



# RETEN I ODENSE DOM

afsagt den 8. juli 2019

---

**Sag BS-686/2019-ODE**

Mandatar HK/Danmark for  
A  
(advokat Tina Sejr Gad)

mod

B ApS  
(advokat Michael Klejs Pedersen)

Denne afgørelse er truffet af retsassessor C.

## **Sagens baggrund og parternes påstande**

Sagen er anlagt den 7. januar 2019.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt opsigelsen af sagsøgeren, A, med henvisning til funktionærlovens 120 dages-regel er berettiget og i modsat fald betaling af erstatning for løn i sædvanlig opsigelsesperiode.

Sagsøgeren, A, har fremsat følgende påstand:

B ApS tilpligtes til HK som mandatar for A at betale 117.606,95 kr. med tillæg af procesrente af 27.988,65 kr. fra 30/4 2018, af 27.988,65 kr. fra 31/5 2018, af 27.988,65 kr. fra 30/6 2018, af 5.652,34 kr. fra 31/7 2018, af 27.988,65 kr. fra 30/8 2018.

Endvidere tilpligtes B ApS til As konto hos FerieKonto for optjeningsåret 2018 at betale yderligere 12.728,79 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg.

Påstanden er opgjort sådan:

Løn:

Grundløn	19.213,84 kr.
Tillæg	5.619,49 kr.
Fritvalg, 3 %	844,33 kr.
Arbejdsgivers pensionsbidrag, 9 %	<u>2.310,00 kr.</u>
Løn i alt	27.988,65 kr.

5 måneder á 27.988,65 kr.	139.694,25 kr.
Med fradrag af udbetalt feriegodtgørelse	<u>22.336,31 kr.</u>
I alt	<u>117.606,95 kr.</u>

Feriegodtgørelse:

5 måneder á 24.833,33 kr. - 22.336,31 kr.	
I alt 101.830,34 kr. 12,5 % heraf	<u>12.728,79 kr.</u>

Sagsøgte, B ApS, har fremsat påstand om frifindelse.

### Oplysningerne i sagen

Med tiltrædelsesdato den 2. januar 2007 blev sagsøgeren, A, ansat som klinikassistent hos D, der på daværende tidspunkt drev tandlægeklinikken på .... Det fremgår af ansættelsesaftalen, at A var ansat med en ugentlig arbejdstid på 37 timer. Det fremgår videre af ansættelsesaftalens punkt 10, at det skriftligt mellem parterne var aftalt, at 120 dages-reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, skulle finde anvendelse for ansættelsesforholdet.

Ansættelseskontrakten er underskrevet den 21. december 2006 af D og den 1. januar 2007 af A.

Af en allonge til ansættelseskontrakten, underskrevet af B og A, den 10. august 2017 fremgår, at der mellem parterne blev indgået aftale om nedsættelse af arbejdstiden fra 37 til 32 timer om ugen.

Af en fremlagt journaludskrift fra Lægerne Bak & Larsen fremgår, at A den 5. oktober 2017 blev sygemeldt. Der er mellem parterne enighed om, at A var fuldtidssygemeldt frem til den 2. januar 2018. Den 3. januar 2018 genoptog A arbejdet på deltid.

Den 8. februar 2018 kvitterede A for modtagelse af skrivelse dateret 8. november 2018 fra sagsøgte, B ApS. Af skrivelsen fremgik følgende:

*"Kære A.*

*Idet det ikke er foreneligt med klinikkens organisering og drift af det daglige arbejde skal jeg herved meddele, at du først bedes komme tilbage på arbejde, når det er forsvarligt, at du arbejder på den tid, du er ansat til i henhold til din ansættelsesaftale. Det skyldes blandt andet, at vi har en vikar, der dækker dine vagter og således ikke kan dække en del-tidsraskmelding samtidig".*

Af journalnotat fra Lægerne Bak & Larsen af 12. februar 2018 fremgår følgende:

