

Godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet

Kandidatspeciale i Ansættelsesret

Af: Agnete Rønne Stenholm og Rebecca Haahr Pallesen

Vejleder: Bjørn Holtze

15. maj 2025



Abstract

The thesis examines the possibilities and the conditions under which of a salaried employee is entitled to compensation after The Consolidated Act on the legal relationship between employers and salaried employees § 2 b, when they terminate the employment contract themselves. In 2024, the Danish Supreme Court for the first time acknowledged that there is a possibility for the salaried employee to be entitled to compensation when the salaried employee terminates the employment contract themselves. The thesis aims to identify which factors are considered by the courts in these accounts.

The thesis does so by initially outlining the scope of the act § 2 b. Afterwards the various types of termination of employment and the definition of justified and unjustified dismissal will be examined, as well as the legal difference between compensation and damages. The thesis is investigated by analysing the three present judgements of the Supreme Court. The judgements are later compared to other national case law, which holds principal similarities to the § 2 b act, to provide the foundation for discussion of the current legal framework regarding this specific situation in the § 2 b.

The result of the thesis reveals that if a salaried employee is to be granted compensation after § 2 b, when they with immediate effect resign themselves, two key conditions must be met. The thesis defines the two conditions as one objective and one subjective.

The objective condition requires that there must be a fundamental breach by the employer, which can be regarded as the equivalent of termination of contract. The subjective condition revolves around the employer's motive for their actions. It must be proven that the intent behind the employer's actions was to force or push the employee to resign. Different factors that can come into consideration when the conditions are assessed. The factors are the seriousness of the employer's actions to prevent or accommodate for their breach of contract, or if the employee has made their employer aware of the employer's breach of contract. It is also likely, that the employer's personal conditions influence the evaluation of whether or not the conditions are met.

In addition to the two conditions, the thesis concludes that a big part of the reason to why there hasn't been awarded compensations after the § 2 b act lies in the burden of proof, as the thesis identifies that it has yet to be seen that a salaried employee has successfully proven either the objective or the subjective term.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	5
2. Problemformulering.....	6
3. Afgrænsning.....	6
4. Metode.....	7
5. Funktionærlovens § 2 b	8
5.1. Funktionærstatus	10
5.1.1. Arbejdets art	10
5.1.2. Beskæftigelseskravet	11
5.1.3. Krav om tjenestestilling.....	11
5.1.4. Vurderingen af funktionærstatus og bevisbyrden	11
5.2. Anciennitetskravet.....	11
5.3. Ophør af ansættelsesforholdet	12
5.3.1. Opsigelse	12
5.3.2. Bortvisning.....	18
6. Ophævelse.....	20
7. Arbejdsgiverens misligholdelse.....	21
7.1. Særligt om arbejdsgiverens misligholdelse ved konkurs	24
8. Godtgørelse kontra erstatning	26
8.1. Godtgørelse for urimelig opsigelse.....	27
8.2. Minimalerstatning ved arbejdsgiverens grove misligholdelse	28
9. Retspraksis om FUL § 2 b ved funktionærens ophævelse	29
9.1. Prokurist-dommen.....	30
9.1.1. Sagens omstændigheder	30
9.1.2. Højesterets begrundelse og resultat	32
9.2. Dommen om den dygtige funktionær.....	33
9.2.1. Sagens omstændigheder	33
9.2.2. Højesterets begrundelse og resultat	36
9.3. LG-dommen.....	38
9.3.1. Sagens omstændigheder	38
9.3.2. Højesterets begrundelse og resultat	41
9.4. Sammenfattende om retspraksis om FUL § 2 b ved funktionærens ophævelse.....	46
9.4.1. Den objektive betingelse	46
9.4.2. Den subjektive betingelse	48
10. Retspraksis vedrørende forskelsbehandlingslovens § 2	51
10.1. Bagerdommen	51
10.2. Paralleller til funktionærlovens § 2 b.....	55
10.2.1. Udmålingen af godtgørelsen.....	55
10.2.2. Beskyttelse af arbejdstageren	57
10.2.3. Særligt om beviser og bevisbyrde.....	58
10.2.4. Sammenfattende.....	60

11. Bevisbyrdespørgsmål	60
<i>11.1. Bevisbyrden for den subjektive betingelse</i>	<i>61</i>
11.1.1. Arbejdsgivers mulighed for at omgå den subjektive betingelse	61
<i>11.2. De lege ferenda og de sententia ferenda</i>	<i>64</i>
<i>11.3. En undtagelse til hovedreglen.....</i>	<i>67</i>
<i>11.4. Sammenfattende om bevisbyrdespørgsmålet.....</i>	<i>69</i>
12. Konklusion	70
13. Litteraturliste.....	74

1. Indledning

Funktionærloven¹ er en kilde til mange arbejdstageres rettigheder og beskyttelse. Da lovgiver ved den danske model har overladt meget af reguleringen på ansættelsesområdet til arbejdsmarkedets parter, afledes mange af arbejdstagerens rettigheder og forpligtelser af de kollektive aftaler. Det danske arbejdsmarked er således i høj grad reguleret ved overenskomster, og en stor del af den enkelte arbejdstagers ansættelsesforhold er reguleret af aftaler mellem arbejdsmarkedets parter.² Der findes dog nogen regulering, der bredt og generelt sikrer grupper af arbejdstagere, heriblandt funktionærloven.

Selvom mange arbejdstagere er sikret rettigheder og forpligtelser gennem overenskomst, er der arbejdstagere, som må aflede deres rettigheder gennem lovgivning alene. Derudover er der mange arbejdstagere, som ikke er omfattet af funktionærloven, men som ansættes på funktionærlignende vilkår og således med ansættelsesrettigheder, der afledes af funktionærloven.³

Funktionærloven udgør dermed en vigtig retskilde for mange, ikke blot funktionærer. Der har imidlertid i mange år hersket usikkerhed om én af lovens måske væsentligste bestemmelser, funktionærlovens § 2 b. Bestemmelsen beskytter funktionæren mod urimelig opsigelse og bortvisning ved at berettiger den urimeligt opsagte eller bortviste funktionær til en godtgørelse for arbejdsgiverens uberettigede afskedigelse af funktionæren. Der har dog siden bestemmelsens indførsel i 1964 været en uvished om bestemmelsens anvendelsesområde. Er de funktionærer, der ophæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgivers misligholdelse, også omfattet af bestemmelsen, og kan de derfor have et krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b?

Der har i 60 år været uvished herom, men denne uvished blev – i hvert fald i nogen grad – afklaret ved Højesterets dom af 6. december 2024.⁴ Dommen har således afklaret en stor del af uklarheden på området, men efterlader samtidig visse tvivlsspørgsmål om funktionærens adgang til at få godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgivers misligholdelse.

¹ LBK nr. 1002 af 24/08/2017.

² Aage Jensen og Lars Svenning Andersen, Funktionærloven 80 år, 2018, s. 533.

³ Aage Jensen og Lars Svenning Andersen, Funktionærloven 80 år, 2018, s. 420.

⁴ Sag BS-18459/2024-HJR – U 2025.763.

2. Problemformulering

På baggrund af ovenstående vil nærværende projekt undersøge følgende problemformulering:

Hvilke betingelser skal være opfyldt for, at en funktionær er berettiget til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens egen ophævelse af ansættelsesforholdet?

3. Afgrænsning

Selvom projektet har til formål at belyse funktionærlovens (FUL) § 2 b og bestemmelsens anvendelsesområde, vil specialet hovedsageligt fokusere på ophævelsestilfælde. Af hensyn til at sikre en dybdegående besvarelse af specialets problemformulering afgrænser specialet sig derfor fra en grundig gennemgang af funktionærlovens § 2 b's anvendelse i tilfælde, hvor funktionæren opsiges eller bortvises af arbejdsgiveren. I den forlængelse er der i specialet kun en gennemgang af de almene ophørs måder for et ansættelsesforhold; opsigelse, bortvisning og ophævelse. Ansættelsesophør såsom ved kollektive afskedigelser og andre undtagelser til de ovennævnte ophørs måder behandles dermed ikke.

Det er bekendt, at mange ansættes på funktionærlignende vilkår. Specialet behandler udelukkende sager, der føres efter funktionærloven, og ikke efter regler, der følger af overenskomst, ansættelseskontrakt eller anden aftale.

Specialet har et ansættelsesretligt perspektiv, men ikke al ansættelsesretlig regulering har været anvendt i specialet. Specialets udgangspunkt er funktionærloven, og anden regulering har været inddraget, hvor det har været relevant for en fyldestgørende besvarelse af problemformuleringen. Det er ikke dermed udelukket, at yderligere regulering kan have indflydelse på reguleringen af funktionærlovens § 2 b i særlige situationer. Af hensyn til specialets omfang har der dog måtte foretages en afgrænsning herfra.

Det lægges også til grund, at der i de anvendte domme kan være omstændigheder, der ikke fremgår af dommene, såsom vidnernes karakter, fremtoning og andet, der kan have indflydelse på afgørelsen. Specialet har ikke haft mulighed for at inddrage sådanne omstændigheder ved besvarelsen af problemformuleringen.

4. Metode

Specialets problemformulering besvares ved anvendelse af den retsdogmatiske metode. Herigennem findes de gældende regler, de lege lata, til at besvare problemformuleringen.⁵ Formålet med anvendelsen af den retsdogmatiske metode er at fastlægge gældende ret ved at beskrive og analysere gældende ret.⁶ Formålet med den retsdogmatiske metode er desuden at finde ny viden om gældende ret samt beskrive retstilstanden på et givent område. Dette gøres gennem en systematisk, metodisk og transparent undersøgelse af de for problemformuleringen relevante retskilder.⁷

Specialet har til formål at klarlægge retstilstanden vedrørende funktionærens adgang til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet ved anvendelse af den retsdogmatiske metode.

I specialet anvendes retskilderne: lov og retspraksis. I retskildehierarkiet placeres loven øverst, da den går forud for andre retskilder.⁸ I loven fastsættes borgerens pligter og rettigheder, der kan håndhæves. Til besvarelse af problemformuleringen anvendes derfor indledningsvist loven og de dertilhørende lovforarbejder samt eventuelt andet lovforberedende arbejde. I nærværende speciale inddrages navnlig funktionærloven, men også andre love såsom forskelsbehandlingsloven⁹ og konkursloven¹⁰ inddrages.

Til at klarlægge retstilstanden af funktionærlovens § 2 b anvendes ordlydsfortolkning og formålsfortolkning. I fortolkningen af loven anvendes der, udover forarbejderne, retspraksis. Retspraksis rangerer næsthøjest i retskildehierarkiet.¹¹ Borgere kan forventes at blive behandlet ens under ens omstændigheder, og derfor kan retspraksis være et nyttigt værktøj til at fastlægge lovens anvendelsesområde ved tvivl.

Når specialet anvender retspraksis i analysen af funktionærloven § 2 b, er det væsentligt at være opmærksom på dommens retlige vægt, som blandt andet afhænger af hvilken instans, der har afsagt dommen. Højesteretsdomme har den højeste restkildeværdi, da Højesteret er sidste instans og afsiger dom

⁵ Carsten Munk-Hansen, Den Juridiske Løsning, 2021, s. 11.

⁶ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskaben, 2022, s. 211.

⁷ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskaben, 2022, s. 211-212.

⁸ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskaben, 2022, s. 302.

⁹ LBK nr. 399 af 05/04/2024.

¹⁰ LBK nr. 1162 af 09/11/2024.

¹¹ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskaben, 2022, s. 302.

i sager af principiel karakter.¹² I dette speciale vil der derfor blive lagt særlig vægt på Højesteretsdomme. Der er få trykte domme inden for specialets undersøgelsesområde. Det bemærkes dog i den forbindelse, at de trykte domme, der vedrører specialets problemformulering, er Højesteretsdomme. Specialet vil desuden, hvor det findes relevant, adressere, hvorvidt en dom er nyere eller ældre, da dette kan have betydning for dommens relevans i forhold til den gældende retstilstand.¹³

5. Funktionærlovens § 2 b

På det offentlige arbejdsmarked følger det af de forvaltningsretlige principper, at afskedigelser af arbejdstagere og afgørelser i øvrigt skal være saglige.¹⁴ Det er imidlertid mere kompliceret på det private arbejdsmarked, hvor kravet om saglige afgørelser efter de forvaltningsretlige principper ikke gør sig gældende. På det private arbejdsmarked reguleres afskedigelse derimod gennem arbejdsgivers frie afskedigelsesret, der kun indskrænkes, hvis det følger af lov eller overenskomst.¹⁵ Den frie afskedigelsesret for arbejdsgiver kom til udtryk i U 2003.1570 H, hvor en bartender blev usagligt opsagt, men fordi arbejdstageren ikke var omfattet af nogen beskyttelseslovgivning og ikke på opsigelsestidspunktet opfyldte overenskomstens anciennitetskrav til beskyttelse mod usaglig opsigelse, var arbejdstageren ikke beskyttet herimod.¹⁶ Arbejdsgiveren kunne derfor frit opsiges lønmodtageren, selvom dette var usagligt, uden at der kunne rettes krav mod arbejdsgiveren herfor. Højesteret udtalte i den forbindelse:

“Højesteret finder, at tilkendelse af godtgørelse som følge af, at afskedigelsen af en ansat i en privat virksomhed ikke er rimeligt begrundet i den ansattes eller virksomhedens forhold, kun kan ske, hvis der er hjemmel hertil i lov, kollektiv overenskomst eller anden aftale.”¹⁷

Højesterets udtalelse understreger blandt andet, at godtgørelse for usaglig afskedigelse kræver positiv hjemmel i lov, kollektiv overenskomst eller anden aftale. Det er således ikke alle arbejdstagere, der er berettiget til en godtgørelse for uberettiget afskedigelse, idet det alene gælder, såfremt dette er hjemlet ved lov, kollektiv overenskomst eller anden aftale, og betingelserne i den pågældende bestemmelse er opfyldt. Herved forstås også, at der ikke eksisterer et forbud mod usaglig afskedigelse og dermed ikke et almindeligt saglighedskrav for afskedigelser, der gælder for alle arbejdstagere, men alene nogle

¹² Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskaben, 2022, s. 334 og Carsten Munk-Hansen, Den Juridiske Løsning, 2021, s. 62 og 66.

¹³ Carsten Munk-Hansen, Den Juridiske Løsning, 2021, s. 67.

¹⁴ Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, 2023, s. 434.

¹⁵ Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, 2023, s. 435.

¹⁶ Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, 2023, s. 436.

¹⁷ U. 2003.1570, s. 1576.

tilfælde, hvor en usaglig opsigelse kan få konsekvenser for arbejdsgiveren, navnlig i form af godtgørelse herfor til arbejdstageren.¹⁸

Godtgørelse for urimelig opsigelse således alene ske, hvis der er hjemmel hertil. Der har gennem årene været en stor udvikling på arbejdsmarkedet, og i flere overenskomster er der indgået aftaler om at værne arbejdstagere mod urimelig opsigelse, eksempelvis i Hovedaftalens § 4, stk. 3. Det blev vurderet, at en tilsvarende beskyttelse af funktionærer burde kunne findes i loven, og i 1964 indførtes derfor funktionærlovens § 2 b, der efter sin ordlyd hjemler godtgørelse til funktionæren for urimelig opsigelse eller uberettiget bortvisning.¹⁹ Der blev herved etableret en positiv hjemmel til godtgørelse for urimelig opsigelse eller uberettiget bortvisning for samtlige funktionærer. En række betingelser skal dog være opfyldt før en funktionær kan gøre krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b.

I det følgende fastlægges anvendelsesområde for funktionærlovens § 2 b, som det følger af bestemmelsens ordlyd, forarbejder og retspraksis. I forlængelse heraf behandles funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet og arbejdsgiverens misligholdelse.²⁰

Funktionærlovens § 2 b, stk. 1, 1. pkt. har følgende ordlyd:

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.

I funktionærlovens § 2 b, stk. 1, 2. og 3. pkt. og stk. 2 er der fastsat bestemmelser om udmålingen af godtgørelsen.²¹ Det følger desuden af funktionærlovens § 2 b, stk. 3, at bestemmelserne i stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af uberettiget bortvisning.²²

Det følger af bestemmelsens ordlyd, at tre grundlæggende betingelser skal være opfyldt for, at funktionærlovens § 2 b kan medføre, at en funktionær har krav på en godtgørelse; der skal være tale om 1) en funktionær, som 2) har været uafbrudt beskæftiget i mindst et år i den pågældende virksomhed og

¹⁸ Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, 2023, s. 438.

¹⁹ Forslag til Lov om ændringer i lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, 1964, Tillæg A, s. 214 f. og Lov nr. 77 af den 20. marts 1964 om ændringer i lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.

²⁰ Jf. afsnit 7 og 8.

²¹ Jf. afsnit 8.

²² Jf. afsnit 5.3.2.

3) er blevet urimeligt opsagt eller uberettiget bortvist. I det følgende vil disse tre grundlæggende betingelser for godtgørelse for uberettiget afskedigelse efter funktionærlovens § 2 b blive behandlet.

5.1. Funktionærstatus

Den første grundlæggende betingelse for godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b er, at den, der kræver godtgørelsen, er funktionær. Dette skyldes i sagens natur, at funktionærloven alene finder anvendelse for funktionærer, jf. FUL § 1.

En funktionær defineres i funktionærlovens § 1, stk. 1 og 2 som den person, der opfylder følgende tre krav:

- 1) er beskæftiget med arbejde af en bestemt art, jf. FUL § 1, stk. 1, litra a-d.
- 2) har en gennemsnitlig beskæftigelsestid på mere end 8 timer ugentligt i stillingen, jf. FUL § 1, stk. 2.
- 3) indtager en tjenestestilling, således at arbejdstageren er undergivet arbejdsgiverens instruktioner, jf. FUL § 1, stk. 2.²³

Der er dog en undtagelse hertil i funktionærlovens § 1, stk. 3, hvorefter visse persongrupper ikke er omfattet af funktionærloven, uagtet at de opfylder kravene i funktionærlovens § 1, stk. 1 og 2.

Opfylder personen de tre krav i funktionærlovens § 1, stk. 1 og 2, og er personen ikke omfattet af undtagelsen i funktionærlovens § 1, stk. 3, er denne at betragte som funktionær og vil være omfattet af funktionærlovens regler og beskyttelse.²⁴ De tre krav behandles nærmere i det følgende.

5.1.1. Arbejdets art

Det første krav for at være omfattet af funktionærbegrebet er, at funktionæren skal udføre arbejde af den i funktionærlovens § 1, stk. 1, litra a, b, c eller d angivne art. Dette omfatter handels- og kontorarbejde, teknisk- og klinisk bistandsydelse samt arbejde der i det væsentligste består i arbejdsledelse.

Det er ikke et krav, at funktionæren *udelukkende* er beskæftiget med de opgaver, der følger af bestemmelserne i litra a og b. Det følger således af funktionærlovens § 1, stk. 1, litra d, at personer, hvis arbejde *overvejende* – og ikke udelukkende eller i det væsentlige – er af den under litra a og b angivne

²³ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 29.

²⁴ Ibid.

art, også anses for at være funktionærer, jf. FUL § 1, stk. 1, litra d.²⁵ Det følger derimod af litra c, at personer, hvis arbejde består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde, *udelukkende* eller *i det væsentlige* skal beskæftige sig hermed for at opfylde kravet til funktionærstatus.

5.1.2. Beskæftigelseskravet

Det andet krav er, at personen tillige være beskæftiget i ansættelsesforholdet i mindst 8 timer om ugen, for at være omfattet af funktionærbegrebet, jf. FUL § 1, stk. 2, 1. led.

5.1.3. Krav om tjenestestilling

Det tredje krav er, at personen også skal være undergivet arbejdsgiverens instruktioner for at være omfattet af funktionærbegrebet.²⁶ Dette betegnes også som et over-underordnelsesforhold eller en tjenestestilling, jf. FUL § 1, stk. 2, 2. og 3. led.

5.1.4. Vurderingen af funktionærstatus og bevisbyrden

Hvorvidt en person har funktionærstatus, skal vurderes på det tidspunkt, hvor det for arbejdstageren er nødvendigt at afklare spørgsmålet herom.²⁷

Som udgangspunkt er bevisbyrden for, om en person opfylder funktionærbetingelserne, pålagt personen selv, hvilket betegnes ligefrem bevisbyrde. Dog ser man, at det i praksis kan afhænge af, hvilken stilling personen udfylder. Der ses en tendens til, at domstolene pålægger arbejdsgiveren bevisbyrden for, at arbejdsforholdet ikke er omfattet af funktionærloven, hvis det pågældende ansættelsesforhold normalvis vil være omfattet af reglerne i funktionærloven.²⁸

5.2. Anciennitetskravet

Den anden grundlæggende betingelse for godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b er, at funktionæren, jf. FUL § 1, skal opfylde anciennitetskravet i funktionærlovens § 2 b, stk. 1, 1. pkt., 2. led, hvorefter funktionæren på opsigelsestidspunktet skal have været uafbrudt beskæftiget i virksomheden i mindst 1 år før opsigelsen, førend funktionæren kan påberåbe sig en godtgørelse for uberettiget afskedigelse

²⁵ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 61.

²⁶ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 82.

²⁷ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 43.

²⁸ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 30.

efter funktionærlovens § 2 b.²⁹ Det er opsigelsestidspunktet, og ikke fratrædelsestidspunktet, der er afgørende for vurderingen af funktionærens anciennitet i stillingen.³⁰

Det er helt centralt, at også dette krav opfyldes, jf. U 2003.1570 H. Har funktionæren været beskæftiget hos arbejdsgiveren i eksempelvis 10 måneder, vil funktionæren således ikke være berettiget til godtgørelse for urimelig opsigelse efter funktionærlovens § 2 b, selv hvis afskedigelsen er åbenlyst uberettiget. Som nævnt kræver det en positiv hjemmel for, at en funktionær eller en anden arbejdstager har krav på godtgørelse for en uberettiget afskedigelse. Dette kræver, at betingelserne efter den konkrete hjemmel er opfyldt.

Ved fastsættelsen af ancienniteten i den pågældende virksomhed medregnes tiden i funktionærstillingen og ikke eksempelvis varigheden af en eventuel anden stilling i samme virksomhed, som ikke har opfyldt kravene til en funktionærstilling. Der er dog mulighed for særskilt at aftale andet i det enkelte ansættelsesforhold.³¹

5.3. Ophør af ansættelsesforholdet

Den tredje og sidste grundlæggende betingelse for godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b er, at funktionæren skal urimeligt opsiges eller uberettiget bortvises af arbejdsgiveren, jf. FUL § 2 b, stk. 1 og 3. Urimelig opsigelse og uberettiget bortvisning kan også samlet betegnes som uberettiget afskedigelse fremover, hvis der henvises til de to ophørsmåder.

Der er imidlertid tre måder, hvorpå et ansættelsesforhold kan ophøre under almindelige forhold: opsigelse, bortvisning og ophævelse. Selvom ordlyden af funktionærlovens § 2 b alene henviser til arbejdsgivers opsigelse og bortvisning af funktionæren, behandles i det følgende alle tre ophørsmåder henset til specialets problemformulering.

5.3.1. Opsigelse

Opsigelse er formentlig dét juridiske begreb, der anvendes mest i daglig tale. Opsigelse dækker over den situation, hvor enten arbejdsgiveren eller funktionæren afgiver en erklæring om, at ansættelsesforholdet vil ophøre med det dertil gældende opsigelsesvarsel, jf. FUL § 2.³²

²⁹ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 197-198.

³⁰ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 804.

³¹ Ibid.

³² Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 665.

5.3.1.1. Form- og indholdsmæssige krav til opsigelse

Der er i flere henseender grund til at sondre mellem henholdsvis arbejdsgiverens og funktionærens opsigelse af ansættelsesforholdet.

