævelse 163
5.2.1 Fremsættelse af ophævelseserklæringen/reklamation 166
5.2.2 Krav om forudgående advarsel? 167
5.2.3 Krav om høring forud for ophævelse? 175
5.2.4 Krav til begrundelse for ophævelsen? 181
5.3 Væsentlighedsbetingelsens nærmere indhold 182
5.3.1 Det obligationsretlige udgangspunkt 182
5.3.2 Begrebet »grov misligholdelse« 183
5.3.3 Subjektivt element i begrebet »grov misligholdelse«? 186
5.4 Særlige retsvirkninger af ophævelse af funktionærkontrakter 188
5.5 Kan opsigelse med forkortet varsel bruges som alternativ til ophævelse? 189
5.6 Eksempler fra retspraksis 193
5.6.1 Bortvisning på grund af berigelsesforbrydelser ... 193
5.6.2 Arbejdsgiverens ledelsesret/arbejdsvægring og lydighedsnægtelse 201

Kapitel 6
Forholdsmæssigt afslag 221
6.1 Det obligationsretlige udgangspunkt om afslag 221
6.2 Mulighederne for afslag i funktionærforhold 224
6.2.1 Arbejdsgiverens misligholdelse 224
6.2.2 Funktionærens misligholdelse 226
6.3 Subjektive forhold af betydning for afslag?..... 231

Kapitel 7
Tilbageholdsret 233
7.1 Det obligationsretlige udgangspunkt om tilbageholdsret ... 234
7.1.1 Indledende betragtninger 234
7.1.2 Proportionalitetskrav? 235
7.1.3 Konneksitet..... 236
7.1.4 Funktionærretlige særtræk 237
7.2 Arbejdsgiverens tilbageholdsret/detentionsret 237
7.3 Funktionærens detentionsret 239
7.4 Detentionsret cfr. fordringshavermora 241
7.5 Funktionærens retentionsret 245
7.6 Særlige forhold om lønaccessorier i fratrædelsessituationen 250

Kapitel 8
Erstatning 257
8.1 Betingelser for erstatning 260
8.1.1 Ansvarsgrundlag 260
8.1.2 Tab 263
8.1.3 Årsagsforbindelse/kausalitet..... 272
8.1.4 Adækvans 274
8.1.5 Tabsbegrænsningspligt 276
8.1.6 Egen skyld/medvirken 279
8.2 Arbejdsgiveransvar 283
8.2.1 Funktionærlovens § 3 283
8.2.2 Andre misligholdelsestilfælde 286
8.2.3 Erstatningsansvar for skade på funktionæren 287
8.2.4 Ansvar over for tredjemand: DL 3-19-2 289
8.3 Funktionæransvar 294
8.3.1 Funktionærlovens § 4 294
8.3.2 Andre misligholdelsestilfælde 297
8.3.3 Erstatningsansvar for skade på arbejdsgiveren 298
8.3.4 Ansvar for skade på tredjemand 304

Kapitel 9
Naturalopfyldelse 315
9.1 Hovedregel: Opfyldelse in natura 315
9.2 Undtagelse: Force majeure? 316
9.3 Naturalopfyldelse som misligholdelsesbeføjelse 321
9.3.1 Funktionærens hovedforpligtelse kan ikke gennemtvinges 321
9.3.2 Naturalopfyldelse af biforpligtelser 322

Kapitel 10
Opsummering/konklusion 325
10.1 Overordnet om formålet med afhandlingen 325
10.2 Resultater af de gennemførte undersøgelser 326
10.3 Resultaternes sammenfatning med afhandlingens formål 332

Summary in English 333

Litteraturfortegnelse 337

Domsregister 343

Stikordsregister 345

Kapitel 1

Indledning

1.1 Hovedtema

Formålet med afhandlingen er at *belyse samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten*. Dette gøres ved at undersøge, i hvilket omfang almindelige obligationsretlige grundsætninger anvendes og bør anvendes ved afgørelse af individuelle konflikter mellem arbejdsgivere og funktionærer, og i hvilket omfang mere specielle funktionærretlige grundsætninger anvendes og kan defineres og forsvares. Herved er det målet at bidrage med en obligationsretlig vurdering/et obligationsretligt eftersyn af det funktionærretlige system.

Fokus rettes på, i hvilken grad formueretlig argumentation gør sig gældende, når sager om *misligholdelse af funktionærkontrakter* skal begrundes juridisk, og det undersøges, om den formueretlige argumentation er underlagt begrænsninger som følge af de særtræk, der gør sig gældende inden for funktionærretten. Eksempelvis tages i betragtning, om det ulige styrkeforhold, der ses mellem langt de fleste arbejdsgivere og funktionærer, har betydning for retsvirkningerne af funktionærkontrakters misligholdelse.

Analyserne gennemføres ud fra en antagelse om, at funktionærretten er en obligationsretlig specialdisciplin, som i vidt omfang kan fortolkes i overensstemmelse med den almindelige obligationsret. Afhandlingen er således tænkt som et bidrag til at bevare en vis ensartethed inden for formueretlig terminologi og systematik.

En væsentlig forudsætning for at kunne gennemføre analyserne ud fra den anførte antagelse er, at afhandlingen er afgrænset til at vedrøre den andel af den individuelle arbejdsret,[1] som ligger nærmest den almindelige obligationsret, nemlig faggruppen af privatansatte funktionærer.[2] For denne lønmodtagergruppe er ansættelsesforholdet nemlig reguleret på sådan en måde, som bedst lader sig sammenligne med andre obligationsretlige skyldforhold, det vil sige ved aftale og lovgivning.

I det omfang et konkret funktionærforhold også er omfattet af en kollektiv

1. Jf. definitionen af dette begreb i afsnit 1.3.3: »Individuel contra kollektiv arbejdsret«.
2. Nærmere om afgrænsningerne fremgår nedenfor af afsnit 1.3.

overenskomst, indgår denne i fortolkningen af kontraktforholdet. På funktionærområdet udgør overenskomsten imidlertid ikke selve fundamentet for kontraktforholdet på samme måde, som det er tilfældet på arbejderområdet. Funktionærretlige tvister er de individuelle arbejdsretskonflikter, som i størst omfang henhører under de almindelige domstoles kompetence.[3]

Det er ikke formålet med afhandlingen at udforme en udtømmende håndbog om, hvad der gælder i ethvert tænkeligt tilfælde af misligholdelse af funktionærkontrakter. Afhandlingens hovedtitel »misligholdelse af funktionærkontrakter« er således blot en beskrivelse af genstanden for den obligationsretlige belysning af funktionærretten.

Afhandlingen systematiseres på grundlag af misligholdelsesbeføjelserne. Analyserne af samspillet mellem de almindelige obligationsretlige og de funktionærretlige grundsætninger gennemføres ved at sammenholde de obligationsretlige udgangspunkter med de resultater, der i de konkrete tilfælde kan udledes af funktionærretten. Herudover undergives kontraktbeføjelsen til at *opsige* funktionærforholdet selvstændig analyse, eftersom opsigelse i praksis benyttes som reaktion på misligholdelse af funktionærkontrakter, ligesom opsigelse i sig selv kan udgøre en misligholdelse, hvis den gennemføres ukontraktmæssigt.

1.2 Kildegrundlag

Om de forskellige *retskildeteorier* kan læses hos Jens Evald, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udg. 2000, hvor sammenfattende anføres på side 7:

> »Der er i den nutidige retskildeteori stort set enighed om at systematisere retskilderne i 4 *hovedgrupper: lovgivning* (grundlov, love, anordninger, bekendtgørelser og cirkulærer), *retspraksis* (domstolsafgørelser), *sædvaner* (retssædvane og kutyme) og *»forholdets natur«*. Der er ligeledes i den danske retskildeteori enighed om, at der *ikke er nogen rangorden* mellem de forskellige hovedgrupper af retskilder.«

I overensstemmelse hermed hviler analyserne i denne afhandling for det første på lovgivningen. Navnlig behandles reglerne i funktionærloven, men også anden ansættelsesretlig beskyttelseslovgivning og internationale konventioner inddrages, i det omfang det er relevant.

3. Jf. nærmere om kompetencefordelingen mellem de almindelige domstole og de fagretlige konfliktløsningsorganer nedenfor i afsnit 2.1.2: »Den danske model«. Allerede her kan dog påpeges, at funktionærretlige tvister skal behandles i det fagretlige system, hvis de vedrører brud på eller fortolkning af en kollektiv overenskomst.

For det andet udgør det materiale, der er tilgængeligt i form af trykte afgørelser også en væsentlig kilde for belysningen af samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten. Det i retspraksis tilgængelige materiale er imidlertid ikke fuldstændigt, idet der altid foretages en sortering i forbindelse med udvælgelsen af, hvilke afgørelser der skal trykkes. I det omfang det er muligt og hensigtsmæssigt, inddrages utrykte afgørelser i analyserne.

Det kildegrundlag, der er tilgængeligt i retspraksis, begrænses også af, at funktionærretlige afgørelser ofte er meget konkret begrundede uden fuldstændige oplysninger om de bagvedliggende almene og obligationsretlige overvejelser. Dette kan udgøre en begrænsning i forhold til, hvad der kan udledes af afgørelserne. Analyserne foretages med dette forbehold in mente, og det indebærer, at fremstillingen af funktionærretten som en speciel obligationsretlig disciplin ikke er udtømmende. Snarere tegnes et mønster over nogle signifikante tendenser.

I et vist omfang er der i afhandlingen inddraget kilder fra den kollektive arbejdsret. Eksempelvis inddrages Hovedaftalen af 31. oktober 1973 mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark.[4] I begrænset omfang behandles også afgørelser fra det fagretlige system.[5] Disse kilder er ikke direkte omfattet af ovennævnte retskildeteorier, men må alligevel anses for retskilder inden for arbejdsretten, idet der er tale om normative forskrifter.

Foruden ovennævnte kildegrundlag hviler afhandlingens analyser på den almindelige obligationsret i form af de i litteraturen opstillede grundsætninger.

1.3 Afgrænsninger

1.3.1 Faggrupper

Udgangspunktet for afhandlingens analyser tages i misligholdelse af funktionærkontrakter.

Afgrænsningen til faggruppen af funktionærer er foretaget, fordi funktionærforholdet er det ansættelsesforhold, som ligger nærmest ved den almindelige obligationsret, blandt andet fordi funktionærers retsforhold

4. Med ændringer pr. 1. marts 1981, 1. marts 1987 og 1. januar 1993.
5. Afgørelser fra det fagretlige system er kun inddraget i begrænset omfang, eftersom disse i hovedsagen hviler på det regelgrundlag, som arbejdsmarkedets parter har forhandlet sig frem til i de kollektive overenskomster. Dette regelgrundlag lader sig ikke umiddelbart sammenligne med den almindelige obligationsret.

reguleres af funktionærloven, som er en obligationsretlig og arbejdsretlig speciallov. Hertil kommer, at retstvister om misligholdelse af funktionærforholdet hyppigere behandles ved de almindelige domstole end misligholdelse af ansættelsesforhold, der i hovedsagen reguleres ved kollektive overenskomster. Sidstnævnte tvister behandles i det fagretlige system. Der er således afsagt et ganske betydeligt antal domme vedrørende funktionærgruppen, hvilket er fordelagtigt for et forskningsprojekt som dette.

Endelig kan som begrundelse for afgrænsningen til funktionærforhold anføres, at funktionærgruppen er stadigt voksende. Præcise tal findes naturligvis ikke, men Jens Kristiansen har i sin doktordisputats fra 1997 anslået, at mellem 50 og 60 % af den samlede lønmodtagergruppe er funktionærer.[6] Hertil skal muligvis lægges de lønmodtagere, som via deres individuelle kontrakter eller overenskomstbestemmelser er ansat på »funktionærlignende vilkår«.

1.3.2 Privat contra offentligt arbejdsmarked

Afhandlingen afgrænses til det private arbejdsmarked.

Fravalget af det offentlige arbejdsmarked beror på, at en offentlig arbejdsgiver ikke kun er forpligtet af de funktionærretlige regler og beskyttelseshensyn.[7] En offentlig arbejdsgiver er tillige en offentlig myndighed, der skal varetage offentlighedens interesser bedst muligt. Dette sker ved overholdelse af en række forvaltningsretlige regler og grundsætninger, f.eks. forvaltningsloven, lighedsgrundsætningen, proportionalitetsprincippet, forbuddet mod magtfordrejning og forbuddet mod at sætte det forvaltningsretlige skøn under en administrativt fastsat regel. Hele det forvaltningsretlige regelsæt spiller derfor ofte en afgørende rolle, når en offentlig myndighed skal agere i rollen som arbejdsgiver.[8]

---

6. Jf. Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret, 1997, side 63.
7. Disse regler er i øvrigt oprindeligt udviklet til det private arbejdsmarked, jf. titlen på den første funktionærlov, lov nr. 168 af 13. april 1938: »Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i private Erhvervsvirksomheder«.
8. Rækkevidden af de forvaltningsretlige regler i ansættelsessager diskuteres i den juridiske teori, jf. eksempelvis disputten mellem Jens Kristiansen og Hans Gammeltoft-Hansen i artiklerne: »Offentlige personaleforhold i en brydningstid« og »Ombudsmandens varetagelse af de forvaltningsretlige hensyn inden for det arbejdsretlige område« begge offentliggjort i Juristen, nr. 7, 2003. Højesteret har taget stilling til spørgsmålet i to nyere afgørelser: I U 2005.662 H blev en kommunal fratrædelsesaftale ikke anset for at være omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb, og aftalen kunne derfor ikke anfægtes under henvisning til, at forvaltningsprocessuelle forskrifter var tilsidesat. Tilsvarende slog Højesteret i U 2005.2111 H fast, at en aftale mellem en forvaltningsmyndighed

Som eksempel kan nævnes, at en afskedigelse, der gennemføres uden tilstrækkelig iagttagelse af forvaltningslovens procedureregler, er ugyldig, hvilket i praksis indebærer, at den afskedigede har krav på økonomisk kompensation.[9]

Et andet eksempel er, at et afskedigelsesprincip med først at fyre de sidst ansatte (»SIFU«) ud fra en funktionærretlig betragtning godt kan være et sagligt afskedigelsesprincip for en privat arbejdsgiver.[10] For den offentlige arbejdsgiver vil princippet imidlertid være i strid med grundsætningen om, at det forvaltningsretlige skøn ikke må indordnes under en administrativt fastsat regel.

For således ikke at sløre billedet af, hvilke hensyn der skal tages ved afgørelse af konkrete funktionærsager, udelades i al væsentlighed sager med offentlige arbejdsgivere, hvor flere hensyn notorisk skal inddrages.

1.3.3 Individuel contra kollektiv arbejdsret

I denne afhandling behandles *den individuelle arbejdsret*, der defineres som kontraktforholdet mellem to individuelle parter, henholdsvis en arbejdsgiver og en arbejdstager. Dette står i modsætning til *den kollektive arbejdsret*, hvor det ved kollektive overenskomster er bestemt, hvorledes løn- og arbejdsforhold skal reguleres for en stor gruppe individuelle aktører på arbejdsmarkedet. Parterne i en kollektiv overenskomst er på den ene side et lønmodtagerforbund eller blot en gruppe af lønmodtagere og på den anden side en arbejdsgiverforening eller en enkelt arbejdsgiver.

Den kollektive arbejdsret kan utvivlsomt få meget direkte virkninger på det individuelle ansættelsesforhold på grund af de kollektive overenskomsters normative virkning. Processuelt behandles overenskomstkrænkelser imidlertid i det fagretlige system af de fagretlige konfliktløsningsorganer (Arbejdsretten, faglig voldgift, afskedigelsesnævn etc.). Det er en vanskelig (og måske endda umulig) akademisk opgave at sammenligne og modstille de kollektive hensyn, som vurderes i det fagretlige system, med de individuelle hensyn, der vurderes i domstolssystemet. Under alle omstændigheder ligger sådanne analyser og vurderinger uden for denne afhandlings rammer. Ærindet for denne fremstilling er *ikke* kom-

og den forhandlingsberettigede organisation om fordeling af lokallønsmidler ikke er en afgørelse omfattet af forvaltningsloven.

9. Jf. Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, 1. udg. 2005, side 66f., blandt andet med henvisning til afgørelserne U 1996.1462 H, U 1998.685 H samt U 1999.1337 H. En tilsvarende sag foreligger i U 2005.37 V.

10. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 623.

parative studier mellem det fagretlige system og domstolssystemet, men derimod komparative studier mellem funktionærretten og obligationsretten.

I afhandlingen vil det således med udgangspunkt i den almindelige obligationsret blive undersøgt, hvorledes individuelle konflikter mellem de konkrete parter (arbejdsgiver og funktionær) er løst.

Den kollektive arbejdsret behandles ikke systematisk, men inddrages i forhold til analyserne af de konkrete afgørelser, såfremt det er nødvendigt for forståelsen af disse. Eksempelvis følger arbejdsgiverens ledelsesret såvel af det individuelle ansættelsesforhold som af den kollektive arbejdsret: I modsætning til selvstændig erhvervsvirksomhed er det kendetegnende for enhver arbejdsgiver-/lønmodtagerrelation, at der er tale om et over-/underordnelsesforhold. Den kollektive anerkendelse af arbejdsgivernes ret til at lede og fordele arbejdet indgik som en central del af Septemberforliget i 1899 og er stadig af fundamental betydning i den kollektive arbejdsret.[11] Derfor har den kollektive arbejdsret betydning for vurderingen af væsentligheden af en konkret lydighedsnægtelse fra en funktionærs side.

Et andet eksempel på, at den kollektive arbejdsret kan påvirke retsvirkningerne af en misligholdelse af det individuelle kontraktforhold, er det, hvis arbejdsgiverens pligt til at betale en løn af en given størrelse ikke blot beror på ansættelseskontrakten, men tillige er hjemlet i en kollektiv overenskomst. Er dette tilfældet, er der foruden misligholdelse af funktionærkontrakten nemlig også tale om et brud på den kollektive overenskomst. Det betyder, at sagen skal undergives fagretlig behandling i Arbejdsretten, der kan idømme arbejdsgiveren en bod i anledning af overenskomstbruddet. Hermed kan arbejdsgiveren rammes af skadevirkninger såvel på grund af misligholdelsen af det individuelle kontraktforhold som på grund af overenskomstbrud.[12]

1.4 Metode

1.4.1 Retsdogmatik

I afhandlingen anvendes primært den traditionelle retsdogmatiske metode, det vil sige, at gældende dansk ret undersøges på grundlag af lovgivning, teori og praksis. Internationale konventioner inddrages, hvis det er relevant for det forhold, som analyseres.

---

11. Jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 2.1.1: »Septemberforliget 1899« samt afsnit 5.6.2.1: »Arbejdsgiverens ledelsesret«.
12. Om den kollektive arbejdsrets begrænsende virkning på den individuelle arbejdsret se Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 957-958.

Herved bidrages til beskrivelse og systematisering af gældende ret i form af afklaring af visse teoretiske og terminologiske uklarheder.

1.4.2 Retssammenligning

I afhandlingen foretages en sammenligning mellem den obligationsretlige og den funktionærretlige disciplin med henblik på afklaring af, i hvilket omfang funktionærretten bryder med den almindelige obligationsret, henholdsvis knæsætter de obligationsretlige principper.

Metodemæssigt gennemføres denne restsammenligning således, at der først foretages en identifikation af det problem, som undersøges. Dernæst beskrives henholdsvis den obligationsretlige og den funktionærretlige løsningsmodel. Til sidst foretages en sammenfatning, på grundlag af hvilken det konkluderes, om det konkret undersøgte problem kan løses i overensstemmelse med den almindelige obligationsret, eller om der er belæg for at fastholde specielle funktionærretlige løsninger.

1.4.3 Retspolitik

Afhandlingen har ikke noget overordnet retspolitisk sigte. Retspolitiske spørgsmål tages imidlertid op i forbindelse med de analyser, hvor det er særligt relevant at fremkomme med retspolitiske betragtninger.

1.5 Systematik

Her gives en overordnet beskrivelse af afhandlingens systematiske inddeling:

Kapitel 2 er et indledende kapitel om funktionærretten, som er af oversigtsmæssig karakter. Kapitlet har titlen: »Særtræk ved funktionærretten«, og heri fremdrages først den arbejdsretlige kontekst, som funktionærretten udspringer af og indgår i. Dernæst beskrives funktionærrettens historiske udvikling, og til sidst fremhæves nogle af de faktuelle forhold, der indebærer, at funktionærretten er en obligationsretlig *specialdisciplin*.

I kapitel 3 defineres misligholdelsesbegrebet. Definitionen foretages såvel positivt som negativt, idet undtagelserne fra misligholdelsesbegrebet undergives selvstændig behandling.

Kontraktbeføjelsen opsigelse analyseres i kapitel 4, selvom opsigelse ikke er en misligholdelsesbeføjelse. Baggrunden for at inddrage denne kontraktbeføjelse er dels, at opsigelse i praksis anvendes i vidt omfang ved

misligholdelse af funktionærkontrakter, dels at opsigelsen i sig selv kan udgøre en misligholdelse af funktionærforholdet, hvis den gennemføres uden tilstrækkelig iagttagelse af de processuelle forskrifter eller materielle saglighedskrav.

De klassiske misligholdelsesbeføjelser behandles i kapitlerne 5-9. Behandlingen er opdelt således, at gensidighedsbeføjelserne – ophævelse, forholdsmæssigt afslag og tilbageholdsret – behandles i kapitlerne 5-7, mens opfyldelsesbeføjelserne – erstatning og naturalopfyldelse – behandles i kapitlerne 8-9.

I kapitel 5 behandles ophævelsesbeføjelsen. Heri indgår en indgående analyse af spørgsmålet, om ophævelseserklæringer kan tilbagekaldes, redresseres eller fortrydes. Herefter behandles de processuelle krav til ophævelsen, ligesom væsentlighedsbetingelsens nærmere indhold skildres. I den sidste del af kapitlet fremdrages de mere funktionærretlige aspekter ved ophævelse, herunder spørgsmålet om muligheden for at anvende opsigelse med forkortet varsel som alternativ til ophævelse, krænkelse af loyalitetsforpligtelsen samt arbejdsgiverens ledelsesret og lydighedsnægtelse.

I kapitel 6 behandles beføjelsen til at forlange forholdsmæssigt afslag, og det beskrives, hvorledes denne beføjelse i funktionærretlig sammenhæng forveksles med det obligationsretlige princip om retten til at forlange ydelse mod ydelse.

Tilbageholdsret behandles i kapitel 7. Det skildres, hvorledes det obligationsretlige udgangspunkt om tilbageholdsret må modificeres som følge af de faktiske omstændigheder, der kendetegner funktionærforholdet. Det påpeges, at der i den arbejdsretlige teori sker en sammenblanding af grundsætningen om tilbageholdsret og grundsætningen om fordringshavermora. Endelig inddrages en behandling af de særlige forhold, der gør sig gældende om lønaccessorier i fratrædelsessituationen, fordi dette emne indeholder problematikker, der rummer en vis grad af parallelitet til retentionsretten.

I kapitel 8 behandles erstatningsbeføjelsen. Indledningsvist skildres erstatningsbetingelserne både i den obligationsretlige og i den funktionærretlige form. Herefter behandles arbejdsgiveransvaret og funktionæransvaret i to selvstændige delafsnit. I disse tages der udgangspunkt i de funktionærretlige erstatningsregler, hvorefter det afdækkes, i hvilket omfang der ifaldes erstatningsansvar på grundlag af de almindelige obligationsretlige grundsætninger.

Kapitel 9 omhandler naturalopfyldelse. Behandlingen omfatter både opfyldelse in natura som en hovedregel for kontraktopfyldelse og naturalopfyldelse som en misligholdelsesbeføjelse.

Afhandlingen afsluttes med en opsummering og konklusion i kapitel 10.

Kapitel 2

Særtræk ved funktionærretten

Som nævnt i indledningskapitlet er afhandlingen en kobling mellem obligationsretten og funktionærretten. Målet er at belyse, i hvilket omfang almindelige obligationsretlige grundsætninger anvendes og bør anvendes ved afgørelse af individuelle konflikter mellem arbejdsgivere og funktionærer, og i hvilket omfang mere specielle funktionærretlige grundsætninger anvendes og kan defineres og forsvares.

Forud for gennemførelsen af de undersøgelser, der kan belyse samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten, gives i nærværende kapitel først en kort introduktion til den arbejdsretlige kontekst, som funktionærretten udspringer af og indgår i, dernæst beskrives funktionærrettens historiske udvikling og til sidst fremhæves nogle af de faktuelle forhold, der indebærer, at funktionærretten er en obligationsretlig specialdisciplin.

2.1 Arbejdsretlig kontekst

Det arbejdsretlige systems udvikling har i et vist omfang betydning for de afvigelser, som de funktionærretlige grundsætninger har fra de almindelige obligationsretlige grundsætninger. Eksempelvis indebærer den kollektive anerkendelse af ledelsesretten,[13] at kontraktforholdet mellem arbejdsgiveren og funktionæren ikke kan betragtes som et jævnbyrdigt kontraktforhold.[14] Overordnet set betyder arbejdsgiverens ledelsesret, at arbejdsgiveren på den ene side har fortolkningsprivilegiet, hvis han og funktionæren bliver uenige om, hvilken arbejdsgang der i en konkret situation vil være den mest hensigtsmæssige. På den anden side er der i den ansættelsesretlige lovgivning og i funktionærloven fastsat en række regler, som beskytter funktionæren mod arbejdsgiverens vilkårlige udøvelse af ledelsesretten. Således er udgangspunktet om arbejdsgiverens frie antagelses- og afskedigelsesret begrænset på flere måder, navnlig gennem saglighedsregler.

13. Jf. nærmere herom i afsnit 1.3.3: »Individuel contra kollektiv arbejdsret«.
14. Jf. nærmere herom i afsnit 2.3.2: »Ulige styrkeforhold«.

I det følgende beskrives først hovedtrækkene i Septemberforliget af 1899 og herefter de karakteristika, der gør sig gældende med hensyn til indretningen af det danske arbejdsmarked (»den danske model«).

2.1.1 Septemberforliget 1899

Septemberforliget af 5. september 1899 afsluttede en storlockout, der var en af styrkeprøverne mellem de store organisationer, som efterhånden havde etableret sig på arbejdsmarkedet, DA af 1896 og Det Samvirkende Forbund (senere LO) af 1898. Herved blev der indført regler for arbejdsmarkedets indretning, som i vidt omfang er opretholdt siden. Septemberforliget betragtes derfor som dansk arbejdsrets »grundlov«.[15]

Hovedelementerne i Septemberforliget var følgende:

- Organisationsretten og den kollektive forhandlingsret anerkendtes
- Arbejdsgiverens ledelsesret anerkendtes
- Parternes strejke- og lockoutret (konfliktretten) blev reguleret, og som konsekvens heraf blev der indført fredspligt i overenskomstperioden
- Nedsættelse af »Den Permanente Voldgiftsret«, der skulle påkende brud på Septemberforliget.

De faglige organisationers anerkendelse af ledelsesretten var et af de centrale stridspunkter i forbindelse med storlockouten i 1899. Arbejdsgiverne frygtede, at arbejderorganisationerne ville gribe ind i deres ret til at bestemme over virksomhederne ved at overtage kontrollen over produktionsapparatet. Efter datidens samfundsforhold forekom dette helt utilstedeligt.[16]

Septemberforligets udtrykkelige anerkendelse af arbejdsgiverens ret til at »lede og fordele arbejdet« er årsag til, at dansk – og nordisk – arbejdsret er unik i international sammenhæng. Ledelsesretten har været langt mere kontroversiel blandt de faglige organisationer i de fleste andre lande. Arbejderorganisationernes udtrykkelige anerkendelse af ledelsesretten skal

15. Jf. Ole Krarup, Arbejdsmarkedets grundlov og EU, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999, side 193ff. Sågar er Septemberforliget betegnet som fundamentet for den nordiske arbejdsretsmodel, jf. Niklas Bruun, Septemberforliget fundamentet för den nordiska arbetsrättsmodellen, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999, side 67ff. I denne artikel henvises til værket: »Den nordiska modellen. Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden«, som var resultatet af et fælles nordisk forskningsprojekt, hvor konklusionen var, at der havde været ganske stor dansk indflydelse på svensk og finsk arbejdsret.
16. Jf. Per Jacobsen, Kollektiv Arbejdsret, 5. udg. 1994, side 583.

ses i nær sammenhæng med arbejdsgivernes udtrykkelige anerkendelse af lønmodtagernes ret til at organisere sig og organisationernes ret til at føre kollektive forhandlinger på lønmodtagernes vegne.[17]

Et andet vigtigt resultat af Septemberforliget var, at det skabte »relativ arbejdsro«, takket være det interne samarbejde, der herved var etableret mellem arbejdsgiverne og arbejderne. Fremtidssikringen af denne arbejdsro blev indstiftet ved nedsættelsen af »Den Permanente Voldgiftsret«, som kun skulle beskæftige sig med brud på selve Septemberforliget.[18]

I årene efter forliget blev der indfortolket en række »forudsætninger for forliget«, og herigennem blev de fleste materielle regler i dansk kollektiv arbejdsret skabt. Forliget blev tiltrådt i mange overenskomstforhold uden for DA's og LO's regi og kom til at virke som forbillede for en række tilsvarende hovedaftaler på andre overenskomstområder. Forliget har virket som en egentlig lov om kollektive aftaler og er som følge heraf blevet kaldt »arbejdsmarkedets grundlov«.[19]

Ved »Norm for Behandling af faglig Strid« af 1910 etableredes det konfliktløsningssystem, der stadig er gældende, nemlig at sager om overenskomstbrud behandles af Arbejdsretten, mens sager om fortolkning af overenskomster behandles ved faglig voldgift. Forligsinstitutionen behandler konflikter i forbindelse med overenskomst-indgåelse og overenskomstfornyelse.

Septemberforliget blev afløst af Hovedaftalen af 1960, der i det væsentlige var en modernisering af Septemberforliget.

Hovedaftalen af 1973, der videreførte principperne i Septemberforliget og Hovedaftalen af 1960, blev i sin oprindelige form til efter forhandlinger mellem LO og DA. Disse forhandlinger blev ført sideløbende med drøftelserne om en ny arbejdsretslov, og formuleringerne svarer derfor i vid udstrækning til formuleringerne i arbejdsretsloven. I 1981, 1986 og 1992 blev Hovedaftalen af 1973 forlænget med visse ændringer.[20]

---

17. Jf. Jens Kristiansen, Ledelsesretten og dens grænser, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999, side 213.
18. Jf. Inger Dübeck, Septemberforliget i retshistorisk og komparativ belysning, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999, side 113ff.
19. Jf. Karnovs Lovsamling, 19. udg. 2003, 2. bind side 2034, indledningsnoten vedrørende Hovedaftalen af 31. oktober 1973 mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark med ændringer pr. 1. marts 1981, 1. marts 1987 og 1. januar 1993.
20. Jf. note 19 med henvisning til Karnovs indledningsnote vedrørende Hovedaftalen.

2.1.2 »Den danske model«

Hovedelementerne i Septemberforliget og navnlig anerkendelsen af arbejdsgiverens ret til at lede og fordele arbejdet var afgørende for etableringen og levedygtigheden af »den danske model« på arbejdsmarkedet.

Kendetegnende for »den danske model« er, at organisationerne spiller en central rolle ved såvel *regeldannelsen* som *regelforvaltningen*:

I den kollektive arbejdsret reguleres retsforholdet mellem en arbejdsgiver og en lønmodtager i vidt omfang ved kollektive overenskomster. En kollektiv overenskomst kan defineres som en aftale mellem på den ene side én enkelt arbejdsgiver eller en gruppe af arbejdsgivere og på den anden en gruppe af lønmodtagere. Inden for det område af arbejdsmarkedet, som dækkes af DA og LO, befinder overenskomsterne sig i et hierarkisk system med Hovedaftalen øverst og dernæst landsoverenskomster, tiltrædelsesoverenskomster og lokalaftaler.

I sin karakter kan en kollektiv overenskomst siges at være en mellemting mellem en kontrakt mellem to forhandlingsparter og en lov, som inden for sit dækningsområde regulerer et retsområde erga omnes. I en kollektiv overenskomst reguleres typisk lønforhold, arbejdstid, ferie, sygdom, ulykke, graviditet/barsel, tillidsmandsforhold, efteruddannelse, pensionsordninger, varslingsregler mht. arbejdsophør og ændringer i arbejdsvilkår, afskedigelsesregler, regler for behandling af faglig strid samt regler om overenskomstens ikrafttrædelse og ophør.

Som det fremgår af det forudgående afsnit 2.1.1, blev der allerede i Septemberforliget indført et konfliktløsningsorgan, nemlig »Den Permanente Voldgiftsret«, og siden fastsattes regler for faglig voldgift. Konsekvensen af dette konfliktløsningssystem er, at konflikter mellem individuelle parter på arbejdsmarkedet, det vil sige en konkret arbejdsgiver og lønmodtager, skal løses i det fagretlige system, hvis konflikten vedrører den kollektive overenskomst. De almindelige domstole har anset sig som inkompetente til at afgøre tvister, der udspringer af det fagretlige system.[21]

En yderligere konsekvens af konfliktløsningssystemet er, at det er organisationerne (og ikke de individuelle parter), der har søgsmålskompetencen. Dette beror på, at det er organisationerne, der har »ejerskabet« over de krænkede overenskomster, og derfor betragtes som de forurettede parter.[22]

---

21. Jf. nærmere herom hos Jens Kristansen, Grundlæggende arbejdsret, 1. udg. 2005, side 199ff. under overskriften: »Fagretlige organers eksklusive kompetence«.
22. En individuel lønmodtager har i kraft af reglen i arbejdsretslovens § 11, stk. 2 en subsidiær søgsmålsret ved de almindelige domstole om påståede løntilgodehavender mv., såfremt det godtgøres, at den faglige organisation ikke agter at iværksætte fagretlig behandling af kravet.

Det betyder, at eventuelle bodsbeløb umiddelbart tilfalder organisationerne og ikke de individuelle parter.

I de senere år er »den danske model« sat under et vist pres på grund af EU-harmoniseringer til sikring af arbejdskraftens fri bevægelighed. EU har således fastsat en række direktiver, som ved lovgivning er indført i dansk ret. Dette står i skærende kontrast til, at dansk arbejdsret traditionelt har været lagt i hænderne på arbejdsmarkedets parter, og lovgivning har været ilde set. Dette skisma har Folketinget søgt at imødegå ved i mange ansættelsesretlige beskyttelseslove at fastsætte regler om, at lovene ikke finder anvendelse i det omfang en tilsvarende pligt til at opfylde den beskrevne beskyttelsesnorm følger af en kollektiv overenskomst.[23]

Muligheden for parallelitet mellem beskyttelsesregler i lovgivningen og i de kollektive overenskomster er imidlertid ikke uden problemer. Overenskomster må til stadighed læses med lovens tekst in mente, fordi loven kan indeholde kvalitative krav til overenskomsten,[24] og fordi lovgivningen kan være beskyttelsespræceptiv på en sådan måde, at organisationerne ikke kan fastsætte overenskomstbestemmelser om bestemte forhold inden for lovens rammer med det resultat, at loven fortrænges.[25]

En væsentlig følgevirkning af lovgivning, som giver mulighed for parallelle beskyttelsesregler i kollektive overenskomster, er, at konflikter af lignende indhold kan behandles såvel i domstolssystemet som i det fagretlige system: *Domstolene* har kompetencen til at afgøre tvister, som vedrører

23. National gennemførelse af EU-direktiver er beskrevet nærmere af Jens Kristiansen i Grundlæggende arbejdsret, 1. udg. 2005, side 97ff.
24. Se således eksempelvis § 1, stk. 4 i lov om ligebehandling af mænd og kvinder mht. beskæftigelse og barselsorlov mv., hvorefter loven ikke finder anvendelse, i det omfang en tilsvarende pligt til ligebehandling følger af en kollektiv overenskomst. En undtagelse fra denne generelle fravigelse fremgår imidlertid af lovens § 15, stk. 3, hvorefter godtgørelsesreglerne i § 15 (som er den ene af lovens tre godtgørelsesbestemmelser) »finder tilsvarende anvendelse, hvor pligt til ligebehandling følger af kollektiv overenskomst, men hvor der ikke i overenskomsten gives den pågældende adgang til godtgørelser for afskedigelse, der ikke er rimeligt begrundet i lønmodtagerens eller virksomhedens forhold. Kravet behandles ad fagretlig vej.« Ifølge undtagelsesreglen er det således ikke tilstrækkeligt, hvis *en tilsvarende pligt til ligebehandling* følger af en overenskomst, jf. formuleringen af den generelle undtagelsesregel i § 1, stk. 4. For at kunne fortrænge loven skal overenskomsten på dette punkt indeholde en eksplicit godtgørelsesregel.
25. Se således funktionærlovens § 21, stk. 1, hvorefter lovens bestemmelser ikke ved aftale mellem parterne kan fraviges til ugunst for funktionæren, jf. dog § 18, stk. 5 (hvorefter lovens regel om konkurrenceklausuler i et vist omfang er sat ud af kraft, hvis der ved kollektiv overenskomst er fastsat regler om vilkår for indholdet af aftaler om konkurrenceklausuler) samt § 18a, stk. 6 (hvorefter reglen om kundeklausuler er sat ud af kraft i visse tilfælde af, at en kollektiv overenskomst indeholder regler om vilkår for indholdet af aftaler om kundeklausuler).

uorganiserede lønmodtagere, og tvister som slet ikke er dækket af kollektive overenskomster. I sådanne tilfælde har sagens individuelle parter – selvfølgelig – søgsmålskompetencen. *De fagretlige konfliktløsningsorganer* har kompetencen til at afgøre de tvister, som dækkes af kollektive overenskomster. I disse tilfælde har organisationerne søgsmålskompetencen, jf. ovenfor.

2.2 Funktionærlovens historie

En samlet og indgående skildring af funktionærrettens historiske udvikling findes i bogen: »Træk af Funktionærrettens Udvikling«, af H.G. Carlsen, som i 1960 blev udgivet af »Fællesrepræsentationen for danske Arbejdsleder- og tekniske Funktionærforeninger« i anledning af repræsentationens 50 års jubilæum. Endvidere findes hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 15ff. en oversigt over funktionærlovens historie. Her skal der derfor blot gives et kort rids over funktionærrettens historiske udvikling.

Det er muligt, at ordet »funktionær« oprindeligt stammer fra det latinske verbum »fungor«, der betyder »beklæder/forvalter et eller andet (embede)«. Ifølge H.G. Carlsen har ordet »funktionær« fransk oprindelse og betyder embedsmand. Ordet trængte ind i det danske sprog omkring slutningen af det 19. århundrede. Ved århundredskiftet begyndte ordet at optræde i den betydning, vi kender i dag. Formentlig første gang, det blev benyttet i en dom, var i afgørelsen U 1900.209 SH. I »Ordbog over det danske Sprog« af 1924 er ordet defineret som en person, der udfører en vis tjeneste, især en person der beklæder en fast ofte mere underordnet stilling – uden for den egentlige arbejderklasse.[26]

Funktionærgruppen deltog ikke i de store arbejdskampe i slutningen af det 19. århundrede. Funktionærområdet var nemlig specielt derved, at der kun var fåtallige funktionærer i den enkelte virksomhed, og de stod derfor rent praktisk uden de samme muligheder som arbejderne for at forhandle kollektivt. Som følge heraf opnåede funktionærstanden ikke den samme grad af overenskomstregulering, som gjorde sig gældende for arbejdergruppen.

Retsudviklingen formedes derfor af domstolene, som opstillede visse udfyldende regler om funktionærforhold. Efterhånden opstilledes formodningsregler om, hvad der gjaldt for funktionærer, som ikke udtrykkeligt havde aftalt andet med deres arbejdsgiver. Herved opnåede funktionærerne

26. Jf. H.G. Carlsen, Træk af Funktionærrettens Udvikling, 1960, side 10.

efterhånden tryghedsgoder såsom opsigelsesvarsler, sygeløn, betaling under værnepligt og ved graviditet mv.

Disse regler blev kodificeret i den første funktionærlov af 1938, som ifølge Lars Svenning Andersen[27] også kodificerede principper, der havde rod i en praksis skabt allerede i det 19. århundrede. Dengang skelnedes i dansk ret mellem »Tyende« og »højere Tjenende«, hvor der var sikret de højere tjenende et opsigelsesvarsel på normalt 3 måneder, hvis de var mere betroede, mens mindre betroede kun fik 1/2 måneds varsel til månedens udgang. Det var i øvrigt kendetegnende, at varslerne fra arbejdsgiver- og arbejdstagersiden normalt var ens.

De første drøftelser om en lovgivning for funktionærer opstod allerede i 1919, men det forslag, som var resultatet af udvalgsarbejdet, blev ikke fremlagt i Folketinget.

For Folketinget blev derimod den 15. oktober 1937 forelagt »Forslag til Lov om individuelle Arbejdsaftaler« af Det konservative Folkeparti.[28] Dette forslag regulerede ifølge § 1, stk. 1 enhver form for aftale om arbejdsydelse mod vederlag (det vil sige alle grupper af lønarbejdere), der ikke havde deres ansættelsesforhold reguleret gennem kollektive aftaler. Endvidere var undtaget beskæftigelsesforhold, der var undergivet lønnings-regulativer udfærdiget af stat, kommune eller anden offentlig myndighed.

I det udvalgsarbejde [29] der fulgte, blev forslaget ændret til ukendelighed og ved 3. behandling den 11. april 1938 vedtog et næsten enigt Folketing: »Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i private Erhvervsvirksomheder.«[30]

Den første funktionærlov regulerede en række forhold for de grupper af lønmodtagere, der efter arbejdets art benævntes »privatfunktionærer«.

Ved lov af 29. juni 1940 blev der givet kriseramte virksomheder adgang til at opsige tjenesteforhold i henhold til funktionærloven med en måneds varsel, uanset om funktionæren ellers havde krav på et længere varsel. Denne lov blev forlænget år for år frem til 1946.

Ved lov nr. 261 af 26. maj 1948[31] gennemførtes en række ændringer i

27. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 15.
28. Rigsdagstidende 1937-38, Tillæg A spalte 2485ff.
29. Rigsdagstidende 1937-38, Folketinget spalte 189ff., 2295ff., 2353ff. og 5200ff., Landstinget spalte 1356ff., 1440ff. samt 1451ff., Tillæg B spalte 2073ff. samt Tillæg C spalte 1935f.
30. Rigsdagstidende 1937-38, Tillæg C spalte 1393ff.
31. Rigsdagstidende 1947-48, Tillæg C spalte 1761ff., på grundlag af lovforslag af 20. februar 1948: »Forslag til Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer«, Rigsdagstidende, Tillæg A, spalte 3969ff., samt betænkning offentliggjort i Rigsdagstidende 1947-48, Tillæg B spalte 1743ff.

funktionærloven, blandt andet blev det offentlige arbejdsmarked omfattet af dækningsområdet.

I løbet af de seneste 50 år er funktionærloven ændret flere gange. Nogle af disse ændringer har blot bestået af justeringer og skal derfor ikke gøres til genstand for opmærksomhed i denne sammenhæng. I det følgende anføres blot nogle enkelte bemærkninger om de lovændringer, der har været mest betydningsfulde:

Ved den lovændring, der trådte i kraft den 1. april 1964 ændredes funktionærbegrebet således, at 15 timers grænsen blev indført. Der blev også indført regler om konkurrenceklausuler, halv sygeløn ved graviditetsbetinget sygdom, godtgørelse ved usaglig opsigelse (nu reglen i § 2b) og forholdsmæssig andel af overskudsdeling ved fratrædelse i løbet af et regnskabsår i § 17a.[32]

Pr. 1. juli 1971 indførtes reglen om fratrædelsesgodtgørelse (§ 2a).

Med virkning fra 4. juni 1999 blev reglen om sygeløn ved graviditetsbetinget sygdom ændret til krav om fuld løn, og der blev indført bestemmelser om kompensation for konkurrence- og kundeklausuler.

Pr. 9. juni 2001 blev lovens timegrænse sænket: Tidligere var kravet »mindst 15 timer«, nu »mere end 8 timer«, i gennemsnit om ugen hos arbejdsgiveren, for at funktionæren er omfattet af funktionærbegrebet.

Pr. 1. juli 2004 blev der indført en ny regel i § 17a, stk. 2,[33] hvorefter reglen om ret til forholdsmæssig andel af overskudsdeling ved fratræden i løbet af et regnskabsår ikke finder anvendelse på købe- eller tegningsrettigheder til aktier mv., der er omfattet af lov om brug af køberet eller tegningsret til aktier mv. i ansættelsesforhold.

Endelig kan nævnes, at der med virkning fra den 28. december 2004 er sket ophævelse af 18 års grænsen i funktionærlovens § 2b, således at godtgørelse for usaglig afskedigelse herefter alene er betinget af, at bestemmelsens anciennitetskrav er opfyldt.

32. Vedtagelsen af disse lovændringer gik ikke upåagtet hen. I artiklen U 1963 B 221 fremsatte Olaf Elmer nogle »Juridiske overvejelser ved en funktionærlovsrevision«. I Juristen 1963 side 461ff. fremsatte H.G. Carlsen ligeledes en række bemærkninger til »Regeringens Forslag om Ændringer i Funktionærloven.« I artiklen U 1964 B 168: »Ændringer i Funktionærloven« kommenterede samme forfatter de vedtagne lovændringer. Hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 17f., anføres endvidere, at principielle overvejelser om udvidelse af funktionærbegrebet og om sikring af funktionærens organisations- og forhandlingsret efter aftale mellem Folketingets partier blev underkastet nærmere behandling i et af Arbejdsministeriet den 20. maj 1964 nedsat udvalg, som i 1968 afgav betænkning nr. 513 om funktionærlovens §§ 1, 8 og 10. Betænkningen førte imidlertid kun til ændringer i § 8 (enkemandens krav på »efterløn«).

33. Indført i konsekvens af lov nr. 309 af 5. maj 2004 om brug af køberet eller tegningsret til aktier mv. i ansættelsesforhold.

2.3 Funktionærretten som obligationsretlig specialdisciplin

Det er interessant at belyse samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten, fordi funktionærretten notorisk indeholder nogle faktiske og juridiske særtræk, som gør det berettiget at skildre den som en obligationsretlig *specialdisciplin*. I dette afsnit fremdrages tre faktuelle særtræk, nemlig kontraktforholdets vedvarende karakter, uligheden i styrkeforholdet mellem parterne samt loyalitetsgrundsætningen. Alle har de betydning for, i hvilket omfang de almindelige obligationsretlige grundsætninger kan og bør anvendes ved afgørelse af individuelle konflikter mellem arbejdsgivere og funktionærer, og i hvilket omfang mere specielle funktionærretlige grundsætninger anvendes og kan defineres og forsvares.

2.3.1 Vedvarende kontraktforhold

En lang række af de almindelige obligationsretlige grundsætninger er kodificeret i købeloven. Dette regelkompleks lader sig imidlertid ikke anvende i forhold til misligholdelse af funktionærkontrakter, blandt andet fordi køb typisk er en enkeltstående kontrakt mellem køber og sælger, hvorimod funktionærforholdet er et vedvarende kontraktforhold.

Eksempelvis finder samtidighedsgrundsætningen, jf. købelovens § 14, ikke anvendelse i funktionærforholdet, hvor funktionæren leverer sin ydelse løbende, mens arbejdsgiverens vedvarende forpligtelse til at betale lønnen forfalder periodevis. Købelovens regler om mangler ved salgsgenstanden lader sig heller ikke umiddelbart anvende, idet realydelsen i funktionærforholdet ikke er en genstand, men derimod en arbejdsydelse.

Endelig er kravet, om at der skal foreligge »væsentlig« misligholdelse, forskellig alt efter om kontraktforholdet er af enkeltstående eller vedvarende karakter. Kravene til væsentligheden er således højere for det vedvarende kontraktforhold, fordi parterne som udgangspunkt til enhver tid kan komme ud af kontraktforholdet ved at opsige det på ordinære vilkår.[34]

Inden for funktionærretten er der, som følge af at ydelserne er vedvarende, udviklet særlige grundsætninger for parternes udveksling af ydelserne. Eksempelvis kan det formodes, at funktionærens arbejdsydelse skal leveres inden for normal kontortid (medmindre andet naturligvis er aftalt eller følger af omstændighederne). Arbejdsgiverens ydelse betales ved månedens udgang, medmindre andet er aftalt.

34. Jf. nærmere herom i afsnit 5.3: »Væsentlighedsbetingelsens nærmere indhold«.

2.3.2 Ulige styrkeforhold

Arbejdsgiverens ledelsesret indikerer et klart over-/underordnelsesforhold mellem arbejdsgiveren og funktionæren, som fremgår eksplicit af funktionærloven, jf. formuleringen af § 1, stk. 2:

> »Det er en betingelse for lovens anvendelse, at den pågældende beskæftiges af vedkommende arbejdsgiver gennemsnitlig mere end 8 timer ugentlig, og at han indtager en tjenestestilling, således at han er *undergivet arbejdsgiverens instruktioner*.« [Kursiveringen er foretaget her].

Arbejdsgiveren har således notorisk retten til at lede og fordele arbejdet. Dette indebærer traditionelt retten til *at* antage og afskedige medarbejdere, *at* give direktiver for arbejdets udførelse, *at* fastlægge arbejds- og spisetid (inden for de overenskomstmæssige rammer), *at* føre kontrolforanstaltninger og *at* give reglementariske bestemmelser om forholdene på arbejdspladsen.

I det individuelle kontraktforhold mellem arbejdsgiveren og funktionæren er der således utvivlsomt et ulige styrkeforhold. Ad lovgivningsvejen er dette forsøgt afbalanceret på flere måder. Funktionærloven indeholder således opsigelsesregler, der er væsentligt strengere for arbejdsgiveren end for funktionæren, ligesom arbejdsgiveren skal kunne begrunde sin opsigelse sagligt, jf. funktionærlovens § 2b. Herudover findes der i den ansættelsesretlige lovgivning generelle regler til beskyttelse af lønmodtagerne.

Det traditionelle over-/underordnelsesforhold sættes under pres, hvis en mindre virksomhed ansætter medarbejdere med faglige kompetencer, der langt overstiger arbejdsgiverens. Hermed vil den faktiske balance mellem parterne nemlig være den, at det er den ansatte, der har bedst overblik til at vurdere, hvorledes opgaverne løses bedst muligt. Der kan derfor opstå et skisma mellem funktionærens forpligtelse til at følge arbejdsgiverens ordrer og samtidig overholde loyalitetsgrundsætningen (det vil sige bedst mulig varetagelse af arbejdsgiverens interesser). I tilfælde af, at arbejdsgiveren giver en ordre, som ikke varetager hans interesser bedst muligt, er det nødvendigt at tage stilling til, hvilken af de to grundsætninger der er den »stærkeste«: Er det den arbejdsretlige grundsætning om arbejdsgiverens ledelsesret, eller er det den almindelige obligationsretlige loyalitetsgrundsætning.

I praksis vil dette problem ikke være stort, idet funktionæren skal gøre arbejdsgiveren opmærksom på, at en given ordre ikke varetager arbejdsgiverens interesser bedst muligt, og herefter agere i overensstemmelse med

arbejdsgiverens reaktion på denne orientering om uhensigtsmæssigheden. Herved overholdes såvel loyalitetsforpligtelsen som troskabspligten.

Kun i de specielle tilfælde, hvor funktionæren befinder sig i en situation, hvor det ikke er muligt at orientere arbejdsgiveren om uhensigtsmæssigheden i en ordre, gør den ovennævnte problemstilling sig således gældende. Det vil afhænge af en helt konkret helhedsvurdering, om det i en sådan situation er den arbejdsretlige grundsætning om ledelsesretten eller den almindelige obligationsretlige loyalitetsgrundsætning, der er »stærkest«. I denne vurdering indgår spørgsmålet om arbejdsgiverens fremtidige autoritet på arbejdspladsen.

På det kollektive aftaleniveau kan det i konkrete tilfælde være svært at få øje på det ulige styrkeforhold i arbejdsgiverens favør. Eksempelvis kan man forestille sig en mindre virksomhed, hvor arbejdsgiveren ikke er medlem af nogen arbejdsgiverorganisation og kun har nogle ganske få ansatte. Mødes en sådan arbejdsgiver med en lønmodtagerorganisations krav om indgåelse af kollektiv overenskomst, bliver der tale om en overenskomst med den konkrete arbejdsgiver som den ene forhandlingspartner og lønmodtagerorganisationen som den anden. Vil arbejdsgiveren ikke indgå overenskomst, kan han mødes med lovlige strejker.[35]

2.3.3 Loyalitetsgrundsætningen

Ifølge den almindelige obligationsretlige loyalitetsgrundsætning er kontraktforholdets parter forpligtede til bedst muligt at varetage hinandens interesser. Denne grundsætning er af central betydning inden for funktionærretten, hvilket beror på flere faktorer, blandt andet det forhold, at realydelsen er en personlig ydelse, i modsætning til en genstand.

Herudover indebærer funktionærforholdets vedvarende karakter, at parternes samarbejde strækker sig ud over løsningen af konkrete og enkeltstående opgaver og/eller konkret opståede problemer. Det indebærer, at parterne i deres hensyntagen til hinandens interesser skal »strække sig længere«, end parterne i eksempelvis en enkeltstående købsaftale skal gøre.

I enkeltstående købsaftaler står det således parterne relativt frit, hvorledes de efterfølgende omtaler hinandens ydelser.[36] I modsætning hertil er der grænser for, hvorledes eksempelvis en arbejdsgiver kan omtale en funktionær i forhold til andre, navnlig potentielle nye arbejdsgivere. På

35. Jf. Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, 1. udg. 2005, side 156ff.: »Konfliktret ved overenskomstforhandlinger«.
36. Begrænsninger følger dog af straffelovens regler om forbud mod offentlig fremsættelse af ærekrænkende og usande ytringer, jf. §§ 267-268.

samme måde skal funktionæren være loyal i sin omtale af virksomheden og navnlig overholde tavshedspligten.

I den almindelige obligationsret betragtes loyalitetsforpligtelsen normalt som en biforpligtelse, hvis overtrædelse ikke kan berettige til kontraktforholdets ophævelse. I modsætning hertil vil krænkelse af loyalitetspligten i funktionærretlig henseende normalt være et væsentligt kontraktbrud, som berettiger til ophævelse.

Loyalitetsforpligtelsen består, så længe funktionærforholdet består, uanset om arbejdsforpligtelsen er opretholdt eller ej – således gælder den også i en fritstillingsperiode. Den vil dog under fritstilling være modificeret således, at en opsagt funktionær har udvidet mulighed for at *forberede* konkurrerende virksomhed (f.eks. tage kontakt til leverandører). Den konkurrerende virksomhed må dog ikke *påbegyndes* inden det endelige fratrædelsestidspunkt.

I sidstnævnte henseende skal opmærksomheden henledes på markedsføringslovens § 10 om forbud mod på utilbørlig måde at udnytte virksomhedens erhvervshemmeligheder. Bestemmelsen gælder både under ansættelsesforholdets beståen og efter dets ophør.

Endelig skal nævnes, at der mellem parterne kan være vedtaget en konkurrenceklausul eller kundeklausul, jf. herom i funktionærlovens §§ 18 og 18a, som gælder efter ansættelsesforholdets ophør.

Kapitel 3

Misligholdelsesbegrebet

3.1 Definition af misligholdelsesbegrebet

I denne afhandling defineres misligholdelsesbegrebet således:

Misligholdelse foreligger, når en fordringshaver erhverver en eller flere misligholdelsesbeføjelser i forbindelse med, at modparten ikke korrekt opfylder en gyldigt indgået aftale. Misligholdelse foreligger således ikke, hvis undladelsen af at opfylde eller en ukontraktmæssig opfyldelse skyldes fordringshaverens egne forhold eller omstændigheder, som han bærer risikoen for.

For så vidt angår de tilfælde, hvor der ikke er sket korrekt opfyldelse, tales om »ikke-opfyldelse«, uden at der herved er taget stilling til, om der er tale om »misligholdelse« med heraf følgende misligholdelseskonsekvenser for parterne.

Forbeholdet om alene at bruge betegnelsen »misligholdelse«, når der kan udløses retsvirkninger, er årsag til, at det er kaldt et »funktionelt misligholdelsesbegreb«.[37]

Til retsvirkninger regnes i denne henseende alle de klassiske misligholdelsesbeføjelser, som behandles nærmere i kapitlerne 5-9. Herudover betragtes det som en retsvirkning, hvis arbejdsgiveren reagerer på ikke-opfyldelsen ved at udstede en *advarsel* om eksempelvis ophævelse i gentagelsestilfælde.[38] Dette beror på, at forudgående advarsel i mange tilfælde er en nødvendig (men ikke tilstrækkelig) betingelse for ophævelse – advarslen kan således siges at være et »gult kort« til funktionæren.

Den her benyttede misligholdelsesdefinition er i overensstemmelse med sædvanlig obligationsretlig terminologi:

---

37. Jf. Lars Hedegaard Kristensen, Lærebog i dansk og international køberet, 3. udg. 2004, side 74: »Da misligholdelsesbegrebet fungerer som samlebetegnelse for de tilfælde af ikke-opfyldelse, hvor køberen tillægges misligholdelsesbeføjelser, kan der for så vidt tales om *et funktionelt misligholdelsesbegreb*«.
38. Sml. afgørelsen U 1997.1399 V, hvor landsretten slog fast, at en konkret foreliggende handling var en misligholdelse, som efter sin karakter kunne berettige til en alvorlig irettesættelse og advarsel, men henset til den lange ansættelsesperiode fandtes misligholdelsen ikke at være af en sådan grovhed, at den berettigede til bortvisning.

Hos Ussing[39] anvendes generelt betegnelsen *ikke-opfyldelse* om alle de tilfælde, hvor der ikke sker rigtig opfyldelse. Hvor fordringshaverens forhold er årsag hertil, tales om *fordringshavermora*. Hvor skyldnerens forhold er årsagen, og hvor dette giver anledning til retsvirkninger til ugunst for skyldneren, tales om *misligholdelse*. Herudover henvises til, at visse tilfælde af ikke-opfyldelse hverken kan undergives reglerne om fordringshavermora eller reglerne om misligholdelse, nemlig tilfælde, hvor *risikoen* for manglende levering hviler på fordringshaveren.

Gomard er på linje med Ussing, idet han skriver:

> »Ikke-opfyldelse omfatter … både debitors tilregnelige (culpøse) eller undskyldelige kontraktbrud (misligholdelse) og kreditors fordringshavermora.«[40]

I fortsættelse heraf anføres, at ikke-opfyldelse af en fordring, der ikke skyldes kreditors forhold, betegnes som *misligholdelse*, såfremt kreditor på grund af ikke-opfyldelsen opnår en eller flere beføjelser (retsmidler), f.eks. beføjelsen til at hæve kontrakten, ved hjælp af hvilke han kan varetage sin interesse i fordringen.[41]

Inden for den arbejdsretlige teori er begrebet misligholdelse af H.G. Carlsen og Danielle Buhl defineret således:

> »Når der i denne fremstilling tales om »misligholdelse«, forstås herved det forhold, at en pligt, der påhviler en af parterne, ikke opfyldes, uden at dette er retfærdiggjort i den anden parts forhold eller hjemlet ved lovgivning eller i praksis.«[42]

Der anvendes således ikke et funktionelt misligholdelsesbegreb. I tråd med dette definitionsmæssige valg anfører H.G. Carlsen og Danielle Buhl i et afsnit, der konkret handler om funktionærens ikke-opfyldelse af arbejdsforpligtelsen, at det må være nødvendigt at betragte *enhver* ikke-opfyldelse af arbejdsforpligtelsen, der ikke omfattes af en udtrykkelig regel i lovgivningen eller af kutyme, som misligholdelse. Det uhjemlede fravær betragtes således som misligholdelse, men det anføres eksplicit, at der hermed intet er

39. Jf. Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 50.
40. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 12.
41. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 13. Se i modsætning hertil Gomard i Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 22, hvoraf det *ikke* fremgår, at det kun er de former for ikke-opfyldelse, der udløser retsvirkninger til fordel for modparten, som skal omfattes af misligholdelsesbegrebet.
42. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 198. På linje hermed er Lars Svenning Andersen i Funktionærret, 3. udg. 2004, side 687 og Ruth Nielsen i Lærebog i Arbejdsret, 8. udg. 2001, side 305 sammenholdt med side 309.

sagt om konsekvenserne, navnlig ikke om misligholdelsens væsentlighed, som må afgøres ud fra en samlet bedømmelse af omstændighederne.[43]

Hasselbalchs definition[44] af misligholdelsesbegrebet er på linje med H.G. Carlsens og Danielle Buhls. Dog beskrives undtagelsen vedrørende fordringshavermora således, at ikke-opfyldelsen skal være *begrundet* i den anden parts forhold. Dette ordvalg er mere hensigtsmæssigt end det af H.G. Carlsen og Danielle Buhl valgte, *retfærdiggørelse*,[45] idet sidstnævnte kan forlede til en fejlslutning om, at der forudsættes at foreligge subjektivt dadelværdige forhold hos fordringshaveren, for at regelsættet om fordringshavermora kan bringes i anvendelse. Dette er ingenlunde tilfældet. Der foreligger fordringshavermora, hvis det objektivt kan konstateres, at levering ikke kan finde sted på grund af fordringshaverens forhold.[46]

Det funktionelle misligholdelsesbegreb, der er valgt som udgangspunktet i denne afhandling, adskiller sig således fra den definition af misligholdelsesbegrebet, som traditionelt har været anvendt inden for den arbejdsretlige teori.

Fordelen ved det funktionelle misligholdelsesbegreb er, at prædikatet »misligholdelse« kun hæftes på de tilfælde, hvor medkontrahentens manglende eller ukontraktmæssige opfyldelse kan have retsvirkninger, navnlig udøvelse af misligholdelsesbeføjelser.

De tilfælde, hvor funktionæren under lovligt forfald og undskyldeligt/hændeligt fravær[47] ikke leverer arbejdsydelsen, skal således på intet tidspunkt kobles sammen med misligholdelsesbegrebet. Den manglende levering udgør ikke en misligholdelse fra funktionærens side, fordi arbejdsgiveren i disse tilfælde ikke kan udøve misligholdelsesbeføjelser.

Dette er i god pagt med, at arbejdsgiverens forpligtelse til at betale løn under visse former for fravær kan være begrænset til en del perioden,[48] mens en anden del af perioden friholdes fra betalingsforpligtelsen. Frihol-

43. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 145. I modsætning til dette vil det i denne afhandling blive lagt til grund, at fravær, som ikke kan få anden konsekvens end fradrag i lønnen, ikke vil blive betragtet som misligholdelse, jf. nærmere herom i slutningen af nærværende afsnit samt afsnit 3.4.2: »Retsvirkning af lovligt forfald og andet fravær«.
44. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 597.
45. Stammer sandsynligvis fra Ussing, jf. Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, kapitel V, som bærer overskriften: »Ikke-opfyldelse retfærdiggjort ved fordringshaverens forhold«.
46. Jf. Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3.udg. 1917-20, side 718: »… det Forhold fra Kreditors Side, som foraarsager Ikke-Opfyldelsen, [behøver ikke] at være ham tilregneligt …«. Jf. også Ussing, Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 189, samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 12 og 246-247. Fordringshavermora omtales i denne afhandling nærmere neden for i afsnit 3.4.1.
47. Jf. nærmere herom i afsnit 3.4.2: »Retsvirkning af lovligt forfald og andet fravær«.
48. Jf. funktionærlovens § 6 om værnepligtsorlov og § 7 om barselsorlov.

delsen for så vidt angår den sidste del af fraværsperioden er naturligvis ikke begrundet i, at den sidste del (af eksempelvis en barselsorlov – i modsætning til den første del af samme) skal betragtes som misligholdelse fra funktionærens side. Arbejdsgiverens tilbageholdelse af løn beror derimod på, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, hvor de ydelser, der udveksles, tjener som vederlag for hinanden. Herom gælder den grundsætning, at hver parts krav på modpartens ydelse (modydelsen, vederlaget) i almindelighed er betinget af, at han selv præsterer sin ydelse.[49] Som allerede introduceret følger det heraf, at arbejdsgiveren som udgangspunkt ikke skal betale for en arbejdsydelse, som ikke modtages.[50]

3.2 Misligholdelsesbegrebets objektive karakter

Som det fremgår af afsnit 3.1: »Definition af misligholdelsesbegrebet« anvendes betegnelsen misligholdelse om de tilfælde, hvor der kan udløses retsvirkninger (navnlig misligholdelsesbeføjelser) i forbindelse med, at en gyldigt indgået aftale ikke opfyldes korrekt.[51]

Konstateringen af, at der ikke er sket korrekt opfyldelse, er rent objektiv. Misligholdelsesbegrebet som sådant kan derfor siges at være en objektiv term, jf. således Gomard:

> »Både ordet misligholdelse og kontraktbrud kunne lede tanken hen på tilfælde, hvor debitor har gjort sig skyldig i fejl eller forsømmelse, men ordene bruges i obligationsretten som betegnelse for enhver ikke-opfyldelse, hvor kreditor kan varetage sin interesse i opfyldelse af fordringen ved dertil egnede særlige beføjelser.«[52]

Subjektive elementer vedrørende parternes mellemværende må ofte diskuteres, når der skal tages stilling til, hvilke *misligholdelsesbeføjelser* der eventuelt vil kunne gøres gældende som følge af den konstaterede undladte eller ukontraktmæssige opfyldelse af kontrakten.

Udgangspunktet om, at misligholdelsesbegrebet er objektivt, bliver således sløret, når der anvendes et funktionelt misligholdelsesbegreb – det vil

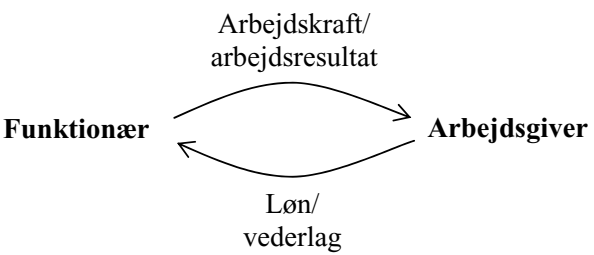
49. Jf. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 37f. samt Lassen i Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 6.
50. Arbejdsgiveren skal dog i visse tilfælde betale løn, selvom han ikke modtager arbejdsydelsen. Dette omtales nærmere nedenfor i afsnit 3.4.2: »Retsvirkning af lovligt forfald og andet fravær«.
51. Undtagelserne fra misligholdelsesbegrebet er behandlet i afsnit 3.4: »Ikke-opfyldelse, der undtages fra misligholdelsesbegrebet«.
52. Jf. Gomard, Obligationsret del 2, 3. udg. 2003, side 13.

sige, at det for at bruge betegnelsen misligholdelse om en ikke-opfyldelse forudsættes, at den manglende eller ukontraktmæssige opfyldelse kan udløse misligholdelsesbeføjelser, som *kan* bero på subjektive forhold.

Det må imidlertid fastholdes, at årsagen til misligholdelsen – den manglende eller ukontraktmæssige opfyldelse – kan bebrejdes skyldneren som objektivt dadelværdig.[53] Han kan siges at bære risikoen for det, som hindrer korrekt opfyldelse. De subjektive elementer har alene en mulig betydning med hensyn til, hvilke misligholdelsesbeføjelser der kan gøres gældende.

3.3 Misligholdelse af funktionærkontrakters hoved- og biforpligtelser

Funktionærkontrakten er et gensidigt bebyrdende skyldforhold, hvor parternes fordringer er indbyrdes afhængige og tjener som vederlag for hinanden.



Parterne i funktionærforholdet er henholdsvis funktionæren, der efter sædvanlig obligationsretlig terminologi også kan kaldes realdebitor og pengekreditor, og arbejdsgiveren, som også kaldes realkreditor og pengedebitor.

De hovedydelser, parterne udveksler, er henholdsvis en realydelse bestående af en arbejdskraft eller et arbejdsresultat over for en pengeydelse, her kaldet løn eller vederlag.

Ud over forpligtelserne til at udveksle disse hovedydelser har parterne også en række accessoriske forpligtelser/biforpligtelser i forhold hinanden. Nogle af disse vil fremgå direkte af kontrakten, mens andre er uomtalte naturlige følger af kontraktforholdet i sin helhed. Der påhviler parterne biforpligtelser såvel ved skyldforholdets tilblivelse som mens det består og under dets afvikling.[54]

I obligationsretlig sammenhæng er sondringen mellem hovedforpligtel-

53. Sml. Lars Svenning Andersen i Funktionærret, 3. udg. 2004, side 690.
54. Jf. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 44ff.

ser og biforpligtelser relevant, fordi retsvirkningerne af at misligholde en forpligtelse kan afhænge af, hvilken karakter denne forpligtelse har. Det er således det almindelige obligationsretlige *udgangspunkt*, at misligholdelsesbeføjelsen *ophævelse* alene kan påberåbes for så vidt angår misligholdte *hovedforpligtelser*. Dette skal ses i sammenhæng med, at ophævelse kun kan ske, når misligholdelsen er væsentlig, hvilket altså som udgangspunkt kun antages at være tilfældet for så vidt angår misligholdelse af hovedforpligtelser.[55] Misligholdte biforpligtelser håndhæves derimod som udgangspunkt ved erstatningsbeføjelsen, som kan gøres gældende, hvis de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldte.

Det her skildrede udgangspunkt fraviges, når biforpligtelsens væsentlighed i forhold til aftalen i sin helhed er lovbestemt,[56] aftalebestemt[57] eller når det efter en konkret vurdering ligger fast, at overtrædelse af biforpligtelsen er af væsentlig/afgørende betydning for hele aftalens gennemførelse. Sidstnævnte fravigelse udtrykkes således af Gomard:

> »Kreditor kan kun hæve kontrakten, hvor overtrædelsen af en biforpligtelse forringer hans interesse i eller udbytte af kontrakten i dens helhed på en så afgørende måde, at overtrædelsen må betegnes som væsentlig set i forhold til kontrakten i sin helhed.«[58]

Misligholdelse af en biforpligtelse kan føre til ophævelse af funktionærforholdet i dets helhed, hvis eksempelvis en funktionær misligholder sin forpligtelse til at udvise *loyalitet* over for arbejdsgiverens interesser. Dette sker ud fra en betragtning om, at en overtrædelse af loyalitetsforpligtelsen ifølge en konkret vurdering kan forringe arbejdsgiverens interesse i eller udbytte af kontrakten i sin helhed på en så afgørende måde, at overtrædelsen må betegnes som væsentlig. Det kan f.eks. tænkes, at funktionæren i sin fritid udøver konkurrerende virksomhed, eller at han på anden måde mis-

55. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 84: »Hovedregel om, at en aftale kan hæves i tilfælde af væsentlig misligholdelse, gælder kun fuldt ud om en medkontrahents misligholdelse af sine *hovedforpligtelser* efter kontrakten. I nogle kontrakttyper, bl.a. i arbejdsforhold, stilles der efter omstændighederne større krav … Reglerne om en kreditors beføjelser i tilfælde af debitors misligholdelse af *biforpligtelser* frembyder et broget billede. Biforpligtelser er højst forskelligartede, og skillelinien mellem hoved- og biforpligtelser kan være uskarp … En krænkelse af en biforpligtelse er ofte ikke væsentlig i forhold til aftalen i sin helhed og derfor ikke hævebegrundende.«
56. Jf. f.eks. Lejelovens § 93, stk. 2 om, at påkravsgebyrer er pligtig ydelse i skyldforholdet, hvorfor manglende betaling af disse giver udlejer ret til at hæve kontrakten i sin helhed, jf. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 45.
57. F.eks. udspecificering af et særligt loyalitetshensyn som specielt betydningsfuldt.
58. Obligationsret, 1. del, 3. udg. 1998, side 47-48.

bruger følsomme oplysninger.[59] Dette kan være et så alvorligt tillidsbrud, at kontraktforholdet må bringes til ophør straks.

Det er nødvendigt at være opmærksom på, at biforpligtelser og hovedforpligtelser kan være præget af de samme grundsynspunkter, hvorfor de ikke altid kan adskilles skarpt fra hinanden. Er f.eks. en konkret lydighedsnægtelse fra en funktionærs side udtryk for misligholdelse af arbejdsforpligtelsen, på grund af det arbejde som nægtes udført (arbejdsvægring), eller udgør den en krænkelse af forpligtelsen til at udvise loyalitet og hensyntagen til arbejdsgiverens interesser? Som nævnt ovenfor er det i det netop givne eksempel mindre relevant at sondre mellem hoved- og biforpligtelser, eftersom retsvirkningerne ikke afhænger af den systematiske rubricering. Spørgsmålet om muligheden for ophævelse i tilfælde af misligholdelse indebærer nemlig altid en stillingtagen til, om den konkrete misligholdelse er væsentlig i forhold til kontrakten i sin helhed eller ej.

Helt generelt udtrykkes dette således af Gomard:

> »I aftaler om et bredere samarbejde mellem parterne er en adskillelse mellem parternes pligter i hovedforpligtelse, hvis opfyldelse er kontraktens formål, og accessoriske pligter, som tjener til at betrygge værdien af og lette opfyldelsen af denne forpligtelse, ikke mulig.«[60]

I afgørelsen U 2001.1743 H foreligger et eksempel på, at det kan være relevant at opretholde sondringen mellem hoved- og biforpligtelser. Sagen drejede sig om den af en sygemelding afledte forpligtelse til at dokumentere sygdommen. Dommerne var ikke enige i deres vota, hvilket skyldes forskellige holdninger til, om dokumentationskravet blot var en biforpligtelse eller ej. Sagens nærmere omstændigheder var følgende:

U 2001.1743 H – Bortvisning på grund af udokumenteret sygdom

Funktionæren blev ansat hos AOF som underviser og projektleder pr. 1. januar 1997. Den 19. juni samme år blev hun opsagt med tre måneders varsel. Opsigelsen var begrundet med, at arbejdsgiveren ikke havde fået kontrakter på de kursusforløb, som funktionæren skulle have undervist i. De manglende kontrakter skyldes blandt andet, at funktionæren ikke havde overholdt sin forpligtelse til at aflægge rapport om tidligere kursusforløb.

59. Se således eksempelvis U 1983.559 SH, der er omtalt nedenfor i afsnit 5.6 på side 213 samt U 2003.1916 Ø, der er omtalt nedenfor på side 172 i note 271.
60. Jf. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 45.

Den 26. juni lod funktionæren sig sygemelde uden at begrunde dette over for arbejdsgiveren. Af sagen fremgår imidlertid, at hun var forkølet og havde en psykisk nedtur som følge af opsigelsen. Samme dag kontaktede hun lægen, der imidlertid ikke var hendes sædvanlige læge, da denne holdt ferie. Ifølge lægenotater for perioden fra 26. juni til 10. juli informerede den vikarierende læge funktionæren om, at hun ikke på det foreliggende var i stand til at dokumentere sygdom ved udstedelse af lægeerklæring. I stedet blev funktionæren rådet til at kontakte sin egen læge, da det ville være denne, som funktionæren skulle drøfte sagen med fremover.

Efter fremsendelsen af opsigelsen sendte arbejdsgiveren en række anbefalede breve til funktionæren: I et brev blev funktionæren indkaldt til et møde vedr. sine timeopgørelser. Idet hun meldte afbud til dette møde, sendte arbejdsgiveren et andet brev, hvori han stillede spørgsmål om, hvornår funktionæren forventede at blive rask, så mødet kunne afholdes. I et tredje brev dateret den 2. juli stillede arbejdsgiveren krav om lægeerklæring senest den 7. juli. Dette krav var ifølge arbejdsgiverens forklaring for byretten begrundet i, at han ikke troede på, at funktionæren var syg. Da arbejdsgiveren ikke havde modtaget lægeerklæringen med morgenposten den 8. juli, sendte han endnu et anbefalet brev – denne gang om, at han betragtede arbejdsforholdet som ophørt pr. 8. juli, fordi lægeerklæring ikke var modtaget.

I alle tre retsinstanser blev det diskuteret, om bortvisningen var berettiget, og på hvilket grundlag den hvilede.

I byretsafgørelsen og i dissenserne i landsretten og Højesteret diskuteredes alene, om bortvisningen var berettiget på det grundlag, som den selv angav at være udstedt på, nemlig manglende fremsendelse af lægeerklæring. Mellem byretsdommeren og de dissentierende dommere i de to højere instanser var der enighed om, at den manglende fremsendelse af lægeerklæringen ikke var tilstrækkelig bortvisningsgrund, fordi det ikke under sagen var godtgjort, at funktionæren var advaret om, at den manglende aflevering ville føre til bortvisning.

Flertallene i landsretten og Højesteret lagde ikke den manglende aflevering af lægeerklæringen (og dermed den af arbejdsgiveren angivne begrundelse for bortvisningen) til grund for deres vota. Derimod blev det lagt til grund, at bortvisningen var berettiget, fordi funktionæren var udeblevet uden lovlig forfald. Hermed blev funktionærens forklaring om sygdom tilsidesat, fordi hun ikke havde været i stand til at fremskaffe dokumentation for, at hun reelt var uarbejdsdygtig på grund af sygdom. Samtidig med dette votum erklærede Højesterets flertal sig enig med den dissentierende højesteretsdommer i, at den manglende lægeerklæring ikke i sig selv – uden forudgående advarsel – kunne udgøre et tilstrækkeligt grundlag for bortvisningen.

Dommen er en glimrende illustration af, hvorledes obligationsretlig argumentation kan optræde i en sag om misligholdelse af en funktionærkontrakt:

Hovedreglen er, at en kontrakt kun kan ophæves, hvis der foreligger væsentlig misligholdelse af en hovedforpligtelse, jf. indledningsvist i dette afsnit 3.3. Misligholdelse af biforpligtelser berettiger kun til ophævelse, hvis misligholdelsen er væsentlig i forhold til kontrakten i sin helhed.[61]

I byretten og hos de dissentierende dommere i landsret og Højesteret fokuseres alene på misligholdelse i forhold til den manglende aflevering af lægeerklæringen. Argumenterne i disse instanser peger på, at den manglende aflevering blev anset for at være misligholdelse af en accessorisk forpligtelse, hvorfor der ikke uden forudgående advarsel var belæg for at bortvise funktionæren på dette grundlag. Højesterets flertal erklærer sig for så vidt enig i den betragtning.

Flertalspræmisserne lægger imidlertid til grund, at der ikke er tale om misligholdelse af en biforpligtelse, men derimod af en hovedforpligtelse, nemlig levering af arbejdsydelsen. Funktionæren er forpligtet til at møde på arbejde. Kun hvis der foreligger lovligt forfald, kan funktionæren udeblive, uden at dette får nogen konsekvenser for retten til at modtage løn og for ansættelsesforholdet i øvrigt. Funktionæren har leveringsrisikoen for så vidt angår sin arbejdsydelse og må derfor også selv dokumentere berettigelsen af en midlertidig afbrydelse i leverancen. Aflevering af lægeerklæring er således funktionærens mulighed for at dokumentere, at hun midlertidigt er i sin gode ret til ikke at levere sin ydelse. Kan et sådant lovligt forfald ikke dokumenteres, står der blot en nøgtern konstatering af udeblivelse tilbage. Funktionærens hovedforpligtelse – levering af arbejdsydelsen – er misligholdt, og hermed er grundlaget for bortvisningen i orden.

3.4 Ikke-opfyldelse, der undtages fra misligholdelsesbegrebet

Som det fremgår af definitionen af misligholdelsesbegrebet, er det ikke enhver ikke-opfyldelse, der udgør en misligholdelse. Undtaget herfra er blandt andet tilfælde, hvor undladelse af at opfylde eller en ukontraktmæssig opfyldelse skyldes fordringshaverens egne forhold eller omstændigheder, som han bærer risikoen for. Nedenfor omtales, hvad der efter gængs obligationsretlig opfattelse nærmere ligger i disse undtagelser, og hvorledes de kan optræde i funktionærretligt regi.

61. Jf. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 44ff. og 2. del, 3. udg. 2003, side 84.

3.4.1 Fordringshavermora

3.4.1.1 Definition af fordringshavermora

Fordringshavermora, eller forsinkelse fra fordringshaverens side, foreligger, hvis fordringshaverens forhold bevirker, at skyldneren – efter frigørelsestiden er indtrådt – hindres i at få frigørelse ved at præstere sin ydelse. Hvis skyldneren har været umiddelbart rede til at levere sin ydelse i rette tid, og opfyldelseshindringen udelukkende har beroet på fordringshaverens forhold, vil manglende levering ikke være at betragte som misligholdelse fra skyldnerens side.[62]

Det forhold fra kreditors side, som er årsag til, at levering ikke kan finde sted, behøver ikke være tilregneligt. Der foreligger fordringshavermora, hvis det objektivt kan konstateres, at levering ikke kan finde sted på grund af fordringshaverens forhold.[63]

Inden for funktionærretten kan fordringshavermora eksempelvis forekomme, hvor arbejdsydelsen ikke kan leveres, fordi arbejdsgiveren ikke er i stand til at modtage den – f.eks. hvor en flytning, lokale- eller materielmangel, driftsforstyrrelser eller andre tilfældige arbejdshindringer på virksomhedens side gør det umuligt at udføre arbejdsopgaven. Det kan også tænkes, at arbejdsgiveren i en periode mangler ordrer fra tredjemand for at kunne beskæftige (alle) sine medarbejdere. Fordringshavermora foreligger også, hvis arbejdsgiveren undlader at træffe de fornødne foranstaltninger til værn for funktionærens sikkerhed, og i sådanne tilfælde kan funktionæren – uden konsekvenser – undlade at levere arbejdsydelsen, indtil sikkerhedsforskrifterne bliver overholdt.[64] Herudover kan der foreligge fordringshavermora ved ordinær suspension (hjemsendelse), ved fritstilling i forbindelse med opsigelse på sædvanlige varslingsvilkår og ved ulovlig lockout.[65] Fra funktionærens side kan der eksempelvis foreligge fordringshavermora, hvis arbejdsgiveren ikke kan udbetale lønnen, fordi funktionæren ikke har oplyst om sin bankforbindelse, jf. U 1995.595 V.[66]

---

62. Sml. Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 709, samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 245.
63. Jf. Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 718, Ussing, Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 189, samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 12 og 246-247.
64. Jf. Ussing, Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 81.
65. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 230ff.
66. Århus Kommune havde for så vidt angik månedslønnet personale siden 1944 og for så vidt angik timelønnnet personale siden 1971 foretaget lønudbetaling ved anvisning til bank-, sparekasse- eller girokonto. Efter oplysningerne om denne praksis måtte det

I den arbejdsretlige teori ses, at arbejdsvægring på grund af manglende lønudbetaling både rubriceres som fordringshavermora og som misligholdelse af vederlagsforpligtelsen.[67]

Som det fremgår af afsnit 7.4: »Detentionsret cfr. fordringshavermora« argumenteres der i denne afhandling for at undgå sammenblanding mellem grundsætningen om at undlade at levere arbejdsydelsen på grund af fordringshavermora og grundsætningen om udøvelse af tilbageholdsret (detentionsret) i tilfælde af arbejdsgiverens misligholdelse. Der er tale om to forskellige grundsætninger, for hvilke der gælder forskellige betingelser:

Når en arbejdsydelses erlæggelse kan undlades på grund af arbejdsgiverens *fordringshavermora*, er dette begrundet i forhold hos arbejdsgiveren, som umuliggør dennes modtagelse af arbejdsydelsen. Lønmodtagerens ret til lønydelsen opretholdes, medmindre ansættelseskontrakten eller en dækkende overenskomst giver holdepunkter for at undlade at betale løn eller betale en reduceret løn, så længe hindringen består. På funktionærområdet hindres sådanne muligheder for at undlade at betale løn i forbindelse med arbejdshindringer imidlertid af reglen i funktionærlovens § 21, hvorefter lovens regler (blandt andet varsling af arbejdsophør) ikke kan fraviges til ugunst for funktionæren.[68]

Når funktionæren udøver misligholdelsesbeføjelsen *tilbageholdsret* (detentionsret), sker det, fordi arbejdsgiveren har misligholdt sine forpligtelser i henhold til funktionærkontrakten (f.eks. undladt rettidig betaling af lønnen). Herudover er det en afgørende betingelse for at udøve tilbageholdsret, at der foreligger *konneksitet*, det vil sige en »nærmere forbindelse«, mellem den ydelse, der tilbageholdes og det krav, som ønskes gennemtvunget.

På denne baggrund kan det ikke tiltrædes at karakterisere arbejdsvægring på grund af manglende lønudbetaling som fordringshavermora, således som dette er sket i den arbejdsretlige teori. Manglende lønudbetaling er derimod kontraktbrud/misligholdelse, som (midlertidigt) kan imødegås med misligholdelsesbeføjelsen tilbageholdsret.

Hvis der i en konkret situation både foreligger fordringshavermora og misligholdelse,[69] vil retten til at undlade at levere på grund af for-

---

lægges til grund, at det var en del af ansættelsesvilkårene for en ansat i kommunen, at hun havde pligt til at medvirke til lønanvisning til en konto i et pengeinstitut eller lignende. Sagsøgerens påstand om, at kommunen skulle anerkende at have været uberettiget til at betinge udbetaling af løn til hende af, at hun var i besiddelse af en lønkonto i et pengeinstitut eller lignende, blev derfor ikke taget til følge.

67. Jf. eksempelvis Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 600.
68. Jf. nærmere herom afslutningsvis i afsnit 9.2: »Undtagelse: Force majeure?«.
69. Jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 3.4.1.3: »Er der tillige misligholdelse i tilfælde af fordringshavermora?«

dringshavermora i praksis smelte sammen med beføjelsen til at udøve tilbageholdsret.[70]

3.4.1.2 Virkningerne af fordringshavermora

Virkningerne af fordringshavermora skildres således af Gomard:

> »*Hovedsynspunktet* bag de lovfæstede regler om *fordringshavermora* … [og bag de] almindelige retsgrundsætninger om fordringshavermora er, *at* debitors forpligtelse vedbliver at bestå, *at* debitor hverken kan hæve eller gøre anden misligholdelsesbeføjelse gældende, men *at* debitors forpligtelse lempes i det omfang, det er nødvendigt for at undgå, at hans forpligtelse bliver mere byrdefuld for ham, dersom kreditors forhold hindrer ham i at opfylde og dermed frigøre sig for forpligtelsen. Kreditors ret begrænses kun af hensyn til debitor i tilfælde af fordringshavermora i det omfang, dette er nødvendigt for at undgå, at debitors byrde forøges. Debitors ret til vederlag påvirkes ikke af fordringshavermora.«[71]

Kreditor bærer således risikoen for de indtrædende hindringer, medmindre der i kontrakten er taget forbehold herfor ved eksempelvis force majeureklausuler.[72]

Hovedreglen om, at realdebitors leveringsforpligtelse vedbliver at bestå på trods af fordringshaverens mora, modificeres for så vidt angår *tidsbundne ydelser*: Hvis skyldnerens ydelse er bundet til en bestemt tid, således at pligten til at erlægge den til en anden tid end den fastsatte ville være en væsentlig anden end den oprindelige pligt, så er skyldneren frigjort for sin pligt til at levere, hvis den pågældende tid er gået på grund af kreditors mora. Der kan ikke på grund af kreditors forhold pålægges skyldneren nye pligter, og den gamle er bortfaldet som umulig.[73]

---

70. I afsnit 7.4: »Detentionsret cfr. fordringshavermora« belyses det, at der kan udledes forskellige retsvirkninger af de to grundsætninger om henholdsvis fordringshavermora og detentionsret.
71. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 246. Sml. Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1917-20, side 721. Inden for køberetten lempes sælgerens forpligtelser således, at risikoen for salgsgenstandens overføres til køberen, hvis dennes forhold har bevirket, at den ikke bliver leveret i rette tid, jf. købelovens § 37. Ved pengefordringer suspenderes debitors pligt til at forrente fordringen helt eller delvis, jf. rentelovens § 4, og alternativ opfyldelse af aftalen med frigørende virkning for skyldneren kan ske ved udnyttelse af deponeringslovens regler.
72. Sml. Ussing, Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 367. Se nærmere i afsnit 9.2: »Undtagelse: Force majeure?« om sondringen mellem det almindelige juridiske force majeure-begreb og det arbejdsretlige force majeure-begreb.
73. Jf. Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 719.

Inden for arbejdsretten vil arbejdsydelsen oftest være tidsbundet (f.eks. mandag til fredag i tidsrummet mellem klokken 8 og 16), hvorfor leveringsforpligtelsen ikke kan henskydes til et senere tidspunkt.

Dette princip er delvist fraveget i den treårige overenskomstaftale mellem Dansk Industri og CO-industri af 1. februar 2004. Det er heri aftalt, at merarbejde ved indhentningen af produktionstab som følge af en overenskomststridig arbejdsnedlæggelse skal ske uden overarbejdstillæg. Det betyder reelt, at det arbejde, som ikke er leveret under arbejdsnedlæggelsen, kan kræves leveret efterfølgende på normale overarbejdstidspunkter, men til den samme løn, som arbejdsydelsen kunne have oppebåret på det oprindeligt aftalte leveringstidspunkt.

En arbejdsydelse kan endvidere have så megen karakter af løsarbejde eller projektarbejde, at den netop ikke er bundet til et bestemt tidsrum og derfor godt kan udskydes.[74]

Arbejdsgiverens pengeydelse er ikke tidsbundet, hvorfor retsvirkningen af, at funktionæren ikke har givet tilstrækkelige oplysninger om sin bankforbindelse, blot vil være, at arbejdsgiverens pligt til at betale udskydes, til sådanne oplysninger foreligger.

3.4.1.3 Er der tillige misligholdelse i tilfælde af fordringshavermora?

Om fordringshavermora – i sig selv – kan udgøre en misligholdelse fra fordringshavers side, diskuteres nærmere af Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky.[75] Først citeres Lassen for det synspunkt, at det er:

> »*urigtigt* … at opfatte Reglerne om Kreditors Mora fra det Synspunkt, at der paahviler Fordringshaveren en *Pligt til at modtage* den ham tilkommende Ydelse …«.[76]

74. Sml. Ussing, Obligationsretten, Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 191: »Ved løfter om *enkeltstående arbejdsydelser* må skyldnerens forpligtelse ofte blive bestående til trods for en mindre forsinkelse fra fordringshaverens side. Men når forsinkelsen er væsentlig, må skyldneren kunne erklære sig løst fra sin forpligtelse.«
75. Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 189-191.
76. Jf. Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 710f. Lassens standpunkt om, at kreditor ikke er forpligtet til at modtage skyldnerens ydelse, skal læses i sammenhæng med det, Lassen anfører på side 711-712 om fordringshaverens forpligtelse til i overensstemmelse med kontrakten at levere sin egen ydelse, typisk en pengeydelse: »Forsømmelse af en saadan Pligt er noget ganske andet end Kreditors Mora, nemlig Skyldnermora, og har ganske andre Virkninger, men vil tillige kunne indeholde Fordringshavermora og afføde dennes Virkninger. Overhovedet vil det i gjensidige Obligationsforhold ofte forekomme, at den Part, som er i Fordringshavermora, tillige vil være i Skyldnermora, aktuel eller anteciperet …, med Hensyn til den Ydelse, som han skal erlægge og Virkningerne af denne sidste Mora … ville da praktisk kunne fortrænge Virkningerne af den første.« Fordringshaveren skal – selvføl-

Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky konstaterer, at Lassens opfattelse nok stadig må siges at være den fremherskende inden for obligationsretlig teori.[77] Konsekvensen heraf er imidlertid, at realdebitor kan tvinges til at opbevare ydelsen og afvente mulighed for levering, eller han kan blive nødsaget til at gøre foranstaltninger til at levere til anden side. Efter den traditionelle rubricering ligger det fast, at realdebitor som udgangspunkt får erstattet de herved påløbne omkostninger, men ikke den potentielle fortjeneste, han mister ved ikke at have sin virksomhed i fuld aktivitet imens.[78]

Hvis sådanne tilfælde af fordringshavermora i stedet blev rubriceret som misligholdelse, ville der blive åbnet for videregående erstatning efter de nærmere betingelser for at ikende erstatningsansvar i kontraktforhold. På denne baggrund anfører Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky:

> »Det er udgangspunktet i nærværende fremstilling, at *enhver* kontraktpart er undergivet en *loyalitetspligt*, herunder en pligt til loyalt at *medvirke* til aftalens rigtige opfyldelse … Tilstedeværelsen af denne pligt, der i relation til »realkreditors forhold« kan indebære et pligtbrud, gør det velbegrundet *systematisk* at rubricere fordringshavermora under en *misligholdelses*-overskrift. Betragtningen er altså, at kreditor står i gæld til debitor i forbindelse med sin *modtagelse* af ydelsen.«[79]

Som opfølgning på dette systematiske valg konstateres på side 191:

> »Om fordringshavermora i den enkelte situation udgør en misligholdelse, vil bero på de konkrete omstændigheder.«

Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky tager bl.a. Gomard til indtægt for at ligge på linje med den traditionelle opfattelse om, at fordringshaver-

---

gelig – levere sin kontraktmæssige ydelse. Gør han ikke det, bringer han sig af denne grund i misligholdelse.

77. Der henvises i denne forbindelse bl.a. til Gomard, Obligationsret, 2. del, 2. udg. 1995, side 247f. [3. udg. 2003, side 245f.] samt Ussing, Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 207-208. Ussing behandler også spørgsmålet på side 192 og 201.
78. Jf. således Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 728: »For de Omkostninger, der ved Fordringshaverens Mora paaføres Skyldneren til Tilbud, Omsorgsforanstaltninger, Deposition og Selvhjælpssalg har Skyldneren Ret til Godtgjørelse … dog med Fradrag af, hvad Skyldneren ifølge Moraen besparer og indvinder ved at beholde Ydelsesgjenstanden, eller hvad han blot paa Grund af egen Vilkaarlighed ikke indvinder. … Denne Ret til Godtgjørelse maa tilkomme Skyldneren, selv om Ydelsesgjenstanden ikke kommer Fordringshaveren til Gode, f.Eks. fordi den tilfældigt gaar til Grunde. Derimod kan der i øvrigt ikke tilkomme Skyldneren Erstatning for den Skade, han har lidt ved, at Fordringshaveren ikke har modtaget eller aftaget Ydelsen.«
79. Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 190.

mora – det vil sige den blotte mangel på modtagelse af modpartens ydelse – ikke tillige er misligholdelse. Følgende citat viser imidlertid, at Gomard er enig i, at fordringshavermora i sig selv kan udgøre en misligholdelse:

> »Fordringshavermora betragtes i dansk ret i almindelighed som kreditors undladelse af at udøve den ret, kontrakten giver ham. Kreditors undladelse af at medvirke til afvikling af skyldforholdet kan imidlertid (tillige) som en pligtforsømmelse – eller misligholdelse – fra kreditors side, hvis der i parternes aftale eller skyldforholdets særlige karakter er særligt grundlag for at pålægge kreditor en pligt til at medvirke til opfyldelsen af kontrakten, f.eks. ved *at* aftage eller modtage salgsgenstanden, *at* meddele nødvendige mål eller andre specifikationer som er nødvendige for, at leverandøren kan fremstille eller tilpasse bestilte varer …, eller *at* oplære elever eller vedligeholde medarbejderes viden og kunnen.«[80]

Herved angiver Gomard eksempler på tilfælde, hvor fordringshavermora kan udgøre en misligholdelse.

Arbejdsretligt diskuteres det på samme måde som inden for obligationsretten generelt, om fordringshavermora tillige er misligholdelse. Navnlig diskuteres, om arbejdsgiveren har en egentlig pligt til at modtage arbejdsydelsen; en pligt som misligholdes, hvis arbejdsgiveren midlertidigt er ude af stand til at modtage arbejdsydelsen.

I Enkelte Kontrakter indleder Ussing sin behandling heraf med at fastslå følgende:

> »Hvor Aftalen ikke giver Holdepunkter for en Pligt til at give Arbejde, kan der ikke være Tale om at dømme Arbejdsgiveren dertil. Og den *herskende Opfattelse* i Litteraturen er, *at Arbejdsgiveren ikke har nogen Pligt til at modtage Arbejdet, men kun er i Fordringshavermora*, og deraf udledes atter, at Arbejderen hverken kan kræve Erstatning eller hæve Kontrakten.«[81]

Dette standpunkt om, at det ikke tillige er misligholdelse, at arbejdsgiveren ikke vil benytte arbejdskraften, blot han uophørligt udbetaler løn for den tid, hvor funktionæren har stået til rådighed, støttes af H.G. Carlsen og Danielle Buhl for så vidt angår midlertidige tjenestefritagelser:

---

80. Jf. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 245-246. I samme værk side 84 note 16 siges kreditor at have en egentlig biforpligtelse til at modtage realydelsen: »Sælgerens pligt til at levere varen er en hovedforpligtelse, men køberens pligt til at tage mod varen er en biforpligtelse.« Der siges imidlertid ikke noget om, at det nødvendigvis får konsekvenser, hvis kreditor ikke opfylder denne biforpligtelse. Ikke-opfyldelse er ikke nødvendigvis misligholdelse.
81. Jf. Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 367ff.

»… arbejdsgiveren [har ikke] ubetinget pligt til at holde funktionæren beskæftiget. En række afgørelser har således statueret, at selve den omstændighed, at arbejdsgiveren ikke vil benytte funktionærens arbejdskraft, ikke er misligholdelse. En forudsætning herfor er dog, at der ikke i forbindelse med suspensionen foreligger noget for funktionæren krænkende forhold … og det må i øvrigt antages, at arbejdsgiveren ikke kan forlange, at funktionæren simpelthen skal gå totalt ledig gennem blot nogen tid.«[82]

Ussing stiller imidlertid spørgsmålstegn ved, om opfattelsen af, at arbejdsgiveren ikke har nogen pligt til at modtage arbejdet, men kun er i fordringshavermora, skal fastholdes. Opfattelsen underlægges en indgående drøftelse, og afslutningsvis fremføres følgende tese:

»Ud fra almindelige Forudsætningsregler maa Beføjelsen til at hæve Kontrakten imidlertid kunne tillægges Arbejderen, naar hans Forudsætning om Beskæftigelse var bestemmende og det … *ikke* efter en forstandig Bedømmelse *kan forlanges af Arbejderen, at han skal forholde sig afventende*.«[83]

Umiddelbart herefter opstiller Ussing regler for henholdsvis enkeltstående arbejdsydelser og faste tjenestekontrakter, og for så vidt angår sidstnævnte fastslås følgende:

»Drejer det sig om *faste Tjenestekontrakter*, kan Arbejderen ikke hæve Kontrakten, hvis Arbejdet kun hindres en forholdsvis kortere Tid og Hindringen har rimelig Grund i Arbejdsgiverens Forhold. En Tjener maa saaledes finde sig i, at der ikke er Arbejde til ham, naar Arbejdsgiverens Nægtelse af at give ham Arbejde er Led i den almindelige Organisering af Arbejdet i Bedriften … Og selv en længere Lediggang maa Arbejderen efter Omstændighederne finde sig i, naar Arbejdsgiveren har en anerkendelsesværdig Interesse i at holde ham fast ved Kontrakten, f.Eks. for at undgaa, at Arbejderen tager Ansættelse i en konkurrerende Virksomhed. Men bortset fra saadanne særlige Tilfælde kan Arbejdsgiveren næppe forlange, at Arbejderen skal sidde uvirksom i længere Tid. Og Arbejderen maa i al fald efter almindelige misligholdelsesregler kunne hæve Kontrakten, naar Arbejdsgiverens Nægtelse af at

82. Jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 183f., hvor der henvises til afgørelserne SHT 1897.18, SHT 1940.8, SHT 1951.110, U 1951.884 SH og U 1982.299 SH, samt samme værk side 229ff. På side 233f. konkluderer H.G. Carlsen og Danielle Buhl om de »definitive tjenestefritagelser«, det vil sige suspension og fritstilling under en opsigelsesperiode, at spørgsmålet, om fordringshavermorasituationen tillige er en misligholdelsessituation, ikke kan besvares entydigt. Samtidig konstateres imidlertid, at et svar næppe har større interesse, når de enkelte situationer behandles efter deres egenart, blandt andet med blik for de (muligvis krænkende) omstændigheder, hvorunder de har fundet sted.

83. Jf. Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 370.

> give ham Arbejde enten virker groft krænkende eller som en ubeføjet Tilsidesættelse, der er egnet til at skade Arbejderens Erhvervsmuligheder i Fremtiden eller i øvrigt nedsætte ham i andres Øjne. Som Eksempel herpaa kan nævnes U 1943.506 H, U 1918.108.«

Herefter konkluderer Ussing, at godkendelsen af disse regler er ensbetydende med, at arbejdsgiverens fordringshavermora behandles som misligholdelse, blot med den forskel, at der skal meget til for at gøre misligholdelsen væsentlig, således at »arbejderen« kan hæve kontrakten.

Lars Svenning Andersen erklærer sig enig med Ussing, idet han anfører:

> »Fordringshavermora kan forekomme i mange afskygninger, svingende fra arbejdsmangel på grund af force majeure til suspension for mistanke om uredeligt forhold. Det forekommer hensigtsmæssigt at fastholde, at kravet på arbejde er en del af parternes aftalegrundlag. *Dermed er arbejdsgiverens fordringshavermora*, jf. Ussing side 366ff, *misligholdelse*, men der skal meget til at karakterisere denne som så væsentlig, at det berettiger funktionæren til at hæve ansættelsesforholdet. Der bortses her fra de situationer, hvor en suspension af funktionæren – på grund af provisionsindtjening – umiddelbart får indtjeningsmæssige konsekvenser og dermed – hvor der ikke tilbydes kompensation – efter få dage vil være væsentlig.
>
> Er der tale om en kortere periode, der er velbegrundet i virksomhedens forhold, må funktionæren acceptere dette. Det gælder navnlig, hvor funktionæren hjemsendes, idet et krav om, at funktionæren skal møde uden at skulle udføre arbejde, efter blot kort tid let vil få chikanøs karakter.«[84] [Kursiveringen er foretaget her]

Udsagnet indebærer, at fordringshavermora altid er at betragte som misligholdelse, som imidlertid kan være helt uden konsekvenser.

På baggrund af denne afhandlings definition af misligholdelse som et funktionelt misligholdelsesbegreb lægges det her til grund, at funktionærens levering af sin arbejdsydelse sker med henblik på at modtage arbejdsgiverens hovedydelse – lønnen. Er arbejdsgiveren midlertidigt ude af stand til at modtage arbejdsydelsen, er han alene i fordringshavermora. Han har ikke nogen pligt til at modtage arbejdsydelsen, og der foreligger følgelig ikke misligholdelse fra hans side, medmindre han undlader at opfylde sine kontraktmæssige forpligtelser – navnlig misligholder forpligtelsen til at udbetale løn.

Som introduceret i citatet fra Gomard umiddelbart ovenfor kan der imidlertid ved siden af den blotte aftale om at udveksle arbejdskraft for løn være nogle sekundære forpligtelser, som misligholdes, hvis arbejdsydelsen ikke

84. Jf. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 181.

modtages. Det kan således eksempelvis følge af funktionærkontrakten, at funktionæren skal gennemgå en vis uddannelse gennem sit arbejde, at han skal have lejlighed til at præstere et åndsarbejde eller lignende.[85] Kontrakten eller omstændighederne i funktionærforholdet i øvrigt kan altså i en konkret situation give tilstrækkelige holdepunkter for at konstatere, at den manglende modtagelse af arbejdsydelsen tillige udgør en misligholdelse.

3.4.2 Retsvirkning af lovligt forfald og andet fravær

Dette afsnit vedrører først og fremmest den definitionsmæssige undtagelse om, at der ikke foreligger misligholdelse for så vidt angår tilfælde af ikke-opfyldelse, som fordringshaveren bærer risikoen for. Gomard udtrykker det således:

> »En fordring er i almindelighed opfyldt, således at der ikke kan opstå noget spørgsmål om misligholdelse, når risikoen for ydelsen er gået over på kreditor.«[86]

I funktionærretlig sammenhæng er denne undtagelse interessant for så vidt angår de typer af fravær, der kan karakteriseres som lovligt forfald. Dette beror på, at risikoen for, at arbejdsydelsen ikke kan leveres under funktionærens lovlige forfald, er overført til arbejdsgiveren. Dette behandles nærmere her.

Foruden de tilfælde af fravær, som arbejdsgiveren bærer risikoen for, behandles i dette afsnit også andre typer af fravær. Dette sker af fremstillingsmæssige hensyn. For det første behandles således også det undskyldelige eller hændelige fravær, som er uden andre konsekvenser end fradrag i lønnen. For det andet berøres den form for fravær, som udgør en misligholdelse af arbejdsforpligtelsen.[87]

---

85. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 183, samt Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 532.
86. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 12.
87. I forbindelse med den sidstnævnte type af fravær skal for en god ordens skyld gøres opmærksom på, at dette fravær falder uden for hovedoverskriften i dette afsnit (»Ikke-opfyldelse, der undtages fra misligholdelsesbegrebet«). Inddragelsen i afsnittet er imidlertid sket med henblik på at give en samlet fremstilling af konsekvenserne af fravær.

Lovligt forfald	Hændeligt/ undskyldeligt fravær	Andet fravær
Arbejdsgiverens risiko.	Funktionærens risiko.	Misligholdelse af hovedforpligtelsen.
Ingen konsekvenser for ansættelsesforholdet.	Ingen konsekvenser for ansættelsesforholdet.	Grov misligholdelse.
Fuldt vederlag.	Ingen krav på vederlag.	Bortvisning mulig.

Inden for arbejdsretten hersker der på dette område betydelig grad af terminologisk usikkerhed og teoretisk uenighed. Formålet med dette afsnit er at systematisere fraværstilfældene i overensstemmelse med det funktionelle misligholdelsesbegreb.[88] Dette indebærer en ny og anderledes form for systematisering, hvor fravær vil blive beskrevet og behandlet så nær den almindelige obligationsret som muligt. Efter denne gennemgang behandles nogle af de tilgange, som andre arbejdsretsteoretikere har valgt at støtte deres arbejde på.

3.4.2.1 Lovligt forfald

Begrebet »lovligt forfald« har sit retshistoriske rodfæste helt tilbage i Danske Lov af 15. april 1683, jf. U 2001 B 322, hvor forfatteren, Ulla Otken, diskuterer, hvornår man har lovligt forfald i forhold til at møde i retten. Om begrebet siges:

> »Begrebet at have lovligt forfald stammer helt tilbage fra Christian den V's Danske Lov, hvor det i 1-4-30 blev bestemt, at »Befindis nogen lovligt stævnet ... og hverken hand selv, eller hans fuldmægtig møder for sin tilbørlig Under- eller Over-Dommere, og uden han haver lovlig Forfald ... da skal Dommeren efter fremlagte Breve og Bevisligheder i Sagen dømme ...«. I Danske Lovs 1-4-32 findes en tilsvarende bestemmelse vedrørende sagsøgers udeblivelse.«

Foruden konstateringen af begrebets retshistoriske rodfæstelse kan artiklens indholdsmæssige diskussion af »lovligt forfald« i forhold til at give møde i retten ikke overføres til »lovligt forfald« i forhold til at møde på arbejdet. Dette hænger sammen med, at arbejdsforpligtelsen er en løbende og vedvarende forpligtelse i modsætning til forpligtelsen til at give et

88. Jf. herom i afsnit 3.1: »Definition af misligholdelsesbegrebet«.

enkelt møde i en retssal. Der skal derfor noget mere til for at dokumentere lovligt forfald i forhold til et retsmøde, end der skal i forhold til arbejdsforpligtelsen. Til illustration heraf fremhæves det i artiklen, at der er snævre krav til indholdet af den lægeerklæring, der skal dokumentere, at et vidne eller en sagsøger har lovligt forfald i form af sygdom. En standardlægeerklæring, hvor der blot er afkrydset i feltet sygemelding, er således utilstrækkelig for dommernes vurdering af, om den pågældende er så syg, at det ikke er muligt at møde i retten.[89] I funktionærforhold har arbejdsgiveren ikke krav på at få at vide, hvad funktionæren fejler,[90] men blot at han efter en lægelig vurdering er uarbejdsdygtig på grund af sygdom. Anvendelsen af standardlægeerklæringer er således fuldt ud tilstrækkelige som dokumentation for sygdom som lovlig forfaldsgrund i et funktionærforhold.[91]

Det obligationsretlige udgangspunktet er, at realdebitor (sælgeren, udlejeren, arbejdstageren) bærer faren for realydelsens hændelige undergang eller forringelse, indtil levering har fundet sted, jf. om køb købelovens § 17, stk. 1. Samtidig med leveringen – og risikoens overgang – indtræder realkreditors forpligtelse til at svare vederlaget.

Reglen om risikoovergang ved levering eller aflevering lægger risikoen på den part, der har rådighed over realydelsen og dermed har mulighed for at sikre leverancen.[92]

---

89. Jf. eksempelvis U 2003.1439 Ø.
90. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 125: »Arbejdsgiveren har intet krav på lægelig oplysning om sygdommens art.« I denne forbindelse henvises til utr. SHD af 30/6-1972 (F 22/1972). Denne udtalelse modificeres dog en smule på side 128 i samme værk, hvor det udtales: »Er der med en vis føje rejst tvivl om uarbejdsdygtigheden, vil funktionærens modvilje ved at oplyse diagnosen e.o. kunne medføre processuel skadevirkning. I sådanne tilfælde vil det også komme på tale at afhøre lægen som vidne.« I denne forbindelse henvises til U 1963.201 V, hvor en funktionær, som ved sin ansættelse 2 år tidligere havde fortiet helbredsoplysninger, ikke kunne kræve løn under sygdom.
91. I denne sammenhæng bemærkes, at Folketinget den 19. maj 2005 vedtog lovforslag nr. 21 fremsat af beskæftigelsesministeren den 24. februar 2005, som med virkning fra den 1. juli 2005 ændrer blandt andet § 7, stk. 2 i lov om dagpenge ved sygdom og fødsel således, at lægeerklæringen skal indeholde oplysninger om, hvilke *konkrete funktionsbegrænsninger* sygdommen medfører. Disse oplysninger er til brug for indsatsen for at fastholde lønmodtageren og fremme hel eller delvis tilbagevenden til arbejdspladsen. Under Folketingets behandling indsendte flere lønmodtagerorganisationer (HK, FTF, FOA og 3F) høringssvar til Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg, hvor de af forskellige årsager udtrykte betænkeligheder ved forslaget. På trods heraf blev forslaget vedtaget i uændret form af et bredt flertal. Kun SF og Enhedslisten stemte imod.
92. Sml. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 39.

Dette er også det almindelige udgangspunkt inden for funktionærretten: Funktionæren bærer risikoen for, at arbejdsydelsen leveres til arbejdsgiveren, og han kan alene oppebære løn for leveret arbejde.

Inden for funktionærretten er udgangspunktet imidlertid fraveget for så vidt angår de tilfælde, der kan kategoriseres under betegnelsen »lovligt forfald«. Undtagelsen for så vidt angår disse tilfælde svarer præcist til den overordnede undtagelse fra misligholdelsesbegrebet:[93] Den manglende eller ufuldstændige levering af arbejdsydelsen udgør ikke en misligholdelse, fordi arbejdsgiveren bærer risikoen for, at der i disse særlige tilfælde ikke kan ske levering. Arbejdsgiverens forpligtelse til at betale løn opretholdes, idet risikoen til fulde er overført til ham.[94]

Bestemmelser om lovligt forfald kan forekomme i lovgivningen, i kollektive overenskomster, lokalaftaler og i individuelle ansættelseskontrakter. Herudover kan et fravær anses for at være lovligt forfald, hvis der i konkrete tilfælde er kutyme for, at der udbetales løn på trods af fraværet.

