

1. KAPITEL

Indledning

I. *Grundtræk af udviklingen før funktionærloven*

Den danske retslitteratur har fra de ældste tider gjort de forskellige arter af tjenesteforhold til genstand for samlet behandling. Man bestræbte sig for under ét at fremstille alle forhold, hvorunder en person forpligter sig til at udføre arbejde i et underordningsforhold, altså de retsforhold, der under romanistisk påvirkning traditionelt betegnes »arbejdsleje«. I vores ældste fremstillinger er »lejesynspunktet« konsekvent gennemført enten i selve systematikken¹ eller dog i hvert fald i terminologien.² Først fra Ørstedes tid og navnlig hos forfatterne i det 19. århundredes midte udskilles tjenesteforholdene klart til selvstændig behandling.

Ud fra et systematisk og vel navnlig ud fra et pædagogisk synspunkt er det nok hensigtsmæssigt at redegøre for de grundregler, der må gælde ansættelsesforhold af enhver art.³ Imidlertid kan det under hensyn til udviklingen igennem de sidste ca. 180 år være naturligt, at der tilvejebringes særlige fremstillinger af de regler og synspunkter, der finder anvendelse på de enkelte arter af tjenesteforhold. Dette skal for funktionærforholdets vedkommende forsøges med dette skrift.

Da funktionærforholdet først i 1938 blev gjort til genstand for lovmæssig regulering, er det almindeligt at betragte det som en nyere foretelse i dansk ret. Denne opfattelse svarer ikke til de virkelige forhold. Allerede i meget tidlig tid har man været klar over, at der blandt tjenesteforholdene kunne skelnes mellem forskellige typer. Bestemmelsen i DL 3-1-7 om regnskabspligtigt personales pligter er således opfattet som et udtryk herfor.⁴ Allerede dengang har man kunnet sondre mellem de kortvarige tjenesteforhold i form af dagleje og de faste tjenesteforhold,

-
1. F.T. Hurtigkarl: Den Danske og Norske private Rets første Grunde (1817) II del, 2. bind, p. 277 ff.
 2. L.L. Kongslev: Den Danske og Norske Rets første Grunde (1781) § 144 og L. Nørregaard: Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret (1784) § 272, hvorefter tjenesteforholdet grunder sig på en »Leiecontract«. En tilsvarende terminologi ses undertiden i vores dage, navnlig i forbindelse med »udlejning« af vikarer, jf. i øvrigt U 1959.82 H og de senere ophævede bestemmelser i lbk. (nr. 599) af 17/9 1987 §§ 24 a og 26.
 3. Jf. Enkelte Kontrakter § 42 II og om nyere tendenser nedenfor p. 31.
 4. Nørregaard l.c. § 280 og Ørsted: Supplement til Generalauditor Nørregaards Forelæsninger (1804) II, p. 164 f.

Indledning

blandt hvilke tyendeforholdet var det almindeligste og tidligt genstand for lovgivning.

Omkring begyndelsen af det 19. århundrede erkendte Kongslev,⁵ at der forelå en forskel mellem tyende og andre grupper af fastansat personale, idet han udtalte:

»Nu kunne vi dele Tienere i Liberales og Illiberales eller dem, der arbejde med Hovedet, og dem med Hænderne, eller om man hellere vil: Dem, som Herren lejer til hvad han selv skulle forrette, og dem, der give personlig Opvartning, og kan kaldes Domestiker.«

Denne udtalelse har karakter af en programudtalelse for den følgende udvikling: Der udskilles fra tyendeklassen en særlig gruppe »højere Tjenende«, som karakteriseres ved arten af deres arbejde, der anses for mere kvalificeret. Nørregaard er inde på samme tankegang og fremhæver, at ikke alt, hvad der er sagt om tjenestefolk, kan passe på enhver tjenende person. Som de vigtigste undtagelser nævner han huslærere, fuldmægtige, fogeder, skrivere osv. Det er dog først Ørsted, der antydningvis berører de retlige konsekvenser af sondringen.⁶ Det sker som led i fremstillingen af tyendereglerne, idet han fremhæver de særlige undtagelser, der gælder mht. »tjenende Personer af højere Classe«. Han bemærker således, at revselsesretten ikke gælder i forhold til disse, ligesom han mere generelt udtaler:

»At i Særdeleshed de forskjellige tjenende Personers Fordringer maae være forskjellige, og at der maatte være beføjet Grund til Klage, dersom til Exempel, en Husbond skulde faa det Indfald, at byde en Embedsfuldmægtig eller Huuslærer samme Logis eller Kost, som simple Tyende, er indlysende.«

Fra midten af århundredet behandler forfatterne ikke længere de »højere Tjenende« som en undtagelse fra tyendegruppen, men opstiller flere selvstændige grupper af faste tjenesteforhold.⁷ Det er dog karakteristisk for teorien helt frem til funktionærloven, at afgrænsningen af de »højere Tjenende«s gruppe frembyder vanskeligheder. Alle er dog enige om, at det afgørende kriterium er arbejdets art, hvorimod det eksempelvis er ligegyldigt, om den pågældende er optaget i husstanden eller ej. Afgø-

5. L.c. §§ 141 og 144.

6. Navnlig i Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed (1832-35) II, p. 509, 514, 516 og 519, jf. JT I p. 255 ff.

7. J.E. Larsen: Samlede Skrifter (1858) II afdl. 2 bd., p. 199 ff og mere detaljeret F. T.J. Gram: Den danske Formueret (1864) II, p. 457 ff.

rende har været, om arbejdet var af »aandelig« art, eller om det måtte anses som »simpelt legemligt arbejde«. Problemerne behandles dog normalt ret kortfattet.

På samme tidspunkt begynder forfatterne positivt at gøre rede for de regler, der gælder om »højere Tjenende«. Den almindelige tyendelovgivning kunne ikke komme direkte til anvendelse, men man måtte falde tilbage på almindelige obligationsretlige regler. Helt frigjorde man sig dog ikke fra den tidligere sammenhæng, og i vidt omfang anvendte man analogier fra tyendelovgivningen på de områder, hvor denne ikke fraveg almindelige regler om kontraktsforhold.

Mens de højere tjenende tidligere kun havde givet anledning til få retssager, udviklede der sig i slutningen af århundredet en stedse righoldigere praksis, af hvilken der efterhånden kunne udledes et rigt nuanceret billede af disse tjenesteforhold. En nærmere gennemgang skal ikke foretages her,⁸ men enkelte hovedlinjer skal dog fremhæves af hensyn til den følgende fremstilling:

Om afgrænsningen af de højere tjenendes gruppe blev der afsagt et betydeligt antal domme. Den adskilte sig fra vores dages funktionærgruppe ved en noget større uskarphed, men det lå fast, at arbejdets art var afgørende for den retlige bedømmelse. Der sondredes mellem de mere betroede ansatte, der havde ret til 3 måneders opsigelsesvarsel, hvilket navnlig gjaldt kontorpersonale og mindre betroede, der kun havde ½ måneds varsel til den 1. i en måned. En skarp sondring var vanskelig at opstille, og dette blev nærmest opgivet af teorien.⁹ En følge af almindelige kontraktsregler blev, at opsigelsesvarslet måtte være lige langt for begge parter, og at parterne frit kunne aftale de varsler, der passede dem.

Visse af de tryghedsregler, der i dag sikres af lovgivningen, udvikledes i praksis omkring århundredskiftet (1800/1900). Dette gælder således kravet på løn under sygdom, selvom teorien længe var i tvivl om, hvorvidt et sådant krav bestod,¹⁰ og reglerne om løn under indkaldelse til militærtjeneste. Også på andre punkter udvikledes en gunstig praksis, eksempelvis mht. prøvetid og frihed til at søge stilling efter opsigelse.

Med hensyn til de sider af ansættelsesforholdet, der ikke senere blev reguleret ved lovgivning, udvikledes en praksis, som fortsat danner

8. Se H.G. Carlsen: Træk af Funktionærrettens Udvikling (1960), udgivet af Fællesrepræsentationen for danske Arbejdsleder- og tekniske Funktionærforeninger, og – mere generelt – Arbejdsretten (Ansættelsesretten), Afsnit X, 4.2.

9. Lassen-Ussing p. 355 ff. En efterfølgende vurdering fører dog til den anskuelse, at praksis havde fundet et ganske fast leje.

10. Lassen-Ussing p. 360.

grundlaget for retsstillingen i dag. Studium af afgørelser fra denne periode har derfor stadig interesse. Dette gælder navnlig inden for misligholdelsesområdet.

