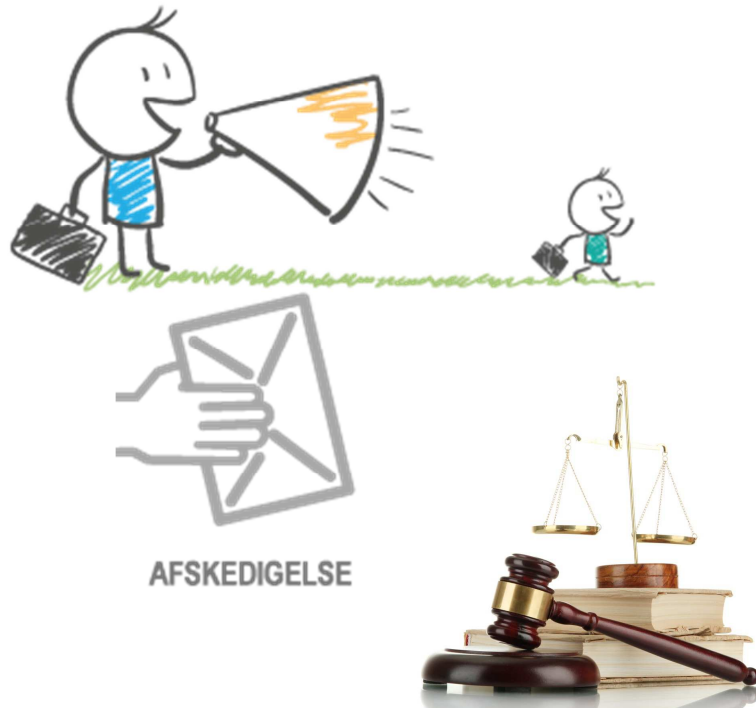


Reklamationspligt ved afskedigelse af en lønmodtager

- *The duty to complain of dismissal of an employee*



Udarbejdet af: Line Zeberg Bjerre

Studienummer: 2009-2995

Afleveret: 12. maj 2015

Vejleder: Bjørn Holtze

Matchmaking: HjulmandKaptain
Advokat Jakob S. Johnsen

Indholdsfortegnelse

1. Introduktion	4
1.1. Indledning	4
1.2. Afgrænsning	4
1.3. Problemformulering	5
1.4. Metode	6
2. Baggrundsjura	7
2.1. Reklamation og afhjælpning	7
2.2. Passivitet og forældelse	8
2.3. Arbejdsgiverens passivitet	10
3. Bortvisning	12
3.1. Teoretisk udgangspunkt i ansættelsesretten	12
3.1.1. Bortvisning contra almindelig opsigelse	12
3.1.2. Grov misligholdelse	13
3.1.3. Bortvisningsgrunde	14
3.2. Den klare bortvisning	16
3.3. Den uklare bortvisning	22
4. Forkert varsel	25
4.1. Opsigelsesvarsler	25
4.1.1. Ulovbestemt	25
4.1.2. Lovbestemt	26
4.2. Passivitet og reklamation ved forkert varsel	27
4.3. 120-dages reglen - sygdom	33
4.3.1. Teoretisk udgangspunkt omkring 120-dages reglen	33
4.3.2. Reklamation og passivitet i forbindelse med 120-dages reglen	34
5. Usaglig afskedigelse	36
5.1. Saglighed	36
5.2. Generelle hjemler	37
5.3. Specielle hjemler	38
5.3.1. Ligebehandlingsloven	38
5.3.2. Graviditet	39
5.3.3. Forskelsbehandlingsloven	39
5.3.4. Diskrimination pga. handicap	40
5.4. Passivitet og reklamation ved usaglig afskedigelse	40
6. Konklusion og diskussion	46
7. Abstract	49

8. Litteraturliste	51
8.1. Bøger	51
8.2. Artikler	51
8.3. Retspraksis	51

1. Introduktion

1.1. Indledning

Adgangen til at opsiges en medarbejder er i private ansættelser som udgangspunkt fri, dog under hensyn til det opsigelsesvarsel som lønmodtageren er berettiget til. Den frie opsigelsesadgang er på flere punkter i dag mere teoretisk end den er praktisk, idet der er en del restriktioner fremsat i lovgivning samt retspraksis, som begrænser arbejdsgiverens muligheder for frit at opsiges en medarbejder¹. Der skal både foreligge et korrekt grundlag for afskedigelsen, og de korrekte procedurer skal følges, for at undgå en efterfølgende tvist.

Dette ansættelsesretlige speciale vil omhandle reklamation i forbindelse med afskedigelse fra arbejdspladsen. Specialet vil tage sit udgangspunkt i lønmodtageren, og dennes pligt til og mulighed for at reklamere i forbindelse med afskedigelse, og dermed undgå passivitet. Specialet vil desuden overveje hvilke forskellige hensyn, der kan have betydning for, hvorvidt der pålægges lønmodtageren en reklamationspligt eller ej. Det interessante er, hvorfor der i ansættelsesretten er pålagt lønmodtageren denne pligt, til i nogle tilfælde at reklamere overfor arbejdsgiveren, og gøre opmærksom på uenigheden vedrørende afskedigelsen.

I køberetten arbejdes der også med en reklamationspligt. Køberetligt er reklamationspligten dog fastsat under hensyn til, at hvis der reklameres kan parterne opnå mulighed for afhjælpning. Det betyder, at der må være en pligt til at reklamere, således at der gives mulighed for at forbedre forholdet med afhjælpning. Udgangspunktet må således være, at baggrunden for at have en reklamationsmulighed er for at kunne opnå afhjælpning.

Ansættelsesretligt synes der dog ikke at være en mulighed for afhjælpning for lønmodtageren, når først denne er blevet afskediget fra arbejdspladsen. Det kan således virke paradoksalt, at man i nogle afskedigelsessituationer faktisk pålægger lønmodtageren at reklamere, idet lønmodtageren aldrig vil kunne opnå afhjælpning. Der vil omvendt i andre former for afskedigelse være bedre muligheder for arbejdsgiveren til at afhjælpe, hvorfor det formentligt vil give mening af der pålægges reklamationspligt i nogle tilfælde. Dette ansættelsesretlige speciale vil undersøge i hvilke tilfælde der pålægges en lønmodtager reklamationspligt, og eventuelt hvilke hensyn der ligger bag.

1.2. Afgrænsning

Projektet afgrænses til hovedsageligt at behandle passivitet og reklamation i ansættelsesretten ud fra lønmodtagerens synsvinkel. Omfanget af dette speciale gør, at det ikke er muligt i tilstrækkelig grad, at behandle både reklamationspligten fra lønmodtagerens og fra arbejdsgiverens synsvinkel. Af hensyn til dybden i specialet vil vægten således blive lagt på lønmodtagerens pligt til reklamation overfor arbejdsgiveren.

¹ Ole Hasselbalch, "Den danske arbejdsret, bind II: Ansættelsesretten", 1. udgave 2009, s. 909-910

I forbindelse med den teoretiske gennemgang af afskedigelse, vil obligationsretten kort blive inddraget for at belyse baggrunden for, hvorfor der findes en reklamationspligt. Den obligationsretlige del vil ikke være omdrejningspunktet for specialet. Det findes nødvendigt for at kunne behandle problemstillingen, at beskrive baggrundsgrunden, om hvorfor der findes en reklamationspligt.

Under hensyntagen til specialets omfang er der udvalgt nogle særlige situationer, som vil blive behandlet heri. Der er udvalgt nogle typetilfælde, hvor det kan diskuteres, hvorvidt lønmodtageren har en pligt til at reklamere eller ej. Desuden er de valgte tilfælde også nogle situationer, hvor der formentlig vil være forskellige hensyn til lønmodtageren og dennes pligt til at reklamere. Derudover er de nedenstående situationer valgt, fordi det i litteraturen ikke i særlig høj grad er belyst, og således findes det interessant, at behandle dette emne på baggrund af den retspraksis der måtte findes.

Et af de typetilfælde, der er udvalgt til behandling i specialet, omfatter den klare og den uklare bortvisning. Det er altså de tilfælde, hvor det står helt klart, at der er tale om en bortvisning. Ydermere omfatter det de tilfælde hvor lønmodtageren kan være i tvivl om, hvorvidt det er en bortvisning eller en almindelig opsigelse. I forbindelse med afskedigelse af en medarbejder vil man i nogle tilfælde opleve, at arbejdsgiveren opsiges medarbejderen, men med et forkert varsel. Dette vil også blive behandlet i specialet, idet det interessante her er, hvornår en lønmodtager i et sådant tilfælde har pligt til at reklamere overfor arbejdsgiveren. Endeligt vil usaglig afskedigelse, samt afskedigelse i forbindelse med lønmodtagerens sygdom blive behandlet.

På baggrund af det omfang som specialet skal have, vil der ikke ske behandling af, hvilke krav lønmodtageren har, henholdsvis ikke har i forbindelse med rettidig reklamation ved afskedigelse. Der vil således heller ikke blive foretaget nogle beregninger eller vurderinger af økonomiske krav overfor arbejdsgiveren, som lønmodtageren måtte være berettiget til. Ydermere vil der ikke ske en behandling af arbejdsgiverens reklamationspligt.

Der er ikke foretaget nogen afgrænsning af personkredsen, idet reglerne omkring reklamation og passivitet i det væsentligste omfatter alle ansættelsesforhold. I de fleste af de situationer der gennemgås nedenfor, har det således ikke betydning om lønmodtageren er omfattet af funktionærloven, overenskomst eller andet.

Specialet er afgrænset til at omfatte de ovenstående punkter. Afgrænsningen er især foretaget under hensyntagen til specialets omfang. Derudover giver det umiddelbart flest problemstillinger og tvivlsspørgsmål når der er tale om lønmodtagerens reklamationspligt i ansættelsesretten.

1.3. Problemformulering

I hvilke tilfælde har lønmodtageren pligt til at reklamere mod en afskedigelse, hvornår rammes lønmodtageren af passivitet, og er der forskellige hensyn til lønmodtageren afhængigt af i hvilke situationer der afskediges?

1.4. Metode

I dette speciale vil der blive analyseret og vurderet på i hvilke situationer en lønmodtager har pligt til at reklamere overfor en afskedigelse. Dette vil blive gjort på baggrund af litteraturen, samt relevant retspraksis, som vil blive inddraget i specialet. Der vil blive foretaget en diskussion og vurdering af, hvad der kan udledes af de enkelte retskilder. Denne behandling af problemstillingen vil blive gjort ved den retsdogmatiske metode (juridiske metode), som indebærer at alle relevante argumenter bliver klarlagt og opvejet overfor hinanden, med særligt henblik på at udlede et svar på den retlige problemstilling².

Den retsdogmatiske metode betyder at man beskriver gældende ret³. Man beskriver retten som den er, og således bringer dette typisk ikke noget nyt med til litteraturen. Derudover foretages en selvstændig analyse af de retskilder, der er relevante for specialet. Ved at sammenholde litteraturen samt relevant retspraksis vil gældende ret blive udledt, og samtidig vil en diskussion af de udledte principper være relevant.

I forbindelse med analyse af specialets problemstillinger, vil der løbende være en vurdering af de inddragende retskilders præjudikatværdi. Det er særlig relevant ved domsanalyse, at tage stilling til de retskilder der bruges. Der er flere faktorer, der kan have betydning for, hvorvidt en dom har høj eller lav præjudikatværdi. Det kan bl.a. afhænge af dommes formulering og behandling. Er der sket en meget præcis behandling og er afgørelsen bundet til det konkrete problem, så vil det medføre en lavere præjudikatværdi, end hvis der modsat er sket en forholdsvis generel behandling af problemstillingen⁴. På denne baggrund vil der i projektet også blive foretaget en vurdering af de anvendte retskilders anvendelighed på problemstillingen.

² Peter Blume, "Juridisk metodelære", 5. udgave 2009, s. 59

³ Peter Blume, "Juridisk metodelære", 5. udgave 2009, s. 161

⁴ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, "Retskilder & retsteorier", 3. reviderede udgave 2011, s. 168

2. Baggrundsjura

Omdrejningspunktet for dette speciale er lønmodtagerens reklamationspligt overfor arbejdsgiveren når der afskediges, samt hvilke principper der gælder vedrørende passivitet. For at kunne foretage en tilstrækkelig behandling af det ovenstående, vil det være nødvendigt at kigge på baggrundsjuraen, vedrørende reklamation og afhjælpning, samt passivitet, først.

2.1. Reklamation og afhjælpning

Indenfor mange juridiske områder findes der en pligt til at reklamere, og herefter en diskussion om hvornår der er afhjælpningspligt og afhjælpningsret. Her er fokuseret på det overordnede i obligationsretten, samt lavet en kort behandling af hvilke regler der bruges indenfor køberetten.

Som tidligere anført arbejdes der i obligationsretten, og særligt køberetten, med en reklamationspligt for realkreditor, hvis denne oplever mangler ved det købte. Det vil sige der skal være en form for misligholdelse af kontrakten mellem parterne, som medkontrahtenten skal reklamere over⁵.

I obligationsretten er udgangspunktet, at parterne ikke har nogen pligt til at afhjælpe, hvis der er mangler. Realdebitor kan dog vælge afhjælpning indenfor en skønsmæssig frist, hvis der foreligger misligholdelse. Afhjælpningen skal dog være både rettidig og effektiv før den kan afværge realkreditors misligholdelsesbeføjelser⁶. Der er fastslået en række undtagelser til dette udgangspunkt, som gør at afhjælpningspligten i mange tilfælde bliver den praktiske hovedregel⁷. Spørgsmålet er om der er en afhjælpningsret, som kan afværge realkreditors brug af misligholdelsesbeføjelser. Som udgangspunkt har man ikke en ret til afhjælpning, der er dog en række undtagelser til dette udgangspunkt, således at realdebitor i mange tilfælde har en afhjælpningsret⁸.

I køberetten gælder der et udgangspunkt om hurtig reklamation efter at have opdaget manglen, såfremt der ikke bliver reklameret indenfor forholdsvis kort tid, mistes adgangen til at påberåbe sig manglen⁹. Har køberen reklameret overfor sælgeren, vil sælgeren typisk være interesseret i at afhjælpe, fremfor at tage genstanden retur og miste salget. Det er i købelovens § 49 fastslået, at sælgeren kan afskære køberen fra sine misligholdelsesbeføjelser, ved at tilbyde afhjælpning. Det er desuden fastslået, at køberen kan kræve afhjælpning i nogle situationer, men at der ikke generelt er en afhjælpningspligt¹⁰.

På baggrund af det ovenstående kan det konkluderes, at der generelt i juraen er en reklamationspligt, såfremt man oplever mangler ved en genstand. Meningen med at have

⁵ Nis Jul Clausen, Hans Henrik Edlund og Anders Ørgaard, "Købsretten", 5. reviderede udgave 2012, s. 19

⁶ Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 77

⁷ Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 77

⁸ Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 78

⁹ Nis Jul Clausen, Hans Henrik Edlund og Anders Ørgaard, "Købsretten", 5. reviderede udgave 2012, s. 43

¹⁰ Nis Jul Clausen, Hans Henrik Edlund og Anders Ørgaard, "Købsretten", 5. reviderede udgave 2012, s. 40

reklamation må således være håbet om at få afhjulpet manglen, således at aftalen/kontrakten fortsat består på samme vis.

Spørgsmålet er således, om det giver mening at pålægge en lønmodtager en pligt til at reklamere overfor arbejdsgiveren, når denne bliver afskediget. Det klare udgangspunkt er at en afskedigelse er berettiget eller uberettiget. Det er således ofte et spørgsmål om, hvorvidt der skal betales erstatning eller ej. I nogle situationer vil en afskedigelse være endelig, mens det i andre situationer vil være muligt for arbejdsgiveren at afhjælpe, såfremt lønmodtageren reklamerer.

2.2. Passivitet og forældelse

I nogle situationer modtager medkontrahenten ikke reklamation, lige så snart der opstår en konflikt, og der er således risiko for, at der vil opstå passivitet og måske endda forældelse. I specialet vil det blive behandlet hvilke regler der gælder vedrørende passivitet og forældelse i forbindelse med afskedigelse. Det findes derfor relevant med en kort gennemgang af passivitets- og forældelsesreglerne helt overordnet.

Relevant for specialet er en gennemgang af den obligationsretlige ophørsgrund: retsfortabende passivitet¹¹. I dansk ret har vi den helt grundlæggende tankegang at, såfremt der måtte være et retsbrud, skal der reklameres inden rimelig tid. Hensynet til den godtroende medkontrahent, som oprigtigt ikke tror der er mangler ved ydelsen, taler for en passivitetsgrundsætning¹². Dette er et udslag af loyalitetsgrundsætningen, nemlig at parterne skal handle loyalt overfor hinanden, og reklamerer rettidigt, såfremt der skulle være mangler ved ydelsen¹³.

For at kunne statuere retsfortabende passivitet, skal der foreligge passivitet over længere tid, som gør at modparten indretter sig i god tro. Skal passiviteten føre til retstab, kræves det at der skal være tale om en kvalificeret passivitet. Desuden skal passiviteten have stået på i længere tid¹⁴. Der opereres i dansk ret med et indrettelseshensyn, der betyder, at jo længere tid der går inden der reklameres overfor modparten, jo mere vil modparten kunne nå at indrette sig på, at kravet ikke vil blive gjort gældende, og dette med rette¹⁵. Der gælder også et krav om, at det ikke er tilstrækkeligt, at der kun reklameres. En reklamation skal følges op af et videre retsskridt, således at der ikke indtræder passivitet.

Tidspunktet for indtræden af passivitet er forskelligt alt efter sagens indhold. Det har f.eks. betydning hvor klart kravet fremstår mellem parterne, om fordringens størrelse er uklar, og om skyldgrunden er uklar¹⁶. Det må således slås fast, at der ikke indtræder passivitet på samme tid i alle sager, men at dette er en konkret vurdering alt efter sagens omstændigheder.

¹¹ Jens Valdemar Krenchel, "Om retsfortabende passivitet", U.2000B.180, s. 1

¹² Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 235

¹³ Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 235

¹⁴ Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 236

¹⁵ Jens Valdemar Krenchel, "Om retsfortabende passivitet", U.2000B.180, s. 1

¹⁶ Jens Valdemar Krenchel, "Om retsfortabende passivitet", U.2000B.180, s. 2

Spørgsmålet er hvilke handlinger fra parterne, som sætter passivitet i gang. Skal den part der mener, at der er et retsbrud, foretage en eller anden handling, eller aktivt give udtryk for at vedkommende mener, at der er et retsbrud? Det er i litteraturen fastslået, at det i hvert fald ikke giver anledning til frafald ved passivitet blot på baggrund af tidens gang¹⁷. Det findes relevant at inddrage ovenstående problemstilling, idet man ellers kan overveje, hvorfor vi har forældelsesreglerne. Hvis et krav kunne bortfalde bare ved et almindeligt indrettelseshensyn, så ville forældelsesreglerne principielt være overflødige her.