Omvendt sker der i nogle tilfælde fritagelse for pligten til at betale løn under lovligt forfald. Af funktionærlovens § 5, stk. 1 fremgår således, at der undtages for arbejdsgiverens betalingsforpligtelse, hvis funktionæren under tjenesteforholdets beståen har pådraget sig sygdommen ved forsæt eller grov uagtsomhed, eller han ved stillingens overtagelse svigagtigt har fortiet, at han led af den pågældende sygdom.[95] Af funktionærlovens § 5, stk. 2 fremgår, at det ved skriftlig kontrakt i det enkelte tjenesteforhold kan bestemmes, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i ialt 120 dage.[96] Ifølge forarbejderne[97] er denne bestemmelse indført af hensyn dels til at sætte en vis tidsbegrænsning for arbejdsgiverens pligt til at betale løn til den sygemeldte funktionær, dels til at det kan være i såvel arbejdsgiverens som funktionærens interesse at kunne ordne forholdet således, at tjenesteforholdet kan opsiges uden sædvanligt opsigelsesvarsel, når sygdommen har varet en vis tid.

---

93. Jf. afsnit 3.1: »Definition af misligholdelsesbegrebet«.
94. Jf. Ussing, Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 357 og 359.
95. Udeblivelse på grund af selvforskyldt eller fortiet sygdom medfører ikke uden videre adgang til at hæve kontakten og kræve erstatning. Udøvelse af disse misligholdelsesbeføjelser fordrer, at de herom gældende betingelser er opfyldte. Efter omstændighederne kan fortiet sygdom med hjemmel i de aftaleretlige ugyldighedsregler give arbejdsgiveren mulighed for at træde tilbage fra aftalen.
96. Opmærksomheden skal henledes på, at bestemmelsen er sat ud af kraft i de kollektive overenskomster på statens og kommunernes område.
97. Rigsdagstidende 1937-38, tillæg B spalte 2076.

Opmærksomheden skal henledes på, at anvendelsen af begrebet »lovligt forfald« ikke er sikker i den praktiske arbejdsret, jf. således Hasselbalch:

> »Love og overenskomster anvender også undertiden udtryk uden sikkert begrebsmæssigt indhold. F.eks. fastslås undertiden, at dette eller hint fravær er *»lovligt forfald«*, uden at der siges noget om, hvad der forstås herved. I funktionærlovens § 5 markerer denne betegnelse således det *betalings*forpligtende sygefravær, hvorimod det ifølge medhjælperlovens (lov om medhjælpere i landbruget mv.) forarbejder (d.v.s. forarbejderne til medhjælperloven af 1961, § 14, stk. 3), blot udtrykker, at uarbejdsdygtigheden ikke legalt kan påberåbes til arbejdsforholdets ophør.«[98]

Også Lars Svenning Andersen påpeger den usikre begrebsanvendelse:

> »Det funktionærretlige udgangspunkt er, at der skal betales normal løn, når funktionæren har »*lovligt forfald*« … Terminologisk synes udtrykket arbejdsretligt anvendt i flæng på de situationer, hvor lønmodtagerens fravær ikke er ophævelsesgrund, uden at der samtidig er taget stilling til lønforpligtelsen.«[99]

Inden for den arbejdsretlige teori og praksis foreligger utvivlsomt en terminologisk usikkerhed om indholdet af begrebet »lovligt forfald«.

I denne afhandling lægges det til grund, at begrebet kan anvendes i overensstemmelse med den obligationsretlige teori om risikoens overgang. Begrebet »lovligt forfald« omfatter således de tilfælde, hvor *risikoen* for manglende levering eller ukontraktmæssig levering af arbejdsydelsen er overført til arbejdsgiveren. Funktionæren er hermed fritaget for at levere arbejdsydelsen, mens arbejdsgiverens forpligtelse til at betale lønnen opretholdes.

Eksempler på lovligt forfald[100] nævnes i det umiddelbart følgende. Indledningsvist påpeges, at der for så vidt angår de nævnte eksempler kun foreligger lovligt forfald i den her skildrede betydning (det vil sige, at risikoen for levering hviler på arbejdsgiveren), hvis det konkrete tilfælde er omfattet af en særlig hjemmel herfor. For funktionærers vedkommende findes hjemlen i vidt omfang i funktionærloven. Herudover

98. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 472, note 59. På baggrund heraf fraviger Hasselbalch begrebet lovligt forfald og opstiller i stedet begrebet »lovligt fravær«, som angiveligt favner videre såvel i forhold til lønmodtagergrupper, som i forhold til fraværsgrunde. Dette omtales nærmere nedenfor i afsnit 3.4.2.4: »Andre teoretikeres systematisering af fraværstilfældene«.
99. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 258.
100. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 258f. samt Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 473, note 60.

findes der bestemmelser om lovligt forfald i kollektive overenskomster og individuelle ansættelsesaftaler. Disse kilder suppleres af kutymer på arbejdspladserne. Hvor der ikke foreligger en hjemmel for, at et konkret fravær er lovligt forfald, må det afgøres helt konkret, om tilfældet skal karakteriseres som »Undskyldeligt/hændeligt fravær«, jf. afsnit 3.4.2.2, eller »Uberettiget fravær«, jf. afsnit 3.4.2.3.

- Sygdom, jf. funktionærlovens § 5. Se nærmere herom nedenfor side 54ff.
- Militærtjeneste, jf. funktionærlovens § 6. Ifølge denne bestemmelses andet stykke har en funktionær ikke krav på løn under den første indkaldelse, hvorimod arbejdsgiveren under senere indkaldelser er forpligtet til at betale løn for den måned, i hvilken indkaldelsen finder sted, og den derpå følgende måned. Kun for så vidt angår den del af perioden, hvor arbejdsgiveren er forpligtet til at betale løn, er der »lovligt forfald«.
- Graviditet og barsel, jf. funktionærlovens § 7, i hvilken forbindelse funktionæren delvist har ret til løn fra arbejdsgiveren, delvist har ret til barselsdagpenge fra det offentlige.
- Ferie, jf. ferielovens regler. Retten til fravær med henblik på ferie gælder, uanset om ferien er optjent eller ej. Det er imidlertid kun for så vidt angår den ferie, der er optjent hos arbejdsgiveren, at fraværet er »lovligt forfald«.
- Frihed til at søge anden beskæftigelse, jf. funktionærlovens § 16, ifølge hvilken en funktionær i en opsagt stilling – uden afkortning i lønnen – skal have den nødvendige fritagelse fra arbejdet til at søge anden beskæftigelse. (Bestemmelsen anvendes analogt forud for en funktionærs fratrædelse fra en tidsbegrænset stilling). Funktionæren skal dog tage tilbørligt hensyn til arbejdsgiverens ønske om, at arbejdssøgningen lægges på det gunstigst mulige tidspunkt for arbejdet i virksomheden.
- Ifølge arbejdsmiljølovens § 10 skal arbejdsgiveren afholde udgifterne ved en sikkerhedsrepræsentants udøvelse af sit hverv, og han skal godtgøre sikkerhedsrepræsentantens tab af indtægt.
- Regler i overenskomster, lokalaftaler og individuelle ansættelseskontrakter kan give mulighed for frihed under nærmere fastsatte kriterier. Således er det ikke ualmindeligt, at en funktionær har ret til fuld frihed og fuld lønkompensation i tilfælde af barns 1. sygedag, 1. maj, flytning, jubilæer, højtider, familiebegivenheder eller andre aftalte fridage.

Nærmere om sygdom som forfaldsgrund

Om *sygdom* fremgår det af funktionærlovens § 5, stk. 1, 1. led, at funktionæren har lovligt forfald, hvis han på grund af sygdommen bliver ude af stand til at udføre sit arbejde.

Af § 7, stk. 1 i lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel fremgår, at arbejdsgiveren kan forlange, at en fraværende lønmodtager inden for en rimelig frist ved en skriftlig erklæring eller på anden måde dokumenterer, at fraværet skyldes sygdom. Denne dokumentation kan foreligge ved en såkaldt tro og love-erklæring. Hvis arbejdsgiveren skønner, at det er nødvendigt, kan han endvidere forlange en lægeerklæring af lønmodtageren, jf. § 7, stk. 2. Denne erklæring skal ifølge bestemmelsen betales af arbejdsgiveren. Lægeerklæringen, der skal udarbejdes efter en personlig konsultation, kan arbejdsgiveren normalt tidligst forlange udstedt på 4. sygedag.[101]

Det kan herefter sammenfattende konstateres, at to betingelser kan fordres opfyldt, for at arbejdsgiveren kan afkræves løn under sygdom:

- Der skal være tale om uarbejdsdygtig som følge af sygdommen og
- såvel sygdommen som spørgsmålet om uarbejdsdygtighed og varigheden heraf skal på arbejdsgiverens (eller eventuelt dagpengemyndighedens) anmodning dokumenteres med en lægeerklæring, evt. en speciallægeerklæring,[102] jf. funktionærlovens § 5, stk. 4 og lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel § 7.[103]

---

101. Der kan henvises til note 91 på side 50 med nærmere omtale af ændringen af blandt andet reglen i § 7.

102. Speciallægeerklæringer kan være svære at fremskaffe på kort tid, idet der ofte er lange ventetider hos specialisterne. I afgørelsen U 2003.2190/2 V blev funktionæren bedt om at fremskaffe en speciallægeerklæring, men blev bortvist, inden denne forelå. Landsretten lagde til grund, at funktionæren fra det tidspunkt, hvor hun indså berettigelsen af arbejdsgiverens krav om speciallægeerklæring og de alvorlige konsekvenser, manglende efterkommelse af dette krav kunne få – med hjælp fra sin fagforening og egen læge – forsøgte at få en aftale med en psykiater. Det blev efter bevisførelsen lagt til grund, at funktionæren havde udfoldet alle relevante bestræbelser i denne forbindelse, men at det i overensstemmelse med de generelle oplysninger om ventetider hos speciallæger ikke lykkedes at få aftalt et tidspunkt for konsultation hos en psykiater inden for de fastsatte frister eller i øvrigt inden for en tidshorisont på i hvert fald nogle måneder. Arbejdsgiveren var både mundtligt og skriftligt blevet underrettet herom og om, at funktionæren fortsat arbejdede på at finde frem til en psykiater med en kortere ventetid. På denne baggrund var funktionæren kommet med en fyldestgørende begrundelse for ikke at have opfyldt kravet om speciallægeerklæring inden den fastsatte frist. I øvrigt blev det lagt til grund, at det i det konkrete tilfælde ikke var relevant at forlange, at erklæringen om sygdommens varighed blev udstedt af en specialist og ikke af funktionærens egen læge. Bortvisningen havde derfor ikke været berettiget.

103. Et eksempel på, at bortvisning blev anset for berettiget som følge af udokumenteret

Foreligger der sygdom, men ikke uarbejdsdygtighed skal arbejdsgiveren have arbejdsydelsen tilbudt, medmindre udførelsen af arbejdsopgaven vil skade helbredelsen. Foreligger der delvis uarbejdsdygtighed, er funktionæren forpligtet til at tilbyde arbejdsgiveren sin delvise arbejdsydelse. Arbejdsgiveren er imidlertid ikke forpligtet til at modtage den delvise ydelse, men han kan miste retten til dagpengerefusion for denne andel af sygemeldingen.[104]

Ifølge Lars Svenning Andersen[105] tilsidesætter domstolene sjældent lægeerklæringer. Han henviser imidlertid til, at det skete i U 1967.686 SH, hvor en efterfølgende indhentet lægeerklæring ikke kunne tillægges vægt mod de afgivne forklaringer om tilstanden ved bortgangen:

> To lægesekretærer forlod deres arbejdsplads, efter at de – sammen med resten af personalet fra afdelingen – havde fået en påtale fra overlægen om samarbejdet på afdelingen, kaffepauser og overholdelse af arbejdstiderne. Umiddelbart efter påtalen havde lægesekretærerne diskuteret retfærdigheden i påtalen, og lidt senere gik de grædende ind til en anden overlæge for at forklare, hvad der var sket og bede om lov til at gå hjem. Denne skønnede imidlertid, at de ikke var syge. Han kunne derfor ikke give dem tilladelse til at gå og han sagde, at de ikke måtte forlade hospitalet. Under medvirken fra en lægesekretær fra en naboafdeling forlod de imidlertid senere hospitalet, og de mødte ikke på arbejdet næste dag, men deres ægtefæller meldte dem syge. I dagene herefter henvendte sekretærerne sig til deres egne læger og fik udstedt lægeerklæringer. Overlægen havde imidlertid henvist sagen til hospitalets ledelse, som skrev til lægesekretærerne, at man betragtede dem som værende afgået fra hospitalets tjeneste, fordi de havde forladt deres arbejde.
>
> Under den efterfølgende retssag om bortvisningens berettigelse lagde retten til grund, at overlægens påtale vel nok havde været kraftig, men dog næppe af en sådan karakter, at den berettigede lægesekretærerne til at forlade afdelingen, hvilket de da også var nægtet tilladelse til og var frarådet. Retten anså det ikke for bevist, at lægesekretærerne havde forladt arbejdet på grund af sygdom. Hospitalet fik herefter medhold i, at sekretærernes bortgang havde været uberettiget.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl er mere åbne over for muligheden for at tilsidesætte lægeerklæringer end Lars Svenning Andersen. Således anfører de førstnævnte forfattere:

---

fravær, foreligger i afgørelsen U 2001.1743 H, som er refereret ovenfor i afsnit 3.3: »Misligholdelse af funktionærkontrakters hoved- og biforpligtelser«.

104. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 329.
105. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 339.

»Misbrug af sygemelding og lægeattest f.eks. i forbindelse med dårligt klima på arbejdspladsen eller med opsigelse ses undertiden og vil blive betragtet som misligholdelse.«[106]

Som dokumentation herfor henvises til afgørelsen U 1980.214 H, hvor de nærmere omstændigheder var følgende:

To klinikassistenter var utilfredse med forholdene på den tandklinik, hvor de var ansat. Som følge heraf udeblev de fra arbejdet den 1. marts 1977 og henvendte sig til HK, hvor de angav, at arbejdsforholdene på klinikken var således, at de ikke magtede at gå på arbejde. Herpå blev de rådet til at gå til læge, og HK påtog sig at melde dem syge hos arbejdsgiveren. I forbindelse med indtelefoneringen af sygemeldingen foreslog HK arbejdsgiveren, at der blev afholdt en forhandling om arbejdsforholdene på klinikken. Arbejdsgiveren henvendte sig derefter til sin arbejdsgiverorganisation, som på hans vegne bortviste klinikassistenterne to dage efter udeblivelsen. I mellemtiden havde klinikassistenterne været hos lægen, som erklærede dem uarbejdsdygtige på grund af sygdom. Lægeerklæringerne blev via HK sendt til arbejdsgiveren og var sidstnævnte i hænde den 4. marts.

Det blev af Højesteret lagt til grund, at telefonsamtalen mellem HK og arbejdsgiveren havde haft til formål at få et møde i stand med arbejdsgiveren for at få bilagt de faglige uoverensstemmelser på arbejdspladsen. Arbejdsgiveren havde benægtet, at HK under samtalen havde sagt, at klinikassistenterne udeblev på grund af sygdom. Det fandtes på denne baggrund ikke godtgjort, at sygemeldingerne var indgivet denne dag. Herefter antog retten, at der forelå en lovlig bortvisning af klinikassistenterne.

Som det fremgår af dette referat, fandt Højesteret bortvisningen berettiget, fordi der ikke var ført bevis for, at arbejdsgiveren havde modtaget sygemeldingen allerede den 1. marts – det vil sige første sygedag. Arbejdsgiveren fik først sygemeldingen i forbindelse med modtagelsen af lægeerklæringen den 4. marts, altså tre dage senere. Klinikassistenterne var således udeblevet fra arbejdet i 3 dage uden at melde lovligt forfald. Af *denne* grund var bortvisning berettiget. Højesteret havde herefter ikke grund til at tage stilling til, om sygemeldingerne var berettigede eller ej. Det findes derfor at være for vidtgående, når H.G. Carlsen og Danielle Buhl anfører dommen som dokumentation for, at misbrug af sygemelding og lægeattest – eksempelvis i forbindelse med dårligt klima på arbejdspladsen – vil blive betragtet som misligholdelse.

106. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 127.

Det er videre anført hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl, at sager om misbrug af sygemelding og lægeattest er vanskelige.[107] I denne forbindelse henvises til afgørelsen:

U 1989.964 Ø – Lægeerklæring om uarbejdsdygtighed blev ikke tilsidesat på trods af skiferie

En funktionær havde af sin arbejdsgiver fået afslag på at holde vinterferie i 1987. Den 13. februar 1987 sendte funktionæren en lægeerklæring til arbejdsgiveren, hvorefter hun på grundlag af en lægekonsultation af 11. februar var fundet uarbejdsdygtig formentlig i kortere tid på grund af sygdom. Omkring den 13. februar tog funktionæren til Østrig i en uge med sin samlever og to børn. Arbejdsgiveren bortviste herefter funktionæren. I en senere erklæring oplyste lægen nærmere, at funktionæren havde været »psykisk kørt ned« på grund af forhold på arbejdspladsen, og at han havde sagt til funktionæren, at det muligvis var godt, at hun tog væk et stykke tid. Der fandtes ikke grundlag for at tilsidesætte lægeerklæringen om funktionærens uarbejdsdygtighed, og bortvisningen havde derfor været uberettiget.

Ovennævnte teori og praksis kan sammenfattes til, at der kan rejses så megen tvivl om sandsynligheden for sygdom, at fundamentet for sygemeldingen falder bort. En lægeerklæring kan kun tjene som dokumentation for en tilstand, som rent faktisk foreligger. Lægeerklæringen kan ikke i sig selv skabe denne tilstand.

Funktionærens forpligtelse til at dokumentere berettigelsen af sit sygefravær har givet anledning til flere retssager, hvoraf nogle skal omtales nærmere her:

U 1998.1761 Ø – Berettiget at bortvise funktionær, som på grund af bortrejse overså krav om lægeerklæring

Funktionæren havde siden april 1994 været ansat i en stilling, hvor hendes primære opgave var at besvare telefonen og udføre forefaldende arbejde. Funktionæren sygemeldte sig fra onsdag den 20. marts 1996 og tre dage senere – lørdag den 23. marts

107. De bevismæssige vanskeligheder, som en arbejdsgiver kan have i tilfælde af mistanke om urigtig sygemelding, blev sat på spidsen i afgørelsen U 2004.273 Ø (som refereres indgående på side 128), hvor arbejdsgiveren havde ladet den sygemeldte funktionær overvåge af et detektivbureau, men ikke desto mindre blev frifundet for funktionærens krav om tortgodtgørelse for krænkelse af privatlivets fred i henhold til erstatningsansvarslovens § 26.

– tog hun på et ferieophold af en uges varighed i en hytte i Norge, som tilhørte arbejdsgiveren.

I henhold til arbejdsgiverens sygeregulativ skulle en syg medarbejder følge en ganske særlig procedure, blandt andet på 4. sygedag fremsende en lægeerklæring til personaleafdelingen. Såfremt erklæringen ikke fremkom inden den angivne frist, fremgik det af personaleregulativet, at medarbejderen kunne opsiges med omgående virkning.

Fredag den 22. marts – på funktionærens 3. sygedag – sendte arbejdsgiveren en skrivelse til funktionæren, som bar overskriften »sygeerklæring«. I denne blev funktionæren bedt om at fremsende en sygeerklæring, således at den var personaleafdelingen i hænde senest tirsdag den 26. marts. Regningen kunne vedlægges erklæringen. Videre hed det i skrivelsen: »Vi går ud fra, at du ikke holder ferie som aftalt, da du ikke har raskmeldt dig …«

Ved skrivelse af 27. marts skrev arbejdsgiveren til funktionæren: »Med henvisning til vort brev af 22. marts 1996, skulle vi have modtaget en lægeerklæring fra dig den 26. marts 1996. Vi skal derfor meddele dig, at vi forventer at høre fra dig inden 2 dage d.v.s. den 29. marts 1996, enten i form af en lægeerklæring eller ved fremmøde, da vi ellers må betragte dig som fratrådt din stilling pr. 27. marts 1996 …«

Under den efterfølgende retssag stadfæstede landsretten byrettens afgørelse om, at bortvisningen var berettiget. Landsretten lagde som byretten til grund, at det efter bevisførelsen ikke kunne anses for godtgjort, at funktionæren, før hun var taget på ferie, havde raskmeldt sig over for nogen i virksomheden. Landsretten tiltrådte ligeledes byrettens præmis om, at der ikke påhvilede arbejdsgiveren nogen pligt til at foretage en selvstændig undersøgelse af, hvorvidt funktionæren fortsat var syg, eller om hun var taget på ferie. Herudover henviste landsretten til byrettens i øvrigt anførte grunde, det vil sige, at det som ubestridt og i øvrigt godtgjort blev lagt til grund, at arbejdsgiverens regler om sygefravær fulgtes nøje. Reglerne var klare, og det fremgik af dem, at det var forbundet med alvorlige konsekvenser for den ansatte, hvis reglerne ikke blev overholdt. Byretten summerede sine præmisser op til, at bortvisningen var berettiget, fordi funktionæren ikke reagerede på arbejdsgiverens skrivelser inden for den fastsatte frist. Denne bemærkning blev af landsretten sammenfattet til en konstatering af, at funktionærens misligholdelse af ansættelsesforholdet måtte betragtes som væsentlig.

På linje med den senere afgjorte højesteretssag U 2001.1743 H[108] er dommen her udtryk for, at funktionæren havde misligholdt sin hovedforpligtelse til at levere arbejdsydelsen, fordi hun kun var fritaget fra denne pligt i tilfælde af lovligt forfald. På arbejdsgiverens forlangende skulle sygemeldingen dokumenteres ved lægeerklæring, og da dette ikke skete, forelå et udo-

108. Refereret ovenfor på side 37.

kumenteret fravær. Landsrettens præmis om, at dette fravær er væsentlig misligholdelse, er helt korrekt.

Henrik Karl Nielsen anfører følgende om dommen:

> »Er funktionæren sygemeldt, har arbejdsgiver en berettiget forventning om, at funktionæren kan kontaktes på sin bopæl, og at skriftlige anmodninger om, at funktionæren fremsender lægeerklæring kan tilsendes funktionæren på funktionærens bopæl. Det vil formentlig som oftest blive betragtet som funktionærens problem, hvis funktionæren bringer sig ude af stand til at reagere på sådanne henvendelser fra arbejdsgiveren, fordi funktionæren under sygdom tager ophold udenfor hjemmet, eller hvis funktionæren uden at raskmelde sig påbegynder ferie …«[109]

Foruden lægeerklæringer kan arbejdsgiveren i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 4 kræve nærmere oplysninger om varigheden af funktionærens sygdom gennem en varighedserklæring, der udstedes af funktionærens læge eller en af funktionæren valgt specialist. En sådan varighedserklæring kan forlanges under sygdom af mere end 14 dages varighed. Opfylder funktionæren ikke denne pligt, uden at der foreligger fyldestgørende begrundelse herfor, er arbejdsgiveren berettiget til at hæve tjenesteforholdet uden varsel.

De følgende to afgørelser om for sen fremsendelse af varighedserklæringer nåede frem til modsatrettede resultater. Årsagen hertil beror på de konkret foreliggende omstændigheder.

U 1991.492 SH – Uberettiget at bortvise funktionæren, fordi varighedserklæring ikke fremkom inden frist

Funktionæren var med virkning fra 1. maj 1984 ansat på halv tid hos arbejdsgiveren og med virkning fra august 1988 på halv tid hos en anden arbejdsgiver. I 1986 blev oprettet en HK-klub hos arbejdsgiveren, og funktionæren blev valgt som tillidsrepræsentant. I foråret 1987 blev hun tillige indvalgt som medlem af HK's lokale afdelingsbestyrelse.

Efter funktionærens opfattelse opstod der i løbet af 1988 og de første måneder af 1989 forskellige gnidninger mellem funktionæren og arbejdsgiveren. Tirsdag den 16. maj 1989 blev funktionæren af sin egen læge sygemeldt hos arbejdsgiveren. Der blev udarbejdet lægeerklæring om uarbejdsdygtighed, hvoraf fremgik, at uarbejdsdygtigheden skønnedes at ville vare kortere tid.

Den 19. juli 1989 skrev arbejdsgiverforeningen til HK-forbundet, at arbejdsgiveren fandt, at der forelå tvingende årsager til at afskedige tillidsrepræsentanten, det

109. Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 264.

vil sige funktionæren. I denne forbindelse blev der ytret undren over, at funktionæren blot havde været sygemeldt hos arbejdsgiveren, men i hele perioden havde passet sit deltidsarbejde hos den anden arbejdsgiver. Arbejdsgiverforeningen anmodede på baggrund heraf om en snarlig forhandling med HK-forbundet.

På forespørgsel fra HK meddelte funktionærens læge ved skrivelse af 21. juli, at årsagen til sygemeldingen var en psykisk reaktion på en arbejdskonflikt, som havde gjort det umuligt for funktionæren at møde på arbejdspladsen. Sygemelding fra hendes andet deltidsjob havde været unødvendig.

Den 27. juli afholdtes mæglingsmøde mellem organisationerne, hvor arbejdsgiverforeningen fastholdt, at der forelå tvingende årsager for afskedigelse af funktionæren uden varsel, mens HK mente, at der kunne foreligge organisationsforfølgelse fra arbejdsgiverens side.

Ved skrivelse af 28. juli udbad arbejdsgiveren sig en varighedsattest senest den 2. august 1989. Netop denne attest kunne imidlertid ikke fremskaffes før efter den 21. august, da funktionærens læge holdt ferie. Arbejdsgiveren fastholdt kravet om en varighedsattest, men forlængede dog fristen til 9. august, og samtidig blev det oplyst, at funktionæren ville blive bortvist, hvis attesten ikke fremkom inden dette tidspunkt.

En lægekompagnon afslog – efter at have rådført sig med lægeforeningens attestudvalg – at udstede varighedsattesten. Herom forklarede han for retten, at han »var meget betænkelig ved at udstede [attesten], dels fordi han – selv om [funktionærens] journal var i hans besiddelse – intet kendskab havde til hendes psykisk betingede lidelse eller på den korte tid, der ville være til rådighed, kunne danne sig en opfattelse herom, dels fordi der alene var tale om en selektiv halvtidssygemelding, som [han] i sig selv var usikker overfor.« Ifølge sin partsforklaring forsøgte funktionæren selv at opsøge en anden læge i byen, men også han afslog at skrive varighedserklæringen.

Ved skrivelse af 9. august blev funktionæren bortvist. Den 22. august – efter sin hjemkomst fra ferie – udfærdigede funktionærens egen læge en varighedserklæring, hvoraf fremgik, at sygdommen skønnedes at vare 4-6 uger endnu.

Sø- og Handelsretten lagde til grund, at funktionæren havde været syg i hele den i sagen omhandlede periode, og at hun, da krav om varighedserklæring blev fremsat, udfoldede alle rimelige og mulige bestræbelser for at opfylde kravet. Det blev videre lagt til grund, at funktionærens psykisk betingede sygdom var af en sådan særlig beskaffenhed, at den læge, der vikarierede for hendes sædvanlige læge under dennes ferie, ikke fandt det lægeligt forsvarligt at udfærdige en varighedserklæring, og herom underrettede lægen da også arbejdsgiveren. Endelig blev det taget i betragtning, at arbejdsgiveren først fremsatte krav om varighedserklæring efter ca. 2½ måneds sygdom og da med meget korte frister for fremskaffelse heraf. Under de således foreliggende omstændigheder kunne det forhold, at funktionæren ikke opfyldte sin pligt efter funktionærlovens § 5, stk.

4 til at fremskaffe varighedserklæringen inden den af arbejdsgiveren senest fastsatte frist ikke bevirke, at arbejdsgiveren havde været berettiget til at bortvise funktionæren.

Som det fremgår af referatet, var de faktiske omstændigheder op til det af arbejdsgiveren fremsatte krav om varighedserklæring præget af en faglig strid mellem arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationen vedrørende spørgsmålet, om der forelå tvingende årsager for afskedigelse af funktionæren uden varsel i kraft af dennes hverv som tillidsrepræsentant. Dette beskæftigede Sø- og Handelsretten sig ikke med i sit votum. Retten lagde til grund, at funktionæren på grund af sygdom havde været uarbejdsdygtig i forhold til sit ansættelsesforhold hos arbejdsgiveren (selvom hun ikke var sygemeldt i forhold til sit andet job). Der var tale om en psykisk betinget sygdom af en sådan særlig beskaffenhed, at lægevikaren ikke uden videre kunne udfærdige lægeerklæringen. Disse særlige omstændigheder omkring sygdommen var nært knyttet til ansættelsesforholdet hos arbejdsgiveren, og derfor skulle funktionæren ikke bære risikoen for, at den vikarierende læge ikke ville udstede erklæringen, mens funktionærens egen læge var bortrejst på ferie. Funktionæren havde gjort, hvad hun kunne, idet hun udfoldede alle rimelige og mulige bestræbelser for at opfylde kravet.

Ved ydermere at lægge vægt på, at arbejdsgiverens krav om varighedsattest fremkom med meget kort varsel og først efter 2 1/2 måneds sygdom, tangerede retten en almindelig kontraktretlig loyalitetsbetragtning om, at arbejdsgiveren ikke var tilstrækkelig hensynsfuld i varetagelsen af funktionærens interesser og muligheder.

Summa summarum kunne arbejdsgiveren ikke bortvise funktionæren med hjemmel i funktionærlovens § 5, stk. 4, selvom varighedserklæringen først fremkom den 22. august, det vil sige 23 dage efter den seneste af arbejdsgiverens frister. De i afgørelsen anførte argumenter er i harmoni med formuleringen af bestemmelsens 2. pkt.: »Opfylder funktionæren ikke denne pligt, uden at der foreligger fyldestgørende begrundelse herfor, er arbejdsgiveren berettiget til at hæve tjenesteforholdet uden varsel.« I sagen havde funktionæren nemlig en fyldestgørende begrundelse for ikke at opfylde sin forpligtelse til at indhente varighedserklæringen. En begrundelse, som af retten blev hæftet meget konkret sammen med ansættelsesforholdet hos arbejdsgiveren.

Af dommen kan udledes, at en arbejdsgiver ikke uden videre kan slippe af med en funktionær, som ikke får afleveret varighedsattesten inden for fristen. Der foretages en konkret vurdering af omstændighederne, hvor arbejdsgiverens rolle i sagen indgår i bedømmelsen.

U 1986.311/2 H – Berettiget at bortvise funktionæren, fordi varighedserklæring ikke fremkom inden frist

Funktionæren tiltrådte den 31. januar 1983 en stilling som kontorassistent. Den 14. juli samme år blev hun opsagt med sædvanligt varsel til udgangen af oktober.

Den 15. august blev funktionæren sygemeldt. På egen foranledning lod hun sin læge udstede en standardlægeattest den 17. august, hvorpå sygdommen ved afkrydsning af en rubrik blev skønnet at vare i »formentlig længere tid«.

I skrivelse af 30. august direkte til funktionærens læge anmodede arbejdsgiveren om en varighedserklæring. Skrivelsen, hvoraf kopi blev tilsendt funktionæren, forblev ubesvaret. I skrivelse af 5. september skrev arbejdsgiveren til funktionæren: »Da vi intet har hørt fra dig i 3 uger, udbeder vi os, for vor regning, en ny lægeerklæring om varigheden af din sygdom. Lægeerklæringen må være os i hænde 8 dage, da vi ellers må betragte vort arbejdsforhold som ophørt.«

Funktionærens læge holdt ferie i perioden 10. september til 10. oktober. Funktionæren kontaktede derfor en anden læge, som i en erklæring af 14. september skønnede, at uarbejdsdygtigheden fortsat ville vare i 4 uger.

I skrivelse af 14. september fra arbejdsgiveren til funktionæren hed det: »Da vi stadig intet har hørt fra dig eller din læge, betragter vi dig som fratrådt pr. 12. ds. i henhold til vort anbefalede brev af 5. ds. Din løn til og med den 12. ds. vil omgående blive fremsendt.«

Højesteret stadfæstede i henhold til grundene den afgørelse, som 2 af 3 dommere fra Sø- og Handelsretten havde afsagt. I denne blev bortvisningen erklæret berettiget, eftersom det ifølge bevisførelsen formentlig først havde været den 14. september, at funktionæren forsøgte at fremskaffe den varighedserklæring, som arbejdsgiveren havde udbedt sig i skrivelsen af 30. august. Fristen – 8 dage regnet fra den 5. september – fandtes ikke at have været urimelig kort, og funktionæren fandtes efter det foreliggende ikke at have haft nogen fyldestgørende begrundelse for ikke at tilvejebringe lægeerklæringen rettidigt, jf. funktionærlovens § 5, stk. 4, 2. pkt.

Sammenlignet med afgørelsen U 1991.492 SH behandlet ovenfor var fristoverskridelsen i denne sag meget kort – maksimalt 2 dage i modsætning til 23 dage i Sø- og Handelsretssagen. Alligevel var det sagen med den mindste overskridelse, som faldt ud til funktionærens ulempe. Resultatet skal ses i sammenhæng med, at sygdommen i dette tilfælde var helt ukompliceret at vurdere, idet funktionæren fik udstedt en varighedserklæring, straks hun henvendte sig til en læge (som ikke engang var hendes egen). Funktionæren havde ingen fyldestgørende begrundelse for ikke at opfylde sin pligt til at aflevere en varighedsattest inden for den af arbejdsgiveren – ikke urimeligt – fastsatte frist, og derfor måtte hun selv bære risikoen for, at hendes egen læge ikke var umiddelbart mulig at træffe.

Afledte forpligtelser under lovligt forfald
Lovligt forfald har først og fremmest den retsvirkning, at forpligtelsen til at levere arbejdsydelsen suspenderes i et nærmere bestemt tidsrum eller måske endda i et ubestemt tidsrum, der generelt kan karakteriseres som værende »så længe som nødvendigt«.[110] Det er alene inden for dette tidsrum, at arbejdsgiveren bærer risikoen for, at levering af arbejdsydelsen ikke kan ske. Heraf følger, at funktionæren må sikre sig, at han igen kan levere arbejdsydelsen, når suspensionen af arbejdsforpligtelsen ikke længere kan opretholdes. I modsat fald udviser han misligholdelse, og han kan efter omstændighederne mødes med påbud om bortvisning og/eller andre misligholdelsesbeføjelser.

I forbindelse med lovligt forfald er det blot forpligtelsen til at levere arbejdsydelsen, som suspenderes. Funktionærens forpligtelse til at udvise loyalitet og hensyntagen til arbejdsgiverens interesser suspenderes ikke. Hermed opstår følgende afledte forpligtelser:

- Funktionæren skal hurtigst muligt og helst som foreskrevet i eventuelle personaleinstrukser underrette arbejdsgiveren om, at han er forhindret i at møde på arbejdet. Herudover skal han fortælle, hvorfor han er forhindret (f.eks. sygdom, vejrlig eller andet).[111] For så vidt angår sygdom følger underretningspligten af § 6, stk. 1 i lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel. Anmeldelsen af sygdom til arbejdsgiveren foretages telefonisk senest 2 timer efter, at lønmodtageren skulle være mødt på arbejdet, medmindre der i personalecirkulære og lignende er fastsat andre regler, jf. § 7, stk. 1 i bekendtgørelse om dagpenge ved sygdom eller fødsel.
- I visse tilfælde er funktionæren forpligtet til at dokumentere lovligheden af udeblivelsen.[112] Dette gør sig navnlig gældende for så vidt angår sygdom (se nærmere herom ovenfor). Pligt til dokumentation vil endvidere ses, hvis funktionærens udeblivelse giver anledning til, at parterne fører en sag om berettigelsen af en bortvisning. Her vil bevis-

110. Sml. Hasselbalch i Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 474: »… så længe den heri anerkendte omstændighed tilsiger et fravær«.
111. Jf. U 1968.669 SH, hvor en betroet funktionær med arkitektarbejde var udeblevet fra arbejde den 4. og 5. december 1967 på grund af sygdom uden at underrette arbejdsgiveren herom. Herefter indskærpede arbejdsgiveren skriftligt kontorordenen med hensyn til blandt andet indgivelse af sygemelding. Funktionæren udeblev af private grunde den 22. december – dagen efter julefrokosten – og han blev syg i julen, hvor han havde fået fri. På grund af sygdom mødte han ikke på arbejde den 2. og 3. januar og underrettede først arbejdsgiveren herom den 3. om eftermiddagen. Bortvisningen af funktionæren blev anset som berettiget.
112. Hasselbalch anfører i Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 481: »Fraværsgrundens

byrden for lovligheden af udeblivelsen – og dermed uberettigelsen af bortvisningen – nemlig påhvile funktionæren.
- Endelig skal funktionæren samvittighedsfuldt fremme sine muligheder for igen at kunne levere arbejdsforpligtelsen.

Har han lovligt forfald som følge af sygdom, skal han arbejde på at fremme helbredelsen. Det er ikke enhver sygdom, der fordrer, at funktionæren bliver i sin seng eller isolerer sig i sit hjem, indtil sygdommen er drevet over. I nogle tilfælde[113] kan dette måske endda forværre tilstanden. Omvendt må funktionæren ikke under sygemeldingen beskæftige sig med aktiviteter, der skader helbredelsen.

Kan funktionæren ikke møde på grund af vejrliget, skal han hurtigst muligt bringe sig i en situation, hvorved han igen bliver i stand til at møde på arbejdet (eller eventuelt udføre arbejdsopgaven fra det sted, hvor han nu opholder sig). Er han strandet i ødemarken under en udlandsrejse, skal han hurtigst muligt søge alternativ hjemtransport.

Misligholdes de her nævnte forpligtelser i forbindelse med lovligt forfald, vil funktionæren kunne mødes med misligholdelsesbeføjelser fra arbejdsgiverens side. Dette behandles nærmere nedenfor:

Misligholdelse af afledte forpligtelser i forbindelse med lovlig forfald

De forpligtelser, der som nævnt ovenfor kan udledes af retten til at oppebære løn under lovligt forfald, kan i sig selv misligholdes. Dette kan umiddelbart synes relativt harmløst, idet der umiddelbart blot er tale om nogle sekundære forpligtelser. Afgørelserne i det følgende vil imidlertid vise, at misligholdelse af de forpligtelser, der kan afledes af lovligt forfald, kan gøre det berettiget at ophæve funktionærforholdet i sin helhed. Dette forstås ved at erindre hovedreglen om, at funktionæren selv har risikoen for leveringen af sin hovedydelse – det vil sige arbejdsydelsen. Leveres denne ydelse ikke, er der tale om misligholdelse af en hovedforpligtelse, hvorfor funktionærforholdet som hovedregel kan ophæves.[114]

Måderne, de afledte forpligtelser kan misligholdes på, kan være mangeartede, men navnlig har funktionærens adfærd under sin sygemelding

---

afgørende betydning for arbejdsgiverens forpligtelser vil indebære, at denne *grund kan forlanges oplyst*. Giver lønmodtageren usande oplysninger om fraværsgrunden, vil det ofte berettige til bortvisning. *Arbejdsgiveren kan endvidere e.o. forlange, at lønmodtageren verificerer/dokumenterer fraværsgrunden på den måde, det er muligt.*«

113. F.eks. ved sygemelding af psykiske årsager, jf. U 1989.964 Ø som er refereret ovenfor på side 57.

114. Ovenfor i afsnit 3.3: »Misligholdelse af funktionærkontrakters hoved- og biforpligtelser«

påkaldt sig interesse. Herom anføres eksempelvis hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl:

> »Undertiden konstateres, at funktionæren uanset sygemelding deltager i livsudfoldelser, der forekommer uforenelige med sygdom, og dette kan give anledning til en nærliggende formodning om, at funktionæren ikke har været uarbejdsdygtig. Ved bedømmelsen af sådanne tilfælde må det erindres, at uarbejdsdygtigheden skal bedømmes konkret i relation til en bestemt arbejdsgiver og en bestemt arbejdsplads«.[115]

Herefter henvises til U 1989.964 Ø om den sygemeldte funktionær på skiferie, der er refereret nærmere ovenfor side 57. Resultatet i afgørelsen var, at bortvisningen var uberettiget, fordi der ikke var grundlag for at tilsidesætte lægeerklæringen om funktionærens uarbejdsdygtighed.

Endvidere henviser H.G. Carlsen og Danielle Buhl til en utrykt afgørelse,[116] hvor Østre Landsret omvendt fandt en bortvisning berettiget i en situation, hvor den sygemeldte funktionær gennemførte en weekendrejse til Chicago. Lægen havde afgivet erklæring om, at han »ikke kunne se noget til hinder for« gennemførelsen af rejsen. Med bemærkning om, at sygdommen ikke havde hindret funktionæren i at søge anden beskæftigelse og gennemføre to længere flyveture, fandt retten det imidlertid ikke tilstrækkeligt godtgjort gennem lægeerklæring, at funktionæren på grund af sygdom havde været ude af stand til at udføre det pågældende arbejde.

Et yderligere eksempel foreligger i U 1978.149 H, hvor en funktionær meldte sig syg, fordi hun var træt og utilpas. Efterfølgende fremsendte hun lægeerklæring om uarbejdsdygtighed. Arbejdsgiveren blev senere bekendt med, at funktionæren – der ved siden af funktionærstillingen havde givet erhvervsmæssig undervisning på en danseskole – havde fortsat denne bibeskæftigelse under sygemeldingen. Som følge heraf blev funktionæren bortvist. Højesteret kunne ikke fastslå, at funktionæren havde været ude af stand til i hvert fald delvist at udføre sit arbejde for arbejdsgiveren, fordi hun under sygemeldingen fortsat virkede på danseskolen i ikke ubetydeligt omfang. Bortvisningen havde således været berettiget, og arbejdsgiveren blev frifundet for funktionærens krav om erstatning.

---

behandles afgørelsen U 2001.1743 H, hvor dén afledte forpligtelse, der var misligholdt, var pligten til at dokumentere berettigelsen af sygefraværet. I mangel af dokumentation var fraværet uberettiget, og funktionærforholdet kunne derfor hæves.

115. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 125.
116. Utr. ØLD af 25/6-2003 (B-3039-01).

Sammenfattende kan det herefter konstateres, at funktionærens adfærd under sin sygemelding kan skabe så meget tvivl om dennes berettigelse, at fraværet har været uberettiget.

I nogle tilfælde må arbejdsgiveren imidlertid spørge nærmere ind til, om funktionærens forpligtelse til at fremme helbredelsen overholdes.[117] Skrider arbejdsgiveren til bortvisning umiddelbart på grundlag af en konstateret adfærd fra funktionærens side – uden at rejse forespørgslen først – kan dette komme arbejdsgiveren til skade. En adfærd, som således kunne have båret en bortvisning, tillægges derfor i nogle tilfælde ikke denne retsvirkning, på grund af arbejdsgiverens kontante reaktion. Dette var tilfældet i den faglige voldgiftskendelse FV 27/3-1981 (som dog ikke vedrørte et funktionærforhold):

> En kvindelig arbejder blev sygemeldt i forbindelse med en hospitalsindlæggelse den 22. oktober 1980. Hun blev udskrevet den 8. november og besøgte virksomheden den 10.-12. december uden endnu at være rask, men meddelte virksomheden, at hun kunne genoptage arbejdet den 6. januar. Den 21. december blev hun set udklædt som julemand i byen, hvorefter hun blev bortvist. I henhold til sin egen forklaring var årsagen, at hun havde truffet en pensionist, som hun kendte, udklædt som julemand og i færd med at sælge legetøj. Han havde imidlertid dårligt hjerte og bad hende passe varerne, mens han gik hjem efter hjertemedicin. Dette havde hun herefter gjort. På det foreliggende grundlag blev det ikke antaget, at den pågældende i virkeligheden var arbejdsdygtig, men det måtte gå ud over virksomheden, at denne ikke, inden afskedigelsen blev besluttet, havde udbedt sig en forklaring.[118]

Omvendt er nogle forhold så grove, at det ikke forlanges af arbejdsgiveren, at han udbeder sig en forklaring forud for påbuddet om bortvisning, jf. eksempelvis den faglige voldgiftskendelse, FV 13/8-1993:

> Funktionæren meddelte efter 5 dages sygdom, at hun ikke var i stand til at genoptage arbejdet, fordi hun havde fået lungebetændelse. Imidlertid blev hun samme sag set i et fitness center, hvor hun dyrkede aerobics. Næste dag undlod hun at møde på arbejdet, hvorefter hun fik et brev om, at hun blev bortvist på grund af ulovlig

117. Dette er i fuld overensstemmelse med den almindelige loyalitetsforpligtelse, der i obligationsretlige kontraktforhold gælder over for medkontrahenten. Eksempelvis kan nævnes, at en kreditor antages at have en almindelig pligt til at rykke for betaling ved f.eks. at sende et påkrav eller en påmindelse til sin debitor, før der skrides til ophævelse. I visse tilfælde – blandt andet for så vidt angår lejeforhold – er dette lovfæstet, men Gomard antager i Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, på side 53, at der må gælde en almindelig obligationsretlig grundsætning af tilsvarende indhold.
118. På baggrund af resume fra databasen: »Arbejdsret« fra Djøfs Forlag.

udeblivelse. Herefter fremskaffede hun en lægeerklæring, hvoraf fremgik, at det var tænkeligt, at hun ikke havde optrådt uforsvarligt ved at forsøge at dyrke aerobic. I afgørelsen blev det lagt til grund, at hun hverken var syg den dag, hun dyrkede aerobic, eller dagen efter, hvor hun udeblev fra arbejdet.[119]

Den følgende afgørelse er et funktionærretligt eksempel på, at arbejdsgiveren kan rammes af en skadevirkning, hvis han bortviser funktionæren på den blotte mistanke om misbrug af sygemelding uden forlods at søge forholdet afklaret ved at bede om dokumentation:

U 2000.1221 V – Uberettiget bortvisning, da funktionæren stadig var syg[120]

Funktionæren havde siden 1973 været ansat i sine forældres virksomhed, og fra 1977 havde han været værkfører. I 1997 blev virksomheden overdraget til et selskab, som i henhold til virksomhedsoverdragelseslovens bestemmelser indtrådte i rettigheder og pligter over for det ansatte personale, herunder funktionæren.

Den 1. april 1998 forlod funktionæren arbejdspladsen på grund af sygdom. Samme dag kontaktede han lægevagten. Den 3. april konsulterede han sin læge, som fremsendte en lægeerklæring til arbejdsgiveren, af hvilken fremgik, at funktionæren skønnedes uarbejdsdygtig i yderligere ca. 1 uge.

Det fremgår af sagen, at funktionæren forud for sygemeldingen havde været i kontakt med Ledernes Hovedorganisation på grund af de ændringer, der var sket i hans ansættelsesvilkår efter virksomhedsoverdragelsen. Ved brev af 16. april henvendte organisationen sig til arbejdsgiveren og protesterede imod de gennemførte og påtænkte ændringer.

Ingen af parterne rettede direkte henvendelse til den anden, før arbejdsgiveren den 24. april sendte en skrivelse til funktionæren med overskriften: »PÅKRAV« og teksten: »Da Du uden grund er udeblevet fra Dit arbejde i dagene 14. april–24. april 1998, meddeles det herved, at såfremt Du ikke straks genoptager arbejdet, kan Du betragte Dig som værende bortvist.« Funktionæren modtog brevet lørdag den 25. april og sendte det pr. fax til Ledernes Hovedorganisation mandag den 27. april, men han rettede ikke selv henvendelse til arbejdsgiveren.

Den 27. april skrev arbejdsgiveren til funktionæren, at han kunne betragte sig som bortvist som følge af grov misligholdelse, da han ikke havde efterkommet påkravsskrivelsen af 24. april og ej heller havde ladet arbejdsgiveren vide, om han

119. På baggrund af resume fra databasen: »Arbejdsret« fra Djøfs Forlag.
120. Afgørelsen omtales ligeledes i afsnit 4.1.2: »Grænsen mellem uberettiget bortvisning og usaglig opsigelse«.

havde lovligt forfald. Samtidig rejste arbejdsgiveren krav om erstatning svarende til 1/2 månedsløn, jf. funktionærlovens § 4.

Ved skrivelse af 28. april protesterede Ledernes Hovedorganisation på det skarpeste mod arbejdsgiverens påkravsskrivelse af 24. april. Funktionæren havde været og var stadig syg. Af egen drift havde han sendt en lægeerklæring til arbejdsgiveren. Funktionæren havde på intet tidspunkt modtaget noget krav fra arbejdsgiveren om yderligere dokumentation for sygemeldingen. Den 29. april protesterede organisationen tillige mod bortvisningsskrivelsen af 27. april.

Under den efterfølgende retssag om bortvisningens berettigelse forklarede funktionæren, at han var udsat for en stor psykisk belastning, eftersom hans arbejdsopgaver – som før havde bestået delvist af manuelt arbejde, men efter hans opfattelse primært ledelse – efter virksomhedsoverdragelsen var ændret til primært at bestå af manuelt arbejde uden indflydelse og ledelsesansvar. Den 1. april gik han syg hjem fra arbejdet. Han havde opfattet påkravsskrivelsen af 24. april sådan, at han var bortvist på grund af sygdom, og han henvendte sig derfor ikke til arbejdsgiveren med oplysninger om sygemeldingens varighed. Ledernes Hovedorganisation fortalte ham ikke, hvordan han skulle forholde sig til påkravsskrivelsen af 24. april.

Den administrerende direktør forklarede, at der kun var 3 medarbejdere, da virksomheden blev overtaget. Der forelå ikke nogen stillingsbeskrivelse for funktionæren, og direktøren havde derfor ikke vidst, at funktionæren havde haft en ledelsesfunktion. Direktøren havde blot fået oplyst, at han var funktionær. Direktøren havde orienteret funktionæren om, at afdelingen skulle lukkes, hvorfor det blev nødvendigt at ændre funktionærens arbejdsopgaver. Han skulle blandt andet reparere europapaller. Direktøren havde hæftet sig ved, at det fremgik af lægeerklæringen, at funktionæren var syg en uge. Skrivelse af 27. april om bortvisningen var sendt på posthuset lige før lukketid. Havde funktionæren ringet den dag og fortalt, at han stadig var syg, ville direktøren blot have taget dette til efterretning.

Byretten nåede frem til den afgørelse, at bortvisningen var *berettiget*, fordi funktionæren først gennem skrivelsen af 28. april fra Ledernes Hovedorganisation havde reageret på arbejdsgiverens utvetydige påkravsskrivelse af 24. april, hvilket ikke var med den nødvendige hurtighed.

Landsretten nåede frem til det modsatte resultat. Bortvisningen blev fundet *uberettiget*, fordi funktionæren havde sygemeldt sig den 1. april, og lægen den 3. april havde fremsendt erklæring om uarbejdsdygtighed. Selvom uarbejdsdygtigheden ifølge lægeerklæringen kun skønnedes at vare ca. 1 uge, måtte arbejdsgiveren gå ud fra, at funktionæren ikke var mødt på arbejde, fordi han mente sig syg. Arbejdsgiveren anmodede ikke funktionæren om yderligere dokumentation for sygdom. Arbejdsgiveren var bekendt med, at funktionæren havde rettet henvendelse til sin organisation vedrørende sine ansættelsesforhold. Under disse omstændigheder fandt landsretten ikke, at funktionæren ved at besvare arbejdsgiverens skrivelse af 24. april gennem

organisationen havde gjort sig skyldig i væsentlig misligholdelse af sine pligter i forhold til arbejdsgiveren.

Afgørelsen viser det naturlige, at skønnet over en sygdoms varighed netop blot er et skøn. Længden af en sygdom kan ikke som længden af en ferie forlods fastsættes præcist. Når der foreligger en sygemelding, er funktionæren for så vidt syg »indtil videre«, det vil sige indtil enten raskmelding[121] eller varighedserklæring med fornyet skøn over sygdommens varighed foreligger.

Afgørelsen viser også, at arbejdsgiveren – inden der skrides til bortvisning – er forpligtet til at medvirke til sagens oplysning. I det konkrete tilfælde indebar den første lægeerklæring, hvorefter funktionæren skønnedes syg i ca. 1 uge, at der var en fortsat formodning for sygdom, uanset at der var forløbet ca. 2 uger fra skønnet raskmelding. Arbejdsgiveren burde derfor have udbedt sig nærmere oplysninger om sygdommens forventede varighed. Han kunne således med fordel have benyttet sig af reglen i funktionærlovens § 5, stk. 4 og med en bestemt fastsat frist anmodet om en varighedserklæring. Havde han i en sådan anmodning samtidig skrevet, at fristens overskridelse ville medføre ansættelsesforholdets ophævelse, ville resultatet af manglende henvendelse fra funktionærens side sandsynligvis have været, at bortvisningen var blevet anset som berettiget.

I brede og bløde vendinger kan dette formuleres sådan, at parterne i kontraktforholdet ud fra den almindelige loyalitetsgrundsætning er forpligtet til loyalt at varetage hinandens interesser. I den konkrete sag var arbejdsgiverens påkravsskrivelse formuleret således, at det blev lagt til grund, at

121. Hvis funktionæren raskmeldes, falder fundamentet for sygemeldingen bort. Herefter vil udeblivelse være uden lovligt forfald, hvilket er en grov misligholdelse, jf. U 1979.559 H: Funktionæren var beskæftiget med flybooking i et luftfartsselskab. Den 20. oktober 1976 blev hun sygemeldt, og af lægeerklæringen fremgik blandt andet, at hun var taget i behandling og formentlig ville være uarbejdsdygtig i længere tid på grund af sygdom. Den 17. november modtog funktionæren under sin egen læges bortrejse fra dennes lægekompagnon gode resultater fra nogle prøver vedrørende hendes fysiske tilstand, og hun blev herefter raskmeldt. Funktionæren følte sig imidlertid ikke rask og mødte ikke på arbejdet de følgende to dage. Den 19. november satte funktionæren sig i forbindelse med arbejdsgiveren og meddelte, at hun ville genoptage arbejdet mandag den 22. november. Arbejdsgiveren meddelte hende imidlertid, at hun var afskediget, fordi det var erfaret, at hun var blevet raskmeldt den 17. november uden at genoptage arbejdet. Højesteret fandt bortvisningen berettiget, da det efter konsultationen hos lægekompagnonen den 17. november måtte stå funktionæren klart, at hendes tidligere sygemelding ikke længere kunne opretholdes. Ved desuagtet uden videre at udeblive fra sit arbejde den 18. og 19. november havde hun gjort sig skyldig i en sådan misligholdelse af ansættelsesforholdet, at arbejdsgiveren havde været berettiget til at bortvise hende.

misligholdelse fra funktionærens side allerede forelå, jf. startformuleringen »Da du uden grund er udeblevet fra dit arbejde …«. Der blev ikke i skrivelsen i øvrigt, hverken implicit eller eksplicit taget hensyn til, at lovligt forfald var dokumenteret tidligere, eller at arbejdsgiveren var bekendt med, at funktionæren oplevede ændringerne i ansættelsesforholdet som problematiske og derfor havde taget kontakt til sin organisation. Hermed blev funktionæren manet op i en krog. Ifølge sin egen forklaring for retten blev han nærmest handlingslammet, og han undlod at kontakte arbejdsgiveren, fordi han opfattede skrivelsen som ultimativ.

Sammenlignes præmisserne fra de to retsinstanser, kan det konstateres, at landsretsafgørelsen er klart mildere og mere funktionærvenlig end byretsafgørelsen. Byretten holder sig nært op af almindelige obligationsretlige reklamationsregler, idet det i præmisserne nøgternt konstateres, at funktionærens svar – gennem Ledernes Hovedorganisation – ikke fremkom med den nødvendige hurtighed. Landsrettens afgørelse er mindre strikt og viser, at fristerne for reklamation inden for funktionærretten er mere langmodige, end de er inden for den almindelige obligationsret. Samtidig erkendes, at organisationerne spiller en væsentlig rolle som partsrepræsentant, idet det tillige accepteres, at funktionærens svar kunne gå gennem organisationen og dermed komme en dag senere frem til arbejdsgiveren. Ved vurderingen heraf er det muligt, at retten skævede til formuleringen af funktionærlovens § 5, stk. 4, hvorefter der skal tages hensyn til, om der foreligger en fyldestgørende begrundelse for funktionærens manglende aflevering af en varighedserklæring.

3.4.2.2 Undskyldeligt/hændeligt fravær

Ved fravær foreligger der ikke-opfyldelse af arbejdsforpligtelsen. Fraværet karakteriseres som lovligt forfald, hvis arbejdsgiverens betalingsforpligtelse opretholdes under fraværet, jf. nærmere herom i afsnit 3.4.2.1. Fraværet karakteriseres som misligholdelse, hvis arbejdsgiveren som følge heraf kan bortvise funktionæren og/eller udøve andre misligholdelsesbeføjelser, jf. afsnit 3.4.2.3.

Imellem disse typer af fravær kan der forekomme fravær, som hverken er omfattet af en hjemmel om lovligt forfald eller kan kategoriseres som misligholdelse. Denne mellemgruppe karakteriseres her som undskyldeligt/hændeligt fravær. Heri lægges en forudsætning om, at det undskyldelige eller hændelige forhold indebærer, at der ikke er nogen forpligtelse til at levere arbejdsydelsen, ligesom der ej heller er ret til at oppebære løn. Dette finder blandt andet støtte hos Ussing:

> »Af Arbejdsydelsens personlige Karakter følger det, at *Arbejdspligten falder bort, naar Arbejderen dør eller det bliver ham umuligt at udføre Arbejdet*, f.Eks. paa Grund af Sygdom, Værnepligt eller offentligt Ombud. […] Arbejdspligten maa endvidere falde bort, naar der indtræder *personlige Forhold*, som efter almindelig fornuftig Opfattelse giver gyldig Grund til at fritages for Arbejdet, f.Eks. Fare for Arbejderens Helbred, indtrådt eller truende Dødsfald i Hjemmet.«[122]

Lidt senere anføres følgende om »andre hindringer« end f.eks. sygdom, dødsfald, militærtjeneste og svangerskab:

> »Hvis Arbejdet, efter at Tjenesten er tiltraadt, hindres ved *andre uforudsete Omstændigheder*, som Arbejderen ikke har hidført ved en Optræden, der paadrager ham Ansvar, maa det vistnok i Analogi med Reglerne om Sygdom i al fald i Tjenesteforhold paa længere Tid anses for Hovedreglen, at der ikke indtræder Misligholdelsesvirkninger. … Men hvis Hindringen vedvarer udover en forholdsvis kortere Tid, maa Arbejdsgiveren faa Ret til at opsige Forholdet med forkortet Varsel eller efter Omstændighederne til at inddrage Lønnen.«[123]

Som nævnt er det uhjemlede fravær på den ene side ikke misligholdelse, og på den anden side omfattes det heller ikke af reglerne om lovligt forfald. Arbejdsgiveren kan ikke i tilfælde af undskyldeligt eller hændeligt fravær udøve nogen misligholdelsesbeføjelser. Til gengæld er han fritaget for sin forpligtelse til at betale vederlag for den periode, hvor funktionæren har været fraværende. Betalingsfritagelsen beror på, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, hvor de ydelser, der udveksles, tjener som vederlag for hinanden. Herom gælder den grundsætning, at hver parts krav på modpartens ydelse i almindelighed er betinget af at han selv præsterer sin ydelse.[124]

Med hensyn til denne type fravær kan risikoen for den manglende levering af arbejdsydelsen således siges at være delt mellem parterne: Arbejdsgiveren må tåle at undvære arbejdskraften, så længe hindringen består, mens funktionæren må acceptere fradrag i lønnen.

Som eksempler på fravær af denne type kan nævnes fravær under militærtjeneste og sidste del af en barselsorlov, jf. funktionærlovens §§ 6 og 7,

122. Jf. Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 349f.
123. Jf. Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 360.
124. Jf. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 37f. samt Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 6. Sml. endvidere Peter Mortensen, Landbrugsforpagtning: Misligholdelse af parternes hovedforpligtelser, 1999, side 324: »Den, der ikke præsterer sin (real)ydelse, har ikke krav på vederlag.«

funktionærens deltagelse som valgtilforordnet, domsmand, vidne og medlem af kommunalbestyrelsen. Arbejdsgiveren skal på den ene side tåle, at funktionæren er fraværende fra tjenesten, men skal på den anden side ikke bære den økonomiske byrde som følge af fraværet. Samfundet må i disse tilfælde holde funktionæren skadesløs.[125] Når vejrliget gør det umuligt at møde på arbejde, eller funktionæren strander på et fjernt feriemål foreligger hændeligt fravær. I sådanne tilfælde hviler den økonomiske leveringsrisiko på funktionæren.[126]

3.4.2.3 Uberettiget fravær/misligholdelse

Andre tilfælde af udeblivelse end de oven for nævnte vil typisk være misligholdelse. En forudsætning herfor er dog, at arbejdsgiveren erhverver ret til udøvelse af en eller flere misligholdelsesbeføjelser mod funktionæren. Disse kan eksempelvis bestå i ophævelse af kontrakten, hvis udeblivelsen er af væsentlig betydning for arbejdsgiveren og/eller eventuelt erstatningskrav, hvis betingelserne for at pålægge funktionæren et erstatningsansvar i øvrigt er opfyldt. I denne forbindelse skal opmærksomheden dog henledes på afsnit 3.4.3: »Bagateltilfælde«.

3.4.2.4 Andre teoretikeres systematisering af fraværstilfældene

I dette afsnit fremhæves, hvorledes nogle af de arbejdsretlige forfattere har valgt at systematisere fraværstilfældene, og det påpeges, hvori forskellene til systematiseringen i nærværende fremstilling består.

Lars Svenning Andersen

Om »lovligt forfald« i arbejdsretlig henseende anfører Lars Svenning Andersen,[127] at udtrykket terminologisk synes anvendt i flæng på de situationer, hvor lønmodtagerens fravær ikke er ophævelsesgrund, uden at der samtidig er taget stilling til lønforpligtelsen.

125. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 260 og H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 145.
126. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 259: »Ved en faglig *voldgiftskendelse af 2/11 1995 mellem HK og Kommunernes Landsforening* fastslog opmanden (Hornslet), at fravær under en snestorm ikke berettigede til løn fra arbejdsgiveren. Selv om ingen af parterne kunne lastes for fraværet, var funktionæren nærmest til at bære den økonomiske risiko herfor.«
127. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 258ff.

Om det funktionærretlige udgangspunkt siges derimod, at der skal betales normal løn, når funktionæren har lovligt forfald; men de listede eksempler viser, at dette netop blot er et udgangspunkt, som modificeres i flere henseender.

Teoretisk synes Lars Svenning Andersen at fastholde det funktionærretlige udgangspunkt vedrørende begrebet lovligt forfald, idet han på side 260 om andre typer fravær skriver:

> »Kan man konstatere, at et bestemt fravær ikke er lovligt forfald, må det dernæst undersøges, om konsekvenserne af en udeblivelse alene er, at lønforpligtelsen ophører i den pågældende periode, eller om udeblivelsen må karakteriseres som en *grov misligholdelse* af ansættelsesforholdet, der berettiger til en bortvisning.« [Kursiveringen er foretaget her].

Som det fremgår af de forudgående afsnit, kan det tiltrædes, at der foruden fravær af typen »lovligt forfald« også findes fravær, som blot suspenderer arbejdsgiverens lønforpligtelse, og fravær, som udgør egentlig misligholdelse. I modsætning til det, som Lars Svenning Andersen anfører, karakteriseres fravær i denne afhandling som misligholdelse, selvom misligholdelsen ikke er væsentlig og derfor berettiger til ophævelse. En forudsætning for misligholdelsesprædikatet er blot, at en eller anden misligholdelsesbeføjelse kan gøres gældende.[128]

Det kan således tænkes, at en konkret udeblivelse, der ikke sker under lovligt forfald, og som ej heller er undskyldelig, er *erstatningspådragende* for funktionæren. Dette vil være tilfældet, *hvis* udeblivelsen kan karakteriseres som en fejl eller forsømmelse, *hvis* den har pådraget arbejdsgiveren et påregneligt økonomisk tab, og *hvis* der er årsagsforbindelse mellem udeblivelsen og tabet. Eksempelvis kan man således forestille sig, at en arbejdsgiver bliver påført ekstraomkostninger, fordi en konkret udeblivelse umuliggør rettidig færdiggørelse eller levering af en vare til en kunde.

Konsekvensen af, at et fravær ikke er lovligt forfald, kan herefter også være, at udeblivelsen må karakteriseres som erstatningspådragende misligholdelse, som ikke nødvendigvis er væsentlig og hævebegrundende misligholdelse.

128. Jf. afsnit 3.1: »Definition af misligholdelsesbegrebet«.

Ole Hasselbalch

I artiklen U 1976 B 201ff. fraviger Ole Hasselbalch begrebet »lovligt forfald«, bl.a. fordi:

> »… [det] er værdiladet og typisk opfattes som en betegnelse for det tilfælde, at en funktionær kan være fraværende med fuld løn«.

Hasselbalch beskriver fraværssituationens konsekvenser på grundlag af flere lønmodtagergrupper. Endvidere undlades det at foretage en kortlægning af området for »lovligt forfald« ud fra fraværsgrunden. I stedet lanceres en undersøgelse af:

> »… under hvilke generelle betingelser og på hvilken måde fraværet kan hidføre kontraktforholdets ophør, samt endvidere i hvilken udstrækning et hjemlet betalingskrav under fravær måtte falde væk ved visse betingelsers ikke-opfyldelse«.

Herefter anfører Hasselbalch:

> »Snarere kunne man benytte sig af betegnelsen »lovligt fravær« som dækkende alt fravær, som arbejdsgiveren ikke kan påberåbe sig til kontraktforholdets ophør«.

I Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 471ff., skriver Hasselbalch om midlertidige hindringer på lønmodtagersiden, at der kan forekomme hindringer, som er uforudsete af parterne og derfor ikke omfattet af udtrykkelige bestemmelser i love, overenskomster og individuelle kontrakter. Han forsøger derfor at udfælde nogle generelle principper for håndtering af fraværstilfældene. Først stilles spørgsmålet, om fraværet er lovligt – i betydningen ikke-hævebegrundende. I det omfang dette spørgsmål besvares bekræftende spørges, om arbejdsgiverens betalingspligt opretholdes eller ej.

For så vidt angår det første spørgsmål – om fraværets lovlighed – opstilles på baggrund af de almindelige misligholdelsesregler kriterier for, hvornår arbejdsgiveren kan træde ud af ansættelsesforholdet på grund af fraværet. Disse kriterier er først og fremmest fraværets årsag. Herudover peges på, at også varigheden og andre forhold kan spille ind.

Hasselbalch antager, at der foruden de lovhjemlede tilfælde af lovligt fravær findes en række yderligere tilfælde af lovligt fravær. Sådant fravær kan skyldes omstændigheder, som lønmodtageren er ganske uden skyld

i, hvorfor det ikke i sig selv vil kunne påberåbes af arbejdsgiveren til kontraktens ophør.

Det er relevant at bemærke, at Hasselbalchs systematisering beror på en sondring mellem fravær, der kan føre til kontraktforholdets ophævelse, og fravær, som ikke kan føre til ophævelse (»lovligt fravær«). Herved systematiseres fraværstilfældene på grundlag af virkningerne af fravær frem for årsagerne til fravær, eller mere præcist: Systematiseringen sker ud fra vurderingen af én enkelt retsvirkning: Er ophævelse mulig eller ej. Det betyder, at systematiseringen i sig selv ikke giver svar på, hvilke retsvirkninger der kan gøres gældende for de enkelte fraværstilfælde. Hasselbalch anfører da også, at hans kategorisering »lovligt fravær« ikke rummer nogen forudgående stillingtagen til, om arbejdsgiverens forpligtelse til at betale løn opretholdes, eller om fraværet fritager arbejdsgiveren for at betale løn for den periode, hvor han har måttet undvære arbejdskraften.

I modsætning hertil systematiseres fraværstilfældene i nærværende afhandling i de tre tilfældegrupper: Lovligt forfald, undskyldeligt/hændeligt fravær og uberettiget fravær, som giver svar på, om arbejdsgiveren i tilfælde af et konkret fravær skal betale løn eller ej. Herudover rummer kategoriseringen svar på, om arbejdsgiveren erhverver ret til at udøve en eller flere misligholdelsesbeføjelser i anledning af fraværet, idet dette alene gør sig gældende i den sidstnævnte gruppe: »Uberettiget fravær/misligholdelse«.

Omfattet af Hasselbalchs begreb »lovligt fravær« er både »lovligt forfald«, undskyldeligt/hændeligt fravær og fravær, som på den ene side hverken er undskyldeligt eller hændeligt, men som på den anden side ej heller er så groft, at det kan føre til ophævelse. Konsekvensen heraf er, at erstatningspådragende (men ikke hævebegrundende) fravær er omfattet af begrebet »lovligt fravær«. Herved er der en forskel til nærværende afhandling, hvor alt fravær, som er misligholdelse, bliver karakteriseret som uberettiget fravær.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl

I afsnit 3.1: »Definition af misligholdelsesbegrebet«, citeres H.G. Carlsens og Danielle Buhls definition af misligholdelsesbegrebet, der ikke er et »funktionelt« misligholdelsesbegreb. Med andre ord forbeholder disse forfattere ikke misligholdelsesbegrebet til de tilfælde, hvor den manglende eller ukontraktmæssige opfyldelse kan udløse retsvirkninger til fordel for modparten. I overensstemmelse med dette definitionsmæssige udgangspunkt bruger de betegnelsen misligholdelse om enhver ikke-opfyldelse af arbejdsforpligtelsen, der ikke med hjemmel i en udtrykkelig regel er lov-

ligt forfald, jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 145 sammenholdt med side 198.[129]

Af side 145 fremgår, at H.G. Carlsen og Danielle Buhl tager afstand fra at opstille en tredje kategori, således som det er gjort i nærværende afhandling. H.G. Carlsen og Danielle Buhl skriver, at »Ole Hasselbalch antager, at spørgsmålet om misligholdelse ikke kan afgøres alene på basis af fraværsgrunden, men også andre omstændigheder, herunder samspillet mellem grunden til og varigheden af fraværet«. Dette erklærer H.G. Carlsen og Danielle Buhl sig uenige i. De mener, at det uhjemlede fravær som ikke-opfyldelse i sig selv må betragtes som misligholdelse, uden at der hermed er sagt noget om konsekvenserne. Alle de tilfælde af udeblivelse og fravær, som ikke ved særlig hjemmel har status af lovligt forfald, kategoriseres således som misligholdelse.

H.G. Carlsens og Danielle Buhls simple opdeling i kategorierne »lovligt forfald« og »misligholdelse« giver et systematiseringsproblem med hensyn til den type fravær, som i nærværende afhandling er kaldt: »Undskyldeligt/hændeligt fravær«. Dette skal omtales nærmere i det umiddelbart følgende:

På side 263-264 under hovedoverskriften: »Virkningerne af Funktionærens Misligholdelse« og underoverskriften: »Forholdsmæssigt Afslag« skriver H.G. Carlsen og Danielle Buhl:

> »Ret til at tilbageholde løn kan kun indrømmes arbejdsgiveren i begrænset omfang. Det må være en betingelse herfor, at funktionæren har unddraget arbejdsgiveren en på objektivt grundlag målelig del af sine præstationer. Dette kan navnlig være tilfældet, når arbejdsforpligtelsen er misligholdt ved udeblivelse eller andet fravær uden lovligt forfald. Afslagsbeføjelsen synes almindeligt anerkendt, men ses kun omhandlet i få afgørelser. … *I øvrigt behøver afslagsbeføjelsen ikke nødvendigvis at anskues som en misligholdelsesbeføjelse, men snarere som et udslag af det enkle forhold, at der ikke skal betales for en ydelse, der ikke præsteres.* Spørgsmålet står i nøje forbindelse med definitionen af lovligt forfald. Efter den opfattelse, der ligger til grund for nærværende fremstilling, er det imidlertid ikke af større praktisk betydning, idet ethvert fravær, der ikke … er hjemlet ved lov eller kutyme, berettiger til afslag, og misligholdelsesspørgsmålet kommer først ind i billedet, hvis fraværet får en sådan karakter, at det som misligholdelse betragtet må anses for væsentligt.« [Kursiveringen er foretaget her].

Det kan tiltrædes, at ethvert fravær, der ikke er lovligt forfald (og som ikke beror på fordringshaverens forhold eller er rene bagateller), berettiger

129. Begge de angivne kildehenvisninger er omtalt i afsnit 3.1.

til fradrag i lønnen. Argumentationen i den citerede passus kan imidlertid ikke støttes:

Forholdsmæssigt afslag er en misligholdelsesbeføjelse, der giver mulighed for at lave et prisafslag i vederlaget, når realydelsen lider af en værdiforringende faktisk eller retlig mangel. Forholdsmæssigt afslag udregnes efter forholdet mellem den mangelfri og den mangelfulde ydelse. Afslaget kan gives, hvis modydelsen (vederlaget) er delelig.[130]

Det kan ikke tiltrædes at benytte dette obligationsretlige begreb som begrundelse for, at vederlagsforpligtelsen falder bort, når realydelsen slet ikke er leveret. Dette synes H.G. Carlsen og Danielle Buhl på sin vis at være opmærksom på, idet de i den kursiverede passus forsøger at ændre beføjelsen til at kræve forholdsmæssigt afslag til blot at være udtryk for, at der ikke skal betales for en ydelse, der ikke præsteres. Herved sker der imidlertid en uheldig sammenblanding af to af hinanden uafhængige obligationsretlige grundsætninger:

Argumentet for, at arbejdsgiveren fritages for at betale løn for en arbejdsydelse, som han ikke har fået, beror slet og ret på princippet om, at ydelserne i gensidigt bebyrdende kontrakter tjener som vederlag for hinanden.[131] Dette har intet at gøre med beføjelsen til at kræve et forholdsmæssigt afslag af en leveret ydelse, som lider af en værdiforringende faktisk eller retlig mangel.

Aller sidst i den citerede passus anfører H.G. Carlsen og Danielle Buhl, at misligholdelsesspørgsmålet først kommer ind i billedet, hvis fraværet får en sådan karakter, at det som misligholdelse må anses for væsentligt.

Set fra en obligationsretlig synsvinkel er denne påstand forkert. Enhver ukontraktmæssig opfyldelse af aftalen, som ikke beror på fordringshaverens forhold eller omfattes af hans risiko, er misligholdelse, hvis modparten som følge heraf erhverver ret til at udøve en eller flere misligholdelsesbeføjelser. Eksempelvis er misligholdelse, som ikke er så væsentlig, at den giver mulighed for kontraktens ophævelse, stadig at betragte som misligholdelse, hvis den f.eks. giver mulighed for at rejse et erstatningskrav.

3.4.3 Bagateltilfælde

En ikke korrekt opfyldelse af en kontrakt kan være så bagatelagtig, at modparten ikke erhverver ret til at udøve misligholdelsesbeføjelser. Hos Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky udtrykkes det således:

130. Jf. nærmere om forholdsmæssigt afslag nedenfor i kapitel 6.

131. Se også Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 494: »Ifølge [kontraktrettens almindelige principper] er *udgangspunktet, at når ydelsen ikke præsteres, falder pligten til at levere modydelsen væk.*«

»En retsfølge bør stå i passende forhold til det retsbrud, den udspringer af … Det ligger således klart, at en part, der pludselig har mindre interesse i transaktionen, ikke bør kunne komme ud af den under påskud af bagatelagtige uregelmæssigheder.«[132]

Således kan forekomme kontraktbrud, der er så beskedne, at der ikke foreligger misligholdelse i definitionens forstand.

Det vil afhænge af en helt konkret vurdering, om en forseelse er en bagatel eller ej. Eksempelvis vil det for den arbejdsgiver, der står for busdrift efter en fast køreplan, være ret afgørende, at chaufførerne møder til tiden, og selv få minutters forsinkelse i fremmødet kan få store konsekvenser for såvel passagererne som driften i sin helhed.

Ganske små forseelser kan endvidere få alvorlige konsekvenser, hvis de gentages på trods af advarsler, jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg., 2004, side 704, under henvisning til Utr. VLD af 12/10 1995 (B-234-94):

»F var ofte kommet for sent. Han havde fået påtaler, og i hvert fald skriftligt modtaget én påtale og senere en skriftlig advarsel. Han blev herefter opsagt med tilkendegivelse om, at yderligere for sent fremmøde ville resultere i bortvisning. Ca. 1 måned senere kom han – udover den accepterede flekstid på én time – 5 min. for sent. Han kunne ingen forklaring give herpå, og han havde ikke ringet om forsinkelsen. Selv om den ingen skadevirkning havde, var bortvisningen berettiget.«

3.5 Introduktion til kapitlerne om misligholdelsesbeføjelserne

Spørgsmålet om, hvilke misligholdelsesbeføjelser[133] en part kan gøre gældende i tilfælde af misligholdelse af en funktionærkontrakt, er interessant, fordi en funktionærkontrakt typisk er en vedvarende og løbende kontrakt om udveksling af en personlig arbejdsydelse med en pengeydelse, hvorfor misligholdelsesbeføjelserne i visse tilfælde notorisk adskiller sig fra de beføjelser, parterne kan gøre gældende i tilfælde af misligholdelse af en

132. Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 220.

133. I denne afhandling fastholdes begrebet misligholdelsesbeføjelser, fordi denne betegnelse er bedst stemmende med den almindelige obligationsret. Sammenlign således Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 14: »Reglerne om misligholdelsesbeføjelser i tilfælde af misligholdelse uden debitors skyld har mere karakter af en risikofordeling efter objektive kriterier end af pålæg af sanktioner i sædvanlig forstand.« Cfr. således Hasselbalch, som i Ansættelsesretten benytter betegnelsen »sanktioner«, jf. anførte værk, 3. udg. 2002, afsnit XVII.

kontrakt om udveksling af enkeltstående ydelser. Dette omtales nærmere i det følgende.

Misligholdelsesbeføjelserne kan overordnet inddeles i to kategorier:

Gensidighedsbeføjelserne retter sig mod udvekslingen af ydelserne i gensidigt bebyrdende kontraktforhold.[134] Disse kaldes også kontraktbeføjelser, fordi retten til at gøre dem gældende beror direkte på kontrakten. Der er med andre ord ikke til gensidighedsbeføjelserne knyttet nogen betingelser om, at den misligholdende part er ansvarlig – og dermed subjektivt kan bebrejdes – den konstaterede misligholdelse. Beføjelserne kan gøres gældende, allerede fordi gensidigheden mellem udvekslingen af ydelserne er brudt, når det objektivt er konstateret, at der foreligger kontraktbrud. Til gensidighedsbeføjelserne hører:

- Ophævelse: Bortvisning/bortgang – nærmere betingelser omtales i kapitel 5.
- Forholdsmæssigt afslag – nærmere betingelser omtales i kapitel 6.
- Tilbageholdsret – nærmere betingelser omtales i kapitel 7.

Opfyldelsesbeføjelserne kendetegnes ved at være en parts krav på, at aftalen gennemføres på trods af misligholdelsen, således at modydelsen enten leveres in natura eller ved et økonomisk surrogat. Til denne kategori hører:

- Positiv opfyldelsesinteresse (erstatning) – nærmere betingelser omtales i kapitel 8.
- Naturalopfyldelse – nærmere betingelser omtales i kapitel 9.

I kapitel 4 er adgangen til at opsige kontraktforholdet undergivet selvstændig behandling, dels fordi adgangen til at opsige i praksis benyttes som reaktion på misligholdelse, dels fordi en ukontraktmæssig opsigelse i sig selv kan udgøre en misligholdelse.

134. Jf. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 79.

Kapitel 4

Opsigelse

Det er relevant at behandle kontraktbeføjelsen opsigelse i forbindelse med belysningen af samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten, fordi adgangen til at opsige en funktionærkontrakt på flere punkter afviger fra de almindelige obligationsretlige regler om opsigelse af vedvarende og tidsubegrænsede kontraktforhold.[135]

I obligationsretten opereres med begrebet »kontraktfrihedens grundsætning«, som har sit hjemmelsgrundlag i DL 5-1-2. Heri ligger den hovedregel, at parterne ved aftale frit kan ordne deres forhold, som de ønsker. Virksomheder og enkeltpersoner kan således frit indgå retligt bindende aftaler.[136] Dette udgangspunkt er modificeret i flere henseender såvel ved almindelige grundsætninger som ved lovgivning.

I pagt med kontraktfrihedens grundsætning er det udgangspunktet, at et vedvarende og tidsubegrænset kontraktforhold til enhver tid kan opsiges med et vist varsel. Opsigelsen skal ikke begrundes. For så vidt angår kontraktforhold, hvor den ene part sædvanligvis har større mulighed for at få indflydelse på aftalens udformning, er der imidlertid fastsat ufravigelige beskyttelsesregler til værn mod den stærke part, jf. eksempelvis forsikringsaftaleloven, lejeloven og funktionærloven. I disse regelsæt begrænses på forskellig vis det almindelige udgangspunkt om aftalefrihed.

I dette kapitel undersøges, i hvilket omfang kontraktfrihedens grundsætning er fraveget i forbindelse med funktionærforholdets opsigelse. Navnlig undersøges det i afsnit 4.3, om det obligationsretlige udgangspunkt er fuldstændigt fraveget og erstattet af en funktionærretlig udfyldningsregel med afsæt i de præceptive saglighedsregler, der gælder om opsigelser af funk-

135. Inden for arbejdsretten anvendes begreberne opsigelse og afskedigelse i flæng, om end sidstnævnte begreb navnlig benyttes om arbejdsgiverens opsigelse/afskedigelse af funktionæren. Den tilfældighedsprægede brug af begreberne ses f.eks. ved, at to centrale bestemmelser – nemlig funktionærlovens § 2b og hovedaftalens § 4, stk. 3 – omhandler henholdsvis usaglig opsigelse og usaglig afskedigelse.

136. Jf. Lennart Lynge Andersen, Aftaler og Mellemmænd, 4. udg. 2001, side 22ff., Ussing, Aftaler, 3. udg. 1950, side 186ff. samt Lassen, Haandbog i Obligationsretten, Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 149ff.

tionærkontrakter, eller om kontraktfrihedens grundsætning gælder, hvor der ikke er sikker hjemmel for fravigelse.

Med hensyn til afhandlingens hovedtitel – spørgsmålet om misligholdelse af funktionærkontrakter – er opsigelsesadgangen interessant i to henseender: Opsigelse kan både udgøre *årsagen* til misligholdelse og *virkningen* af misligholdelse. Dette illustreres – i omvendt rækkefølge – i afsnit 4.1: »Opsigelse som reaktion på misligholdelse« og afsnit 4.2: »Opsigelse som misligholdelse«.

Endnu et interessant aspekt ved opsigelse er, at selve muligheden for at komme ud af kontraktforholdet ved opsigelse har en begrænsende indflydelse på parternes mulighed for at komme ud af kontraktforholdet ved hjælp af misligholdelsesbeføjelsen ophævelse.[137] Dette er én af årsagerne til, at grundlaget for ophævelsen skal være ekstra stærkt i funktionærretlig sammenhæng.[138]

Hertil bemærkes, at det kan være billigere for en arbejdsgiver at bortvise end at opsige. Hvis bortvisningen efterfølgende erklæres uberettiget, skal han alligevel blot betale erstatning svarende til lønnen i opsigelsesperioden.

4.1 Opsigelse som reaktion på misligholdelse

I praksis sker det utvivlsomt, at en arbejdsgiver eller en funktionær reagerer på modpartens misligholdelse af funktionærforholdet ved at opsige dette. Dokumentation herfor er imidlertid vanskelig at fremlægge på grund af den kendsgerning, at opsigelse er en ganske mild reaktion på en misligholdelse, som måske kunne være mødt med misligholdelsesbeføjelser som ophævelse og erstatning. Der er således sjældent juridiske argumenter for at føre sager, som viser, at et funktionærforhold er opsagt på grund af misligholdelse.

Særligt vanskeligt er det at fremlægge eksempler på funktionærens opsigelse på grund af arbejdsgiverens misligholdelse, eftersom funktionæren i overensstemmelse med kontraktfrihedens grundsætning på et hvilket som helst tidspunkt og af hvilken som helst grund kan opsige funktionærkontrakten. Opsigelse fra funktionærens side er således ikke underlagt nogen materielle restriktioner. De i praksis forekommende eksempler på, at en funktionær har opsagt sit ansættelsesforhold på grund af arbejdsgiverens

137. Cfr. eksempelvis en købekontrakt om udveksling af en enkeltstående ydelse, hvor afbrydelse af kontraktsforholdet enten vil udgøre en misligholdelse eller være udøvelse af misligholdelsesbeføjelsen ophævelse som reaktion på modpartens væsentlige misligholdelse.

138. Se nærmere herom ved belysningen af ophævelsesbeføjelsen i kapitel 5.

misligholdelse, indeholder således ikke spørgsmål, der kunne gøres til genstand for en juridisk prøvelse ved domstolene.

4.1.1 Retspraksis om opsigelse som reaktion på misligholdelse

Opsigelse som reaktion på misligholdelse kan belyses gennem retspraksis i visse tilfælde af arbejdsgiverens opsigelse af funktionæren:

En arbejdsgivers opsigelse skal altid kunne begrundes sagligt i virksomhedens eller funktionærens forhold, jf. funktionærlovens § 2b forudsætningsvist. Dette gælder også, når arbejdsgiveren opsiger på grund af funktionærens misligholdelse. Som hovedregel giver saglighedskravene ikke anledning til problemer, når opsigelsen begrundes i misligholdelse. Dette kan dog forekomme, hvis misligholdelsen er så beskeden, at den ikke kan bære en opsigelse. I så fald kan der rejses en sag ved domstolene, hvor det spørgsmål, der prøves, ikke bliver funktionærens misligholdelse, men derimod spørgsmålet om opsigelsens saglighed. Af fremstillingsmæssige hensyn behandles dette tema derfor nedenfor i afsnit 4.3: »Saglig henholdsvis usaglig opsigelse«.

4.1.2 Grænsen mellem uberettiget bortvisning og usaglig opsigelse

Spørgsmål om en opsigelses saglighed kan både opstå i forbindelse med sager, der vedrører opsigelse som reaktion på misligholdelse, og i forbindelse med sager om bortvisning, hvor funktionæren gør gældende, at den foreliggende misligholdelse hverken kan bære en bortvisning eller en opsigelse. Senere i dette afsnit fremdrages eksempler fra retspraksis på, at funktionærer er blevet bortvist som følge af misligholdelse, hvor domstolene ikke blot har fundet bortvisningerne uberettigede, men har vurderet, at misligholdelserne end ikke kunne udgøre saglige opsigelsesgrunde, hvorfor funktionærerne er tilkendt godtgørelser, jf. § 2b, stk. 3. Hermed foreligger fra domstolenes side indirekte tilkendegivelser om tilfælde, hvor opsigelse ikke ville kunne benyttes som reaktion på misligholdelse.

Formuleringen af § 2b, stk. 3: »Bestemmelserne i stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af uberettiget bortvisning« – kunne forlede til den tanke, at der herved er hjemmel for altid at udbetale godtgørelse, hvor der foreligger en uberettiget bortvisning, det vil sige, at der kan sluttes fra uberettiget bortvisning til usaglig opsigelse. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Som nævnt ovenfor er der indbygget en forudsætning om, at godtgørelse kun kan komme på tale, hvor der på grundlag

af de faktiske omstændigheder end ikke kunne gennemføres en saglig opsigelse.[139]

Dette fremgår klart af afgørelsen U 1981.252 H, hvori der foreligger et eksplicit udsagn fra Højesteret om, at der ikke er krav på godtgørelse, blot fordi bortvisning er uberettiget:

> I sagen blev det fundet *uberettiget at bortvise* en funktionær, fordi der ikke var godtgjort grove forhold fra hans side. I denne sammenhæng hæftede retten sig ved, at funktionæren ikke havde fået nogen egentlig advarsel. De opståede samarbejdsvanskeligheder gjorde imidlertid *opsigelse berettiget*. Under sagen var der fra funktionærens side fremsat et anbringende om, at godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2b altid kan og bør tilkendes, når en bortvisning findes uberettiget – altså også i tilfælde, hvor afskedigelse med sædvanligt varsel kunne være foretaget med rimelig begrundelse i funktionærens forhold. I præmisserne udtalte Højesteret imidlertid eksplicit, at der ikke kunne gives funktionæren medhold i dette anbringende.

Det kan på denne baggrund konstateres, at der ikke er knyttet nogen sanktion til, at en arbejdsgiver i en konkret situation uberettiget bortviser funktionæren, hvis det foreliggende grundlag er tilstrækkeligt til at bære en opsigelse. Arbejdsgiveren bærer dog risikoen for sit standpunkt så vidt, at han ved bortvisningen – og dermed funktionærens fratræden – mister retten til arbejdsydelsen, selvom han efterfølgende pålægges at svare erstatning for manglende varsel.

Der er teoretisk uenighed om, hvorvidt det er muligt at kombinere erstatning og godtgørelse. H.G. Carlsen og Danielle Buhl anfører, at der i tilfælde af uberettiget bortvisning kan blive tale om godtgørelse som tillæg til erstatning i henhold til funktionærlovens § 3. Imidlertid mener de at kunne spore en tendens til ikke at tilkende godtgørelse samtidig med erstatning.[140]

Heri er Jørgen Rønnow Bruun uenig:

> »Det har været hævdet, at der skulle være en tendens til ikke at tillægge godtgørelse samtidig med erstatning for tabt opsigelsesvarsel. Denne opfattelse kan ikke helt tiltrædes. Ikke sjældent er forholdet det, at arbejdsgiverens bortvisning bygger på en urigtig antagelse eller på et helt utilstrækkeligt oplysningsgrundlag, hvorfor det efter bevisførelsen må konstateres, at der intet har været at bebrejde den bortviste. I disse situationer tillægges der næsten undtagelsesfrit også en godtgørelse ...

139. Jf. Kaj Petersen, 12. udg. 1990, under medvirken af Niels Johan Petersen, side 108.
140. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003 side 327f.

> Ofte vil der imidlertid foreligge en eller anden form for misligholdelse, der vil udelukke godtgørelse. Man må være opmærksom på, at ikke enhver nok så *ringe misligholdelse* afgiver saglig afskedigelsesgrund … Det er dog undtagelsen, at der ved den ansattes misligholdelse tillægges godtgørelse«.[141]

I det følgende refereres kort tre afgørelser, hvor spørgsmålet om tilkendelse af godtgørelse i anledning af en uberettiget bortvisning har været til genstand for prøvelse. I de første to af disse har funktionæren fået medhold i godtgørelseskravet, mens arbejdsgiveren i den sidste afgørelse er blevet frifundet fra kravet.

U 2000.1221 V – Uberettiget bortvisning, da virksomhed måtte gå ud fra, at funktionæren stadig var syg[142]

> En funktionær sygemeldte sig den l. april 1998, og den 3. april sendte hans læge en erklæring til arbejdsgiveren om uarbejdsdygtighed i yderligere ca. 1 uge. Da funktionæren efter denne uge stadig ikke var mødt på arbejde, var landsretten af den opfattelse, at arbejdsgiveren måtte gå ud fra, at funktionæren fortsat mente sig syg. Arbejdsgiveren bad ikke funktionæren om yderligere dokumentation for funktionærens sygdom. Hertil kom, at arbejdsgiveren var bekendt med, at funktionæren havde rettet henvendelse til sin faglige organisation vedrørende sine ansættelsesforhold.
>
> Ingen af parterne rettede direkte henvendelse til hinanden, før arbejdsgiveren den 24. april sendte funktionæren et påkrav af følgende indhold: »Da Du uden grund er udeblevet fra Dit arbejde i dagene 14. april-24. april 1998, meddeles det herved, at såfremt Du ikke straks genoptager arbejdet, kan Du betragte Dig som værende bortvist …«.
>
> I modsætning til byretten mente landsretten ikke, at funktionæren havde gjort sig skyldig i væsentlig misligholdelse af sit ansættelsesforhold ved først den 28. april gennem sin organisation at besvare arbejdsgiverens bortvisningsskrivelse af 24. april. Bortvisningen var således uberettiget. Idet arbejdsgiveren ikke havde gjort størrelsesmæssige indsigelser mod funktionærens opgørelse af sit krav, gav landsretten funktionæren medhold i hans påstand om krav på løn i en 6-måneders opsigelsesperiode og godtgørelse i medfør af funktionærlovens §§ 2a og b samt feriegodtgørelse.

Dommen er således et eksempel på, at en bortvisning ikke alene blev kendt uberettiget med krav om erstatning for manglende opsigelsesvarsel

141. Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996, side 48f.
142. Et indgående referat af afgørelsen findes i afsnit 3.4.2.1. Her skal således blot fremdrages de omstændigheder, der er interessante i forhold til spørgsmålet om godtgørelse.

til følge. Landsretten tilkendte også funktionæren godtgørelse for usaglig opsigelse i henhold til funktionærlovens § 2b.

Det er beklageligt, at landsretspræmisserne herom er så kortfattede, som de er. Ved blot at konstatere, at funktionærens opgørelse af sit krav blev taget til følge, fordi arbejdsgiveren ikke havde gjort størrelsesmæssig indsigelse herimod, efterlades spørgsmålet, om årsagen til godtgørelsen i henhold til § 2b blot var, at der ikke var protesteret fra arbejdsgiverens side.

U 2000.298 H – Uberettiget bortvisning. Krav på godtgørelse i henhold til §§ 2a og 2b[143]

Et ægtepar havde gennem 5 år drevet en virksomhed, som imidlertid kom under konkursbehandling. Selskabet A købte virksomheden ud af konkursboet, hvorefter begge ægtefæller blev ansat i A. 14 år herefter blev hustruen bortvist fra arbejdspladsen, fordi en kunde havde afgivet en erklæring om kontant at have købt varer af hende uden at få en kvittering, jf. nærmere herom i afsnit 5.2.3. Senere samme morgen forlod manden virksomheden, hvilket omtales i afsnit 8.1.6.

Hustruen blev ikke ved bortvisningen gjort bekendt med, hvilke beløb hun efter A's opfattelse havde tilegnet sig, eller hvilken dokumentation A havde for sin alvorlige beskyldning mod hende. Først ved A's svarskrift til retten 8 måneder senere blev hun gjort bekendt med identiteten på kunden og dennes erklæring. Arbejdsgiveren fandtes således at have afskåret hende fra at varetage sine interesser, herunder nærmere at redegøre for det konkrete bortvisningsgrundlag, mens hun havde det i frisk erindring. Under disse omstændigheder mente retten, at der påhvilede arbejdsgiveren en særdeles tung bevisbyrde for at godtgøre, at hustruen havde tilegnet sig betalingerne. Denne blev ikke anset for løftet, og bortvisningen blev derfor erklæret uberettiget. Som følge af de faktiske omstændigheder blev hustruen foruden erstatning for løn i opsigelsesperioden tilkendt godtgørelse i henhold til funktionærlovens §§ 2a og 2b.

Som det fremgår af dette resume, er sagens faktiske omstændigheder gjort til genstand for stor opmærksomhed i forbindelse med afgørelsen. Det fremdragne faktum lægges til grund for resultatet uden yderligere bemærkninger om de juridiske kriterier for tilkendelse af godtgørelse i tilfælde, hvor der foreligger uberettiget bortvisning. Dette er imidlertid typisk for sager efter § 2b – de begrundes meget konkret.

I den følgende afgørelse faldt den konkrete afvejning af de faktiske omstændigheder ud til arbejdsgiverens fordel – altså frifindelse for kravet

143. Afgørelsen behandles i afsnit 5.2.3: »Krav om høring forud for ophævelse?« samt afsnit 8.1.6: »Egen skyld/medvirken«. Her skal således blot fremdrages de omstændigheder, der er interessante i forhold til spørgsmålet om godtgørelse.

om godtgørelse for uberettiget bortvisning. Afgørelsen er et eksempel på, at det på den ene side har været uberettiget, at arbejdsgiveren har bortvist funktionæren, men at der på den anden side har været nogle faktiske omstændigheder – misligholdelsen – som har kunnet benyttes som saglig begrundelse for opsigelsen. Hermed foreligger fra rettens side tilkendegivelse om tilfælde, hvor opsigelsesadgangen kunne benyttes som reaktion på misligholdelse, jf. overskriften på dette afsnit 4.1.

U 1994.1012 V – Uberettiget at bortvise, fordi lønseddel på opslagstavle var nægtet fjernet[144]

En funktionær havde fået en mindre bonus end andre ansatte. I vrede herover ophængte han sin lønseddel på virksomhedens opslagstavle, og han nægtede at fjerne den, selv om han skriftligt var gjort bekendt med, at alternativet ville være bortvisning.

Landsretten udtalte, at den ordre, som funktionæren havde tilsidesat, var uden forbindelse med udførelsen af hans arbejde for virksomheden. Der var ikke i virksomheden forbud mod, at de ca. 20 ansatte indbyrdes diskuterede deres aflønning, og retten antog, at de udbetalte bonusbeløb alligevel ville blive almindeligt kendte. Under disse omstændigheder, og idet funktionærens lydighedsnægtelse kendeligt havde været begrundet i hans ophidselse over at have fået en mindre bonus end kollegerne, fandtes lydighedsnægtelsen ikke at kunne anses for en så væsentlig misligholdelse, at det havde været berettiget at bortvise ham. Derimod fandtes lydighedsnægtelsen at kunne have begrundet en opsigelse, og der fandtes derfor ikke grundlag for at tillægge ham godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.

4.1.3 Godtgørelsesmuligheden ved berettiget bortgang

Foruden de her behandlede muligheder for at få godtgørelse i tilfælde af uberettiget bortvisning føjes i den arbejdsretlige teori endnu en facet til reglen i funktionærlovens § 2b, stk. 3:

Godtgørelse for usaglig opsigelse kan også tilkendes, hvor det er funktionæren, der hæver ansættelsesforholdet på grund af forhold fra arbejdsgiverens side, der kan sidestilles med bortvisning. Arbejdsgiveren kan således ikke slippe uden om godtgørelsesreglerne ved at handle på en sådan måde, at det er funktionæren selv der tvinges til at sige op eller hæve funktionærforholdet.[145] Spørgsmål herom var fremme i sagen U 1995.444

144. Afgørelsen behandles indgående i afsnit 5.6.2.2: »Lydighedspligt«. I forhold til spørgsmålet om godtgørelse taler dommen for sig selv, hvorfor der blot gives et kort resume.

145. Kaj Petersen, Funktionærloven, 12. udg. 1990, side 184, under henvisning til U 1970.467 H. Se ligeledes Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 244f og 602, note

H, hvor det forudsætningsvist blev lagt til grund, at en arbejdsgiver kan gøre sig skyldig i en misligholdelse, som kan sidestilles med en uberettiget bortvisning. I den konkrete sag havde funktionæren imidlertid ikke godtgjort, at arbejdsgiveren havde gjort sig skyldig i en sådan misligholdelse.[146]

4.2 Opsigelse som misligholdelse

Opsigelsen kan i sig selv udgøre en misligholdelse, hvis den gennemføres ukontraktmæssigt. Med »ukontraktmæssig opsigelse« menes, at opsigelsen ikke gennemføres i overensstemmelse med de krav, der kan stilles til den.

Ukontraktmæssig opsigelse anskues som en misligholdelse, idet kontraktopfyldelsen ikke kan karakteriseres som korrekt, når opsigelsen gennemføres i manglende overensstemmelse med de processuelle eller materielle regler. I overensstemmelse med misligholdelsesdefinitionen, jf. afsnit 3.1, forbeholdes misligholdelsesbetegnelsen de tilfælde, hvor der kan udløses retsvirkninger i anledning af den ukontraktmæssige opsigelse.

4.2.1 Opsigelse i strid med de processuelle forskrifter

I forbindelse med opsigelse af funktionærforholdet, navnlig arbejdsgiverens opsigelse, gælder nogle processuelle forskrifter, som skal iagttages i forbindelse med opsigelsens gennemførelse. Dette kan eksempelvis dreje sig om varslingsregler, krav om forudgående høring og/eller advarsel og krav om begrundelse. Hertil kommer overenskomstmæssige forskrifter om eksempelvis behandling i et særligt afskedigelsesnævn forud for opsigelse, og for tillidsrepræsentanters vedkommende regler om forhandling i faglig voldgift forud for opsigelse. Endelig findes der forskrifter eller uskrevne regler om, at opsigelsen skal være afgivet af den kompetente myndighed, enhed eller person for at være gyldig.

Som fremhævet i indledningen til dette afsnit 4.2 er det forhold, at en opsigelseserklæring er afgivet uden (tilstrækkelig) iagttagelse af de processuelle forskrifter, ikke i sig selv nok til at karakterisere opsigelsen som

---

19, Rønnow, Usaglig Afskedigelse, 1996, side 48f. samt Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 619.

146. Sml. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 215-216 samt Lars Svenning Andersen, 3. udg. 2004, side 230ff. Se også Rønnow, som i Usaglig Opsigelse, 1996, på side 49 skriver følgende om dommen: »Nogle afgørelser forudsætter endvidere, at en lønmodtager, der af arbejdsgiveren er blevet *chikaneret til selv at sige op*, vil kunne opnå godtgørelse for usaglig afskedigelse.«

en misligholdelse. Hertil kræves, at der kan udløses *retsvirkninger* i denne anledning.

For så vidt angår spørgsmålet om retsvirkninger er det navnlig interessant, om opsigelsen bliver ugyldig med det resultat, at der kan rejses krav om naturalopfyldelse (det vil sige fortsat ansættelse eller genindtrædelse) eller erstatning. Svaret på dette spørgsmål afhænger blandt andet af forskriftens hjemmelsgrundlag, retspraksis samt de faktiske omstændigheder, herunder navnlig om stillingen var fratrådt eller ej.

Overtrædelsen af en processuel forskrift kan imidlertid også være uden (selvstændig) retsvirkning, enten fordi overtrædelsen er bagatelagtig, eller fordi formålet med den processuelle forskrift blot er at sikre det materielt rigtige resultat. I sidstnævnte tilfælde bliver spørgsmålet, om den manglende iagttagelse af forskriften har haft indflydelse på opsigelsens saglighed, jf. nærmere herom i afsnit 4.3.

Det skal for god ordens skyld bemærkes, at de juridiske problemer i forbindelse med opsigelse i strid med de processuelle forskrifter i praksis hyppigt kan afværges ved, at den opsigende part redresserer opsigelsesvilkårene eller opsigelsesproceduren, så opsigelsen bringes i overensstemmelse med forskrifterne. I obligationsretlig henseende udløses således ingen retsvirkninger i anledning af den ukontraktmæssige opsigelse. Det ukontraktmæssige forhold er redresseret, og opsigelsen kan følgelig ikke karakteriseres som en misligholdelse. Misligholdelsen er med andre ord afværget, og funktionærforholdet fortsættes indtil fratrædelsestidspunktet på de vilkår, som følger af den tilrettede opsigelse.

Det har i den funktionærretlige teori været diskuteret, om en ukontraktmæssig opsigelse helt skal kunne tilbagekaldes, eller om den som følge af løfteelementet har bindende virkning og således blot kan rettes. Spørgsmålet har nogen parallelitet til spørgsmålet om tilbagekaldelse, redressering og fortrydelse af ophævelseserklæringer, der behandles indgående nedenfor i afsnit 5.1. Her skal problematikken med hensyn til opsigelseserklæringer således blot omtales kort:

H.G. Carlsen og Danielle Buhl skriver, at den arbejdsgiver, hvis mangelfulde opsigelse mødes med protest, må have mulighed for at vælge mellem at berigtige manglen med den virkning, at opsigelsen betragtes som rigtigt afgivet, og helt at frafalde opsigelsen.[147]

147. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 320ff. Dette står i modsætning til, hvad de samme forfattere konstaterer om gældende ret for så vidt angår en opsigelse, der lider af materielle mangler. Om usaglig opsigelse skriver de nemlig: »Arbejdsgiveren, der stilles over for krav om godtgørelse, kan ikke vælge at annullere opsigelsen. Forholdet mellem parterne vil – navnlig hvis opsigelsen var begrundet i funktionærens forhold – let være således ødelagt, at en fortsættelse af ansættelsen ikke er rimelig«. H.G. Carlsen

I modsætning hertil argumenterer Lars Svenning Andersen for, at arbejdsgiveren alene har valget mellem at fastholde den opsigelse, som funktionæren protesterer imod, eller at redressere fejlen. Der er efter denne forfatters opfattelse ikke tvivl om, at opsigelsen er afgivet, og han kan ikke tiltræde muligheden for annullation af en mangelfuld opsigelse (hverken arbejdsgiverens eller funktionærens). Synspunktet underbygges med følgende argumentation:

> »Funktionæren må – som ved en korrekt opsigelse – kunne tilegne sig det i opsigelsen liggende løfte om at frigøre funktionæren fra ansættelsesforholdet, og arbejdsgiveren kan ikke i disse situationer have en udvidet fortrydelsesret. Funktionæren kan have søgt – og måske fået – andet arbejde inden reaktionen fra arbejdsgiveren, samarbejdet har måske lidt skade allerede som følge af opsigelsen, og bl.a. arbejdsløshedslovens regler indebærer, at funktionæren ikke blot selv kan afgive en opsigelse. De af Carlsen nævnte – ældre – domme understreger da også hovedsageligt, at et fejlagtigt opsigelsesvarsel ikke er ensbetydende med et kontraktbrud, men dette indebærer som nævnt ikke nødvendigvis, at varslet kan tilbagekaldes, hvis parterne ikke er enige herom.«[148]

H.G. Carlsen og Danielle Buhl tager Hasselbalch[149] til indtægt for at være i opposition til Lars Svenning Andersen. Dette synes imidlertid ikke tilfældet, idet Hasselbalch på grundlag af aftalelovens § 7 og princippet i § 39, 2. pkt. netop begrænser afsenderens muligheder for at tilbagekalde en opsigelse til, hvad der følger af det almindeligt gældende løfteprincip. Hermed når også Hasselbalch frem til, at tilbagekaldelsen af opsigelsen kun kan komme på tale på de betingelser, som følger af de aftaleretlige regler, der ikke rummer mulighed for annullation.

På grundlag af den almindelige obligationsret kan det tiltrædes, at en viljeserklæring, der er kommet til modpartens kundskab, ikke kan annulleres ensidigt. Således har også det i en opsigelse værende løfte om frigørelse bindende virkning for den opsigende part, uanset tilstedeværelsen af processuelle og anfægtelige fejl. Eventuel redressering må vedrøre selve fejlen, mens det bagvedliggende løfte om frigørelse er bindende og kan tilegnes af den opsagte part.

---

og Danielle Buhl erklærer imidlertid dette forhold utilfredsstillende – de mener, at den arbejdsgiver, der mødes med godtgørelseskrav som følge af usaglig opsigelse, forlods skulle have mulighed for at afhjælpe den materielle mangel ved at tilbagekalde den usaglige opsigelse.

148. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 562ff. (citatet stammer fra side 546). På linje hermed er Jens Paulsen, Afskedigelse, 1. udg. 1997, side 267f.

149. Jf. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 197.

Det understreges, at det anførte standpunkt på ingen måde forhindrer, at parterne kan *aftale*, at opsigelsen tilbagekaldes.

I det umiddelbart følgende belyses, hvilke retsvirkninger der følger af opsigelse i strid med nogle centrale processuelle forskrifter.

4.2.1.1 Krav om advarsel?

I forbindelse med vurderingen af en opsigelses saglighed kan det ved opsigelse på grund af funktionærens forhold være afgørende, om funktionæren forud for opsigelsen har fået en konkret advarsel. Dette vil navnlig gøre sig gældende, når funktionæren opsiges som følge af mindre forsømmelser og sløsethed. Advarslen kan således siges at indgå som et afgørende led i opsigelsesproceduren. Manglende advarsel er imidlertid uden selvstændig retsvirkning, men indgår blot som et element i saglighedsvurderingen. Advarslen kan med andre ord siges at være en processuel forskrift, hvis formål er at sikre det materielt rigtige resultat. Som følge heraf behandles spørgsmålet om advarsel ikke nærmere i dette afsnit. I stedet kan henvises til afsnit 4.3.

4.2.1.2 Krav om skriftlighed?

Ifølge funktionærlovens § 2, stk. 7, 2. pkt. skal opsigelse ske skriftligt. Kravet angår de ordinære opsigelsesregler i bestemmelsens stk. 2, 3 og 6, det vil sige opsigelse fra arbejdsgiverens side, når opsigelsen sker i henhold til de almindelige varslingsregler (ikke prøvetidsansættelser og midlertidige ansættelser), samt opsigelse fra funktionærens side.

Ordet »skriftligt« kom ind i funktionærloven ved lovændringen i 1964.[150] Indtil da kunne opsigelse ske på enhver måde. Fra en umiddelbar betragtning ligner det indførte formkrav en gyldighedsbetingelse, men spørgsmålet er, om det er sådan, det forholder sig.

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl[151] analyseres rækkevidden af skriftlighedskravet. Indledningsvis skriver de, at der herved er indført et element, som virker fremmedartet i det indarbejdede funktionærretlige system, som derfor ikke kan forventes accepteret i daglig praksis. De undersøger, om skriftlighedskravet er en egentlig gyldighedsbetingelse, om det er et lovbestemt beviskrav, eller om det blot er en ordensforskrift. Herefter analyserer de forarbejderne til bestemmelsen og retspraksis. På baggrund heraf konkluderes, at reglen efterhånden har indtaget funktion som en ordens- og bevisregel, der indebærer, at beviset for en mundtlig opsigelse nok kan

150. Lov nr. 77 af 20. marts 1964.
151. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 300ff.

føres på enhver måde, men at beviset skal være så stærkt, at det giver praktisk taget samme sikkerhed som skriftlighed.

På samme måde konkluderer Hasselbalch,[152] at skriftlighedskravet ikke er nogen gyldighedsbetingelse. I denne forbindelse henviser han blandt andet til U 1998.1623 Ø, hvor landsretten tiltrådte, at kravet i funktionærlovens § 2, stk. 7, om skriftlighed ikke er et formkrav, men alene en bevisbyrderegel, der imidlertid pålægger den opsigende en tung bevisbyrde. I den konkrete sag var forskriften om skriftlighed gentaget i ansættelseskontrakten, og kunne uden nogen vanskelighed have været gennemført. Retten mente derfor, at der måtte stilles særdeles store krav til beviset for, at en mundtlig opsigelse var afgivet. Beviset herfor var imidlertid ikke ført.

Det kan sammenfattende konstateres, at retsvirkningen af skriftlighedskravet i § 2, stk. 7 er, at opsigelsen anses for ikke at have fundet sted, hvis den opsigende part ikke ved skriftlighed eller på anden sikker måde kan bevise, at opsigelsen var afgivet. Manglende skriftlighed kan ikke karakteriseres som en opsigelse i strid med de processuelle forskrifter, som indebærer en misligholdelse. Manglende skriftlighed kan derimod betyde manglende bevis for selve opsigelsen.

4.2.1.3 Varslingsreglerne

Det er i obligationsretlig henseende en almindelig regel, at adgangen til at opsige vedvarende kontraktforhold er betinget af, at opsigelsen varsles. Dette beror på, at begge parter har interesse i at få en vis tidsfrist til at indrette sig på konsekvenserne af afbrydelsen af det kontinuerlige og vedvarende kontraktforhold. Således forholder det også i ansættelsesretlig henseende.[153]

---

152. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 201f.

153. Sml. afgørelsen U 2005.1398 V, hvor ansættelsesforholdet med en pædagog, der var ansat på en selvejende institution, hverken var omfattet af funktionærloven eller en kollektiv overenskomst. Med brev af 31. august 2002 blev pædagogen opsagt til fratræden med udgangen af september 2002. Under sagen gjorde pædagogen gældende, at hans opsigelsesvarsel var på 3 måneder. Der blev under sagen fremlagt overenskomster for forskellige pædagoggrupper, og i disse var opsigelsesvarslet fastsat i henhold til bestemmelserne i funktionærlovens § 2. Det var ikke bevist, at der var indgået ansættelsesaftale eller i øvrigt indgået aftale om opsigelsesvarsel. Godtgørelse for manglende ansættelsesbevis fastsattes til 10.000 kr. Opsigelsesvarslet fastsattes ud fra en rimelighedsvurdering, der tog udgangspunkt i, hvad der var aftalt for pædagoger inden for beslægtede overenskomstdækkede områder. Varslet fastsattes til 3 måneder, og da det ikke var bevist, at pædagogen havde modtaget opsigelsen inden udgangen af august 2002, havde pædagogen krav på løn og feriepenge frem til udgangen af december samme år.