Udviklingen frem til funktionærloven af 1938 er således forløbet på harmonisk måde, og lovgivningsmagten har kun i få tilfælde grebet ind. Af særlig betydning blev oprettelsen af Sø- og Handelsretten i 1861, idet denne fik særlig kompetence i sager vedrørende »Handels-Factorers, Fuldmægtiges, Betjentes eller Lærlinges Tjenesteforhold til deres Principaler«. Igennem længere perioder er flertallet af domme i vores domssamlinger vedrørende højere tjenesteforhold afsagt af denne ret. Bortset herfra beskæftigede lovgivningsmagten sig kun med denne gruppe ved aftalelovens regler om konventionalbod og konkurrenceklausuler samt ved lovregler om handelsrejsende. Der ses herved bort fra, at der fra gammel tid har eksisteret lovgivning om søfartens funktionærer (skibs-officerer), idet disse traditionelt ikke har været henregnet til de »højere Tjenende«.

Mens disse endnu hen imod slutningen af det 19. århundrede fortrinsvis fandtes inden for handelen, udvikledes med den stigende industrialisering en ny gruppe, nemlig de tekniske funktionærer, som fik særlig anerkendelse gennem Septemberforligets § 5. Efter nogen vaklen anerkendte praksis disse som »højere Tjenende«.

Om terminologien skal bemærkes, at betegnelsen »højere Tjenende« i teori og praksis var gængs som sammenfattende karakteristisk af hele denne gruppe. For handelens funktionærer brugtes særlig udtrykket »Handelsbetjente«, mens funktionærbetegnelsen er ny. Den hidhører fra fransk og ses første gang anvendt i en dom fra 1899.¹¹ Ordet blev hurtigt taget op, navnlig af de tekniske funktionærer, og i dag anvendes det hovedsageligt¹² om de af funktionærloven omfattede personer, hvorimod der ikke findes nogen fællesbetegnelse for den beskedne gruppe højere tjenende, der ikke kom ind under denne lovgivning.¹³

II. Funktionærlovgivningens tilblivelse

I 1923 nedsatte Indenrigsministeriet et udvalg under det da eksisterende »Socialraad« som »Funktionærudvalget af 1923« med den opgave at be-

11. U 1900.209 S.

12. Når der i lejelovgivningen tales om »funktionærer ved ejendommens drift«, skyldes dette formentlig mangel på en bedre terminologi.

13. At FUL § 1, stk. 3, omtaler »de af sømandsloven omfattede funktionærer«, ændrer næppe forholdet.

skæftige sig med alle funktionærspørgsmål.¹⁴ Et underudvalg skulle beskæftige sig med retsforholdet mellem principal og funktionær. Det udarbejdede på grundlag af udkast, der tilvejebragtes af funktionærorganisationerne selv, en betænkning i form af et udkast til »Forslag til Lov om Tjenestekontrakter for Privatfunktionærer« med udførlige motiver. Socialministeriet foretog nogle mindre ændringer heri, hvorefter det forelå færdigt i 1929 (i det følgende kaldet »bet. 1929« eller »forslag 1929«). Forslaget definerer funktionærbegrebet på samme måde som den senere lov af 1938 og er i øvrigt karakteristisk ved, at det foreslår tvungen skriftlig ansættelseskontrakt. Det synes udarbejdet efter omhyggelige undersøgelser af fremmed ret og svarer – bortset fra nævnte regel om kontrakttvang og opsigelsesreglerne – nøje til loven af 1938.

I 1929 ophævedes imidlertid Socialraadet og dermed også Funktionsnærudvalget, hvorefter sagen blev lagt på hylden. I 1937 blev den taget op, da Det Konservative Folkeparti på Rigsdagen forelagde et »Forslag til Lov om individuelle Arbejdsaftaler« (i det følgende kaldet »forslag 1937«). Forslaget hviler delvis på bet. 1929, men er også stærkt påvirket af et kort forinden forelagt tilsvarende forslag i den svenske Rigsdag til »Lag om arbejdsavtal«, der aldrig blev gennemført. Forslaget blev køligt modtaget i Rigsdagen og blev gennem et indgående udvalgsarbejde fuldstændig ændret, således at det nu fremtrådte som et »Forslag til Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i private Erhvervsvirksomheder«. Det holdt sig – bortset fra spørgsmålet om kontrakttvang – ret nøje til forslaget fra 1929, men afveg på tre punkter fundamentalt fra alle hidtil kendte synspunkter inden for funktionærretten: For det første fraveg det lighedsprincippet ved indførelsen af de såkaldte »skæve varsler«, hvorefter opsigelsesvarslet ikke var ens for begge parter; for det andet indførtes anciennitetsprincippet, og for det tredje indførtes en ensartet behandling af alle funktionærer uden hensyn til stillingens art, hvad der ud fra et retsteknisk synspunkt er særdeles praktisk, men på den historiske baggrund nok kunne give anledning til betænkeligheder, og som den dag i dag medfører resultater, der føles u hensigtsmæssige.

Det reviderede forslag blev vedtaget uden vanskelighed, og den 13. april 1938 forelå loven, der trådte i kraft den 1. november samme år (i

14. Mere udførlige fremstillinger af den i det følgende antydede udvikling findes i »Erhvervenes Funktionærstand« ved O. Bouet (1935), Gustav Pedersen: Bogen om handels- og kontormedhjælperne og deres organisation (1950) samt H.G. Carlsen: Træk af Funktionærrettens Udvikling. Se også Poul Meyer: Nederlag (1992).

det følgende betegnet »FUL 1938«). Krigsudbruddet i 1939 og navnlig besættelsen nødvendiggjorde en ændring, der skete ved lov (nr. 349) af 29/6 1940, hvorefter opsigelsesvarslet i kriseramte virksomheder blev sat ned. Denne lovgivning, der blev opretholdt til den 31. marts 1946, vil blive omtalt nedenfor p. 309.

I 1946 blev der nedsat et udvalg med den opgave at overveje ændringer i FUL 1938, som de indvundne erfaringer måtte give anledning til. Betænkningen, der forelå et års tid senere (herefter kaldet »bet. 1947«), foreslog kun få principielle ændringer, herunder først og fremmest en udvidelse af lovens område, således at den fremover skulle gælde samtlige funktionærer, selvom de ikke var privatansatte. Med enkelte ændringer og udvidelser blev forslaget lov som nr. 261 af 9/6 1948 (herefter kaldet »FUL 1948«). Den blev ændret ved lov (nr. 409) af 3/12 1952, der udvider lovens regler om forhandlingsret til også at gælde søfartens funktionærer, for hvilke loven, som nævnt ovenfor, ellers ikke er gældende.

I 1964 fandt en væsentlig revision af loven sted – ikke på basis af et forudgående udvalgsarbejde, men på initiativ af en enkelt funktionærorganisation. Loven bekendtgjordes som lbk. (nr. 131) af 29/4 1964.¹⁵ (Herefter kaldet »FUL 1964«). Der indførtes en lang række ændringer, hvoraf de mest principielle var indførelsen af 15-timersreglen i § 1, af reglen om godtgørelse for urimelig opsigelse og bestemmelsen om skriftlig opsigelse. Loven var imidlertid genstand for meget politisk uro, og som resultat af udvalgsarbejdet i Folketinget blev der i 1964 af Arbejdsministeriet nedsat et udvalg, som skulle overveje spørgsmål om udvidelse af funktionærbegrebet og om forhandlings- og organisationsretten. Det afgav betænkning (nr. 513) i 1968 (herefter kaldet »bet. 1968«) og foreslog alene en ændring af lovens efterlønsregler.

Yderligere ændredes loven i 1971. Den væsentligste ændring var indførelsen af regler om fratrædelsesgodtgørelse til funktionærer med høj anciennitet, der blev gennemført for at imødekomme trangen til en udvidet beskyttelse af midaldrende funktionærer. Der er gennemført mindre ændringer ved lov (nr. 313) af 10/6 1976 og lov (nr. 162) af 12/4 1978 af reglerne om hhv. aldersgrænsen i § 2 b og om graviditet. En mindre ændring af reglerne om fratrædelsesgodtgørelse blev gennemført ved lov (nr. 287) af 24/4 1996.

Ved lov (nr. 340) af 2/6 1999 ændredes § 7, § 18 og § 21, stk. 1, vedrørende hhv. reglerne om løn til gravide og om konkurrenceklausuler, ligesom der i § 18 a blev indført regler om kundeklausuler.

15. Omtalt af H.G. Carlsen i U 1964B.168 ff.

Som følge af tvivl vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt 15-timersgrænsen kunne være uforenelig med EF-traktatens bestemmelser om ligebehandling, blev der ved lov (nr. 444) af 7/6 2001 gennemført en væsentlig ændring i § 1, stk. 2, idet grænsen blev nedsat til 8 timer.