Passivitetsfristen indledes når den berettigede får eller burde få kendskab til de reaktionskrævende omstændigheders indtræden. Det vil sige det tidspunkt hvor man indser eller burde indse, at passivitet kan opfattes dispositivt¹⁸. Det vil altså sige, at i det tilfælde hvor den berettigede giver den forpligtede en berettiget tro på, at der ikke vil blive reklameret over et retsbrud indtræder passiviteten. Den berettigede taber således muligheden for at gøre brug af sine misligholdelsesbeføjelser ved at lede den forpligtede ind i god tro om, at man ikke agter at gøre brug af misligholdelsesbeføjelser, og det er således også herfra passivitet begynder at løbe¹⁹. Det er f.eks. også tilfældet, hvor den forpligtede retter henvendelse til den berettigede for at få klarlagt omstændighederne, og den berettigede således her undlader at informere om brugen af misligholdelsesbeføjelser²⁰. Tager man udgangspunkt i ansættelsesretten, vil en arbejdsgiver f.eks. tabe sin mulighed for at gøre brug af misligholdelsesbeføjelserne, såfremt arbejdsgiveren taler med den ansatte om fremtidig planlægning af arbejdet, men uden samtidig at informere om overtrædelse af ansættelsesforholdet²¹.

Det kan således konkluderes, at den berettigede ikke konkret skal foretage en bestemt handling, før passivitet begynder at løbe. Rettigheden skal dog fremkomme uden ugrundet ophold, og der må således ikke være handlinger, som aktivt er med til at bringe den forpligtede i berettiget god tro om, at der ikke vil blive gjort brug af misligholdelsesbeføjelserne.

Ligesom ved passivitet bygger forældelsesreglerne også på et indrettelseshensyn. Dette udgangspunkt må efter nogle år føre til, at den forpligtede kan indrette sig på at kravet falder bort²². Der findes en række forskellige frister for hvornår der sker forældelse, alt efter hvilke forhold der er tale om. Den generelle forældelsesfrist er 3 år, jf. forældelsesloven § 3, for ansættelsesforhold er fristen dog 5 år, jf. forældelsesloven § 4.

Passivitet og forældelse ligger tæt på hinanden, forskellen ligger i den tid man har til rådighed før, der indtræder rettighedsfortabelse²³. Passivitet indtræder jf. ovenstående, efter en periode, hvor den berettigede ikke har reklameret overfor den forpligtende omkring sit krav. Forældelse

¹⁷ Jens Ravnkilde, "Passivitet", 2. udgave 2013, s. 98

¹⁸ Jens Ravnkilde, "Passivitet", 2. udgave 2013, s. 202

¹⁹ Jens Ravnkilde, "Passivitet", 2. udgave 2013, s. 139

²⁰ Jens Ravnkilde, "Passivitet", 2. udgave 2013, s. 109

²¹ Jens Ravnkilde, "Passivitet", 2. udgave 2013, s. 139

²² Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 243

²³ Jens Valdemar Krenchel, "Om retsfortabende passivitet", U.2000B.180, s. 1

foreligger jf. ovenstående efter lov, og dette kan karakteriseres som den yderste grænse for, hvornår en part kan fremkomme med krav.

Retsvirkningen af forældelse og passivitet er dog den samme, nemlig at det eventuelle krav bortfalder, og der ikke kan tages retsskridt overfor modparten vedrørende netop dette forhold²⁴.

Passivitet og forældelse kan blive aktuelt ved alle former for krav. Det er således også relevant i ansættelsesretten at se på, hvornår der indtræder passivitet i tilfælde af usaglig opsigelse.

2.3. Arbejdsgiverens passivitet

Det helt klare udgangspunkt for dette speciale er som tidligere beskrevet, lønmodtagerens reklamationspligt i forbindelse med afskedigelse. Det findes dog relevant med en kort beskrivelse af arbejdsgiverens pligter i forhold til at reklamere overfor den ansatte.

Det er her relevant at slå fast, at arbejdsgiverens reklamation i nogle tilfælde ligger i handlingen f.eks. ved bortvisningen. Det er gennem denne, at man som arbejdsgiver får fastlagt at en adfærd ikke accepteres. Det er fra denne reklamation er givet, at man som lønmodtager får en frist til at komme med en mod reklamation, for ikke selv at miste eventuelle krav ved passivitet. Hvis arbejdsgiveren mener, at en handling fra lønmodtageren er grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, og vil påberåbe sig dette som bortvisningsgrund, skal arbejdsgiveren straks reagere overfor den ansatte²⁵. Man kan sige, at dette er et udslag af loyalitetspligten mellem parterne i kontraktforholdet, som beskrevet under afsnit 2.2. Det bygger på den forestilling, at parterne skal reagere hurtigt, hvis der opleves mangler, så modparten ikke indretter sig på, at der ikke er noget galt. Det samme gælder i ansættelsesforhold.

Den interessante problemstilling bliver så, hvor hurtigt arbejdsgiveren egentligt er forpligtet til at reagere inden, der er risiko for at miste kravet ved passivitet. Det afgørende er her, om der er tale om et forhold, der er let at få overblik over, og om det let kan konstateres, hvorvidt der foreligger så grov misligholdelse, at der skal skrides til afskedigelse. Hvis der er tale om et forhold, der let kan vurderes, vil kun få dages venten kunne medføre passivitet for arbejdsgiveren, jf. U.1985.101 H, hvor der ikke var tvivl om handlingsforløbet, og derfor var det 10 dage for længe at vente med at bortvise. Arbejdsgiveren havde derfor mistet muligheden for at bortvise ved passivitet. Lønmodtageren kan, allerede efter kort tid, indrette sig på, at en handling ikke vil få yderligere konsekvenser²⁶.

Det vil dog i praksis ikke være tilfredsstillende for nogle af parterne, såfremt kravet om den hurtige reaktion overskygger det faktum, at der naturligvis skal være sikkerhed om den ansattes grove misligholdelse af ansættelsesforholdet, inden der skrides til bortvisning. Der gives derfor arbejdsgiveren en mulighed for at undersøge forholdet nærmere i de tilfælde, hvor der kan være

²⁴ Erik Werlauff, "Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber", 2. udgave 2011, s. 264, samt Jens Valdemar Krenchel, "Om retsfortabende passivitet", U.2000B.180, s. 4.

²⁵ Kia Dollerschell, "Bortvisning", 1. udgave 2011, s. 87

²⁶ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 829

tvivl om handlingsforløbet. Også her stilles der dog krav om, at arbejdsgiveren hurtigt får handlingsforløbet opklaret, således at den ansatte ikke skal befinde sig i uvished alt for længe²⁷.

Passivitetsvirkningen indtræder først fra tidspunktet, hvor arbejdsgiveren har opnået kendskab til den misligholdende handling²⁸. Det fremgår af praksis, at der ikke kan indtræde passivitet før arbejdsgiveren har kendt til forholdet, og at denne eventuelt har haft mulighed for at undersøge dette, jf. U.1964.750 VL, hvor arbejdsgiveren først halvanden måned efter handlingens udførelse blev bekendt med handlingen og bortviste den ansatte, der forelå ikke passivitet.

²⁷ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 830

²⁸ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 831

3. Bortvisning

I dette afsnit vil de ansættelsesretlige regler vedrørende muligheden for at bortvise en medarbejder blive gennemgået, samt blive sammenlignet med den almindelige ophørs metode, som er opsigelse. Afsnittet om bortvisning vil blive sluttet af med en analyse og diskussion af, hvorvidt en lønmodtager har pligt til at reklamere overfor arbejdsgiveren, ved henholdsvis den klare og den uklare bortvisning.

3.1. Teoretisk udgangspunkt i ansættelsesretten

Udgangspunktet i ansættelsesretten er, at arbejdsgiveren bestemmer, hvem der skal ansættes. Der er med andre ord ikke en kontraheringspligt²⁹. Dette udgangspunkt er dog modificeret af en lang række love³⁰, hvorfor arbejdsgiveren i praksis ikke har så frie rammer for beslutninger om ansættelser, som udgangspunktet i første omgang antager.

De fleste begrænsninger findes dog i arbejdsgiverens frie afskedigelsesret. Muligheden for at afskedige en medarbejder er ligeledes væsentligt begrænset af mange forskellige love, samt af overenskomster³¹. Det kan således i dag diskuteres om arbejdsgiveren reelt har en fri afskedigelsesret.

Det har afgørende betydning for ansættelsesforholdet, at både arbejdsgiveren og lønmodtageren overholder de i ansættelseskontrakten fastsatte kriterier for ansættelsesforholdet. Det betyder som udgangspunkt, at lønmodtageren skal stille sin arbejdskraft til rådighed, og for dette skal arbejdsgiveren udbetale vederlag. Dette følger også af princippet bag ledelsesretten, hvor arbejdsgiveren har retten til at lede og fordele arbejdet, mens den ansatte skal indrette sig herpå, og modtage vederlag for det udførte arbejde³². Såfremt lønmodtageren ikke overholder de i ansættelsesaftalen fastlagte kriterier for jobbet eller følger arbejdsgiverens ledelsesret, vil dette blive betragtet som misligholdelse af ansættelsesforholdet.

Er der tale om væsentlig grov misligholdelse af ansættelsesforholdet i det hele taget, vil arbejdsgiveren kunne bortvise den ansatte³³.

3.1.1. Bortvisning contra almindelig opsigelse

Ansættelsesforhold indgås som regel med henblik på længere tids ansættelse. Nogle ansættelser kan dog være tidsbegrænsede af flere forskellige grunde. Samtidig er de fleste ansættelsesforhold opsigelige med eller uden varsel.

En opsigelse er udtryk for, at lønmodtageren afskediges med det sædvanlige varsel. Det betyder således også, at den ansatte er forpligtet til at stille sin arbejdskraft til rådighed i

²⁹ Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 202

³⁰ Herunder bl.a. ligebehandlingsloven og foreningsfrihedsloven

³¹ Jens Paulsen, Bent Ramskov, Søren Ole Nielsen, "Personalejura - praktisk arbejdsret", 3. udgave 2011, s. 172

³² Jens Paulsen, Bent Ramskov, Søren Ole Nielsen, "Personalejura - praktisk arbejdsret", 3. udgave 2011, s. 163

³³ Kia Dollerschell, "Bortvisning", 1. udgave 2011, s. 15

opsigelsesperioden, og arbejdsgiveren er forpligtet til at betale løn som normalt. Såfremt den ansatte ikke stiller sin arbejdskraft til rådighed i denne periode, vil det blive betragtet som misligholdelse³⁴. Arbejdsgiveren er ikke forpligtet til at oplyse, hvorfor lønmodtageren bliver opsagt, men skal dog på forlangende oplyse om grunden til opsigelsen³⁵. Det er relevant her at bemærke, at en opsigelse ikke behøver at være afledt af at den ansattes forhold, men kan være afledt af virksomhedens forhold.

En bortvisning er derimod udtryk for, at et ansættelsesforhold afbrydes uden yderligere varsel³⁶. Det betyder også at den ansatte ikke er forpligtet til at stille sin arbejdskraft til rådighed længere. Typisk vil den ansatte blive bedt om at forlade arbejdspladsen for bestandigt. Bliver en ansat bortvist, ophører arbejdsgiverens pligt til at betale løn, idet ansættelsesforholdet afbrydes med det samme.

3.1.2. Grov misligholdelse

Når der er tale om meget grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, har arbejdsgiveren mulighed for at bortvise den ansatte³⁷. Dette fremgår desuden også af funktionærlovens § 4. Bortvisning må anses for at være den strengeste sanktion der kan bruges mod lønmodtageren, hvorfor der også skal tungtvejende grunde til for at benytte sig af denne. Spørgsmålet bliver så, hvad grov misligholdelse egentligt er, og hvornår der således kan bortvises.

Begrebet er ikke et fastlåst begreb, men derimod et begreb der kan ændre sig over tid. Det kan f.eks. være afhængigt af hvilken stilling der er tale om³⁸. Af disse grunde er grov misligholdelse heller ikke fastlagt i lovgivning eller i forarbejderne.

Nogle ting vil dog som hovedregel altid kunne karakteriseres som grov misligholdelse. Det er dog ikke altid at et forhold berettiger til bortvisning, blot fordi der er tale om grov misligholdelse. Der kan f.eks. ikke ske bortvisning, hvis der er tale om grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, men forholdet tidligere er accepteret af arbejdsgiveren. Det er således både en betingelse, at der er grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, og at arbejdsgiveren hverken udtrykkeligt eller stiltiende har accepteret forholdet, ved at forholde sig passiv³⁹.

Det vil typisk få betydning, om arbejdsgiveren har reageret overfor forholdet kort tid efter, det blev opdaget. Det skyldes, at såfremt arbejdsgiveren ikke reagerer forholdsvis hurtigt, vil den ansatte kunne anse forholdet for accepteret, og således kan arbejdsgiveren ikke bortvise. Tilsvarende vil man kunne opleve, at når der er tale om forhold, som egentligt ikke kan karakteriseres som grove, vil der alligevel kunne bortvises. Dette dog kun hvis den ansatte tidligere har fået en eller flere advarsler, som gør opmærksom på, at arbejdsgiveren ikke vil acceptere forholdet⁴⁰.

³⁴ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 589

³⁵ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 592

³⁶ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 818

³⁷ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 817

³⁸ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 819

³⁹ Kia Dollerschell, "Bortvisning", 1. udgave 2011, s. 15

⁴⁰ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 819

3.1.3. Bortvisningsgrunde

Når en medarbejder bliver bortvist, vil dette som regel være knyttet til et bestemt forhold. Hvis arbejdsgiveren angiver en bestemt grund til bortvisningen, vil det være denne begrundelse, som bortvisningens rigtighed vil blive vurderet på baggrund af. Det betyder, at hvis den angivne bortvisningsgrund ikke er holdbar, så vil bortvisningen i det hele taget heller ikke være det⁴¹. Det er også af denne grund vigtigt, at arbejdsgiveren begrundet bortvisningen så korrekt som muligt, og dermed undgår at få tilsidesat bortvisningen i det hele taget. Såfremt der bortvises uretmæssigt er arbejdsgiveren forpligtet til at betale erstatning til lønmodtageren, jf. funktionærlovens § 3. I sammenhæng hermed er der i litteraturen argumenteret for, at vurderingen af om misligholdelsen er særlig væsentlig er forskellig alt efter, om det er arbejdsgiveren eller den ansatte, der vil hæve ansættelsen. Der argumenteres for at såfremt virksomheden, uden at det medfører en større ulempe, vil kunne beholde den ansatte indtil et almindeligt opsigelsesvarsel udløber, så vil dette kunne tale for at der ikke er bortvisningsret⁴². Det vil sige, at hensynet til den ansatte vejer tungere end hensynet til virksomheden. Her spiller det også en rolle hvad misligholdelsen af ansættelsesforholdet omhandler, og om det besværliggør samarbejdet mellem parterne⁴³. Umiddelbart går denne påstand en smule imod udgangspunktet om, at den ansatte skal levere en arbejdsydelse, samt forholde sig loyal mod virksomheden. Ydermere kan det diskuteres, om ikke dette går imod princippet om, at arbejdsgiveren besidder ledelsesretten, antagelsesretten, og afskedigelsesretten.

Som det klare udgangspunkt er der ikke noget lovkrav om, at der skal være givet en advarsel, før arbejdsgiveren kan bortvise medarbejderen⁴⁴. Ofte vil nogle handlinger dog ikke udgøre en så væsentlig misligholdelse, at der bare kan skrides til bortvisning. Her vil det således være relevant med en advarsel overfor medarbejderen. En advarsel gives med det formål at orientere medarbejderen om, at gentagelse af et bestemt forhold vil blive karakteriseret som grov misligholdelse. Af denne grund er det også vigtigt, at advarslen er præcis formuleret, og er skriftlig. Ydermere skal advarslen specifikt angive, hvad der påtales, og hvilke konsekvenser det vil få for arbejdstageren. Når arbejdsgiveren har givet en advarsel, men den ansatte handler imod advarslen, er det arbejdsgiverens pligt at følge op på advarslen⁴⁵. Følger arbejdsgiveren ikke aktivt op på medarbejderens overtrædelse af advarslen, vil medarbejderen med rette kunne gå ud fra, at arbejdsgiveren har accepteret handlingen, og at denne ikke bliver mødt med en bortvisning. Skrider arbejdsgiveren ikke ind overfor en ny overtrædelse, vil advarslen miste sin virkning, og der vil ikke længere være grundlag for at foretage en bortvisning af den ansatte⁴⁶. En advarsel vil typisk efter 6-12 måneder, alt efter forholdene, falde bort. Arbejdsgiveren skal herefter starte forfra⁴⁷.

⁴¹ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 833

⁴² Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 359

⁴³ Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 360

⁴⁴ Kia Dollerschell, "Bortvisning", 1. udgave 2011, s. 17

⁴⁵ Mikael Marstal, "Bortvisning - suspension og fritstilling", 1. udgave 2013, s. 21

⁴⁶ Mikael Marstal, "Bortvisning - suspension og fritstilling", 1. udgave 2013, s. 21

⁴⁷ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 828

Bortvisning kan foretages på en lang række forskellige grundlag. Det kan være på baggrund af et enkeltstående forhold, som er så uacceptabelt, at der skrives til bortvisning. Eller der kan være tale om en medarbejder, som i flere tilfælde har fået en advarsel for sin opførsel, men som fortsætter med sin handling. Det afgørende er, at der er tale om grov væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, men samtidig er det også af betydning, at den handling der udføres påfører arbejdsgiveren skade. Det kan både være direkte økonomisk skade, eller skade ved adfærd, som kan påvirke andre kolleger og kunder⁴⁸.