Før den første funktionærlov var der i overensstemmelse med den almindelige obligationsret ligestilling mellem længden af arbejdsgiverens og funktionærens varsler. På dette punkt blev der imidlertid gjort op med det almindelige obligationsretlige udgangspunkt allerede i forbindelse med indførelsen af funktionærloven i 1938:

Forud for vedtagelsen af »Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i private Erhvervsvirksomheder« af 13. april 1938 (lov nr. 168) havde Det Konservative Folkeparti stillet forslag om lov om individuelle arbejdsaftaler.[154] Lovforslaget blev fremsat uden bemærkninger, men af de konservatives mindretalsvotum til et senere fremsat ændringsforslag[155] fremgår, at det var mindretallets ønske, at der med hensyn til opsigelsesvarslet fra de to parters side kom til at herske ligelighed. Flertallet var imidlertid af den opfattelse,[156] at det i almindelighed er vanskeligere for funktionæren at opnå en ny plads end for arbejdsgiveren at skaffe sig en anden funktionær. Derfor fandt flertallet det rimeligt, at opsigelsesvarslet fra funktionærens side skulle sættes kortere end fra arbejdsgiverens side.

Som således introduceret allerede i forbindelse med lovens vedtagelse fungerer varslingsreglerne for funktionærens vedkommende som beskyttelsesregler af social karakter til sikring af hans levebrød. Jo længere tid funktionæren har været ansat hos arbejdsgiveren, desto mere er hans ajourførte kvalifikationer tilpasset arbejdsforholdene hos den konkrete arbejdsgiver, hvorfor funktionærens muligheder for at opnå anden beskæftigelse kan være indsnævret. Således forlænges varslet op til 6 måneder. Kombineret med reglen i funktionærlovens § 16, hvorefter arbejdsgiveren i opsigelsesperioden – uden afkortning i lønnen – skal give funktionæren den nødvendige fritagelse fra arbejdet til at søge anden beskæftigelse, giver reglerne funktionæren tid til at sikre kontinuitet i sin indtjening.

Kravet om varsel er lovfæstet og beskyttelsespræceptivt, jf. funktionærlovens § 2 sammenholdt med § 21. Opsigelsesvarsel er således en fast og uomtvistelig bestanddel af ansættelsesforholdet, der ikke ved aftale kan fraviges til ugunst for funktionæren.[157]

154. Jf. Rigsdagstidende 1937-38, tillæg A spalte 2485ff.
155. Jf. Rigsdagstidende 1937-38, tillæg B spalte 2079.
156. Jf. Rigsdagstidende 1937-38, tillæg B spalte 2075.
157. Retsvirkningerne af opsigelsesvarsler i strid med varslingsreglerne behandles af Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 679, hvor han skriver, at funktionærloven ikke giver hjemmel til underkendelse af opsigelser. Hvis arbejdsgiveren således fastholder, at fratrædelse skal ske med kortere varsel end foreskrevet i funktionærlovens § 2, vil funktionæren derfor alene kunne rejse krav om erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler. På dette punkt har forfatteren ændret opfattelse i forhold til samme værks 2. udg. 1998, side 566, hvoraf fremgår, at opsigelser i strid med funktionærlovens regler i kraft af § 21 er ugyldige og kan underkendes. Ud fra en

En opsigelse er en ensidigt fremsat erklæring fra én af parternes side. Opsigelsen er et påbud, som hverken kræver accept eller samtykke fra modparten. Den får virkning i overensstemmelse med sit indhold, når den er kommet frem.

Umiddelbart nedenfor behandles retsvirkningerne af, at en opsigelse er afgivet uden overholdelse af de processuelle varslingsregler, det vil sige tilfælde, hvor opsigelsesvarslet er henholdsvis for kort eller for langt.

Opsiges funktionærforholdet med et varsel, der er for kort, må den opsagte part *reklamere*, hvis han ønsker at fastholde sit krav om korrekt varsel. Hvis der ikke reklameres (rettidigt) står opsigelsen på de heri angivne vilkår ved magt. H.G. Carlsen og Danielle Buhl udtrykker det således:

> »At passivitet kan virke lægende på en opsigelses mangelfuldhed, er et velkendt fænomen i funktionærretten.«[158]

Fristen for reklamation afhænger af flere forhold og diskuteres indgående hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl. På baggrund af retspraksis skriver de, at der lægges vægt på, om indsigelse fremsættes før eller efter fratrædelsen. Der er således en *tendens* til at godkende indsigelser, der fremsættes senest på fratrædelsesdagen. Disse forfattere finder det imidlertid tvivlsomt, om denne tendens er tilstrækkeligt grundlag til at opstille en regel om, at indsigelse inden fratrædelsen udelukker passivitetsvirkningen. De accepterer dog reglen som et udgangspunkt, der må modificeres i tilfælde af, at arbejdsgiveren har haft kendelig føje til at regne med, at funktionæren har affundet sig med opsigelsen.

Reklamationen knytter sig til det ukontraktmæssige vilkår for opsigelsen – nemlig det forkerte opsigelsesvarsel. Retsvirkningen af reklamationen knytter sig således også til dette forhold. Selve opsigelsen er uanfægtelig, jf. ovenfor i indledningen til dette afsnit 4.2.1.

Den umiddelbare retsvirkning af en funktionærs reklamation over opsigelse med for kort varsel afhænger af arbejdsgiverens reaktion. To muligheder foreligger: Arbejdsgiveren kan vælge at fastholde opsigelsen med for kort varsel med det resultat, at funktionæren kan fratræde og kræve erstatning for løn for den resterende opsigelsesperiode, *eller* arbejdsgiveren

---

betragtning om, at det er opsigelsesvarslets længde, der kan anfægtes som ugyldigt og ikke opsigelsen som sådan, kan den ændrede opfattelse tiltrædes.

158. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 315. Se også Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 197: »I tilfælde af usikkerhed om rette varsels længde kan en sen reklamation over en påstået tilsidesættelse af en varslingspligt e.o. tages til indtægt for, at varslet var korrekt.« På linje hermed er Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 557.

kan vælge at forlænge varslet, hvorefter funktionæren som udgangspunkt må fortsætte arbejdet i den forlængede opsigelsesperiode.[159]

Disse to løsningsmuligheder er i obligationsretlig terminologi henholdsvis erstatning og naturalopfyldelse. Det er imidlertid væsentligt at bemærke, at naturalopfyldelse kun kommer på tale i den situation, hvor arbejdsgiveren straks erkender, at det afgivne varsel var for kort, hvorfor funktionærforholdet uden videre kan forlænges. Dette er helt i overensstemmelse med udgangspunktet om, at naturalopfyldelse ikke kan gennemtvinges i ansættelsesforhold.[160]

Opsiges funktionærforholdet med et varsel, der er for langt, vil dette kun kunne rettes i overensstemmelse med princippet i aftalelovens § 39, 2. pkt. og eventuelt § 32, stk. 1 om fejlskrift etc. For så vidt angår arbejdsgiverens opsigelse af funktionæren vil rettelse således kunne komme på tale, hvis funktionæren måtte indse, at arbejdsgiveren svævede i en vildfarelse om, hvilket individuelt varsel funktionæren kunne opsiges med.

Der kan mellem parterne være uenighed om, med hvilket individuelt opsigelsesvarsel arbejdsgiveren kan opsige funktionæren i henhold til funktionærlovens § 2, fordi der er tvist om, hvor stor en del af ansættelsestiden der medgår ved beregningen af funktionæranciennitetet. Hvis funktionæren i et sådant tilfælde får medhold i en sag mod arbejdsgiveren om den manglende overholdelse af varslingsreglerne, kan den ukontraktmæssige opsigelse karakteriseres som en misligholdelse, fordi funktionæren tilkendes erstatning svarende til varslets længde. Et sådant søgsmål anlægges typisk efter fratrædelsestidspunktet, og der er som følge heraf ikke knyttet nogen arbejdsforpligtelse til den af retten tilkendte erstatning for manglende opsigelsesvarsel, fordi der som udgangspunkt hverken er ret eller pligt til genindtrædelse.

4.2.1.4 Krav om høring?

Høring er ikke et begreb, som findes i den almindelige obligationsret. Det har derimod sit afsæt i forvaltningsretten, og i funktionærretlig sammenhæng er relevansen således størst for så vidt angår offentlige ansættelsesforhold. En opsigelse er en forvaltningsakt, hvorom de forvaltningsretlige regler foreskriver, at myndigheden har pligt til at høre lønmodtageren om grundlaget for opsigelsen, før den gennemføres. Dette fremgår af præmisserne til afgørelsen U 1996.1462 H, hvor retten fandt, at afskedigelsen skulle bedømmes efter de forvaltningsretlige regler,

159. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 563.
160. Sml. således H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 321.

således at en manglende partshøring ved afskedigelse medførte erstatningspligt.

På det private arbejdsmarked kan det fremgå af en kollektiv overenskomst, at der skal gælde det samme, som gælder på det offentlige arbejdsmarked om ugyldighed ved opsigelse uden forudgående høring. At høring ikke er en almindelig pligt, fremgår af Højesteretsafgørelsen U 2004.990 H:

> Højesteret afgjorde, at der ikke var pligt til partshøring af en tidligere offentlig ansat, der gennem virksomhedsoverdragelse var blevet privat ansat. Omstændighederne i sagen var, at funktionæren blev ansat som IT-supporter i Slots- og Ejendomsstyrelsen S i 1999. Pr. 1. maj 2000 blev en række arbejdsfunktioner under S udliciteret til en privat virksomhed V, således at funktionæren blev virksomhedsoverdraget til V, hvor han fortsatte som IT-supporter. I oktober 2000 blev funktionæren opsagt til fratræden, uden at der forinden var blevet foretaget partsafhøring. Funktionæren gjorde gældende, at opsigelsen var ugyldig og krævede en godtgørelse af V under henvisning til, at høringsforskriften i forvaltningslovens § 19 ikke var blevet iagttaget. Da den generelle regel om partshøring i forvaltningslovens § 19 kun fandt anvendelse i den offentlige forvaltning og ikke kunne anses for omfattet af virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1, blev V frifundet af landsretten og Højesteret.

Hvis der ikke er fastsat regler om høring, herunder taget stilling til retsvirkningen af manglende høring, kan opsigelsen ikke anfægtes alene af processuelle grunde. I sådanne tilfælde kan det imidlertid få bevismæssig betydning for afgørelsen af opsigelsens saglighed, om funktionæren forlods er blevet foreholdt de konkrete omstændigheder, som arbejdsgiveren agter at støtte en opsigelse på, sml. afgørelsen:

U 2005.578 H – Utilstrækkelig belysning af betydning for godtgørelsesniveauet

> En funktionær havde gennem 19 år været ansat som funktionær hos den privatiserede virksomhed, TDC A/S. Funktionæren var ansat på overenskomstvilkår, men med ret til tjenestemandspension. I januar 2000 blev han bortvist, under henvisning til at han skulle have slået og truet en kollega på arbejdspladsen. Funktionæren fik ikke mulighed for at udtale sig om det passerede, før virksomheden traf beslutning om bortvisningen. Det var funktionærens opfattelse, at virksomheden hverken havde været berettiget til at bortvise eller opsige ham, idet han alene havde taget hårdt fat i kollegaens arm og skubbet ham væk, da kollegaen blandede sig utidigt i hans arbejde. Han krævede derfor løn i opsigelsesperioden og godtgørelse for opsigelse uden rimelig begrundelse i medfør af funktionærlovens § 2b. For Højesteret erkend-

te virksomheden, at bortvisningen ikke var berettiget, og spørgsmålet var herefter alene, om funktionæren havde krav på godtgørelse. Højesteret lagde til grund, at funktionæren ikke havde slået sin kollega, men alene taget hårdt fat i ham og skubbet ham bagud, og at baggrunden for funktionærens handling var, at kollegaen havde blandet sig i hans arbejde, selv om han gentagne gange havde frabedt sig dette. Der blev herudover lagt vægt på, at funktionæren havde været ansat i virksomheden i over 19 år, og at han ikke forud for episoden havde modtaget nogen udtrykkelig advarsel. Herefter var en opsigelse ikke rimeligt begrundet, idet en advarsel, eventuelt kombineret med omplacering, ville have været en mere passende og tilstrækkelig reaktion. Herefter udtalte Højesteret:

»Ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse må der på den ene side navnlig lægges vægt på, at [funktionæren] havde været ansat i virksomheden i over 19 år, og *at TDC i forbindelse med beslutningen om bortvisning ikke udviste den fornødne omhu med hensyn til at få sagen belyst på bedst mulig måde.* På den anden side må der lægges vægt på, at [funktionærens] handling var uacceptabel. Efter en samlet vurdering fastsættes godtgørelsen til 125.000 kr. svarende til ca. 4 måneders løn.« [Kursiveringen er foretaget her].

Ved vurderingen af graden af usaglighed i arbejdsgiverens disposition blev det altså tillagt betydning, at arbejdsgiveren ikke havde gennemført en høring med henblik på at få sagen belyst på den bedst mulige måde.

Manglende høring forud for bortvisning er behandlet i afsnit 5.2.3, hvor kravet til sikkerheden for beviset for bortvisning – grov misligholdelse – ofte fordrer, at arbejdsgiveren kan godtgøre, at funktionæren er blevet foreholdt bortvisningsgrundlaget. Dette fremgår blandt andet af afgørelsen U 2000.298 H,[161] hvor retten fandt, at der påhvilede arbejdsgiveren – der ikke havde partshørt funktionæren – en særdeles tung bevisbyrde, som han i den konkrete sag ikke havde formået at løfte.

I ILO-konvention nummer 158 om ansættelsesforholds ophør[162] fra 1982 bestemmes i artikel 7 følgende pligt til høring forud for ansættelsesforholdets ophør på grund af lønmodtagerens forhold:

»The employment of a worker shall not be terminated for reasons related to the worker's conduct or performance before he is provided an opportunity to defend himself against the allegations made, unless the employer cannot reasonably be expected to provide this opportunity.«

161. Som omtales på side 177 i afsnit 5.2.3.
162. »Termination of Employment Convention«.

Denne konvention er ratificeret af 33 lande, herunder Sverige og Finland,[163] men ikke Danmark. Den kan således ikke udgøre hjemmelsgrundlaget for en pligt til at foretage høring forud for opsigelse af en funktionærkontrakt.

4.2.1.5 Krav om begrundelse

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at opsigelse er en kontraktbeføjelse, til hvis udøvelse der ikke er knyttet andre betingelser end de udtrykkeligt hjemlede. Således stilles almindeligvis ikke krav om begrundelse ved opsigelse af et vedvarende kontraktforhold.

Spørgsmålet om begrundelse knytter sig til arbejdsgiverens opsigelse af funktionærforholdet. Funktionæren skal ikke begrunde sin opsigelse. Forklaringen herpå er dels, at det alene er funktionæren, der har behov for at kunne dokumentere tidligere beskæftigelse, dels at saglighedsreglerne knytter sig til arbejdsgiverens opsigelse af funktionæren, hvorfor dokumentation er nødvendig for at kunne vurdere, om opsigelsen var saglig eller ej.

I det følgende undersøges indholdet af det hjemmelsgrundlag, der er for at kræve begrundelse af opsigelse af funktionærforholdet.

Den offentlige arbejdsgiver er i henhold til forvaltningsloven forpligtet til at begrunde en opsigelse. En tilsvarende pligt gælder ikke for den private arbejdsgiver.

Ifølge Hovedaftalens saglighedsregel, § 4, stk. 3, har en afskediget arbejdstager, der har været uafbrudt beskæftiget i pågældende virksomhed i mindst 9 måneder, ret til at begære skriftlig oplysning om grunden til afskedigelsen.

En tilsvarende bestemmelse findes ikke i funktionærlovens § 2b, og spørgsmålet om arbejdsgiverens begrundelse for opsigelse af funktionærforholdet er således ikke knyttet eksplicit til kravet om saglig opsigelse. Derimod indeholder funktionærlovens i § 17, stk. 1 en regel om »tjenesteattest«:

> »Funktionæren har til enhver tid ret til af arbejdsgiveren skriftligt at få bekræftet, i hvilket tidsrum tjenesteforholdet har varet, med hvilket arbejde funktionæren i hovedsagen har været beskæftiget, hvilken løn funktionæren oppebærer, og – i tilfælde af *opsigelse* – på begæring oplysning om årsagen til afskedigelsen.« [Kursiveringen er foretaget her].

En tjenesteattest er således ikke en anbefaling, men blot en bekræftelse på ansættelsesforholdet. Attesten kan dække funktionærens behov

163. Jf. www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C158.

for ved stillingsskifte at dokumentere sine hidtidige ansættelsesforhold.

Årsagen til afskedigelsen skal angives på begæring. Dette antages ikke blot at gælde en begrundelse for arbejdsgiverens opsigelse af funktionæren, men også en eventuel angivelse af, om funktionæren selv har opsagt sin stilling. Herved skulle funktionærens behov for dokumentation med henblik på vurdering af opsigelsens saglighed være dækket.

Uanset ordlyden er der i retsteorien almindelig enighed om, at funktionærens ret til på begæring at få oplysning om årsagen til afskedigelsen ikke blot gælder i tilfælde af opsigelse, men også ved ophævelse.[164] Dette er i god pagt med, at den, der hæver en kontrakt, under en senere retssag har bevisbyrden for berettigelsen af ophævelsen.

Det krav, funktionæren kan rejse i tilfælde af, at arbejdsgiveren vægrer sig ved at afgive en skriftlig begrundelse for opsigelsen, kan karakteriseres som et krav om fastholdelse af et lovfæstet vilkår for kontraktforholdet. Manglende begrundelse indebærer derfor en misligholdelse af dette kontraktvilkår.

Funktionærlovens § 17 sanktioneres ifølge bestemmelsens andet stykke med bødestraf, som tilfalder statskassen. Imødekommer arbejdsgiveren ikke funktionærens begæring om begrundelse – end ikke efter trussel om bødestraf – kan funktionæren anlægge et civilt anerkendelsessøgsmål for at få arbejdsgiveren dømt til at anerkende pligten til at udlevere oplysningerne, eventuelt rette ukorrekte eller vildledende oplysninger i en mangelfuld attest (naturalopfyldelse eller afhjælpning).[165]

En arbejdsgiver kan endvidere pådrage sig erstatningsansvar i forbindelse med opsigelsen, hvis funktionæren i denne forbindelse udsættes for en krænkelse, som indebærer et økonomisk tab. Arbejdsgiveren kunne eksempelvis tænkes at udvise illoyalitet ved at give en potentiel ny arbejdsgiver ukorrekte eller udokumenterbare oplysninger om funktionæren, som herved mister chancen for ansættelse.[166]

---

164. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 773, Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 603 og Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 345. Hertil kommer en udbredt tilslutning til antagelsen om, at det må have været lovens mening, at oplysning om fratrædelsesgrunden også skal angives, selvom det er funktionæren, der har sagt op, og der således ikke kan tales om »afskedigelse«, jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 194.
165. Ifølge Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 774, har denne mulighed kun været anvendt i ganske enkelte tilfælde, ligesom det anføres, at der formentlig kun er ført få sager om bødestraf efter funktionærlovens § 17, stk. 2.
166. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 195 under henvisning til U 1973.190 V, samt Lars Svenning Andersen, 3. udg. 2004, side 774f. Sidstnævnte forfatter nævner endvidere muligheden for godtgørelse for ærekrænkelser.

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl erkendes, at »det kun i sjældne tilfælde vil være muligt at fremskaffe oplysning om den sande baggrund for afskedigelsen, hvis arbejdsgiveren ønsker at camouflere den«.[167] Herefter melder sig det spørgsmål, om det under en senere sag om usaglig opsigelse – der rejses på grundlag af en vurdering af indholdet af tjenesteattesten – er muligt for arbejdsgiveren at supplere sin oprindeligt angivne begrundelse for afskedigelsen.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl argumenterer for, at arbejdsgiveren ikke er afskåret fra at fremføre flere begrundelser for opsigelsen – arbejdsgiveren har således ikke ved en eventuel utilstrækkelig formulering af tjenesteattesten givet afkald i så henseende. Begrundelsen for dette standpunkt er følgende:

> »Hensynet til funktionæren taler for, at ikke enhver for ham måske belastende opsigelsesgrund skal komme til udtryk i den tjenesteattest, som han – måske i god tro – har forlangt, og antoges dette ikke ville arbejdsgiveren være tvunget til i egen interesse at formulere attesten således, at den tog sigte på en hypotetisk processituation, hvilket ville være uheldigt.«[168]

Det pointeres i denne forbindelse, at spørgsmålet om indholdet af begrundelsen ikke er af formel art, men derimod er et spørgsmål om bevisvurdering.[169]

Ole Krarup og Jørgen Matthiassen[170] har ytret sig kritisk om denne åbenhed i forhold til at tillade flere begrundelser for opsigelse, jf. formuleringen: »I teorien har man vist megen largesse over for udvidende og supplerende begrundelser, jf. Carlsen …«. Disse forfattere argumenterer for, at det inden for Hovedaftalens område er uacceptabelt at tillade arbejdsgiveren at inddrage forhold i rimelighedsbedømmelsen, som ikke fremgår af afskedigelsesbegrundelsen. Dette støttes på, at udgangspunktet i Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra a, er lønarbejderens »ret til … oplysning om grunden til afskedigelsen«. Disse forfattere finder det nærliggende at kombinere denne sprogbrug med en vis præklusion, det vil sige udeluk-

167. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 194.
168. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 336.
169. Det hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl tilkendegivne standpunkt bakkes op af Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 246ff., som under overskriften: »Sammenhængen mellem den formelle begrundelse og den reelle eller tilstrækkelige ditto« foretager en indgående analyse af begrundelsespligten.
170. Afskedigelsesret, 1984, side 48ff. Skepsis forefindes endvidere hos Jørgen Rønnow Bruun i Usaglig Afskedigelse, 1. udg. 1996, side 85ff.

kelse af grunde, som ikke er oplyst i opsigelsen. Om den funktionærretlige pendant til Hovedaftalens § 4 hedder det:

> »Funktionærlovens § 2 b hjemler ikke den afskedigede funktionær en tilsvarende udtrykkelig ret til begrundelse; alligevel synes det ikke rimeligt, at der gives (fri) adgang til at udvide og supplere den engang givne begrundelse.«

Dette udsagn er i vidt omfang udtryk for frihåndstegning og rummer ikke megen vejledning om retsvirkningen af en utilstrækkelig begrundelse. Forklaringen på, at det er vanskeligt at tegne et præcist billede af retstilstanden, kan være den, som også konstateres hos Ole Krarup og Jørgen Matthiassen et senere sted i fremstillingen:

> »Der synes både i domstolenes og afskedigelsesnævnets praksis at være en vis tendens til at foretrække en samlet selvstændig begrundelse af forholdene frem for at efterprøve den af arbejdsgiveren opgivne begrundelse, i hvert fald bortset fra tilfælde hvor begrundelsen på væsentlige punkter er urigtig.«

Herefter kan der konstateres en vis enighed med Carlsen, som kan sammenfattes til: Spørgsmålet om den angivne begrundelse er tilstrækkelig eller ej, er et spørgsmål om bevisbedømmelse, som altid vil være en helhedsbedømmelse.

Der kan afslutningsvis gøres opmærksom på, at kravet om begrundelse af afskedigelse også fremgår art. 10 i ILO-konvention nr. 158 fra 1982 om afskedigelse (Termination of Employment Convention). Konventionen er ikke ratificeret af Danmark, men den har alligevel været genstand for opmærksomhed i retspraksis:

I afgørelsen U 2003.1570 H blev det i proceduren fra lønmodtagerens side gjort gældende, at den manglende ratificering af konventionen skyldes, at man fra dansk side mener, at den danske model giver en tilsvarende beskyttelse, som konventionen ville give. På denne baggrund argumenterede denne part for, at domstolene også må være forpligtet til effektivt at give en sådan beskyttelse i tilfælde, hvor *den usaglige og utilstrækkeligt begrundede afskedigelse* ikke er omfattet af en overenskomst. Lønmodtagerens advokat mente således at kunne argumentere for, at der skulle betales godtgørelse for usaglig opsigelse i et tilfælde, hvor overenskomstens anciennitetskrav til opnåelse heraf ikke var opfyldt. Højesteret udtalte imidlertid følgende:

»Højesteret finder, at tilkendelse af godtgørelse som følge af, at afskedigelsen af en ansat i en privat virksomhed ikke er rimeligt begrundet i den ansattes eller virksomhedens forhold, kun kan ske, hvis der er hjemmel hertil i lov, kollektiv overenskomst eller anden aftale. Dette er forudsat ved gennemførelsen af funktionærlovens § 2b og tilsvarende bestemmelser i lovgivningen eller kollektive overenskomster, og hverken EU-retten eller ILO-konventionen om afskedigelse, der ikke er ratificeret af Danmark, kan begrunde et andet resultat.«

Det kan på denne baggrund konstateres, at ILO-konvention nr. 158 ikke kan anføres som hjemmelsgrundlag i forbindelse med krav om begrundelse for opsigelse, endsige krav om godtgørelse for usaglig opsigelse.

4.2.1.6 Overenskomstbestemte opsigelsesprocedurer

Foruden de processuelle forskrifter, som fremgår af lovgivningen, skal der ved opsigelse være opmærksomhed på forskrifter i kollektive overenskomster. Eksempelvis kan der være bestemmelser om, at opsigelse først kan finde sted efter behandling i et særligt nedsat afskedigelsesnævn. Det følger herefter af sagens natur, at opsigelsen først kan være gyldig efter behandlingen i afskedigelsesnævnet.

Parallelt til denne problemstilling indeholder mange overenskomster særlige beskyttelsesregler om opsigelse af tillidsrepræsentanten. Herom skriver Lars Svenning Andersen, at overenskomster og hovedaftaler ofte indeholder krav om, at opsigelsen ikke kan effektueres, forinden en voldgift har taget stilling til rimeligheden heraf. I disse situationer vil en underkendelse af opsigelsens rigtighed indebære, at tillidsrepræsentanten får naturalopfyldelse, hvis han ikke nåede at fratræde stillingen inden underkendelsen, mens han i stedet får erstatning, hvis stillingen er fratrådt.[171]

Dette er kritiseret af Ole Krarup og Jørgen Matthiassen: Ved at lade tillidsrepræsentantens mulighed for naturalopfyldelse afhænge af, om stillingen er fratrådt eller ej, tilskyndes arbejdsgiveren til at krænke overenskomsten og bortvise tillidsrepræsentanten, før der er taget stilling til, om afskedigelse kunne gennemføres retmæssigt.[172]

171. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 685.
172. Afskedigelsesret, 1984, side 167ff.

4.2.1.7 Kompetencemangler hos arbejdsgiverparten
Afgives en opsigelseserklæring af en myndighed, enhed eller person, der ikke har afskedigelseskompetencen, kan opsigelsen være ugyldig og således uden retsvirkning. Fra det offentlige arbejdsmarked findes et eksempel herpå i sagen, U 1989.451 H, hvor en afskedigelse udfærdiget af rektor ved Handelshøjskolen blev erklæret ugyldig, idet afskedigelseskompetencen var henlagt til fakultetsrådet.

Spørgsmålet var endvidere fremme i U 1997.1459 Ø, som vedrørte arbejdsgiverens tilbagekaldelse af en bortvisning. Afgørelsen refereres nærmere i afsnit 5.1.3.2, men her skal fremhæves det forhold, at arbejdsgiveren dagen efter bortvisningen af en revisorassistent tilbagekaldte bortvisningen og erstattede den af en opsigelse. Argumentet herfor var, at den personaleansvarlige revisor med kompetence til at opsige og bortvise medarbejdere ikke havde været inddraget i bortvisningen. Revisionsfirmaet fandt den således ugyldig. Byretten mente ikke, at bortvisningen kunne tilbagekaldes som ugyldig, men landsretten nåede til det modsatte resultat. I denne forbindelse lagde landsretten navnlig vægt på, at tilbagekaldelsen blev afgivet dagen efter bortvisningserklæringen, og at funktionæren herefter fortsatte arbejdet på arbejdspladsen – altså indrettede sig på bortvisningens ændring til en opsigelse. Om landsretten herved gav arbejdsgiveren medhold i synspunktet om ugyldighed på grund af kompetencemangler, er tvivlsomt. Rettens vægtning af, at funktionæren fortsatte arbejdet, kan nemlig tages som udtryk for, at der forelå en stiltiende aftale om bortvisningens tilbagekaldelse.

4.2.2 Opsigelse i strid med de materielle forskrifter

Foruden de processuelle forskrifter gælder med hensyn til arbejdsgiverens opsigelse af funktionæren også nogle materielle betingelser, som skal være opfyldt, for at opsigelsen kan gennemføres korrekt. Disse materielle krav er generelle eller specielle krav til opsigelsens saglighed, som er lov- eller overenskomstfæstet, eller eventuelt vedtaget i det individuelle kontraktforhold. Nærmere om saglighedsreglerne fremgår af afsnit 4.3: »Saglig henholdsvis usaglig opsigelse«.

Gennemføres en opsigelse i strid med saglighedsreglerne, foreligger der misligholdelse. Retsvirkningen heraf afhænger af hjemmelsgrundlaget. En gennemgående beføjelse er retten til at kræve godtgørelse. Hertil kommer i visse tilfælde hjemmel til at forlange naturalopfyldelse i form af ansættelsesforholdets opretholdelse eller genoprettelse.

4.3 Saglig henholdsvis usaglig opsigelse

Det er relevant at behandle opsigelsesrestriktionerne (saglighedsreglerne) i en afhandling som denne, allerede fordi reglerne i de senere år har givet anledning til et betydeligt antal sager, der helt dominerer billedet af sager om ophør af ansættelsesforhold.[173]

I forhold til afhandlingens hovedtitel er saglighedsreglerne interessante, fordi en usaglig opsigelse reelt er en misligholdelse af de til funktionærforholdet hørende forpligtelser, jf. således afsnit 4.2: »Opsigelse som misligholdelse«. Ydermere kan spørgsmålet om saglighed i nogle sager være udtryk for rettens stillingtagen til, om opsigelsen kunne udgøre en passende reaktion på funktionærens misligholdelse eller ej, jf. afsnit 4.1.

For så vidt angår belysningen af samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten er saglighedsreglerne interessante, fordi de står i skærende kontrast til den almindelige obligationsret, hvor udgangspunktet er, at der gælder kontraktfrihed, jf. DL 5-1-2. Parterne skal ikke kunne begrunde deres dispositioner sagligt. De har fri adgang til at indgå kontrakter, og for så vidt angår vedvarende og tidsubegrænsede kontrakter er opsigelsesadgangen som udgangspunkt også fri. Set i obligationsretligt perspektiv er det således ikke relevant at sondre mellem saglig og usaglig opsigelse.

Inden for funktionærretten kan rejses det spørgsmål, om kontraktfrihedens princip gælder som det almindelige udgangspunkt, eller om den stadigt stigende mængde opsigelsesrestriktioner har medført en generel begrænsning af princippet.

Med hensyn til funktionærens muligheder for at opsige funktionærforholdet kan spørgsmålet besvares kort med en bekræftelse af kontraktfrihedens grundsætning: Funktionæren har frihed til at indgå ansættelseskontrakt med den arbejdsgiver, han vil, og hans ret til at opsige kontrakten er alene underlagt reglerne om opsigelsesvarsel. Funktionæren kan opsige når som helst og af hvilken som helst grund. De almindelige obligationsretlige frihedsprincipper slår igennem med fuld styrke.

Med hensyn til arbejdsgiverens muligheder for at opsige funktionæren er spørgsmålet straks mere omtvistet. Således har det været diskuteret i den arbejdsretlige teori, om saglighedskravet gælder som udfyldende grundsætning, eller om opsigelser uden for saglighedsreglernes dækningsområder følger de almindelige obligationsretlige grundsætninger og dermed indebærer et udgangspunkt om arbejdsgiverens frie afskedigelsesret.

173. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 325.

I denne afhandling lægges det sidstnævnte standpunkt til grund: De funktionærretlige beskyttelsesregler må betragtes som undtagelser fra den almindelige obligationsret. Saglighedsreglerne er ikke blevet til udfyldende grundsætninger for så vidt angår de tilfælde, der med sikkerhed falder uden for reglernes dækningsområde. Dette er i overensstemmelse med Højesterets votum i U 2003.1570 H. I denne sag – som behandles nærmere nedenfor i afsnit 4.3.6.3 – fastholdt Højesteret det obligationsretlige udgangspunkt om kontraktfrihed og frifandt arbejdsgiveren for krav om godtgørelse for usaglig opsigelse, idet der ikke forelå sikker hjemmel for at kræve saglighed i forbindelse med opsigelsen.

Selvom spørgsmålet således er afklaret ad domstolsvejen, behandles og belyses den teoretiske diskussion, fordi den illustrerer, hvorledes ansættelsesretten og funktionærretten i teorien er opfattet som selvstændige og af den almindelige obligationsret løsrevne discipliner.

4.3.1 Advarslens betydning for saglighedsvurderingen

Spørgsmålet om advarsel har relevans for opsigelser, der begrundes i funktionærens forhold, navnlig når begrundelsen angives at være samarbejdsproblemer. Ved vurderingen af sagligheden af en sådan opsigelse indgår det ofte som et væsentligt eller endda afgørende bevismæssigt datum, om der er afgivet en forudgående klar, konkret og gerne skriftlig advarsel, hvor konsekvenserne af gentagelse – på trods af advarslen – er angivet.

En advarsel har betydning, når det forhold hos funktionæren, som der reageres imod, hverken er groft eller bagatelagtigt: Opsigelse i en situation, hvor arbejdsgiveren ville være berettiget til at bortvise funktionæren, vil således altid være saglig, uanset om der er afgivet en advarsel eller ej. I den anden ende af skalaen foreligger de bagatelagtige forhold, som ikke kan opgraderes til en saglig opsigelse, ved at arbejdsgiveren udsteder en advarsel. Lars Svenning Andersen udtrykker det således:

> »Det er en betingelse for at tillægge advarslen værdi, at der er begået et forhold, der kan begrunde advarslen. Arbejdsgiveren kan ikke via en advarsel forbedre sin retsstilling, hvis grundlaget for advarslen ikke er i orden.«[174]

Det kan være bestemt i en overenskomst eller en lokalaftale, at opsigelse ikke kan finde sted uden forudgående advarsel. Udgangspunktet er imidlertid, at det *ikke et formkrav* at udstede en advarsel forud for opsigelse

174. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 694.

på grund af funktionærens forhold. Advarslen er derimod et middel til at sikre bevis for opsigelsens saglighed.[175] Dette bevis kan også føres på anden måde. Eksempelvis kunne tidligere kolleger og fremdeles ansatte føres som vidner, om end et sådant bevis – på grund af vidnets afhængighedsforhold til arbejdsgiveren – altid vil være behæftet med en vis usikkerhed.

Ved advarslens udstedelse er der gjort foreløbigt op med den forseelse, misligholdelse eller uhensigtsmæssige tilstand, som arbejdsgiveren er utilfreds med. Herefter skal funktionæren indrømmes et vist tidsrum til at rette forholdene op, og først ved gentagelse kan arbejdsgiveren atter reagere. I afgørelsen U 2003.2190/2 V udstedte arbejdsgiveren en skriftlig advarsel på grund af samarbejdsvanskeligheder. Umiddelbart herefter blev funktionæren sygemeldt, og under sygemeldingen blev hun opsagt. Landsretten statuerede, at opsigelsen begrundet i samarbejdsvanskeligheder var uberettiget, fordi funktionæren havde været sygemeldt i perioden fra advarslen frem til opsigelsen. Hun havde således ikke haft lejlighed til at rette op på de forhold, som hun var blevet bebrejdet i den skriftlige advarsel. Hun blev herefter tilkendt godtgørelse i henhold til § 2b.

En advarsel forældes over tid. En frist kan enten fremgå af selve advarslen eller kan følge af de konkrete omstændigheder, herunder navnlig forseelsens karakter og grovhed samt virksomhedens praksis. H.G. Carlsen og Danielle Buhl skriver, at det er en udbredt populær opfattelse, at en advarsel forældes på præcis et år, men at der ikke foreligger materiale til støtte herfor.[176]

4.3.2 Proportionalitetsprincip

Proportionalitetsprincippet – der som begreb kendes fra forvaltningsretten – er princippet om, at sagligt begrundede indgreb skal stå i et rimeligt forhold til formålet, og at et mere bebyrdende indgreb ikke må benyttes, når et mindre bebyrdende indgreb er tilstrækkeligt.

I 1996 beklagede Jørgen Rønnow Bruun,[177] at proportionalitetsprincippet ikke havde tiltrukket sig mere opmærksomhed i den ansættelsesretlige teori, end tilfældet var. På grundlag af den af ham gennemgåede retspraksis konstaterede han, at domstolene er lydhøre over for synspunktet om,

175. Jf. U 2005.578 H, refereret ovenfor på side 96, hvor Højesteret ved bedømmelsen af opsigelsens saglighed lagde vægt på, at funktionæren ikke havde modtaget nogen udtrykkelig advarsel.
176. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 266.
177. Usaglig afskedigelse, 1. udg. 1996, side 79.

at hvad, der kan løses på anden vis, skal forsøges løst på anden måde, forinden der skrides til opsigelse.

I afgørelsen U 2005.578 H, refereret oven for på side 96, statuerede Højesteret, at en opsigelse ikke var rimeligt begrundet blandt andet fordi en advarsel, eventuelt kombineret med omplacering ville havde været en mere passende og tilstrækkelig reaktion. Hermed har Højesteret knæsat et princip om, at også private arbejdsgivere (i hvert fald større virksomheder som TDC, der var arbejdsgiverparten i den konkrete sag), skal sanktionere proportionalt.

Som det fremgår heraf, er det oven for gennemgåede spørgsmål om advarsel, jf. afsnit 4.3.1, et eksempel på anvendelse af et mindre indgribende middel forud for det mere indgribende, som i denne sammenhæng vil være opsigelse eller bortvisning. Ved udstedelsen af advarslen gøres der op med forseelsen, misligholdelsen eller den uhensigtsmæssige/uønskede tilstand. Først ved gentagelse eller manglende ændring af tingenes tilstand kan der skrides til opsigelse.

Andre eksempler på mindre indgribende midler kan være påtale, omplacering og opkvalificering. Disse alternative sanktionsmuligheder omtales i bogen »Ordentlig opsigelse«,[178] hvor det påpeges, at disse muligheder kan bruges, hvor enten virksomhedens eller funktionærens forhold gør behovet herfor gældende. Det slås dog fast, at der ikke gælder noget almindeligt udgangspunkt om pligt til at tage disse muligheder i anvendelse, medmindre arbejdsgiveren netop har forpligtet sig i disse henseender, eksempelvis gennem en vedtaget personalepolitik eller tryghedsaftaler. I konkrete tilfælde kan en opsigelse imidlertid blive erklæret usaglig, fordi en oplagt mulighed for omplacering eller opkvalificering ikke er benyttet.

4.3.3 Det tidsmæssige aspekt ved saglighedsvurderingen

Saglighedsvurderingen kan falde forskelligt ud, alt efter om den gennemføres på opsigelsestidspunktet eller på fratrædelsestidspunktet. Det er derfor vigtigt at slå fast, at det afgørende tidspunkt for vurderingen af, om opsigelsen af funktionæren har været saglig eller ej, er opsigelsestidspunktet.[179]

Dette følger af den naturlige sproglige forståelse af funktionærlovens § 2b, hvor intet andet er indikeret. Samme resultat vil nås på grundlag

178. Per Alkestrup og Morten Erritzøe Christensen, 1. udg. 2003, kapitel II.

179. Sml. afgørelsen U 2005.886 H, hvor Højesteret udtalte: »Det er et almindeligt ansættelsesretligt princip, at rimeligheden af en afskedigelse skal vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet.«

af den almindelige obligationsret: Kravene til parternes dispositioner må være opfyldt på det tidspunkt, hvor dispositionerne foretages. Som parallel hertil skal betingelsen om væsentlighed (grovhed) i forbindelse med ophævelse (bortvisning) være opfyldt på det tidspunkt, hvor ophævelsen gennemføres. Her vil passivitet hurtigt udhule beviset for væsentligheden, således at væsentlighedsbetingelsen slet ikke er opfyldt ved for sen ophævelse.

I det følgende behandles tilfælde, hvor henholdsvis virksomhedens og funktionærens forhold ændrer sig i løbet af opsigelsesperioden, og hvilken betydning dette får for saglighedsvurderingen.

4.3.3.1 Virksomhedens forhold ændrer sig i opsigelsesperioden

Ved opsigelser begrundet i virksomhedens forhold, f.eks. manglende arbejde, opstår spørgsmålet, hvilken betydning efterfølgende ordretilgang eller anden form for øget beskæftigelsesbehov har for opsigelsens saglighed. I såvel teori som retspraksis har der været argumenteret for modsatrettede resultater:

I de teoretiske yderpunkter står på den ene side Jørgen Rønnow Bruun, der efter gennemgang af en række afgørelser fra såvel domstolene som det fagretlige system »konkluderer«, at en arbejdsgiver er forpligtet til at tage hensyn til omstændigheder, der indtræder indtil fratrædelsestidspunktet, såfremt disse omstændigheder medfører, at der ikke (længere) er driftsmæssig grund til opsigelse.[180]

På den anden side står H.G. Carlsen og Danielle Buhl, som fastholder, at opsigelsens rimelighed skal vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet. Disse forfattere tager eksplicit afstand fra, at der skal tages hensyn til efterfølgende forhold i situationer, hvor arbejdsgiveren burde have forudset, at virksomhedens vanskeligheder måtte være af forbigående karakter,

180. Usaglig afskedigelse, 1996, side 80ff., navnlig side 84. Se ligeledes Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 617f., som dog er knap så radikal i sin holdning: Han nøjes således med at tilkendegive, at en firkantet fastholdelse af opsigelsestidspunktet som det eneste relevante tidspunkt for rimelighedens bedømmelse synes for snæver, hvis virksomheden efter opsigelsen, men inden fratrædelsestidspunktet, igen får brug for arbejdskraft, navnlig hvis den opsagte funktionær aldrig har modtaget kritik af sin arbejdsindsats og arbejdsklimaet ikke har taget skade i løbet opsigelsesperioden. Henset til den foreliggende retspraksis (blandt andet U 2002.2026 H) erkender Lars Svenning Andersen imidlertid, at formuleringen af § 2b ikke lægger op til, at opsigelsen skal være rimelig på andre tidspunkter end opsigelsestidspunktet. Ikke desto mindre påpeger han, at man ved vurderingen af beviserne for, om opsigelsen var rimelig på opsigelsestidspunktet, også ser på, om de efterfølgende omstændigheder underbygger arbejdsgiverens forklaring om opsigelsens rimelighed.

eller hvor han har undladt at tilbyde genansættelse, når vanskelighederne er overvundet.[181]

Højesteret har afklaret spørgsmålet med følgende afgørelse:

U 2002.2026 H – Rimelighedskravet i funktionærlovens § 2 b skal vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet

En funktionær blev i marts 1995 ansat i en entreprenørvirksomhed i en deltidsstilling som sekretær. I forbindelse med at virksomhedens receptionist gik på deltid, overtog funktionæren den øvrige del af arbejdet i receptionen og kom på fuld tid. I februar 1999 blev funktionæren afskediget pr. 30. juni 1999 med henvisning til »den nuværende beskæftigelsessituation samt den forventede manglende sagstilgang«. I marts 1999 opsagde den oprindelige receptionist sin stilling, og en ny receptionist blev ansat pr. 1. juni 1999. Funktionæren gjorde gældende, at virksomhedens undladelse af at tilbyde hende den ledigblevne stilling som receptionist indebar, at opsigelsen af hende var blevet usaglig som følge af efterfølgende forhold, hvorfor hun havde krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2b. I overensstemmelse med landsretten statuerede Højesteret imidlertid, at § 2b må forstås således, at *rimeligheden af en opsigelse skal vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet.* Da det i sagen var uomtvistet, at opsigelsen af funktionæren på opsigelsestidspunktet i februar 1999 var rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, blev virksomheden herefter frifundet for kravet om godtgørelse i henhold til § 2b.

Højesteret cementerer således det standpunkt, som fremføres af H.G. Carlsen og Danielle Buhl. Selvom den teoretiske tvist hermed må anses for bilagt, er det relevant at dvæle en smule ved nogle af de andre synspunkter, som er tilkendegivet i teorien, idet spørgsmålet kan nuanceres og dermed stadig indeholde aktualitet.

I ovennævnte afgørelse slog Højesteret fast, at rimeligheden af en opsigelse skal vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet. Hertil tilføjede retten imidlertid, at der mellem parterne ikke havde været strid om opsigelsens saglighed på dette tidspunkt. Heri kan formentlig lægges, at efterfølgende forhold kan få betydning for den bevismæssige vurdering af opsigelsens saglighed, hvis funktionæren sår tvivl om, at opsigelsen end ikke på opsigelsestidspunktet var sagligt begrundet i virksomhedens forhold.[182]

181. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 335. På linje hermed er Jens Paulsen, Afskedigelse, 1997.
182. Sml. Lars Svenning Andersens synspunkt, som er refereret i slutningen af note 180, på side 108.

Dette er også, hvad fremgår hos Hasselbalch, der skriver, at nyansættelser i opsigelsesperioden kan undergrave beviset for, at situationen var, som arbejdsgiveren hævdede.[183] I tråd hermed anfører Ole Krarup og Jørgen Matthiassen følgende:

> »Det er ikke vanskeligt at se, at mulighederne for at imødegå en skinbegrundelse forringes væsentligt, dersom forholdene efter afskedigelsen ignoreres. … [Der er ikke] holdbart grundlag for at afskære hensyntagen til senere indtrufne forhold til opklaring af spørgsmålet om, hvorvidt den påberåbte »arbejdsmangel« har været en skinbegrundelse. I en række tidligere tilfælde har en bevisførelse med hensyn til forholdene efter afskedigelsen dannet grundlag for den konklusion, at den påberåbte arbejdsmangel ikke dækkede over den virkelige begrundelse …«[184]

Arbejdsgiverens dispositioner i opsigelsesperioden kan således påvirke bevisbedømmelsen i forbindelse med vurderingen af, om opsigelsen var saglig eller ej på det tidspunkt, hvor den blev afgivet.

Ovenstående kan sammenfattes til, at der må sondres mellem to forskellige situationer, når der skal tages stilling til, om efterfølgende forhold har betydning: Hvis afskedigelse begrundet i virksomhedens forhold er sket på skrømt, kan de efterfølgende dispositioner fra arbejdsgiverens side – eksempelvis genbesættelse af funktionærens stilling – indgå i bevisvurderingen og så tvivl om eller måske ligefrem udhule beviset for opsigelsens saglighed. Hvis det derimod fra virksomhedens side bevises, at den på opsigelsestidspunktet havde overkapacitet af arbejdskraft, vil efterfølgende meransættelse på grund af ordretilgang eller anden forøgelse af behovet for arbejdskraft være uden betydning for vurderingen af beviset for sagligheden af funktionærens opsigelse.

4.3.3.2 Funktionærens forhold ændrer sig i opsigelsesperioden

I dette afsnit fokuseres på, hvilken betydning det får, hvis funktionæren bortvises i løbet af opsigelsesperioden.

Indledningsvis erindres om udgangspunktet, som er skildret i begyndelse af afsnit 4.3.3: Forholdene på opsigelsestidspunktet er afgørende for vurderingen af, om opsigelsen af funktionæren har været saglig eller ej. Hvis opsigelsen begrundes i funktionærens forhold, skal disse forhold

183. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 249 note 239. Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 335, fremsættes et lignende synspunkt om, at arbejdsgiverens senere dispositioner kan få bevismæssig betydning ved bedømmelsen af opsigelsen.

184. Afskedigelsesret, 1984, side 44.

kunne bære opsigelsen på det tidspunkt, hvor den afgives. Kan de ikke det, er opsigelsen usaglig, og det vil være uden betydning, om funktionærens forhold i løbet af opsigelsesperioden udvikler sig således, at opsigelsen ville være saglig, hvis den skulle vurderes på fratrædelsestidspunktet.[185] Arbejdsgiveren kan derfor ikke bevise opsigelsens saglighed ved hjælp af forhold, f.eks. samarbejdsvanskeligheder, som alene eller især er til stede på fratrædelsestidspunktet.

Nedenfor belyses fire forskellige varianter af, at funktionærens forhold ændrer sig i opsigelsesperioden:

Saglig opsigelse efterfulgt af berettiget bortvisning
Det følger umiddelbart af funktionærlovens § 2b, at der hverken kan tilkendes godtgørelse som følge af en saglig opsigelse eller en berettiget bortvisning.

Usaglig opsigelse efterfulgt af berettiget bortvisning
Det obligationsretlige udgangspunkt er, at den usaglige opsigelse er den retsstiftende kendsgerning i henhold til saglighedsreglerne, det vil sige, at det er selve opsigelsen, der udløser godtgørelseskravet. Heraf følger, at en efterfølgende grov og hævebegrundende misligholdelse ikke skulle/burde påvirke funktionærens krav på urimelighedsgodtgørelse.

En utrykt dom fra Vestre Landsret[186] nåede imidlertid frem til, at en usagligt opsagt funktionær mistede sit krav på godtgørelse i henhold til § 2b på grund af illoyal konkurrerende virksomhed i opsigelsesperioden, som resulterede i en berettiget bortvisning, jf. følgende uddrag fra præmisserne:

> »Efter [funktionærens] forklaring for byretten må det lægges til grund, at han straks efter den skriftlige opsigelse, hvori hans loyalitetsforpligtelse overfor arbejdsgiveren var nævnt, påbegyndte egen virksomhed og i forbindelse hermed rettede henvendelse til et større antal virksomheder indenfor metalbranchen, hvoraf nogle i forvejen var kunder hos arbejdsgiveren. Det må endvidere efter bevisførelsen lægges til grund, at han i oktober måned 1986 påtog sig at udføre en opgave for et firma i Vejen, som tidligere havde fået udført sine opgaver hos arbejdsgiveren.
>
> Uanset oplysningerne om funktionærens indtjening ved egen virksomhed i opsigelsesperioden findes han, der fortsat oppebar løn fra arbejdsgiveren, hermed at

185. Sml. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 328, som anfører, at funktionærlovens § 2b, stk. 3 »… kan finde anvendelse, selv om betingelserne herfor ikke er til stede på fratrædelsestidspunktet«.
186. Vestre Landsrets dom af 20. december 1987, 7. afd. B 1686/1987.

> have misligholdt ansættelsesforholdet på en sådan måde, at arbejdsgiveren har været berettiget til at ophøre med at betale løn [i den resterende del af opsigelsesperioden], ligesom et eventuelt krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b må anses for fortabt ved misligholdelsen.«

På baggrund af denne øjensynlige forskel på det teoretiske udgangspunkt og det praktiske resultat har spørgsmålet naturligvis påkaldt sig interesse i den funktionær- og ansættelsesretlige teori:

Som ovenfor fastslås det hos Lars Svenning Andersen, at det som udgangspunkt er opsigelsen, der udløser retsvirkningerne, det vil sige godtgørelsen. Konsekvensen heraf er, at et krav på godtgørelse som følge af en usaglig opsigelse teoretisk set ikke skal påvirkes af en efterfølgende bortvisning som følge af grov misligholdelse i opsigelsesperioden. På denne baggrund skriver han følgende:

> »Et sådant resultat forekommer stødende, og det må være mere rigtigt her at indfortolke en forudsætning om, at funktionæren for at opnå en godtgørelse ikke inden sin fratræden groft misligholder ansættelsesforholdet.«[187]

Dette udsagn støttes på den utrykte afgørelse fra Vestre Landsret.

Et modsatrettet standpunkt findes hos Jørgen Rønnow Bruun, som samlet set slår til lyd for en *meget* lønmodtagervenlig holdning til spørgsmålet om ændrede forhold. For så vidt angår opsigelser begrundet i virksomhedens forhold argumenterer han – som nævnt i afsnit 4.3.3.1 – for, at arbejdsgiveren er forpligtet til at tage hensyn til efterfølgende omstændigheder, der indtræder indtil fratrædelsestidspunktet. Omvendt mener han ikke, at efterfølgende forhold på lønmodtagersiden skal komme denne part til skade ved vurderingen af sagligheden af en opsigelse begrundet i lønmodtagerens forhold. Han anfører til støtte herfor, at det er »en forståelig menneskelig reaktion, at interessen for arbejdet vil falde stærkt efter en opsigelse«.[188] Der synes ikke at være anført nogen kilder til støtte for dette standpunkt.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl forholder sig tvivlende til resultatet i den utrykte landsretsafgørelse, idet de bemærker, at resultatet formentlig er afledt af den tilsvarende praksis om fratrædelsesgodtgørelse.[189]

Om retten til fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a angiver H.G. Carlsen og Danielle Buhl følgende hovedregler: Den retsstif-

187. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 615. Se ligeledes Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 249.
188. Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996, side 84.
189. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 328 og 389f.

tende kendsgerning for godtgørelseskrav er opsigelse[190] eller uberettiget bortvisning, jf. § 2a, stk. 5. Ophører ansættelsesforholdet ved en berettiget bortvisning, er der derimod intet krav på fratrædelsesgodtgørelse, jf. U 1979.84 H.[191]

Dette er der ikke noget overraskende i. Hvad der derimod – ud fra en obligationsretlig betragtning – kan synes påfaldende, er, at det samme gælder (det vil sige fortabelse af retten til fratrædelsesgodtgørelse), hvis bortvisning finder sted i opsigelsesperioden, uanset at den retsstiftende kendsgerning principielt er selve opsigelsen. Herved tillægges bortvisningen reelt betydning med tilbagevirkende kraft, hvilket er i modsætning til det obligationsretlige udgangspunkt om, at ophævelse har retsvirkning ex nunc. Denne retsvirkning af bortvisningen fremgår af højesteretsafgørelsen:

U 1981.291 H – Ret til fratrædelsesgodtgørelse fortabt ved misligholdelse i opsigelsesperioden

En funktionær blev opsagt til omgående fratræden, da arbejdsgiverens aktier gik over til nye ejere. I opsigelsesskrivelsen blev det tilkendegivet, at funktionæren ville modtage løn i opsigelsesperioden på 6 måneder, feriegodtgørelse samt fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn.

Cirka 2 1/2 måned efter opsigelsen påbegyndte funktionæren ny beskæftigelse, på hvilken baggrund den gamle arbejdsgiver bortviste ham som følge af konkurrerende virksomhed. Såvel landsretten som Højesteret lagde til grund, at bortvisningen var berettiget, og begge instanser statuerede, at retten til fratrædelsesgodtgørelse var fortabt, selvom misligholdelsen først var sket i opsigelsesperioden.

I præmisserne begrundes resultatet ikke. En forklaring kan imidlertid læses i domskommentaren, U 1981 B 297, af Palle Kiil. Heraf fremgår, at Højesteret støttede sig til en formålsfortolkning af reglen om fratrædelsesgodtgørelse. Formålet med reglen var ifølge forarbejderne at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer, der opsiges efter i en længere årrække at have været beskæftiget i samme virksomhed. I forbindelse med reglens indførelse i 1971 havde det været overvejet,

190. Jf. U 1973.573 SH: Efter at en funktionær var blevet opsagt med lovligt varsel til fratræden den 31. juli 1972, sagde han selv op med 1 måneds varsel til fratræden den 31. marts s. å. Sø- og Handelsretten antog, at kontraopsigelsen fra funktionærens side ikke kunne bevirke bortfald af den ret til fratrædelsesgodtgørelse, han havde erhvervet ved arbejdsgiverens opsigelse.

191. Funktionæren, der i 21 år havde været ansat på et slagteri som slagtemester, tilegnede sig et stykke kød til en værdi af 30-150 kr. Dette blev påtalt over for funktionæren, der 2 dage efter blev bortvist. Bortvisningen fandtes berettiget. Der kunne efter funktionærlovens § 2a, stk. 3 (nu stk. 5), ikke rejses krav om fratrædelsesgodtgørelse i tilfælde af berettiget bortvisning.

om dette formål skulle opnås ved fratrædelsesgodtgørelse eller forlængede opsigelsesvarsler.[192]

Palle Kiil bemærker, at det for en umiddelbar betragtning må forekomme mindre rimeligt, om en funktionær, der ved bortvisning som følge af misligholdelse i opsigelsesperioden utvivlsomt mister retten til løn for den resterende del af perioden, dog skulle kunne kræve fratrædelsesgodtgørelse, der nok reelt må opfattes som et lønbeløb ydet under en arbejdsfri forlængelse af de sædvanlige opsigelsesvarsler og dermed naturligt undergivet de samme vilkår som den egentlige løn. Til yderligere støtte for resultatet anfører han, at fratrædelsestidspunktet er afgørende for, om anciennitetskravet i § 2a er opfyldt,[193] hvorfor han finder det nærliggende som modstykke hertil at statuere, at den ret til fratrædelsesgodtgørelse, som en funktionær måtte have opnået ved opsigelsen, også vil kunne fortabes i løbet af opsigelsesperioden. Retten er nok kommet til eksistens ved opsigelsen, men den forfalder først til betaling ved ansættelsesforholdets endelige ophør og kan altså inden da sættes over styr på grund af væsentlig misligholdelse i opsigelsesperioden med bortvisning til følge.

Det er interessant at dvæle lidt ved de her fremførte argumenter. Navnlig kan de bruges til at analysere, om der er belæg for at overføre domsresultatet til afgørelsen af, om også retten til urimelighedsgodtgørelse skal fortabes i tilfælde af bortvisning i opsigelsesperioden, således som statueret af Vestre Landsret i den utrykte afgørelse.

Palle Kiil hæfter sig for det første ved, at formålet med § 2a ifølge forarbejderne var at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer. Tilsvarende betragtninger var ikke fremme i forbindelse med indførelsen af reglen om godtgørelse for usaglig opsigelse. Tilblivelsen af § 2b var ifølge forarbejderne først og fremmest båret af den udvikling, der havde været på overenskomstområdet, med etablering af værn mod usaglige opsigelser.[194]

---

192. For så vidt angår dette valg mellem fratrædelsesgodtgørelse og forlængede varsler bemærkes det hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 386, at det må betragtes som en væsentlig fordel for funktionæren, hvis arbejdsforpligtelsen ophører samtidig med, at han modtager godtgørelse, mens han i tilfælde af forlængelse af opsigelsesvarslet skulle arbejde så meget længere og dermed ville være endnu vanskeligere stillet i sine bestræbelser for at finde ny ansættelse.
193. Jf. U 1973.303 H. Heri blev det fastslået, at ikke opsigelses-, men fratrædelsestidspunktet er afgørende, for om anciennitetskravene i § 2a er opfyldt. En funktionær kan altså opnå den nødvendige anciennitet – og dermed ret til fratrædelsesgodtgørelse – i løbet af opsigelsesperioden. Cfr. anciennitetskravet i § 2b, som skal være opfyldt på opsigelsestidspunktet, for at udløse ret til godtgørelse for usaglig opsigelse, jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 327.
194. Folketingstidende 1963-64, tillæg A, spalte 214f.

For det andet anfører Palle Kiil, at fratrædelsestidspunktet er afgørende for, om anciennitetskravet i § 2a er opfyldt, hvorfor retten til godtgørelsen også må kunne fortabes i løbet af opsigelsesperioden. Dette står i modsætning til, hvad der gælder om urimelighedsgodtgørelser i henhold til § 2b, hvor anciennitetskravet skal være opfyldt på opsigelsestidspunktet for at udløse godtgørelseskravet, jf. note 193. Dette argument kan således ikke anføres til støtte for at anse urimelighedsgodtgørelsen for at være fortabt som følge af bortvisning i opsigelsesperioden.

Argumentet om, at fratrædelsesgodtgørelse ud fra en formålsfortolkning kan opfattes som et lønbeløb uden tilhørende arbejdsforpligtelse, kan tiltrædes. Godtgørelse for usaglig opsigelse har derimod nærmere karakter af kompensation for den ikke-økonomisk skade/krænkelse, funktionæren lider ved at blive udsat for en usaglig opsigelse.

Foruden forskellene i de hensyn, der bærer de to godtgørelsesregler, består en ikke uvæsentlig forskel i, at kriterierne for tilkendelse af godtgørelserne er forskellige: Fratrædelsesgodtgørelse udbetales ved opsigelse af medarbejdere med høj anciennitet, blot anciennitetskravet er opfyldt. Godtgørelse for usaglig opsigelse tilkendes efter et skøn over opsigelsens saglighed. Sidstnævnte godtgørelse er således ikke forbundet med automatik, men fordrer, at der foretages en materiel bedømmelse af sagligheden.

Et enkelt lighedspunkt mellem bestemmelserne består i, at størrelserne på godtgørelserne stiger med ancienniteten. Stigende anciennitet kan imidlertid anføres som argument for større behov for både fratrædelsesgodtgørelse og urimelighedsgodtgørelse. Denne lighed kan således næppe bære, at resultatet om fortabelse af fratrædelsesgodtgørelse skal overføres til retsstillingen for urimelighedsgodtgørelse.

På grundlag af det obligationsretlige udgangspunkt og gennemgangen af Palle Kiils argumenter for at fravige udgangspunktet for så vidt angår fratrædelsesgodtgørelser anses der ikke at være belæg for at overføre resultatet til urimelighedsgodtgørelser. På denne baggrund kan resultatet i den ovennævnte utrykte afgørelse fra Vestre Landsret således ikke tiltrædes, selv om det må medgives, at resultatet ud fra hverdagslivets rimelighedsbetragtninger forekommer fristende. Højesterets afklaring af spørgsmålet vil være velkommen.

Saglig opsigelse efterfulgt af uberettiget bortvisning

H.G. Carlsen og Danielle Buhl skriver, at det ikke er udelukket at anvende § 2b, stk. 3, hvis en sagligt opsagt funktionær senere udsættes for en uberettiget bortvisning.[195]

Dette kan umiddelbart forekomme besynderligt, idet funktionærforholdet jo allerede er opsagt på sagligt grundlag. Der er imidlertid to forhold, som det er relevant at være opmærksom på ved vurderingen af H.G. Carlsens og Danielle Buhls udsagn:

For det første er reglen i § 2b, stk. 3 en selvstændig bestemmelse, hvorefter en uberettiget bortvisning i sig selv kan udløse et godtgørelseskrav.

For det andet fremgår det af analysen i afsnit 5.1 om tilbagekaldelse, redressering og fortrydelse af ophævelseserklæringer, at en erklæring om bortvisning er et påbud, som har bindende virkning, når det er kommet frem til modtageren. Erklæringen kan ikke tilbagekaldes, ej heller selvom bortvisningen er uberettiget.

Sammenholdes disse to forhold, ses, at en arbejdsgiver ikke bare kan tilbagekalde en efterfølgende uberettiget bortvisning med henvisning til, at den skal anses for ikke at være afgivet, således at der kan »faldes tilbage på« den oprindelige og saglige opsigelse. Bortvisningen skal bedømmes selvstændigt, og i nogle tilfælde kan den være »så uberettiget«, at den udløser en urimelighedsgodtgørelse i henhold til § 2b, stk. 3.

H.G. Carlsens og Danielle Buhls standpunkt kan således tiltrædes.

Usaglig opsigelse efterfulgt af uberettiget bortvisning

Der er ret til godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2b allerede som følge af den usaglige opsigelse. Det er herefter ikke nødvendigt at tage stilling til, om den uberettigede bortvisning i det konkrete tilfælde udløser et godtgørelseskrav i henhold til § 2b, stk. 3.

195. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 328.

Sammenfatning vedrørende ændringer i funktionærens forhold i løbet af opsigelsesperioden

Funktionærens forhold ændrer sig i opsigelses-perioden	Saglig opsigelse …	Usaglig opsigelse …
… efterfulgt af berettiget bortvisning	Ingen § 2b godtgørelse.	Ifølge utrykt praksis fortabes godtgørelseskravet. Her argumenteres for kravets bevarelse.
… efterfulgt af uberettiget bortvisning	Godtgørelse kan tilkendes, hvis betingelserne herfor i § 2b, stk. 3 er opfyldt.	Krav på § 2b godtgørelse allerede som følge af den usaglige opsigelse.

4.3.4 Nationale saglighedsregler

Funktionærlovens § 2b er ikke den eneste saglighedsregel, som begrænser udgangspunktet om kontraktfrihed. I det følgende beskrives de ansættelsesretlige saglighedsregler, som påvirker såvel antagelses- som afskedigelsesretten inden for det funktionærretlige område.

En afskedigelse kan være usaglig i henhold til en saglighedsregel i speciallovgivningen og/eller i henhold til de generelle saglighedsregler i overenskomsterne og funktionærlovens § 2b. Indledningsvis skal der gøres opmærksom på en gennemgående forskel på disse to forskellige regelsæt:

Reglerne i speciallovgivningen er specielle saglighedsregler forstået på den måde, at de angiver nogle bestemte saglighedskriterier, som opsigelsen skal overholde. Disse regler gælder for alle lønmodtagere.

Funktionærlovens § 2b og Hovedaftalens § 4, stk. 3 indeholder derimod generelle saglighedskriterier. Reglerne gælder imidlertid kun for henholdsvis funktionærer og de lønmodtagere, der er omfattet af Hovedaftalen (eller anden lignende overenskomstbestemmelse).

Det er relevant at være opmærksom, hvilke regelsæt der regulerer en konkret opsigelse, idet der er stor forskel på, om reglerne indeholder mulighed for genansættelse, og hvilket godtgørelsesniveau der hjemles. De specielle saglighedsregler stiller generelt lønmodtageren gunstigere end de generelle regler og påberåbes derfor ofte principalt, mens de generelle bestemmelser anføres subsidiært.

Jørgen Rønnow Bruun kritiserer retstilstanden. Han finder reguleringsmåden med en række særbestemmelser helt ulogisk og anfører, at det

er særdeles vanskeligt at begrunde, at reglerne har afgørende forskelle i relation til bevisbyrde, genansættelsesmulighed og godtgørelsesniveau.[196]

Gennemgangen af reglerne i det følgende viser, at Rønnow Bruuns kritik er berettiget. Det ville være ønskeligt, om der i stedet var en generelt gældende saglighedsregel for alle lønmodtagere. Dette ønske bør imidlertid ikke forlede til, at de vedtagne og gældende regler fortolkes videre, end deres dækningsområde kan bære, jf. nærmere herom i afsnit 4.3.6: »Saglighedskrav som udfyldende grundsætning?«.

Der hersker i den funktionærretlige teori nogen uenighed om, hvilke regelsæt der giver de bedste muligheder for at opnå godtgørelse for usaglig opsigelse:

H.G. Carlsen og Danielle Buhl anfører, at det synes at være noget nemmere at opnå godtgørelse efter de overenskomstmæssige regler, end det er at opnå godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.[197]

Bortset fra, at sanktionsmulighederne og godtgørelsesrammen er bedst efter Hovedaftalen, og således gør denne bestemmelse mere attraktiv end § 2b, er Lars Svenning Andersen uenig i, at det skulle være nemmere at opnå godtgørelse efter Hovedaftalen. Han skriver herom, at man vel i enkelte sager kan se en svag tendens til friere overvejelser over rimeligheden af opsigelser, men at det inden for funktionærområdet er meget svært at få øje på forskelle. Derimod ser han generelt en stigende mulighed for at opnå godtgørelse i takt med den øgede beskyttelse i ansættelsen, som samfundsudviklingen herhjemme og i EU er udtryk for. Herudover anfører han, at det næppe er forkert at hævde, at der har lejret sig et beløbsmæssigt højere niveau for godtgørelser i afskedigelsesnævnssager (det vil sige sager, der afgøres i henhold til eksempelvis Hovedaftalens § 4, stk. 3) end efter funktionærlovens § 2b. Det hænger sammen med, at der i de bestemmelser, der er aftalt mellem de forhandlingsberettigede parter, ikke er angivet nogen maksimumsgrænse for godtgørelser eller er angivet et højere maksimum end funktionærlovens.[198]

Som det vil fremgå af det følgende, opereres i nogle af reglerne med omvendt bevisbyrde, mens andre foreskriver delt bevisbyrde. Ved omvendt bevisbyrde skal arbejdsgiveren bevise, at opsigelsen ikke usaglig i henhold til et bestemt saglighedskriterium. Ved delt bevisbyrde skal arbejdsgiveren

196. Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996, side 52.
197. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 326. Se ligeledes Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 242, hvor der gisnes om, at den mere restriktive praksis efter funktionærlovens § 2b måske skyldes, at funktionæren i forvejen har en vis beskyttelse gennem det almindelige opsigelsesvarsel.
198. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 613f.

først føre bevis for sagligheden, når lønmodtageren har påvist faktiske omstændigheder, som kunne understøtte en påstand om usaglig opsigelse. Begrebet »delt bevisbyrde« er indført i dansk ret i forbindelse med EU-harmonisering.

I praksis er forskellen på de to forskellige bevisbyrderegler næppe stor, idet funktionæren også i saglighedssager med omvendt bevisbyrde skal godtgøre, at der er belæg for at føre en sag.

De enkelte saglighedsreglers kriterier for udmåling af godtgørelse er gennemgående fastsat til lønmodtagerens anciennitet og sagens omstændigheder i øvrigt.

4.3.4.1 Hovedaftalens § 4, stk. 3/andre overenskomstmæssige regler

Hovedaftalens § 4, stk. 3 blev indført i 1960, fordi forhandlingsparterne ikke mente, at der gjaldt en almindelig saglighedsregel. I 1981 blev reglen justeret ved indsættelse af hjemmel for genansættelse.

I reglen bestemmes indledningsvis, at der ikke må finde vilkårligheder sted ved afskedigelse af en arbejdstager. Sager herom skal behandles i et særligt afskedigelsesnævn. Efter påstand herom kan nævnet underkende en opsigelse, der ikke er rimeligt begrundet i arbejdstagerens eller virksomhedens forhold. Dette gælder dog ikke, hvis samarbejdet mellem virksomheden og arbejdstageren har lidt væsentlig eller må antages at ville lide væsentlig skade ved en fortsættelse af ansættelsesforholdet. Findes opsigelsen urimelig, uden at ansættelsesforholdet skal fortsætte, eller nedlægges der påstand om godtgørelse, kan virksomheden ikendes en sådan. Godtgørelsen kan dog ikke overstige 52 ugers løn.

Lignende regler vil være at spore i andre overenskomster.[199] Sammenholdes dette med, at størstedelen af arbejdsmarkedet er dækket af overenskomst, er det i konkrete tilfælde altid relevant at undersøge, om der er favorable overenskomstbestemmelser, som skal påberåbes forud for funktionærlovens § 2b.

4.3.4.2 Funktionærlovens § 2b

I 1964 blev funktionærloven tilført bestemmelsen om usaglig opsigelse med ret til en godtgørelse på op til 26 ugers løn. Ifølge forarbejderne blev reglen optaget i loven på baggrund af den udvikling, der havde fundet sted på arbejdsmarkedet, hvor der for store overenskomstområder

199. Hasselbalch skriver i Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 242, at de fleste af de overenskomster, der har fundet udbredelse uden for DA/LO-området, er blevet forsynet med hjemmel for at statuere genansættelse, såfremt opsigelsen underkendes. Dette er sket med forbillede i 1981-ændringen af Hovedaftalen.

var indgået aftaler om værn for funktionærer mod usaglige opsigelser. Reglen i funktionærloven blev indført for at skabe en pligt for arbejdsgiveren til at yde funktionæren godtgørelse i tilfælde af, at opsigelsen ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold.[200]

I modsætning til reglen i Hovedaftalen har funktionærlovens § 2b ingen regel om genindtrædelse. Dette blev ellers drøftet i 1984 (efter indførelsen af bestemmelsen herom i Hovedaftalen i 1981), jf. betænkning nr. 1022. På grund af uenighed mellem lønmodtager- og arbejdsgiverrepræsentanterne blev der ikke fremsat noget egentligt forslag. I betænkningen er blot optrykt det forslag, som blev stillet fra lønmodtagersiden. Dette forslag var ikke noget egentligt forslag om genindtrædelse, men en slags fortrinsret til genansættelse, når en virksomhed efter afskedigelser igen skal foretage nyansættelser. Herudover nævnes hos Jørgen Rønnow Bruun et beslutningsforslag konciperet af ham selv, som blev fremsat for Folketinget den 29. januar 1988, hvori der indgik obligatorisk genansættelse ved usaglig afskedigelse.[201] Lovforslag blev imidlertid ikke fremsat.

4.3.4.3 Ligelønslovens § 3

Ifølge ligelønslovens § 3 må en arbejdsgiver ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om lige løn og lønvilkår, herunder krav til sikring heraf. Reglen indeholder bestemmelse om omvendt bevisbyrde, og der er mulighed for genindtrædelse, medmindre det i særlige tilfælde efter en afvejning af parternes interesse findes åbenbart urimeligt. Krav om godtgørelse kan udgøre indtil 78 ugers løn.

Herudover indeholder ligelønsloven i § 2 en regel om, at efterbetaling af lønforskellen for så vidt angår de tilfælde, hvor en lønmodtagers løn i strid med lovens § 1 er lavere end andres (erstatning). Efterbetaling kan kræves, hvor der på grund af køn er sket lønmæssig forskelsbehandling i strid med lovens regler. Dette gælder både direkte og indirekte forskelsbehandling. Kvinder og mænd skal ydes lige løn, herunder lige lønvilkår, for samme arbejde eller for arbejde, der tillægges samme værdi.

4.3.4.4 Lov om ligebehandling af mænd og kvinder §§ 15-16a

Ifølge ligebehandlingslovens § 15 skal arbejdsgiveren betale godtgørelse, hvis lønmodtageren afskediges, fordi denne har krævet loven overholdt.

200. Jf. Folketingstidende, 1963-64, Tillæg A spalte 214.
201. Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996, side 212.

Godtgørelsen kan ikke overstige 39 ugers løn. Der er ikke mulighed for genindtrædelse. Der foreligger delt bevisbyrde, således at lønmodtageren skal påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, hvorefter arbejdsgiveren skal bevise, at lighedsbehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, jf. § 16a.[202]

Ifølge § 16 skal en afskedigelse underkendes efter påstand herom, hvis afskedigelsen er sket i strid med beskyttelsen mod afskedigelse på grund af graviditet, barsel eller adoption, jf. reglen herom i lovens § 9. Underkendelse finder dog ikke sted, hvis det efter en afvejning af parternes interesse findes åbenbart urimeligt. Som alternativ indeholder reglen mulighed for godtgørelse på indtil 78 ugers løn. Bevisbyrden følger af reglen i stk. 4, hvorefter der som overvejende hovedregel gælder omvendt bevisbyrde.

4.3.4.5 Foreningsfrihedslovens §§ 4 og 4a

I lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold værnes såvel den positive som den negative foreningsfrihed. Som udgangspunkt må en arbejdsgiver hverken afskedige på grund af foreningsmedlemskab eller mangel på samme. Undtagelse gøres for så vidt angår arbejdspladser, der har som det udtrykte formål at fremme et bestemt politisk, ideologisk, religiøst eller kulturelt standpunkt, hvor foreningsforholdet anses for at være af betydning for virksomheden.

Ifølge § 4 skal afskedigelse i strid med lovens bestemmelser underkendes, såfremt der nedlægges påstand herom. Dette gælder dog ikke for private lønmodtagere, hvis det i særlige tilfælde og efter en afvejning af parternes interesser findes åbenbart urimeligt at kræve ansættelsesforholdet opretholdt eller genoprettet. I praksis sker der ikke underkendelse i private ansættelsesforhold.

Som alternativ til underkendelse kan der med hjemmel i § 4a betales en godtgørelse, der ikke kan være mindre end 1 måneds løn og ikke mere end 24 ugers løn. Har ansættelsesforholdet varet mindst 2 år, kan godtgørelsen ikke være mindre end 3 måneders løn.

Der foreligger ikke omvendt bevisbyrde.

4.3.4.6 Værnepligtsorlovsloven §§ 2 og 9

Ifølge § 2 i lov om værnepligtsorlov og om orlov til FN-tjeneste har en værnepligtig lønmodtager ret til fravær fra arbejdet på grund af aftjening

202. Den delte bevisbyrde blev indført ved lov nr. 440 fra 2001 med henblik på gennemførelse af bevisbyrdedirektivet, Rådsdirektiv 97/80, som ændret ved 98/52.

af værnepligt, og han er beskyttet mod afskedigelse i forbindelse med udnyttelse af denne ret.

I henhold til § 9 skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse på op til 26 ugers løn, hvis den værnepligtige lønmodtager afskediges i strid med § 2.

Der er hverken genindtrædelsesmulighed eller omvendt bevisbyrde.

4.3.4.7 Lov om børnepasningsorlov § 4

Ifølge lov om børnepasningsorlov kan forældre under nærmere opregnede betingelser holde orlov til pasning af børn inden for de første 9 leveår. Retten hertil angår børn, der er født før 31. december 2001. For så vidt angår børn født efter denne dato har forældrene i stedet ret til barselsorlov efter de nye barselsregler. Den del af børnepasningsorloven, som stadig er gældende, er, at forældre har *ret til* at holde orlov til børnepasning mellem 8 og 13 uger. Herudover kan det *aftales* med arbejdsgiveren, at der kan holdes orlov i indtil 52 uger.

For så vidt angår den første del af orloven er lønmodtageren i henhold til § 4, stk.7-12 beskyttet mod afskedigelse. Der er omvendt bevisbyrde, hvis afskedigelsen finder sted i tilknytning til udnyttelsen af retten til orlov. Bevisbyrden er derimod delt, hvis afskedigelsen sker på et senere tidspunkt. Afskedigelse i strid med beskyttelsesreglen udløser godtgørelseskrav, der ikke kan overstige 26 ugers løn. Der er ikke mulighed for at underkende afskedigelsen.

4.3.4.8 Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet § 7[203]

Forskelsbehandling defineres i lovens § 1 som enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.

---

203. Loven er ændret ved lov nr. 253 af 7. april 2004 på grundlag af lovforslag nr. 40 fremsat af beskæftigelsesministeren den 22. oktober 2003. Lovændringen er vedtaget med henblik på gennemførelse af dele af Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse og dele af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Væsentligste ændringer består af, at diskriminationskriteriet »tro« er indsat i §§ 1, 4 og 5, ligesom der er gennemført præciseringer med hensyn til definitionen af bl.a. direkte og indirekte diskrimination. Af særlig interesse i forhold til det i teksten omtalte, har det, at den tidligere gældende regel i § 2, stk. 4 om omvendt bevisbyrde ved lønmæssig forskelsbehandling er ophævet og erstattet af den nye bestemmelse i § 7a, hvorefter der generelt skal være delt bevisbyrde, hvis en person anser sig for krænket i henhold til lovens §§ 2-4.

Ifølge § 2 må en arbejdsgiver ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår. Der var tidligere omvendt bevisbyrde for så vidt angår lønmæssig forskelsbehandling, men der er nu indført delt bevisbyrde, jf. note 203.

I § 3 bestemmes, at arbejdsgiveren ikke må forskelsbehandle ansatte med hensyn til efteruddannelse, og i § 4 at han ikke i forbindelse med ansættelse må indhente, modtage eller gøre brug af oplysninger omfattet af definitionen i § 1. Endelig bestemmes det i § 5, at arbejdsgiveren ej heller i forbindelse med annonceringen må udøve forskelsbehandling. Denne regel sanktioneres med bødestraf, jf. § 8, mens reglerne i §§ 2-4 giver de krænkede personer ret til godtgørelse. Niveauet for godtgørelsen angives ikke. Der hjemles ikke mulighed for genindtrædelse, hvis der er udøvet forskelsbehandling i forbindelse med afskedigelse.

Ved den nævnte lovændring er der indført en ny regel i § 5a, hvorefter bestemmelser i individuelle eller kollektive aftaler og overenskomster og i virksomhedens interne reglementer mv., som er i strid med lovens forbud mod forskelsbehandling, er *ugyldige*.

Fra loven undtages arbejdspladser, hvis virksomhed har som sit udtrykte formål at fremme et bestemt politisk eller religiøst standpunkt, jf. reglen herom i § 6.

4.3.4.9 Helbredsoplysningslovens § 12

Ifølge § 1 har lov om brug af helbredsoplysninger mv. på arbejdsmarkedet til formål at sikre, at helbredsoplysninger ikke *uberettiget* anvendes til at begrænse lønmodtageres muligheder for at opnå eller bevare ansættelse. I loven angives rammerne for arbejdsgiverens indhentelse og udnyttelse af helbredsoplysninger. I henhold til § 12 kan der tilkendes en person, hvis rettigheder er krænkede ved overtrædelse af lovens nærmere opregnede betingelser for brug af helbredsoplysninger en godtgørelse, og i henhold til § 13 kan arbejdsgiveren i visse tilfælde straffes med bøde.

Loven giver ikke mulighed for genindtrædelse, hvis afskedigelse er sket ved uberettiget brug af helbredsoplysninger. Der er ej heller fastsat særlige regler om fordelingen af bevisbyrden.

4.3.4.10 Virksomhedsoverdragelseslovens § 3

Ifølge § 3 i lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse anses en afskedigelse på grund af overdragelse af en virksomhed eller en del heraf ikke for at være rimeligt begrundet i virksomhedens forhold, medmindre afskedigelsen skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer. Arbejdsgiveren skal således bevise, at afskedigelsen kan begrundes i en af disse kvalificerende omstændigheder. I modsat fald kan funktionæren tilkendes en godtgørelse i henhold til Hovedaftalens § 4, stk. 3 eller funktionærlovens § 2b, idet afskedigelsen hermed ikke er rimeligt begrundet i virksomhedens forhold.

4.3.4.11 Erstatningsansvarslovens § 26?

Der synes ikke at foreligge afgørelser, hvor en funktionær i forbindelse prøvelsen af en opsigelses saglighed er kommet igennem med en påstand om, at godtgørelse skal tilkendes i henhold til erstatningsansvarslovens § 26. Tværtimod afvises dette relativt kategorisk i afgørelsen U 2003.1570 H, der omtales på side 128 og refereres på side 136.

I dette afsnit undersøges, om det herefter må anses for fuldstændigt udelukket at få tilkendt tortgodtgørelse i forbindelse med arbejdsgiverens opsigelse af funktionærforholdet, eller om der må formodes at stå en snæver mulighed åben. Undersøgelsen foretages med udgangspunkt i belysning af andre ansættelsesretlige sager, hvor reglen har været påberåbt, hvorefter sagerne om opsigelse behandles.

Godtgørelse for tort i ansættelsesretlige sager i vid forstand

Erstatningsansvarslovens § 26 bærer overskriften: »Godtgørelse for tort«. Begrebet tort anvendes om en krænkelse af en anden persons selv- og æresfølelse, det vil sige den forurettedes opfattelse af eget værd og omdømme.[204] Ifølge § 26, stk. 1 skal godtgørelse for tort betales af den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person. Det er ikke en betingelse, at krænkelsen er strafbar, eftersom det er tilstrækkeligt, at der foreligger en culpøs krænkelse af en vis grovhed.

Den foreliggende retspraksis om erstatningsansvarslovens § 26 vedrører mest af alt frihedsberøvelser, fredskrænkelser ved eksempelvis dagblades krænkelser af privatlivets fred, ærekrænkelser gennem usande ytringer og påstande i pressen samt personkrænkelser, hvis personskader forvoldes under sådanne omstændigheder, at der tillige foreligger en særlig

204. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 278.

krænkelse af den personlige integritet (ses navnlig ved sædelighedsforbrydelser).

Disse områder ligger fjernt fra arbejdsretten. Ikke desto mindre har erstatningsansvarslovens § 26 påkaldt sig en vis interesse i ansættelsesretlige sager i bred forstand. Dette har eksempelvis gjort sig gældende i følgende afgørelser, den første om en personkrænkelse:

U 1992.18 SH – Godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 14 og ikke (også) efter erstatningsansvarsloven § 26 på grund af seksuel chikane

Det blev i sagen lagt til grund, at en kvindelig funktionær havde været berettiget til at anse sit ansættelsesforhold som ophævet som følge af, at hun havde været udsat for seksuel chikane, der var en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet fra arbejdsgiverens side. Funktionæren havde herefter krav på erstatning i henhold til funktionærlovens § 3.

Under sagen gjorde funktionærens advokat gældende, at den seksuelle chikane både var en overtrædelse af ligebehandlingsloven og en overtrædelse af erstatningsansvarsloven. Det blev hævdet, at krænkelserne i ansættelsesmæssig relation skulle tillægges betydning ved godtgørelse efter ligebehandlingsloven, mens den personlige krænkelse havde betydning i forhold til erstatningsansvarsloven. Advokaten mente derfor, at funktionæren både havde krav på godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 14, jf. § 4 og efter erstatningsansvarslovens § 26. Sø- og Handelsretten udtalte herom:

»[Afdelingsformandens] opførsel findes tillige at være en overtrædelse af ligebehandlingslovens § 4, hvorfor [funktionæren] i medfør af ligebehandlingslovens § 14 findes at have krav på en godtgørelse, der under hensyn til, at den seksuelle adfærd har forløbet over en lang periode trods protester, at [funktionæren] skulle dele kontor med [afdelingsformanden], og at han var hendes nærmeste foresatte, skønsmæssigt ansættes til 100.000 kr.

Derimod findes der ikke grundlag for tillige at tillægge [funktionæren] erstatning efter erstatningsansvarslovens § 26, idet ligebehandlingsloven må anses for at omfatte et særligt tilfælde af retsstridig krænkelse.«

Det ligger implicit heri, at godtgørelse kunne være tilkendt i henhold til erstatningsansvarslovens § 26, hvis ikke forholdet havde været omfattet af ligebehandlingsloven.

Afgørelsen viser, at § 26 er et supplement til de inden for ansættelsesretten gældende bestemmelser om godtgørelse for ikke-økonomisk skade.[205]

Følgende sag har karakter af en ærekrænkelse:

205. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 672.

U 1995.744 H – Arbejdsgivers meddelelse til agenter og kunder om bortvisning af en funktionær indebar ikke en retsstridig krænkelse i henhold til erstatningsansvarslovens § 26

Funktionæren var ansat som eksportchef hos en møbelproducent. Under en møbelmesse havde funktionæren på egen hånd nedsat listepriserne for 6 af arbejdsgiverens produkter med 10 %. Da funktionæren herved væsentligt havde overskredet sin kompetence, og da han ikke havde underrettet ledelsen om dispositionen, så snart der var mulighed herfor, fandtes han at have tilsidesat sine pligter i en sådan grad, at arbejdsgiverens bortvisning af ham var berettiget. Ledelsen var tilfældigt blevet bekendt med forholdet den 2. februar 1993 og fandtes ikke at have udvist passivitet ved først den 8. februar 1993 at bortvise funktionæren.

Under sagen rejste funktionæren krav om godtgørelse i henhold til erstatningsansvarslovens § 26. Dette krav støttede han blandt andet på, at arbejdsgiverens meddelelser til agenter og kunder om bortvisningen indeholdt en antydning om et strafbart forhold, hvilket indeholdt en retsstridig krænkelse af ham. Heroverfor gjorde arbejdsgiveren gældende, at de meddelelser, der var udsendt, ikke havde en sådan karakter, at der kunne kræves godtgørelse for tort.

Højesteret stadfæstede landsrettens afgørelse i henhold til de anførte grunde. Vedrørende spørgsmålet om § 26 blev udtalt følgende:

»I [arbejdsgiverens] meddelelser om afskedigelsen anvendes ubestemte udtryk, og det kan ikke udelukkes, at disse udtryk kunne give anledning til misforståelse hos adressaterne. Da imidlertid skrivelserne ikke indeholder konkrete holdepunkter for at opfatte afskedigelsesgrunden som strafbart forhold eller lignende, og da [arbejdsgiveren] har været berettiget til bortvise [funktionæren], findes meddelelserne ikke at give tilstrækkeligt grundlag for et krav på godtgørelse efter erstatningsansvarslovens § 26.«

Afgørelsen er et eksempel på, at arbejdsgiverens meddelelse til omgivelserne om en berettiget bortvisning ikke i sig selv giver anledning til godtgørelse for tort. Antydningsvist fremgår det dog, at godtgørelse kan komme på tale, såfremt arbejdsgiveren over for tredjemand fremkommer med konkrete oplysninger eller holdepunkter for at opfatte afskedigelsesgrunden som et strafbart forhold eller lignende. Dette er i overensstemmelse med muligheden for at opnå godtgørelse for ærekrænkelser i henhold til § 26.

Den følgende sag ligger inden for det samme område, og her fik funktionæren medhold i sin påstand om godtgørelse for meddelelse til omgivelserne om et kriminelt forhold:

U 2005.1131 Ø – Bortvisning på grund af mistanke om tyveri berettiget. Tortgodtgørelse for opslag om bortvisning på grund af tyveri, men ikke for videoovervågning

Funktionæren blev ansat i et byggemarked i 1997. I sommeren 2000 blev han kassemedarbejder. Den 6. december 2000 blev han bortvist fra arbejdspladsen, idet han uberettiget skulle have tilegnet sig et beløb fra kassen. Arbejdsgiverens grundlag herfor var blandt andet en videoovervågning af den kasse, funktionæren normalt sad ved. Herudover skulle funktionæren have foretaget et betydeligt antal annulleringer af salg ved kassen. Umiddelbart efter bortvisningen blev der sent om eftermiddagen ophængt et opslag i personaleafsnittet, hvoraf fremgik, at funktionæren var blevet bortvist på grund af pengetyveri fra kassen. Opslaget blev fjernet dagen efter om formiddagen. Funktionæren blev senere frifundet i en straffesag som tiltalt for underslæb subsidiært tyveri begået som kasseassistent hos byggemarkedet. Funktionæren anlagde sag mod byggemarkedet med påstand om betaling af løn mv., godtgørelse for usaglig afskedigelse og godtgørelse for tort efter erstatningsansvarslovens § 26 i forbindelse med opslaget og videoovervågningen.

Bortvisningen fandtes at være sket med rette. For landsretten havde byggemarkedet erkendt, at opslaget med en meddelelse til personalet om, at funktionæren var blevet bortvist på grund af tyveri, udgjorde en retsstridig krænkelse af funktionæren efter erstatningsansvarslovens § 26. Under hensyn til at opslaget kun var opsat i en meget kort periode, og at indholdet kun blev udbredt til en meget begrænset personkreds samt efter en samlet vurdering af krænkelsens beskaffenhed og de omstændigheder, hvorunder krænkelsen fandt sted, fandtes godtgørelsen passende at kunne fastsættes til 5.000 kr.

Funktionæren blev imidlertid ikke tilkendt tortgodtgørelse i anledning af videoovervågningen, som var etableret som følge af et konstateret svind i byggemarkedet og efter en underretning af tillidsrepræsentanten. Hertil kom, at personalet gennem personalehåndbog og skiltning var gjort bekendt med, at butikslokalet var genstand for videoovervågning.

I sagen havde arbejdsgiveren *erkendt*, at opslaget med en meddelelse til personalet om, at funktionæren var blevet bortvist på grund af tyveri, udgjorde en retsstridig krænkelse af funktionæren efter erstatningsansvarslovens § 26. Spørgsmålet herom har således været ubestridt i forbindelse med landsretsprøvelsen. At landsretten har betragtet forholdet som mindre alvorligt, fremgår imidlertid af, at godtgørelsen sættes meget lavt (5.000 kr.).

Sagen er udtryk for, at arbejdsgiveren har ret til at iværksætte overvågningsforanstaltninger med henblik på at bevise sagligheden ved en opsigelse/berettigelsen af en bortvisning, sml. den nedennævnte afgørelse U 2004.273 Ø (side 128).

Sammenfattende kan det om de ovennævnte afgørelser konstateres, at erstatningsansvarslovens § 26 har et vist (om end snævert) anvendelsesområde inden for ansættelsesretten. Parterne i et ansættelsesforhold *kan* udsætte hinanden for retsstridige krænkelser af frihed, fred, ære eller person, og i grove tilfælde udløser dette et godtgørelseskrav for den forurettede part.

Godtgørelse for tort i forbindelse med usaglig afskedigelse?
Med hensyn til det spørgsmål, som er til genstand for opmærksomhed i dette afsnit 4.3.4 om nationale saglighedsregler i forbindelse med opsigelser af funktionærforhold, har erstatningsansvarsloven også påkaldt sig interesse i retspraksis. I denne sammenhæng er det centrale spørgsmål, om der med hjemmel i erstatningsansvarslovens § 26 kan tilkendes funktionæren en godtgørelse som følge af en usaglig opsigelse.

De følgende afgørelser viser, at det er vanskeligt at komme igennem med en påstand herom:

U 2003.1570 H – Erstatningsansvarslovens § 26 afvist som hjemmel for godtgørelse for usaglig afskedigelse
Afgørelsen er refereret på side 136, hvortil henvises. Her skal blot fremhæves, at Højesteret statuerede, at der ikke var grundlag for at fastslå, at arbejdsgiveren i forbindelse med afskedigelsen eller domsforhandlingen på ansvarspådragende måde havde krænket lønmodtagerens frihed, fred, ære eller person, og således med hjemmel i erstatningsansvarslovens § 26 tilkendes en godtgørelse.

U 2004.273 Ø – Detektivovervågning af ansat i sygdomsperioden var ikke en retsstridig krænkelse af privatlivets fred og gav derfor ikke grundlag for godtgørelse i henhold til § 26

Funktionæren var ansat som ekspedient i en bagerforretning. I begyndelsen af december 2000 meldte hun sig syg, og den 8. december 2000 afleverede hun en lægeerklæring, hvorefter hun var uarbejdsdygtig i yderligere 1 måned. Den 13. december 2000 indgik hun en aftale med sin arbejdsgiver om, at hun skulle fratræde sin stilling med udgangen af december 2000.

I forbindelse med parternes efterfølgende forhandlinger om funktionærens løn mv. blev det oplyst, at arbejdsgiveren i perioden fra den 12. december 2000 til den 29. december 2000 havde ladet funktionæren overvåge på gadeplan af et detektivbureau. I forbindelse med at detektivbureauet skulle udføre opgaven, havde arbejdsgiveren fremsendt forskellige personlige oplysninger om funktionæren, herunder foto, cpr.nr., lægeerklæringen samt oplysninger om organisationsforhold og tidligere ansættelsessteder.

Funktionæren påstod sig tilkendt 25.000 kr. i godtgørelse for tort af arbejdsgiveren i anledning af det passerede. Herom udtalte byretten:

»Det forhold, at en arbejdsgiver – som mistænker en af sine medarbejdere for at have afgivet en urigtig sygemelding – antager et detektivbureau til at overvåge medarbejderen for at fremskaffe bevis for sin antagelse, findes ikke i sig selv at kunne anses som en retsstridig krænkelse af den ansatte. Det kan ligeledes ud fra overvågningens formål ikke bebrejdes arbejdsgiveren, at han efterfølgende – som led i sin dokumentation over for den ansatte og vedkommendes faglige organisation – benytter sig af de således indhentede oplysninger til at afvise eventuelle, efter arbejdsgiverens opfattelse uberettigede lønkrav o.l.

Det kan imidlertid ikke afvises, at omstændighederne omkring antagelsen/instruktionen af detektivbureauet, herunder hvorledes og hvor længe overvågningen af den ansatte skal finde sted, samt det materiale, som overlades til bureauet i samme forbindelse, i helt særlige tilfælde kan indebære en krænkelse af den ansattes personlige forhold, som kan begrunde en ret til erstatning for tort i medfør af erstatningsansvarslovens § 26.

I nærværende sag må det efter det oplyste lægges til grund, at [arbejdsgiveren] i december 2000, hvor [han] bl.a. på grund af informationer om [funktionærens] tidligere ansættelsesforhold mistænkte [funktionæren] for at have afgivet en urigtig sygemelding, antog Danmarks Detektivkorps til at efterforske, om sygemeldingen var fiktiv eller ej. Der er efter bevisførelsen intet grundlag for at antage, at [arbejdsgiveren] har instrueret bureauet i, hvorledes efterforskningen nærmere skulle foregå, idet dette spørgsmål således blev overladt til bureauets eget skøn.

Det findes efter bevisførelsen ikke godtgjort, at overvågningen er sket på en for [funktionæren] særlig krænkende måde, herunder fra andet niveau end gadeplan, eller er fortsat efter ansættelsesforholdets ophør, den 31. december 2000.«

For landsretten gjorde funktionæren yderligere gældende, at arbejdsgiveren til detektivbureauet havde overdraget personoplysninger i strid med reglerne i personoplysningsloven i form af billede, cpr.nr., lægeerklæring, ansættelseskontrakt, oplysninger om organisationsforhold, tidligere ansættelssesteder og sygdomsperioder, samt at arbejdsgiveren i forbindelse med den iværksatte overvågning af funktionæren havde overskredet grænserne for en arbejdsgivers ledelsesret.

Landsretten tiltrådte af de af byretten herom anførte grunde, at arbejdsgiverens iværksættelse af overvågningen af funktionæren under de foreliggende omstændigheder ikke kunne anses for retsstridig. Det af funktionæren anførte om grænserne for arbejdsgiverens ledelsesret kunne ikke føre til andet resultat. Herudover udtalte landsretten, at »selv om [arbejdsgiverens] videregivelse af de nævnte personoplysninger til detektivbureauet måtte gå videre end hjemlet i lov om behandling af personoplysninger, findes dette ikke at indebære en sådan krænkelse af [funktionæren], at der er grundlag for tortgodtgørelse i medfør af erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1.«

Afgørelsen her tegner kun *indirekte* et billede af, hvorvidt erstatningsansvarslovens § 26 kan påberåbes som hjemmel for godtgørelse i forbindelse med en usaglig opsigelse. Dette hænger sammen med, at sagens parter den 13. december 2000 havde indgået en aftale om, at funktionæren skulle fratræde sin stilling med udgangen af december. Selvom detektivovervågningen var iværksat dagen før denne aftaleindgåelse, skred arbejdsgiveren ikke til opsigelse på grundlag af resultatet af overvågningen. Hermed var der ikke tale om, at retten skulle vurdere, om der forelå mulighed for godtgørelse som følge af en saglig eller usaglig opsigelse.

Når afgørelsen alligevel refereres i forbindelse med belysningen af spørgsmålet, om § 26 kan påberåbes som hjemmel for godtgørelse ved usaglig opsigelse, hænger det sammen med, at den illustrerer et spillerum for arbejdsgiverens dispositioner: Står arbejdsgiveren i et konkret tilfælde med en sygemeldt funktionær, som han ønsker at opsige (eller snarere bortvise) på grund af mistanke om misbrug af sygemelding (hvilket reelt vil sige misligholdelse af levering af arbejdsydelsen), har arbejdsgiveren en bevismæssigt meget vanskelig sag, såfremt sygemeldingen er dokumenteret med lægeerklæring, og arbejdsgiveren ikke har konkrete beviser for, at funktionæren i realiteten slet ikke er syg.

Afgørelsen her viser, at der ikke vil foreligge en retsstridig krænkelse af funktionærens privatlivsfred, hvis arbejdsgiveren iværksætter detektivovervågning, medmindre omstændighederne omkring antagelsen/instruktionen af detektivbureauet i helt særlige tilfælde indebærer en krænkelse af den ansattes personlige forhold (jf. præmissernes passus herom).

Fra domstolenes side er denne afgørelse ledsaget af meget grundige præmisser, hvilket formentlig beror på, at det set ud fra funktionærens synsvinkel må betragtes som kontroversielt at blive mistænkeliggjort gennem detektivovervågning.

U 2004.720 H – Arbejdsgiverens adfærd over for og afskedigelse af en funktionær var ikke en retsstridig krænkelse, jf. erstatningsansvarslovens § 26

En funktionær var ansat som afdelingsleder i et supermarked, der indgik i en større butikskæde. Tre uger efter hendes ansættelse blev hun udsat for et voldeligt overfald i forbindelse med undersøgelse af et formodet butikstyveri. I perioden umiddelbart efter overfaldet mødte hun på arbejdet. Hun modtog på arbejdsgiverens foranledning krisehjælp hos en psykolog. Knap tre uger efter overfaldet blev hun sygemeldt, og cirka seks uger herefter blev hun opsagt på grund af langvarig sygdom. Arbejdsskadestyrelsen anerkendte senere skaden som en arbejdsskade, da funktionæren havde udviklet en posttraumatisk belastningsreaktion.

For Højesteret nedlagde funktionæren påstand om, at arbejdsgiveren skulle betale hende en godtgørelse på principalt 90.000 kr., subsidiært et mindre beløb. Hun gjorde gældende, at hendes forværrede tilstand navnlig var begrundet i ledelsens adfærd over for hende efter overfaldet, og at denne adfærd i kombination med afskedigelsen måtte betragtes som en retsstridig krænkelse af hendes person, hvorfor hun var berettiget til en godtgørelse i henhold til erstatningsansvarslovens § 26. Arbejdsgiveren påstod frifindelse.

Højesteret bemærkede, at uanset om det i overensstemmelse med funktionærens forklaring ville kunne lægges til grund, at ledelsens adfærd var medvirkende årsag til, at hun i tiden efter overfaldet udviklede en posttraumatisk belastningsreaktion, var der ikke grundlag for at fastslå, at der herved var sket en retsstridig krænkelse af hendes person i erstatningsansvarslovens § 26's forstand. Herefter tog Højesteret arbejdsgiverens frifindelsespåstand til følge.

Afgørelsen bekræfter, at der skal foreligge en culpøs krænkelse af en vis grovhed, før erstatningsansvarslovens § 26 kan bruges som hjemmel for godtgørelse i forbindelse med en opsigelse. Bestemmelsen er ikke nogen selvstændig saglighedsregel i ansættelsesretlig forstand. Det forudsættes, at der foreligger en direkte og culpøs krænkelse i overensstemmelse med de kvalificerende omstændigheder i § 26.

Sammenfatning om retspraksis vedrørende erstatningsansvarslovens § 26 som hjemmel for godtgørelse i forbindelse med usaglig afskedigelse?

Det må på grundlag af de refererede afgørelser konstateres, at påstanden om godtgørelse for tort i forbindelse med en afskedigelse ikke har vundet gehør hos domstolene. Anvendelsen af § 26 i ansættelsessager i øvrigt tyder på, at domstolene også i opsigelsessagerne vil lægge sig snævert op ad bestemmelsens ordlyd. Således må det forventes, at funktionæren kun kan tilkendes godtgørelse for usaglig opsigelse med hjemmel i erstatningsansvarslovens § 26, såfremt opsigelsen indebærer en retsstridig krænkelse af funktionærens frihed, fred, ære eller person. Heri ligger en betingelse om en culpøs krænkelse af en vis grovhed. Så vidt ses har en sådan sag (endnu?) ikke været forelagt til domstolsprøvelse.

4.3.5 Internationale saglighedsregler

4.3.5.1 ILO-konvention nummer 158 om ansættelsesforholds ophør[206]
Ifølge ILO-konvention nr. 158 om ansættelsesforholds ophør må afskedigelse ikke finde sted, medmindre der er en gyldig grund hertil. Ved konventionen afgrænses, hvilke kriterier der ikke udgør en gyldig grund til afskedigelse.[207]

Fra dansk side er ratifikation af ILO-konvention nr. 158 undladt med den begrundelse, at dette ville kræve lovgivning, hvilket er blevet anset for at stride mod den danske overenskomsttradition.

Ikke desto mindre blev konventionen påberåbt i sagen U 2003.1570 H[208] til støtte for, at en lønmodtager havde krav på godtgørelse for usaglig opsigelse. Af proceduren fremgår følgende argumentation, jf. side 1573, 2. spalte:

> »Det følger af ILO-konvention om afskedigelse … at arbejdstagere har krav på begrundelse for afskedigelse, saglighed i afskedigelsen og ret til oprejsning, herunder erstatning (konventionens art. 10) … Konventionen er ikke ratificeret af Danmark. Det skyldes, at man fra dansk side mener at den danske model giver en tilsvarende beskyttelse i tilfælde som det foreliggende, hvor den usaglige og utilstrækkelige begrundede afskedigelse ikke er omfattet af overenskomst.«

Herom udtalte Højesteret:

> »Højesteret finder, at tilkendelse af godtgørelse som følge af, at afskedigelsen af en ansat i en privat virksomhed ikke er rimeligt begrundet i den ansattes eller virksomhedens forhold, kun kan ske, hvis der er hjemmel hertil i lov, kollektiv overenskomst eller anden aftale. Dette er forudsat ved gennemførelsen af funktionærlovens § 2 b og tilsvarende bestemmelser i lovgivningen eller kollektive overenskomster, og hverken EU-retten eller ILO-konventionen om afskedigelse, der ikke er ratificeret af Danmark, kan begrunde et andet resultat …«

Efter denne klare afvisning fra Højesteret findes der ikke at være yderligere basis for at behandle konventionen i denne sammenhæng.

---

206. »Termination of Employment Convention, 1982«.
207. Jf. Henrik Karl Nielsen og Lars Adam Rehof, International Arbejdsret, 1. udg. 1998, side 160.
208. Refereres nedenfor på side 136.

4.3.5.2 ILO-konvention nummer 111 om forskelsbehandling …[209]
ILO-konvention nummer 111 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv er gennemført i dansk ret ved lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. fra 1996, som er omtalt på side 122. Loven blev indført i erkendelse af, at Danmark ikke i tilstrækkelig grad havde levet op til de internationale forpligtelser, som Danmark havde påtaget sig ved i 1960 at ratificere ILO-konventionen.

4.3.5.3 EU-traktatens art 48 (arbejdskraftens fri bevægelighed)
I henhold til art 48 i traktaten om den europæiske union skal arbejdskraftens frie bevægelighed sikres. Enhver form for forskelsbehandling begrundet i nationalitet skal afskaffes. Medlemsstaternes arbejdstagere skal således sikres lige vilkår for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår. Et vist forbehold tages dog med hensyn til de begrænsninger, der kan retfærdiggøres af hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed.

4.3.6 Saglighedskrav som udfyldende grundsætning?

I det følgende fokuseres først på baggrunden for indførelsen af de to generelle saglighedsregler i henholdsvis Hovedaftalen og funktionærloven. Dernæst belyses nogle af de overvejelser, der har været fremført i den arbejdsretlige teori, og til sidst konkluderes på baggrund af højesteretsdommen U 2003.1570 H.

4.3.6.1 Baggrunden for indførelsen af de generelle saglighedsregler
Hos Jørgen Rønnow Bruun findes en grundig gennemgang af de forhandlinger, der blev ført mellem arbejdsmarkedets parter forud for indførelsen af saglighedsreglen i Hovedaftalen af 1960. På baggrund af denne gennemgang konkluderer han:

> »Det fremgår klart af disse forarbejder, at parterne forhandlede ud fra en forudsætning om, at afskedigelsesretten var fri, og at begrænsninger heri krævede en udtrykkelig bestemmelse. Man er endvidere gået ud fra, at sanktioner i form af godtgørelse eller genansættelse krævede hjemmel.«[210]

209. »Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958«, ratificeret af Danmark den 22. juni 1960 og offentliggjort som bekendtgørelse nr. 8 af 8. februar 1961.
210. Usaglig afskedigelse, 1. udg. 1996, side 41.

På trods af denne erkendelse af parternes forhandlingsforudsætninger argumenterer Jørgen Rønnow Bruun for, at saglighedskravet var gældende som almindelig grundsætning allerede forud for reglens indførelse i 1960. Nærmere om den diskussion, der har været ført herom, fremgår af det følgende afsnit 4.3.6.2: »Teorien om saglighedskravet som udfyldende grundsætning«.

Funktionærlovens regel om usaglig opsigelse blev indført med virkning fra 1. april 1964. Indtil da indeholdt loven ingen regler herom. Motivet for at indføre reglen var, at man – i kølvandet på hovedaftalen af 1960 – inden for store overenskomstområder havde indgået aftaler om værn for funktionærer mod urimelige opsigelser på arbejdsmarkedet. På baggrund heraf var tiden moden til at indføre en regel, der skulle gælde for hele funktionærområdet.[211]

Om forholdende forud for vedtagelsen af funktionærlovens saglighedsregel skriver Lars Svenning Andersen, at domstolene ikke kunne efterprøve arbejdsgiverens skøn over rimeligheden af en funktionærs afskedigelse.[212]

Dette er fastslået i U 1964.387 H, der vedrører en opsigelse, som fandt sted i oktober 1962, altså før indførelsen af funktionærlovens saglighedsregel. I afgørelsen kom det direkte til udtryk, at en arbejdsgiver, der var utilfreds med en funktionærs udførelse af sin tjeneste, efter funktionærlovens daværende regler havde ret til at afskedige funktionæren med det i loven fastsatte varsel. Arbejdsgiverens skøn over afskedigelsens nødvendighed fandtes ikke at kunne efterprøves af domstolene.

Det kan herefter sammenfattende konstateres, at de to generelle saglighedsregler blev indført, fordi der ikke var nogen almindeligt gældende saglighedsregel.

4.3.6.2 Teorien om saglighedskravet som udfyldende grundsætning

Blandt andet på baggrund af saglighedsreglerne i Hovedaftalens § 4, stk. 3 og funktionærlovens § 2b, som tilsammen dækker en stor del af arbejdsmarkedet, kombineret med særlovgivningens saglighedsregler, har det i den arbejdsretlige teori været overvejet, om der efterhånden gælder et saglighedskrav som udfyldende grundsætning. I det følgende belyses disse overvejelser kort.

Hasselbalch stiller eksplicit spørgsmålstegn ved, om saglighedskravet er blevet en udfyldende grundsætning. Han anfører bl.a. følgende:

211. Jf. Folketingstidende 1963-64, tillæg A, spalte 214f.
212. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 679f.

»Med den udbredelse, regler om usaglig afskedigelse har fået, rejser sig det spørgsmål, om kravet om, at afskedigelser skal have saglig grund, efterhånden har antaget karakter af en udfyldende retsregel, hvis anvendelse ikke kræver udtrykkelig hjemmel, fordi ordningen er indarbejdet i parternes bevidsthed som naturlig forudsætning for ansættelsesforholdet i almindelighed. For antagelse af en udfyldende regel af denne karakter ville også tale ansættelseskontraktens sociale karakter, der giver lønmodtageren en kendeligt større interesse i forholdets opretholdelse end virksomheden.

Retspraksis synes imidlertid ikke at anerkende en udfyldende regel om, at opsigelse må have objektiv grund i lønmodtagerens eller virksomhedens forhold. Især er funktionærlovens bestemmelse blevet afvist uden for sit formelle gyldighedsområde. Afgørelserne kommer ikke ind på de retlige synspunkter bag dette standpunkt. Men det er rimeligt at antage, at man ud fra det historiske udgangspunkt for de udtrykkelige regler om usaglig afskedigelse mener at måtte kræve meget sikre holdepunkter for en pligt for arbejdsgiveren til at lade afskedigelserne censurere efter deres grund.«[213]

I modsætning til Hasselbalch skriver Jørgen Rønnow Bruun, at retspraksis ikke giver støtte for en fuldstændig fri afskedigelsesret. På baggrund heraf bestrider han derfor antagelsen om, at der tilkommer arbejdsgiveren en fri adgang til at afskedige lønmodtageren. Han erkender dog, at antagelsen ligger til grund for de aftalemæssige og lovgivningsmæssige saglighedsregler, og han udtrykker derfor, at det er vanskeligt at se bort fra antagelsen, selvom den efter hans opfattelse var forkert.[214]

I doktordisputatsen Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning, 1992, argumenterer Ruth Nielsen for, at der er sket et paradigmeskifte i dansk arbejdsret på grund af det europæiske samarbejde. På denne baggrund når hun frem til, at arbejdsgiveren er underlagt et generelt saglighedskrav.[215]

---

213. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 242-243. Denne opfattelse finder støtte hos Per Jacobsen, Kollektiv Arbejdsret, 5. udg. 1994, side 622-623.
214. Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996, side 30f samt 215. Se lignende overvejelser i »Ordentlig opsigelse« af Per Alkestrup og Morgen Erritzøe Christensen, 1. udg. 2003, side 104: »Ud over at beskytte forskellige grupper i bestemte situationer ligger der også et generelt krav om, at der skal foreligge en saglig grund til at afskedige en medarbejder.«
215. Jf. side 215f og 394ff. I øvrigt behandles spørgsmålet om saglighedskrav hos Ole Krarup og Jørgen Matthiassen, Afskedigelsesret, 1984, side 27f, Jens Kristiansen, Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret, side 164-171, 372f. og 405-425 samt Jens Paulsen side 153ff og 288.