Til gennemførelse af direktivet om tidsbegrænset ansættelse ved lov (nr. 371) af 28/5 2003 blev der som nyt stk. 4 i § 1 indføjet en bestemmelse, hvorefter loven også finder anvendelse på tidsbegrænsede arbejdsaftaler samt foretaget enkelte mindre ændringer i §§ 2 og 3 vedrørende opsigelse af disse ansættelsesaftaler.

Ved lov (nr. 309) af 5/5 2004 blev lov om brug af køberet eller tegningsret til aktier m.v. i ansættelsesforhold (aktieoptionsloven) vedtaget. Aktieoptionsloven finder anvendelse på alle tildelinger af købs- eller tegningsrettigheder foretaget efter den 1. juli 2004. Dette gælder, uanset om tildelingen er foretaget i henhold til en ordning eller aftale etableret før nævnte dato. Ved lov (nr. 310) ligeledes af 5/5 2004 blev derfor indføjet et nyt stk. 2 i FUL § 17 a, hvorefter § 17 a ikke finder anvendelse på købe- og tegningsrettigheder, der er omfattet af aktieoptionsloven.

Yderligere skete der i 2004 ved lov (nr. 1416) af 22/12 2004 en ophævelse af den hidtil gældende 18-årsgrænse i FUL § 2 b. Ophævelsen skete med henvisning til aldersdiskriminationsforbuddet i Rdir 2000/78 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (forskelsbehandlingsdirektivet), der ligger til grund for lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (forskelsbehandlingsloven).

Ved lov (nr. 312) af 30/4 2008 ophævedes § 17, således at der ikke længere består krav til arbejdsgivere om at føre en protokol i forbindelse med forhandlinger med funktionærens faglige organisation eller pligt for arbejdsgivere til at udarbejde tjenesteattester. Pligten til på funktionærens begæring skriftligt at oplyse om årsagen til afskedigelsen blev dog fastholdt og indsat i § 2, stk. 7, 3. pkt.

Ved lov (nr. 647) af 12/6 2013 gennemførtes en mindre teknisk ændring i § 11, stk. 1, i konsekvens af ændret organisering af statsforvaltningerne.

Bestemmelsen i § 2 a blev radikalt ændret ved lov (nr. 52) af 27/1 2015, idet spørgsmålet om pension ikke længere har nogen betydning for funktionærens ret til fratrædelsesgodtgørelse.

Senest ved lov (nr. 1656) af 15/12 2015, lov om ansættelsesklausuler, er §§ 18 og 18 a blevet ophævet, for så vidt angår aftaler indgået den 1/1 2016 eller senere.

I 1972 nedsatte arbejdsministeren et udvalg, der skulle foretage en samlet gennemgang af loven. Det afgav betænkning i 1984 (nr. 1022,

herefter kaldet »bet. 1984«). Udvalget kunne kun enes om så få tekniske ændringer, at betænkningen ikke gav anledning til lovgivningsinitiativer. Et udbredt ønske om tilvejebringelse af en egentlig ansættelseslov, der kunne omfatte og harmonisere alle regler om alle ansættelsesforhold førte i begyndelsen af 1994 til nedsættelse af et udvalg, der imidlertid efter mere end halvandet års arbejde måtte opgive at løse denne opgave.¹⁶ De nugældende regler vedrørende ansættelsesforhold findes nu i et ikke ubetydeligt antal forskellige love.

Den i dag gældende lov foreligger som lovekædet nr. 1002 af 24/8 2017 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer.

III. *Fremstillingens genstand*

Med nærværende fremstilling er det hensigten at give en skildring af alle de for funktionærforholdet gældende specielle regler, hvad enten de stemmer med almindelige regler om arbejdsforhold eller ej. De almindelige grundsætninger om arbejdsaftaler vil ofte være af så generelt indhold, at man først gennem en nærmere undersøgelse kan konstatere, hvorledes de i detaljer kan bringes i anvendelse på funktionærforhold. Der kan dog være grund til også at fremkomme med enkelte bemærkninger om de »højere Tjenende«, der ikke omfattes af loven, og for hvem de før 1938 gældende regler fortsat kan være af betydning.

Lovgivning uden for funktionærloven vil kun blive omtalt, i det omfang den naturligt hører sammen med fremstillingen. Dette vil bl.a. være tilfældet mht. de for alle ansættelsesforhold gældende regler om ansættelsesbeviser, helbredsoplysninger, forskelsbehandling, ligebehandling, aktieoptionsloven, ansættelsesklausele, forretningshemmeligheder, persondata samt markedsføringsloven og anden særlovgivning af betydning for beskrivelsen af funktionærers retsstilling. Ferielovgivningen, arbejdsmiljølovgivningen, lovgivningen omkring barseldagpenge, sygedagpenge og anden sociallovgivning vil således kun blive omtalt lejlighedsvis, ligesom der kun i begrænset omfang vil blive tale om den kollektive arbejdsrets indflydelse på funktionærforholdet. Med hensyn til disse retsområder må henvises til specialfremstillingerne.

Det bemærkes særligt, at der stort set kun vil blive tale om en fremstilling af gældende ret, selvom der også vil blive fremsat kritiske bemærkninger, hvor denne er uklar eller uhensigtsmæssig. Det er derimod ikke hensigten at tage stilling til det for Danmark karakteristiske funktionær-

16. Se nærmere herom Jens Kristiansen: Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret p. 67 ff.

retlige system som sådant. Det er udviklet gradvist gennem en meget lang periode, og det synes i sine grundelementer at have virket og virker stadig efter sin hensigt.

Det vil derfor heller ikke blive forsøgt at indordne fremstillingen under en overordnet systematisk sammenhæng, hvilket er i overensstemmelse med det indledningsvis anførte. Der er imidlertid indtruffet en udvikling, efter at navnlig Ole Hasselbalch under begrebet »ansættelsesret« har søgt at samle de regler, der gælder for forholdet mellem arbejdsgiver og ansat i alle grupper af individuelle ansættelsesforhold, ligesom han har behandlet de vanskelige og uoverskuelige problemer, der opstår i spillet mellem den individuelle og den kollektive arbejdsret.¹⁷ Det ligger uden for de praktiske muligheder at gå ind på disse synspunkter, men der er dog i højere grad end tidligere medtaget afgørelser fra Arbejdsretten, faglige voldgiftsretter m.v.¹⁸

Selve terminologien »ansættelsesret« er slået an som et praktisk overbegreb. Herudover er den teoretiske behandling af ansættelsesretlige spørgsmål undergået en stærk udvikling i de seneste år, idet retsområdet i vore dage i modsætning til tidligere anses for særdeles vigtigt og interessant, således at litteraturen om ansættelsesretlige emner både generelt og specielt har fået et betydeligt omfang. Det må erkendes, at udviklingen gennem de seneste årtier har ført til en udviskning af funktionærsystemets egenart, for så vidt angår den kodificerede del deraf.¹⁹ Dette beror dels på den tendens til at lade »funktionærgoderne« brede sig til andre kategorier af ansatte, som er fulgt med den almindelige fremgang i samfundet og med et øget tryghedsbehov, og navnlig det manglende overblik, der præger lovgivningen. Eksempelvis synes det ikke ved gennemførelsen af sygedagpenge- eller barsels- og orlovsordningerne at have været tilstrækkeligt overvejet at tilvejebringe en harmonisering med funktionærlovens system. Det spiller også en rolle, at en stor del af den nyere tryghedslovgivning hviler på EU-direktiver, der ikke stemmer med

17. Hasselbalch: Ansættelsesret (1975), anm. af H.G. Carlsen U 1976B.99 og samme: Arbejdsretlige funktioner (1979), anm. af H.G. Carlsen U 1980B.50.

18. Fra Hasselbalchs hånd foreligger en samlet fremstilling af hele det arbejdsretlige område elektronisk på Schultz lovportaler (Arbejdsretsportalen): Arbejdsretten opdelt i Arbejdsrettens almindelige del, Ansættelsesretten, Kollektivarbejdsretten, Arbejds miljøretten, Skatteretten og Arbejdsmarkedets sociale lovgivning, der løbende opdateres på portalen. Heri indgår resultaterne af hans tidligere arbejder. I U 2006B.63 beskriver Hasselbalch problemerne med at behandle funktionærers anliggender frigjort fra deres brede arbejdsretlige sammenhæng.