Der er nogle handlinger og opførsler, som klart vil blive karakteriseret som bortvisningsgrunde. Det vil bl.a. være en bortvisningsgrund, såfremt den ansatte udfører konkurrencehandling. Hele ansættelsesforholdet bygger på en loyalitet mellem parterne. Arbejdsgiveren kan som udgangspunkt forvente, at den ansatte handler loyalt og troværdigt i forhold til virksomhedens formål og interesser⁴⁹. Det kan derfor karakteriseres som væsentlig misligholdelse, såfremt den ansatte udfører konkurrencehandling, og det vil berettige til øjeblikkelig bortvisning⁵⁰. Domstolene stiller store krav til loyalitetsforpligtelsen mellem arbejdsgiver og arbejdstager, og derfor er der et væsentligt element i ansættelsesforholdet.

Et andet tilfælde, der kan karakteriseres som klar bortvisningsgrund, er tyveri fra arbejdspladsen. Det bygger på den tillid, som arbejdsgiveren giver den ansatte. Sker det, at arbejdsgiveren med sikkerhed kan konkludere, at den ansatte har stjålet fra arbejdspladsen, er der tale om grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, som ikke kræver, at der bliver givet nogen advarsel først⁵¹.

Derimod er der andre ting, som ikke vil blive karakteriseret som en klar bortvisningsgrund, idet de ikke som udgangspunkt udgør så væsentlig misligholdelse. Det handler bl.a. om de tilfælde, hvor den ansatte ikke møder til tiden. Det vil ikke være en bortvisningsgrund, at den ansatte kommer nogle minutter for sent⁵². Det kan dog have betydning, hvor meget den ansatte kommer for sent, og hvilken påvirkning det har for virksomheden. Det er dog klart, at såfremt den ansatte gentagende gange kommer for sent, også efter at have modtaget en advarsel herom, eller i længere tid udebliver uden at opgive nogen grund herfor, så vil det kunne karakteriseres som en bortvisningsgrund. Dette fremgår også af retspraksis, jf. bl.a. U.1968.926 H, hvor en ansat kom flere timer for sent, og berettiget blev bortvist efter også at have modtaget en advarsel.

Det kan i et ansættelsesforhold ikke undgås, at der laves fejl af den ansatte. Almindelige og hændelige fejl vil ikke være bortvisningsgrund⁵³. Det er påregneligt, og selvom det i nogle situationer kan medføre tab, vil det ikke blive karakteriseret som en bortvisningsgrund. Heller ikke efter en advarsel vil det kunne karakteriseres som bortvisningsgrund⁵⁴.

⁴⁸ Mikael Marstal, "Bortvisning - suspension og fritstilling, 1. udgave 2013, s. 47

⁴⁹ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 878

⁵⁰ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 849

⁵¹ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 863

⁵² Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 835

⁵³ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 845

⁵⁴ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 845

Ovenstående er ikke udtømmende behandling af, hvilke muligheder der er for at bortvise en medarbejder. Det er blot udtryk for enkelte muligheder.

3.2. Den klare bortvisning

I dette afsnit vil den klare bortvisning af medarbejderen blive gennemgået og behandlet. Det er den situation, hvor der utvivlsomt er tale om, at medarbejderen er bortvist fordi denne har misligholdt ansættelsesforholdet. I denne situation er spørgsmålet, om lønmodtageren skal reklamere overfor arbejdsgiveren, og indenfor hvilken frist der skal reklameres, før der vil kunne indtræde passivitet.

Nedenfor vil der blive foretaget en analyse af udvalgte domme vedrørende passivitet ved bortvisning. Dommene nedenfor er udvalgt under hensyn til specialets omfang, samt den til dels ret begrænsede domspraksis vedrørende passivitet fra lønmodtageren. Derudover spænder dommene tidsmæssigt bredt, og giver derfor et godt indtryk af retstilstanden vedrørende reklamation og passivitet ved den helt grundlæggende bortvisningssituation.

Som anført ovenfor, i den teoretiske gennemgang om reklamation, er der generelt et udgangspunkt om, at der skal foretages reklamation forholdsvis hurtigt efter modparten opdager retsbrud. Det er forskelligt i de konkrete tilfælde, hvor hurtigt man kan forvente at der reklameres over retsbrud. Indenfor ganske få dage vil formentligt altid være rettidigt. Dette udgangspunkt må i hvert fald også accepteres i ansættelsesretten, hvor der i U.1998.655 V er taget stilling til lønmodtagerens passivitet.

U.1998.655 V: Funktionæren (F) havde været ansat i 14 år, og blev i 1995 bortvist efter at have taget 2 poser kaffe fra arbejdspladsen. F's advokat protesterer mod bortvisningen få dage efter, da det hele tiden havde været F's hensigt at tilbagelevere kaffen. F frifindes for tyveri i strafferetlig henseende, da der ikke var ført bevis for berigelsesforsæt. Landsretten fastslog, at der ikke var grundlag for at antage, at F havde til hensigt at stjæle kaffen. Der var desuden ikke passivitet, hvorfor F var berettiget til erstatning for uberettiget bortvisning.

Det slås i denne dom fast, at selvom hændelsesforløbet ligger rimelig klart både for funktionæren og for arbejdsgiveren, så accepteres det at funktionæren først efter 8 dage får reklameret over bortvisningen. Dette må også kunne karakteriseres som en forholdsvis hurtig reklamation. I Byretten lægges der vægt på, at funktionæren havde været ansat i 14 år uden nogen form for advarsler eller misligholdelse. Desuden at det ikke kunne karakteriseres som væsentlig misligholdelse, når funktionæren kun havde til hensigt at låne kaffen, som desuden kun havde en meget lille og uvæsentlig værdi. Landsretten, og for så vidt også Byretten, slog yderligere fast, at der ikke var tale om passivitet for funktionæren, da reklamationen kom kort efter at funktionæren havde fremlagt sin sag for en advokat.

Sammenholdes dette med den ovenfor anførte teori omkring bortvisning og passivitet, så må der henvises til, at funktionæren hurtigt efter bortvisningen tager kontakt til en advokat, som så reklamerer på dennes vegne. Derudover giver det ikke mening, at argumentere for at arbejdsgiveren allerede efter 8 dage skulle have indrettet sig på, at funktionæren ikke ville komme

med indsigelser mod bortvisningen. Det må således klart konkluderes, at det naturligvis er tilstrækkeligt, når funktionæren reklamerer indenfor en frist på omkring en uge.

Den ovenfor refererede dom er af ældre dato. Det er en dom, der stadig anvendes i litteraturen⁵⁵, og desuden en af de eneste domme der sætter en slags nedre grænse for reklamationspligten, hvorfor den stadig menes at kunne bidrage til en behandling af den ansattes reklamationspligt.

I ovenstående analyse blev det fastslået, at der i hvert fald ikke vil indtræde passivitet, hvis den ansatte reklamerer indenfor omkring en uge. Spørgsmålet er herefter, hvilke principper der kan udledes af retspraksis vedrørende en øvre grænse for, hvor længe den bortviste kan vente med at reklamere uden at blive ramt af passivitetsreglerne. I de domme der behandles nedenfor vil der være et noget større spænd fra bortvisningen til reklamationen. Det interessante er så at finde frem til, hvor grænsen går, og eventuelt hvilken betydning det har, når og hvis der foreligger undskyldende omstændigheder.

I U.2000.1357 H er problemstillingen, om der er passivitet når, der går 2 1/2 måned inden lønmodtageren reklamerer. Der er tale om en problemstilling, der opstår i forbindelse med bortvisning af en kommunalansat.

U.2000.1357 H: Lønmodtageren (LM) forlod i starten af maj 1994 arbejdspladsen efter et mindre skænderi med en leder. Den samme aften modtog hun en bortvisningsskrivelse. Herefter blev der afholdt flere møder med arbejdsgiveren, hvor der deltog repræsentanter fra LM's fagforening. I slutningen af juli 1994 protesterede LM i en skrivelse til arbejdsgiveren over bortvisningen. LM anså bortvisningen for uberettiget, idet arbejdsgiveren ikke havde foretaget partshøring af LM. Arbejdsgiveren kunne ikke godtgøre, at partshøringen ikke kunne have givet andet udfald end bortvisning, og da der ikke forelå passivitet, blev bortvisningen anset for ugyldig.

Det interessante i denne dom er, at det er den manglende partshøring ved bortvisningen, som der er uenighed omkring. Tvisten omfatter, hvorvidt der er reklameret over den manglende partshøring efter 2 1/2 måned, eller om der først er reklameret, da der indgives processkrift 2 år og 6 måneder senere.

I Landsretten kom man frem til, at bortvisningen ikke var ugyldig, og at det ikke havde nogen betydning om der var foretaget partshøring eller ej. Landsretten behandlede ydermere ikke spørgsmålet om passivitet. Formentligt fordi de fandt, at spørgsmålet om for sen reklamation over manglende partshøring ikke havde betydning, da Landsretten ikke mente, det kunne have ændret på udfaldet. Spørgsmålet om passivitet blev kun behandlet for Højesteret, og slog samtidig fast at bortvisningen var ugyldig, da det kunne have haft betydning, at lønmodtageren var blevet partshørt i sagen. For så vidt angår spørgsmålet om passivitet bemærkede Højesteret, at indsigelse mod den manglende partshøring var fremsat kun 2 1/2 måned efter bortvisningen, i en skrivelse

⁵⁵ Dommen fremgår bl.a. af Kia Dollerschell "Bortvisning", samt Lars Svenning Andersen "Funktionærret"

lønmodtageren lavede overfor arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren har i sin procedure påstået, at lønmodtageren skulle have fortabt sin ret ved passivitet, idet indsigelsen mod bortvisningen ikke er gjort gældende imellem tidspunktet for den skriftlige indsigelse, der fremsættes kun 2 1/2 måned efter bortvisningen, og processkriftet ca. 2 år og 6 måneder efter bortvisningen. Højesteret bemærker dog, at idet der lige siden bortvisningen havde været tvist om berettigelsen af denne, samt den manglende partshøring, og at der var kommet en reklamation fra lønmodtageren, så forelå der ikke passivitet.

I forhold til det tidligere beskrevne omkring modpartens indrettelseshensyn, samt det tidsmæssige aspekt i at man kan forvente en forholdsvis hurtig reklamation, kan afgørelsen give anledning til et par yderligere bemærkninger. I dette tilfælde hænger disse to aspekter tæt sammen. Fra lønmodtageren modtog bortvisningen, og indtil der kom en reklamation, gik der 2 1/2 måned. Det hænger ikke umiddelbart sammen med principperne om hurtig reklamation, når der for modparten foreligger et retsbrud. Samtidig hænger dette heller ikke rigtigt sammen med princippet om et indrettelseshensyn, hvor modparten kan forvente ikke at blive mødt med nogle krav, hvis der i en længere periode ikke reklameres. I afgørelsen U.2000.1357 H må det dog have haft en stor betydning, at der ganske kort tid efter bortvisningen, blev givet til lønmodtageren, var indgået forhandlinger mellem parterne. Således kan der argumenteres for, at lønmodtageren berettiget har afventet disse forhandlingers udfald, inden der fremkom behov for at reklamere overfor arbejdsgiveren. Ligeledes kan man fra arbejdsgiverens side argumentere imod, at denne kunne have nået at indrette sig på, at der ikke var nogle problemer med bortvisningen, idet der allerede kort efter bortvisningen startede forhandlinger op om at få lønmodtageren omplaceret. Omvendt kan det fra arbejdsgiverens side også give en forventning om, at der ikke konkret var problemer med bortvisningen, idet forhandlingerne mellem parterne bar præg af at omhandle mulighed for omplacering.

Der er i denne afgørelse tale om en forholdsvis ny dom, hvorfor det må kunne anses som relevant at inddrage dommen, ved en behandling af reklamation ved bortvisning.

På baggrund af det ovenfor nævnte kan det konkluderes, at der skal meget til før arbejdsgiveren kan indrette sig i forventning om, at der ikke fremkommer nogle krav fra lønmodtageren. Ligeledes viser denne afgørelse, at der godt kan gå en længere periode før der reklameres, og i hvert fald særligt i de tilfælde, hvor der er igangsat en eller anden form for handling fra lønmodtagerens side.

En del år tidligere blev der afsagt to afgørelser, hvor vægten formentlig i høj grad lå på en række undskyldende omstændigheder, som gjorde at der på trods af forholdsvis sen reklamation, stadig ikke forelå passivitet. I U.1965.115 H var der tale om en situation, hvor der først reklameredes 10 måneder efter bortvisningen.

U.1965.115 H: Funktionæren (F) modtog i marts 1962 en skriftlig opsigelse, da der henvistes til F's nedsatte synsevne, som begrundelse for ikke at kunne udføre arbejdet. Kort efter fik F besked på ikke at møde på arbejde mere, og blev således bortvist. Afskedigelsen ansås for uberettiget, da arbejdsgiveren ikke kunne godtgøre at F ikke havde været i stand til at udføre sit arbejde.

I denne dom går der 10 måneder inden funktionæren reklamerer over bortvisningen ved at rejse krav. Der lægges i dommen til grund i både Landsretten og Højesteret at funktionæren faktisk har gjort indsigelser i umiddelbar tilknytning til afskedigelsen. Den endelige reklamation kom dog først efter 10 måneder.

I Landsretten lægges der især vægt på, at funktionæren havde søgt bistand i sagen flere steder, og at spørgsmålet var fulgt op uden unødigt forsinkelse. Derudover var der gjort indsigelse overfor arbejdsgiveren, som således ikke med rette kunne forvente, at der ikke blev gjort yderligere i sagen. I Højesteret stadfæstedes Landsrettens afgørelse, idet der også her blev henvist til, at funktionæren ikke havde mistet sit krav overfor arbejdsgiveren blot fordi der gik 10 måneder inden der kommer en reklamation. I det hele taget lægges der særligt vægt på, at funktionæren over en periode havde forsøgt at opnå hjælp til sagen, og derved ikke havde forholdt sig passivt.

Sagen er en smule speciel, idet der er tale om en tysk medarbejder, som også har lidt svært ved at opnå den rette bistand i forbindelse med sagen. Derudover bliver funktionærens kone syg, og derfor rejser han ret hurtigt afsted til Tyskland. Det kan således anføres, at der muligvis i retternes afgørelser er taget overvejende hensyn til disse undskyldende omstændigheder, som foreligger for funktionæren. Derudover kan der argumenteres for, at det også kan have haft en særligt betydning, at funktionæren er tysker og således har haft lidt svært ved at få opsøgt den nødvendige hjælp. I hvert fald slår Højesteret fast her, at selv en reklamation efter 10 måneder vil kunne accepteres. Det kan dog diskuteres, om det under normale omstændigheder vil blive accepteret i retten i dag.

I U.1965.115 H er der tale om en forholdsvis gammel dom. Den findes dog alligevel at kunne bidrage til analysen, både fordi den indeholder nogle andre elementer end de andre gennemgåede domme, men også fordi der tidligere er afsagt en lignende dom. jf. U. 1958.551 H.

U.1958.551 H: En ansat tegner (T) blev 7. august 1956 bortvist af fabrikanten. Bortvisningen fandtes ikke at have været tilstrækkeligt begrundet. T fremsatte først konkret i en skrivelse protest mod bortvisningen, og fremsatte krav 14. januar 1957. Der gik næsten 5 måneder inden der blev reklameret. Dette fandtes dog ikke at have medført at T havde mistet sit krav pga. passivitet.

I U.1958.551 H var der foretaget en forholdsvis sen reklamation. Funktionæren blev opsagt med forkert varsel, men blev kort efter bortvist i stedet. Der blev først fremsat en klar reklamation overfor bortvisningen ca. 5 måneder efter den endelige bortvisning. I Sø- og Handelsretten kom man frem til, at der ikke forelå passivitet på trods af den forholdsvis lange reklamationstid. Retten udtalte at der under normale omstændigheder ville blive statueret passivitet efter så lang tid, men at det ville være betænkeligt i dette tilfælde, da der forelå særlige omstændigheder. De særlige omstændigheder indebar, at både funktionæren og dennes advokat blev alvorligt syge, og at de mistede kontakten kort.

Interessant er det, at der i Højesteret var dissens, hvoraf de tre dommere ville stadfæste Sø- og Handelsrettens afgørelse. De resterende to dommere mente ikke, at de undskyldende omstændigheder omkring sygdom kunne berettige til, at funktionæren forholdt sig passiv over en så lang periode som 5 måneder.

Der er i nyere retspraksis taget stilling til en sag, hvor der gik omkring 14 måneder inden lønmodtageren reklamerede, jf. Vestre Landsrets dom af 2. juni 1998. Her forelå der ikke passivitet, men det blev dog ikke yderligere uddybet i Landsrettens afgørelse. Det må dog nok kunne tillægges løbende brevveksling, samt aktive handlinger fra funktionæren, som afgørende betydning for at der ikke blev statueret passivitet. Til forskel fra de to andre sager fandtes der ikke umiddelbart her nogle undskyldende omstændigheder for, hvorfor kravet ikke var fremsat tidligere.

En forsigtig konklusion i forbindelse med de tre ovenstående domme må nok være, at det for arbejdsgiveren er ret lang tid at afvente henholdsvis 5, 10 eller 14 måneder på en reklamation. Argumentet går på, at de undskyldende omstændigheder omkring sygdom, funktionærens udenlands forhold, samt de forskellige forsøg på at opnå bistand i sagerne kan have haft afgørende betydning for afgørelsernes udfald. I dommen, hvor der accepteredes 14 måneders reklamationsfrist, er det formentligt afgørende, at der løbende har været aktivitet fra funktionæren, samt løbende korrespondance. Så lange reklamationsfrister accepteres formentlig kun, såfremt der virkelig foreligger disse særligt undskyldende omstændigheder.

Ovenfor er gennemgået en række domme, hvor der ikke foreligger passivitet, endda selvom der i nogle tilfælde er gået ganske lang tid, inden der blev reklameret. Nedenfor vil blive behandlet afgørelser, som viser, i hvilke tilfælde der statueres passivitet. Der har i retspraksis været et ret begrænset antal domme, hvor det slås fast, at der foreligger passivitet. Det er dog alligevel tilfældet i U.2013.196 Ø.

U.2013.196 Ø: Den ansatte (A) blev bortvist i juni 2006, efter mistanke om underslæb. A's advokat tilkendegav kort herefter at der muligvis ville blive rejst yderligere krav i forbindelse med bortvisningen. Der afholdtes møder mellem parterne, og der var løbende kontakt mellem dem, uden at der nævnes noget om krav vedrørende bortvisningen. A's advokat rejste i 2010 krav i forbindelse med bortvisningen, idet advokaten mente bortvisningen var urimelig. Retten kom frem til at A's krav måtte anses for bortfaldet ved passivitet.