4.3.6.3 U 2003.1570 H – Ingen godtgørelse uden hjemmel

En tjener på et skib var ansat i henhold til en overenskomst, som indeholdt en bestemmelse om godtgørelse ved usaglig afskedigelse, hvis den ansatte havde været ansat i mindst 9 måneder. Da ansættelsen havde varet 6 måneder, blev tjeneren afskediget efter en episode, hvor han i sin fritid havde deltaget i en sejltur med et andet skib tilhørende rederiet. Da spørgsmålet om afskedigelsens rimelighed ikke kunne indbringes for en faglig voldgift, indbragte tjenerens faglige organisation sagen for domstolene med påstand om godtgørelse for urimelig afskedigelse. Sø- og Handelsretten og Højesteret frifandt imidlertid rederiet. Højesteret udtalte, at tjenerens krav ikke kunne støttes på nogen lovbestemmelse om godtgørelse for usaglig afskedigelse, og allerede fordi der heller ikke i overenskomsten var hjemmel til at tilkende godtgørelse, var der ikke anledning til at tage stilling til, om opsigelsen havde været rimeligt begrundet. Der var endvidere ikke grundlag for at fastslå, at tjeneren havde krav på godtgørelse, fordi rederiet på ansvarspådragende måde retsstridigt havde krænket tjenerens person, jf. erstatningslovens § 26, eller for på andet grundlag at tilkende ham erstatning efter almindelige erstatningsregler.

Der blev således ikke tilkendt nogen godtgørelse for usaglig afskedigelse, fordi der ikke var hjemmel herfor i lov eller overenskomst. Saglighedskrav som udfyldende grundsætning er hermed afvist af Højesteret.

4.3.6.4 Konklusion

På baggrund af ovennævnte højesteretsafgørelse må det i dette afsnit stillede spørgsmål besvares benægtende; saglighedskravet gælder ikke som en udfyldende grundsætning. Opsigelsesadgangen er fri og den begrænses kun, når der foreligger sikker hjemmel herfor.

Dommen er således udtryk for en bekræftelse af den almindelige obligationsret. Som nævnt i indledningen til dette kapitel er der frihed til at *indgå* kontrakter og til at *opsige* vedvarende og tidsubegrænsede kontrakter. Indskrænkninger i denne aftalefrihed kræver særlig hjemmel, som kun virker indskrænkende for de tilfælde, der er omfattet af hjemlen.

Kapitel 5

Ophævelse: Bortvisning/ bortgang

Misligholdelsesbeføjelsen ophævelse analyseres med udgangspunkt i den almindelige obligationsret. De obligationsretlige særtræk, der gør sig gældende inden for funktionærretten, belyses og behandles fra forskellige vinkler af såvel teoretisk som praktisk karakter. Tilgangsvinklerne er udvalgt ud fra et kriterium om at fremdrage nogle sider af funktionærretten, som særligt adskiller sig fra den almindelige obligationsret. Det er således *ikke* formålet med dette kapitel at levere en udtømmende funktionærretlig gennemgang af alle de kontraktbrud, der kan gøre det berettiget at ophæve funktionærforholdet.

Inden for funktionærretten anvendes begreberne *bortvisning* og *bortgang* om henholdsvis arbejdsgiverens og funktionærens ophævelse. Der gøres opmærksom på, at denne terminologi ikke anvendes helt konsekvent i teori og praksis, ligesom udtrykkene ikke nødvendigvis er dækkende for den faktiske måde, en konkret ophævelse foregår på. I nærværende afhandling anvendes de funktionærretlige begreber bortvisning/bortgang henholdsvis det obligationsretlige begreb ophævelse, hvor det er mest nærliggende.

Misligholdelsesbeføjelsen ophævelse er den mest vidtgående misligholdelsesbeføjelse, fordi retsvirkningen af en berettiget ophævelse er, at begge parters pligt til naturalopfyldelse ophører. I almindelighed betragtes ophævelse derfor som sidste udvej for at imødegå en misligholdelse.[216]

Inden for funktionærretten har ophævelsesbeføjelsen en særlig fremtrædende plads. Årsagen hertil skal søges i, at funktionærforholdets vedvarende og personlige karakter gør det praktisk vanskeligt at udøve de øvrige misligholdelsesbeføjelser – tilbageholdsret/forholdsmæssigt afslag/erstatning – så længe ansættelsesforholdet består.[217] Kendetegnende

216. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 211, samt side 215: »Da ophævelsen indebærer, at begge parters fremtidige præstationspligter hører op, er der tale om en i forhold til andre misligholdelsesbeføjelser både vidtgående og destruktiv reaktion.«

217. Se modsætningsvist Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 218, hvor det anføres, at det almindeligvis har en

er det således, at den anden centrale misligholdelsesbeføjelse – erstatningsbeføjelsen – ofte kombineres med ansættelsesforholdets ophævelse, jf. således ansvarsreglerne i funktionærlovens §§ 3 og 4.

Det klare obligationsretlige udgangspunkt om ophævelsesbeføjelsen er, at en part kan bringe begge parters fremtidige forpligtelser til at opfylde aftalen til ophør ved *ophævelse, hvis* den anden part har udvist en *væsentlig misligholdelse*. Nedenfor i afsnit 5.3 analyseres det nærmere indhold af væsentlighedsbetingelsen i funktionærretlig sammenhæng, idet dog allerede her skal fremhæves, at funktionærlovens §§ 3 og 4 anvender begrebet *grov misligholdelse*.

I det umiddelbart følgende afsnit 5.1 behandles spørgsmålet om ophævelseserklæringens bindende virkning samt mulighederne for at tilbagekalde erklæringen. I afsnit 5.2 behandles det i obligationsretlig henseende ukendte, men i funktionærretlig henseende velkendte fænomen om procedurekrav forbundet med ophævelse, og i afsnit 5.4 behandles et par funktionærretlige specialregler, som adskiller sig fra den almindelige obligationsret. I afsnit 5.5 undersøges, om en opsigelse kan betragtes som det mindre i det mere i forhold til en bortvisning, således at opsigelse med forkortet varsel kan udgøre et alternativ til ophævelse. Afsnit 5.6 udgør kapitlets mest udprægede praktiske vinkel på spørgsmålet om ophævelse, idet der her – for så vidt angår berigelsesforbrydelser og arbejdsvægring/lydighedsnægtelse – foretages analyser af det praktiske retslivs grænser for ophævelsesbeføjelsen.

5.1 Tilbagekaldsret/redressering/fortrydelsesret?

I dette afsnit undersøges mulighederne for at tilbagekalde ophævelseserklæringer. I afsnit 5.1.1 skildres det obligationsretlige udgangspunkt om løfters bindende virkning og tilbagekaldelsesmulighederne i aftalelovens §§ 7 og 39, 2. pkt. Dernæst behandles i afsnittene 5.1.2 og 5.1.3 henholdsvis teori og praksis om tilbagekaldelse af funktionærretlige ophævelseserklæringer, hvilket i afsnit 5.1.4 sammenfattes med det obligationsretlige udgangspunkt.

---

begrænsende indflydelse på muligheden for at udøvelse ophævelsesbeføjelsen, hvis kreditor i en situation, hvor misligholdelsen vil være uforholdsmæssig byrdefuld for debitor, har mulighed for at opnå opretning på anden vis. Omvendt påpeges hos Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 88, at adgangen til at opsige vedvarende kontrakter kan gøre det naturligt at lave en vis begrænsning af hævebeføjelsen i sådanne kontraktforhold.

5.1.1 Tilbagekaldelsesmulighederne i aftaleloves §§ 7 og 39, 2. pkt.

En erklæring om at hæve kontrakten er både et påbud og et løfte.[218] Påbudsdelen – om at den ophævende part på grund af den konstaterede misligholdelse straks og med virkning for fremtiden vil ophøre med at levere sin ydelse – får virkning, når erklæringen *kommer frem til modparten*. Løftedelen – om modpartens frigørelse fra pligten til al fremtidig levering af sin ydelse – får først virkning, når løftet er kommet *til modpartens kundskab*.[219]

Denne retstilstand har praktisk betydning for den ophævende parts mulighed for at tilbagekalde ophævelseserklæringen, eftersom det til erklæringen bundne løfte om modpartens frigørelse for al fremtidig leveringsforpligtelse indebærer, at ophævelseserklæringen kun med sikkerhed kan tilbagekaldes ensidigt, indtil frigørelsen er kommet til løftemodtagerens kundskab eller senest samtidig med dette tidspunkt, jf. aftalelovens § 7.[220]

Den ophævende part kan således godt tilbagekalde en ophævelseserklæring, som er kommet frem til modparten, men kan på grund af løfteelementet ikke tilbagekalde erklæringen, hvis den først er kommet til modpartens kundskab.

En snæver mulighed for at tilbagekalde en ophævelseserklæring, som *er* kommet til modpartens kundskab, foreligger i principperne i aftalelovens § 39, 2. pkt.[221] Herefter kan der »under særlige omstændigheder« også

218. Jf. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 80.

219. Jf. Lyngsø, Afbestillingsret, 1971, side 20: »I dansk og nordisk ret er det den almindelige regel, at et løfte eller et tilbud er bindende, dvs. ikke kan kaldes tilbage, når det er kommet til modtagerens kundskab. Dette udtrykkes ofte ved kort at sige, at dansk og nordisk ret tilslutter sig løfteteorien.« I Aftaler og Mellemmænd, 4. udg. 2001, side 41, giver Lennart Lynge Andersen følgende definitioner af begreberne: »Et løfte … *er kommet til kundskab*, når *det* er blevet læst eller hørt af adressaten eller en person, der er bemyndiget til at handle på adressatens vegne, f.eks. en fuldmægtig …«. Om »komme frem« siges, at det tidsmæssigt ligger før eller i alt fald senest samtidig med »komme til kundskab«.

220. På baggrund af den negative formulering af § 7 og med støtte i motiverne argumenterer Lyngsø (Afbestillingsret, 1971, side 31) for, at § 7 skal fortolkes sådan, at man ydermere – i hvert fald i særlige tilfælde – kan tillægge en tilbagekaldelse retsvirkning, selv om den først er kommet frem til løftemodtageren, efter at denne har fået kundskab om løftet.

221. Lennart Lynge Andersen i Aftaler og Mellemmænd, 4. udg. 2001, side 43: »Bestemmelsen i § 39 har sit hovedområde i relation til de såkaldte svage ugyldighedsgrunde, hvor det er en betingelse for at gøre ugyldigheden gældende, at løftemodtageren er i ond tro (på det tidspunkt, da viljeserklæringen blev ham bekendt), men det følger af motiverne til aftalelovens §§ 7 og 39, … at det med bestemmelsen har været hensigten at give domstolene mulighed for undtagelsesvis at »tillægge en Tilbagekaldelse, der strengt taget ikke er kommet frem inden eller samtidig med, at Tilbudet er kommet til den anden Parts Kundskab, Betydning naar den under Hensyn til de reale Grunde og efter almin-

tages hensyn til den kundskab, løftemodtageren har fået eller burde have fået efter kundskabstidspunktet, men »forinden viljeserklæringen har virket bestemmende på hans handlemåde«. Konkret betyder det, at et løfte efter omstændighederne kan tilbagekaldes, selv efter det er kommet til kundskab, hvis blot løftemodtageren endnu ikke har disponeret i henhold til løftet.

Et aftaleretligt og arbejdsretligt (om end ikke funktionærretligt) eksempel på grænserne for udøvelsen af § 39, 2. pkt. – tilbagekaldelse af et løfte efter kundskabstidspunktet – foreligger i nedennævnte afgørelse U 1987.234 SH. Spørgsmålet, der blev behandlet i denne sag, var, om arbejdsgiveren kunne *tilbagekalde sit løfte om ansættelse* af en matros, efter at hyrekontrakten var indgået. Afgørelsen vedrører således ikke det spørgsmål, som er hovedtemaet for dette afsnit, nemlig tilbagekaldelse af ophævelseserklæringer. Afgørelsen illustrerer imidlertid princippet om kontrakters bindende virkning og grænserne for brugen af tilbagekaldelsesadgangen i § 39, 2. pkt. i en arbejdsretlig sammenhæng.

U 1987.234 SH – Berettiget at annullere hyrekontrakt med sømand (aftalelovens § 39, 2. pkt.)

På søforhyringskontoret blev en matros ved hyrekontrakt underskrevet den 9. august 1985 ved middagstid forhyret med et skib tilhørende rederiet. Ifølge matrosens forklaring for retten fik hun at vide, at hun måtte indstille sig på afrejse tidligt næste morgen. Samme dag kl. 15.15 meddelte rederiet forhyringskontoret, at hyrekontrakten skulle annulleres, idet forhyringen beroede på en fejltagelse. Matrosen ville i stedet få tilbudt den første ledige hyre i et af rederiets skibe. Senere samme eftermiddag, fik matrosen oplyst, at rederiet alligevel ikke skulle bruge hende, og at hun kunne rive hyrekontakten i stykker.

Efter henvendelse fra Sømændenes Forbund blev annullationen ændret til en opsigelse i overensstemmelse med reglen i sømandslovens § 5, det vil sige med 7 dages varsel. Under sagen påberåbte forbundet imidlertid, at annullationen havde været en uberettiget »afskedigelse«,[222] hvorfor matrosen i henhold til sømandslovens § 18, stk. 1 havde krav på hyre for 2 måneder. Forbundet gjorde gældende, at der var indgået en endelig og gyldig hyrekontrakt, som rederiet ensidigt ophævede samme dag, uden at der forelå grundlag for afskedigelse af matrosen efter sømandslovens §§ 16 og 17.

---

delig Opfattelse i den paagældende Art af Forretninger ganske maa sidestilles med en Tilbagekaldelse, der virkelig er kommet frem inden eller samtidig med, at Tilbudet er kommet til den anden Parts Kundskab …«.

222. Sømandsloven sondrer terminologisk mellem opsigelse (hvor der skal gives varsel) og afsked (hvor forholdet ved ensidig erklæring bringes til ophør med det samme, når der foreligger en lovlig grund).

Rederiet bestred, at der forelå en uberettiget bortvisning, men gjorde derimod – under henvisning til aftalelovens § 39, 2. pkt. – gældende, at annullationen af hyrekontrakten havde været berettiget. Forhyringen var sket ved en fejltagelse, og annullationen skete efter højst 3 timers forløb og på et tidspunkt, da matrosen ikke havde foretaget sig noget, der ville pådrage hende økonomisk tab.

Sømændenes Forbund mente, at § 39, 2. pkt. var uanvendelig i den foreliggende sag, blandt andet fordi hyrekontrakten allerede inden annullationen havde virket bestemmende på matrosen, som havde pakket med henblik på den bebudede snarlige afrejse. Herudover gjorde forbundet gældende, at bestemmelsen måtte fortolkes snævert og til gunst for den svage part, altså matrosen.

Sø- og Handelsrettens afgørelse blev afsagt med dissens. Flertallet på to dommere lagde i særdeleshed vægt på, at matrosen blev gjort bekendt med annullationen af den som følge af en fejltagelse indgåede hyrekontrakt få timer efter kontraktens oprettelse og på et tidspunkt, da matrosen efter sin egen forklaring alene havde iværksat pakning med henblik på den forestående hyre. Flertallet fandt under de således foreliggende særlige omstændigheder, at hyrekontrakten var uforbindende for rederiet efter aftalelovens § 39, 2. pkt.

Mindretallet på en dommer fandt, at aftalelovens § 39, 2. pkt. var uanvendelig i det foreliggende tilfælde, hvor matrosen havde truffet de nødvendige foranstaltninger til omgående afrejse, og at rederiet således var bundet af den gyldigt indgåede hyrekontrakt. Ydermere vandt anbringendet om uberettiget afskedigelse – med deraf følgende ret til hyre for 2 måneder – gehør hos denne dommer med den begrundelse, at rederiet ikke straks havde opsagt matrosen med 7 dages varsel efter sømandslovens § 5.

Afgørelsen behandler spørgsmålet om annullation af en nyindgået hyrekontrakt.

Flertallet beskæftigede sig alene med de aftaleretlige spørgsmål, der opstod i forbindelse med at afgøre om betingelserne i aftalelovens § 39, 2. pkt. var opfyldt eller ej. Henset til, at matrosen var gjort bekendt med annullationen få timer efter kontraktens oprettelse, og på et tidspunkt da hun efter sin egen forklaring alene havde iværksat pakning med henblik på den forestående hyre, nåede flertallet frem til, at annullationen var berettiget. Flertallet havde herefter ingen grund til at behandle de arbejdsretlige spørgsmål om opsigelse versus bortvisning.

Ved sin afgørelse om, at rederiet kunne annullere kontrakten, tog flertallet ikke hensyn til, at hyrekontrakten var indgået med henblik på afrejse tidligt næste morgen. Selv få timer udgjorde således en stor del af den tid, matrosen havde til sin rådighed fra forhyringen til afrejsen. Flertallet tog heller ikke hensyn til, at matrosen havde truffet de nødvendige foranstaltninger til den omgående afrejse. Flertallet lagde blot til grund,

at matrosen alene havde iværksat pakning. Flertalsafgørelsen var således meget imødekommende over for arbejdsgiveren.

Omvendt var mindretallet venligt stemt over for matrosen, hvilket skal uddybes på de følgende sider:

Den dissentierende dommer fandt § 39, 2. pkt. uanvendelig, fordi den omstændighed, at matrosen havde truffet de nødvendige foranstaltninger til den omgående afrejse, efter denne dommers opfattelse var ensbetydende med, at hyrekontrakten havde virket bestemmende på matrosens handlemåde. Således konstateret, at annullationen ikke kunne gennemføres med hjemmel i § 39, 2. pkt., måtte der tages stilling til, hvorledes den manglende effektuering af hyrekontrakten skulle klassificeres arbejdsretligt. Hermed skulle det afgøres, *om* annullationen i sig selv gjorde det ud for en uberettiget afskedigelse (med de heraf følgende retsvirkninger), *eller om* annullationen som sket blot kunne ændres til en opsigelse.

Mindretallet lagde til grund, at annullationen var en uberettiget afskedigelse, hvorfor rederiet skulle betale hyre for 2 måneder. Som begrundelse herfor blev anført, at rederiet ikke straks havde opsagt matrosen med 7 dages varsel. Hermed blev rederiet påført den skadevirkning at betale matrosen en kompensation svarende til hyre for 2 måneder, fordi rederiet fra start havde anvendt det forkerte middel til at komme ud af kontrakten.

Med udgangspunkt i den obligationsretlige teori skal mindretallets votum på de kommende sider vurderes nærmere, idet muligheden for »annullation« er omtvistet:

Gomard anfører på den ene side, at det er hovedreglen i dansk ret, at kreditor har krav på naturalopfyldelse af sin fordring, og at han i tilfælde af væsentlig misligholdelse har valget mellem at hæve eller kræve opfyldelse.[223] På den anden side anfører han, at der er:

> »… en adgang til *annullation*, dvs. en beføjelse for en part til at ophæve retten til at forlange naturalopfyldelse mod at erstatte den anden part hans opfyldelsesinteresse ...«.[224]

Som betingelse for en sådan annullationsadgang opstilles, at medkontrahenten ikke har en selvstændig interesse i naturalopfyldelse af kontrakten.[225]

Torsten Iversen tager udgangspunkt i, at hovedreglen i dansk ret er naturalopfyldelse. Han tager afstand fra at tale om annullation som en rettighed

223. Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 21.
224. Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 29f. Videre om annullation skrives på side 41ff., hvorfra der blandt andet henvises til Ussing, Obligationsretten, Almindelig Del, side 199f.
225. Obligationsret, 1. del, 3. udg. 1998, side 20.

og fastholder, at *annullation nu engang er (væsentlig) misligholdelse, og at misligholdelse nu engang ikke er noget, man har »ret« til*. Endvidere anfører han, at en parts adgang til at annullere aldrig kan komme til at føre sit eget liv, men blot er og bliver et spejlbillede af, at den anden part ikke har ret til at kræve naturalopfyldelse.[226]

Det kan tiltrædes, at det er hovedreglen i dansk ret, at kontrakter er bindende, jf. Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2. Annullation er i modstrid hermed og er derfor ikke en rettighed, som parterne i et kontraktforhold kan benytte, hvis kontrakten ikke længere er gunstig at opretholde. Annulleres kontrakten alligevel, begås kontraktbrud. Dette brud kan imødegås ved, at modparten fastholder hovedreglen om kontrakters bindende virkning og kræver opfyldelse in natura. Hermed kan annullationen tilsidesættes. Kun hvor naturalopfyldelse ikke kan anvendes som misligholdelsesbeføjelse, eller hvor kontrakten ikke ønskes fastholdt, træder den af Gomard anviste retsvirkning i kraft: Modparten kan kræve positiv opfyldelsesinteresse som surrogat for naturalopfyldelse.

Inden for funktionærretten er det almindelige obligationsretlige udgangspunkt modificeret, eftersom kravet om naturalopfyldelse ikke spiller nogen væsentlig rolle som en misligholdelsesbeføjelse.[227] Årsagen hertil er, at realydelsen er en personlig ydelse, som ikke vil kunne gennemtvinges ved fogedrettens hjælp. Arbejdsgiveren kan således ikke bede fogden om at bringe funktionæren (og dermed arbejdsydelsen) fra dennes bopæl til arbejdspladsen, ligesom funktionæren ej heller vil kunne få hjælp til at skaffe sig adgang til arbejdspladsen, så arbejdsydelsen kan leveres. I funktionærretlig sammenhæng er det derfor ikke muligt at møde modpartens annullation af ansættelsesforholdet med et krav om naturalopfyldelse. Annullationen kan ikke tilsidesættes. Den kan alene imødegås af den anden opfyldelsesbeføjelse, nemlig opfyldelsessurrogatet erstatning (positiv opfyldelsesinteresse).

Funktionærretten kan således siges at udgøre et eksempel på, at gennemførelsen af en annullation er et spejlbillede af, at den anden part ikke har ret til at kræve naturalopfyldelse, jf. Torsten Iversen. Retsvirkningen af, at arbejdsgiveren annullerer en funktionærkontrakt, er, at der skal betales erstatning for løn i opsigelsesperioden, jf. funktionærlovens § 3. Undlader funktionæren at tiltræde tjenesten, har arbejdsgiveren, medmindre særlige omstændigheder foreligger, mindst krav på en erstatning svarende til en halv måneds løn, jf. § 4.

---

226. Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 154-156.
227. Jf. nærmere herom i kapitel 9.3: »Naturalopfyldelse som misligholdelsesbeføjelse«.

Sammenfattes dette, må det om matrossagen ovenfor konstateres, at den dissentierende dommer kunne klassificere rederiets annullation som en væsentlig misligholdelse, hvormed Sømændenes Forbund for så vidt skulle have medhold i påstanden om, at der forelå en uberettiget afskedigelse.

Det kan imidlertid overvejes, om rederiet kunne have procederet på, at et eventuelt erstatningskrav skulle anses som forlist på grund af passivitet: Sømændenes Forbund havde nemlig begået en proceduremæssig fejl ved i sin første henvendelse til rederiet at kræve, at annullationen blev ændret til en opsigelse i henhold til sømandslovens § 5, det vil sige med 7 dages varsel. Forbundet havde med andre ord ikke i forbindelse med reklamationen over for annullationen påberåbt sig, at der forelå en uberettiget bortvisning, hvorfor matrosen i henhold til sømandslovens § 18, stk. 1 havde krav på hyre for 2 måneder. Påstand herom synes først fremkommet i forbindelse med sagens anlæg i januar 1986, altså næsten 5 måneder efter annullationen. Spørgsmålet er derfor, om rederiet kunne have argumenteret for, at der var udvist passivitet med fortabelse af retsvirkninger til følge – det vil sige, bortfald af erstatningsansvar som følge af, at annullationen var en uberettiget bortvisning?

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl[228] anføres, at en misligholdelsesvirkning normalt forudsætter, at retten til erstatning gøres gældende inden for rimelig tid. Passivitet over for arbejdsgiverens kontraktbrud spiller dog langt fra den samme rolle som arbejdsgiverens passivitet over for lønmodtagerens kontraktbrud. Således nævnes eksempler fra retspraksis, hvor erstatningskrav er tilkendt, uanset at sagen først er rejst adskillige måneder efter en bortvisning.[229]

På grundlag heraf må konstateres, at rederiet formentlig ikke kunne være kommet igennem med et anbringende om passivitetsvirkninger.

Ved i sit votum at fastholde udgangspunktet om, at rederiets annullation var en væsentlig misligholdelse, lagde den dissentierende dommer implicit til grund, at den uberettigede afskedigelse ikke kunne tilbagekaldes/ændres til en opsigelse i henhold til sømandslovens § 5, selvom annullationens ændring til en opsigelse rent faktisk var sket på initiativ af Sømændenes Forbund. Det er på denne baggrund, den dissentierende dommers votum anses for at være venligt stemt over for lønmodtageren.

Under sagen fremsatte Sømændenes Forbund et anbringende om, at princippet i aftalelovens § 39, 2. pkt. skal fortolkes snævert og til gunst for *den svage part*. Dette behandles hverken af flertallet eller mindretallet. Overvejelsen er imidlertid interessant, fordi den finder nogen støtte hos Lennart

228. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 217f.
229. Se ligeledes Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 564ff.

Lynge Andersen,[230] der skriver, at muligheden for at anvende princippet i § 39, 2. pkt. til fordel for en *forbruger* er større, end den er i forretningsdrivendes indbyrdes mellemværende. Selvom forbundets synspunkt om en snæver fortolkning til gunst for den svage part således er nærliggende, viser domsresultatet, at § 39, 2. pkt. kan anvendes til fordel for den socialt stærke part.[231]

Med hensyn til dette afsnits behandling af spørgsmålet om tilbagekaldelse af ophævelseserklæringer skal erindres om udgangspunktet: Det almindelige obligationsretlige princip er, at ophævelseserklæringen har bindende virkning på grund af det heri værende løfte om, at modparten frigøres for alle fremtidige forpligtelser til at levere sin ydelse. Udgangspunktet er derfor, at ophævelsen ikke kan tilbagekaldes ensidigt af den ophævende part, når først løftet om frigørelse er kommet til modpartens kundskab.

I det umiddelbart følgende analyseres om dette princip har fuld gennemslagskraft inden for funktionærretten. Som afsnittet vil vise, er teorien ikke entydig, ligesom retspraksis i et vist omfang kan tages til indtægt for, at princippet ikke er helt så fast inden for funktionærretten som specialdisciplin, som inden for obligationsretten som almendisciplin. Det undersøges, *om* der i funktionærretten som specialdisciplin ligefrem gælder en egentlig undtagelse fra den almindelige obligationsret, således at den part i ansættelsesforholdet, der har fremsat en ophævelseserklæring, har mulighed for at tilbagekalde erklæringen, hvis den fortrydes, *eller om* aftalelovens § 39, 2. pkt. blot har et særligt virkefelt inden for funktionærretten.

Der gøres for klarheds skyld opmærksom på, at der inden for funktionærretten foruden spørgsmålet om egentlig tilbagekaldelse også optræder spørgsmål om redressering af fejl i forbindelse med en ophævelse. Dette er et for den almindelige obligationsret noget ukendt fænomen, idet ophævelsen sædvanligvis har en ultimativ karakter forstået på den måde, at bevisvurderingen enten fører til, at det anerkendes, at ophævelse er sket eller ikke er sket. I enhver obligationsretlig sammenhæng kan der opstå tvist om berettigelsen af en ophævelse. Er betingelsen om væsentlig misligholdelse ikke opfyldt, er det den ophævende part, som ved sin ophævelse

230. Aftaler og Mellemmænd, 4. udg. 2001, side 43. Synspunktet er senere blevet bekræftet i afgørelsen U 2001.603 H (som vedrørte en opsigelse fra en kommunalt ansat tjenestemand). I sagen havde tjenestemanden skriftligt opsagt sin stilling, men to dage senere tilbagekaldte han denne opsigelse. Højesteret udtalte, at opsigelsen på tilbagekaldelsestidspunktet endnu ikke havde virket bestemmende på kommunens handlemåde, og under disse omstændigheder havde kommunen som arbejdsgiver været uberettiget til at fastholde, at tjenestemanden var bundet af sin opsigelse.

231. Jf. Lennart Lynge Andersen, Aftaler og Mellemmænd, 4. udg. 2001, side 45.

misligholder kontraktforholdet, og han ifalder derfor erstatningsansvar over for modparten. Som det vil fremgå af det umiddelbart følgende, er det omtvistet, om dette er modificeret inden for funktionærretten. Nogle forfattere mener således, at der i et vist omfang skal anerkendes en ret til at redressere en uberettiget ophævelse, således at den ophævende part kan afværge medkontrahentens misligholdelsesbeføjelser, navnlig dennes krav om erstatning.

5.1.2 Teorien om tilbagekaldelse af funktionærretlige ophævelser

I dette afsnit gengives uddrag af teorien vedrørende mulighederne for at tilbagekalde en funktionærretlig ophævelseserklæring.

Lyngsø[232] anfører, at der allerede fra tiden før aftaleloven findes adskillige domme, som giver udtryk for, at en *arbejdsgiver* har en ret vid adgang til at berigtige eller tilbagekalde en meddelelse om afskedigelse eller bortvisning.[233] Om *funktionærens* adgang til at tilbagekalde opsigelser skriver han, at retspraksis viser, at denne også er ganske vid.

De afgørelser, Lyngsø behandler som eksempler på arbejdsgiverens tilbagekaldelsesret, er imidlertid for en stor dels vedkommende ikke funktionærforhold, og de ligger endvidere før funktionærloven.[234] Dette er vigtigt at bemærke, idet en lang række af de modhensyn, der må tages til funktionæren i tilfælde af arbejdsgiverens ønske om tilbagekaldelse, netop knytter sig til de i funktionærloven lovfæstede beskyttelseshensyn.[235]

Gomard[236] skriver i generelle vendinger, at en arbejdsgiver, der – med rette eller urette – har bortvist en arbejdstager, i almindelighed ikke kan ændre sin beslutning og forlange, at arbejdstageren skal fortsætte arbejdet, hverken indtil videre, som om intet var hændt, eller til udløb af det normale opsigelsesvarsel.

Kaj Petersen[237] begrænser sig til at konstatere, at en *ulovlig bortvisning* i almindelighed ikke vil kunne tilbagekaldes, og at den bortviste funktio-

232. Jf. Afbestillingsret, 1971, side 41ff.
233. Til indtægt herfor tages bl.a. H.G. Carlsen, jf. Dansk Funktionær Ret, 1. udg. 1963, side 241-242. Dette tekststykke er i al væsentlighed gengivet i de efterfølgende udgaver af Dansk Funktionær Ret, dog således at H.G. Carlsens standpunkt er blevet en anelse mere tøvende, jf. nærmere herom nedenfor.
234. Mere præcist: »Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i private Erhvervsvirksomheder«, nr. 168 af 13. april 1938.
235. Nærmere herom fremgår af afsnit 5.1.4: »Sammenfatning af teori og praksis«.
236. Jf. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 80.
237. Jf. Funktionærloven, 12. udg. 1990, side 191 og tilsvarende Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 237.

nær normalt heller ikke vil være forpligtet til at efterkomme en opfordring til at fortsætte tjenesten, indtil fratræden efter lovligt opsigelsesvarsel kan ske. En undtagelse herfra må i det mindste forudsætte, at tilbagekaldelsen eller opfordringen sker uopholdeligt efter, at bortvisningen har fundet sted. Spørgsmålet om tilbagekaldelse af den *lovlige bortvisning* behandles ikke af denne forfatter.

For så vidt angår spørgsmålet om redressering af en fejl i forbindelse med en *opsigelse*, anfører Kaj Petersen, at en fejl, som f.eks. består i, at opsigelsen er sket med for kort varsel, vil kunne redresseres, såfremt det sker omgående. Derimod finder han det tvivlsomt, om opsigelsen som sådan kan tilbagekaldes, bortset fra tilfælde hvor tilbagekaldelsen sker uden ophold efter opsigelsens afgivelse.

Hasselbalch[238] mener, at den part, som mødes med et erstatningskrav på grund af en uberettiget ophævelse, har ret til at redressere misligheden med den virkning, at erstatningskravet forlises, såfremt den krænkede herefter nægter at reetablere ansættelsesforholdet. Sammenfattende konkluderer han dog, at der i reglen kun vil være mulighed for at redressere rene fejl, når modparten ikke har eller ikke burde have disponeret i henhold til det skete.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl[239] anfører, at en arbejdsgiver, hvis mangelfulde opsigelse[240] mødes med protest, må have mulighed for at berigtige manglen med den virkning, at opsigelsen betragtes som rigtigt afgivet, eller for helt at frafalde opsigelsen (redresseringsretten). H.G. Carlsen og Danielle Buhl vil holde denne adgang åben, fordi adskillige mangelfulde opsigelser skyldes retsuvidenhed, rene ekspeditionsfejl eller lignende. Til støtte herfor anfører de en række afgørelser af ældre dato. Den nyeste dom, som – dog kun »forudsætningsvist« – tages til indtægt for synspunktet, er U 1975.336 SH, der behandles i afsnit 5.1.3.1. H.G. Carlsen og Danielle Buhl henviser loyalt til, at Lars Svenning Andersen – hvis standpunkt behandles nærmere umiddelbart nedenfor – har kritiseret denne retsstilling ud fra en betragtning om løfters bindende virkning. Ikke desto mindre synes H.G. Carlsen og Danielle Buhl at holde fast ved, at betydningen af en funktionærs protest over for en mangelfuld opsigelse må være, at han vil fastholde kontrakten, og mere end det bør han sædvanligvis ikke kunne opnå. Heri

238. Jf. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 609f og 656-661.
239. Jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 319ff.
240. Der gøres opmærksom på, at H.G. Carlsen og Danielle Buhl anvender en – set i obligationsretlig sammenhæng – utraditionel definition af opsigelsesbegrebet, nemlig som omfattende alle de tilfælde, hvor den ene part fremsætter en viljeserklæring om ansættelsesforholdets ophør, være sig en opsigelse eller en ophævelse, jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 314f. sammenholdt med side 271.

ligger en tilkendegivelse om, at arbejdsgiveren kan berigtige manglen eller frafalde opsigelsen.

Videre skriver H.G. Carlsen og Danielle Buhl specifikt om de tilfælde, hvor arbejdsgiverens opsigelse har karakter af misligholdelse (hvilket vil sige uberettiget bortvisning), at funktionærens protest herimod normalt vil have den karakter, at ophævelsen fastholdes med henblik på rejsning af erstatningskrav. Selv i sådanne tilfælde plæderer H.G. Carlsen og Danielle Buhl dog for, at man »måske« bør holde muligheden for en tilbagekaldelse åben, såfremt bortvisningen ikke har særlig krænkende karakter, og arbejdsgiveren retter fejlen straks. Opmærksomheden henledes på, at H.G. Carlsen allerede i 2. udgaven fra 1974 behandlede dette spørgsmål mere tøvende end i 1. udgaven fra 1963, hvor han skrev, at man selv i sådanne tilfælde »dog« bør holde muligheden for en tilbagekaldelse åben. Ændringen fra »dog« i 1963 til »maaske« i 1974 og fremefter skete under henvisning til den mellemliggende afgørelse, U 1972.275 SH. H.G. Carlsens tvivl kan skyldes, at dommen *ikke* udgør et sikkert præjudikat for, at arbejdsgiveren i tilfælde af uberettiget bortvisning til enhver tid kan tilbagekalde denne, blot det sker hurtigt. Dommen behandles nærmere nedenfor i afsnittene 5.1.3.2 og 5.1.4.

Lars Svenning Andersen[241] mener, at hvis funktionæren protesterer mod et for kort varsel eller en anden fejl i en *opsigelse*, stilles arbejdsgiveren over for valget mellem at fastholde eller redressere fejlen. Videre fastslås det, at der i disse situationer ikke er tvivl om, at opsigelse er afgivet. En fejl, der konstateres, inden funktionæren er fratrådt, må ifølge Lars Svenning Andersen kunne rettes ved, at funktionæren arbejder i den yderligere opsigelsesperiode.

På side 564 tager Lars Svenning Andersen afstand fra H.G. Carlsens standpunkt om, at den opsigende part kan vælge at annullere opsigelsen, såfremt den mødes med modpartens protest. Opsigelsens løfte om frigørelse fra ansættelsesforholdet må kunne tilegnes, hvad enten opsigelsen er korrekt eller ej. Den opsigende part kan ikke i disse situationer have en udvidet fortrydelsesret, siges det af Lars Svenning Andersen.

Videre anfører Lars Svenning Andersen, at de – ældre – domme, som H.G. Carlsen tager til indtægt for sit standpunkt, hovedsageligt understreger, at et fejlagtigt opsigelsesvarsel ikke er ensbetydende med et kontraktbrud. Dette indebærer imidlertid ikke nødvendigvis, at varslet kan tilbagekaldes, hvis parterne ikke er enige herom.

241. Jf. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 562ff.

5.1.3 Praksis om tilbagekaldelse af funktionærretlige ophævelser

5.1.3.1 Funktionærens tilbagekaldelse/redressering/fortrydelse

U 1975.336 SH – Arbejdsgiveren ikke forpligtet til at genantage funktionæren efter opsigelse med øjeblikkelig virkning

Funktionæren blev den 1. februar 1973 ansat som regnskabsfører. Den 9. maj 1974 havde funktionæren og arbejdsgiveren en diskussion om funktionærens udførelse af sine arbejdsopgaver. Denne resulterede i, at funktionæren efter sin opfattelse opsagde stillingen til fratrædelse med udgangen af juni 1974. Arbejdsgiveren var derimod af den opfattelse, at funktionæren var fratrådt straks.

Til støtte for sin påstand om erstatning for uberettiget bortvisning anførte funktionæren, at han havde sagt sin stilling op med lovligt varsel. Funktionæren havde tilbudt arbejdsgiveren en skriftlig opsigelse, hvilket imidlertid var blevet afslået. Herefter mente han, at han var blevet bortvist af arbejdsgiveren, idet han blandt andet forklarede, at direktøren den pågældende dag kl. 15 var kommet ind på kontoret og havde forlangt, at funktionæren skulle aflevere checkhæftet og kontorets nøgler og hertil sagt, at funktionæren skulle forlade virksomheden senest kl. 16. Såfremt retten antog, at funktionæren i forbindelse med opsigelsen skulle have sagt noget, der af arbejdsgiveren kunne tydes som en opsigelse med fratræden straks, gjorde funktionæren gældende, at arbejdsgiveren i hvert fald måtte have været pligtig til at tage funktionæren tilbage i arbejdet, da dette blev tilbudt gennem HK den umiddelbart efterfølgende hverdag.

Til støtte for sin påstand om frifindelse anførte arbejdsgiveren, at det måtte anses for bevist, at funktionæren i forbindelse med sin opsigelse havde brugt udtrykkene »nu stopper jeg« og »nu holder jeg op«. Hermed havde arbejdsgiveren fået et klart grundlag for at antage, at funktionæren ville forlade sit arbejde den pågældende dag. Der blev ikke talt om noget varsel til fratræden senere, hvilket stemte overens med, at funktionæren ikke kom på arbejde igen den efterfølgende hverdag. Arbejdsgiveren mente ikke at kunne bebrejdes, at HK's tilbud om at tage funktionæren tilbage var blevet afslået. Som begrundelse herfor blev anført, at det i mellemtiden havde vist sig, at regnskabsarbejdet ikke var ajourført, og at funktionæren til tredjemand havde omtalt firmaets økonomi på en for firmaet skadelig måde.

Sø- og Handelsretten anså det efter bevisførelsen for godtgjort, at funktionæren havde udtalt sig på en sådan måde, at arbejdsgiveren med god grund måtte gå ud fra, at han ville ophøre med sit arbejde ved arbejdstids ophør. Funktionærens anbringende om, at han var blevet bortvist efter at have sagt sin stilling op med varsel, stemte efter rettens opfattelse ikke med, at han forblev på kontoret til arbejdstids ophør. Herudover udtalte retten, at der ved misforståelser opstået af uoverensstemmelser bør gives en funktionær (såvel som en arbejdsgiver) lejlighed til at klarlægge situationen, således at arbejdsforholdet kan fortsætte. Arbejdsgiveren havde imidlertid

efterfølgende fået sådanne oplysninger af revisoren om funktionærens arbejde og af tredjemand om funktionærens udtalelser om firmaets likviditet, at der ikke var pligt til at tage funktionæren i arbejde igen.

Spørgsmålet om redressering af fejl dukker især op ved opsigelse fra arbejdsgiverside uden eller med for kort varsel.[242] Afgørelsen her er imidlertid et eksempel på, at der også på lønmodtagersiden kan være ønske om at redressere en fejl eller en misforståelse.

I sagen udtalte Sø- og Handelsretten, at der i tilfælde af, at der er opstået en misforståelse på grund af uoverensstemmelser, bør gives en funktionær (såvel som en arbejdsgiver) lejlighed til at klarlægge situationen, således at arbejdsforholdet kan fortsætte.

Det vil sige, at retten et stykke hen ad vejen imødekom funktionærens anbringende om, at arbejdsgiveren var pligtig til at tage funktionæren tilbage i arbejdet, da dette blev tilbudt gennem HK. Når imødekommelsen kun kan siges at være delvis, er det, fordi retten i sine præmisser lagde vægt på, at funktionæren derfor burde have haft *lejlighed til at klarlægge situationen*, således at arbejdsforholdet kunne fortsætte.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl[243] udlægger dette som en pædagogisk udtalelse om, at funktionæren skulle have haft lejlighed til at udtale sig. Lars Svenning Andersen[244] anfører, at udgangspunktet i den situation, hvor funktionæren har fortrudt en bortgang, er det samme som ved arbejdsgiverens fortrydelse af en bortvisning: En ophævelse kan ikke ensidigt tilbagekaldes. I den konkrete sag, hvor der mellem parterne var uoverensstemmelser om, hvad der var foregået, måtte der imidlertid gives begge parter lejlighed til at klarlægge situationen og rette opståede misforståelser, så arbejdsforholdet kunne fortsætte. På denne baggrund konkluderer Lars Svenning Andersen, at hvis det er usikkert, om der foreligger en bortvisning eller en definitiv bortgang, må udgangspunktet være, at ansættelsesforholdet fortsættes.

Her fortolkes den kursiverede passus sådan, at funktionæren på den ene side ikke fik medhold i, at arbejdsgiveren var umiddelbart pligtig til at tage ham tilbage, da dette blev tilbudt. På den anden side fik arbejdsgiveren ej heller medhold i, at den øjeblikkelige opsigelse blot kunne tages til efterretning. Rettens ord udlægges som en principiel erklæring om, at der ved afvejningen af, hvilket af de to parters standpunkter, retten skulle imødekomme, måtte tages hensyn til parternes generelt udviste villighed til at klarlægge situationen med henblik på ansættelsesforholdets reetablering.

242. Jf. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 610 note 44.
243. Jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 269f. under delafsnit 4 om arbejdsgiverens procedure som bortvisningsforudsætning.
244. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 753f.

I den konkrete sag var anledningen til reetablering forpurret af funktionærens optræden i forbindelse med fratrædelsen, de konstaterede mangler ved hans arbejde og hans manglende loyalitet ved at omtale firmaets likviditet negativt. Hertil bemærkes, at funktionæren – såfremt han fik medhold i sin påstand om, at han blot havde afgivet en opsigelse – i opsigelsesperioden stadig ville have været omfattet af forpligtelsen til loyalt og hensynsfuldt at varetage arbejdsgiverens interesser.

Rettens konkrete argumenter imod redressering er således præget af, at funktionæren ikke havde leveret en korrekt opfyldelse af ansættelseskontrakten – altså samme typer af argumenter, som kunne anføres i tilfælde af misligholdelse fra funktionærens side. Der var ikke i sagen anledning til at tage stilling til, om forholdene kunne karakteriseres som en misligholdelse, der ville kunne bære en bortvisning. Domsresultatet var blot, at arbejdsgiveren under de i sagen foreliggende omstændigheder ikke var forpligtet til at vise imødekommenhed i forhold til funktionæren, da han gennem HK ytrede ønske om redressering.

U 1953.656 SH – Funktionærens anmodning om at gå kunne ikke antages som en øjeblikkelig opsigelse

Funktionæren havde i april 1952 et ordskifte med arbejdsgiverens underdirektør, hvorunder han anmodede om at måtte gå. Dette blev af arbejdsgiveren opfattet som et ønske fra funktionærens side om at fratræde sin stilling som ekspedient uden varsel. Ved arbejdstids ophør blev der derfor forelagt funktionæren en afregning med løn til fratrædelsesdagen, hvilken han nægtede at anerkende. Da han den følgende dag indfandt sig i forretningen, blev han bortvist.

Under sagen påstod funktionæren sig tilkendt løn med varsel efter funktionærloven, idet han hævdede at være retsstridigt bortvist, mens arbejdsgiveren gjorde gældende, at funktionæren selv havde sagt sin stilling op til øjeblikkelig fratræden.

Retten lagde til grund, at funktionæren ved sine udtalelser kun havde tilsigtet at opnå arbejdsfritagelse resten af dagen, og at han næste dag havde genoptaget sit arbejde i forretningen. Retten fandt på den ene side, at arbejdsgiveren havde haft nogen grund til at opfatte funktionærens noget ophidsede og uklare udtalelser som et ønske om at fratræde sin stilling øjeblikkeligt, men på den anden side kunne dette ikke tillægges betydning over for funktionærens omgående genoptagelse af arbejdet. Det blev herved fremhævet, at funktionærens udtalelser under det stedfundne ordskifte ikke havde indeholdt noget for arbejdsgiveren krænkende, og at episoden med funktionærens efterfølgende genoptagelse af arbejdet ikke havde grebet generende ind i forretningsgangen. Herefter fandt retten ikke, at arbejdsgiveren havde haft tilstrækkeligt grundlag til at bortvise funktionæren, som derfor fik medhold i sin påstand.

Denne afgørelse adskiller sig fra U 1975.336 SH ved, at det var omtvistet, om funktionæren kunne siges at have opsagt sin stilling. Sikkert bevis for opsigelse forelå hverken i den valgte sprogbrug eller i de udviste handlinger. Således kom tvivlen funktionæren til gode.

Lighederne mellem de to afgørelser består i, at retten – foruden karakteren af de fremsatte udtalelser – dels hæftede sig ved, hvilken grad af forstyrrelse episoden havde forvoldt i forhold til arbejdsydelsens levering, dels ved, hvilken opførsel funktionæren havde udvist, herunder om arbejdsgiveren på nogen måde var blevet udsat for en krænkelse. Af betydning var det således i begge afgørelser, om funktionæren ved sin handlemåde havde sendt et signal om, at han anså sig for frigjort af ansættelsesforholdet eller ej. Der blev således anlagt helhedsvurderinger.

5.1.3.2 Arbejdsgiverens tilbagekaldelse/redressering/fortrydelse

U 1972.275 SH – Bortvisning berettiget trods efterfølgende tilbud om ændring til opsigelse

Funktionæren indrykkede i maj 1971 en annonce i avisen, hvori hun søgte et velløn-net job, hvorved hun kunne gennemføre en påbegyndt kontor- og handelsuddannelse. Om sine kvalifikationer skrev hun, at hun kunne stenografere og maskinskrive.

Fra 1. juni blev funktionæren ansat på prøve hos arbejdsgiveren. Den aftalte løn svarede til, hvad udlærte kontordamer fik. Hurtigt viste det sig imidlertid, at hendes færdigheder var utilstrækkelige, hvorfor arbejdsgiveren den 10. juni meddelte hende, at ansættelsesforholdet måtte ophæves på grund af arbejdets utilfredsstillende kvalitet. Den 11. juni sendte arbejdsgiveren imidlertid en skrivelse til funktionæren, hvori han tilbød hende at vende tilbage til arbejdet resten af juni måned. Samtidig opsagde han imidlertid ansættelsesforholdet med udgangen af juni, jf. funktionærlovens § 2, stk. 5.

Funktionæren undlod at besvare skrivelsen og genoptog ej heller arbejdet. Gennem en advokat rejste hun den 22. juni krav over for arbejdsgiveren om betaling af den resterende løn for juni måned med feriepenge. I domsreferatet står, at arbejdsgiveren heroverfor fastholdt, at *opsigelsen* havde været berettiget, og hævdede, at funktionærens vildledende annonce var erstatningspådragende. [Dette må imidlertid være en lapsus, idet anvendelsen af udtrykket opsigelse fra arbejdsgiverens side ville være ensbetydende med, at han imødekom det rejste krav om betaling af den resterende løn for juni måned. Hermed havde der slet ikke været nogen sag. Det, arbejdsgiveren må have fastholdt, var, at *ophævelsen* havde været berettiget. Til støtte for denne opfattelse taler også, at arbejdsgiveren under den efterfølgende domsforhandling påstod frifindelse netop under anbringende af ophævelsens berettigelse.]

> Sø- og Handelsretten lagde i sine præmisser til grund, at funktionæren i annoncen klart havde givet udtryk for, at hun kunne stenografere og maskinskrive, hvorfor arbejdsgiveren inden ansættelsen ingen opfordring havde til at udspørge hende nærmere på disse punkter. Funktionæren, der fik tilbudt en løn på 2.500 kr. månedlig, svarende til lønnen for udlærte kontordamer, måtte på sin side forstå, at arbejdsgiveren forventede, at hun kunne udføre almindeligt kontorarbejde, og at hendes kvalifikationer med hensyn til stenografi og navnlig maskinskrivning i hvert fald var nogenlunde gode. Retten lagde til grund, at funktionæren ikke kunne tage stenogram og kun i meget beskedent omfang magtede almindeligt maskinskrivningsarbejde, og herefter fandtes arbejdsgiveren at have været berettiget til at bringe ansættelsesforholdet til ophør uden varsel.
>
> Retten tilføjede, at selv om der måtte have været tvivl om bortvisningens berettigelse, så måtte den omstændighed, at arbejdsgiveren dagen efter afskedigelsen tilbød funktionæren, at hun kunne begynde igen, medføre, at funktionæren ikke kunne få medhold i det rejste krav.

Retten nåede i sin afgørelse frem til, at den konkrete bortvisning havde været berettiget, idet der var væsentlige mangler ved arbejdsydelsen.

Arbejdsgiverens tilbud om, at funktionæren kunne vende tilbage til arbejdspladsen resten af måneden, kan således opfattes som et almindeligt tilbud om ændring af en retstilstand. Som ethvert andet tilbud fordres herefter accept, for at den i tilbuddet tilkendegivne viljeserklæring kan få virkning for aftaleforholdet. Funktionæren svarede imidlertid ikke på arbejdsgiverens tilbud, hvorfor bortvisningen ikke kunne siges at være *tilbagekaldt*. Dette er da heller ikke det interessante i afgørelsen. Det interessante er derimod rettens udtalelse om, at selvom bortvisningen havde været uberettiget, ville funktionæren ikke have haft noget erstatningskrav, idet arbejdsgiveren allerede dagen efter afskedigelsen tilbød funktionæren at genoptage arbejdet. Hermed siges, at arbejdsgiveren havde været berettiget til at redressere en uberettiget bortvisning med det resultat, at erstatningskravet blev afværget.

Dette svarer til, hvad der skrives herom i dele af teorien – navnlig Hasselbalch og lidt mere tøvende også H.G. Carlsen og Danielle Buhl, jf. ovenfor i afsnit 5.1.2. Gomard[245] skulle på dette punkt formodes at være i opposition, idet hans generelle standpunkt er, at en arbejdsgiver i almindelighed ikke kan tilbagekalde sin berettigede eller uberettigede bortvisning og forlange, at arbejdstageren skal fortsætte arbejdet, hverken indtil videre, som om intet var hændt, eller til udløb af det normale opsigelsesvarsel. Ikke desto mindre er han inde på samme linje som Hasselbalch og Carlsen, idet

245. Jf. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 80f.

han i en note skriver om dommen, at den berører spørgsmålet, om det i medfør af aftalelovens § 39 efter omstændighederne kan accepteres at foretage en hurtig rettelse fra en (uberettiget) bortvisning til en opsigelse.

Nedenfor i afsnit 5.1.4 underlægges disse antagelser en nærmere analyse.

U 1997.1459 Ø – Arbejdsgiverens tilbagekaldelse af bortvisning accepteret

Funktionæren var ansat som revisorassistent. Den 30. oktober 1995 blev han bortvist, fordi arbejdsgiveren mente, at han havde gjort sig skyldig i grov misligholdelse af ansættelsesforholdet ved i arbejdstiden at have plejet sine egne klienter og ved i hvert fald delvist at have debiteret tidsforbruget på revisionsselskabets klienter. I ophævelsesskrivelsen hed det herom, at funktionæren havde gjort sig skyldig i så alvorligt et tillidsbrud, at samarbejdet ikke kunne fortsætte.

Dagen efter blev bortvisningen tilbagekaldt og erstattet af en opsigelse. Baggrunden herfor var, at den personaleansvarlige revisor med kompetence til at opsige og bortvise medarbejdere ikke havde været inddraget i bortvisningen. Revisionsfirmaet fandt den således ugyldig. Opsigelsen blev ledsaget af en grundigt begrundet advarsel, som blandt andet omhandlede kritik af funktionærens manglende overholdelse af mødetiderne samt for hyppigt sygefravær kombineret med krav om fremtidigt at indlevere lægeerklæringer i tilfælde af sygdom. Opsigelsesskrivelsen blev afsluttet med ordene: »Jeg gør Dem herved bekendt med, at afvigelser fra Deres side på de ovennævnte områder såvel som andre pligtforsømmelser vil kunne medføre øjeblikkelig afskedigelse.«

Opsigelsesskrivelsen blev underskrevet af funktionæren, hvilket hans advokat i en skrivelse af 2. november imidlertid underkendte betydningen af, idet funktionæren havde befundet sig i en presset situation. Advokaten var af den opfattelse, at bortvisningen af 30. oktober ikke kunne tilbagekaldes. Heroverfor meddelte arbejdsgiverens advokat i en telefaxskrivelse af 12. december, at bortvisningen var afløst af en opsigelse, hvorfor funktionæren ikke havde krav på erstatning for uberettiget bortvisning. Samtidig blev den allerede afgivne advarsel udbygget, idet funktionæren havde en »undertid« på 177 timer og yderligere havde arbejdet for lidt i tiden efter opsigelsen. Således blev indskærpet, at fortsat uoplyst fravær ville indebære bortvisning. Den 14. december blev denne advarsel fulgt op af endnu en indskærpelse af arbejdstidernes overholdelse, idet funktionæren uden at have søgt eller fået tilladelse dertil havde meddelt, at han holdt fri fra den 13.-15. december. I skrivelsen hed det herefter, at funktionæren ville blive bortvist, såfremt han ikke mødte på arbejde den 15. december.

I fortsættelse heraf blev funktionæren bortvist den 15. december.

Under sagen gav *byretten* funktionæren medhold i, at bortvisningen af 30. oktober ikke kunne tilbagekaldes som ugyldig, ligesom funktionæren ikke ved underskrivelsen af opsigelsen havde givet afkald på at anse sig som bortvist pr. 30. oktober. På baggrund af de førte beviser blev bortvisningen kendt uberettiget, og funktionæren blev tilkendt erstatning og fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a. Byretten fandt imidlertid ikke grundlag for også at tilkende godtgørelse for usaglig opsigelse i henhold til § 2b.

Landsretten nåede til det modsatte resultat. Arbejdsgiveren fik således medhold i, at bortvisningen af 30. oktober kunne tilbagekaldes, idet der herved blev lagt vægt på, at tilbagekaldelsen blev afgivet straks den 31. oktober, og at funktionæren fortsatte sit arbejde på arbejdspladsen. Tilkendegivelsen fra funktionærens advokat om fastholdelse af bortvisningen af 30. oktober blev af landsretten eksplicit erklæret uden betydning. Endelig statuerede retten, at bortvisningen af 15. december var berettiget, idet funktionæren havde forladt arbejdspladsen, uagtet han var bekendt med advarslen i skrivelsen af 14. december fra arbejdsgiverens advokat. Arbejdsgiveren blev herefter frifundet for funktionærens krav.

Som det fremgår af referatet, er resultatet i de to instansers afgørelser modsatrettede.

Byretten nåede frem til, at funktionæren kunne tilegne sig bortvisningen af 30. oktober, og at den ikke af arbejdsgiveren kunne tilbagekaldes som ugyldig. Denne instans tog hermed ikke hensyn til, at funktionæren fortsatte med at møde på arbejdspladsen og dermed med sin adfærd viste, at han rent faktisk *ikke* havde tilegnet sig bortvisningen, men derimod fortsatte arbejdet i overensstemmelse med vilkårene for opsigelsen. Hensynet til arbejdsgiveren taler imod, at funktionæren efterfølgende og undervejs ved sin advokats skrivelser kunne påberåbe sig, at bortvisningen stod ved magt. Afgørelsen er forkert, og den blev da også rettet af landsretten.

Landsretten lagde til grund, at bortvisningen kunne tilbagekaldes, fordi det skete straks, og fordi funktionæren fortsatte sit arbejde efter bortvisningens ændring til en opsigelse. Hermed lægges de faktiske forhold – at funktionæren havde taget tilbagekaldelsen af bortvisningen til efterretning og tilegnet sig ændringen til en opsigelse – til grund for sagens afgørelse, og der tages ikke hensyn til, hvad advokaten efterfølgende måtte påstå eller ikke påstå.

5.1.4 Sammenfatning af teori og praksis

Først sammenfattes de gennemgåede afgørelser om tilbagekaldelse i afsnit 5.1.4.1. Dernæst undersøges på baggrund af den almindelige obligationsret, i hvilke tilfælde tilbagekaldelse kan komme på tale, og i hvilke tilfælde

dette ikke kan ske. Denne undersøgelse foretages i afsnittene 5.1.4.2 og 5.1.4.3 med principielle overvejelser om henholdsvis arbejdsgiverens og funktionærens tilbagekaldelsesadgang. Til sidst – i afsnit 5.1.4.4 – sammenholdes de principielle overvejelser med princippet i § 39, 2. pkt. med henblik på at afgøre, om muligheden for at tilbagekalde ophævelseserklæringen inden for funktionærretten er en selvstændig undtagelse fra det almindelige obligationsretlige princip om ophævelseserklæringens bindende virkning, eller om der i virkeligheden blot er tale om en undtagelsesadgang, som kan rummes inden for rammerne af princippet i aftalelovens § 39, 2. pkt.

5.1.4.1 Sammenfatning af praksis om tilbagekaldelse

I flere af dommene anerkendes *principielt* set, at en misforståelse eller en opsigelse kan rettes, for så vidt som en opsigelse eller en ophævelse helt kan tilbagekaldes. Det er imidlertid væsentligt at bemærke, at præmisserne ikke begrænses til disse principielle tilkendegivelser. De ledsages nemlig af bemærkninger om, hvorvidt det også i de konkrete tilfælde har været berettiget at foretage en rettelse eller en tilbagekaldelse.

Det er kendetegnende for de to afgørelser, U 1975.336 SH og U 1953.656 SH, der er behandlet som eksempler på *funktionærens* tilbagekaldelse eller fortrydelse, at de mest af alt vedrører misforståelser og uklarheder i forbindelse med den stedfundne ordveksling mellem parterne. I de to tilfælde er der således ikke taget direkte stilling til spørgsmålet om tilbagekaldelse endsige redressering. Snarere ligger det i afgørelserne, at der ved afklaring af misforståelser gives funktionæren et vist spillerum, således at en tvivlsom tilkendegivelse om opsigelse eller bortgang kan af- eller bekræftes ved de ledsagende og efterfølgende handlinger. Dette kan også udlægges som en risikoafvejning mellem parterne, hvor retten ved afgørelsen af, hvem af de to parter der er nærmest til at bære risikoen for den opståede misforståelse, anlægger en helhedsvurdering.

Anderledes forholder det sig med de to afgørelser, U 1972.275 SH og U 1997.1459 Ø, der er behandlet som eksempler på *arbejdsgiverens* tilbagekaldelse, redressering og fortrydelse. I disse domme tilkendegives i begge sæt præmisser, at arbejdsgiveren kunne ændre eller tilbagekalde bortvisningserklæringen, blandt andet fordi det skete allerede dagen efter bortvisningserklæringens meddelelse. På trods af de rimeligt klare udtalelser herom er der – på baggrund af det obligationsretlige udgangspunkt om, at ophævelseserklæringen har bindende virkning – grund til nærmere at overveje præjudikatværdien af disse tilkendegivelser:

Afgørelsen U 1972.275 SH resulterede som allerede nævnt i, at bortvisningen blev anset for at være berettiget, og at den stod ved magt. Den

eneste årsag til, at dommen er interessant i denne sammenhæng, er rettens tilføjelse om, at en uberettiget bortvisning kunne have været tilbagekaldt med det resultat, at funktionærens erstatningskrav i den anledning ville være fortabt. Det er væsentligt at bemærke, at denne tilføjelse ikke var nødvendig for afgørelsen af den foreliggende sag, idet tilføjelsen vedrørte en anden situation, end den der lå til rettens bedømmelse.

På grund af det obligationsretlige udgangspunkt om ophævelsens bindende virkning, anlægges her en *indskrænkende fortolkning* af dommen. Rettens tilføjelse anses således ikke at kunne strækkes videre end de grænser, der bydes af sagens scenarium. Det betyder, at *hvis* de kritisable forhold på funktionærens side, som gjorde bortvisningen berettiget, havde været så tilpas harmløse, at de netop ikke havde kunnet bære en bortvisning, *så ville* funktionæren nok alligevel have fortabt sit erstatningskrav i anledning af den uberettigede bortvisning, *fordi* hun ikke reagerede på arbejdsgiverens tilbud om at genantage hende i tjenesten. Dommen kan derimod næppe udstrækkes til at være et sikkert præjudikat for, at arbejdsgiveren i tilfælde af uberettiget bortvisning til enhver tid kan tilbagekalde denne, blot det sker hurtigt. Dette beror på, at det almindelige obligationsretlige udgangspunkt er, at ophævelseserklæringen har bindende virkning, når det heri værende løfte om frigørelse er kommet til funktionærens kundskab. Dommen angiver *ikke* sikre holdepunkter for i ethvert tilfælde at fravige dette udgangspunkt.

I afgørelsen U 1997.1459 Ø fik arbejdsgiveren medhold i, at bortvisningen kunne tilbagekaldes, fordi det skete allerede dagen efter, og fordi funktionæren herefter fortsatte arbejdet. Ej heller denne afgørelse kan således siges at udgøre et sikkert præjudikat for en notorisk tilbagekaldelsesret for arbejdsgiveren. Resultatet af afgørelsen havde sandsynligvis været et andet, hvis funktionæren havde forholdt sig anderledes til bortvisningserklæringen og den efterfølgende tilbagekaldelse. Det er således tænkeligt, at det ville have haft indflydelse på resultatet, hvis funktionæren for det første havde tilegnet sig bortvisningen ved dels at fastholde, at han herefter ikke havde pligt til at møde på arbejdspladsen, dels at rejse krav om erstatning for uberettiget bortvisning, og for det andet havde protesteret mod arbejdsgiverens ensidige tilbagekaldelse af bortvisningen.

Sammenfattende må om disse domme siges, at det i ingen af dem har været nødvendigt til fulde at efterprøve konsekvensen af udtalelserne om tilbagekaldelsesret, hvilket er vigtigt at bemærke i forbindelse med vurderingen af deres præjudikatværdi.

På baggrund af den almindelige obligationsret anfægtes i det umiddelbart følgende, at retten til at tilbagekalde en uberettiget bortvisning føres ind i domspræmisser uden en grundig prøvelse af netop dette spørgsmål.

Baggrunden for, at en arbejdsgiver (såvel som en funktionær) ikke ensidigt kan tilbagekalde sin ophævelseserklæring, er som nævnt i indledningen til dette afsnit 5.1, at en bortvisning indeholder såvel et løfte som et påbud. Løftet får bindende virkning, når det er kommet til den anden parts kundskab. Umiddelbart skulle ensidig tilbagekaldelse således ikke være mulig (heller ikke selvom den fremkommer hurtigt) og da navnlig ikke, når den indebærer tab af rettigheder for modparten.

I forbindelse med, at domstolene indrømmer den ene part i kontraktforholdet en ret, som ikke følger af den almindelige obligationsret eller de konkrete kontraktvilkår, brydes balancen i kontraktforholdet. Det er derfor nødvendigt – inden retten tilkendes – nøje at overveje hensynet til modparten.

5.1.4.2 Principielle overvejelser om arbejdsgiverens tilbagekaldelse

De hensyn, der må tages til funktionæren, når *arbejdsgiveren* indrømmes en ret til at ændre eller tilbagekalde en bortvisning, afhænger af, om det er en berettiget eller en uberettiget bortvisning, der tilbagekaldes:

Tilbagekaldelse af en berettiget bortvisning

Når en *berettiget bortvisning* tilbagekaldes, bliver funktionæren for en umiddelbar betragtning stillet bedre, end hvis bortvisningen havde været fastholdt, idet fastholdelse jo indebærer, at han ville miste sit job ex nunc. Funktionæren stilles bedre både for så vidt angår de tilfælde, hvor bortvisningen tilbagekaldes helt, og for så vidt angår de tilfælde, hvor afskedigelsen fastholdes, men ændres til en opsigelse.

Forudsætningen for at acceptere en ensidig tilbagekaldelse af en berettiget bortvisning må dog være, at tilbagekaldelsen ud fra en samlet vurdering af situationen er ensidigt (eller dog absolut mest) bebyrdende for arbejdsgiveren.

Det er således blot som udgangspunkt, at ensidig tilbagekaldelse af en berettiget bortvisning må accepteres. Resultatet kan falde anderledes ud på grundlag af en konkret vurdering af, hvorledes ophævelsen blev meddelt funktionæren (f.eks. på en krænkende måde), hvor hurtigt der tilbagekaldes, hvorfor der tilbagekaldes, og hvorvidt funktionæren har disponeret efter ophævelsen. Herved kan sammenlignes med princippet i aftalelovens § 39, 2. pkt., som netop lægger op til en samlet vurdering af omstændighederne i de – meget få – undtagelsestilfælde, hvor en udvidet tilbagekaldelsesadgang overhovedet kan komme på tale.

Udgangspunktet om accept af ensidig tilbagekaldelse fra arbejdsgiverens side må derfor fraviges, hvis de konkrete omstændigheder i en sag indebærer, at funktionæren stilles dårligere ved tilbagekaldelse end ved fastholdelse. Eksempelvis kunne det tænkes, at funktionæren allerede har disponeret på grund af bortvisningen ved at give en ny arbejdsgiver besked om, at tiltrædelse kan ske straks. Hvis den tidligere arbejdsgiver i et sådant tilfælde indrømmes en ret til at tilbagekalde sin bortvisning, vil funktionæren igen være bundet af sit tidligere job, og således ikke (som lovet den nye arbejdsgiver) være frigjort umiddelbart, men først efter udløbet af sit opsigelsesvarsel på 1 måned til ophør ved en måneds udgang, jf. funktionærlovens § 2, stk. 6.

Fra en retspolitisk betragtning[246] kunne domspræmisser om ensidig tilbagekaldelse af berettigede bortvisninger – foruden betingelsen om, at tilbagekaldelse skal komme hurtigt – passende ledsages af en betingelse om, at tilbagekaldelse kun kan accepteres, hvis funktionæren endnu ikke har disponeret i henhold til bortvisningen. Dette er i god pagt med den tilsvarende passus i aftalelovens § 39, 2. pkt. om, at den udvidede tilbagekaldelsesret i henhold til bestemmelsen kan strækkes indtil det tidspunkt, hvor viljeserklæringen har virket bestemmende på løftemodtagerens handlemåde.

Tilbagekaldelse af en uberettiget bortvisning

Når en *uberettiget bortvisning* tilbagekaldes helt eller ændres til en opsigelse, er spørgsmålet straks mere komplekst. I forbindelse med bortvisningen frigøres funktionæren for sin arbejdsforpligtelse, jf. det i bortvisningserklæringen indeholdte løfte. Når bortvisningen er uberettiget, erhverver funktionæren et erstatningskrav på arbejdsgiveren svarende til mindst 3 måneders løn, jf. funktionærlovens § 3. Såfremt arbejdsgiveren i denne situation indrømmes en ensidig ret til at tilbagekalde bortvisningserklæringen, berøves funktionæren muligheden for at modtage en erstatning for det mistede opsigelsesvarsel uden samtidig at være forpligtet til at levere arbejdsydelsen. Hermed mistes også muligheden for i 3 måneder at tjene dobbelt løn, hvis funktionæren straks havde fundet et andet arbejde. Der stilles derfor spørgsmålstegn ved, om det – som fremført af flere forfattere og muligvis ment med tilføjelsen i præmisserne til U 1972.275 SH – kan være rigtigt, at arbejdsgiveren kan tilbagekalde en uberettiget bortvisning, blot det sker straks.

246. De sententia ferenda, det vil sige betragtninger om en fremtidig retsafgørelse inden for den gældende rets rammer.

Som nævnt i afsnit 5.1.2 opstiller Hasselbalch[247] det udgangspunkt, at den part, som mødes med et erstatningskrav på grund af en uberettiget ophævelse, har ret til at redressere misligheden med den virkning, at erstatningskravet forlises. Af betydning for muligheden for at foretage en sådan tilbagekaldelse af en uberettiget bortvisning anfører han følgende momenter:

- om afbrydelsen i utide er foretaget på en måde, at den fremtræder som endelig, således at den krænkede part måske allerede har disponeret i henhold hertil, eller om det skete tværtimod er og/eller fremtræder som en fejl, der uden videre bør kunne rettes (f.eks. har form af en fejlagtig ophævelse, der ikke medførte en præjudicerende krænkelse af den anden part)
- hvor hurtigt den ophævende part tilbyder at tilbagekalde ophævelsen

Her opstilles det modsatte udgangspunkt:

I tilfælde af en uberettiget bortvisning kan funktionæren tilegne sig bortvisningen med den virkning, at arbejdsgiveren bliver erstatningsansvarlig i henhold til funktionærlovens § 3.[248] Bortvisningen kan ikke tilbagekaldes.

Undtagelse må gøres for så vidt angår tilfælde, hvor en afgivet viljeserklæring ved fejlskrift eller anden fejltagelse fra arbejdsgiverens side har fået et andet indhold end tilsigtet, og således fremtræder som en ophævelse. I sådanne tilfælde er arbejdsgiveren ikke bundet ved erklæringens indhold, hvis funktionæren indså eller burde indse, at der forelå en fejltagelse, jf. aftalelovens § 32, stk. 1.

Endvidere undtages for de tilfælde, hvor dette er bedst tjenende med den almindelige obligationsretlige loyalitetsgrundsætning. Det kan således tænkes, at arbejdsgiveren i en åbenbar vildfarelse om at være berettiget hertil forsøger at tilbagekalde den uberettigede bortvisning. Her må tilbagekaldelsen accepteres, hvis funktionæren ikke i henhold til de almindelige

247. Jf. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 657.

248. I visse tilfælde kan erstatningskravet muligvis forlises, hvis funktionærens undladelse af at acceptere tilbuddet om genansættelse, må betragtes som en tilsidesættelse af den almindelige tabsbegrænsningspligt. Retsvirkningen heraf vil være, at funktionæren er frigjort for sin forpligtelse til at genindtræde hos arbejdsgiveren, men mister sit erstatningskrav i henhold til funktionærlovens § 3. I forbindelse med en konkret vurdering af om tabsbegrænsningspligten er tilsidesat, må det overvejes, hvor realistisk og gennemførligt det er at genoptage ansættelsesrelationen. Heri indgår en vurdering af, hvorledes ophævelsen blev meddelt funktionæren (f.eks. på en krænkende måde), hvor hurtigt der tilbagekaldes, hvorfor der tilbagekaldes, og hvorvidt funktionæren har disponeret efter ophævelsen.

kontraktretlige reklamationsregler uden ugrundet ophold reagerer over for arbejdsgiveren og fastholder, at bortvisningserklæringen er bindende og står ved magt.

5.1.4.3 Principielle overvejelser om funktionærens tilbagekaldelse

For så vidt angår de tilfælde, hvor det er *funktionæren*, som ønsker at tilbagekalde den i en bortgang/ophævelse værende viljeserklæring, må modhensynene til arbejdsgiveren overvejes med henblik på at undersøge, om balanceforholdet mellem parterne kan bære en ensidig tilbagekaldelse fra funktionærens side. Også her sondres mellem de tilfælde, hvor ophævelsen har været henholdsvis berettiget og uberettiget.

Tilbagekaldelse af en berettiget bortgang/ophævelse fra funktionærens side

Når der foreligger *berettiget bortgang/ophævelse fra funktionærens side*, har arbejdsgiveren udvist en væsentlig misligholdelse af sine forpligtelser, hvilket i praksis hyppigt vil sige, at arbejdsgiveren har misligholdt sin betalingsforpligtelse. Hvis funktionæren ønsker at tilbagekalde sin ophævelse, må hensynet til arbejdsgiverens interesser overvejes:

For arbejdsgiveren kan tilbagekaldelsen være attraktiv, fordi han ikke nødvendigvis er interesseret i, at resultatet af misligholdelsen skal være, at han mister funktionæren ved dennes umiddelbare afbrydelse af ansættelsesforholdet. Baggrunden herfor er navnlig, at arbejdsgiveren i tilfælde af en berettiget bortgang økonomisk stilles, som om han havde opsagt funktionæren, idet funktionærlovens § 3, stk. 4 bestemmer, at funktionæren har krav på erstatning svarende til sit individuelle opsigelsesvarsel, når han hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side.

Set fra en driftsmæssig synsvinkel har arbejdsgiveren heller ikke noget incitament til her og nu at skulle slippe af med sin til stillingen oplærte funktionær; bortgangen var netop berettiget, hvilket vil sige, at misligholdelsen helt og holdent lå på arbejdsgiverens side. Omvendt kan arbejdsgiveren have nået at genbesætte funktionærens stilling, inden tilbagekaldelsen meddeles.

Ovenfor blev konstateret, at en arbejdsgiver vil være berettiget til at foretage en ensidig tilbagekaldelse af en berettiget bortvisning, hvis denne i det konkrete tilfælde er ensidigt bebyrdende for arbejdsgiveren. Udgangspunktet må derfor være, at funktionæren så meget desto mere[249] kan tilbagekalde en berettiget bortgang. Som betingelse herfor må dog opstil-

249. Sml. de hensyn, der ligger bag de forbrugerretlige regler, hvorefter forbrugeren i et vist omfang har en fortrydelsesret, f.eks. forbrugeraftalelovens § 5 (»dørsalgsloven«).

les, at tilbagekaldelsen skal fremkomme hurtigt, og inden arbejdsgiveren har disponeret i henhold til bortgangen. Endnu engang kan tankerne ledes i retning af betingelserne for tilbagekaldelse i henhold til aftalelovens § 39, 2. pkt., jf. herom ovenfor.

Tilbagekaldelse af en uberettiget bortgang/ophævelse fra funktionærens side

Når der foreligger *uberettiget bortgang/ophævelse fra funktionærens side*, har arbejdsgiveren krav på erstatning for det ham ved bortgangen påførte tab, dog mindst 1/2 måneds løn, jf. funktionærlovens § 4. Parallelt til diskussionen om arbejdsgiverens uberettigede bortvisning kan herefter konstateres, at funktionæren ikke ensidigt kan tilbagekalde en uberettiget bortgang. Den vil heller ikke kunne ændres til en opsigelse med 1 måneds varsel til ophør ved en måneds udgang, idet arbejdsgiveren i dette tilfælde, foruden kravet om erstatning i henhold til § 4, vil miste sin frigørelse fra ansættelsesforholdet. Funktionærens tilbagekaldelse af erklæringen om bortgang vil derimod kunne fremgå af en gensidig aftale mellem parterne. Konkret kan en arbejdsgivers modvilje mod at indgå en sådan aftale bevirke, at han tilsidesætter sin almindelige tabsbegrænsningspligt og derfor mister sit erstatningskrav (men dog opnår frigørelsen for ansættelsesforholdet).

5.1.4.4 Tilbagekaldelse med hjemmel i princippet i § 39, 2. pkt.?

Sammenfattende må konstateres, at de gennemgåede afgørelser viser, at der inden for funktionærretten accepteres en tilbagekaldelsesret i en eller anden udstrækning. Den er dog under ingen omstændigheder så vid, at der er belæg for at fastslå en fri tilbagekaldelsesret endsige en decideret fortrydelsesret. Der er således ikke set eksempler på, at tilbagekaldelse er accepteret, uden at der har foreligget en eller anden grund hertil.

Omvendt citerer hverken dommerne eller parterne princippet i aftalelovens § 39, 2. pkt. Dette kunne muligvis forklares med, at den arbejdsretlige adgang til at tilbagekalde en opsigelse eller en bortvisning kunne være en selvstændig, af § 39, 2. pkt. uafhængig tilbagekaldelsesadgang, med hjemmel i den af Lyngsø påpegede tilbagekaldelsesret baseret på arbejdsretlig praksis fra tiden forud for aftaleloven.[250]

Denne forklaring findes usandsynlig, hvilket beror på følgende: I de afgørelser, der er gennemgået her, hvor tilbagekaldelse anerkendes, opstilles nogle betingelser, som kan rummes inden for grænserne af princippet i § 39, 2. pkt., selv om bestemmelsen ikke citeres i afgørelserne.

250. Jf. Lyngsø, Afbestillingsret, 1971, side 41, som omtales i begyndelse af afsnit 5.1.2.

På denne baggrund konkluderes, at den funktionærretlige adgang til at tilbagekalde en ophævelseserklæring eksisterer i det omfang, den kan rummes inden for grænserne af princippet i aftalelovens § 39, 2. pkt. Dette er i pagt med, at der af domspraksis kan ekstraheres et kriterium om, at tilbagekaldelsen skal fremkomme hurtigt, og inden modparten har nået at disponere i henhold til den i ophævelsen liggende frigørelse, jf. princippet i § 39, 2. pkt. »forinden viljeserklæringen har virket bestemmende«. Ved domstolenes udfyldning af betingelsen »under særlige omstændigheder« må der tages hensyn til, om det er en berettiget eller en uberettiget ophævelseserklæring, som tilbagekaldes, jf. nærmere herom i afsnittene 5.1.4.2 og 5.1.4.3.

Lyngsø skriver[251] i sin afhandling fra 1971, at der er en tendens til, at undtagelsesreglen om tilbagekaldelse af løfter og tilbud, der er kommet til modpartens kundskab, i særlige grupper af tilfælde bruges i videre omfang end i andre tilfælde. Særligt om opsigelser og afskedigelser i arbejdsforhold skriver han, at der er »en ret vid adgang til at berigtige eller tilbagekalde en meddelelse om, at [arbejdsgiveren] afskediger eller bortviser den ansatte«. Om retspraksis vedrørende ansattes tilbagekaldelser af opsigelser skriver han, at der er »en meget vid adgang«. Lyngsø støtter som nævnt disse udsagn til en ældre retspraksis, hvorfor validiteten heraf næppe kan opretholdes med fuld styrke.

I betragtning af, at den her gennemgåede nyere praksis er underlagt en indskrænkende fortolkning i lyset af det obligationsretlige udgangspunkt, må der dog nok konstateres at være så meget tilbage af Lyngsøs udsagn, at undtagelsesreglen i princippet i § 39, 2. pkt. har et videre virkefelt for så vidt angår tilbagekaldelse af berettigede ophævelser, end bestemmelsen i øvrigt har for så vidt angår tilbagekaldelser. Hermed også konstateret, at det obligationsretlige udgangspunkt om, at der ikke kan ske tilbagekaldelse efter kundskabstidspunktet, er mindre fast på dette begrænsede felt.

5.2 Procedurekrav til ophævelse

I dette afsnit behandles de proceduremæssige krav, der i funktionærretlig sammenhæng kan stilles til parternes ophævelse af funktionærforholdet. Det undersøges, om manglende overholdelse af procedurekrav i særlig grad har betydning for det materielle resultat inden for funktionærretten. Spørgsmålet er relevant at behandle i forbindelse med belysningen af for-

251. Afbestillingsret, side 63 smh. med side 41-43.

holdet mellem obligationsretten og funktionærretten, fordi det almindelige obligationsretlige udgangspunkt er, at bevisbedømmelsen er fri.

I obligationsretlig terminologi kan hævebeføjelsen betegnes som en kontraktbeføjelse (eller en gensidighedsbeføjelse),[252] der kan udøves ved, at den ophævende part – uden domstolenes mellemkomst – fremsætter en ophævelseserklæring over for den misligholdende part, jf. således Gomard:

> »Beføjelsen til at hæve en kontrakt i tilfælde af misligholdelse er værdifuld for en part bl.a. fordi en hæveerklæring hverken kræver godkendelse af en domstol eller af nogen anden for at få virkning.«[253]

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at der ikke gælder formkrav for ophævelseserklæringens fremsættelse. Ophævelsen skal blot fremstå klart, ubetinget og utvetydigt. En neutral reklamation over for en misligholdelse, som ikke gør det klart, at kreditor tager ophævelsesbeføjelsen i brug, er således utilstrækkelig.[254]

I obligationsretlig sammenhæng står det den ophævende part frit, hvorledes beviset for ophævelsen skal føres. Blot skal det – foruden beviset for ophævelsens berettigelse – godtgøres, at ophævelseserklæringen var klar, ubetinget og utvetydig.

I det følgende belyses, hvorledes udgangspunktet om fraværet af procedurekrav er modificeret inden for funktionærretten. Modificeringen skyldes navnlig, at de særlige beskyttelseshensyn, der gælder i funktionærforhold, stiller nogle bevismæssige krav, der er specielle i forhold til den almindelige obligationsret. Overordnet set kan om fordelingen af bevisbyrden i funktionærretlig sammenhæng siges, at der kræves større bevissikkerhed for så vidt angår arbejdsgiverens ophævelse, end der gør med hensyn til funktionærens ophævelse.

Kernen i beviset for ophævelse er, at den part, som ønsker at hæve kontrakten, træffer en foreløbig »afgørelse« om kontraktens endeligt. Denne »afgørelse« efterprøves af domstolene, hvis modparten anlægger et søgsmål med påstand om, at ophævelsen var uberettiget. Under et sådant søgsmål bliver det primært den ophævende – og altså sagsøgte – part, som må bevise og dokumentere berettigelsen af det standpunkt, han har indtaget: nemlig at der efter en samlet vurdering af sagens konkrete omstændigheder foreligger en væsentlig misligholdelse.

---

252. Jf. afsnit 3.5: »Introduktion til kapitlerne om misligholdelsesbeføjelserne«.
253. Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 81.
254. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 214.

Den ophævende part bærer hermed risikoen for berettigelsen af ophævelsen.[255] Det vil sige, at han allerede på tidspunktet for ophævelseserklæringens afgivelse skal sikre, at det fornødne grundlag for ophævelsen er til stede og kan oplyses. Heri ligger, at han såvel skal sikre sig bevis for ophævelsens berettigelse som bevis imod værdien af eventuelle undskyldende omstændigheder, som kunne udhule ophævelsesgrundlaget.[256] Hermed er parten – under et eventuelt efterfølgende søgsmål om ophævelsens berettigelse – rustet til at inddrage, belyse og ikke mindst bagatellisere de eventuelle undskyldende omstændigheder for misligholdelsen. Undlades dette risikeres, at modparten får initiativet til at inddrage de undskyldende forhold og dermed får nemmere ved at føre bevis for disses styrke og for ophævelsens uberettigelse.

Det regnes med andre ord den hævende part til skade, hvis bevisbyrden for ophævelsens berettigelse ikke til fulde kan løftes under et efterfølgende søgsmål, og ophævelsen vil dermed blive erklæret uberettiget.

I sagen U 2000.298 H, som omtales nærmere nedenfor i afsnit 5.2.3, side 177, havde arbejdsgiveren forud for en bortvisning *ikke* partshørt funktionæren om bortvisningsgrundlaget. Under disse omstændigheder fandt retten, at der påhvilede arbejdsgiveren en særdeles tung bevisbyrde, som han i den konkrete sag ikke havde formået at løfte. Bortvisningen blev derfor erklæret uberettiget.

Afgørelsen viser, at der påhviler en ophævende *arbejdsgiver* en tung bevisbyrde. Helt så tung vil bevisbyrden ikke være for en ophævende funktionær. Dette beror på det ulige styrkeforhold, som typisk ses i kontraktforholdet mellem en arbejdsgiver og en funktionær. Lovgivningsmæssigt har dette givet sig udtryk i, at arbejdsgiveren ikke blot er pålagt et væsentligt længere opsigelsesvarsel end funktionæren, men også i, at funktionæren via godtgørelsesregler er sikret et værn mod vilkårlige og usaglige opsigelser. Beskyttelseshensynene bag disse regler slår også igennem i forhold til parternes forpligtelser til at præstere bevis for berettigelsen af deres respektive ophævelser.

Den ovenfor introducerede forpligtelse til at inddrage undskyldende omstændigheder i bevisførelsen for en misligholdelse vil derfor være mest synlig, når det drejer sig om arbejdsgiverens bortvisning: Der må kræves en del af det af arbejdsgiveren førte bevis for at erklære bortvisningen beretti-

255. Sml. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, som på side 192 under overskriften »Standpunktsrisiko« skriver: »Udgangspunktet er klart: Den part, der gør en misligholdelsesbeføjelse gældende, bærer risikoen for, at denne beføjelse er holdbar.«

256. Jf. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 603.

get og dermed lade arbejdsgiveren slippe for at betale f.eks. 6 måneders løn i en opsigelsesperiode, feriegodtgørelse heraf, fratrædelsesgodtgørelse og måske også godtgørelse for usaglig opsigelse, hvis ophævelsesgrundlaget er så svagt, at end ikke en opsigelse kan understøttes af sagens faktum.

Funktionærens alternativ til ophævelse er at opsige på sædvanlige vilkår, det vil sige med en måneds varsel, medmindre andet varsel er særligt vedtaget. Funktionæren skal for så vidt ikke begrunde sin opsigelse og ej heller føre bevis for, at denne har været saglig. Når der alligevel føres sager om berettigelsen af en bortgang, skyldes det foruden erstatningsreglen i funktionærlovens § 4 om erstatning ved uberettiget bortgang, at funktionæren i tilfælde af en berettiget ophævelse har krav på erstatning fra arbejdsgiveren, jf. § 3, stk. 4, svarende til den erstatning, funktionæren ville have fået, hvis han var blevet uberettiget bortvist.

5.2.1 Fremsættelse af ophævelseserklæringen/reklamation

Det er som nævnt ovenfor nødvendigt at fremsætte en ophævelseserklæring, hvis ophævelsesbeføjelsen ønskes udøvet. Ophævelsen skal fremstå klart, ubetinget og utvetydigt, og den kan ikke indeholdes i en neutral reklamation over for misligholdelsen.[257]

Ophævelse kan ske i tilfælde, hvor modpartens ydelse ikke leveres, hvor den leveres væsentligt for sent eller leveres med væsentlige faktiske eller retlige mangler. I tilfælde, hvor der slet ikke er sket levering, er det nødvendigt at fremsætte ophævelseserklæringen, selvom den ikke ændrer på de faktiske forhold. Dette hænger sammen med erklæringens virkning som løfte og påbud. Fremsættes der ikke nogen hæveerklæring, vil status quo være bevaret, og parterne vil således fortsat være forpligtede over for hinanden. Kontrakter ophæves ikke automatisk. Hvis der sker ophævelse på grund af væsentlig forsinkelse eller væsentlige mangler, skal meddelelse om ophævelsen fremsættes hurtigt, efter at den ophævende part er blevet bekendt med den misligholdelse, som danner grundlaget for ophævelsen, sml. købelovens § 27 (»uden ugrundet ophold«).[258]

Inden for funktionærretten er reklamationsfristen »uden ugrundet ophold« ikke helt så kontant defineret som i køberetten, eftersom ansættelseskontrakten er et vedvarende kontraktforhold, mens købeaftalen typisk blot vedrører en enkeltstående ydelse. Inden for funktionærretten er indholdet af reklamationsreglen endvidere undergået en udvikling i retning af at blive opfattet mindre strikt, jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl:

257. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 214.

258. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 81.

»Udviklingen tillader ikke en fastholdelse af tidligere opfattelse, hvorefter bortvisning eller i hvert fald reklamation skal ske straks.«[259]

De konkrete forhold på arbejdspladsen kan betyde, at en øjeblikkelig løsning skal findes, men oftest er det inden for funktionærretten nødvendigt at foretage nogle nærmere undersøgelser og danne overblik over situationen, før omfanget af misligholdelsen kan afgøres. Omvendt kræver hensynet til funktionæren, at reklamationen fremkommer hurtigt, så han kan indrette sig på, at en upåtalt handling eller undladelse ikke vil få alvorlige konsekvenser for ansættelsesforholdet.[260] Arbejdsgiveren skal således effektivt bruge tiden fra misligholdelsens konstatering til reaktionen. Han rammes hurtigt af passivitetsvirkninger, men han kan vinde lidt tid ved over for funktionæren at tilkendegive, at misligholdelsen er konstateret, og at der tages forbehold om reaktionen, indtil nærmere undersøgelser er gennemført.[261] Et eksempel herpå foreligger i afgørelsen U 2000.1221 V, som behandles ovenfor i afsnit 3.4.2: »Retsvirkning af lovligt forfald og andet fravær«, side 67.

5.2.2 Krav om forudgående advarsel?

5.2.2.1 Det obligationsretlige udgangspunkt

Der gælder ikke i obligationsretlig sammenhæng nogen almindelig regel om, at en kontrakt kun kan hæves, hvis den misligholdende part forud for ophævelsen advares om, at overholdelsen af en given forpligtelse er særlig væsentlig for kreditor, og at kontrakten ophæves, hvis forpligtelsen (fortsat) misligholdes.

Enkelte steder i lovgivningen findes der imidlertid specielle regler, som indebærer, at en ophævelse først kan udgøre en berettiget reaktion på en misligholdelse, hvis den misligholdende part forlods er advaret herom. Eksempler herpå foreligger i forsikringsaftalelovens §§ 13-15 og lejelovens § 93, stk. 2. Ifølge disse bestemmelser kan forsikringsselskabet henholdsvis udlejeren først ophæve kontrakten som følge af restance, såfremt betaling ikke sker inden 3 dage fra påkrav herom. Fremsættelse af påkrav om betaling skal ske i overensstemmelse med de i reglerne nærmere angivne betingelser. Principperne i særregler som disse kan dog næppe trækkes ud til bredere anvendelse.[262]

259. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 267.
260. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 266.
261. Sml. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 621f.
262. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 225.

Gomard anfører,[263] at en kreditor i egen interesse ofte vil minde debitor om hans forpligtelse og advare ham for at undgå eller begrænse misligholdelsen. Hovedreglen er imidlertid, at kreditor kan hæve på grund af væsentlig misligholdelse, selv om han ikke har advaret eller mindet debitor om, at tiden for opfyldelse af kontrakten er kommet eller er overskredet.

Fra denne hovedregel kan undtages, hvor tiden for betaling eller levering af ydelsen ikke er bestemt i aftalen, idet påkrav her er en forudsætning for forfaldstidens indtræden.

Foruden disse undtagelsestilfælde, hvor advarsel eller påkrav af den ene eller anden grund er en forudsætning for ophævelse, må konstateres, at det i ethvert obligationsretligt kontraktforhold kan få *bevismæssig* betydning for vurderingen af en misligholdelses væsentlighed, om en forpligtelses overholdelse er særligt indskærpet over for debitor, eller om dette ikke er tilfældet. Hertil kommer, at det kan få betydning for adgangen til at benytte ophævelsesbeføjelsen, om advarslen indeholder en tilkendegivelse om, at kontraktforholdet hæves, hvis advarslen ikke efterleves.

5.2.2.2 Betydningen af advarsel i funktionærretlig sammenhæng

I det følgende skal undersøges, hvorvidt kravet om advarsel i funktionærretlig sammenhæng udgør en egentlig betingelse for ophævelse, eller om advarslen – på samme måde som i den almindelige obligationsret – blot har bevismæssig betydning for vurderingen af ophævelsens berettigelse (væsentlighed).

Ifølge Lars Svenning Andersen[264] er det *formålet* med en advarsel at præcisere, at et bestemt forhold – der normalt ikke i sig selv kan karakteriseres som en grov misligholdelse – ved gentagelse kan og vil medføre de i advarslen nævnte sanktioner. Han skriver imidlertid også, at det er en betingelse for at tillægge advarslen værdi, at der er begået et forhold, der kan begrunde advarslen: En arbejdsgiver kan ikke via en advarsel forbedre sin retsstilling, hvis grundlaget for advarslen ikke er i orden.

I disse udsagn ligger, at den form for kontraktbrud, der hverken er bagatelagtig eller væsentlig, kun vil kunne imødegås med ophævelsesbeføjelsen, hvis der er givet en konkret advarsel med en tilkendegivelse om, at gentagelse vil medføre bortvisning. I disse tilfælde er det således en betingelse for udøvelsen af ophævelsesbeføjelsen, at arbejdsgiveren har indskærpet en given pligt som væsentlig, for at misligholdelse af pligten

263. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 93f.
264. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 693ff.

kan føre til bortvisning,[265] mens det i andre tilfælde er uden betydning for ophævelsesadgangen, om der er advaret først.[266]

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl udtrykkes dette således:

> »… tendensen til at kræve advarsel er meget udpræget i tilfælde af misligholdelse af arbejdsforpligtelsen, medens den i andre tilfælde kræves i mindre omfang. Man kan gå ud fra, at der kræves advarsel over for misligholdelse, der skyldes almindelig sløsethed eller som hører til dagliglivets småforsyndelser på arbejdspladsen, medens den sjældnere vil blive krævet, når misligholdelsen foreligger som en forsætlig krænkelse af fundamentale hensyn til arbejdsgiverens interesser.«[267]

I pagt hermed anføres i samme værk på side 248, at misligholdelsesvirkning af lydighedsnægtelse »kun sjældent« er gjort afhængig af tidligere advarsel. En sådan kan dog i visse tilfælde være påkrævet.

Som det også fremgår nedenfor af afsnit 5.6, giver Kaj Petersen[268] i forhold til lydighedsnægtelse udtryk for et hyppigere krav om advarsel end det, H.G. Carlsen og Danielle Buhl opstiller. Kaj Petersen skriver således, at en bortvisnings berettigelse »ofte« forudsætter, at det er tilkendegivet over for funktionæren, at en pligtforsømmelse vil få bortvisning som konsekvens.

Et eksempel på lydighedsnægtelse og den manglende betydning af advarsel foreligger i afgørelsen:

U 1985.1049 H – Vægring mod omorganisering gjorde bortvisning berettiget

En funktionær var ansat som leder af modelafdelingen i et tilskæreri. Det var i sagen omtvistet, om funktionærens fremstilling af plisséforme (til plisserede nederdele) hovedsageligt var foregået uden for arbejdstiden mod særskilt aflønning, eller om han også havde udført sådant arbejde i arbejdstiden. Da arbejdsgiveren på et tidspunkt fik behov for fremstilling af ekstra mange plisséforme, ønskedes funktionærens arbejdsforhold ændret, således at han skulle fremstille formene i arbejdstiden. Planen blev drøftet på tre møder mellem arbejdsgiveren og funktionæren, men funktionæren vedholdt en afvisende holdning hertil. Som følge heraf blev funktionæren på det sidste møde bortvist på grund af vægring.

Funktionæren forklarede retten, at han afviste at lave plisséforme i arbejdstiden, idet fremstilling af formene ikke var hans arbejdsområde, og at han på den måde slet ikke ville kunne overkomme sit arbejde med fremstilling af modeller. Endvidere fandt han, at arbejdsgiverens planer betød degradering.

265. Jf. U 1996.1486 V, som refereres nedenfor.
266. Jf. U 1985.1049 H, som refereres nedenfor.
267. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 264f.
268. Jf. Funktionærloven, 12. udg. 1990, side 205.

> I landsrettens afgørelse, som i henhold til grundene blev stadfæstet af Højesteret, blev det efter bevisførelsen lagt til grund, at funktionæren under sin ansættelse hos arbejdsgiveren – i et omfang, der ikke lod sig fastslå nærmere – havde fremstillet plisséforme i arbejdstiden, og at han herudover i skiftende omfang, afhængigt af behovet herfor, havde fremstillet sådanne forme uden for arbejdstiden mod særskilt betaling herfor. Det blev videre lagt til grund, at det – uanset at funktionærens fremstilling af disse forme uden for arbejdstiden havde antaget et særdeles betydeligt omfang – ikke var muligt at opfylde produktionsafdelingens behov for forme, og at arbejdsgiveren af denne grund led et produktionstab. På denne baggrund fandtes arbejdsgiveren i forhold til funktionæren at have været berettiget til at iværksætte en omorganisering af modelafdelingen, således at fremstillingen af plisséforme fremover – mod samtidig udvidelse af medarbejderstaben – principielt skulle finde sted i arbejdstiden. Da funktionæren under de tre møder herom kategorisk havde nægtet at medvirke til en sådan nyordning, *fandtes bortvisningen – uanset om der måtte være givet funktionæren en formelig advarsel om, at hans fortsatte vægring ville medføre bortvisning – at have været berettiget.*

Arbejdsvægring er i særlig grad væsentlig misligholdelse, hvilket belyses nærmere neden for i afsnit 5.6: »Eksempler fra retspraksis«. Allerede her kan dog fremhæves, at arbejdsvægring betragtes som væsentlig misligholdelse, fordi der er tale om en krænkelse af arbejdsgiverens ledelsesret; og inden for arbejdsretten er netop ledelsesretten af central betydning, idet anerkendelsen heraf var en af hovedhjørnestenene i Septemberforliget.[269]

Misligholdelsens væsentlighed er baggrunden for, at det i sagen var uden betydning for ophævelsesadgangen, hvorvidt funktionæren havde fået en formelig advarsel om, at fortsat vægring ville medføre bortvisning.[270]

Et eksempel på et kontraktbrud, der hverken var bagatelagtig eller i sig selv væsentlig foreligger i følgende sag, hvor ophævelse forudsatte, at der var givet en advarsel:

---

269. Jf. Per Jacobsen, Kollektiv Arbejdsret, 5. rev. udg. 1994, side 583: »Siden Septemberforligets afslutning i 1899 har en regel om, at arbejdsgiveren har ledelsesretten, været fast forankret i dansk kollektiv arbejdsret. Et af stridspunkterne under den arbejdskamp, der gik forud for Septemberforliget, var netop, at arbejdsgiverne frygtede, at arbejderorganisationerne ville gribe ind i deres ret til at bestemme over virksomhederne, noget som efter datidens samfundsforhold måtte forekomme helt utilstedeligt.«
270. Sml. således H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 265: »Kravene lempes i tilfælde af grovere misligholdelse.« Hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 697, anføres afgørelsen som eksempel på advarsel »i situationen«.

U 1996.1486 V – Bortvisning uden forudgående advarsel var uberettiget

En funktionær blev med virkning fra marts 1992 ansat til hovedsageligt at arbejde med salg og markedsføring af hegn, sikring og armaturer. Han var forpligtet af en kundeklausul, og under ansættelsesforholdet var han forpligtet til *ikke* at påtage sig hverv uden for tjenesten uden særskilt aftale med arbejdsgiveren herom.

I forsommeren 1993 fremsatte funktionæren ønske om gageforhøjelse, hvilket blev afslået af arbejdsgiveren. På grund af de strandede lønforhandlinger påtænkte funktionæren at forøge sin indtjening ved for egen regning og i sin fritid at sælge nogle plastskabe. I september 1993 havde han derfor mundtligt over for medlemmer af arbejdsgiverens bestyrelse og den 30. september skriftligt over for bestyrelsen anmodet om tilladelse hertil. Den 19. september anmeldte han sin virksomhed til registrering i Handelsregisteret med sig selv som eneste ansvarlige indehaver. Registreringen blev offentliggjort i Statstidende den 6. oktober, hvilket blev bemærket af arbejdsgiverens revisor. Herefter blev funktionæren indkaldt til et møde hos arbejdsgiveren den 13. oktober, hvorunder funktionæren blev bortvist med øjeblikkelig virkning.

Byretten fandt bortvisningen berettiget. Som begrundelse herfor blev anført, *at* funktionæren ikke på noget tidspunkt forud for bortvisningen havde modtaget nogen tilkendegivelse fra arbejdsgiveren om, at han kunne opnå tilladelse til at drive selvstændig virksomhed sideløbende med ansættelsen hos arbejdsgiveren, *at* den virksomhed, funktionæren påtænkte at drive, i vidt omfang kunne rette sig mod arbejdsgiverens kunder, *at* det af funktionæren anmeldte virksomhedsnavn tilkendegav, at der blev drevet handel med produkter af samme karakter, som arbejdsgiveren var forhandler af, og endelig *at* funktionæren forud for indgivelse af sin skriftlige ansøgning til arbejdsgiveren om den påtænkte virksomhed allerede havde ladet virksomheden registrere og gennem den påfølgende kundgørelse i Statstidende gjort omverdenen – herunder arbejdsgiverens kunder – bekendt hermed. Funktionæren fandtes herefter at have udvist en sådan illoyalitet med risiko for alvorlige skadevirkninger for arbejdsgiveren, at arbejdsgiveren – selv om funktionæren endnu ikke havde påbegyndt sin påtænkte salgsvirksomhed – havde været berettiget til at bortvise funktionæren.

Landsretten nåede til det modsatte resultat. Landsretten lagde til grund, at funktionæren uden at orientere arbejdsgiveren havde anmeldt sin virksomhed til handelsregistret og lod den momsregistrere. Der forelå imidlertid ikke konkrete oplysninger om, at virksomheden faktisk var påbegyndt ved bortvisningen, og der var heller ikke påvist nogen konkret skadevirkning for arbejdsgiveren. Funktionæren havde endvidere orienteret om sit ønske om at starte selvstændig virksomhed og havde skriftligt anmodet om tilladelse hertil. *Herefter fandt landsretten ikke, at det udviste forhold kunne gøre bortvisningen berettiget uden forudgående advarsel.*

Som det fremgår af referatet, er afgørelsen meget konkret begrundet. Det, som er interessant at bemærke i forbindelse med vurderingen af betydningen af advarsel i funktionærretlig sammenhæng, er, at landsretten i det konkrete tilfælde betingede ophævelsesadgangen – og dermed væsentlighedsvurderingen – af, at der var afgivet en forudgående advarsel.[271]

Generelt set kan om advarsler siges, at de har en særligt fremtrædende plads i forhold til funktionærkontrakter, i modsætning til kontrakter om udveksling af enkeltstående ydelser, fordi der i et vedvarende kontraktforhold som et funktionærforhold netop forudsættes gentagelse og kontinuitet. Har udvekslingen af ydelserne bevæget sig ind på et forkert spor, er det nødvendigt at fremsætte en utvetydig tilkendegivelse, hvis dette ønskes stoppet.

Om betydningen af advarsel i tilfælde af lønmodtagerens misligholdelse anfører Hasselbalch således, at manglende advarsel ligefrem kan regnes arbejdsgiveren til skade:

> »Omvendt vil manglende advarsel og evt. endog passivitet over for tidligere krænkelser af samme art ligefrem kunne tages til indtægt for, hvad der accepteres eller dog tåles af arbejdsgiveren … Advarsel – eller mangel på samme – udgør følgelig et af de momenter, der jævnlig henvises til i afgørelserne.«[272]

I funktionærforhold har advarsel eller påkrav en særlig betydning som genaktualisering af oprindeligt vedtagne, men ikke efterlevne kontraktvilkår eller som opstilling af nye krav til kontraktopfyldelsen. For så vidt angår nye krav skal opmærksomheden dog henledes på, at væsentlige ændringer i kontrakten kun kan vedtages under iagttagelse af varslingsreglerne, hvorved den tidligere kontrakt opsiges med tilbud om en ny kontrakt på ændrede vilkår.

Advarslen kan være tidsbegrænset. Under alle omstændigheder vil den imidlertid forældes, som tiden går.[273] Forældelsesspørgsmålet vil bero på en konkret vurdering, hvor udgangspunktet er, at advarsler om mindre væsentlige forhold forældes hurtigere end advarsler om alvorligere forhold.

---

271. Se omvendt U 2003.1916 Ø, hvor en direktørs planlægning og iværksættelse af konkurrerende virksomhed gjorde kontraktsforholdet hæveberettigende på grund af illoyalitet.
272. Jf. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 616ff.
273. Sml. således H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. side 265f.: »En meddelt advarsel kan »forældes«. I enkelte tilfælde er set bort fra advarsler, der har ligget et par år forud for den misligholdelse, der gav anledning til bortvisning. Er der ikke hengået så lang tid vil der normalt blive taget hensyn til den. Det er en udbredt populær opfattelse, at en advarsel forældes på præcist ét år, men der foreligger ikke materiale til støtte herfor, og afgørelsen må i det enkelte tilfælde træffes efter et konkret skøn over de nærmere omstændigheder, herunder navnlig misligholdelsens grovhed og virksomhedens praksis.«

For så vidt angår *advarslens indhold* fremhæver Lars Svenning Andersen,[274] at advarslen skal være klar og af bevismæssige grunde skriftlig. Den skal indeholde en tilkendegivelse om, at et beskrevet forhold udgør en misligholdelse af ansættelsesforholdet, og at gentagelse af de pågældende forhold vil indebære bestemte konsekvenser (opsigelse eller bortvisning).

Det er uden tvivl ideelt, hvis advarslen kan leve op til denne karakteristik. Følgende afgørelse viser imidlertid, at bortvisning kan komme på tale, selvom advarslen er uklar med hensyn til de beskrevne konsekvenser:

U 1988.1011 H – Berettiget bortvisning pga. udeblivelse trods pålæg om at møde

Sagen refereres indgående i afsnit 5.6, side 212. Her gives derfor blot et kort resume.

En funktionær blev den 4. juli 1983 ansat som veterinærsygeplejerskeelev. I strid med den vagtplan, der blev fremlagt den 15. august 1985, udeblev funktionæren fra arbejdet den 22. september 1985, hvorefter hun blev bortvist. Til støtte for sin påstand om, at bortvisningen var uberettiget, anførte funktionæren, at hun havde indrettet sig i tillid til, at den længe fungerende turnus med 10 arbejdsdage efterfulgt af 4 fridage ville indebære, at den 22. september ville være en fridag. Under sagen viste vidneforklaringerne, at de ansatte for at sikre sig en bestemt fridag skulle følge en særlig procedure. Denne var ikke fulgt af funktionæren.

Højesteret lagde til grund, at funktionæren ikke havde krav på en fast turnusordning og måtte påregne, at hendes tjeneste ved udfærdigelsen af ny vagtplan den 15. august 1985 kunne blive ændret bl.a. som følge af den af arbejdsgiveren fulgte praksis med hensyn til så vidt muligt at imødekomme individuelle ønsker om fridage fra de ansattes side. Efter det oplyste antog retten, at funktionæren først efter vagtplanens fremlæggelse fremsatte sit ønske om fridag den 22. september. Det blev endvidere lagt til grund, at funktionæren, da hendes ønske ikke kunne imødekommes, af arbejdsgiveren modtog tilkendegivelse om, at hun havde pligt til at give møde, og at udeblivelse ville medføre, at ansættelsesforholdet blev bragt til ophør. Under disse omstændigheder fandt Højesteret, at arbejdsgiveren havde haft tilstrækkeligt grundlag for at bortvise funktionæren.

Lars Svenning Andersen[275] anfører, at det kommer indirekte til udtryk i dommen, at arbejdsgiveren må være bundet af en indskærpelse over for funktionæren, hvorefter tilsidesættelse af pligterne vil medføre en bestemt sanktion – f.eks. advarsel eller opsigelse. Han anfører imidlertid også, at »Højesteret på et meget tvivlsomt bevisvurderingsgrundlag fast-

274. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 693ff.
275. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 695.

slår, at en tilkendegivelse om, at funktionæren ved at udeblive en søndag, ville blive opsagt, alligevel måtte forstås som en tilkendegivelse om, at ansættelsesforholdet uden varsel bragtes til ophør!«

Dommen synes således ikke, som anført af Lars Svenning Andersen, at give et indirekte udtryk for, at arbejdsgiveren er bundet af en indskærpelse med angivelse af en bestemt sanktion. Dommen er tværtimod et eksempel på det modsatte. Resultatet kan forklares med, at udeblivelse er væsentlig misligholdelse, jf. funktionærlovens § 4. Således er kravene til advarslen mindre strikte.

Det kan på baggrund af afgørelsen konstateres, at kravene til advarslens indhold ikke er uden afvigelsesmuligheder. Sammenlign således Hasselbalch,[276] som anfører, at det har betydning for hævebeføjelsens udøvelse, hvilke kendelige forventninger lønmodtageren har, og om misligholdelsens grove karakter fremstod klart for lønmodtageren. Det har således betydning, om lønmodtageren på et tidligere tidspunkt har fået en *advarsel* fra arbejdsgiverside, som burde skærpe hans opmærksomhed. Hvis sådan advarsel er givet, vil tilsidesættelse heraf antyde ond vilje og skabe formodning for større gentagelsesrisiko.

Hasselbalch er for så vidt på linje med Lars Svenning Andersen, idet han skriver, at advarslen, i tilfælde hvor misligholdelsen og dens mulige følger ikke uden videre står klart for lønmodtageren, må rette sig på *netop* det forsømmelige forhold og også specifikt nævne *bortvisnings*muligheden. Hertil tilføjer han imidlertid, at enhver tilkendegivelse, der bør tjene til at skærpe arbejdstagerens påpasselighed, for så vidt kan få betydning, herunder også tilkendegivelser, som ikke nødvendigvis angår det nu påberåbte forhold.

Det kan på baggrund af ovenstående sammenfattende konstateres, at en klar og utvetydig advarsel har stor bevismæssig betydning ved vurderingen af væsentligheden af en misligholdt funktionærkontrakt. Tilsidesættelsen af en advarsel indgår i væsentlighedsbedømmelsen omtrent på samme måde som lydighedsnægtelse, der ofte betragtes som en væsentlig misligholdelse.[277] Om sammenligningen mellem tilsidesættelse af en advarsel og lydighedsnægtelse anfører H.G. Carlsen og Danielle Buhl, at der i begge tilfælde demonstreres en – villet eller skødesløs – tilsidesættelse af et fundamentalt led i ansættelsesforholdet.[278] Heri ligger også, at betydningen af en advarsel forud for ophævelse af en funktionærkontrakt navnlig påkalder sig interesse med hensyn til funktionærens misligholdelse. Dette beror

276. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 616ff.
277. Jf. nærmere herom i afsnit 5.6.
278. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 265.

på ansættelsesforholdets over-/underordnelsesforhold, hvorved arbejdsgiveren er tillagt retten til at lede og fordele arbejdet. Heri ligger også, at arbejdsgiveren har retten til at bestemme indholdet af de mangfoldige forpligtelser, der kan stilles i forbindelse med levering af arbejdsydelsen. Ikke alle forpligtelser er lige vigtige, og det kan fremgå såvel af sagens natur som af arbejdsgiverens indskærpelser, hvilke forpligtelser det er særligt vigtigt at overholde.

Selvom fremsættelse af advarsel er mest signifikant med hensyn til funktionærens misligholdelse, er advarsel ikke uden betydning med hensyn til arbejdsgiverens misligholdelse. Funktionærens adgang til ophævelse kan således i nogle tilfælde forudsætte, at funktionæren ved hjælp af advarslen giver virksomheden mulighed for at foretage en rettelse. Krav om advarsel begrundes ifølge Hasselbalch med, at manglende advarsel indebærer, at arbejdsgiveren måske slet ikke bliver opmærksom på forholdet og derved afskæres fra at afhjælpe problemet, hvorved skylden for afbrydelsen nærmest må siges at falde tilbage på lønmodtageren.[279]

Uanset hvilke generelle retningslinjer der opstilles, vil det dog altid afhænge af en konkret vurdering, *om* et konstateret kontraktbrud *kun* skal føre til ophævelse, *hvis* der på forhånd er givet klart udtryk for, at overholdelse af en given pligt er af væsentlig og endda afgørende betydning for ansættelsesforholdets fortsatte beståen.[280] Nogle pligtforsømmelser vil imidlertid altid udgøre væsentlige krænkelser af kontraktforholdet, hvorfor forudgående advarsler eller indskærpelser er unødvendige. Eksempelvis er dette tilfældet for så vidt angår berigelsesforbrydelser mod arbejdsgiveren. Nærmere herom fremgår nedenfor af afsnit 5.6.