19. Se hertil Arbejdsretlige Funktioner p. 318 ff.

Indledning

det klassiske danske system. Disse tendenser har fra nogle sider ført til de ovenfor omtalte tanker om en almindelig lov om ansættelsesforhold. Så længe de enkelte grupper af ansættelsesforhold fremstod som afsluttede og selvstændigt regulerede systemer, måtte der tages afstand fra disse tanker, hvis gennemførelse let kunne slå mere i stykker, end der blev opnået. Den seneste udvikling, der har ført til, at reglerne skal findes i flere forskellige love, kan måske begrunde en ændret holdning til spørgsmålet.

Hvorledes udviklingen nu end vil forme sig, vil den dog næppe overflødigøre funktionærretten som selvstændig disciplin. Der vil altid være ansatte, som har en nærmere tilknytning til arbejdsgiveren end andre. Der vil altid være behov for særlige regler – i lov eller retspraksis – om ansættelse af betroet personale og ledere, der vil skille sig ud fra andre med hensyn til rettigheder og pligter, således som funktionærgruppen kunne udskilles allerede i begyndelsen af det 19. århundrede.

Nogle grundprincipper

I. *Ufravigelighedsprincippet (FUL § 21)*

Da funktionærloven er en social beskyttelseslovgivning, der ret ensidigt tillægger funktionærene visse rettigheder, ville loven ikke kunne nå sit formål, hvis det var muligt for dem at give afkald på disse rettigheder ved aftale. FUL § 21, stk. 1 bestemmer derfor kortfattet, at lovens bestemmelser ikke kan fraviges til ugunst for funktionærene.¹ Der er hermed givet to regler: En hovedregel, der fastslår funktionærgodernes uopgivelighed, og en undtagelsesregel, der åbner mulighed for afvigelse fra loven, såfremt denne ikke er til ugunst for funktionæren. Disse regler skal omtales hver for sig. Om uopgivelighedsspørgsmålet i de tilfælde, hvor funktionærstatus alene er vedtaget ved aftale, henvises til fremstillingen nedenfor p. 93.

A. Funktionærgoder kan ikke opgives ved aftale

1. *Aftalens tidspunkt*

FUL § 21 må efter sagens natur forstås med visse begrænsninger. Den omfatter først og fremmest enhver aftale, der indgås i forbindelse med ansættelsen, men det er klart, at den ikke kan anvendes på aftaler, der indgås længe efter forholdets ophør, eksempelvis i form af et forlig, der afslutter en tvist mellem parterne om rigtigheden af et af funktionæren givet opsigelsesvarsel. På et eller andet tidspunkt må ufravigelighedsreglen ophøre med at gælde, idet det ellers ikke ville være muligt at afslutte konflikter mellem parterne ved aftale inden for almindelige forældelsesfrister. For forståelsen af § 21 er det vigtigt at søge dette tidspunkt nærmere bestemt.

Funktionærloven hviler på det historiske udgangspunkt, at funktionærene ikke ad organisationsmæssig vej havde formået at sikre deres retsstilling i rimeligt omfang, og at de derfor almindeligvis principielt måtte betragtes som den svage part i kontraktsforholdet. Dette gælder navnlig i tider, hvor det er vanskeligt at finde beskæftigelse, men synspunktet vil også gøre sig gældende under andre konjunkturer, fordi erfaringen viser, at funktionærene har vanskeligt ved at overskue de fremti-

1. Se hertil Arbejdsretten (Arbejdsrettens almindelige del) Afsnit VII, 2.1.

dige situationer, i hvilke de har særligt behov for beskyttelse. Loven må derfor afskære forhåndsafkald på rettigheder, der er tillagt dem netop med henblik på sådanne tilfælde. Dette må i almindelighed også gælde i tilfælde, hvor der måtte kunne påvises en konkret jævnbyrdighed eller måske overlegenhed på funktionærens side mht. dygtighed og indsigt.² Når rettighederne aktualiseres, eksempelvis i sygdoms- og opsigelsestilfælde, og funktionæren kan overskue sin situation, bliver betænkkelighederne ved at tillade ham et afkald mindre.³

Det ville imidlertid være for vidtgående at antage, at funktionæren gyldigt kan opgive enhver rettighed, der er blevet aktuel for ham. Det må i det enkelte tilfælde afgøres, om afkaldet gives under omstændigheder, hvor den af loven forudsatte underlegenhedstilstand er ophørt, således at funktionæren nu kan betragtes som en part, der er jævnbyrdig med arbejdsgiveren. Der kan herefter opstilles forskellige grupper af tilfælde.

a. Aftaler under ældre lov

Funktionærlovens ugyldighedsregel kommer til anvendelse på alle funktionærforhold uanset stiftelsestidspunkt, jf. nedenfor p. 53 f. Aftaler, der er indgået under en tidligere udgave af funktionærloven, bliver uden videre ugyldige, hvis de strider mod ufravigelige bestemmelser i en nyere lov. Dette blev af Kaj Petersen⁴ opfattet som en anvendelse af § 21, men de foreliggende afgørelser citerer ikke denne bestemmelse eller den tilsvarende bestemmelse i FUL 1938. Dette ville heller ikke falde naturligt, da de før loven indgåede aftaler jo var gyldige ved indgåelsen, men loven i sin helhed skal anvendes på alle funktionærforhold.

b. Aftaler om vilkårsændringer

At FUL § 21 skal bringes i anvendelse på selve ansættelsesaftalen, er umiddelbart klart. Bestemmelsen må imidlertid også anvendes på aftaler om ændrede ansættelsesvilkår, der indgås, mens ansættelsesforholdet består, idet de hensyn, der ligger bag den, gør sig gældende med samme

2. Arbejdsretten (Arbejdsrettens almindelige del), Afsnit VII, 2.2.1.

3. Se hertil Bernt Hjejle: Foreningsvoldgift, 1. udg., p. 24-34. (jf. samme: Voldgift p. 23 ff).

4. P. 365. Se også U 1985.1082 S.

styrke. En programudtalelse herom findes i U 1939.593 S.⁵ I nyere tid har § 21 kun sjældent været påberåbt i forbindelse med selve kontraktens indgåelse.⁶

c. Aftaler om aktuelle situationer under ansættelsen

Funktionæren må endvidere i et vist omfang være afskåret fra at give afkald på rettigheder, der aktualiseres under ansættelsesforholdets forløb, og som ikke står i forbindelse med fratrædelse. Selvom han kan overskue sin situation, er mulighederne for en udnyttelse dog betydelige.⁷ Uden en ugyldighedsregel ville arbejdsgiveren eksempelvis kunne tvinge en funktionær til at give afkald på løn under sygdom ved at bebude en opsigelse. Noget andet er, at ugyldighedsvirkningen ikke kan gennemtvinges uden et initiativ fra funktionærens side, og at hans eneste magtmiddel over for en pression efter omstændighederne vil være muligheden for et godtgørelseskrav i medfør af FUL § 2 b eller på andet grundlag, når opsigelse har fundet sted.⁸

Situationen får en særlig karakter, når afkaldet ikke drejer sig om konkrete lovhjemlede rettigheder, men går ud på forringelse af vilkår, der i sig selv er genstand for aftalefrihed – typisk således, at funktionæren indgår på en lønreduktion uden varsel for at undgå afskedigelse. Da aftaler, hvorved der i en fratrædelsessituation gives afkald på varsel, ofte vil være ugyldige, jf. nedenfor p. 392 f, kunne man vente, at dette så meget mere måtte gælde aftaler om uvarslet forringelse af de almindelige vilkår.⁹ Den ældre afgørelse, U 1944.955 Ø, anvendte ikke FUL § 21, men fandt, at aftalen var bundet til en forudsætning om, at der faktisk ikke fandt afskedigelse sted inden for en rimelig tid. I U 2011.2602 H blev det fastslået, at § 21 ikke er til hinder for en aftale om en uvarslet lønreduktion i et tilfælde, hvor alternativet er en opsigelse.¹⁰ Gyldigheden af sådanne aftaler må i stedet bedømmes efter aftaleloven og forud-

5. Dommen er kun refereret i UfR. Af SHT 1939.69 fremgår, at den i virkeligheden drejer sig om et rettighedsafkald i en aktuel situation. Se nu U 1985.106 H.

6. U 1963.342 S, jf. nedenfor p. 50, U 1968.570 Ø og U 1985.106 H.

7. SHD 19/6 2003 (P-0014-02) om bevarelse af funktionærstatus over for et konkursbo efter virksomhedsoverdragelse.

8. SHD 4/11 1993 (F-28-89) om § 2 b-godtgørelse ved uberettiget bortvisning efter afvisning af uvarslet ændring af lønudbetalingstidspunkt.