I denne afgørelse går der mere end 4 år, inden den ansatte gennem sin advokat får fremsat krav i forbindelse med bortvisningen. Den ansatte tog kort tid efter bortvisningen kontakt til en advokat, og der blev afholdt møder, samt foretaget brevveksling. Det er også blevet anført, at der muligvis vil fremkomme krav mod arbejdsgiveren, dog uden at der i nogle af skrivelserne eller under møderne fremkom konkrete krav overfor arbejdsgiveren.

I både Byretten og Landsretten kom de frem til, at lønmodtageren i dette tilfælde havde fortabt sit krav ved passivitet. Der lægges især vægt på, at lønmodtageren allerede på et langt tidligere tidspunkt kunne være fremkommet med et mere konkret krav.

I forhold til det tidligere anførte, vedrørende de grundlæggende principper ved passivitet, kan der her argumenteres for, at der formentligt også er blevet inddraget et indrettelseshensyn under bedømmelsen. Arbejdsgiveren har her indrettet sig i god tro, idet der "trues" med, at der kan komme flere krav, men dette blev dog ikke fulgt op. Det må kunne karakteriseres som det nærmest urimelige, såfremt man som arbejdsgiver skulle leve med, at der kunne fremkomme krav selv efter så lang tid. Her skal man dog huske, at forældelsesfristen efter forældelsesloven er 5 år, men i tilfælde som dette, hvor der løbende er korrespondance mellem parterne, er det klart at arbejdsgiveren kan forvente, at den ansatte fremsætter sit krav væsentligt tidligere end efter 4 år.

Modsat blev det ovenfor under de indledende bemærkninger beskrevet, at når den ansatte havde foretaget sig aktive handlinger, og måske endda havde gjort arbejdsgiveren opmærksom på sit eventuelle krav, så ville det på en måde stoppe passiviteten. Konklusionen i denne afgørelse er nok, at indrettelseshensynet og urimeligheden ved at kunne fremsætte krav så sent taler for, at der foreligger passivitet. I denne situation er der ikke nogen undskyldende omstændigheder, der gør at kravet fra den ansatte ikke kunne være fremsat tidligere, hvorfor der statueres passivitet. Desuden kan det nok i netop situationen her siges at være tidens blotte gang, som også medfører passivitet.

Der er her tale om en forholdsvis ny dom, hvorfor den er særlig relevant for beskrivelsen af retspraksis. Det bør dog nok bemærkes, at det i dette tilfælde ikke er så afgørende, hvor ny eller gammel dommen er, idet der formentligt her er tale om et tilfælde, som er så yderligere gående, at det altid vil blive karakteriseret som passivitet. Denne konklusion kan også drages på baggrund af Næstved Byrets dom af 2. februar 2006, hvor der statueres passivitet, da der går mere end 2 år, inden lønmodtageren fremsætter krav efter bortvisning. I denne afgørelse havde der også været korrespondance mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren. Først omtrent 2 år efter bortvisningen, og den løbende korrespondance, bliver der anlagt sag mod arbejdsgiveren, hvor lønmodtageren fremsætter krav. I Byrettens begrundelser omtales igen indrettelseshensynet, og således hensynet til arbejdsgiveren, idet den ansatte langt tidligere burde have fremsat sit krav. Byrettens afgørelse er senere stadfæstet i Østre Landsrets dom af 30. oktober 2006.

På baggrund af behandlingen af dommene omkring den klare bortvisningssituation, kan det konkluderes, at der helt generelt gælder et princip om, at lønmodtageren skal reklamere, såfremt denne ikke er enig i bortvisningen eller mener at have andre krav i denne forbindelse. I udgangspunktet kan arbejdsgiveren forvente en forholdsvis hurtig reklamation fra lønmodtageren, såfremt denne mener at have nogle krav.

Som det ses i de ovenstående domme, kan der være en række forskellige grunde til, at en forholdsvis lang reklamationsfrist accepteres i retspraksis. Det er dog helt tydeligt i afgørelserne, at der ikke er lagt særlig vægt på, at det kun skulle være formelle skridt, som kan afbryde passiviteten. Det vil altså sige, at der ikke umiddelbart stilles noget krav om, at der skal være en skriftlig indsigelse, en stævning, eller anden formel aktivitet før passiviteten afbrydes. I flere af dommene ligger dommerne afgørende vægt på, at passiviteten allerede kan afbrydes, når blot den bortviste foretager en form for aktivitet, så som kommunikation mellem parterne, sagen overdrages til advokat, fagforening eller der gøres indsigelse på anden måde.

Udelukkende på baggrund af de analyserede domme, må det i hvert fald konkluderes at grænsen for, hvor sent lønmodtageren kan reklamere efter en bortvisning ligger indenfor de 14 måneder, hvor der ikke forelå passivitet, og 2 år, hvor der forelå passivitet. Henset til arbejdsgiverens indrettelseshensyn kan der argumenteres for, at selv efter 14 måneder skal der være rimelig gode grunde, før der ikke indtræder passivitet. Dette bygges også på Sø- og Handelsrettens udtalelse i dommen U.1958.551 H, hvor det slås fast, at der nok under normale omstændigheder ikke vil blive accepteret så lang venten som 5 måneder.

Det kan herefter konkluderes, at grænsen for hvornår den bortviste skal reklamere især afgøres af sagens individuelle omstændigheder. Der er i en række af dommene lagt vægt på, at der mellem parterne er startet forhandlinger, der er løbende kontakt, eller sagen er overgivet til tredjemand, herunder advokat eller fagforening. Der lægges derudover også meget vægt på, at den bortviste aktivt foretager sig handlinger, som gør at passivitet ikke fortsætter med at løbe.

3.3. Den uklare bortvisning

I dette afsnit vil der blive foretaget en beskrivelse og analyse af de tilfælde, hvor der er tvivl om, hvorvidt der foreligger en bortvisning eller ej. Det er typisk de tilfælde, hvor der kan opstå tvist om, hvorvidt der er tale om den ansattes selvvalgte bortgang eller en bortvisning fra arbejdsgiverens side. Altså de tilfælde hvor der er tale om en uklar situation.

Det er vigtigt her stadig at holde fast i, at de almindelige principper, som beskrevet ovenfor vedrørende bortvisning, fortsat gælder, såfremt der er tale om en bortvisning. Det betyder, der skal foreligge misligholdelse af ansættelsesforholdet, og at en sådan misligholdelse skal være af en væsentlig karakter⁵⁶.

I disse sager er det typisk sådan, at det i udgangspunktet er den ansatte der skal kunne dokumentere berettigelsen af udeblivelsen. Samtidig gælder det dog, at arbejdsgiveren ikke kan forholde sig helt passiv. Det er typisk arbejdsgiveren, som er nærmest til at få undersøgt forholdene, såfremt der foreligger uklarheder⁵⁷. I de fleste tilfælde vil der være tale om, at parterne har opfattet udfaldet af en episode forskelligt, således at den ene måske tror der er tale om bortvisning, mens den anden tror der er tale om frivillig bortgang. Man kan sige, at det er den situation, hvor den ene af parterne eller begge er i en vildfarelse omkring udeblivelsen fra arbejdet, og hvilke konsekvenser det har for ansættelsesforholdet. Derfor gælder der formentligt helt generelle krav om, at den ansatte må reklamere overfor arbejdsgiverne, hvis der menes at foreligge en uberettiget bortvisning. Samtidig er der nok et krav om, at hvis der er uenighed om, hvorvidt det er en bortvisning eller ej, så skal den ansatte tilbyde sin arbejdskraft til arbejdsgiveren⁵⁸. Desuden pålægges arbejdsgiveren at reklamere overfor lønmodtageren i de tilfælde, hvor lønmodtageren gerne vil have bekræftet, om en bortvisning er ment alvorligt⁵⁹.

⁵⁶ Se mere ovenfor under afsnit 3.1.2.

⁵⁷ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 895-896

⁵⁸ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 897

⁵⁹ Jens Paulsen, "Afskedigelse - arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt, 1. udgave 2015, s. 781

Ved vurderingen af om der er tale om en bortvisning eller ej, tages der udgangspunkt i den handling, der har skabt usikkerheden for både arbejdsgiveren og lønmodtageren. Har handlingen form som definitiv karakter, så vil det typisk blive betragtet som en bortvisning. Det kan f.eks. være den situation, hvor lønmodtageren afleverer sine nøgler, eller hvor arbejdsgiveren har bedt den ansatte om at forsvinde⁶⁰. Det kan også være ved en vurdering af sprogbrugen mellem parterne. Her må man tage hensyn til, hvilket sprog der normalt bruges i virksomheden⁶¹.

Det er udgangspunktet, at både bortvisning, ophævelse og bortgang ikke kan tilbagekaldes ensidigt fra den ene af parterne. Som regel gives der dog begge parter en pligt og mulighed til, at rette de uoverensstemmelser der måtte være opstået.

I de tidligere nævnte tilfælde, hvor der på baggrund af enten arbejdsgiverens eller lønmodtagerens handlinger opstår tvivl om, hvorvidt der er tale om en bortvisning eller ej, er spørgsmålet om der gælder de samme regler for lønmodtagerens reklamationspligt, samt en eventuel indtræden af passivitet. Det interessante er bl.a., om der kan indtræde passivitet, hvis lønmodtageren er i en vildfarelse og derfor udebliver fra arbejdet.

Der fremgår ikke umiddelbart af retspraksis tilfælde, hvor en medarbejder er blevet bragt i en vildfarelse, og samtidig har kunnet anses for bortvist ved passivitet. Det har dog været muligt, at finde frem til en utrykt afgørelse fra Sø- og Handelsretten af 8. januar 1987⁶². Afgørelsen er refereret af Lars Svenning Andersen i "Funktionærret", hvor han skriver følgende om afgørelsen:

*"Efter en ophidset diskussion den 24. juli 1985 forlod F arbejdspladsen, og det måtte lægges til grund, at F opfattede sig som bortvist. Dette bestred A imidlertid efterfølgende, og da der var usikkerhed om, hvorvidt det passerede kunne betragtes som en bortvisning, kom det F til skade, at han først den 12. august - 21 dage senere - havde protesteret mod bortvisningen, hvis rigtighed A straks bestred."*⁶³

I afgørelsen var der således klart tvivl om, hvorvidt der var tale om en bortvisning, idet den ansatte ikke havde fået en konkret bortvisning, men blot havde forladt arbejdspladsen. Det må således kunne karakteriseres som en uklar bortvisning, idet begge parter befandt sig i en vildfarelse. I denne sag blev der inddraget en form for passivitet, idet det blev fastslået, at det måtte komme den ansatte til skade, at der ikke var blevet reklameret overfor den uklare bortvisning før end 21 dage senere.

Det er svært klart og tydeligt at konkludere noget på baggrund af en enkelt endda utrykt afgørelse, som også er forholdsvis gammel, samt den anførte litteratur. Ydermere har det ikke været muligt at

⁶⁰ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 898

⁶¹ Jens Paulsen, "Afskedigelse - arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt", 1. udgave 2015, s. 781

⁶² Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 897-898

⁶³ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 897 nederst - 898 øverst

finde frem til denne afgørelse andre steder, hvorfor afgørelsen i sin fulde længde ikke har været mulig at inddrage i specialet.

Det kan dog formentligt på baggrund af det gennemgåede konkluderes, at der må være en pligt til at reklamere for funktionæren, når denne er i en vildfarelse, og at denne endog er ret kort. Dette må holdes op imod, at arbejdsgiveren og lønmodtageren typisk vil være i en form for vildfarelse, og at parterne er forpligtet til at bringe hinanden ud af denne vildfarelse. Der vil således kunne indtræde passivitet, såfremt den ansatte ikke får reklameret overfor arbejdsgiveren, i de tilfælde hvor det er uklart, om det er en bortvisning eller ej. Omkring reklamationsfristens længde er det svært at konkludere noget fast, det må nok antages at følge udgangspunktet om reklamation indenfor rimelig tid.

4. Forkert varsel

Efter at have analyseret og behandlet problemstillingen omkring passivitet ved bortvisning, vil der nedenfor blive foretaget en behandling af den situation, hvor arbejdsgiveren ønsker at opsiges medarbejderen, men får givet et forkert varsel. Spørgsmålet er i den situation, om den ansatte har pligt til at reklamere, og i givet fald indenfor hvilken frist der bør reklameres.

I forbindelse med behandlingen af ovenstående situation, findes det relevant først at indlede med en beskrivelse af generelle principper for den almindelige opsigelse. Opsigelsesvarslerne kan opdeles i ulovbestemte og lovbestede, hvilket vil være den opdeling, der følges heri.

Det findes ydermere relevant herunder at foretage en behandling omkring opsigelse med baggrund i sygdom. Der kan i forbindelse med opsigelse efter 120-dages reglen også blive afgivet en forkert opsigelse. I den situation er der dog ikke tale om forkert varsel i klassisk forstand, og heller ikke tale om en vildfarelse, men derimod tale om forkert brug af en retsregel, hvorfor dette vil blive behandlet i afsnit for sig.

4.1. Opsigelsesvarsler

I dette afsnit vil der kort blive redegjort for almindelige principper vedrørende opsigelsesvarsler. Fokus vil være på både det ulovbestemte og lovbestede område. Under det lovbestede område vil gennemgangen kredse om funktionærloven, idet denne gruppe af ansættelser anses for at fylde en betragtelig del på arbejdsmarkedet.

4.1.1. Ulovbestemt

Det ulovbestemte område omfatter ansættelsessituationer, hvor de ansatte er omfattet af en overenskomst på deres område, eller hvor ansættelsen bygger på en helt almindelig aftale mellem parterne.

De fleste ansættelsesforhold indgås opsigeligt, sådan at parterne gensidigt kan opsiges ansættelsesforholdet, andre indgås begrænset for en periode, eller til en opgave er løst⁶⁴. Hvor andet ikke er aftalt mellem parterne, vil en ansættelseskontrakt altid være mulig at opsiges efter de varsler, der fremgår af ansættelseskontrakten eller overenskomst.

Den ansatte kan kun opsiges af den person, som har opsigelseskompetencen i virksomheden. Her gælder de almindelige aftaleretlige principper, om hvem der har fuldmagt til at træffe sådanne beslutninger⁶⁵. I mange tilfælde vil opsigelseskompetencen ligge ved den samme, som har ansættelseskompetencen. Typisk vil det give sig selv, hvem der har denne kompetence, og således i hvilke tilfælde den ansatte kan anse sig for opsagt. Generelt set gælder aftalelovens principper på ansættelsesforhold, som ikke er reguleret via overenskomst. Det gælder således også, at en opsigelse kan anses for at være et påbud som i den aftaleretlige forstand⁶⁶. Det

⁶⁴ Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 225

⁶⁵ Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 226

⁶⁶ Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 228

betyder også, at opsigelsesvarslet begynder at løbe fra det er kommet frem til den ansatte, og altså ikke først når det er kommet til kundskab.

Opsigelsens form vil som udgangspunkt fremgå af ansættelseskontrakten. Såfremt der ikke foreligger en konkret aftale herom er der ingen specifikke krav omkring opsigelsens form. Det vil sige, den ikke behøver være skriftlig, dog vil det typisk være at foretrække at en opsigelse er skriftlig, under hensyn til at kunne bevise opsigelsestidspunktet. Det er dog et krav at det af opsigelsen, hvad enten den er skriftlig eller ej, klart tilkendegives overfor den ansatte, at det er en opsigelse, og hvornår ansættelsesforholdet stopper⁶⁷.

I de tilfælde, hvor ansættelsen bygger på det ulovbestemte område, kan det således ikke fastslås, hvilke nærmere principper der gælder for opsigelsen. Det skyldes, at det udelukkende bygger på enten individuelle aftaler mellem parterne, eller kollektive aftaler, idet en overenskomst er en aftale mellem arbejdsgiverorganisation og en lønmodtagerorganisation. Således bærer ansættelser på det ulovbestemte område præg af aftalefrihed, og derfor også frihed til at aftale andre opsigelsesvarsler end de lovbestemte, jf. gennemgangen straks nedenfor.

4.1.2. Lovbestemt

Der findes en række forskellige love, som regulerer forskellige ansættelsesforhold, og dermed også opsigelser. Det betyder, modsat ovenfor, at parterne ikke i lige så høj grad aftale sig ud af, hvilke principper der skal gælde for ansættelsen, og herunder heller ikke for opsigelsesvarslene. Der findes også lovbestemte regler om ansættelse og opsigelse i bl.a. tjenestemandsløven og sømandsløven. I dette afsnit vil det blive beskrevet hvilke varsler der gælder efter funktionærloven, idet denne gruppe af lønmodtagere må anses for at være en af de største.

Funktionærlovens personkreds fremgår af lovens § 1, stk. 1:

“§ 1. Ved funktionærer forstås i denne lov følgende personer:

- a) Handels- og kontormedhjælper, beskæftiget ved køb eller salg, ved kontorarbejde eller dermed ligestillet lagerekspedition.*
- b) Personer, hvis arbejde består i teknisk eller klinisk bistandsydelse af ikke-håndværks- eller -fabriksmæssig art, og andre medhjælper, som udfører et arbejde, der kan sidestilles hermed.*
- c) Personer, hvis arbejde udelukkende eller i det væsentlige består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde.*
- d) Personer, hvis arbejde overvejende er af den under a) og b) angivne art.”*

Det vil typisk være en vurdering af det enkelte ansættelsesforhold, hvornår man er omfattet af funktionærloven, men i hvert fald vil de fleste butiksansatte, kontomedarbejdere og sygeplejersker være omfattet. Derimod vil togførere, chauffører og pædagogiskarbejde ikke være omfattet⁶⁸.

⁶⁷ Ole Hasselbalch, “Lærebog i ansættelsesret og personale jura”, 4. udgave 2012, s. 227

⁶⁸ Jf. i det hele behandlingen i Lars Svenning Andersen m.fl., “Funktionærret”, 4. udgave 2011, kap. 1 om funktionærbegrebet

Når man ansættes efter funktionærloven, kan man både ansættes på tids- eller opgavebegrænsede kontrakter, samt på almindelig kontrakt som følger de fastlagt opsigelsesvarsler i funktionærloven. Opsigelsesvarslene i funktionærloven er fastlagt i lovens § 2, herunder fremgår det af stk. 2 hvilke varsler arbejdsgiveren skal opsiges lønmodtageren med:

“Stk. 2. Opsigelse fra arbejdsgiverens side skal ske med mindst

- 1) 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang i de første 6 måneder efter ansættelsen,*
- 2) 3 måneders varsel til fratræden ved en måneds udgang efter 6 måneders ansættelse.”*

Heraf fremgår det, at opsigelsesvarslet er forskelligt alt efter hvor længe man har været ansat. Det er i bestemmelsens stk. 7 fastslået, at den konkrete opsigelse skal ske i så god tid, at fratrædelse kan ske inden periodens udløb. Det betyder således at varslet skal være meddelt inden udløbet af de første 5 måneder, hvis der kun er en måneds varsel⁶⁹.