*"A97 – Undersøgelse af administrativ årsag uden specifikation –*

*Sub.: Arbejdsgiver har bedt om en varighedstest. Hun var egentlig startet i deltid med øget arbejdsmængde og netop kommet op på 16 timer om ugen.*

*Har fået brev fra arbejdsgiver om, at de ikke kan klare en delvis sygemelding. De ønsker hende fuldt sygemeldt.*

*Skriver en uarbejdsdygtighedserklæring".*

Læge Sten Larsen skrev efterfølgende den 16. februar 2018 følgende vedrørende A:

*"Til rette vedkommende:*

*Det kan hermed bekræftes, at ovennævnte er fuldt sygemeldt efter ønske fra arbejdsgiver.*

*A er dog i stand til at arbejde på deltid aktuelt 16 timer om ugen".*

Den 23. februar 2018 kvitterede A for modtagelse af opsigelse udleveret i forbindelse med møde samme dag. Af opsigelsesskrivelsen fremgår, at årsagen til opsigelsen er organisatoriske og driftsmæssige forhold samt, at A inden for de seneste 12 måneder har været sygemeldt i 120 dage.

Sagsøgeren, A, har opgjort antallet af sygefraværdsdage i relation til funktionærlovens § 5, stk. 2 (120 dages-reglen) på opsigelsestidspunktet til principalt 73,59 dage og subsidiært 119,59 dage.

Sagsøgte, B ApS, har opgjort fraværstidene til 123,017 dage.

Der er mellem parterne enighed om opgørelsen af sygefraværet indtil den 4. februar 2018. Der er uenighed om, hvorvidt sagsøgeren, A arbejdede 3 eller 4 timer i perioden 5. – 8. februar 2018 samt om As fuldtidssygemelding efter modtagelse af brev dateret 8. november 2018 skete med virkning fra fredag den 9. februar 2018 eller fra mandag den 12. februar 2018.

### **Forklaringer**

Der er afgivet forklaring af A og B.

A har forklaret, at hun er uddannet klinikassistent. Hun blev udlært hos en tandlæge i Slagelse. Herefter blev hun ansat D. B overtog klinikken i november 2016. Der var 4 ansatte på klinikken, og hun var meget glad for at være der. Den nedsættelse af arbejdstiden, som blev aftalt den 10. august 2017, skete på hendes initiativ, idet hun havde brug for en fridag.

Efter nedsættelse af arbejdstiden var hendes arbejdstider, således som husker det:

Mandag fra 08.15-16.15

Tirsdag fra 08.15-16.30

Onsdag fra 08.00-16.15

Torsdag fra 07.45-15.15

Under ansættelsen foregik det således, at fravær blev noteret på en papirkalender, som hang i klinikkens frokoststue. Det er denne papirkalender, der er fremlagt kopi af i sagen. Da hun startede på nedsat tid efter sin sygemelding, noterede hun sine timer på en blå papkalender, der lå i receptionen. Der er ikke fremlagt en kopi af denne kalender. Hun registrerede arbejdstiden efter aftale med sin kommunale sagsbehandler, for at denne kunne holde styr på, hvor meget hun arbejdede.

Som hun husker det gik der et stykke tid fra hendes sygemelding og indtil der blev ansat en vikar på klinikken. Det fungerede godt for hende, da hun startede på deltid 3 timer om dagen den 3. januar 2018. Den 5. februar 2018 øgede hun sin arbejdstid til 4 timer om dagen. Dette skete efter aftale med hendes kommunale sagsbehandler, og lægen havde også sagt god for det. Hun har nævnt for B, at hun gik op i tid, men det blev ikke registreret nogen steder.