Opsigelsesvarslerne for arbejdsgiverens opsigelse er reguleret i funktionærlovens § 2, stk. 2-5. De almindelige opsigelsesvarsler for arbejdsgiveren findes i funktionærlovens § 2, stk. 2 og 3. Disse opsigelsesvarsler afhænger af funktionærens anciennitet, som regnes fra fratrædelsestidspunktet og ikke opsigelsestidspunktet.³³ Er ansættelsen af midlertidig karakter eller underlagt en prøveperiode på mindre end 3 måneder, vil arbejdsgiveren have adgang til meget korte eller ingen opsigelsesvarsler, jf. FUL § 2, stk. 4 og 5.³⁴

Opsigelsesvarslet for funktionærens opsigelse er reguleret i funktionærlovens § 2, stk. 6. Dette varsel er i udgangspunktet altid én måned samt indeværende måned, jf. FUL § 2, stk. 6, 1. pkt. Der er særlige undtagelser hertil, jf. FUL § 2, stk. 6, 1. pkt., 2. led og 2. pkt.

Opsigelsesvarslerne er minimumsvarsler, hvilket indebærer, at de som udgangspunkt ikke kan fraviges til ugunst for funktionæren, således at arbejdsgiveren kan opsiges funktionæren med et kortere varsel end det, der følger af funktionærloven, jf. FUL § 21. Der er dog intet til hinder for, at arbejdsgiveren eller funktionæren afgiver et længere varsel end minimumsvarslet efter funktionærlovens § 2.³⁵

Der er i udgangspunktet ikke nogen generelle formkrav til en opsigelse. Det gælder dog efter funktionærlovens § 2, stk. 7, at en opsigelse skal være skriftlig, hvis den vedrører opsigelse af en funktionær omfattet af de almindelige opsigelsesvarsler i funktionærlovens § 2, stk. 2 og 3, eller hvis funktionæren opsiges ansættelsesforholdet. Kravet om skriftlighed er dog ikke en egentlig gyldighedsbetingelse.³⁶ Dette skyldes, at kravet om skriftlighed er begrundet i et ønske om at minimere tvivlen om, hvorvidt der er foretaget en opsigelse.³⁷ Reglen om skriftlighed må derfor anses for at have mere karakter af en bevisregel end et egentligt formkrav til opsigelsen.³⁸ Der skal ikke foreligge en begrundelse for opsigelsen, men en begrundelse skal kunne gives skriftligt til funktionæren ved anmodning herom, jf. FUL § 2, stk. 7, 3. pkt. Opsigelsen skal afgives ved brug af et medie, som det må forventes, at modtageren

³³ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 672.

³⁴ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 692.

³⁵ H.G. Carlsen, Dansk Funktionær Ret, 2019, s. 307 og Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 677.

³⁶ H.G. Carlsen, Dansk Funktionær Ret, 2019, s. 339.

³⁷ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 43. 679 og 736.

³⁸ H.G. Carlsen, Dansk Funktionær Ret, 2019, s. 340.

benytter, herunder brev, e-mail eller sms.³⁹ Dertil bemærkes det, at hvis funktionæren er offentligt ansat, vil reglerne om partshøring finde anvendelse på afgørelser om funktionærens ansættelsesforhold, jf. forvaltningslovens kapitel 5.⁴⁰

En opsigelse skal være rettidig, hvilket indebærer, at opsigelsen skal komme til kundskab hos modtageren inden for lovens frist, det vil sige inden udgangen af den sidste arbejdsdag i udgangen af indeværende måned, hvorefter opsigelsesvarslet begynder at løbe fra den efterfølgende måned, jf. FUL § 2, stk. 7, 1. og 2. pkt.⁴¹ Hvis ikke dette er tilfældet, er opsigelsen ikke rettidig, og varslet vil først løbe fra udløbet af den efterfølgende måned. I forbindelse med vurderingen af opsigelsens rettidighed kan skriftlighedskravet spille en væsentlig bevismæssig rolle.

Når der afgives en opsigelse, stilles der visse indholdsmæssige krav til opsigelsens indhold. Uanset om opsigelsen afgives af funktionæren eller arbejdsgiveren, skal opsigelsen som minimum være ubetinget og utvetydig i sit indhold samt angive et fratrædelsestidspunkt. Det skal således være klart, at der er tale om en opsigelse, og er der tvivl herom, beror det på afsenderen af opsigelsen at bevise, at der foreligger en opsigelse.⁴²

En funktionær har fri adgang til at opsig sit ansættelsesforhold og behøver ikke en begrundelse herfor. Funktionæren må sågar opsig ansættelsesforholdet, fordi chefen smasker til frokost eller fordi, det er mandag, uden det har yderligere konsekvenser for funktionæren. Funktionæren skal blot overholde de betingelser, som vedkommende er pålagt i forbindelse med en opsigelse.

Arbejdsgiverens opsigelse af funktionæren kræver derimod en rimelig begrundelse, hvis ikke arbejdsgiveren vil risikere at blive mødt af et godtgørelseskrav, jf. FUL § 2 b. Denne begrundelse kan findes i enten funktionærens eller virksomhedens forhold. Arbejdsgiveren kan således opsig en funktionær uden at blive mødt af et godtgørelseskrav efter funktionærlovens § 2 b, hvis opsigelsen er begrundet i funktionærens misligholdelse af ansættelsesforholdet, eller hvis virksomhedens forhold kan begrunde en opsigelse.⁴³

³⁹ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 676 og Per Alkestrup og Morten Erritzøe Christensen, Ordentlig opsigelse, 2003, s. 71-72.

⁴⁰ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 667 og LBK nr. 433 af 22/04/2014.

⁴¹ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 679.

⁴² Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 735.

⁴³ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 805.

5.3.1.2. Urimelig opsigelse

Den tredje betingelse for funktionærens krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b er, at opsigelsen af funktionæren må anses for at være urimelig. I denne forbindelse anvendes navnlig begreberne urimelig og usaglig. De to begreber ofte anvendes til at beskrive det samme, er det vigtigt at sondre mellem de to begreber, der ikke er synonyme. En saglig opsigelse kan være urimelig henset til funktionærens forhold, hvilket kan berettige til en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, hvis de øvrige betingelser er opfyldt. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens forhold sagligt kan danne grundlag for en opsigelse, men det er urimeligt, at opsigelsen er af den pågældende funktionær, eksempelvis henset til funktionærens alder eller øvrige omstændigheder.⁴⁴ Derfor kan funktionærlovens § 2 b hjemle godtgørelse ved saglige opsigelser, såfremt opsigelsen er urimelig i forhold til den enkelte funktionær.

Hvorvidt en opsigelse er urimelig, er en konkret vurdering af funktionærens forhold. Her inddrages momenter som funktionærens alder og anciennitet i stillingen, der opsiges. Dette skyldes, at lovgiver fandt, at en urimelig opsigelse ville udgøre et større problem for funktionæren med en høj anciennitet i ansættelsesforholdet eller en høj alder.⁴⁵ Dette hensyn afspejles i bestemmelsen, hvor funktionærens alder og anciennitet tillægges vægt, når godtgørelsen skal udmåles, jf. § 2 b, stk. 1, 2. og 3. pkt. og stk. 2.

Det er således ikke fastlagt, hvornår en opsigelse er urimelig, og det vil være nødvendigt at foretage en konkret vurdering i den enkelte sag, om en opsigelse har været urimelig i funktionærens tilfælde, og om funktionæren derfor kan være berettiget til godtgørelse.⁴⁶ En rimelig opsigelse kan begrundes i enten virksomhedens eller funktionærens forhold.

5.3.1.2.1. Funktionærens forhold

En opsigelse kan begrundes i funktionærens forhold. Hvis en opsigelse af funktionær begrundes i funktionærens egne forhold, skyldes det, at funktionæren ikke evner at indgå på arbejdspladsen. Det er set i retspraksis, at egne forhold kan omfatte blandt andet samarbejds- og tillidsproblemer, uegnethed, misligholdelse af ansættelsesforholdet og sygdom.⁴⁷

⁴⁴ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 198.

⁴⁵ Folketingsåret 1963-1964, Tillæg A, Bemærkninger til lovforslaget, s. 215.

⁴⁶ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 203.

⁴⁷ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 216, 220, 222 og 233.

Ved samarbejdsproblemer forstås eksempelvis problemer i det daglige samarbejde, som enten i en periode skal være kontante eller tilbagevendende og være til gene for virksomheden.⁴⁸

Der er ikke en fri adgang for arbejdsgiver til at opsige en funktionær med henvisning til egne forhold. Funktionæren skal i udgangspunktet have en advarsel om, at hvis ikke der rettes op på de angivne forhold, vil de opsiges. Arbejdsgiveren vil dermed også have et ansvar for at forsøge at afklare problemer.⁴⁹ Det er dog kun påkrævet i visse tilfælde at give en advarsel, særligt i forbindelse med samarbejds- og tillidsproblemer, kan der være en særlig anledning for arbejdsgiveren til at udtrykke sin utilfredshed og advare funktionæren om en påtænkt opsigelse. Dette giver funktionæren mulighed for at forbedre sig og ændre på de forhold, der angives, og i visse tilfælde kan en opsigelse hermed afviges.⁵⁰ Formår funktionæren ikke at rette op på egne forhold, efter der er givet en advarsel, kan denne berettiget opsiges med henvisning til advarslens indhold.⁵¹

5.3.1.2.2. Virksomhedens forhold

En arbejdsgiver har ligeledes mulighed for at opsige en funktionær med begrundelse i virksomhedens forhold.⁵² Begrundelserne herfor kan findes i arbejdsmangel, rationalisering, indskrænkninger, omstruktureringer eller lønbesparelser.⁵³ Der er dog ikke en ubetinget adgang til, at arbejdsgiveren kan opsige funktionæren begrundet i virksomhedens forhold. Arbejdsgiveren kan have en forpligtelse til at holde på funktionæren, for at undgå, en urimelig opsigelse. Dette kan indebære, at arbejdsgiveren må foretage passende foranstaltninger til at undgå en opsigelse af en funktionær, også selvom virksomhedens forhold kan begrunde en opsigelse.

Denne forpligtelse må ses i lyset af, at en funktionær har ikke samme mulighed for at undvige en opsigelse begrundet i virksomhedens forhold. Derfor kan det være urimeligt, hvis ikke arbejdsgiveren forsøger at undgå opsigelsen ved at omplacere, omskole eller efteruddanne funktionæren. Dette var blandt andet tilfældet i U 2002.2413 SH, hvor en opsigelse af en funktionær havde været urimelig. Arbejdsgiveren havde opsagt funktionæren i forbindelse med en omstrukturering af virksomheden, og havde i den forbindelse ikke tilbudt funktionæren omskoling af omkring 5 ugers varighed, så funktio-

⁴⁸ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 216.

⁴⁹ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 214.

⁵⁰ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 216.

⁵¹ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 214.

⁵² Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 203.

⁵³ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 204, 208 og 212.

næren kunne varetage de ændrede stillingsvilkår. Fordi opsigelsen var begrundet i virksomhedens forhold, fandt Sø- og Handelsretten, at bevisbyrden for opsigelsens rimelighed blev pålagt arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren formåede dog ikke at løfte denne bevisbyrde, og funktionæren havde dermed krav på godtgørelse for urimelig opsigelse, jf. FUL § 2 b.

Ved vurderingen af arbejdsgiverens pligt til at undgå opsigelse af funktionæren, bør arbejdsgiveren således undersøge, om funktionæren ville kunne udfylde en anden rolle i virksomheden ved iværksættelse af mindre foranstaltninger. Hvis dette er tilfældet og en omplacering ville være mere passende og rimelig end en opsigelse, vil opsigelsen være urimelig og ikke begrundet i virksomhedens forhold.⁵⁴

Denne pligt må anses for at være relativt bred, da den også kan udstrækkes til at omfatte visse tilfælde, hvor funktionærens forhold kan danne grundlag for en rimelig opsigelse. Et eksempel på dette ses i dommen U 2005.578 H hvor en funktionær, der havde været ansat i virksomheden i 19 år, blev bortvist efter der var blev fremsat beskyldninger om vold. Det viste sig at funktionæren ikke havde udøvet vold, men taget hårdt fat i armen og skubbet kollegaen bagud efter kollegaen gentagne gange ikke havde efterkommet anmodninger om at blande sig uden om funktionærens arbejde. Det blev lagt til grund, at funktionæren ikke havde slået kollegaen og bortvisningen derfor ikke havde været berettiget. Højesteret udtalte, at selvom en opsigelse kunne begrundes i funktionærens forhold, kunne der alligevel være en pligt for arbejdsgiveren til at foretage passende foranstaltninger for at afværge opsigelsen:

”Efter Højesterets opfattelse ville heller ikke en opsigelse af A have været rimeligt begrundet under de anførte omstændigheder, idet en advarsel, eventuelt kombineret med omplacering, ville have været en mere passende og tilstrækkelig reaktion. A har derfor krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.”⁵⁵

Dommen er således egnet til at illustrere, at der kan være en pligt for arbejdsgiveren til at handle, selv hvis en afskedigelse umiddelbart kan begrundes. Således kan det blive arbejdsgiverens ansvar at søge rimelige løsninger, hvis de ikke skal mødes af et krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. I dommen blev der lagt vægt på funktionærens anciennitet, hvilket må tillægges vægt, når Højesteret fastslår en pligt for arbejdsgiveren til at handle. Således kan udstrækningen af arbejdsgiverens omplaceringspligt være omfattende.

⁵⁴ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 820-822.

⁵⁵ U 2005.578 H, s. 590.

Det kan således samlet udledes, at det indgår i vurderingen af en opsigelses rimelighed, når den begrundes i virksomhedens forhold, om arbejdsgiveren har forsøgt at undgå en opsigelse af funktionæren. Hvis en opsigelse ved mindre foranstaltninger kan afværges, vil det indgå som et moment i rimelighedsvurderingen, om arbejdsgiveren har tilbudt eksempelvis omplacering eller omskoling.⁵⁶ Endvidere kan det lægges til grund, at hvis en opsigelse begrundes i virksomhedens forhold, påhviler det i udgangspunktet arbejdsgiveren at bevise rimeligheden heraf.⁵⁷

5.3.1.2.3. Forholdene på opsigelsestidspunktet

Når rimeligheden af en opsigelse eller bortvisning skal vurderes, er det forholdene på opsigelsestidspunktet, der skal lægges til grund.⁵⁸ Dette fastslås i U 2002.2026 H, hvor en funktionær blev opsagt med begrundelse i virksomhedens forhold grundet arbejdsmangel. Efter opsigelsen af funktionæren op sagde en anden receptionist i virksomheden sit ansættelsesforhold, og en ny receptionist blev ansat. Funktionærens anførte, at da hun ikke var blevet tilbudt den ledige stilling, blev den rimelige opsigelse urimelig, da den ikke længere havde begrundelse i virksomhedens forhold. Funktionærens påstand var, at hun derfor var berettiget til godtgørelse for urimelig opsigelse efter funktionærlovens § 2 b. Højesteret fastslog, at det var tidspunktet for opsigelsen af funktionæren hvor rimelighedsvurderingen skulle foretages, og at efterfølgende omstændigheder ikke kunne medføre, at funktionærens opsigelse, der havde været rimelig på opsigelsestidspunktet, efterfølgende blev urimelig. Det blev således fastslået, at rimelighedsvurderingen efter funktionærlovens § 2 b skal foretages på opsigelsestidspunktet.

5.3.2. Bortvisning

I visse tilfælde foreligger grove misligholdelser fra funktionærens side, som kan udløse arbejdsgivers beføjelse til bortvisning af funktionæren.⁵⁹ En uberettiget bortvisning kan udløse et krav på godtgørelse efter funktionærloven, jf. FUL § 2 b, stk. 3. Det er derfor væsentligt at gøre sig klart, hvornår en bortvisning er berettiget bortvisning.

Ved bortvisning forstås den situation, hvor ansættelsesforholdet ved arbejdsgiverens ensidige erklæring ophører med øjeblikkelig virkning som følge af funktionærens grove misligholdelse af ansættelsesforholdet, jf. FUL § 4.

⁵⁶ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s 239.

⁵⁷ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 241.

⁵⁸ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s 201.

⁵⁹ Mikael Marstal, Bortvisning - suspension og fritstilling, 2013, 13-14.

Konsekvensen af bortvisning er, at ansættelsesforholdet samt lønnen ophører øjeblikkeligt fra bortvisningsdagen.⁶⁰ Bortvisning skal, ligesom opsigelse, være berettiget og kan derfor ikke anvendes i alle tilfælde, hvis ikke arbejdsgiver vil mødes af godtgørelses- og erstatningskrav.⁶¹ Den grove misligholdelse, som bortvisning kræver, er ikke et klart defineret begreb. Derfor skal der i den enkelte situation foretages en konkret vurdering for at fastslå, om der foreligger en grov misligholdelse, der kan begrunde en bortvisning.⁶² Dog er der visse forhold, der generelt anses for at udgøre en grov misligholdelse, herunder hvis funktionæren udøver konkurrerende virksomhed eller udebliver fra arbejdet i længere tid uden en acceptabel grund.⁶³ Hvis misligholdelsen er grov nok, kan bortvisningen ske uden advarsel fra arbejdsgiverens side, også selvom funktionæren ikke i forvejen er opsagt. Det beror dog fortsat på en konkret vurdering, om misligholdelsen er grov nok til, at en påtale eller advarsel ikke er påkrævet. Derfor kan en påtale eller advarsel mindske den standpunktsrisiko, som arbejdsgiveren må anses for at tage ved bortvisning af funktionæren.⁶⁴ Hvis bortvisning ikke er berettiget, kan arbejdsgiver i nogle tilfælde i stedet sagligt opsiges funktionæren, hvis betingelserne herfor er opfyldt.⁶⁵

En funktionær, som berettiget bortvises for grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, kan blive mødt af et erstatningskrav fra arbejdsgiveren, jf. FUL § 4. Arbejdsgiveren skal dog løfte bevisbyrden for, at de erstatningsretlige betingelser er opfyldt.⁶⁶

En funktionær, som berettiget er blevet bortvist, er ikke omfattet af den personkreds, der kan kræve godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, jf. stk. 3.⁶⁷ Derimod kan en uberettiget bortvisning danne grundlag for en godtgørelse for urimelig opsigelse, jf. FUL § 2 b, stk. 3.⁶⁸ Funktionæren kan desuden tillige have ret til fratrædelsesgodtgørelse ved uberettiget bortvisning samt minimalerstatning, jf. FUL §§ 2 a og 3. Nærværende speciale fokuserer på den situation, hvor funktionæren ophæver ansættelsesforholdet, hvorfor bortvisning ikke vil blive behandlet yderligere.

⁶⁰ Mikael Marstal, Bortvisning - suspension og fritstilling, 2013, s. 14.

⁶¹ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 845.

⁶² Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 294.

⁶³ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 318 og 334 og Mikael Marstal, Bortvisning - suspension og fritstilling, 2013, s. 14.

⁶⁴ Mikael Marstal, Bortvisning - suspension og fritstilling, 2013, s. 14.

⁶⁵ Jf. afsnit 5.3.1.

⁶⁶ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 394.

⁶⁷ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 797.

⁶⁸ Ibid.

6. Ophævelse

Både funktionæren og arbejdsgiveren mulighed for at opsige ansættelsesforholdet, jf. FUL § 2, ligesom arbejdsgiveren har mulighed for ved funktionærens grove misligholdelse af ansættelsesforholdet at bortvise funktionæren med øjeblikkelig virkning, jf. FUL § 4. Der foreligger tillige en mulighed for funktionæren for ensidigt at ophæve ansættelsesforholdet med øjeblikkelig virkning som følge af arbejdsgiverens grove misligholdelse, jf. FUL § 3, stk. 3.

Efter funktionærlovens § 3, stk. 1 og 2 har funktionæren ret til erstatning for tab af løn, når arbejdsgiveren ikke har overholdt det gældende opsigelsesvarsel. Det følger endvidere af funktionærlovens § 3, stk. 3, at funktionærlovens § 3, stk. 1 og 2 også finder anvendelse, når funktionæren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side.

Selvom bestemmelsen i udgangspunktet omhandler erstatning til funktionæren ved arbejdsgiverens manglende overholdelse af reglerne om opsigelsesvarsel, understreger bestemmelsen tillige muligheden for erstatning i de tilfælde, hvor funktionæren *ophæver* ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgiverens grove misligholdelse. Med andre ord hjemler bestemmelsen tillige, at funktionæren har mulighed for ophævelse ved arbejdsgiverens grove misligholdelse.⁶⁹

Muligheden for funktionærens ophævelse, som hjemles i funktionærlovens § 3, stk. 3, adskiller sig fra funktionærens opsigelse, derved at ophævelse forudsætter grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side, og derved at funktionæren ved opsigelse af ansættelsesforholdet som udgangspunkt må iagttage et opsigelsesvarsel på én måned, mens virkningen ved en funktionærs ophævelse af ansættelsesforholdet er øjeblikkelig, og funktionæren skal dermed ikke iagttage noget varsel ved ophævelse af ansættelsesforholdet.⁷⁰

Ophævelse er således ikke at sidestille med funktionærens opsigelse. De to ophørsmåder adskiller sig både ved, at ophævelse kræver grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side, og at der ved ophævelse ikke skal iagttages et varsel, hvis ophævelsen er berettiget, idet ophævelsen har øjeblikkelig virkning. For funktionæren er opsigelse som udgangspunkt altid en mulighed, mens ophævelse kun er berettiget i de tilfælde, hvor arbejdsgiver groft har misligholdt ansættelsesforholdet. Hvis funktionæren uberet-

⁶⁹ Mikael Marstal, Bortvisning - suspension og fritstilling, 2013, s. 171.

⁷⁰ Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, 2023, s. 416-417.

tiget ophæver ansættelsesforholdet, kan de blive erstatningsansvarlige herfor, jf. FUL § 4. Funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet kan således anses for at udgøre en pendant til arbejdsgiverens bortvisning af funktionæren.

7. Arbejdsgiverens misligholdelse

Det er fastlagt, at funktionæren frit kan opsig ansættelsesforholdet, jf. FUL § 2, ligesom arbejdsgiveren kan opsig funktionæren, jf. FUL § 2, samt bortvise funktionæren ved funktionærens grove misligholdelse af ansættelsesforholdet, jf. FUL § 4. Såfremt arbejdsgiverens bortvisning af funktionæren er berettiget, har arbejdsgiveren krav på erstatning, jf. FUL § 4. Dersom arbejdsgivers opsigelse af funktionæren er urimelig, eller bortvisningen af funktionæren er uberettiget, har funktionæren krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. Endvidere har funktionæren krav på erstatning ved arbejdsgiverens uberettigede bortvisning af funktionæren eller i øvrigt grove misligholdelse af ansættelsesforholdet, jf. FUL § 3, stk. 1. Endelig har funktionæren krav på erstatning, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse, jf. FUL § 3, stk. 3. Spørgsmålet er herefter, om funktionæren – udover en erstatning ved ophævelse af ansættelsesforholdet grundet arbejdsgiverens grove misligholdelse – tillige ved arbejdsgiverens grove misligholdelse af ansættelsesforholdet har mulighed for at kræve godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b på tilsvarende vis som ved de to øvrige ophørs måder, opsigelse og bortvisning. Det er derfor særdeles relevant at fastlægge, hvad der er egnet til at udgøre arbejdsgiverens misligholdelse, herunder arbejdsgiverens grove misligholdelse.

Som fastlagt kan en funktionær ensidigt ophæve ansættelsesforholdet øjeblikkeligt som følge af arbejdsgiverens grove misligholdelse.⁷¹ Arbejdsgiverens misligholdelse er, ligesom funktionærens misligholdelse, ikke nærmere fastlagt i loven. Hvornår der foreligger en grov, hævebegrundende misligholdelse fra arbejdsgiveren beror på en konkret vurdering.⁷²

Imidlertid er der nogle generelle forhold, der relaterer sig til arbejdsgiverens kerneforpligtelse, som i retspraksis ses at udgøre grov misligholdelse. Dette gælder eksempelvis misligholdelse af lønforpligtelsen, hvor selv en korte overskridelse af fristen for lønudbetaling kan være tilstrækkelig til at udgøre en grov misligholdelse.⁷³ Et eksempel herpå ses i U 1957.251/2 S, hvor arbejdsgiveren den 1. juni

⁷¹ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 272.