Sker opsigelsen derimod fra funktionærens side fremgår det at lovens § 2, stk. 6, at dette skal ske med 1 måneds varsel til ophør ved en måneds udgang. Dette kan dog fraviges, således at der for funktionæren gives et kortere varsel til at opsiges stillingen.

Modsat under de ulovbestemte opsigelsesvarsler, gælder der ifølge funktionærlovens § 2, stk. 7 krav om at opsigelsen skal være skriftlig, samt krav om at hvis funktionæren anmoder herom, skal arbejdsgiveren skriftligt oplyse årsag til afskedigelsen. Der er dog i retspraksis stillet tvivl om, hvorvidt kravet til skriftlighed kan anses for at være et gyldighedskrav⁷⁰. Det må nok slås fast, at skriftlighed ikke er et gyldighedskrav, men såfremt opsigelse ikke gives skriftligt, stilles der større krav til beviset for rettidig opsigelse⁷¹. Skriftlighed må derfor anbefales også under hensyn til bevisførelse for opsigelsestidspunktet.

De ovenfor anførte regler om opsigelse efter funktionærloven finder ikke anvendelse, når der er tale om ansættelse af midlertidig karakter. Derimod finder de anvendelse, når der er tale om tids- eller opgavebegrænsede ansættelser⁷². Det findes dog ikke relevant at gennemgå dette nærmere.

4.2. Passivitet og reklamation ved forkert varsel

I forbindelse med at en ansat opsiges, vil det i nogle tilfælde opleves, at der ikke er enighed mellem parterne om, hvorvidt det angivne varsel i opsigelsen er korrekt. Derudover vil der i nogle tilfælde ved en fejl fra arbejdsgiverens side, blive givet et forkert varsel. I disse tilfælde er det relevant at diskutere, om den ansatte skal reklamere overfor arbejdsgiveren, og om hvornår der vil

⁶⁹ Ole Hasselbalch, “Lærebog i ansættelsesret og personale jura”, 4. udgave 2012, s. 237

⁷⁰ Ole Hasselbalch, “Lærebog i ansættelsesret og personale jura”, 4. udgave 2012, s. 237

⁷¹ Jf. U.1998.1623 ØL

⁷² Ole Hasselbalch, “Lærebog i ansættelsesret og personale jura”, 4. udgave 2012, s. 240

indtræde passivitet. Spørgsmålet er desuden, om arbejdsgiveren mon har en redresseringsret, altså en form for afhjælpningsmulighed.

Det er i litteraturen anført, at der gælder en redresseringsret for arbejdsgiveren i de tilfælde, hvor der sker en tilsidesættelse af kontraktens tidsvilkår⁷³. Det anføres samme sted, at det muligvis kan have en betydning, hvor hurtigt der er reklameret. Dette udgangspunkt er yderligere bakket op af Jens Paulsen m.fl. i "Personalejura - praktisk arbejdsret", hvori det anføres at:

*"Meddeles en opsigelse med et for kort opsigelsesvarsel, og beror dette på en misforståelse eller en fejlfortolkning af reglerne, kan forholdet redresseres, såfremt det sker, omgående efter at fejlen er påtalt, og inden fejlen har virket bestemmende på opsigelsens adressat."*⁷⁴

På baggrund af det ovenfor citerede må det kunne konkluderes, at der er mulighed for at arbejdsgiveren kan afhjælpe situationen, såfremt denne får givet et forkert varsel til den ansatte. Samtidig kan det nok konkluderes, at denne afhjælpning skal ske rimelig hurtigt efter, at den opsagte medarbejder har påpeget det forkerte varsel. Den opsagte kan således få vished om sine muligheder, og dermed ledes ud af den vildfarelse medarbejderen kan være i pga. det forkert angivne opsigelsesvarsel. Muligheden for at arbejdsgiveren kan redressere er også slået fast i en afgørelse fra Retten i Sønderborg afsagt 5. marts 2013⁷⁵, hvor Retten kom frem til, at arbejdstageren ikke var berettiget til at nægte at genoptage arbejdet på trods af arbejdsgiverens fejlagtige bortvisning. Således blev det tilkendegivet, at der er en redresseringsmulighed for arbejdsgiveren. Der er her tale om en forholdsvis ny sag, hvorfor denne fint understreger rigtigheden i citatet ovenfor.

Det kan samtidig anføres, at såfremt det er den ansatte, der selv opsiges, men herefter ønsker at trække opsigelsen tilbage, skal dette også ske forholdsvis hurtigt, men at der ellers er ret vid mulighed for, at en ansat kan trække sin opsigelse tilbage. Dette fremgår af Højesterets begrundelse i U.2013. 2027 H, hvor det også fremgår at tilbagekaldelsen skal ske indenfor kort tid, og i hvert fald inden opsigelsen har virket bestemmende på arbejdsgiveren. I denne afgørelse udtalte Højesteret, at der er en meget vid mulighed for den ansatte til at tilbagekalde en opsigelse. Denne tilbagekaldelse skal dog ske forholdsvis hurtigt.

Det er i litteraturen fastslået, at i de tilfælde hvor opsigelsen er fejlagtig, må den ansatte reklamere overfor arbejdsgiveren snarest muligt⁷⁶. Hermed forstås typisk, at der skal være reklameret, så snart den ansatte har haft mulighed for at undersøge forholdet nærmere. Der gives således som i andre retsforhold, en forholdsvis kort frist til at reklamere overfor arbejdsgiveren, såfremt der er uenighed om opsigelsen og dennes varsel.

⁷³ Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 370

⁷⁴ Jens Paulsen, Bent Ramskov og Søren Ole Nielsen, "Personalejura - praktisk arbejdsret", 3. udgave 2011, s. 66

⁷⁵ Sag nr. BS C3-678/2012

⁷⁶ Ole Hasselbalch, "Lærebog i ansættelsesret og personale jura", 4. udgave 2012, s. 230

Spørgsmålet er herefter, hvor hurtigt medarbejderen skal foretage reklamation for ikke at miste sit krav ved passivitet. Det er nogle steder i litteraturen anført, at såfremt lønmodtageren ikke reklamerer, kan dette tages som en stiltiende accept af det kortere varsel, idet en hurtig reklamation i hvert fald kunne forøge arbejdsgiverens muligheder for at rette op på det forkert afgivne opsigelsesvarsel⁷⁷. Det betyder, at den ansatte i realiteten vil opleve at blive bundet af opsigelsen og det forkerte varsel pga. en passivitetsbetragtning. Relevant findes det derfor at diskutere, hvor hurtigt den ansatte vil kunne blive bundet af passivitet. Dette spørgsmål vil nedenfor blive behandlet nærmere i nogle relevante domme for området.

I en afgørelse fra 1975 blev netop det ovenfor beskrevne problem vedrørende forkert opsigelsesvarsel behandlet.

U.1975.1091 S: Arbejdsgiveren havde opsagt den ansatte (F) med 1 måneds varsel til fratrædelse 31. oktober 1974. F fratrådte imidlertid ikke, idet der blev indgået aftale herom med arbejdsgiveren. Først 17. december 1974 protesterede F mod det forkerte varsel, og påstod desuden opsigelsen for annulleret, idet der ikke var sket fratrædelse. Opsigelsen blev ikke anset for at være annulleret, og kunne desuden ikke fremsætte krav vedrørende det forkerte varsel, men fandtes derimod at have mistet sin ret ved passivitet.

Denne afgørelse omhandlede en ansat funktionær, som kun fik 1 måneds opsigelsesvarsel, mod de 3 måneder som denne var berettiget til. Under behandlingen af tvisten indrømmede arbejdsgiveren, at funktionæren havde krav på 3 måneders opsigelse, men mente at lønmodtageren havde mistet sit krav ved passivitet, idet der efter opsigelsen 30. september 1974 ikke gøres nogle indsigelser, inden skrivelse af 17. december 1974. Modsat anførte funktionæren, at denne ikke var klar over, at der var fejl i det varsel, som var givet. Desuden anføres det af funktionæren, at ved opsigelsen fremkom denne med en indsigelse mod varslet, idet det fandtes for kort. Funktionæren kontaktede først i starten af december en advokat, som sendte skrivelse med reklamation mod opsigelsesvarslet. Der går således lidt mere end 2 måneder inden funktionæren gennem advokat, reklamerer overfor arbejdsgiveren skriftligt.

Sø- og Handelsretten kom i denne afgørelse frem til ved stemmeflertal, at funktionæren havde reklameret for sent, og derfor havde mistet sit krav ved passivitet. Retten kommer ikke med nogen konkret begrundelse for, hvorfor der statueres passivitet i denne situation. Det kan derfor være svært at konkludere særlig meget på baggrund af afgørelsen. Retten kom dog med den bemærkning, at en protest fra funktionæren senest ved fratrædelsen 30. november kunne have været rettidigt. Det kan dog muligvis også have haft betydning, at funktionæren allerede ved opsigelsen påpegede, at der muligvis var fejl i opsigelsesvarslet uden dog at være sikker, men først ca. 2 måneder senere kontaktede en advokat. På den baggrund kan man måske argumentere for en form for sløseri fra funktionærens side, idet denne muligvis burde have undersøgt forholdet nærmere allerede på tidspunktet for opsigelsen.

⁷⁷ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 657

Det skal dog i forbindelse med behandlingen af afgørelsen nævnes, at der er dissens, hvor én dommer mener, at det er undskyldeligt at funktionæren først får reklameret ca. 2 måneder efter opsigelsen. Denne dommer vægter også, at funktionæren ret hurtigt efter sin endelige fratrædelse får taget kontakt til advokat, med henblik på reklamation.

Holder man afgørelsen op imod udgangspunktet i reklamationsreglerne, kan man sige at rettens afgørelse stemmer meget godt overens med udgangspunktet om, at der skal reklameres inden rimelig tid, og at dette helst skal være hurtigst muligt. Modsat kan det diskuteres, om denne afgørelse tager hensyn til indrettelseshensynet. Domstolen lægger ikke aktivt dette til grund for afgørelsen, men det kunne være en ting, som også kan bruges som begrundelse for dommen. Umiddelbart vil det dog ikke give mening, at man som arbejdsgiver, allerede 2 måneder efter at have opsagt en medarbejder, kan indrette sig på, at der ikke vil komme efterkrav.

Der er her tale om en forholdsvis gammel dom. Den er dog alligevel relevant for specialets emnekreds, idet det er en af de få domme i retspraksis, som rent faktisk statuerer passivitet overfor lønmodtageren. For at opnå bredde i behandlingen findes det derfor relevant at inddrage denne dom, som et eksempel på hvornår der vil blive statueret passivitet.

Som anført kort ovenfor har det ikke været muligt at finde flere domme, som statuerer passivitet. Det har modsat været muligt at finde frem til en række afgørelser, som ikke statuerer passivitet. Et mindre antal domme der ikke statuerer passivitet vil blive analyseret nedenfor.

I 1985 er der afsagt dom i Højesteret, hvor der blev reklameret en måned efter fratrædelsen.

U.1985.106/2 H: Den ansattes (F) ansættelsesforhold ophørte med henblik på nyansættelse på freelance basis. Arbejdet skulle være det samme som hidtil. Denne aftale var til ugunst for F, hvorfor der ikke var tale om en bindende aftale. F var således fortsat berettiget til opsigelse med 3 måneders varsel. Dette krav var ikke tabt ved passivitet, selvom der gik en måned fra fratrædelsen til reklamationen.

Twisten her angik for det meste spørgsmålet om funktionærlovens § 21, om aftaler til ugunst for funktionæren. Der blev dog også i lidt mindre omfang taget stilling til spørgsmålet om passivitet.

I denne slags sager, der omhandler forkert varsel, vil der ofte være tvivl om, hvorvidt der er tale om en bortvisning fra arbejdsgiveren side. Dette blev også berørt i denne afgørelse, hvor det dog blev slået fast, at der ikke forelå pligtforsømmelse og desuden ikke nogen misligholdelse af ansættelsesforholdet. Derudover var der ikke givet nogen advarsel til den ansatte, hvorfor der ikke kunne være tale om en bortvisning.

I Byretten blev afgørelsen, at der forelå passivitet, idet det burde have stået klart for den ansatte, at ansættelsesforholdet var ophørt, og at det derfor måtte være relevant at reklamere allerede ved opsigelsen. I Højesteret kom de imidlertid frem til den modsatte konklusion. Her anførte Højesteret, at den ansatte havde reageret så hurtigt som muligt efter at ansættelsen sluttede endeligt.

Der er ikke i afgørelsen anført mere konkrete grunde til, hvorfor der ikke foreligger passivitet. Tages der udgangspunkt i den generelle teori omkring passivitet, så kan der nok argumenteres for, at der her er reklameret indenfor en så rimelig tid, at arbejdsgiveren ikke kunne have nået at indrette sig på, at der ikke ville komme flere krav.

Nogle år tidligere nemlig i 1980 er der i Vestre Landsret afsagt en dom om en sag, hvor der først blev foretaget reklamation 7-8 måneder efter opsigelsen.

U.1980.799 V: Medarbejderen (F) var ansat på en skriftlig aftale for kun 1 år løbende fra 14. september 1976. F skulle tage sig af driften af 6 vaskerier og 1 renseri. I oktober 1977 fik F oplysning om straks at skulle fratræde pga. virksomhedens ophør. F var ikke omfattet af funktionærloven, men pga. arbejdets omfang og beskaffenhed fandtes F at have krav på 3 måneders opsigelsesvarsel.

I denne afgørelse var der egentligt tale om en tidsbegrænset ansættelse på 1 år, og det var aftalt at der i januar 1977 senest skulle ske forhandling af ny kontrakt. Dette skete imidlertid ikke, men ansættelsesforholdet fortsatte. Først i november 1977 får den ansatte orientering om, ikke at kunne fortsætte i virksomheden.

Arbejdsgiveren anførte i sin forklaring, at den ansatte ikke havde protesteret imod opsigelsen i forbindelse med orienteringen herom. Det var desuden anført, at den ansatte skulle have mistet sit krav overfor arbejdsgiveren ved passivitet. Dette skyldes, at der først blev reklameret i foråret 1978, hvor lønmodtageren fremsatte krav om erstatning. Det vil sige, at der gik omkring 7-8 måneder, inden der blev reklameret og fremsat krav om erstatning overfor arbejdsgiveren.

Retten tog ikke i denne afgørelse aktivt stilling til arbejdsgiverens påstand om passivitet. Afgørelsen menes dog alligevel at være relevant i forbindelse med behandlingen. Dette skyldes at retten kom frem til, at den ansatte fik ret i de påstande, denne var kommet med under sagen. Retten afviste altså ikke det krav den ansatte var kommet med, og deri må kunne lægges at retten ikke mente, der her var indtrådt passivitet, sådan som arbejdsgiveren påstod.

Konklusionen på denne afgørelse er altså, at retten stiltiende accepterer, at der først er reklameret 7-8 måneder efter opsigelsen, idet den ansatte i det hele får medhold i sine påstande. Under hensyn til at retten faktisk ikke tog stilling til spørgsmålet om passivitet, vil det være svært at foretage en vurdering af, hvilke elementer der gjorde, at der i dette tilfælde ikke statueres passivitet. Det kan have spillet en rolle i vurderingen, at arbejdsgiveren ikke selv overholdt betingelsen i kontrakten, hvor der skulle forhandles ny ansættelseskontrakt, men derimod blot fortsatte ansættelsen uden yderligere anvisninger. Det kunne dog her nok have været relevant at diskutere indrettelseshensynet for arbejdsgiveren. Det må siges, at det er længe, arbejdsgiveren skal afvente at kunne blive mødt med flere krav, selv omkring 8 måneder efter en opsigelse.

Lidt i samme stil er der tidligere afsagt en Højesterets afgørelse i 1958, som er behandlet nærmere ovenfor under afsnit 3.2., omkring den klare bortvisning. Denne afgørelse omhandler en tegner, som blev afskediget og i den forbindelse ikke fremsatte klar protest mod bortvisningen, og deraf krav før efter 5 måneder. Retten kom i den forbindelse frem til, at der ikke forelå passivitet, og der

blev særligt lagt vægt på, at der var en række undskyldende omstændigheder omkring sygdomstilfælde, som gjorde, at reklamation efter 5 måneder blev accepteret.

I afgørelsen fra 1958 var der tvist om, hvorvidt der overhovedet var tale om en bortvisning eller en opsigelse med forkert varsel. Den ansatte gjorde gældende at bortvisningen var ugyldig, derfor skulle der have været givet et opsigelsesvarsel som efter funktionærloven.

Afgørelsen findes at være interessant ved behandlingen af det forkerte varsel, idet retten kom frem til, at der ikke var nogen gyldig grund til at bortvise den ansatte. Derudover bemærkes der nogle generelle betragtninger i afgørelsen vedrørende forkert varsel, hvorfor dommen også er relevant i denne sammenhæng. Retten lægger i afgørelsen vægt på, at der straks er protesteret mod det forkerte varsel der er givet i opsigelsen. Derudover anføres det at:

“... og en sådan protest ville iøvrigt kunne være afgivet når som helst inden den 1. september.”

Det interessante er her, at den ansatte var afskediget med fratrædelse til 1. september. Dermed må ovenstående være udtryk for, at retten ville tillade en protest, over det forkerte varsel helt indtil fratrædelsesdagen. Det er interessant, idet spørgsmålet er, om man kan overføre dette til at gælde i alle sager vedrørende forkert opsigelsesvarsel. Retten anfører dog videre:

“Det må kunne kræves, at en funktionær, som er bortvist uden lovlig grund eller opsagt med for kort varsel, inden rimelig tid fremsætter sine krav i den anledning mod arbejdsgiveren, (...)”

Heri stilles der krav om, at en reklamation skal ske inden for rimelig tid. Dette stemmer godt overens med udgangspunktet i teorien om reklamation og passivitet. I denne afgørelse er der protesteret mod det forkerte varsel med det samme opsigelsen blev givet.