Den 8. februar 2018 om formiddagen fik hun af B det brev, der er fremlagt i sagen, og som er dateret 8. november 2018. Han sagde, at det var fra E, og at det var noget, at hun skulle skrive under på. Han gik herefter ind til en patient, mens hun læste brevet igennem. E er medejer af klinikken. Hun blev både rystet og ked af det, da hun læste brevet, og hun talte efterfølgende med B. Denne skulle have forklaret, hvad det var, der stod i brevet. Hun blev efterfølgende på klinikken og var således på arbejde fra kl. 08.15 til kl. 13.30. Hun involverede sin kommunale sagsbehandler, og sagsbehandleren søgte at få ændret beslutningen, således at hun ikke skulle sygemelde sig på fuld tid. Denne mulighed blev drøftet med deltagelse af F fra E, der var med via telefon, og sagsbehandleren, der tillige var med via telefon. Hun havde på daværende tidspunkt fortsat et håb om at komme tilbage på arbejde på fuld tid. Fredag, der var hendes fridag, gik hun ikke på arbejde, og mandag var hun også hjemme.

Hun blev efterfølgende indkaldt til en samtale fredag den 23. februar kl. 14.00. Under mødet deltog B og F fra E. Det var F, der førte ordet.

Hun er blevet raskmeldt den 1. april 2018. Hun har fået nyt job pr. 17. december 2018. Der er også tale om en stilling på 32 timer om ugen. I den mellemliggende periode har hun modtaget dagpenge.

**B** har forklaret, at han ejer klinikken sammen med E. E står for det administrative og for marketing, og hjælper ham med alt det, som ikke er klinikrelateret arbejde. Han overtog klinikken pr. 1. november 2016. Han er den eneste tandlæge i klinikken. Herudover er der 2 ansatte klinikassistenter, 1 sekretær og 1 tandplejer. A har været ansat i klinikken.

Om baggrunden for allongen til ansættelseskontrakten forklarede han, at ned-sættelsen af arbejdstiden var begrundet i et ønske fra A om en egentlig fridag.

Det er ham, der har lavet arbejdsplanen, der er fremlagt i sagen. Den er lavet, efter at han har drøftet planen med personalet. Planen hang i receptionen. A arbejdede som det fremgår af planen. Nogle gange havde hun problemer med at nå at møde kl. 07.45 om torsdagen. Derfor mødte hun ind imellem mellem kl. 08.00 og kl. 08.15.

A blev fuldtidssygemeldt den 5. oktober 2017 og var fuldtidssygemeldt frem til den 2. januar 2018. Han har ikke nogen erindring om en blå kalender, der lå i receptionen. En sådan mener han ikke at have set. Han husker ikke præcis, hvor mange timer A arbejdede i perioden 5. - 8. februar

2018. Det er længe siden. Som han husker det, var det mellem 3 og 4 timer. Dog kan han huske, at de ikke holdt frokostpause sammen. Da der er frokostpause kl. 12.00, er det hans opfattelse, at hun ikke kan have arbejdet fulde 4 timer.

Brevet dateret 8. november 2018 havde han fået af F fra E. Han udleverede brevet til A omkring det tidspunkt, hvor hun mødte på arbejde. Det vil sige omkring kl. 08.30. Han forstod ikke så godt, hvad det var, der stod i brevet. Det var ikke hans beslutning, at A skulle fuldtidssygemeldes. Han var tilfreds med A som medarbejder.

Opsigelsen af A var Es beslutning. Det var en administrativ beslutning og lå derfor uden for hans kompetence. Han deltog i det møde, hvor A blev opsagt.

Han kender ikke reglerne så godt, så han har ikke været med til at optælle sygedage i relation til 120 dages-reglen. Det var E og Tandlægeforeningen, der lavede beregningerne.

Han kan ikke huske, hvor længe A arbejdede den 8. februar 2018, men han kan godt huske, at der var et møde, hvor As sagsbehandler fra kommunen deltog pr. telefon.