⁷² H.G. Carlsen, Dansk Funktionær Ret, s. 229.

⁷³ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 272 og H.G. Carlsen, Dansk Funktionær Ret, s. 230.

1956 skulle have udbetalt den lønnen for maj måned 1956, men hvor der alene blev udbetalt 500 kr., som udgjorde knap halvdelen af lønnen. Den 9. juni 1956 blev der udbetalt yderligere 150 kr. Den resterende løn blev først udbetalt den 22. juni 1956. Retten lagde vægt på, at arbejdsgiverens yderligere udbetaling af funktionærens løn den 9. juni ikke udgjorde en accept fra funktionæren. Dette medførte, at funktionæren kunne ophæve ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens grove misligholdelse i form af betalingsforsinkelse. Dommen understreger, at funktionæren kan ophæve ansættelsesforholdet ved arbejdsgiverens grove misligholdelse, og at funktionæren skal påberåbe arbejdsgiverens misligholdelse, i dette tilfælde betalingsforsinkelse.

Det er væsentligt, at funktionæren ikke accepterer arbejdsgiverens misligholdelse, og at funktionæren påberåber misligholdelsen inden en ophævelse, jf. U 1958.226 S, hvor en funktionær den 31. december 1956 havde meddelt, at en forsinket udbetaling af lønnen i et par dage var i orden. Funktionæren ophævede dog ansættelsesforholdet den 6. januar 1957 og fremsendte et påkrav med henvisning til den forsinkede udbetaling. Den 9. januar 1957 udbetaltes den resterende løn. Sø- og Handelsretten lagde til grund, at funktionæren havde accepteret en senere udbetaling, og at funktionæren derfor ikke var berettiget til at ophæve ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens grove misligholdelse af lønudbetalingen. Retten betragtede tilkendegivelsen fra funktionæren som et forhold, der bevirkede, at arbejdsgiveren alligevel ikke havde groft misligholdt sine forpligtelser, og udtalte følgende:

”Efter rettens opfattelse må sagsøgte på den foreliggende baggrund betragtes som havende opfyldt sin forpligtelse overfor sagsøgeren, såfremt hans resttilgodehavende blev indbetalt i rimelig tilknytning til hans i skrivelsen af 6. januar fremsatte påkrav.”⁷⁴

Dommen understreger således, at funktionæren ikke må acceptere arbejdsgiverens misligholdelse, hvis funktionæren vil ophæve ansættelsesforholdet på den baggrund. Påberåber funktionæren ikke misligholdelsen, vil misligholdelsen, i hvert fald i nogle tilfælde, ikke være tilstrækkelig grov til, at den er hævebegrundende.

Udover lønforpligtelsen har arbejdsgiveren flere andre forpligtelser i ansættelsesforholdet, herunder sikring af arbejdsmiljøet, jf. arbejdsmiljølovens⁷⁵ § 15. Hvad der nærmere kan anses for at være en sikring heraf, har lovgiver i høj grad tidligere pålagt arbejdsmarkedets parter at definere.⁷⁶ Formår

⁷⁴ U 1958.226 S, s. 227.

⁷⁵ LBK nr. 2062 af 16/11/2021.

⁷⁶ De almindelige bemærkninger til forslag til lov om arbejdsmiljø, 1975-76, tillæg A, s. 100.

arbejdsgiveren ikke at sikre det psykiske arbejdsmiljø, kan dette udgøre hævebegrundende misligholdelse, jf. U 1996.714 Ø, der angik en blomsterbinderske, som gentagende gange blev chikaneret af arbejdsgiverens samlever. Dette berettigede funktionæren til de facto at ophæve ansættelsesforholdet ved at blive væk fra arbejdspladsen. Landsretten udtalte:

“Da A [arbejdsgiveren] straks har afvist hendes krav, findes hun at have været berettiget til ikke at møde på arbejde den 31. december 1993, hvorfor bortvisningen har været uberettiget.”⁷⁷

Landsretten lagde vægt på, at funktionæren flere gange havde oplyst arbejdsgiveren, at hun ikke ville acceptere behandlingen, og at arbejdsgiveren afviste at gøre noget ved dette. Arbejdsgiverens manglende sikring af arbejdsmiljøet var således konkret egnet til at udgøre en grov misligholdelse. Hvorvidt en misligholdelse af arbejdsmiljøet fra arbejdsgiverens side er grov nok til at være hævebegrundende for funktionæren, må bero på en konkret vurdering af sagens faktiske omstændigheder. Arbejdsgiverens misligholdelse af arbejdsmiljøet, er således egnet til at danne grundlag for et krav efter funktionærlovens § 2 b.⁷⁸

Det kan opsummerende om arbejdsgiverens misligholdelse siges, at dette ikke nærmere er defineret ved lov, men at det må bero på en konkret vurdering af den pågældende sags faktiske omstændigheder, hvorvidt der foreligger en misligholdelse fra arbejdsgiverens side, og hvorvidt arbejdsgiverens misligholdelse er tilstrækkelig grov til, at funktionæren kan ophæve ansættelsesforholdet. Det er derfor vanskeligt at komme misligholdelsesbegrebet nærmere, idet det må afgøres konkret fra sag til sag. Det fremgår af retspraksis, at typiske eksempler på arbejdsgiverens misligholdelse af ansættelsesforholdet er misligholdelse af lønforpligtelsen, hvor selv en mindre forsinkelse med lønnens udbetaling kan være en grov misligholdelse, der er hævebegrundende. Andre eksempler er arbejdsgiverens misligholdelse af sin forpligtelse til at sikre et sundt og sikkert arbejdsmiljø og arbejdsgiverens grove opførsel over for funktionæren.⁷⁹ Endvidere følger det af retspraksis, at det er afgørende, at funktionæren påberåber sig misligholdelsen over for arbejdsgiveren, såfremt funktionæren ønsker at ophæve ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens grove misligholdelse.⁸⁰ Funktionæren kan således ikke støtte ret på arbejdsgiverens misligholdelse, hvis funktionæren forholder sig passivt. Funktionærens påkrav

⁷⁷ U 1996.714 Ø, s. 716.

⁷⁸ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 250.

⁷⁹ Se nærmere om typetilfælde af arbejdsgiverens misligholdelse: Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 272-290.

⁸⁰ H.G. Carlsen, Dansk Funktionær Ret, 2019, s. 230 og Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 1038.

giver desuden arbejdsgiveren mulighed for at træffe foranstaltninger, der er egnet til at afværge den konkrete misligholdelse.

I det følgende udtages arbejdsgiverens misligholdelse af betalingsforpligtelsen i konkurstilfælde til særskilt behandling, da der er tale om en ellers oplagt grov misligholdelse af ansættelsesforholdet fra arbejdsgiverens side, men som rummer særlige problematikker angående funktionærens hævebeføjelse. Konkurstilfældene findes særligt egnet til at illustrere kompleksiteten ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet ved arbejdsgiverens grove misligholdelse.

7.1. Særligt om arbejdsgiverens misligholdelse ved konkurs

I tilfælde af konkurs foreligger der en særlig situation i forhold til arbejdsgiverens misligholdelse og funktionærens mulighed for at ophæve ansættelsesforholdet med henvisning hertil. Arbejdsgiverens væsentligste forpligtelse vil oftest være at udbetale vederlaget for funktionærens væsentligste modydelse, arbejdet. Når der indgives en konkursbegæring mod arbejdsgiveren, opstår der imidlertid tvivl om arbejdsgiverens evne til at opfylde sin væsentligste forpligtelse, lønforpligtelsen, og misligholder arbejdsgiveren forpligtelsen, vil det principielt være en grov misligholdelse, som er hævebegrundende.

Det fremgår dog af retspraksis, at funktionærens hævebeføjelse i tilfælde af arbejdsgiverens konkurs beror på en afvejning af på den ene side arbejdsgiverens interesse i at kunne fortsætte virksomheden og på den anden side funktionærens interesse i rettidigt at få udbetalt løn.

Der er ved lov oprettet flere foranstaltninger, der skal sikre arbejdstageren mod manglende eller forsinket lønudbetaling i tilfælde af arbejdsgiverens konkurs, jf. lov om Lønmodtagernes Garantifond⁸¹ og konkursloven. Lønmodtagernes Garantifond dækker mange af funktionærens krav, såfremt arbejdsgiverens evne ikke rækker hertil, ligesom funktionærens lønkrav er privilegeret i konkursordenen, jf. konkurslovens § 95. Reguleringen har til formål at sikre blandt andre funktionærer et vederlag for det arbejde, som de har udført. Denne sikring er dog ikke tilstrækkelig til, at arbejdsgiveren ikke kan komme i misligholdelse. Dette skyldes, at udbetaling fra Lønmodtagernes Garantifond kan være langvarig, hvilket i sagens natur kan være uholdbart for funktionærerne. Dertil kommer, at selvom et krav om lønvederlag er prioriteret i konkursordenen, er der ingen garanti for, at hele kravet dækkes.

Konkursboet skal snarest muligt tage stilling til, om de vil indtræde i ansættelsesaftalen mellem den konkursramte arbejdsgiver og funktionæren, jf. konkurslovens § 63, stk. 1, og indtræder konkursboet

⁸¹ LBK nr. 1244 af 27/11/2024.

i ansættelsesforholdet, er det på de betingelser, der er gældende for ansættelsesaftalen, herunder arbejdsgiverens forpligtelse til udbetaling af løn til funktionæren. Vederlaget for funktionærens arbejde, når konkursboet er indtrådt i ansættelsesaftalen, er et massekrav og dermed øverst i konkursordenen, jf. konkurslovens § 93. Den del af lønnen, der er optjent inden konkursdekretets afsigelse, er dog fortsat et privilegeret § 95-krav. Selvom dette umiddelbart lyder fordelagtigt for funktionæren, er denne retsstilling også egnet til at skabe udfordringer for funktionæren, idet Lønmodtagernes Garantifond ikke dækker massekrav, jf. lov om Lønmodtagernes Garantifond § 2 modsætningsvist. Denne retsstilling medfører, at hvis der i konkursboet ikke er penge til at dække massekravene efter konkurslovens § 93, vil funktionæren ikke få betaling for det arbejde, som funktionæren har udført for konkursboet efter konkursdekretets afsigelse. Af denne årsag bør funktionæren, for at sikre sig sin lønudbetaling, kræve en sikkerhedsstillelse for sin løn, så snart konkursboet indtræder i ansættelsesaftalen, jf. konkurslovens § 57, og indtil konkursboet har stillet sikkerhed, kan lønmodtageren tilbageholde arbejdsydelsen.⁸²

På trods heraf forholder det sig dog ikke således, at en funktionær kan hæve sit ansættelsesforhold, alene fordi arbejdsgiveren tages under konkursbehandling eller fordi sikkerhedsstillelsen fra konkursboet ikke foreligger straks, jf. U 1971.506 SH, hvor funktionæren ophævede ansættelsesforholdet straks efter likvidation, da konkursboet ikke havde stillet sikkerhed for hendes løn omgående. Sø- og Handelsretten udtalte:

”Det er i almindelighed i alles interesse, at en virksomhed kan fortsætte i hvert fald en vis tid, og dette er en af grundene til, at lønkrav ved fortsættelse efter en konkurs er massekrav og i øvrigt privilegeret. Hvis der måtte være begrundet tvivl om, at lønninger vil blive betalt rettidigt, må den ansatte forlange sikkerhed derfor. Men der må ved et sådant forlangende levnes bostyret en rimelig frist til at tilvejebringe sikkerhed.”⁸³

Retten fandt herefter, at funktionæren ikke havde været berettiget til at ophæve ansættelsesforholdet, alene fordi arbejdsgiveren var erklæret konkurs eller træder i likvidation, og konkursboet ikke straks stillede sikkerhed for lønnen, idet konkursboet må indrømmes en vis rimelig frist til at stille sikkerhed for funktionærens løn. Denne udtalelse fra Sø- og Handelsretten illustrerer afvejningen mellem arbejdsgiverens interesse i at kunne fortsætte virksomheden over for funktionærens interesse i rettidigt

⁸² Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 642 og 643.

⁸³ U 1971.506 SH, s. 509.

at få udbetalt løn. Selvom der er tale om en misligholdelse af arbejdsgiverens lønforpligtelse, har funktionæren således ikke ret til at hæve ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens (anticiperede) misligholdelse, da der i konkurstilfælde tillige må tages hensyn til arbejdsgiverens interesse i at fortsætte virksomheden. Tværtimod pålægges funktionæren en forpligtelse til at kræve sikkerhedsstillelse for lønnen, og først hvis der efter en rimelig frist ikke er stillet sikkerhed for lønnen, kan funktionæren ophæve ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens anticiperede misligholdelse.

Det kan således udledes af retspraksis, at funktionæren ikke alene begrundet i arbejdsgiverens konkurs kan ophæve ansættelsesforholdet, jf. U 1971.506 SH. Udfordringen i konkurstilfælde er, at funktionæren bliver placeret mellem to yderligheder; på den ene side selv at misligholde ansættelsesforholdet ved uberettiget at ophæve dette, hvilket reelt kan begrunde et erstatningskrav fra arbejdsgiveren, jf. FUL § 4, og på den anden side at fortsætte med at udføre arbejde for en arbejdsgiver, der muligvis ikke betaler vedkommende. Mens lønnen for perioden inden konkursdekretet dækkes af Lønmodtagernes Garantifond og har rang som et privilegeret krav i konkursordenen, har lønnen efter en konkursdekretet forrang som massekrav efter konkursordenen, men til gengæld er der ingen garanti for massekravet i Lønmodtagernes Garantifond. Funktionæren kan i disse tilfælde kræve sikkerhedsstillelse for dennes tilgodehavende ved konkursboet, men må også affinde sig med, at konkursboet skal have rimelig tid til at stille en sådan sikkerhed, alt imens funktionærens levegrundlag vil være usikkert. Indtil der stilles sikkerhed kan funktionæren tilbageholde sin arbejdsydelse. Kan konkursboet ikke stille sikkerhed for funktionærens vederlag, er funktionæren berettiget til at ophæve ansættelsesforholdet, begrundet i en allerede foreliggende misligholdelse af arbejdsgiverens lønforpligtelse eller en anticiperet misligholdelse.

8. Godtgørelse kontra erstatning

Når en funktionær bliver opsagt eller bortvist, kan der være grundlag for, at funktionæren er berettiget til erstatning eller godtgørelse, jf. FUL §§ 2 a-3. Ligeledes kan der være en mulighed for arbejdsgiveren hertil, jf. FUL § 4. I det følgende gennemgås funktionærens mulighed for godtgørelse og erstatning i relation til den uberettigede afskedigelse, jf. FUL §§ 2 b og 3. Fratrædelsesgodtgørelse behandles ikke, da denne godtgørelse er uafhængig heraf, og ligeledes behandles arbejdsgiverens erstatningsmulighed heller ikke, da det ikke ses at bidrage til besvarelsen af problemformuleringen.

Indledningsvist er det relevant at redegøre for forskellen på godtgørelse og erstatning. Forskellen mellem godtgørelse og erstatning er, at godtgørelsen udgør en økonomisk kompensation for et ikke-måleligt tab, mens erstatning derimod er en direkte økonomisk kompensation for et konkret og måleligt tab.⁸⁴ Denne differentiering er nødvendig, idet de begge udgør økonomiske krav, men anvendes i forskellige situationer og tjener forskellige formål.

8.1. Godtgørelse for urimelig opsigelse

Funktionærlovens § 2 b er funktionærens hjemmel til godtgørelse for urimelig afskedigelse. Der er et loft for godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. Da bestemmelsen blev indført, fandt man, at der burde være et loft, idet det var en godtgørelse, og ikke en erstatning.⁸⁵ Det maksimale en funktionær kan få i godtgørelse er, hvis vedkommende har været beskæftiget i virksomheden i 15 år eller mere på opsigelsestidspunktet udgøre indtil 6 måneders løn, jf. § 2 b, stk. 2, 2. pkt. Der er et loft for godtgørelsen på indtil 4 måneders løn for den funktionær der har været ansat i virksomheden i 10 år eller mere på opsigelsestidspunkt, jf. § 2 b, stk. 2, 1. pkt. For funktionærer der har mindre anciennitet i virksomheden, vil godtgørelsen for funktionæren være på op til halvdelen af det opsigelsesvarsel, der tilkommer dem, jf. § 2 b, stk. 1, 2. pkt. 2. og 3. led.⁸⁶ Er funktionæren fyldt 30 år kan godtgørelsen være på op til 3 måneders løn, jf. § 2 b, stk. 1, 3. pkt.

Ved udmålingen af godtgørelsen spiller ancienniteten i virksomheden således en væsentlig rolle. Foruden ancienniteten tillægges sagens øvrige omstændigheder vægt, jf. § 2 b, stk. 1, 2. pkt., 1. led. Hvad der her tillægges vægt, beror på en konkret vurdering, og der er stor forskel på størrelsen af de godtgørelser, der udmåles. I retspraksis vedrørende funktionærlovens § 2 b gives der sjældent en uddybende forklaring eller vejledning angående hvilke momenter retten har lagt vægt på ved udmålingen. Dog fremgår det, at funktionærens alder tillægges vægt.⁸⁷ En “øvrige omstændighed” man kan se domstolene tillægger vægt er “graden af urimelighed”. Det ses, at mange godtgørelser bliver udmålt til omkring 2/3 af det maksimum, funktionæren har hjemmel til.⁸⁸

Imidlertid kan det for funktionæren, der også er omfattet af overenskomst være mere attraktivt at søge deres godtgørelse herefter. Særligt Hovedaftalens § 4, stk. 3, der også hjemler godtgørelse for urimelig opsigelse, kan synes attraktiv, da der herefter er et maksimum på 52 ugers løn, og samtidig kan den

⁸⁴ Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret 2019, s. 25.

⁸⁵ FT 1963-64, Tillæg A, s. 214.

⁸⁶ Jf. afsnit 5.3.1.1.

⁸⁷ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s 249.

⁸⁸ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 800.

urimelige opsigelse underkendes, hvis altså funktionæren ønsker det.⁸⁹ I praksis ses det dog ikke, at der er givet en godtgørelse på mere end 250.000 kr., som blev tildelt en medarbejder med 32 års anciennitet.⁹⁰

Hvis en funktionær ønsker at gøre et krav gældende efter funktionærlovens § 2 b skal de reklamere, hvis de mener, at opsigelsen er urimelig. Reklamerer funktionæren ikke mod opsigelsens urimelighed, kan de miste kravet ved passivitet, der skal imidlertid meget til, at domstolene afviser kravet på grund af passivitet.⁹¹ Forældelsesfristen for krav efter funktionærlovens § 2 b er fem år fra det tidspunkt, hvor funktionæren har nok oplysninger til at vurdere om opsigelsen var rimeligt begrundet i enten egne eller virksomhedens forhold.⁹²

Det er i 2024 blevet fastslået af Højesteret, at det efter en formålsfortolkning af funktionærlovens § 2 b, undtagelsesvist er muligt for en funktionær, der har ophævet ansættelsesforholdet grundet arbejdsgiverens misligholdelse, at have krav på godtgørelse, selvom det ikke fremgår af bestemmelsens ordlyd, jf. U 2025.763 H.⁹³

8.2. Minimalerstatning ved arbejdsgiverens grove misligholdelse

Minimalerstatningsreglen finder anvendelse i de situationer hvor arbejdsgiveren misligholder ansættelsesforholdet. Det kan være når arbejdsgiveren nægter at modtage funktionæren, uberettiget bortviser funktionæren eller når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens misligholdelse, jf. FUL § 3, stk. 1, 1. led og stk. 3. Hvis en funktionær mister løn i opsigelsesperioden som følge af arbejdsgiverens manglende overholdelse af opsigelsesvarslet, vil funktionæren lide et konkret og måleligt økonomisk tab, som kan kræves erstattet.⁹⁴ Modsat de almindelige erstatningsretlige regler behøver funktionæren ikke efter minimalerstatningsreglen at dokumentere sit tab.⁹⁵

Et eksempel på hvornår en funktionær kan være berettiget til erstatning er, når funktionæren selv hæver tjenesteforholdet, fordi arbejdsgiveren ikke overholder sin lønforpligtelse.⁹⁶ Dette sker typisk ved betalingsstandsning.⁹⁷

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 801.

⁹¹ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 802-803.

⁹² Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s.803.

⁹³ Jf. afsnit 9.3.

⁹⁴ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 256.

⁹⁵ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s.1043.

⁹⁶ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 1037.

⁹⁷ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 636.

Fastsættelsen af erstatningen er reguleret i bestemmelsen. Heri fastsættes en minimalerstatning i § 3, stk. 1 hvis ansættelsesforholdet ophører på baggrund af en uberettiget afskedigelse. Efter bestemmelsen kan funktionæren ikke få erstatning for mere end tre måneders løn svarende til funktionærens opsigelsesvarsel efter § 2 b. Har funktionæren krav på et længere opsigelsesvarsel, og dermed i princippet en større erstatning end den svarende til tre måneders opsigelsesvarsel, må funktionæren gøre den resterende del af kravet gældende efter de almindelige erstatningsretlige regler, jf. § 3, stk. 2, 1. pkt. I den forbindelse gælder der, som ved andre erstatningsretlige krav, en tabsbegrænsningspligt for funktionæren.⁹⁸

9. Retspraksis om FUL § 2 b ved funktionærens ophævelse

Det er således fastslået, hvilke muligheder for erstatning og godtgørelse, som funktionæren har i de tilfælde, hvor arbejdsgiveren ikke overholder funktionærlovens regler ved uberettiget at afskedige funktionæren. Det er fastslået, at den funktionær, der ophæver ansættelsesforholdet grundet arbejdsgiverens grove misligholdelse er berettiget til erstatning, men er den samme funktionær også berettiget til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, ligesom funktionæren ellers ville være, hvis funktionæren var blevet uberettiget afskediget af arbejdsgiveren?

Siden indførslen af funktionærlovens § 2 b, har der være en udbredt tvivl om hvorvidt funktionærer, der har ophævet ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgivers misligholdelse, kunne være berettiget til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. Det følger ikke af bestemmelsens ordlyd, at ophævelsestilfælde er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde. I 2024 udtalte Højesteret sig generelt om funktionærlovens § 2 b i et obiter dictum.⁹⁹ Højesteret fastslog, at det efter en formålsfortolkning af bestemmelsen følger, at funktionærer der har ophævet ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgivers misligholdelse, undtagelsesvist kan være berettiget til godtgørelse herfor. Selvom Højesteret først afklarede tvivlen om bestemmelsens anvendelsesområde i 2024, har spørgsmålet været behandlet i Højesteret tre gange, to gange forinden tvivlen blev bragt til ophør. Det følger af den tvivl om bestemmelsens anvendelsesområde, at ingen af de tidligere domme i Højesteret gav funktionærerne medhold i deres påstande. Dette udelukker imidlertid ikke, at der kan udledes momenter eller betingelser af alle

⁹⁸ Lars Svenning Andersen, Funktionærret, 2020, s. 1047.

⁹⁹ Carsten Munk-Hansen, Den juridiske løsning, 2021, s. 67.

Højesteretsdommene, der kan bidrage til at besvare specialets problemformulering. På den baggrund vil analyse af disse sager foretages.

9.1. Prokurist-dommen

U.1970.467 H¹⁰⁰, som i det følgende omtales prokurist-dommen, var første gang Højesteret behandlede en påstand om godtgørelse for urimelig opsigelse, funktionæren havde ophævet ansættelsesforholdet. Dengang hed funktionærlovens § 2 b i stedet § 2 a, men indholdet af bestemmelsen var tilsvarende. Selvom der var en påstand om godtgørelse for urimelig opsigelse efter dengang funktionærlovens § 2 a, i dag § 2 b, vedrørte dommen i det væsentligste et efterløns- og pensionsspørgsmål. Det var således sparsomt, hvad Højesteret udtalte om funktionærlovens § 2 b og dens anvendelse, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet.