9. En aftale om en lønnedgang er også bindende i forhold til et konkursbo, jf. U 2013.9 Ø.

10. Se også VLD 1/2-2018 (B-0756-17).

sætningslæren. Da aftaler om lønreduktion f.eks. i en økonomisk krise kan være rimeligt begrundede i arbejdsgiverens og funktionærens fælles interesse, kan man opfatte funktionærens afkald på varsel som opvejet af udsigten til at bevare stillingen længere, end det ellers ville være muligt, jf. nedenfor under B (p. 41 ff).

Undertiden tillægges der funktionæren nye rettigheder under ansættelsen. Vilklårene herfor må heller ikke stride mod loven. En ny tantiemeordning vil således skulle stemme med FUL § 17 a.¹¹

d. Aftaler i forbindelse med fratrædelse

Ved fratrædelse foreligger en aktuel og overskuelig situation. Alligevel kan funktionæren ikke altid træffe aftaler, hvorved han giver afkald på sine rettigheder. De begivenheder, der aktualiserer dem, kan være af en sådan karakter, at der ikke foreligger den grad af fri vilje, som må være en forudsætning for at bringe den præceptive retsstilling til ophør.¹² Dette vil navnlig være klart i tilfælde, hvor afkaldet skyldes trusler fra arbejdsgiverens side eller anden pression, hvorom henvises til fremstillingen nedenfor p. 393 ff.

Hensynet til arbejdsgiveren kræver, at funktionæren bringer sin stilling på det rene inden for en rimelig tid. Dette krav er i overensstemmelse med følgende forståelse af ufravigelighedsprincippet: Jo længere tid der hengår, desto mindre bliver det pres, der indskrænker funktionærens handlefrihed, og man må derfor ret hurtigt efter fratrædelsen kunne statuere, at den foreliggende retsopgivelse har været udtryk for funktionærens endelige frie beslutning. Der må med andre ord være tale om en hurtigt indtrædende passivitetsevirkning.¹³ Det må formentlig antages, at denne virkning indtræder hurtigere, når der foreligger en egentlig aftale, end når der er tale om indskriden imod arbejdsgiverens ensidige uberetigede dispositioner, f.eks. en opsigelse med for kort varsel, jf. nedenfor p. 353 ff.

11. U 1993.754 H og U 2000.1242 V.

12. Jf. Højle 1. c. p. 30. Fratrædelsesaftaler og endelighedsklausuler er også underlagt almindelige fortolkningsprincipper og aftaleloven (§§ 29, 31 og 36 m.v.) samt forudsætningslæren, jf. bl.a. ØLD 19/12 2002 (20, B-3684-01), U 2003.2561 V og ØLD 1/11 2010 (8, B-1707-10).

13. ØLD 27/2 2012 (18, B-2429-11), der dog angik passivitet ved indsigelse så sent som under selve skriftvekslingen.

Indgås en aftale om afkald på rettigheder efter fratrædelsen og uden aktuel forbindelse med denne, må parterne formodes at være frit stillet i relation til FUL § 21.

2. Nærmere om aftalen

FUL § 21 omhandler kun de afvigelser fra loven, der hviler på aftale. Herved sigtes ikke alene til individuelle, men også til kollektive aftaler, selvom beskyttelseshensynet ikke gør sig gældende med samme styrke mht. disse aftaler.¹⁴

Loven omhandler ikke andre former for rettighedsafkald, navnlig ikke om funktionærens passivitet mht. at påberåbe sig lovhjemlede rettigheder. At passivitet efter omstændighederne kan vække en berettiget forventning hos arbejdsgiveren, omtales andetsteds (jf. nedenfor p. 246 ff og 353 ff). Det kan som udgangspunkt antages, at funktionærens passivitet over for aftalen ikke kan medføre rettighedsfortabelse for ham i andre tilfælde end dem, i hvilke han ved udtrykkelig aftale kunne have opgivet den pågældende ret.¹⁵ Det kan måske være af betydning, hvis passiviteten påfører arbejdsgiveren en forringelse i forhold til den stilling, han ville have haft, hvis funktionæren havde reageret i tide.¹⁶

14. U 1940.425 H, U 1940.594 V, jf. U 1951.395 Ø. En organisation kan anfægte sin egen overenskomst som stridende mod funktionærloven, jf. U 1981.478 H. I U 1991.714 H prøvede en organisation forgæves at anfægte en overenskomst om et præstationslønsystem som stridende mod lovens sygelønsregler. Der gælder en formodning for, at funktionærens interesser er varetaget gennem dennes organisation, og at ændringer i overenskomsten ikke samlet set indebærer forringelser for funktionæren, jf. U 2003.90 H, U 2005.1868 S og U 2009.404 H. Tilsvarende må der kræves særlige holdepunkter til støtte for, at ændringer eller aftaler indgået af en lønmodtagerorganisation, herunder ved overenskomstfornyelse tillige skal varsles individuelt over for den enkelte funktionær, jf. FVK 13/10 2011 (2011.0006), som henviser til førnævnte U 2011.2602 H. Organisationerne har en relativt vid adgang til at råde på vegne af og binde deres medlemmer, jf. Hasselbalch, Arbejdsretten (Arbejdsrettens almindelige del), afsnit IV, 3 og VIII, 2.1.3 og U 2013.224 H.

15. Det kan således ikke tiltrædes, når SHT 1950.75, der tager stilling til gyldigheden af en aftale om varsel, godkender denne bl.a. med den bemærkning, at funktionæren ikke havde reklameret behørigt mod den pågældende bestemmelse i kontrakten. Underlegenhedssituationen medfører jo netop, at sådan reklamation ikke kan fremkomme under ansættelsen.

16. Jf. Arbejdsretten (Arbejdsrettens almindelige del), afsnit VII, 2.2.1.

I ganske enkelte tilfælde har praksis – dog kun i det første årti efter FUL 1938 – ved afgørelsen af, om en ansat henhørte under funktionærloven, lagt vægt på en foreliggende aftale eller praksis mellem parterne, som i og for sig har kunnet indebære et afkald på lovens beskyttelse.

Ved U 1939.1128 S fandtes en inkassator ikke at være funktionær, idet der bl.a. blev lagt vægt på, at de organisationer, parterne var tilsluttede, i en overenskomst havde givet udtryk for samme opfattelse. U 1940.841 Ø fandt, at den ansattes arbejde ikke var funktionærarbejde, men tog også hensyn til, at hun ikke fik løn under sygdom eller ferier, og at der ikke under den 4 år lange ansættelse havde været krævet lægeattest under sygdom. I samme retning går SHT 1941.96, hvor der lægges vægt på, at den ansatte under 10 års ansættelse i gentagne perioder havde været ledig uden vederlag og uden at protestere derimod.¹⁷

Det er klart, at en praksis mellem parterne, der strider mod funktionærloven, ikke i sig selv vil kunne bringe forholdet uden for loven. I tvivlstilfælde, hvor en umiddelbar bedømmelse af f.eks. arbejdets karakter ikke fører til et sikkert resultat, må man dog kunne lægge vægt på, hvad parterne selv har regnet med, navnlig hvis dette har fundet udtryk i en kollektiv overenskomst eller en meget fast praksis. I sådanne tilfælde vil det ikke være nødvendigt først at afgøre, om der foreligger et funktionærforhold for herefter adskilt herfra at bedømme aftalen eller praksis på baggrund af § 21.

I de senere år kan der vistnok spores en fornyet tendens til at lægge vægt på parternes aftaler og forudsætninger, jf. eksempelvis nedenfor p. 67 f. Dette kan skyldes den samfundsmæssige udvikling, der i et vist omfang har afsvækket den klassiske opfattelse af funktionærernes underlegenhedssituation.

3. Forholdet til aftaleloven

Mange afvigelser fra funktionærlovens præceptive regler ville kunne tilsidesættes på grundlag af aftalelovens ugyldighedsregler. Der kan navnlig være tale om ulovlig tvang (§ 29), udnyttelse af et afhængighedsforhold (§ 31), strid mod almindelig hæderlighed (§ 33) eller urimelighed (§ 36). FUL § 21 overflødiggor imidlertid i vidt omfang anvendelsen af

17. Jf. også de nedenfor p. 63 f citerede afgørelser U 1948.864 H og U 1948.1026/1 H, hvor parternes praksis og kutymer undersøges særskilt.

aftaleloven, og der ses kun få tilfælde, hvor en afgørelse hviler på denne lov.¹⁸

Det følger omvendt af FUL § 21, at funktionærens påberåbelse af lovens beskyttelse aldrig kan stride imod almindelig hæderlighed eller rimelighed og dermed omfattes af principperne i aftaleloven. Det gøres undertiden gældende, at funktionæren må have været klar over, at arbejdsgiveren ikke kendte funktionærloven, eller at der foreligger en aftale om fravigelse fra den, som det ville stride imod almindelig hæderlighed at fragå.¹⁹ Selvom man undertiden kan møde en hårdhændet udnyttelse af de rettigheder, loven tillægger funktionærerne, må det fastholdes, at den principielt kommer til anvendelse uden hensyn til sådanne omstændigheder. Dette må antagelig også gælde i relation til aftaleloven § 36. Det kan næppe forventes, at domstolene vil anvende aftaleloven til at afsvække funktionærlovens præceptivitet. Er det allerede fra ansættelsen evident for funktionæren, at arbejdsgiveren har misforstået stillingens karakter, taler dog meget for at kræve, at funktionæren berigtiger misforståelsen, men over for arbejdsgiverens pligt til at være bekendt med lovgivningen ses der ikke tilstrækkeligt grundlag for, at en undladelse på dette punkt skal komme funktionæren til skade.