### **Parternes synspunkter**

Sagsøgeren har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument, der lyder som følger:

”Til støtte for den nedlagte påstand om erstatning for løn i sædvanlig opsigelsesperiode, jf. Funktionærlovens § 3, jf. § 2 gøres det gældende, at betingelserne for opsigelse i medfør af funktionærlovens § 5, stk. 2 (120 dages reglen) ikke var opfyldt på opsigelsestidspunktet, idet sygefraværet den 2. marts 2018 alene udgjorde 73,59 sygedage, subsidiært maksimalt 119,59 sygedage.

I relation til det maksimale antal sygedage på 119,59 dage gøres det gældende, at det med baggrund i opgørelsen i sagens bilag 7 efter gængs opgørelsesmetode maksimalt kan andrage 119,59 dage, idet dagene 9.-11. februar ikke kan medregnes som hele sygedage, idet der i perioden fra 3. januar til og med den 11. februar 2018 alene har været delvis sygefravær, der følgelig alene kan medregnes med det faktiske sygefravær. Det gøres i den relation gældende, at det forhold, at A den 8. februar 2018 modtog besked om, at hun fremadrettet skulle forblive fuldtidssygemeldt, frem til hun kunne genoptage arbejdet fuldt, betyder, at hendes sygefravær først fra mandag den 12. februar 2018 skal medregnes som hele dage, idet fredag den 9. februar 2018 - søndag den 11. februar 2018 far arbejdsfri dage.

I relation til sagsøgtes opgørelse over sygedage bemærkes, at sagsøgte nu har erkendt en række fejl i opgørelsen, så der nu er enighed om, hvilke dage A havde henholdsvis fuldtids- og delvist sygefravær. Dog er der uenighed om, hvordan dagene 9.-11. februar 2018 skal medtælles i opgørelsen.

Sagsøger bestrider sagsøgtes opgørelse af deltidsfraværet. Sagsøgte anfører f.eks. deltidsfraværet i januar 2018 til 20,2 timer pr. uge, men det var rettelig alene 20,0 timer, hvilket samlet betyder medtagelse af mere end 1 hel sygedag for meget i opgørelsen.

I relation til anbringendet om, at As sygefravær alene udgjorde 73,59, jf. bilag 6 gøres det gældende, at opgørelsen af 120 sygedage ved fuldtidssygefravær i lighed med opgørelsen ved deltidssygefravær skal opgøres med baggrund i den faktiske fraværstid for søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage, således at den tidligere retspraksis (U.1951.166/2SH) fraviges, hvorefter søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage blev medtalt i sygefraværet, såfremt der var sygefravær på dagen forud for og dagen efter den eller de arbejdsfri dage.

Det gøres i den forbindelse gældende, at der hverken efter ordlyden af eller formålet med funktionærlovens § 5, stk. 2, er grundlag for at fastslå, at der ved en fuldtidssygemelding skal medregnes mellemliggende søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage under en fuldtidssygemelding, når dette ikke er tilfældet under en deltidssygemelding, da der ikke er belæg for at optælle sygefraværet anderledes ved fuldtidssygefravær end ved deltidssygefravær, idet begge opgørelser må basere sig på den faktiske fraværstid i forhold til det planlagte arbejde.

Til støtte for den nedlagte rentepåstand henvises til rentelovens § 3".

**Sagsøgte** har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument, der lyder som følger:

" Til støtte for den nedlagte påstand gøres det gældende, at betingelserne for opsigelse i medfør af funktionærlovens § 5, stk. 2, (120 sygedagsreglen) var opfyldt på opsigelsestidspunktet, idet antallet af sygedage den 23. februar 2018 i medfør af den sædvanlige opgørelsesmetode udgjorde mere end 120 sygedage.

Sagsøger modtog meddelelse om fuldtidssygemelding den 8. februar 2018.

Sagsøgte gør herefter gældende, at sagsøger var fuldtidssygemeldt fra dette tidspunkt, hvilket efter den sædvanlige opgørelsesmetode betyder, at sagsøgers sygefravær skal regnes fra den 9. februar 2018 og frem. Dette er også i overensstemmelse med U2018.815H.

