



HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 16. marts 2022

Sag BS-50624/2020-HJR
(2. afdeling)

HK Danmark som mandatar for A
(advokat Michael Møllegaard Jessen)

mod

Tandlægeforeningen som mandatar for Tandlæge B ApS i frivillig likvidation
(advokat Nina Wedsted)

Biintervenienter til støtte for Tandlægeforeningen som mandatar for Tandlæge
B ApS i frivillig likvidation:

Dansk Erhverv
(advokat Thomas Meyer Stage)

og
Dansk Industri
(advokat Annette Fæster Petersen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Odense den 8. juli 2019 (BS-686/2019-ODE) og af Østre Landsrets 8. afdeling den 30. juni 2020 (BS-31626/2019-OLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Lars Hjortnæs, Oliver Talevski og Ole Hasselgaard.

Påstande

Appellanten, HK Danmark som mandatar for A, har nedlagt påstand om, at Tandlæge B ApS i frivillig likvidation til A skal betale 130.335,74 kr. med procesrente af 27.988,65 kr. fra 30. april 2018, af 27.988,65 kr. fra 31. maj 2018, af

27.988,65 kr. fra 30. juni 2018, af 5.652,34 kr. fra 31. juli 2018, af 27.988,65 kr. fra 30. august 2018 og af 12.728,79 kr. fra sagens anlæg den 7. januar 2019.

Indstævnte, Tandlægeforeningen som mandatar for Tandlæge B ApS i frivillig likvidation, har påstået stadfæstelse.

Anbringender

HK Danmark som mandatar for A har supplerende anført navnlig, at funktionærlovens § 5, stk. 2, må forstås sådan, at bestemmelsen alene omfatter "arbejdsdage", idet det af bestemmelsens ordlyd fremgår som en betingelse, at funktionæren har "oppebåret løn under sygdom". En funktionær oppebærer netop ikke løn for arbejdsfrie dage og weekender, og det er alene månedslønnen med et fast timetal, som modtager løn for helligdage.

At der ved optællingen af de 120 dage alene skal indgå faktiske arbejdsdage understøttes desuden af, at der anvendes tilsvarende optællingsmetoder i ferieloven, sygedagpengeloven, arbejdsløshedsloven og barselsloven.

Det er ikke i strid med formålet bag funktionærlovens § 5, stk. 2, hvis mellem-liggende arbejdsfrie dage, weekender og søgnehelligdage ikke indgår i beregningen af de 120 dage, da optællingsmetoden hverken er reguleret i lovteksten eller i forarbejderne, og da arbejdsgiveren i praksis ofte vil være beskyttet mod den økonomiske konsekvens ved løn under sygdom i kraft af forsikringer og regler om refusion. Desuden vil det reducerede opsigelsesvarsel efter funktionærlovens § 5, stk. 2, fortsat udgøre en stor fordel for arbejdsgiverne sammenholdt med det almindelige opsigelsesvarsel efter funktionærlovens § 2.

Retspraksis siden UfR 1951.166/2 S skal derfor tilsidesættes.

Hvis den nuværende retstilstand opretholdes, vil det medføre den ubalance, at en deltidssygemeldt funktionær reelt kan være sygemeldt i længere tid end en fuldtidssygemeldt funktionær.

Tandlægeforeningen som mandatar for Tandlæge B ApS i frivillig likvidation har supplerende anført navnlig, at de særlige hensyn, som gør sig gældende for deltidssygemelding, ikke gør sig gældende for fuldtidssygemelding, hvilket i øvrigt er fremhævet af Højesteret i UfR 2018.815 H.

Funktionærlovens § 5, stk. 2, taler i sin ordlyd om "dage". Ligesom det er tilfældet for andre bestemmelser i funktionærloven, skal dette forstås som kalenderdage og ikke som arbejdsdage.

Hvis søn- og helligdage og andre arbejdsfrie dage ikke skal indgå i beregningen, kan konsekvensen være, at arbejdsgiveren undlader at bruge reglen og i stedet

tilskyndes til at opsiges den sygemeldte funktionær på et tidligere tidspunkt, hvilket vil være i strid med bestemmelsens formål.

En konsekvens af HK's argumentation vil være, at den fuldtidsansatte funktionær, som har den største tilknytning til arbejdsgiveren, stilles ringere end den deltidsansatte funktionær, som har fordelt sin arbejdstid på færre end 5 dage. Dette forekommer urimeligt, uhensigtsmæssigt og i strid med bestemmelsens formål.

Højesterets begrundelse og resultat

A blev den 23. februar 2018 opsagt med forkortet varsel på 1 måned fra sin stilling som klinikassistent hos Tandlæge B ApS (tidligere Tandlæge ...ApS). I begrundelsen for opsigelsen var anført bl.a., at hun havde været sygemeldt i 120 dage inden for de seneste 12 måneder, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2. Hun havde været ansat siden 2007 og havde derfor et sædvanligt opsigelsesvarsel på 6 måneder efter funktionærlovens § 2.

Sagen angår, om det var berettiget at opsiges A med forkortet varsel. Parterne er for Højesteret enige om, at dette alene afhænger af, om søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage kan medregnes ved opgørelsen af antallet af sygedage efter funktionærlovens § 5, stk. 2, i den periode, hvor hun var fuldtidssygemeldt.

Efter funktionærlovens § 5, stk. 2, kan det i en ansættelseskontrakt bestemmes, at funktionæren kan opsiges til fratræden ved en måneds udgang, hvis funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i 120 dage i alt. Der er ikke i funktionærloven eller dens forarbejder taget stilling til, hvordan de 120 dage efter § 5, stk. 2, skal opgøres.

Som anført i Højesterets dom af 22. november 2017 (UfR 2018.815) følger det af SØ- og Handelsrettens dom af 6. september 1950 (UfR 1951.166/2), at ikke kun arbejdsdage, men også søn- og helligdage skal medregnes ved opgørelsen af de 120 dage i perioder, hvor en funktionær er fuldtidssygemeldt. På grundlag af denne dom har der udviklet sig en retspraksis, hvorefter søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage medregnes i de 120 dage, hvis den ansatte har været fuldtidssygemeldt dagen umiddelbart før og dagen umiddelbart efter den eller de pågældende arbejdsfri dage. Denne praksis har været fulgt af arbejdsmarkedets parter i mange år, og lovbestemmelsen er ikke blevet ændret i forbindelse med senere ændringer af funktionærloven.

Højesteret finder herefter, at funktionærlovens § 5, stk. 2, må forstås sådan, at der ved fuldtidssygemelding kan medregnes søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage ved opgørelsen af antallet af sygedage, hvis den ansatte har

været fuldtidssygemeldt dagen umiddelbart før og dagen umiddelbart efter den eller de pågældende arbejdsfri dage. Højesterets forannævnte dom af 22. november 2017 (UfR 2018.815), der angik opgørelsen af de 120 dage ved deltidssygemelding, kan ikke føre til en anden forståelse.

Højesteret tiltræder, at opsigelsen af A er sket i overensstemmelse med funktionærlovens § 5, stk. 2, og stadfæster derfor dommen.

Der er ikke grundlag for at fravige udgangspunktet om, at sagsomkostninger fastsættes ud fra sagens værdi mv., eller om at biintervenienter ikke tillægges sagsomkostninger.

THI KENDES FOR RET:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal HK Danmark som mandatar for A betale 30.000 kr. til Tandlægeforeningen som mandatar for Tandlæge B ApS i frivillig likvidation.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.