4. *Bestemmelsens anvendelsesområde*

FUL § 21 kommer direkte til anvendelse på enhver aftale, der strider imod bestemte i loven angivne beskyttelsesregler. Med hensyn hertil må henvises til de steder i nærværende fremstilling, hvor disse regler omtales.

Uden for dette umiddelbare anvendelsesområde kan en aftale eller disposition fra arbejdsgiverens side tilsidesættes, hvis der derved opstår en situation, som uden umiddelbart at stride mod funktionærlovens ordlyd dog stiller funktionæren ringere end forudsat af loven. Som eksempel på sådanne afgørelser kan nævnes de nedenfor p. 295 omtalte tilfælde, hvor området for væsentlig misligholdelse ved aftale udvides ud over, hvad der efter traditionel opfattelse må anses som sådan.

18. I U 1953.1156 S tilsidesættes et under graverende omstændigheder fremtvunget afkald »i hvert fald« efter FUL § 21. Se også SHT 1965.315. I den ovenfor omtalte U 2011.2602 H blev en aftale om en uvarslet lønning bedømt efter afl. §§ 31 og 36.

19. Således U 1944.303 H, der dog forkaster synspunktet allerede af bevismæssige grunde.

Nogle afgørelser tilsidesætter ordninger, som uden udtrykkelig aftale gør indgreb i funktionærens frie opsigelsesret. Denne ville blive beskåret, såfremt funktionæren blev udsat for vilkårlig forskelsbehandling efter det tidspunkt, på hvilket han afgav opsigelsen – et synspunkt, der før FUL § 17 a spillede en væsentlig rolle, når der skulle tages stilling til spørgsmålet om retskrav på vilkårlige løntillæg.

Videregående er den foran under 1 c citerede afgørelse U 1944.955 Ø, hvor arbejdsgiveren i medfør af FUL § 21 fandtes pligtig at respektere funktionærens kendelige forudsætning om ikke at blive opsagt inden for en rimelig tid. Afgørelsen kan forstås således, at retten har indfortolket et for funktionæren gunstigt vilkår i den ellers ret tvivlsomme aftale, men den viser under alle omstændigheder, at ufravigelighedsbestemmelsen er udtryk for et almindeligt beskyttelsesprincip, der værner funktionæren i tilfælde, hvor han pga. sin underlegne situation ikke har kunnet overskue sine forhold eller handle efter sin indsigt.

Tilsvarende beskyttelsessynspunkter ligger formentlig bag SHT 1962.109, der frakender en tilkendegivelse om den fremtidige gratialepolitikens virkning, fordi den vedrører en uvis fremtidig situation og derfor – modsat en opsigelse eller nedsættelse af den egentlige løn – gør det vanskeligt for personalet straks at tage stilling til konsekvenserne. Afgørelsen er i god overensstemmelse med Højles »subjektive vurderingsprincip«,²⁰ idet det er rimeligt at vurdere gyldigheden af sådanne tilkendegivelser efter den anledning til reaktion, de har givet funktionæren. Dommen citerer ikke FUL § 21, men vil kunne forklares som et udslag af denne bestemmelse, idet en tilkendegivelse af den pågældende art savner opsigelsens traditionelle karakter og derfor falder uden for de grænser, funktionærloven må antages at forudsætte mht. opsigelsens form og indhold.

I overensstemmelse hermed er det fastslået, at FUL § 21 ikke er til hinder for aftaler om fravigelse af funktionærlovens opsigelsesvarsler indgået i parternes fælles interesse i aktuelle og overskuelige situationer.²¹

Det må generelt antages, at det beskyttelsesprincip, FUL § 21 er udtryk for, kan anvendes i alle tilfælde, hvor en aftale eller faktisk foreliggende ordning eller tilkendegivelse medfører en situation, der til funkti-

20. Foreningsvoldgift p. 36 ff.

21. U 2011.2602 H, U 2009.406 H og ØLD 30/10 2002 (18, B-3087-01) samt FVK 13/10 2011 (2011.0006).

onærens ugunst afviger fra den traditionelle ordning af funktionærforholdet, som funktionærloven hviler på.²²

B. Aftaler, der ikke er til ugunst for funktionæren

FUL § 21 åbner mulighed for forringelse af de goder, der umiddelbart tillægges funktionæren, såfremt en aftale herom ikke er til ugunst for ham.²³ Den aftalte forringelse må altså opvejes på anden måde. Anvendelsen af denne regel sker – og bør ske – med en vis forsigtighed, fordi der kun i særlige tilfælde, hvor begge parter – og navnlig funktionærens – interesser taler derfor, er rimelig grund til at træffe aftaler af denne art, og fordi muligheden for misbrug i det hele er nærliggende.

Spørgsmål om gyldigheden af rettighedsafkald mod kompensation opstår navnlig med hensyn til aktuelle rettigheder i en fratrædelsessituation, jf. nedenfor p. 392 ff om afkald på opsigelsesvarsel og i tilfælde, hvor f.eks. en alvorlig økonomisk situation begrunder aftale om forkortet opsigelsesvarsel, jf. nedenfor p. 323 f, eller en lønreduktion.²⁴

Generelle aftaler om afvigelse fra funktionærloven mod kompensation er sjældnere. Det er klart, at særlig gode ansættelsesvilkår mht. frihed, løn m.v. ikke i sig selv kan bevirke, at den ansatte får ringere vilkår i andre henseender,²⁵ men det må også antages, at selv en udtrykkelig aftale om rettighedsafkald mod økonomisk vederlag er ugyldig.²⁶

De goder, der kan opveje et rettighedsafkald, kan ydes på forskellig måde, enten straks i forbindelse med afkaldet, løbende under ansættel-

22. Hasselbalch i Arbejdsretten (Arbejdsrettens almindelige del), afsnit VII, 2.1.

23. Selvom bedømmelsen tager udgangspunkt i det enkelte aftalte ansættelsesvilkår, udelukker dette altså ikke en helhedsbedømmelse af alle de vilkår, som angår en bestemt ansættelsesmæssig problemstilling, jf. bl.a. U 1991.714 H, ØLD 30/10 2002 (18, B-3087-01), U 2009.406 H og U 2011.2602 H samt kap. 2, I, A, 2 ovenfor.

24. SHD 9/3 1995 (F-0011-94) fandt FUL § 21 uanvendelig på en aftale om lønreduktion for at undgå afskedigelser, uanset at afskedigelse fandt sted et halvt år senere. Se også SHD 5/4 2001 (F-0012-00) vedrørende fratrædelse og U 2011.2602 H om en aftalt lønreduktion som alternativ til opsigelse.