9.1.1. Sagens omstændigheder

Dommen omhandlede en funktionær, der var prokurist, som havde været ansat i en virksomhed fra 1938 til 1966, hvor han ophævede ansættelsesforholdet under sin sygemelding. Funktionæren blev opsagt i forbindelse med anden verdenskrig i 1940 med begrundelse i virksomhedens forhold, men blev genansat dog til en lavere løn. I 1947 blev funktionæren ansat som leder, hvilket han var frem til hans ophævelse af ansættelsesforholdet. Ligeledes var funktionæren i flere år en del af virksomhedens bestyrelse, og han bidrog blandt andet med erhvervelsen af et selskab.

I 1965 indtrådte en ny ledelse i virksomheden. Den nye ledelse ville gennemføre en omorganisering, hvor særligt lønvilkårene blev ændret, samtidig med der blev tilbudt en ny pensionsordning, der blandt andet omfattede en efterlønsordning. Efter den ny ledelse tiltrådte, skete der således en omstrukturering af virksomheden ikke blot ved disse nye pensions- og lønvilkår, men også i virksomhedens administration. Omstruktureringen medførte at en række medarbejdere fratrådte deres stillinger, og med den nye ledelses indtræden blev funktionæren bestyrelsesmandat opsagt.

I forbindelse med, at funktionæren modtog sin løn og årsbonus i januar 1965 fik han at vide, at systemet for løn- og bonus ville blive erstattet med et 'mere moderne og rimeligt' system. Funktionæren fik det indtryk, at hans løn blev reduceret, hvilket han adresserede i et brev til arbejdsgiveren, virksomhedens direktør, i februar 1965. Funktionæren gjorde gældende, at han ikke fandt det juridisk eller moralsk korrekt, at reducere hans løn, særligt grundet hans anciennitet i virksomheden. I sit brev opfordrede

¹⁰⁰ H. D. 1. maj 1970 i sag I 52/1968.

funktionæren direktøren til at genoverveje spørgsmålet om hans løn, samt at bringe de nye lønforhold, hvilket funktionæren betragtede som et misforhold, til ophør. Efter funktionærens henvendelse havde han samtaler med direktøren og en af de ansvarlige for virksomhedens daglige drift, dog uden funktionæren oplevede, at hans lønmæssige stilling blev afklaret. Funktionæren rettede også i juni 1965 henvendelse til virksomhedens advokat, hvor han udtrykte sin utilfredshed over den nye ledelse i virksomheden, som han mente, havde skabt blandt andet et dårligt arbejdsmiljø som følge af 'mistillid, ængstelse og depression'.

I oktober 1965 blev en leder og herefter en kontorist af en anden afdeling, spedititionsafdelingen, sygemeldt, hvilket medførte en henstilling til virksomhedens andre afdelinger, herunder funktionærens afdeling om, at hjælpe til med arbejdsopgaverne i spedititionsafdelingen. Alligevel ophobede ordrene sig i spedititionsafdeling, hvilket medførte at der blev afholdt et møde den 23. november 1965 hvor funktionæren blev meddelt, at resultaterne i hans afdeling var utilfredsstillende. Den 30. november 1965 henvendte funktionæren sig til egen advokat, på grund af sine vanskeligheder på arbejdspladsen. Den 3. december 1965 blev han sygemeldt med en lægeerklæring, der beskrev, at han var uarbejdsdygtig i længere tid. Funktionæren fik også senere udfærdiget lægeerklæringer, der bekræftede hans tilstand, og endda beskrev den som forværret. Efter arbejdsgiverens anmodning, fik funktionæren en udtalelse fra en overlæge den 24. februar 1966, hvori det blandt andet blev beskrevet, at funktionærens tilstand kunne henføres til hans arbejdsforhold, samt at funktionæren var invaliditetstruet, og at overlægen fandt det lægeligt uforsvarligt, at bede funktionæren returnere til sit arbejde.

Under funktionærens sygemelding havde virksomheden den 28. december 1965 indtrykket en jobannonce, hvor virksomheden søgte en medarbejder til at lede funktionærens afdeling. Jobannoncen angik således funktionærens stilling, der blev opslået kort efter funktionærens sygemelding.

Funktionærens påstand var, at arbejdsgiveren gennem længere tid havde haft til hensigt, at han skulle 'fryses ud' af virksomheden. Funktionæren havde beskrevet, at han havde fået fortalt, at det havde været den nye ledelses plan, at 'fryse' flere af de medarbejdere ud med høj anciennitet, hvilket også i høj grad var lykkedes. Funktionærens mente, at arbejdsgiveren havde forsøgt at få ham til at ophæve ansættelsesforholdet ved, at lægge et urimeligt pres på funktionæren, ved tildeling af grov, uberettiget kritik og ved ikke give ham tilstrækkelige lønoplysninger. Funktionæren mente, at jobannoncen understøttende hans forklaring. Ifølge funktionæren var arbejdsgiverens adfærd at ligestille med en opsigelse eller en misligholdelse. Adfærden skulle anses for skærpende henset til funktionærens anciennitet i virksomheden, samt at en tilsvarende adfærd havde fået de andre ældre medarbejdere ligeledes

var blevet udsat for kritik, hvilket havde medført, at de fleste havde forladt virksomheden. Den uberettigede kritik var, ifølge funktionæren, grænsende til forfølgelse, og dertil var det utilstedeligt, at funktionæren var blevet bedt forbudt at tale med en kollega. Endeligt hævdede funktionæren, at han ikke havde ophævet ansættelsesforholdet af egen vilje, men at han var blevet syg på grund af de utålelige forhold i virksomheden, på en måde hvor ledelsen var ansvarlige, som var han blevet uberettiget afskediget.

Arbejdsgiveren var uenig i funktionærens påstand herom og påstod frifindelse. Arbejdsgiveren anførte, at hvis funktionæren skulle være berettiget til godtgørelse for urimelig opsigelse, ville det kræve enten en opsigelse eller en grov misligholdelse fra arbejdsgiver, og at ingen af de to omstændigheder forelå. Ansvar for funktionærens sygdom var ikke arbejdsgiverens, og omstruktureringen af virksomheden havde været nødvendig af erhvervsmæssige grunde. Kritikken af funktionæren kunne ikke anses som misligholdelse og særligt ikke som grov misligholdelse. Arbejdsgiveren anførte, at funktionæren havde fået det i løn, han skulle, og at han ikke havde fået mindre end efter den tidligere ordning. Hvis funktionæren havde ment, at der var tale om en misligholdelse med løn- og bonusordningen, burde han klart og tydeligt have gjort det gældende.

9.1.2. Højesterets begrundelse og resultat

Der var således flere momenter, som funktionæren mente, kunne begrunde et krav på godtgørelse for urimelig opsigelse. Højesteret gav dog ikke funktionæren medhold i hans påstand. Højesteret kom frem til, at omorganiseringen af virksomheden ikke havde været udført på en måde, der kunne side-stilles med misligholdelse. Funktionæren havde dog haft krav på at kende sin lønmæssige stilling, men funktionæren havde ligeledes haft en pligt til at reagere tilstrækkeligt på denne misligholdelse, hvis han ønskede at gøre krav gældende på den baggrund. Højesteret udtalte:

”Sagsøgeren har haft krav på at få oplysning om sin lønningsmæssige stilling, men hans reaktion overfor ledelsens mangelfulde angivelse har ikke været af en sådan klarhed, at ledelsens mulige undladelser kan ligestilles med grov misligholdelse, hvorved bemærkes, at han hele tiden ubestridt har fået en aflønning, der ikke var mindre end tidligere.”¹⁰¹

Der blev således etableret en handlepligt for funktionæren til at reagere tilstrækkeligt klart på en misligholdelse, hvis den skal være hævebegrundende og egnet til at danne grundlag for et § 2 b krav.

¹⁰¹ U.1970.467 H, s. 475.

Således må misligholdelse påberåbes klart og tydeligt, hvis funktionæren vil gøre et krav gældende. Dette må anses for at udgøre et moment i vurderingen af, om arbejdsgiveren har misligholdt ansættelsesforholdet. Det kan udledes, at såfremt funktionæren med tilstrækkelig tydelighed og klarhed havde påberåbt denne misligholdelse, kunne misligholdelsen muligvis være grov nok misligholdelse til, at funktionæren kunne have gjort krav på godtgørelse for urimelig opsigelse. At angive misligholdelsen i en skrivelse til direktøren var således ikke tilstrækkeligt. Det kan lægges til grund, at en klar og kraftigere reaktion er påkrævet hvis en funktionær, der ophæver ansættelsesforholdet, ønsker at gøre krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b grundet arbejdsgiverens misligholdelse.

Der blev ikke fundet at være grundlag for godtgørelse for urimelig opsigelse i øvrigt, og funktionærens forklaringer angående hans sygemelding og den uberettigede kritik blev således ikke adresseret i retens begrundelse. Dommen skal i denne henseende muligvis også anskues i sin samtid. På tidspunktet for dommen var der endnu ikke nogen lovbeskyttelse af arbejdstagerens ret til et sikkert og sundt psykisk arbejdsmiljø. Det er således muligt, at en lægeerklæring, der angiver, at funktionæren er invaliditetstruet på grund af arbejdspladsen i dag, vil blive tillagt en anden vægt end i 1970.

9.2. Dommen om den dygtige funktionær

U.1995.444 H¹⁰², der i det følgende omtales dommen om den dygtige funktionær, var næste gang Højesteret behandlede spørgsmålet godtgørelse for urimelig opsigelse, når funktionæren havde hævet ansættelsesforholdet. Dommen angik en funktionær, der efter to sygemeldinger havde ophævet sit ansættelsesforhold. Funktionæren påstand var, at arbejdsgiveren havde misligholdt ansættelsesforholdet, og hun derfor havde krav på godtgørelse for urimelig opsigelse. Sagen angik også hvorvidt funktionæren havde et krav på honorar for bestyrelsesarbejde, hvilket ikke beskrives indgående af omfangsmæssige hensyn.

9.2.1. Sagens omstændigheder

Funktionæren havde været ansat i virksomheden fra den 1. april 1977. I de seneste ti år havde hun været ansat i virksomhedens ordreafdeling. Udover hendes beskæftigelse i ordreafdelingen var hun tillidsrepræsentant for medlemmerne af Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, HK, og medarbejdervalgt medlem af virksomhedens bestyrelse. Funktionæren var anerkendt som meget dygtig til

¹⁰² H.D. 14. marts 1995 i sag I 221/1993.

hendes arbejde i virksomhedens ordreafdeling, hvor hun besad en viden, der var kompleks og nødvendig for afdelingens drift. Denne viden var ikke skrevet ned, og det var således kun funktionæren, der kunne videregive denne.

Selvom funktionæren var anerkendt som meget dygtig, både af arbejdsgiveren og af kollegaer, opstod der en del udfordringer i ansættelsesforholdet efter en direktør, som hun havde haft et fint samarbejde med, fratrådte sin stilling. De to efterfølgende direktører, havde væsentlige samarbejdsvanskeligheder med funktionæren, særligt i hendes rolle som tillidsrepræsentant. Her beskrev både funktionæren og vidner, at de efterfølgende direktører ignorerede funktionæren. Ligeledes beskrev en af direktørerne, at han ikke havde samarbejdsvanskeligheder med tillidsrepræsentanterne fra de andre fagforeninger på arbejdspladsen, men at han havde det med funktionæren.

Et andet omdrejningspunkt i forhold til funktionærens rolle som tillidsrepræsentant angik en episode i slutningen af august 1989, hvor hun var blevet orienteret om påtænkte afskedigelser. Da hun dagen efter orienteringen mødte en trist medarbejder, som var en af dem, som var påtænkt en afskedigelse, fik funktionæren afsløret dette. Imidlertid havde virksomheden besluttet sig for, at medarbejderen ikke alligevel skulle afskediges, hvilket funktionæren ikke var blevet orienteret om. Herefter modtog hun en advarsel om, at virksomheden ikke ville tolerere dette. Arbejdsgiveren ville melde til hendes fagforening, at hun ikke var egnet som tillidsrepræsentant, hvis hun igen trådte ved siden af. Advarslen blev genstand for et møde, hvor HK krævede, at advarslen blev trukket tilbage, men der blev ikke opnået enighed herom. En repræsentant fra HK forklarede, at han havde en mistanke om, at virksomheden forsøgte at misbillige funktionæren, da han ikke mente, at advarslen var berettiget, da funktionæren var i god tro om afskedigelsen. Imidlertid valgte HK efter mødet ikke at gøre mere ved skrivelsen.

Der var også udfordringer angående funktionærens bestyrelsesarbejde samt valget til bestyrelsen som medarbejderrepræsentant. Funktionærens bestyrelsesvalg blev omgjort, da der blev skabt tvivl om hendes valgresultat. Funktionæren blev genvalgt til bestyrelsen. Derudover blev funktionæren efterfølgende ikke indkaldt til nogen bestyrelsesmøder, selvom den anden medarbejderrepræsentant flere gange gjorde arbejdsgiveren opmærksom på dette. Dette medførte, at funktionæren ikke fik deltaget i et eneste bestyrelsesmøde. Funktionæren forsøgte at tegne et billede af, at det var bevidst, at hun blev forhindret i hendes bestyrelsesarbejde. Funktionærens fremhævelse af disse forhold er naturlige i forlængelse af hendes påstand om betaling af bestyrelseshonorar, men var også egnet til at tegne et billede af en virksomhedsledelse, der ikke samarbejdede med funktionæren om selv væsentlige forhold.

Den mest omfattende problemstilling i dommen synes dog at angå funktionærens afdeling, ordreafdelingen. Funktionæren beskrev et meget dårligt psykisk arbejdsmiljø i ordreafdelingen. Arbejdsmiljøet var særligt en følge af en meget stor arbejdsbyrde, men også en dårlig stemning. Et vidne forklarede, at hende selv og funktionæren på et tidspunkt var blevet bedt skride fra afdelingen af en leder. Funktionæren beskrev også, hvordan oplæringen af en ny leder skabte store problemer for hendes muligheder for at løse sine arbejdsopgaver. Dette medførte et meget stort arbejdspress på funktionæren, særligt efter en af hendes betroede kollegaer stoppede også på grund af afdelingens dårlige arbejdsmiljø, og en anden medarbejder blev ansat, som var meget dårlig til sit arbejde.

I efteråret 1990 ville arbejdsgiveren flytte ordreafdelingen fra Ballerup til Glostrup, hvor det var meningen, at funktionæren skulle flytte med. Dette nægtede funktionæren imidlertid. Dette medførte en tvist, hvor både funktionæren og arbejdsgiverens fagforbund blev involveret. Fagforbundene kom frem til, at funktionæren ikke kunne flyttes. Som tillidsrepræsentant havde hun krav på, at være tæt på de medlemmer som hun repræsenterede. Hun blev herefter placeret i en anden afdeling i Ballerup, så hun fortsat kunne varetage sine pligter som tillidsrepræsentant, når ordreafdelingen flyttede til Glostrup, men formelt var hun stadig tilknyttet ordreafdelingen. I efteråret havde ordreafdelingen haft ekstraordinært meget arbejde, og sammenholdt med funktionærens opgave i at oplære den nye leder, ledte det til, at funktionæren måtte sygemelde sig i december 1990 grundet arbejdspresset. Funktionæren var sygemeldt til slutningen af januar 1991. Funktionæren oplyste, at hun ikke kunne klare presset i ordreafdelingen. Da arbejdsgiveren i marts 1991 kom frem til, at ordreafdelingen alligevel ikke skulle flyttes til Glostrup, blev funktionæren bedt returnere til hendes gamle afdeling.

Funktionæren bad i den forbindelse om, at der blev udarbejdet en ny stillingsbeskrivelse. Den nye stillingsbeskrivelse indeholdt mange flere arbejdsopgaver, end den tidligere. Funktionæren forklarede, at ledelsen havde fortalt, at det var fordi, der var blevet oprettet en ny stilling. Arbejdsgiverne afviste dette ved at forklare, at den nye stillingsbeskrivelse blot var en mere detaljeret beskrivelse af de opgaver, som funktionæren hele tiden havde haft. Funktionæren og HK var uenige og sagde klart fra over for den nye stillingsbeskrivelse.

Eftersom funktionæren forklarede, at hun ikke kunne returnere til hendes gamle afdeling, ville arbejdsgiveren have, at hun skulle oplære en ny medarbejder til at overtage hendes opgaver. Ifølge funktionæren havde arbejdsgiveren sagt, at de ikke ville tvinge en anden medarbejder til at tage hendes arbejdsopgaver. Funktionæren ville gerne oplære en ny medarbejder, men hun mente ikke, at hun kunne returnere til ordreafdelingen grundet arbejdsmiljøet. Derfor foreslog hun, at oplæringen skulle foregå

i en anden afdeling end i ordreafdelingen. Funktionæren forklarede, at hun fik at vide, at hvis ikke hun returnerede ville hun blive bortvist på grund af arbejdsvægring. Arbejdsgiveren ville ikke imødekomme, at oplæringen kunne foregå i en anden afdeling. Det endte med, at arbejdsgiveren tilbød, at funktionæren kunne returnere midlertidigt til ordreafdelingen for at oplære en ny medarbejder, mens arbejdsgiveren ville forsøge at omplacere hende. Der blev ikke angivet en nærmere tidsramme for oplæringen eller hvor lang tid funktionæren skulle vende retur til ordreafdelingen.

Funktionæren beskrev, at hun havde en fornemmelse af, at virksomheden ikke havde tænkt sig at omplacere hende, og at beslutningen herom allerede var truffet, da tilbuddet blev afgivet. Det begrundede hun i, at flere afdelinger havde henvendt sig, og oplyst, at de ønskede at funktionæren skulle omplaceres hos dem, men alligevel havde hun ikke fået et konkret tilbud herom eller en tidsfrist for den tid, hun ville skulle være retur i ordreafdelingen. Der blev afholdt et møde herom, hvor funktionæren og HK krævede, at oplæringen måtte ske i en anden afdeling eller at der kom nogle konkrete rammer for returkomsten til ordreafdelingen. Det blev af arbejdsgiveren fastholdt, at funktionæren skulle returnere til hendes gamle afdeling, og virksomheden ville søge omplacering. Få dage efter dette møde blev funktionæren for anden gang sygemeldt. Funktionærens repræsentant fra HK forsøgte at forhandle med virksomheden om en ordning, som funktionæren kunne acceptere, men der blev ikke opnået enighed. Det medførte, at funktionæren under sin anden sygemelding ophævede ansættelsesforholdet. Denne sygemelding blev meldt til Arbejdsskadestyrelsen af funktionærens læge. Funktionæren fik dog ikke hendes sygdom anerkendt som en arbejdsskade, da den ikke var optaget på erhvervssygdomsforsikringen.

9.2.2. Højesterets begrundelse og resultat

Det blev lagt til grund for dommen, at samarbejdsvanskelighederne i ansættelsesforholdet i det væsentligste skyldtes arbejdsgiveren. Dog fandt domstolene ikke at funktionæren havde et krav på godtgørelse for urimelig opsigelse efter funktionærlovens § 2 b. Det fulgte af dommens begrundelse, at funktionæren havde afvist at vende tilbage til hendes gamle afdeling i en begrænset periode, som led i en plan om omplacering samt at afvisningen heraf skyldtes afdelingens arbejdspress. Tilbuddet om omplacering og funktionærens afvisning af virksomhedens plan, syntes at få afgørende betydning. Sø- og Handelsretten:

”I hvert fald under disse omstændigheder [at funktionæren havde fastholdt, at hun ikke ville returnere til ordreafdelingen, heller ikke som led i arbejdsgiverens tilbud om omplacering] findes det ikke godtgjort, at selskabet har gjort sig skyldig i en misligholdelse, som kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse.”¹⁰³

Højesteret stadfæstede Sø- og Handelsrettens afgørelse og begrundelse. Følgende kan udledes; 1) fordi arbejdsgiveren tilbød funktionæren omplacering, havde arbejdsgiveren ikke gjort sig skyldig i en misligholdelse, der kunne sidestilles med en uberettiget afskedigelse, og 2) at misligholdelsen skal være så grov, at den kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse.

I vurderingen af misligholdelsens grovhed, tillægges det vægt, om der er tilbudt en passende foranstaltning, der er egnet til at bringe arbejdsgiver ud af den konkrete misligholdelse. I dommen fremgik det, at arbejdspresset i ordreafdelingen var egnet til at udgøre en misligholdelse, men at omplaceringen i en anden afdeling ville være egnet til at afhjælpe denne misligholdelse. Det kan således udledes som et moment, at en passende foranstaltning kan blive afgørende i vurderingen af, om virksomhedens misligholdelse er grov nok til, at det kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse.

Det andet moment der kan udledes, skal også ses i relation til tilbuddet om omplacering. I den forbindelse blev der lagt vægt på arbejdsgivers motiv med tilbuddet om omplacering:

”Der er heller ikke grundlag for at antage, at placeringen af F en tid i ordreafdelingen har været begrundet i et ønske om at få hende, der var tillidsrepræsentant, til at sige sin stilling op.”¹⁰⁴

Det tillægges således betydning, hvorvidt der kan identificeres et ønske hos arbejdsgiveren om, at funktionæren skal ophæve ansættelsesforholdet. I den forbindelse har den passende foranstaltning også en indflydelse. Da placeringen i ordreafdelingen var som led i arbejdsgiverens plan om at bringe sig ud af misligholdelse ved at tilbyde funktionæren et egnet alternativ, der dog medførte, at hun for en tid måtte returnere til ordreafdelingen, fandt man ikke at dette var et udtryk for at genere eller chikanere

¹⁰³ U.1995.444 H, s. 455.

¹⁰⁴ Ibid.

funktionæren til at opsiges ansættelsesforholdet. Det kan dermed også udledes, at en passende foranstaltning også kan være egnet til at skabe en formodning for, at der ikke foreligger et ønske om, at funktionæren skal ophæve ansættelsesforholdet.

Det kan på baggrund af dommen om den dygtige funktionær samlet udledes, den passende foranstaltning kan få afgørende betydning, og at en misligholdelse skal kunne sidestilles med en uberettiget afskedigelse, samt at arbejdsgivers motiv for sin adfærd tillægges vægt. Den passende foranstaltning indgår som et afgørende moment i vurderingen af, om misligholdelsen er grov nok til, at den kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse, hvilket må identificeres som en betingelse. Dernæst er den passende foranstaltning egnet til at skabe en formodning for, at arbejdsgiver ikke har et ønske om at funktionæren skal ophæve ansættelsesforholdet, hvilket også må anses for, at have betydning i forhold til funktionærens krav på godtgørelse. At den passende foranstaltning tillægges sådan en afgørende vægt må ligeledes anses for rimeligt, da arbejdsgiver ellers ikke vil have noget motiv for at rette op på deres forhold, når misligholdelse påberåbes. Når arbejdsgiver misligholder ansættelsesforholdet, skal de således have mulighed for at bringe sig ud af denne misligholdelse, hvor der i den forbindelse kan stilles krav til funktionærens samarbejde. Således kan funktionæren ikke straks misligholdelse foreligger ophæve ansættelsesforholdet og gøre et krav gældende efter funktionærlovens § 2 b.

9.3. LG-dommen

Ingen af Højesterets tidligere afgørelser havde taget direkte stilling til, om en funktionær kunne være berettiget til godtgørelse for urimelig opsigelse, hvis funktionæren havde ophævet ansættelsesforholdet. At dette spørgsmål ikke er blevet besvaret tidligere, kan formegentlig henledes til forhandlingsmaksimen, eftersom, at ingen af sagsparterne havde fremsat en påstand der angik en funktionærs generelle hjemmel til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren havde ophævet ansættelsesforholdet. Dette ændrede sig imidlertid, da en sådan påstand blev fremsat af Lønmodtagernes Garantifond, hvorfor Højesteret i 2024 måtte behandle dette spørgsmål særskilt. Dette skete i U.2025.763, der i det følgende omtales som LG-dommen.