5.2.3 Krav om høring forud for ophævelse?

Om arbejdsgiveren skal give den ansatte lejlighed til at udtale sig forud for påbuddet om bortvisning, kan diskuteres.[281]

I ILO-konvention nummer 158 om ansættelsesforholds ophør[282] fra 1982 bestemmes i artikel 7 følgende pligt til høring:

279. Jf. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 629.
280. I sagen U 2001.1743 H, som behandles ovenfor på side 37, var der i alle tre retsinstanser og hos alle dommere enighed om, at i det omfang en pligtforsømmelse alene har karakter af misligholdelse af en accessorisk forpligtelse, må arbejdsgiveren give en forudgående advarsel, før bortvisning på grund af fortsat pligtforsømmelse kan komme på tale.
281. Det giver ikke mening at diskutere spørgsmålet om høringspligt forud for funktionærens bortgang.
282. »Termination of Employment Convention«.

»The employment of a worker shall not be terminated for reasons related to the worker's conduct or performance before he is provided an opportunity to defend himself against the allegations made, unless the employer cannot reasonably be expected to provide this opportunity.«

Denne konvention er ratificeret af 33 lande, herunder Sverige og Finland, men ikke Danmark. Den kan således ikke udgøre hjemmelsgrundlaget for en pligt til at foretage høring forud for ophævelse i dansk ansættelsesret.

En modsat holdning til konventionen blev gjort gældende i U 2003.1570 H i forbindelse med proceduren for lønmodtagerens standpunkt om krav på oprejsning i forbindelse med en usaglig opsigelse:

»Konventionen er ikke ratificeret af Danmark. Det skyldes, at man fra dansk side mener, at den danske model giver tilsvarende beskyttelse som konventionen ville give. Så må staten, herunder domstolene, også være forpligtet til effektivt at give en sådan beskyttelse i tilfælde som det her foreliggende, hvor den usaglige og utilstrækkeligt begrundede afskedigelse ikke er omfattet af en overenskomst.« Modparten gjorde omvendt gældende: »ILO-konventionen er ikke ratificeret af Danmark. Det er sket med velberåd hu, og så kan den eller dens grundsætninger ikke finde anvendelse i dansk ret.«

Herom udtalte Højesteret:

»Højesteret finder, at tilkendelse af godtgørelse som følge af, at afskedigelsen af en ansat i en privat virksomhed ikke er rimeligt begrundet i den ansattes eller virksomhedens forhold, kun kan ske, hvis der er hjemmel hertil i lov, kollektiv overenskomst eller anden aftale. Dette er forudsat ved gennemførelsen af funktionærlovens § 2b og tilsvarende bestemmelser i lovgivningen eller kollektive overenskomster, og hverken EU-retten eller ILO-konventionen om afskedigelse, der ikke er ratificeret af Danmark, kan begrunde et andet resultat …«

Jørgen Rønnow Bruun deler opfattelsen af, at konventionen ikke indebærer høringspligt i dansk arbejdsret. Han anfører således, at det er på grund af mangler i den danske retstilstand, at Danmark har undladt at ratificere konventionen. Han finder, at en mere nærliggende mulighed havde været at ændre den danske retstilstand i overensstemmelse med konventionens krav.[283]

Således konstateret, at konventionen ikke indebærer høringspligt, må det undersøges, om der på andet grundlag kan identificeres en høringspligt i dansk arbejdsret:

283. Usaglig afskedigelse, 1. udg. 1996, side 207.

Den offentlige arbejdsgiver er i kraft af de forvaltningsretlige regler forpligtet til at foretage partshøring forud for bortvisning, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 1, som ifølge U 1996.1462 H også gælder ansættelsessager. Foruden partshøringshjemlen i forvaltningsloven er en udvidet høringspligt hjemlet i en ulovbestemt forvaltningsretlig grundsætning. Ifølge denne er afskedigelsesmyndigheden – inden der træffes afgørelse i sagen – forpligtet til i almindelighed at give den ansatte en redegørelse for myndighedens egen opfattelse af sagen *samt* den retlige kvalifikation af faktum og myndighedens eventuelle bevismæssige vurderinger.[284] Spørgsmålet er, om en lignende grundsætning gælder inden for funktionærretten, og således forpligter den private arbejdsgiver?

Hasselbalch anfører,[285] at det kan have *bevismæssig* betydning, at en arbejdsgiver, der påtænker at skride til bortvisning, om muligt foreholder lønmodtageren, hvad der anses at kunne danne grundlag for bortvisningen. Dette hænger sammen med, at arbejdsgiveren som nævnt ovenfor bærer risikoen for bortvisningens berettigelse. Det regnes ham således til skade, hvis han ikke ved almindelig påpasselighed forlods – f.eks. ved høring af funktionæren – har skaffet sig oplysninger om almindelige undskyldelige omstændigheder for misligholdelsen. Hasselbalch konkluderer imidlertid, at arbejdsgiveren i private ansættelser ikke har nogen formel høringspligt, inden bortvisning sker.

Den bevismæssige betydning af en forudgående høring var fremme i følgende afgørelser:

U 2000.298 H – Bortvisning uberettiget, da arbejdsgiver undlod høring forud for bortvisning

Ægtefællerne M og H drev fra 1977 til 1981 gennem et anpartsselskab en virksomhed med salg af produkter til blomsterhandlere. Anpartsselskabet blev taget under konkursbehandling, og den af anpartsselskabet drevne virksomhed blev i 1981 købt ud af konkursboet af selskabet A. Herefter blev både M og H ansat i A.

Efter en kunde lørdag den 25. marts 1995 havde afgivet en erklæring om, at hun kontant havde købt varer af H uden at få en kvittering, blev H bortvist mandag den 27. marts. Senere samme morgen forlod M virksomheden. Spørgsmålet om M's bortgang refereres i forbindelse med behandlingen af egen skyld i afsnit 8.1.6. Her behandles alene bortvisningen af H.

I landsrettens flertalspræmis, som i henhold til grundene blev enstemmigt stadfæstet af Højesteret, blev det lagt til grund, at H ved bortvisningen ikke var gjort

284. Jf. Jørgen Mathiassen, Forvaltningspersonellet, 2. udg. 2000, side 165ff.
285. Jf. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 603f.

bekendt med, hvilke beløb hun efter A's opfattelse havde tilegnet sig, eller hvilken dokumentation A havde for sin alvorlige beskyldning mod hende. Hun fik således ikke oplyst identiteten på den kunde, hvis betaling hun skulle have tilegnet sig. Hendes ægtefælle, der ansås for at have handlet i berettiget varetagelse af hendes interesse, bad samme dag om at blive gjort bekendt med dokumentationen, men fik afslag herpå. Det blev lagt til grund, at H først ved A's svarskrift til retten af 7. december 1995 blev bekendt med identiteten på kunden og dennes erklæring af 26. marts 1995. Ved ikke straks at underrette H om det konkrete grundlag for mistanken mod hende fandtes A at have afskåret hende fra at varetage sine interesser, herunder fra nærmere at redegøre for omstændighederne omkring hendes kassebetjening af kunden, mens disse var i frisk erindring.

Under disse omstændigheder fandt retten, at der måtte påhvile A en særdeles tung bevisbyrde. Denne var ikke løftet ved kundens vidneforklaring, herunder hendes forklaring om omstændighederne omkring hendes underskrivelse af den af direktøren konciperede erklæring. A fandtes således ikke med tilstrækkelig sikkerhed at have godtgjort, at H havde tilegnet sig betalinger til A. Bortvisningen fandtes herefter uberettiget.

H blev tilkendt løn i opsigelsesperioden samt godtgørelse i henhold til funktionærlovens §§ 2a og 2b – det vil sige, at retten end ikke fandt arbejdsgiverens begrundelse for bortvisningen tilstrækkelig saglig til at bære en opsigelse.

U 1988.160 H – Uberettiget bortvisning for overtrædelse af kassereglement, da ej umiddelbart påtalt

Sagen refereres indgående i afsnit 5.6, side 219. Her gives derfor blot et kort resume.

Sagen drejede sig om, hvorvidt ophævelsen af funktionærens ansættelsesforhold var berettiget eller ej. Et selvstændigt butikskontrolfirma havde over en periode på 7-8 måneder konstateret uregelmæssigheder med hensyn til funktionærens betjening af kassen i Kvickly. Ved udgangen af kontrolperioden blev funktionæren konfronteret med de konstaterede uregelmæssigheder og umiddelbart herefter tilbagekaldtes en ansættelseskontrakt for to følgende måneder.

Sø- og Handelsretten og to dissentierende højesteretsdommere fandt, at de gentagne overtrædelser af kassereglementet udgjorde en så væsentlig misligholdelse, at bortvisningen var berettiget.

Højesterets flertal på tre dommere tiltrådte, at funktionæren havde overtrådt kassereglementet. I kraft af, at der ikke umiddelbart efter observationerne eller senest i forbindelse med dagens kasseafstemning var rettet henvendelse til funktionæren om uregelmæssighederne, og at observationerne heller ikke på anden måde gav anledning til, at overholdelsen af kassereglementets bestemmelser blev indskærpet over for funktionæren, fandt Højesteret det betænkeligt at anse overtrædelsen af reglementet som en væsentlig misligholdelse. Bortvisningen blev herefter fundet uberettiget.

De to domme kan sammenfattes til en konstatering af, at det utvivlsomt kan få bevismæssig betydning, hvis arbejdsgiveren undlader at foretage høring forud for bortvisningen. En egentlig pligt til at foretage høring kan imidlertid næppe opstilles, sml. U 1988.160 H, hvor Sø- og Handelsretten såvel som to ud af fem højesteretsdommere – uden at beskæftige sig udtrykkeligt med høringsspørgsmålet – vurderede, at misligholdelsen var væsentlig.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl anfører,[286] at spørgsmålet om høring har været et moment i præmisserne til Sø- og Handelsrets afgørelser, som *ikke* er gentaget i Højesterets præmisser.[287] Ud fra et retligt synspunkt antager de derfor, at der ikke kræves iagttaget nogen særlig procedure – herunder partshøring – fra arbejdsgiverens side, når bortvisningsgrundlaget foreligger. Disse forfattere begrænser sig derfor til at konstatere, at det ud fra almindelige principper om god virksomhedsledelse kan være *naturligt* først at foretage bortvisningen, når funktionæren har haft lejlighed til at udtale sig.

Det må påpeges, at de tre (ældre) højesteretsdomme, som H.G. Carlsen og Danielle Buhl tager til indtægt for deres standpunkt, ikke er helt så sikre præjudikater, som de ud fra en umiddelbar betragtning kunne synes at være:

I afgørelsen U 1969.419/2 H havde funktionæren som almindeligt lejemål lejet en bolig ejet af sin direktør. Det var i sagen omtvistet, hvorvidt et brev fra funktionæren til direktøren vedrørende lejemålet udgjorde en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, eftersom tonen i brevet var alt andet end sober. Sø- og Handelsretten fandt, at bestyrelsen burde have taget en samtale med funktionæren forud for bortvisning på grundlag af brevet, idet retten mente det primært var en skrivelse fra lejer til udlejer.[288] Herefter fandt retten ikke, at bortvisningen havde været beretti-

286. Jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg.2003, side 270.

287. De domme, der henvises til i den forbindelse, er U 1969.419/2 H, U 1973.44 H samt U 1973.135 H. Dommene kommenteres nærmere umiddelbart nedenfor.

288. Sml. afgørelsen U 2005.1392 VLK, hvor ægtefællerne A og B beboede en lejlighed, der var ejet af arbejdsgiveren. I januar 2004 opsagde arbejdsgiveren ansættelsesforholdene med A og B til fratræden med udgangen af april 2004. I samme forbindelse anmodede arbejdsgiveren om, at A og B ved opsigelsesvarslets udløb flyttede og fjernede samtlige personlige effekter. A og B flyttede imidlertid ikke, og der blev derfor indgivet begæring til fogedretten om udsættelse. Ifølge fogedrettens kendelse, som af landsretten blev stadfæstet i henhold til grundene, var parterne enige om, at der ikke siden 1998 var blevet betalt husleje for lejligheden. Det blev herefter lagt til grund, at ægtefællerne havde beboet lejligheden som et led i deres ansættelse hos arbejdsgiveren, og forholdet var derfor ikke omfattet af lejeloven. Det var ubestridt, at ægtefællerne i forbindelse med opsigelsen af ansættelsesforholdene havde fået et rimeligt varsel til at flytte, og derfor blev arbejdsgiveren indsat i besiddelse af ejendommen.

get. Højesterets flertal mente, at brevets indhold kunne berettige til en påtale eller en advarsel, eventuelt give anledning til en opsigelse. Flertallet fandt imidlertid ikke, at brevet udgjorde en grov misligholdelse af tjenesteforholdet, og bortvisningen blev derfor fundet uberettiget. Hermed havde Højesterets flertal ingen grund til at forholde sig til spørgsmålet om en eventuel pligt til at foretage høring forud for bortvisning.

Støtte for H.G. Carlsens og Danielle Buhls synspunkt findes kun i Højesterets mindretalsvotum, idet to dommere vurderede, at brevet indeholdt ugrundede sigtelser mod direktøren om upålidelighed og løftebrud. Disse dommere fandt hermed, at der forelå så grov en misligholdelse, at bortvisningen havde været berettiget. Det er – som anført af H.G. Carlsen og Danielle Buhl – korrekt, at disse dommere ikke i deres votum forholdt sig til det af Sø- og Handelsretten introducerede spørgsmål om høringspligt.

I afgørelsen U 1973.44 H fandt Højesteret den stedfundne bortvisning uberettiget allerede fordi, det retsstridige forhold var begået mere end to år før bortvisningens gennemførelse – altså ud fra et passivitetssynspunkt. Sø- og Handelsretten fremførte også dette argument, men ikke selvstændigt: Sø- og Handelsretten fandt bortvisningen uberettiget, fordi funktionæren ikke inden bortvisningen havde haft lejlighed til at udtale sig om det forhold, der lå så langt tilbage i tiden. At Højesteret ikke inddrager spørgsmålet om høring i sin argumentation, kan imidlertid ikke tages som udtryk for afvisning af en egentlig høringspligt. Højesteret har blot vægtet passivitetsvirkningen så tungt, at det har været overflødigt at tage stilling til yderligere argumenter.

I afgørelsen U 1973.135 H mente Sø- og Handelsretten, at arbejdsgiveren skulle have givet funktionæren lejlighed til en mundtlig drøftelse af problemerne, før hun blev bortvist på grund af udeblivelse. Højesteretsafgørelsen er afsagt med tre forskellige vota. Tre dommere nåede frem til, at bortvisningen var uberettiget, allerede fordi der ikke forelå grov misligholdelse. I et mindretalsvotum fra to dommere blev misligholdelsen fundet grov og bortvisningen dermed berettiget. I dette mindretalsvotum kunne spørgsmålet om høring altså have været behandlet, men blev det ikke, jf. H.G. Carlsens og Danielle Buhls udlægning.

Selvom der ikke på denne baggrund kan konstateres at være belæg for at opstille en egentlig høringspligt for den private arbejdsgiver, må det fremhæves, at der i retspraksis synes at være en udviklingstendens i retning af opstilling af meget tunge beviskrav for så vidt angår de tilfælde, hvor høring ikke er foretaget.

Denne udviklingstendens spores ved, at flertallet af højesteretsdommerne i den nyere afgørelse, U 1988.160 H, fandt bortvisningen uberettiget, fordi der ikke havde fundet en høring sted. Mindre kategorisk er spørgs-

målet imidlertid behandlet i U 2000.298 H. Her var der mellem landsretten og Højesteret enighed om, at arbejdsgiverens argumenter for misligholdelsens væsentlighed set i lyset af den manglende høring ikke var tilstrækkeligt tungtvejende til at berettige bortvisningen. Heri ligger på den ene side nok en anerkendelse af den bevismæssige værdi i en høring, men på den anden side også en tilkendegivelse om, at argumenterne for en væsentlig misligholdelse kan være så vægtige, at bortvisningen er berettiget selv uden høring.

På denne baggrund kan det konstateres, at Hasselbalch har ret i, at en egentlig pligt til høring ikke kan konstateres. Opmærksomheden på høring som bevisdatum er imidlertid uomtvistelig og nok også stigende. Spørgsmålet om foretagelse af partshøring i bortvisningssager er således ikke blot, som udtrykt af H.G. Carlsen og Danielle Buhl, »et naturligt ledelsesredskab«. Høring har juridisk betydning, når sager om bortvisningers berettigelse skal afgøres.

5.2.4 Krav til begrundelse for ophævelsen?

På det private arbejdsmarked gælder ikke nogen regel om, at arbejdsgiveren ex officio skal begrunde en *opsigelse*. I praksis sker det i de fleste tilfælde – og det kan til enhver tid tilrådes. Begrundelsen tjener navnlig til parternes afklaring af, om *opsigelsen* er rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, eller om der er grundlag for tilkendelse af godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2b.[289]

Funktionærloven indeholder i § 17 en regel om såkaldte »tjenesteattester«. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

> »Funktionæren har til enhver tid ret til af arbejdsgiveren skriftligt at få bekræftet, i hvilket tidsrum tjenesteforholdet har varet, med hvilket arbejde funktionæren i hovedsagen har været beskæftiget, hvilken løn funktionæren oppebærer, og – i tilfælde af *opsigelse* – på begæring oplysning om årsagen til afskedigelsen.« [Kursiveringen er foretaget her].

Uanset ordlyden er der i retsteorien almindelig enighed om, at funktionærens ret til på begæring at få oplysning om årsagen til afskedigelsen ikke blot gælder i tilfælde af opsigelse, men også ved ophævelse.[290] Dette

289. Jf. Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 341.
290. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 773, Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 603 og Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 345.

er i god pagt med, at den, der hæver en kontrakt, under en senere retssag har bevisbyrden for berettigelsen af ophævelsen.

5.3 Væsentlighedsbetingelsens nærmere indhold

5.3.1 Det obligationsretlige udgangspunkt

Det er ikke muligt at opstille en fast definition af væsentlighedsbetingelsen.[291] Dette er imidlertid ikke så mærkeligt, eftersom en mangfoldighed af faktorer kan få indflydelse på, om et konkret kontraktbrud er så omfattende, at medkontrahenten på grundlag heraf skal have mulighed for at hæve kontraktforholdet. Gomard udtrykker det således:

> »Ikke enhver misligholdelse giver kreditor adgang til at hæve kontrakten. Hovedreglen om al misligholdelse uanset dennes art er, at kreditor kan og kun kan hæve i tilfælde af *væsentlig* misligholdelse. Betydningen af ordet væsentlig er fleksibel. Der kan ikke angives et mål, som både er generelt og præcist for, hvornår en misligholdelse er væsentlig, f.eks. for forsinkelse én uge eller mere eller for værdiforringende mangler en værdiforringelse på mere end 5 eller 10 % af værdien af vederlaget. Den *tidsmæssige eller procentvise afvigelse* fra, hvad der kræves til rigtig opfyldelse, spiller en væsentlig rolle, men afgørelsen af, om en misligholdelse er væsentlig og hævebegrundende, beror på en *helhedsvurdering*, der også tager andre faktorer i betragtning.«[292]

Heraf fremgår, at vurderingen af væsentligheden ikke blot indeholder de umiddelbart konstaterbare fakta. Helheden skal vurderes, og hermed vil væsentlighedsvurderingen altid være meget konkret. Kontraktindholdet spiller en vigtig rolle i forbindelse med vurderingen af kontraktbrud, men som påpeget andetsteds af Gomard træder situationen ved kontraheringen

291. Et forsøg på at definere væsentlighedsbetingelsen er gjort af Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 218, som anfører, at spørgsmålet om væsentlighed indebærer en vurdering af, om misligholdelsen rent faktisk *har haft eller vil få indgribende betydning for den pågældende* kreditor. Denne definition kan imidlertid ikke tiltrædes, fordi den f.eks. ikke er i harmoni med den almindelige hovedregel om, at pengemangel er ensbetydende med væsentlig misligholdelse (Sml. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 90: »Forsinkelse med *betaling af penge* bedømmes i almindelighed strengere end forsinkelse med præstation af andre ydelser …«). Ydermere synes kravet om »indgribende betydning« at overstige, hvad der kan lægges i det funktionærretlige begreb »grov misligholdelse« (et begreb, som formentlig overstiger kravene til væsentlig misligholdelse, jf. herom nedenfor i afsnit 5.3.2).
292. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 87.

efterhånden i baggrunden i vedvarende kontraktforhold. En begivenhed, som eventuelt er en væsentlig misligholdelse, må nemlig bedømmes ud fra forholdene, som de er, når begivenheden indtræder.[293]

I forbindelse med væsentlighedsvurderingen foretages en afvejning mellem hensynet til den ulempe misligholdelsen har tilføjet og vil tilføje kreditor, og hensynet til ulempen for debitor ved ophævelse af kontrakten. En misligholdelse kan være væsentlig for kreditor, selv om misligholdelsen for andre ville være uvæsentlig og omvendt, jf. Gomard som anfører:

> »En misligholdelse er uvæsentlig, *hvis* kreditor – eller en fornuftig person i kreditors sted – ville have anset en sådan misligholdelse som betydningsløs, *hvis* han ved kontraheringen havde været opmærksom på denne mulighed eller, *hvis* misligholdelsen faktisk ved opfyldelsen viser sig at være uden betydning for kreditor.«[294]

På linje hermed anfører Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, at det afgørende om væsentlighedskravet er, om den ramte part, på det tidspunkt ophævelsen kommer på tale, har *et rimeligt krav på nu at frigøre sig fra aftaleforholdet*. Om dette er tilfældet beror på en afvejning mellem en række af formuerettens velkendte – men ofte indbyrdes modstridende – hensyn, der kredser om parternes interesse i at kunne frigøre sig fra, respektive at kunne fastholde aftaleforholdet med de omkostninger, der følger af ophævelsen.[295]

Hos Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky argumenteres endvidere for et proportionalitetshensyn, hvorefter en retsfølge bør stå i passende forhold til det retsbrud, den udspringer af. Det ligger således klart, at en part, der pludselig har mindre interesse i transaktionen, ikke bør kunne komme ud af den under påskud af bagatelagtige uregelmæssigheder. Forfatterne erkender, at man ikke blot ved at »måle« differencen mellem den aftalte realydelse og den faktisk leverede ydelse kan afgøre, om kreditor har hæveret, men efter omstændighederne kan proportionalitetshensynet være afgørende.[296]

5.3.2 Begrebet »grov misligholdelse«

Hvad der nærmere ligger i betingelsen »grov misligholdelse«, gøres ikke til genstand for nærmere opmærksomhed i funktionærlovens forarbejder, jf. Lars Svenning Andersen:

293. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 93.
294. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 88ff.
295. Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 218.
296. Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 220.

> »Hvad udtrykket »grov misligholdelse« nærmere dækker over, fremgår ikke af forarbejderne til loven. Det er der nu ikke noget underligt i. Der er ikke tale om et stationært begreb. Om en misligholdelse konkret må betegnes som grov, afhænger af en række omstændigheder knyttet til de forhold, der gælder for den funktionær/arbejdsgiver, hvis forhold bedømmes. Derudover kan vurderingen af, hvornår en misligholdelse er grov, ændres i takt med den herskende samfundsmoral.«[297]

I funktionærretlig sammenhæng behandles det obligationsretlige begreb »væsentlig misligholdelse« ofte i sammenhæng med det funktionærretlige begreb »grov misligholdelse«. Dette beror på, at behandlingen af ophævelsesadgangen ofte gennemføres i tilknytning til behandlingen af funktionærlovens to erstatningsregler, § 3 om arbejdsgiverens erstatningsansvar og § 4 om funktionærens erstatningsansvar, hvorefter netop »grov misligholdelse« er en faktor, der kan udløse erstatningsansvar.[298] Således anføres eksempelvis hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl:

> »FUL's erstatningsregler afviger på visse punkter fra almindelige regler om erstatning i kontraktsforhold, idet erstatning (jf. § 3, stk. 1 og 4 samt § 4) kun skal ydes, når misligholdelsen er »grov«, hvilket må betyde det samme som »væsentlig«, og det yderligere er en betingelse, at forholdet hæves.«[299]

I det følgende undersøges det på grundlag af funktionærlovens forarbejder og funktionærlovens erstatningsregler, om der er belæg for at sætte lighedstegn mellem det obligationsretlige begreb »væsentlig misligholdelse« og det funktionærretlige begreb »grov misligholdelse«:

Ved indførelsen af funktionærloven blev det *ikke* foreslået nærmere regler om ophævelsesbeføjelsen, jf. følgende passus:

> »Flertallet har ikke fundet Grund til at udforme nærmere Regler om, i hvilke Tilfælde Parterne uden Opsigelsesvarsel skal kunne hæve Tjenesteforholdet paa Grund af Misligholdelse, bristende Forudsætninger o. lign., saaledes at dette Spørgsmaal fortsat maa afgøres efter almindelige civilretlige Regler.«[300]

---

297. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 689.
298. Hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 687ff. samt 759ff. er det således erstatningsreglerne, der er i centrum under overskrifterne om funktionærens henholdsvis arbejdsgiverens grove misligholdelse.
299. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 199.
300. Rigsdagstidende 1937-38, tillæg B spalte 2075-76, Udvalgsbetænkning vedrørende forslaget til den første funktionærlov: »Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i private Erhvervsvirksomheder«.

Tværtimod henvises eksplicit til de »almindelige civilretlige Regler«, hvilket for så vidt angår ophævelsesbeføjelsen vil sige, at den almindelige væsentlighedsbetingelse er udgangspunktet for beføjelsen til at hæve funktionærforholdet.

I funktionærlovens § 3, stk. 3 er der fastsat en bestemmelse om, at der »også« er erstatningsansvar, »når funktionæren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side«. Ligeledes bestemmes det i § 4, at én af de tre erstatningsudløsende faktorer er, at »arbejdsgiveren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse af kontrakten fra funktionærens side«.

Sammenholdes erstatningsreglernes formuleringer med ovennævnte passus fra forarbejderne, ses, at betingelsen om ophævelse på grund af grov misligholdelse ikke er en almengyldig betingelse for at ophæve funktionærforholdet. Derimod hjemler bestemmelserne ansvarsgrundlag for den misligholdende kontraktpart, hvis ophævelsen er gennemført på grundlag af en misligholdelse, der kan kvalificeres som grov.[301]

Teoretisk kan der således ikke være tvivl om, at den almindelige obligationsretlige væsentlighedsbetingelse er afgørende forudsætning for funktionærforholdets ophævelse. Spørgsmålet er imidlertid, om det i praksis er muligt at differentiere begreberne »væsentlig misligholdelse« og »grov misligholdelse«, eller om det er berettiget, at sætte lighedstegn mellem dem, jf. det ovenfor citerede fra H.G. Carlsen og Danielle Buhl.

Øvelsen er uden tvivl vanskelig. Ydermere er der ikke blot grund til differentiere mellem væsentlig misligholdelse og grov misligholdelse. For så vidt angår sidstnævnte begreb er der også grund til at sondre mellem henholdsvis arbejdsgiverens og funktionærens misligholdelse. Jf. således Hasselbalch, som anfører, at sammenfatningen af betingelserne for at hæve i tilfælde af henholdsvis arbejdsgiverens og lønmodtagerens misligholdelse til et krav om »grov« misligholdelse antyder en parallelitet, som næppe er til stede. Arbejdsgiverens bortvisningsadgang er underkastet indskrænkninger ud over, hvad der følger af almindelige regler om hævebeføjelsen. Hasselbalch antager, at lønmodtageren derimod må have en endog særlig fri mulighed for at komme ud. Dette begrundes med, at lønmodtagerens adgang til at hæve kontrakten jævnlig er den eneste måde, på hvilken han rent praktisk kan reagere på arbejdsgiverens misligholdelse. Hertil kommer, at lønmodtageren vanskeligere kan tåle en misligholdelse fra

301. Hos Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 243. lægges det i overensstemmelse hermed til grund, at de almindelige obligationsretlige regler om hæveadgang ved væsentlig misligholdelse er afgørende for, hvornår funktionærforholdet kan ophæves.

arbejdsgiverparten, idet kontraktens korrekte opfyldelse er lønmodtagerens levebrød.[302]

Denne antagelse er i god pagt med, at der ikke er parallelitet mellem funktionærlovens regler om varsling af opsigelse, der er væsentligt længere for arbejdsgiveren (op til 6 måneder), end de er for funktionæren (1 måned). Hertil kommer, at der stilles krav om saglighed, når det er arbejdsgiveren, der opsiger ansættelsesforholdet. Opfyldes saglighedskravet ikke, kan arbejdsgiveren mødes med krav om godtgørelse.

5.3.3 Subjektivt element i begrebet »grov misligholdelse«?

Det almindelige obligationsretlige udgangspunkt er, at misligholdelsesbegrebet er objektivt. Misligholdelsesvirkninger kan indtræde, når det på objektivt grundlag – uafhængigt af, om subjektive omstændigheder foreligger eller ej – kan konstateres, at kontrakten ikke er opfyldt korrekt.

Det forhold, at funktionærloven har indført begrebet »grov misligholdelse« contra det almindelige obligationsretlige begreb »væsentlig misligholdelse«, leder tankerne i retning af, at der stilles krav om subjektivt dadelværdige forhold, før en funktionærretlig misligholdelse kan føre til (erstatningspådragende) ophævelse (bortvisning eller bortgang). Dette har da også været drøftet i teorien:

Ussing anførte:

> »…ved aftaler om personligt arbejde må der vistnok jævnligt tages hensyn til, om ikke-opfyldelse kan lægges arbejderen til last«.[303]

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl opstilles nogle »vejledende sætninger« om væsentlighedsbedømmelsen og uddybende herom anføres:

> »Funktionærens misligholdelse bedømmes strengere, jo mere der subjektivt kan bebrejdes ham. Det betyder imidlertid ikke, at der nødvendigvis skal foreligge et subjektivt dadelværdigt forhold, for at der kan foreligge misligholdelse. Denne er … en objektiv kendsgerning, der efter omstændighederne – uden at der i sædvanlig

302. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 627. Samme linje blev anført af Ussing, Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 361, ligesom H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret 235ff. lægger differentieringen til grund: »Funktionærens misligholdelse bedømmes gennemgående langt mere nuanceret end arbejdsgiverens. Tilfældene er mere varierede, og navnlig stilles ret store krav til væsentligheden. Denne omstændighed giver undertiden anledning til bitterhed hos arbejdsgivere, men sjældent med rette. Det er klart, at der må kræves strenge betingelser opfyldt, før funktionærens uretmæssige forhold kan bevirke, at han uden varsel mister levebrød og anciennitet.«
303. Jf. Ussing, Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 89.

> forstand er noget at bebrejde funktionæren – kan udløse beføjelser for arbejdsgiveren ...« Som eksempel på objektiv misligholdelse nævnes blandt andet uforskyldt fængsling.[304]

Hasselbalch er på linje hermed. Han anfører, at det undertiden siges, at misligholdelsen for at virke hævebegrundende skal kunne tilregnes arbejdstageren som subjektivt uforsvarlig. Han bekræfter, at hævebeføjelsen er mest nærliggende, når dette er tilfældet. Selv om kravet om tilregnelse kan være praktisk som en karakteristik, der opsamler en række af de momenter, hvorpå hæveadgangen hviler, kan der imidlertid ikke opstilles nogen ufravigelig betingelse i den retning. Hasselbalch fastholder således, at misligholdelsesbegrebet fundamentalt set er objektivt, men han anfører, at kravene til misligholdelsens væsentlighed er større, hvor et pligtbrud ikke kan tilregnes arbejdstageren, end hvor det netop er tilregneligt. Herefter introducerer han den modsatte ende af skalaen for så vidt angår tilregnelighed, nemlig at undskyldelige omstændigheder på lønmodtagersiden ofte stiller sig hindrende i vejen for en bortvisning.[305]

Spørgsmålet om undskyldende omstændigheder og utilregnelighed var fremme i afgørelsen U 1967.614 H:

> En civilingeniør A var ansat hos civilingeniør B i dennes firma. A blev bortvist fra sin stilling, blandt andet fordi han til B's hustru havde fremsat nogle beskyldninger om, at B havde gjort tilnærmelser til ham. Under det efterfølgende søgsmål om bortvisningens berettigelse forsøgte A ved flere lægeerklæringer at føre bevis for, at udtalelsen til B's hustru ikke kunne tilregnes ham som en grov misligholdelse af hans tjenesteforhold, fordi han på tidspunktet for udtalelsens fremsættelse havde befundet sig i en psykotisk tilstand. Fire ud af fem højesteretsdommere nåede imidlertid frem til det resultat, at bortvisningen var berettiget, eftersom det ikke var tilstrækkeligt godtgjort, at A på tidspunktet for udtalelsens fremsættelse havde befundet sig i en sådan sindstilstand, at udtalelsen ikke kunne tilregnes ham som en grov misligholdelse af hans tjenesteforhold.

Det kan tiltrædes, at misligholdelsesbegrebet er objektivt, men at subjektive forhold kan have betydning for bedømmelsen af væsentligheden. Dette fænomen er velkendt også i almindelig obligationsretlig sammenhæng, jf. således Gomard:

> »Det er hovedreglen, at adgangen til at hæve en aftale på grund af misligholdelse ikke er betinget af, at misligholdelsen kan tilregnes debitor som forsætlig eller uagt-

304. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 236.
305. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 622.

som. I nogle tilfælde foreligger der dog kun misligholdelse, såfremt debitor har udvist fejl eller forsømmelse, og det tillægges undertiden betydning for afgørelsen af, om en misligholdelse anses for væsentlig eller uvæsentlig, om debitor har udvist fejl eller forsømmelse. Der forekommer subjektive elementer både i begreberne misligholdelse og væsentlighed.«[306]

5.4 Særlige retsvirkninger af ophævelse af funktionærkontrakter

Funktionærkontrakter er vedvarende kontraktforhold om udveksling af en personlig arbejdsydelse for en pengeydelse. Hver part indretter sig i tillid til også i fremtiden at modtage medkontrahentens ydelse mod fortsat at levere sin egen.

Dette er årsagen til, at sådanne funktionærkontrakter opsiges med lange varsler – varsler som er længst for arbejdsgiveren. I forarbejderne til funktionærloven siges det herom:

»Da det i Almindelighed for en Funktionær vil være vanskeligere at opnaa en ny Plads end for Arbejdsgiveren at skaffe sig en anden Funktionær, har Flertallet fundet det rimeligt, at Opsigelsesvarslet fra Funktionærens Side sættes kortere end fra Arbejdsgiverens Side, hvorfor der er foreslaaet en Opsigelsesfrist paa 1 Maaned.«[307]

Det er også årsagen til de følgende to undtagelser fra det almindelige udgangspunkt om, at ophævelse har den virkning, at begge parters forpligtelser bortfalder ex nunc:

En funktionær, der ophæver en funktionærkontrakt på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side, stilles, som om han var blevet uberettiget bortvist, eller hans modtagelse i tjenesten var blevet uberettiget nægtet. Det betyder, at funktionæren har krav på erstatning svarende til lønnen i hans individuelle varslingsperiode. Det er hermed ved lov bestemt, at arbejdsgiveren ikke skal kunne slippe hurtigere – og dermed billigere – ud af et funktionærforhold ved at misligholde kontrakten på en sådan måde, at funktionæren ophæver, jf. funktionærlovens § 3, stk. 4.

306. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 95.
307. Jf. Rigsdagstidende 1937-38, tillæg B spalte 2075. Af spalte 2079 fremgår, at mindretallet havde ønsket, at der med hensyn til opsigelsesvarslet fra de to parters side havde hersket ligelighed, således som det også fremgik af det oprindelige »Forslag til Lov om individuelle Arbejdsaftaler« stillet af det Konservative Folkeparti, jf. Rigsdagstidende 1937-38, tillæg A spalte 2485ff.

På samme måde bestemmes det i funktionærlovens § 18, stk. 1 in fine og § 18a, stk. 2 in fine om arbejdsgiverens ophævelse i tilfælde af funktionærens grove misligholdelse, at funktionærens ret til kompensation som følge af en konkurrence- eller kundeklausul bortfalder, hvis arbejdsgiveren berettiget har bortvist funktionæren. Det er imidlertid kun kompensationen, som bortfalder. Funktionærens forpligtelser i henhold til konkurrence- og kundeklausulen består uanfægtet.

5.5 Kan opsigelse med forkortet varsel bruges som alternativ til ophævelse?

Ussing antog,[308] at arbejdsgiveren som alternativ til at skride til det mest indgribende middel, nemlig ophævelse, kunne vælge et mindre indgribende, nemlig en opsigelse med forkortet varsel. Det er fristende at tiltræde antagelsen, men spørgsmålet er, om den holder:

Antagelsen forudsætter, at betingelserne for ophævelse er opfyldt, og det vil navnlig sige, at misligholdelsen er væsentlig. Arbejdsgiveren forudsættes hermed at kunne løfte bevisbyrden for, at funktionærforholdets fortsættelse er umuliggjort eller dog i meget høj grad vanskeliggjort.[309]

Såfremt arbejdsgiveren som alternativ til øjeblikkelig ophævelse på grund af den vel nok væsentlige misligholdelse ønsker at beholde funktionæren et bestemt kortere tidsrum, end varslingsreglerne tilsiger, kan han populært udtrykt siges både at ville blæse og have mel i munden: Der skal argumenteres for, at misligholdelsen er væsentlig, idet den gør det overordentligt problematisk eller måske sågar umuligt, at opretholde funktionærforholdet. Samtidig udtrykkes af arbejdsgiveren, at han – på trods af den »væsentlige« misligholdelse – godt kan bruge funktionæren lidt endnu. Hermed indicerer arbejdsgiveren med sine dispositioner, at misligholdelsen ikke har påført ham nogen skadevirkning,[310] hvilket kan underminere fundamentet under beviset for den væsentlige misligholdelse.

I en situation som denne er det derfor nærliggende at få mistanke om omgåelse fra de præceptive varslingsregler i funktionærlovens § 2 sammenholdt med § 21, stk. 1. Det forekommer derfor ikke sandsynligt, at en

308. Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 361.
309. Jf. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 615.
310. Sml. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 614 samt note 61, hvor der henvises til en faglig voldgiftskendelse fra 9/7-1975. I kendelsen havde en arbejdsgiver ladet nogle svende, som havde drukket på arbejde, færdiggøre akkorden. Dette blev taget som udtryk for, at forseelsen ikke var blevet betragtet som alvorlig, hvorfor arbejdsgiveren ikke havde haft bortvisningsgrund.

domstol under disse omstændigheder vil lægge til grund, at en misligholdelse er så væsentlig for arbejdsgiveren, at den berettiger ham til at ophæve, og dermed som antaget af Ussing opsige med forkortet varsel. Arbejdsgiveren må vælge – vil han hæve kontrakten, eller vil han opsige den på sædvanlige vilkår. Vil han hæve, må fuldt ud argumenteres for dette standpunkt, hvilket indebærer, at arbejdsgiverens dispositioner må understøtte hensigten om ophævelse.

På trods af dette principielle standpunkt må erkendes, at der i den følgende afgørelse foreligger et eksempel på, at opsigelse med forkortet varsel blev gennemført i praksis:

U 1973.569 SH – eksempel på opsigelse med forkortet varsel

En overmontør var ansat i et aktieselskab, og det var aftalt, at ansættelsen skete efter reglerne i funktionærloven. Overmontøren arbejdsopgave bestod i at yde service og udføre reparationer for de kunder, der havde købt gaffeltrucks. Til det formål havde han rådighed over en af selskabets biler. En lørdag nat blev han taget i spirituskørsel, og som følge heraf fik han frataget førerretten i 1 ½ år og blev idømt 14 dages hæfte. Han kontaktede straks sin arbejdsgiver og foreslog denne, at han fortsatte sit arbejde ved at benytte en invaliderentemodtager fra sin bekendtskabskreds som chauffør. 14 dage senere blev afholdt et møde mellem overmontøren og arbejdsgiveren. Ved mødets afslutning fik overmontøren overrakt en i forvejen affattet skrivelse, hvorefter han blev bortvist med øjeblikkelig virkning. Han blev dog tilbudt at blive i sin stilling i næsten 2 måneder, såfremt han for egen regning benyttede sig af chauffør. Således fortsatte han i sit job i den tilbudte periode. Efterfølgende rettede overmontøren henvendelse til sit forbund, som skrev til arbejdsgiveren, at det anså det givne varsel for at være for kort i henhold til funktionærlovens bestemmelser – overmontøren var berettiget til 4 måneders varsel. På baggrund heraf blev der anlagt retssag om uberettiget bortvisning. Ved denne fandtes bortvisningen imidlertid berettiget, og hermed blev også det forkortede varsel godkendt.

Lars Svenning Andersen[311] problematiserer over muligheden for at opsige med forkortet varsel, og heraf kan udledes følgende: Arbejdsgiveren er forpligtet til at påse varslingsreglerne i forbindelse med opsigelse. Arbejdsgiveren er ikke bundet heraf i tilfælde af ophævelse, som jo sker ex nunc. Såfremt funktionæren mod sin vilje opsiges med forkortet varsel, opstår spørgsmålet, om han kan påberåbe sig, at opsigelse med forkortet varsel er udtryk for anticiperet misligholdelse fra arbejdsgiverens side, hvis betingelserne for bortvisning ikke er opfyldte. Arbejdsgiveren over-

311. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 691.

holder jo ikke sin forpligtelse til at påse varslingsreglerne. Såfremt dette lægges til grund, vil funktionæren muligvis kunne hæve ansættelsesforholdet. Kan det ikke lægges til grund, at opsigelsen med forkortet varsel er en anticiperet misligholdelse fra arbejdsgiverens side, vil funktionæren være henvist til at påstå sig tilkendt løn under det fulde opsigelsesvarsel. Det må konstateres, at det kan være vanskeligt at dokumentere væsentlighed ved en anticiperet misligholdelse, når der som her ikke er tale om misligholdelse af én af hovedforpligtelserne, arbejds- eller vederlagsforpligtelsen.

Herefter skriver Lars Svenning Andersen, at opsigelse med forkortet varsel kun kan anvendes, i det omfang parterne i fælles interesse er enige om, at konsekvensen heraf er, at en efterfølgende sag skal afklare, om der på opsigelsestidspunktet var bortvisningsgrundlag. Er det tilfældet, har funktionæren ikke yderligere krav, og var det ikke tilfældet, vil den erstatning, der tilkommer funktionæren alene være for restopsigelsesperioden.

I det omfang parterne ikke er enige om at gennemføre en sådan midlertidig løsning med opsigelse på forkortet varsel, når Lars Svenning Andersen frem til, at arbejdsgiveren fuldt ud må påberåbe ophævelse på grund af grov misligholdelse. En opsigelse med forkortet varsel kan ikke i denne situation betragtes som »det mindre i det mere«, fordi den indebærer en række fortsatte forpligtelser for funktionæren samtidig med, at arbejdsgiveren principielt påberåber sig en ophævelsesgrund.

Hasselbalch anfører,[312] at den byrdefordelingsbetragtning, der ligger i opsigelse med forkortet varsel som alternativ til ophævelse, næppe vil kunne gøres gældende uden udtrykkelig hjemmel herfor. En sådan hjemmel findes i funktionærlovens § 5, stk. 2, hvorefter det ved skriftlig kontrakt kan bestemmes, at funktionæren efter 120 sygedage inden for en periode på 12 måneder kan opsiges med 1 måneds varsel (altså væsentligt mindre end udgangspunktet om 3-6 måneders varsel, jf. § 2).

På baggrund af ovenstående må det konstateres, at ovennævnte afgørelse kan begrundes med, at parterne var enige om opsigelsen med forkortet varsel. Således fastholdes her det principielle standpunkt, at arbejdsgiveren må vælge mellem enten opsigelse på sædvanlige vilkår eller ophævelse, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt. Kun hvor funktionæren giver sit samtykke til opsigelse med forkortet varsel i en situation, hvor en bortvisning ville være fuldt berettiget, kan forkortet varsel godkendes. Godkendelsen kan ligge implicit i en afgørelse om bortvisningens berettigelse, jf. U 1973.569 SH.

312. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 476, note 69.

I en lidt anden variant end de her nævnte misligholdelsestilfælde ses af og til opsigelse med forkortet varsel, nemlig hvor funktionæren afstår fra normalt opsigelsesvarsel på grund af arbejdsgiverens dårlige økonomi. Hasselbalch skriver herom, at meget taler for at anerkende, at funktionæren for at undgå en konkret opsigelse lovligt må kunne give afkald på sit fulde lovhjemlede varsel i en periode, hvor den økonomiske situation er uafklaret. Det må her kræves, at omstændighederne ikke i øvrigt fremkalder mistanke om omgåelse af loven, og at ordningen er i begge parters interesse. Som det mindre må han i hvert fald med bindende virkning kunne acceptere at fortsætte med nedsat varsel i en kortere afviklingsperiode, når fuldt normalt varsel er udløbet.[313]

Den her skildrede løsning må være sikker, i det omfang funktionærens varsel trappes gradvist ned fra det tidspunkt, hvor opsigelsen kunne være givet, indtil det tidspunkt, hvor fratrædelse i henhold til en sådan opsigelse skulle være sket.

Spørgsmålet tangeres i afgørelsen U 1988.160 H,[314] hvor en funktionær var ansat som lærling hos Kvickly fra 1. juli 1982 til den 30. juni 1984. Herefter var han udlært. Ved skrivelse af 22. maj 1984 blev han ansat som butiksassistent i juli og august 1984. Ved skrivelse af 12. juni 1984 tilbagekaldte arbejdsgiveren imidlertid denne sommeransættelse. Baggrunden herfor var, at der ved kontrolbesøg foretaget af et selvstændigt butikskontrolfirma var konstateret uregelmæssigheder med hensyn til funktionærens kassebetjening. Arbejdsgiveren mente sig på baggrund heraf berettiget til at bortvise funktionæren, men af hensyn til hans uddannelsesstilling og udstedelse af bevis for læretiden »nøjedes« arbejdsgiveren med at tilbagekalde sommeransættelsen.

I Sø- og Handelsrettens afgørelse (som blev tiltrådt af to dissentierende højesteretsdommere) blev bortvisningen fundet berettiget, og det blev udtalt, at arbejdsgiveren ikke havde fortabt retten til at ophæve ansættelsesforholdet ved – af hensyn til funktionæren – at lade denne fortsætte sin ansættelse læretiden ud.

Afgørelsen blev omstødt af et flertal i Højesteret, som mente, at bortvisningen var uberettiget. Der blev derfor ikke af Højesteret taget stilling til, om retten til bortvisning var fortabt som følge af dispositionen med at lade funktionæren forblive i sin stilling læretiden ud.

313. Jf. Arbejdsrettens almindelige del, 2. udg. 2000, side 245.
314. Behandles indgående på side 219.

5.6 Eksempler fra retspraksis

I dette afsnit fremdrages et lille udsnit fra retspraksis om ophævelse af funktionærforhold for herved at illustrere grænserne for ophævelsesbeføjelsen i funktionærretlig sammenhæng.

Illustrationen foretages for så vidt angår to former for kontraktbrud, nemlig berigelsesforbrydelser og arbejdsvægring/lydighedsnægtelse. Begge disse former for kontraktbrud anses som udgangspunkt for væsentlige, men af gennemgangen ses grænsetilfælde, hvor kontraktbruddet efter en konkret vurdering er anset for ikke at kunne berettige til bortvisning.

5.6.1 Bortvisning på grund af berigelsesforbrydelser

I praksis føres der nogle sager om bortvisning på grund af berigelsesforbrydelser, men næppe så mange som rent faktisk kunne føres. Årsagen hertil er, at arbejdsgivere kan have en vis aversion mod at begrunde en bortvisning med en berigelsesforbrydelse. I stedet væges det ofte at begrunde en konkret bortvisning med tilsidesættelse af reglementer og instrukser.

Der kan være to forklaringer på, at arbejdsgivere vælger at disponere således. For det første vil hensynet til funktionæren ofte betyde, at arbejdsgiveren begrænser sig til sin egen reaktion (bortvisning) på et måske kriminelt forhold. Således viges ofte uden om politianmeldelse, som kan skade rygtet såvel for den pågældende funktionær som for virksomheden. For det andet må det formodes, at nogle arbejdsgivere ikke vil løbe risikoen for at begrunde bortvisningen med et måske uholdbart anbringende om en berigelsesforbrydelse. Der har nemlig – i hvert fald tidligere – været en tendens til, at begivenheden ikke kan bære en bortvisning i det civile forhold, hvis funktionæren først er frifundet i en straffesag. Jf. således Lars Svenning Andersen, som skriver følgende om problematikken:

> »Den politimæssige efterforskning og udfaldet af en eventuel straffesag afgør … normalt det civilretlige spørgsmål om bortvisningens berettigelse. Selv om man teoretisk kan forestille sig situationer, hvor en funktionær frifindes under en straffesag, og hvor bortvisningen er berettiget under henvisning til grov tilsidesættelse af givne forskrifter, så ses der ikke domme, der i praksis har nået dette resultat. Det hænger formentlig sammen med, at en bortvisning af medarbejderen under beskyldninger om tyveri er så alvorlig for denne, at konstateringen af, at arbejdsgiverens grundlag ikke var holdbart, normalt ikke vil efterlade mulighed for, at arbejdsgiveren efterfølgende påberåber sig overtrædelsen af reglementet som bortvisningsgrund.«[315]

315. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 729f., hvorefter der henvises til, at problemstillingen

Udfaldet af en forudgående straffesag blev afgørende for berettigelsen af en bortvisning i afgørelsen:

U 1969.662 H – Uberettiget bortvisning på grund af frifindelse i straffesag om underslæb

Funktionæren blev den 1. juni 1960 ansat som ekspedient hos en arbejdsgiver, som drev 15 tobaksudsalg i København. Cirka 7 1/2 år senere blev han bortvist med den begrundelse, at han måtte have tilegnet sig to betalinger på henholdsvis 250 kr. og 238 kr. Dette var konstateret tre uger tidligere. Arbejdsgiveren indgav politianmeldelse mod funktionæren, som imidlertid 1/2 år senere blev frifundet, idet kriminalretten på grundlag af forklaringerne og det i øvrigt oplyste om forretningsgangen og regnskabsførelsen i det pågældende udsalg og kontrollen hermed ikke fandt det fuldt bevist, at funktionæren havde tilegnet sig de nævnte beløb.

Herefter anlagde funktionæren civil sag om uberettiget bortvisning. Under bevisførelsen kom det frem, at der på det lagerudsalg, hvor funktionæren havde været beskæftiget, havde været en del lagermankoer igennem årene. Dette havde været kritiseret, og man havde ad forskellig vej forsøgt at dæmme op for problemet.

Funktionæren gjorde gældende, at den normale reaktion i et tilfælde som dette ville være opsigelse, da der hverken havde været tale om, at funktionæren havde tilegnet sig pengene, eller at der forelå en usædvanlig eller bevidst handling. Der havde kun været tale om fejl opstået af travlhed og uagtsomhed, som måtte kunne forekomme i en sådan forretning, navnlig når man var alene. Det var efter funktionærens opfattelse helt usandsynligt, at der skulle have været tale om bevidste forhold, idet der var lettere måder, hvorpå funktionæren kunne have tilegnet sig betalingerne, hvis dette havde været hans hensigt. Funktionæren gjorde endvidere gældende, at den af arbejdsgiveren valgte procedure for kasseafstemning havde gjort det vanskeligt at konstatere, hvorledes mankoer opstod. Var den konkrete dags manko blevet konstateret straks, havde fejlene været opdaget og rettet, inden de fik nogen konsekvenser. Funktionæren mente, at risikoen, for at en sådan konstatering ikke kunne ske, påhvilede arbejdsgiveren. Endelig gjorde funktionæren gældende, dels at bortvisning kun kunne komme på tale ved arbejdsmæssige forsømmelser, hvis der forelå en forudgående advarsel, dels at arbejdsgiveren havde udvist passivitet, idet bortvisningen først fandt sted ca. 3 uger efter forholdets konstatering.

Arbejdsgiveren gjorde gældende, at der forelå en grov misligholdelse, selv om det måtte lægges til grund, at funktionæren ikke havde tilegnet sig de omhandlede to beløb. Dette beroede blandt andet på, at det efter arbejdsgiverens opfattelse ikke kunne accepteres, at der forelå »normale« fejl, eftersom de to beløb var de eneste

---

behandles i afgørelserne U 1969.662 H, U 1998.655 V, U 2002.2350 Ø samt en kendelse fra Advokatnævnet af 8. juli 1999.

for de pågældende dage, som oversteg 200 kr. Det var således de to største beløb, der var gledet ud. Funktionærens to vigtigste funktioner havde netop været at modtage penge og at slå dem ind på kasseapparatet. Arbejdsgiveren var derfor af den opfattelse, at to så alvorlige tilsidesættelser, som de foreliggende, måtte berettige til bortvisning. Arbejdsgiveren mente, at funktionæren var advaret, idet arbejdsgiveren alvorligt havde påtalt de tidligere konstaterede mankoer, hvormed funktionæren var vidende om, at der forlangtes den største omhu. Herefter mentes han ikke have krav på yderligere advarsel.

Sø- og Handelsretten lagde til grund, at funktionæren havde erkendt at have begået fejl ved ikke at slå de to beløb i kasseapparatet. Det ansås for uafklaret, om beløbet var indgået i arbejdsgiverens selskab, som imidlertid måtte bære risikoen i så henseende på grund af de anvendte procedurer for kasseafstemning. Det blev dernæst lagt til grund, at der i det pågældende udsalg tidligere havde været »mankoer«, uden at disse kunne henføres til forhold fra funktionærens side. Det kunne ikke lægges til grund, at funktionæren i denne forbindelse have fået nogen advarsel, der kunne tillægges betydning for bortvisningen. Herefter fandtes fejlene ikke at have berettiget arbejdsgiveren til at bortvise funktionæren.

Højesteret nåede til samme resultat, men begrundede dette med, at de af funktionæren erkendte fejl efter udfaldet af straffesagen imod ham ikke kunne antages at udgøre en sådan væsentlig misligholdelse, at arbejdsgiverens bortvisning havde været berettiget.

Denne afgørelse fra 1969 er således et klart præjudikat for, at udfaldet af straffesagen bliver afgørende for berettigelsen af en bortvisning. En vis udviklingstendens er dog at spore. Således foreligger i den nedennævnte afgørelse fra 2002 et eksempel på, at en domstol er nået til det resultat, som Lars Svenning Andersen gisner om som et, man teoretisk kan forestille sig: Anklagemyndigheden ville end ikke rejse en straffesag, men alligevel blev bortvisningen anset for at være berettiget på grund af grov tilsidesættelse af givne forskrifter.

U 2002.2350 Ø – Bortvisning på grund af tyveri fra kassen, selvom utilstrækkeligt grundlag for tiltalerejsning

Funktionæren havde i lidt over 1 år været ansat som daglig leder og bestyrer af en cykelforretning, da han blev bortvist på grund af tyveri. Fire dage senere fik han besked om, at sagen var overgivet til politiet, som imidlertid opgav at rejse påtale i sagen, fordi beviserne efter en skønsmæssig vurdering ikke var tilstrækkelige til at opnå domfældelse i en straffesag, jf. retsplejelovens § 721, stk. 1, nr. 2.

Efterfølgende anlagde funktionæren en civil sag om uberettiget bortvisning. Under domsforhandlingen blev der forevist uddrag af en videofilm optaget i cykelforret-

ningen dagen før bortvisningen. Herudover blev der afgivet forklaring af parterne samt et enkelt vidne. Heraf fremgik, at funktionæren med jævne mellemrum lånte penge i kassen. Når dette skete, lagde han en låneseddel, så kassen stemte. Ifølge sin forklaring afregnede funktionæren lånene løbende. Dagen før bortvisningen havde funktionæren uden for cykelforretningen modtaget betaling for reparation af to cykler. Ifølge vidneforklaringen var denne betaling fordelt som en hundredkroneseddel og en tyver. Ifølge sin forklaring lagde funktionæren ikke pengene i kassen, da han kom ind i forretningen igen, fordi han blev opholdt dels af en kunde dels af et toiletbesøg. Pengene lagde han derimod fra sig på en højt placeret hylde på toilettet, og her glemte han dem. Efter bortvisningen blev der på funktionærens opfordring på toilethylden fundet en halvtredskroneseddel, og to øvrige ansatte forklarede, at de tidligere have fundet 3 tyvere og en tier på det samme sted (i alt 120 kr.). Arbejdsgiveren mente ved sine bilag og videooptagelsen at kunne bevise, at funktionærens forklaring måtte tilsidesættes, idet særligt videoen beviste, at funktionæren havde brugt de modtagne 120 kr. på at nedskrive sin låneseddel i kassen. De penge, som var fundet på toilettet, havde funktionæren haft mulighed for at anbringe efter bortvisningen.

Parterne var enige om, at bortvisning var en berettiget reaktion i tilfælde af tyveri, men navnlig under henvisning til politiets undladte påtale bestred funktionæren, at der var ført bevis for, at der havde fundet et tyveri sted.

Såvel byretten som landsretten støttede i præmisserne arbejdsgiverens anbringende om, at anklagemyndighedens påtaleopgivelse ikke i sig selv havde betydning for vurderingen af, om bortvisningen var berettiget. Ved de to retsinstanser faldt vurderingen af bevismaterialet imidlertid forskelligt ud. Byretten fandt ikke, at arbejdsgiveren i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at funktionæren uberettiget havde tilegnet sig de 120 kr. ved at nedbringe sin gæld i kassen. Det forhold, at funktionæren ikke havde slået beløbet i kassen, fandtes ikke at være en grov misligholdelse, som gjorde bortvisningen berettiget. Derimod blev funktionæren ikke tilkendt godtgørelse for usaglig opsigelse efter § 2b, fordi han var bekendt med, at arbejdsgiveren ikke accepterede, at der blev foretaget lån fra kassen.

For landsretten blev der fremlagt yderligere dokumenter i form af politirapporter fra den politimæssige efterforskning, herunder kriminalassistentens nærmere gennemgang af sagens videooptagelse. Af denne fremgik, at funktionæren efter at have modtaget betaling for de to reparationer kom umiddelbart til kassen, og i denne lagde en mønt og en seddel, og at han herefter tog et stykke papir op af kassen hvorpå han skrev to steder. Ifølge politirapporten så hylden på badeværelset med sin mængde af støv og skidt ud til aldrig at blive brugt. Desuden var den placeret så højt, at man med funktionærens højde kun kunne nå den med en stige. For landsretten forklarede funktionæren supplerende, at det formentlig var rigtigt, at lånesedlen var anført beløbene 300, 400, 280 og 300 i nævnte rækkefølge.

> På baggrund af bevisførelsen fandt landsretten det ubetænkeligt at tilsidesætte funktionærens forklaring. Det blev lagt til grund, *at* funktionæren uden for forretningen havde modtaget betaling fra to kunder fordelt som en hundredkroneseddel og en tyver, *at* han lagde beløbet i kassen uden at slå det i kasseapparatet, *og at* han på et stykke papir nedskrev sin gæld til kassen fra 400 kr. til 280 kr. Landsretten fandt det således bevist, at funktionæren havde tilegnet sig det for reparationerne modtagne beløb på 120 kr., hvorfor arbejdsgiveren havde været berettiget til at bortvise ham.

Dommen illustrerer, at tyveri er grov misligholdelse, som gør en bortvisning berettiget. De to retsinstansers forskellige vurdering af bevismaterialet i sagen illustrerer også, at det af arbejdsgiveren førte bevis for tyveri skal være rimeligt sikkert, om end hverken byretten eller landsretten kræver helt så høj bevissikkerhed, som er nødvendig for domfældelse i en straffesag.

Den seneste afgørelse af denne type går stik imod højesteretsdommen fra 1969. Omstændighederne var følgende:

U 2005.1131 Ø – Berettiget bortvisning på trods af frifindelse i straffesag om underslæb og tyveri

> Funktionæren blev ansat i et byggemarked i 1997. I november 2000 opsagde han sin stilling med fratræden pr. 31. december 2000. I perioden juni til december 2000 foretog arbejdsgiveren videoovervågning af kasseområdet i forretningen. Den 6. december 2000 blev funktionæren bortvist fra arbejdspladsen med henvisning til, at han uberettiget havde tilegnet sig kontanter fra kassen på et beløb ikke under 1.500 kr. Forholdet blev anmeldt til politiet.
>
> Til brug for den politimæssige efterforskning udarbejdede arbejdsgiveren opgørelser over kassetransaktioner for en periode på 4 måneder. Opgørelsen vedrørte i alt 29 kassemedarbejdere. Funktionæren havde annulleret 8,11 % af sine transaktioner, og hans andel af samtlige annulleringer androg 20,19 %. I politirapporten blev det på denne baggrund konkluderet, at funktionæren havde langt flere annullerede transaktioner end nogen anden kassemedarbejder.
>
> I september 2001 blev funktionæren af byretten frifundet for en tiltale for principalt underslæb subsidiært tyveri ved i perioden fra august til december 2000 at have tilegnet sig og uretmæssigt forbrugt 85.604 kr. Under afgørelsen af straffesagen blev det blandt andet lagt til grund, *at* funktionæren alene modtog en meget begrænset instruktion i arbejdet ved kassen, *at* der ikke forelå nogen skriftlig vejledning eller instruks, *at* annullering af et salg kunne finde sted, herunder såfremt der alene blev spurgt på en vare, eller såfremt en kunde af en anden grund ikke ønskede en vare, *at* der var flere medarbejdere, der foretog regulering af kassebeholdningen via annulleringer for ikke at risikere at få underskud i kassen og dermed blive mistænkt for tyveri, *at* der skete afløsning ved kassen, uden at der samtidig blev skiftet

bruger-ID, *og at* ikke alle medarbejdere talte kassen op ved at indtaste pengeenheder, før kassen blev afsluttet. Endvidere blev det lagt til grund, at de tidsangivelser, som fremgik af videoovervågningerne, ikke stemte overens med de fremlagte kasserullers tidsangivelse, og i enkelte videosekvenser var der ikke overensstemmelse med de kasseruller, som der var henvist til. Retten fandt derfor ikke, at der kunne lægges afgørende vægt på videoen.

Videre blev det lagt til grund, *at* ingen havde set funktionæren tage penge fra kassen, ud over at det var muligt, at der var samlet en 20-kroners mønt op, som kunne være drikkepenge, *at* funktionæren mange gange var blevet undersøgt, uden at der var fundet penge på ham, *at* han aldrig havde modtaget påtaler, uagtet der i længere tid var mistanke mod ham, og at funktionæren havde foretaget mange annulleringer, men at hans andel ikke var væsentlig højere end enkelte andres, når der tillige blev henset til antallet af funktionæren samlede ekspeditioner.

Herefter anlagde funktionæren et civilt søgsmål mod arbejdsgiveren. I denne forbindelse skulle det afgøres, om arbejdsgiveren havde været berettiget til at bortvise funktionæren på grund af mistanke om tyveri fra arbejdspladsen. Under den civilretlige behandling af sagen blev afspillet en videosekvens mere, end der var blevet afspillet for kriminalretten.

På grundlag af de foreviste videosekvenser sammenholdt med de afgivne vidneforklaringer fandt *byretten*, at funktionæren den 4. december 2000 havde udvist en adfærd, hvorved han med føje kunne mistænkes for tyveri af to pengesedler fra kassen. Herefter, og idet han ikke under bortvisningssamtalen den 6. december 2000 kunne fremkomme med en rimelig forklaring på, at kassen stemte den 4. december 2000 om aftenen, selv om der efter de stedfundne annulleringer af salg kunne forventes en positiv kassedifference, fandtes arbejdsgiverens bortvisning af funktionæren at være sket med rette.

Under henvisning til, at der fra arbejdsgiverens repræsentanters side blev afgivet detaljerede, samstemmende og overbevisende forklaringer, stadfæstede *landsretten* i henhold til de af byretten anførte grunde, at bortvisningen af funktionæren var sket med rette.

I den ældre og væsentligt mildere afgørelse, U 1969.662 H, havde politiet fundet beviset for underslæb så sikkert, at funktionæren blev tiltalt ved retten. I straffesagen blev han imidlertid frifundet. I den efterfølgende civile sag om bortvisningens berettigelse sættes i Højesterets præmisser lighedstegn mellem frifindelse i straffesagen og uberettiget bortvisning.

I afgørelsen U 2002.2350 Ø var politiet omvendt af den opfattelse, at bevismaterialet var så utilstrækkeligt, at tiltale end ikke kunne rejses. Alligevel nåede landsretten frem til, at bortvisningen havde været berettiget.

Tilsvarende blev funktionæren direkte frifundet i en straffesag om underslæb og tyveri forud for det civile søgsmål om bortvisningens berettigelse i afgørelsen U 2005.1131 Ø.

Der kan derfor ikke (længere) udledes en fast regel om, at frifindelse i straffesagen om berigelsesforbrydelser automatisk indebærer, at en bortvisning som følge af hændelsen er uberettiget. Som det fremgår af analysen af U 2002.2350 Ø, må det fastholdes, at vurderingen af bevismaterialet for domfældelse i en straffesag er og skal være mere sikker, end bevisbedømmelsen i en civil sag.

Dette understøttes af sagen fra 2005, hvor det spørgsmål, der skulle efterprøves i det civile søgsmål, var, om funktionæren kunne bortvises med rette alene på grundlag af *mistanken* om tyveri fra arbejdspladsen. Som refereret ovenfor var såvel byretten som landsretten af den opfattelse, at arbejdsgiveren havde formået at løfte bevisbyrden for bortvisningens berettigelse.

På baggrund heraf må det konstateres, at der her er sket en udvikling. Den tilbageholdenhed hos arbejdsgiverne i forhold til ikke at fremsætte beskyldninger, som ikke kan bære en straffesag, er således nok for nedadgående, hvilket må tilskrives den almindelige samfundsudvikling.

I den følgende afgørelse blev en bortvisning anset for berettiget, selvom det kriminelle forhold ikke var begået direkte mod arbejdsgiveren men derimod personaleforeningen:

U 2000.1234 V – Berettiget bortvisning på grund af underslæb over for personaleforening

Funktionæren havde igennem 27-28 år været ansat i selskabet BD og dette selskabs forgængere. I 1991 etablerede medarbejderne i selskabet en personaleforening, BD-klubben, for de til enhver tid værende ansatte. BD ydede et årligt tilskud til BD-klubbens fest. Funktionæren var fra etableringen af BD-klubben medlem af bestyrelsen for denne, og på bortvisningstidspunktet i 1997 var han både formand og kasserer.

I perioden fra primo 1996 til primo 1997 begik funktionæren underslæb mod BD-klubben for et beløb på ca. 32.000 kr., og på baggrund heraf blev han bortvist i april 1997. Et halvt år senere blev funktionæren dømt for underslæb. På BD-klubbens anmodning ydede BD et ekstraordinært tilskud på kr. 15.000 til klubben mod at få tiltransporteret underslæbsfordringen mod funktionæren.

Efterfølgende lagde funktionæren sag an mod BD med henblik på at få bortvisningen erklæret uberettiget, fordi underslæbet ikke var begået over for BD, men derimod en af BD uafhængig forening, BD-klubben.

BD påstod frifindelse under henvisning til, at bortvisningen var berettiget. Tyveri fra selskabet, BD, medførte altid bortvisning. På grund af den nære forbin-

delse mellem selskabet BD og BD-klubben fandt BD, at underslæbet mod klubben måtte ligestilles med underslæb mod selskabet. BD argumenterede herudover for, at hensynet til de øvrige medarbejdere talte for bortvisning.

Byretten nåede til det resultat, at bortvisningen var uberettiget, fordi BD-klubben var en fra selskabet BD forskellig juridisk person. Herudover fandt retten ikke, at funktionæren havde en sådan stilling i BD, at det havde berettiget grund til at frygte, at funktionæren i fremtiden ville begå strafbart forhold over for BD.

For landsretten blev der afgivet supplerende forklaringer af parterne, og heraf fremgik, at der var opstået en »lynch-stemning« på arbejdspladsen, da underslæbet var blevet opdaget. De øvrige ansatte ligestillede underslæbet med tyveri fra en kollega. Særligt SiD'erne havde været ret ophidsede.

Landsretten fandt bortvisningen berettiget, jf. følgende uddrag af præmisserne:

»Det underslæb, som [funktionæren] over en længere periode begik over for [BD-klubben], skete, medens han var formand for og kasserer i klubben. Klubbens formålsbestemmelse, bestemmelsen om, at kun ansat personale hos [BD] kan optages som medlem, bestemmelsen om, at et medlem skal udtræde af klubben, når medlemmet fratræder sin stilling hos [BD], og omtalen af klubben i personalehåndbogen, herunder at arbejdsgiveren har forpligtet sig til at yde et tilskud på 550 kr. pr. medlem, der deltager i den årlige fest, hvilket udgjorde en ikke uvæsentlig del af klubbens indtægter, er alle momenter, der er udtryk for, at klubben er tæt knyttet til arbejdsgiveren. Klubbens eksistens og fortsatte virke findes således i høj grad også at være i arbejdsgiverens interesse. Arbejdsgiveren accepterede da også at dække en væsentlig del af det underskud, der var opstået i forbindelse med underslæbet. Efter [en vidneforklaring], der støttes af [BD's] forklaring, lægges det til grund, at der var opstået uro blandt medarbejderne, da de blev bekendt med det skete, og at der var nærliggende mulighed for strejke, hvis [funktionæren] ikke straks var blevet bortvist. Der må i den forbindelse lægges vægt på, at de øvrige ansatte ikke længere kunne have tillid til [funktionæren], og at de derfor ville have vanskeligt ved at samarbejde med ham. Uanset der ikke var tale om tyveri eller underslæb begået direkte over for arbejdsgiveren, men over for en klub, der er en selvstændig juridisk person, findes underslæbet under hensyn til det foran anførte også i forhold til [BD] at udgøre et sådant tillidsbrud, at selskabet var berettiget til at bortvise [funktionæren] som sket.« Herefter blev BD's frifindelsespåstand taget til følge.

I afgørelsen bekræftes implicit, at konstateringen af, at funktionæren har bestjålet arbejdsgiveren, berettiger en øjeblikkelig bortvisning (dog med undtagelse af rene småtterier). Tyveri er så grov en misligholdelse, at advarsel er overflødig.[316]

316. Jf. afsnit 5.2.2 samt Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg., 2004, side 727.

Sagen vedrørte imidlertid ikke tyveri fra arbejdsgiveren, hvorfor fundamentet for bortvisningen er et andet: Det tillidsbrud, som er forbundet med en berigelsesforbrydelse kan være så alvorligt for virksomhedens drift, at det kan gøre en bortvisning berettiget, selvom det ikke er arbejdsgiveren, der er den forurettede for forbrydelsen. Det er således væsentligt at bemærke, at arbejdsgiverens ledelsesret og -pligt kan gøre det nødvendigt og berettiget at handle med det mest indgribende middel, ophævelse, hvis den som følge af forbrydelsen opståede tilstand på virksomheden er uholdbar for driften.

I afgørelsen U 1960.753 SH foreligger et eksempel på, at en berigelsesforbrydelse mod en anden end arbejdsgiveren kan gøre en bortvisning berettiget, når der er tale om en betroet medarbejder. I sagen blev en sparekasseassistent bortvist med rette på grund af uregelmæssighed i behandlingen af pengeforhold i en personale-kunstforening, som var sparekassen nærstående. Bortvisningen var berettiget, fordi sparekassen herefter ikke kunne have den efter hans stilling nødvendige tillid til ham.

I den ovenfor refererede afgørelse, U 2000.1234 V, var spørgsmålet, om funktionæren var en betroet medarbejder eller ej, genstand for opmærksomhed og tvist i parternes anbringender. Som det imidlertid fremgår af citatet fra dommens præmisser, har landsretten ikke ofret dette spørgsmål opmærksomhed. Sagen blev afgjort på grundlag af personaleforeningens tætte tilknytning til selskabet kombineret med det behov for at opretholde ro og orden, der meldte sig i medarbejderstaben i kølvandet på det tillidsbrud, som var forbundet med underslæbet.

På denne baggrund kan det konstateres, at berigelsesforbrydelser mod andre end arbejdsgiveren efter en helt konkret vurdering kan gøre en bortvisning af funktionæren berettiget. I så fald sker dette ikke på grund af direkte misligholdelse af de pligter, der som følge af ansættelsesforholdet hviler på funktionæren, men derimod på grund af groft tillidsbrud, som umuliggør fortsat samarbejde.

5.6.2 Arbejdsgiverens ledelsesret/arbejdsvægring og lydighedsnægtelse

Sagerne om arbejdsvægring og lydighedsnægtelse skal ses i sammenhæng med den helt centrale betydning arbejdsgiverens ledelsesret har i arbejdsretlig sammenhæng, hvilket skildres, inden et antal udvalgte sager refereres.

5.6.2.1 Arbejdsgiverens ledelsesret

Lønmodtagernes anerkendelse af ledelsesretten var en af hovedhjørnestenene i Septemberforliget, og den blev givet til gengæld for arbejdsgivernes anerkendelse af lønmodtagernes ret til at organisere sig og organisationernes ret til at føre kollektive forhandlinger.[317] Om den historiske rodfæstelse anføres hos Per Jacobsen:

> »Siden Septemberforligets afslutning i 1899 har en regel om, at arbejdsgiveren har ledelsesretten, været fast forankret i dansk kollektiv arbejdsret. Et af stridspunkterne under den arbejdskamp, der gik forud for Septemberforliget, var netop, at arbejdsgiverne frygtede, at arbejderorganisationerne ville gribe ind i deres ret til at bestemme over virksomhederne, noget som efter datidens samfundsforhold måtte forekomme helt utilstedeligt. Resultatet blev pkt. 4 i Septemberforliget, hvori, det bl.a. hed: *»Arbejdsgiverens ret til at lede og fordele arbejdet samt til at anvende den efter deres skøn til enhver tid passende arbejdskraft anerkendes, eventuelt støttes, af arbejdernes hovedorganisation ...«.«*[318]

Det betyder, at arbejdsvægring og lydighedsnægtelse er kontraktbrud, som tages meget alvorligt i arbejdsretlig sammenhæng.

Til ledelsesretten henføres traditionelt retten til *at* antage og afskedige medarbejdere, *at* give direktiver for arbejdets udførelse, *at* fastlægge arbejds- og spisetid (inden for de overenskomstmæssige rammer), *at* føre kontrolforanstaltninger og *at* give reglementariske bestemmelser om forholdene på arbejdspladsen.[319]

---

317. Jf. Jens Kristiansen, Ledelsesretten og dens grænser, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999, side 213ff.
318. Kollektiv Arbejdsret, 5. rev. udg. 1994, side 583.
319. Jf. Jørgen Rønnow Bruun, Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996, side 17, hvor videre anføres, at ledelsesretten er en følge af ejendomsretten til produktionsmidlerne i sammenhæng med kontraktfrihedens grundsætning. Ledelsesretten er derfor uafhængig af, om den er anerkendt i en hovedaftale før eller efter 1899 eller en kollektiv overenskomst. Ledelsesretten har dermed også betydning i virksomheder uden overenskomst.
Et pudsigt ikke-funktionærretligt eksempel på en reglementarisk forskrift forelå i en faglig voldgiftskendelse af 26/3-1985, hvor en virksomhed bortviste 3 ansatte i anledning af overskridelse af en tidsramme på 3 minutter for toiletbesøg, som var fastsat efter drøftelse i samarbejdsudvalget. Opmanden, Kiil, udtalte, at det ikke var godtgjort, at der var indgået en egentlig aftale i dette udvalg. Udleveringen af et referat fra samarbejdsudvalgsmødet og en senere indskærpelse udleveret til samtlige ansatte måtte herefter betragtes som virksomhedens tilkendegivelse om, at toiletbesøg uden for de fastlagte rammer ville blive anset for en grov misligholdelse og medføre bortvisning. En sådan generel tilkendegivelse kunne ikke i sig selv gøre det berettiget at bortvise en medarbejder, der uden tilladelse opholdt sig for længe på toilettet, idet afgørelsen

Arbejdsgiverens ledelsesret er imidlertid ikke ubegrænset.[320] Den stilling, funktionæren er antaget til at udfylde, udstikker rammerne for de opgaver, funktionæren kan pålægges at udføre. Noget arbejde er således ikke stillingen værdigt, mens andet kan være for krævende eller avanceret. Overskrides grænserne for det arbejde, funktionæren kan pålægges, bringer arbejdsgiveren sig i hævebegrundende misligholdelse. I sådanne tilfælde kan funktionæren derfor nægte at påtage sig opgaverne uden at blive mødt med misligholdelsesbeføjelser (eksempelvis bortvisning) som følge af lydighedsnægtelse/arbejdsvægring.[321]

Varige ændringer i arbejdsvilkårene skal ligeledes ske inden for stillingens rammer. Ønsker arbejdsgiveren ændringer uden for disse rammer, må han opsige funktionæren med hans individuelle opsigelsesvarsel og tilbyde genbesættelse på de nye vilkår. Opsigelsen vil være saglig, i det omfang arbejdsgiveren kan argumentere for, at gennemførelse af ændringerne er nødvendige af hensyn til virksomhedens fremtidige drift.

Såvel H.G. Carlsen og Danielle Buhl som Hasselbalch nævner eksempler på ændringer, som falder inden for henholdsvis uden for arbejdsgiverens ledelsesret. Navnlig for så vidt angår varige ændringer, er mulighederne for ændringer indskrænkede, mens midlertidige ændringer snarere skal tåles.[322] Herudover må funktionæren utvivlsomt tåle mere i nødsituationer, f.eks. medvirke til at redde, hvad reddes kan, hvis arbejdsgiverens virksomhed lider under alvorlig fare.[323] Dette er i pagt med almindelige nødretsbetragtninger.

Spørgsmål om vilkårsændringer var til genstand for prøvelse i afgørelsen:

---

heraf måtte træffes på grundlag af en individuel bedømmelse. De konkrete bortvisninger ansås imidlertid for uberettigede. Resumeet stammer fra databasen »Arbejdsret« fra Djøfs Forlag.

320. Allerede i Septemberforliget blev fastsat en regel til værn mod misbrug af ledelsesretten. De faglige organisationer fik således ret til at få en faglig voldgift til at efterprøve eventuelle misbrug af ledelsesretten. Jf. Jens Kristiansen, Ledelsesretten og dens grænser, jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999, side 215.

321. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 110 samt Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 506ff.

322. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 110ff. samt Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 506ff.

323. Sml. herved H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 112, som anfører: »Det antages af Ussing, at når skade fra anden side truer arbejdsgiveren må den ansatte efter omstændighederne træffe passende foranstaltninger herimod. Denne sætning føles naturlig, men den ses ikke at have givet sig udtryk i praksis.«

U 2000.1039 H – Berettiget bortvisning på grund af arbejdsvægring mod ændrede arbejdsopgaver

Funktionæren, der var uddannet civilingeniør, var ansat som taksator i et forsikringsselskab. Funktionæren beskæftigede sig med risikovurdering forud for selskabets antagelse af forsikringer. Dette arbejde bestod i byggeteknisk gennemgang og udarbejdelse af bygningsrapporter. Sideløbende hermed var funktionæren skadestaksator. Ved siden af sin ansættelse hos forsikringsselskabet drev funktionæren selvstændig erhvervsvirksomhed i et rådgivende ingeniørfirma. Dette skete i fuld overensstemmelse med forsikringsselskabet.

Ved lov nr. 391 af 14/6-1995 om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom mv. blev der indført den ordning, at sælger af en fast ejendom kan begrænse sit ansvar for mangler gennem indhentelse af tilstandsrapport og oplysning om ejerskifteforsikring. Tilstandsrapporter udarbejdes af beskikkede bygningssagkyndige.

Forsikringsselskabet besluttede at tilbyde sine kunder at tegne ejerskifteforsikringer og i forbindelse hermed udarbejde tilstandsrapporter. Forsikringsselskabet var af den opfattelse, at tilstandsrapporterne trådte i stedet for de tidligere udarbejdede byggetekniske rapporter. Derfor udpegede forsikringsselskabet en række af taksatorerne, heriblandt funktionæren, til at udføre denne opgave. Forsikringsselskabet tilbød taksatorerne at betale det nødvendige kursus til at opnå beskikkelse som bygningssagkyndige. Alle taksatorer med undtagelse af funktionæren tog imod tilbuddet. Forsikringsselskabet tegnede en forsikring uden selvrisiko til at dække taksatorernes ansvar i forbindelse med udarbejdelse af tilstandsrapporter.

Som betaling tilbød forsikringsselskabet taksatorerne 1000 kr. pr. tilstandsrapport i tillæg til den sædvanlige løn. Funktionæren var utilfreds med dette lønniveau, hvorfor han takkede nej til tilbudet om at udarbejde tilstandsrapporter. I stedet ønskede han at koncentrere sig om de opgaver, som var indeholdt i hans aftale med forsikringsselskabet. (Ifølge sin forklaring for landsretten fandt funktionæren honoreringen på 1000 kr. for lav, fordi han i sin selvstændige erhvervsvirksomhed blev honoreret med 4000 kr. pr. tilstandsrapport.)

Forsikringsselskabet var af den opfattelse, at taksatorerne ikke kunne frasige sig opgaverne med at udarbejde tilstandsrapporter, fordi pålægget herom var en følge af forsikringsselskabets instruktionsbeføjelse i kraft af funktionæransættelsesforholdet. Funktionæren fastholdt imidlertid, at han ikke ønskede at udarbejde rapporterne.

De efterfølgende forhandlinger mellem forsikringsselskabet og funktionæren endte resultatløst, hvorefter funktionæren blev bortvist på grund af arbejdsvægring.

Under domsforhandlingen var der mellem parterne blandt andet tvist om, hvorvidt tilstandsrapporterne blot erstattede de tidligere udarbejdede bygningsrapporter, eller om udarbejdelsen af tilstandsrapporterne var forbundet med så meget merarbejde, at der var tale om en ekstraopgave.

Landsretten fandt, at tilstandsrapporter ikke afveg væsentligt fra de byggetekniske rapporter, som funktionæren hidtil havde udarbejdet som led i sit arbejde for

forsikringsselskabet. I kraft af ansættelsesforholdet var forsikringsselskabet derfor berettiget til at pålægge funktionæren at udarbejde tilstandsrapporter. Efter bevisførelsen lagde retten til grund, at funktionæren var klar over, at hans arbejdsvægring ville resultere i, at han blev bortvist fra sin stilling som taksator hos forsikringsselskabet. Bortvisningen fandtes herefter at være sket med rette.

Højesteret tiltrådte af de grunde, som blev anført af landsretten, at forsikringsselskabet var berettiget til at pålægge funktionæren at udarbejde tilstandsrapporter. Bortvisningen var herefter berettiget. Højesteret bemærkede herudover, at funktionæren ikke havde godtgjort, om og på hvilken måde overgangen til tilstandsrapporter måtte have påvirket hans samlede aflønningsforhold.[324]

Afgørelsen behandler spørgsmålet om grænserne for arbejdsgiverens ret til at ændre i arbejdsvilkårene, det vil sige grænserne for, hvilket arbejde arbejdsgiveren inden for stillingens rammer kan pålægge funktionæren at udføre. På baggrund af bevisførelsen blev det lagt til grund, at udarbejdelsen af tilstandsrapporterne ikke lå væsentligt ud over det arbejde, som tidligere var udført af taksatorerne. Ændringen lå således inden for grænserne for arbejdsgiverens udøvelse af ledelsesretten.

I dommen efterlyser Højesteret i sine præmisser, at funktionæren havde godtgjort de lønmæssige konsekvenser af overgangen til tilstandsrapporter, og det er således kommet funktionæren til skade, at dette bevis ikke er ført. Dette kan tages som udtryk for, at funktionæren med lidt mere udførlig bevisførelse måske kunne have overbevist Højesteret om, at overgangen til tilstandsrapporter var så væsentlig en ændring af hans ansættelsesvilkår, at denne skulle havde været varslet med hans individuelle opsigelsesvarsel. Muligvis kunne han sågar have ført bevis for, at der var tale om så væsentlig en arbejdsopgave, at den lå uden for, hvad han kunne tilpligtes at påtage sig af yderligere arbejdsopgaver. Hermed kunne ændringen end ikke være gennemført med en sagligt begrundet opsigelse.

U 2001.1578 V – Uberettiget bortvisning, da funktionæren ikke var forpligtet til at skifte arbejdssted i opsigelsesperioden

Funktionæren var ansat som teknisk assistent. Arbejdsgiveren besluttede at sammenlægge sin afdeling i Horsens med afdelingen i Århus, således at funktionærens arbejdssted ændredes fra Horsens til Århus. Under funktionærens opsigelsesperiode,

324. Se tilsvarende U 1962.847 H, hvor en civilingeniør under sin opsigelsesperiode blev bortvist med rette, fordi han vægrede sig ved til en af arbejdsgiverens kunder at udarbejde tilbud på et produkt, som ingeniøren selv påtænkte at udvikle, når han efter opsigelsesperiodens udløb startede en selvstændig virksomhed.

som var på 5 måneder, ville arbejdsgiveren stille bil til rådighed for funktionærens transport, ligesom det blev tilkendegivet, at transporttiden fra Horsens til Århus ville være en del af arbejdstiden.

Funktionæren ønskede imidlertid ikke at flytte med til Århus, hvilket hun skrev til arbejdsgiveren. Hun fortsatte derfor med at møde på Horsenskontoret efter det varslede tidspunkt for flytningen. På denne baggrund modtog hun en skrivelse, som med cirka en uges varsel pålagde hende at møde i Århus. Heri stod også, at hvis hun ikke gjorde det, ville hun blive betragtet som udeblevet og dermed fratrådt fra virksomheden fra udeblivelsestidspunktet.

Første dag efter udløbet af denne frist gav funktionæren stadig møde på kontoret i Horsens, og hun nægtede at tage imod nøglen til en bil, som hun kunne benytte til kørslen til Århus, idet hun fastholdt, at hun ikke ønskede at arbejde i Århus. Herefter blev hun bortvist.

Under domsforhandlingen gjorde funktionæren gældende, at hun havde arbejdssted i Horsens, og at en flytning af hendes arbejdssted til Århus var en så væsentlig ændring med hensyn til køreafstand og -tid, at hun, der ikke kørte bil som led i arbejdet, ikke skulle tåle den. Hun var på baggrund heraf af den opfattelse, at der ikke forelå nogen misligholdelse fra hendes side, og at hun havde krav på at modtage en opsigelse med sædvanligt varsel. Herudover mente hun, at hun havde krav på godtgørelse, fordi beslutningen om at gennemføre flytningen uden at iagttage varslingsfristerne ikke var tilstrækkeligt begrundet.

Arbejdsgiveren gjorde gældende, at funktionærens nægtelse af at give møde i Århus var en væsentlig misligholdelse, som berettigede bortvisningen. Endvidere blev anført, at beslutningen om ændring i funktionærens arbejdssted var sagligt begrundet i virksomhedens forhold, hvorfor funktionæren under ingen omstændigheder var berettiget til godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.

Byretten fandt, at arbejdsgiverens beslutning om at flytte afdelingen til Århus var begrundet i hensyn til virksomhedens rationelle drift. Retten mente ikke, at funktionæren havde krav på at fortsætte i Horsens i varslingsperioden. Retten lagde til grund, at arbejdsgiveren stillede bil frit til rådighed, at transporttiden kunne indgå i arbejdstiden, og at der var tale om en letkørt strækning, som retten ikke fandt lå ud over, hvad en ansat som funktionæren var pligtig at tåle af ændringer i en varslingsperiode. Herefter blev nægtelsen af at møde i Århus anset for at være en ulovlig udeblivelse, hvorfor arbejdsgiverens ophævelse af ansættelsesforholdet var berettiget.

Landsretten havde den modsatte opfattelse og lagde således til grund, at ændringen af funktionærens arbejdssted fra Horsens til Århus var en så væsentlig ændring af arbejdsvilkårene, at den lå ud over, hvad funktionæren var pligtig til at tåle. Retten mente ikke, at funktionærens arbejde som teknisk assistent efter sin karakter naturligt indebar kørsel. Uanset tilbuddet om biltransport som en del af arbejdstiden fandtes funktionæren ikke at være pligtig til at møde i Århus i opsigelsesperioden på 5

måneder. Bortvisningen blev derfor betragtet som uberettiget. Derimod fik funktionæren ikke medhold i sin påstand om godtgørelse for usaglig opsigelse, eftersom opsigelsen efter det oplyste fandtes at være rimeligt begrundet i hensynet til at sikre en rationel drift af virksomheden ved at samle medarbejderne i Århus.

Dommen illustrerer grænserne for kontraktsbrud: Arbejdsgiverens ønske om ændringer lå ud over stillingens grænser, det vil sige ud over kontrakten. Hermed havde funktionæren – der var ansat til at virke som teknisk assistent i virksomheden på dennes afdelingskontor i Horsens – ikke begået brud på sin kontrakt ved ikke at efterleve ændringen om at møde i Århus.

Byretten og landsretten var uenige om, hvorvidt 40 km's flytning af arbejdsstedet var så væsentlig en vilkårsændring, at denne skulle varsles.[325] Eftersom landsretten lagde til grund, at ændringen gik ud over, hvad F skulle tåle, havde hun ikke misligholdt sin ansættelseskontrakt ved fortsat at opfylde den på kontoret i Horsens.

Foruden de netop beskrevne rammer for udøvelsen af ledelsesretten har arbejdsgiveren ifølge Jørgen Rønnow Bruun også en *ledelsespligt*, der »rummer det ubehagelige at skulle konfrontere de ansatte med den utilfredshed, der gør sig gældende med hensyn til den pågældende«.[326] Forsømmes denne »pligt«, kan arbejdsgiveren fortabe sine muligheder for senere at udøve misligholdelsesbeføjelser, jf. herom afsnit 5.2.2: »Krav om forudgående advarsel?«.

5.6.2.2 Lydighedspligt

Fra en obligationsretlig synsvinkel[327] må lydighedspligten betragtes som en biforpligtelse. Herom gælder det obligationsretlige udgangspunkt, at misligholdelse ikke kan føre til kontraktens ophævelse, medmindre biforpligtelsens væsentlighed i forhold til aftalen i sin helhed er lovbestemt, aftalebestemt, eller når det efter en konkret vurdering ligger fast, at overtrædelse af biforpligtelsen er af væsentlig/afgørende betydning for hele aftalens gennemførelse.[328]

---

325. Sml. afgørelsen fra Østre Landsret: U 1992.937 Ø, hvor flytning af en bogholders arbejdssted fra Herning til Thorning – ca. 37 km fra Herning – indebar en så væsentlig ændring af bogholderens arbejdsvilkår, at hun, der alene var ansat som bogholder, og som ikke efter ansættelsesaftalen havde pligt til at stille bil til rådighed, ikke var pligtig til at tåle den, uanset at arbejdsgiveren havde tilbudt, at hun inden for arbejdstiden kunne køre til og fra arbejdet med betaling efter statens takster.
326. Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996, side 73.
327. Jf. afsnit 3.3: »Misligholdelse af funktionærkontrakters hoved- og biforpligtelser«.
328. Gomard udtrykker det således i Obligationsret, 1. del, 3. udg. 1998, side 47-48: »Kreditor kan kun hæve kontrakten, hvor overtrædelsen af en biforpligtelse forringer hans interesse

På baggrund af det ovennævnte om lydighedspligtens helt fundamentale betydning inden for arbejdsretten generelt og dermed også for balanceforholdet i det konkrete funktionærforhold kan det herefter fastslås, at funktionærens arbejdsvægring eller lydighedsnægtelse nemt betragtes som en hævebegrundende misligholdelse, uanset om forpligtelsen konkret må klassificeres som en obligationsretlig biforpligtelse.

Hertil kommer, at manglende overholdelse af lydighedspligten må betragtes som manglende overholdelse af en hovedforpligtelse, hvis den indebærer en arbejdsvægring, det vil sige manglende levering af arbejdsydelsen. Hermed er muligheden for ophævelse til stede, blot misligholdelsen er væsentlig, hvad den typisk er ved manglende overholdelse af forpligtelsen til at levere arbejdsydelsen.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl[329] anfører helt generelt følgende om misligholdelse af lydighedspligten:

> »Vægrer funktionæren sig ved at efterkomme en ordre – være sig generel eller speciel – som han er pligtig at efterkomme, foreligger en misligholdelse, som vil være væsentlig i langt de fleste tilfælde. Den er sjældent undskyldelig, og den udgør et anslag imod selve det centrale underordnelsesforhold, som er karakteristisk for funktionærforholdet.«

H.G. Carlsen og Danielle Buhl indbygger herefter en forudsætning om, at *befalingen* har været klar og bestemt, og at *lydighedsnægtelsen* fremstår klart. De anfører, at misligholdelsesvirkningen »kun sjældent« er gjort afhængig af tidligere advarsel, men en sådan kan dog i visse tilfælde være påkrævet.

> Kaj Petersen giver i Funktionærloven, 12. udg. 1990, udtryk for et hyppigere krav om advarsel, jf. ordlyden side 205: »Det vil *ofte*, f.eks. ved lydighedsnægtelse, være en forudsætning for bortvisningens lovlighed, at det klart tilkendegives funktionæren, at en pligtforsømmelse vil få bortvisning som konsekvens« [Kursiveringen er foretaget her].

Herudover kan bortvisning være udelukket, hvis lydighedsnægtelsen ikke har forbindelse med arbejdet. I denne forbindelse henviser H.G. Carlsen og Danielle Buhl til følgende afgørelse:

---

i eller udbytte af kontrakten i dens helhed på en så afgørende måde, at overtrædelsen må betegnes som væsentlig set i forhold til kontrakten i sin helhed.«

329. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 248f.

U 1994.1012 V – Uberettiget at bortvise en funktionær, som nægtede at fjerne sin lønseddel fra opslagstavle

En funktionær havde siden 1987 været ansat som lagerekspedient. Den 29. november 1991 blev han bortvist. Samme dag havde han modtaget sin lønseddel, hvoraf fremgik, at han havde fået anvist en bonus, som på den ene side svarede til, hvad der tidligere var stillet de ansatte i udsigt, men som på den anden side var halvt så stor som den, hovedparten af de andre ansatte havde modtaget. I utilfredshed hermed hængte funktionæren lønseddelen på virksomhedens opslagstavle samme dag kl. 13.

Da direktøren blev gjort opmærksom på opslaget, gav han funktionæren ordre til at tage lønseddelen ned. Funktionæren nægtede og samtidig sagde han til direktøren, at han ville ophænge en kopi, hvis originalen blev fjernet.

Straks efter skrev direktøren til funktionæren: »Idet jeg netop har konstateret at du har ophængt en kopi af din lønseddel for november måned på firmaets officielle opslagstavle, skal jeg hermed bede dig fjerne denne kopi omgående og såfremt den ikke er fjernet senest kl. 14.30 d.d. må vi desværre meddele at det vil blive betragtet som lydighedsnægtelse og at du af den grund vil blive bortvist uden yderligere varsel.«

Da funktionæren fortsat nægtede at efterkomme ordren, blev han af direktøren bortvist senere samme dag.

Under sagen forklarede funktionæren blandt andet, at opslagstavlen ikke blot var blevet brugt til informationer fra ledelsen, men var et almindeligt kommunikationsmiddel i virksomheden – blandt andet blev den brugt til postkort fra de ansattes ferierejser, avisudklip og vittigheder.

Byretten fandt, at direktøren efter det foreliggende havde været berettiget til at meddele funktionæren, at man ønskede den ophængte lønseddel fjernet fra opslagstavlen. *Da* funktionæren nægtede dette og meddelte, at han straks ville ophænge en ny kopi, hvis originalen blev fjernet, *da* direktøren havde meddelt funktionæren en advarsel med angivelse af virkningen af fortsat nægtelse, *og da* funktionæren fortsat nægtede at nedtage lønsedlen, fandtes direktøren at have været berettiget til at bortvise funktionæren.

For landsretten forklarede funktionæren supplerende, at der aldrig var blevet oprettet en ansættelseskontrakt for ham, og at han ikke havde fået at vide, at hans lønforhold var hemmelige. Direktøren forklarede supplerende, at han opfattede ophængningen af lønsedlen som et forsøg på at skabe splid på arbejdspladsen.

Landsretten udtalte, at den tilsidesatte ordre var uden forbindelse med udførelsen af funktionærens arbejde. Endvidere var der ikke i virksomheden noget forbud mod, at de ca. 20 ansatte indbyrdes diskuterede deres aflønning, og det måtte selv uden opslaget antages at have været eller ville være blevet almindeligt kendt blandt de ansatte, hvilket bonusbeløb der var udbetalt. Under disse omstændigheder, og idet funktionærens lydighedsnægtelse kendeligt havde været begrundet i hans ophidselse

over at have fået en mindre bonus end kollegerne, fandtes lydighedsnægtelsen ikke at kunne anses for en så væsentlig misligholdelse, at det havde været berettiget at bortvise ham. Derimod fandtes lydighedsnægtelsen at kunne have begrundet en opsigelse, og der fandtes derfor ikke grundlag for at tillægge funktionæren godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.

Herefter anfører H.G. Carlsen og Danielle Buhl:

»Bortset fra sådanne tilfælde bedømmes lydighedsnægtelse altid som væsentlig misligholdelse. Bedømmelsen står ikke i forhold til den givne ordres mere eller mindre vigtige indhold, idet misligholdelsen beror på selve det gennem nægtelsen tilkendegivne sindelag.« [Kursiveringen er foretaget her].[330]

Der er grund til nærmere at overveje bæredygtigheden af dette standpunkt.

Tilfældet kunne jo eksempelvis tænkes at være det, at arbejdsgiveren har taget fejl og været i en fattet og fast besluttet vildfarelse. Fastholdes H.G. Carlsens og Danielle Buhls standpunkt, vil det i sin yderste konsekvens betyde, at lydighedsnægtelsen skal klassificeres som en væsentlig misligholdelse, selvom funktionærens afvigende handlemåde rent faktisk tjener arbejdsgiverens interesser bedst. Funktionæren vil i en sådan situation have opfyldt en anden inden for funktionærretten meget væsentlig forpligtelse, nemlig forpligtelsen til loyalt at varetage medkontrahentens interesser.

Det må erkendes, at funktionæren i det tænkte eksempel ikke har varetaget arbejdsgiverens interesser »bedst muligt«, idet han i idealsituationen burde have konfronteret arbejdsgiveren med de uheldige konsekvenser af den pålagte ordre, jf. således Lars Svenning Andersen,[331] som anfører:

»I et ansættelsesforhold opstår der løbende uenighed om fornuften eller rimeligheden i gennemførelsen af bestemte opgaver. Funktionæren har både ret og pligt til at gøre opmærksom på uheldige konsekvenser af pålagte ordrer og herunder oplyse om omstændigheder, som arbejdsgiveren ikke har været opmærksom på eller har tillagt mindre vægt. Hvis arbejdsgiveren på trods heraf fastholder de givne ordrer, må funktionæren udføre dem og kun i de situationer, hvor særlige forhold (at ordren indeholder en straffelovsovertrædelse, medfører fare for funktionæren helbred og lignende) begrunder det kan funktionæren vægre sig mod at udføre ordren.«

330. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 249.
331. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 745.

Der stilles her spørgsmålstegn ved, om en domstol virkelig vil erklære en konkret lydighedsnægtelse for en væsentlig og hævebegrundende misligholdelse, hvis den af funktionæren valgte fremgangsmåde har tjent arbejdsgiverens interesser bedst, og hvis den eneste forbrødring fra funktionærens side har været, at han ikke har taget arbejdsgiveren i ed forud gennemførelsen af den af ham valgte alternative fremgangsmåde. Funktionæren har jo så at sige ved den processuelt afvigende fremgangsmåde sikret det materielt rigtige resultat.[332]

Arbejdsgiveren oplever ikke nogen umiddelbar skadevirkning som følge af lydighedsnægtelsen, men dog muligvis »en skade på sin autoritet«, der konkret kan være så alvorlig en krænkelse, at misligholdelsen af denne grund kan siges at være væsentlig og berettige bortvisningen.

Misligholdelse defineres som foreliggende, når en fordringshaver erhverver en eller flere misligholdelsesbeføjelser i forbindelse med, at modparten ikke korrekt opfylder en gyldigt indgået aftale.[333] I betragtning heraf må overvejes, om lydighedsnægtelsen i det tænkte eksempel overhovedet kan klassificeres som misligholdelse: Opfylder funktionæren til punkt og prikke sin forpligtelse til at levere arbejdsydelsen, vil den samtidige overskridelse af forpligtelsen til at være »lydig« ud fra det almindelige obligationsretlige udgangspunkt ikke medføre, at arbejdsgiveren erhverver beføjelsen til at bortvise funktionæren. Der er intet økonomisk tab og således ikke noget erstatningskrav. De øvrige misligholdelsesbeføjelser kan heller ikke udøves. Summa summarum er altså, at lydighedsnægtelsen i et tilfælde som dette slet ikke kan karakteriseres som en misligholdelse, jf. definitionen af misligholdelsesbegrebet.

For så vidt angår tilfælde, hvor funktionærens handlemåde ikke på objektivt grundlag kan siges at tjene arbejdsgiverens interesser bedst, vil lydighedsnægtelsen derimod (som anført af H.G. Carlsen og Danielle Buhl samt Lars Svenning Andersen) blive afgjort i arbejdsgiverens favør. Baggrunden herfor er, at arbejdsgiveren – i konsekvens af sin ret til at lede og fordele arbejdet – har fortolkningsprivilegiet. I tilfælde af berettiget tvivl om, hvorledes et arbejde eller en arbejdsfunktion skal udføres, på hvilket tidspunkt og på hvilket sted, vil det i konsekvens heraf være arbejdsgiveren, der har retten til definitivt at bestemme hvordan, hvornår og hvor arbejdet skal udføres.

Det af H.G. Carlsen og Danielle Buhl fremførte standpunkt om, at lydighedspligten som hovedregel altid vil blive bedømt som en væsentlig misligholdelse, findes herefter at være alt for kategorisk. De eksempler

332. Se eksempelvis afgørelsen U 1999.488 V, som refereres nedenfor.
333. Jf. afsnit 3.1: »Definition af misligholdelsesbegrebet«.

fra retspraksis, der fremdrages nedenfor, viser, hvorledes konkrete forhold indebærer, at lydighedsnægtelse i praksis såvel falder ud til, at bortvisningen anses for berettiget, som at den anses for uberettiget. Hermed findes der ikke at være belæg for den af H.G. Carlsen og Danielle Buhl opstillede hovedregel. I stedet tiltrædes Hasselbalchs mere åbne tilgang til spørgsmålet om retsvirkningen af lønmodtagerens brud på lydighedspligten:

> »Om der i det enkelte tilfælde er bortvisningsret, afhænger imidlertid generelt set *af*, om både instruksen og vægringen ved at efterkomme den er *utvetydig*, *af,* om det skete fremstår som en *obstruktion*, der allerede i og med sin form eller fordi det er ledsaget af krænkende eller truende adfærd kan få videregående følger for arbejdsdisciplinen, *af* den øvrige *skadevirkning* for arbejdsgiveren, samt *af ansættelsesforholdets karakter* og *de forventninger, lønmodtageren fornuftigvis må have vedrørende konsekvenserne af en nægtelse.*«[334]

I det følgende afsnit refereres først 3 domme, hvor lydighedsnægtelse gjorde bortvisning berettiget, og derefter 3 domme, som nåede til det modsatte resultat.

5.6.2.2 Praksis om arbejdsvægring og lydighedsnægtelse

U 1988.1011 H – Berettiget bortvisning på grund af udeblivelse trods pålæg om at møde

En funktionær blev den 4. juli 1983 ansat som veterinærsygeplejerskeelev på et dyrehospital. Ved skrivelse af 23. september 1985 blev hun bortvist, fordi hun udeblev fra arbejdet den 22. september. Under sagen gjorde funktionæren gældende, at hun *ikke* havde gjort sig skyldig i så væsentlig en misligholdelse af sine pligter i ansættelsesforholdet, at dette med rette kunne ophæves.

Funktionæren havde i det første praktikår stedse arbejdet efter en turnus med 10 arbejdsdage og 4 fridage, og denne turnus fortsatte, da hun efter et års undervisning på laborantskolen fortsatte praktiktiden hos arbejdsgiveren. Ifølge denne turnusplan ville den 22. september 1985 være fridag, og hun indrettede sig i tillid hertil, idet hun arrangerede en privat fest den pågældende dag.

Vagtplanen for perioden fra den 26. august til den 1. november 1985 blev fremlagt den 15. august. Heraf fremgik, at funktionæren ikke som forudset af hende ville have fri den 22. september. Herefter rettede hun henvendelse til sin overordnede, som lagde vagtplanen.

334. Jf. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 758.

Ifølge funktionærens forklaring for Sø- og Handelsretten vidste hun godt, at man skulle lægge en seddel, hvis man ønskede at få fri på en dag, for hvilken der endnu ikke var udarbejdet en vagtplan. Hvis der allerede var udarbejdet en vagtplan for den pågældende dag måtte man bytte med en kollega. Vidneforklaringerne viste, at funktionæren uden held havde forsøgt at bytte sin vagt den 22. september.

Sø- og Handelsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at funktionæren før den 15. august 1985 kunne forudse, at den 22. september ville være fridag, dersom hun fortsat skulle arbejde i en turnus med 10 arbejdsdage og 4 fridage, og at hun disponerede i tillid hertil. Vagtplanen fra den 26. august indebar væsentlige ændringer i placeringen af funktionærens fridage og i længden af såvel hendes arbejds- og friperioder, og den betød, at hun skulle på arbejde den 22. september. Funktionæren talte med sin overordnede om muligheden for at få fri. Da vagten ikke kunne byttes med en kollega, meddelte den overordnede, at funktionæren ville blive *opsagt*, hvis hun ikke mødte den 22. september. På denne baggrund fandt Sø- og Handelsretten, at funktionæren ved at undlade at møde på arbejde den 22. september 1985 for så vidt havde gjort sig skyldig i en væsentlig misligholdelse af sine pligter. Henset til de beskrevne særlige omstændigheder i forbindelse med ikrafttrædelsen af vagtplanen for den omhandlede periode og til indholdet af det påbud, som den overordnede meddelte, fandtes den af funktionæren udviste misligholdelse imidlertid ikke at have givet arbejdsgiveren fuldt tilstrækkeligt grundlag for at bortvise funktionæren som sket. Bortvisningen blev derfor ændret til en opsigelse med 3 måneders varsel, eftersom både 1. og 2. praktikår blev medregnet i ancienniteten.

Højesteret lagde til grund, at funktionæren ikke havde krav på en fast turnusordning og måtte påregne, at hendes tjeneste ved udfærdigelsen af ny vagtplan den 15. august 1985 kunne blive ændret blandt andet som følge af den af arbejdsgiveren fulgte praksis med hensyn til så vidt muligt at imødekomme individuelle ønsker om fridage fra de ansattes side. Efter det oplyste blev det antaget, at funktionæren først efter vagtplanens fremlæggelse fremsatte sit ønske om fridag den 22. september over for sin overordnede. Det blev endvidere lagt til grund, at funktionæren, da hendes ønske ikke kunne imødekommes, af hendes overordnede modtog tilkendegivelse om, at hun havde pligt til at give møde, og at udeblivelse ville medføre, at ansættelsesforholdet blev bragt til ophør. Under disse omstændigheder fandt Højesteret, at arbejdsgiveren – uanset den overordnedes ordvalg – havde haft tilstrækkeligt grundlag for at bortvise funktionæren.

U 1983.559 SH – Berettiget bortvisning, da marketingschef havde brudt sin tavshedsforpligtelse

En funktionær var med virkning fra 1. maj 1975 ansat som marketingschef i et selskab, der producerede og markedsførte lægemidler mv. Ifølge ansættelseskontraktens punkt 2 var funktionæren forpligtet til at bevare tavshed om alt, hvad der kom til hans

kundskab gennem hans ansættelse hos arbejdsgiveren, især om forskning, fabrikation, salg og øvrige forhold hos arbejdsgiveren og andre selskaber indenfor koncernen. Videre stod det i kontrakten, at såfremt funktionæren brød sin tavshedspligt, kunne arbejdsgiveren straks hæve ansættelsesforholdet.

I sommeren 1980 overvejede arbejdsgiveren at markedsføre et af sine lægemidler som et kosmetisk solprodukt. Som repræsentant for arbejdsgiveren havde funktionæren i den anledning en drøftelse om markedsføringen med en direktør fra et af arbejdsgiveren helt udenforstående firma. Ifølge funktionærens forklaring for retten var det meget tænkeligt, at han under det første møde med direktøren fra det udenforstående firma havde medbragt fremstillingsrecepten til lægemiddelpræparatet, og at den sammen med noget andet materiale blev udleveret til denne direktør. Funktionæren forklarede imidlertid, at han af forskellige årsager ikke betragtede recepten som særlig fortrolig.

Efterfølgende blev markedsføringen opgivet fra arbejdsgiverens side. Direktøren fra det udenforstående firma forklarede retten, at han var ærgerlig over, at han havde spildt tid på at forberede markedsføringen, men han afkrævede ikke honorar for sit arbejde. Derimod sagde han til funktionæren, at han selv kunne lade produktet fremstille og markedsføre. Hertil sagde funktionæren, at det kunne han og hans arbejdsgiver ikke gøre noget ved.

Vistnok i maj 1981 blev produktet »Sun Life« markedsført af det udenforstående firma. En teknisk analyse viste, at dette produkt – bortset fra et ekstra betydningsløst fyldstof – var helt identisk med arbejdsgiverens lægemiddelpræparat.

Den 9. juni 1981 blev funktionæren bortvist, fordi han ubeføjet havde videregivet informationer om lægemiddelpræparatet til direktøren fra det udenforstående firma, hvormed funktionæren havde gjort det muligt for dette firma at markedsføre præparatet.

Sø- og Handelseretten lagde efter bevisførelsen til grund, at funktionæren, der var en overordnet og betroet medarbejder hos arbejdgiveren, i august 1980 udleverede recepten på lægemiddelpræparatet til direktøren fra det udenforstående firma, uden at der var rimelig grund dertil. Retten anså recepten for at være et fortroligt dokument og en erhvervshemmelighed, jf. herved markedsføringslovens § 9 (nu § 10). Funktionæren havde ikke – som han burde have gjort det – krævet recepten retur, da markedsføringen af lægemiddelpræparatet som kosmetisk middel blev opgivet. På trods af sin viden eller i hvert fald formodning om, at det udenforstående firma muligvis på egen hånd ville forsøge at markedsføre et produkt på grundlag af recepten, foretog funktionæren sig intet, hverken i september eller på noget senere tidspunkt. Hermed blev arbejdsgiven ikke sat i stand til – som man utvivlsomt ville have gjort det – at imødegå en sådan handlemåde fra det udenforstående firmas side.

Sø- og Handelsretten statuerede herefter, at funktionærens adfærd og særligt den udviste passivitet vedrørende forhold af væsentlig betydning for arbejdsgiveren efter en samlet vurdering fandtes at udgøre en sådan grov misligholdelse af tjene-

steforholdet, at bortvisningen af funktionæren havde været berettiget. Retten fandt herefter ikke grund til at tage yderligere stilling til, om funktionæren – som hævdet af arbejdsgiveren – også på anden måde havde handlet groft illoyalt over for arbejdsgiveren.

U 1981.428 H – Berettiget bortvisning, da afdelingsleder med urette havde modsat sig udlandsrejse

En maskiningeniør var med virkning fra 1. december 1972 ansat som leder af den tekniske afdeling i et rederi, hvortil bl.a. var knyttet to rejseinspektører. Det var aftalt, at funktionærloven skulle finde anvendelse på ansættelsesforholdet.

Den 17. august 1978 trådte rederiet i betalingsstandsning, hvorfor ingeniøren blev opsagt med fratræden ved udgangen af januar 1979.

Den 20. september 1978 blev ingeniøren bortvist, da han nægtede at tage på en beordret rejse til Holland for at repræsentere rederiet ved en afleveringsforretning vedrørende et solgt skib. Ingeniøren protesterede mod bortvisningen og krævede erstatning i henhold til funktionærloven.

Den 14. december 1978 blev rederiet taget under konkursbehandling. Ingeniøren anmeldte sit erstatningskrav i boet som privilegeret fordring, men boets kurator nægtede at indstille fordringen til anerkendelse.