25. U 1948.1026/1 H.

26. U 1948.734 S, jf. SHT 1948.29, jf. Hjejle: Foreningsvoldgift, 1. udg., p. 59. Der kendes enkelte kollektive overenskomster, der generelt fraviger sygelønsreglerne ved at tillade arbejdsgiveren at indbetale en på statistisk grundlag beregnet fast ydelse til en sygelønskasse og dermed være frigjort for pligt til at betale løn under sygdom. Organisationerne har anset sådanne ordninger stemmende med funktionærloven.

sen eller senere.²⁷ Der kan være tale om udtrykkeligt tillagte fordele eller blot om det forhold, at hele den af parterne etablerede ordning er i overensstemmelse med funktionærens interesser og i hvert fald ikke ensidigt tilgodeser arbejdsgiverens interesser.²⁸

Det ses undertiden, at arbejdsgivere yder funktionærer en særlig belønning for ikke at komme i situationer, der føles særlig belastende for arbejdsgiveren som følge af de konsekvenser, funktionærloven normalt ville medføre. Undertiden præmieres f.eks. funktionærer for gennem en længere periode ikke at melde sig syge – evt. for at undgå enkelte sygedage. U 1969.117 H omhandler en »loyalitätsbonus«, som udbetales på et bestemt tidspunkt under forudsætning af, at funktionæren netop da stadig er ansat. Den fandtes ikke stridende mod funktionærloven.²⁹ Sådanne ordninger strider ikke mod funktionærloven, medmindre præmien har en så betydelig størrelse i forhold til den faste løn eller der foreligger andre omstændigheder til støtte for, at der i realiteten foreligger en omgåelse af funktionærloven, jf. nedenfor p. 197.³⁰

En sygebonus eller anden form for bonus kan imidlertid udgøre en så påregnelig del af vederlaget, at den bliver omfattet af funktionærloven.³¹

Det ses somme tider, at virksomheder i økonomisk krise eller i en anden for virksomheden kritisk periode lover personalet en vis bonus, såfremt de pågældende undlader at sige deres stillinger op før et vist tidspunkt, idet det herved bliver lettere f.eks. at rekonstruere eller afhænde virksomheden. Disse ordninger strider heller ikke mod funktionærloven og hjemler intet krav for den funktionær, der fratræder før det fastsatte tidspunkt, jf. i øvrigt nedenfor p. 193 ff. I U 2012.1315 H blev en fasthol-

27. U 1956.150 Ø forudsætningsvis.

28. Særligt kollektive aftaler indgået mellem ligeværdige parter skaber formodning for, at funktionærens interesser er varetaget, jf. bl.a. U 1991.714 H, U 2003.90 H og U 2009.404 H.

29. Se dog også U 2001.1178/2 Ø, hvor en tilsvarende forudsætning om fortsat ansættelse i en loyalitätsbonusordning blev tilsidesat, men som angik relativt betydelig bonus stillet i udsigt efter en belastende periode. Se tilsvarende U 2008.1006 S.

30. I U 1981.478 H blev en overenskomstbestemmelse om fratagelse af tillæg under sygdom anset for stridende mod FUL § 21, jf. § 5, hvorimod den nyere U 1991.714 H har statueret, at fratagelse af en overenskomtbaseret præstationsløn under sygdom er forenelig med FUL § 5. Svenning Andersen p. 469 antager, at enhver præmiering relateret til sygdom er i strid med FUL § 5, jf. § 21. Synspunktet kan ikke tiltrædes.

31. ØLD 17/1 2008 (3, B-1589-07), hvor en sygebonus ydet gennem flere år blev anset for omfattet af FUL § 17 a.

delsesbonus i en nedlukningssituation anset for en belønning for at forblive i tjenesten, der ikke var omfattet af FUL § 17 a.

C. FUL § 21, stk. 2

Der ses undertiden situationer, hvor funktionærlovens beskyttelsessystem – som flere andre beskyttelsesregler – har bivirkninger, som kan komme funktionærerne til skade. Da opsigelsesreglerne og reglerne om løn under sygdom er ufravigelige, vil arbejdsgivere nære betænkeligheder ved at ansætte personer, som lider af en kronisk sygdom, der måske ikke i sig selv bevirker uarbejdsdygtighed, eller som har lidt af en sygdom, som fremkalder særlig frygt for tilbagefald, og som kan have væsentlig betydning for funktionærens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde.

For at afhjælpe denne forståelige, men uønskelige bivirkning er det i FUL § 21, stk. 2, bestemt, at beskæftigelsesministeren kan fastsætte regler, hvorefter bestemmelserne om opsigelsesvarsel, sygdom og barselsorlov kan fraviges, såfremt hensynet til funktionæren taler derfor. Sådanne regler er endnu ikke fastsat.³²

D. Virkningen af lovstridige aftaler

Aftaler, der strider imod FUL § 21, er ugyldige. Ugyldigheden viser sig på den måde, at de lovstridige vilkår erstattes af lovens almindelige regler, og det vil næppe i funktionærforhold være muligt for arbejdsgiveren at frigøre sig for aftalen som helhed ud fra forudsætningspunkter,³³ idet han jo derved til dels ville opnå sit formål. Det kunne snarere tænkes, at en arbejdsgiver, der i en loyal bestræbelse for at overholde funktionærloven, har givet funktionæren et tilsagn om ekstraordinære goder, der skal opveje en forringelse af lovens goder, må kunne frigøre sig fra pligten til at opfylde sine særlige forpligtelser, såfremt aftalen tilsidesættes. U 1961.448 Ø kommer til dette resultat mht. ferielovens præceptive

32. De anses måske ikke længere for nødvendige, efter at der er taget tilsvarende hensyn andetsteds i lovgivningen, herunder helbredsoplysningsloven og persondatalovgivningen samt i sygedagpengelovgivningen, jf. nedenfor p. 435 f. En aftale iht. sygedagpengelovens regler medfører ingen ændring i de ufravigelige rettigheder iht. funktionærloven i øvrigt, jf. U 1978.543 S.

33. Jf. Aftaler § 24 XIII, Arbejdsretten (Arbejdsrettens almindelige del), afsnit VII, 2.4 og Lynge Andersen p. 193 ff.

regler. Tilsvarende har en utrykt afgørelse³⁴ statueret, at en funktionær fortabte sit krav på en godtgørelse, der var lovet ham til gengæld for reduktion af hans opsigelsesvarsel, når han anfægtede aftalen herom.

Domstolene påser ikke *ex officio*, at aftaler stemmer med funktionærloven.³⁵ Påberåber funktionæren sig ikke lovens § 21, vil han blive stillet, som om der var indgået en gyldig aftale.

II. *Anciennitetsprincippet*

Det ved FUL 1938 indførte anciennitetsprincip har betydning i flere henseender. Ancienniteten er afgørende for længden af det varsel, hvorved funktionæren kan opsiges, for størrelsen af eventuel efterløn og for beregningen af rettigheder iht. FUL §§ 2 a og b. Da anciennitetsberegningen skal ske på samme måde i alle tilfælde, skal der i det følgende gives en oversigt over de herom gældende regler.³⁶

A. *Begyndelsestidspunktet*

Som hovedregel begynder anciennitetsrhvervelsen, når stillingen tiltrædes, uanset hvornår ansættelsesaftalen er indgået. Hvornår tiltrædelsen anses for sket, omtales nærmere nedenfor p. 107 ff. Der er intet i vejen for aftaler om, at den skal regnes fra et tidligere tidspunkt, hvorimod aftaler om et senere begyndelsestidspunkt vil være ugyldige i medfør af FUL § 21.

Det er i nogle overenskomster aftalt, at ancienniteten skal beregnes fra den 1. i den måned, i hvilken tiltrædelsen sker, og der ses undertiden den fejlagtige opfattelse, at dette skulle være en almindelig regel.³⁷ Der ses imidlertid ikke i loven eller praksis holdepunkter herfor. I de fleste tilfælde vil spørgsmålet være uden betydning, idet opsigelsesvarslet under hensyn til reglen i FUL § 2, stk. 7, vil blive det samme, uanset hvilken regel der gælder, og under hensyn til lovens formulering kan det ikke heroverfor komme i betragtning, at anciennitetsberegning fra den 1. i måneden vil kunne være gunstigere ved beregning af efterløn.

I visse tilfælde kan der opstå tvivl om begyndelsestidspunktet. Dette gælder navnlig, hvis ansættelsesforholdet ikke fra begyndelsen har været

34. VLD 20/12 1993 (2, B-625-92).

35. Jf. Aftaler p. 240, der de lege ferenda går ind for den modsatte løsning.

36. Se i øvrigt Arbejdsretten (Ansættelsesretten), afsnit XIII, 2.4.

37. Jf. bet. 1984 p. 14 og 36, der synes at bero på en vildfarelse.

et funktionærforhold. Avancerer en arbejder til arbejdsleder, er det klart, at ancienniteten først beregnes fra avancementet. Det blev da også under den tidligere lærlingelov statueret, at lærlingetid ikke medregnedes i ancienniteten. En kontorelev, der er ansat uden elevaftale, må erhverve anciennitet fra tiltrædelsen.³⁸ Dette gælder også elever ansat i henhold til lovgivningen om erhvervsuddannelser, jf. i øvrigt nærmere nedenfor p. 69. Endelig er det uden betydning, om ansættelsen oprindeligt er sket med tilskud i henhold til sociallovgivningen.³⁹

Det har tidligere været omtvistet, om funktionæren erhverver anciennitet under ansættelse på prøve. Dette blev tidligt fastslået i praksis,⁴⁰ og for en nærmere betragtning forekommer det da også ret utvivlsomt, at prøvetiden altid må medregnes. En person, der er ansat på prøve i en stilling, der efter arbejdets art er en funktionærstilling, er nemlig dermed også funktionær og nyder funktionærlovens fulde beskyttelse alene med den modifikation, at der kan aftales et kortere varsel end det lovhjemlede. Er prøvetiden udløbet, har den opfyldt sin mission og kan ikke længere komme i betragtning. Ud fra ganske tilsvarende betragtninger må det antages, at midlertidig ansættelse medregnes ved beregningen, hvis den fortsætter ud over den fastsatte tidsfrist.