9.3.1. Sagens omstændigheder

Dommen angik en funktionær, der var blevet ansat den 1. august 2017. Den 31. juli 2018 blev hun sygemeldt med cancer. Efterfølgende funktionærens sygemelding opstod der en uenighed om funktionærens lønudbetaling for august 2018. I tilfælde af sygdom var funktionæren, ifølge sin ansættelseskontrakt, alene berettiget til sygedagpenge og altså ikke, efter kontrakten, berettiget til sin fulde løn,

der udgjorde 33.000 kr. om måneden. Funktionærens fagforbund, Djøf, gjorde gældende over for arbejdsgiveren, at dette kontraktvilkår ikke var gyldigt, eftersom det stillede funktionæren mindre gunstigt end efter funktionærlovens regler, hvor sygdom i udgangspunktet er lovligt forfald, der berettiger funktionæren til sin fulde løn, jf. FUL § 5, stk. 1, 2. led, jf. § 21.

Udover, at funktionæren ikke fik løn under sygdom i august måned, men alene sygedagpenge, blev der også fratrullet to beløb på henholdsvis 10.000 kr. i tantieme samt 5.000 kr. i gage for perioden marts 2018-juli 2018. Således blev der samlet fratrullet 15.000 kr. fra de 19.780 kr. der udgjorde funktionærens sygedagpenge. Dette begrundede arbejdsgiveren med, at funktionæren havde fået udbetalt 10.000 kr. for meget i tantieme i december 2017, og at funktionæren havde fået udbetalt 1.000 kr. for meget hver måned i marts-juli 2018. Disse fejl havde arbejdsgiveren korrigeret med lønopgørelsen for august 2018.

I forbindelse med det udbetalte tantieme, som arbejdsgiveren ikke mente, at funktionæren havde været berettiget til, henviste Djøf til reglerne om *condictio indebiti*, hvorefter en lønmodtager i god tro ikke kan mødes med et tilbagebetalingskrav af en 'for stor' lønudbetaling, hvis dette findes urimeligt eller særlig byrdefuldt for funktionæren.¹⁰⁵ Djøf anførte, at henset til, at der var gået 8 måneder siden udbetalingen af den tantieme, som arbejdsgiveren nu modregnede i funktionærens lønudbetaling, var dette imod reglerne om *condictio indebiti*. Angående de 1.000 kr. der var udbetalt for meget i gage, forklarede funktionæren, at hun havde modtaget en lønstigning i marts på 1.000 kr. som følge af, at arbejdsgiveren havde været meget tilfreds med hendes arbejdsindsats. Det var nu denne lønstigning, som arbejdsgiveren efter funktionærens sygemelding ligeledes foretog modregning for.

Efter en yderligere korrespondance mellem Djøf og arbejdsgiveren var der stadig ikke opnået enighed. Den 12. september 2018 gjorde Djøf på vegne af funktionæren gældende, at funktionæren ville ophæve ansættelsesforholdet, såfremt arbejdsgiveren ikke inden den 14. september 2018 kl. 13:00 havde ubetalt den manglende løn, men henvisning til arbejdsgivers væsentlige misligholdelse. Da denne lønudbetaling ikke var foretaget den 14. september 2018 kl. 13:00, hævede funktionæren således sit ansættelsesforhold. Den 18. september fremsatte Djøf på vegne af funktionæren påkrav om lønnen for august 2018, godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis samt krav på godtgørelse for urimelig opsigelse og minimalerstatning, jf. FUL §§ 2 b og 3, stk. 3.

¹⁰⁵ Lars Svenning Andersen, *Funktionærret*, 2020, s. 363

Arbejdsgiveren betalte fortsat ikke det fremsatte krav. Dette medførte, at Djøf på vegne af funktionæren den 24. januar 2019 anlagde en retssag mod arbejdsgiveren for kravet. Retssagen blev berammet til de 14. august 2020. I mellemtiden var arbejdsgiveren erklæret konkurs, og taget under konkursbehandling. Konkursboets kurator havde meddelt, at konkursboet ikke ville indtræde i sagen. Da arbejdsgiveren derfor ikke mødte op til retssagen, blev arbejdsgiveren betragtet som udeblevet, og der blev afsagt udeblivelsesdom efter funktionærens påstand. Dette medførte, at funktionæren fik medhold i blandt andet et krav efter funktionærlovens § 2 b på 99.000 kr. svarende til 3 måneders løn. Funktionærens krav efter udeblivelsesdommen blev anmeldt til Lønmodtagernes Garantifond, herefter betegnet LG, da arbejdsgiveren var under konkursbehandling, og kurator ikke havde indtrådt i kravet.

Imidlertid afviste LG at udbetale funktionærens krav på godtgørelse for urimelig opsigelse efter funktionærlovens § 2 b, men udbetalte de resterende krav efter udeblivelsesdommen. LG henviste til, at funktionæren ikke havde hjemmel til et krav efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren havde ophævet ansættelsesforholdet. Denne begrundelse fastholdt LG på trods af Djøf's henvendelser om genovervejelse. Dette medførte, at Djøf på vegne af funktionæren den 21. januar 2022 stævtede LG med påstand om betaling af 99.000 kr. for godtgørelse for urimelig opsigelse efter funktionærlovens § 2 b.

Det var ubestridt partnerne imellem, at funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet havde været berettiget grundet misligholdelsen af lønforpligtelsen. Funktionæren forklarede, at det ikke var første gang, at arbejdsgiveren havde chikaneret sygemeldte ved ikke at udbetale løn til de sygemeldte, der senere 'måtte gå rettens vej' for at få udbetalt deres løn. Foruden misligholdelsen af lønforpligtelsen, forklarede funktionæren, at arbejdsgiveren tillige havde chikaneret hende på anden vis efter hendes sygemelding. Dette havde arbejdsgiveren ifølge funktionæren gjort ved at forhindre funktionæren i at arbejde i det omfang, hun kunne, som følge af hendes sygdom. Dette indebar blandt andet, at arbejdsgiveren bad funktionæren aflevere hendes nøgle til kontoret samt hendes arbejdscomputer. Derudover var funktionæren blevet kontaktet af en IT-mand, der skulle nedlægge hendes VPN-forbindelse. Funktionæren havde forklaret, at det undrede IT-manden, der normalt oprettede VPN-forbindelser til medarbejdere, der var blevet sygemeldt, således de havde mulighed for hjemmearbejde i det omfang, som var den pågældende muligt.

Funktionæren forsøgte således at tegne et billede af, at virksomheden havde forsøgt at presse hende til opsigelse eller ophævelse ved at fratage hendes muligheder for at arbejde efterfølgende hendes sygemelding. Derudover gjorde hun gældende, at arbejdsgiveren havde misligholdt lønudbetalingen, og at dette var en grov misligholdelse. De to omstændigheder mente funktionæren berettigede hende til godtgørelse for urimelig opsigelse efter funktionærlovens § 2 b, selvom hun selv havde ophævet ansættelsesforholdet. LG's påstand frifindelse, da LG som bekendt anførte, at en funktionær ikke kunne have et krav på godtgørelse for urimelig opsigelse, når funktionæren havde hævet ansættelsesforholdet. Det var første gang, at en påstand der direkte forholdt sig til funktionærens hjemmel til godtgørelse, blev anført. Derfor, måtte domstolene forholde sig hertil.

9.3.2. Højesterets begrundelse og resultat

Højesteret opdelte sin begrundelse i LG-dommen i to dele, der bestod af henholdsvis en generel udtalelse om funktionærlovens § 2 b og derefter en begrundelse i den konkrete sag. I det følgende vil Højesterets begrundelse og resultat gennemgås i samme rækkefølge.

9.3.2.1. Obiter dictum

Højesteret udtalte sig først generelt om funktionærlovens § 2 b. Når en domstol udtaler sig generelt om retstilstanden betegnes dette obiter dictum.¹⁰⁶ Højesteret afsagde således obiter dictum i LG-dommen formodentlig på baggrund af LG's påstand.

Formålet med funktionærlovens § 2 b

I Højesterets generelle udtalelse om funktionærlovens § 2 b forholdte Højesteret sig indledningsvist til bestemmelsens formål. Højesteret udtalte:

”Bestemmelsen finder efter sin ordlyd anvendelse i tilfælde af arbejdsgiverens opsigelse eller bortvisning af en funktionær. (...) Højesteret finder, at bestemmelsen under hensyn til dens formål kan komme til anvendelse også i tilfælde, hvor funktionæren opsiges sin stilling eller ophæver ansættelsesforholdet under omstændigheder, der kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse eller bortvisning.”¹⁰⁷

Højesteret fastslår, at det følger af en formålsfortolkning af bestemmelsen, at en funktionær kan være berettiget til godtgørelse efter bestemmelsen også når funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet.

¹⁰⁶ Carsten Munk-Hansen, Den juridiske løsning, 2021, s. 67.

¹⁰⁷ U 2025.763, s. 772.

Bestemmelsens formål er som bekendt at beskytte funktionæren mod usaglig og i forlængelse heraf urimelig opsigelse afskedigelse. Det følger derfor af Højesterets begrundelse, at en godtgørelse for urimelig opsigelse efter funktionærlovens § 2 b ikke kan afvises alene af den årsag, at funktionæren selv har ophævet ansættelsesforholdet. En undladelse af denne mulighed for godtgørelse, når arbejdsgiveren har misligholdt ansættelsesforholdet i en sådan grad, at dette er hævebegrundende, vil stride imod bestemmelsens formål. Hvis situationen hvor funktionæren ophæver ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgivers adfærd ikke er omfattet af bestemmelsen, vil en arbejdsgiver kunne presse enhver funktionær til at ophæve ansættelsesforholdet og på den måde undgå at udrede en godtgørelse. Arbejdsgiveren vil i den situation alene skulle udrede en minimalerstatning, jf. FUL § 3, stk. 3, hvorimod arbejdsgiveren ved en uberettiget afskedigelse tillige ville skulle udrede en godtgørelse. På sådan vis kan arbejdsgiveren, hvis ophævelsestilfælde ikke er omfattet af funktionærlovens § 2 b, misligholde sig til en bedre retsstilling. En sådan retsstilling synes ikke at stemme overens med hverken bestemmelsens formål, hvilket også er det Højesteret understreger. Foruden funktionærlovens § 2 b, vil det heller ikke synes at være i overensstemmelse med funktionærlovens generelle beskyttelsespræceptive formål.

Sidestilles med en uberettiget afskedigelse

Det er imidlertid ikke alene tilstrækkeligt, at arbejdsgiverens misligholdende adfærd berettiger en funktionær til at ophæve ansættelsesforholdet, hvis en funktionær skal have et godtgørelseskrav efter funktionærlovens § 2 b.

”Bestemmelsen finder også anvendelse i de ganske særlige situationer, hvor arbejdsgiveren udviser en adfærd, der i realiteten er udtryk for en opsigelse eller bortvisning.”¹⁰⁸

Højesteret udtalte, at det er en betingelse, at misligholdelsen reelt er et udtryk for en uberettiget afskedigelse, som ved urimelig opsigelse eller uberettiget bortvisning. Denne form for adfærd giver de tre eksempler på; Hvis arbejdsgiveren 1) undlader at modtage funktionæren i sin tjeneste, 2) undlader at udbetale funktionæren løn eller 3) undlader at besvare funktionærens henvendelser. Det kan således udledes, at arbejdsgiverens misligholdelse, skal være så grov, at ansættelsesforholdet de facto ikke kan anses for at bestå, og der dermed foreligger en uberettiget afskedigelse, også selvom funktionæren ikke er blevet opsagt eller bortvist.

¹⁰⁸ U 2025.763, s. 772

Arbejdsgivers ønske

At arbejdsgiverens misligholdelse skal være så grov, at den kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse, er ikke den eneste betingelse, der skal være opfyldt før en funktionær, der har ophævet ansættelsesforholdet grundet arbejdsgivers misligholdelse, kan være berettiget til en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b.

Det er ligeledes en betingelse, at arbejdsgiveren har haft et motiv med sin misligholdelse. Højesteret udtalte:

*”Det er afgørende for, om en funktionær har krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b i sådanne situationer, om det undtagelsesvis kan anses for godtgjort, at arbejdsgiverens misligholdelse af sine forpligtelser er udtryk for chikane begrundet i et ønske om at få funktionæren til selv at sige sin stilling op.”*¹⁰⁹

Det kan således lægges til grund, at arbejdsgivers misligholdende adfærd skal have karakter af chikane, der er begrundet i et ønske om, at funktionæren skal opsige eller ophæve ansættelsesforholdet. Det vil sige, at hvis arbejdsgiverens misligholdelse skyldes sjusk eller kan henføres til forhold såsom dårlig økonomi, vil betingelsen om, at arbejdsgivers misligholdelse skal være udtryk for chikane begrundet i et ønske om funktionærens ophævelse, ikke være opfyldt.

På baggrund af Højesterets obiter dictum kræver godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet, at to betingelser er opfyldt. Begge betingelser relaterer sig til arbejdsgivers adfærd, der skal bestå af henholdsvis en grov misligholdelse af ansættelsesforholdets forpligtelser, der kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse og at denne grove misligholdelse udøves som følge af ønske om, at funktionæren ophæver ansættelsesforholdet.

9.3.2.2. Den konkrete sag

I den konkrete sag fik funktionæren ikke medhold i sin påstand, hverken i landsretten eller i Højesteret. Landsretten begrundede sin afgørelse med, at der var ført tilstrækkeligt bevis for, at arbejdsgivers misligholdelse var begrundet i et ønske om, at funktionæren skulle ophæve eller opsige ansættelsesforholdet samt at misligholdelsen med lønnen i august 2018 ikke havde været så grov, at den kunne

¹⁰⁹ U 2025.763, s. 772.

sidestilles med en uberettiget afskedigelse. Landsrettens begrundelse kan anses for at have dannet grundlag for den uddybende forklaring, funktionæren gav for Højesteret.

Det var nemlig først for Højesteret, at funktionæren forklarede, at arbejdsgiveren havde frataget hendes arbejdsredskaber samt at arbejdsgiveren tidligere havde forsøgt at presse sygemeldte medarbejdere til at afslutte ansættelsesforholdet. Det kan anses, at eftersom landsretten havde udtalt, at misligholdelsen af lønnen ikke var grov nok til at berettige et krav efter funktionærlovens § 2 b, måtte funktionæren forsøge at begrunde kravet på anden vis. Funktionærens nye eller uddybende forklaring for Højesteret kan således anses for et forsøg på at understrege et chikanøst forløb efter sygemeldingen, da dette ikke ansås for bevist for Landsretten, og da forholdene omkring lønnen for august 2018 var blevet grundigt belyst og ikke fundet tilstrækkelige.

I den konkrete sag blev det således set, at funktionæren, forsøgte at begrunde sin påstand med to af de tre eksempler, som Højesteret nævner. For det første havde funktionæren i den konkrete sag forsøgt at bevise, at arbejdsgiveren havde frataget hendes mulighed for at udføre hendes arbejde. Dette havde arbejdsgiveren som nævnt gjort ved at insistere på overlevering af hendes arbejdsredskaber herunder nøgle og arbejdscomputer samt foretaget en nedlukning af hendes VPN-forbindelse. Dette umuliggjorde funktionærens hjemmearbejde under sygemeldingen, der var på ubestemt tid.

For det andet var der i den konkrete sag enighed om, at arbejdsgiver havde misligholdt sin lønforpligtelse, hvilket gjorde, at funktionærens ophævelse var berettiget. Misligholdelsen af lønnen i august 2018 forsøgte funktionæren således også at begrunde sin påstand med.

Som nævnt fik funktionæren ikke medhold i sin påstand. Højesteret gav følgende begrundelse:

”Efter en samlet vurdering finder Højesteret, at det ikke kan anses for godtgjort, at X’[arbejdsgiverens] misligholdelse med betaling af lønnen for august 2018 kan karakteriseres som en adfærd, der i realiteten er udtryk for en opsigelse eller bortvisning af A [funktionæren], eller at misligholdelsen var chikanøst begrundet i et ønske om at få hende til selv at sige sin stilling op.”¹¹⁰

¹¹⁰ U 2025.763, s. 772 og 773

Det var således ikke bevist, arbejdsgivers misligholdelse havde været at sidestille med en uberettiget afskedigelse eller at misligholdelsen havde været begrundet i et ønske om, at funktionæren skulle opheve eller opsiges ansættelsesforholdet. Funktionæren havde således ikke løftet bevisbyrden for nogen af de to betingelser, som Højesteret i et obiter dictum anførte som påkrævet. Højesteret udtalte sig ikke om funktionærens forklaring for Højesteret angående arbejdsgivers fratagelse af hendes arbejdsredskaber. Det må derfor udledes, at heller ikke denne forklaring udgjorde tilstrækkeligt bevis efter nogen af betingelserne. Dermed stadfæstede Højesteret landsrettens dom.

9.3.2.9. Sammenfattende om LG-dommen

Det kan på baggrund af ovenstående analyse sammenfattes, at en funktionær skal bevise at to grundlæggende betingelser er opfyldt, hvis funktionæren skal have krav på godtgørelse for urimelig opsigelse, hvis funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet.

Den første betingelse, der skal bevises, er af objektiv karakter. Arbejdsgivers misligholdelse skal være grov nok til reelt at udgøre en opsigelse eller bortvisning. Højesteret giver nogle eksempler på en sådan adfærd, der de facto udgør en opsigelse eller bortvisning, men begrænser ikke tilfældene, der kan være omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde hertil.

Den anden betingelse er af subjektiv karakter, og kræver en vurdering af arbejdsgivers motiv for den objektive misligholdelse af sine forpligtelser. Betingelsen er, at arbejdsgivers adfærd skal være chikanos, begrundet i et ønske om, at funktionæren selv opsiger eller ophæver sin stilling.

Når funktionæren selv ophæver eller opsiger sit ansættelsesforhold, er det muligt, i hvert fald teoretisk, at få godtgørelse for urimelig opsigelse. Dette følger af både retslitteraturen, og nu også af Højesteret i et obiter dictum. Imidlertid må funktionærens mulighed for at løfte bevisbyrden for deres krav anses for mere byrdefuld, når funktionæren selv afslutter ansættelsesforholdet enten ved opsigelse eller ophevelse.

Når funktionæren opsiges eller bortvises, skal funktionæren bevise alene tre ting. At de er funktionærer efter funktionærlovens § 1, at de opfylder kravet til anciennitet samt at opsigelsen ikke er rimeligt begrundet i enten virksomhedens eller funktionærens forhold. Disse 'rene' tilfælde beskrives i afsnit 5.

Når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet, skal de derudover bevise, at deres ophævelse skyldes at arbejdsgiveren har misligholdt ansættelsesforholdet på en så grov måde, at de kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse og, at dette er på baggrund af et ønske om, at funktionæren skulle ophæve ansættelsesforholdet. Forskellene i kravene til funktionærens bevisførelse afhængig af ophørsmåden for krav efter funktionærlovens § 2 b anses således for markant.

9.4. Sammenfattende om retspraksis om FUL § 2 b ved funktionærens ophævelse

Funktionærlovens § 2 b har i 60 år, fra dens indførelse i funktionærloven i 1964 til december 2024, skabt retlig tvivl om bestemmelsens anvendelsesområde. Det har indtil afgørelsen i LG-dommen været uvist, om en funktionær, der har ophævet et ansættelsesforhold grundet arbejdsgivers misligholdelse, kan være berettiget til godtgørelse for urimelig opsigelse efter bestemmelsen. Indtil Højesterets obiter dictum i LG-dommen har det alene været beskrevet som en teoretisk mulighed, hvor det må kræve overordentligt stærke grunde for at ligestille en ophævelse med en uberettiget afskedigelse.¹¹¹ Højesteret udtalte sig generelt om funktionærlovens § 2 b, og understregede i den forbindelse, at efter en formålsfortolkning finder bestemmelsen også anvendelse, når funktionæren selv ophæver ansættelsesforholdet, og afviser derfor påstanden om, at en funktionær ikke kan gøre § 2 b krav gældende, når de ophæver ansættelsesforholdet.

Selvom det nu er blevet fastslået i praksis, at der er hjemmel til, at en funktionær kan få godtgørelse for urimelig opsigelse, når funktionæren selv ophæver, afventes det fortsat i hvilke tilfælde, dette kan ske. Dette skyldes, at der ikke er givet medhold de gange påstande herom har været behandlet, hvilket heller ikke er tilfældet i LG-dommen.

Alligevel kan den analyserede retspraksis anvendes til at sige følgende om retstilstanden; To betingelser skal være opfyldt, henholdsvis en objektiv og en subjektiv betingelse. Ved vurderingen af, om disse betingelser er opfyldt, er der identificeret tre momenter, der kan have indflydelse herpå.

9.4.1. Den objektive betingelse

Det følger af ovenstående retspraksis, at en helt grundlæggende betingelse for, at funktionæren kan tilkendes godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet,

¹¹¹ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 198 og P. Spleth, Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden januar-juni 1970, U.1970B.224, s.224.

er, at arbejdsgiver skal have misligholdt ansættelsesforholdet.¹¹² Dette er en typisk vurdering at foretage inden for ansættelsesretten, når der fremsættes krav. Betingelsen synes meningsfuldt, da en funktionær alene har hjemmel til at ophæve ansættelsesforholdet, hvis arbejdsgiver har misligholdt det, jf. FUL § 3, stk. 3.¹¹³ Der kan således på baggrund af den gennemgaaede retspraksis anses for at foreligge en såkaldt objektiv betingelse, hvorefter arbejdsgiver skal have misligholdt ansættelsesforholdet.

Der skal dog ikke blot foreligge en misligholdelse af arbejdsgivers forpligtelser, idet retspraksis fastslår, at denne misligholdelse skal være tilstrækkelig grov, førend der kan tilkendes arbejdstageren godtgørelse efter FUL § 2b.

Misligholdelsen skal være så grov, at den kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse. I LG-dommen kom Højesteret frem til, at dele af funktionærens løn udeblev i én måned, og at dette ikke var nok til, at misligholdelsen kunne sidestilles med en uberettiget afskedigelse. Man kunne derfor forestille sig, at såfremt hele lønnen for flere måneder var udeblevet i LG-dommen, vil dette kunne sidestilles med en uberettiget afskedigelse, hvorved den objektive betingelse ville have været opfyldt. Højesteret nævner i LG-dommen desuden som eksempler på situationer, som kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse:

”Dette vil eksempelvis kunne være tilfældet, hvis arbejdsgiveren nægter at modtage funktionæren i sin tjeneste, undlader at udbetale funktionæren løn og undlader at besvare funktionærens henvendelser.”¹¹⁴

Finder en af de af Højesteret givne eksempler sted, vil det skabe en formodning for, at misligholdelsen kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse, og misligholdelsen vil således være egnet til at opfylde den objektive betingelse. Som set i LG-sagen er der dog momenter, der spiller ind i denne vurdering af den objektive betingelse. Det er således ikke tilstrækkeligt i sig selv til at opfylde den objektive betingelse, at en af de i Højesteret givne eksempler finder sted.

Der kan af retspraksis udledes to momenter, der indgår i vurderingen af, om arbejdsgivers misligholdelse har været tilstrækkelig grov. Disse momenter gennemgås i det følgende.

¹¹² Jf. afsnit 7 om arbejdsgivers misligholdelse.

¹¹³ Jf. afsnit 5.3.2.

¹¹⁴ U 2025.763, s. 772.

9.4.1.1. En handlepligt for funktionæren

På baggrund af prokurist-dommen må det lægges til grund, at der stilles krav om, at funktionæren skal reagere ved over for arbejdsgiveren klart og tydeligt at tage afstand og sige fra over for misligholdelsen. Funktionæren skal dermed påberåbe misligholdelsen klart og tydeligt. Der etableres således en handlepligt for den funktionær, der vil ophæve ansættelsesforholdet og gøre et godtgørelseskrav gældende i forlængelse af ophævelsen, og arbejdstagers iagttagelse af denne handlepligt må anses som et moment i vurderingen af, om misligholdelsen er tilstrækkelig grov.