I forhold til opgørelse af delvist sygefravær gøres det gældende, at dette skal medregnes med den faktiske fraværstid i opgørelsen af de 120 sygedage. Det betyder, at sagsøger var fraværende 0,637 dage på mandage, 0,625 dage på tirsdage, 0,637 dage på onsdage samt 0,587 dage på torsdage.

Sagsøgte bestrider, at sagsøger genoptog arbejdet med 4 timer i dagene 5., 6., 7. og 8. februar 2018.

Selv om retten måtte nå frem til, at arbejdet blev genoptaget med 4 timer de pågældende dage, da er betingelserne for at bruge 120 sygedagsreglen fortsat opfyldt. Antallet af sygedage kan i denne situation opgøres til 122,51 sygedage.

Det gøres i forhold til sagsøgers alternative opgørelsesmetode gældende, at der ikke er grundlag for at fravige den praksis, der har udviklet sig på baggrund af Sø- og Handelsrettens dom af 6. september 1950 (U1951.166/2), hvorefter ikke kun arbejdsdage, men også søn- og helligdage og andre arbejdsfrie dage skal medregnes ved opgørelsen af de 120 dage, hvis funktionæren er fuldtidssygemeldt dagen umiddelbart før og dagen umiddelbart efter den eller de pågældende arbejdsfrie dage.

Det gøres videre gældende, at det er i overensstemmelse med lovens ordlyd og formål, at der ved en fuldtidssygemelding medregnes mellemliggende søn- og helligdage og andre arbejdsfrie dage, og at de særlige hensyn som gør sig gældende i forhold til deltidssygemelding (og som er fremhævet af Højesteret i U2018.815H) ikke gør sig tilsvarende gældende i forhold til en fuldtidssygemelding.

I den forbindelse skal tillige henvises til Sø- og Handelsrettens dom af 16. maj 2019 (BS-34856/2018-SHR)".

Parterne har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

### **Rettens begrundelse og resultat**

En funktionær kan – hvis dette er bestemt i ansættelseskontrakten – opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren indenfor et tidsrum på 12 på hinanden følgende måneder, har oppebåret løn under sygdom i alt 120 dage. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 dage, og mens funktionæren fortsat er syg, jf. i det hele funktionærlovens § 5, stk. 2.



Twisten for retten består i, om sagsøgeren, A på tidspunktet for afskedigelsen havde været syg i 120 dage, og herunder hvordan de 120 dage i funktionærlovens § 5, stk. 2 opgøres, særligt i relation til medtælling af søn- og helligdage og andre arbejdsfrie dage. Ligeledes er der tvist om, fra hvilken dag sagsøgeren, As seneste fuldtidssygemelding skal regnes.

Den beløbsmæssige opgørelse af et eventuelt krav er ubestridt.

Ved dom afsagt den 6. september 1950, trykt i UfR 1951.166/2 SH fastslog Sø- og Handelsretten, at søn- og helligdage og andre arbejdsfrie dage skulle medregnes ved opgørelsen af de 120 dage for fuldtidssygemeldte. Højesteret har ved dom afsagt den 22. november 2017, trykt i UfR 2018.815 H fastslået, at der for deltidssygemeldte alene kan medregnes det faktiske fravær i de 120 dage. Af Højesterets samtidige af 22. november 2017, trykt i UfR 2018.822 H, følger, at en arbejdsgiver ikke har pligt til at acceptere, at en funktionær, som er delvist uarbejdsdygtig på grund af sygdom, arbejder på nedsat tid.

Spørgsmålet om, hvorvidt der herefter er grundlag for at fastslå, at søn- og helligdage samt andre arbejdsfrie dage ikke skal indregnes ved opgørelsen af de 120 dage for fuldtidssygemeldte har været behandlet af Sø- og Handelsretten, i en dom afsagt den 16. maj 2019 (BS-42350/2018-SHR).