Overordnet kan det på baggrund af afgørelsen U.1958.551 H konkluderes, at der ved forkert varsel skal ske reklamation inden rimelig tid. Samtidig kan det nok konkluderes, at rimelig tid løber indtil slutningen af det varsel, som arbejdsgiveren giver den ansatte. Dette skyldes at retten udtaler, at reklamation frem til 1. september havde været rettidigt i denne sag.

Efter behandlingen af de 4 ovenstående domme, tegner der sig ikke umiddelbart et billede af, hvor grænsen går for, hvornår en ansat, der modtager opsigelse med forkert varsel, skal reklamere for ikke at blive ramt af passivitet. På baggrund af den sidst gennemgåede dom, men også den ældste, kan det i hvert fald konkluderes, at der er en pligt til at reklamere, og at det sandsynligvis er rettidigt at reklamere helt indtil det afgivne varsel udløber. Dommen fra 1980 viser at det i nogle tilfælde vil blive accepteret, såfremt der reklameres selv ganske længe efter. Afgørelsen U.1975.1091 S hvor der statueres passivitet efter kun ca. 2 måneder, understøtter det princip der allerede i 1958 kom frem, omkring at protest mod opsigelsesvarslet skal ske inden eller i nær tilknytning med den endelige fratrædelse. Modsat blev det i U.1985.106/2 H accepteret, at der skete reklamation en måned efter fratrædelsen. Dette kunne pege i retningen af, at det som det

klare udgangspunkt i hvert fald accepteres en reklamation inden for 1-2 måneder efter fratrædelsen.

I hvert fald bør det kunne konkluderes, at såfremt den ansatte reklamerer straks, eller i hvert fald i nær tilknytning til sin fratrædelse, vil der ikke foreligge passivitet. Dette stemmer overens med udgangspunktet om, at reklamation skal ske straks og i hvert fald indenfor rimelig tid.

Modsat situationen ved bortvisning, giver dommene omkring forkert varsel et indtryk af at det i disse sager er det formelle i sagen der har betydning. Med det formelle tænkes ikke på retsskridt eller skriftlig reklamation overfor arbejdsgiveren, men derimod tænkes der på, at der umiddelbart stilles et ret strengt krav til at der reklameres inden fratrædelsen, eller i nær tilknytning hertil. Dette må også siges at være en korrekt antagelse, idet udgangspunktet jo er, at lønmodtageren skal stille sin arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiveren i hele opsigelsesperioden. Det ville således virke urimeligt, og imod de grundlæggende principper, såfremt den ansatte kunne afvente med sin reklamation, og på den måde undgå at stille din arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiveren, men derimod opnå erstatning pga. det forkert angivne varsel.

4.3. 120-dages reglen - sygdom

Ovenfor blev det gennemgået, hvordan man som lønmodtager skal reagere, hvis man oplever, at der gives et forkert varsel, og man således bliver ledt i en vildfarelse. I dette afsnit vil omdrejningspunktet være afskedigelse med baggrund i 120-dages reglen. Der kan her også være tale om et slags forkert varsel, idet der i nogle situationer sker afskedigelse allerede på 118. eller 119. dagen. Spørgsmålet er således, om lønmodtageren er forpligtet til at reklamere overfor arbejdsgiveren såfremt tidsgrænsen ikke overholdes.

Nedenfor vil det først være relevant med en kort beskrivelse af principperne omkring 120-dages reglen, og afskedigelse i forbindelse med sygdom.

4.3.1. Teoretisk udgangspunkt omkring 120-dages reglen

Reglerne omkring sygdom i ansættelsesforholdet fremgår af funktionærlovens § 5.

“§ 5. Bliver funktionæren på grund af sygdom ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes den heraf følgende tjenesteforsømmelse som lovligt forfald for funktionæren, medmindre han 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.

Stk. 2. Det kan dog ved skriftlig kontrakt i det enkelte tjenesteforhold 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. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og medens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, at funktionæren er vendt tilbage til arbejdet, efter at opsigelse er sket. (...)”

I udgangspunktet anses medarbejderens fravær som følge af sygdom for at være lovligt forfald. Det betyder, at arbejdsgiveren ikke kan ophæve ansættelsen med forkort varsel, fordi medarbejderen er syg. Den ansatte har således lov til, indenfor en rimelig grænse, at være fraværende på grund af sygdom. I bestemmelsens stk. 2 fremgår dog princippet om 120-dages reglen, hvor arbejdsgiveren kan opsiges funktionæren med forkortet varsel, hvis denne har været syg i 120 dage indenfor de sidste 12 måneder.

Det er her vigtigt at være opmærksom på, at bestemmelsen i funktionærlovens § 5, stk. 2 ikke automatisk finder anvendelse på ansættelsesforholdet. En række kriterier skal være opfyldt, før bestemmelsen finder anvendelse: Der skal være indgået en skriftlig ansættelsesaftale, det skal konkret i ansættelsesaftalen være anført at den ansatte kan afskediges med hjemmel i 120-dages reglen, opsigelsen skal ske i umiddelbar tilknytning til udløbet af 120 dages sygdom, og funktionæren skal stadig være syg når opsigelsen afgives⁷⁸.

Der har i retspraksis været tilfælde, hvor der er sket afskedigelse inden de 120 dage er udløbet. Beregningen af de 120 dage anses for at være forholdsvis streng. Det er ligeledes slået fast, at det ikke kun er arbejdsdage der indgår, men at det derimod er kalenderdage der regnes efter⁷⁹. I denne type sager, hvor der opstår tvivl om opsigelsens berettigelse, er det klare udgangspunkt, at det er arbejdsgiveren, som har bevisbyrden for, at funktionæren har været syg i det påståede antal dage⁸⁰. Det kan i nogle tilfælde være aftalt, at medarbejderen selv skal foretage registreringer af sygedage. Det vil så være dennes registreringer, der er afgørende, med mindre arbejdsgiveren klart kan påvise, at der skulle være fejl i disse registreringer⁸¹.

Spørgsmålet bliver således, hvilke forpligtelser funktionæren har, hvis der afskediges for tidligt. Har funktionæren pligt til at reklamere? Og vil der kunne indtræde passivitet? Disse problemstillinger vil blive gennemgået nedenfor.

4.3.2. Reklamation og passivitet i forbindelse med 120-dages reglen

Ovenfor blev kort redegjort for udgangspunktet i 120-dages reglen. I dette afsnit vil der ske en behandling og diskussion af, hvorvidt funktionæren har pligt til at reklamere såfremt arbejdsgiveren får opsagt før 120. dagen, samt hvorvidt der vil kunne indtræde passivitet overfor funktionæren, hvis denne ikke reklamerer.

Det har ikke været muligt at finde frem til en større mængde afgørelser, som tager stilling til medarbejderens reklamationspligt, samt passivitet. Det er således ikke muligt at foretage en meget dækkende og dybdeborende analyse af emnet. Der er dog én gang i retspraksis inddraget spørgsmålet om medarbejderens reklamationspligt, i tilfælde hvor der opsiges på 119. dagen.

U.1998.737 V: Funktionæren (F) blev i skrivelse dateret 17. juli 1995 opsagt med 1 måneds varsel, under henvisning til at denne havde haft 120 dages sygdom. F

⁷⁸ Jens Paulsen, "Afskedigelse - arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt, 1. udgave 2015, s. 308

⁷⁹ Jens Paulsen, "Afskedigelse - arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt, 1. udgave 2015, s. 310

⁸⁰ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 431

⁸¹ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 431

havde været ansat i 14 år. Kort efter reklamerede F overfor arbejdsgiveren, idet der ikke var enighed om hvilke dage der skulle regnes med. Retten kom frem til, at opsigelsen var i strid med funktionærlovens § 5, stk. 2.

Som nævnt ovenfor er den konkrete problemstilling, at der mellem arbejdsgiveren og funktionæren var uenighed om, hvilke dage der skulle regnes med under 120-dages reglen, og dermed hvornår arbejdsgiveren med rette kunne opsige funktionæren. Der var enighed om, at såfremt arbejdsgiveren havde talt rigtigt og havde ret til at tælle ferie og helligdage med, så var der afskediget på 119. dagen.

Retten kom frem til, at arbejdsgiveren havde ret til at tælle de omtvistede dage med, idet disse dage korrekt skulle tælles med, såfremt den ansatte var syg på begge sider af disse dage. Derimod mente retten ikke arbejdsgiveren var berettiget til, at afskedige inden der var gået 120 dage. Det er anført i funktionærlovens § 5, stk. 2 at opsigelsen skal ske i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 dage. I denne sag forsøgte arbejdsgiveren sig med en påstand, hvor det blev påstået, at dette også gav mulighed for at afskedige på 119. dagen. Dette fandt Retten dog ikke var korrekt, idet det blev slået fast, at den naturlige forståelse af bestemmelsen er at de 120 dage skal være gået.

Der var ikke fra nogen af parterne fremsat påstand om passivitet, eller manglende reklamation. Landsretten brugte i deres begrundelse funktionærens reklamation, blot 1 dage efter modtagelse af opsigelsen. Landsretten anførte i sin begrundelse, at funktionærlovens § 5, stk. 2 ikke var opfyldt, at medarbejderen havde reklameret indenfor kort tid, samt at arbejdsgiveren ikke havde reageret hurtigt på denne indsigelse fra funktionæren. Heri kan det diskuteres, om der ligger et krav om, at medarbejderen skal reklamere, såfremt arbejdsgiveren får opsagt inden der er gået 120 dage.

Det kan på baggrund af denne ene afgørelse ikke med sikkerhed anføres, hvilke principper der gælder for, hvorvidt medarbejderen skal reklamere. I Landsrettens begrundelse kunne der være en hentydning til, at det er korrekt at funktionæren reklamerer, og at der således er en reklamationspligt. Holdes dette op mod det ovenfor under afsnit 4.2. gennemgåede om forkert varsel, ville en reklamationspligt ved sygdom falde fint i tråd med, at konklusionen om forkert varsel er at der nok er en reklamationspligt for medarbejderen.

I forbindelse med sygdom kan der ikke statueres en reklamationspligt for medarbejderen. Dette skyldes, at det ville være uforholdsmæssigt at stille et sådant krav, idet medarbejderen ville forringe sin egen situation ved at gøre arbejdsgiveren opmærksom på den forkerte opsigelse. Gør medarbejderen opmærksom på den forkerte opsigelse, vil arbejdsgiveren have mulighed for at rette op på fejlen og afgive korrekt opsigelse. Det må derfor konkluderes, at der ikke er en konkret reklamationspligt for medarbejderen, idet det ikke kan forventes, at medarbejderen skal stille sig selv i en ringere position.

5. Usaglig afskedigelse

I dette afsnit vil usaglig afskedigelse blive gennemgået. Der findes en række forskellige love og principper⁸² som begrænser udgangspunktet om, at arbejdsgiveren i udgangspunktet frit kan disponere over sine ansatte, og herunder også afskedige. I specialet vil det hovedsageligt være principperne omkring ligebehandling, forskelsbehandling, graviditet og handicap, som vil blive behandlet. Denne afgrænsning skyldes for det første det materiale, i form af domme, som det har været muligt at fremskaffe. Ydermere skyldes afgrænsningen specialets omfang, både tidsmæssigt og pladmæssigt.

Udgangspunktet ved usaglig afskedigelse er, at der skal være en hjemmel, for at der kan stilles krav overfor arbejdsgiveren. Afskedigelserne kan deles op i generelle hjemler og specielle hjemler.

5.1. Saglighed

En usaglig afskedigelse kan karakteriseres som en afskedigelse, der ikke er rimeligt begrundet i hverken arbejdsgiverens eller den ansattes forhold, en afskedigelse der altså ikke har noget reelt grundlag. Dette giver dog ikke en videre forståelse for saglighed, idet der kan stilles spørgsmålstejn ved, hvad der så kan karakteriseres som "rimeligt". Og dermed hvorvidt det kun er objektivt konstaterbare forhold, der kan begrunde rimelighed henholdsvis urimelighed, eller om også subjektive forhold kan have betydning. Det er relevant her at være opmærksom på, at sagligheden vurderes på tidspunktet for afskedigelsen, og kan i udgangspunktet ikke påvirkes af efterfølgende ændringer.

Ifølge Jørgen Rønnow Bruun har arbejdsgiverens subjektive opfattelse ikke betydning, når en afskedigelse begrundes i arbejdsgiverens forhold⁸³. Det kan f.eks. være driftsforhold. Der er således ikke noget, der tyder i retning af, at der i særlig betydelig grad accepteres et arbejdsgiverskøn.

Modsat ovenstående kan der være nogle individuelle forhold omkring arbejdstageren, som bør indgå i bedømmelsen. Her tænkes særligt på f.eks. anciennitet og alder. Alder tillægges en vis betydning, mens også anciennitet spiller en stor rolle for saglighedsvurderingen⁸⁴.

Ved beskrivelsen af saglighed, kunne et argument være, at saglighed er det rimelige, som enhver fornuftig person ville mene var rimeligt⁸⁵. Det bidrager dog ikke yderligere til en konkret beskrivelse af, hvad saglighed er. Det må derfor kunne konkluderes, at saglighed skal bedømmes konkret i forhold til den enkelte arbejdsgiver og arbejdstager. Der kan ikke stilles en helt præcis og konkret definition af, hvornår noget er usagligt. Der er, ifølge Jørgen Rønnow Bruun⁸⁶, i hvert fald 3

⁸² Herunder principperne om køn, race, religion, alder og handicap.

⁸³ Jens Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse - en håndbog", 1. udgave 2006, s. 56

⁸⁴ Jens Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse - en håndbog", 1. udgave 2006, s. 58

⁸⁵ Jens Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse - en håndbog", 1. udgave 2006, s. 59

⁸⁶ Jens Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse - en håndbog", 1. udgave 2006, s. 61-62

hensyn, som kan have betydning for, om en afskedigelse er saglig eller usaglig, idet det ikke accepteres, at vurderingen stilles frit:

1. Der kan laves en negativ afgrænsning, forstået på den måde at der er en række hensyn, som altid vil være usaglige, herunder f.eks. arbejdstagerens race, religion, køn, handicap, alder og seksuel orientering.
2. Der kan laves nogle grundprincipper eller hjælpesætninger, f.eks. gælder det, at afskedigelser som foretages med baggrund i virksomhedens forhold typisk vil være saglige, mens afskedigelser foretaget med baggrund i lønmodtagerens forhold typisk ikke vil være saglige.
3. Ved vurdering af afskedigelsens saglighed vil grundlaget for afskedigelsen få betydning. Kan arbejdsgiveren godtgøre, at en afskedigelse er foretaget på forsvarligt grundlag. Her vil det typisk få betydning, at arbejdsgiveren kan sandsynliggøre, at der er forsøgt og undersøgt andre muligheder, inden der afskediges.

Det kan således på baggrund af ovenstående ikke endeligt konkluderes, hvilke afskedigelser der vil være omfattet af usaglige afskedigelser. Der er ikke nogen endelig definition herpå, hvorfor det vil være en konkret vurdering i hver eneste sag. Dog er der nogle ting, som klart vil kunne anføres som usaglige, jf. ovenfor.

5.2. Generelle hjemler

De generelle hjemler er hjemler, hvor det kræves, at den ansatte har en vis anciennitet. Disse hjemler fremgår af funktionærlovens § 2b, Hovedaftalens § 4, stk. 3, samt forvaltningslovens § 22 og § 24, hvoraf fokus i dette speciale vil være på funktionærlovens § 2b.

I funktionærloven er der lavet en bestemmelse, som skal sikre mod usaglig afskedigelse. Den er i nogen grad inspireret af Hovedaftalen, som sikrer mod vilkårlighed ved afskedigelser⁸⁷. funktionærlovens § 2b opstiller en række betingelser, som skal opfyldes i forbindelse med en sådan afskedigelse:

“§ 2 b. Såfremt opsigelse af en funktionær, som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år før opsigelsen, ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse. Denne fastsættes under hensyn til funktionærens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder, men kan ikke overstige funktionærens løn for en periode svarende til halvdelen af det opsigelsesvarsel, der tilkommer den pågældende i henhold til § 2, stk. 2 og 3. Er funktionæren ved opsigelsen fyldt 30 år, kan godtgørelsen dog udgøre indtil 3 måneders løn.

Stk. 2. Såfremt en funktionær ved opsigelsen har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 10 år, kan den i stk. 1 omhandlede godtgørelse udgøre indtil 4 måneders løn. Efter 15 års uafbrudt beskæftigelse i virksomheden kan godtgørelsen udgøre indtil 6 måneders løn.”

⁸⁷ Jens Rønnow Bruun, “Usaglig afskedigelse - en håndbog”, 1. udgave 2006, s. 32

Denne bestemmelse fastslår, at den ansatte har ret til at opnå godtgørelse, når ikke en afskedigelse kan begrundes i enten virksomhedens eller den ansattes egne forhold. Spørgsmålet er herefter, hvad der kan karakteriseres som virksomhedens forhold. Disse forhold skal forstås i en ret bred forstand, således at det omfatter virksomhedens/forretningens forhold⁸⁸. Såfremt der er forhold omkring virksomheden, som nødvendiggør en afskedigelse vil der ikke kunne opstilles krav om godtgørelse. Det kan f.eks. dreje sig om rationaliseringer, omstrukturering og reelle lønbesparelser, som ikke medfører mulighed for godtgørelse.

Derudover stilles der krav om, at den ansatte skal have anciennitet på mindst 1 år ved afskedigelsen, for at være omfattet af bestemmelsen. Det er et krav, at denne beskæftigelse skal have været uafbrudt, hvilket regnes fra tiltrædelsesdagen, og indtil der afgives opsigelsen.

Bestemmelsen i § 2b stiller også klare udgangspunkter for, hvor stor en godtgørelse der kan tilkendes. Alt efter hvor længe funktionæren har været ansat i virksomheden, kan godtgørelsen forhøjes ved ansættelse i henholdsvis 10 eller 15 år.

Der hjemles således i funktionærloven stor mulighed for at opnå godtgørelse, hvis en ansat bliver afskediget usagligt.

5.3. Specielle hjemler

De specielle hjemler kræver ikke nogen form for anciennitet for den ansatte. Disse hjemler fremgår af en række forskellige love, som skal sikre ansatte mod usaglig afskedigelse. I denne behandling vil det ikke være muligt, at behandle alle de specielle hjemler. Fokus vil derfor være på nogle få udvalgte principper, som også findes relevant for de domme, der senere vil blive analyseret med henblik på at foretage en vurdering af, hvilke principper der gælder for reklamation og passivitet ved usaglig afskedigelse.