Det fremgår af sagens bevisførelse, at ingeniøren tidligere havde været på en række rejser for rederiet. Ingeniøren var imidlertid af den opfattelse, at hans stilling indebar fast arbejdssted og -tid. Han havde aldrig tidligere medvirket ved en afleveringsforretning af et solgt skib, og han mente sig heller ikke uden videre kompetent hertil, idet dette arbejde, som normalt blev udført af rejseinspektørerne, krævede særligt kendskab til prissætning af skader, forhandlinger om afslag i prisen mv. I august 1978 blev ingeniøren spurgt, om han ville foretage en afleveringsforretning i udlandet. Det ønskede han ikke, og han henviste til, at han ikke var rejseinspektør. Det var hans opfattelse, at direktøren havde accepteret dette standpunkt.

Den 20. september blev ingeniøren bedt om at rejse til Holland for at aflevere et skib, idet rejseinspektørerne var beskæftiget med afleveringer af skibe i Kina. Ingeniøren nægtede at rejse, idet han henviste til, *at* han manglede erfaring med hensyn til den slags forretninger, *at* direktøren en måned tidligere havde accepteret, at han ikke var pligtig til at rejse, *og at* hans tilstedeværelse på kontoret var påkrævet, idet der var meget arbejde forbundet med afvikling af rederiet. Direktøren kommenterede ikke dette, men kom senere samme dag tilbage og meddelte ingeniøren, at han var bortvist.

Direktøren forklarede som vidne, at ingeniøren sagtens kunne bestride det arbejde, der var forbundet med at medvirke med aflevering af skibene. Da ingeniøren den 20. september nægtede at rejse til Holland, konsulterede direktøren rederiets juridiske konsulent. Herefter gik han tilbage til ingeniøren og meddelte, at han ville blive

bortvist, såfremt han fastholdt sin vægring ved at rejse. Bortvisningsskrivelsen blev overbragt straks herefter.

Såvel Sø- og Handelsretten som samtlige højesteretsdommere var af den opfattelse, at deltagelse i afleveringsforretninger vedrørende solgte skibe efter det oplyste om disse forretninger ikke var et arbejde, der lå uden for, hvad ingeniøren efter sit ansættelsesforhold måtte være forpligtet til at bistå med. Selv om der under ansættelsen kun i enkelte tilfælde havde været tale om rejser for ingeniørens vedkommende, fandtes rederiet ikke at være udelukket fra i særlige tilfælde at beordre ingeniøren til at foretage en rejse til udlandet med et formål, der lå inden for ingeniørens arbejdsområde.

Sø- og Handelsretten såvel som mindretallet på to højesteretsdommere fandt imidlertid *ikke*, at ingeniørens nægtelse af at rejse til Holland var så væsentlig en misligholdelse af ansættelsesforholdet, at den kunne berettige rederiet til at bortvise ham. Baggrunden herfor var, at direktøren en måned tidligere stiltiende havde accepteret, at ingeniøren nægtede at rejse, fordi han ikke mente, at han var forpligtet til det. Højesteretsdommerne tilkendegav i tilknytning hertil, at det ikke var godtgjort, at rederiet derefter – og før den 20. september – havde gjort det klart for ingeniøren, at man fastholdt, at han var forpligtet til at foretage rejser, og at vægring ved at efterkomme pålæg herom ville medføre bortvisning. Herudover påpegede de, at ingeniøren den 20. september ikke havde fået lejlighed til at overveje sit standpunkt til truslen om bortvisning som følge af nægtelsen af at rejse. Af disse grunde fandtes bortvisningen uberettiget.

Højesterets flertal på tre dommere mente ikke, at der var fremkommet oplysninger, som godtgjorde, at direktøren under episoden i august havde accepteret (end ikke stiltiende), at ingeniørens ansættelsesvilkår ikke længere skulle omfatte pligt til at foretage tjenesterejser. Efter de afgivne forklaringer blev det lagt til grund, at ingeniøren den 20. september 1978 fik tilkendegivet, at vægring ved at tage på den beordrede rejse til Holland ville medføre hans bortvisning. Hans vægring ved at tage til Holland trods denne klare advarsel blev herefter anset som en så væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, at flertallet statuerede, at bortvisningen havde været berettiget.

Herefter følger 3 afgørelser, hvor bortvisning var uberettiget på trods af lydighedsnægtelse:

U 1999.488 V – Uberettiget bortvisning: Konkret lydighedsnægtelse ej grov misligholdelse

En person blev den 30. oktober 1995 ansat som kunde- og driftschef hos et selskab. [I det følgende omtales han som chefen.] Det var aftalt, at ansættelseskontrakten skulle suppleres af reglerne i funktionærloven og ferieloven. Den 9. maj 1996 blev han bortvist efter den 7.-8. maj at have deltaget i en messe i udlandet. Messebe-

søget var planlagt i februar eller marts 1996, men daværende direktør udtalte sig mod messebesøget. Chefen besluttede imidlertid på egen hånd at deltage i messen sammen med sin souschef.

Af bortvisningsskrivelsen fremgik: »Med henvisning til din ansættelsesaftale af 17. oktober 1995, med [selskabet] og vores samtale d.d. kan vi konstatere, at du har handlet i modstrid med de fra direktionen afgivne ordrer og mod bedrevidende ved at gennemføre flere dages udenlandsrejse angiveligt til München for selskabets regning på trods af, at direktør K udtrykkeligt gav dig pålæg om ikke at rejse. Handlingen er udover at være i strid med direkte instruktioner, efter vores opfattelse udtryk for en væsentlig illoyalitet og vi ser desværre ikke anden mulighed end for på den baggrund med øjeblikkelig virkning at opsige dit ansættelsesforhold igennem denne bortvisning …«.

Chefen protesterede mod bortvisningen og stillede sin arbejdskraft til rådighed.

Byrettens afgørelse blev i henhold til de anførte grunde stadfæstet af landsretten. Byretten fandt, at chefen under de foreliggende omstændigheder burde have forelagt sine planer om sin og souschefens deltagelse i messen for selskabets ledelse. Under hensyn til, *at* chefen havde en ledende stilling i selskabet, *at* deltagerantallet var skåret ned fra 8 til alene at være ham selv og en enkelt anden medarbejder, og *at* der ikke var grund til at antage, at hans deltagelse i messen havde andet formål end varetagelse af selskabets interesser, fandt retten det betænkeligt at anse det for godtgjort, at chefen havde misligholdt sit ansættelsesforhold så groft, at selskabet havde været berettiget til at bortvise ham. Som følge heraf blev chefen tilkendt løn og erstatning for fri bil i opsigelsesperioden samt feriepenge heraf.

Selskabet blev imidlertid frifundet for chefens påstand om bonus, idet bonussatsen på 15 % var udtryk for den maksimale bonus, som chefen kunne have optjent, og idet chefen ikke havde godtgjort, at der var grundlag for at kræve hverken hel eller delvis bonus.

U 1997.1399 V – Uberettiget bortvisning. Funktionæren ej forbud mod en fridag at deltage i et seminar

En funktionær, der havde været ansat hos arbejdsgiveren siden 1. juli 1975 med ansvar for virksomhedens indkøb og branddørsproduktion, blev opsagt ved skrivelse af 30. januar 1995 på grund af ændringer i organisationen (branddørsproduktionen skulle sælges).

I opsigelsesperioden deltog funktionæren den 9. februar 1995 i et nordisk seminar om branddøre i København. Ved skrivelse fra direktøren af 16. februar 1995 blev funktionæren bortvist med følgende begrundelse: »Vi må i henhold til funktionærlovens omtale af »grov misligholdelse« bortvise dig d.d. Du har d.d. oplyst at have deltaget i seminar om BRANDDØRE den 9. feb. 1995 i København, desuagtet at undertegnede direkte til dig har sagt, at [virksomheden] ikke deltager i nævnte seminar. Det blev udtrykkelig påtalt, at du ikke skulle deltage. Den pågæl-

dende dag har du oplyst, at du var til jobsamtale udenbys. Vi tager forbehold om erstatningskrav.«

Under sagen gjorde funktionæren gældende, at bortvisningen havde været uberettiget, da han havde fået fri den 9. februar 1995 med henblik på jobsamtale. Pågældende dag havde funktionæren på opfordring af en anden virksomhed deltaget i seminaret i København, således at parterne samtidig kunne gennemføre en jobsamtale. Formålet med rejsen havde således ifølge funktionæren primært været at søge arbejde, hvilket han havde krav på i opsigelsesperioden, jf. funktionærlovens § 16. Herudover gjorde funktionæren gældende, at han havde været ansat hos arbejdsgiveren i næsten 20 år, og at der derfor måtte kræves mere for at kunne karakterisere en misligholdelse som grov. Endelig gjorde funktionæren gældende, at selv om han måtte have fået forbud mod at deltage i seminaret, var det ikke en grov misligholdelse, at han deltog, idet ikke enhver form for lydighedsnægtelse berettiget til bortvisning.

Arbejdsgiveren gjorde derimod blandt andet gældende, at en lydighedsnægtelse, hvor man bliver væk, er en grov misligholdelse. Efter bevisførelsen mente arbejdsgiveren, at det måtte lægges til grund, at funktionæren to gange havde fået forbud mod deltagelse i seminaret, og at en overtrædelse heraf var rigeligt grundlag for en bortvisning.

Landsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at direktøren over for funktionæren havde tilkendegivet, at han ikke skulle deltage i seminaret for virksomheden. Det kunne derimod ikke lægges til grund, at direktøren havde forbudt funktionæren at deltage som privatperson f.eks. i forbindelse med en fri- eller feriedag. Funktionæren, der havde fået fri hele dagen til at søge arbejde, deltog imidlertid i seminaret uden at oplyse direktøren herom. I forbindelse med turen drøftede funktionæren mulighederne for ansættelse hos en anden virksomhed, som forud for turen havde foreslået en sådan drøftelse undervejs.

Landsretten tiltrådte byrettens standpunkt om, at funktionæren havde misligholdt sit ansættelsesforhold ved at undlade forudgående at orientere direktøren om, at jobsamtalen skulle foregå i forbindelse med turen til seminaret i København (idet den anden virksomhed ifølge byretspræmisserne havde givet udtryk for, at samtalen lige så vel kunne være foregået på dennes bopæl, hvilket funktionæren var klar over). Misligholdelsen kunne efter sin karakter berettige til en alvorlig irettesættelse og en advarsel, men i hvert fald henset til den lange ansættelsesperiode blev det tiltrådt, at misligholdelsen ikke var af en sådan grovhed, at den berettigede til bortvisning som sket.

U 1988.160 H – Uberettiget bortvisning for overtrædelse af kassereglement, da ej umiddelbart påtalt

En funktionær var ansat som lærling hos Kvickly fra 1. juli 1982 til 30. juni 1984. Herefter var han udlært. Ved skrivelse af 22. maj 1984 blev han ansat som butiksassistent i juli og august 1984, men denne sommeransættelse blev tilbagekaldt ved skrivelse af 12. juni 1984. Baggrunden for tilbagekaldelsen var, at der ved kontrolbesøg foretaget af et selvstændigt butikskontrolfirma i perioden fra november 1983 til juni 1984 var konstateret uregelmæssigheder med hensyn til funktionærens kassebetjening.

Under den efterfølgende retssag nedlagde funktionæren påstand om erstatning under anbringende af, at arbejdsgiveren uberettiget havde ophævet ansættelsesforholdet.

Sø- og Handelsrettens afgørelse blev tiltrådt af to dissentierende højesteretsdommere. Efter bevisførelsen blev det heri lagt til grund, at man ved tre kontrolkøb havde observeret, at funktionæren havde modtaget beløb uden straks eller senere, medens han endnu var under observation, at slå beløbene ind på kasseapparatet. Denne gentagne overtrædelse af kassereglementet fandtes at udgøre en så væsentlig misligholdelse fra funktionærens side, at arbejdsgiveren havde været berettiget til at ophæve ansættelsesforholdet. Arbejdsgiveren fandtes ikke ved – af hensyn til funktionæren selv – at lade ham fortsætte sin ansættelse læretiden ud at have fortabt sin adgang til at ophæve ansættelsesforholdet. Arbejdsgiveren blev derfor frifundet for funktionærens erstatningskrav.

Højesterets flertal på tre dommere tiltrådte, at det måtte anses for godtgjort, at funktionæren ved de tre kontrolkøb overtrådte kassereglementet ved at modtage beløb uden straks eller senere, medens han endnu var under observation, at slå beløbene ind på kasseapparatet. Der blev imidlertid ikke umiddelbart efter observationerne eller senest i forbindelse med dagens kasseafstemning rettet henvendelse til funktionæren om uregelmæssighederne, og det måtte lægges til grund, at observationerne heller ikke på anden måde gav anledning til, at overholdelsen af kassereglementets bestemmelser blev indskærpet over for funktionæren. Ved et møde afholdt den 4. juni 1984 forklarede funktionæren, at han intet kunne huske om de enkelte køb, og at han ikke havde taget pengene selv. Under disse omstændigheder fandtes det betænkeligt at anse overtrædelserne af kassereglementet som så væsentlig misligholdelse, at arbejdsgiveren var berettiget til at ophæve ansættelsesforholdet.

Kapitel 6

Forholdsmæssigt afslag

I dette kapitel behandles misligholdelsesbeføjelsen forholdsmæssigt afslag.

Udgangspunktet tages i den almindelige obligationsret, jf. afsnit 6.1, og herefter behandles i afsnit 6.2 mulighederne for at udnytte beføjelsen til at forlange forholdsmæssigt afslag i funktionærretlig sammenhæng.

Med hensyn til spørgsmålet, om subjektive forhold i konkrete tilfælde kan have betydning for muligheden for at forlange forholdsmæssigt afslag, sammenholdes det obligationsretlige udgangspunkt med funktionærretten i afsnit 6.3.

6.1 Det obligationsretlige udgangspunkt om afslag

Såfremt der i et obligationsretligt skyldforhold præsteres en realydelse, der er *mangelfuld* og derfor mindre værd end en mangelfri ydelse, er det udgangspunktet, at kreditor kan kræve et *forholdsmæssigt afslag* i det vederlag, han skal erlægge.[335] Beføjelsen til at kræve forholdsmæssigt afslag har betydning for en kreditor, der ikke kan eller ikke vil hæve kontrakten, f.eks. fordi en tilbagelevering af ydelsen ikke er mulig.[336] Udtrykt noget firkantet kan forholdsmæssigt afslag siges at svare til en delvis ophævelse: Der skal ikke betales fuld pris for en ydelse, som ikke er fuldstændig. Vederlaget afkortes forholdsmæssigt til den faktisk leverede ydelse, og hermed kan kontraktforholdets gensidighed/balance siges at være genoprettet.

Som nævnt i afsnit 3.5 er forholdsmæssigt afslag – ligesom ophævelsesbeføjelsen og tilbageholdsretten – en gensidighedsbeføjelse eller en kontraktbeføjelse, der retter sig umiddelbart mod udvekslingen af ydelserne i et gensidigt bebyrdende kontraktforhold. Der er ikke til gensidighedsbeføjelserne knyttet nogen betingelser om, at den misligholdende part er erstatningsansvarlig og dermed subjektivt kan bebrejdes det konstaterede

335. Hos Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 239, påpeges, at også en forsinket præstation kan gøre forholdsmæssigt afslag relevant, hvis forsinkelsen har bevirket en økonomisk forandring i forhold til aftalens balancepunkt.

336. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del 3. udg. 2003, side 18.

kontraktbrud.[337] Gensidighedsbeføjelserne kan gøres gældende, allerede fordi gensidigheden mellem udvekslingen af ydelserne er brudt, når det objektivt er konstateret, at der foreligger kontraktbrud. På trods af dette udgangspunkt om objektivitet diskuteres det nedenfor i afsnit 6.3, om subjektive forhold i en konkret situation kan have betydning for vurderingen af et forholdsmæssigt afslag.

Beføjelsen til at kunne kræve et forholdsmæssigt afslag er særlig værdifuld for kreditor, fordi retten hertil som nævnt hverken er betinget af, at den, der har præsteret en mangelfuld (utilstrækkelig) ydelse, er ansvarlig for misligholdelsen, eller at misligholdelsen er væsentlig.[338]

Af mangelsdefinitionerne i artikel 35 i CISG,[339] købelovens § 76, lejelovens § 9 samt AB 92[340] § 30 kan udledes følgende obligationsretlige *mangelsbegreb*:

En ydelse er mangelfuld, hvis den ikke opfylder kontraktforholdets krav til dens faktiske og retlige egenskaber eller svarer til det, der med rette er forudsat af kreditor.

Såvel ydelsens beskaffenhed, art som kvalitet kan være behæftet med mangler, og afslaget kan både angå kvalitets- og kvantitetsmangler. Ydelsen er kun rigtig eller kontraktmæssig, hvis den opfylder de krav, som er stillet i kontrakten eller fremgår af andet grundlag i skyldforholdet.[341]

Ikke enhver selv nok så beskeden afvigelse fra kontraktens beskrivelse af ydelsen eller fra almindelige kvalitetsnormer (det generelle mangelsbegreb) udgør et kontraktbrud, der giver mulighed for at forlange forholdsmæssigt afslag. Ikke enhver fejl er en mangel i retlig forstand.[342] Nogle afvigelser er så små, at de ikke kan karakteriseres som en misligholdelse af kontraktforholdet, fordi de ikke indebærer mulighed for at gøre nogen misligholdelsesbeføjelser gældende.[343]

---

337. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 239f. »I intet tilfælde er kravet på afslag betinget af, at der foreligger et ansvarsgrundlag eller andet særligt retsgrundlag. Betingelsen er alene, at den pågældende mangel kan siges at være *værdiforringende*, idet man dog ser bort fra rene bagateller.«
338. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 120.
339. Convention on Contracts for the International Sales of Goods/international købelovskonvention.
340. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomheder, udfærdiget af boligministeriet, 1992.
341. Sml. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 123f.
342. Sml. afsnit 3.4.3: »Bagateltilfælde« samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 120f.
343. Sml. afsnit 3.1, hvor misligholdelsesbegrebet defineres som et *funktionelt misligholdelsesbegreb*, det vil sige, at det kun er de tilfælde, hvor en fordringshaver erhverver en eller flere misligholdelsesbeføjelser som følge af kontraktsbruddet, der karakteriseres som misligholdelse.

Et forholdsmæssigt afslag beregnes som en reduktion af det aftalte vederlag efter forholdet mellem værdien af den præsterede mangelfulde ydelse og den værdi, som ydelsen ville have haft i mangelfri stand på leveringstidspunktet.[344] Selvom beregningsformlen er enkel, kan den være meget vanskelig at gennemføre, fordi det er svært – og måske endda umuligt – at foretage de nødvendige vurderinger af henholdsvis værdien af den præsterede ydelse og værdien af ydelsen, som den ville have været uden den påberåbte værdiforringende mangel.

Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky peger på, at der ofte vil være økonomisk ækvivalens mellem erstatning og afslag, selvom der er fundamental begrebsmæssig forskel mellem forholdsmæssigt afslag og positiv opfyldelsesinteresse.[345] Forskellene på de to krav kan i korthed opridses således:

Forholdsmæssigt afslag er som nævnt en gensidighedsbeføjelse. Hjemmelsgrundlaget for kravet udspringer direkte af en gyldigt vedtaget kontrakt. Kravet kan kun gøres gældende mod den umiddelbare kontraktpart. Der er intet krav om ansvarsgrundlag og økonomisk tab. I en gunstig handel er der ikke fuld kompensation for tab, fordi afslaget også rammer avancen.[346] Følgeskader kompenseres ikke, og der er en bagatelgrænse for så vidt angår småskader. Der foretages ingen prisregulering.

Positiv opfyldelsesinteresse er en opfyldelsesbeføjelse. Erstatning forudsætter ansvarsgrundlag i form af culpa, garanti eller lovhjemmel. Erstatningen dækker det økonomiske tab, som er en adækvat følge af den skadegørende handling eller undladelse. Der kan ydes kompensation for adækvate følgeskader, ligesom småskader kan erstattes, hvis der er givet garanti eller foreligger andet særligt ansvarsgrundlag. Erstatningen beregnes på grundlag af nutidspriser.

Gomard påpeger, at der i retspraksis ikke altid følges en konsekvent terminologi om afslag, erstatning, værdiforringelse, udgifter til afhjælpning mm. Han erklærer forståelse for, at parterne i en retstvist er mere interesserede i kroner og ører end i den retlige kvalifikation, men han gør opmærksom på, at klare regler bidrager til at gøre udfaldet af retstvister forudberegnelige.[347] Dette kan tiltrædes, idet den efterfølgende gennemgang af afslagsbeføjelsen i funktionærretlig sammenhæng viser, at der heller ikke her følges en konsekvent og klar terminologi.

344. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 123.
345. Jf. Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 239.
346. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 123.
347. Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 121.

6.2 Mulighederne for afslag i funktionærforhold

Som det fremgår ovenfor, kommer forholdsmæssigt afslag navnlig på tale ved mangelfulde realydelser. Det obligationsretlige mangelsbegreb er udledt af obligationsretlige specialegler vedrørende *materielle* ydelser. For så vidt angår disse, er det muligt at foretage en sammenligning mellem værdien af den faktisk leverede ydelse og værdien af den aftalte ydelse.

Dette står i modsætning til, hvad der gælder om immaterielle ydelser, f.eks. arbejdsydelser. For så vidt angår disse, er det ikke umiddelbart muligt at foretage en sammenligning mellem den mangelfulde ydelses værdi og værdien af den aftalte ydelse.

På trods heraf kan beføjelsen til at kræve forholdsmæssigt afslag også gøres gældende med hensyn til realydelser, der ikke er materielle, f.eks. arbejdsydelser. Det er imidlertid en forudsætning for forholdsmæssig reduktion af vederlaget, at det kan konstateres (bevises), at der er præsteret en ydelse af mindre værdi end aftalt.

Såfremt muligheden for forholdsmæssigt afslag ikke anerkendtes i forhold til immateriel ydelser, ville modtageren af en mangelfuld ydelse af denne art komme til at bære byrden (risikoen) for, at den modtagne ydelses værdi er for ringe, hvis det i et konkret tilfælde ikke er muligt at gøre erstatningsansvar gældende, og hvis kontrakten ikke kan hæves eller ikke ønskes hævet.[348]

I afsnittene 6.2.1 og 6.2.2 behandles mulighederne for at forlange forholdsmæssigt afslag i tilfælde af henholdsvis arbejdsgiverens og funktionærens misligholdelse. Behandlingen viser, at beføjelsen til at kræve forholdsmæssigt afslag kun indtager en meget begrænset plads som misligholdelsesbeføjelse i funktionærretlig sammenhæng.

6.2.1 Arbejdsgiverens misligholdelse

Arbejdsgiverens ydelse er som alt overvejende hovedregel ikke en realydelse,[349] men en pengeydelse. Allerede som følge heraf kan funktionæren ikke forlange forholdsmæssigt afslag, eftersom det ikke giver mening at tale om mangler ved pengeydelser.

348. Jf. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 122.
349. Undtagelser herfra kan forekomme, hvis det i et konkret tilfælde er aftalt, at en del af arbejdsgiverens vederlag skal erlægges i naturalier, f.eks. en fri bolig. Hvis der i et sådant tilfælde er mangler ved boligen, må lejerens (funktionærens) muligheder for afslag i lejen afgøres på grundlag af de lejeretlige grundsætninger herom.

Det kunne naturligvis overvejes at anskue en utilstrækkelig pengeydelse som en kvantitetsmangel med det resultat, at funktionæren skulle kunne afkorte sin ydelse tilsvarende. Herom anføres imidlertid hos Hasselbalch:

> »Retten [til forholdsmæssigt afslag] er i arbejdsretten kun praktisk for arbejdsgiverens vedkommende, idet lønmodtageren jo vanskeligt kan nedsætte tempoet eller forsømme en del af tiden, fordi han mener at få for lidt i løn i forhold til, hvad han er berettiget til.«[350]

Det lægges i stedet til grund, at ydelserne i et gensidigt bebyrdende kontraktforhold tjener som vederlag for hinanden. Allerede som følge heraf har arbejdsgiveren ikke ret til arbejdsydelsen i det omfang, han ikke betaler for den.[351] For funktionæren er det derfor ikke nødvendigt at føre bevis for, at der foreligger kontraktbrud med heraf følgende mulighed for at gøre misligholdelsesbeføjelsen forholdsmæssigt afslag gældende.

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl[352] anføres, at beføjelsen til at kræve forholdsmæssigt afslag kun i specielle tilfælde kan tænkes udøvet af funktionæren over for arbejdsgiveren. Dette standpunkt kan tiltrædes, jf. ovenstående.

Til støtte herfor anfører H.G. Carlsen og Danielle Buhl afgørelsen SHT 1935.334 modsætningsvis. Dommen – hvis omstændigheder følger nærmere nedenfor – kan imidlertid udlægges på to forskellige måder:

> En direktrice forlod sin stilling i et modefirma under anbringende af, at der var for koldt i lokalerne til at arbejde. Under sagen nedlagde hun påstand om løn indtil det tidspunkt, til hvilket hun lovligt kunne være opsagt. Retten antog, at direktricens krav om bedre opvarmning burde have mødt mere imødekommenhed og forståelse fra arbejdsgiverens side. Opvarmningsforholdene var imidlertid »aldeles ikke … nærmere dokumenteret« fra direktricens side. Derfor fandtes opvarmningsforholdene ikke at berettige direktricen til at ophøre med sit arbejde som sket. Da der heller ikke i øvrigt forelå noget forhold fra arbejdsgiverens side, som kunne danne grundlag for, at der tilkom direktricen løn for tiden efter hendes fratræden, fik arbejdsgiveren medhold i sin påstand om frifindelse.

350. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 687.
351. Sml. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 37ff. under overskriften: »Vederlagsrisiko«.
352. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 199.

I præmissernes fokus på, at opvarmningsforholdene ikke var nærmere dokumenteret fra direktricens side, kan muligvis lægges, at retten ville have nået frem til et andet resultat, hvis der havde været ført et tilstrækkeligt bevis for dette forhold.

Afgørelsen kan udlægges på den måde, at direktricen muligvis kunne have løftet bevisbyrden for, at arbejdsydelsen ikke kunne (og skulle) erlægges på grund af forhold på fordringshaverens side – altså et fordringshavermorasynspunkt.

Hvis årsagen til den utilstrækkelige opvarmning lå helt uden for arbejdsgiverens kontrol, for eksempel på grund af tredjemands problemer med varmeleverancen, og hvis arbejdsgiveren ikke havde mulighed for at etablere erstatningsopvarmning, så ville direktricens undladelse af at levere sin arbejdsydelse alene være berettiget på grundlag af dette fordringshavermorasynspunkt.[353] Situationen er her på linje med en nedbrændt arbejdsplads, hvor de fysiske forhold er årsag til, at arbejdsydelsen rent faktisk ikke kan leveres.

Hvis årsagen til den utilstrækkelige opvarmning derimod beroede på arbejdsgiverens forhold – manglende betaling af varmeregningen for eksempel – ville det være ensbetydende med, at arbejdsgiveren ikke havde opfyldt sin accessoriske forpligtelse til at sikre ordentlige arbejdsforhold. Såfremt tilstrækkeligt bevis havde været ført, kunne dette betragtes som en misligholdelse, som direktricen kunne imødegå ved at foretage et forholdsmæssigt afslag i sin arbejdsydelse.

6.2.2 Funktionærens misligholdelse

6.2.2.1 Kvalitetsmangler ved funktionærens ydelse?

Det undersøges her, om utilstrækkelig opfyldelse af kravene til *kvaliteten af arbejdsydelsen* kan karakteriseres som en mangel med misligholdelsesvirkninger, eksempelvis forholdsmæssigt afslag. Følgende bemærkninger fra den arbejdsretlige teori viser, at en påstand herom er vanskelig at gennemføre i praksis.

Ussing anførte følgende:

353. Der foreligger altså et tilfælde af ikke-opfyldelse af arbejdsgiverens accessoriske forpligtelse til at sikre ordentlige arbejdsforhold, hvor ikke-opfyldelsen beror på undskyldelige/hændelige omstændigheder, som ikke kan henføres til arbejdsgiverens forhold. Sammenlign eventuelt den form for ikke-opfyldelse af arbejdsforpligtelsen, der i afsnit 3.4.2.2 er karakteriseret som »Undskyldeligt/hændeligt fravær«, og som falder uden for misligholdelsesdefinitionen.

»Ved såkaldte tjenestekontrakter vil den mangel, at arbejderen er mindre dygtig til sit arbejde … i almindelighed ikke medføre, at arbejdsgiveren får ret til at kræve forholdsmæssigt afslag i arbejdslønnen« og herfra henvises til Enkelte Kontrakter: »Derimod har Arbejdsgiveren *ikke* Ret til at foretage forholdsmæssig *Afkortning i lønnen, blot fordi Arbejderen er mindre duelig*, end Arbejdsgiveren havde Grund til at vente. Det vilde være meget vanskeligt at afgøre, hvor stor en Nedsættelse der kunde foretages, og hverken Lovgivningen eller Retspraksis giver nogen Støtte for Beføjelsen.«[354]

Denne her anlagte linje er fastholdt hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl:

»At funktionæren er mindre egnet til sit arbejde eller er sløset, kan ikke hjemle et forholdsmæssigt afslag. Dette vil heller ikke være tilfældet ved andre former for misligholdelse, hvor afslaget ikke lader sig udmåle.«[355]

– og hos Hasselbalch:

»I praksis kommer forholdsmæssigt afslag … ikke [på tale], hvor det f.eks. drejer sig om manglende duelighed, sløseri o.lign.«[356]

På baggrund heraf kan det konstateres, at forholdsmæssigt afslag i forbindelse med kvalitetsmæssige mangler ved den leverede arbejdsydelse næppe er praktisk realiserbar. Muligheden for at benytte beføjelsen strander på, at forholdet mellem værdien af den mangelfulde arbejdsindsats vanskeligt lader sig sammenligne med værdien af en mangelfri indsats.

Muligheden for at benytte forholdsmæssigt afslag som en misligholdelsesbeføjelse i tilfælde, hvor kvaliteten af den leverede arbejdsydelse ikke lever op til de krav, der stilles i ansættelsesforholdet i sin helhed, bør imidlertid ikke pure afvises, blot fordi afslaget kun vanskeligt lader sig beregne. Således kunne man eksempelvis forestille sig et tilfælde, hvor en person ansættes til at varetage et bestemt erhverv, hvortil en given kandidateksamen er velegnet, men ikke nødvendigvis påkrævet. Hvis den pågældende ansættes på grundlag af sin kandidatgrad, men det efter et stykke tid viser sig, at kandidateksamen ikke er opnået, fordi specialet ikke er afleveret, foreligger der en mangel. I det givne eksempel vil den imidlertid ikke være væsentlig, fordi eksamen ikke var påkrævet, blot velegnet. Ansættelsesforholdet kan således ikke ophæves. Spørgsmålet er herefter, om arbejdsgiveren i stedet kan gøre beføjelsen til forholdsmæssigt afslag gæl-

354. Jf. Ussing, Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 105 henholdsvis Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 362.
355. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 261.
356. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 687.

dende? Hvis jobbet er aflønnet på grundlag af en overenskomst, hvor de ansatte deles i kategorier ud fra deres uddannelsesmæssige baggrund, vil det forhold, at den pågældende ikke fuldt ud var blevet kandidat, bevirke, at han skal aflønnes på et bachelor- og ikke et kandidatniveau. For så vidt angår allerede udbetalt kandidatløn, kan arbejdsgiveren indrømmes et forholdsmæssigt afslag. Er der ikke forlods i en overenskomst eller et lønregulativ taget stilling til værdien af henholdsvis bachelor- og kandidatarbejde, må det medgives, at afslaget vil være vanskeligt og måske endda umuligt at beregne.

6.2.2.2 Kvantitetsmangler ved funktionærens ydelse?

Det er tvivlsomt, om der kan forekomme tilfælde af kvantitetsmangler ved funktionærens ydelse – det vil sige forsømmelser af arbejdstiden – som gør det relevant for arbejdsgiveren at forlange forholdsmæssigt afslag i lønydelsen. I den arbejdsretlige teori hersker der såvel usikkerhed som uenighed, hvilket skal belyses i det umiddelbart følgende.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl anfører:

> »Ved misligholdelse fra funktionærens side, navnlig m.h.t. overholdelse af arbejdstid o.lign., vil der kunne blive tale om forholdsmæssigt afslag i lønnen.«[357]

Til støtte herfor anføres afgørelsen U 1963.201 V:

> En funktionær havde ved sin ansættelse 2 år tidligere fortiet helbredsoplysninger. Der kunne ikke kræves løn under sygdom, fordi fortiet sygdom ikke er omfattet af bestemmelsen om lovligt forfald i funktionærlovens § 5, stk. 1.

Rettens afgørelse er således ikke begrundet i grundsætningen om forholdsmæssigt afslag, men derimod i princippet om, at der kun skal svares vederlag for ydelser, der modtages, medmindre fordringshaveren bærer risikoen for leveringen. H.G. Carlsen og Danielle Buhl kan herefter ikke siges at have fremført dokumentation for, at der ved funktionærens manglende overholdelse af arbejdstiden kan blive tale om forholdsmæssigt afslag i lønnen.

Hos Hasselbalch anføres da også, at det kun er i visse tilfælde af arbejdstidsforsømmelser, at en diskussion om afslagsbeføjelsen er relevant, eftersom det retlige udgangspunkt ved sådanne forsømmelser er, at der kun er ret til løn for præsteret arbejde. I det omfang, arbejdet ikke leveres, er der ikke krav på løn på grund af ydelsernes gensidige afhæn-

357. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 199.

gighed. I sådanne tilfælde er det ikke nødvendigt begrunde reduktionen i arbejdsgiverens lønydelse på grundlag af reglerne om forholdsmæssigt afslag.[358]

Dette standpunkt kan tiltrædes.

Videre anføres det hos Hasselbalch, at afslagsbeføjelsen …

> »… følgelig kun [har] interesse i de tilfælde, hvor udgangspunktet er det modsatte derved, at der er hjemlet betaling uanset fravær, men hvor lønmodtageren tilsidesætter sine forpligtelser i denne forbindelse«.

De heri omtalte tilfælde af betalt fravær svarer formentlig til de tilfælde, der i nærværende afhandling er behandlet ovenfor i afsnit 3.4.2.1: »Lovligt forfald«. Udgangspunktet herom er, at risikoen for funktionærens levering af arbejdsydelsen hviler på arbejdsgiveren, hvis funktionæren har lovligt forfald. Arbejdsgiveren skal således uophørligt betale lønnen, selvom funktionærens forpligtelse til at levere arbejdsydelsen er midlertidigt suspenderet.

Som det også fremgår af afsnit 3.4.2.1, har funktionæren under sit fravær en afledt forpligtelse til at bringe sig i en situation, hvor arbejdsydelsen hurtigst muligt atter kan leveres. Det formodes at være tilsidesættelse af denne forpligtelse, der hentydes til i den citerede passus fra Hasselbalchs bog.

Det er i nærværende afhandling antaget, at misligholdelse af den afledte forpligtelse indebærer, at arbejdsgiveren fritages for at betale løn under lovligt forfald. Herved er man tilbage ved udgangspunktet om, at der kun er ret til løn for præsteret arbejde. Arbejdsgiverens forpligtelse til at betale løn under lovligt forfald kan således siges at være en undtagelse, som forudsætter, at funktionæren overholder de forpligtelser, der er forbundet med retten til at oppebære løn under lovligt forfald.

På denne baggrund kan Hasselbalchs standpunkt herom ikke tiltrædes: Heller ikke i tilfælde af misligholdelse af afledte forpligtelser under lovligt forfald er det relevant at tale om kvantitetsmangler ved funktionærens ydelse med forholdsmæssigt afslag til følge.

Spørgsmålet er herefter, om der overhovedet er nogen tilfælde, hvor arbejdsgiveren kan tilkendes et forholdsmæssigt afslag som følge af kvantitetsmangler ved funktionærens ydelse?

Hos Hasselbalch[359] nævnes eksempler fra fagretlig praksis på, at arbejdsgivere er blevet anset for berettigede til at foretage afkortning i lønnen for konstaterede præstationsnedsættelser, f.eks. temponedsættelse og mangler

358. Jf. Hasselbalch i Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 687f.
359. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 687, note 263.

i forhold til akkordarbejde. Disse eksempler er relevante, idet der ikke er tale om egentlige arbejdstidsforsømmelser, men derimod om mangler af kvantitativ karakter af den ydelse, der er leveret. Det er imidlertid vanskeligt at forestille sig lignende eksempler fra funktionærretten, idet funktionærens kvantitative præstationer ikke måles på samme måde.

Som eksempel på en funktionærretlig sag, hvor afslag ikke blev anerkendt, anfører H.G. Carlsen og Danielle Buhl,[360] SHT 1903.42:

> En funktionær skulle honoreres med en fast månedsløn med et provisionsmæssigt tillæg. Det var i sagen uomtvistet, at hun efter en konkret måned var berettiget til et tillæg på 35 kr. Arbejdsgiveren påstod sig imidlertid frifundet for betaling heraf, idet han gjorde gældende, at funktionæren til stadighed kom meget for sent om morgenen, ofte var gået for tidligt om aftenen og af og til gik bort i løbet af dagen. Uden reaktion fra funktionæren havde arbejdsgiveren gentagende gange sagt til hende, at hun ville blive trukket i løn. Ansættelsesforholdet var afsluttet på grund af disse forhold. Funktionæren benægtede ikke, at hun ofte havde udvist forsømmelse. Hun fremdrog imidlertid et anbringende om, at hun – på trods af sin tavshed over for arbejdsgiverens bemærkninger om forsømmelserne – ikke kunne antages at ville være gået ind på at vedblive at arbejde uden løn eller dog med ringere løn. Herudover fremdrog hun, at arbejdsgiveren havde beholdt hende i tjenesten og benyttet hendes arbejdskraft måneden ud. Arbejdsgiveren blev af disse grunde dømt i overensstemmelse med hendes påstand om betaling af løntillægget, og han fik således ikke medhold i sin påstand om afslag.

Rækkevidden af denne afgørelse er tvivlsom. For det første er den gammel. For det andet er sagens faktiske omstændigheder beskrevet så kort og konkret, at det er vanskeligt at udlede noget generelt af afgørelsen. For det tredje kan det bero på en terminologisk tilfældighed, at retten lige netop har taget stilling til en påstand om »afslag«. Sagen kunne lige så vel have været procederet på det ovennævnte standpunkt, om at funktionæren kun havde ret til løn for præsteret arbejde.[361]

Afslutningsvis skal opmærksomheden henledes på den ovenfor i afsnit 3.4.2.4 fremsatte kritik af, at begrebet forholdsmæssigt afslag i den arbejdsretlige teori misvisende er blevet brugt som begrundelse for, at arbejdsgiverens forpligtelse til at svare vederlag reduceres, når der foreligger et ikke-hævebegrundende fravær. Det er i nærværende afhandling antaget, at reglerne om forholdsmæssigt afslag ikke kan anvendes, idet der

360. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 261, note 317, som er et afsnit om kompetencemangler.

361. Jf. afsnit 6.1 in fine, hvor det nævnes, at Gomard påpeger terminologisk usikkerhed i retspraksis.

ikke i tilfælde af manglende levering foreligger en værdiforringende faktisk eller retlig mangel. Arbejdsgiverens ret til at fradrage i lønnen, når en arbejdsydelse ikke er leveret, beror derimod på grundsætningen om, at der ikke skal betales for en ydelse, som ikke leveres, jf. afsnit 3.4.2.2: »Undskyldeligt/hændeligt fravær«.

6.3 Subjektive forhold af betydning for afslag?

Det kan overvejes, om fuldstændigt fravær af subjektivt dadelværdige forhold kan få begrænsende indflydelse på kreditors adgang til at få forholdsmæssigt afslag. Sammenlign således Gomard, som for så vidt angår mangler ved fast ejendom antager, at der skal mere til for at anse en fejl for en mangel i retlig forstand, hvis realdebitor ikke kan gøres erstatningsansvarlig:

> »Er sælgeren ikke ansvarlig, kan et … krav også gennemføres ved hjælp af beføjelsen til at kræve forholdsmæssigt afslag, men der stilles *formentlig*, fordi der intet er at bebrejde sælgeren, noget større krav til betydningen af en fejl for at anse fejlen som en mangel i retlig forstand, jf. UfR 1993.72 H og 1998.474 H.«[362] [Kursiveringen er foretaget her].

Opmærksomheden skal henledes på, at Gomard i sin formulering af denne passus er blevet lidt mere tøvende (jf. indføjelsen af ordet »formentlig«) i 3. udgaven fra 2003, end han var i 2. udgaven fra 1995. Dette beror muligvis på, at der i 2. udgaven blot var henvist til højesteretsafgørelsen fra 1993 (hvor der hverken kunne tilkendes erstatning eller forholdsmæssigt afslag for ubrugeligt gulvvarmeanlæg), mens der i 3. udgaven tillige henvises til afgørelsen fra 1998 (hvor sælger ikke var erstatningsansvarlig, men hvor køber fandtes berettiget til et afslag på 18.000 kr. af en købesum på 300.000 kr. i anledning af afholdte udgifter til lovliggørelse af ejendommens elinstallationer).[363]

Udviklingen i den anførte retspraksis taler således imod at vægte subjektive omstændigheder i forbindelse med vurderingen af en kreditors krav om forholdsmæssigt afslag.

362. Jf. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 122.

363. I sagen fra 1998 udgjorde afslaget 6 % af købesummen. I en tilsvarende sag, U 2002.1088 V, blev sælgeren af en ejendom ikke anset for at være erstatningsansvarlig for en udgift på 78.700 kr. til istandsættelse af kloaksystemet. Beløbet fandtes imidlertid hverken absolut eller henset til købesummen på 1.450.000 kr. for et uvæsentligt beløb, og køberen blev derfor tilkendt et forholdsmæssigt afslag, som svarede til 5,4 % af købesummen.

I afsnit 5.3.3 er det diskuteret, om begrebet »grov misligholdelse« indeholder et subjektivt element. Det konkluderes, at det må fastholdes, at det obligationsretlige misligholdelsesbegreb er objektivt. Samtidig erkendes imidlertid, at subjektive forhold kan have betydning for bedømmelsen af væsentligheden.

Parallelt hertil fastholdes det obligationsretlige udgangspunkt i nærværende sammenhæng: Vurderingen, af om kreditor skal tilkendes et forholdsmæssigt afslag, sker på objektivt grundlag.

Også i denne sammenhæng må det imidlertid erkendes, at subjektive elementer kan have betydning for udfaldet af en vurdering af et forholdsmæssigt afslag.

Det er således ikke utænkeligt, at totalt fravær af subjektive omstændigheder i et konkret tilfælde kan få indflydelse på vurderingen af en arbejdsgivers mulighed for at få tilkendt forholdsmæssigt afslag som følge af fejl eller mangler ved en funktionærs ydelse. Dette beror på, at subjektive forhold indgår i overvejelserne, allerede fordi der er tale om en personlig ydelse, og fordi ingen er forpligtet ud over deres evner, jf. ovenfor i afsnit 6.2.2.1.

Kapitel 7

Tilbageholdsret

I dette kapitel behandles misligholdelsesbeføjelsen tilbageholdsret med udgangspunkt i den almindelige obligationsret. Mulighederne for at udøve tilbageholdsret i tilfælde af funktionærkontrakters misligholdelse inddrages løbende i behandlingen. Herved belyses samspillet mellem tilbageholdsret i obligationsretlig og funktionærretlig kontekst.

Kapitlet er systematisk inddelt således, at det obligationsretlige udgangspunkt om tilbageholdsret behandles i afsnit 7.1 og arbejdsgiverens henholdsvis funktionærens muligheder for at udøve tilbageholdsret behandles i afsnittene 7.2 - 7.5.

I afsnit 7.4 sammenholdes funktionærens muligheder for at udøve detentionsret i tilfælde af arbejdsgiverens misligholdelse med mulighederne for at undlade at levere på grund af arbejdsgiverens fordringshavermora. Behandlingen er interessant og relevant, fordi grundsætningen om tilbageholdsret i den arbejdsretlige teori er blevet blandet sammen med grundsætningen om fordringshavermora.

Afsnit 7.6: »Særlige forhold om lønaccessorier i fratrædelsessituationen« adskiller sig fra kapitlets øvrige afsnit, eftersom det ikke vedrører misligholdelsesbeføjelsen tilbageholdsret. Derimod vedrører det spørgsmålet om, hvem af parterne der i en fratrædelsessituation har ret til et materielt gode. Det er valgt at behandle dette spørgsmål i nærværende kapitel, fordi der er to lighedspunkter mellem funktionærens retentionsret i tilfælde af misligholdelse og funktionærens opretholdelse af et løngode i en fratrædelsessituation: For det første angår begge tilfælde funktionærens mulighed for at beholde en genstand, som tilhører arbejdsgiveren. For det andet er det lignende synspunkter og argumenter, som i de to henseender skal fremdrages og vurderes, for at der kan tages stilling til, om genstanden skal blive hos funktionæren eller skal tilbageføres til arbejdsgiveren.

7.1 Det obligationsretlige udgangspunkt om tilbageholdsret

7.1.1 Indledende betragtninger

Misligholdelsesbeføjelsen tilbageholdsret bestemmes traditionelt som en ret for en besidder til at nægte udlevering af en genstand til en anden person for derved at formå denne anden person til at erlægge en ydelse til besidderen. Tilbageholdsret er samlebetegnelse for *retentionsretten*, som angår retten til at tilbageholde en ydelse, der tilhører en anden, og *detentionsretten*, som angår retten til at tilbageholde egen ydelse.[364]

Den tilbageholdende part har alene ret til at holde genstanden tilbage til sikring af sit krav. Genstanden må ikke benyttes under tilbageholdelsen.

Ligesom hæve- og afslagsbeføjelsen er tilbageholdsret en gensidighedsbeføjelse. Det vil sige, at retten til at tilbageholde en ydelse udspringer direkte af gensidigheden mellem parternes ydelser. Der er ikke til tilbageholdsretten knyttet noget krav om, at den misligholdende part er ansvarlig for eller subjektivt kan bebrejdes den foreliggende misligholdelse.

Beføjelsen til at udøve tilbageholdsret har den procesmæssige fordel, at den kan udøves umiddelbart, det vil sige uden domstolenes mellemkomst.[365] Den part, der vælger at udøve tilbageholdsret, bærer imidlertid risikoen for sit standpunkt. Den pågældende er således selv i misligholdelse, hvis det efterfølgende viser sig, at tilbageholdsretten (manglende levering) er udøvet på et utilstrækkeligt grundlag.

Tilbageholdsretten har en nøje sammenhæng med samtidighedsgrundsætningen, hvorefter en part kan nægte at erlægge sin ydelse, medmindre modydelsen samtidig erlægges. Dette gælder dog kun, hvor andet ikke følger af aftale, sædvane, ydelsernes beskaffenhed eller en særlig retsregel.[366]

Tilbageholdsret er en misligholdelsesbeføjelse af midlertidig karakter, der har til formål at virke som et effektivt pressionsmiddel til at motivere medkontrahenten til at opfylde sin forpligtelse.[367] Tilstanden kan således opretholdes, indtil medkontrahenten opfylder (eller er parat til at opfylde) sin kontraktsforpligtelse. Viser det sig, at opfyldelse ikke kan ske, bliver det relevant for den tilbageholdende part at fremsætte en ophævelseserklæring, som kan kombineres med krav om erstatning. Fremsættelse af ophævelseserklæring er nødvendig, selvom den ikke umiddelbart ændrer på de

364. W.E. von Eyben, Panterettigheder, 8. udg. 1987 ved Henning Skovgaard, side 394ff.
365. Sml. afsnit 5.2: »Procedurekrav til ophævelse« samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 81.
366. Jf. Ussing, Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 79-82.
367. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 61-77.

faktiske forhold. Årsagen hertil er, at kontrakter ikke ophæves automatisk: Først ved ophævelsen frigøres parterne fra deres opfyldelsesforpligtelser.[368]

Foruden de her nævnte generelle virkninger af tilbageholdsret giver *detentionsret* ydermere den tilbageholdende part den sikkerhed, at han enten får sit vederlag, eller at han, hvis der er indtrådt væsentlig misligholdelse fra den anden parts side, kan hæve aftalen og beholde sin egen ydelse.[369]

Tilbageholdsretten kan udøves, hvad enten medkontrahentens misligholdelse består forsinkelse med leveringen eller levering af en mangelfuld ydelse. Tilbageholdsretten kan således kombineres både med krav om naturalopfyldelse og krav om erstatning. Beføjelsen kan gøres gældende, når forfaldstiden er indtrådt, jf. ovenfor om samtidighedsgrundsætningen.

7.1.2 Proportionalitetskrav?

Mulighederne for at udøve tilbageholdsret er ikke ubegrænsede. I det følgende citat peger W.E. von Eyben og Henning Skovgaard på nogle overvejelser, som indgår, når domstolene i et konkret tilfælde tager stilling til, om tilbageholdsret kan udøves:

> »Hvis genstanden er uundværlig [for den part, der ifølge korrekt kontraktopfyldelse skal have den i hænde], eller hvis genstandens værdi er betydelig større end værdien af den ydelse, som skal erlægges, kan tilbageholdsretten misbruges. Det samme er tilfældet, hvis kravet er af omtvistelig karakter. Disse urimeligheder kan dog neddæmpes ved hensigtsmæssige begrænsninger i adgangen til at udøve tilbageholdsret.«[370]

Også i funktionærretlig sammenhæng diskuteres et sådant krav om proportionalitet mellem værdien af fordringen og den genstand, som tilbageholdes:

For så vidt angår funktionærens muligheder for at udøve tilbageholdsret synes H.G. Carlsen og Danielle Buhl[371] skeptiske over for proportionalitetskravet. De antager nemlig, at det formentlig er nødvendigt at indrømme en funktionær misligholdelsesbeføjelser, selvom misligholdelsen kun vedrører ganske små beløb. Dette begrundes med, at funktionæren ud fra en praktisk betragtning ellers vil stå ret magtesløs, idet: »Incasso mod arbejds-

368. Jf. nærmere herom i afsnit 5.2.1: »Fremsættelse af ophævelseserklæringen/reklamation« samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 81.
369. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 61-77.
370. Jf. W.E. von Eyben, Panterettigheder, 8. udg. 1987 ved Henning Skovgaard, side 394ff. Citatet stammer fra side 395, og på side 400 behandles emnet atter.
371. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 202f.

giveren [jo er] en ret upraktisk tanke«. Disse forfattere er dog ikke ganske afvisende over for et egentligt proportionalitetskrav, men de efterlyser domstolenes endelige stillingtagen til spørgsmålet.

På linje hermed anfører Lars Svenning Andersen,[372] at der må være et stærkt misforhold mellem et tilgodehavende og aktivets værdi, før det kan tillægges betydning. Således vil det eksempelvis ikke være rimeligt at tilbageholde en bil til sikkerhed for betaling af en benzinregning.

Hasselbach er tilsyneladende den forfatter, der går længst i retning af at anerkende proportionalitetskravet, idet han argumenterer for, at der skal være proportionalitet mellem det tilbageholdte aktivs værdi og lønmodtagerens krav. Eksempelvis anfører han endda, at:

> »… lønmodtageren … slet ikke [kan] tilbageholde genstande, hvis værdi er *helt* ude af proportioner i forhold til hans krav«.[373] [Kursiveringen er foretaget her].

7.1.3 Konneksitet

Der skal være en »nærmere forbindelse« mellem besiddelsen af den genstand, som ønskes tilbageholdt, og det sikrede krav. I teorien kaldes dette *konneksitet*. I artiklen U 1986 B 353 om tilbageholdspant angiver forfatteren, Henning Skovgaard, den positive retningslinje, at der altid foreligger den fornødne konneksitet, hvis der er klar årsagsforbindelse mellem besiddelse og krav. En negativ retningslinje består af, at der ikke foreligger konneksitet, hvis der ikke er den nævnte årsagsforbindelse, og det i øvrigt stiller sig som i høj grad tilfældigt, at den part, som udøver tilbageholdsret, har genstanden i sin besiddelse.

Om funktionærens mulighed for at tilbageholde en genstand tilhørende arbejdsgiveren anfører Henning Skovgaard, at det almindeligvis vil være udelukket, at der foreligger den fornødne forbindelse mellem fordringen og besiddelsen af genstanden. Dette begrundes med, at principalens særlige *instruktionsbeføjelse* til enhver tid kan fortrænge besidderens rådighed.

Der skal gøres opmærksom på, at Skovgaards artikel er fra 1986. Nedenfor i afsnit 7.5: »Funktionærens retentionsret« fremhæves nyere praksis og teoretisk uenighed om funktionærens mulighed for at udøve tilbageholdsret særlig i forhold til firmabiler.

372. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 522.
373. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 955 og 957, note 287 in fine.

7.1.4 Funktionærretlige særtræk

Den indledningsvise generelle skildring af tilbageholdsretten omfatter ikke uden videre funktionærretten. Dette beror navnlig på, at funktionærforholdet er et vedvarende kontraktforhold. Eksempelvis gælder den i købeloven lovfæstede samtidighedsgrundsætning ikke, fordi ydelsernes vedvarende karakter udelukker muligheden for samtidig udveksling. Arbejdsydelsen leveres løbende, mens vederlaget typisk forfalder ved månedens afslutning. Hermed får beføjelsen til at udøve tilbageholdsret en særlig udformning, når den skal gøres gældende i et funktionærforhold. Med henblik på at belyse dette foretages i det følgende en nærmere undersøgelse, hvor der sondres mellem arbejdsgiverens henholdsvis funktionærens muligheder for at udøve tilbageholdsret.

7.2 Arbejdsgiverens tilbageholdsret/detentionsret

Arbejdsgiverens tilbageholdsret vil altid være en *detentionsret*: Arbejdsgiveren kan kun tilbageholde sin egen ydelse – lønnen – i forsøget på at udøve pression mod funktionæren for at gennemtvinge krav mod denne. Arbejdsgiverens detentionsret kan udøves med hensyn til krav på levering af arbejdsydelsen og betaling af erstatning i anledning af misligholdelse, herunder anticiperet misligholdelse. Indholdet af detentionsretten skal uddybes nærmere i det følgende, men først slås fast, at *retentionsretten* er utænkelig som misligholdelsesbeføjelse for arbejdsgiveren. Dette skyldes for det første, at arbejdsgiveren på intet tidspunkt vil have funktionærens genstande i sin besiddelse på en så selvstændig måde, at han kan siges at have rådigheden over dem. For det andet vil der ikke være konneksitet mellem arbejdsgiverens tilfældige besiddelse af funktionærens genstande og arbejdsgiverens fordring.

Det er udgangspunktet, at lønydelsen først forfalder til betaling ved månedens udgang. Det vil sige, at arbejdsgiveren først skal betale lønnen, efter arbejdsydelsen er leveret. Hermed giver det ikke mening at tilbageholde lønnen med henblik på at gennemtvinge arbejdsydelsen. Hvis det ved månedens udgang viser sig, at arbejdsydelsen slet ikke er leveret, og arbejdsgiveren ikke bærer risikoen herfor,[374] foreligger der forsinkelse. Arbejdsgiveren kan imidlertid ikke reagere på forsinkelsen ved at udøve tilbageholdsret i lønnen med henblik på at gennemtvinge levering af den udeblevne arbejdsydelse. Dette hænger sammen med, at arbejdsydelser

374. Jf. afsnit 3.4.2.1: »Lovligt forfald«.

typisk er »tidsbundne ydelser«, det vil sige, at funktionæren ikke er forpligtet til at levere det forsømte arbejde på et senere tidspunkt, hvis levering på det oprindeligt aftalte tidspunkt ikke har været mulig.[375] I stedet bortfalder lønydelsen. Yderligere retsvirkninger (navnlig ophævelse) kan kun drages for så vidt angår udeblivelser, der kan kategoriseres som uberettiget fravær, jf. afsnit 3.4.2.3, mens undskyldeligt/hændeligt fravær, jf. afsnit 3.4.2.2, blot har den virkning, at parternes gensidige forpligtelser til at levere deres ydelser for fraværsperioden bortfalder.

I det omfang arbejdsgiveren kan rejse et erstatningskrav imod den ansatte i anledning af den manglende levering af arbejdsydelsen, kan lønydelsen tilbageholdes med henblik på gennemtvingelse af erstatningen, jf. Ussing:

> »Hvis den varige ydelse skulle erlægges i et bestemt tidsrum og vederlaget betales ved tidens udløb, kan den anden part, når tiden er gået uden erlæggelse, ikke mere kræve selve ydelsen, men hvis han har krav på erstatning for misligholdelsen og han ikke hæver kontrakten, kan han holde sin ydelse tilbage, indtil han får erstatning.«[376]

Hasselbalch mener som Ussing, at arbejdsgiveren for så vidt angår klare erstatningskrav på lønmodtageren kan udøve tilbageholdsret i lønnen. Dette kan ske indtil det tidspunkt, hvor størrelsen af erstatningsbeløbet er endeligt afklaret,[377] idet det tilbageholdte beløb dog ikke må være uforholdsmæssigt stort i forhold den forventede skyld. Som eksempler herpå nævner Hasselbalch nogle ikke-funktionærretlige afgørelser fra fagretlig praksis, hvor arbejdsgiveren er indrømmet ret til at modregne bodsbeløb i lønnen, hvor arbejdsgiveren er indrømmet fyldestgørelse for underskud på akkord i overskud på senere akkorder, samt et eksempel på berettigelsen af tilbageholdelse i feriepenge i anledning af en medarbejders tyveri, mens politiet efterforskede sagen.[378]

I de tilfælde, hvor det er aftalt, at lønnen skal betales forud, kan arbejdsgiveren teoretisk tænkes at udøve tilbageholdsret i lønydelsen med henblik på at gennemtvinge arbejdsydelsen. Det må imidlertid erindres, at der påhviler arbejdsgiveren en kontraktmæssig forpligtelse til at betale

375. Jf. Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 15: »Nogle ydelser er *tidsbundne*, således at opfyldelse ved præstation af ydelsen på et andet tidspunkt, end det der er fastsat i kontrakten kun kommer på tale, hvis parterne enes om at ændre den oprindelige kontrakt.«
376. Jf. Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 81.
377. Hvorefter der vil være mulighed for modregning, jf. nærmere herom hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 264ff.
378. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 951f.

lønnen, før den ansattes ydelse modtages. Betaler arbejdsgiveren ikke, begår han kontraktbrud. Kan arbejdsgiveren imidlertid bevise, at der foreligger anticiperet misligholdelse fra funktionærens side for så vidt angår arbejdsydelsens levering, kan lønnen tilbageholdes. Konkret kan dette forekomme, hvis arbejdsgiveren er vidende om, at der foreligger en forhindring på funktionærens side, som arbejdsgiveren ikke bærer risikoen for.[379] Funktionæren er eksempelvis forhindret i at møde på arbejde, fordi han er strandet på et fjernt feriemål. I sådanne tilfælde kan det mellem parterne aftales, at arbejdsgiveren tilbageholder lønydelsen indtil videre. Bliver det for den ansatte muligt at indhente det forsømte arbejde på et senere tidspunkt, kan dette aftales mellem parterne, og forpligtelsen til at betale lønnen vil da være genaktualiseret. Indhentes den forsømte arbejdstid aldrig, bortfalder arbejdsgiverens forpligtelse til at betale lønnen for den pågældende periode ud fra princippet om ydelsernes gensidige afhængighed.

Arbejdsgiveren kan drage nytte af grundsætningen om detentionsret med henblik på gennemtvingelse af funktionærens arbejdsydelse i de konkrete tilfælde, hvor funktionæren er ansat til at levere et bestemt resultat på nogle meget frie arbejdsbetingelser for så vidt angår tidspunkterne for arbejdets udførelse. Muligheden for at tilbageholde lønnen falder imidlertid bort, hvis funktionæren fritages for sin leveringsforpligtelse eller denne suspenderes på grund af lovligt forfald, jf. herom i afsnit 3.4.2.1. Omvendt kan lønnens tilbageholdelse blive afløst af et egentligt bortfald af lønydelsen, hvis funktionæren selv bærer risikoen for, at arbejdsydelsen ikke kan præsteres, jf. herom i afsnit 3.4.2.2: »Undskyldeligt/hændeligt fravær« og 3.4.2.3: »Uberettiget fravær/misligholdelse«.

7.3 Funktionærens detentionsret

Som nævnt i afsnit 7.1 er *detentionsretten* betegnelsen for, at en debitor kan tilbageholde sin egen ydelse for at sikre modydelsens præstation.[380]

Et eksempel på en funktionærs udøvelse af tilbageholdsret findes hos Jørgen Rønnow Bruun,[381] som omtaler en afgørelse fra Sø- og Handelsretten af 4. november 1993:

379. Jf. herom i afsnit 3.4.2.2: »Undskyldeligt/hændeligt fravær«.
380. W.E. von Eyben, Panterettigheder, 8. udg. 1987 ved Henning Skovgaard, side 394ff. samt Bo von Eyben og W.E. von Eyben, Juridisk Ordbog, 11. udg. 1999.
381. Usaglig Afskedigelse, 1. udg. 1996, side 48-49.

> En virksomhed var blevet overdraget, hvorefter den nye arbejdsgiver udskød lønudbetalingstidspunktet til sidste *hverdag* i måneden mod før sidste *torsdag* i måneden. En funktionær tilbageholdt sin arbejdskraft efter det oprindelige forfaldstidspunkt og blev som følge heraf bortvist. Retten fandt, at ændringen af lønudbetalingstidspunktet var væsentlig, og at arbejdsvægringen var berettiget. Bortvisningen var derfor uberettiget, og godtgørelse blev tilkendt foruden erstatning for tabt opsigelsesvarsel.

Det forhold, at Sø- og Handelsretten anså ændringen af lønudbetalingstidspunktet for at være en væsentlig ændring, betyder, at ændringen ikke kunne gennemføres uden at iagttage varslingsreglerne. Ved umiddelbart at gennemføre ændringen havde arbejdsgiveren således misligholdt det lovfæstede kontraktvilkår om varsel. Som følge heraf var funktionærens tilbageholdelse af arbejdsydelsen berettiget, hvorfor arbejdsgiveren ikke kunne bortvise funktionæren som følge af manglende præstation af arbejdsydelsen.

Tilbageholdelse af arbejdsydelsen kan navnlig overvejes, hvor arbejdsgiverens misligholdelse består af, at lønnen ikke betales (rettidigt). Tilbageholdelse af arbejdsydelsen lader sig i så fald nemmest udøve for så vidt angår de undtagelsesvise tilfælde, hvor funktionæren er forudlønnet. Betales lønnen ikke, kan funktionæren – efter at have afgivet behørigt påkrav – holde arbejdsydelsen tilbage.

Langt de fleste funktionærer er imidlertid »bagudlønnede«, det vil sige, at arbejdsydelsen leveres før lønydelsen. *Udgangspunktet* er derfor, at funktionæren – som en sælger, der leverer på kredit – er afskåret fra at udøve detentionsret i arbejdsydelsen, medmindre der foreligger anticiperet misligholdelse fra arbejdsgiverens side. Det vil i praksis sige, at arbejdsgiverens betalingsevne svigter.

Det kan overvejes, om en bagudlønnet funktionær kan udøve detentionsret i sin arbejdsydelse i f.eks. maj måned, fordi lønnen for april ikke blev udbetalt til forfaldstid den 30. april, jf. herom hos Ussing:

> »Når vederlaget for en varig ydelse skal betales periodisk bagud, kan forsinkelse med betaling for en periode næppe uden videre give den, der skylder den varige ydelse, ret til at holde den tilbage for den følgende periode.«[382]

Senere skrives imidlertid følgende generelt om forudlagte, om end ikke varige ydelser:

> »En skyldner, som ifølge aftalen skulle erlægge sin ydelse forud, dvs. uden samtidig at få modydelsen, får jævnlig ret til at holde sin ydelse tilbage eller hindre

382. Obligationsretten, Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 81.

> dens overgivelse til medkontrahenten (*standsningsret*), når særlige omstændigheder giver grund til at frygte, at modydelsen ikke vil blive erlagt rigtigt. Det er i al fald anerkendt i vidt omfang i tilfælde, *hvor det efter aftalens indgåelse viser sig, at den anden part er insolvent* … Men beføjelsen må vistnok overhovedet indrømmes, når der foreligger en sådan »anticiperet misligholdelse«, som giver vedkommende part ret til at hæve aftalen …«.[383]

I betragtning af, at arbejdsgiverens forsinkelse med lønudbetalingen hurtigt berettiger den ansatte til at hæve kontraktforholdet, må spørgsmålet om detentionsret med henblik på at gennemtvinge krav for en tidligere periode således besvares bekræftende.

7.4 Detentionsret cfr. fordringshavermora

I dette afsnit sammenholdes funktionærens mulighed for at udøve detentionsret i tilfælde af arbejdsgiverens misligholdelse med funktionærens mulighed for at undlade at levere arbejdsydelsen i tilfælde af fordringshavermora fra arbejdsgiverens side.

I den arbejdsretlige teori er begreberne detentionsret på grund af misligholdelse og undladt levering på grund af fordringshavermora blevet behandlet i flæng. Dette beror muligvis på reglen i § 5, stk. 2 i Norm for regler for behandling af faglig strid af 17. august 1908:

> »I alle andre tilfælde skal mægling … forsøges, forinden arbejdsstandsning iværksættes – medmindre der indtræder betalingsstandsning, eller hensynet til liv, velfærd eller ære afgiver tvingende grunde til at standse arbejdet, forinden mægling kan foretages ligesom uenighed kan indankes for en voldgiftsret, hvis begge parter er enige derom.«[384]

På grundlag af en ordlydsfortolkning kan konstateres, at Normens begreb »arbejdsstandsning« kun er delvist sammenfaldende med det obligationsretlige begreb detentionsret:

For så vidt angår den regelfæstede mulighed for at iværksætte arbejdsstandsning i tilfælde af arbejdsgiverens *betalingsstandsning* er der fuldt sammenfald mellem begreberne arbejdsstandsning og detentionsret, idet

383. Ussing, Obligationsretten, Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 81.

384. Reglerne i normen gælder som udfyldende principper for de overenskomstforhold, hvor der ikke er aftalt betryggende regler for behandling af uenighed af faglig karakter, jf. arbejdsretslovens § 22. Den udfyldende normering har således direkte lovstøtte.

tilbageholdelsen af arbejdsydelsen i så fald beror på arbejdsgiverens kontraktbrud ved ikke at betale lønnen.[385] På tilsvarende måde kan arbejdsydelsen tilbageholdes på grund af anticiperet misligholdelse, hvis det kan bevises, at arbejdsgiverens betalingsevne svigter, således at der er udsigt til, at han ikke kan betale til forfaldstid.

For så vidt angår den regelfæstede mulighed for at iværksætte arbejdsstandsning, fordi hensynet til *liv, ære og velfærd* afgiver tvingende grunde hertil, er der imidlertid ikke nødvendigvis sammenfald mellem begreberne arbejdsstandsning og detentionsret. Dette skal uddybes nærmere i det følgende, men inden da skal det slås fast, at Normens begreb »arbejdsstandsning« i hvert fald kan systematiseres under den obligationsretlige grundsætning om fordringshavermora: Mora (forsinkelse) fra fordringshaverens side defineres almindeligvis som foreliggende, hvis fordringshaverens forhold bevirker, at skyldneren – efter at frigørelsestiden er indtrådt – hindres i at få frigørelse ved at præstere sin ydelse. Hvis skyldneren har været umiddelbart rede til at levere sin ydelse i rette tid, og opfyldelseshindringen udelukkende har beroet på fordringshaverens forhold, vil manglende levering ikke være at betragte som misligholdelse fra skyldnerens side. [386] Det vil sige, at funktionæren kan undlade at levere sin arbejdsydelsen, uden at dette kan karakteriseres som misligholdelse.

Spørgsmålet er, om funktionæren også kan begrunde den undladte levering af arbejdsydelsen med, at der udøves detentionsret som følge af arbejdsgiverens misligholdelse? I betragtning af, at de kvalificerende omstændigheder, der giver hjemmel for arbejdsstandsning med hjemmel i Normens § 5, stk. 2, alle er af alvorlig karakter (*hensynet til liv, velfærd og ære afgiver tvingende grunde til at standse arbejdet*), og at det påhviler arbejdsgiveren at sikre ordentlige arbejdsforhold, vil spørgsmålet typisk skulle besvares bekræftende. Dog vil funktionærens tilbageholdsret i et sådant tilfælde alene vedrøre den del af arbejdsydelsen, der udsættes for faren.

---

385. Sml. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 168, der skriver følgende om grundsætningen om objektivt ansvar for pengemangel: »Debitor er ansvarlig for kontraktbrud, der skyldes, at han ikke har og ikke har kunnet skaffe sig de fornødne midler til at opfylde kontrakten. Ekstra økonomiske belastninger og vanskeligheder som følge af f.eks. en ugunstig og uventet konjunkturudvikling, leverandørsvigt, uheld i produktion eller afsætning, sygdom eller andre personlige problemer fritager ikke debitor for ansvar, selv om der intet er at bebrejde ham. Kun helt ekstraordinære og uventede prisstigninger bringer debitors forpligtelse helt eller delvis til ophør.«

386. Sml. Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3. udg. 1917-20, side 709, samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 245. Fordringshavermora behandles nærmere i afsnit 3.4.1.

Det kan imidlertid ikke udelukkes, at det forhold på arbejdsgiversiden, som afgiver tvingende grunde til arbejdsstandsning, ligger helt uden for arbejdsgiverens rådighedssfære. Eksempelvis kunne man forestille sig, at arbejdsgiverens kontorbygninger bryder i brand som følge af et lynnedslag. I et sådant tilfælde er der ingen tvivl om, at arbejdet kan standses med hjemmel i § 5, stk. 2. Obligationsretligt kan forholdet klassificeres som undladt levering på grund af fordringshavermora, men næppe tilbageholdsret på grund af arbejdsgiverens misligholdelse af sin accessoriske forpligtelse til at sikre ordentlige arbejdsforhold.

Det forhold, at den form for arbejdsstandsning, der kan iværksættes med hjemmel i Normens § 5, stk. 2, i nogle tilfælde må karakteriseres som udøvelse af misligholdelsesbeføjelsen detentionsret, i andre tilfælde som en ret til at undlade at levere på grund af fordringshavermora, og i atter andre tilfælde som en ret til arbejdsstandsning, hvor der foreligger blandet misligholdelse og fordringshavermora, har formentlig været årsag til, at der i den arbejdsretlige litteratur ikke sondres mellem de to forskellige grundsætninger. Eksempelvis skriver Per Jacobsen:

> »Lovlig arbejdsvægring i henhold til Normens § 5, stk. 2, er ensbetydende med fordringshavermora fra arbejdsgiverens side. Det betyder …, at lønmodtageren bevarer sit lønkrav under arbejdsstandsningen.«[387]

I citatet henføres alle de kvalificerende omstændigheder (det vil sige både betalingsstandsning og hensynet til liv, ære og velfærd), som ifølge Normen § 5, stk. 2 kan medføre arbejdsstandsning, til grundsætningen om fordringshavermora. Det bemærkes ikke, at arbejdsstandsningen i nogle af tilfældene kan eller skal henføres til misligholdelsesbeføjelsen detentionsret.

Et andet eksempel på sammenblanding af muligheden for at udøve detentionsret i tilfælde af arbejdsgiverens misligholdelse og muligheden for at undlade at levere arbejdsydelsen i tilfælde af fordringshavermora fra arbejdsgiverens side foreligger hos Hasselbalch,[388] hvor arbejdsvægring på grund af manglende lønudbetaling betegnes som fordringshavermora. Samtidig henvises imidlertid til et senere afsnit om misligholdelse af vederlagsforpligtelsen. Herved synes der at foreligge et forsøg på at kæde arbejdsvægring på grund af manglende lønudbetaling sammen med to af hinanden uafhængige obligationsretlige grundsætninger om henholdsvis fordringshavermora og misligholdelsesbeføjelsen tilbageholdsret.

387. Kollektiv Arbejdsret, 5. udg. 1994, side 257.
388. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 599f.

Sammenkædningen er fristende på grund af lighederne i de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for de to grundsætninger: Såvel ved detentionsret på grund af misligholdelse som ved undladt levering på grund af fordringshavermora er det forhold på arbejdsgiversiden, der er den udløsende faktor for den midlertidige afbrydelse af den ellers kontinuerlige levering af arbejdsydelsen. Umiddelbart kan det således synes ligegyldigt, om en arbejdsydelse ikke leveres på grund af fordringshavermora, eller om den tilbageholdes som følge af manglende lønudbetaling.

Uanset lighederne i de faktiske omstændigheder argumenteres der i det følgende for, at sammenblanding ikke bidrager til forståelsen af og klarheden over de to juridiske grundsætninger, som i de to *forskellige* situationer hjemler mulighed for ikke at levere på grund af fordringshavermora henholdsvis tilbageholde på grund af misligholdelse. Det påpeges i denne forbindelse, at fastholdelse af sondringen ikke blot er teoretisk interessant, men også praktisk relevant.

Som det fremgår af afsnit 7.1, kan *tilbageholdsret* udøves, hvis der foreligger et kontraktbrud. Tilbageholdsret er en misligholdelsesbeføjelse af midlertidig karakter, der har til formål at virke som et effektivt pressionsmiddel til at motivere medkontrahenten til at opfylde sin forpligtelse. Detentionsretten virker herudover som sikring af den tilbageholdende parts egen ydelse. Proportionalitetskravet bevirker, at funktionæren kan udøve tilbageholdsret i den del af sin arbejdsydelse, der modsvarer arbejdsgiverens misligholdelse. Vedrører arbejdsgiverens misligholdelse betalingen af lønnen, er hele funktionærens ydelse omfattet af tilbageholdsretten, det vil sige såvel den del, som skal leveres direkte til arbejdsgiveren, som dele, der skal leveres »i marken« og eventuelle forpligtelser til at levere biprodukter til arbejdsgiveren, som denne eksempelvis kan bruge i sin produktion. Tilbageholdelsen kan opretholdes, indtil arbejdsgiveren opfylder (eller er parat til at opfylde) sine kontraktforpligtelser. Viser det sig, at opfyldelse ikke kan ske, og er misligholdelsen væsentlig, kan funktionæren hæve, og han kan kræve erstatning, hvis den tillige er grov, jf. funktionærlovens § 3, stk. 3. Udøvelse af detentionsret som følge af misligholdelse udgør således første skridt til udøvelse af efterfølgende misligholdelsesbeføjelser (navnlig ophævelse), medmindre arbejdsgiveren afværger yderligere misligholdelsesvirkninger ved at opfylde sin forpligtelse.

I modsætning hertil er retten til at undlade at levere på grund af arbejdsgiverens *fordringshavermora* som udgangspunkt ikke et spørgsmål om udøvelse af en misligholdelsesbeføjelse, jf. afslutningsvis i afsnit 3.4.1.3: »Er der tillige misligholdelse i tilfælde af fordringshavermora?«. Arbejdsgiverens midlertidige hindring i at udnytte arbejdskraften er nemlig ikke

i sig selv en misligholdelse af funktionærkontrakten. Arbejdsgiveren er ikke i kraft af kontrakten forpligtet til uophørligt at modtage arbejdsydelsen. Blot skal han – uden afbrydelser – sørge for at udbetale løn for den tid, hvor funktionæren har stået til rådighed. Fordringshavermora kan eksempelvis bestå af, at kontorfaciliteterne er brændt ned, eller arbejdsredskaberne er blevet stjålet. Funktionæren skal i en sådan situation stille sin arbejdskraft til arbejdsgiverens disposition, og arbejdskraften kan udnyttes i det omfang, det er muligt, forsvarligt og kan rummes inden for stillingens grænser. Den del af arbejdsydelsen, som trues af konkrete farer, kan funktionæren holde tilbage. Det betyder, at hvis funktionærens arbejdsydelse delvist erlægges hos arbejdsgiveren og delvist »i marken«, kan og skal sidstnævnte del af ydelsen erlægges, hvis der ikke er knyttet fare hertil, og hvis det reelt er muligt selvstændigt at erlægge denne del af ydelsen. Funktionæren kan *ikke hæve* funktionærforholdet som følge af fordringshavermora, men er henvist til at opsige på sædvanlige opsigelsesvilkår. Det vil sige, at funktionæren står til rådighed i opsigelsesperioden.

Selvom de faktiske omstændigheder, der udløser funktionærens mulighed for at undlade at levere/tilbageholde sin ydelse, således er ensartede, viser de fremdragne karakteristika for de to forskellige grundsætninger om detentionsret og fordringshavermora, at det *ikke* er lige gyldigt, om det i en konkret situation er den ene eller den anden grundsætning, som udgør hjemmelsgrundlaget for resultatet.

7.5 Funktionærens retentionsret

Spørgsmålet om funktionærens mulighed for at tilbageholde en genstand, der tilhører arbejdsgiveren, til sikring af sit krav mod denne, har været diskuteret gennem tiderne.

Lassen antog, at en funktionær, der har et økonomisk krav imod sin arbejdsgiver til sikkerhed for dette krav kan udøve tilbageholdsret i de af arbejdsgiverens genstande, der som følge af ansættelsesforholdet er kommet i funktionærens besiddelse.[389]

Ussing nåede til det modsatte resultat, idet han sondrede mellem ansatte uden for tjenesteforhold og faste funktionærer:

389. Andenhåndshenvisning til H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 195, da det desværre ikke har været muligt at fremskaffe originalkilden, som angives at være: Lassen, Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del, ved Henry Ussing, 1924, side 352.

»En Arbejder, der ikke staar i Tjenesteforhold til Arbejdsgiveren, har i Almindelighed til Sikkerhed for sine Krav ifølge Kontraktforholdet *Tilbageholdsret* over Formuegenstande, som er overgivet ham af Arbejdsgiveren til Hvervets Udførelse, eller som han i øvrigt har faaet i sin Besiddelse i Medfør af Hvervet. Se derimod om en fast Funktionær U 1925.428 V.«[390]

I den anførte sag, U 1925.428 V, blev en teknisk konsulent anset for at være en fast funktionær, hvorfor de af ham udarbejdede projekter, tegninger mv. var arbejdsgiverens ejendom. Arbejdsgiveren havde derfor – når som helst på anfordring – ret til at få dem udleveret. Funktionærens påstand om, at disse effekter var hans ejendom, blev ikke taget til følge, og han fik heller ikke medhold i sin påstand om ret til at udøve retentionsret for sit tilgodehavende for udarbejdelsen og for erstatningskrav i anledning af sin suspension og afskedigelse.

På linje hermed er U 1975.548 H:

En funktionær var ansat til at indkassere visse uerholdelige fordringer for et stormagasin. Arbejdet skulle udføres fra funktionærens bopæl. Efter 6 års ansættelse ophævede stormagasinet kontrakten, fordi funktionæren havde fået en kortere frihedsstraf for overtrædelse af straffelovens § 125, stk. 1. nr. 2 (om tilintetgørelse, forvanskelse eller bortskaffelse af genstande af betydning for en offentlig undersøgelse eller udslettelse af en forbryders spor). I ophævelsesskrivelsen bad stormagasinet om snarest at få tilbageleveret alle de sager, som funktionæren havde modtaget, men tilbagelevering skete ikke. Under domsforhandlingen nedlagde stormagasinet påstand om at få udleveret sagerne. Under sin partsforklaring udtalte funktionæren, at det på intet tidspunkt havde været på tale, hvad der skulle ske med sagerne, hvis samarbejdet hørte op, men hvis han havde vidst, at sagerne skulle tilbageleveres, ville han aldrig have indgået aftalen, fordi indtægterne af disse sager først fremkom efter et stort og langvarigt forarbejde. Han forklarede imidlertid også, at han i det sidste år op til ophævelsen af personlige grunde ikke havde været i stand til at følge sagerne op. En repræsentant for arbejdsgiveren udtalte, at der ikke ved funktionærens ansættelse var blevet talt om, hvad der skulle ske med sagerne, hvis sagsøgte fratrådte, men han mente, at de kunne fordres tilbage. Højesteret tiltrådte landsrettens præmisser om, at funktionæren efter samarbejdets ophør var pligtig at tilbagelevere sagerne. Landsretten begrundede yderligere med, at der ikke i funktionærens ansættelsesforhold eller i det af ham i øvrigt anførte fandtes at foreligge omstændigheder, som kunne berettige ham til at nægte tilbageleveringen. Funktionærens forarbejde vedrørende sagerne fandtes værdiløst, eftersom han selv havde forklaret, at han det sidste års tid ikke havde fulgt arbejdet med sagerne op.

390. Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 355.

Gomard er som Ussing skeptisk over for arbejdstagerens retentionsret, idet han ikke mener, at en arbejdstager i almindelighed har tilbageholdsret over genstande tilhørende arbejdsgiveren, men som er hos arbejdstageren.[391]

Anderledes positiv er Hasselbalch,[392] som giver udtryk for, at en lønmodtager, der i kraft af arbejdsforholdet er i besiddelse af genstande, der tilhører arbejdsgiveren, og som samtidig har et forfaldent tilgodehavende på denne, har mulighed for at udøve tilbageholdsret i de pågældende genstande. Sådan tilbageholdsret kan imidlertid ikke udøves vilkårligt, og der stilles store krav til konneksiteten mellem lønmodtagerens fordring og besiddelsen af den pågældende genstand. I en note henviser Hasselbalch til en lang række afgørelser, og herefter anføres at det tilbageholdte ikke behøver at være af økonomisk værdi. Har det imidlertid økonomisk værdi, kan der ikke udøves tilbageholdsret i unødigt omfang. Ifølge Hasselbalch kan lønmodtageren således »slet ikke tilbageholde genstande, hvis værdi er helt ude af proportioner i forhold til hans krav«.

I modsætning hertil mener Lars Svenning Andersen,[393] at der som udgangspunkt ikke kan udøves tilbageholdsret i aktiver, som funktionæren bruger som led i ansættelsesforholdet. Selv om aktivet er udleveret til funktionæren, er retten til at udøve tilbageholdsret knyttet til, at der er en snæver sammenhæng (konneksitet) mellem funktionærens krav og hans besiddelse af det pågældende aktiv. Resultatet støttes på U 1966.664 Ø (som omtales umiddelbart nedenfor) samt en utrykt dom fra Østre Landsret.[394] I den utrykte dom havde arbejdsgiveren stillet et transportabelt edb-anlæg til rådighed som arbejdsredskab. Dette blev imidlertid også anvendt i privat øjemed i hjemmet. Tilbageholdsret kunne ikke udøves.

> I dommen U 1966.664 Ø blev et flyselskab erklæret konkurs, og samtidig hermed opsagde konkursboet selskabets direktør. Under sagen nedlagde direktøren påstand om, at han ikke havde været korrekt formelt registreret som direktør og ej heller reelt havde fungeret som sådan. Heri fik han ikke medhold. Han var direktør og derfor blev hans lønkrav mod konkursboet ikke anerkendt som et privilegeret krav. Som sikkerhed for sit lønkrav påstod direktøren ret til at tilbageholde den firmabil, han havde haft til rådighed. Ifølge den ikke underskrevne ansættelseskontrakt skulle direktøren alene have bilen til rådighed med henblik på at opnå »fri befordring«. Under sin forklaring for landsretten bestred direktøren, at det ikke underskrevne kontraktudkast gjorde det ud for det endelige aftalegrundlag. Han var nemlig af den opfattelse, at bestyrelsesformanden havde tiltrådt hans bemærkning til udkastet om,

391. Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 66f.
392. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 956.
393. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 521.
394. Utr. ØLD af 12. april 1989 (4. afd. nr. 255/1988).

> at bilen skulle stilles til hans »fulde rådighed«. Dette synspunkt vandt ikke gehør i landsretten, som lagde til grund, at direktørens besiddelse af bilen alene var en følge af en ham tillagt ret til fri befordring under hans tjeneste som direktør, herunder fra bopæl til tjenestested. Ved ansættelsesforholdets ophør skulle vognen således tilbageleveres selskabet som ejer af den. Under disse omstændigheder fandtes direktørens lønkrav i boet ikke at stå i et sådant forhold til hans besiddelse af vognen, at betingelserne for tilbageholdsret kunne anerkendes.

Lars Svenning Andersen stiller sig imidlertid tvivlende over for rækkevidden af de nævnte afgørelser, som ifølge ham begge er udtryk for en meget snæver forståelse af konneksitetsbegrebet. Om den utrykte afgørelse skriver han, at den vel i stedet kunne være begrundet med, at kravet til besiddelse slet ikke var opfyldt ved, at funktionæren tog arbejdsredskaber med hjem. Om afgørelsen fra 1966 anføres, at den vedrører en direktør, hvis krav i boet var simpelt. Sammenfattende konstaterer han:

> »Rækkevidden af dommene kan derfor diskuteres, men det må erkendes, at gode grunde taler for denne forståelse af konneksitetsbegrebet.«[395]

H.G. Carlsen og Danielle Buhl foretager en udførlig analyse af nyere og ældre retsteori, retspraksis samt kommissionsloven, handelsagentloven og markedsføringsloven. På baggrund af denne analyse når de frem til følgende konklusion:

> »Alt i alt må retsstillingen anses som lidet gunstig for funktionærens tilbageholdsret, og dette kan […] forekomme stødende. Da de foreliggende fåtallige afgørelser er af ældre dato, trænger spørgsmålet til nærmere afklaring ad domstolsvejen.«[396]

En nyere afgørelse foreligger i U 2000.273 Ø:[397]

> Et rederi trådte i betalingsstandsning, og umiddelbart herefter blev direktøren opsagt og fritstillet med sit opsigelsesvarsel på 2 år. Direktøren blev anmodet om at aflevere firmabilen, hvilket han afviste. Direktørens begrundelse for at beholde bilen var tostrenget: Dels støttede han sig til, at han med hjemmel i kontrakten havde ret til dette *lønaccessorie*, dels udøvede han *tilbageholdsret* for sit krav på vederlag i opsigelsesperioden – et lønkrav, som tilsynet allerede i opsigelsesskrivelsen havde erkendt ikke at kunne overholde under betalingsstandsningen. Ifølge kontraktens § 6 var bilen stillet til direktørens rådighed, og rederiet afholdt alle udgifter i forbindelse med driften. Under sagen var der mellem parterne uenighed om forståelsen af kon-

395. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 521.
396. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 197.
397. Som dog ikke vedrører et funktionærforhold.

traktens § 4: »Når Direktøren fratræder sin stilling – uanset af hvilken årsag – skal alt materiale, der tilhører Rederiet, og som er i Direktørens besiddelse, afleveres til Rederiet. Der kan ikke udøves tilbageholdsret i noget materiale, der tilhører Rederiet.« Landsretten lagde til grund, at ansættelsesforholdet stadig bestod, at direktøren havde krav på vederlag indtil opsigelsesperiodens udløb, og at rederiet havde erkendt ikke at kunne honorere dette lønkrav. Herudover blev det statueret, at kontraktens § 4 ikke regulerede spørgsmålet om at udøve tilbageholdsret i bilen. Herefter fik direktøren medhold i sin påstand om at udøve tilbageholdsret.

Også i sagen U 1995.376 Ø nåede retten frem til, at der kunne udøves tilbageholdsret i en firmabil. Der fandtes at være den fornødne konneksitet, idet rådigheden over den frie bil og kravet på løn og feriepenge udsprang af samme ansættelsesforhold. Tilbageholdsretten kunne afværges ved stillelse af en sikkerhed på niveau med bilens værdi.

På baggrund af denne gennemgang af teori og praksis må det sammenfattende konstateres, at funktionæren kun har begrænsede muligheder for at udøve retentionsret over arbejdsgiverens ting til sikkerhed for sine krav mod arbejdsgiveren. Der stilles snævre krav til konneksiteten mellem besiddelsen af den genstand, som ønskes tilbageholdt og det sikrede krav. Funktionærens besiddelse af genstanden må ikke være en tilfældig besiddelse af et arbejdsredskab. Der skal være tale om en særlig besiddelse, sml. U 1966.664 Ø, hvor tilbageholdsret blev nægtet, fordi direktøren blot havde bilen i sin besiddelse med henblik på »fri befordring« i modsætning til U 2000.273 Ø, hvor tilbageholdsret blev indrømmet til direktøren, der ifølge kontrakten havde fået bilen stillet til rådighed.

I det følgende afsnit omtales nærmere de situationer, hvor den ansatte ved kontrakten er tillagt en fuld rådighed over en firmabil, og hvilke muligheder dette ifølge retspraksis giver ham for at beholde og benytte bilen også i opsigelsesperioden. Ved argumentationen i en konkret sag er det vigtigt at holde sig for øje, om bilen beholdes med henblik på at opnå naturalopfyldelse af kontrakten, eller om bilen rent faktisk *tilbageholdes* (uden brugsret vel at mærke) med henblik på at gennemtvinge et krav mod arbejdsgiveren i anledning af en misligholdt forpligtelse. Som i sagen U 2000.273 Ø kan begge argumenter fremføres parallelt, hvormed den ansatte med hjemmel i kontrakten kan opnå ret til at benytte bilen, mens den »tilbageholdes«.

7.6 Særlige forhold om lønaccessorier i fratrædelses-situationen

Det er netop beskrevet, at det er vigtigt at holde rettighederne i en fratrædelsessituation adskilt fra misligholdelsesbeføjelsen tilbageholdsret. Sammenblanding af begreberne kan forekomme, fordi der i de faktiske forhold er en nær parallel mellem at beholde lønaccessorier i form af genstande i en opsigelsesperiode og udøvelsen af tilbageholdsret over tilsvarende genstande. Det er derfor valgt at behandle fratrædelsessituationen på dette sted – i umiddelbar forlængelse af behandlingen af funktionærens retentionsret.

Lønaccessorier eller »frynsegoder« kan bestå af f.eks. fri firmabil, fri telekommunikation, licenser, abonnementer, efteruddannelse, pensionsordninger, medlemskaber til foreninger og klubber, adgang til feriefaciliteter, helbredskontrol og -forsikringer, medarbejderaktier, fri bolig, kreditkort etc. Af alle disse frynsegoder er det afvikling af den fri firmabil, der i praksis har givet anledning til flest problemer i fratrædelsessituationen.[398]

Retten til fri firmabil kan være udformet på talrige måder. I det omfang bilen blot er et nødvendigt arbejdsredskab, f.eks. for en sælger, en repræsentant eller for en anden funktionær med skiftende arbejdssteder, vil han ikke blive beskattet af at have bilen i sin besiddelse, hvis den overhovedet ikke benyttes til privat brug. Omvendt er firmabilen et fuldt skattepligtigt løngode, hvis den pågældende har bilen til fri arbejdsmæssig og privat rådighed med alle driftsomkostninger dækket af arbejdsgiveren. De vilkår, under hvilke den ansatte har bilen i sin besiddelse, har betydning for, hvem af parterne der er berettiget til at have bilen i fratrædelsessituationen.

Ophører ansættelsesforholdet ved, at den ansatte *bortvises*, hersker der hverken tvivl eller uenighed om, at parternes forpligtelser i forhold til hinanden ophører straks, herunder også retten over lønaccessorier. For så vidt angår accessorier bestående af ting, der er stillet til den ansattes rådighed, skal disse tilbageleveres til arbejdsgiveren, jf. U 1996.575 VLK, som omhandlede en firmabil. Landsrettens kendelse lød således:

> »Ved den skete bortvisning er ansættelsesforholdet bragt til ophør, og grundlaget for [funktionærens] fortsatte besiddelse og benyttelse af bilen er dermed bortfaldet. [Virksomheden] har herefter krav på at få bilen udleveret som begæret. Såfremt det under en særskilt sag om bortvisningens berettigelse måtte blive statueret, at bortvisningen er sket med urette, må [funktionærens] eventuelle økonomiske tab ved at have afgivet bilen tages i betragtning ved fastsættelsen af den erstatning, der tilkommer ham.«

398. Jf. Jørgen Boe og Claus Juel Hansen, Direktørkontrakten, 5. udg. 2004, side 141ff. samt 194ff.

H.G. Carlsen[399] gør opmærksom på, at det for den ansatte kan være en nærliggende og fristende tanke at tilbageholde bilen som sikkerhed for det erstatningskrav, som vil kunne rejses mod arbejdsgiveren, hvis bortvisningen senere viser sig at være uberettiget. I denne forbindelse henviser han imidlertid til en fogedretskendelse fra retten i Silkeborg af 23/12-1983, hvor fogden fremhævede, *at* der ville gå lang tid, før funktionærens erstatningssag ville blive afgjort, *at* bilen fandtes at være vigtig for arbejdsgiverens drift af virksomheden, *og at* funktionærens lønkrav fandtes at nyde betydelig sikkerhed via konkursprivilegiet og Lønmodtagernes Garantifond. H.G. Carlsen stiller sig tvivlende over for nødvendigheden af fogedrettens så indgående argumentation for beslutningen om at fremme indsættelsesforretningen. Han erindrer i denne forbindelse om, at en tilbageholdsret ikke indebærer nogen ret til at benytte bilen. Han finder derfor ikke tilstrækkelig grund til at lade lønmodtageren beholde den i den lange tid, erstatningssagen vil løbe. Sammenfattende konkluderer han, at det må antages, at en hel eller delvis fri bil ikke kan gøres til genstand for tilbageholdsret i forbindelse med et aktuelt eller eventuelt løn- eller erstatningskrav, når ansættelsesforholdet er ophørt definitivt.

Opsiges en funktionær, er det såvel det obligationsretlige som det funktionærretlige udgangspunkt, at opsigelsesperioden skal forløbe efter samme retningslinjer som den øvrige ansættelse. Lønaccessorier og frynsegoder fortsætter således i opsigelsesperioden. Dette gælder også retten til fortsat at benytte den firmabil, der er stillet til rådighed.[400]

Det kan diskuteres, hvem af parterne der har ret til firmabilen, hvis den ansatte på grund af suspension eller fritstilling fratræder sin stilling før opsigelsesvarslet udløber:

Såfremt funktionæren *suspenderes,* anfører Lars Svenning Andersen, at der ikke kan være rimelig tvivl om, at arbejdsgiveren ikke uden aftale kan kræve den fri bil afleveret. Funktionæren er stadig ansat og skal stå til rådighed, og arbejdsgiveren kan ikke uvarslet forringe ansættelsesvilkårene i denne situation.

Uenigheden i retsteorien og usikkerheden i retspraksis knytter sig navnlig til de tilfælde, hvor opsigelsen følges op af en *fritstilling*, det vil sige tjenestefritagelse uden rådighedspligt. Dette behandles nærmere i det følgende:

For så vidt angår direktører fremgår det hos Jørgen Boe og Claus Juel Hansen,[401] at det gennem mange år var fast praksis, at selskabet kunne kræve bilen tilbageleveret ved direktørens fratræden, også selv om fratræ-

399. UfR 1990 B 354: Om »fri Bil« i Fratrædelsessituationen.
400. Sml. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 520.
401. Direktørkontrakten, 5. udg. 2004, side 142.

den skete før udløbet af opsigelsesperioden. Til gengæld havde direktøren krav på økonomisk kompensation, der i mangel af anden aftale blev fastsat på grundlag af skattevæsenets ansættelse af værdien af direktørens privatkørsel. Denne praksis er imidlertid ændret af Østre Landsret:

U 1990.190 ØLK – Direktør med fri bil kunne efter omstændighederne fortsat bruge bilen i opsigelsesperioden

Et selskab stillede ifølge ansættelseskontrakten bl.a. en fri bil til direktørens rådighed. Udgifterne til bilens drift blev betalt af selskabet, og bilen måtte vederlagsfrit benyttes til privat kørsel. Efter halvandet års ansættelse blev direktøren opsagt med sit opsigelsesvarsel på 12 måneder. I opsigelsesskrivelsen blev direktøren bedt om straks at aflevere firmabilen, idet han samtidig blev lovet en godtgørelse. Den økonomiske kompensation, som direktøren blev tilbudt, lød på 4.533,33 kr. om måneden svarende til 8.000 km på årsbasis af kr. 6,80. Direktøren ville imidlertid ikke udlevere bilen på disse vilkår, men forlangte i stedet et éngangsbeløb på 100.000 kr. til anskaffelse af et nyt køretøj.

Under fogedsagen begærede selskabet bilen udleveret. Som argument imod udleveringen anførte direktøren dels, at der ikke var indgået aftale om, at bilen skulle tilbageleveres, dels at han med føje kunne udøve tilbageholdsret i bilen til sikkerhed for krav mod selskabet. Selskabet var af den opfattelse direktøren ved sin underskrift på opsigelsesskrivelsen havde accepteret vilkårene i denne, herunder afleveringen af bilen mod økonomisk kompensation. Dette blev benægtet af direktøren, som gjorde gældende, at han ved sin underskrift på opsigelsen blot havde kvitteret for modtagelsen.

Fogedretten udtalte: »Efter bevisførelsen lægges det til grund, at [direktøren] hverken ved sin underskrift på opsigelsesskrivelsen eller i øvrigt har accepteret at skulle tilbagelevere bilen. [Direktøren] har ifølge ansættelseskontrakten ret til »fri bil«, som kan benyttes til privat kørsel, og der er ikke i ansættelsesaftalen taget stilling til, hvorledes der skal forholdes med bilen i en opsigelsesperiode, inden for hvilken [selskabet] ikke ønsker at gøre brug af [direktørens] arbejdskraft. Der er heller ikke i sagen fremkommet oplysninger om eventuelle sædvaner vedrørende spørgsmålet. Udover den økonomiske interesse har [direktøren] en praktisk interesse i indtil videre at kunne benytte bilen til privat kørsel som i ansættelseskontrakten aftalt. Heroverfor har [selskabet] ikke godtgjort en interesse, som på afgørende måde tilsiger, at bilen skal afleveres nu. Det findes herefter i det hele betænkeligt at fremme den begærede indsættelsesforretning.«

Ved Østre Landsrets kendelse blev fogedrettens kendelse stadfæstet i henhold til grundende.

I mangel af bestemmelser i ansættelseskontrakten og godtgørelse for sædvaner på området blev sagen således afgjort på grundlag af en afvejning mellem selskabets interesse i at få bilen udleveret og direktørens interesse i at beholde den.[402]

Om funktionærers muligheder for at beholde en firmabil i en fritstillingsperiode anfører Lars Svenning Andersen,[403] at det har været antaget, at funktionæren efter krav herom er forpligtet til at aflevere bilen, mod at arbejdsgiveren i restopsigelsesperioden månedsvis udbetaler den skattemæssige værdi af fri bil. Lars Svenning Andersen mener ikke, at der er tvivl om rigtigheden heraf i situationer, hvor det fremgår af ansættelsesaftalen, at arbejdsgiveren kan rejse et sådant krav. På baggrund af ovennævnte kendelse fra Østre Landsret stiller han sig imidlertid tvivlende over for, om der herudover altid kan stilles krav om aflevering af bilen.

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl[404] kan der ikke spores nævneværdig forståelse for ovennævnte Østre Landsretskendelse. De mener, at den har rejst tvivl om retsstillingen ved at lade afgørelsen bero på en konkret interesseafvejning mellem parterne. Disse forfattere argumenterer således for, at den tidligere praksis var både fast og udbredt. Ifølge denne måtte den tjenestefritagne funktionær affinde sig med at udlevere bilen til arbejdsgiveren, som kan have brug for den til en nyansat funktionær og derfor typisk vil foretrække at betale den fratrådte funktionær et beløb svarende til den skattemæssige værdi. H.G. Carlsen og Danielle Buhl argumenterer for, at der ikke er nogen reel grund til, at en *definitivt fritstillet* funktionær ikke skal affinde sig med at aflevere bilen,[405] når dette ifølge ovennævnte Vestre Landsretskendelse[406] er den utvivlsomme retsstilling for den *bortviste* funktionær.

Det anførte standpunkt om, at der fra pligten til at aflevere en firmabil i tilfælde af bortvisning kan drages en parallel til en tilsvarende afleve-

402. Sml. således Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 935: »Det er […] et spørgsmål, *om arbejdsgiveren kan beslutte at inddrage ydelsen og omsætte den til et pengebeløb* i perioden indtil udløbet af lovligt varsel. Hvorvidt en sådan konvertering til penge kan gennemføres, må afgøres ud fra en interesseafvejning. I henhold hertil vil arbejdsgiveren f.eks. ofte kunne kræve en evt. tjenestebil udleveret til brug for efterfølgeren i jobbet. Andre gange vil overvejelsen falde ud til lønmodtagerens fordel. Således synes funktionærlovens § 2, stk. 9 at indeholde en forudsætning om, at fraflytning af tjenestebolig i hvert fald ikke kan kræves før udløbet af lovligt opsigelsesvarsel. Dette må i almindelighed være et princip, der også bør anerkendes i andre arbejdsforhold, i hvilke der ydes tjenestebolig. Afgørelserne på området afhænger meget af sagens konkrete omstændigheder.«
403. Jf. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 520.
404. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 233.
405. Jf. U 1990.190 ØLK.
406. U 1996.575 VLK.

ringspligt ved definitiv fritstilling, kan ikke tiltrædes. De to situationer er væsensforskellige.

En funktionær, der bortvises, har udvist grov misligholdelse, som har haft eller – hvis bortvisningen ikke var gennemført – kunne have fået væsentlig betydning for arbejdsgiveren. I tilfælde af bortvisning har funktionæren således selv været den udløsende faktor med hensyn til ansættelsesforholdets umiddelbare ophør.

I modsætning hertil kan en funktionær, der opsiges og fritstilles meget vel befinde sig i en ganske anden situation, idet årsagen til opsigelsen måske slet ikke beror på hans, men derimod på virksomhedens forhold. Hermed ses ikke den af H.G. Carlsen og Danielle Buhl introducerede parallel til bortvisningssituationen. Hele opsigelsessystemet bygger på den opsagte funktionærs forventning om at beholde løn og andre løngoder, herunder brugsretten til bilen, i et antal måneder indtil endelig fratræden.

H.G. Carlsen har endvidere kritiseret kendelsen U 1990.190 ØLK i artiklen U 1990 B 353:

> »Der kan rejses megen Tvivl om Rigtigheden af denne Kendelse. Det havde naturligvis været praktisk, om Ansættelseskontrakten … havde indeholdt en Bestemmelse om Aflevering, men under Hensyn til den foran skildrede faste Opfattelse af Afleveringspligten er det vel et Spørgsmål, om der ikke havde foreligget eller havde kunnet tilvejebringes fornødent Grundlag for at statuere, at Pligten hviler paa en Opfattelse, der har været accepteret saa længe og i et saadant Omfang, at der kan tales om gældende Sædvaneret.« Og lidt senere skrives: »Den citerede Kendelse bryder med et vel indarbejdet System, som har den Fordel at være retsteknisk skarpt og at løse et af det daglige Retslivs hyppigt forekommende Spørgsmaal. Hvis det desuagtet lægges til Grund af Domstolene, at der skal anlægges en Interessevurdering i hvert enkelt Tilfælde, vil den rolige Afvikling af de nu saa ofte forekommende Suspensionssituationer blive afløst af et større Antal Fogedsager, hvorunder den opsagte og tjenestefritagne Direktør eller Funktionær vil kæmpe for sin fortsatte Besiddelse og Benyttelse af Automobilet under Opsigelsesvarslet. *Det maa derfor haabes, at Kendelsen viser sig at være en enlig Svale, og at Højesteret ved passende Lejlighed kan komme til at tage Stilling til Spørgsmaalet.*« [Kursiveringen er foretaget her].

Uanset resultatet af Østre Landsretskendelsen er det H.G. Carlsens opfattelse, at det er gældende ret, at arbejdsgiveren altid vil kunne forlange bilen tilbageleveret, da den er hans ejendom. Arbejdsgiveren skal som kompensation betale den skattemæssige værdi af fri bil og ikke de udgifter, som eventuel leje af en anden bil andrager.[407]

407. I denne forbindelse henvises til Sø- og Handelserettens dom af 13/10-1989 (H 324/1988).

Det af H.G. Carlsen fremførte standpunkt kan ikke tiltrædes. Det obligationsretlige udgangspunkt er, at opsigelsesperioden skal forløbe efter de samme retningslinjer som den øvrige ansættelse. Parterne har således ved udformningen af kontrakten mulighed for at fastsætte retningslinjerne for, hvorledes der skal forholdes med lønaccessorier i en fritstillingsperiode. I det omfang der ikke i kontrakten er taget stilling hertil, forekommer resultatet af den ovennævnte Østre Landsretskendelse fornuftigt: Det må afvejes, om arbejdsgiveren eller funktionæren har den største og vægtigste interesse i at have rådighed over lønaccessoriet i fritstillingsperioden.

Jens Paulsen[408] erklærer sig også uenig med H.G. Carlsen, idet han understreger, at Østre Landsret ikke har udelukket i andre situationer at nå til et andet resultat. Han anbefaler, at arbejdsgiveren *udtrykkeligt* skriver det i ansættelseskontrakten, såfremt det ønskes, at direktøren eller en anden funktionær, der under ansættelsen har ret til fri bil, i opsigelsesperioden afleverer denne bil mod kompensation i form af den skattemæssige værdi. En ansættelsesaftale, der på dette punkt er uklar, vil altid blive fortolket mod affatteren, altså arbejdsgiveren, fordi han er den stærkeste part i kontraktsforholdet.

Jørgen Boe og Claus Juel Hansen[409] anbefaler, at der i direktørkontrakter skrives to bestemmelser for at imødegå tvister om retten til arbejdsgiverens materiel i en opsigelsesperiode og tilbageholdsret over genstande. For det første anbefales en generel bestemmelse om, at alt materiale, der tilhører selskabet og som er i direktørens besiddelse på begæring skal afleveres til selskabet i forbindelse med direktørens faktiske fratræden fra stillingen, uanset af hvilken årsag stillingen fratrædes. I denne sammenhæng bør det også skrives, at der ikke kan udøves tilbageholdsret i noget materiale mv., der tilhører selskabet. For det andet anbefales, at der skrives en specifik bestemmelse om direktørens pligt til ved fratræden – også, hvor fratræden sker før udløbet af det aftalte opsigelsesvarsel – at tilbagelevere en firmabil til selskabet mod til gengæld at modtage en månedlig godtgørelse af en på forhånd aftalt størrelsesorden. Også i denne sammenhæng anbefales det at skrive, at der ikke kan udøves tilbageholdsret i bilen for noget krav, som direktøren måtte have mod selskabet. Det er disse forfatteres opfattelse, at selskabet med sidstnævnte bestemmelse kan sætte sig i besiddelse af bilen ved fogedens hjælp, hvis direktøren trods klausulen nægter at udlevere bilen.

Set i lyset af præmisserne i U 1990.190 ØLK kan denne opfattelse tiltrædes.

408. Jf. Afskedigelse, 1. udg. 1997, side 637f.
409. Direktørkontrakten, 5. udg. 2004, side 21, 24f. og 196f. Denne anbefaling støttes af H.G. Carlsen i U 1990 B 355.

Jens Paulsen anbefaler ligeledes en sådan passus i ansættelseskontrakten, ligesom han anbefaler, at der i tilfælde af fri telekommunikation indføjes en passus, hvorefter der fastsættes maksimale månedlige eller kvartalsvise beløb, der i opsigelsesperioden skal udbetales til direktøren/funktionæren som kompensation for retten til den fri kommunikation. Derved forhindres misbrug i opsigelsesperioden.[410]

Det skal afslutningsvis nævnes, at Lars Svenning Andersen gør opmærksom på, at en ansættelseskontrakt, hvorefter en funktionær skal acceptere at aflevere en fri bil i en fritstillingsperiode *uden* at få lønkompensation herfor, strider mod funktionærlovens § 21 om funktionærlovens beskyttelsespræceptivitet, fordi aftalen er udtryk for et forhåndstilsagn om uvarslet at gå væsentligt ned i løn på et uvist fremtidigt tidspunkt.[411] Funktionæren skal mindst have tilbudt en kompensation, som svarer til den skattemæssige værdi af retten til bilen.

410. Jf. Afskedigelse, 1. udg. 1997, side 638f.
411. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 521 samt side 139.

Kapitel 8

Erstatning

Formålet med erstatning er for det første at dække det økonomiske tab og derved genoprette og kompensere for en indtruffet skade. For det andet har selve truslen om erstatning en præventiv effekt i form af forebyggelse af kontraktbrud og andre skader.[412]

Skadelidte har krav på fuld erstatning, uanset om skadevolder er ansvarlig efter en regel om objektivt ansvar eller efter culpareglen, og i sidstnævnte tilfælde uanset om ansvaret hviler på forsæt eller uagtsomhed (grov eller simpel). Skyldgraden kan dog have betydning for, hvilke krav der stilles til beviset for erstatningsbetingelsernes opfyldelse, ligesom betydningen af egen skyld hos skadelidte eller manglende/utilstrækkelig overholdelse af tabsbegrænsningspligten vurderes lempeligere jo mere, der kan bebrejdes skadevolder.[413]

Erstatning kan forekomme i to varianter, der overordnet og i overensstemmelse med traditionel obligationsretlig terminologi kan rubriceres som *erstatning i kontraktforhold* henholdsvis *erstatning uden for kontraktforhold*.

Betingelserne for erstatning kan systematiseres under ensartede begreber, om end indholdet heraf ikke er helt sammenfaldende for erstatning i og uden for kontraktforhold. Eksempelvis påvirkes culpaansvaret af, om en skadegørende handling kan henføres til manglende eller utilstrækkelig iagttagelse af kontraktmæssige forpligtelser, eller om den (som en skade på en tilfældig tredjemand) udelukkende udgør en uforsvarlig adfærd set i forhold til de krav, der sædvanligvis kan stilles til adfærdsmønstret i den givne situation. Endvidere pådrages der nemmere erstatningsansvar for undladelser i kontraktforhold end udenfor, hvor hovedreglen er, at der ikke er ansvar for undladelser.

Ved kortlægningen af, hvornår et brud på en funktionærkontrakt indebærer erstatningsansvar for misligholdelse, er det erstatning i kontraktforhold, der umiddelbart påkalder sig interesse:

412. Jf. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 145. Sml. også Trolle i U 1933 B 133 og navnlig side 138ff.

413. Jf. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 77ff.

I funktionærloven er der optaget regler om hævebegrundende misligholdelse: I § 3 reguleres arbejdsgiverens erstatningsansvar for så vidt angår de tilfælde, hvor han uberettiget har nægtet at modtage funktionæren i sin tjeneste, eller uberettiget bortviser ham, og i stk. 3 bestemmes, at erstatningsreglen også finder anvendelse i de tilfælde, hvor funktionæren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side. I § 4 reguleres funktionærens erstatningsansvar for uberettiget undladt tiltrædelse, uberettiget bortgang samt arbejdsgiverens ophævelse på grund af grov misligholdelse fra funktionærens side.

Funktionærlovens bestemmelser er ikke blot regler om ansvarsgrundlag. I et vist omfang hjemles også minimum for den erstatning, der skal udmåles, såfremt de almindelige erstatningsregler ikke medfører større erstatning.

Det er væsentligt at bemærke, at ansvarsreglerne i funktionærloven knytter sig til »grov« misligholdelse og vedrører erstatning i forbindelse med ophævelse.

Herudover kan erstatning for misligholdelse af funktionærkontrakter også forekomme i andre tilfælde, det vil sige tilfælde, hvor den foreliggende misligholdelse ikke er så grov, at den kan danne grundlag for funktionærforholdets ophævelse. Hjemmelsgrundlaget for en sådan erstatning er den almindelige obligationsret.

Ovennævnte krav om erstatning som følge af misligholdelse af funktionærkontrakter er krav, der beror direkte på manglende eller utilstrækkelig overholdelse af kontraktmæssige forpligtelser. Heraf følger, at kravene kan karakteriseres som erstatning i kontraktforhold, hvad enten de rejses med hjemmel i funktionærlovens erstatningsregler eller den almindelige obligationsret.

Herudover har erstatningskrav »uden for kontraktforhold« interesse ved behandlingen af misligholdelse af funktionærkontrakter. Dette beror på den omstændighed, at parterne i funktionærforholdet har nær kontakt til hinanden, hvilket indebærer, at de to erstatningskategorier (i/uden for kontraktforhold) ikke kan holdes skarpt adskilt:

Kerneområdet for erstatning i kontraktforhold er tab som en kontraktpart lider ved medkontrahentens manglende eller utilstrækkelige overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser. Kerneområdet for erstatning uden for kontraktforhold er skader, som ved uforsvarlig adfærd forvoldes uden forbindelse til nogen kontraktmæssige forpligtelser.