9.4.1.2. Passende foranstaltninger kan bringe arbejdsgiver ud af misligholdelse

Det kan endvidere af dommen om den dygtige funktionær udledes, at et moment i vurderingen af, om arbejdsgivers misligholdelse er tilstrækkelig grov, er, hvorvidt arbejdsgiveren har forsøgt at bringe sig ud af misligholdelsen; har arbejdsgiveren truffet passende foranstaltninger for at afhjælpe den misligholdelse, der ellers kunne være hævebegrundende? Såfremt dette besvares bekræftende, vil misligholdelsen som udgangspunkt ikke være tilstrækkelig grov til at opfylde den objektive betingelse. Der må dog være tale om en reel og egnet foranstaltning, således arbejdsgiveren ikke blot kan træffe en foranstaltning for at afværge den objektive betingelse bliver opfyldt. Det er endnu uvist hvilket spillerum arbejdsgiveren har til at træffe passende foranstaltninger, der kan afhjælpe deres misligholdelse. Det må formodes, at der skal være tale om en foranstaltning, der er reel og egnet til at afhjælpe misligholdelsen, hvilket må indebære, at foranstaltningen også træffes på et tidspunkt, hvor den kan have den passende effekt. Det må imidlertid bero på fremtidig retspraksis, hvor stort arbejdsgivers spillerum er i relation til dette moment.

Det må dog formodes, at det ikke er enhver misligholdelse, som arbejdsgiver kan bringe sig ud af ved at træffe foranstaltninger. Nogle misligholdelser er formegentlig så grove, at arbejdsgiveren ikke kan træffe passende foranstaltninger, der kan afhjælpe. I hvilket omfang arbejdsgiver kan forsøge at bringe sig ud af misligholdelsen, må således afhænge af misligholdelsens karakter.

9.4.2. Den subjektive betingelse

Når det er fastslået at der foreligger en misligholdelse fra arbejdsgiver, der er tilstrækkelig grov så misligholdelsen kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse, er den objektive betingelse dermed opfyldt. Dernæst, skal det undersøges, om den subjektive betingelse er opfyldt. I LG-dommen udtalte Højesteret, at det en afgørende betingelse for den ophævende funktionærs mulighed for at få godtgørelse efter § 2 b, at arbejdsgivers misligholdelse af sine forpligtelser er chikanøs begrundet i et ønske

om, at funktionæren skal ophæve ansættelsesforholdet. Denne betingelse betegnes i projektet som subjektiv, fordi det henfører til arbejdsgivers motiv med misligholdelsen, og dette motiv vil sjældent være konkret konstaterbart ud fra en sags omstændigheder eller faktum. Det har været vanskeligt at komme den subjektive betingelse nærmere, men det er klart, at den skal ses i relation til arbejdsgivers 'ønske' med den udviste adfærd. Det har af ovenstående retspraksis været muligt at udlede ét moment i vurderingen af, om den subjektive betingelse er opfyldt. Der kan dog spekuleres i, om endnu et moment vil have indflydelse på vurderingen af den subjektive betingelse, dette kan dog ikke udledes af retspraksis.¹¹⁵

9.4.2.1. Den passende foranstaltning skaber en formodning mod et ønske om ophævelse

Det moment, der har kunne udledes af praksis, udgør et moment i vurderingen af både den objektive og den subjektive betingelse. I vurderingen af begge betingelser, har det indflydelse, om arbejdsgiveren har forsøgt at afhjælpe misligholdelsen af deres forpligtelser, og dermed bringe sig ud af misligholdelsen. Hvis arbejdsgiver har det, så skaber det en klar formodning for, at arbejdsgiver ikke har et ønske om, at funktionæren skal ophæve ansættelsesforholdet.

Momentet kan udledes af dommen om den dygtige funktionær. Det ses i dommens begrundelse, at domstolene inddrager den subjektive betingelse i relation til den passende foranstaltning, som arbejdsgiveren forsøger at træffe ved tilbuddet om omplacering. I dommen beskrives det, at det er nødvendigt, at funktionæren blot i en kortere periode vender tilbage til hendes gamle afdeling for vidensoverdragelse inden en eventuel omplacering kan ske. Således kan omplaceringen ifølge arbejdsgiveren ikke muliggøres inden funktionæren har været retur i hendes gamle afdeling, og arbejdsgiveren har således ikke mulighed for at træffe den passende foranstaltning uden funktionæren samarbejder. Det tillægges vægt i dommens begrundelse, at placeringen af funktionæren i hendes gamle afdeling er som led i en passende foranstaltning, og kun er for 'en tid'. Domstolene finder dermed, at tilbuddet om omplacering ikke er begrundet i et ønske om, at få funktionæren til at ophæve ansættelsesforholdet:

*"Der er heller ikke grundlag for at antage, at placeringen af F en tid i ordreafdelingen har været begrundet i et ønske om at få hende, der var tillidsrepræsentant, til at sige sin stilling op."*¹¹⁶

¹¹⁵ Jf. nærmere herom afsnit 11.1.1.1.

¹¹⁶ U. 1995.444 H, s. 455.

Der er således en sammenhæng mellem den passende foranstaltning og vurderingen af den subjektive betingelse. Det ses, at den passende foranstaltning skaber en formodning for, at også den subjektive betingelse ikke er opfyldt. Det synes at give mening eftersom en passende foranstaltning vil være egnet til at bringe misligholdelsen til ophør, og arbejdsgiver kan således ikke udøve chikane med sin misligholdelse begrundet i et ønske om funktionærens ophævelse, hvis der ikke foreligger en misligholdelse. Arbejdsgivers passende foranstaltninger har således evne til både at afværge opfyldelsen af den objektive og den subjektive betingelse.

9.4.3. Sammenfattende om den objektive og subjektive betingelse og dertilhørende momenter

Om den objektive betingelse gælder det således, at arbejdsgiveren skal have misligholdt ansættelsesforholdet på en sådan måde, at det kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse, hvis den ophævende funktionær skal have et krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. I vurderingen af, om arbejdsgivers misligholdelse er så grov, at den kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse kan det udledes af retspraksis, at der inddrages to momenter; 1) om misligholdelsen er påberåbt af funktionæren, og 2) om arbejdsgiveren har forsøgt at bringe misligholdelsen til ophør ved at træffe passende foranstaltninger til at afhjælpe denne. I indeværende speciale betegnes disse forhold omkring arbejdsgivers misligholdelse som momenter i den objektive betingelse. At betingelsen betegnes som objektiv skyldes, at misligholdelsen og de dertilhørende momenter i forhold til arbejdsgivers misligholdelse i det væsentligste vil være konkret konstaterbare ud fra en sags omstændigheder og faktum. På den baggrund synes det passende at betegne disse momenter samlet som hørende under det objektive kriterium.

Om den subjektive betingelse har det været muligt at udlede ét moment i vurderingen af, om betingelsen er opfyldt på baggrund af retspraksis. Dette moment ses parallelt som et moment i den objektive betingelse. Når arbejdsgiveren træffer passende foranstaltninger, der er egnede til at afhjælpe arbejdsgiverens misligholdelse, skaber det en formodning for, at den subjektive betingelse ikke er opfyldt. Denne formodning skyldes, at der er ringe sammenhæng mellem arbejdsgiveren, som forsøger at afhjælpe misligholdelsen sammenholdt med et ønske om, at misligholdelsen, der forsøges afhjulpet, skal være begrundet i et ønske om funktionærens ophævelse.

Såfremt arbejdsgiveren træffer eller forsøger at træffe en egnet og passende foranstaltning, skaber det således en formodning for, at hverken den subjektive eller den objektive betingelse, er opfyldt. Funktionæren må gøre opmærksom på misligholdelsen, hvis vedkommende efterfølgende vil ophæve ansættelsesforholdet og have krav på godtgørelse, ellers vil det indgå som et moment, der taler mod opfyldelsen af den objektive betingelse.

10. Retspraksis vedrørende forskelsbehandlingslovens § 2

Som beskrevet har ingen funktionær der har ophævet ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgivers misligholdelse fået medhold i en påstand om godtgørelse efter § 2 b, i hele bestemmelsens levetid, hvilket kan anses for betænkeligt. Muligheden herfor har da også været uklar og i retslitteraturen beskrevet som en teoretisk mulighed. Ved LG-dommen udtalte Højesteret dog, at efter en formålsfortolkning af funktionærlovens § 2 b, at en funktionær som ophæver ansættelsesforholdet kan være berettiget til et godtgørelseskrav for urimelig opsigelse.

At der ikke endnu er givet en funktionær medhold i en påstand om godtgørelse, når funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgiverens misligholdelse, giver anledning til at skele til praksis herom inden for anden ansættelsesretlig beskyttelsespræceptiv lovgivning. Specialet ser her til forskelsbehandlingsloven¹¹⁷ og i den forbindelse vil den velkendte bagerdom gennemgås i det følgende.

10.1. Bagerdommen

Bagerdommen, U 2008.1353 V¹¹⁸, angik en arbejdstagers (herefter bagersvenden) krav på godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 4. Bagersvendens påstand var, at arbejdsgiveren på chikanøs vis havde overtrådt forskelsbehandlingsloven ved at fremsætte nedværdigende og ydmygende udtalelser om arbejdstagerens seksualitet. Ligesom de ovenfor gennemgåede sager ophævede bagersvenden ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens misligholdelse.

Bagersvenden havde været ansat i arbejdsgiverens bageri fra april 1999 og havde sidste arbejdsdag i bageriet den 22. februar 2006. Både bagersvenden og arbejdsgiveren, samt vidner, beskrev et arbejdsmiljø, hvor der kunne falde sjofle bemærkninger, men ingen beskrev at være generet heraf. Således blev det beskrevet, at bagersvenden trivedes på sin arbejdsplads i bageriet frem til juni 2005. Indtil juni 2005, hvor bagersvenden havde fået en kæreste, havde ingen været bekendt med, at bagersvenden var homoseksuel. Bagersvenden delte oplysningen om sin nye kæreste og sin homoseksualitet med en kollega, C. Bagersvenden og C aftalte sammen, at bagersvenden var ansvarlig for at fortælle sin familie og bekendte om sin seksualitet, mens C skulle fortælle arbejdsgiveren herom, men at oplysningen

¹¹⁷ LBK nr. 399 af 05/04/2024.

¹¹⁸ V.L.D. 22. februar 2008 i anke 6. afd. B-0499-07.

ellers var fortrolig. C orienterede arbejdsgiveren, der senere kontaktede bagersvenden og meddelte, at det var 'ok', og at arbejdsgiveren medgav, at oplysningen om bagersvendens seksualitet var fortrolig.

Efter orienteringen af arbejdsgiveren om bagersvendens seksualitet opstod der en række udfordringer. Allerede i de første uger efter orienteringen bemærkede kollegaen C, at arbejdsgiveren fortalte faste kunder om bagersvendens seksualitet, selvom det som bekendt var en fortrolig oplysning, der skulle forblive parterne imellem. Samtidig beskrev bagersvenden, at arbejdsgiveren i højere grad end tidligere snakkede om kvindelige prostituerede i hans påhør, og at arbejdsgiveren begyndt at række ham dagens udgave af 'Ekstra Bladet' med side 9-pigen foldet ud. I tillæg spurgte arbejdsgiveren ind til bageriets øvrige medarbejderes romantiske forhold, men ikke bagersvendens. Disse omstændigheder opfattede bagersvenden som et forsøg på at provokere ham, og han fandt delingen af sin seksuelle orientering ubehagelig. Bagersvenden reagerede dog ikke på arbejdsgiverens adfærd over for arbejdsgiveren, men forblev tavs om sine følelser.

Kollegaen C beskrev, hvordan hun flere gange havde hørt arbejdsgiveren udtale sig nedværdigende om homoseksuelle ved at betegne homoseksuelle og homoseksualitet som 'ulækkert' og 'klamt', samt at homoseksuelle 'burde høre til på en øde ø', og at de var 'psykisk syge og ikke helt friske oveni'. C mente ikke at have oplyst bagersvenden om disse udtalelser, før han var stoppet i bageriet. Heller ikke over for C havde bagersvenden oplyst om sine følelser om arbejdsgiverens diskriminerende adfærd. Det fremgår således af sagens faktum, at bagersvenden ikke havde reageret over for arbejdsgiverens nedværdigende adfærd, hvilket bagersvenden også selv forklarede.

Bagersvenden brød imidlertid sammen i forbindelse med en hændelse den 22. februar 2006, omtrent et halvt år efter, at arbejdsgiveren var blevet bekendt med bagersvendens seksualitet. Ekstra Bladet havde den 22. februar 2006 bragt en artikel med et billede af to drenge, der var blevet hængt i Iran, angiveligt på grund af deres homoseksualitet. I den forbindelse skulle arbejdsgiveren have udtalt til kollegaen E, at *"det var sådan de [homoseksuelle] skulle have det"*. Efter 1-1,5 timer havde E fortalt om arbejdsgiverens kommentar til bagersvenden. Bagersvenden blev da så ked af det og dårlig over arbejdsgiverens kommentar, at han tog hjem fra arbejde og sygemeldte sig den efterfølgende dag. Bagersvenden kom herefter ikke tilbage i bageriet, da han senere under sin sygemelding ophævede ansættelsesforholdet. I forbindelse med sin sygemelding kontaktede bagersvenden sit fagforbund, og fagforbundet stod for kontakten til arbejdsgiveren under det efterfølgende forløb, da bagersvenden ikke længere ønskede kontakt med arbejdsgiveren. Fagforbundet havde bedt bagersvenden om at få

noget på skrift angående hændelsen den 22. februar 2006. Derfor tog bagersvenden og hans kæreste hjem til E, hvor bagersvenden og E talte hændelsen igennem. På baggrund af samtalen med E udformede bagersvenden en erklæring om hændelsen, som han den 19. marts 2006 overbragte E, som gennemlæste erklæringen, bekræftede dens indhold som det faktiske forløb og underskrev den.

Arbejdsgiveren påstod frifindelse. Han anførte, at bagersvendens forklaring og bevisførelse beroede på beretninger fra vidner og således ikke på hans egne erfaringer eller betragtninger. Arbejdsgiveren mente, at han var uden skyld og forsøgte at bevise sin uskyld på to måder.

For det første forsøgte arbejdsgiveren at afvise bagersvendens påstand ved at benægte, at sagens omstændigheder var, som bagersvenden forklarede. Arbejdsgiveren anførte, at bagersvenden ikke kunne vide, hvorvidt det, han forklarede, var sandt, da han ikke selv havde bevidnet størstedelen af det, som han havde forklaret. Arbejdsgiveren forklarede, at han muligvis havde udtalt, at 'homoseksuelle skulle ud på en øde ø', inden han blev bekendt med bagersvendens seksualitet, men at han efterfølgende ikke havde sagt det, da han herefter havde været påpasselig med sine bemærkninger. Derudover forklarede arbejdsgiveren, at han aldrig havde oplyst om bagersvendens seksualitet til kunder, men at det tværtimod var C, der gjorde det. Arbejdsgiveren afviste, at han havde omtalt artiklen om de hængte drenge i Iran på den måde, som bagersvenden havde forklaret, men at arbejdsgiveren i stedet skulle have sagt, at det var frygteligt, som de var nede i Iran.

For det andet forsøgte arbejdsgiveren at afvise bagersvendens påstand ved at argumentere for, at arbejdsgiverens udtalelser og bemærkninger slet ikke var egnede til at krænke bagersvenden. Arbejdsgiveren anførte, at dette var begrundet i bagersvendens egen opførsel. Ifølge arbejdsgiveren skulle bagersvenden selv have opfordret til en hæmningsløs tone angående sin seksualitet ved i sjov at sige til arbejdsgiveren og hans ven, at de skulle 'passe på deres røv'. Efter ligebehandlingslovgivningen, herunder forskelsbehandlingsloven, gælder det, at der alene foreligger chikane, når der er blevet udvist en adfærd, der er uønsket med det formål eller den virkning at krænke den udsatte ved eksempelvis nedværdigende eller ydmygende behandling.¹¹⁹ Hvis retten fandt, at bagersvenden havde 'samtykket' til en hæmningsløs omtale af sin seksuelle orientering, ville arbejdsgiverens adfærd ikke have været egnet til at chikanere bagersvenden, medmindre han efterfølgende havde frabedt sig en sådan tone. Bagersvenden havde som bekendt forklaret, at han inden sin sygemelding aldrig havde konfronteret arbejdsgiveren med hans adfærd. Arbejdsgiveren argumenterede således også for, at bagersvenden

¹¹⁹ Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, 2023, s. 282.

havde samtykket til den adfærd, som han følte sig krænket af, hvilket ifølge arbejdsgiveren medførte, at arbejdsgiverens adfærd efter en subjektiv vurdering ikke var egnet til at krænke bagersvenden.

Arbejdsgiveren fik ikke medhold i sin påstand om frifindelse og således heller ikke i nogen af sine argumenter herfor. Byretten begrundede særligt sin afgørelse med kollegaen C's forklaring samt den erklæring, som E havde underskrevet. Både by- og landsretten fandt, at bagersvenden havde påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænket, jf. FBL § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 4. Efter bevisbyrdereglerne i forskelsbehandlingslovens § 7 a, der hjemler en delt bevisbyrde, påhviler det herefter modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Selvom udgangspunktet i dansk ret er ligefrem bevisbyrde, hvilket også er udgangspunktet for sager efter funktionærloven, er der ofte delt bevisbyrde for krav efter forskelsbehandlingsloven og andre ligebehandlingslove.¹²⁰

Senere stadfæstede landsretten byrettens dom, men landsretten udtalte sig også om sagen i den anledning. Med hensyn til bevisførelsen stadfæstede landsretten byrettens grunde. Dermed fandt landsretten, at særligt C's vidneforklaring og E's erklæring havde været særligt egnet til at bevise, at arbejdsgiveren havde udtalt sig nedværdigende og ydmygende om homoseksuelle.

Landsretten begrundede yderligere sin afgørelse med, at arbejdsgiveren ikke havde godtgjort, at bagersvenden havde fremsagt en bemærkning som den af arbejdsgiveren beskrevne om, at arbejdsgiveren og hans ven skulle 'passe på deres røv'. Landsretten tillagde det vægt, at bagersvenden havde været beskrevet som stiltfærdig og tilbageholdende, hvilket også var blevet forklaret af arbejdsgiveren selv. Hverken byretten eller landsretten nævnte den omstændighed, at bagersvenden aldrig havde sagt fra over for arbejdsgiverens adfærd.

De afgørende beviser i sagen synes således at være C's forklaring om arbejdsgiverens udtalelser om homoseksuelle i perioden fra juni 2005 til oktober samme år samt E's erklæring om hændelsen den 22. februar 2006, som hun ved sin forklaring i retssagen i vidt omfang synes at modarbejde eller trække tilbage. E havde for retten forklaret, at hun ikke mente, at arbejdsgiveren havde talt nedladende om homoseksuelle, og at hun hverken kunne erindre hændelsen den 22. februar 2006, eller at hun skulle have underskrevet en erklæring herom og i den forbindelse heller ikke erklæringens indhold. E benægtede dog ikke, at det var hende, som havde underskrevet erklæringen. På trods af E's forklaring fandt

¹²⁰ Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, 2023, s. 319.

domstolene det decideret ubetænkeligt at lægge erklæringens indhold om arbejdsgiverens udtalelser til grund for sagen.

Således fandt både byretten og landsretten, at arbejdsgiveren ikke havde løftet bevisbyrden for, at han ikke havde krænket ligebehandlingsprincippet, efter at arbejdstageren havde løftet bevisbyrden for, at der var en formodning for, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænket. Bagersvenden havde således et krav på godtgørelse, der blev udmålt til 100.000 kr.

Som en afsluttende bemærkning påpeges det, at byretten synes at tillægge sygemeldingen stor vægt. Reaktionen blev beskrevet som voldsom og bestyrkede bagersvendens forklaring om arbejdsgiverens udtalelser om de hængte drenge, idet man ikke fandt, at en sådan reaktion harmonerede med arbejdsgiverens udlægning af hændelsen. Det samme var ikke tilfældet i hverken prokuristdommen eller dommen om den dygtige funktionær, hvor funktionærerne ligeledes, understøttet af lægeerklæringer, anførte, at sygemeldingerne skyldtes arbejdsgiverens adfærd. Sygemeldingerne synes ikke tillagt vægt i dommene efter funktionærloven, men tillægges stor vægt i bagerdommen. Det anses for bemærkelsesværdigt, særligt henset til, at bagersvenden ikke havde en lægeerklæring til at understøtte sin forklaring.

10.2. Paralleller til funktionærlovens § 2 b

Selvom der må anses for at være stor forskel på sygemeldingernes betydning efter de to regelsæt, kan der alligevel drages paralleller mellem bagerdommens krav på godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 2 og funktionærlovens § 2 b, dels generelt henset til formålet med bestemmelserne, dels konkret i forhold til udmålingen af godtgørelseskravet.

10.2.1. Udmålingen af godtgørelsen

Bagersvendens krav på godtgørelse er efter forskelsbehandlingsloven, men den udmålte godtgørelse synes størrelsesmæssigt at svare til størrelsen på et krav efter funktionærloven, hvis forholdet havde været behandlet herefter.

Det fremgår af sagens oplysninger, at arbejdstageren har en årsløn på 271.863 kr., hvilket er inklusiv feriepenge. Godtgørelsen fastsættes til 100.000 kr. Godtgørelser efter forskelsbehandlingsloven fastsættes skønsmæssigt, og der er principielt et loft for godtgørelsens størrelse.¹²¹ Det er i den forbindelse

¹²¹ De specielle bemærkninger til forskelsbehandlingslovens § 7, s. 1221.

påfaldende, at domstolene i bagerdommen er kommet frem til, at godtgørelsen skulle være på netop dette beløb.

Havde bagerdommen været anlagt og afsagt efter funktionærloven, ville domstolen tillige have udmålt en minimalerstatning, da ophævelsen var berettiget grundet arbejdsgiverens misligholdelse, jf. FUL § 3, stk. 3. Kravet på minimalerstatning efter funktionærlovens § 3, stk. 3 ville være på tre måneders løn, svarende til bagersvendens opsigelsesvarsel. Erstatning er imidlertid ikke hjemlet i forskelsbehandlingsloven, der alene hjemler godtgørelse, hvorfor det er naturligt, at et sådant krav ikke er rejst i den konkrete sag, jf. FBL § 7. Når godtgørelsen udmåles i bagerdommen, må den erstatning, der ville være berettiget, jf. FUL § 3, stk. 3, således indeholdes i godtgørelseskravet.

Udover minimalerstatning ville funktionæren have rejst et godtgørelseskrav efter funktionærlovens § 2 b for urimelig opsigelse, også selvom bagersvenden ophævede ansættelsesforholdet. Som beskrevet udmåles godtgørelser efter funktionærlovens § 2 b oftest til 2/3 af maksimum.¹²² Dette maksimum ville for bagersvenden være 3 måneder som følge af hans anciennitet. Et krav efter funktionærlovens § 2 b ville således være på 3 måneders minimalerstatning samt godtgørelse for 3 måneders løn eksklusiv feriepenge, der sandsynligvis ville blive udmålt til 2 måneders godtgørelse, svarende til 2/3.¹²³ Dette ville samlet give fem måneders løn i godtgørelse og erstatning for arbejdsgiverens misligholdelse, der medførte funktionærens, her arbejdstagerens, ophævelse af ansættelsesforholdet. Parallellen til funktionærloven kan illustreres ved et simpelt regnestykke ud fra funktionærens månedsløn, der eksklusiv feriepenge er omkring 19.823 kr.¹²⁴ Udmålingen efter funktionærloven ville være således:

$$19.823 \text{ kr.} \times 5 \text{ måneders løn} = 99.116 \text{ kr.}$$

Når landsretten udmåler bagersvendens godtgørelse til 100.000 kr., er dette beløb så tæt på en udmåling efter funktionærlovens regler som muligt. Der kan derfor argumenteres for, at samme principper har været anvendt ved udmålingen af arbejdstagerens godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven, som man ville have anvendt efter funktionærloven, hvorefter domstolene blot har rundet beløbet op til nærmeste 1.000 kr.