5.3.1. Ligebehandlingsloven

En stor del af de specielle hjemler omkring usaglig opsigelse bygger på direktiver fra EU. Dette er tilfældet med ligebehandlingsloven, som bygger på Rådet for de Europæiske Fællesskabers direktiv 76/207/EØF, som netop omhandler principper for ligebehandling af mænd og kvinder i ansættelsesforhold⁸⁹. Ligebehandlingslovens anvendelsesområde fremgår klart og tydeligt af lovens indledende bestemmelse:

“§ 1. Ved ligebehandling af mænd og kvinder forstås i denne lov, at der ikke finder forskelsbehandling sted på grund af køn. Dette gælder både direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling, navnlig under henvisning til graviditet eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.”

⁸⁸ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 726

⁸⁹ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 755

I lovens kap. 2 fremgår bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder. Det bestemmes, at enhver arbejdsgiver skal behandle mænd og kvinder lige, i forbindelse med både ansættelse, forflyttelse og forfremmelse. Generelt set skal der altid ske ligebehandling af de muligheder, som mænd og kvinder tilbydes på arbejdspladsen.

Ligebehandlingsloven giver mulighed for, at en lønmodtager kan tilkendes godtgørelse, såfremt der er sket usaglig afskedigelse, som tager sit udgangspunkt i manglende ligebehandling. Det vil desuden være muligt, at kræve godtgørelse, hvis der afskediges, fordi der arbejdstageren stiller krav om ligebehandling⁹⁰. Loven indeholder desuden en række bestemmelser, som regulerer problemer ved afskedigelse i forbindelse med graviditet, og det vil i mange tilfælde være her, der opstår problemer, mere herom nedenfor.

5.3.2. Graviditet

Som anført ovenfor er afskedigelse i forbindelse med graviditet og barsel reguleret af ligebehandlingsloven. Dette fremgår af ligebehandlingslovens kap. 3, om graviditet, barsel og adoption, som sikrer den ansatte mod direkte og indirekte afskedigelse som følge af graviditet.

Det afgørende er, om en afskedigelse er begrundet i graviditet, både direkte og indirekte, idet det er muligt for arbejdsgiveren at opsiges en gravid medarbejder, hvis afskedigelsen kan bevises at være begrundet i andre saglige forhold⁹¹. For at arbejdsgiveren kan undgå at skulle betale godtgørelse for afskedigelse af en gravid medarbejder, stilles der ganske store krav til beviset for, at afskedigelsen ikke er sket i strid med ligebehandlingsloven⁹².

Rækkevidden af den beskyttelse som arbejdstageren har, har tidligere været til debat, idet spørgsmålet er, om arbejdsgiveren f.eks. kan opsiges medarbejderen med henvisning til for meget sygdom, selvom denne sygdom skyldes komplikationer, opstået i forbindelse med graviditeten⁹³. Det er blevet fastslået, at skyldes fraværet sygdom pga. graviditet, fra graviditetens indtræden og til barselsorlovens afslutning, så må det ikke medregnes og bruges som afskedigelsesgrundlag⁹⁴.

5.3.3. Forskelsbehandlingsloven

Denne lov er bygget op omkring direktiver fra EU, herunder Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000. Anvendelsesområdet for forskelsbehandlingsloven, fremgår af det følgende:

“§ 1. Ved forskelsbehandling forstås i denne lov 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.”

⁹⁰ Lars Svenning Andersen m.fl., “Funktionærret”, 4. udgave 2011, s. 755

⁹¹ Lars Svenning Andersen m.fl., “Funktionærret”, 4. udgave 2011, s. 758

⁹² Lars Svenning Andersen m.fl., “Funktionærret”, 4. udgave 2011, s. 758

⁹³ Lars Svenning Andersen m.fl., “Funktionærret”, 4. udgave 2011, s. 761

⁹⁴ Jf. U.2000.2249 H

Heraf udledes det at loven gælder på enhver forskelsbehandling, som finder sted på baggrund af de i bestemmelsen nævnte tilfælde. Det er det helt klare udgangspunkt at alle former for forskelsbehandling, også under ansættelsen, er omfattet⁹⁵. Det betyder at loven både finder anvendelse på afskedigelser, forflytninger, degradering og chikane på anden vis.

Ligesom ved ligebehandlingsloven, er det også i forbindelse med forskelsbehandlingsloven muligt at opnå godtgørelse, såfremt en ansat mener, at loven er krænket. Dette fremgår af lovens § 7. Ligeledes kan der fremstilles krav om godtgørelse i de tilfælde, hvor forskelsbehandling finder sted, fordi den ansatte har påberåbt sig krav om ligebehandling.

I dette speciale vil det hovedsageligt være problemstillingen omkring handicap, som er relevant, hvorfor dette vil blive behandlet nedenfor.

5.3.4. Diskrimination pga. handicap

Forskelsbehandlingsloven tager også stilling til, hvilke rettigheder en ansat med handicap har. Det er i lovens § 2a anført, at der foreligger en særlig pligt for arbejdsgiveren til at træffe de fornødne foranstaltninger, i forhold til de behov den handicappede har. Disse foranstaltninger skal være med særligt henblik på, at sikre handicappede lige muligheder for beskæftigelse.

I nogle tilfælde vil der kunne søges hjælp fra det offentlige til at foretage disse foranstaltninger, således at arbejdsgiveren ikke pålægges en uforholdsmæssig byrde. Arbejdsgiveren er altså ikke forpligtet til at foretage andre foranstaltninger, end det der må anses for rimeligt.

5.4. Passivitet og reklamation ved usaglig afskedigelse

Ovenfor er gennemgået nogle af de regler, der gælder omkring usaglig opsigelse. Det er vigtigt at præcisere, at der findes en række regler på området, hvorfor gennemgangen ovenfor ikke er udtømmende. Gennemgangen ovenfor er begrænset under hensyn til specialets omfang.

I dette afsnit vil der blive foretaget en diskussion af, hvilke krav der stilles til lønmodtagerens reklamationspligt, og hvornår denne kan blive ramt af passivitet. Dette vil blive gjort på baggrund af et par indledende bemærkninger fra litteraturen, hvorefter der vil blive analyseret en række domme, som menes at kunne bidrage til diskussionen.

I forbindelse med en usaglig afskedigelse vil den ansatte typisk have krav på at opnå godtgørelse, og vil i nogle tilfælde også have interesse i at opnå genansættelse⁹⁶.

Omkring arbejdstagerens passivitet anfører Jørgen Rønnow Bruun, at der gælder de almindelige regler for reklamation og passivitet⁹⁷. Sammenholdes dette med det teoretiske udgangspunkt, som er gennemgået ovenfor under afsnit 2.1. og 2.2., så skal der reklameres indenfor en rimelig tid, og

⁹⁵ Lars Svenning Andersen m.fl., "Funktionærret", 4. udgave 2011, s. 795

⁹⁶ Jens Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse - en håndbog", 1. udgave 2006, s. 238

⁹⁷ Jens Rønnow Bruun, "Usaglig afskedigelse - en håndbog", 1. udgave 2006, s. 240

der skal formentligt meget til, for at arbejdsgiveren vil kunne komme igennem med et indrettelseshensyn.

Spørgsmålet bliver herefter, hvordan domstolene har dømt i sager omkring usaglig afskedigelse, hvor der samtidig bliver tvist om, hvorvidt der kunne foreligge passivitet. Nedenfor vil der blive analyseret en række domme, hvor netop problemstillingen bliver inddraget.

I den retspraksis det har været muligt at finde med relevans for specialet, er det første gang i U.1974.203 V, at der bliver taget stilling til spørgsmålet omkring passivitet ved en usaglig afskedigelse.

U.1974.203 V: Den ansatte (F) havde været ansat i virksomheden (B) i 6 år. F meddelte B om sin graviditet, og blev kort herefter afskediget med rette varsel. Afskedigelsen kunne ikke anses for med rimelighed at have været begrundet i F's eller B's forhold. Der tilkendtes på denne baggrund godtgørelse til F efter funktionærlovens § 2b for usaglig afskedigelse.

Funktionæren oplyser arbejdsgiveren om sin graviditet 19. februar 1971, og modtager 26. februar 1971 en opsigelse, til fratrædelse 31. juli 1971. I denne opsigelse anførte arbejdsgiveren, at afskedigelsen skyldtes funktionærens ønske om orlov. Kort herefter overgav funktionæren problemstillingen til sin faglige organisation, som stævnedes arbejdsgiveren.

Der foretages først stævning i marts 1973. Hermed går der lige under 2 år inden der foretages en konkret reklamation overfor arbejdsgiveren. Netop af denne grund påstod arbejdsgiveren, at der måtte foreligge passivitet, idet der var gået så lang tid, inden funktionæren foretog konkret handling. Funktionæren gjorde modsat gældende, at der var sket henvendelse til en faglige organisation ganske kort tid efter opsigelsen, og at sagen var ved en advokat, hvorfor der ikke kunne foreligge passivitet.

I Byretten kom dommerne frem til, at afskedigelsen ikke kunne begrundes i virksomhedens forhold. Afskedigelsen syntes på dette grundlag at kunne begrundes i funktionærens graviditet, hvorfor der forelå en usaglig afskedigelse. Samtidig blev der i Byretten også taget stilling til spørgsmålet om passivitet. Vedrørende påstanden om passivitet anførtes det af Byretten, at der ikke forelå passivitet. Dette blev begrundet med, at funktionæren ganske kort efter modtagelse af opsigelsen kontaktede sin faglige organisation, som sendte en skrivelse til arbejdsgiveren. Byretten fandt derfor at funktionæren havde foretaget sig tilstrækkeligt for, at afbryde passiviteten. Dette på trods af sagsanlægget kommer noget længere tid efter. Sagen blev senere stadfæstet af Landsretten.

På trods af at der gik forholdsvis lang tid, før der blev foretaget en formel reklamation, så vægtede Domstolen det uformelle. Det kan således konkluderes, at det ikke er afgørende, hvornår der foretages en formel handling, blot funktionæren henvender sig til sin faglige organisation, er dette nok til at afbryde passiviteten. Når Domstolen lægger vægt på, at det har stor betydning, at funktionæren har taget kontakt til sin faglige organisation, kan man argumentere for, at der heri ligger en tilkendegivelse af, at der stilles krav om en reklamationspligt. Herunder kan det dog ikke konkluderes, at der accepteres, en reklamationsfrist på lige under 2 år, idet Domstolen i sin

afgørelse lægger afgørende vægt på, at der er foretaget en reklamation, idet funktionæren har henvendt sig til sin faglige organisation kort efter afskedigelsen.

I forhold til afgørelsens brugbarhed for specialet, så kan dette diskuteres. Der er her tale om en ældre dom, som derfor kan have mistet sin relevans for retspraksis. På trods af dette giver retten i afgørelsen en ganske god og konkret begrundelse for, hvorfor der ikke foreligger passivitet, og af denne årsag menes afgørelsen endnu at kunne bruges som et udgangspunkt for behandlingen af usaglig afskedigelse.

Lidt nyere er afgørelsen U.2001.250 Ø, hvor der igen blev taget stilling til spørgsmålet om passivitet ved afskedigelse pga. graviditet.

U.2001.250 Ø: En ansat (A) blev opsagt med fratrædelse 30. november 1997. Arbejdsgiveren havde ikke nogen forklaring på eller bevis for at opsigelsen ikke skyldtes graviditet, hvilket arbejdsgiveren var vidende om. Det blev ikke med en rimelig sikkerhed godtgjort at afskedigelsen ikke skyldtes A's graviditet, hvorfor der tilkendtes godtgørelse til den ansatte.

Den ansatte blev afskediget med fratrædelse 30. november 1997, mens det først var i marts 1998, at der blev lagt sag an. I mellemtiden havde den ansatte ikke yderligere gjort indsigelser mod opsigelsen. Det var således først ca. 3 måneder efter fratrædelsen, at der blev gjort indsigelser mod afskedigelsen.

Spørgsmålet i denne afgørelse var, om afskedigelsen skyldtes den ansattes graviditet, eller om der var saglig grund til afskedigelsen pga. rationaliseringer og omstruktureringer. Det blev i rettens begrundelse slået fast, at den ansattes stilling ikke var blevet nedlagt i forbindelse med flytning af virksomheden. Dette skyldtes, at de arbejdsopgaver, den ansatte havde udført, stadig bestod, og nu blev udført af andre ansatte. Afskedigelsen kunne ikke begrundes i, at der blev foretaget rationaliseringer. Det kunne derfor ikke afvises, at afskedigelsen var foretaget med baggrund i den ansattes graviditet, og derfor var usaglig.

Spørgsmålet om passivitet og reklamation blev ikke i særlig høj grad berørt i Rettens afgørelse. I Byretten blev det slået fast, at den ansatte ikke havde udvist passivitet, mens det ved Landsretten slet ikke blev behandlet. Der blev således heller ikke givet nogen konkret begrundelse for, hvorfor der ikke forelå passivitet, således må afgørelsen være truffet på baggrund af de almindelige principper om passivitet og reklamation.

Reklamation tre måneder efter fratrædelsen må anses for at være i rimelig tid. I sagen blev den ansatte repræsenteret ved sin faglige organisation. Det må således være acceptabelt, at der går nogen tid, idet arbejdstagers faglige organisation skal have mulighed for at sætte sig ind i sagen. Ligeledes kan det være relevant for rettens afgørelse at den ansatte aktivt har sendt sagen til videre behandling ved tredjepart. Ligesom det havde betydning i afgørelser behandlet under afsnit 3. om bortvisning, hvor det var tilstrækkeligt, at den bortviste aktivt forsøgte at få sagen behandlet, eller aktivt forsøgte at opnå hjælp hertil. Umiddelbart kan det være de samme betragtninger, som har gjort sig gældende i dette tilfælde.

I U.1999.916/2 V blev også spørgsmålet om passivitet behandlet. I denne sag handler tvisten om afskedigelse, som skyldes reduktion af personaleudgifterne, som således omhandler en af de generelle hjemler, som gennemgået ovenfor.

U.1999.916/2 V: Funktionæren (F) blev opsagt til fratrædelse 1. februar 1996, med henblik på udarbejdelse af ny kontrakt, hvilket var anført i opsigelsen. Imidlertid kom virksomheden (A) i økonomiske problemer, og der blev udarbejdet en handlingsplan bl.a. med reduktion af personaleudgifterne. A forlængede F's ansættelse med ny fratrædelsesdato 31. maj 1996. Opsigelsen kunne ikke anses for at være rimeligt begrundet i A's forhold, hvorfor F blev tilkendt godtgørelse efter funktionærloven § 2b.

Sagen omhandler spørgsmålet om, hvornår det er sagligt at afskedige med henblik på lønbesparelser. Som beskrevet under afsnit 5.2. vil det typisk være sagligt at afskedige medarbejdere, såfremt afskedigelsen kan begrundes i virksomhedens forhold. I sagen her slog arbejdsgiveren en stillingsannonce op kort efter afskedigelsen, men inden funktionærens fratrædelse. Stillingen blev søgt af den afskedigede funktionær. Denne fik afslag, på trods af at stillingsbeskrivelsen i det væsentligste indeholdt de samme opgaver som funktionærens tidligere stilling.

Funktionæren fremsatte derfor i sagen påstand om, at der ikke var foretaget nogen besparelse, idet der blev ansat en ny til at varetage opgaverne. Ydermere gjordes det gældende, at der ikke på opsigelsestidspunktet var saglige begrundelser i virksomhedens forhold. Saglighed og rimelighed vurderes på opsigelsestidspunktet, jf. gennemgangen ovenfor under afsnit 5.1.

Modsat gjorde arbejdsgiveren gældende, at afskedigelsen var begrundet i virksomhedens forhold. Ydermere blev det gjort gældende fra arbejdsgiverens side, at funktionæren ikke havde reklameret rettidigt over opsigelsen, og således havde mistet sit krav ved passivitet. Funktionæren reklamerede først konkret overfor arbejdsgiveren i skrivelse fra HK dateret 18. juli 1996, efter der var sket nyansættelse til varetagelse af de ting som funktionæren varetog. Der gik således ca. 1 1/2 måned fra fratrædelsen, til der blev reklameret.

I Byretten blev der taget stilling til spørgsmålet om passivitet. Det blev fastslået, at der ikke forelå passivitet. Dette blev begrundet af retten med, at funktionæren i tiden lige efter modtagelse af opsigelsen med rette forventede, der ville komme et nyt udspil til en ansættelseskontrakt. Det blev også slået fast, at reklamationen var afgivet ganske kort tid efter, at genansættelse endeligt ikke var muligt. Retten kom desuden frem til, at afskedigelsen ikke på noget tidspunkt havde kunnet begrundes i virksomhedens forhold, hvorfor der var tale om usaglig afskedigelse. Byrettens afgørelse blev senere stadfæstet i Vestre Landsret.

I sagen her gik der kun 1 1/2 måned før der blev endeligt reklameret. Det ville naturligvis være urimeligt, såfremt der her blev statueret passivitet, idet funktionæren skulle have mulighed for at få hjælp til sagen, og herefter reklamere. Det kan dog her diskuteres, om et sådant hensyn ville være rimeligt, idet funktionærens faglige organisation allerede i november 1995 gik ind i sagen om

opsigelsesvarslets længde i forbindelse med den nye kontrakt. Således kunne der formentligt i sidste ende være reklameret hurtigere. Omvendt ville det formentligt være meget store krav at stille, såfremt der allerede var blevet statueret passivitet efter så kort tid.

Det kan derfor konkluderes, at der sjældent vil kunne indtræde passivitet efter kun få måneders venten. Spørgsmålet er således, hvor grænsen går, såfremt der overhovedet er nogen grænse. For at prøve at komme dette spørgsmål nærmere, vil der nedenfor blive gennemgået en afgørelse, som er væsentligt nyere end de ovenfor behandlede. Det er samtidig en afgørelse, hvor der gik forholdsvis lang tid, inden der blev reklameret.

Den næste afgørelse omhandler forskelsbehandling pga. handicap. I den afgørelse var spørgsmålet, om medarbejderen kunne anses for at være handicappet, og om afskedigelsen kunne anses for at være afgivet med baggrund heri.