Imellem disse kerneområder er der en gråzone vedrørende de tilfælde, hvor parterne står i kontraktforhold til hinanden, men hvor den indtrufne skade ikke står i umiddelbar forbindelse til parternes kontraktmæssige forpligtelser.

På den ene side må en sådan skade defineres som en skade forvoldt uafhængigt af kontraktforholdet mellem en arbejdsgiver og en funktionær, altså en skade uden for kontrakt, hvor de herom udviklede regler gælder.

På den anden side har skaden betydning for vurderingen af, om de forpligtelser, der *i deres helhed* kan udledes af funktionærforholdet, er overholdt i tilstrækkeligt omfang. I ethvert kontraktforhold har parterne nemlig en almindelig forpligtelse til loyalt og hensynsfuldt at varetage hinandens interesser. Denne loyalitetsforpligtelse har central betydning i funktionærforholdet, som er vedvarende og vedrører en personlig ydelse: En funktionær vil i praksis så at sige altid være stillingsfuldmægtig for arbejdsgiveren og skal i dennes sted udføre arbejdsopgaver. Arbejdsgiveren har ledelsesretten og den heraf medfølgende forpligtelse til at skabe og sikre et arbejdsmiljø, som gør det muligt at modtage arbejdsydelsen, uden at der voldes skade på person eller gods.

Af sidstnævnte betragtning kan udledes følgende: Skader, som parterne tilføjer hinanden, samt de af funktionærens skader på tredjemand, der er omfattet af arbejdsgiveransvaret,[414] har betydning for vurderingen af, om funktionærforholdet er opfyldt i overensstemmelse med de krav, der i deres helhed kan stilles. I denne forbindelse er det navnlig vurderingen af spørgsmålet om overholdelse af accessoriske forpligtelser – der overordnet kan kategoriseres under betegnelsen loyalitetsforpligtelsen – der er central. Skade af nævnte karakter kan nemlig rejse det nærliggende spørgsmål, om den uagtsomme handling eller undladelse indebærer, at medkontrahentens interesser er varetaget tilstrækkeligt loyalt og hensynsfuldt, eller om der foreligger en erstatningspådragende misligholdelse i relationen mellem arbejdsgiveren og funktionæren.[415]

Ovenstående sammenfattes til, at det – uanset skadens umiddelbare karakter som en skade, der er uafhængig af funktionærforholdet – i dette kapitel lægges til grund, at skaden netop har betydning for vurderingen af, om funktionærforholdets forpligtelser er opfyldt. På baggrund heraf er fremstillingen ikke begrænset til at vedrøre erstatningsreglerne i funktionærloven og ej heller erstatningskrav, der i henhold til en snæver definition kan kategoriseres under betegnelsen erstatning i kontraktforhold. Med et bredt fokus på misligholdelse af funktionærforholdets forpligtelser behandles de erstatningskrav, der kan opstå mellem en arbejdsgiver og en funktionær med det formål mere helhedsorienteret at belyse samspillet mellem de obligationsretlige og de funktionærretlige erstatningsregler.

414. Jf. nærmere herom i afsnit 8.2.4.

415. Sml. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 631, som konkluderer, at der inden for ansættelsesretten næppe er anledning til at sondre mellem erstatning i og uden for kontraktsforhold.

Herudover behandles for fuldstændighedens skyld også de erstatningsspørgsmål, der kan opstå, hvor en tredjemand er involveret.

Kapitlet er systematiseret således, at erstatningsbetingelserne behandles samlet i afsnit 8.1. I afsnit 8.2 behandles arbejdsgiverens erstatningsansvar, og i afsnit 8.3 funktionæransvaret. For de to sidste afsnits vedkommende behandles først funktionærlovens regler om erstatningsansvar for grov misligholdelse, dernæst anden misligholdelseserstatning og til sidst erstatningsansvar uden direkte forbindelse til funktionærforholdets hovedforpligtelser.

8.1 Betingelser for erstatning

Når parterne ikke overholder de forpligtelser, der følger af funktionærforholdet i dets helhed, foreligger der kontraktbrud. Dette brud kan både vedrøre hovedforpligtelserne og mere eller mindre fremtrædende biforpligtelser. Om kontraktbruddet udgør en misligholdelse, der udløser erstatningsansvar, afhænger af, om de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt.[416] De enkelte betingelser for erstatning gennemgås i dette afsnit.

Erstatningsbetingelserne er i al væsentlighed de samme i og uden for kontraktforhold, om end betingelsernes nærmere indhold kan afhænge af, om erstatningskravet beror på et kontraktforhold eller ej. *Det kan således være nemmere at bevise og opnå erstatning i kontraktforhold end udenfor*. Dette udsagn kan imidlertid ikke dokumenteres i forhold til det her behandlede tema om erstatningskrav mellem arbejdsgivere og funktionærer, fordi sondringen mellem erstatning i og uden for kontraktforhold som nævnt oven for ikke kan opretholdes skarpt. Af udsagnet kan imidlertid udledes den essens, at flere af erstatningsbetingelserne kan *nuanceres*, alt efter om et konkret opstået erstatningskrav er nært knyttet til udvekslingen af funktionærforholdets hovedforpligtelser eller snarere beror på utilstrækkelig omsorg for medkontrahentens interesser.

8.1.1 Ansvarsgrundlag

Første afgørende betingelse for at pålægge en misligholdende kontraktpart erstatningsansvar er, at der foreligger et ansvarsgrundlag. Grundlaget for at pålægge erstatningsansvar kan være den almindelige culparegel, traditi-

416. Sml. afsnit 3.1, hvorefter nærværende fremstilling bygger på et funktionelt misligholdelsesbegreb.

onen, en udstedt garanti eller en lovhjemmel, som knytter erstatningspligt til selve misligholdelsen.[417]

De to erstatningsregler i funktionærlovens §§ 3 og 4[418] er eksempler på regler om en kontraktparts forpligtelse til at betale erstatning til medkontrahenten for dennes tab i anledning af funktionærforholdets uretmæssige afbrydelse. Erstatningskrav kan kun rejses i henhold til disse bestemmelser, når forholdet er hævet.

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl antages, at ethvert forhold, der berettiger funktionæren til at hæve kontraktforholdet, også giver ham krav på erstatning. I disse tilfælde, der angives at være langt de hyppigste, mener disse forfattere således ikke, at der er plads til en diskussion af, om de normale subjektive betingelser for erstatningsansvar er til stede.[419] Heri må implicit ligge en holdning om, at en grov og hævebegrundende misligholdelse er ensbetydende med, at der foreligger et ansvarsgrundlag i form af culpa.

H.G. Carlsens og Danielle Buhls antagelse beror formentlig på, at reglen i funktionærlovens § 3 netop hjemler erstatningsansvar i nogle nærmere angivne tilfælde af ophævelse. Herfra kan imidlertid ikke sluttes, at der i funktionærforhold altid er erstatningsansvar i tilfælde af ophævelse. Dette vil være at trække hjemmelsgrundlaget i funktionærlovens § 3 for vidt, eftersom det almindelige obligationsretlige udgangspunkt er det modsatte.

Det må derfor fastholdes, at betingelsen om ansvarsgrundlag ikke kan fortrænges. H.G. Carlsens og Danielle Buhls antagelse kan således ikke uden videre tiltrædes, om end det må medgives, at en væsentlig og hævebegrundende misligholdelse i praksis hyppigst vil indeholde et tilstrækkeligt element af tilregnelse og således indebære erstatningsansvar for den misligholdende part.

Uden for det område, der dækkes af funktionærlovens erstatningsregler, kan erstatningsansvar bero på andet grundlag, navnlig den almindelige culparegel:

Culpareglen er den almindelige ansvarsregel både i og uden for kontraktforhold, om end vurderingen af, hvad der er uforsvarligt (culpøst), i høj grad påvirkes af et eventuelt kontraktforhold mellem parterne, ligesom dettes karakter og indhold spiller ind på culpavurderingen.

Overordnet betragtet skal der mindre til for at statuere culpaansvar i kontraktforhold end udenfor. Dette ses blandt andet ved, at der efter

417. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 242, samt Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 147ff.

418. Jf. nærmere neden for i afsnittene 8.2.1 og 8.3.1.

419. Jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 218.

kontraktrettens regler i almindelighed pålægges debitor ansvar for kontraktbrud i form af handlinger og undladelser, *medmindre* debitor beviser, at misligholdelsen ikke kan bebrejdes ham. Dog fraviges denne kontraktretlige grundsætning om omvendt bevisbyrde (præsumptionsansvar), hvis kontraktforholdet ikke øger sandsynligheden for, at skader skyldes skødesløshed fra debitors side.[420]

Ansvar for kontraktbrud forudsætter, at forpligtelserne i henhold til kontrakten ikke er opfyldt. Indholdet af disse forpligtelser udledes ved fortolkning af kontraktforholdet i dets helhed. For at vurdere, om der er erstatningsansvar i kontraktforhold er det altså nødvendigt at tage stilling til, nøjagtigt hvilke pligter parterne har påtaget sig at opfylde.

Medkontrahenten kan med rette forvente, at kontrakten opfyldes med en god faglig og professionel indsats. Culpa kan foreligge, hvis kontrahenten i forbindelse med kontraktopfyldelsen ikke har udvist den omtanke og omhu, som under de foreliggende omstændigheder måtte kræves. Også i kontraktforhold indebærer culpareglen således en forpligtelse til at udvise agtpågivenhed. Overholdes denne pligt ikke, vil der være erstatningsansvar.

De almindelige obligationsretlige erstatningsregler supplerer reglerne i funktionærloven. Det kan på denne baggrund overvejes, om arbejdsgiveren kan blive erstatningsansvarlig for *opsigelse*. Herom må indledningsvist slås fast, at selve den omstændighed, at en funktionær opsiges, ikke udløser krav på erstatning for det tab, funktionæren lider, hvis han ikke kan få nyt arbejde under eller efter opsigelsesvarslets udløb. Begrundelsen herfor er, at funktionæren ikke har krav på en livstidsstilling.[421]

I sagen U 2003.1570 H[422] tog Højesteret eksplicit stilling til spørgsmålet om erstatning for opsigelse, jf. følgende passus fra præmisserne:

> »Der er heller ikke grundlag for at tilkende [lønmodtageren], der blev opsagt med det gældende varsel, erstatning efter almindelige erstatningsregler.«

Afgørelsen understøtter, at der ikke er krav på erstatning ved opsigelse. Funktionæren har ikke fået en livstidsstilling med krav på uopsigelighed. Varslings- og godtgørelsesregler gør endeligt op med det, som mistes i forbindelse med opsigelsen.

Det kan overvejes, om arbejdsgiveren kan blive erstatningsansvarlig for i utilstrækkeligt omfang at have draget omsorg for, at funktionærens faglige kvalifikationer er blevet ajourført i forhold til udviklingen inden for

420. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 131ff.
421. Jf. Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 679f.
422. Afgørelsen er refereret på side 136.

det konkrete fagområde. Resultatet heraf kan være, at en opsagt funktionær ikke kan opnå ny beskæftigelse, hvilket indebærer et økonomisk tab. Et erstatningsansvar i denne henseende vil formentlig forudsætte, at arbejdsgiveren har misligholdt en egentlig forpligtelse til at sikre funktionæren efteruddannelse. En sådan forpligtelse kan fremgå af en kollektiv overenskomst og/eller den individuelle kontrakt.

Ved *usaglig opsigelse* hjemles mulighed for kompensation for ikke-økonomisk skade i *godtgørelsesreglerne*, jf. nærmere herom i afsnit 4.3.4. Herudover rejses der kun sjældent krav om *erstatning* for usaglig opsigelse, hvilket måske skyldes den manglende mulighed for at dokumentere et økonomisk tab.

Foruden de her nævnte muligheder for erstatningsansvar er der i DL 3-19-2 fastsat en regel om arbejdsgiverens ansvar for skade forvoldt af medarbejdere ved uforsvarlig adfærd, og i erstatningsansvarslovens § 23 findes en bestemmelse om lempelse af medarbejderens eget ansvar. Begge disse regler, der omtales nærmere nedenfor i afsnittene 8.2 og 8.3, gælder både i og uden for kontraktforhold.

8.1.2 Tab

Imødekommelse af erstatningskrav forudsætter, at der er lidt et økonomisk tab, og at dette kan dokumenteres. I henhold til den almindelige obligationsret opgøres tabet enten som den positive opfyldelsesinteresse eller som den negative kontraktinteresse. Disse begreber behandles nærmere umiddelbart nedenfor i forbindelse med gennemgangen af det obligationsretlige udgangspunkt om tabsopgørelsen.

Ved misligholdelse af funktionærkontrakter bliver de fleste ansvarspådragende tab i praksis dækket under henvisning til beregningsreglerne i funktionærlovens §§ 3 og 4. Disse regler er eksempler på lovbestemte minimumsgrænser for erstatningsudmålingen og er således undtagelser fra det obligationsretlige udgangspunkt om, at erstatning kun ydes for det faktiske og dokumenterbare tab. Funktionærlovens regler behandles nærmere nedenfor i afsnit 8.1.2.2, hvor også den i teorien anførte kritik af reglernes tabsuafhængighed omtales.

Det er relevant at behandle såvel det obligationsretlige udgangspunkt om tabsopgørelse som de funktionærretlige specialregler, eftersom den obligationsretlige tabsberegning både supplerer minimumsberegningerne i henhold til funktionærloven og fungerer som selvstændige beregningsregler for så vidt angår de tilfælde, der ikke er omfattet af de funktionærretlige reglers dækningsområde. Dette bekræftes af forarbejderne til den første funktionærlov:

»Flertallet har ikke fundet Grund til at udforme nærmere Regler om, i hvilke Tilfælde Parterne uden Opsigelsesvarsel skal kunne hæve Tjenesteforholdet paa Grund af Misligholdelse, bristende Forudsætninger o. lign., saaledes at dette Spørgsmaal fortsat maa afgøres efter almindelige civilretlige Regler. Derimod er der i § 3 fastsat Regler om Funktionærer Erstatningskrav mod Arbejdsgiveren i Tilfælde af uberettiget Bortvisning m.m., Regler, der tilsigter at fastslaa Erstatningens Størrelse uden Krav om Bevis fra Funktionærens Side for, hvilket Tab han har lidt, da dette Tab ofte vil være meget vanskeligt at dokumentere.«[423]

8.1.2.1 Det obligationsretlige udgangspunkt om tabsopgørelsen

Dét økonomiske tab, som erstatningen skal dække, afhænger af, om den ikke misligholdende part kræver positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse. Positiv opfyldelsesinteresse stiller den erstatningsberettigede part, som om kontrakten var blevet opfyldt efter sit indhold, mens negativ kontraktinteresse er en erstatning, der stiller parten, som om kontrakten aldrig var blevet indgået. En afgørende forskel på de to erstatningsformer er, at den positive opfyldelsesinteresse omfatter fortjenesten, mens den negative kontraktinteresse omfatter de omkostninger, aftalen har givet anledning til. Det antages, at den part, der er berettiget til erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, i stedet kan vælge at kræve den negative kontraktinteresse, hvis han samtidig hæver købet.[424] Der er i teorien enighed om en sådan valgret, hvis den mistede fortjeneste er større end de afholdte omkostninger. Mere tvivlsomt er det imidlertid, om valgretten består, hvis omkostningerne er større end den mistede fortjeneste, hvilket vil sige, at kontrakten har givet tab.[425]

---

423. Betænkning over Forslag til Lov om individuelle Arbejdsaftaler, Rigsdagstidende 1937-38, tillæg B spalte 2075f.

424. Jf. Lars Hedegaard Kristensen i Lærebog i dansk og international køberet, 3. udg. 2004, side 102 samt Ussing, Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 159.

425. Hos Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg., 2003 side 174 argumenteres for, at den negative kontraktinteresse kan vælges frem for den positive opfyldelsesinteresse, selvom kontraheringsomkostningerne ikke kunne være dækket af prisdifferencen (bruttoavancen), eller denne er negativ. Lars Hedegaard Kristensen, Lærebog i dansk og international køberet, 3. udg. 2004, side 102 samt Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 659ff. tvivler på, om erstatning ved ophævelse af aftalen virkelig kan overstige fortjenesten ved korrekt kontraktsopfyldelse. Hos sidstnævnte forfattere opstilles en formodningsregel om, at en kreditor, der er berettiget til erstatning efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse, ville have opnået dækning for sine afholdte udgifter og derfor kan kræve disse omkostninger (den negative kontraktsinteresse) erstattet. Denne regel indebærer en formodning for, at kreditor ikke ville have tabt på handlen.

Den opstillede formodningsregel fører til, at der ikke kan kræves en negativ kontraktsinteresse, som overstiger opfyldelsesinteressen. Der er således ikke noget erstatningskrav

Såfremt betingelserne for positiv opfyldelsesinteresse er opfyldt, vil den erstatningsberettigede part typisk rejse dette erstatningskrav, hvis det er forretningsmæssigt opportunt at føre bevis for/dokumentere den tabte fortjeneste. I det omfang der føres bevis for, at den misligholdte kontrakt uden misligholdelsen ville have givet den erstatningsberettigede en fortjeneste, må et krav om »erstatning« derfor forstås som et krav om positiv opfyldelsesinteresse.[426]

Erstatningsansvaret omfatter kun tab, som ikke overstiger maksima ifølge gyldig bestemmelse (ansvarsfraskrivelse) eller relevant forudsætning i kontrakten, og den erstatningssøgende har aldrig krav på mere end fuld erstatning.[427]

Positiv opfyldelsesinteresse

Misligholdelsesbeføjelsen positiv opfyldelsesinteresse hører – som navnet antyder – til kategorien opfyldelsesbeføjelser.[428] Hertil hører også naturalopfyldelse.

Positiv opfyldelsesinteresse kan både supplere og erstatte naturalopfyldelse: Det er ikke udelukket at pålægge den misligholdende part at svare (delvis) erstatning i tilfælde, hvor han ikke (fuldt ud) kan dømmes til at opfylde sin forpligtelse in natura. Naturalopfyldelse kan nemlig være umuliggjort som følge af opfyldelseshindringer, der ikke nødvendigvis udelukker erstatningsansvar.[429]

Opfyldelsesbeføjelserne er kendetegnet ved, at aftalen gennemføres på trods af misligholdelsen. For så vidt angår den positive opfyldelsesinteresse sker aftalens gennemførelse ved et økonomisk surrogat – en erstatning. På trods af misligholdelsen opnås herved det økonomiske resultat af rigtig opfyldelse, idet den erstatningsberettigede kontraktpart tilkendes en erstatning, som dækker det tab, der kan bevises som en adækvat følge af, at aftalen ikke er gennemført i overensstemmelse med sit indhold.

I tilfælde af fuld erstatning er positiv opfyldelsesinteresse økonomisk ækvivalent med naturalopfyldelse – herved ses sammenhængen mellem de to opfyldelsesbeføjelser. Sjældent ydes imidlertid fuld erstatning, da bevisbyrden for det fulde tab kan være svær at løfte. Faktorer som ydelsens

---

(end ikke for den negative kontraktsinteresse), hvis den erstatningsansvarlige part kan føre bevis for, at den indgåede aftale var tabsgivende.

426. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 257.
427. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 173.
428. Overordnet introduktion af begreberne opfyldelses- og kontraktbeføjelser fremgår af afsnit 3.5.
429. Jf. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 154 sammenholdt med side 144.

og misligholdelsens karakter samt de omstændigheder, der har forårsaget erstatningskravet, og de misligholdelsesbeføjelser, der i øvrigt gøres gældende, har betydning for beregningen. Ydermere kan de subjektive forhold forbundet med den erstatningsberettigedes reaktion på misligholdelsen og dennes situation i det hele taget spille ind på vurderingen af det økonomiske tab. Nærmere herom er i oversigtsform behandlet af Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky i Lærebog i Obligationsret I, side 258ff., hvor der også opstilles følgende formel for erstatningsberegningen:

Positiv opfyldelsesinteresse = tabt værdi + andet tab ÷ sparede udgifter ÷ afværget tab.

En indgående behandling af obligationsretlig erstatningsberegning findes i doktorafhandlingen: »Erstatningsberegning i kontraktforhold«. Heri argumenteres for den hovedtese, at det har betydning for erstatningsberegningen, hvilken slags tab der kræves erstatning for. Tesen går nærmere bestemt ud på, at ikke alle tab behandles lige, men at der er en form for »tabshierarki«, således at det er nemmere at opnå erstatning for nogle tab end for andre. Der argumenteres således for, at det er nemmere at opnå erstatning for personskade end tingsskade og nemmere at opnå erstatning for tingsskade end anden formueskade, og for så vidt angår formueskaderne foretages en yderligere inddeling i prisdifferencetab, avancetab, driftstab etc.[430]

Om positiv opfyldelsesinteresse skal det afslutningsvis påpeges, at dækning kan kræves i alle tilfælde, hvor erstatningsbetingelserne er opfyldt, uanset om aftalen hæves eller fastholdes.

Negativ kontraktinteresse

Negativ kontraktinteresse kan komme på tale i tre forskellige situationer: For det første i tilfælde af, at den udviste culpa indebærer erstatningsansvar for kontraktforhandlinger, der slet ikke har ført til en bindende aftale. For det andet ved erstatningsansvar i forbindelse med, at aftalen erklæres ugyldig. For det tredje ved ophævelse af en ellers gyldig aftale.[431]

Det er sidstnævnte tilfælde – erstatning i forbindelse med ophævelse af en ellers gyldig aftale – der har relevans ved erstatning for misligholdelse. I dette tilfælde har den erstatningsberettigede part frihed til at vælge

430. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 48f.
431. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 276ff.

mellem erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktinteresse, under forudsætning af, at erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt, og formodningen om, at aftalen ikke var tabsgivende, ikke modbevises.[432]

Ved negativ kontraktinteresse stilles den erstatningsberettigede part økonomisk som om kontrakten aldrig var blevet indgået. Det betyder, at han får erstattet det tab, han har lidt ved at stole på kontrakten. De poster, den negative interesse består af, er eksempelvis udgifter til besigtigelse, forberedelse af tilbud og lignende. Den negative kontraktinteresse andrager ofte kun mindre beløb og angår bestemte udgifter, som var uundgåelige, påregnelige og lette at konstatere.[433]

Det kan være fordelagtigt for den part, der kræver erstatning i forbindelse med ophævelse af en gyldig kontrakt, ikke at opgøre erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse, men som negativ kontraktinteresse. Dette er f.eks. tilfældet, hvis sidstnævnte krav er nemmere eller forretningsmæssigt mere opportunt at bevise. Dog kan den traditionelt anførte fordel – at kræve negativ kontraktinteresse i tilfælde af en tabsgivende aftale for dog at få omkostningerne dækket – næppe opretholdes, jf. note 425, side 264.

Om mulighederne for at kræve erstatning efter grundsætningen om negativ kontraktinteresse skriver Hasselbalch følgende:

> »Erstatning af »*negativ kontraktinteresse*« (dvs. en erstatning, der tilsigter at stille den krænkede part, som om kontrakten slet ikke var blevet indgået) kan kun komme på tale i særlige tilfælde – således hvor umyndighed medfører aftalens tilsidesættelse.«[434]

Hasselbalchs synspunkt er korrekt, men det kan tilføjes, at negativ kontraktinteresse ikke blot vedrører erstatning i tilfælde af ugyldighed. Der er i hvert fald en teoretisk mulighed for at kræve negativ kontraktinteresse, hvor en gyldigt indgået ansættelsesaftale ophæves som følge af misligholdelse. I praksis vil det imidlertid være forbundet med betydelige vanskeligheder at hæve en ansættelseskontrakt, der gennem et stykke tid har medført udveksling af arbejdsydelse og løn, og herefter kræve erstatning, der stiller den erstatningssøgende, som om kontrakten aldrig havde været indgået.

Eksempelvis kan det således tænkes, at en arbejdsgivers ophævelse på grund af ulovlig udeblivelse ikke konkret følges op af et krav om erstatning

432. Jf. nærmere herom i indledningen til afsnit 8.1.2.2 samt note 14, side 264.
433. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del. 3. udg. 2003, side 145 samt 193f.
434. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 679.

svarende til en halv måneds løn, jf. funktionærlovens § 4, men derimod et krav om erstatning for ekstra annonceringsudgifter, hvis det ikke på grundlag af første annoncering har været muligt at ansætte en anden i den udeblevne funktionærs sted, jf. U 1947.1005 SH, som omtales nærmere nedenfor i afsnit 8.3.4.2. I den konkrete sag havde den svigtede arbejdsgiver principalt rejst krav om erstatning svarende til halvdelen af den fastsatte månedsløn, subsidiært et mindre beløb. Retten tilkendte ham imidlertid en erstatning svarende til den ene af de to jobannoncer. Resultatet kan til dels forklares med, at retten til den tabsuafhængige erstatning på en halv måneds løn først blev indført ved funktionærlovsrevisionen i 1948,[435] altså efter denne doms afsigelse. I en tilsvarende sag tre år tidligere, U 1944.1207 Ø, blev Østre Landsret mødt med påstand om erstatning svarende til 1 måneds løn (360 kr. samt 20 procents dyrtidstillæg), idet det samtidig blev oplyst, at annonceringsudgifterne havde andraget 244 kr. Landsretten fastsatte erstatningen til 200 kr. uden at angive, hvilken post erstatningen skulle dække.[436]

8.1.2.2 Funktionærlovens udmålingsregler

Funktionærlovens erstatningsregler hjemler en kompensation, som afviger fra, hvad der følger af reglerne om opfyldelsesinteressen, idet erstatningen i et vist omfang skal ydes uafhængigt af det lidte tab. Reglerne er således undtagelser fra de almindelige obligationsretlige erstatningsregler, hvorefter tabet skal kunne dokumenteres for at kunne erstattes og mere end fuld erstatning ikke kan tilkendes.[437]

Minimalerstatningsreglen i funktionærlovens § 3

Ifølge funktionærlovens § 3 har funktionæren – i de nærmere angivne tilfælde – krav på erstatning svarende til lønnen indtil det tidspunkt, til hvilket han lovligt kunne have været opsagt, eller – såfremt funktionærkontrakt allerede var opsagt af en af parterne – til opsigelsesfristens udløb. Erstatningen kaldes en minimalerstatning, idet kravet kun er absolut for så vidt angår dækning af de første tre måneders varsel. Herefter fastsættes erstatningen efter de almindelige erstatningsregler. Det vil sige, at funktionæren for at opnå erstatning ud over minimalerstatningen skal bevise, at han i den resterende del af sin opsigelsesperiode har lidt et uundgåeligt tab

435. Lov nr. 261 af 14. juni 1948 om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer.
436. Begge domme behandles ligeledes hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 148, hvor praksis om erstatningsudmålingen sammenfattes til at være *uensartet*.
437. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del. 3. udg. 2003, side 173.

som følge af arbejdsgiverens misligholdelse. Funktionæren skal forsøge at begrænse dette tab ved at søge ny beskæftigelse, og kun i det omfang rimelige bestræbelser er foretaget, er han berettiget til erstatning for den resterende del af opsigelsesperioden.

Minimalerstatningen omfatter alle lønandele herunder også pensionsbidrag og andre eventuelle løngoder, såsom telefon, bil, bolig etc. Funktionærens ret til feriegodtgørelse indgår imidlertid ikke, da krav herom ikke følger af funktionærloven men af ferieloven. Feriegodtgørelse erstattes i stedet som det faktisk lidte tab, hvorfor erstatningsbeløbet alene beregnes, indtil funktionæren modtager ny – af ferieloven omfattet – beskæftigelse.[438]

På grundlag af divergerende praksis fra de to landsretter diskuteres det i den funktionærretlige teori, om funktionærens *planlagte* opsigelse skal influere på erstatningskravet eller ej. Problematikken er aktuel i den situation, hvor funktionæren forud for en uberettiget bortvisning har accepteret en anden stilling, men endnu ikke opsagt sin stilling hos den ophævende arbejdsgiver. Landsretterne er nået til to forskellige resultater:

I afgørelsen U 1994.190 Ø tilkendte byretten en funktionær erstatning for uberettiget bortvisning. Funktionæren var blevet bortvist, fordi hun ikke havde opsagt sin stilling efter hun var blevet ansat i et konkurrerende firma. Bortvisningen var fra arbejdsgiverens side begrundet i, at den manglende opsigelse var illoyal, men heri var byretten ikke enig. Landsretten lagde til grund, at nogle udtalelser funktionæren havde fremsat om opsigelse i forbindelse med, at hun havde givet meddelelse om ansættelse i det konkurrerende firma, hverken af funktionæren selv eller arbejdsgiveren var blevet anset for en endelig opsigelse. Funktionærens stilling blev derfor anset for at have været uopsagt på det tidspunkt, hvor hun blev bortvist. Østre Landsret stadfæstede herefter byrettens afgørelse i henhold til grundene, som dog blev suppleret med, at det forhold, at funktionæren havde til hensigt at opsige sin stilling på et allerede fastlagt tidspunkt for at tiltræde en ny stilling ikke kunne begrænse hendes efter funktionærlovens § 3, stk. 2, 2. pkt. ubetingede ret til erstatning.

Vestre Landsret nåede til det modsatte resultat i en tilsvarende sag.[439] Heri havde funktionæren allerede på det tidspunkt, hvor han blev bortvist, besluttet sig for ansættelse i en anden stilling. For at kunne tiltræde denne ville han være nødt til senest den 30. juni selv at opsige sin stil-

438. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 220, Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 764, Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 666 samt afgørelsen U 1943.1011 SH.

439. Utr. VLD af 2. november 1984, 1. afd. B 2773/1982. Ovenstående gengivelse af sagens omstændigheder er baseret på resume fra databasen Arbejdsret, Djøf.

ling hos arbejdsgiveren. I slutningen af juni blev funktionæren imidlertid uberettiget bortvist. Således løst fra ansættelseskontrakten var opsigelse fra funktionærens side ikke nødvendig. Erstatningen for den uberettigede bortvisning blev reduceret til erstatning for én måneds løn, svarende til det varsel, funktionæren ved egen opsigelse skulle have afgivet for at kunne tiltræde den nye stilling. Han blev således nægtet ret til mindsteerstatning for arbejdsgiverens uberettigede bortvisning.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl anfører, at resultatet fra Vestre Landsret for en umiddelbar betragtning forekommer mest rimeligt. Dette begrundes med, at funktionæren selv har bragt sig i en situation, hvor han retligt har afskåret sig fra at nyde godt af lovens fulde varsel. De henviser dog til, at det vil være nødvendigt at afvente en højesteretsafgørelse, før der kan tages endelig stilling til spørgsmålet.[440]

Resultatet fra Østre Landsret forekommer mest rigtigt. Funktionærforholdet er et vedvarende kontraktforhold, som ikke ophører, før der foreligger utvetydig tilkendegivelse herom. Først når det kan lægges til grund, at funktionærforholdet er ophørt ved opsigelse, ophævelse eller af andre grunde (eksempelvis funktionærens død), kan de obligationsretlige retsvirkninger heraf udledes. Så længe en sådan retsstiftende kendsgerning ikke er indtrådt, må retsvirkningerne af arbejdsgiverens uberettigede bortvisning følge den herom gældende hovedregel. Der bør ikke træffes afgørelser på grundlag af en retstilstand, som kun måske eller sågar med »til vished grænsende sandsynlighed« vil indtræffe. Intet bør anses for sikkert, før opsigelsen beviseligt er afgivet. Eksempelvis kunne funktionæren ønske/være nødt til at beholde sit job, hvis hans kontrakt med den nye arbejdsgiver mod forventning *ikke* får retsvirkning i overensstemmelse med sit indhold.

Hos flere forfattere[441] *kritiseres minimalerstatningsreglen* for at være rigoristisk og indeholde risiko for vilkårlige og urimelige resultater. Navnlig anføres det, at det kan virke stødende, at en funktionær har ret til minimalerstatningen, selvom han umiddelbart efter stillingens fratrædelse får anden lige så vellønnet – eller sågar bedre lønnet – stilling.

---

440. Jf. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 219. Hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 766, introduceres spørgsmålet, men besvares ikke. Hos Hasselbalch, Ansættelsesretten 3. udg. 2002, side 666, ved note 201 og side 667 ved note 206 behandles de to afgørelser hver for sig, og tilsyneladende konkluderes på grundlag af begge, uden de modsatrettede resultater sammenholdes.

441. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 671ff samt 1. udg. 1985, side 283ff. med udførlige de lege ferenda betragtninger, H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 220f, Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 765f. samt Lyngsø, Afbestillingsret, 1971 side 361 og 373f.

Det er uden tvivl en særegen konstruktion, at funktionæren i nogle tilfælde opnår en bedre økonomisk stilling, når arbejdsgiveren misligholder sine forpligtelser, end han havde fået, hvis disse var blevet opfyldt.

Det bedste forsvar for minimalerstatningsreglen er, at minimalerstatningen indeholder et pønalt element over for den arbejdsgiver, der udsætter funktionæren for den vanære, der forbindes med navnlig bortvisning. Minimalerstatningen har hermed også sin bedste begrundelse for så vidt angår erstatning for uberettiget bortvisning. Begrundelsesgrundlaget er svagere med hensyn til minimalerstatning for uberettiget afvisning af funktionæren og erstatning i forbindelse med funktionærens ophævelse på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse.

Hasselbalch og Lyngsø argumenterer for, at den nødvendige beskyttelse af funktionæren bedre kan opnås ved at kombinere almindelige erstatningsregler med godtgørelsesreglen i funktionærlovens § 2b. Hertil forholder H.G. Carlsen og Danielle Buhl sig skeptiske, dels fordi godtgørelsesreglen i praksis kun i begrænset omfang anvendes i bortvisningstilfælde, dels fordi det forhold, som var utilstrækkeligt til at bære den uberettigede bortvisning, godt kan være tilstrækkeligt til at udgøre et sagligt opsigelsesgrundlag og således udelukke godtgørelse i henhold til § 2b.

Resultatet af den af de forskellige forfattere fremførte kritik kan sammenfattes til forslag om at indføre en regel om, at minimalerstatningsberegning ikke skal anvendes i tilfælde, hvor dette ville være åbenbart urimeligt (H.G. Carlsen og Danielle Buhl, side 221) – eller eventuelt mere vidtgående blot opstille en formodningsregel om minimalerstatning (Hasselbalch, 1. udg. side 285).

Mest håndterlig synes i praksis at være en fast regel om erstatningsudmålingen for de første måneder, som kan fraviges helt eller delvist, hvor resultatet af reglens gennemførelse vil give resultater ud over rimelighedens grænser, sammenlign H.G. Carlsen og Danielle Buhl. En sådan regel vil harmonere med den parallelle bestemmelse i § 4, jf. herom umiddelbart nedenfor.

Den tabsuafhængige erstatning i funktionærlovens § 4

I forbindelse med funktionærlovsrevisionen i 1948[442] indførtes reglen i funktionærlovens § 4, 2. pkt., om at arbejdsgiveren, medmindre særlige omstændigheder foreligger, har krav på erstatning svarende til en halv måneds løn i tilfælde af funktionærens ulovlige udeblivelse og ulovlige bortgang. Nærmere bevis for det lidte tab skal ikke føres.

442. Lov nr. 261 af 14. juni 1948 om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer.

Udvalget bag funktionærlovsbetænkningen[443] fandt reglen rimelig dels under hensyn til, at der i lovens § 3 er sikret funktionæren en legalt fikseret erstatning, dels under hensyn til de vanskeligheder, der ofte gør sig gældende for arbejdsgiveren ved at bevise det tab, der lides.

Indførelsen af muligheden for at fravige mindsteerstatningen, når særlige omstændigheder foreligger, skyldtes ifølge udvalget, at der kan forekomme tilfælde, hvor det vil være upåkrævet og for hårdt for funktionæren at pålægge denne at svare den legalt fikserede erstatning fuld ud. Eksempelvis nævnes tilfælde, hvor funktionæren vel er kommet for sent med sin opsigelse, men der kun foreligger en ringe tilsidesættelse af opsigelsesfristen, og funktionæren tilbyder at fortsætte i tjenesten indtil det af ham angivne fratrædelsestidspunkt, og således opsiger med for kort varsel, men ikke forlader tjenesten uden varsel. Endvidere nævnes den situation, at der er et rigeligt udbud af arbejdskraft, således at arbejdsgiveren kan erstatte funktionæren med en anden uden større vanskelighed.

§ 4's regel om mindsteerstatning gælder ikke for det tilfælde, at arbejdsgiveren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse fra funktionærens side. Udvalget mente nemlig ikke, at kravet på en legalt fikseret erstatning syntes helt så velbegrundet, når det er arbejdsgiveren selv, der tager initiativet til forholdets ophævelse, ligesom arbejdsgiveren i dette tilfælde vil have lettere ved at bevise sit tab.

8.1.3 Årsagsforbindelse/kausalitet

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at den misligholdende part er ansvarlig for det fulde tab, og dermed også for *samtlige følger* af kontraktbruddet. I konkrete tilfælde kan det imidlertid forekomme usikkert, om der består den fornødne årsagsforbindelse mellem kontraktbrud og skade.[444]

Den erstatningssøgende part har krav på at få dækket det tab, der indtræder *som følge af* et kontraktbrud, som den misligholdende part er ansvarlig for. Udgifter, der ikke kan godtgøres at være en følge af kontraktbruddet, kan derimod ikke kræves erstattet. Den erstatningssøgende part har nor-

443. Betænkning afgivet af det af Arbejds- og Socialministeriet den 16. april 1946 nedsatte udvalg om revision af funktionærloven. I teksten refereres fra betænkningens side 41. Funktionærlovsrevisionen gjorde således op med den modsatrettede holdning, der lå til grund for den hidtidige formulering af § 4, hvor der eksplicit var taget afstand fra indførelsen af tabsuafhængig erstatning for så vidt angår arbejdsgiverens krav mod funktionæren.

444. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 263.

malt bevisbyrden både for, at han har lidt en skade, for årsagsforbindelse mellem kontraktbrud og skade samt for tabets størrelse.[445]

Årsagsbegrebet kan defineres således, at en handling er årsag til en skade, såfremt skaden ikke ville være opstået, hvis handlingen tænkes bort.[446] På samme måde kan en undladelse være årsag til en skade, såfremt skaden ikke ville være opstået, hvis undladelsen ikke havde foreligget.

I funktionærretlig sammenhæng volder årsagsbegrebet sjældent problemer. Dette beror på den omstændighed, at de rejste erstatningskrav hyppigst knytter sig til reglerne i funktionærlovens §§ 3 og 4, hvor det jo er givet på forhånd, dels hvilke situationer der udløser erstatningskrav, dels hvilke krav der kan dækkes.

I stedet for at rejse de i funktionærloven hjemlede krav kunne rejses krav om erstatning for andre tab. Eksempelvis kunne som alternativ til kravet om en halv måneds løn i henhold til funktionærlovens § 4 rejses krav om dækning af tabet ved ekstra annonceringsudgifter.[447] I så fald bliver det nødvendigt for arbejdsgiveren at føre bevis for, at det som følge af funktionærens undladelse af at tiltræde tjenesten har været nødvendigt at genannoncere stillingen, eftersom der ikke på grundlag af første annoncering kunne findes en anden egnet kandidat. Navnlig vil dette gøre sig gældende, hvis der går lang tid fra annonceringen til tiltrædelsestidspunktet, idet henvendelse til ansøgere fra første annoncering da i mange tilfælde vil være uaktuel.

Herudover kan der ved misligholdelse af funktionærkontrakter rejses krav om erstatning, der slet ikke hjemles i funktionærloven. I sådanne tilfælde rejses erstatningskravet på grundlag af den almindelige obligationsret, hvor kravet om forbindelse mellem den ansvarspådragende adfærd og den indtrufne skade vil være mere iøjnefaldende. Generelt indebærer årsagsbetingelsen, at jo mere usikkerhed der i det konkrete tilfælde kan rejses om forbindelsen mellem misligholdelsen og skaden, desto mere kan domstolene forlange af bevisførelsen.[448] Hertil kan tilføjes, at jo nærmere kravet står hovedydelserne, desto nemmere vil det være at føre beviset for årsagsforbindelsen.[449]

445. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 172f.
446. Jf. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 84, hvor der dog advares mod at deducere fra begrebet i tvivlsomme tilfælde – eksempelvis hvor to parallelle handlinger begge kan medføre skaden.
447. Jf. det oven for i afsnit 8.1.2.2 nævnte under behandlingen af udmålingskriterierne efter § 4.
448. Jf. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 263.
449. Sml. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 86, hvor der argumenteres for, at den erstatningssøgende har nemmere ved at komme igennem med

8.1.4 Adækvans

Adækvansproblemet opstår, når det *er* konstateret, *at* en person har handlet culpøst, *og at* der er årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende adfærd og den indtrådte skade.

Adækvansproblemet består i, at sammenhængen mellem den ansvarspådragende adfærd og den indtrådte skade er spinkel, jf. Bo von Eyben og Helle Isager.[450] Hos disse forfattere behandles erstatning uden for kontraktforhold, hvilket imidlertid ikke er uden vejledning i en kontraktretlig sammenhæng, eftersom det er den almindelige opfattelse, at adækvansbetingelsens indhold i det store og hele er den samme i og uden for kontraktforhold.[451] Grænserne for adækvansbetingelsen drages imidlertid forskelligt, alt efter om erstatningskravet er udløst af manglende eller utilstrækkelig overholdelse af kontraktmæssige forpligtelser, eller om kravet er opstået uden for kontraktforhold. Således indebærer selve kontraktforholdet, at der skal mindre til for at udløse erstatningsansvar. Netop på dette punkt er der i de senere år gjort så meget op med tidligere tiders grænsedragning mellem erstatning i og uden for kontraktforhold, at der nu i den obligationsretlige teori argumenteres for, at adækvansgrænsen må drages *langt videre* i kontraktforhold end udenfor.[452]

Konstateringen af grænserne for adækvansbetingelsen er lidet oplysende, når sondringen mellem erstatning i og uden for kontraktforhold nedtones, således som det er gjort i denne fremstilling. Imidlertid kan udledes den essens, at kravet til adækvans kan nuanceres alt efter, om et konkret opstået erstatningskrav er nært knyttet til udvekslingen af funktionærforholdets hovedforpligtelser, eller snarere beror på utilstrækkelig omsorg for medkontrahentens interesser.[453]

Adækvansbetingelsen sikrer, at der kun pålægges erstatningsansvar for skader, der er adækvate følger af den ansvarspådragende handling eller

et krav, der er højt placeret i tabshierarkiet, eksempelvis prisdifferencetab, end et krav, der er lavere placeret, eksempelvis avancetab.

450. Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 224.

451. Jf. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 87.

452. Jf. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 101ff. Standpunktet bakkes op af Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky i Lærebog i obligationsret I, 1. udg. 2000, side 269 og er et opgør med tidligere tiders antagelse om det modsatte, jf. således Ussing, Obligationsretten, Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 144.

453. Sml. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 104ff., hvor det konstateres, at det opstillede tabshierarki finder en væsentlig bekræftelse, når det gælder adækvansbetingelsen. Der argumenteres således for, at den erstatningsberettigede har lettere ved at komme igennem med, at tabet er adækvat jo længere oppe i hierarkiet, det er placeret.

undladelse. Betingelsen sikrer således, at erstatningsansvaret ikke får alt for vidtrækkende og uoverskuelige konsekvenser for den erstatningsansvarlige kontraktpart. Gomard udtrykker det således, at ansvaret i kontraktforhold kun omfatter skader, som var *påregnelige* for debitor ved aftalens indgåelse eller, for så vidt angår skader der skyldes en uforsvarlig adfærd fra debitors eller hans virksomheds side, på det senere tidspunkt da fejlen blev begået.[454]

Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky påpeger, at grundsætningen om adækvans er uskreven. Der er derfor tale om en fleksibel regulering af den i forvejen skønsprægede erstatningsberegning. Et væsentligt moment i dette skøn er, om der i det konkrete tilfælde er tale om en skade, som den fornuftige debitor ved aftalens indgåelse rimeligvis kunne forudse og tage de nødvendige forholdsregler til.[455]

Hos Torsten Iversen[456] opstilles en lang række betragtninger til præcisering af den grundlæggende tanke om, at der skal være en rimelig forbindelse mellem handling og skade. Det konkluderes imidlertid, at den væsentligste adækvansbetragtning i kontraktforhold er og bliver påregnelighedskriteriet, der er med til at fastholde bindingen til kontrakten og dermed parternes forudsætninger.[457]

Som antydet ovenfor betyder adækvansbetingelsen i funktionærretlig sammenhæng mest, når der rejses krav uden direkte forbindelse til parternes hovedforpligtelser. Det vil omvendt sige, at de erstatningskrav, der rejses i henhold til funktionærlovens §§ 3 og 4, ikke udløser adækvansproblemer. I § 3 kan det således implicit siges at være defineret, at mistet indtægt i opsigelsesperioden er en adækvat følge af en uberettiget bortvisning, uanset om en sædvanlig tabsopgørelse i en konkret situation ville medføre højere eller lavere erstatningsudmåling.

Spørgsmålet om adækvans opstår først, når de krav, der rejses, set i en funktionærretlig sammenhæng er utraditionelle. I sådanne situationer vil det til gengæld hyppigt være meget nærliggende at undersøge, om det lidte tab er en adækvat følge af den ansvarspådragende adfærd.

454. Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 179. Sml. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 268ff.
455. Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 270.
456. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 89-100.
457. Jf. ligeledes Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 180, hvor problematikken dog beskrives mere overordnet.

8.1.5 Tabsbegrænsningspligt

Den erstatningsansvarlige parts pligt til at erstatte det adækvate tab, modparten lider som følge af kontraktbrud, reduceres ved erstatningsudmålingen for tab, som den erstatningsberettigede kunne og burde have undgået ved at træffe sædvanlige eller rimelige foranstaltninger til begrænsning heraf. Den erstatningsberettigede har derfor en interesse i så vidt muligt at begrænse sit tab.[458] Vurderingen af, om tabet kunne/burde være begrænset, sker ud fra forholdene på tidspunktet for tabsbegrænsningspligtens indtræden.

Virkningen af tilsidesat tabsbegrænsningspligt er i realiteten den samme som virkningen af egen skyld,[459] nemlig reduceret erstatning. Årsagerne hertil er imidlertid forskellige: Tabsbegrænsningspligten vedrører begrænsningen af omfanget af en skade, som allerede er indtruffet. Den reducerede erstatning knytter sig derfor til selve erstatningsudmålingen. Reduktion som følge af egen skyld beror derimod på fordeling af ansvaret mellem parterne – den misligholdende part er ikke erstatningsansvarlig for den del af en skade, som er skadelidtes egen skyld. Egen skyld knytter sig således til selve skadens indtræden, mens tabsbegrænsningspligten vedrører begrænsningerne af de tab, som følger af skaden.[460]

Det forhold, at tabsbegrænsningspligten vedrører begrænsningen af omfanget af en allerede indtruffet skade, er ensbetydende med, at en kontraktpart ikke som følge heraf har pligt til at modvirke, at medkontrahenten kommer i misligholdelse. En sådan forpligtelse kan imidlertid følge af den almindelige forpligtelse til loyalt og hensynsfuldt at drage omsorg for medkontrahentens interesser – loyalitetsforpligtelsen.

Tabsbegrænsningspligten gælder både i og uden for kontraktforhold. Ifølge Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky[461] er tabsbegrænsningspligten i kontraktforhold svarende til – men næppe udvidet i forhold til – den der gælder uden for kontraktforhold. I modsætning hertil mener Torsten Iversen,[462] at tabsbegrænsningspligten er mest fremtrædende i kontraktforhold, *fordi* der er en videregående handlepligt i kontraktforhold, og *fordi* skader i kontraktforhold hyppigere er udviklingsskader i modsætning til skader uden for kontraktforhold, der mere typisk er skader af isoleret karakter.

---

458. Gomard, Obligationsret, 2. del, 3. udg. 2003, side 177.
459. Jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 8.1.6.
460. Sml. Torsten Iversen, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 133f.
461. Lærebog i obligationsret, 1. udg. 2000, side 265.
462. Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 148.

Konstateringen af, om tabsbegrænsningspligten er størst i eller uden for kontraktforhold, er mindre interessant i nærværende sammenhæng, hvor erstatningsansvar behandles i vid forstand. Af interesse er derimod den af Torsten Iversen fremdragne pointe om, at tabsbegrænsningspligten er størst, når den foreliggende skade er en udviklingsskade contra en isoleret skade. Baggrunden for den særlige interesse herfor er, at funktionærforholdet er et vedvarende kontraktforhold, hvorfor skaden kun sjældent kan isoleres til det forhold, den konkret vedrører. I langt de fleste tilfælde vil skaden udvikle sig og medføre følgeskader, og i nogle tilfælde vil konsekvenserne endog blive vidtrækkende. Netop karakteren af skaden vil derfor være afgørende for, hvor langt arbejdsgiverens henholdsvis funktionærens tabsbegrænsningspligt rækker.

Rækkevidden af tabsbegrænsningspligten er endvidere omgærdet med teoretisk uenighed for så vidt angår spørgsmålet om pligtens karakter:

Hos Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky[463] fremgår, at tabsbegrænsningspligten ikke alene indebærer, at den erstatningsberettigede skal *afstå fra handlinger*, der direkte forøger den misligholdende parts erstatningsansvar. Det anføres, at tabsbegrænsningspligten i visse tilfælde indebærer en pligt til, at der *træffes dispositioner*, så yderligere tab undgås.

Torsten Iversen[464] maner imidlertid til forsigtighed, idet han skriver, at målestokken for, hvad den erstatningsberettigede burde have foretaget sig, må være relativt mild. Dette begrundes med, at den ikke-misligholdende part er blevet sat i en tvangssituation på grund af modpartens misligholdelse. Situationen opstår ofte pludseligt og overraskende, og den kræver typisk omgående beslutninger. Domstolene anbefales derfor at udvise betydelig varsomhed med at fastslå, at den erstatningssøgende har forsømt sin pligt til at begrænse tabet. Sammenfattende konstateres, at tabsbegrænsningspligten kan formuleres som en almindelig regel om, at skadelidte må udfolde rimelige og sædvanlige bestræbelser for at afværge eller begrænse tabet.

I funktionærretlig henseende har tabsbegrænsningspligten ikke umiddelbar betydning for så vidt angår de erstatningskrav, der udmåles efter funktionærlovens minimalerstatningsregel i § 3. Årsagen hertil er, at denne del af erstatningen er uafhængig af det lidte tab – uanset om dette er søgt begrænset eller ej. Det forhold, at en funktionær ikke straks accepterer et eventuelt tilbud om et nyt job og derved begrænser det tab, han lider ved at miste sin oprindelige indtægt, får således ikke betydning for denne del af erstatningskravet. Det påvirker heller ikke minimalerstatningen, hvis

463. Lærebog i obligationsret, 1. udg. 2000, side 265.
464. Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, side 150ff.

funktionæren accepterer det tilbudte job. Han har således mulighed for at oppebære dobbelt indtægt i de første tre måneder. Dette er baggrunden for den i teorien fremsatte kritik af reglen, jf. nærmere herom ovenfor i afsnit 8.1.2.2: »Funktionærlovens udmålingsregler«.

I afsnit 5.1.4.2, navnlig side 159f. samt note 248 på side 160 nævnes, at erstatningskravet muligvis kan forlises på grund af tilsidesættelse af tabsbegrænsningspligten, hvis funktionæren undlader at acceptere et tilbud om genansættelse i forbindelse med arbejdsgiverens tilbagekaldelse af en uberettiget bortvisning.[465] Retsvirkningen heraf vil være, at funktionæren er frigjort for sin forpligtelse til at genindtræde hos arbejdsgiveren, men mister sit erstatningskrav i henhold til funktionærlovens § 3. I forbindelse med en konkret vurdering af, om tabsbegrænsningspligten er tilsidesat, må det overvejes, hvor realistisk og gennemførligt det er at genoptage ansættelsesrelationen. Heri indgår en vurdering af, hvorledes ophævelsen blev meddelt funktionæren (f.eks. på en krænkende måde), hvor hurtigt der tilbagekaldes, hvorfor der tilbagekaldes, og hvorvidt funktionæren har disponeret efter ophævelsen.

Tabsbegrænsningspligten har utvivlsomt betydning med hensyn til den del af funktionærens erstatningskrav mod arbejdsgiveren, som ligger ud over minimalerstatningen. Denne skal nemlig fastsættes efter de almindelige erstatningsregler, hvilket indbefatter stillingtagen til, om den almindelige tabsbegrænsningspligt er overholdt. I løbet af den periode, som erstatningen er beregnet på grundlag af, skal funktionæren forsøge at opnå anden beskæftigelse. Han skal stå tilmeldt arbejdsformidlingen som arbejdssøgende og tage imod anvist arbejde. Herudover skal han også selv søge arbejde. Overholdes denne forpligtelse ikke, kan erstatningen nedsættes med den indtjening, funktionæren kunne og burde have opnået.[466]

Med hensyn til arbejdsgiverens erstatningskrav mod funktionæren må tabsbegrænsningspligten antages at være opretholdt – også for de erstatningskrav arbejdsgiveren kan tilkendes i henhold til funktionærlovens § 4.

465. Det *kan* i hvert fald hævdes, at der foreligger »materielretlig atypicitet«.

466. I Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 214, nævner Henrik Karl Nielsen den tangerende problematik, at en opsagt funktionær fritstilles. Der gøres opmærksom på, at den løn, funktionæren modtager i opsigelsesperioden ikke, er en erstatning i henhold til funktionærlovens § 3, idet ansættelsesforholdet består, blot er funktionæren fritaget fra forpligtelsen til at levere arbejdsydelsen. I teori og retspraksis er det imidlertid i almindelighed antaget, at funktionæren i en situation, hvor han er definitivt fritstillet, er omfattet af en analogi af funktionærlovens § 3. Funktionæren har således altid som minimum krav på løn i 3 måneder. For løn herudover følger det af analogien af § 3 og af de almindelige regler om tabsbegrænsningspligt, at funktionæren må udfolde rimelige bestræbelser på at opnå anden passende ansættelse. Gør han ikke det, fortabes hans krav på løn ud over de første 3 måneder.

Dette beror på, at udvalget bag funktionærlovsrevisionen ved at indsætte formuleringen: »medmindre særlige omstændigheder foreligger«, bevidst valgte at åbne mulighed for at fravige reglen. Som eksempel på tilfælde, hvor dette kan forekomme, nævnes i betænkningen:

> »… der kan forekomme Tilfælde, hvor det vil være upaakrævet og for haardt over for Funktionæren at paalægge denne at svare den legalt fikserede Erstatning fuldt ud. … Det … gælder for den Situation, at der er et rigeligt Udbud af Arbejdskraft, saaledes at Arbejdsgiveren kan erstatte Funktionæren med en anden uden større Vanskelighed.«[467]

I tilfælde, hvor der er gode muligheder for at få erstatningsarbejdskraft, indeholder § 4 således en tabsbegrænsningspligt for arbejdsgiveren, for at denne kan opretholde sit krav om erstatning.

Herudover gælder tabsbegrænsningspligten – selvfølgelig – for de krav, arbejdsgiveren rejser på grundlag af de almindelige erstatningsretlige regler. Arbejdsgiveren kan således eksempelvis ikke få dækket tab ved at skulle genannoncere den ledige stilling, som funktionæren er udeblevet fra, hvis arbejdsgiveren blot kunne ansætte den ansøger, som blev nummer to i forbindelse med første annoncering.

8.1.6 Egen skyld/medvirken

Har den erstatningsberettigede kontraktpart medvirket til den skade, som ellers er forårsaget af den erstatningsansvarliges kontraktbrud, nedsættes erstatningsansvaret i forhold til den erstatningsberettigedes grad af skylden.

Nemmest foretages fordelingen efter skyldgraden, når erstatningsansvaret hviler på culpanormen. Hviler ansvaret på en strengere regel end culpareglen, er fordeling efter skyldgraden ikke umiddelbart mulig, idet den erstatningsansvarliges skyld ikke er indgået i vurderingen af ansvaret. Tilsvarende kriterier må da tages i anvendelse, så ansvaret kan fordeles mellem parterne.

I overensstemmelse hermed må det ved ikendelse af erstatningsansvar efter funktionærloven tages i betragtning, om den erstatningssøgende kontraktpart selv har medvirket til kontraktbruddet, således at den erstatningsansvarliges forpligtelse til at betale erstatning skal reduceres. Medvirken fra funktionærens side kunne eksempelvis bestå af, at funktionæren selv har bidraget til arbejdsgiverens grundlag for at skride til

467. Betænkning afgivet af det af Arbejds- og Socialministeriet den 16. april 1946 nedsatte udvalg om revision af funktionærloven. I teksten refereres fra betænkningens side 41.

bortvisning.[468] Sammenligning efter skyldgrad er ikke umiddelbart mulig, idet ansvar efter funktionærloven ikke fordrer en egentlig culpavurdering. I stedet må parternes andel af skylden til kontraktbruddet fastsættes forholdsmæssigt.[469]

Den udtrykkelige formulering af funktionærlovens erstatningsregler, navnlig minimalerstatningsreglen i § 3, gør det umiddelbart nærliggende at antage, at der ved vurderingen af, om der skal ske erstatningsreduktion som følge af egen skyld hos den erstatningsberettigede, skal ganske meget til for at fravige de lovhjemlede erstatningskrav. Tilbageholdenhed er nærliggende, når sammenlignes med det ovenfor i afsnit 8.1.5 konstaterede om, at tabsbegrænsningspligten først gør sig gældende for funktionærens vedkommende for så vidt angår den del af erstatningen, som ligger ud over minimalerstatningen.

Det er imidlertid væsentligt at være opmærksom på, at der er en – set i denne sammenhæng – afgørende forskel mellem tabsbegrænsningspligten og reglen om egen skyld: Tabsbegrænsningspligten er den erstatningsberettigedes forpligtelse til at medvirke til at begrænse en allerede indtrådt skade. Manglende overholdelse indebærer reduktion i udmålingen af et allerede fastslået ansvar. Ved egen skyld foretages reduktion i erstatningen derimod på grundlag af fordeling af ansvaret, idet skadelidte har medvirket til skadens indtræden. Egen skyld har således betydning for, om og i bekræftende fald i hvor vid udstrækning der overhovedet skal pålægges erstatningsansvar. Dette gælder også for det erstatningsansvar, som kan pålægges i henhold til funktionærloven. Erstatningsreduktion som følge af egen skyld vil således snarere komme på tale end reduktion som følge af manglende overholdelse af tabsbegrænsningspligten, der som nævnt ovenfor i afsnit 8.1.5 er helt udelukket ved funktionærens krav på minimalerstatning. Sammenlignet med den almindelige obligationsretlige mulighed for erstatningsreduktion som følge af egen skyld er det dog nærliggende at antage, at formuleringen af § 3 indebærer, at betydningen af funktionærens egen skyld må vurderes mildt.

Eksempler på erstatningsbortfald som følge af egen skyld ses i sager, hvor det kan være vanskeligt at afgøre, om der foreligger en bortvisning eller en ulovlig bortgang, og hvor funktionæren i utilstrækkelig grad har

468. Tilsvarende kan den adfærd, funktionæren selv har haft op til en usaglig opsigelse, få betydning for udmålingen af godtgørelsen, jf. U 1972.277 SH samt tilkendegivelse fra Retten i Herning af 17. september 2004 i sagen BS 3-2382/2003.

469. Hos Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 662f. henvises til eksempler fra navnlig fagretlig praksis på, at erstatningsansvaret er fordelt mellem parterne som følge af egen skyld hos skadelidte.

medvirket til at bringe forholdet på det rene og i øvrigt stille sin arbejdskraft til arbejdsgiverens disposition. Således fik funktionæren ikke medhold i sit erstatningskrav i afgørelsen U 1980.864 SH: En samtale mellem den ansatte funktionær og selskabets direktør var endt med, at funktionæren forlod arbejdspladsen medtagende sine ejendele. Han hævdede, at han var blevet bortvist af direktøren, og rejste over for selskabet krav om erstatning, svarende til lønnen indtil det tidspunkt, til hvilket han lovligt kunne være opsagt. Det fandtes imidlertid tilstrækkeligt godtgjort, at direktøren ikke under den pågældende samtale havde bortvist funktionæren. Ved sin adfærd havde funktionæren derimod selv givet anledning til ansættelsesforholdets uvarslede ophør, og da funktionæren heller ikke på andet grundlag havde føje til at kunne anse sig for bortvist af direktøren, havde han ikke krav på løn mv. ud over fratrædelsesdagen.

Et lignende eksempel findes i sagen:

U 2000.298 H – Uberettiget bortgang

Ægtefællerne M og H drev fra 1977 til 1981 gennem et anpartsselskab en virksomhed med salg af produkter til blomsterhandlere. Anpartsselskabet blev taget under konkursbehandling, og den af anpartsselskabet drevne virksomhed blev i 1981 købt ud af konkursboet af selskabet A. Herefter blev både M og H ansat i A.

Efter at en kunde lørdag den 25. marts 1995 havde afgivet en erklæring om, at hun havde købt varer af H uden regning og betalt kontant til H, blev denne bortvist mandag den 27. marts. Senere samme morgen forlod M virksomheden. Spørgsmålet om bortvisningen af H er omtalt ovenfor i afsnit 5.2.3. Her skal blot M's bortgang behandles.

Der var mellem parterne uenighed om, hvorvidt det var uberettiget, at M forlod virksomheden, eller om han havde fået A's tilladelse hertil. På vegne af M skrev hans fagforening den 27. marts til A, at den bekræftede, at M var blevet bedt om at holde 1 uges fri på firmaets regning. I en svarskrivelse af samme dato afkræftede A, at M var blevet bedt om at holde fri. Selskabet var af den opfattelse, at M havde foretaget en ensidig ophævelse af ansættelsesforholdet, hvilket blev taget til efterretning. I en skrivelse af samme dato stilet direkte til M skrev A blandt andet: »I fortsættelse af det i dag på vort kontor passerede, hvor du dels ensidigt afleverede dine nøgler til firmaet og dels forlod virksomheden efter bemærkning om, at du også hellere måtte holde op omgående, må vi meddele, at vi betragter det passerede som en misligholdelse fra din side, men at vi har taget din ensidige ophævelse af ansættelsesforholdet til efterretning, men vi skal i den forbindelse forbeholde os erstatning. Dit ansættelsesforhold er således ophørt fra og med i dag …« Under sagen påstod A sig tilkendt erstatning svarende til en halv måneds løn, jf. funktionærlovens § 4.

> I landsrettens flertalspræmis, som i henhold til grundene blev enstemmigt stadfæstet af Højesteret, blev det lagt til grund, at M havde forladt arbejdspladsen efter at have afleveret såvel sin ægtefælles som sine egne nøgler. Dersom M opfattede situationen således, at han var berettiget til at holde fri indtil videre på firmaets regning med henblik på at overveje sin stilling, måtte det efter at han og fagforeningen havde modtaget skrivelserne fra A, påhvile ham at tilkendegive, at han uanset det passerede fortsat stillede sin arbejdskraft til rådighed for A. Ved ikke at reagere på denne måde fandtes M at have givet A føje til at opfatte situationen således, at M havde ophævet ansættelsesforholdet. A blev herefter frifundet for M's påstand om erstatning for løn i opsigelsesperioden, feriepenge samt godtgørelse i henhold til funktionærlovens §§ 2a og 2b. M's manglende reaktion på A's skrivelser fandtes imidlertid ikke at være en misligholdelse af en sådan karakter, at den gav A ret til erstatning efter funktionærlovens § 4. M blev derfor frifundet for denne påstand.

I sagen sendte arbejdsgiveren utvetydige tilkendegivelser til funktionæren og dennes fagforening om, at ansættelsesforholdet blev anset for at være ensidigt ophævet fra funktionærens side, hvorfor ansættelsesforholdet var ophørt straks. Dette blev taget til efterretning af arbejdsgiveren, som forbeholdt sig ret til at rejse erstatningskrav.

Landsrettens flertal samt Højesteret lagde til grund, at funktionæren havde forladt arbejdspladsen efter at have afleveret nøglerne. Hvis han havde opfattet situationen sådan, at han var berettiget til at holde fri indtil videre på firmaets regning med henblik på at overveje sin stilling, påhvilede der ham en forpligtelse til at tilkendegive dette over for arbejdsgiveren, efter at han og fagforeningen havde modtaget skrivelserne fra arbejdsgiveren. Samtidig skulle han have stillet sin arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiveren.

Dette er i overensstemmelse med den almindelige loyalitetsforpligtelse til at reklamere over for modparten. Når reklamationspligten ikke overholdes, indtræder der passivitetsvirkninger.

Af domstolene blev det herefter lagt til grund, at funktionæren havde givet arbejdsgiveren føje til at opfatte situationen sådan, at han havde ophævet ansættelsesforholdet, og arbejdsgiveren blev derfor frifundet for funktionærens erstatningskrav.

Resultatet kan udlægges som et udtryk for, at funktionæren havde udvist egen skyld ved ikke at reklamere over for arbejdsgiverens skrivelse og samtidig stille sin arbejdskraft til fortsat rådighed for arbejdsgiveren. Som følge heraf var erstatningskravet mod arbejdsgiveren fortabt.

I forbindelse med vurderingen af, om funktionæren ifaldt erstatningsansvar over for arbejdsgiveren med hjemmel i funktionærlovens § 4, blev der foretaget en afvejning af parternes modsatrettede synspunkter. Det blev

lagt til grund, at funktionærens manglende reaktion på arbejdsgiverens skrivelse ikke havde været en misligholdelse af en sådan karakter, at den gav arbejdsgiveren ret til erstatning. Heri ligger implicit, at ej heller de faktiske omstændigheder omkring funktionærens bortgang fra virksomheden udløste et erstatningskrav. Dette bekræfter den bevisusikkerhed, som sagen har været behæftet med, og det er derfor alt i alt sandsynligt, at funktionæren kunne være kommet igennem med sit erstatningskrav, hvis han (og hans fagforening) havde reageret korrekt og reklameret rettidigt.

8.2 Arbejdsgiveransvar

I dette afsnit behandles det erstatningsansvar, en arbejdsgiver kan pådrage sig som følge af funktionærforholdet. I snæver forstand samler interessen sig om arbejdsgiverens kontraktansvar. I et vist omfang er dette reguleret i funktionærlovens § 3, som behandles i afsnit 8.2.1. Andre tilfælde af misligholdelse af funktionærforholdets umiddelbare forpligtelser kan indebære erstatningsansvar med hjemmel i den almindelige obligationsret. En introduktion hertil findes i afsnit 8.2.2 under overskriften: »Andre misligholdelsestilfælde«.

Foruden det erstatningsansvar, arbejdsgiveren kan pådrage sig ved misligholdelse af funktionærforholdets umiddelbare forpligtelser, kan han blive erstatningsansvarlig ved at volde skade på funktionæren, jf. nærmere herom afsnit 8.2.3. Endelig indebærer funktionærforholdet, at arbejdsgiveren i henhold til reglen i DL 3-19-2 er selvstændigt erstatningsansvarlig for skader, som funktionæren pådrager tredjemand under udførelsen af sin tjeneste. Dette ansvar over for tredjemand behandles i afsnit 8.2.4, mens de heraf afledte (begrænsede) muligheder for regres mod funktionæren behandles i afsnit 8.3.4 om funktionærens ansvar for skade på tredjemand.

Nærværende afsnit er koncentreret om de faktuelle forhold, der kan udløse erstatningsansvar for arbejdsgiveren. Herved fremdrages de særlige nuancer ved erstatningsansvar i funktionærretlig sammenhæng. De særlige udmålingsregler i funktionærlovens § 3 er behandlet i afsnit 8.1.2.2: »Funktionærlovens udmålingsregler«, og underkastes derfor ikke selvstændig behandling i dette afsnit.

8.2.1 Funktionærlovens § 3

I funktionærlovens § 3 bestemmes, at arbejdsgiveren er erstatningsansvarlig, hvis han uberettiget nægter at modtage funktionæren i sin tjeneste, hvis han uberettiget bortviser ham fra tjenesten, eller hvis funktionæren

hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side.

Uberettiget nægter modtagelse

Det er relativt nemt at konstatere opfyldelsen af det faktum, som i dette tilfælde kan udløse erstatningsansvar for arbejdsgiveren: Der er indgået en funktionærkontrakt, men på grund af arbejdsgiverens afvisning af funktionæren kan denne ikke tiltræde stillingen. Derfor skal arbejdsgiveren betale erstatning. De enkle omstændigheder indebærer, at reglen i praksis vil have umiddelbar retsvirkning i overensstemmelse med sit indhold – det vil sige, at domstolenes stillingtagen sjældent er nødvendig.

Dette er én forklaring på, at reglen ikke optager megen opmærksomhed i retspraksis. En anden forklaring er, at det må formodes at være relativt sjældent, at en arbejdsgiver først tager initiativ til at ansætte en funktionær (gennemfører annoncering, ansættelsessamtaler etc.), dernæst indgår på kontraktforhandlinger og til sidst afviser funktionæren i døren.

Uberettiget bortvisning

Arbejdsgiverens erstatningsansvar som følge af uberettiget bortvisning er det element i funktionærlovens § 3, som spiller den største rolle i retspraksis.

Spørgsmålet, om en bortvisning har været berettiget eller ej, kræver stillingtagen til, om der har foreligget væsentlig misligholdelse fra funktionærens side. Dette afspejles i parternes påstande, idet arbejdsgiveren i denne type af sager vil påstå, at funktionærens misligholdelse er grov, hvorfor bortvisningen var berettiget, mens funktionæren vil nedlægge påstand om bortvisningens uberettigelse – måske sågar påstand om usaglig opsigelse, hvis det udløsende faktum er så svagt, at funktionæren end ikke mener, det kan bære en saglig opsigelse.

Afgørelserne er som regel meget konkret begrundede, idet små detaljer i parternes håndtering af situationen kan blive afgørende for, om retten lader løsningen falde ud til fordel for den ene eller den anden part. De tilfælde, hvor en bortvisning er klart berettiget, kommer sjældent til domstolenes påkendelse.

På grund af den nære sammenhæng mellem erstatningskrav og ophævelse henvises i øvrigt til kapitel 5 om ophævelsesbeføjelsen.

Ophævelse på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side
Den hyppigste årsag til funktionærens ophævelse på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side er uretmæssig nægtelse af at udbetale løn. En sådan nægtelse vil formentlig altid udgøre hævebegrundende væsentlig misligholdelse, ligesom selv mindre forsinkelser efter omstændighederne kan være grov og erstatningspådragende misligholdelse.[470]

Et eksempel herpå forelå i sagen U 1954.977 H, hvor en funktionær blev anset for berettiget til at hæve tjenesteforholdet i anledning af, at arbejdsgiveren havde gjort sig skyldig i væsentlig misligholdelse ved at nægte at udbetale funktionæren nogle lønningsbeløb. Arbejdsgiveren blev endvidere anset for at være erstatningsansvarlig i overensstemmelse med reglen herom i funktionærlovens § 3, stk. 3.

Andre tilfælde af grov misligholdelse kunne også berettige funktionærens ophævelse af funktionærkontrakten med heraf følgende krav på erstatning i henhold til § 3, stk. 3. I afgørelsen U 1955.806 H foreligger således et eksempel på, at arbejdsgiveren havde udvist grov misligholdelse ved under et skænderi at give funktionæren en lussing. Uanset at arbejdsgiveren havde været provokeret af funktionæren, havde funktionæren føje til at ophæve tjenesteforholdet og kræve løn indtil det tidspunkt, hvortil han kunne have været opsagt.

Uretmæssig sigtelse for kriminelle forhold og andre grove beskyldninger kan også udgøre et ophævelsesgrundlag og medføre erstatningsansvar i henhold til § 3, stk. 3.[471] I sagen U 1975.16 H var en bestyrer af et cafeteria således berettiget til uden varsel at bringe ansættelsesforholdet til ophør, da indehaveren over for hende havde fremsat en udtalelse, som hun – hvad indehaveren var klar over ved fremsættelsen – opfattede som en beskyldning om uredelighed, og sådant forhold var ikke godtgjort. Bestyreren fik tilkendt erstatning svarende til lønnen i opsigelsesperioden. I Højesteret blev dommen afsagt med dissens, idet to af rettens fem dommere ikke mente, at det forhold, at indehaveren foreholdt bestyreren, at han havde mistanke om, at hun tilegnede sig midler fra kassen, udgjorde en sådan grov misligholdelse af hans pligter som arbejdsgiver, at det kunne berettige bestyreren at ophæve ansættelsesforholdet.

470. Jf. Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven, 3.udg. 2004, side 238 samt Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 262.

471. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 215.

8.2.2 Andre misligholdelsestilfælde

Foruden de grove misligholdelsestilfælde, der indebærer erstatningsansvar i medfør af funktionærlovens § 3, kan arbejdsgiverens misligholdelse medføre erstatningsansvar på grundlag af de almindelige obligationsretlige regler, såfremt de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt, jf. nærmere herom i afsnit 8.1. Navnlig kan det i disse tilfælde være vanskeligt at bevise tabet.

Erstatningskrav rejses typisk først efter ansættelsesforholdets ophør, eftersom det er skadeligt for et løbende samarbejde mellem parterne, hvis de rejser erstatningskrav mod hinanden. Den øjensynlige ulempe herved er, at beviset for erstatningsbetingelsernes opfyldelse er vanskeligere at føre, jo længere tid der går fra misligholdelsens konstatering, til kravet gøres gældende, ligesom et erstatningskrav i sådanne tilfælde kan være bortfaldet ved passivitet.

Et eksempel på erstatningskrav af denne type kan være manglende betaling af et beviseligt lønkrav, uden at dette er knyttet til nogen fast definerbar betalingstermin, sml. afgørelsen U 1984.713 H. I sagen blev funktionæren anset for at have været uberettiget til at ophæve ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens manglende imødekommelse af funktionærens krav om at betale et gratiale til et af funktionæren fastsat tidspunkt. Gratialet var nemlig også tidligere år blevet betalt i rater over en længere periode. Funktionæren fik herefter ikke medhold i sit krav om erstatning i henhold til § 3, og ydermere blev arbejdsgiveren frifundet for funktionærens krav om erstatning for ikke udbetalt gratiale. Grundet »de foreliggende særlige omstændigheder« blev funktionæren omvendt frifundet for arbejdsgiverens selvstændige påstand om erstatning i henhold til § 4 for uberettiget bortgang. Resultatet kan forklares med, at der var begået fejl på begge parters side. Resultatet var måske blevet et andet, hvis funktionæren havde faret med lempe og blot rejst krav om erstatning for gratialet (eventuelt efter en opsigelse med sædvanligt varsel). Sammenlign således Lars Svenning Andersen, som udtrykker det således, at funktionæren i forhold til uensartede eller uregelmæssige lønandele må sikre sig, at det krav, der rejses, også er forfaldent, og at størrelsen af det er rimeligt afklaret, forinden han påberåber sig en eventuel misligholdelse.[472] Dette må tiltrædes, idet den netop omtalte afgørelse viser, at funktionærens erstatningskrav i modsat fald kan fortabes.

Mulighederne for erstatningskrav mod arbejdsgiveren i henhold til de almindelige erstatningsretlige regler er naturligvis mangfoldige. Eksem-

472. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 263f.

pelvis kan nævnes krav om erstatning, hvis funktionæren kan bevise at lide et økonomisk tab ved, at arbejdsgiveren ikke overholder en eventuel uddannelsesforpligtelse (f.eks. ved elevforhold), at arbejdsgiveren ikke overholder varslingsregler for så vidt angår opsigelse og ferie eller ikke udsteder tjenesteattest.

8.2.3 Erstatningsansvar for skade på funktionæren

Parternes kontakt i funktionærforholdet indebærer mulighed for, at de pådrager sig erstatningsansvar over for hinanden, som ikke har umiddelbar forbindelse til parternes opfyldelse af deres kontraktmæssige forpligtelser. I dette afsnit omtales det erstatningsansvar, som arbejdsgiveren kan pådrage sig ved skadegørende handlinger på funktionæren. Herunder falder også arbejdsgiverens ansvar i henhold til DL 3-19-2 for skader, som funktionæren i tjenesten forvoldes af en anden ansat.

Erstatningsansvaret beror på de almindelige erstatningsregler. Samtlige erstatningsbetingelser skal være opfyldt.

Tingsskade

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at arbejdsgiveren er forpligtet til at erstatte de af funktionærens ting, som ødelægges eller går til grunde som følge af hans eller hans ansattes skadeforvoldelse.

Ifølge erstatningsansvarslovens § 19, stk. 1 undtages fra erstatningsansvar i det omfang, skaden er dækket af en tingsforsikring eller en driftstabsforsikring. Undtagelsen gælder imidlertid ikke, såfremt skaden er forvoldt ved udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed, jf. § 19, stk. 2, nr. 2.

Uanset tilstedeværelsen af en forsikring påhviler det som følge af reglen i § 19, stk. 2, nr. 2 altid arbejdsgiveren fuldt ud at betale erstatning for sin egen skadegørende adfærd og for skader, som han er ansvarlig for i medfør af DL 3-19-2. Under sidstnævnte kategori hører skader på funktionærens ting, som forvoldes af andre ansatte.[473]

I henhold til § 19, stk. 1 fritages arbejdsgiveren derimod for ansvaret for sin egen skadegørende adfærd og for principalansvaret, *hvis* skaden ikke er forvoldt som led i udøvelsen af den erhvervsmæssige virksomhed (det

473. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 438. Se også Gomard, TfR 1987.268, hvorefter principalansvaret i almindelighed er et ansvar for indehaveren af en erhvervsmæssig virksomhed for skader, der sker i forbindelse med driften. En arbejdsgiver (principal) er derfor i almindelighed også ansvarlig for skade dækket af forsikring.

vil sige den skadegørende adfærd er uden forbindelse til tjenesten), *hvis* skaden er forvoldt ved simpel uagtsomhed, *og hvis* den ødelagte ting er dækket af forsikring.

Omdømme
Arbejdsgiveren kan efter omstændighederne blive erstatningsansvarlig, hvis han uretmæssigt ytrer sig nedsættende om funktionæren og således skader dennes muligheder for at få nyt job eller på anden måde volder funktionæren økonomisk skade. Situationen kan eksempelvis opstå i forbindelse med, at arbejdsgiveren kontaktes af en potentiel ny arbejdsgiver, idet denne vil høre nærmere om funktionærens kvalifikationer og personlige egenskaber.

Personskade/arbejdsskade
Arbejdsgiveren er forpligtet til at erstatte skade, der forvoldes funktionærens person som følge af hans eller hans ansattes skadeforvoldelse. Erstatningsansvarslovens § 19, stk. 1 gælder ikke personskader.

I vidt omfang skal en personskade af denne type behandles som en arbejdsskade:

Arbejdsskadesikringsloven har ifølge § 1 sammenholdt med § 5 til formål at yde erstatning og godtgørelse til tilskadekomne og deres efterladte ved arbejdsskade – det vil sige en ulykke eller en erhvervssygdom. For at være omfattet af lovens sikringssystem skal skaden være forårsaget af arbejdet eller de forhold, det foregår under, men arbejdsgiveren behøver ikke have handlet ansvarspådragende.

De ydelser, der kan dækkes efter loven, er i henhold til § 11: Betaling af udgifter til sygebehandling, optræning og hjælpemidler, erstatning for tab af erhvervsevne, godtgørelse for varigt mén, overgangsbeløb ved dødsfald, erstatning for tab af forsørger og godtgørelse til efterladte.

Emnet, der er righoldigt behandlet i litteraturen,[474] skal ikke forfølges nærmere i denne sammenhæng.

474. Preben K. Hansen og Leif Rasmussen: Arbejdsskadesikringsloven med kommentarer, 1. udg. 2003, Asger Friis og Ole Behn: Arbejdsskadesikringsloven, 4. kommenterede udg. ved Mikael Kielberg, 2004, Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002 samt Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret 5. udg. 2003.

8.2.4 Ansvar over for tredjemand: DL 3-19-2

8.2.4.1 Principalansvarets betydning for funktionærkontrakten

Reglen i DL 3-19-2 om arbejdsgiverens erstatningsansvar for skader på tredjemand er interessant med hensyn til misligholdelse af funktionærkontrakter, hvis den erstatningspådragende skade på tredjemand beror på culpøs adfærd fra en enkelt funktionærs side. I et sådant tilfælde har funktionæren nemlig ikke tilstrækkeligt omsorgsfuldt overholdt de forpligtelser, som påhviler ham med hensyn til varetagelse af arbejdsgiverens interesser. Hvorvidt denne manglende eller utilstrækkelige opfyldelse af funktionærforholdets forpligtelser skal karakteriseres som en *misligholdelse* afhænger af, om funktionæren i denne forbindelse kan mødes med et erstatningskrav (eller andre misligholdelsesbeføjelser).[475] Grænserne herfor reguleres af reglen i erstatningsansvarslovens § 23, som behandles nedenfor i afsnit 8.3.3.2.

Sammenfattende udgør reglerne i DL 3-19-2 og erstatningsansvarslovens § 23 nogle interessante afvigelser fra den almindelige obligationsretlig. Således kan behandlingen heraf belyse samspillet mellem de almindelige obligationsretlige regler om ansvar for skadegørende handlinger og de erstatningsretlige lempelsesregler, som funktionæren beskyttes af.

8.2.4.2 Indholdet af DL 3-19-2

Danske Lov 3-19-2 har følgende ordlyd:

> »End giver Husbond sin Tiener, eller Anden, Fuldmagt paa sine Vegne at forrette noget, da bør Husbonden selv at svare til hvad derudi forseis af den, som hand Fuldmagt givet haver, og af hannem igien søge Opretning.«

Bestemmelsen rummer dansk rets almindelige regel om arbejdsgiverens/principalens erstatningsansvar for skader, som medarbejdere (eller andre medhjælpere) forvolder på tredjemand. Tredjemand kan enten være en tilfældig tredjemand eller en person med hvem arbejdsgiveren har kontrakt (herunder andre ansatte).

Af og til omtales reglen i DL 3-19-2 som arbejdsgiverens hæftelsesansvar, men det er vigtigt at være opmærksom på, at der ikke blot er tale om en hæftelse. Reglen er hjemmel for et selvstændigt ansvarsgrundlag for arbejdsgiveren. Arbejdsgiverens (begrænsede) muligheder for at rejse

475. Jf. denne afhandlings definition af misligholdelsesbegrebet i afsnit 3.1.

regreskrav mod funktionæren omtales nedenfor i afsnit 8.3.3: »Erstatningsansvar for skade på arbejdsgiveren«.[476]

Reglen er udtryk for en ansvarsskærpelse i forhold til culpareglen, idet arbejdsgiveren ifalder ansvar, uanset om *han* har handlet culpøst eller ikke. Arbejdsgiveren er ansvarlig for sine medarbejderes culpøse adfærd[477] i forbindelse med hvervets udførelse. Skaden kan være begået af en eller flere – kendte eller anonyme[478] – medarbejdere (uden at denne eller disse nødvendigvis behøver at ifalde et selvstændigt erstatningsansvar).[479]

Principalansvaret er begrundet i den omstændighed, at det er arbejdsgiveren, der driver den virksomhed, som udløser skaderne. Arbejdsgiveren har generelt set ledelsesretten, hvilket i bestemmelsen fremhæves ved terminologien »Husbond« og »Tiener«. Heri ligger den instruktions-, tilsyns- og kontrolmyndighed, der er grundlaget for at anse arbejdsgiveren som ansvarlig for medarbejdernes culpøse adfærd.[480] Dog er det vigtigt at være opmærksom på, at principalansvaret ikke begrænses af, at arbejdsgiveren har instrueret eller advaret medarbejderen vedrørende den handling, der har hidført skaden. Det er tværtimod i sådanne situationer, at reglen i DL 3-19-2 viser sin *selvstændige* berettigelse, eftersom forkerte/mangelfulde instruktioner fra arbejdsgiverens side jo netop indebærer erstatningsansvar for arbejdsgiveren allerede som følge af den almindelige culparegel.[481]

Den vigtigste begrænsning i arbejdsgiverens ansvar ifølge DL 3-19-2 ligger i ordet »derudi«, det vil sige kravet om, at skaden skal være forvoldt som led i tjenesten. Dette kan omskrives til en tilsyneladende enkel regel om, at ansvaret begynder, når arbejdstageren indfinder sig i tjene-

476. En afgørende forudsætning for at pålægge funktionæren erstatningsansvar over for tredjemand i henhold til erstatningsansvarslovens § 23, stk. 1 er, at arbejdsgiveren er ansvarlig over for tredjemand. Grænserne for arbejdsgiverens ansvar bestemmes af DL 3-19-2 og er genstanden for behandlingen i nærværende afsnit.

477. Jf. bestemmelsens udtryk: »forseis«. Reglen gælder således ikke, hvor lønmodtagerens ansvar over for tredjemand beror på en objektiv ansvarsnorm, f.eks. færdselsloven eller hundeloven.

478. Jf. eksempelvis afgørelsen U 1942.984 Ø, hvor en restauratør ifaldt erstatningsansvar for en anonym fejl. Afgørelsen omtales hos Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 445.

479. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 105ff.

480. Som anført af Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 106-107, gælder principalansvaret ikke kun i erhvervsforhold, men også uden for sådanne, om end begrundelsen for ansvar er mindre stærk i sidstnævnte tilfælde.

481. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 110-111, som dog påpeger skadelidtes vanskelighed ved at føre bevis for en sådan forkert/mangelfuld instruktion.

sten, og slutter, når arbejdstageren forlader den. Fortolkningstvivl undgås imidlertid ikke.[482]

Principalansvaret er en almindelig grundsætning, som gælder både i og uden for kontraktforhold. Størst er rækkevidden imidlertid for så vidt angår skade forvoldt i kontraktforhold,[483] hvilket illustreres ved afgørelsen U 1964.806 H:[484]

> En hotelgæst havde overladt tændingsnøglen til en af ham lejet bil til en hotelkarl, for at denne kunne køre bilen i hotellets garage og køre den frem næste dag. Efter endt arbejdstid kørte karlen imidlertid en fornøjelsestur med bilen, hvorunder han stødte sammen med en »fremmed« bil med skade på begge biler til følge. Hotellet fandtes ikke at ifalde ansvar ifølge DL 3-19-2 for den skade, der tilstødte den »fremmede« bil (ansvar uden for kontraktforhold), hvorimod hotellet i henhold til DL 3-19-2 ifaldt ansvar for skaden på gæstens bil (ansvar i kontraktforhold, nemlig forvaringskontrakt).

Såvel i som uden for kontraktforhold vil arbejdsgiveransvaret kunne begrænses som følge af den almindelige adækvansbetingelse. Det er imidlertid væsentligt at bemærke, at arbejdsgiveren over for en medkontrahent er ansvarlig for kontraktbrud, selv om virksomhedens svigt skyldes en adfærd fra en medarbejders side, som ikke har forbindelse med dennes stilling eller hverv, selv om adfærden ikke tjener til at opfylde kontrakten eller er af helt *abnorm karakter*. Dette beror på, at medkontrahentens stilling ikke bør være afhængig af, om kontrahenten benytter medhjælp eller ikke.[485] Uden for kontraktforhold ifalder arbejdsgiveren derimod ikke erstatningsansvar for den ansattes skadegørende handlinger, hvis der er tale om en helt usædvanlig og abnorm adfærd.[486] Denne forskel er illustreret ved den ovennævnte afgørelse U 1964.806 H.

482. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 114f.
483. Jf. Ussing, Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967, side 116, hvorefter principalansvaret er mest vidtrækkende i kontraktsforhold. Synspunktet bakkes op af Gomard i TfR 1987.280. På grundlag af en gennemgang af retspraksis om en ansats uretmæssige tilegnelser og uretmæssige brug af en medkontrahents genstande, som arbejdsgiveren skulle opbevare, forarbejde eller på anden måde benytte i forbindelse med aftalen, konkluderer Gomard, at arbejdsgiveren i vidt omfang bliver erstatningsansvarlig over for skadelidte tredjemand.
484. Afgørelsen er kommenteret af Spleth i U 1965 B 17ff.
485. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del., 3. udg. 2003, side 152.
486. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 110.

8.2.4.3 Eksempler fra retspraksis

Grænserne for DL 3-19-2 har været prøvet i følgende afgørelser:

U 1994.215 Ø – Ikke ansvar efter DL 3-19-2 for seksuel chikane fra medarbejders side

Det fandtes bevist, at blomsterbinderske under sit arbejde var blevet udsat for seksuel chikane fra arbejdsgiverens ægtemands side, mens arbejdsgiveren var bortrejst på ferie. Ægtemanden bistod i forretningen, men han var ikke formelt ansat og modtog heller ikke løn. Under arbejdsgiverens bortrejse stod blomsterbindersken for forretningens drift, og ægtemanden indtog således ikke nogen overordnet stilling i forhold til hende. Eftersom arbejdsgiveren var bortrejst blev det anset for udelukket, at hun kunne have haft noget kendskab til den behandling, som blomsterbindersken blev udsat for. Det var endvidere ikke sandsynliggjort, at arbejdsgiveren havde mulighed for at forudse eller anledning til at træffe foranstaltninger til imødegåelse af det indtrufne hændelsesforløb. Der fandtes herefter ikke at være grundlag for at fastslå, at arbejdsgiveren selvstændigt havde overtrådt ligebehandlingslovens § 4. Arbejdsgiveren blev ej heller i medfør af DL 3-19-2 anset for ansvarlig for den behandling, blomsterbindersken blev udsat for, idet den fandtes at være upåregnelig og atypisk. Arbejdsgiveren blev herefter frifundet.[487]

U 1994.695 H – Ansvar efter DL 3-19-2 for tyveri begået af ansat/dissens ad begrundelsen

Et speditionsfirma havde påtaget sig at opbevare radio- og tv-udstyr for en importvirksomhed. En sen aften blev der stjålet 400 videomaskiner, som var opbevaret i et særligt sikringsrum i speditionsfirmaets lager. Det viste sig, at en ansat lagerarbejder havde deltaget i tyveriet, idet han herved havde udnyttet, at han i forbindelse med sit arbejde havde fået oplyst den kode, der skulle anvendes ved indgangen til lageret, og fået udleveret den fælles nøgle til indgangsdøren og alarmpanelet. Selv om lagerarbejderen ikke havde haft nøglen til sikringsrummet, fandtes der at foreligge en sådan forbindelse mellem tyveriet og den pågældendes hverv, at speditionsfirmaet i medfør af Danske Lov 3-19-2 hæftede for importvirksomhedens tab ved tyveriet.[488]

Højesteretsdommer Jørgen Nørgaard dissentierede med hensyn til begrundelsen, idet han anførte, at de kontraktlige forpligtelser ifølge en erhvervsmæssig opbeva-

487. Afgørelsen omtales også hos Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 110, hvor samtidig nævnes afgørelsen FED 2001.1636 V, der faldt ud til domfældelse af arbejdsgiveren for seksuel chikane udøvet af bestyreren af en restauration, med hvem arbejdsgiveren i det konkrete tilfælde ansvarsmæssigt blev identificeret.

488. Dommen er kommenteret af Lorenzen i U 1995 B 124.

ringsaftale medfører, at det i vidt omfang vil være ensbetydende med misligholdelse, hvis opbevarede effekter tilegnes af personer, som er ansat hos opbevareren. Speditionsfirmaet ansatte den pågældende lagerarbejder uden at foretage nogen undersøgelse af hans baggrund, og godt 2 måneder efter tiltrædelsen fik han overladt nøglen og blev gjort bekendt med alarmkoden til lagerbygningen. Derved påførte speditionsfirmaet sine kunder – herunder importvirksomheden – en risiko, som blev realiseret ved tyveriet af videomaskinerne. Under disse omstændigheder anså Jørgen Nørgaard speditionsfirmaet for at have misligholdt den med importvirksomheden indgåede opbevaringsaftale med erstatningsansvar til følge. Således et selvstændigt culpaansvar for speditionsfirmaet og ikke blot et afledt ansvar i henhold til DL 3-19-2.

U 2002.893 Ø – Ansvar efter DL 3-19-2 for tyveri begået af ansat

Et rengøringsselskab indgik aftale om at forestå rengøringen hos et ejendomsmæglerfirma. Rengøringsselskabet fik udleveret 2 nøgler, hvoraf den ene blev videreoverdraget til den person, som skulle udføre rengøringsarbejdet hos ejendomsmæglerfirmaet. Firmaet havde over for rengøringsselskabet betinget sig, at den medarbejder, der skulle udføre rengøringsarbejdet, var ustraffet, men accepterede den person, som var sat til at udføre arbejdet, selvom man var blevet bekendt med, at pågældende året før havde vedtaget en bøde på 2.000 kr. for hæleri. Et halvt år efter indgåelsen af rengøringsaftalen begik den ansatte tyveri hos ejendomsmæglerfirmaet sammen med 3 medgerningsmænd ved hjælp af den nøgle, som han havde fået udleveret af rengøringsselskabet. Tyveriet blev ikke begået i forbindelse med, at den ansatte gjorde rent.

Eftersom rengøringsselskabets medarbejder deltog i tyveriet og herved udnyttede, at han i forbindelse med sit arbejde havde fået udleveret nøgle til ejendomsfirmaets lokaler, fandt retten, at der forelå en sådan forbindelse mellem tyveriet og medarbejderens hverv, at rengøringsselskabet i medfør af Danske Lov 3-19-2 hæftede for tabet ved tyveriet. Det var uden betydning, at ejendomsmæglerfirmaet ikke havde modsat sig, at den pågældende medarbejder fortsat forestod rengøringen, da man efter vedkommendes tiltræden blev bekendt med hæleristraffen.

8.3 Funktionæransvar

I dette afsnit behandles det erstatningsansvar, en funktionær kan pådrage sig som følge af funktionærforholdet. I snæver forstand samler interessen sig om funktionærens kontraktansvar. I et vist omfang er dette reguleret i funktionærlovens § 4, som behandles i afsnit 8.3.1. Andre tilfælde af misligholdelse af funktionærforholdets umiddelbare forpligtelser kan indebære erstatningsansvar med hjemmel i den almindelige obligationsret. En introduktion hertil findes i afsnit 8.3.2 under overskriften: »Andre misligholdelsestilfælde«.

Foruden det erstatningsansvar, funktionæren kan pådrage sig ved misligholdelse af funktionærforholdets umiddelbare forpligtelser, kan han blive erstatningsansvarlig ved at volde skade på arbejdsgiveren. Herunder falder også indirekte skade forvoldt ved, at funktionæren i medfør af DL 3-19-2 pådrager arbejdsgiveren erstatningsansvar på grund af funktionærens skadegørende handlinger på tredjemand. Funktionærens erstatningsansvar for direkte skade på arbejdsgiveren behandles i afsnit 8.3.3, mens funktionærens erstatningsansvar, herunder regresansvar, som følge af skade på tredjemand behandles i afsnit 8.3.4.

Nærværende afsnit er koncentreret om de faktuelle forhold, der kan udløse erstatningsansvar for funktionæren. Herved fremdrages de særlige nuancer ved erstatningsansvar i funktionærretlig sammenhæng. Den særlige udmålingsregel i funktionærlovens § 4, 2. pkt. er behandlet i afsnit 8.1.2.2, og underlægges derfor ikke selvstændig behandling i dette afsnit. Dog skal gentages, at minimalerstatningen kun angår de to tilfælde, hvor funktionæren bliver erstatningsansvarlig for henholdsvis undladt tiltrædelse og at stillingen forlades. Bliver funktionæren ikendt erstatningsansvar i forbindelse med arbejdsgiverens ophævelse på grund af grov misligholdelse fra funktionærens side, har arbejdsgiveren alene krav på erstatning for det ham derved påførte tab.

8.3.1 Funktionærlovens § 4

I funktionærlovens § 4 bestemmes, at funktionæren er erstatningsansvarlig, hvis funktionæren uberettiget undlader at tiltræde tjenesten, hvis han forlader tjenesten, eller hvis arbejdsgiveren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse af kontrakten fra funktionærens side.

Uberettiget undladt tiltrædelse

I praksis forekommer der af og til eksempler på, at funktionæren inden tiltrædelsestidspunktet fortryder den indgåede kontrakt (typisk fordi han har fået anden ansættelse eller ønsker at forblive i sin hidtidige stilling). I henhold til funktionærlovens § 4, 2. pkt. kan den svigtede arbejdsgiver herefter rejse krav om en erstatning svarende til mindst en halv måneds løn.[489] Kan højere tab dokumenteres, kan arbejdsgiveren i stedet rejse krav herom.

Et eksempel på, hvilke tab der kan være forbundet med, at stillingen skal besættes af en anden, foreligger i afgørelsen, U 1996.1390 V, som dog ikke vedrører et funktionærforhold:

> Den 20. februar 1994 blev indrykket annonce i Morgenavisen Jyllands-Posten efter en »Direktør, administration«. Godt 100 personer søgte stillingen. Den 8. april blev der indgået en direktørkontrakt. Tiltrædelsestidspunktet var aftalt til 1. juni. Der var aftalt en årsløn på 750.000 kr. og et gensidigt opsigelsesvarsel på 3 måneder.
>
> Den 11. april opsagde direktøren sin hidtidige stilling som økonomichef, men den 18. samme måned blev han tilbudt stilling som administrerende direktør i dette selskab. Som følge heraf ønskede han hurtigst muligt at blive løst fra ansættelseskontrakten med den nye arbejdsgiver. Imidlertid tilbød han at tiltræde stillingen for atter at fratræde 3 måneder senere. Herefter ophævede den nye arbejdsgiver direktørkontrakten på grund af grov misligholdelse. Den nye arbejdsgiver fremsendte efterfølgende erstatningskrav omfattende honorar til konsulentfirma på 160.000 kr. og udgifter til annoncering på ca. 26.000 kr. og tog forbehold om renter. Direktøren betalte annonceringsudgifterne, men nægtede at betale honoraret til konsulentfirmaet.
>
> Retten lagde til grund, at direktøren væsentligt havde tilsidesat sine forpligtelser ifølge parternes aftale, og at han ved sin adfærd havde pådraget sig erstatningsansvar over for den nye arbejdsgiver. Det var ubestridt, at udgifter til annonce og konsulentbistand var en følge af direktørens misligholdelse. Retten fandt det godtgjort, at det ikke var sædvanligt at afholde større udgifter til konsulentbistand i forbindelse med ansættelse i stillinger som den omhandlede. Der var endvidere ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at det var nødvendigt for den nye arbejdsgiver at benytte et konsulentfirma, idet der ikke havde været benyttet konsulentbistand i forbindelse med første ansættelsesrunde. Endelig savnede retten konkrete oplysninger om, hvilken ydelse det omstridte honorar dækkede. Retten fandt herefter, at udgiften måtte anses for en så atypisk følge af direktørens misligholdelse, at der ikke var erstatningsansvar for denne udgift.

489. Minimalerstatningen blev indført i forbindelse med funktionærlovsrevisionen i 1948, jf. Lov nr. 261 af 14. juni 1948 om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer. Baggrunden for at indføre reglen er omtalt ovenfor på side 271.

Rettens tilføjelse om, at konsulentfirma ikke var benyttet i forbindelse med første ansættelsesrunde, indebærer sandsynligvis, at udgiften til konsulentbureauet snarere var imødekommet, hvis dette havde været tilfældet.

Den foreliggende sag vedrørte en direktørkontrakt, som ikke er omfattet af funktionærloven. Havde der derimod været tale om en funktionærkontrakt, kunne den nye arbejdsgiver have opnået en gevinst ved i henhold til funktionærlovens § 4, 2. pkt. i stedet for kravet om annonceringsudgifterne på ca. 26.000 kr. at have rejst krav om halvdelen af en månedsløn, det vil sige 31.250 kr. (1/24 af årslønnen på 750.000 kr.).

Uberettiget bortgang

Herom skal blot fremhæves vigtigheden af, at kvalifikationen af et tilfælde som hørende under regler om tabsuafhængig bortgangserstatning normalt må forudsætte, at fraværet har kendeligt definitivt sigte.[490]

I øvrigt er uberettiget bortgang pendanten til funktionærens ophævelse på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side. Således kan henvises til behandlingen heraf under afsnit 8.2.1: »Funktionærlovens § 3«.

Endvidere kan henvises til afgørelsen U 1984.713 H, hvor resultatet var, at hverken arbejdsgiveren eller funktionæren fik medhold i deres krav om erstatning i medfør af henholdsvis § 4 og § 3.

Ophævelse på grund funktionærens grove misligholdelse

Eksemplerne på ophævelse og erstatningskrav på grund af funktionærens grove misligholdelse er mangfoldige. I Karnovs Lovsamling[491] grupperes den righoldige domspraksis i en række typiske tilfælde. Heraf kan udledes nogle generelle og overordnede konklusioner:

- *Manglende færdigheder* kan kun føre til ophævelse, hvor der foreligger et oplagt og væsentlig brud på arbejdsgiverens forudsætninger med hensyn til funktionærens kvalifikationer, og hvor det har været kendeligt for funktionæren, at de pågældende kundskaber var ubetinget nødvendige for arbejdets udførelse.
- *Tilsidesættelse eller mangelfuld udførelse af almindelige arbejdsforpligtelser*, f.eks. forsømmelser af arbejdstid, mødepligt og opgaver, kan i grove tilfælde og navnlig efter udstedelse af advarsel gøre ophævelse berettiget.

490. Jf. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 671.
491. 2. bind, 19. udg. 2003, side 2058, note 46.

- *Lydighedsnægtelse* vil hyppigt kunne medføre berettiget ophævelse, idet lydighedsnægtelse indebærer krænkelse af arbejdsgiverens ledelsesret, som er et kerneelement i ansættelsesaftalen.
- *Illoyal adfærd* betragtes mere alvorligt i ansættelsesretten, end i obligationsretten i øvrigt.[492] Et eksempel herpå kan være tilsidesættelse af tavshedspligten. Uanset loyalitetsforpligtelsens sædvanlige karakter af en biforpligtelse kan misligholdelse heraf anses for grov i forhold til kontrakten i sin helhed og derfor berettige til ophævelse af et funktionærforhold.
- *Tillidsbrud/uregelmæssigheder* anvendes som betegnelse både for de tilfælde, hvor funktionæren misbruger den tillid der er vist ham ved at tilegne sig betroede midler, altså berigelsesforbrydelser, og hvor funktionæren på anden måde misbruger tillidsforholdet til arbejdsgiveren.
- *Misbrug* af spiritus og andre rusmidler betragtes som væsentlig misligholdelse, hvis funktionæren herved bliver uegnet til at udføre sit arbejde, og/eller hvis der herved foreligger overtrædelse af et generelt forbud eller en konkret advarsel.
- *Upassende opførsel* kan efter omstændighederne udgøre en væsentlig og hævebegrundende misligholdelse.

8.3.2 Andre misligholdelsestilfælde

Foruden de grove misligholdelsestilfælde, der indebærer ophævelse og erstatningsansvar i medfør af funktionærlovens § 4, kan funktionærens misligholdelse medføre erstatningsansvar på grundlag af almindelige obligationsretlige regler. Hertil kræves, at de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt, jf. nærmere herom i afsnit 8.1. Navnlig kan det i denne henseende være vanskeligt for arbejdsgiveren at bevise det lidte tab.

Særligt for så vidt angår denne type af erstatning skal opmærksomheden henledes på lempelsesreglen i erstatningsansvarslovens § 23, stk. 3, jf. stk. 1, som både gælder i og uden for kontraktforhold.[493] Bestemmelsen omfatter således erstatningsansvar, der skyldes, at den ansatte misligholder ansættelsesaftalen, f.eks. ved at udeblive fra arbejdet.[494]

På baggrund af reglen i § 23 må kræves, at de kvalificerende omstændigheder, der udløser erstatningsansvar for funktionæren ud over de i

492. Jf. afsnit 3.3: »Misligholdelse af funktionærkontrakters hoved- og biforpligtelser«.
493. Se nærmere i note 507, side 301 om den teoretiske tvist vedrørende netop dette spørgsmål.
494. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 479. Bestemmelsen behandles i øvrigt neden for af afsnit 8.3.3.2: »Erstatningsansvarslovens lempelsesregler«.

§ 4 hjemlede tilfælde, skal være om end ikke »grove«, så dog alvorlige. Således kunne de ovenfor listede eksempler indebære erstatningsansvar i henhold til de almindelige obligationsretlige regler, selvom de i et konkret tilfælde ikke vurderes at være tilstrækkeligt grove til at udløse bortvisning og dermed erstatningskrav med hjemmel i § 4.

Ved vurderingen af rimeligheden af funktionærens erstatningsansvar skal der tages hensyn til de i § 23, stk. 1 nævnte kriterier, det vil sige den udviste skyld, funktionærens stilling og omstændighederne i øvrigt.

8.3.3 Erstatningsansvar for skade på arbejdsgiveren

8.3.3.1 Det obligationsretlige og det historiske udgangspunkt

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at den, der ved uagtsomhed begår en skadegørende handling, er erstatningsansvarlig for det økonomiske tab, der er en påregnelig og adækvat følge af handlingen. Ifølge dette udgangspunkt ville funktionæren således blive erstatningsansvarlig for de skader, han uagtsomt – og naturligvis også forsætligt – tilføjer arbejdsgiverens person eller gods.

Det har imidlertid længe været en udbredt opfattelse, at der er særlig grund til at lempe erstatningsansvaret for den, der forvolder skade i en andens tjeneste. Nogle af de første tanker herom blev fremsat af Trolle i artiklen: »Nogle Erstatningsspørgsmaal, navnlig om Personalets Erstatningspligt overfor Arbejdsgiveren. Foredrag holdt i Juridisk Forening d. 3. april 1933«, U 1933 B 129, hvoraf skal fremhæves følgende:

Arbejderen kan under udførelsen af sit hverv tilføje arbejdsgiveren en økonomisk skade ved at volde skade på arbejdsgiverens ejendele, herunder også produktionsredskaber og salgsgenstande. Trolle slår fast, at mennesker ikke er maskiner, og at der altid er risiko for skader. Enhver arbejdsgiver regner med en vis fejlprocent fra sine ansattes side. Krav om fejlfrihed vil indebære en omstændelig, langsom og dermed også dyr arbejdsproces, hvilket arbejdsgiveren ikke kan være tjent med. På denne baggrund konkluderer Trolle, at det som hovedregel er rimeligt, om arbejdsgiveren bærer risikoen for uagtsomt voldte skader og ikke tværtimod – som det er tilfældet efter culpareglen – juridisk set har sin »spildprocent« dækket hos sine ansatte, altså så at sige har forsikret sig hos disse for den betalte løn. I ansættelsesforhold kan de ansatte således som hovedregel ikke garantere arbejdsgiveren, at de ikke kan komme til at volde skade ved uagtsomhed.[495]

495. Trolle anfører, at der kan være nogle ganske få undtagelsesvise kategorier af ansættelsesforhold, hvor det er rimeligt at lægge risikoen for uagtsomhed hos de ansatte.

De to hensyn, der begrunder culpareglen, anføres af Trolle til støtte for, at arbejderen ikke bliver erstatningsansvarlig for sine skadegørende handlinger på arbejdsgiveren: Første hensyn er *opretningshensynet*. Arbejdsgiveren er nærmest til at bære tabet ved de mangler, der er ved det af ham benyttede materiale, herunder også »menneskematerialet«, idet han har overblikket over den samlede risiko. Trolle anfører, at der ikke er meget mening i, at en arbejder med en relativt ringe løn skal hæfte for simpel uagtsomhed ved ødelæggelse eller beskadigelse af meget kostbare genstande, mens en anden arbejder med samme løn kun omgås mindre kostbare ting. Andet hensyn er *præventionshensynet*, hvis pønale element imidlertid taler imod at ikende fuld erstatning i tilfælde af skade voldt ved uagtsomhed. Præventionshensynet kan opfyldes ved blot at skulle dække en mindre del af skaden. På baggrund heraf anfører Trolle, at præventionshensynet ikke taler med afgørende styrke for, at der overhovedet behøver at pålægges erstatning.

Sammenfatningen af disse betragtninger er baggrunden for Trolles tilkendegivelse om, at arbejderne ikke er erstatningsansvarlige for uagtsomme skadegørende handlinger på arbejdsgiveren.[496]

Mere end 70 år senere er Trolles opfattelse i et vist omfang knæsat af samfundsudviklingen og ikke mindst den teknologiske udvikling. I stigende omfang anvendes kostbart og kompliceret materiel, hvormed mulighederne for omfattende skadeforvoldelse såvel over for arbejdsgiveren som tredjemand forøges. Funktionærens muligheder for at bære dette ansvar er imidlertid ikke forøget tilsvarende. Det for funktionæren definerede ansvar kan endda være uden tilstrækkeligt modstykke i lønnen, kompetencerne og uddannelsen. Risikoen for skader voldt i tjenesten bæres således mest naturligt af arbejdsgiveren som en del af driftsrisikoen.[497]

Ved positiv lovhjemmel blev de tendenser til at lempe den ansattes erstatningsansvar, der allerede i et vist omfang havde gjort sig gældende i domspraksis, kodificeret i erstatningsansvarsloven i 1984. Den vedtagne regel beror på to betænkninger, nemlig betænkning 352/1964 om arbejds-

496. I artiklen undtages på side 139 for så vidt angår *gentagen grov uagtsomhed*. Der er imidlertid grund til at overveje, om det er udtryk for gældende ret, at der skal så meget til for at pålægge de ansatte erstatningsansvar for skadegørende handlinger på arbejdsgiveren.

497. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 375, Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 632, Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 424ff. samt Ussing, Erstatningsret, 1959, side 179. En nyere og voksende problemstilling består af ansvaret for skader på arbejdsudstyr, som arbejdsgiveren stiller til rådighed til erhvervsmæssig brug uden for virksomhedens lokaler – f.eks. hjemmearbejdspladser. Denne problemstilling er behandlet af Helle Isager og Lisbeth Kjærgaard i artiklen: »Arbejdstageres lån af arbejdsudstyr«, Juristen 1999, side 396ff.

giveres erstatningsansvar for ansattes skadegørende handlinger mv. samt betænkning 829/1978 om lempelse af erstatningsansvar mv. Selvom det forslag, der blev fremsat i betænkningen fra 1964, i vidt omfang finder genklang i den vedtagne regel,[498] skulle der altså gå 20 år fra første betænkning til erstatningsansvarslovens vedtagelse.

8.3.3.2 Erstatningsansvarslovens lempelsesregler

De relevante bestemmelser med hensyn til erstatningsansvar for skade på arbejdsgiveren er erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3 og § 23, stk. 3 samt den almindelige lempelsesregel i § 24, stk. 1. Aftaler om fravigelse af disse regler, der er indgået inden skadens indtræden, er ugyldige, såfremt fravigelsen er til ugunst for den erstatningsberettigede, jf. § 27, stk. 2, 1. pkt. Denne regel om beskyttelsespræceptivitet er interessant i forhold til vedtagne hæftelsesklausuler, hvilket omtales nærmere i slutningen af dette afsnit 8.3.3.2.

Erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3

Reglen i erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3 indebærer, at der ikke ifaldes erstatningsansvar, hvis en arbejdstager ved simpel uagtsomhed forvolder en skade, der er dækket af en tingsforsikring, en driftstabsforsikring eller arbejdsgiverens ansvarsforsikring.[499] De nævnte forsikringer er så almindeligt forekommende, at arbejdstageren i mange situationer fritages for ansvar.[500]

Hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl påpeges, at det for så vidt angår de tekniske funktionærer ved overenskomst mellem Dansk Arbejdsgiverforening og vedkommende organisationer endda er fastsat, at arbejdsgiveren har *pligt* til at tegne en forsikring, der dækker funktionæren mod ansvar. I øvrigt er det i dag sjældent, at en arbejdsgiver ikke har tegnet en almindelig ansvarsforsikring.[501]

Erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3 omfatter både skade, der forvoldes på arbejdsgiverens og på tredjemands ting.