¹²² Jf. afsnit 8.1

¹²³ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 251.

¹²⁴ Det er antaget, at feriepengene udgør 12,5% af lønnen. For at finde månedslønnen med fradrag af feriepenge har regnestykket været således: $271.863 \text{ kr.} \times 0,875 / 12$.

Der kan dermed drages en parallel mellem bagerdommen og funktionærlovens § 2 b for så vidt angår udmålingen af godtgørelsen.

10.2.2. Beskyttelse af arbejdstageren

Der kan tillige drages paralleller mellem forskelsbehandlingsloven og funktionærloven i relation til deres formål om at beskytte arbejdstagerne i ansættelsesforhold. Beskyttelsesformålene kommer både til udtryk i lovenes forarbejder samt i deres bestemmelser, jf. blandt andet forskelsbehandlingslovens § 2 og funktionærlovens §§ 2 b og 21. Således gælder det efter begge reguleringer, at arbejdstageren henholdsvis funktionæren skal beskyttes som den svage part i et ansættelsesforhold ved at skabe et økonomisk incitament for arbejdsgiveren til ikke at overtræde lovenes bestemmelser, da de ved overtrædelse heraf kan blive mødt af erstatnings- og godtgørelseskrav fremsat af arbejdsgiveren henholdsvis funktionæren.

Her findes godtgørelseskravene at have en særlig rolle, og de kan anses at have to væsentlige formål. Det første formål er som bekendt, at godtgørelse skal kompensere for en ikke-økonomisk skade.¹²⁵ Det andet formål kan anses for at være, at godtgørelseskrav er egnede til at have en særlig præventiv effekt, da de er egnede til at udgøre en 'dobbelStraf' over for den arbejdsgiver, der ifalder et godtgørelseskrav.¹²⁶ Et erstatningskrav har til formål at rette op på en målelig økonomisk skade, og således får en funktionær ikke erstatning for mere end det beløb, som funktionæren ellers ville have været berettiget til, hvis funktionærlovens regler havde været overholdt, jf. eksempelvis FUL § 3. Sat på spidsen kan en arbejdsgiver, der ønsker, at funktionæren omgående forlader arbejdspladsen, være ligeglad med, om de skal betale erstatning for en manglende opsigelsesperiode, som funktionæren havde været berettiget til, jf. FUL § 3, eller om de skal betale løn i opsigelsesperioden, hvor arbejdstageren fritstilles, jf. FUL § 2.¹²⁷ Har funktionæren krav på et særligt langt varsel grundet vedkommendes anciennitet, kan arbejdsgiveren endda ende med at udrede mindre i minimalerstatning, end arbejdsgiveren skulle have udredt i løn i funktionærens opsigelsesperiode, hvis funktionærlovens regler havde været overholdt. Kravet på minimalerstatning udgør således maksimalt tre måneders løn, og erstatning for det resterende varsel må udredes efter de almindelige erstatningsretlige regler, som det er op til funktionæren at bevise, jf. FUL § 3, stk. 2, 1. pkt.

¹²⁵ Jf. afsnit 8

¹²⁶ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 251.

¹²⁷ Det er naturligvis klart, at det ikke er en økonomisk forsvarlig beslutning, da der ved tvister herom også kan tillægges eventuelle sagsomkostninger, der vil komme arbejdsgiveren til last.

Derimod er et godtgørelseskrav uafhængigt af den berettigedes økonomiske tab, og en arbejdsgiver kan derfor ikke spekulere i godtgørelseskrav som ved erstatningskrav. Et godtgørelseskrav repræsenterer udelukkende 'en straf' over for arbejdsgiveren, og der er ikke noget potentielt udbytte af at overtræde den regulering, som godtgørelsesbestemmelsen iagttager. Derfor burde særligt godtgørelsesbestemmelserne være egnet til at have en præventiv effekt over for arbejdsgiveren vedrørende de forhold, som de regulerer. Når der således både er godtgørelses hjemler i forskelsbehandlingsloven § 2 og funktionærlovens § 2 b, der finder anvendelse, også når arbejdstageren selv ophæver ansættelsesforholdet, kan lovgivningerne anses for at søge at gøre det særligt ufordelagtigt for arbejdsgiveren at udsætte arbejdstageren eller funktionæren for urimelig behandling, hvad enten det er ved tilsidesættelse af ligestræbelsesprincippet eller på anden vis.

Der kan således også drages en parallel mellem bagerdommen vedrørende forskelsbehandlingslovens § 2 og dommene om funktionærernes krav efter funktionærlovens § 2 b for så vidt angår den beskyttelse, som godtgørelseskravene i dommene repræsenterer. Det fremgår tillige af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, at forskelsbehandlingslovens § 2 og funktionærlovens § 2 b omfatter det samme område, men at der kun kan gøres krav for godtgørelse efter én af de to hjemler.¹²⁸

10.2.3. Særligt om beviser og bevisbyrde

Efter en gennemgang af bagerdommen og parallellerne mellem bagerdommen og dommene efter funktionærlovens § 2 b, synes særligt bagerdommens bevisførelse at være interessant for nærværende speciale. Sammenholdt med bevisførelserne i dommene om funktionærerne, der ligeledes har ophævet ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens misligholdelse og senere gjort godtgørelseskrav gældende efter funktionærlovens § 2 b, synes beviserne i bagerdommen hverken at være bedre eller flere.

For det første findes det interessant, at der i bagerdommen bliver lagt vægt på omstændigheder såsom arbejdstagerens sygemelding, der end ikke er understøttet af en lægeerklæring. I prokuristdommen og dommen om den dygtige funktionær er der lægeerklæringer, der direkte beskriver, at funktionærernes sygemeldinger har relation til arbejdsmiljøet, uden at de synes vægtige for domstolene i disse domme efter funktionærloven. Det ses dog i bagerdommen, at en sygemelding kan spille en afgørende rolle for arbejdstagerens bevisførelse efter forskelsbehandlingsloven. Det kan være fristende at stille spørgsmålet, om en arbejdstager, ifølge domstolene, bliver mere syg af en arbejdsgiver, der påstår at udøve

¹²⁸ De specielle bemærkninger til forskelsbehandlingslovens § 7, s. 1221

chikane efter forskelsbehandlingsloven end af en arbejdsgiver, der påstås at udøve chikane efter funktionærloven? Endda når tilfældet er, at der ikke foreligger en lægeerklæring, der understøtter forklaringen i dommen efter forskelsbehandlingsloven, hvilket derimod er tilfældet i dommene efter funktionærloven.

For det andet findes det bemærkelsesværdigt, at vidneudsagn også synes tillagt en anden og større vægt efter forskelsbehandlingsloven. Arbejdsgiveren i bagerdommen argumenterede for, at arbejdstagerens bevisførelse i vidt omfang beroede på 'andenhåndsudsagn' og at den var 'meget lidt konkret'. Ses der til dommene efter funktionærloven, kan der være en tilbøjelighed til at imødekomme arbejdsgiveren i dette argument. I dommene efter funktionærloven fremsættes ligeledes vidneudsagn til støtte for funktionærernes påstande. Samtidig kunne funktionærerne også selv forklare om egne oplevelser, hvor de havde været udsat for en af arbejdsgiveren udøvet adfærd, der både kunne betegnes som chikanøs og som en tilsidesættelse af arbejdsgiverens forpligtelse. Udover funktionærernes egne forklaringer herom havde de også vidneforklaringer, der understøttede deres forklaringer, hvilket særligt ses i sagen om den dygtige funktionær. Alligevel synes funktionærernes egne forklaringer eller vidneforklaringer ikke at blive tillagt samme betydning.

For det tredje kan det på baggrund af den sammenfattende analyse udledes, at være et moment i vurderingen af den objektive betingelse om arbejdsgivers misligholdelse, om funktionæren har reageret tilstrækkeligt klart og tydeligt på misligholdelsen ved at sige fra over for denne, hvis de ville ophæve ansættelsesforholdet og senere basere et godtgørelseskrav på misligholdelsen.¹²⁹ Der er i bagerdommen enighed parterne imellem om, at arbejdstageren ikke sagde fra over for arbejdsgiverens krænkende adfærd.

Dermed foreligger en retstilstand, hvor der således kan være et ansvar for at sige fra over for nogle former for arbejdsgiver misligholdelse, men ikke andre former for arbejdsgiver misligholdelse, og hvor pligten hertil er afhængig af hvilken beskyttelseslovgivning godtgørelseskravet baseres på. Dette på trods af, at formålet med både forskelsbehandlingsloven og funktionærlovens § 2 b er, at beskytte ansættelsesforholdets svage part, arbejdstageren eller funktionæren, mod arbejdsgiverens tilsidesættelse af sine forpligtelser ved urimelig behandling.¹³⁰

¹²⁹ Jf. afsnit 9.4.

¹³⁰ L 40 Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., de almindelige bemærkninger, s. 1213-1215.

10.2.4. Sammenfattende

Der er således gjort tre interessante betragtninger vedrørende forskellene på dommene efter funktionærlovens § 2 b og bagerdommen efter forskelsbehandlingsloven, selvom omstændighederne synes ens og der kan drages flere paralleller mellem dommene. Der er i alle sager tale om en arbejdstager eller funktionær, der ophæver ansættelsesforholdet med henvisning til arbejdsgiverens misligholdelse af ansættelsesforholdet og i alle sager fremsættes der efterfølgende påstande om godtgørelseskrav som følge af den misligholdelse, hvorpå ansættelsesforholdet blev ophævet. Dog er den eneste der får medhold i sin påstand, den arbejdstager, der har fremsat sit godtgørelseskrav efter forskelsbehandlingsloven.

Der er redegjort for, at arbejdstageren i bagerdommen hverken havde bedre beviser eller på anden vis handlet på en måde, der synes at kunne berettige et andet udfald end i funktionærsagerne. Tillige ses der i bagerdommen at være lighedspunkter med funktionærlovens § 2 b for så vidt angår godtgørelsesudmålingen samt formålet med bestemmelserne. Selvom det er tilfældet, synes afgørelsen i bagerdommen imidlertid ikke at have været kontroversiel eller speciel. Der ikke er oplyst om dissens og både byretten og landsretten kom frem til samme resultat. Imidlertid er der en afgørende forskel på sagerne, der kan medføre de forskellige udfald. Dette er de forskellige regler for bevisbyrden.

11. Bevisbyrdespørgsmål

Det kan således anses som et væsentligt faktum, at der efter de to regelsæt er forskel på bevisbyrde-reglerne, da der ikke fundet andre årsager, der kan begrunde de forskellige udfald i sagerne. Denne konstatering af, at de forskellige udfald kan henføres til bevisbyrdereglerne, giver anledning til spørgsmålet om rimeligheden heraf.

Det fremgår af specialet, at man ved indførslen af § 2 b ønskede at beskytte funktionæren mod urimelig opsigelse, bortvisning og det er for nyligt fastslået, at det også omfatter de tilfælde, hvor funktionæren ophæver ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgivers misligholdelse. Det er også fastslået, at ingen funktionær fået godtgørelse efter § 2 b, når de har ophævet ansættelsesforholdet. Dette er selvom det i langt højere grad synes muligt efter sammenlignelig beskyttelseslovgivning, selv når beviserne herfor ikke må anses for at være bedre. Det kan derfor overvejes, om bevisbyrden efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren selv ophæver ansættelsesforholdet er for tung, således, at det slet ikke er muligt for funktionæren at løfte den ligefremme bevisbyrde i disse sager.

At en funktionær, der har ophævet ansættelsesforholdet ikke har fået medhold i et krav om godtgørelse efter § 2 b, kan naturligvis også være et resultat af, at dommene efter funktionærloven ikke har haft de tilstrækkelige omstændigheder til at begrunde et godtgørelseskrav. Det findes dog bemærkelsesværdigt, hvis det ikke skulle have været tilfældet i bestemmelsens levetid.

Bevisbyrdeproblematikken ses særligt i forhold til den subjektive betingelse, selvom ingen af funktionærerne i den analyserede retspraksis får løftet bevisbyrden for hverken den objektive eller subjektive betingelse. Højesteret eksemplificerer dog på tre måder hvor den objektive betingelse vil være opfyldt.

11.1. Bevisbyrden for den subjektive betingelse

Bevisbyrdeproblematikken ses navnlig i relation til funktionærens mulighed for at løfte bevisbyrden for den subjektive betingelse, altså arbejdsgivers motiv med misligholdelsen af sine forpligtelser. Der er ingen af funktionærerne i dommene, der formår at bevise denne betingelse, og der er ikke identificeret momenter, der taler for betingelsens opfyldelse.

Højesteret giver eksempler på hvilke forhold, der anses for tilstrækkelig for at opfylde den objektive betingelse, men ikke nogen eksempler på hvornår den subjektive betingelse anses for opfyldt. Projektet har alene identificeret ét moment, der kan have indflydelse på denne vurdering, men momentet skaber en formodning for, at den subjektive betingelse ikke er opfyldt.

Der er ikke fundet nogen momenter, der skaber en formodning for opfyldelsen af den subjektive betingelse. Det anses dermed at være vanskeligt for funktionæren, at bevise denne, særligt i visse tilfælde hvor arbejdsgiver især anses for at have mulighed for at afværgе betingelsen.

11.1.1. Arbejdsgivers mulighed for at omgå den subjektive betingelse

Der forudses særligt at kunne opstå en problematik vedrørende arbejdsgiverens adgang til uberettiget at afværgе den subjektive betingelse i to tilfælde; som følge af arbejdsgiverens senere forhold og ved tilbud om proforma foranstaltninger.

11.1.1.1. Virksomhedens efterfølgende forhold

Det kan spekuleres i om virksomhedens efterfølgende forhold, vil udgøre et moment i relation til den subjektive betingelse, ligesom det gør sig gældende ved anden uberettiget afskedigelse.¹³¹ Det er imidlertid ikke et moment der, endnu, kan udledes af praksis.

Det kan forestilles virksomhedens efterfølgende forhold, vil udgøre et moment, der taler imod opfyldelsen af den subjektive betingelse. Dette vil være i de tilfælde, hvor misligholdelsen vedrører en forpligtelse, der senere ville kunne medføre en opsigelse, begrundet i virksomhedens forhold. Dette kan tydeligst eksemplificeres i forhold til misligholdelse af lønforpligtelsen, hvis arbejdsgiver senere erklæres konkurs. Her anses det for sandsynligt, at den subjektive betingelse i de fleste tilfælde vil kunne afværges med den begrundelse, at misligholdelsen ikke var begrundet i et ønske om, at funktionæren skulle ophæve ansættelsesforholdet, men at misligholdelsen i stedet var begrundet i arbejdsgiverens manglende evne til at indfri sine forpligtelser grundet egne forhold. Arbejdsgivers mulighed for at afværge den subjektive betingelse i disse tilfælde, er dog ikke ensbetydende med at misligholdelsen i sin tid ikke var begrundet i et ønske om at chikanere funktionæren til ophævelse. I sådanne tilfælde må det anses for særdeles vanskeligt, for funktionæren at kunne løfte denne bevisbyrde, medmindre arbejdsgiveren har været usædvanligt sjusket ved enten at udtale sig om sine motiver eller på anden vis skabt et konkret bevis herfor. Det må dog anses for usædvanligt sjældent, at det vil være tilfældet.

Dette kan eksemplificeres med udgangspunkt i LG-dommen, hvor arbejdsgiver, der senere blev erklæret konkurs, havde misligholdt lønforpligtelsen, dog ikke så den objektive betingelse var opfyldt. I LG-dommen var arbejdsgivers misligholdelse med lønudbetalingen i én måned ikke at sidestille med en uberettiget afskedigelse. Hvis man i et tænkt eksempel lagde til grund, at misligholdelsen med lønudbetalingen havde været i 6 måneder, kan et forsigtigt bud være, at Højesteret havde ment, at den objektive betingelse var opfyldt. Dog ville funktionæren fortsat have vanskeligt ved at løfte bevisbyrden for den subjektive betingelse. Dette skyldes, at arbejdsgiveren, der efterfølgende gik konkurs, vil kunne anføre, at misligholdelsen af lønforpligtelsen skyldtes virksomhedens forhold og dermed ikke var begrundet i et ønske om, at chikanere funktionæren til at ophæve ansættelsesforholdet, også selvom det måske reelt var tilfældet. Dette havde særligt været tilfældet, hvis konkursen havde været mere nærtstående misligholdelsen i den konkrete sag.

¹³¹ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 202.

Således vil det særligt i tilfælde af misligholdelse af lønforpligtelsen, hvor arbejdsgiveren senere erklæres konkurs være særdeles vanskeligt for en funktionær, at bevise, at misligholdelsen ikke var begrundet i virksomhedens forhold, men i et ønske om at chikanere funktionæren til ophævelse. Der vil være en naturlig grænse for arbejdsgivers afværgelse af den subjektive betingelse med henvisning til dennes senere forhold, hvis der eksempelvis er mange år mellem en misligholdelse af lønforpligtelsen og en konkurs, men ikke desto mindre er det egnet til at udgøre et væsentligt bevismæssigt problem.

11.1.1.2. Proforma-foranstaltninger

Et andet eksempel på hvordan arbejdsgiveren uberettiget kan afværge den subjektive betingelse ses i forhold til arbejdsgivers mulighed for at foretage passende foranstaltninger. Hvis arbejdsgiver er i ond tro, vil de kunne foreslå proforma foranstaltninger, der aldrig har til hensigt at blive udført, når arbejdsgiveren fornemmer, at funktionæren er tæt på at ophæve ansættelsesforholdet grundet arbejdsgiverens hidtidige chikanøse misligholdelse. Dette kan eksemplificeres i forhold til dommen om den dygtige funktionær.

I dommen tilbyder arbejdsgiveren, at funktionæren vil forsøges omplaceret i en anden afdeling i virksomheden, hvor hun ikke ville opleve det voldsomme arbejdspress. var dog uden en konkret angivelse af hvor og hvornår omplacering kunne ske og tilbuddet faldt kort forinden funktionæren for anden gang sygemeldte sig og ophævede ansættelsesforholdet. Funktionæren efterspurgte et konkret tilbud, men arbejdsgiveren fremsatte aldrig et sådant. Allerede da tilbuddet om forsøg på omplacering blev givet, beskrev funktionæren, at hun havde en fornemmelse af, at arbejdsgiveren havde besluttet sig for, at hun ikke ville blive omplaceret, selvom mange afdelinger i virksomheden havde vist interesse for funktionæren. I dommen ses det, at som følge af tilbuddet om omplacering afværgede arbejdsgiveren både den objektive og den subjektive betingelse ved at tilbyde en passende foranstaltning, der var egnet til at bringe arbejdsgivers misligholdelse til ophør. Dette var selvom den passende foranstaltning aldrig blev konkretiseret. Alligevel synes tilbuddet om forsøg på omplacering at være det afgørende moment der frifinder arbejdsgiveren i dommen om den dygtige funktionær.

Implementeringen af en passende foranstaltning kan naturligvis udgøre et oprigtigt forsøg på at rette op på arbejdsgivers misligholdelse, men en arbejdsgiver i ond tro kan ligeledes udnytte dette moment til at afværge særligt den subjektive betingelse ved i sidste øjeblik at tilbyde en egnet løsning på misligholdelsen. Muligvis vil funktionæren stadig kunne bevise, at den objektive betingelse er opfyldt, da foranstaltningen ikke viste sig egnet, eftersom den var for sen. Funktionæren vil dog fortsat have vanskeligt ved at bevise den subjektive betingelse er opfyldt, da tilbuddet om en passende foranstaltning,

også selvom den bliver fundet at være for sen, er egnet til at skabe en formodning for, at arbejdsgiver ikke har ønsket funktionærens ophævelse. Funktionæren skal således i disse tilfælde kunne løfte bevisbyrden for, at arbejdsgiverens tilbud om en passende foranstaltning til at bringe dem ud af misligholdelsen er proforma.

Som følge af den gældende retstilstand anses der således at være flere måder hvorpå arbejdsgiveren kan chikanere sig til en bedre retsstilling. Dette ses ved, at arbejdsgiver har adgang til særligt at omgå den subjektive betingelse for krav efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet.

11.2. De lege ferenda og de sententia ferenda

I anledning af ovenstående foretages nogle de lege ferenda-betragtninger¹³² og de sententia ferenda-betragtninger¹³³ i forhold til retstilstanden efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren selv ophæver ansættelsesforholdet.¹³⁴ Sidstnævnte, de sententia ferenda-betragtninger angående en ændring af retstilstanden gennem retspraksis, synes mest oplagt da domstolene allerede ses at lempe bevisreglerne til funktionærens fordel både i forhold til §§ 1 og 2 b, når det synes rimeligt. Samtidig har Højesteret indikeret en åbenhed over for krav efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet, hvilket indikeres af det nylige obiter dictum.

En ændring af retstilstanden angående bevisbyrden efter funktionærlovens § 2 b synes at være tæt på nødvendig, hvis en funktionær, som har ophævet ansættelsesforholdet grundet arbejdsgivers misligholdelse, skal kunne bevise, at den subjektive betingelse. Dette gælder særligt i tilfælde af mislighold med lønforpligtelsen og virksomhedens efterfølgende konkurs, men ses også at kunne være en udfordring hvis arbejdsgiveren er i ond tro. Ændres bevisbyrden ikke vil det være meget vanskeligt for funktionæren at løfte denne bevisbyrde.

Er funktionæren blevet uberettiget afskediget ved opsigelse eller bortvisning, viser praksis efter funktionærlovens § 2 b, at hvis funktionæren påviser nogle motiver, der indikerer at en opsigelse har været usaglig, så kan det skærpe kravene til arbejdsgiverens bevis for det modsatte.¹³⁵ I denne forbindelse

¹³² De lege ferenda angår den ideelle lov, ikke den gældende lov. Munk-Hansen, s 11.

¹³³ De sententia ferenda angår den rigtige dom eller retspraksis, ikke den gældende retspraksis.

¹³⁴ Sten Schamburg-Muller, Fem retsfilosofiske teser, 2009, s. 410 og https://snl.no/de_sententia_ferenda.

¹³⁵ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 246.

kan der også henvises til en artikel af H.C. Carlsen og Allan Rise, U.1969B.213. I denne artikel beskrives det, at bevisbyrden for rimeligheden af en afskedigelse efter funktionærlovens § 2 b, må påhvile den, der bedst kan bære denne bevisbyrde:

*Tværtimod synes domstolene [...] at stille beviskrav efter almindelige synspunkter til den afparterne, for hvem det vil være lettest eller naturligt at dokumentere de omstændigheder, der påberåbes.*¹³⁶

Selvom det er udgangspunktet, at funktionæren har den ligefremme bevisbyrde i disse sager, finder domstolene det således ikke altid rimeligt at pålægge funktionæren bevisbyrden for en opsigelses rimelighed grundet funktionærens vanskeligheder ved dette.¹³⁷ Alligevel synes Højesteret ikke at have åbnet op for denne mulighed, hvis funktionæren, berettiget, har ophævet ansættelsesforholdet grundet arbejdsgiverens misligholdelse.

Ligeledes er der af hensyn til arbejdstagerens bevismæssige muligheder, er der indført regler om delt bevisbyrde i lignende lovgivning:

*"Formålet med direktivernes bestemmelser er at lempe beviskravene for lønmodtageren. Når lønmodtageren i en konkret sag påviser faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er tale om forskelsbehandling, påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket."*¹³⁸

I anden arbejdstagerbeskyttelseslovgivning er der delt bevisbyrde, således at arbejdstageren skal påvise nogle faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at arbejdsgiver ikke har overholdt reguleringen. Efterfølgende skal arbejdsgiver bevise, at de har overholdt beskyttelseslovgivningen. Den delte bevisbyrde er indført af hensyn til arbejdstagerens mulighed for at gøre krav gældende.

