



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 30. juni 2020

Sag BS-31626/2019-OLR
(8. afdeling)

HK Danmark som mandatar for
A
(advokat Gelsomina Vedersø Bernardini)

mod

B ApS
(Tidligere B ApS)
(advokat Michael Klejs Pedersen)

Retten i Odense har den 8. juli 2019 afsagt dom i 1. instans (sag BS-686/2019-ODE).

Landsdommerne Mohammad Ahsan, Kristian Porsager Seierøe og Mette Damgaard (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, HK Danmark som mandatar for A, har påstået, at B ApS tilpligtes til HK Danmark som mandatar for A at betale 130.335,74 kr. med tillæg af 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, B ApS, har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Af ansættelsesaftalen af 1. januar 2007, hvorved A med tiltrædelsesdag den 2. januar 2007 blev ansat som klinikassistent med en ugentlig arbejdstid på 37 timer fordelt på ugens første 5 dage, fremgår bl.a. følgende:

”10. Opsigelse med forkortet opsigelsesvarsel

Det er aftalt, at hvis klinikassistenten inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage, kan opsigelse ske med én måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til de 120 dage og medens den ansatte endnu er syg, jf. FUL § 5, stk. 2.”

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

HK Danmark som mandatar for A har til støtte for den principale påstand yderligere anført, at lønnen for deltidsansatte funktionærer med et fast ugentligt timeantal er fastsat som løn for netop disse arbejdsdage og ikke for alle ugens 7 dage. Der betales således ikke løn for arbejdsfrie dage og weekender samt helligdage. Synspunktet har støtte i andre lovbestemmelser, herunder i ferieloven, dagpengeloven og barselsloven.

Hertil kommer, at en fortolkning af funktionærlovens § 5, stk. 2, som svarer til den beregning, der ligger til grund for den principale påstand, ikke vil tilskynde en arbejdsgiver til at afskedige den sygemeldte funktionær tidligere end ellers, da arbejdsgiveren som altovervejende hovedregel har krav på dagpengerefusion.

Til støtte for den subsidiære påstand har HK Danmark som mandatar for A yderligere gjort gældende, at hun med virkning fra den 5. februar 2018 overgik til en arbejdsuge på 16 timer pr. uge, fordelt på 4 dage á 4 timer, hvilket har betydning for vurderingen af, om 120-dagesreglen kan anvendes, hvis landsretten måtte finde, at dagene fra den 9. til den 11. februar 2018 ikke skal tælles med i opgørelsen af sygefraværet.

Der er ikke tale om nye anbringender for landsretten, når det gøres gældende, at opgørelsen af 120 sygedage ved fuldtidsfravær – i lighed med opgørelsen ved deltidsfravær – skal opgøres med baggrund i den faktiske fraværstid på arbejdsdage, men uden medtælling af arbejdsfrie dage, weekender og helligdage, hvor der ikke var planlagt arbejde, hvilket medfører, at retspraksis efter UfR 1951.166/2 SH skal tilsidesættes. Der er derimod tale om uddybning af anbringender, som også fremgår af byretsdommen, og som er fastholdt i ankestævningen.

B ApS har med henvisning til retsplejelovens §§ 383 og 384 protesteret mod HK Danmarks som mandatar for A fremsættelse af nye anbringender og anført, at der ikke er tale om en uddybning af tidligere anbringender. De nye anbringender betyder, at landsretten i realiteten skal tage stilling til sagen på et helt andet og nyt grundlag.

Overfor de anførte anbringender har B ApS endvidere gjort gældende bl.a., at det ikke stemmer med lovens formål, hvis kun arbejdsdage, hvor funktionæren er sygemeldt, tælles med i opgørelsen af 120 sygedage. Det betyder, at arbejdsfrie dage, weekender og helligdage ikke skal indgå i opgørelsen af de 120 sygedage. Formålet med 120-dagesreglen er at sikre, at arbejdsgiveren ikke tilskyndes til straks at opsiges funktionæren ved sygemelding, og hvis arbejdsfri dage mv. ikke tælles med i sygefraværet for den deltidsansatte, men kun for den fuldtidssygemeldte, funktionær, vil den periode, der skal gå, før 120-dagesreglen kan anvendes, være længere for funktionærer med timerne fordelt på få af ugens dage fremfor mange dage, hvilket vil gøre reglens anvendelse vilkårlig.

Herudover har B ApS gjort gældende, at det ikke fremgår af ordlyden af funktionærlovens § 5, stk. 2, at der skal være tale om sygdom i 120 "arbejdsdage", og Højesteret har i UfR 2018.815 H og UfR 2018.822 H bekræftet, at 120-dagesreglen skal anvendes forskelligt afhængig af, om der er tale om en fuldtids- eller en deltidssygemelding.