U.2014.990 V: Den ansatte (A) var i 2005 involveret i et færdselsuheld, og rammes af smerter i ryggen, således at der opstod et stigende sygefravær. A blev opsagt til fratrædelse 30. juni 2009, hvilket skyldtes indskrænkninger i virksomhedens (S) medarbejdere. A anlagde sag mod S, idet A mente at være omfattet af forskelsbehandlingsloven som følge af sit handicap. S kunne ikke føre tilstrækkeligt bevis for, at det var nødvendigt at afskedige A pga. fald i omsætningen. Ydermere havde S ansat en ny medarbejder, der i det væsentligste varetog de opgaver, A havde varetaget. Landsretten fandt det bevist, at A led af et handicap på tidspunktet for opsigelsen, og fandt det bevist at der var blevet forskelsbehandlet. A blev tilkendt godtgørelse på denne baggrund.

Som beskrevet omhandler dommen spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om et handicap, som følge af den ulykke medarbejderen var indblandet i. Konkret havde dette betydning for spørgsmålet om passivitet, idet der gik omkring 7 måneder fra fratrædelsen og til der konkret blev gjort indsigelser.

I dette tilfælde fratrådte den ansatte 30. juni 2009, og allerede 15. juli 2009 tages der forbehold for, at der kunne fremkomme krav. Imidlertid afventede medarbejderen resultater fra en lægeundersøgelse, som skulle tage stilling til, hvorvidt der var tale om et handicap eller ej. Resultaterne fra lægeundersøgelsen kom i løbet af december, og allerede 18. januar blev der rejst krav, og dermed konkret gjort indsigelser. Arbejdsgiveren fremsatte påstand om, at denne reklamation var foretaget for sent.

I retten kom man frem til, at der ikke forelå passivitet. Det på trods af den forholdsvis lange ventetid, hvor arbejdsgiveren kunne have indrettet sig på, at der ikke ville fremkomme flere krav. Netop spørgsmålet om indrettelseshensynet brugte Byretten som begrundelse, idet det blev anført, at der ikke med rette kunne være opstået forventning om, at der ikke ville fremkomme flere krav. Indrettelseshensynet kunne således ikke bevirke passivitet i dette tilfælde. Det skyldes også, at medarbejderen allerede ca. 14 dage efter fratrædelsen tog forbehold overfor arbejdsgiveren, om at der kunne fremkomme flere krav, når resultaterne fra undersøgelsen forelå. Arbejdsgiveren havde således ikke i god tro kunnet indrette sig på, at der ikke ville fremkomme flere krav. Ligeledes må

det nok siges at være helt acceptabelt, at medarbejderen ikke kan fremkomme med reklamation og krav inden der forelå en klar afgørelse omkring de nærmere omstændigheder. Landsretten stadfæstede Byrettens dom, og mente således heller ikke et indrettelseshensyn kunne medføre passivitet.

På baggrund af denne afgørelse kan det nok ikke konkluderes, at der generelt accepteres en reklamationsfrist af denne længde. I sagens omstændigheder forelå der særlige omstændigheder, som gjorde at det blev accepteret her. Ydermere kan der argumenteres for, at det kan have haft en afgørende betydning, at medarbejderen på et så tidligt tidspunkt, som kun 14 dage efter fratrædelsen, tog forbehold overfor fremtidige krav. Havde der ikke været fremsat dette forbehold, kunne det formentligt have ført til, at en reklamationsfrist af denne længde ikke kunne accepteres. En anden omstændighed der kan have haft betydning for accept af den sene reklamation, er forholdet omkring lægeundersøgelsen. Det giver naturligvis mening, at der først endeligt kan reklameres når den endelige afgørelse vedrørende medarbejderens mulige handicap foreligger.

De behandlede domme bibringer ikke noget klart og afgørende udgangspunkt for reklamation og passivitet ved usaglig afskedigelse. Dette skyldes, at alle afgørelserne slår fast, at der ikke foreligger passivitet, men i flere af afgørelserne fremgår der ikke en konkret begrundelse herfor.

En forsigtig konklusion på de ovenstående domme omkring usaglig afskedigelse må derfor være, at der ikke umiddelbart er nogen grænse for, hvor hurtigt der skal ske reklamation. Der accepteres i praksis en ganske lang reklamationsmulighed for den ansatte. Det har ikke været muligt at finde frem til afgørelser, hvor der statueres passivitet, hvorfor det kan diskuteres, om der overhovedet er en reklamationspligt for den ansatte. Reklamationens virkning er netop at passiviteten afbrydes, men det har ikke umiddelbart så afgørende betydning i sagerne om usaglig afskedigelse. I hvert fald er der ikke noget i afgørelserne, som peger i retning af, at der skulle foreligge en egentlig reklamationspligt.

Det betyder samtidigt, at de ovenfor behandlede afgørelser kan være udtryk for, at tidens gang i sig selv ikke medfører passivitet, hvilket blev gennemgået under afsnit 2 om baggrundsjuraen. Der skal altså i højere grad en aktiv handling og/eller forventning til, før der kan siges at foreligge passivitet.

Som nævnt ovenfor kan det diskuteres, om der overhovedet foreligger en reklamationspligt, fordi ingen af de behandlede afgørelser peger i retning heraf. Formentligt vil det dog kunne opleves at, der i nogle situationer ofte vil kunne opstå passivitetsvirkning på grund af bevisudfordringer. Lønmodtageren vil derfor typisk kunne gavne sin situation ved at foretage reklamation hurtigst muligt. Reklameres der forholdsvis tidligt i forløbet, vil bevisbyrden i høj grad være på arbejdsgiverens side, mens at jo senere der reklameres, desto større krav vil der blive sat til, at lønmodtageren selv kan løfte bevisbyrden.

6. Konklusion og diskussion

Formålet med dette speciale var at undersøge, i hvilke tilfælde der er en reklamationspligt for lønmodtageren, når denne afskediges, samt undersøge om for sen reklamation kan rammes af passivitet.

Under behandlingen af bortvisning blev det slået fast, at der typisk vil være en reklamationspligt. Behandlingen af bortvisning blev delt op i den klare og uklare bortvisningssituation. Under den klare bortvisning lå det klart, at lønmodtageren skulle reklamere overfor arbejdsgiveren. Med udgangspunkt i de domme der er blevet behandlet, lå det klart, at arbejdsgiveren som udgangspunkt måtte kunne forvente en forholdsvis hurtig reklamation, såfremt der ikke var tvivl om sagens omstændigheder. Det kan dog også konkluderes, at domstolene var meget tilbøjelige til at acceptere, endog ret lange reklamationsfrister i de sager, hvor der var en række undskyldende eller særlige omstændigheder for lønmodtageren. De afgørelser, der blev gennemgået spændte, ret bredt med hensyn til, hvor hurtigt der blev reklameret. Det kunne dog konkluderes, at reklamation efter ca. 14 måneder umiddelbart var grænsen for, om der kunne indtræde passivitet. Ligeledes kunne det konkluderes, at hvis lønmodtageren ville undgå at blive ramt af passivitet, var det nødvendigt at der skete reklamation forholdsvis hurtigt efter bortvisningen. I de tilfælde, hvor en ganske lang reklamationsfrist blev accepteret, var der tale om en række undskyldende eller særlige omstændigheder, som gjorde at domstolene accepterede denne lange reklamationsfrist. Under behandlingen af dommene kunne det ses, at det især var de individuelle omstændigheder, som havde betydning for afgørelsen. Ydermere lagde domstolene ikke i særlig høj grad vægt på, om der var kommet en ren formel indsigelse. Derimod blev vægten lagt på, at også ganske uformelle indsigelser var nok til at bryde passiviteten.

For så vidt angår den uklare bortvisning, var det her en smule svært at pege på en række omstændigheder, som havde betydning for reklamationsfristen og indtræden af passivitet. Det skyldtes, at retspraksis ikke var omfattende, hvorfor behandlingen heraf også blev ret kortfattet. Det kunne dog konkluderes, at der skulle ske en forholdsvis hurtig reklamation, idet den uklare bortvisning ofte er udtryk for, at en eller begge af parterne befinder sig i en vildfarelse, og skal ledes ud af denne vildfarelse hurtigst muligt.

Afgiver arbejdsgiveren en opsigelse med forkert varsel overfor lønmodtageren, er der også en reklamationspligt. I analysen af dommene herom blev det slået fast, at en reklamation typisk vil skulle finde sted inden eller i nær tilknytning til fratrædelsen. Således bliver der her i højere grad lagt vægt på en formel grænse, som ligger omkring fratrædelsen. Det var dog svært at udlede noget helt konkret, idet der også forekom afgørelser, hvor reklamationen først blev foretaget længere tid efter opsigelsen og fratrædelsen. Udgangspunktet må dog være, at der skal ske reklamation inden fratrædelsen, eller i meget nær tilknytning til denne. Dette udgangspunkt kan finde sin berettigelse i arbejdsgiverens mulige tab. I denne situation er der tale om en ganske almindelig opsigelse, blot med forkert varsel. Det betyder også, at arbejdstageren er forpligtet til at stille sin arbejdskraft til rådighed i opsigelsesperioden. Det ville således kunne medføre et tab for arbejdsgiveren, såfremt den ansatte kunne fratræde og først derefter påpege det forkerte varsel.

Under behandlingen af forkert varsel, blev der også foretaget en ganske kort behandling af afskedigelse i forbindelse med sygdom. Retspraksis var også her meget begrænset, og det var kun muligt at finde en enkelt afgørelse, som peger en smule i retning af, at der skulle være en reklamationspligt for lønmodtageren. Under behandlingen heraf blev det dog udledt, at der ikke er en konkret reklamationspligt for lønmodtageren. Dette skyldes, at hvis arbejdsgiveren bliver gjort opmærksom på det forkerte varsel vil der være mulighed for, at kunne rette op på fejlen og foretage en ny gyldig opsigelse. Således vil lønmodtageren risikere at forringe sin egen situation, hvis denne bliver pålagt en reklamationspligt i dette tilfælde. Man kan således sige, at det strider imod det ovenfor anførte om det forkerte varsel, men her må det tale for at undgå en situation, hvor arbejdstageren bliver pålagt at skulle forringe sin egen situation.

Den sidste form for afskedigelse der er blevet behandlet i specialet, er usaglig afskedigelse. Også denne afskedigelsesform har det været svært at konkludere på. Idet det i retspraksis kun har været muligt at finde afgørelser, hvor der ikke blev statueret passivitet. De afgørelser, der blev brugt under behandlingen, slog alle fast, at der ikke forelå passivitet på trods af ganske lang reklamationsfrist. Ligeledes var der ikke nogle generelle betragtninger indeholdt i domstolenes bemærkninger til dommene, hvorfor der ikke kunne udledes sådanne. Konklusionen kan derfor som udgangspunkt være, at der ikke er nogen reklamationspligt for lønmodtageren. Som tidligere omtalt i specialets indledende afsnit omkring baggrundsgrunden er reklamationsstidspunktet relevant af hensyn til, hvor hurtigt der vil indtræde passivitet. Det betyder således også, at idet der her ikke statueres passivitet i nogle tilfælde, og der ikke er noget der tyder på, at der vil kunne indtræde passivitet, så foreligger der ikke en reklamationspligt. Alligevel vil det i mange situationer være hensigtsmæssigt for arbejdstageren at reklamere efter en usaglig afskedigelse. Dette skyldes, at passivitet i nogle tilfælde vil kunne statueres på bevisudfordringer. Udgangspunktet er, at arbejdsgiveren har bevisbyrden, og det vil typisk være denne, som skal fremlægge de nødvendige dokumenter i sagen. Afventer lønmodtageren en række år med at reklamere vil domstolene formentligt i nogle tilfælde vende kravet til bevisbyrden, således at det i højere grad accepteres, at det er lønmodtageren, der skal bære beviset, mens der ikke vil stilles så høje krav til arbejdsgiveren. Samlet må det konkluderes, at der ikke er en konkret reklamationspligt for lønmodtageren, når denne udsættes for usaglig afskedigelse. I hvert fald er der ikke noget, der peger i retning af en sådan reklamationspligt.

Samles der op på hele specialets problemstilling, kan det overordnet anføres, at det ikke generelt kan konkluderes, at når en lønmodtager afskediges, er der en reklamationspligt. De afgørelser, der er gennemgået under de enkelte underafsnit, peger derimod nærmere i retning af, at det i ganske høj grad er individuelle omstændigheder, som er afgørende for domstolenes vurdering af reklamationspligt henholdsvis passivitetsvirkning.

Der er nogle overordnede hensyn som kan udledes af behandlingen i specialet. Først kan det udledes, at domstolene i deres afgørelser ikke har fokus på, at indsigelser mod afskedigelserne skal være formelle, altså at der hverken kræves særlige retsskridt eller skriftlig indsigelser. Derimod lægger domstolene vægt på særligt under bortvisning, at meget uformelle handlinger fra arbejdstageren også er tilstrækkelige til at statuere, at der er foretaget den nødvendige indsigelse.

Derudover kan det efter behandlingen af den situation, hvor der afgives forkert varsel konkluderes, at der i denne forbindelse i højere grad lægges vægt på det formelle, at det konkluderes at reklamationen skal ske i nær tilknytning til fratrædelsen. Ligeledes har det i forbindelse med forkert varsel særlig betydning, at arbejdsgiveren vil kunne lide et tab, såfremt den ansatte først skulle reklamere efter fratrædelsen. Der er måske et hensyn til almindelige principper om tabsbegrænsning, hvorfor der kan argumenteres for, at der stilles større krav til den ansattes reklamation.

Som nævnt ovenfor kan det overordnet konkluderes, at der ikke i alle tilfælde er en reklamationspligt. Ofte vil det være hensigtsmæssigt for arbejdstageren at få fremsat sin indsigelse hurtigst muligt, for at undgå at bevisbyrden vil blive vendt, og eventuel passivitet indtræder. Foretages indsigelse mod en afskedigelse først mange år senere, vil domstolene være tilbøjelige til at acceptere, at arbejdsgiveren ikke lige så let kan løfte bevisbyrden, mens det vil opleves, at lønmodtageren skal løfte denne bevisbyrde i højere grad.

7. Abstract

In this thesis, I will examine the duty to complain of dismissal. The thesis will focus on the employee, and his duty and option to complain and avoid passivity.

Further the thesis will consider the various factors which may determine if the employee has a duty to complain or not.

The duty to complain is known from elsewhere in the law, e.g. Law of Sales. In the Employment Law however, there appears to be no option to remediate the employee once dismissed from work. As such it seems paradoxical that employees in some dismissal situations actually are imposed a duty to complain even though remediation can never be achieved. In other forms of dismissal the employer could have better options to remedy, why in some cases, it will make sense to impose a duty to complain on the employee.

This thesis is divided into a number of subtopics that will be answered on the basis of the literature in employment law, as well as a select number of decisions from the court. In consideration of the extent of this thesis, I have selected a number of the most common cases of dismissal to be examined. The assignment will be based on expulsion, improper notice, dismissal due to sickness, and unfair dismissal.

After examining each dismissal case separately, it can be concluded that, depending on the case, it differs if there is a duty to complain for the employee or not. Practice is not clear in this matter. In many of the decisions it is on individual basis that the courts assess if there is a duty to complain or not. However, it can be concluded that in the course of expulsion and wrong notice there will typically be a duty to complain for the employee. However, it is individual how quickly the employee will lose his possibility to complain because of passivity.

During the examination of expulsion it could be concluded that there is a duty to complain. It was found that the duty to complain was accepted to acceptance long after the dismissal, up to 14 months. In these situations was however a number of extenuating circumstances.

It was also found that there was a duty to complain when the employer dismisses the employee with improper notice. It could not be inferred, of the decisions exactly when the employee has to complain. In most cases the duty to complain was closely related to the severance to be more correct. During these dismissals in connection with illness also was examined. It was found that there was not a duty to complain, because the worker would risk compromising his own position.

Unlike the others situations it could not be concluded that there is a duty to complain in unfair dismissal. It was not possible to find case law, which pointed in the direction of a duty to complain also not passivity effect.

Overall, it can be concluded that it would be appropriate for the employee to complain because if not, it can cause problems by evidence. If the employee waits a few years to send his claim, it will

typically be the employee who has to lift a greater share of the burden of proof, which can be difficult.

8. Litteraturliste

8.1. Bøger

- *Afskedigelse - arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt*, Jens Paulsen, 1. udgave 2015, Karnov Group
- *Bortvisning*, Kia Dollerschell, 1. udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- *Bortvisning - suspension og fritsitling*, Mikael Marstal, 1. udgave 2013, Karnov Group
- *Den danske arbejdsret, bind II: Ansættelsesretten*, Ole Hasselbalch, 1. udgave 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- *Funktionærret*, Lars Svenning Andersen m.fl., 4. udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundet Forlag
- *Juridisk metodelære*, Peter Blume, 5. udgave 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- *Købsretten*, Nis Jul Clausen, Hans Henrik Edlund og Anders Ørgaard, 5. reviderede udgave 2012, Karnov Group
- *Lærebog i ansættelsesret og personale jura*, Ole Hasselbalch, 4. udgave 2012, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- *Passivitet*, Jens Ravnkilde, 2. udgave 2013, Karnov Group
- *Personalejura - praktisk arbejdsret*, Jens Paulsen, Bent Ramskov og Søren Ole Nielsen, 3. udgave 2011, Academica
- *Retskilder & Retsteorier*, Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, 3. reviderede udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- *Skyldforhold - obligationsrettens grundbegreber*, Erik Werlauff, 2. udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- *Usaglig afskedigelse - en håndbog*, Jørgen Rønnow Bruun, 1. udgave 2006, Forlaget Informatics

8.2. Artikler

- *Om retsfortabende passivitet*, Jens Valdemar Krenchel, U.2000B.180

8.3. Retspraksis

- Sag BS 298/2005, Næstved Byrets dom af 2. februar 2006
- Sag BS C3-678/2012, Retten i Sønderbogs dom afsagt 5. marts 2013
- Sag B-729-06, Østre Landsrets dom af 30. oktober 2006, 20. afdeling
- Sag B-2566-95, Vestre Landsrets dom af 2. juni 1998, 4. afdeling
- U.1958.551 H
- U.1964.750 VL
- U.1965.115 H
- U.1968.926 H
- U.1974.203 V
- U.1975.1091 S
- U.1980.799 V
- U.1985.101 H
- U.1985.106/2 H
- U.1998.655 V
- U.1998.737 V

- U.1999.916/2 V
- U.2000.1357 H
- U.2001.250 Ø
- U.2013.196 Ø
- U.2013.2027 H
- U.2014.990 V