Det anses ikke for usandsynligt, at et lignende princip kunne indføres i relation til bevisførelsen efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet. Også selvom bevisbyrden

¹³⁶ H. C. Carlsen og Allan Rise, Urimelig afskedigelse - En redegørelse for Hovedaftalens regler og Afskedigelsesnævnets virksomhed samt for retspraksis vedrørende fortolkningen af funktionærlovens § 2 a, U 1969B.213, s. 220

¹³⁷ Lars Svenning Andersen, Lise Lauridsen, Sandro Ratkovic, Funktionærloven med kommentarer, 2024, s. 241.

¹³⁸ De specielle bemærkninger til § 7 a, s. 1221. Senere på samme side står: "En tilsvarende bevisbyrdebestemmelse findes fx i lov om ligebehandling af mænd og kvinder mht. beskæftigelse og barselsorlov, i lov om ligeløn til mænd og kvinder og i lov om ligestilling af mænd og kvinder."

ellers efter funktionærloven er ligefrem. Dette skyldes, at den ligefremme bevisbyrde som bekendt allerede fraviges i visse sager efter § 2 b og at lignende fravigelser også ses angående andre spørgsmål, som eksempelvis funktionærlovens § 1, når det findes aktuelt.¹³⁹ Det er således allerede muligt og praktiseret inden for funktionærloven at ændre udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde.

Således ses der altså at være en mulighed for, at særligt domstolene fremover kan ændre bevisbyrde-reglerne til en delt bevisbyrde, navnlig hvis det alene angår den subjektive betingelse. Dersom domstolene eller lovgiver måtte finde det relevant at indføre nye regler for bevisbyrden ved godtgørelseskrav efter funktionærlovens § 2 b i tilfælde af funktionærens ophævelse, kan de spejle sig i bevisbyrde-reglerne efter anden arbejdstagerbeskyttelseslovgivning. Et bud herpå kunne være, at funktionæren må bevise, at den objektive betingelse er opfyldt, og at det herefter er arbejdsgiverens bevisbyrde, at den subjektive betingelse ikke er opfyldt.

En bevisbyrde-regel om delt bevisbyrde vil ud fra det tænkte eksempel baseret på LG-dommen medføre, at arbejdsgiveren skal bevise, hvorfor arbejdsgiveren ikke kunne overholde lønforpligtelsen i de, hypotetiske, 6 måneder. I det tænkte eksempel om den dygtige funktionær vil en bevisbyrde-regel om delt bevisbyrde medføre, at arbejdsgiveren skal bevise, hvorfor arbejdsgiveren ikke tilbød funktionæren omplacering i en af de afdelinger, der allerede havde meddelt, at de gerne modtog funktionæren.

Bevisbyrden for, at den subjektive betingelse ikke er opfyldt, synes ikke at skulle være vanskelig for arbejdsgiveren at løfte, såfremt arbejdsgiveren reelt ikke har opfyldt den subjektive betingelse. Samtidig er det et faktum, at bevisbyrden for den subjektive betingelse hidtil ikke været mulig for funktionæren at løfte. Om dette faktum skyldes at de sager, der har været indbragt for domstolene, ikke har været egnede hertil eller om det skyldes, at bevisbyrden er for vanskelig at løfte, kan ikke besvares nærmere i indeværende speciale. Der kan ligeledes være flere omstændigheder, der påvirker domstolenes vurdering, der ikke fremgår af de trykte domme, såsom troværdigheden af vidnerne og deres fremtoning, der også kan blive inddraget i vurderingen af sagerne, uden at det kommer til udtryk i dommene. Det gentages dog, at det anses for bemærkelsesværdigt, at ingen funktionærer har fået medhold i bestemmelsens levetid, eller løftet bevisbyrden for blot én af de to betingelser.

¹³⁹ Jf. afsnit 5.1.4.

Uanset grunden til at der endnu ikke er givet en funktionær medhold i en sådan påstand, vil en ændring af bevisbyrdereglerne anses for fornøden i visse tilfælde, hvis funktionærens mulighed for funktionærlovens § 2 b godtgørelse, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet, skal blive til mere end en teoretisk mulighed.

11.3. En undtagelse til hovedreglen

Der findes dog et væsentligt modargument til disse de lege ferenda og de sententia ferenda betragtninger, der taler for en delt bevisbyrde. Modargumentet er, at det er anført af Højesteret, og Spleth, at et krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b i tilfælde, hvor funktionæren ophæver ansættelsesforholdet, kun undtagelsesvist skal kunne gøres gældende. Det kan således argumenteres for, at princippet om at kravene er undtagelsesvis ikke umiddelbart er foreneligt med argumentet om delt bevisbyrde til funktionærens fordel.

Dette modargument anses for at være særdeles aktuelt og vigtigt at forholde sig til. Der kan dog føres to væsentlige argumenter herimod.

Det første argument er, at der kan rejses tvivl om hvorvidt, der overhovedet er tale om en rettighed for funktionæren, hvis denne aldrig bliver gjort gældende. Højesteret har udtalt, at det følger af bestemmelsens formål, at funktionæren der ophæver ansættelsesforholdet også kan gøre krav gældende herefter, hvis betingelserne er opfyldt. Det er klart, at en bestemmelse kan have en præventiv effekt, også selvom den sjældent anvendes, hvilket også er et argument der præsenteres i U.1969B.213.¹⁴⁰ Der må anses for at være en stor forskel på sjældent og aldrig. Der har ikke i hele bestemmelsens levetid været én funktionær, der har fået medhold i en påstand herom, når de har ophævet ansættelsesforholdet.

I forbindelse med udarbejdelsen af indeværende speciale, har der været taget kontakt til adskillige fagforbund¹⁴¹, med en henvendelse om oplysninger angående antallet af forlig som fagforbundene har indgået efter § 2 b, når en funktionær har hævet ansættelsesforholdet. Henvendelsen skyldtes, at det er bekendt, at der indgås et betydeligt antal forlig på det ansættelsesretlige område. Imidlertid er der ingen af de fagforbund, der har svaret på henvendelsen, der kan erindre, at de har indgået sådanne forlig.¹⁴²

¹⁴⁰ U.1969B.213, s. 219.

¹⁴¹ PROSA er det eneste fagforbund, der har givet konkret svar på henvendelsen. De resterende fagforbund har enten ikke besvaret henvendelsen eller har ikke kunne give oplysninger.

¹⁴² Se bilag 3 og 4.

Et fagforbund gav et mere uddybende svar på forespørgslen, hvor de ligeledes afviste at have indgået forlig når funktionæren havde ophævet, og at det alene blev gjort, når arbejdsgiveren havde opsagt eller bortvist funktionæren. Sagerne, hvor funktionæren hævdede ansættelsesforholdet blev ifølge fagforbundet ført med hjemmel i funktionærlovens § 3 eller efter speciallovgivning.¹⁴³ Som gennemgået er minimalerstatningen i funktionærlovens § 3 ikke lige så velegnet til at have samme præventive effekt som funktionærlovens § 2 b.¹⁴⁴ Ligeledes, kan arbejdsgiver chikanere sig til en bedre retsstilling, hvis de alene skal udrede minimalerstatning og ingen godtgørelse, når ophævelsestilfælde ikke medfører godtgørelseskrav efter § 2 b. Når funktionærlovens § 2 b ikke bliver håndhævet i ophævelsestilfælde hverken ved domstolene eller ved forlig, mister den således sin effekt og formål. Dette skyldes formegentlig den tunge bevisbyrde ved funktionærens ophævelse, hvilket medfører, at arbejdsgiveren reelt kan chikanere sig til en bedre retsstilling.

Det andet argument, der kan føres er, at det bør overvejes, hvem funktionærlovens § 2 b skal beskytte. Inden bevisbyrden vendes mod arbejdsgiveren er det forslaget, at funktionæren allerede skal have bevist, at arbejdsgiveren har misligholdt sine forpligtelser i ansættelsesforholdet på en måde, der kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse. Højesteret stiller høje krav til beviset for, at den objektive betingelse er opfyldt, og der er identificeret adskillige momenter, der er egnede til at tale i mod, at den objektive betingelse er opfyldt. Selv hvis bevisbyrdereglerne blev ændret til funktionærens fordel, vil alene den objektive betingelse udgøre en betragtelig bevisbyrde, der klart må anses for strengere end den almindelige bevisbyrde for arbejdsgiver misligholdelse. Det bemærkes, at det ikke lykkedes nogen af funktionærerne i retspraksis at løfte bevisbyrden for den objektive betingelse. Det synes på den baggrund usandsynligt, at en ændring af bevisbyrdereglerne til delt bevisbyrde, vil medføre, at arbejdsgiverne ofte ville skulle løfte bevisbyrden for, at den subjektive betingelse ikke er opfyldt. Skulle det komme dertil, at en arbejdsgiver skal løfte bevisbyrden for, at den subjektive betingelse ikke er opfyldt, og påstanden herom i øvrigt er uberettiget, synes dette at være en overskuelig bevisbyrde for arbejdsgiveren. Igen gøres der opmærksom på, at denne arbejdsgiver således allerede har gjort sig skyldig i grov tilsidesættelse af sine forpligtelser i ansættelsesforholdet, og arbejdsgiveren der skal modbevise den subjektive betingelse, således ikke er uden skyld heri.

Ændringen af bevisbyrdereglerne vil således ikke påvirke den skadesløse arbejdsgiver eller den, der i 'mindre grad' har misligholdt sine forpligtelser. Funktionærlovens § 2 bs formål er da også at beskytte

¹⁴³ Se bilag 3.

¹⁴⁴ Jf. afsnit 10.2.2.

funktionæren mod arbejdsgiveren urimelige afskedigelse eller den ophævelse, der kan sidestilles hermed, og ikke at beskytte arbejdsgiveren i de tilfælde, hvor det skulle lykkedes funktionæren at bevise, at ophævelsen kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse.

11.4. Sammenfattende om bevisbyrdespørgsmålet

Det kan sammenfattende siges, at det på funktionærernes vegne er positivt, at Højesteret i et obiter dictum har fastslået, at funktionærer, der ophæver deres ansættelsesforhold, også er omfattet af funktionærlovens § 2 b. Det vil imidlertid være undtagelsesvist, at en funktionær skal have medhold i et krav om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, når vedkommende ophæver ansættelsesforholdet, og der stilles desuden strenge krav til funktionærens bevisbyrde for et sådant krav. Beviskravene til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b inddeles i specialet i to betingelser, der skal bevises opfyldt; en objektiv betingelse og en subjektiv betingelse. Den objektive betingelse henviser til arbejdsgiverens faktiske ageren og forhold, mens den subjektive betingelse angår arbejdsgiverens motiver med sin ageren.

Beviskravene til begge betingelser er svære at løfte, hvilket understøtter det faktum, at bestemmelsen kun undtagelsesvist skal finde anvendelse, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet. Imidlertid er bevisbyrden i relation til begge betingelser faktisk så strenge, at ingen funktionær endnu er lykkedes med at løfte dem. Selvom begge betingelser synes svære at bevise, anses særligt den subjektive betingelse at være vanskelig for funktionæren at bevise, særligt i tilfælde såsom konkurs og ved såkaldte proforma-foranstaltninger.

Det bliver således specialets tese, at indtil en funktionær får medhold i en påstand om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet, forbliver rettigheden og beskyttelsen efter bestemmelsen teoretisk på trods af Højesterets obiter dictum. Med henblik på at belyse dette retssikkerhedsmæssige betænkelige aspekt af retstilstanden nærmere er der draget paralleller til en central dom inden for anden ansættelsesretlig beskyttelsespræceptiv lovgivning, forskelsbehandlingsloven. I bagerdommen ophævede en arbejdstager ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgiverens grove misligholdelse, og arbejdstageren blev i den forbindelse tilkendt godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven. De faktiske omstændigheder i bagerdommen er meget sammenlignelige med de faktiske omstændigheder i de i nærværende speciale analyserede domme efter funktionærloven. Der er dog den betydelige forskel, at bagerdommen angik et krav efter forskelsbehandlingsloven, hvor der er en regel om delt bevisbyrde, hvorimod der efter funktionærloven er ligefrem bevisbyrde.

For at indfri bestemmelsens formål og imødekomme den retstilstand, som ifølge Højesteret i LG-dommen oplyser, er gældende, findes det derfor relevant at overveje mulighederne for at implementere en regel om delt bevisbyrde i de tilfælde, hvor funktionæren i fremtiden lykkedes med at bevise den objektive betingelse. En retstilstand med delt bevisbyrde er ikke ukendt efter funktionærloven, heller ikke for så vidt angår funktionærlovens § 2 b, hvor der ellers i udgangspunktet er ligefrem bevisbyrde, ligesom delt bevisbyrde er kendetegnet i anden lovgivning, der har til formål at beskytte arbejdstageren mod urimelig behandling.

Specialet har således identificeret en udfordring ved den nuværende retstilstand, der ikke synes at være forenelig med bestemmelsens formål. Det tyder således på, at funktionærer, der ophæver ansættelsesforholdet og alene kan fremsætte godtgørelseskrav efter funktionærloven, hvorefter der som udgangspunkt er ligefrem bevisbyrde, har en dårligere retsstilling end de funktionærer og arbejdstagere, der kan fremsætte godtgørelseskrav efter speciallovgivning, hvorefter der er delt bevisbyrde. En løsning herpå kan potentielt findes ved en ændring af bevisbyrdereglerne, således at funktionæren får bedre mulighed for at løfte bevisbyrden for et godtgørelseskrav efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet. Der ses i retspraksis at være en mulighed for ved krav efter funktionærloven at ændre bevisbyrdereglerne, når det findes rimeligt. Hvis en tilsvarende praksis implementeres, vil godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, når funktionæren ophæver ansættelsesforholdet, formentlig gå fra at være en teoretisk mulighed til i fremtiden at medføre godtgørelseskrav i disse tilfælde og på den måde ligeledes begrænse arbejdsgiverens mulighed for at chikanere sig til en bedre retsstilling, hvorved formålet med bestemmelsen og funktionærloven i øvrigt tillige opfyldes i højere grad end efter den nugældende retstilstand.

12. Konklusion

Funktionærlovens § 2 b blev indført i 1964 med det formål at beskytte funktionæren mod en usaglig afskedigelse ved at berettige denne til godtgørelse i tilfælde af urimelig og usaglig opsigelse. Det er klart efter bestemmelsens ordlyd, at reglen gjaldt for funktionærer, der var blevet urimeligt opsagt eller uberettiget bortvist af arbejdsgiveren, men der har hersket tvivl om, hvorvidt bestemmelsen tillige omfatter den funktionær, der ophæver ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgiverens grove misligholdelse.

Denne tvivl blev endeligt afklaret af Højesteret i 2024, da Højesteret i et obiter dictum i LG-dommen udtalte, at funktionærlovens § 2 b som følge af bestemmelsens formål om at beskytte mod usaglig

afskedigelse også omfatter de tilfælde, hvor funktionæren ophæver ansættelsesforholdet som følge af arbejdsgiverens grove misligholdelse. På trods heraf er der imidlertid i hele bestemmelsens levetid ikke givet en funktionær, der har ophævet ansættelsesforholdet, medhold i en påstand om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. Specialet har som følge heraf haft til formål at undersøge, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at en funktionær er berettiget til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet.

Specialet har på baggrund af en analyse af Højesterets praksis identificeret to grundlæggende betingelser, der skal være opfyldt, førend en funktionær kan tilkendes godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet. Specialet definerer betingelserne som henholdsvis en objektiv betingelse og en subjektiv betingelse. Efter den objektive betingelse skal der foreligge en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet fra arbejdsgiverens side, som kan sidestilles med en uberettiget afskedigelse. Efter den subjektive betingelse skal arbejdsgiverens misligholdelse af sine forpligtelser være chikanøst begrundet i et ønske om, at funktionæren skal ophæve ansættelsesforholdet.

Det følger af retspraksis, at der i vurderingen af, om den objektive og subjektive betingelse er opfyldt, kan indgå en række momenter. Når det skal vurderes, om den objektive betingelse er opfyldt, inddrages momenter, der relaterer sig til misligholdelsens grovhed, da denne som nævnt skal kunne sidestilles med en uberettiget afskedigelse. I vurderingen heraf indgår det, om funktionæren har reageret og med tilstrækkelig klarhed gjort gældende, at misligholdelsen ikke tolereres. Dernæst indgår det som et moment i vurderingen af den objektive betingelse, hvorvidt arbejdsgiveren har truffet passende foranstaltninger til at afhjælpe misligholdelsen. Når det skal vurderes, om den subjektive betingelse om arbejdsgiverens motiv for misligholdelsen er opfyldt, er der i retspraksis identificeret ét moment, som også indgår i vurderingen af den objektive betingelse; hvorvidt arbejdsgiveren har truffet passende foranstaltninger, der er egnet til at bringe misligholdelsen til ophør, idet dette skaber en klar formodning for, at arbejdsgiverens adfærd ikke er begrundet i et ønske om, at funktionæren skal ophæve ansættelsesforholdet.

Det er endnu ikke set i trykt retspraksis, at en funktionær er lykkedes med at bevise hverken den objektive betingelse eller den subjektive betingelse, og der er således endnu ingen funktionær, som har fået tilkendt godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet. Det er muligt, at dette skyldes, at de sager, der har været behandlet ved domstolene, ikke har haft de tilstrækkelige omstændigheder til, at funktionæren kunne få medhold i en påstand om

godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. Det må dog anses for påfaldende og betænkeligt, at der ikke er blevet givet medhold i én påstand herom i hele bestemmelsens levetid. Dette uagtet, at det fremgår af LG-dommen, at muligheden for godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b i ophævelsestilfælde alene bør ske undtagelsesvist.

At der ikke endnu er givet en funktionær medhold i en påstand om godtgørelse, når funktionæren har ophævet ansættelsesforholdet, giver anledning til at skele til praksis herom inden for anden ansættelsesretlig beskyttelsespræceptiv lovgivning. Specialet har derfor inddraget forskelsbehandlingsloven og i den forbindelse analyseret den velkendte bagerdom. Det er herved blevet belyst, at retstilstanden muligvis kan skyldes en bevisbyrdeproblematik, da det som følge af de nugældende regler om ligefrem bevisbyrde må anses for vanskeligt for en funktionær at løfte bevisbyrden for de i retspraksis identificerede betingelser for godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet, herunder navnlig den subjektive betingelse. Vanskelighederne ved at løfte bevisbyrden for den subjektive betingelse er blevet eksemplificeret ved såkaldte proforma-foranstaltninger og arbejdsgiverens konkurs, som i øvrigt generelt er en kompleks situation i forhold til beskyttelsen af funktionæren.

Retspraksis tyder således på, at de nugældende bevisbyrderegler kan bidrage til at understøtte en retstilstand, hvor funktionærer, der ophæver ansættelsesforholdet, alene i teorien er berettiget til godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, men ikke i praksis kan løfte bevisbyrden for særligt den subjektive betingelse. En sådan retstilstand må anses for at være uforenelig med bestemmelsens formål, da retstilstanden er egnet til at muliggøre, at arbejdsgiveren kan chikanere sig til en bedre retsstilling ved at misligholde ansættelsesforholdet i et omfang, så funktionæren ophæver. Hvis ikke funktionæren i praksis kan gøre et godtgørelseskrav efter funktionærlovens § 2 b gældende i tilfælde af arbejdsgiverens grove misligholdelse, medfører, det, at arbejdsgiveren derved 'sparer' et godtgørelseskrav efter funktionærlovens § 2 b, som arbejdsgiveren ellers ville skulle have udredt, hvis arbejdsgiveren havde opsagt eller bortvist funktionæren, og arbejdsgiveren skal herefter alene udrede minimalerstatning efter reglerne i funktionærlovens § 3.

Retstilstanden giver anledning til at gøre sig nogle de sententia ferenda-betragtninger for så vidt angår den bevisbyrdeproblematik, som umiddelbart ses at vanskeliggøre funktionærens mulighed for at komme igennem med et krav om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet. Det kan således overvejes, om det er muligt for domstolene ved en praksisændring at forebygge en sådan retstilstand ved at ændre praksis for bevisbyrden for krav om

godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse. Dette ses allerede i praksis efter funktionærlovens § 1 såvel som funktionærlovens § 2 b, når funktionæren er opsagt eller bortvist. Med inspiration fra anden beskyttelseslovgivning foreslås en ordning med delt bevisbyrde, således at når funktionæren har bevist opfyldelsen af den objektive betingelse, er der en formodning for, at den subjektive betingelse er opfyldt, hvilket det må pålægges arbejdsgiveren at modbevise. En praksis med delt bevisbyrde findes egnet til dels at beskytte arbejdsgiveren mod massevis af krav, dels at beskytte funktionæren mod at blive chikaneret til en ophævelse uden krav på godtgørelse herfor, hvilket vil være i overensstemmelse med formålet med funktionærlovens § 2 b. Hvorvidt et krav om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b ved funktionærens ophævelse af ansættelsesforholdet, forbliver en teoretisk mulighed, eller om det i fremtiden lykkes funktionærer at få medhold, og om det i så fald skyldes en ændring af bevisbyrdereglerne, må afvente afklaring i retspraksis.

13. Litteraturliste

Lovgivning, forarbejder mv.

- Lov nr. 77 af den 20. marts 1964 om ændringer i lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.
- Forslag til Lov om ændringer i lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, 1963-1964, 1. samling, Tillæg A
- Bemærkningerne til lovforslag nr. 444, FT 2000-01, tillæg A.
- LBK nr. 433 af 22/04/2014
- LBK nr. 1002 af 24/08/2017
- LBK nr. 399 af 05/04/2024
- LBK nr. 1162 af 09/11/2024
- LBK nr. 1244 af 27/11/2024
- Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., de almindelige og specielle bemærkninger

Retspraksis

- U 1957.251/2 S
- U 1958.226 S
- U 1970.467 H
- U 1971.506 SH
- U 1995.444 H
- U 1996.714 Ø
- U 2002.2026 H
- U 2002.2413 SH
- U 2003.1570 H
- U 2005.578 H
- U 2008.1353 V
- U 2025.723 H

Juridisk litteratur (fagbøger, artikler mv.)

- Andersen, Lars Svenning m.fl., *Funktionærret*, 6. udgave 1. oplag, Djøf Forlag, 2020

- Andersen, Lars Svenning, Lauridsen, Lise, Ratkovic, Sando, *Funktionærloven - med kommentarer*, 1. udgave, Djøf Forlag, 2024.
- Alkestrup, Per og Christensen, Morten Erritzøe, *Ordentlig opsigelse*, 1. udgave, Gjellerup, 2003.
- Carlsen, H.G, *Dansk Funktionær Ret*, 9. udgave, Karnov Group, 2019.
- Carlsen, H. C. og Rise, Allan, *Urimelig afskedigelse - En redegørelse for Hovedaftalens regler og Afskedigelsesnævnets virksomhed samt for retspraksis vedrørende fortolkningen af funktionærlovens § 2 a*, U 1969B.213
- Eyben, Bo von og Isager, Helle, *Lærebog i erstatningsret*, 9. udgave, Djøf forlag, 2019.
- Jensen, Aage Jacob og Andersen, Lars Svenning, *Funktionærloven 80 år*, 1. udgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2018.
- Marstal Mikael, *Bortvisning – suspension og fritstilling*, 1. udgave, Karnov Group, 2013.
- Munk-Hansen, Carsten. *Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning*. 2. udgave. Djøf Forlag. 2021.
- Munk-Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori*. 3. udgave. Djøf Forlag. 2022.
- Nielsen, Ruth, *Dansk Arbejdsret*, 5. udgave, Djøf Forlag. 2023
- Schamburg-Muller, Sten, *Fem retsfilosofiske teser*, 1. udgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2009.
- Spleth, P., *Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden januar-juni 1970*, U.1970B.224.

Hjemmesider

- https://snl.no/de_sententia_ferenda, *De Sententia Ferenda*, senest besøgt den 13. maj 2025.

Bilag

- Bilag 1: Samarbejdsaftale
- Bilag 2: Procesafsnit
- Bilag 3: E-mail svar fra Prosas
- Bilag 4: Svar fra andre fagforbund