Det arbejdstagerbegreb, som anvendes i § 19, stk. 3 (og § 23), er synonymt med DL 3-19-2's arbejdstagerbegreb. Ansvarsfritagelsen i § 19, stk. 3 finder således anvendelse på enhver person, for hvis konkrete skadegø-

498. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 473f.
499. Hvis funktionæren er ansat hos en offentlig myndighed, der er selvforsikrer, stilles funktionæren, som om forsikring var tegnet, jf. § 20.
500. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 117.
501. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 379.

rende handlinger en hvervgiver er ansvarlig efter DL 3-19-2.[502] Det vil sige, at ansvarsbortfald i medfør af § 19, stk. 3 forudsætter, at alle betingelserne for arbejdsgiveransvar er opfyldt.[503]

Er den skadegørende adfærd ikke omfattet af kriterierne i DL 3-19-2, f.eks. fordi ansvaret hviler på objektivt grundlag, kan den skadevoldende arbejdstager ikke påberåbe sig ansvarsfritagelse i henhold til § 19, stk. 3.[504]

Erstatningsansvarslovens § 23, stk. 3

Når funktionæren ikke fritages for ansvar på grund af tilstedeværelsen af en forsikring, afgrænses rækkevidden af et eventuelt erstatningsansvar af reglen i § 23, stk. 3. Heraf følger, at arbejdstageren kun kan holdes erstatningsansvarlig for skade på arbejdsgiveren som følge af uforsvarlig adfærd, i det omfang det findes rimeligt under hensyn til:[505]

- »den udviste skyld« – det vil sige, at det formentlig normalt vil kræves, at der er handlet med forsæt eller er udvist grov uagtsomhed
- »arbejdstagerens stilling« – der må formentlig kunne tages hensyn til, om der er tale om overordnede eller underordnede ansatte, og
- »omstændighederne i øvrigt« – heri kan indgå en række skønsmæssige faktorer, som det næppe er muligt at angive på forhånd. En række af de omstændigheder, der er nævnt i den almindelige lempelsesregel i § 24, må kunne gøres gældende, idet det dog ikke i § 23 kræves, at ansvaret vil virke urimeligt tyngende.

Bestemmelsen finder anvendelse på såvel tingsskader som personskader, dog således at man i retspraksis er mere tilbøjelig til at anvende lempelsesreglen på tingsskader end på personskader.[506] Endvidere gælder den formentlig både i og uden for kontraktforhold.[507]

502. Jf. nærmere herom i afsnit 8.2.4.
503. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 117 sammenholdt med side 360. I forslaget fremsat i betænkning 352/1964, side 38, fremgår om det forslag, der ligger til grund for § 23, at bestemmelsen stemmer med reglen om husbondansvar i DL 3-19-2.
504. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 441ff.
505. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 475f.
506. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 120.
507. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 476 og 479, hvor også fremgår de tvetydige formuleringer i henholds-

Erstatningsansvarslovens § 24, stk. 1

I det omfang funktionæren hverken fritages for ansvar, fordi skaden ikke er dækket af en forsikring eller får ansvaret lempet i henhold til § 23, stk. 3, er der mulighed for at lempe ansvaret efter den almindelige lempelsesregel i § 24, stk. 1. Ifølge denne kan ansvaret nedsættes eller bortfalde, når ansvaret vil virke urimeligt tyngende for funktionæren, eller når særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt. Ved afgørelsen skal der tages stilling til skadens størrelse, ansvarets beskaffenhed, funktionærens forhold, arbejdsgiverens interesse samt omstændighederne i øvrigt.

Reglen i § 24 har ikke nævneværdig selvstændig betydning i denne type sager, eftersom en række af de omstændigheder, der er nævnt i bestemmelsen kan gøres gældende under henvisning til § 23's lempelseskriterium, »omstændighederne i øvrigt«. Opnår funktionæren medhold heri undgås at skulle føre bevis for § 24's krav om, at ansvar vil virke urimeligt tyngende.[508]

Hæftelsesklausuler

Hæftelsesklausuler er aftaler om, at arbejdstageren påtager sig at hæfte for svind i værktøj, materialer, varebeholdning mv. Aftalerne kan i praksis være indgået i de individuelle ansættelsesaftaler eller i kollektive overenskomstbestemmelser.

Spørgsmålet om lovligheden af hæftelsesklausuler har påkaldt sig interesse såvel i den erstatningsretlige som i den ansættelsesretlige litteratur. Holdningerne i de to discipliner er præget af, at erstatningsretten i høj grad er reguleret af faste regler, mens retsstillingen inden for ansættelsesretten i højere grad er reguleret af aftaler.

I den erstatningsretlige litteratur[509] hæfter forfatterne sig således indgående ved, at forarbejderne til erstatningsansvarsloven er præget af tvetydighed:

---

vis betænkning 352/1964, side 38, om det forslag, der ligger til grund for § 23 samt lovforslaget i Folketingstidende 1983-84, 2. samling, Tillæg A spalte 118. Gomard og Wad stiller sig på grundlag af fortolkning af sidstnævnte kilde mere tvivlende over for resultatet, jf. Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven, 1986, side 144. Uanset denne teoretiske tvist må det anses for en kendsgerning, at det såvel i den erstatnings- og ansættelsesretlige litteratur som i retspraksis lægges til grund, at § 23 også gælder i kontraktsforhold.

508. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 476.

509. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 120, Gomard og Wad, Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven, 1986, side 143f. samt Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 479.

I erstatningsansvarslovens § 27 er det udtrykkeligt bestemt, at reglen i § 23 er beskyttelsespræceptiv. Der kan således ikke gyldigt indgås aftaler, som udvider det erstatningsansvar, som funktionæren kan pålægges i medfør af § 23.

Forud for lovens vedtagelse udtalte Dansk Arbejdsgiverforening ved høringen, at hæftelsesklausuler er hensigtsmæssige og uundværlige og anbefalede derfor, at muligheden for at vedtage hæftelsesklausuler blev opretholdt. Foreningen var nemlig af den opfattelse, at sådanne aftaler værner imod skjult forsæt og overflødiggør diskussion om ansvaret for en opstået mangel.

På baggrund heraf indføjede Justitsministeriet følgende bemærkelsesværdige udtalelse ved fremsættelsen af forslaget om erstatningsansvarsloven:

> »Det følger af lovforslagets § 27, stk. 2, at § 23 ikke kan fraviges til ugunst for arbejdstageren. Dette medfører, at de ovennævnte aftaler er ugyldige, i det omfang arbejdstagerens ansvar går ud over reglerne i § 23. Det vil dog fortsat kunne aftales, at den ansatte som led i sit arbejde har ansvaret for, at der ikke forekommer svind i værktøj etc. eller manko i kassebeholdningen, og en sådan aftale bør der tages hensyn til ved bedømmelsen af erstatningskravets rimelighed. Ved vurderingen bør bl.a. lægges vægt på, om aftalen er sædvanlig, samt om den er naturlig i forbindelse med den ansattes stilling. Justitsministeriet finder på denne baggrund, at der ikke er behov for en særlig bestemmelse om, at der fortsat kan indgås aftaler af den af Dansk Arbejdsgiverforening nævnte karakter.«[510]

Bo von Eyben og Helle Isager finder det ejendommeligt at indføre en retstilstand der går ud på, at aftaler, der skal løse et ved lov reguleret problem, ikke er gyldige, såfremt aftalerne afviger fra loven, men at aftalerne dog har den betydning at kunne influere på, hvad der er lovens løsning.[511]

Hos Gomard og Wad er der ligeledes skepsis at spore. Dog understreges, at det er gyldigt at indgå en hæftelsesklausul, der har karakter af en garanti eller en kaution. Indebærer klausulen imidlertid i det konkrete tilfælde en skærpelse af den ansattes ansvar, kan den tilsidesættes helt eller delvis. Disse forfattere betegner forarbejdernes argumenter for, at en hæftelsesklausul skal kunne tillægges betydning, som anstrengte. De fastholder, at klausulen i henhold til den præceptive regel i § 27 er ugyldig, hvis den går ud over, hvad der i betragtning af alle de konkret foreliggende omstændigheder er rimeligt efter § 23.[512]

510. FT 1983-84, 2. samling, Tillæg A spalte 118-119.
511. Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 120.
512. Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven, 1986, side 143f.

I den ansættelsesretlige litteratur behandles spørgsmålet om hæftelsesklausuler med mindre fokus på reglerne og mere blot som et moment, der indgår i fortolkningen af, om funktionæren i et konkret tilfælde ifalder erstatningsansvar eller ej.

Udtalelserne hos H.G. Carlsen og Danielle Buhl er de mest lempelige. Således anføres, at der i mange tilfælde foreligger udtrykkelige kontraktbestemmelser om funktionærens hæftelse for manko, og at det i sådanne tilfælde har været antaget, at han ikke kunne frigøre sig for ansvaret ved at dokumentere, at den ikke kunne være undgået ved agtpågivenhed fra hans side.[513] Denne udtalelse beror imidlertid på ældre retspraksis, ligesom erstatningsansvarslovens præceptive lempelsesregel er helt udeladt. Synspunktet kan ikke tiltrædes.

Mere pragmatisk behandles spørgsmålet hos Lars Svenning Andersen og Hasselbalch, som begge tillægger vedtagne hæftelsesklausuler den pædagogiske og fortolkningsmæssige betydning, at påpasselighed er indskærpet over for funktionæren. Klausuler kan imidlertid tilsidesættes som ugyldige, hvis de udvider funktionærens ansvar i henhold til § 23.[514]

8.3.4 Ansvar for skade på tredjemand

Som følge af sit engagement i funktionærforholdet kan funktionæren på forskellig vis pådrage sig erstatningsansvar. Dette behandles i det følgende i de to kategorier, ansvar uden for kontraktforhold og ansvar i kontraktforhold. Opmærksomheden henledes på, at det kontraktforhold, der her fokuseres på, er funktionærens kontraktforhold og ikke arbejdsgiverens.

8.3.4.1 Ansvar uden for kontraktforhold

I dette afsnit behandles funktionærens erstatningsansvar for skader, som han – i forbindelse med udførelsen af sin tjeneste for arbejdsgiveren – forvolder på tredjemand, med hvem funktionæren ikke selv står i kontraktforhold. Skadelidte kan enten være en tilfældig tredjemand eller en person, som arbejdsgiveren står i kontraktforhold til (herunder andre ansatte).

Som nævnt ovenfor i afsnit 8.2.4 bærer arbejdsgiveren i medfør af reglen i DL 3-19-2 et principalansvar for skader, som funktionæren tilføjer tredjemand som led i udførelsen af sin tjeneste. Herudover kan arbejdsgiveren ifalde kontraktansvar, hvis funktionærens skadeforvoldelse indebærer mis-

513. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 376.
514. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 427 samt Ansættelsesretten, 3. udg. 2002 side 634f.

ligholdelse af arbejdsgiverens eventuelle kontrakt med den skadelidte tredjemand.

Dette afsnits fokus på funktionærens erstatningsansvar for denne type skader indbefatter behandling af såvel tredjemands muligheder for at rejse krav direkte mod funktionæren som arbejdsgiverens regresmuligheder.

Funktionærens erstatningsansvar over for tredjemand

Opmærksomheden skal indledningsvis henledes på reglen i erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3, hvorefter en arbejdstager, der har forvoldt en skade, der er dækket af en tingsforsikring, en driftstabsforsikring eller arbejdsgiverens ansvarsforsikring, ikke ifalder erstatningsansvar, medmindre skaden er forvoldt forsætligt eller ved grov uagtsomhed.

Såfremt skaden ikke er dækket af forsikring, reguleres grænserne for arbejdstagerens erstatningsansvar over for tredjemand af erstatningsansvarslovens § 23, stk. 2. Heri bestemmes, at arbejdstagerens erstatningsansvar over for skadelidte kan nedsættes eller bortfalde, hvis det findes rimeligt under hensyn til de i stk. 1 nævnte omstændigheder og til skadelidtes interesse. Hvis erstatningsansvaret endeligt skal påhvile arbejdsgiveren, kan arbejdstageren kræve regres hos denne.

Udgangspunktet er herefter, at arbejdstageren er erstatningsansvarlig over for skadelidte, *medmindre* ansvaret skal lempes. Lempelseskriterierne er de samme som nævnes i stk. 1, det vil sige, at der ved vurderingen af rimeligheden af arbejdstagerens erstatningsansvar skal tages hensyn til den udviste skyld,[515] arbejdstagerens stilling og omstændighederne i øvrigt.[516] Herudover skal der i medfør af stk. 2 også tages hensyn til skadelidtes interesse i at få erstatning.

Lempelsesreglen indebærer, at tredjemand som udgangspunkt vil rette sit krav mod arbejdsgiveren efter DL 3-19-2. Der kan dog være en selvstændig interesse i at rejse kravet mod arbejdstageren, hvis arbejdsgiveren er uden midler, eller hvis arbejdsgiveren i modsætning til den ansatte har værneting i udlandet.[517] Herved bærer arbejdstageren for så vidt risikoen for arbejdsgiverens insolvens, men i motiverne forudsættes, at dette kun

515. »Den udviste skyld« indebærer, at det formentlig normalt kan kræves, at der er handlet med forsæt eller udvist grov uagtsomhed, Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 475.

516. »Omstændighederne i øvrigt« indebærer, at der kan tages hensyn til en række skønsmæssige faktorer; således at den nærmere fastlæggelse af retstilstanden er overladt til retspraksis, jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 476.

517. Jf. Betænkning 352/1964, side 29.

undtagelsesvis bør blive resultatet (f.eks. ved høj grad af skyld og alvorlig personskade).

Arbejdsgiverens muligheder for regres

I det omfang en arbejdstager har forvoldt en skade, der er dækket af en tingsforsikring, en driftstabsforsikring eller arbejdsgiverens ansvarsforsikring, ifalder arbejdstageren ikke erstatningsansvar, medmindre skaden er forvoldt forsætligt eller ved grov uagtsomhed, jf. erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3.

Enhver person, for hvis skadegørende handlinger en arbejdsgiver kan blive ansvarlig i medfør af DL 3-19-2, kan blive anset for »arbejdstager« i henhold til § 19, stk. 3.[518] Ansvarsfritagelsen finder således anvendelse på personer, for hvis konkrete skadegørende handlinger en hvervgiver er ansvarlig. Det vil sige, at ansvarsbortfald i medfør af § 19, stk. 3 forudsætter, at alle betingelserne for arbejdsgiveransvar er opfyldt.[519] Den skadelidte tredjemand er således sikret mulighed for, at kravet kan rejses mod enten arbejdsgiveren eller arbejdstageren.

Er der ikke principalansvar efter DL 3-19-2, f.eks. fordi ansvaret hviler på objektivt grundlag, kan den pågældende arbejdstager ikke påberåbe sig ansvarsfritagelse i henhold til § 19, stk. 3.[520]

I det omfang en arbejdsgiver har været forpligtet til at imødekomme den skadelidte tredjemands erstatningskrav i medfør af DL 3-19-2, og arbejdstageransvaret ikke er bortfaldet i medfør af § 19, stk. 3, afgøres det på grundlag af reglen i § 23, stk. 1, om arbejdstagerens ansvar skal lempes. Heri bestemmes, at erstatning, som en arbejdsgiver har måttet udrede som følge af en arbejdstagers uforsvarlige adfærd, kun kan kræves betalt af denne i det omfang, det findes rimeligt under hensyn til den udviste skyld, arbejdstagerens stilling og omstændighederne i øvrigt. Der skal ikke efter § 23, stk. 1 tages hensyn til skadelidtes interesse, da den er varetaget med arbejdsgiverens betaling af erstatning.

---

518. Anonyme fejl er omfattet af principalansvaret i DL 3-19-2, men det giver ikke mening at beskæftige sig med anonyme fejl i forhold til erstatningsansvarslovens § 19, stk. 3, hvor en konkret arbejdstager skal kunne identificeres som skadevolder, før det er relevant at undersøge mulighederne for ansvarsfritagelse.
519. Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003, side 117 sammenholdt med side 360. I forslaget fremsat i betænkning 352/1964, side 38, fremgår om det forslag, der ligger til grund for § 23, at bestemmelsen stemmer med reglen om husbondansvar i DL 3-19-2.
520. Jf. Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002, side 441ff.

Udgangspunktet er herefter, at arbejdsgiveren ikke har regresret mod arbejdstageren i modsætning til, hvad der gjaldt i henhold til DL 3-19-2 in fine.[521]

8.3.4.2 Ansvar i kontraktforhold

Funktionærforholdet kan få indflydelse på funktionærens erstatningsansvar for brud på sine egne kontrakter. En særlig problematik opstår nemlig, hvis funktionæren med en ny arbejdsgiver indgår en ny funktionærkontrakt, og den nye eller hidtidige arbejdsgiver herefter tilskynder funktionæren til uretmæssigt at bryde kontrakten med den anden arbejdsgiver.

Funktionæren bliver naturligvis umiddelbart erstatningsansvarlig for den misligholdelse, som den uretmæssige afbrydelse indebærer. Det udestående spørgsmål er, om den forurettede arbejdsgiver også kan rette sit krav mod den anden arbejdsgiver på grund af krænkelse af andres retsforhold? Som udgangspunkt må dette spørgsmål besvares benægtende, men i det følgende undersøges, om der i særlige tilfælde kan være belæg for at rejse krav mod den anden arbejdsgiver.

Funktionærforholdet med hidtidig arbejdsgiver brydes uretmæssigt

Her behandles den situation, at funktionæren opnår ny beskæftigelse og af den nye arbejdsgiver tilskyndes til at tiltræde straks på trods af funktionærens binding til den hidtidige ansættelseskontrakt.

Hvis funktionæren afbryder funktionærkontrakten med den hidtidige arbejdsgiver uden behørig iagttagelse af varslingsreglerne, kan den hidtidige arbejdsgiver med hjemmel i funktionærlovens § 4 rejse krav om erstatning svarende til mindst en halv måneds løn for uberettiget bortgang.

Den nye arbejdsgiver, der tilskynder funktionæren til at bryde funktionærkontrakten med den hidtidige arbejdsgiver, bliver efter omstændighederne medansvarlig efter reglerne om erstatning uden for kontraktforhold. Ansvaret beror på krænkelse af andres retsforhold.[522] Parallelt til

521. Ifølge den hidtil gældende regresregel i DL 3-19-2 var en arbejdstager ubetinget erstatningspligtig over for arbejdsgiveren, når denne havde svaret erstatning til en tredjemand for den skade, som denne havde lidt ved arbejdets udførelse. I artiklen U 1933 B 129, navnlig side 142, konstaterede Trolle, at regresreglen var gældende dansk ret. Han argumenterede imidlertid for, at såvel forholdets natur som reale grunde talte imod reglens eksistens, idet den ansatte over for arbejdsgiven ikke kan påtage sig en garanti for, at han ikke kan komme til at volde skade på tredjemand. Som følge af den tilfældige karakter og historie var DL 3-19-2 ifølge Trolle lidet egnet til analogislutninger.

522. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 138f. Til støtte herfor anfører Gomard dommen U 1947.1005 SH, der dog vedrører den modsatte og nedenfor omtalte

den diskussion, der nedenfor omtales om uretmæssig afbrydelse af funktionærforholdet med en ny arbejdsgiver, vil det dog i praksis volde store bevismæssige vanskeligheder at få den nye arbejdsgiver pålagt erstatningsansvar for sin medvirken til funktionærens uberettigede bortgang.

Hvis det i en konkret situation er muligt at løfte bevisbyrden for den nye arbejdsgivers medansvar, vil funktionæren og den nye arbejdsgiver hæfte solidarisk over for den hidtidige arbejdsgiver. I det interne opgør er det nærliggende at antage, at funktionæren kan vælte det endelige ansvar over på den nye arbejdsgiver, hvis funktionæren af denne er blevet presset til at gennemføre den uretmæssige afbrydelse og ikke selv ville have taget initiativ hertil.

Det bemærkes, at den nye arbejdsgiver naturligvis ikke bliver ansvarlig for den uretmæssige afbrydelse, hvis han ikke har tilskyndet hertil. Den hidtidige arbejdsgiver kan alene rejse erstatningskravet over for funktionæren, hvis afbrydelsen udelukkende beror på dennes initiativ.

Funktionærforholdet med ny arbejdsgiver afbrydes uretmæssigt forud for tiltrædelse

Her behandles den situation, at funktionæren opnår ny beskæftigelse, hvorefter han af den hidtidige arbejdsgiver tilskyndes til at annullere den nye funktionærkontrakt og forblive i sin hidtidige stilling.[523]

Det ansvar, funktionæren ifalder over for den nye arbejdsgiver, er en misligholdelseserstatning, som beror på uretmæssigt brud på (annullation af) den nye kontrakt.[524] Erstatningskravet rejses med hjemmel i funktionærlovens § 4, som også hjemler erstatningsansvar for uberettiget undladt tiltrædelse af stillingen.

Såfremt den hidtidige arbejdsgiver har presset funktionæren til at annullere den nye kontrakt, kan den hidtidige arbejdsgiver ifalde medansvar over for den nye arbejdsgiver, jf. U 1947.1005 SH:

---

situation om en hidtidig arbejdsgivers medansvar for funktionærens brud på en kontrakt med en ny arbejdsgiver. På linje med Gomard er Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 631.

523. Situationen kunne også være den, at funktionæren først indgår én funktionærkontrakt, og inden denne tiltrædes indgår endnu en, og som følge heraf uretmæssigt undlader at tiltræde den første. De i teksten anførte betragtninger vil også angå denne situation, hvis den sidstnævnte arbejdsgiver tilskynder/presser funktionæren til uretmæssigt at afbryde den førstnævnte kontrakt.

524. Sml. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 95ff.

En kvindelig funktionær havde den 27. januar 1947 en samtale med en landsretssagfører om muligheden for at få ansættelse i en ledig stilling som bogholderske. Da funktionæren dagen efter oplyste landsretssagføreren om, at hun havde opsagt sin nuværende stilling, blev der indgået ansættelseskontrakt med henblik på tiltrædelse 1. marts. Den 30. januar opsagde funktionæren imidlertid den nye kontrakt med landsretssagføreren med den begrundelse, at hendes chef indtrængende havde anmodet hende om at fortsætte i stillingen hos ham.

Under sagen rejste den nye arbejdsgiver principalt krav om erstatning på halvdelen af den fastsatte månedsløn, subsidiært et mindre beløb. Kravet blev rejst solidarisk mod funktionæren og den nuværende arbejdsgiver, idet det om sidstnævnte blev gjort gældende, at han på utilbørlig måde havde medvirket til funktionærens beslutning om ikke at tiltræde stillingen hos den nye arbejdsgiver. Funktionæren og dennes arbejdsgiver påstod frifindelse, fordi der var givet det efter loven krævede opsigelsesvarsel på 1 måned. Arbejdsgiveren erkendte sig dog medansvarlig, hvis funktionæren blev fundet ansvarlig.

Den nye arbejdsgiver fik medhold i, at funktionæren havde været uberettiget til at undlade at tiltræde stillingen, idet en opsigelse med varsel efter funktionærloven ikke kan berettige til en annullation af en truffet aftale. Funktionæren og dennes arbejdsgiver blev herefter pålagt erstatningsansvar for det ved annullationen forvoldte tab, hvilket blev fastsat til annonceringsudgifterne.

Om afgørelsens resultat skal gøres opmærksom på den dagældende formulering af funktionærlovens § 4: »I Tilfælde af, at en ansat undlader at tiltræde Tjenesten … tilkommer der Arbejdsgiveren Erstatning for det derved paaførte Tab.«[525] Den tabsuafhængige mindsteerstatning på en halv måneds løn blev først indført ved funktionærlovsrevisionen i 1948,[526] hvilket kan forklare, at erstatningen blev fastsat til annonceringsudgifterne og ikke en halv måneds løn, således som påstået principalt.

I afgørelsen må det anses for væsentligt, at arbejdsgiveren havde taget bekræftende til genmæle over for kravet. Hos Lars Svenning Andersen anses dette faktum ligefrem for at være afgørende for arbejdsgiverens erstatningsansvar, jf. formuleringen: »Der er … ikke tvivl om, at den hidtidige arbejdsgiver ikke kan pålægges erstatning i disse situationer.«[527]

Lars Svenning Andersens synspunkt harmonerer med hovedreglen om, at den, der begår en skadegørende handling, selv bærer ansvaret herfor. Ansvar for andres culpa kræver særlig hjemmel, som ikke findes i den

525. Jf. Lov nr. 168 af 13. april 1938 om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i private Erhvervsvirksomheder.
526. Lov nr. 261 af 14. juni 1948 om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer.
527. Funktionærret, 3. udg. 2004, side 150.

foreliggende situation. Følgelig kan arbejdsgiveren kun ifalde erstatningsansvar, hvis det kan bevises, at han har medvirket til den uretmæssige opsigelse. Beviset herfor skal godtgøre, at arbejdsgiverens medvirken er tilstrækkeligt kvalificerende til at udgøre et selvstændigt culpaansvar. Hertil må formentlig kræves, at arbejdsgiverens pres på funktionæren har været afgørende årsag til funktionærens annullation. I praksis vil det derfor kun være yderst sjældent, at den forurettede nye arbejdsgiver kan føre bevis for, at den hidtidige arbejdsgiver skal hæfte solidarisk med funktionæren for den indtrufne skade. Ud fra en praktisk betragtning er det således formentlig rigtigt, at der »… ikke [er] tvivl om, at den hidtidige arbejdsgiver ikke kan pålægges erstatning i disse situationer«. Den teoretiske mulighed kan dog ikke helt udelukkes.

I de funktionærretlige fremstillinger systematiseres afgørelsen, U 1947.1005 SH, under behandlingen af retsvirkningerne af opsigelse før tiltrædelse.[528] Retsstillingen herom er den, at en ansættelseskontrakt indebærer en gensidig tilkendegivelse om, at parterne er indstillet på at påbegynde samarbejdet på tiltrædelsestidspunktet. Retsvirkningerne af ansættelsesforholdet indtræder først på tiltrædelsestidspunktet. Før dette er ansættelseskontrakten »blot« en aftale mellem parterne. Heri ligger, at funktionæren har forpligtet sig til faktisk at tiltræde og arbejdsgiveren til at modtage arbejdsydelsen.[529]

På denne baggrund har det ifølge H.G. Carlsen og Danielle Buhl været gængs opfattelse siden slutningen af det 18. århundrede, at kontraktforholdet slet ikke kan opsiges forud for tiltrædelsen, og opsigelse umiddelbart efter tiltrædelsen er en bristende forudsætning, som kan gøre modparten berettiget til at ophæve og kræve erstatning. Denne opfattelse er blevet modificeret ved afgørelsen U 1952.18 H, således at kontrakten kan opsiges forud for tiltrædelsen, men varslet[530] begynder først at løbe efter tiltrædelsesdagen. Fratrædelsen skal således ligge efter tiltrædelsen.[531]

528. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 96ff. samt Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 146.
529. Sml. resultatet af U 1947.1005 SH, hvor retten udtalte, at »en Opsigelse med Varsel efter Funktionærloven ikke kan berettige til en Annullation af den trufne Aftale«.
530. Varslet er på 1 måned og altså for arbejdsgiverens vedkommende væsentligt mindre end funktionærlovens varsler, der først gælder mellem parterne efter tiltrædelsestidspunktet, sml. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 96: »Tiltrædelsen har en vigtig funktion med hensyn til ansættelsesforholdets retsvirkninger. Sker tiltrædelse ikke, indtræder ingen virkninger (bortset fra misligholdelsesvirkningen).«
531. Hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, bemærkes på side 147, at det i U 1987.297 H for en ikke-funktionær tilsvarende er anerkendt, at et aftalt opsigelsesvarsel på 30 dage først løb fra tiltrædelsestidspunktet.

I sagen U 1968.196 Ø blev arbejdsgiveren frifundet for ansvar for medvirken til uretmæssig opsigelse. Omstændighederne var følgende:

En funktionær meddelte kort tid efter indgåelsen af en kontrakt om prøvetidsansættelse hos en ny arbejdsgiver, at han ikke ønskede at tiltræde stillingen, fordi han ønskede at forblive hos sin hidtidige arbejdsgiver, hvor han havde fået tilsagn om en forbedring af arbejdsvilkårene. Den nye arbejdsgiver fastholdt imidlertid kontrakten. Funktionæren tilbød herefter at tiltræde stillingen hos den nye arbejdsgiver for derefter straks at sige op (med 1 dags varsel, idet der i forbindelse med prøvetiden ikke var aftalt opsigelsesfrist) og genoptage arbejdet hos sin hidtidige arbejdsgiver. Herefter ophævede den nye arbejdsgiver kontrakten og krævede erstatning af såvel funktionæren som den hidtidige arbejdsgiver, idet det blev gjort gældende, at funktionæren havde gjort sig skyldig i et klart retsbrud, og at den hidtidige arbejdsgiver havde medvirket hertil.

Funktionæren ifaldt erstatningsansvar, fordi han ikke havde haft gyldig grund til at frasige sig stillingen, og fordi hans tilkendegivne vilje til at opsige denne straks efter tiltrædelsen, måtte betegnes som et groft retsbrud over for den nye arbejdsgiver.[532] Som supplerende begrundelse anførte landsretten, at det må anses som et naturligt led i en aftale om prøveansættelse, at hver af parterne på tidspunktet for stillingens tiltrædelse er indstillet på at prøve mulighederne for et samarbejde og således ikke på forhånd har udelukket dette. Arbejdsgiveren var derfor berettiget til at hæve arbejdsaftalen og kræve erstatning for det tab, der var forvoldt ved funktionærens grove misligholdelse af aftalen. I mangel af bevis for andre økonomiske tab blev tabet med henvisning til funktionærlovens § 4 ansat til værdien af den ene af de to stillingsannoncer, der var bekostet med henblik på stillingens besættelse.

Byretten – hvis afgørelse om dette spørgsmål ikke blev anket – frifandt den hidtidige arbejdsgiver for erstatningsansvar med den noget kringlede begrundelse: »Da der ikke består noget retsforhold mellem [den nye og den hidtidige arbejdsgiver], og idet der, som sagen er oplyst, ikke findes fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at [den hidtidige arbejdsgiver], der undlod at tage afstand fra den af [funktionæren] udviste retsstridige adfærd, uagtet der ud fra elementære sømmelighedsbegreber var rimelig anledning hertil, har medvirket til det skete retsbrud på en

532. Hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 147f. kritiseres det, at funktionærens erstatningsansvar begrundes med grov misligholdelse, idet han henviser til, at Højesteret i U 1952.18 H anerkendte, at opsigelse kan afgives inden tiltræden. Funktionærens erstatningsansvar skulle i stedet have været begrundet med, at begge parter som en væsentlig forudsætning for ansættelsesaftalen ikke alene har, at der sker en tiltræden/modtagelse, men også at parterne loyalt er indstillet på at etablere et samarbejde. En tilkendegivelse om straks efter tiltrædelsen at ville sige op er en bristende forudsætning, som berettiger modparten til at hæve og – på dette grundlag – kræve erstatning.

sådan måde, at han er medansvarlig for det [den nye arbejdsgiver] overgåede tab, vil [den hidtidige arbejdsgiver] i overensstemmelse med sin derom nedlagte påstand være at frifinde.«

Hasselbalch[533] skriver om dommen, at frifindelsen af arbejdsgiveren var begrundet med, at der ikke ansås at foreligge noget sådant retsforhold mellem den nye og den hidtidige arbejdsgiver, at sidstnævnte var medansvarlig for erstatningen i anledning af kontraktbruddet, uagtet han ikke havde taget afstand fra lønmodtagerens retsstridige adfærd.

Det er imidlertid væsentligt at bemærke præmissernes ordvalg. Argumentet om, at den hidtidige arbejdsgiver ikke kunne gøres kontraktsansvarlig, anføres først og selvstændigt. Sagen er imidlertid ikke afgjort, »allerede fordi« der ikke var noget kontraktforhold mellem den nye og den hidtidige arbejdsgiver. Retten tog nemlig ydermere stilling til, om den hidtidige arbejdsgiver var ansvarlig på grund af skadeforvoldelse uden for kontraktforhold. Dette blev afvist, fordi undladelsen af at reagere på funktionærens kontraktbrud ikke udgjorde tilstrækkeligt grundlag for at fastslå medansvar – som i den foreliggende situation indebar en selvstændig culpavurdering for den hidtidige arbejdsgivers vedkommende. Resultatet stemmer godt med, at der uden for kontraktforhold som hovedregel ikke ifaldes erstatningsansvar for undladelser.

Afgørelsen må derfor udlægges sådan, at der på den ene side ikke i den konkrete situation var belæg for at pålægge den hidtidige arbejdsgiver erstatningsansvar, men på den anden side godt kan tænkes tilfælde, hvor et sådant ansvar må statueres, sml. således Ussing:

»Spørger man …, hvilken regel der bør opstilles for arbejdsaftaler i almindelighed, forekommer det mig klart, at *trediemand* i al fald må blive *erstatningsansvarlig, når han på utilbørlig måde bevæger en arbejder til at bryde sin kontrakt.* Men man bør næppe kræve, at det er trediemand, der tager initiativet til kontraktbruddet. Trediemand bør ifalde erstatningsansvar i alle de tilfælde, hvor han bevidst fremmer kontraktbruddet på utilbørlig måde. Han må herefter i almindelighed ifalde ansvar, hvis han med fuldt kendskab til, at det vil medføre kontraktbrud, antager arbejderen inden det ældre kontraktforhold er endelig brudt, jf. U 1943.155.«

I afgørelsen U 1943.155 V havde en karl, der for sommerhalvåret 1942 havde fæstet sig til tjeneste hos en gårdejer, G1, opgivet sit fæstemål hos denne for at lade sig fæste hos en anden gårdejer, G2, i samme tidsrum. Da G2 vidste, at karlens opgivelse af fæstemålet hos G1 alene skyldtes en

533. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 631, note 105.

urigtig meddelelse fra karlen om, at G1 havde banket en karl, fandtes G2 ved desuagtet at fæste karlen at have fremmet karlens kontraktbrud over for G1 på en sådan utilbørlig måde, at G2 måtte anses for erstatningspligtig over for G1.

Kapitel 9

Naturalopfyldelse

I dette kapitel belyses samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten i afsnittene 9.1 og 9.2, idet det obligationsretlige udgangspunkt om opfyldelse in natura og navnlig undtagelsen herfra om force majeure sammenholdes med retsstillingen i funktionærretlig henseende.

I afsnit 9.3 behandles muligheden for at benytte naturalopfyldelse som misligholdelsesbeføjelse i tilfælde af misligholdelse af funktionærkontrakter.

9.1 Hovedregel: Opfyldelse in natura

Det er hovedreglen i dansk ret, at parterne har krav på, at deres fordringer opfyldes in natura, hvad enten disse går ud på betaling af penge, på præstation af en anden positiv ydelse eller på iagttagelse af passivitet – f.eks. undlade konkurrence. Dette udspringer af princippet om aftalers bindende virkning. I denne henseende er krav om naturalopfyldelse således ikke udøvelse af en misligholdelsesbeføjelse.[534] Dette er først tilfældet, hvis en misligholdende part på trods af misligholdelsen kan fastholdes på sin forpligtelse til at levere sin ydelse in natura, hvilket omtales nærmere neden for i afsnit 9.3.

Hos Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky argumenteres der for, at hovedreglen om naturalopfyldelse er underkastet væsentlige modifikationer i dansk ret.[535] De påpegede undtagelser er: Procesretlige begrænsninger i adgangen til at gennemtvinge et løftes opfyldelse, praktiske vanskeligheder og almene hensyn.

De processuelle begrænsninger består i, at kravet om naturalopfyldelse kun har fuld retsvirkning, i det omfang kreditor råder over retsmidler, der

534. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 21ff. samt Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 201ff. Sidstnævnte påpeger, at naturalopfyldelse fremtræder som en undtagelsesbeføjelse i engelsk og amerikansk ret, idet hovedreglen i disse lande er, at manglende præstation indebærer erstatningskrav.

535. Således hævdes dansk ret ikke at stå langt fra common law modellen, jf. nærmere herom i note 534.

kan fremkalde ydelsens erlæggelse, eller for så vidt angår en undladelsesforpligtelse kan håndhæve en sådan gennem forbud. Nærmere herom i relation til funktionærretten fremgår af afsnit 9.3.

9.2 Undtagelse: Force majeure?

Hovedreglen om, at parterne har krav på naturalopfyldelse, kan fraviges, hvis det er nødvendigt at fritage for ansvar som følge af *force majeure*:

I almindelig juridisk terminologi benyttes udtrykket force majeure om begivenheder, der medfører ansvarsfrihed. I samme betydning anvendes begrebet »vis major«, som er en fra romerretten hidrørende betegnelse for *udefra kommende omstændigheder, som det på forhånd står klart, at mennesker ikke kan afværge, f.eks. naturkatastrofer*.[536]

I det omfang en part fritages for erstatningsansvar som følge af force majeure, fritages han også for at opfylde in natura, fordi den økonomiske byrde ved at opfylde en fordring efter dens principale indhold ofte er den samme som (eller større end) byrden ved at betale erstatning. Såfremt der indtræder uventede prisstigninger af en helt ekstraordinær (eksorbitant) karakter, er det således lige belastende for realdebitor, at skulle levere til den aftalte pris som at betale erstatning for prisstigningen.[537]

Det obligationsretlige force majeurebegreb er ikke sammenfaldende med det arbejdsretlige force majeurebegreb. Sidstnævnte benyttes om visse hindringer, der – uden at have karakter af force majeure i almindelig obligationsretlig forstand – dog hindrer arbejdets udførelse på en sådan måde, at arbejdsgiveren ansvarsfrit kan afskedige eller hjemsende medarbejderne uden betaling. En del kollektive overenskomster indeholder force majeureklausuler i tilknytning til bestemmelserne om personligt opsigelsesvarsel.[538]

536. Jf. Juridisk Ordbog, 11. udg. 1999.

537. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 22f. I den obligationsretlige teori diskuteres en tangerende problemstilling (som ikke skal forfølges nærmere her) vedrørende muligheden for at anse forpligtelsen til at svare naturalopfyldelse for bortfaldet, selv om erstatningsansvaret opretholdes. Navnlig kan dette komme på tale, hvor levering simpelthen er umulig (herunder ulovlig), men det overvejes tillige – som en absolut undtagelse – for så vidt angår situationer, hvor naturalopfyldelse vil medføre helt uforholdsmæssige vanskeligheder eller omkostninger for realdebitor, således at opfyldelse in natura vil være langt mere byrdefuldt end betaling af erstatning. Positive fortalere herfor er Gomard, Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998, side 40f. samt Lars Hedegaard Kristensen i Lærebog i dansk og international køberet, 3. udg. 2004 side 82-83, mens Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 207 sammenholdt med side 202 forholder sig mere skeptiske, idet de vil afskære naturalopfyldelse i videre omfang, jf. note 535, side 315.

538. Jf. Arbejdsrettens ABC, databasen Arbejdsret, Djøf.

Eksempelvis kan mange arbejdsgivere således sende håndværkere hjem uden løn, hvis det som følge af vejrliget ikke er muligt at arbejde.

I funktionærretten indebærer de præceptive regler om opsigelsesvarsel, jf. funktionærlovens §§ 2 og 21, at force majeure-klausuler ikke kan vedtages i den nævnte arbejdsretlige betydning.

Spørgsmålet er imidlertid, om det i funktionærforholdet er muligt at anvende force majeure-grundsætningen i den traditionelle obligationsretlige betydning. Eksempelvis kunne det overvejes, om grundsætningen kan anvendes i tilfælde af, at en arbejdsgiver på grund af helt ekstraordinære og udefra kommende begivenheder bliver ude af stand til at modtage arbejdsydelsen i en længere periode.

Den umiddelbare retsvirkning af, at arbejdsgiveren ikke kan modtage arbejdsydelsen, er, at arbejdsgiveren er i fordringshavermora. Dette er nærmere behandlet i afsnit 3.4.1. Her skal derfor blot fremhæves, at fordringshavermora betyder, at manglende levering af arbejdsydelsen ikke betragtes som misligholdelse fra funktionærens side. Forsinkelsen beror på arbejdsgiverens forhold, og denne er som følge heraf forpligtet til at betale lønnen. Er situationen permanent, kan funktionærforholdet opsiges af enten arbejdsgiveren eller funktionæren.

Det er imidlertid nærliggende at overveje, om der kan drages yderligere retsvirkninger af den helt ekstraordinære, udefrakommende, uventede og uafværgelige situation. Spørgsmålet er, om det er muligt at anvende force majeure-grundsætningen, således at en arbejdsgiver fritages for sin forpligtelse til at betale løn i (hele) opsigelsesperioden i tilfælde af force majeure.[539]

Hasselbalch[540] anfører, at lovgivningen undertiden hjemler frigørelsesmuligheder ved hindringer på arbejdsgiverside – eksempelvis sømandslovens § 19 om ophør af sømandens tjenesteforhold ved tab af skibet. I kraft af, at sådanne regler nærmest fremtræder som undtagelser, fremfører Hasselbalch den modsætningsslutning, at lovforskrifter om arbejdsforholdets nor-

539. Ifølge H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 375, er retsstillingen i Norge den, at varslet fra arbejdsgiverens side forkortes, hvis driften hindres af ulykker, naturomstændigheder eller andre uforudseelige hændelser. Hos Lyngsø Afbestillingsret, 1971, side 233, anføres, at der i blandt andet tysk og schweizisk ret gælder den regel, at en arbejdsgiver under visse betingelser ikke er pligtig til at betale vederlag eller fuldt vederlag for tiden, efter at det er blevet umuligt for ham at udnytte den ansattes arbejdskraft, såfremt umuligheden skyldes forhold, han ikke selv bærer risikoen for. Det kunne overvejes, om ikke funktionærlovens § 5, stk. 2 (120 sygedagesreglen) kan beskrives som en slags omvendt force majeure, idet arbejdets udførelse er hindret på grund af funktionærens forhold, og arbejdsgiverens varsel forkortes, når sygdommen har stået på i 120 af 365 dage.

540. Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 425f.

male tidsvilkår ikke (i mangel af udtrykkelig regel for det modsatte) gennem fortolkning kan indskrænkes med henblik på opståede arbejdshindringer på arbejdsgiverside. Dette er i overensstemmelse med, hvorledes funktionærlovens opsigelsesbestemmelser traditionelt er taget meget bogstaveligt.[541]

Hasselbalch argumenterer imidlertid for, at opsigelsesreglernes lovbundne og ufravigelige karakter næppe i sig selv berettiger til den slutning, at frigørelse ikke kan finde sted efter almindelige retsgrundsætninger i særlige tilfælde. Til støtte herfor henvises til forarbejderne til reglen om opsigelse i den første funktionærlov:

> »Flertallet har ikke fundet Grund til at udforme nærmere Regler om, i hvilke Tilfælde Parterne uden Opsigelsesvarsel skal kunne hæve Tjenesteforholdet paa Grund af Misligholdelse, bristende Forudsætninger o.lign., saaledes at dette Spørgsmaal fortsat maa afgøres efter almindelige civilretlige Regler.«[542]

Hasselbalch mener endvidere at kunne finde støtte for, at almindelige kontraktretlige frigørelsesgrunde meget vel kan bryde den udtrykkelige lovregel i forarbejderne til loven om kollektive afskedigelser. Sammenfattende erkender han imidlertid, at det nok er rigtigt, at funktionærforholdet – på grund af funktionærloven, de lange varsler samt de særlige forudsætninger, der er knyttet til funktionærforholdet – vil have en usædvanlig stor modstandskraft over for opfyldelseshindringer på arbejdsgiversiden, uanset disse i andre arbejdsforhold ville virke frigørende.

H.G. Carlsen og Danielle Buhl[543] er temmelig afvisende over for muligheden for frigørelse som følge af force majeure på arbejdsgiversiden (om end afvisningen ikke er helt så kategorisk som hos Lars Svenning Andersen, jf. note 541). De mener blandt andet ikke, at de citerede bemærkninger fra forarbejderne til funktionærloven er holdepunkt for, at lovgivningsmagten hermed har tænkt på de ekstraordinære situationer, som kan karakteriseres som force majeure. Endvidere tager de afstand fra, at udtalelsen i forarbejderne til loven om kollektive afskedigelser – om at force majeure er en almindeligt anerkendt retsgrundsætning – gælder på funktionærområdet. Endelig kan fremhæves, at der ifølge H.G. Carlsen og Danielle Buhl ikke

541. Sml. således Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 507: »Lovens præceptivitet indebærer, at bestemmelserne ikke kan fraviges, selv om der foreligger force majeure. Inden for den kollektive arbejdsret accepteres det, at arbejdstagerne i særlige tilfælde (andre kollegers overenskomststridige arbejdsnedlæggelser) kan bære risikoen for force majeure … men disse synspunkter kan ikke anvendes på funktionærforhold.«

542. Betænkning over Forslag til Lov om individuelle Arbejdsaftaler, Afgivet af Folketingets Udvalg den 6. april 1938, Rigsdagstidende, 1937-38, tillæg B spalte 2075.

543. Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 100ff, 275f. samt 370f.

ses at foreligge nogen afgørelse, hvor en arbejdsgiver har forsøgt at påberåbe sig force majeure som begrundelse for en frigørelse uden iagttagelse af lovens varsler, og de anser det derfor for ganske usandsynligt, at dette synspunkt skulle kunne gennemføres nu, efter at funktionærloven har virket i mere end 60 år. En lille imødekommelse ligger dog i erkendelsen af, at der ved anvendelse af funktionærlovens regler må tages hensyn til almindelige fortolkningsprincipper, herunder om forudsætningerne for funktionærforholdet kan opretholdes eller er bristet af helt ekstraordinære årsager.

Hasselbalchs synspunkt – om at opsigelsesreglernes lovbundne og ufravigelige karakter næppe i sig selv berettiger til den slutning, at frigørelse ikke kan finde sted efter almindelige retsgrundsætninger i særlige og helt undtagelsesvise tilfælde – kan tiltrædes. Det er muligt, at H.G. Carlsen og Danielle Buhl har ret i, at der ikke er sikre holdepunkter for, at lovgivningsmagten ved bemærkningerne i forarbejderne har tænkt eksplicit på force majeure grundsætningen, men den er på den anden side heller ikke afvist. Et tilfælde af force majeure – en udefra kommende omstændighed, som det på forhånd er klart, at mennesker ikke kan afværge – kan godt rummes i bemærkningerne, om »bristende forudsætninger« som en mulig begrundelse for at ophæve tjenesteforholdet på grundlag af almindelige civilretlige regler.

H.G. Carlsens og Danielle Buhls pointe – om at force majeure-grundsætningen ikke har været prøvet med henblik på frigørelse/lempelse fra funktionærlovens varsler – er ikke ensbetydende med, at det ikke vil kunne lade sig gøre. Alene spørgsmål, der har været igennem »retsmaskineriet« og er blevet afvist, kan med sikkerhed siges at være uigennemførlige.

Til støtte for, at der kan være belæg for at prøve spørgsmålet om muligheden for opsigelse med forkortet varsel i force majeure lignende tilfælde, kan endvidere anføres, at en arbejdsgiver, der i en praktisk situation er nødsaget til at opsige sine medarbejdere med øjeblikkelig virkning, efterfølgende kan sagsøges med påstand om erstatning for uberettiget bortvisning, jf. funktionærlovens § 3. Under en sådan sag kan det ikke udelukkes, at arbejdsgiveren vil kunne argumentere for, at erstatningsansvaret skal lempes (om end næppe bortfalde) i medfør af den generelle lempelsesregel i erstatningsansvarslovens § 24. Ifølge denne skal det vurderes, om erstatningsansvaret vil virke urimeligt tyngende for arbejdsgiveren under hensyn til erstatningsansvarets størrelse og beskaffenhed, arbejdsgiverens forhold, funktionærens interesser, foreliggende forsikringer og omstændigheder i øvrigt.

Reglen i erstatningsansvarslovens § 24 er tænkt som en sikkerhedsventil især for de tilfælde, hvor betaling af fuld erstatning vil pålægge den erstatningsansvarlige en byrde, der ud fra sociale og humanitære hensyn

virker uacceptabel. Reglen kan principielt anvendes på alt erstatningsansvar, herunder også ansvar i kontraktforhold, idet det dog sædvanligvis siges, at der skal udvises særlig tilbageholdenhed for så vidt angår misligholdelsesansvar.

I det konkret skitserede tilfælde vil funktionærens krav mod arbejdsgiveren blive rejst med hjemmel i funktionærlovens § 3, hvis kvalificerende omstændigheder er opfyldt i og med opsigelse uden varsel. Imidlertid er der ikke tale om en klassisk misligholdelseserstatning, idet den udløsende faktor på arbejdsgiversiden ikke beror på arbejdsgiverens forhold, men på udefrakommende omstændigheder.

På baggrund enten af den almindelige grundsætning om fritagelse i tilfælde af force majeure eller lempelsesreglen i erstatningsansvarslovens § 24 kunne det således tænkes, at erstatningsansvaret for løn i opsigelsesperioden kunne lempes for en arbejdsgiver, der på grund af helt ekstraordinære og ude fra kommende begivenheder bliver ude af stand til at modtage arbejdsydelsen i en længere periode. Sammenlign således Lyngsø, der anfører:

> »Hvor arbejdsgiveren ikke har nogen indflydelse på arbejdshindringen, og denne skyldes udefra kommende, upåregnelige forhold, f.eks. naturbegivenheder, krig eller indførselsforbud for råstoffer, vil det være mere rimeligt, i hvert fald hvis hindringen er af en vis længere varighed, at lade arbejdsgiveren og den ansatte bære hver en del af det tab, arbejdshindringen forvolder …
>
> Ved vurderingen af, om det må anses for rimeligt i visse tilfælde at lade de ansatte bære en del af det tab, en arbejdshindring medfører, må det erindres, at den sociale lovgivning, herunder reglerne for arbejdsløshedsunderstøttelse, i dag er udbygget i et sådant omfang, at de ansatte i mange tilfælde ikke vil komme til at lide et tab, som fuldt ud svarer til, hvad de ville have tjent, hvis arbejdshindringen ikke havde ramt den virksomhed, hvor de var ansat.«[544]

Måske kunne retstilstanden i helt ekstraordinære force majeure-tilfælde således svare til den, der var resultatet af den lovgivning, som indførtes under anden verdenskrig: Herefter kunne funktionærer i »kriseramte« virksomheder opsiges med 1 måneds varsel.[545]

Konkret er det muligt, at force majeure-situationen kan få indflydelse på vurderingen af gyldigheden af en aftale, der indgås om forkortet varsel i en konkret fratrædelsessituation,[546] således at en aftale om fratræden med

544. Afbestillingsret, 1971, side 235.

545. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 276 under henvisning til lov nr. 349 af 27. juni 1940.

546. Sml. de hos Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 3. udg. 2004, side 542 fremsatte

forkortet varsel snarere anses for at være gyldig og i gensidig interesse, hvis der konkret foreligger en force majeure-situation, men hvor en umiddelbar besparelse på lønningsomkostningerne vil forbedre arbejdsgiverens muligheder for at genetablere virksomheden og genansætte funktionæren.

Det skal for god ordens skyld bemærkes, at funktionærens lønkrav er sikret gennem Lønmodtagernes Garantifond for så vidt angår de tilfælde, hvor arbejdsgiveren går konkurs, efterlader et insolvent/illikvidt dødsbo, eller virksomheden ophører, uden at arbejdsgiveren er i stand til at betale lønkravet, jf. § 1 i Lov om Lønmodtagernes Garantifond.

9.3 Naturalopfyldelse som misligholdelsesbeføjelse

9.3.1 Funktionærens hovedforpligtelse kan ikke gennemtvinges

Den adgang, der i de fleste kontraktforhold findes til at gennemtvinge aftalen ad rettens vej, er afskåret i funktionærforhold. Funktionæren kan ikke ved civilretlig dom og fogedretlig fuldbyrdelse påtvinge arbejdsgiveren sit arbejde,[547] lige så lidt som arbejdsgiveren kan tvinge funktionæren til at møde på arbejdsstedet. Dette skyldes tjenestekontraktens særlige karakter – nemlig den omstændighed, at man i et retssamfund ikke kan tvinge borgerne ind i en uønsket personlig relation, samt hensynet til medarbejderens personlige frihed.[548]

En arbejdsgiver kan således ikke få dom til naturalopfyldelse, hvis funktionæren uden gyldig grund udebliver fra sit arbejde, ligesom den arbejdsgiver, der uberettiget nægter at modtage arbejdskraften, heller ikke kan dømmes til at modtage den.

Hos Ole Krarup og Jørgen Matthiassen[549] anføres, at der – særlig fra arbejdsgiverside – i årenes løb er udvist betydelig ildhu i kampen om naturalopfyldelsesmuligheden. En karakteristisk udtalelse har været, at man må lægge vægt på »hensynet til arbejdsgiveren, selv om han er skadevolderen,

---

betragtninger om, at aftaler i strid med funktionærloven i højere grad anses for gyldige, når de indgås på et tidspunkt, hvor funktionæren kan overskue sine egne og de gensidige interesser i aftalen.

547. Retten til at levere sin egen ydelse kan betragtes som et spejlbillede af misligholdelsesbeføjelsen til at kræve modpartens ydelse leveret in natura.

548. Jf. Ussing i Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946, side 360, Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 48, Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 204f., H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 199f., Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 689f. og Henrik Karl Nielsen, Funktionærloven, 3. udg. 2004, side 237.

549. Afskedigelsesret, 1984, side 151.

og det synes åbenbart indlysende, at det er et meget ubehageligt forhold for en arbejdsgiver, at han i sin virksomhed skal beskæftige en person, som han ikke mener at kunne samarbejde med.« Heroverfor står indvendingen fra LO: »Det er anstødeligt, at arbejdsgiveren altid kan betale sig ud af en urimelig afskedigelse. Man rammer arbejdsgiveren på pengepungen, men man rammer arbejderen på personen.«

Uanset de fremførte indvendinger er der enighed om, at arbejdsydelsens levering ikke kan gennemtvinges ved den ene eller den anden parts krav om naturalopfyldelse. Dette gælder selv i de tilfælde, hvor der anses at være hjemmel for at give dom til arbejdets gennemførelse.[550] En afgørelse i denne retning kan ikke gennemtvinges fysisk, men konstituerer blot et grundlag for at betragte situationen som fordringshavermora med deraf følgende krav på løbende løn.[551] Med dette forbehold in mente skal de særlige lovregler med hjemmel for »underkendelse« af opsigelser således forstås.[552]

9.3.2 Naturalopfyldelse af biforpligtelser

9.3.2.1 Undladelse af konkurrence

Funktionæren kan gennem en konkurrenceklausul påtage sig en forpligtelse til af konkurrencehensyn ikke at drive eller tage ansættelse i en virksomhed af en vis art. Gyldigheden af en sådan bestemmelse reguleres af reglerne i funktionærlovens § 18 og aftalelovens § 38. Hertil kommer, at funktionæren i medfør af markedsføringslovens §§ 1 og 10 ikke ubeføjet må benytte virksomhedens erhvervshemmeligheder.

Ved judicielt forbud fra domstol og fogedret kan de nævnte regler håndhæves, hvorved sikres, at funktionæren ikke laver utilbørlig konkurrence eller på anden måde røber eller udnytter viden opnået i virksomheden. Naturalopfyldelse er herved sikret.

En konkurrenceklausul kan indeholde bestemmelse om, at overtrædelse af klausulen medfører pligt til at betale konventionalbod. Hverken selve aftalen om en konventionalbod eller betaling heraf fritager imidlertid funktionæren fra at opfylde aftalen in natura. Nedlæggelse af forbud mod overtrædelse af klausulen er således ikke udelukket.[553]

---

550. Jf. nærmere herom i afsnit 4.3.4, hvoraf fremgår de lovhjemlede muligheder for genindtrædelse.
551. Jf. Hasselbalch, Ansættelsesretten, 3. udg. 2002, side 690.
552. Jf. H.G. Carlsen og Danielle Buhl, Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003, side 200.
553. Jf. Gomard, Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003, side 49 samt Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000, side 290.

9.3.2.2 Retten til lønaccessorier af materiel karakter

Arbejdsgiverens hovedydelse – lønnen – kan naturligvis gennemtvinges ved fogedrettens hjælp, men spørgsmålet er, om der er mulighed for at gennemtvinge retten over et materielt lønaccessorium, eksempelvis en firmabil.

I afsnit 7.6: »Særlige forhold om lønaccessorier i fratrædelsessituationen« nævnes kendelsen: U 1996.575 VLK. I denne sag var ansættelsesforholdet bragt til ophør ved bortvisning, og grundlaget for at benytte firmaets bil var dermed bortfaldet. Landsretten udtalte imidlertid videre, at såfremt det under en særskilt sag om bortvisningens berettigelse måtte blive statueret, at bortvisningen var sket med urette, måtte eventuelle økonomiske tab ved at have afgivet bilen tages i betragtning ved fastsættelsen af erstatningen.

Heri ligger en tilkendegivelse om, at en funktionær, der er blevet uberettiget bortvist, ikke kan kræve naturalopfyldelse af det lønaccessorium, som firmabilen udgør. Dette krav imødekommes i stedet ved opfyldelsessurrogatet positiv opfyldelsesinteresse.

Kapitel 10

Opsummering/konklusion

Forinden den endelige sammenfatning foretages i afsnit 10.3, gentages afhandlingens overordnede formål i afsnit 10.1, og i afsnit 10.2 fremhæves nogle af afhandlingens resultater.

10.1 Overordnet om formålet med afhandlingen

Formålet med afhandlingen har været at belyse samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten. Det har således været målet at gennemføre en undersøgelse af, i hvilket omfang almindelige obligationsretlige grundsætninger anvendes og bør anvendes ved afgørelse af individuelle konflikter mellem arbejdsgivere og funktionærer, og i hvilket omfang mere specielle funktionærretlige grundsætninger anvendes og kan defineres og forsvares. Herved har det været målet at bidrage med en obligationsretlig vurdering/et obligationsretlige eftersyn af funktionærretten.

Den primære genstand for afhandlingens obligationsretlige analyser har været misligholdelse af funktionærkontrakter. Fokus har således været rettet på, i hvilken grad formueretlig argumentation gør sig gældende, når sager om misligholdelse af funktionærkontrakter skal begrundes juridisk, og det er undersøgt, om den formueretlige argumentation er underlagt begrænsninger som følge af de særtræk, der gør sig gældende inden for funktionærretten. Eksempelvis er det taget i betragtning, om det ulige styrkeforhold, der ses mellem langt de fleste arbejdsgivere og funktionærer, har betydning for retsvirkningerne af funktionærkontrakters misligholdelse. Endvidere er det i et vist omfang undersøgt, om anvendelsen af den almindelige obligationsret påvirkes af funktionærretlige beskyttelseshensyn, ligesom specielle funktionær- og arbejdsretlige grundsætninger er fremhævet.

Analyserne er gennemført ud fra en antagelse om, at funktionærretten er en obligationsretlig specialdisciplin, som i vidt omfang kan fortolkes i overensstemmelse med den almindelige obligationsret. Herved er bæredygtigheden og berettigelsen af specielle funktionærretlige grundsætninger undersøgt.

Der er i afhandlingen fremhævet felter inden for funktionærretten, som bryder med den almindelige obligationsret, felter, der knæsætter de obligationsretlige principper og endelig felter, der eksisterer i harmonisk samspil med obligationsretten.

10.2 Resultater af de gennemførte undersøgelser

Kapitel 2 er et indledende kapitel om funktionærretten, som er af oversigtsmæssig karakter. Heri er fremdraget nogle særtræk dels som følge af funktionærrettens afsæt i den kollektive arbejdsret, dels som følge af de faktuelle karakteristika, der gør sig gældende med hensyn til funktionærforholdet.

I *kapitel 3* er misligholdelsesbegrebet defineret som *et funktionelt misligholdelsesbegreb.* Det indebærer, at betegnelsen »misligholdelse« kun anvendes om de tilfælde, hvor fordringshaveren erhverver en eller flere misligholdelsesbeføjelser i forbindelse med, at modparten ikke korrekt opfylder en gyldigt indgået aftale. Der undtages fra misligholdelsesbegrebet for så vidt angår de tilfælde, hvor undladelsen af at opfylde eller en ukontraktmæssig opfyldelse skyldes fordringshaverens egne forhold eller omstændigheder, som han bærer risikoen for.

Der argumenteres i afhandlingen for, at anvendelsen af det funktionelle misligholdelsesbegreb giver nogle systematiserings- og dermed også afklaringsfordele. Dette gør sig navnlig gældende med hensyn til inddelingen af fraværstilfældene:

I den funktionærretlige teori er misligholdelse traditionelt blevet defineret som ethvert tilfælde af ikke opfyldelse, som ikke er retfærdiggjort i den anden parts forhold eller hjemlet ved lovgivning eller i praksis. En sådan definition indebærer imidlertid, at ethvert tilfælde af funktionærens fravær, som hverken er omfattet af grundsætningen om fordringshavermora eller grundsætningen om risikoens overgang, skal betragtes som »misligholdelse«, uanset om fraværet får nogen retsvirkninger.

I denne afhandling er det lagt til grund, at fravær kun skal karakteriseres som misligholdelse, hvis der kan udløses misligholdelsesbeføjelser. På denne baggrund opdeles fraværstilfældene i tre kategorier: Betegnelsen »lovligt forfald« forbeholdes de tilfælde, hvor arbejdsgiverens forpligtelse til at betale løn opretholdes på trods af fraværet. Den obligationsretlige begrundelse herfor findes i grundsætningen om risikoens overgang. Betegnelsen »undskyldeligt/hændeligt fravær« bruges om de tilfælde, hvor risikoen for arbejdsydelsens levering er delt mellem parterne: Arbejdsgiveren skal tåle at undvære arbejdsydelsen, mens funktionæren må undvære

lønnen for den periode, han har været fraværende. Ved at opstille denne kategori undgås en anstrengt anvendelse af misligholdelsesbegrebet for så vidt angår de fraværstilfælde, som ikke kan få nogen misligholdelsesvirkninger. Endelig benyttes betegnelsen »uberettiget fravær/misligholdelse« om de tilfælde, hvor fraværet kan udløse misligholdelsesbeføjelser og derfor må karakteriseres som en misligholdelse af funktionærkontrakten.

I overensstemmelse med den almindelige obligationsret fastholdes det, at *misligholdelsesbegrebet er objektivt*. Det erkendes imidlertid, at subjektive elementer kan have konkret betydning for muligheden for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende – navnlig kan tilstedeværelsen af subjektiv tilregnelighed få betydning for en arbejdsgivers adgang til at hæve funktionærforholdet som følge af funktionærens misligholdelse.

For så vidt angår den obligationsretlige sondring mellem *hoved- og biforpligtelser* påpeges det på den ene side, at sondringen kan være mindre relevant at opretholde i funktionærretlig end i almindelig obligationsretlig sammenhæng. Dette beror på, at sondringen navnlig er opstillet, fordi de retsvirkninger, der kan udledes af misligholdelse af hovedforpligtelser, sædvanligvis er alvorligere end de retsvirkninger, der kan udledes af misligholdelse af biforpligtelser. Således forholder det sig imidlertid ikke i funktionærretlig henseende, hvor eksempelvis misligholdelse af loyalitetsforpligtelsen kan udgøre en så væsentlig misligholdelse af kontraktforholdet i dets helhed, at dette kan ophæves, uanset hvilket prædikat der sættes på loyalitetsforpligtelsen.

På den anden side argumenteres der for, at sondringen mellem hoved- og biforpligtelser kan være relevant at opretholde, fordi den i konkrete tilfælde kan medvirke til afklaringen af væsentligheden af en foreliggende misligholdelse. Dette gør sig navnlig gældende for så vidt angår vurderingen af manglende overholdelse af de forpligtelser, der kan afledes af lovligt forfald.

Hvis en arbejdsydelse ikke kan leveres på grund af fordringshaverens forhold, vil undladelsen ikke være at betragte som misligholdelse fra funktionærens side, jf. den obligationsretlige grundsætning om *fordringshavermora*. I afhandlingen påpeges, at der inden for ansættelsesretten er sket en sammenblanding af grundsætningen om at undlade at levere arbejdsydelsen på grund af fordringshavermora og grundsætningen om udøvelse af tilbageholdsret (detentionsret) i tilfælde af arbejdsgiverens misligholdelse. Der argumenteres for at holde grundsætningerne adskilt, fordi der er forskel såvel på betingelserne for at drage dem i anvendelse som på de retsvirkninger, der kan udledes heraf.

Kontraktbeføjelsen *opsigelse* er inddraget i afhandlingens *kapitel 4* med henblik på at fremdrage nogle interessante karakteristika ved funktionær-

retten. Eksempelvis afviger adgangen til at opsige en funktionærkontrakt på flere måder fra de almindelige obligationsretlige regler om opsigelse af vedvarende og tidsubegrænsede kontraktforhold. Navnlig sætter de funktionærretlige og de ansættelsesretlige saglighedsregler nogle materielle begrænsninger i forhold til det almindelige obligationsretlige udgangspunkt om, at et vedvarende og tidsubegrænset kontraktforhold til enhver tid kan opsiges med et vist varsel.

Det er undersøgt, i hvilket omfang de funktionærretlige og ansættelsesretlige saglighedsregler har fået udfyldende virkning, eller om det almindelige obligationsretlige udgangspunkt om opsigelsesfrihed gælder, hvor der ikke er sikker hjemmel for fravigelse. Det konkluderes, at saglighedskravet ikke gælder som en udfyldende grundsætning. Opsigelsesadgangen er fri, og den begrænses kun, når der foreligger sikker hjemmel herfor. Undersøgelsen har således bekræftet det obligationsretlige udgangspunkt.

Inddragelse af kontraktbeføjelsen til at opsige funktionærforholdet har endvidere været relevant, fordi det kan dokumenteres, at opsigelse i et vist omfang bruges som reaktion på misligholdelse, og fordi en opsigelse i sig selv kan udgøre en misligholdelse, hvis den gennemføres ukontraktmæssigt, det vil sige i strid med de processuelle forskrifter eller de materielle saglighedsregler. Set i obligationsretligt perspektiv er misligholdelse ved ukontraktmæssig opsigelse særegen, idet der almindeligvis ikke stilles krav til opsigelsen.

I *kapitel 5* er *adgangen til at hæve funktionærkontrakten* analyseret med udgangspunkt i den almindelige obligationsret. De obligationsretlige særtræk, der gør sig gældende inden for funktionærretten, er belyst og behandlet fra forskellige vinkler af såvel teoretisk som praktisk karakter. Tilgangsvinklerne er udvalgt ud fra et kriterium om at fremdrage nogle sider af funktionærretten, som særligt adskiller sig fra den almindelige obligationsret.

Det fremgår af gennemgangen, at ophævelsesbeføjelsen har en særligt fremtrædende plads inden for funktionærretten. Årsagen hertil er, at funktionærforholdets vedvarende og personlige karakter gør det praktisk vanskeligt at udøve de øvrige misligholdelsesbeføjelser, så længe ansættelsesforholdet består. Således ses det i praksis hyppigt, at ophævelsesbeføjelsen og erstatningsbeføjelsen kombineres, hvilket endvidere fremgår forudsætningsvist af funktionærlovens erstatningsregler.

Det er undersøgt, om der inden for funktionærretten er en særlig adgang til at *tilbagekalde, redressere eller fortryde en ophævelseserklæring*. Undersøgelsen er foretaget på grundlag af teori og praksis. Det er konkluderet, at der inden for funktionærretten accepteres en tilbagekaldelsesret i en eller

anden udstrækning. Den er dog under ingen omstændigheder så vid, at der er belæg for at fastslå en fri tilbagekaldelsesret endsige en decideret fortrydelsesret. Der er således ikke set eksempler på, at tilbagekaldelse er accepteret, uden at der har foreligget en eller anden grund dertil. Det konkluderes derfor, at de afgørelser, der er gennemgået, og som anerkender tilbagekaldelse, kan rummes inden for grænserne af aftalelovens § 39, 2. pkt., selvom bestemmelsen ikke citeres i afgørelserne. På dette punkt er der således ikke disharmoni med den almindelige obligationsret.

Det er undersøgt, om der kan opstilles nogle egentlige krav til *ophævelsesproceduren*, som kan have betydning for den materielle vurdering af en ophævelses berettigelse. Spørgsmålet er interessant i forhold til det almindelige obligationsretlige udgangspunkt om, at bevisbedømmelsen er fri, og at der ikke er knyttet formkrav til fremsættelse af ophævelseserklæringer. Resultatet af denne undersøgelse kan sammenfattes til, at der ikke kan defineres egentlige procedurekrav, men at selve fremgangsmåden ved ophævelsen af en funktionærkontrakt dog har større betydning, end fremgangsmåden har inden for den almindelige obligationsret. Endvidere stilles der større krav til arbejdsgiverens ophævelse, end der gør til funktionærens.

Væsentlighedsbetingelsen er en diffus størrelse såvel i almindelig obligationsretlig som i funktionærretlig sammenhæng. Overordnet kan imidlertid siges, at kravene til væsentligheden er skærpede inden for funktionærretten, navnlig stilles der strenge krav til væsentligheden af funktionærens misligholdelse, for at den kan berettige til funktionærforholdets ophævelse. Krav om subjektiv tilregnelighed kan imidlertid ikke stilles, om end en eventuel tilstedeværelse heraf vil indgå i væsentlighedsvurderingen.

I forbindelse med gennemgangen af nogle udvalgte domme om ophævelse af funktionærforholdet er *arbejdsgiverens ledelsesret*, arbejdsvægring og lydighedsnægtelse tildelt særlig opmærksomhed på grund af ledelsesrettens helt centrale betydning i arbejdsretlig henseende. Herved er det illustreret, at misligholdelse af forpligtelser, der for en umiddelbar betragtning kan synes underordnede, kan få fatal betydning for en funktionærkontrakt, hvis krænkelse af forpligtelsen indebærer lydighedsnægtelse eller arbejdsvægring. Hvad dette forhold angår, kan misligholdelse af funktionærkontrakten således ikke betragtes udelukkende fra en obligationsretlig vinkel. På dette punkt gælder noget særegent for funktionærretten.

I *kapitel 6* er beføjelsen til at forlange *forholdsmæssigt afslag* analyseret med udgangspunkt i den almindelige obligationsret, og herefter er muligheden for at udnytte beføjelsen til at forlange forholdsmæssigt afslag inden for funktionærretten behandlet. Behandlingen viser, at beføjelsen til at

kræve forholdsmæssigt afslag kun indtager en meget begrænset plads som misligholdelsesbeføjelse i funktionærretlig sammenhæng på grund af ydelsernes personlige og vedvarende karakter. Endvidere viser behandlingen, at beføjelsen til at forlange forholdsmæssigt afslag inden for funktionærretten er blevet forvekslet med princippet om, at der ikke er betalingspligt for en ydelse, som ikke modtages.

I den ansættelsesretlige teori afvises muligheden for, at arbejdsgiveren kan forlange forholdsmæssigt afslag i tilfælde af kvalitetsmangler ved funktionærens ydelse. Det tiltrædes, at mulighederne herfor er begrænsede på grund af de praktiske vanskeligheder, der er forbundet med at sammenligne værdien af en »mangelfuld arbejdsindsats« med værdien af en mangelfri indsats. På trods af denne praktiske vanskelighed argumenteres der imod en total afvisning af arbejdsgiverens mulighed for at kræve forholdsmæssigt afslag ved kvalitetsmangler.

Endelig er det om afslagsbeføjelsen diskuteret, om subjektive forhold kan have betydning for den eventuelle adgang til at forlange afslag. Det obligationsretlige udgangspunkt er, at vurderingen af afslagsbeføjelsen sker på objektivt grundlag. Det erkendes imidlertid, at subjektive elementer kan have betydning for vurderingen af et forholdsmæssigt afslag.

I *kapitel 7* er misligholdelsesbeføjelsen *tilbageholdsret* behandlet. Heraf fremgår, at det obligationsretlige udgangspunkt om tilbageholdsret må modificeres som følge af de faktiske omstændigheder, der kendetegner funktionærforholdet.

Arbejdsgiverens mulighed for at udøve tilbageholdsret kan kun ske i forhold til arbejdsgiverens egen ydelse og vil således være en detentionsret. Mulighederne for at udøve denne er imidlertid begrænsede, fordi de fleste funktionærer er bagudlønnede, og fordi arbejdsydelsen er en tidsbunden ydelse.

Funktionærens muligheder for udøvelse af tilbageholdsret kan for så vidt både være en detentionsret og en retentionsret. Der argumenteres i afhandlingen for, at funktionærens udøvelse af detentionsretten som følge af arbejdsgiverens misligholdelse skal holdes adskilt fra mulighederne for at undlade at levere på grund af arbejdsgiverens fordringshavermora (som ikke nødvendigvis er en misligholdelse). Funktionærens muligheder for at udøve retentionsret over arbejdsgiverens ting til sikkerhed for sine krav mod arbejdsgiveren er begrænsede. Der stilles snævre krav til konneksiteten mellem besiddelsen af den genstand, som ønskes tilbageholdt og det sikrede krav. Funktionærens besiddelse af genstanden må ikke være en tilfældig besiddelse af et arbejdsredskab.

For så vidt angår *lønaccessorier i fratrædelsessituationen* er det obligationsretlige udgangspunkt, at opsigelsesperioden skal forløbe efter de

samme retningslinjer som den øvrige ansættelse. Parterne har således ved udformningen af kontrakten mulighed for at fastsætte retningslinjerne for, hvorledes der skal forholdes med lønaccessorier i en fritstillingsperiode. I det omfang der ikke i kontrakten er taget stilling hertil, fremgår det af retspraksis, at det må afvejes, om arbejdsgiveren eller funktionæren har den største og vægtigste interesse i at have rådighed over lønaccessoriet i fritstillingsperioden. Denne retsstilling findes hensigtsmæssig.

Kapitel 8 omhandler *erstatningsansvar*. Kapitlet er ikke snævert begrænset til den sædvanlige obligationsretlige inddeling mellem »erstatning i kontraktforhold« og »erstatning uden for kontraktforhold« (eksempelvis for skade på tredjemand). Dette beror på, at sidstnævnte erstatningsansvar, der ifaldes uden for kontraktforhold, har indflydelse på retsforholdet mellem arbejdsgiveren og funktionæren. Kapitlet er systematisk inddelt på den måde, at erstatningsbetingelserne er behandlet samlet – det vil sige både det obligationsretlige udgangspunkt og de funktionærretlige særregler, eksempelvis de funktionærretlige minimalerstatningsregler, som afviger fra det almindelige obligationsretlige udgangspunkt om tabsafhængig erstatning. Derefter er arbejdsgiverens erstatningsansvar henholdsvis funktionæransvaret behandlet. I sidstnævnte henseende er parternes ansvar først skildret på grundlag af funktionærlovens regler om ansvar for grov misligholdelse, dernæst anden misligholdelseserstatning og til sidst erstatningsansvar uden direkte forbindelse til funktionærforholdets hovedforpligtelser. Det er herved belyst, at »erstatning« i funktionærretlig henseende ikke kan begrænses til et snævert fokus på erstatningskrav i det interne kontraktforhold mellem arbejdsgiveren og funktionæren. Funktionærlovens erstatningsregler suppleres således af de almindelige obligationsretlige erstatningsregler.

Kapitel 9 omhandler naturalopfyldelse. Behandlingen er indledt med en skildring af opfyldelse in natura som en hovedregel. Herefter er undtagelsen om force majeure beskrevet såvel i sin arbejdsretlige som i sin obligationsretlige betydning. Der er argumenteret for, at det ikke kan afvises, at force majeure kan anvendes i den sædvanlige obligationsretlige betydning også i funktionærretlig sammenhæng. Endelig er naturalopfyldelse som en misligholdelsesbeføjelse behandlet ved hjælp af sondringen mellem naturalopfyldelse af henholdsvis hovedforpligtelsen og biforpligtelsen.

10.3 Resultaternes sammenfatning med afhandlingens formål

Som det fremgår af forudgående afsnit, er der i afhandlingens enkelte kapitler foretaget en obligationsretlig vurdering/et obligationsretligt eftersyn af det funktionærretlige system.

Det er i de behandlede tilfældegrupper undersøgt, i hvilket omfang almindelige obligationsretlige grundsætninger anvendes og bør anvendes ved afgørelse af individuelle konflikter mellem arbejdsgivere og funktionærer, og i hvilket omfang mere specielle funktionærretlige grundsætninger anvendes og kan defineres og forsvares.

Herved er afhandlingens formål opfyldt: Der er gennemført en belysning af samspillet mellem obligationsretten og funktionærretten.

Inden for de undersøgte tilfældegrupper har analyserne vist, at formueretlig argumentation har stor betydning, når sager om misligholdelse af funktionærkontrakter skal begrundes juridisk.

Den formueretlige argumentation kan imidlertid ikke stå alene, idet den er underlagt begrænsninger som følge af de særtræk, der gør sig gældende inden for funktionærretten. I disse tilfælde virker funktionærretlige grundsætninger som supplement til de obligationsretlige grundsætninger.

Fravigelser fra den almindelige obligationsret forekommer, hvor funktionærretten har sit afsæt i den kollektive arbejdsret og de heri værende grundhensyn. I sådanne tilfælde får de funktionærretlige særtræk indflydelse på den obligationsretlige vurdering af retsvirkningen af en tvist.

Fravigelser fra den almindelige obligationsret forekommer endvidere i de tilfælde, hvor funktionærforholdets faktuelle særegenheder har central betydning. Det vil sige, at funktionærforholdets vedvarende og ulige karakter, der for funktionæren tjener til livets opretholdelse, i et vist omfang kan begrunde afvigelser fra de almindelige obligationsretlige udgangspunkter.

Summary in English

The purpose of the dissertation is to investigate the interaction between the law of contract and tort and the law of master and servant. Thus, master and servant law issues have been scrutinized in a law of contract and tort perspective. The primary subject for the law of contract and tort analyses of the dissertation has been breach of employment contracts. It has, however, non been the intention to make an exhaustive handbook on the subject.

In the dissertation an attempt has been made at bringing to light which parts of the law of master and servant depart from the general law of contract and tort principles; which adopt them; and lastly, which areas coexist in harmony. In other words, an investigation of the balance between the law of contract and tort and the law of master and servant has been carried out. In the investigation attention has been focused on how far the general rules of contract and tort law are applicable in a master and servant law context. This has been done in order to identify to which extent the general contract and tort law will be influenced by the protection requirements laid down in the law of master and servant, likewise emphasis has been put on specific master and servant law principles.

From a general point of view, specific features for the law of master and servant are that the contracts concerned are of a continuing nature and for one of the parties the contract (the employee) serves to sustain life. Presumably, the relative strength between the parties is thus lopsided.

Characteristics as those mentioned influence the possibilities of applying the general law of contract and tort principles in master and servant law cases: the continuing nature of the contract means e.g. that more emphasis will be put on the principles of loyalty than is the case regarding contract and tort indebtedness of an isolated nature (e.g. purchase). The lopsided relative strength entails that in case of doubt as to the outcome of a concrete dispute, an interpretation that favours the for the weaker party – i.e. the employee – will typically be put on. Thus, the weaker party shall e.g. have demonstrated negligence to a considerable degree before a claim for damages against the employer will be reduced or rejected.

It has been a generally accepted *assumption* that the law of master and servant is a special discipline of contract and tort, which to the farthest possible extent can and shall be interpreted in correspondence with the general rules of contract and tort. It has thus been the basic view that the law of master and servant is not a discipline in its own right, detached from contract and tort law. The law of master and servant is – with its factual and legal characteristics – a special contract and tort law discipline. Consequentially, the assumption is that disputes on breach of employment contracts to the farthest possible extent are to be grounded in accordance with the general rules of contract and tort. The thesis is that little would be won by establishing master and servant law principles, which, to the whole – or most definitely to a very large part – of their extent, would be parallel to the general principles of contract and tort.

In order to carry through and adhere to the abovementioned assumption, it has been essential to delimit the subject of the dissertation to deal only with the private labour market and the group of wage earners covered by the Salaried Employees Act. Furthermore, collective labour law has only been included to a limited degree and only when relevant in order to further the understanding of the characteristics that have evolved within master and servant law.

Primarily a legal dogmatic method has been applied in carrying out the analysis of the dissertation. Thus, an investigation of current law based on legislation, theory, and judicial decisions has been conducted. By doing so, a contribution has been made to the description and systematisation of current law, in the shape of clarification of certain theoretical and terminological ambiguities within the master and servant law area, especially with regard to breach of employment contracts. In connection with this investigation a comparative study has been carried out inasmuch as the law of master and servant has been assessed in a contract and tort law perspective. Methodologically the assessment has been carried out as follows: first, the problem areas have been identified. Next, a description has been given of the contract and tort law point of departure for the problem in question and for the master and servant law solution to that problem. Lastly, a summery has been made focusing on whether the characteristics of the actual problem justify a deviation from the contract and tort point of departure, or whether it is only the master and servant law theory or terminology that have fallen out of step with the general contract and torts law. In connection with the analyses, a few comments/suggestions concerning legal politics have been made.

The dissertation is structured as follows:

In chapter 2 the servant and master law is described.

Chapter 3 defines the concept of breach of contract. Not only a positive delimitation of breach of contract has been carried out, but also a negative inasmuch as exceptions to the breach of contract concept are defined and the consequences hereof brought to light.

In chapter 4, the right to terminate employment contracts is analysed. The reason for including this right is partly that to a wide extent, dismissal is, in practice, the consequence of breaching an employment contract, partly that the dismissal per se may be a breach of the employment conditions in case the employer does not observe the all the prescribed rules of procedure or the material objectivity requirements.

The classical remedies in case of breach are treated in the chapters 5-9. In the chapters 5-7, the reciprocity rights – termination, proportionate reduction and lien – are treated, while in the chapters 8-9, the performance rights – compensation and specific performance – are treated:

Chapter 5 deals with termination. This includes an in-dept treatment of the question on whether declarations of termination can be withdrawn, redressed or cancelled. Also the prescribed rules of procedure are treated, and a detailed account is given of the requirement of essentiality. In the last part of this chapter, attention is called to the master and servant law aspects of termination, including the possibility of using dismissal with short notice as an alternative to termination, breach of the duty of loyalty and good faith, and the employer's managerial right and refusal to obey orders.

Chapter 6 deals with the right to claim proportional reduction, and it is described how this right in a master and servant context is often confused with the contract and tort law principle of quid pro quo.

Lien is treated in chapter 7. Here it is described how the contract and tort law point of departure has to be modified due to the actual circumstances that characterize employment relations. It is pointed out that in labour law theory the principle of lien and the principle of claimant's default have become mixed up. Lastly, the chapter deals with the special circumstances that enter into the picture with regard to non-wage benefits in a severance situation, inasmuch as this subject raises issues that to a certain degree are parallel to lien.

Chapter 8 deals with the compensation right. First, the conditions for compensation are described both in their contract and tort law form and in their master and servant law form. Next, the employer's responsibility, as well as the employee's are accounted for in two individual subsections. The point of departure for these accounts is the master and servant law rules of compensation, subsequently, focus has been put on to what extent liability is incurred based on the general contract and tort law principles.

Chapter 9 concerns specific performance, both as a main rule for contract performance and as a remedy in case of breach.

The final part, chapter 10, contains a summery and the conclusion to the dissertation.

Litteraturfortegnelse

Alkestrup, Per – Christensen, Morten Erritzøe	Ordentlig opsigelse, 1. udg. 2003
Andersen, Lars Svenning	Funktionærret, 3. udg. 2004
Andersen, Lennart Lynge – Madsen, Palle Bo	Aftaler og Mellemmænd, 4. udg. 2001
Andersen, Mads Bryde – Lookofsky, Joseph	Lærebog i Obligationsret I, 1. udg. 2000
Betænkning	Betænkning afgivet af det af arbejds- og socialministeriet den 16. april 1946 nedsatte udvalg om revision af funktionærloven, 1947
Betænkning 352	Betænkning om arbejdsgiveres erstatningsansvar for ansattes skadegørende handlinger mv., 1964
Betænkning 513	Betænkning om funktionærlovens §§ 1, 8 og 10, 1968.
Betænkning 829	Betænkning om lempelse af erstatningsansvar mv., 1978
Betænkning 1022	Betænkning om revision af funktionærloven, 1984
Boe, Jørgen – Hansen, Claus Juel	Direktørkontrakten, 5. udg. 2004
Bruun, Jørgen Rønnow	Usaglig Afskedigelse, 1. udg., 1996

Bruun, Niklas m.fl.	Den nordiska modellen. Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden, 1990
Bruun, Niklas	Septemberforliget fundamentet för den nordiska arbetsrättsmodellen, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999
Carlsen, H.G. – Buhl, Danielle	Dansk Funktionær Ret, 7. udg. 2003
Carlsen, H.G.	Juristen 1963 side 461ff.: Regeringens Forslag om Ændringer i Funktionærloven
Carlsen, H.G.	Træk af Funktionærrettens Udvikling, 1960
Carlsen, H.G.	Ugeskrift for Retsvæsen 1964 B 168: Ændringer i Funktionærloven
Carlsen, H.G.	Ugeskrift for Retsvæsen 1990 B 353: Om »fri Bil« i Fratrædelsessituationer
Dübeck, Inger	Septemberforliget i retshistorisk og komparativ belysning, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999
Elmer, Olaf B.	Ugeskrift for Retsvæsen 1963 B 221: Juridiske overvejelser ved en funktionærlovsrevision.
Evald, Jens	Retskilderne og den juridiske metode, 2. udg. 2000.
von Eyben, Bo – Isager, Helle	Lærebog i erstatningsret, 5. udg. 2003
von Eyben, Bo – von Eyben, W.E.	Juridisk Ordbog, 12. udg. 2004.
von Eyben, W.E. – Skovgaard, Henning	Panterettigheder, 8. udg. 1987

Friis, Asger – Behn, Ole – Kielberg, Mikael	Arbejdsskadesikringsloven, 4. kommenterede udg. 2004
Gammeltoft-Hansen, Hans	Ombudsmandens varetagelse af de forvaltningsretlige hensyn inden for det arbejdsretlige område, Juristen nr. 7, 2003
Gomard, Bernhard – Wad, Ditlev	Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven, 1986.
Gomard, Bernhard	Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktforhold, 1958
Gomard, Bernhard	Obligationsret 1. del, 3. udg. 1998
Gomard, Bernhard	Obligationsret 2. del, 3. udg. 2003
Gomard, Bernhard	Tidsskrift for Rettsvitenskap 1987.266: Principalansvaret ved overskridelse af fuldmagt?
Hansen, Preben K. – Rasmussen, Leif	Arbejdsskadesikringsloven med kommentarer, 1. udg. 2003
Hasselbalch, Ole	Ansættelsesretten, 3. udg. 2002
Hasselbalch, Ole	Arbejdsrettens almindelige del, 2. udg. 2000
Hasselbalch, Ole	Ugeskrift for Retsvæsen 2003 B 87: Lønmodtagerfravær på grund af »force majeure«
Isager, Helle – Kjærgaard, Lisbeth	Juristen 1999, side 396ff.: Arbejdstageres lån af arbejdsudstyr
Iversen, Torsten	Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000
Jacobsen, Per	Kollektiv Arbejdsret, 5. udg. 1994

Kiil, Palle	Ugeskrift for Retsvæsen 1981 B 297: Kommentar til afgørelsen U 1981.291 H. Funktionærer - Ret til fratrædelsesgodtgørelse trods misligholdelse i opsigelsesperioden?
Krarup, Ole – Matthiassen, Jørgen	Afskedigelsesret, 1984
Krarup, Ole	Arbejdsmarkedets grundlov og EU, Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999.
Kristensen, Lars Hedegaard – Nielsen, Anne-Dorte Bruun – Iversen, Torsten	Lærebog i dansk og international køberet, 3. udg. 2004
Kristiansen, Jens	Grundlæggende arbejdsret, 1. udg. 2005
Kristiansen, Jens	Ledelsesretten og dens grænser Jubilæumsskriftet: »Septemberforliget 100 år«, 1999
Kristiansen, Jens	Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret, 1997
Kristiansen, Jens	Offentlige personaleforhold i en brydningstid, Juristen nr. 7, 2003
Lassen, Julius	Haandbog i Obligationsretten Almindelig Del, 3.udg. 1917-20
Lorenzen, Peer	Ugeskrift for Retsvæsen 1995 B 124: Kommentar til afgørelsen U 1994.695 H – Spørgsmål om arbejdsgivers erstatningsansvar for en ansats medvirken til tyveri af opbevarede genstande
Lyngsø, Preben	Afbestillingsret, 1971
Mathiassen, Jørgen	Forvaltningspersonellet, 2. udg. 2000
Mortensen, Peter	Landbrugsforpagtning: Misligholdelse af parternes hovedforpligtelser, 1999

Møller, Jens – Wiisbye, Michael S.	Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg. 2002
Nielsen, Henrik Karl	Funktionærloven, 3. udg. 2004
Nielsen, Henrik Karl – Rehof, Lars Adam	International Arbejdsret, 1. udg. 1998
Nielsen, Henrik Karl	Ugeskrift for Retsvæsen 2002 B 501: Lønmodtagerens fravær på grund af force majeure
Nielsen, Ruth	Lærebog i Arbejdsret, 8. udg. 2001
Otken, Ulla	Ugeskrift for Retsvæsen 2001 B 322: Hvornår har man lovligt forfald?
Petersen, Kaj – Petersen, Niels Johan	Funktionærloven, 12. udg. 1990
Paulsen, Jens	Afskedigelse, 1. udg. 1997
Skovgaard, Henning	Ugeskrift for Retsvæsen 1986 B 353: Tilbageholdspant
Trolle, Jørgen	Ugeskrift for Retsvæsen 1933 B 129: Nogle Erstatningsspørgsmaal, navnlig om Personalets Erstatningspligt overfor Arbejdsgiveren. Foredrag holdt i Juridisk Forening d. 3. april 1933.
Ussing, Henry	Aftaler, 3. udg. 1950
Ussing, Henry	Enkelte Kontrakter, 2. udg. 1946
Ussing, Henry	Erstatningsret, 5. opl. 1959.
Ussing, Henry	Obligationsretten Almindelig Del, 4. udg. 1967

Domsregister

FED 2001.1636 V 292

FV 9/7-1975 189
FV 27/3-1981 66
FV 26/3-1985 202
FV 13/8-1993 66

SHT 1897.18 46
SHT 1903.42 230
SHT 1935.334 225
SHT 1940.8 46
SHT 1951.110..... 46

U 1900.209 SH..... 24
U 1918.108 47
U 1925.428 V 246
U 1942.984 Ø 290
U 1943.155 V 312
U 1943.506 H 47
U 1943.1011 SH 269
U 1944.1207 Ø 268
U 1947.1005 SH..... 268, 307, 308, 310
U 1950.18 H 310
U 1951.884 SH..... 46
U 1952.18 H 310, 311
U 1953.656 SH..... 151, 156
U 1954.977 H 285
U 1955.806 H 285
U 1960.753 SH..... 201
U 1962.847 H 205
U 1963.201 V 50, 228
U 1964.387 H 134
U 1964.806 H 291
U 1966.664 Ø 247, 249
U 1967.614 H 187
U 1967.686 SH..... 55
U 1968.196 Ø 311
U 1968.669 SH..... 63
U 1969.419/2 H 179
U 1969.662 H 194, 198
U 1970.467 H 87
U 1972.275 SH..... 148, 152, 156, 159
U 1972.277 SH..... 280
U 1973.44 H 179, 180
U 1973.135 H 179, 180
U 1973.190 V 99
U 1973.303 H 114
U 1973.569 SH..... 190, 191
U 1973.573 SH..... 113
U 1975.16 H 285
U 1975.336 SH..... 147, 149, 152, 156
U 1975.548 H 246
U 1978.149 H 65
U 1979.84 H 113
U 1979.559 H 69
U 1980.214 H 56
U 1980.864 SH..... 281
U 1981.252 H 84
U 1981.291 H 113
U 1981.428 H 215
U 1982.299 SH..... 46
U 1983.559 SH..... 37, 213
U 1984.713 H 286, 296
U 1985.1049 H 169
U 1986.311/2 H 62
U 1987.234 SH..... 140

U 1987.297 H 310
U 1988.160 H 178, 179, 180, 192, 219
U 1988.1011 H 173, 212
U 1989.451 H 103
U 1989.964 Ø 57, 64, 65
U 1990.190 ØLK ... 252, 253, 254, 255
U 1991.492 SH 59, 62
U 1992.18 SH 125
U 1992.937 Ø 207
U 1993.72 H 231
U 1994.190 Ø 269
U 1994.215 Ø 292
U 1994.695 H 292
U 1994.1012 V 87, 209
U 1995.376 Ø 249
U 1995.444 H 87, 88
U 1995.595 V 40
U 1995.744 H 126
U 1996.575 VLK..... 250, 253, 323
U 1996.1390 V 295
U 1996.1462 H 15, 95, 177
U 1996.1486 V 169, 171
U 1997.1399 V 31, 217
U 1997.1459 Ø..... 103, 154, 156, 157
U 1998.474 H 231
U 1998.655 V 194
U 1998.685 H 15
U 1998.1623 Ø 92
U 1998.1761 Ø 57
U 1999.488 V 211, 216
U 1999.1337 H 15
U 2000.273 Ø 248, 249
U 2000.298 H 86, 97, 165, 177, 181, 281
U 2000.1039 H 204
U 2000.1221 V 67, 85, 167
U 2000.1234 V 199, 201
U 2001.603 H 145
U 2001.1578 V 205
U 2001.1743 H..... 37, 55, 58, 65, 175
U 2002.893 Ø 293
U 2002.1088 V 231
U 2002.2026 H 108, 109
U 2002.2350 Ø..... 194, 195, 198, 199
U 2003.1439 Ø 50
U 2003.1570 H 101, 105, 124, 128, 132
U 2003.1570 H..... 133, 136, 176, 262
U 2003.1916 Ø 37, 172
U 2003.2190/2 V 54, 106
U 2004.273 Ø 57, 127, 128
U 2004.720 H 130
U 2004.990 H 96
U 2005.37 V 15
U 2005.578 H 96, 106, 107
U 2005.662 H 14
U 2005.886 H 107
U 2005.1131 Ø 127, 197, 199
U 2005.1392 VLK..... 179
U 2005.1398 V 92
U 2005.2111 H 14

Utr. SHD af 30/6-1972 (F 22/1972) 50
Utr. VLD af 12/10 1995 (B-234-94) 78
Utr. VLD af 2/11-1984 269
Utr. ØLD af 12/4-1989 247
Utr. ØLD af 25/6-2003 (B-3039-01) 65

Stikordsregister

Accessoriske forpligtelser 35, 226, 243, 259
Advarsel 38, 91, 105, 107, 167
– betydning for afskedigelses saglighed 105
– betydning for arbejdsgiverens hæveadgang 174, 296
– betydning for funktionærens hæveadgang 175, 297
– form og indhold 173
– forældelse af 106, 172
– som misligholdelsesbeføjelse 31, 106f.
– tidsbegrænsning 172
Adækvans 223, 265, 274, 291
Afkald på rettigheder, *se ufravigelighed*
Afskedigelse, *se opsigelse*
Afskedigelsesnævn 15, 88, 102, 118
Afskedigelsesretten, *se opsigelsesretten*
Afslag, *se forholdsmæssigt afslag*
Afvisning ved tiltrædelsen, *se uberettiget nægtet modtagelse*
Aldersdiskrimination 123
Alkohol, *se spiritus*
Almindelig obligationsret 13
Anbefaling, *se tjenesteattest*
Anciennitetskrav
– vedr. fratrædelsesgodtgørelse 114
– vedr. godtgørelse for usaglig opsigelse 115, 119
– vedr. opsigelse, *se opsigelse – anciennitet*
Anmeldelse af fravær, *se underretningspligt*
Annullation 90, 140, 308
Ansvarsforsikring 300, 305, 306
Ansvarsgrundlag 223, 258, 260, 289
Anticiperet misligholdelse 190, 237, 239, 240, 241
Arbejdets indhold, ændringer i, *se varsel – ændrede forhold*
Arbejdsforpligtelsen, misligholdelse af 63, 296
Arbejdsgiveransvar, *se også principalansvar* 259, 263
Arbejdshindringer 40, 42, 46, 71, 74, 239, 244, 316
Arbejdsmangel 40, 47, 110
Arbejdsresultat 35
Arbejdsretten 15, 21
Arbejdssikkerhed 40
Arbejdsskade 288
Arbejdsskadesikring 288
Arbejdsstandsning 241
Arbejdstidens effektivitet, *se kvantitetsmangler*
Arbejdstidsforsømmelser, *se også forsømmelser og fravær* 228, 296
Arbejdsvægring 37, 41, 170, 201, 212

Bagudløn 237, 240
Bankoplysning 40, 43
Barsel 33, 53, 71, 121f.
Begrundelse
– ophævelse 99, 181
– opsigelse 83, 87, 98
Begrænsninger i opsigelsesfriheden 104
Berigelsesforbrydelser, *se også tyveri og underslæb* 193, 297
Betalingsevne, svigtende 240, 241
Betroede midler 297
Bevisbyrde 63, 265, 272, 308

– delt 118, 121ff.
– for afgivelsen af opsigelsen 92
– for ophævelses berettigelse 97, 99, 165, 182, 189
– for opsigelses saglighed, *se også begrundelse – opsigelse* 118
– omvendt 118, 120ff., 262
Biforpligtelser, *se også accessoriske forpligtelser* 30, 207, 260, 297, 322
Bil, *se firmabil*
Bod 16, 22
Bortgang 79, 137, 280
– funktionærens erstatningsansvar ved uberettiget bortgang 271, 296, 307
– godtgørelse ved berettiget bortgang 87
Bortvisning 49, 79, 83, 137
– arbejdsgiverens erstatningsansvar ved uberettiget bortvisning 284
– begrundelse 99, 296
– beviset for 86, 97, 108
– i opsigelsesperioden 110
– mulighed for godtgørelse *og* erstatning ved uberettiget bortvisning 84
– mulighed for godtgørelse ved uberettiget bortvisning 83
– tilbagekaldelse 103
Butikskontrollanter 178, 192, 219

Culpa 223, 257, 260, 279, 299, 309

Deliktskrav, *se erstatning uden for kontraktsforhold*
Den danske model 22
Detektivovervågning 128
Detentionsret 41, 234, 237, 239, 241
Diskretion, *se tavshedspligt*
Diskrimination 120ff.
Domstolenes kompetence 12, 14, 22
Drifttabsforsikring 287, 300, 305f.

Egen skyld 276, 279
Egnethed, *se uegnethed*
Erhvervshemmeligheder 30, 214, 322
Erstatning, *se også minimalerstatning* 36, 44, 73, 84, 95, 102, 138, 142, 223, 257
– arbejdsgiverens ansvar 99, 283
– funktionærens ansvar 294
– i kontraktsforhold 257, 307
– uden for kontraktsforhold 257, 274, 304
Etablering af egen virksomhed, *se konkurrencehandlinger*

Faglig voldgift 15, 21f., 88
Fagretligt konfliktløsningssystem 14f., 21f.
Farligt arbejde 40
Fejl 188
– i forbindelse med ansættelse 140
– i forbindelse med ophævelse 145, 160
– i forbindelse med opsigelse 88, 147, 150
– ved arbejdets udførelse 73, 222, 232, 298
Ferie 53
Firmabil 236, 249f., 323
Flytning 206
Forberedelse af egen virksomhed, *se konkurrencehandlinger*
Force majeure 316
Force majeure-klausul 42, 316
Fordringshavermora 32, 40, 241, 317, 322
Foreningsfrihed, *se positiv foreningsfrihed og negativ foreningsfrihed*
Forholdsmæssigt afslag 77, 79, 221
Formkrav ved ophævelse 164
Forsikring 288, 300, 305
Forsinkelse med betaling af lønnen 240, 285
Forsinket fremmøde 78, 237
Forskelsbehandling, *se ligebehandling og diskrimination*

Forsæt 169, 187, 235
Forsømmelser 73, 91, 188
Fortolkningsprivilegium, arbejdsgiverens 19, 211
Fortrydelsesadgang 138, 149
Forudløn 238, 240
Forvaltningsretlige grundsætninger 14
Forældelse, *se passivitet*
Fradrag i lønnen 48, 71
Fratrædelsesgodtgørelse 26, 112
– anciennitet som betingelse 115
– ved bortvisning 113
Fratrædelsessituation 250
Fravær, *se udeblivelse*
Fredspligt 20
Fri afskedigelsesret 19, 104, 117, 133
Fri antagelsesret 19, 81, 117
Frihed til at søge anden stilling 53, 93
Fritstilling 30, 40, 251
Frynsegoder 250
Funktionelt misligholdelsesbegreb 31, 47
Funktionærbegrebet 24
Funktionærer 11, 13
Funktionærlovens historie 24
Funktionærstanden 24
Fængsling 187

Genansættelse/genindtræden 89, 95, 117, 120f., 149
Gensidighedsbeføjelse 18, 79, 164, 221, 234
Gensidigt kontraktsforhold 34, 71
Godtgørelse 103, 117
– diskriminationsloven 123
– foreningsfrihedsloven 121
– funktionærloven 119
– helbredsoplysningsloven 123
– Hovedaftalen 119
– internationale regler 132
– ligebehandlingsloven 120
– ligelønsloven 120
– tort 124
– usaglig/urimelig opsigelse 26, 117
– ved afskedigelse i strid med virksomhedsoverdragelsesloven 124
– ved berettiget bortgang 87
– ved fratrædelse, *se fratrædelses-godtgørelse*
– ved uberettiget bortvisning 83
– værnepligtsorlovsloven 122
Gratiale 286
Graviditet 25, 53, 121
Grov misligholdelse 97, 138, 168, 183, 258
– arbejdsgiverens 185, 285
– funktionærens 49, 185, 296
– objektivt begreb 187
Grov uagtsomhed 51, 257

Helbredsoplysninger 123, 228
Hovedaftalen 13, 21f., 98, 117, 119, 133
Hovedforpligtelser 35, 49, 208, 260, 274, 321
Hudfarve 122
120-sygedagesreglen 191
Husbondansvar 289
Hæftelsesklausuler 301
Hændeligt fravær, *se undskyldeligt/hændeligt fravær*
Hævebeføjelsen, *se ophævelse*
Høring 95

Ikke-opfyldelse 31, 34, 39
Illoyalitet 111, 269, 297
Individuel arbejdsret 15
Instruktionsbeføjelsen, *se arbejdsgiverens ledelsesret*

Kassebetjening 178, 219
Kasselån 196
Kassereglement 178, 193, 219
Kausalitet, *se årsagsforbindelse*
Kildegrundlag 12
Kollektiv arbejdsret 13, 15, 22
Kollektiv forhandlingsret 20
Kollektive overenskomster 11, 14f., 22, 51, 96, 102, 105

Kompetencemangler ved opsigelse 88, 103
Kompetenceoverskridelse, funktionærens 126
Konfliktret 20
Konkurrencehandlinger 30, 36, 111
Konkurrenceklausuler 26, 30, 189, 322
Konneksitet 41, 236, 247
Kontraktansvar, *se erstatning i kontraktsforhold*
Kontraktsbrud 34
Kontraktsfrihed 81, 104, 117, 136
Kundeklausuler 26, 30, 189
Kvalifikationer 93, 262, 296
Kvalitetsmangel 222, 226
Kvantitetsmangel 222, 225, 228

Landsoverenskomster 22
Ledelsesret, arbejdsgiverens 16, 19, 20, 28, 170, 202, 259, 290, 297, 319
Lempelse af erstatningsansvar 297, 300, 305
Ligebehandling
– efter køn 120
– efter tro, race, religion etc. 122
– ved graviditet, barsel og adoption 121
Lighedsgrundsætningen 14
Liv, ære og velfærd, arbejdshindringer pga. hensynet til 241
Lockout 20, 40
Lokalaftaler 22, 51, 105
Loyalitetsforpligtelse 30, 36, 44, 63, 259, 276, 282, 297
– under fritstilling 30
Loyalitetsgrundsætningen 28f., 61, 69, 160
Lovligt forfald 33, 39, 48, 63, 70, 72
Lydighedspligt 28, 207
Lydighedsnægtelse 16, 37, 87, 169, 201, 208, 212, 216, 297
Lægeerklæring 50
– om funktionsbegrænsninger 50
Løfte, opsigelse som 89
Løfte, ophævelse som 138, 166
Løn 35
– misligholdelse 16, 41
– nægtet udbetaling 285
– under lovligt forfald 52, 70
Lønaccessorier 250, 323
Lønkonto, *se bankoplysning*

Manglende færdigheder 152, 296
Mangler 27, 77, 221, 224, 235, 296, 299
Medvirken 279
Militærtjeneste 53, 71
Minimalerstatning 268, 277, 280, 294
Misbrug 297
Misligholdelse 31, 37, 48, 72, 169
– begrebet, *se funktionelt misligholdelsesbegreb*
– objektivt begreb 34
Misligholdelsesbeføjelser 12, 31, 78
Modregning 238
Mødepligt, *se forsømmelser*

National, social eller etnisk oprindelse 123
Naturalopfyldelse 79, 89, 95, 99, 102, 137, 142, 265, 315
Negativ kontraktsinteresse 263f., 266
Norm for behandling af faglig strid 21

Objektivt ansvar 257
Offentligt ombud 71
Omdømme 288
Omplacering 97, 107
Opfyldelsesbeføjelse 18, 79, 223
Opførsel, *se upassende opførsel*
Ophævelse 36, 79, 82f., 137, 164
Ophævelseserklæring 166
Opsigelse 81
– anciennitet 95
– annullering af 90
– arbejdsgiverens 82, 88, 98, 137
– beviset for 91, 96, 105, 106

– fejl ved 90, 94
– funktionærens 82, 87, 98, 137
– før tiltrædelse 295
– mundtlig 92
– processuelle forskrifter 88
– skriftlig 91, 98
– som virkning af misligholdelse 82
– som årsag til misligholdelse 82
– sygdom 85
– tilbagekaldelse af 89
– tillidsfolk 88
– ugyldighed 96, 103
– usaglig/urimelig 83, 97, 104
– underkendelse af 89, 102
– varsling 88, 92
Opsigelsesretten, *se fri afskedigelsesret*
Ordensbestemmelser, *se ledelsesret*
Organisationsretten 20
Overenskomstbrud 16, 21
Overenskomstfortolkning 21
Over-/underordnelsesforhold 16, 28, 175

Partshøring, *se høring*
Passivitet 94, 108, 167, 172, 282, 286
Penge, tilegnelse af, *se tyveri*
Pengedebitor 35
Pengekreditor 35
Pengeydelse 35, 43
Personskade 124, 266, 288, 298, 301
Politianmeldelse 193
Politisk anskuelse 122
Positiv foreningsfrihed 21
Positiv opfyldelsesinteresse 79, 143, 223, 263ff.
Principalansvar, *se også arbejdsgiveransvar* 287, 289f., 304
Privatlivskrænkelser 124, 128
Procedurekrav til ophævelse 163
Procedurekrav til opsigelse 88
Projektarbejde/opgavebegrænset arbejde 43
Proportionalitet, betydning for afskedigelses saglighed 106
Proportionalitet, betydning for væsentlighedsvurderingen ved ophævelse 183
Proportionalitet, betydning for udøvelse af tilbageholdsretten 235
Proportionalitetsprincippet i forvaltningsretten 14
Påbud, opsigelse som 94
Påbud, ophævelse som 138, 166
Påkrav 66

Racediskrimination 122
Realdebitor 35
Realkreditor 35
Realydelse 27, 35
Redressering 89f., 138, 145, 149
Regres 290, 294, 305f.
Reklamation, *se også passivitet* 70, 164, 282
– ophævelse 166
– opsigelse 94
Reklamationsfrist 166
Religion 122
Resultatforpligtelse, *se arbejdsresultat*
Retentionsret 234, 237, 245
Retskilder 12
Retspraksis som retskilde 12
Risikoens overgang 50

Saglighedsregler 19, 104, 117, 132
Samarbejdsproblemer 106
Samtidighedsgrundsætningen 27, 234
Septemberforliget 16, 20, 22, 202
Seksuel chikane 125, 292
Seksuel orientering 123
SIFU-princippet 15
Sjusk, *se mangler*
Skadeforvoldelse
– arbejdsgiveren på funktionærens ting 287
– funktionæren på arbejdsgiveren 294, 298, 300
– funktionæren på arbejdsgiverens ting 298, 300

– funktionæren på tredjemand 289, 294, 300
– gennem abnorme handlinger 291
– gennem dårligt arbejde 289
– kolleger på funktionæren 287
Skadegørende handlinger 287, 291, 294, 299, 300, 306
Skriftlighed som gyldighedsbetingelse
– for 120-sygedagesreglen 51
– ved opsigelse 91
Skøn under regel ved offentlig ansættelse 14
Sløseri, *se også kvalitetsmangler* 91
Spiritus 297
Spirituskørsel 190
Standpunktsrisiko 84, 234
Standsningsret 241
Stiltiende aftale 103, 216
Straffesag 127, 193
Strejke 20, 29
Sygdom 53f.
– afledte forpligtelser 63f.
– delvis 55
– dokumentation 37, 54
– ferie 57
– forsæt 51
– fortielse 51
– lægeerklæring 38, 54
– psykisk 61
– raskmelding 69
– selvforskyldt 51
– specialisterklæring 54
– »tro og love« erklæring 54
– uarbejdsdygtighed 38, 54
– underretningspligt 58, 63
– varighed, *se varighedserklæring*
Subjektive vurderinger 34, 186, 231
Suspension som fordringshavermora 47
Søgsmålskompetence 22

Tab, økonomisk 257, 263
Tabsbegrænsningspligt 257, 276
Tabsopgørelse 264
Tabsuafhængig misligholdelseserstatning 245, 248, 268, 271, 296, 309
Tavshedspligt 30, 213, 297
Tidsbegrænset arbejde 53
Tidsbundne ydelser 42, 237
Tidspunktet for vurderingen af opsigelsens saglighed 107
Tilbageholdsret 41, 79, 233
Tilbagekaldelse 138, 146, 149
Tilegnelse, *se tyveri*
Tillidsbrud 201, 297
Tillidsrepræsentanter 102
Tiltrædelsesoverenskomst 22
Tingsforsikring 287, 300, 305f.
Tingsskade 287, 298, 301
Tjenesteattest 98, 181
Tjenestebefalinger, *se ledelsesret*
Tort 124
Tro 122
Tro og love-erklæring ved sygdom 54
Troskabspligt, *se loyalitet*
TV-overvågning, *se videoovervågning*
Tyveri 127, 195, 197, 200

Uagtsomt forhold 257
Uberettiget fravær 72
Uberettiget nægtet modtagelse 284
Uberettiget undladt tiltrædelse 295
Uddannelsesaftaler 48
Udeblivelse, *se også fravær og forsømmelser* 212
Udfyldende regler om opsigelsesvarsel 92
Udfyldende regler om usaglig opsigelse 104, 133
Udmåling af godtgørelse for usaglig afskedigelse 119
Uegnethed 297
Uforskyldt fravær, *se undskyldeligt fravær*
Uforudseelige hændelser 317
Ufravigelighed, *se også ugyldighed* 41, 94

Ugyldighed 15, 89, 103, 125, 155, 266, 300, 303
Umulighed 317
Underkendelse 119, 121
Underordnelsesforholdet, *se over-/underordnelsesforhold*
Underslæb 194, 197, 199
Undladelsesforpligtelser, *se konkurrenceklausuler og kundeklausuler*
Undskyldeligt/hændeligt fravær 33, 49, 70
Uopsigelighed 262
Upassende opførsel 297
Uregelmæssigheder 297
Uretmæssig sigtelse 285
Usaglig/urimelig opsigelse 100, 119
– bevisbyrden 118
– godtgørelse 83, 87, 119

Varighedserklæring 54, 69
Varsel 92
– for kort 94
– forkortet 189
– ændrede forhold 203, 206, 240
Vederlag 35
Vedvarende kontraktsforhold 27, 29, 81, 92, 98, 137, 172
Videoovervågning 127, 195, 197
Vildfarelse 95, 210
Værnepligt 25, 71, 121
Væsentlighedsbetingelsen 27, 182

Ydelse, *se realydelse og pengeydelse*
Ydelse mod ydelse 34, 71

Ændrede forhold i opsigelsesperioden
– arbejdsgiverens 108
– funktionærens 110
Ændringer i ansættelsesvilkårene 187, 203
Ærekrænkelser 124

Åndeligt arbejde 48
Årsagsforbindelse som betingelse for erstatningsansvar 272