I overensstemmelse med Sø- og Handelsrettens flertal finder retten, at der hverken efter ordlyden af eller formålet med funktionærlovens § 5, stk. 2, og heller ikke efter Højesterets dom af 22. november 2017 (U 2018.815 H) er grundlag for at fastslå, at søn- og helligdage og andre arbejdsfrie dage ikke fortsat skal medregnes ved opgørelsen af de 120 sygedage for fuldtidssygemeldte, jf. Sø- og Handelsrettens dom trykt i UfR1951.166/2 SH, der siden har været fulgt af arbejdsmarkedets parter uden indsigelser. Retten finder som Sø- og Handelsrettens flertal, at Højesterets nævnte dom (UfR 2018.815 H) alene tager stilling til spørgsmål om opgørelsen af de 120 dage i funktionærlovens § 5, stk.2, for funktionærer, der er deltidssygemeldte, og at der ikke efter indholdet af Højesterets begrundelse for resultatet af denne dom, er grundlag for at fastslå, at afgørelsen af spørgsmålet om, hvordan de 120 dage skal opgøres for deltidssygemeldte, kan overføres til også at skulle gælde for fuldtidssygemeldte. Retten finder endelig som Sø og Handelsrettens flertal, at Højesterets henvisning Højesterets samtidig afsagte dom af 22. november 2017 (UfR 2018.822 H), hvorved Højesteret fastslår at en arbejdsgiver ikke har pligt til at acceptere, at en medarbejder der er delvist uarbejdsdygtig på grund af sygdom, arbejder på nedsat tid, er væsentlig, idet arbejdsgiveren ved selv at kunne afgøre, om man vil acceptere, at en funktionær kan være deltidssygemeldt, hermed også selv er med til at acceptere den medfølgende konsekvens, at metoden til at opgøre de 120 dage i funktionærlovens § 5, stk. 2, samtidig ændres, således at der vil kunne gå læn-

gere tid, før arbejdsgiveren kan vælge eventuelt at opsige den deltidssygemeldte funktionær med forkortet varsel.

På denne baggrund tilsidesætter retten sagsøgeren, As principale opgørelse, hvorved sygefraværet på afskedigelsestidspunktet er opgjort til 73,59 dage.

Om afskedigelse er sket i strid med funktionærlovens § 5, stk. 2 afhænger herefter af, fra hvilket tidspunkt den fuldtidssygemelding, der er en konsekvens af Sagsøgte, B ApS's brev af 8. februar 2019, har virkning.

Efter bevisførelsen lægges det til grund, at sagsøgeren A modtog brevet om formiddagen den 8. februar 2019. Det lægges endvidere til grund, at der var drøftelser mellem As kommunale sagsbehandler og en repræsentant fra det sagsøgte selskab vedrørende muligheden for en fortsat deltidssygemelding, uden at dette førte til en ændring af sagsøgte, B ApS's meddelte beslutning. A har forklaret, at hun ikke var på arbejde om fredagen, som er hendes sædvanlige fridag og at hun endvidere ikke mødte på arbejde mandag. Under disse omstændigheder finder retten, at As var sygemeldt fra hun forlod arbejdspladsen den 9. februar 2019, og A har således på afskedigelsestidspunktet været sygemeldt i mere end 120 dage. Afskedigelse af sagsøgeren, A er således sket i overensstemmelse med funktionærlovens § 5, stk. 2. Som følge heraf frifindes sagsøgte, B ApS.

Sagsomkostningerne er efter sagens værdi, forløb og udfald fastsat til dækning af advokatudgift med 11.000,00 kr. Det er oplyst, at B ApS er momsregistreret.

#### **THI KENDES FOR RET :**

B ApS frifindes.

HK Danmark som mandatar for A skal til B ApS betale sagsomkostninger med 11.000,00 kr.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.