B ApS har endvidere anført, at selv hvis landsretten måtte komme frem til, at As fuldtidssygemelding først regnes fra mandag den 12. februar 2018, kunne 120-dagesreglen alligevel anvendes, da antallet af sygedage, da hun den 23. februar 2018 blev opsagt, selv uden at medtage dagene fra den 9.- 11. februar 2018, udgjorde 120,017.

B ApS har bestridt, at A genoptog arbejdet med 4 timer i dagene 5.- 8. februar 2018.

Endelig har B ApS anført, at bestemmelserne i den af appellanten påberåbte anden lovgivning er uden betydning for den fo-religgende sag.

Landsrettens begrundelse og resultat

Nye anbringender

Landsretten finder, at selv hvis det lægges til grund, at der er tale om nye anbringender, er der ikke grundlag for at afskære HK Danmark som mandatar for A fra at fremsætte disse, når henses til, at B ApS har haft tilstrækkelig mulighed for at varetage sine interesser, jf.

retsplejelovens § 383, stk. 2. Heller ikke retsplejelovens § 384 kan begrunde, at de omtvistede anbringender ikke tillades fremsat.

Sagens baggrund og problemstilling

Det fremgår af sagen, at A den 2. januar 2007 tiltrådte en stilling som klinikassistent med en ugentlig arbejdstid på 37 timer fordelt på ugens første 5 dage, og at det i ansættelseskontrakten blev aftalt, at 120-dagesreglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, skulle finde anvendelse på ansættelsesforholdet. Endvidere fremgår det af sagen, at arbejdstiden pr. 1. august 2017 blev nedsat til 32 timer om ugen, der blev fordelt på ugens første 4 dage, således at fredag var arbejdsfri dag.

Der er enighed om, at A i den periode, der er relevant i forhold til 120-dagesreglen, havde en hel sygedag den 28. februar 2017, den 1. marts 2017, den 9. juni 2017 og den 19. juni 2017, at hun i perioden torsdag den 5. oktober 2017 til og med tirsdag den 2. januar 2018 var fuldtidssygemeldt, og at hun onsdag den 3. januar 2018 genoptog arbejdet delvist med 3 arbejdstimer pr. dag på ugens første 4 dage, således at fredag fortsat var arbejdsfri dag.

Der er uenighed om, hvorvidt der i perioden fra den 5. oktober 2017 til den 2. januar 2018, hvor A var fuldtidssygemeldt, skal medregnes søndage, helligdage og andre arbejdsfri dage ved opgørelsen af de 120 sygedage. Endvidere er der uenighed om opgørelsen af hendes faktiske fraværstid for perioden fra onsdag den 3. januar 2018 til og med torsdag den 8. februar 2018, hvor hun havde genoptaget arbejdet på deltid, idet uenigheden efter det oplyste angår, om det faktiske ugentlige fravær udgjorde 20,2 timer eller 20,0 timer. Herudover er der uenighed om, hvorvidt A fra mandag den 5. februar 2018 til og med torsdag den 8. februar 2018 optrappede timetallet til 4 arbejdstimer pr. dag. Endelig er der uenighed om, hvorvidt As nye fuldtidssygemelding, jf. den daværende arbejdsgivers brev af torsdag den 8. februar 2018, i relation til opgørelsen af As sygefravær havde virkning fra mandag den 12. februar 2018 eller fra et tidligere tidspunkt.

I den forbindelse bemærkes, at landsretten i lighed med byretten lægger til grund, at A torsdag den 8. februar 2018 om formiddagen modtog et brev om fuldtidssygemelding – der fejlagtigt var dateret den 8. november 2018 – af sin daværende arbejdsgiver.

Af lægeerklæring af 16. februar 2018 vedrørende A fremgår bl.a., at "[d]et kan hermed bekræftes, at ovennævnte er fuldt sygemeldt efter ønske fra arbejdsgiver", og den 23. februar 2018 modtog A under et møde en skriftlig opsigelse med henvisning dels til organisatoriske og driftsmæssige forhold, dels til at hun inden for de seneste 12 måneder havde været sygemeldt i 120 dage.

Sagen angår således, om den opsigelse, som blev foretaget den 23. februar 2018 med den nævnte begrundelse, var berettiget.