Det følger af det anførte, at der ikke vil kunne gives afkald på anciennitetserhvervelsen mht. sådanne perioder. Der vil altså heller ikke gyldigt kunne indgås aftale om ansættelse i aspirantstilling med senere ansættelse i funktionærstilling for øje, hvis den pågældende reelt udfører funktionærarbejde. Parterne må være henvist til at benytte funktionærlovens regler om prøvetid.

Det må herefter antages at være den generelle regel, at ancienniteten beregnes fra det tidspunkt, på hvilket den ansatte begynder at udføre funktionærarbejde. I visse tilfælde kan man ud fra et forudsætningssynspunkt antage, at den begynder at løbe tidligere. Dette vil eksempelvis gælde, hvis en arbejdsleder ansættes med den opgave at oprette, organisere og derefter lede et værksted. Ancienniteten må da regnes fra tiltrædelsen, selvom arbejdet på de forberedende stadier måske er af rent manuel karakter.⁴¹

38. U 1982.866 B. Om en elev: U 1991.830 H.

39. U 1993.407 V, U 1994.1009 V.

40. U 1940.198/2 S og måske U 1944.303 H.

41. U 1969.1017 S, jf. U 1976.802 S og U 1984.754 H.

B. Ophørstidspunktet

Anciennitetserhvervelsen afbrydes, når ansættelsesforholdet ophører, under forudsætning af at der er tale om et reelt ophør, jf. herved nedenfor p. 350 ff. Ancienniteten tabes definitivt og genopvågner ikke, selvom funktionæren senere ansættes hos den samme arbejdsgiver.

Ancienniteten mistes ikke, hvis funktionæren overgår til anden funktionærstilling i samme virksomhed, medmindre der er tale om et helt andet ansættelsesforhold, jf. nærmere nedenfor.⁴² Derimod mistes den, hvis den ansatte overgår til beskæftigelse, som ikke er funktionærarbejde.⁴³ Den er altså almindeligvis knyttet til funktionærens personlige ansættelsesforhold som sådant. Den bevares også, når virksomheden skifter ejer, jf. nedenfor p. 401 ff.⁴⁴ Ancienniteten bevares ikke uden særlig aftale, hvis funktionæren skifter stilling mellem forskellige selskaber inden for en koncern⁴⁵ eller mellem stillinger i staten under forskellige ministerier.⁴⁶ Det samme er antaget mht. ansættelse i regionale institutioner.⁴⁷ Der er herved lagt vægt på, at institutionerne (sygehuse) var organiserede med egne budgetter, selvstændig ledelse og en vidtgående kompetence mht. personaleforhold.

Ancienniteten må betragtes som udelelig i den forstand, at der ikke kan gælde forskellig anciennitet med hensyn til forskellige sider af ansættelsesforholdet. Hvis eksempelvis en funktionær avancerer, kan den af advancementet følgende bedre stilling ikke tages fra ham med det kortere varsel, som ville følge af en særskilt anciennitetsberegning i forhold til advancementstidspunktet. Også i denne henseende knytter ancienniteten sig altså til det personlige ansættelsesforhold som helhed.

Særlige anciennitetsproblemer opstår, såfremt der under ansættelsen – evt. i forbindelse med en afgiven opsigelse – sker så væsentlige ændringer af stillingens karakter, at man i realiteten kan tale om en ny stilling med ringere vilkår og med den virkning, at ancienniteten alene skal beregnes fra ændringen. Herom henvises til fremstillingen nedenfor p. 412 ff.

42. Charlotte Friis Bach i U 1998B.436 og 437 vedr. EF-Domstolens praksis.

43. U 1995.26 H.

44. Ejendommelige situationer kan opstå, hvis der er uklarhed mht. arbejdsgiverens identitet: U 1987.303 H.

45. VLD 10/11 1992 (5, B-740-90).

46. U 1991.863 H (underinstansens dom), jf. i øvrigt Svenning Andersen p. 652 f og U 1994.114 S.

47. U 1998.927 H.

C. Suspension af anciennitetserhvervelse

Anciennitetserhvervelsen forløber jævnt under ansættelsesforholdet, upåvirket af ydre og indre forhold. Den påvirkes navnlig ikke af sådanne afbrydelser af arbejdsydelsen, som er lovligt forfald for funktionæren. En særlig regel findes dog i FUL § 6, stk. 3, om den til militærtjeneste genindkaldte funktionær, der forbeholder sin ret til at genindtræde i stillingen. Dette sker med »uændret anciennitet«, hvilket betyder dels, at den erhvervede anciennitet bevares, dels at der ikke erhverves yderligere anciennitet, før genindtrædelse har fundet sted. Under den i bek. af lov om værnepligtsorlov (nr. 309) af 3/3 2011 omhandlede orlov optjenes heller ikke anciennitet, jf. lovens § 3.

Under en funktionærs fravær pga. graviditet, barsel eller adoption vil ancienniteten derimod løbe, jf. ligebehandlingslovens § 8, der henviser til barselslovens §§ 6-14 (graviditets-, barsels-, forældre-, fædre- og adoptionsorlov).⁴⁸

Der er ikke noget til hinder for, at parterne – uden for orlovslovgivningens rammer – træffer aftale om orlov (aftalebaseret orlov) for funktionæren med afbrydelse af anciennitetserhvervelse til følge, når en sådan aftale er i begge parter – navnlig funktionærens – velforståede interesse, jf. U 1994.114 S.

Udfører en ansat blandet arbejde, således at han i visse perioder virker som funktionær og i andre perioder har arbejde af anden art, kan det spørgsmål rejses, om anciennitetserhvervelsen suspenderes i sidstnævnte perioder. Dette kan som altovervejende hovedregel ikke antages. Det ville være i modstrid med funktionærforholdets karakter, om en ansat på visse tidspunkter er funktionær, men ikke på andre. Ansættelsesforholdet må i alle tilfælde betragtes som en helhed. Er det ud fra en samlet vurdering et funktionærforhold, må anciennitetserhvervelsen forløbe kontinuerligt. Omstændighederne kan imidlertid vise, at funktionæren må anses som fratrådt, og i så fald er anciennitetserhvervelsen ikke suspenderet, men den allerede erhvervede anciennitet er tabt.

Det må snarere kunne antages, at anciennitetserhvervelsen suspenderes i en periode, hvor funktionæren måtte udeblive uden at have lovligt forfald. Spørgsmålet ses ikke at have foreligget i praksis, men det forekommer rimeligt at acceptere dette resultat under forudsætning af, at

48. I Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 46/2011 truffet den 15/4 2011 blev en afvisning af anciennitetserhvervelse under aftalebaseret orlov i tilknytning til den dagældende børnepasningsorlov anset for at stride mod ligebehandlingsloven.

arbejdsgiveren straks tilkendegiver over for funktionæren, at han vil drage denne konsekvens af misligholdelsen.

Lovlig arbejdsstandsning, der afbryder ansættelsesforholdet,⁴⁹ kunne principielt også medføre, at anciennitetserhvervelsen skulle begynde forfra ved konfliktens ophør. Det vil imidlertid normalt blive aftalt eller være forudsat mellem konfliktparterne, at arbejdet genoptages med uændret anciennitet, og herefter er erhvervelsen i det højeste stillet i bero under konflikten.

En teoretisk bemærkelsesværdig, men næppe særlig praktisk modifikation i de her anførte synspunkter kan tænkes nødvendig i de tilfælde, hvor en persons funktionærstatus afhænger af en gennemsnitsberegning i henhold til 8-timersreglen i FUL § 1, stk. 2, jf. herom nedenfor p. 66 ff. Det kan være nødvendigt at acceptere ikke alene, at den pågældende i visse perioder er funktionær og i andre perioder ikke er det, men også at ancienniteten beregnes alene i forhold til den aktuelle periode eller i hvert fald kun til de perioder, hvor funktionærarbejde har været udført. Det understreger reglens urimelighed, at sådanne problemer kan opstå.

49. Arbejdsretten (Ansættelsesretten), afsnit XIV, 3.7.2. Se tillige Per Jacobsen p. 349 ff.