Vurdering

Spørgsmålet er i første række, om der i perioden fra torsdag den 5. oktober 2017 til og med tirsdag den 2. januar 2018, hvor A var fuldtidssygemeldt – og hvor hun efter allongen til ansættelseskontrakten havde en ugentlig arbejdstid på 32 timer, der blev fordelt på ugens første 4 dage – skal medregnes søndage, helligdage og andre arbejdsfri dage ved opgørelsen af sygedage i henhold til 120-dagesreglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, eller om kun det faktiske sygefravær skal medregnes (dvs. de 4 arbejdsdage).

Af de grunde, som byretten har anført, tiltræder landsretten, at søndage, helligdage og andre arbejdsfri dage skal medregnes ved opgørelsen af sygedage i relation til den periode, hvor A var fuldtidssygemeldt. Dette indebærer, at sygedagene for den ovennævnte periode tillagt de øvrige 4 sygedage forud herfor, men inden for 12 måneder fra opsigelsestidspunktet, kan opgøres til 94 dage (og ikke som opgjort efter "den nye opgørelsesmetode" af A til 52 dage). Landsretten har foruden det, som er anført af byretten, lagt vægt på, at Højesterets dom af 22. november 2017 i sag 44/2017, der er optrykt i UfR 2018.822, må forstås således, at Højesteret forudsætningsvis lægger til grund, at søndage, helligdage og andre arbejdsfri dage skal medregnes ved opgørelsen, når funktionæren er fuldtidssygemeldt.

Der er enighed om, at for perioden onsdag den 3. januar 2018 til og med torsdag den 8. februar 2018 skal alene As faktiske sygefravær medregnes, idet hun genoptog arbejdet på deltid, men der er som nævnt dels uenighed om opgørelsen af det faktiske sygefravær i den nævnte periode, dels uenighed om, hvorvidt hun fra mandag den 5. februar 2018 til og med torsdag den 8. februar 2018 optrappede timetallet til 4 arbejdstimer pr. arbejdsdag.

Der er imidlertid ikke anledning til at tage stilling til disse forhold, hvis fredag den 9. februar 2018 til og med søndag den 11. februar 2018 – som følge af den daværende arbejdsgivers brev af 8. februar 2018 – skal medregnes i opgørelsen af de 120 sygedage, idet antallet af sygedage da under alle omstændigheder vil udgøre mere end 120 sygedage.

Ved bedømmelsen af dette spørgsmål må det tages i betragtning, at det – som anført af Højesteret i dommen af 22. november 2017 i sag 321/2016, der er optrykt i UfR 2018.815 – følger af retspraksis, at søn- og helligdage samt 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, hvilket i As tilfælde vil sige henholdsvis torsdag

den 8. februar 2018 og mandag den 12. februar 2018. Der er enighed om, at hun var fuldtidssygemeldt den 12. februar 2018.

Spørgsmålet er herefter, fra hvilket tidspunkt den fuldtidssygemelding, der var en konsekvens af den daværende arbejdsgivers brev af torsdag den 8. februar 2018, havde virkning.

Henset til navnlig tidspunktet for As modtagelse af brevet af 8. februar 2018, indholdet af brevet og drøftelserne den pågældende dag vedrørende muligheden for en fortsat deltidssygemelding, tiltræder landsretten, at A var fuldtidssygemeldt, da hun forlod arbejdspladsen den 8. februar 2018, hvilket i overensstemmelse med det ovenfor anførte har den virkning, at fredag den 9. februar 2018 til og med søndag den 11. februar 2018 skal medregnes i opgørelsen af de 120 sygedage.

Landsrettens opfattelse skal også ses i lyset af, at retspraksis, hvorefter arbejdsfri dage kan medregnes i de 120 dage, hvis den ansatte har været fuldtidssygemeldt dagen umiddelbart før og dagen umiddelbart efter den eller de pågældende arbejdsfri dage, må bygge på en forudsætning om, at arbejdsgiveren med rimelighed må formode, at den ansatte også er syg i de (mellemliggende) arbejdsfri dage. I det foreliggende tilfælde havde arbejdsgiveren i kraft af brevet af torsdag den 8. februar 2018 i hvert fald anledning til at have en sådan formodning. Det forhold, at A var (delvist) på arbejde nogle timer den pågældende dag, kan herefter ikke føre til et andet resultat.

Landsretten tiltræder således, at afskedigelsen af A er sket i overensstemmelse med funktionærlovens § 5, stk. 2, hvorfor landsretten stadfæster byrettens dom.

Efter sagens værdi, omfang og udfald skal HK Danmark som mandatar for A i sagsomkostninger for landsretten betale 25.000 kr. til B ApS til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal HK Danmark som mandatar for A betale 25.000 kr. til B ApS.

Beløbet skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.

